

Title	現代フランス契約法の動向：ゲストンほか『契約の成立』(Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, Traité de droit civil : La formation du contrat, 4e éd., 2 vols, LGDJ, 2013)に焦点を当てて
Sub Title	A propos de Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, Traité de droit civil : La formation du contrat, 4e éd., 2 vols, LGDJ, 2013
Author	金山, 直樹(Kanayama, Naoki) 山城, 一真(Yamashiro, Kazuma) 齋藤, 哲志(Saito, Tetsushi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.7 (2015. 7) ,p.53- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150728-0053

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究ノート

現代フランス契約法の動向

——ゲスタンほか『契約の成立』(Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil : La formation du contrat*, 4^e éd., 2 vols. LGDJ, 2013) に焦点を絞って——

金山直樹
山城一真
齋藤哲志

(執筆順)

はじめに

- 一 契約法の基礎理論
- 二 同意の保護
- 三 契約の無効

はじめに

ゲスタンは、フランス留学において指導教授を引き受けてくれた恩人である。彼と初めて会ったのは、一九八五年一〇月三日、パンテオン校舎の教授室においてであった。私は、その翌日に本書の初版(一九八〇年)を購入していた

る。その後しばらくして始まる D E A での契約法の勉強のため、何を読むべきかとゲスタンに尋ねたところ、この本を読むようにと言われたからであった。その後、二版（一九八八年）、三版（一九九三年）が刊行され、この度、四版が刊行された（二〇一三年）。初版から三〇年余り、三版から数えても二〇年近くが経過したことになる。

初版はすでに八〇〇頁を超すものであったが、四版は二巻に分かれて計三〇〇〇頁を超えるものとなっている。ほぼ網羅的に判例・学説を紹介・検討し、いわば〈判例・学説総覧〉とも呼ぶべき偉容を誇っている。それもあってか、今回は、ロワゾーとスリネという二名の協力者が共著者として名前を連ねている。いずれも、ゲスタンの下で博士論文を執筆した者である。

この二〇年の間に、フランスにおける契約法（研究）は、ゲスタン自身の功績もあって、目覚ましい発展を遂げている。立法論も盛んであって、カタラ委員会草案、テレ委員会草案、そして司法省草案が次々と公表され、債務法の全面改正は時間の問題のようである。ゲスタンは、そのほとんどの立法活動に関与するとともに、本書はその成果を踏まえたものとなっている（四版の刊行時期との関係で、*Avant-projet de réforme du droit des obligations*,

Document de travail, 23 octobre 2013 以降の動きは踏まえられていない）。本書においてとくに注目すべきは、ゲスタンの視野の広さである。すなわち、①ヨーロッパ契約法の動向をフォローし、②経済学的分析を駆使し、③公法上の学説（法理論学）の成果も積極的に取り入れている。内容的にも、総論的観点から広く契約を扱い、民法上の典型契約だけでなく、労働法や商事契約、競争法（競争禁止義務契約）についても、かなり本格的に論じられている。

このように、本書は、現代フランス契約法学の動向を知るための貴重な情報に満ちている。本書を素材とすることによって、契約法の基本問題に関する示唆を得ようと考えたゆえんである。ただし、本書は容易に読破できるものではない。私自身も、二名の協力者を得て、数回にわたって本書の読み合わせ会を開催した。

以下においては、ゲスタン本人の意向¹⁾も踏まえた上で、本書の特徴的な点に焦点を当てることとし、契約の基礎理論（一）、同意の保護（二）、そして、契約の無効の問題（三）を順次取り上げよう。

（一） ゲスタン本人と、何回かメールのやり取りをする中で、率直に、本書の特色がよく現れている部分はどこかと尋ね

た。以下において扱う項目は、結果的に、ほぼ本人の意向に沿ったものになっている。

(金山直樹)

