

## わが国における義務研究の到達点

—— オブリーゲンハイト (Obiegenheit) を中心に ——

辻 博 明

はじめに——問題設定

- 一 わが国の「オブリーゲンハイト」のわが国における定義
- 二 Obiegenheit 概念の沿革——保険契約法との関係から
- 三 わが国の民法学における解釈——上位概念としての Obiegenheit
- 四 Obiegenheit 概念の「有用性」の検証——Obiegenheit に包摂される具体的ケースの分析から
- 五 Obiegenheit の「位置付け」——見解の相違と今後の展望

むすび

- (1) 概 理
- (2) Obiegenheit の存在意義——キーン法 (系) の特性から窺えぬこと
- (3) 間接義務としての Obiegenheit の訳語——indirekte Verpflichtung との関係

## はじめに——問題設定

ドイツ法系（オーストリア法・スイス法を含む）においては、「義務」に係る議論において、オプブリーゲンハイト（*Obliegenheit*）という概念はしばしば目にする。代表的なものとして、次のようなものがある。信義則によつて当事者がどのような内容の義務を負うか、銀行は担保の保存についてどのような義務を負うか、買主は売主が提供したものの受領義務を負うか、またそれはどのような内容の義務か、保険契約の締結時において、保険契約者は保険者に対して危険に関する重要情報を告知することになっているが、その告知義務はどのような義務であるかなどである。

一方、わが国において、この概念についてどのような議論が見られるのであるか。Obligationの方はよく目にするが、*Obliegenheit*というその概念の中身はむしろその存在自体が一般に認知されているとはいえない。それはなぜであるか。

複数の要因があると思われるが、一つには、わが国における*Obliegenheit*に関するこれまでの研究や資料の数が非常に少ないことがある<sup>1)</sup>。もう一つは、それらの文献におけるその概念の整理・取扱い方が、私法上の各部門によつて異なることがある。例えば、保険契約法と民法上における議論を見ると、そこでの議論は相互連絡なしになされている場合が少なくないことが分る。各部門における個別の問題意識から議論されている場合が少なくない。結果的に、各部門間の議論のパイプが細くなっており、バラバラの感が否めない。

その具体例があれば、さらにイメージしやすくなると思われる。その一例として、*Obliegenheit*の訳語のバラツキがある。*Obliegenheit*を「オプブリーゲンハイト」と片仮名で表記する資料が一部にあるが、<sup>2)</sup> 保険法関係の

文献においては「責務」と訳しているものもある<sup>3)</sup>。他方、民法関係の文献においては、「間接義務」と訳されている場合が少なくない<sup>4)</sup>。ただし、「*Obliegenheit*」の原語で記すものも一部ある<sup>5)</sup>。このような訳語の不統一があるため、法律辞典におけるその掲載名称にバラツキが生じている。その結果、予備知識のない者が*Obliegenheit*という概念について調べようとしても、その解説を容易に見付けることができない。ある辞書ではオプブリーゲンハイトという名称で掲載されているが、別の辞書では間接義務という名称で掲載されていたりする。また、*Obliegenheit*には複数の訳語があることについての指摘は、その解説には通常見られない。むしろ、執筆担当者の専門分野によつて、その解説の議論領域・情報に偏りが見られる。例えば、保険法関係の専門家が執筆担当する場合、その解説の議論領域が保険契約中心になり、私法上の上位概念としての*Obliegenheit*の説明がない場合がある。

このような状況にあつて、さらに深い問題、例えばわが国においてその概念を認める「必要性」はあるのかどうか、またその概念にいかなるものが「包摂」されるのかという問題はあまり議論されていない。

以上の点から、これまでのわが国における*Obliegenheit*に関する研究・資料を整理し直し、その到達点を整理する意義があると思われる。

そこで、以下では、わが国における*Obliegenheit*に関する研究を、次ぎの視点（問題設定）から整理し直し、再検討を試みることにする。

## 〔問題設定〕

まず、オプブリーゲンハイト（*Obliegenheit*）とはなにか。わが国ではどのような定義されているのであろうか（後述）<sup>1)</sup> いわゆる「オプブリーゲンハイト」のわが国における定義<sup>2)</sup>。

オプブリーゲンハイトの性質については、わが国の保険法においてかなり議論された時期があるが、それは保

險契約法に限定される概念なのであるか。もしそうでないとするれば、なぜある解説によると保険契約上の概念として扱われているのであるかという疑問が生ずる（後述Ⅰ Obliegenheit 概念の沿革——保険契約法との関係から）。

ドイツ法系においては、Obliegenheit が民法を含む私法上の上位概念として定着している。そうであるとすれば、わが国の「民法学」においてその概念はどのようになら解されているのか（後述Ⅲ わが国の民法学における解釈——上位概念としての Obliegenheit）。

Obliegenheit に包摂されるものがあるとすれば、それは具体的にとどのような場合であるか。もし現在の通説・判例より説明が明確となるなどの意義があれば、この概念の有用性が具体化されることになるが、どうであるか（後述Ⅳ Obliegenheit 概念の「有用性」の検証——Obliegenheit に包摂される具体的ケースの分析から）。

Obliegenheit の位置付けが課題として残る。Obliegenheit とは概念は法的にとどのような位置付けられるのであるか。一つには、Obliegenheit は真正の義務ではなく権利者の権利保持もしくは行使の前提にすぎないとする立場がある。もう一つには、それを付随義務と位置付ける立場がある。両見解には実質的にとどのような違いがあるのだろうか。なぜそのような位置付けの違いが生ずるのであるか（後述Ⅴ Obliegenheit の位置付け——見解の相違とその背景）。

最後に、以上の問題設定に基づく考察内容を整理するにとする（後述 6.3.1）。その上で、Obliegenheit 概念がドイツ法において定着した背景（最近ではドイツ法系に拡大）について考察を試みるにとする（後述 6.3.2）。因に、わが国では Obliegenheit に間接義務という訳語が当てられる場合がある。なぜそのような訳語が当てられるのであるか。その背景について、類似する indirekte Verpflichtung 概念の展開との関係から分析を試みるにとする（後述 6.3.3）。