一 契約法の基礎理論

ゲスタンといえは、契約の指導原理として「有益性と正義」(utile et le juste)を打ち立てた功績を離れて語ることはできない。それは、「意思自律」を説く通説への挑戦でもあった。もつとも、ゲスタンは、初版においては、意思自律の原則を厳しく批判してはいたものの、代替原理としては「契約正義」について語るだけであった。⁽¹⁾ 契約の指導原理として、初めて「有益性と正義」を打ち立てたのは、二版においてであった。⁽²⁾ そして、それをきっかけにして、フランスの契約法学が——ひいては日本の契約法学も——一挙に活性化したことは、何人も否定しえないだろう。以下においては、「有益性と正義」の原則を念頭に置きながら、契約に関するゲスタンの基礎理論の展開を辿るところにしよう。

1 契約の概念

ゲスタンによれば、契約の概念は、時空を越えた普遍的なものとして捉えることはできない。歴史を見ても、東洋と西洋を比べても、また西洋の中でも労働契約と不動産売買契約を比べただけでも分かるように、契約は共通の価値の上に打ち立てられているとはいえないからである。フランス法だけに焦点を合わせたとしても、契約概念は多義的である(Pr. 42)。そこには、「契約の本質」や「性質上の契約」など存在しない。それゆえ、契約の概念を明確化するためには、機能的なアプローチをするしかない(Pr. 48)。そこで、契約とは「当事者を拘束する法律上の効果の発生を目的とする複数の意思の合致である」という定義が採用される(Pr. 55)。

その上で、「当事者を拘束する法律上の効果」の中身を明確化して、契約が単に債務を発生させるのではなく、規範を創設する効果(拘束力)を有していることを正面から認める(Pr. 53⁽³⁾)。その際、ケルゼンに従って、契約が拘束力を持つのは、それが上位規範によって認められているからであるという(Pr. 56)。規範(法)には、階層性があり、憲法院を頂点とする実定法秩序が形成されている(Pr. 67)。この階層的な規範構造の中に、契約も定位されるというわ

けである。

ところが、古典学説は、契約を基礎づけるのは、意思自
律の原則であると主張していた。次に、この点に関するゲ
スタンの批判を見よう。

2 意思自律の原則に対する批判

ゲスタンによれば、意思自律の理論は、①実定法の現代
における発展を説明できず、②民法典の前後を問わず実定
法を説明しえたこともなく、③一八八〇年以降、とくに労
働領域における国家の介入に対峙して、超自由主義の観念
を擁護するために提唱されたものであり、④当事者の意思
だけでは契約の拘束力を説明することができないという意
味において論理的に成り立たない (p. 186)。したがって、
意思自律の原則は、契約拘束力の基礎としても、契約制度
の指導原理としても、否定されるべきである (p. 169)。
①の解釈学的な点に関しては、意思自律を原則とする民法
学体系の下においては「同意」が契約の本質的要素とされ
るので、同意の瑕疵、錯誤、強迫などが、意思を起点に心
理的に理解され、客観的要素の比重が低くなってしまふ
(p. 198)。また、④に関しては、一一三四条・一一三一
条・一一三五条は、両当事者の意思が契約債務の唯一の基

準ではないことを明らかにしており、意思自律の原則とは
相容れない (p. 209)。

ゲスタンよりも先に意思自律の理論に反旗を翻したのが、
ルエットであった。彼によると、契約の拘束力は、契約の
両当事者の意思の合致にも、また、債務者の意思にも基礎
づけられない。ルエットにとつては、二つの意思に由来す
る申込みとそれに対応する承諾があるだけであつて、そこ
から発生する規範に着目すべきなのである。彼によれば、
あるがままの意思は、法の領域においては意味を持つこと
ができない。能力、代理、形式、同意の瑕疵に関する規則
によつて縮減され変質せしめられた法的な意思だけが法的
効果を持ちうるのである。結局は、実定法が契約の拘束力
の基礎なのである (p. 214)。法は意思ではなく、個人の
利益を考慮に入れており、そこそが契約の基礎にある。
要するに、契約とは、「双務的な規範を生じさせる行為で
あつて、二つの利益帰属点を結びつけるもの」なのである
(p. 216)。ゲスタンは、ルエットの寄与は、実定法が意思
自律の原則を指導原理として成り立っていないことを論証
した点にあるとして、その功績を高く評価する (p. 217)。
もつとも、ゲスタンによれば、意思自律と契約自由とは混
同してはならない (p. 218)。そして、契約自由の表現と