- (一) (民法) 生田敏康「ドイツ法におけるオプブリーゲンハイトについて——民法を中心に——」早稲田法学会誌四一巻一頁(平三)、飯島紀昭・民法判例百選 九(第四版・平八)、内田貴・民法 一一四、一五七頁(平八)、同、「強制履行と損害賠償——損害軽減義務の観点から」法曹四二巻一〇号一頁(平二)、奥田昌道・民法学 (奥田ほか編) 四一頁(昭五二)、同・債権総論(増補版) 一九三、二二二、五五五頁(平四)、同・請求権概念の生成と展開一〇六頁(昭五四)、北川善太郎・契約責任の研究三五五頁(昭三八)、谷口知平「損害賠償額の算定」総合判例研究叢書民法(四) 四六頁(昭三三)、辻博明「受領遅滞制度の推移——日本の判例・学説と外国法概観——」奈良産九巻三・四号一四七頁(平九)、林良平「受領遅滞」新版判例演習民法三債権総論一五頁(谷口知平・加藤一郎編)(昭五七)、前田達明・口述債権総論(第三版) 二〇八、二八九、二九七頁(平五)。
- (商法(保険法)) 石田満「保険契約法における Obliegenheit の法的性質に関する研究序説——ドイツ法を中心として——」上法一〇巻一五五頁(昭四一)、勝野義孝・生命保険契約における信義誠実の原則——消費者契約法の観点を通じて——二六八頁(平一四)、古瀬村邦夫「損害防止義務及び損害防止費用について」私法一八号五七頁(昭三三)、神素寛「告知義務の意義とその限界(一)」法協二二〇巻三三頁(平一五)、坂口光男「損害防止・軽減義務に関する若干の諸問題の考察」法論四五巻五二六号一三九頁(昭四七)(以下坂口論文と引用)、同「保険契約法における責務の義務的性格——ドイツの学説を中心として——」法論六四巻一五九頁(平三三)(以下坂口論文と引用)、瀬戸弥三「海上危険論序説・商法第八一五条と第八二九条第一号との関係——保険事故不誘致「義務」を中心として」損保二二巻三三頁(昭三五)、同「第三者の故意・過失と保険者責任」損保二三巻一頁、二二一、二二三頁(昭三六)、中西正明・保険契約の告知義務(平一五)。
- (国際取引法) 甲斐道太郎ほか編・注釈国際統一売買法(ウィーン売買条約) 七頁(田中康博・担当)(平一五)、曾野和明・山手正史・国際売買法一八八頁(平五)、ペーター・シュレヒトリム著ノ内田貴・曾野裕夫訳・国際統一売買法一〇六、一四〇頁(平九)。
- (辞典) 末川博編代・民法法学辞典上巻(再版・昭三九) 三〇二頁(奥田昌道・担当)、末川博編・全訂法学辞典(昭四六) 一三三頁、竹内昭夫ほか編代・新法律学辞典(第三版・平元) 九二頁、山田晟・ドイツ法律用語辞典(改訂増補版)

- (平五) 四五九頁。
- (2) 竹内ほか・前掲注(1) 辞典九二頁、石田・前掲注(1) 論文五五頁。
- (3) 坂口・前掲注(1) 論文 一四二頁、同・前掲注(1) 論文 五九頁。
- (4) 奥田・前掲注(1) 民法学 四二頁、同・前掲注(1) 債権総論一九三、二二二、五五五頁、前田・前掲書注(1) 二〇八、二八九、二九七頁。
- (5) 北川・前掲書注(1) 三五九頁。

### 一 いわゆる「オップリーゲンハイト」のわが国における定義

まず、オップリーゲンハイト (Obiegenheit) とはなにか。わが国ではどのように定義されているのであろうか。わが国においても、ある法律の専門分野 (例えば保険法・契約法など) の研究者を対象とする論文において、そこでの研究テーマと関連して Obiegenheit という概念に言及するものは若干見られる。しかし、その概念を専攻分野外の者にも分るような形で解説する資料 (例えば法律辞典) はかなり少ない。しかも、オップリーゲンハイトという片仮名表記の項目を設ける解説書は、さらに少ない。その数少ない一つによると、Obiegenheit は次のように定義されている。

保険契約者または被保険者の保険者に対する義務のうち、保険料支払義務を主たる債務と見た場合、その付随義務と見ることができる告知義務、通知義務、損害防止義務、報告・証拠提出義務などの総称である。義務者がそれに違反しても、保険者がその履行を請求したり、損害賠償を請求したりできるわけではなく、単に契約の解除という不利益を義務者が被るにすぎないことから、真正の義務ではなく契約の前提要件にすぎないと解されている、とされる。

以上から窺えることは、(i) まず、オップリーゲンハイトは、その解説では、「保険契約」上の概念として扱われていること (議論領域)、(ii) 次に、それは「真正の義務ではなく」、契約の前提要件であることとされていること (法的性質)、(iii) それに違反した場合、その負担者に一定の不利益は生ずるが、履行の請求や損害賠償の請求はできないこと (効果)、(iv) それを負担するのは保険者ではなく、保険契約者または被保険者であること (主体)、(v) 「付随義務」と見ることができるとする義務群の総称であるとされていること (位置付け) である。

(6) 竹内ほか・前掲注(1) 辞書九二頁。

### 二 Obiegenheit 概念の沿革 —— 保険契約法との関係から

オップリーゲンハイトは、保険契約法に限定される概念なのであろうか。もしそうでないとすれば、なぜ保険契約上の概念として扱うものがある (先述 i) のかという疑問が生ずる。

Obiegenheit という概念の沿革を辿ると、その背景が浮び上がる。この点について、保険法学の研究に若干手掛かりが見られる<sup>7)</sup>。それによると、Obiegenheit という用語が見い出されるのは、一八二〇年のゴータ火災保険銀行の約款である (ただしこの段階では真正の義務 Pflicht) との区別は不明確)。真正の義務である保険料と区別して、保険契約者の請求権の主張条件 (Bedingung) としての義務を規定したのは、一八五七年のプロイセン商法典草案である (ただしこの段階では条件と Obiegenheit との区別は不明確)。これに対して、一九〇三年のドイツ保険契約法の予備草案において、真正の義務と Obiegenheit との区別が一旦は葬り去られたが、ドイツ大審院の判例 (一九〇四年六月二八日) は、保険契約者から生ずる請求権の受領のための「前提」(Voraussetzung) であるという見解を採用し

た(いわゆる前提理論)。この見解が、その後のドイツでの保険法上の議論に大きな影響を与えることになった、とされる。

このように、Obiegenheit は保険法上の用語・固有の概念として展開してきたことが窺える。しかし、注目すべきは、むしろ次の点である。Obiegenheit は元々保険法上の概念であったが、その後民法を含む私法の「上位概念」としての体系化が提唱されることになった。それは、ドイツの保険法学者ライマー・シュミット(Reimer Schmidt, Die Obiegenheiten, 1953)であるとされる。<sup>(8)</sup>この提唱は次第に現実のものとなり、現在ではこの概念が民法など保険法以外の部門においても定着している。<sup>(9)</sup>

すなわち、Obiegenheit は、現在では、保険契約法に限定される概念ではないということが出来る。次に、その概念の起源は保険法にあり、わが国においてかつて盛んに議論がなされたのも保険契約の領域においてである。このことから、一部の解説(先述一)において、Obiegenheit が保険契約上の概念として扱われている背景がある程度推論できる。

(7) 石田・前掲注(1)論文六六頁以下など。

(8) 生田・前掲注(1)論文五、一一三頁。

(9) 例えば、受領義務(受領滞滞制度)についての説明概念の変化が見られる。この点についてドイツ法系(オーストリア民法・スイス債務法を含む)におけるObiegenheit 概念の定着傾向を概観するものとして、辻・前掲注(1)論文一六〇頁以下がある。

### 三 わが国の民法学における解釈——上位概念としての Obiegenheit

ドイツ法系においてObiegenheit が民法を含む私法上の上位概念として定着しているとすれば、わが国の「民法学」においてその概念はどのように解されているのか。

保険契約上の義務の性質論が盛んに議論され、その過程でドイツ法のObiegenheit に関する研究もなされた。それと比較すると、民法上の議論はあまり多くはない。非常に少ないといった方が正確かもしれない。そのような状況にあって、「上位概念」としてのObiegenheit 、「間接義務」という訳語を当て、その性質について次のように説明するものがある(奥田)。

間接義務 (Obiegenheit) をつくさなかった場合、民事法上、ある容態の遵守が法秩序により要請せられてはいるが、その不遵守に対して履行の強制や損害賠償責任のサンクションが用意されておらず、違反者はただある権利を失うという不利益が課せられているにすぎない場合がある。これを間接義務 (ドイツでは Obiegenheit) と呼んでいる。サンクションの面だけを見れば自然債務に似ているが、間接義務は真正の義務ではなく、権利者の権利保持もしくは行使の前提にすぎないものと見られている、とされる。<sup>(1)</sup>

以上から窺えることは、(i)まず、間接義務 (Obiegenheit) は、「民事法上」の概念として扱われていること(議論領域)、(ii)次に、それは「真正の義務ではなく」、権利者の権利保持・行使の前提であるとされていること(法的性質)、(iii)それに違反した場合、違反者には権利喪失という一定の不利益は生ずるが、履行の強制や損害賠償責任のサンクションはないこと(効果)、(iv)間接義務の負担者については違反者とするだけであるが、後述四における具体例を見ると、「債権者」である場合が目につく(主体)、(v)先述一の解説とは異なり、「付随義務」とはされて

いないこと（位置付け）、である。

- (10) 奥田・前掲注(1) 民法学 四二頁、同・前掲注(1) 債権総論一九三、二二二、五五五頁、前田・前掲書注(1) 二〇八、二八九、二九七頁。  
 (11) 奥田・前掲注(1) 民法学 四二頁以下。

#### 四 Obliegenheit 概念の「有用性」の検証 —— Obliegenheit に包摂される具体的ケースの分析から

Obliegenheit という概念に包摂されるものがあるとするれば、それは具体的にどのような場合であるだろうか。もし現在の通説・判例より説明が明確となるなどの意義があれば、この概念の有用性が具体化されることになるが、どうだろうか。

先述三のようにならば、Obliegenheit に関する解説は若干見られる。しかし、その内容を辿っただけでは、その概念の具体的なイメージをつかむことは難しい。そこで、この概念に包摂される具体例を見ることにする。従来の研究によると、次のような例が挙げられている（奥田ほか）。

- (i) 保険法上の告知義務（商第六四四、六七八条）、危険を招来せしめない義務（商第六五六条）、危険増加の場合の通知義務（商第六五七条二項）、損害防止義務（商第六六〇条）など、  
 (ii) 商法上の買主の目的物検査義務および瑕疵通知義務（商第五二六条）、  
 (iii) 民法上の義務としては、解除権者の目的物を毀損しない義務（民第五四八条一項）、過失相殺における権利者

（被害者）の損害抑止義務（民第四一八条、七二二条二項）、<sup>12)</sup> 解除の場合の買主の損害抑止義務（民第一条二項）、債権者が法定代位権者に対して負う担保保存義務（民第五〇四条）、<sup>13)</sup> 被用者に対する使用者の監督義務（身元第五条）などがある（この他、ドイツ民法においては、債務としての受領義務を認めないが、受領遅滞という状態を生じると間接義務（Obliegenheit）の効果として債権者は一定の不利益を受けることとされている）。

この中から、解除の場合の買主の損害抑止義務、過失相殺における権利者（被害者）の損害抑止義務、債権者の受領義務、債権者の担保保存義務の場合を少し見ることにする。

注目点は、この概念を用いればそれらの制度がどのように説明されるかである（もし現在の通説・判例より説明が明確となるなどの意義があれば、この概念の有用性が具体化されることになるが、どうだろうか）。

(i) 解除の場合の買主の「損害抑止義務」 従来の学説は、賠償額の算定基準時につき判例に一貫性がないと非難してきた（履行期・履行不能時・訴え提起時・口頭弁論終結時・解除時など）。問題となるのは、目的物が種類物の場合である。売買契約において売主に債務不履行がある場合、目的物が種類物であれば代替性があるため、多くの場合市場から同様のものを容易に調達することができるはずである。そうであるならば、買主は契約を解除した後ただ待っているだけでなく、信義則上、速やかに代替物購入の措置などをとることによって、損害の発生・拡大を食い止めるかまたは最小限にする損害抑止義務を負っているといふべきである（このような義務は英米法・ドイツ法・国際動産売買ウィーン条約で採用されている）。

この義務をベースとするならば、判例の賠償額算定基準時の選択は次のような見方が可能となる。基準時を、解除時や履行時とする判例は、それらの時点で買主が契約を解除して代替取引を行うべきことを前提に、損害を算定しているという見方である（例えば谷口・最近では内田<sup>14)</sup>）。これによって、多くの判例をバラツキなく説明することができる。

このような損害抑止義務は、債権者が利益を受けるためにある行為を要求される場合であり、Obliegenheitと位置付けることが可能である（例えば奥田<sup>16)</sup>）。

(ii) 過失相殺における過失と「損害抑止義務」 過失相殺の「過失」は、不法行為の要件の過失や債務不履行の帰責事由とは異なり、減額されてしかるべき債権者（または不法行為の被害者）の事情という程度の意味であるとされる。しかし、どのように異なるのであろうか。

この点について、次のようなアプローチが見られる。過失の観念は、本来、法律上の義務に伴って生ずるものである。債権者または不法行為の被害者は、その意味で、債権者の損害防止義務、損害拡大防止義務などは真正の法上の義務（その違反に対し相手方に対し損害賠償義務を負う）ではなく、ただ消極的に賠償請求権を失うとか賠償額を減額されるなどの不利益を被るにすぎないところの、いわゆる間接義務（オプリーゲンハイト Obliegenheit）である。この意味においては、過失相殺における債権者の過失は、他人に対する義務を前提とし、かつ、義務違反による損害賠償の責任要件とされる通常の過失とは異なる、とされる<sup>17)</sup>。これは、過失相殺をObliegenheitの視点から捉え直した説明である。

真正の法律上の義務の場合、その違反によって侵害されるのは特定・不特定の他人の利益である。したがって、その違反があると、相手方は損害を被ることがあり、その損害に対する賠償責任が生ずる。これに対して、債権者または不法行為の被害者の過失は、自己の利益を守らないことによって自己に不利益が生ずる要件である。

「Obliegenheit」という概念を用いる「Obliegenheit」により、「侵害利益」の違（他人の利益が自己の利益が）、義務「主体」の違（債務者が債権者か）、それに対応する救済「効果」の違（損害賠償その他の強いサンクションか減額などの弱いサンクションか）がより明確となる。

(iii) 債権者の「受領義務」 受領遅滞の法的性質については複数の主張があるが（法定責任説・債務不履行説・折衷説）、従来の通説および判例（大審院判例）ただし最高裁には変化の兆しあり<sup>18)</sup>）は次のように主張する（法定責任説<sup>19)</sup>）。

それによると、権利はその性質上当然これを使用する義務を伴うものではなく、これを使用するか否かは原則として権利者の自由である。ある権利を使用することが権利者の義務であるというためには、特にこれを義務と認める法律の規定を要する。債権については、このような義務を認めるべき法典上の根拠はない、とする（ここから受領遅滞の効果としては解除や損害賠償を認めないとする）。この主張から、次のことが窺える。

(a) 伝統的な義務論である。つまりそれは、「権利者は権利を有するだけで義務を負わず」という考え方である。この立場を起点とすれば、債権者は権利を有するだけで義務を負わず、受領しなくても義務違反は生じないことになる。ただこれでは、不公平になる。そこで、履行遅延によって生ずる不利益を法律によって債権者に負わせることにした、と解することになる。