しての意思自律であれば、普遍的かつ通時的な原則として認めることができる、と云う (n° 220)。

3 契約の指導原理

四版においては、契約の指導原理として、二版において打ち立てられた「有益性と正義」の原則に加えて、「契約自由」の原則が掲げられている。しかも、契約自由による第一の原則としての地位が与えられている。その結果、指導原理は三本建てになっている。

(1) 契約自由の原則

契約自由の原則は、フランスにおいて憲法的価値を有している (n° 232 et 539 s.)。のみならず、ヨーロッパ法においても、契約法の指導原理だと考えられている。契約当事者の意思の合致は、手続的に必要なだけでなく、契約に不可欠の主観的要素を成している。その意味で、意思の合致は契約の動力源である。自由なくして意思はないので、意思の合致は契約自由から切り離すことはできない (n° 233)。契約自由の行使によって、各当事者は自己の自由を譲渡し、契約の拘束力に服することになる。その意味で、契約自由と契約の拘束力は不可分に結びついている (n° 239)。拘束力は、債権者の信頼の保護と予見可能性に資す

ることになる (n° 238)。

ゲスタンによれば、意思は契約自由にとってかけがえない道具である。客観法に優越的地位を認めるからといって、権利や人間尊重がないがしろにされるわけではない。創意的自由は、人間の奥深い切望と人間の成熟にとって不可欠の責任に対応しているのである (n° 235)。また、契約は取引においてリスク配分をする道具でもある (n° 235)。

では、なぜゲスタンは四版で初めて契約自由を指導原理の一つとして加えたのだろうか。その理由につき、彼は次のように説明している。一九九三年に三版を出版した際には、教育の観点から、「正義と有益性」を契約の指導原理とすることで十分であって、それによって契約成立における意思の役割を無視することもないと思われた。これに対して、現在では、意思自律の原則の衰退が確実であり、もはや正義と有益性の尊重に対する脅威とはならない以上、契約自由の原則を指導原理の一つとして掲げて、他の原則との調整を図る、という形で明確に示すことが必要になった (n° 178, note 23)。

契約自由は、原則であるから、そこから導かれる帰結には常に例外がある。のみならず、実定法が基本的に契約自

由を支持しているというわけではない。例外とのバランスは、時・場所・状況によって、様々であり、常に更新され続けるからである。自由は、一般利益の観点から、次に見る社会的有益性と契約正義との間で調整される (H. 238 ff. 173)。とはいえ、ゲスタン自身は、現時点では、契約自由を広く認めることが、経済的効率性の観点から不可欠だと考えている (H. 504)。

(2) 有益性と正義

ゲスタンは、ル・トゥルノーの言葉を引用することによって、自らの功績を語っている。ル・トゥルノーによれば、ルエツトが意思自律の原則を破壊した後、原則を再構築したのがゲスタンである。そこでゲスタンが持ち出したのが、「有益性と正義」であった (H. 170)⁽⁴⁾。このように自らを位置づけた上で、ゲスタン自身は、サヴォーによる批判、すなわち正義と有益性は契約の拘束力の基礎にならないという批判を検討する。ゲスタンはこの批判を容れて、拘束力の実定法上の基礎は法体系への包摂であるから、正義と有益性がその基礎⁵とはいえないことを認め、むしろ、正義と有益性に合致していることが契約の拘束力を正当化する、と言いたかったのだと弁明している。したがって、「基礎づけられる」というよりも、むしろ、「正当化され