(b) 受領遅滞について類似の説明の仕方が、初期のドイツ民法（日本民法の起草時およびその後の期間も同様）において見られるといつことである（ただ、ドイツ民法においては、次第にIndirekte Verpflichtungその後Obliegenheitという概念で受領義務が論じられるようになり現在に至っている（最近ではオーストリア民法・スイス債務法にも波及している）<sup>20)</sup>）。

右(a)(b)のことは、なにを意味するのであろうか。(a)の義務論は、義務の主体・義務の性質を嚴格に捉える立場である。この立場の出発点は、権利者（債権者）は義務の主体になることはないといつことにある。そこで想定されている義務は給付義務である。この立場をとると、それを取りまく義務群の幅は非常に狭くなる。つまり、権利者も一定の範囲で拘束を負う場面が説明しにくくなり、その部分を法が認めた特別の責任として処理することになる。これに対して、権利者側にも多様な義務群（付随義務やObliegenheit）を想定する立場をとれば、説明が明確で容易となり、段階的な効果を導くことによって妥当な処理が可能となる。

(iv) 債権者の担保保存義務 債権者は、代位する正当の利益を有する弁済者（法定代位権者）の利益を保護するた

め一種の担保保存義務を負うとされる。例えば、銀行（債権者）は、保証人（法定代位権者）に資力があることを当てにして、主債務者が設定した抵当権を放棄する場合がある。しかしこれでは、保証人は弁済をしても、その抵当権に代位できなくなり、求償確保の保証人の期待は裏切られることになる。そこで、抵当権が放棄されなければ回収できたはずの限度で、保証人は債務を免れるとされている（民第五〇四条）。

(a) 二このことから、民法が債権者に一種の義務を課していることが分る。しかし、なぜその義務に違反しても損害賠償請求権が生じないのか、なぜ免責という効果しか生じないのかは明確でない（効果論）。同条における故意・過失は、法定代位の対象となる担保の喪失または減少に対する故意・過失であればよいと一般に解されている。なぜ免責を生ずる関係の存在（例えば担保の放棄によって損害を受ける保証人の存在）についての故意・過失は必要ではないのである（要件論）。義務違反の場合に我々が通常イメージする効果や要件とは異なることが分る。

換言すると、その違反によって、損害賠償（この他例えば履行強制・解除）のような強いサンクションを生ぜしめることなく、免責のような弱い効果しか生じないという担保保存義務の存在および性質をどのように説明するか。損害発生の見可能性を要件としない過失をどのように見るか。これらの疑問に答えるためには、担保保存義務の性質を分析する必要がある。その際に無視できないのは、Obliegenheitの視点であり、その有意義性である。担保保存義務に関する右の疑問点はより明解に説明することができると思われる。

(b) 現に、ドイツ民法における担保保存義務の説明を辿ると、その初期において見られた法的構成とは異なり、次第にObliegenheitという概念による説明がはじまり、最近では定着するに至っている（最近ではオーストリア民法・スイス債務法にも波及している）。

(12) 奥田・前掲注(1) 民法学 四二頁。

(13) 奥田・前掲注(1) 債権総論一九三、二二二、五五五頁。

(14) 末川・前掲注(1) 辞典一三三頁。

(15) 谷口・前掲書注(1) 四六、四七頁、内田・前掲注(1) 民法 一一四、一五七頁、同・前掲注(1) 論文一頁、飯島・前掲注(1) 百選九。

(16) 奥田・前掲注(1) 債権総論一九二頁。

(17) 同右・二二二頁。

(18) 鳩山秀夫「債権者の遅滞」(大五) (債権法における信義誠実の原則(昭三〇) 所収、一〇五頁以下)、於保不二雄・債権総論(新版) 一一七頁以下(昭四七)、柚木馨・高木多喜男(補訂)・判例債権法総論(補訂版) 一五五頁以下(昭四六) 等。

(19) 辻・前掲注(1) 論文一六〇頁以下。

## 五 Obliegenheitの位置付け——見解の相違とその背景

Obliegenheitの位置付けが課題として残る。Obliegenheitという概念は法的にどのような位置付けられるのであるか。一つには、(a) Obliegenheitは真正の義務ではなく権利者の権利保持もしくは行使の「前提」にすぎないとする立場がある。もう一つは、(b) Obliegenheitを「付随義務」と位置付ける立場である。両見解には実質的どのような違いがあるのだろうか。なぜそのような位置付けの違いが生ずるのであるのか。

### (1) 両見解の概要

(a) 「前提」と見る立場(奥田) Obliegenheitに違反した場合の効果として、履行の強制や損害賠償責任は生じない。違反者には、ただある権利を失うという不利益が課されるにすぎないとする。ここからこの見解は



Obliegenheit を次のように位置付ける。

それは、サンクシヨンの面だけを見れば自然債務に似ている。しかし、それは真正の義務ではない。つまり、それは権利者の権利保持もしくは行使の前提にすぎないとする<sup>(54)</sup>。

(b) 「付随義務」と見る立場(北川) まず、R. Schmidt の主張の概要を述べる。それによると、法上の義務領域をより強い効力を有するもの (Verbindlichkeit) とより弱い効力を有するもの (Obliegenheit) に分け、前者は最小限損害賠償義務により裏打ちされた法的義務であり、後者は損害賠償義務のサンクシヨンを欠くが、既存の権利喪失・法的地位の変化などの不利益による強制が見られるとする。

その上で、広義の義務 Obliegenheit の性質は、給付義務に従属的な履行過程の付随義務の義務性と部分的に対応しているとする<sup>(55)</sup>。

#### (2) 両見解の主張内容の対比

右(1)の両見解の概要から、次のことが窺える。すなわち、(a)の見解によると、Obliegenheit は真正の義務ではなく、それは権利者の権利保持・行使の前提であると言われる。これに対して、(b)の見解によると、Obliegenheit は弱められた義務であるとして、その性質は高度の法的強制力以外の一定の法的不利益(権利喪失・相手方の予防手段の許容など)を強制力とした広義の義務である、と言われる。つまり、(b)の見解は、Obliegenheit にも一定の強制力があるとして、そこから(広義の)義務性を認める。

#### (3) 類似の概念との関係——indirekte Verpflichtung との関係

Obliegenheit と類似する概念が存在する。そこで、indirekte Verpflichtung である Obliegenheit との関係は、同じくの議論と無関係ではない。

indirekte Verpflichtung は、戦前におけるわが国の民法関係の体系書・論文においては、間接義務という訳語

が当てられ、各種の法制度の説明のために多用された概念である(例えば、過失相殺・受領遅滞など)。Obliegenheit と indirekte Verpflichtung は、その提唱者も提唱された時期も異なる。しかし、両概念の性質・効果には重なり合う部分が見られる(後述を参照<sup>(56)</sup>)。従って、両者の関係が問題となるはずである。

現に、先述(1)(b)の見解は、両概念の関係を問題とする。それによると、indirekte Verpflichtung は本来の義務ではなく、付随義務の義務性と法的強制の有無の点で区別される<sup>(57)</sup>。

これに対して、先述(1)(a)の見解は、Obliegenheit と indirekte Verpflichtung の両概念に「間接義務」という訳語を当てている。しかも、(a)見解の解説によると、両概念の性質および効果はほぼ同様である<sup>(58)</sup>。これがなにを意味するかは興味深い(後述を参照<sup>(59)</sup>)。

#### (4) 見解の相違とその「背景」

それでは、なぜこのような位置付けの違いが生ずるのであるのか。問題は、両見解に相違が生ずる背景である。そこで、先の見解をその主張の出発点を中心に検討する。

先述(2)のように、(a)の見解によると、Obliegenheit は真正の義務でないとして、それは権利者の権利保持・行使の前提と見る。(a)の見解は、Obliegenheit に真正の義務性を認めない立場であることが分る。これに対して、(b)の見解によると、Obliegenheit は弱められた義務であるとして、その性質は高度の法的強制力以外の一定の法的不利益(権利喪失・相手方の予防手段の許容など)を強制力とした広義の義務とする。つまり、(b)の見解は、Obliegenheit に一定の強制力があるとして、そこから(広義の)義務性を認める。

(i) 「相違」——議論の出発点 このような相違を生ずる背景はなにかが問題となる。両見解の議論の出発点になにであるのか。そこに違いがあるのではないか。法的義務性の捉え方に違いがあるのではないだろうか。

法的義務に伴う強制手段として、訴求性・執行性・損害賠償(強いサンクシヨン)が必要と見るならば、

Obliegenheit にはそのような強い強制力はない。そしてあるならば、Obliegenheit は真正の義務でないこととなる。この点、(a) 見解の出発点があるのではないだろうか。

これに対して、それらの強制手段以外にも、権利喪失・相手方の予防手段の許容など（弱いサンクション）を強制力とした弱い義務性を肯定する立場をとれば、Obliegenheit も広義の義務と認められることになるはずである。つまり、(b) 見解の出発点はここにあるのではないだろうか。

(ii) 「共通点」の点については、(a) 両見解には相違が見られるが、次のような共通点も存在する。なんらかの法的拘束を課された者は、その違反に対してなんらかのサンクションが生ずる。このような場合を、強いサンクションが生ずる領域 (Pflicht (Schnitt) がらうの Verbindlichkeit) と弱いサンクションしか生じない領域 (Obliegenheit) とに分けて議論している点では共通点が見られる。これはなぜだろうか。両見解はドイツ法をベースとしている点において、共通している。現に、ドイツ法の義務論においては、このような議論の仕方が見られる（このことからドイツ法のようにこの概念に分けず、Obliegenheit が機能する領域をいわずに「義務」の効果に取り込んで法的構成する道があることとなる。つまり他の法系での構成との比較が興味深い）。

(20) 奥田・前掲注(1)民法学 四一 四二頁。

(21) 北川・前掲書注(1)三五五 三五九頁。

(22) 奥田・前掲注(1)民法学 四一頁 (Obliegenheit の解説)、末川・前掲注(1) 辞典三〇二頁 (奥田拒却: indirekte Verpflichtung の解説)。

## わが国

そこで以下では、先の問題設定に基づき考察内容を整理することとする（後述①）。その上で、Obliegenheit 概念がドイツ法において定着した背景（最近ではドイツ法系にまで拡大）について考察することとする（後述②）。そして最後に、Obliegenheit の indirekte Verpflichtung との関係とその訳語の視点から分析することとする。わが国では Obliegenheit に間接義務とこの訳語が当てられる場合があるが、なぜそのような訳語が当てられるのかという疑問が残る。その背景について、類似する indirekte Verpflichtung 概念の展開との関係から分析を試みることにする（後述③）。

### (1) 整理

(i) オブリーゲンハイト (Obliegenheit) とは何か。わが国ではどのように定義されているのか（先述「いわゆる「オブリーゲンハイト」のわが国における定義」）。

オブリーゲンハイトとは、保険契約者または被保険者の保険者に対する義務のうち、保険料支払義務を主たる債務と見た場合、その付随義務と見ることができると告知義務、通知義務、損害防止義務、報告・証拠提出義務などの総称である。義務者がそれに違反しても、保険者がその履行を請求したり、損害賠償を請求したりできるわけではなく、単に契約の解除という不利益を義務者が被るにすぎないことから、真正の義務ではなく契約の前提要件にすぎないと解されているとされる。

以上から、その解説では「保険契約」上の概念として扱われていること（議論領域）、それは「真正の義務

ではなく、契約の前提要件であることなれていること（法的性質）、それに違反した場合、その負担者に一定の不利益を生ずるが、履行の請求や損害賠償の請求はできないこと（効果）、それを負担するのは保険者ではなく、保険契約者または被保険者であること（主体）、「付随義務」と見ることができるとする義務群の総称であるとされていること（位置付け）、が分る。

(ii) オツプリーゲンハイトは、保険契約法に限定される概念か。もしそうでないとすれば、なぜ保険契約上の固有の概念と解される場合があるのか（先述二 Obliegenheit 概念の沿革——保険契約法との関係から）。

Obliegenheit という概念の沿革（ドイツ法）から分るように、それはドイツ保険法上の用語・固有の概念として展開してきた概念である。注目すべきは、Obliegenheit は元々保険法上の概念であったが、その後民法を含む私法の「上位概念」としての体系化が提唱されることになった。それは、ドイツの保険法学者ライマー・シュミット（Reimer Schmidt）であると思われる。この提唱は次第に現実のものとなり、現在ではこの概念が民法など保険法以外の部門においても定着している。

一方、わが国における Obliegenheit が盛んに議論がなされたのも、保険契約の領域においてである。このことから、Obliegenheit という概念が一部の解説書において保険契約上の概念として扱われている背景がある程度推論される。

(iii) わが国の民法学におけるこの概念はどのように解されているのか（先述三 わが国の民法学における解釈——上位概念としての Obliegenheit）。

わが国の民法学においては、Obliegenheit に関する研究はあまり多くない。非常に少ないといった方が正確かもしれない。そのような状況であった、「上位概念」としての Obliegenheit に「間接義務」という訳語を当て、その性質について次のように説明するものがある（奥田解説）。それによると、

間接義務をつくさなかった場合、民事法上、ある容態の遵守が法秩序により要請せられてはいるが、その不遵守に対して履行の強制や損害賠償責任のサンクションが用意されておらず、違反者はただある権利を失うという不利益が課せられているにすぎない場合がある。これを間接義務（ドイツでは Obliegenheit）と呼んでいる。サンクションの面だけを見れば自然債務に似ているが、間接義務は真正の義務ではなく、権利者の権利保持もしくは行使の前提にすぎないものと見られているとされる。

以上から窺えることは、まず、間接義務（Obliegenheit）は、「民事上」の概念として扱われていること（議論領域）、次に、それは「真正の義務ではなく」、権利者の権利保持・行使の前提であるとされていること（法的性質）、それに違反した場合、違反者には権利喪失という一定の不利益を生ずるが、履行の強制や損害賠償責任のサンクションはないこと（効果）、間接義務の負担者については違反者とするだけである（主体）（具体例（後述<sup>(iv)</sup>・先述四）を見ると間接義務の負担者が「債権者」である場合が目につく）、先述一におけるその概念の定義と異なり、ここでは「付随義務」とはされていないこと（位置付け）、である。

(iv) 間接義務（Obliegenheit）に包摂されるのは具体的にどのような場合か。この概念の有用性はあるか（先述四 Obliegenheit 概念の「有用性」の検証——Obliegenheit に包摂される具体的ケースの分析から）。