る」といふべきである。有益性と正義は、契約の指導原理であり、より正確には、契約の社会的・目的なのである (H. 171)⁽⁵⁾。

契約正義に関して、ゲスタンは、何が正義かは定義することができないが、明白な不正義は多く人によって認識・非難されるものだという (H. 362)。その際、当事者の一方が契約の不均衡を知っていたか否かは無関係であって、当該当事者が、たとえば住居や雇用など、生活の必要に迫られて、均衡を欠く契約を交渉の余地なく締結した場合に、不平等があると言う (H. 380)。もっとも、ゲスタンは、給付の客観的な不均衡を一般的に規制することには、正当価格なるものが存在しないことを理由に、反対する (H. 417 s.)。給付の価値は、まずもって当事者が評価すべきものであり (H. 428)、正当価格を示すことのできる指標を市場に求めることなどできないからである (H. 432-44)⁽⁶⁾。要するに、契約正義の原則は、過度な不平等を矯正するに留まり、矯正の行き過ぎをもたらすものであつてはならない、というわけである (H. 416)。

むしろ、ゲスタンは、ロールズの理論を踏まえて、契約正義を手続的な正義として理解・分析する方向に進もうとしている (H. 446 s.)。そこで光が当てられることになる

のが、当事者の態度を評価することを可能にする信義誠実の原則である (n. 457 s.)。

ところで、ゲスタンは、二版では、契約は、有益だから拘束力があり (n. 174-2)、また、かつ、契約は正義に適合しているときにだけ拘束力がある (n. 181)、と明解に説き、三版も同様であった (n. 225 et 251)。だが、四版においては、そのような叙述は消去されている。それは、拘束力の基礎を法定法に求め、有益性と正義は正当化事由ないし社会的目的に位置づけたことにも起因しているだろうが、より大局的には、彼が、契約が多層のかつ複合的な諸原理の中に置かれていることをより率直に認めるに至ったからではないだろうか。そもそも、ゲスタンによれば、契約のような複雑な制度を、一言で、たとえば自由主義、連帯主義、あるいは意思主義といった一つの指導原理で説明することは困難である。彼は、自由、有益性、および正義という指導原理を提唱してはいるが、その間の調整が必要だというのがその要点なのである。ゲスタンによれば、契約に関する問題は、常に、契約自由および契約の社会的目的——有益性と正義の間の調整も必要——の間を弁証法的に調整することによってしか解決しえないのである (n. 177)。(8)

意思自律という一言で事態を説明・解決できないことも、

いうまでもない (n. 660 et 509)。

(3) 複数の原理の調整

契約自由と「一般利益」(有益性と正義)との調和は、静的なものではなく、動的に発展するものである。したがって、立法者は選択の余地を持っている (n. 509)。同様に、一般利益を表す「公序」も動的に発展するものである (n. 509)。その角度から、基本権と契約自由の緊張関係の問題が検討されている (n. 501 s)。そして、基本権との比例原則による衡量は、大なり小なり裁判官の恣意に委ねられることになるので、法的安全が脅かされ、不確実性の危険が生じることが明白であるとして、慎重な姿勢を示している (n. 597 s.)。

次に、正義(当事者間の平等、信義則)と有益性(契約自由、取引の安全)の調和のあり方は、場面場面によって異なっているのが現状である。レジオンや事情変更の原則の場面では有益性が優越しているが、情報提供義務や沈黙による詐欺の場面では正義が優越している。それ以外の場面では、その関係はもっと複雑に入り組んでいる (n. 604-608)。

要するに、ゲスタンによれば、契約の指導原理は、法の諸体系がそうであるように (n. 16) 参照)、多層のかつ複

合的なものとならざるを得ないのである。

4 若干の感想

本書は、ほぼすべての学説、とくに тезис を丹念に紹介・検討しており、これさえ読めば、学説の分布や動向がつかめるようになっていく。クロスレファレンスも充実しているのので、どこから読んでも、理解に困難はなく、当面の課題につき有益な示唆を得ることができる。叙述のスタイルも、明解で分かりやすい点は昔から変わらない。

しかも、哲学、歴史、経済学、公法学など、他の分野の成果も極めて貪欲に摂取している。アリストテレス、トーマス・アキナスから、ハイエク、コーズまで、世界の古典から最新の学問的成果まで盛り込まれている。この部分は、他の民法の教科書には見られない本書の独壇場といえるだろう。

ゲスタンは常に進化し続けている。その進化は、法は絶えず変化し続けているという彼の観察と対応しているかのようである。もともと、その結果、契約の指導原理として三つの原則が並存し、その間の調整が必要だとされることよって、契約原理自体には多層性ならびに複合性もたらされていることは確かである。そこから我々は何を学ぶ

べきであろうか。

(1) その上で、初版では、正義と信義則との間の調整の必要性が説かれていた (n. 187)。四版で調整対象としている諸原則 (後述、3 (3) 参照) との違いは明らかである。

(2) その考え方を初めて公表したのは、Jacques Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, APD, 1981, p. 25 ; D. 1982, chron. p. 1 であった。この論文は、以前の版においては、契約の指導原理の調整を説く節の冒頭で基本文献として引用されていたが (2^e ed., n. 172, note 1 ; 3^e ed., n. 203, note 1)、四版では、サヴォアによる批判を紹介する地味な箇所でも引用されるに留まらざる (n. 175, note 12 —— 見落しがあるかもしれないが)。そこにもゲスタンの態度の変化を看取することができる。

(3) ゲスタンは、アンセルの功績は高く評価している (n. 86)。規範に着眼するアンセルの説は、もともとゲスタンの説と親和的だったといえよう。

(4) 本文は、ル・トゥルノーが「自ら一九八六年にゲスタンを報告者として招いて開催したコロックの様子につき——二〇〇一年に語ったものだが (n. 170)、私もその場に聴衆として居合わせたことを記しておいてもよいだろう。記憶では、会場は、パリの商事裁判所の講堂 (大法院?) であり、ゲスタンは満員の聴衆の前で自説を展開し

たが、私も含めて、直ちに聴衆が受け容れたという感じではなかった。そこには、ル・トゥルノーを挟む形でアンリ・マゾーおよびピエール・レイノーも壇上に座っていたが、ル・トゥルノーによると、とても容認できないという拒絶反応を示していたようである (Ibid.)。

(5) 有益性と正義は、それを破った場合に認められる効果として、それぞれ絶対無効と相対無効が導かれることになる (n. 626 s.)。この点は、初版から変わることのない解釈学上の実益である。

(6) 経済学上の議論を踏まえた叙述となっており、極めて注目される部分である。

(7) 契約における連帯主義については、詳細かつ客観的にその歩みを紹介している (n. 392 s.)。この問題については、金山直樹『現代における契約と給付』(有斐閣、二〇一三年)三頁以下参照。

(8) この点は、D C F Rにおいても認められているという (n. 178)。

(金山直樹)

二 同意の保護

1 合意と信義誠実——「同意の保護」論の二つの脈絡
各論の第一として、以下では、同意の保護 (protection

du consentement) に関する考察を、情報提供義務・沈黙による詐欺 (réticence dolosive) に関心を絞って採り上げる⁽¹⁾。この部分の叙述については、本版においてもゲスタン自身が改訂にあたっており (Plan, p. IX)⁽²⁾、その内容は、従前の構想を大胆に発展させた指導原理 (一)、共著者の筆に補訂を委ねた無効法 (三) に比べれば、前版までに示されていた構想との連続性を色濃く残している。そこでまず、これまでの彼の学問的関心を忖度しつつ、一般の改訂の意義についての臆見を述べてみることにしたい。

いまや半世紀余に及ぶゲスタンの研究の出発点となったのは、『現行実定法における錯誤の観念』⁽³⁾ (一九六三年／増補版一九七一年) である。同書において展開された錯誤論は、紹介者のみるところでは、二本の柱に支えられたものであった。すなわち、一つは、「合意」の観念によって顧慮されるべき錯誤の範囲を限界づけるという構想⁽⁴⁾、いま一つは、「信義誠実 (bonne foi)」の観念によって各当事者の行為態様の評価を取り込むという構想⁽⁵⁾、である。ところで、これらの構想は、その後、彼の二つのモノグラフにおいて展開されている。すなわち、信義誠実の要請は、『売買における契約適合性と担保責任』⁽⁶⁾ (一九八三年) において、専門家責任論を基礎とした同意の瑕疵、瑕疵担保責任