従来の研究によると（奥田ほか）、Obliegenheit に包摂される場合として、次のような具体例が挙げられている。

- (a) 保険法上の告知義務（商第六四四、六七八条）、危険を招来せしめない義務（商第六五六条）、危険増加の場合の通知義務（商第六五七条二項）、損害防止義務（商第六六〇条）など、
- (b) 商法上の買主の目的物検査義務および瑕疵通知義務（商第五二六条）、
- (c) 民法上の義務としては、解除権者の目的物を毀損しない義務（民第五四八条一項）、過失相殺における権利者（被害者）の損害抑止義務（民第四一八条、七二二条二項）、解除の場合の買主の損害抑止義務（民第一条二項）、

債権者が法定代位権者に対して負う担保保存義務（民第五〇四条）、被用者に対する使用者の監督義務（身元第五条）などがある（この他、ドイツ民法においては受領遅滞という状態を生じると間接義務（*Obliegenheit*）の効果として債権者は一定の不利益を受けるとされる）。

この概念を用いて法制度を説明することの意義（例えば現在の通説・判例より説明が明確となること）は、わが国における義務論において重要である（先述四①から⑤の例示の通り）。さらに、先述四の分析から抽出される注目点は、次の通りである。

(a) 「効果」の共通点とバラツキ 効果の「共通点」としては、*Obliegenheit* に違反しても、多くの場合、その履行を請求したり損害賠償を請求したりできるわけではなく、免責・注意義務の軽減などが生ずる（弱いサントクシヨ）。これはなぜか。その違反によって、相手方の利益は侵害されるわけではなく、むしろ相手方の利益状態は改良されるという点が注目される。

ただ、効果に一部「バラツキ」がある。例えば、保険契約における告知義務に違反した場合、契約の解除・保険料の不返還という効果が認められる（厳格なサントクシヨ<sup>23)</sup>）。民法上の問題においても、損害賠償義務が生ずる場合がある（*Obliegenheit* の *Pflicht* への接近化<sup>24)</sup>）。

そうすると、なぜ効果のバラツキが生ずるかという問題が残る。この点につき、厳格なサントクシヨを認める保険契約の告知義務違反の場合を見ると、次のことが窺える。それは、その義務違反があると、相手方（保険者）は契約を維持できない程の著しい利益侵害を受けるため、それを回避する必要があること（解除権の必要性（回避手段））、さらに利益侵害を未然に抑止するために制裁を課す必要があることである（支払済保険料の不返還（制裁））。つまり、問題となる契約の特性によって読込む要素が異なり、それが *Obliegenheit* の法的効果に反映していることになる。

(b) 「被侵害利益」 真正の法的義務に違反した場合には、通常は相手方の利益が侵害されたり危殆化されること

が考えられる。これに対して、*Obliegenheit* に違反しても、侵害されるのは *Obliegenheit* を負担する者自身の利益である。この結果、相手方の利益状態は良くなることとなる。

(c) *Obliegenheit* を負う「主体」 債権債務関係における真正の法的義務の主体は、通常は債務者である。これに対して、先述四①から⑤の検討例から窺うことが出来るように、*Obliegenheit* の場合には、その主体がむしろ債権者である場合が目につくことが分る。

(d) 過失 通常の過失とは異なり、損害の予見までを要しない場合がある。やむに迫らば、*Obliegenheit* 違反について過失が要件とされていない場合もあることが分る。

(e) *Obliegenheit* という概念は法的にどのような位置付けられるべきか（先述五 *Obliegenheit* の位置付け――見解の相違とその論議）。

この点については、二つの見解が見られる（五②）。一つは、(a) *Obliegenheit* は真正の義務ではなく権利者の権利保持もしくは行使の「前提」にすぎないとする立場である（奥田）。もう一つは、(b) それを「付随義務」と位置付ける立場である（北三）。

さて、この両見解には実質的にどのような違いがあるのだろうか。この点については、先の考察（五②）から次のことが窺える。

(a) の見解によると、*Obliegenheit* は真正の義務でないとされ、それは権利者の権利保持・行使の前提であるとされる。これに対して、(b) の見解によると、*Obliegenheit* は弱められた義務であるとされ、その性質は高度の法的強制力以外の一定の法的不利益（権利喪失・相手方の予防手段の許容など）を強制力とした広義の義務とされる。つまり、(b) の見解は、*Obliegenheit* に一定の強制力があるとして、そこから（広義の）義務性を認める。

それでは、なぜそのような位置付けの違いが生ずるのであるのか。両見解の相違が生ずる背景をそれぞれの主張

の出発点の「相違点」を中心に検討すると、次のことが分る(五<sup>4)</sup>)。

両見解の議論の出発点として、法的義務性の捉え方に違いがあるのではないだろうか。すなわち、法的義務に伴う強制手段として、訴求性・執行性・損害賠償(強いサンクション)が必要と見るならば(a)見解の出発点、Obiegenheitは真正の義務でないことになる。これに対して、それらの強制手段以外にも、権利喪失・相手方の予防手段の許容など(弱いサンクション)を強制力とした弱い義務性を肯定する立場をとれば(b)見解の出発点、Obiegenheitも広義の義務と認められることになるはずである(共通点：もっとも、(a)両見解には共通点も存在する。なんらかの法的拘束を課された者は、その違反に対してなんらかのサンクションが生ずる。両見解は、この場合を、強いサンクションが生ずる領域(Pflicht (SchmidtがごうVerbindlichkeit))と弱いサンクションが生じない領域(Obiegenheit)とに分けている。この点では、共通している。それはなぜか。ドイツ法の義務論においては、このような議論が見られる。両見解はドイツ法の研究をベースとしている点においては共通している(視点を変えると、ドイツ法系以外では必ずしもこのような義務構成がなされているわけではないことなる)。

## (2) Obiegenheitの存在意義——ドイツ法(系)の特性から窺えること

先に見たように(先述二ほか)、ドイツ法においては、Obiegenheitは当初は保険契約法上の概念にすぎなかったが、その後さらに理論展開がなされ、民法などをも含む私法上の上位概念として定着するに至る。最近では、オーストリア民法やスイス債務法においても定着し始めている。このことから、ドイツ法(系)においては、当事者間の義務の有無・性質を語る場合に、Obiegenheitは重要な概念であり、その必要性が認められていることが窺える。

さて、それではなぜドイツ法(系)におけるObiegenheitが定着しているのだろうか。なぜこの概念が必要なのであるのか。この背景は何なのであるのか(当事者間の法律関係の構成要素をミクロまで辿ると権利義務が単位となっている。このことは、西欧型の近代法に共通する法理であり、ドイツ法に特有のものではないはずである)。

そこで以下では、具体例(先述四：受領遅滞制度、担保保存義務制度)に従って再考察してみることとする。

(i) 受領遅滞制度の場合、ドイツ法においては、受領遅滞制度を説明する場合に、Obiegenheitは不可欠の概念である。債権者の協力が得られないことによる問題、つまり受領遅滞によるトラブルは取引上避けて通れない問題である。それはドイツ法だけで生ずる問題ではない。なぜドイツ法においては受領遅滞制度の説明に際してObiegenheitという概念が必要となるのであるのか。なぜそれが有用な概念なのであるのか。

ドイツ民法によると、債権者は、自由に提供された給付を受領しないときは、遅滞に陥るとされる(第二九三条：一般規定)。これは、債権者側で生じた偶然的事由によって債務者の義務が加重されるのは公平でないことなどが考慮された規定である。ここで注目すべきは、ドイツ民法においては債権者に法的義務としての受領義務が課されていないという点である(売買・請負については引取義務が規定されているが(第四三三條二項、第六四〇條：特別規定)、債権者一般にはその義務は課されていない)。この立場は、規定上だけではなく、解釈上も維持されている。