論においてさらなる深化をみた。これに対して、合意主義的基礎づけは、近時、『約定におけるコースと契約の有効性』(二〇〇六年)において、契約の解釈を基軸とするコース論に結実している。

以上の脈絡に重ね合わせると、主題に関する本書の議論は、信義誠実に関する構想の延長上にあるものとして読まれるべきであろう。その意味では、読者は、本書によって、ゲスタン信義則論の一つの到達点を知り得るものと考えられる。そしてまた、主題に関する彼の考察は、契約の有効性の基礎づけという個別問題に即して、一にみた多層のかつ複合的な基本原理の展開をも確認させてくれるだろう。

こうした関心を携えて、以下では、情報提供義務違反(2)と、沈黙による詐欺(3)とに関する議論を、もっぱら要件論に着目して比較考察したうえで、若干の所見を述べることにしたい(4)。

2 情報提供義務違反

詐欺と情報提供義務とに関するゲスタンの分析を一言で特徴づけるならば、それは、両法理を「一体の法概念(un bloc juridique)」として位置づけつつも、その混同を

厳しく斥ける、というものだといつてよい。彼によれば、情報提供義務——より正確には、契約締結過程の情報提供義務(obligation précontractuelle de l'information)(2)——は、詐欺をも含めた諸法理を統合する一つの原理であり(1)、判例の蓄積によって一定の判断枠組を構築するに至っている(3)。

(1) 諸法理の統合原理として

フランス法における情報提供義務論の大きな特徴は、それが、同意の瑕疵、瑕疵担保責任、契約締結過程の民事責任といった諸法理によって導き出される解決を斉一化するとともに、同意の保護を目的とする特別法の規律によって導き出される解決を斉一化する原理として位置づけられるところにある(n. 1518 s.)。このことのもつ意味を、ゲスタンの分析に即しつつ、紹介者の理解したところに従って三つの層に整理してみよう。

第一に、同意の保護は、いかなる理念によって導かれるか。この問いに対するゲスタンの応答の最大の特徴は、「同意を保護することは、契約の目的と交換的正義(Justice commutative)とを尊重させる手段にはかならない」とする点にある(n. 1090. V. aussi n. 1532)。そうして、彼は、同意の保護が、彼が掲げる三つの指導原理のうちの「契約

正義」の原理——さらに、その一分肢である「手続的正義」の観念——に定礎されることをくり返し強調する。この構図のもとで、「同意の保護」の諸問題は、契約における行為規制 (contrôle des comportements) とどうより広い文脈に位置づけられてくる (n° 455)。

第二に、この行為規制は、いかなる法的構成において実現されるか。ゲスタンは、これを信義誠実の観念 (仏民一三四条三項) によって基礎づける (v. n° 482 s. 1377 et 1516)。すなわち、契約締結過程における情報提供義務は、附合契約、消費者契約の出現とともに高まった事業者に対する行為規制との関わりにおいて論じられるのである。彼の議論が、一貫して専門家責任論の延長線上に展開されるのは、このことによるものであろう。

第三に、諸法理を齊一的に捉えることは、いかなる実践的意義をもつか。この問いに対するゲスタンの応答は、「訴権が何であれ、類似の状況においては同じ解決がなされるのが肝要である」という一言に尽きている (p. 518)。競合する諸法理の選択的主張を積極的に認めること⁽⁹⁾、瑕疵担保責任において形成された事業者たる売主の責任判断枠組をその他の諸法理に一般化すること (後述、(3) など) も、こうした基本的法観が解釈論に投影されたも

のとみて大過ないだろう。

(2) 契約締結過程の規律として

ゲスタンの情報提供義務論は、契約締結過程のそれと、契約に基づくそれ (obligation contractuelle de l'information) とに大きく分かれたる。この視角は、本書第二版において既に明示されていたものであり、この点に関する彼の功績は、今日、学説の承認するところとなっている⁽¹⁰⁾。情報提供義務が諸法理の統合原理となり得るのも、それら諸法理がまさに契約締結過程に関わるからだといえよう。