債権者が受領しないことによつて債務者の義務が加重されるのは公平でないと考えたにもかかわらず(立法趣旨も同旨)、なぜ債権者に受領義務などの協力義務を課さなかったのであるのか。ここには、債権者は債権の行使について「権利を有するのみ」であり、権利行使に際して義務を負うものではない、との前提があるのではないかと思われる(義務について特約がある場合は別であるが)。(この立場を起点とすれば、受領はいわば債権者の受領する権利に基づくものであり、権利行使の強制はないこととなる。つまり、債権者は受領しなくても、義務違反の責任は生じないことになる。この立場によると、いわゆる真正の法律上の義務(Pflicht)によつてカバーできる幅が狭くなることが分る。しかし、債権者と債務者との間の負担の調整は必要である。そこで、先のように法律上債権者に一

定の責任を課したと思われる（法定責任）。最近では、その責任の法的性質・根拠付けは *Obliegenheit* によってなされている。

つまり、伝統的な義務論によってはカバーできない領域が生じ、その領域の調整機能を有する概念が必要となる。その機能を有するのが、*Obliegenheit* ではないかと思われる。問題は、義務の捉え方にあることになる。

(ii) 担保保存義務制度の場合 わが国における担保保存義務制度（民第五〇四条）と同様の機能を有する制度が、ドイツ法およびフランス法にも見られる（日民第五〇四条の立法過程において参照されその後の解釈にも影響を与えている）。ドイツ法においては、この制度を説明する場合において、*Obliegenheit* という概念が用いられている（最近の傾向）。なぜドイツ法においてはこの制度を説明するに際して *Obliegenheit* という概念が必要となるのであるだろうか。なぜそれが有用な概念なのであるだろうか。

この問題を考察する前提として、次のような比較法上興味深い問題（義務の捉え方の相違）が見られる。この制度は、その沿革を辿ると、保証人の保護制度として展開してきたという経緯があり、ドイツ法およびフランス法においては、保証人中心の制度として位置付けられている。この点では、ドイツ法とフランス法には共通した位置付けが見られる（日本民法における同制度は弁済者代位制度の補完制度と位置付けられてきており、必ずしも保証人中心の制度ではない）。しかし、債権者が保証人に対して負う「義務性」においては、次のような相違が見られる。すなわち、フランス法においては、債権者は担保の保管・差替・放棄などを行える立場にあるとして、債権者の保証人に対する義務を肯定するのが一般的な立場である（従って、免責（抗弁）は義務違反の効果とされる）。これに対して、ドイツ法においては、そのような義務（*Pflicht*）を否認するのが一般的である<sup>96</sup>。

それでは、ドイツ法では、この制度による免責の効果はどのように根拠付けられているのかという疑問が生ずる。ドイツ民法典の制定時および初期の学説においては、この制度は特定の場合に保証人を保護する特別規定であると解されていた。しかし、最近では *Obliegenheit* という概念で説明されている。なぜドイツ法においては、債権者の保証人に対する *Pflicht*（つまり真正の法的義務：その違反により損害賠償請求などの効果が生ずる義務（先述一参照）を認めない）のであるだろうか。なぜ義務の捉え方においてこのような相違（フランス法との相違）が見られるのであるだろうか。

この問題の背景には、原理部分の相違が関係しているのではないかと思われる。先述のように、この制度は、保証人保護制度として展開してきたという経緯がある。この制度を分析する場合、保証契約の「片務契約性」の再考（保証を片務契約と解することの妥当性の再考）が避けて通れない。つまり、債権者は権利を有するだけでなく、保証人に対して義務を負う場合があるのか否かという問題である。

この点につき、*Obliegenheit* の視点からではないが、次のような参考になる指摘がある（星野分析）。フランス法においては、債権者は、保証人のためにその求償権を保護する目的で、自己の有する他の担保を保全する義務を負うと一般に解されている。すなわち、その限度においては債権者に一般的な注意義務が存在するとされている（「債権者の行為によって、債権者の抵当権および先取特権についての地位が、保証人の利益において作用することができなくなったときは、保証人は免責される」（第二〇三七条）。学説は、債権者は保証人に対する契約上の義務を負うとし、何れにせよ債権者のこの義務のゆえに保証は双務契約の性質を有する<sup>97</sup>とまで説かれている（例えば *Coin-Capitant-Morandière*）<sup>98</sup>とする。

これに対して、ドイツ法においては、保証債務は強度に一方的な保証人の義務のみを発生させるものであって、債権者が保証人に対して注意義務を負うなどということは保証の本質に反すると説かれている。それゆえに、債権者が、主たる債権のために存在する特別担保を放棄した場合に、保証人は放棄された権利から代位によって求償を得られたであろう範囲において免責されるという規定（第七七六条）は特別な規定であるとされる。この点につき、ドイツ民法起草の際の理由付けによると、債権者は保証によって義務を負担することなく単に権利のみを取得する

ものである、とされている。このような注意義務を課すことに慎重であったのは、その義務を肯定することによって「保証の担保価値」が著しく損なわれることを懸念したためである。そこで、第七七六条に定めるものだけを例外的に規定した、とされる。<sup>(27)</sup>

以上のことから窺えることは、次のことである。ドイツ法においては、保証契約の片務契約性が厳格に解されていることが分る。その背景の一つとしては、保証契約の片務契約性を貫けば、債権者の保証人に対する一般的な注意義務は否認される。そうすれば、その義務違反による保証人の免責は生ぜず、結果的に保証の価値が維持されることになる。人的担保を重視した一九世紀の金融実務に対する配慮の面は否定できない（担保価値の維持）。しかし、無視できないもう一つの背景があるように思われる。それは、債権者は保証人によって義務を負担することなく単に権利のみを取得する、という前提である（ドイツ近代法における義務性）。この立場によると、債権者は保証人（債務者）に対して法的な義務（Pflicht）を負うことはなく、したがって担保の保全についても義務を負うことはないことになる。しかし、実務の現場において、債権者が保証人の代位の期待を全く無視した担保の差替や放棄を許すことはできないはずである。そこで、立法者は、ド民第七七六条において最小限の歯止めをかけることにした。従って、同条は債権者の法的義務の導入ではなく、特別規定と位置付ける構成をとったわけが窺える（ドイツ法の法的構成）。

その後の展開をドイツの学説から見直すと、さらに興味深い。最近の学説においては、この制度を Obliegenheit という概念で説明している。それはなぜであるのか。Obliegenheit という概念の有用性はどこにあるのであるのか。

先述のように、債権者は保証人に対して「権利を有するのみ」であり、権利行使に際して義務を負うものではない、との前提がある。この立場を起点とすれば、債権者は保証人に対する義務違反の責任は生じないことになる。この立場によると、債権者と保証人との間の負担の調整をいわゆる真正の法律上の義務（Pflicht）によってカバー

できる幅が狭くなること分る（フランス法の法的構成と比較すれば明らか）。

つまり、伝統的な義務論によつてはカバーできない領域が生じ、その領域の調整機能を有する概念が必要となる。その機能を有するのが、Obliegenheit ではないかと思われる。問題は、やはり義務の捉え方にあると思われる。

### (3) 間接義務と Obliegenheit の訳語——indirekte Verpflichtung との関係

先述（はじめに）の Obliegenheit の訳語にはパラッキがある。その中であつて、民法関係の文献においては、「間接義務」と訳されている場合が少なくない。なぜ間接義務と訳されているのであるのか。間接義務があるならば、その前提として直接義務があるのではあるのか。これらの疑問点は、単なる訳語の領域の問題にとどまるものではない。Obliegenheit という概念の位置付けおよびその概念の有用性の有無を考へる場合、これらは無視できないと思われる。というのは、わが国における民法学説の展開と関係するからである。

(i) わが国において、間接義務という概念がしばしば用いられた時期がある。たとえば、戦前（および戦後すべての）民法の主要な体系書においては、間接義務という概念がしばしば用いられている（石坂・鳩山・勝本・沼・柚木・於保<sup>(28)</sup>）。専門書や論文<sup>(29)</sup>においてもそうである。

間接義務については、次のような定義・解説が見られる（石坂）。すなわち、法律においては、ある行為をなすことを希望しその行為をなすときは利益を与え、これをなさないときは不利益を被らせることによつて、その行為をなすことを強制することがある。強制するといつても、その行為をなすか否かはその者の意思に一任し、直接にこれを強制しない場合がある。強制を欠くがゆえに法律上の債務ではなく、ただ行為をなさないときは不利益を被らせるがゆえに、間接に行為を強制する効果がある。これを「間接義務」（indirekte Verpflichtung）と称する、とされる。そして、この概念を用いて説明される法制度の例として、受領滞滞制度などが挙げられている。

ここで注意すべき点がいくつかある。まず第一に、従来（特に戦前）、わが国の民法学において盛んに用いられた間接義務と称する概念は、indirekte Verpflichtung である（本稿が分析対象とする Obliegenheit 自体ではない）。第二に、この間接義務という概念が用いられたのは、主として学説においてである。そのヘースにあるのは、当時のドイツ法の学説であると思われる（すなわち Buchka や Siper の主張である）<sup>(21)</sup>。

Buchka によれば、通常の義務には強い強制力があるとして、その手段として履行強制や損害賠償請求があるとする。これを「直接義務」(direkte Verpflichtung) とする。この直接義務の外に、強いサンクションのない間接義務(indirekte Verpflichtung) が存在する<sup>(22)</sup> とされる（先の石坂博士の概念定義と同様であることが分る）。つまり、間接義務(indirekte Verpflichtung) という概念は、直接義務(direkte Verpflichtung) を前提とした概念であり、両概念は強制力の強さにおいては差異があるが、相互に補充する形で法的強制を表現する機能を有していることが分る。やはり、戦前の学説が「間接義務」という呼称は、indirekte Verpflichtung のいわば直訳であると思われる。概念の内容も当時のドイツ法の学説と対応している。

(ii) やはりそれでは、なぜ民法学において Obliegenheit が間接義務と訳されたのであるのか（例えば、奥田訳）。この問題を根拠付ける直接的な資料は見いだせないが、少なくとも次のような点は指摘できるのではないかと思われる。それは、間接義務と訳される元の概念の沿革およびその概念が包括する内容である。

右(i)のように、わが国の戦前の民法学においては、間接義務とこの概念が法制度の説明において盛んに用いられた。もっとも、戦前の学説が珍頭にもく間接義務とこの概念は、indirekte Verpflichtung (Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, 1904) の方がむしろ Obliegenheit ではなく。このように Obliegenheit という概念がドイツにおいて私法の上位概念として提唱されたのが戦後のことである（Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953）。その概念が定着するのはむしろその後であることから明らかである（先述ii）。

しかし、両概念(indirekte Verpflichtung と Obliegenheit) が包括する内容は非常に共通点が多く、重なり合う要素が多く見られる。このことは、両概念をともに間接義務と訳される奥田教授の解説からも窺うことができる<sup>(23)</sup>。それによれば、indirekte Verpflichtung（間接義務）は、「権利の取得・保存・行使の要件として、または法律上の不利益を受けないために、一定の行為が要求されること。その不遵守には、法的不利益が効果として伴ったために、一見、『義務』的性質をもつが、この点で義務（直接義務といわれる）とは異なる。すなわち、間接義務では、被拘束者の利益のみが問題となり、間接義務の不遵守に伴う不利益は、かれが自己の利益をまもらなかった結果にほかならず、間接義務の不遵守により、特定・不特定の相手方の利益を侵害し、または危殆化するものではない。むしろ、この場合、相手方の利益状態あるいは法的地位は改良されることとなる」とされる。次に、Obliegenheit（間接義務）は、「間接義務(Obliegenheit) をつくらなかった場合、民事法上、ある容態の遵守が法秩序により要請せられてはいるが、その不遵守に対して履行の強制や損害賠償責任というサンクションが用意されておらず、違反者はただある権利を失うという不利益が課せられているにすぎない場合がある。これを間接義務(Dauidenでは Obliegenheit) と呼んでいる。サンクションの面だけをみれば自然債務に似ているが、間接義務は真正の義務ではなく、権利者の権利保持もしくは行使の前提にすぎないものとみられている」とされる。

さらに、両概念に包摂するとされる具体的な場合も重なりが見られる（例えば、過失相殺における損害抑止義務（民第四一八条、第七二二条二項）、債権者の受領義務（民第四二三条）、解除権者の損害回避義務（民第五四八条一項）、買主の目的物検査義務および瑕疵通知義務（商第五二六条）、保険契約における告知義務（商第六四四条、第六七八条、などがその例である）。

このことから、両概念は共通する性質を内在し、当事者の利害調整に際して同様の機能を有していることが窺える。ドイツ法(系)における Obliegenheit は indirekte Verpflichtung の機能を引き継ぐ形で定着しているものに思われる。



- (23) 神・前掲書注(1)二頁、中西・前掲書注(1)八八頁参照。
- (24) 両義務(ObliegenheitとPflicht)の接近化傾向がドイツ法において見られるが、この点についての邦語文献は少ない。受領義務に関するドイツの判例分析の過程で、この点について一部言及するものがある(田中教雄「債権者の受領義務について」九大法学五八号二三頁(昭六四))。
- (25) 鳩山・前掲論文注(18)一〇二頁以下、辻・前掲論文注(1)一六〇頁以下。
- (26) 柚木馨「債権者の担保喪失に因る代位弁済者の免責」民商一卷一号八九頁(昭一〇)。
- (27) 星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」(民法論集第二卷所収(昭四五))二〇二、二〇五、二三五、二三七頁。
- (28) 石坂音四郎・日本民法(債権総論上・大五)三二、三三頁、鳩山秀夫・日本債権法(総論 大五)三六〇頁、勝本正晃・債権総論(中巻<sup>(3)</sup>、昭一一)四八頁、沼義雄・綜合民法要論(昭一三)六一、六三頁、柚木馨・判例債権法総論(下、昭二六)二八〇頁、於保不二雄・民法総則講義(昭二六初版・平八復刻)二七、二八頁など。
- (29) 柚木・前掲論文注(26)八九頁。
- (30) たぐえは、石坂・前掲書注(28)二三頁は、Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, 1904; Siber, Rechtsz-wang im Schuldverhältnis, 1903, が参照されている。
- (31) 生田・前掲論文注(1)一五頁。
- (32) 末川・前掲注(1)辞典三〇二頁(奥田執筆)(indirekte Verpflichtungの解説・包摂例)、奥田・前掲注(1)民法学 四二頁、同・前掲注(1)債権総論一九三、二二二、三二二頁(Obliegenheitの解説・包摂例)。