ところで、ゲスタンのこの分析は、本書第二版刊行後、ファーブル・マニャンによって承継・展開されることとなった。本書においても、二つの情報提供義務の区別は、ファーブル・マニャンの分析に即して敷衍されている⁽¹¹⁾。彼女によれば、この区別は、単なる時的区分ではなく、相手方にとって情報がどのような利益をもたらすかという機能的視点に基づく区分であり、その基礎には「成立」と「履行」という契約の基本的段階の相違がある。そして、この相違は、情報提供義務違反の法律効果の相違に反映される。すなわち、契約締結過程の情報提供義務違反は、同意の瑕疵の問題を生じさせる。これに対して、契約による情報提供義務違反は、契約不履行の問題を生じさせるのである

(n° 1531)。

もつとも、この区別が実定法において承認されていると速断することは、許されない。事実、破毀院判例は、契約締結過程の情報提供義務と契約による情報提供義務とを——少なくとも明確には——区別してこなかった(ロ。1526)。たとえば、本書においてしばしば参照される破毀院の二〇一〇年報告書『知る権利』は、二つの情報提供義務を区別することなく、「契約の一般法についていえば、情報提供義務の発生原因は、『信義に従い誠実に』契約を履行することを義務づける民法典一一三四条三項と、債権関係からの当然の帰結を契約に含ましめる同法典一一三五条とである」と述べている。⁽¹²⁾つまり、諸種の情報提供義務は、押し並べてこれらの条文の適用問題として——いいかえれば、契約の履行段階の問題として——位置づけられているのである。

実定法のこうした状況は、右の二つの情報提供義務を截然と区別することがしばしば困難である(n° 1528) こととも無関係ではなからう。たとえば、物の用途についての説明は、契約締結の前後を通じてなされることがある。そのため、一件の破毀院判決の位置づけをめぐってさえ、異なる見方が対立する例がみられたのである。⁽¹³⁾

ゲスタン自身も、こうした不明確さがあることを否定するわけではない。しかし、彼は、契約交渉の不当破棄が不法行為責任を生じさせるものと解されてきたこと、また、詐欺を理由とする損害賠償責任も不法行為責任であると解されてきたことを指摘し、契約締結過程の情報提供義務の独自性を認めることは、むしろ実定法の態度とも整合的であると主張する。さらに、近年の各種契約法草案によってこの区別が承認されていることが、自説を正統化する事情としてしばしば強調されることには(v. n° 1549 s.)、特に付言しておいてよいだろう。

(3) 判断枠組——一般法

最後に、以上の構想の具体的適用をみよう。

情報提供義務の判断枠組に関するゲスタンの分析は、破毀院判例に即して現行実定法を記述する枠組みを示すものであり、その内容は子細をきわめる。その概要——評価根拠事実とこれを推認させる間接事実——は【表】に示すこととして、以下では、要件論、特に両当事者の態様の評価方法に窺われる特徴を把握することに注力したい。その基本的な枠組みは、「義務者が情報を知っていること」「相手方が情報を知らないこと」の二点——ゲスタンは、これを情報の非対称性という(n° 1376)——に約言され得るが、

【表】沈黙による詐欺・情報提供義務の判断枠組

【情報提供義務違反】

ア	情報を認識していること
ア'	義務者が事業者であること
ア"	調査・照会義務違反
イ	情報を提供しなかったこと
ウ	相手方がその情報を知らなかったこと
エ	損害の発生

さ	相手方が自ら情報を収集すべきであったこと（ウに正当性がないこと）
---	----------------------------------

■ 推認を基礎づける事情

ア"	○義務者が事業者である（1717） *事業者たる売主は、買主が前提とする用途を調査する義務を負う（1718）
カ	○相手方が「弱者」であること（1315） △行為の有償性・無償性（1316）
キ	○アの実事+ケの実事（1299）
ク	○相手方の無思慮・無経験（1306） ×使用者が労働者による詐欺を主張（1308） ○ケの実事（1726）
ケ	○義務者が事業者であること（1336）
さ	○相手方が事業者であること（1343） ×当事者間の従前の信頼関係（1347） ×相手方によって情報が提供されたこと（1348）

【沈黙による詐欺】

カ	欺罔行為（沈黙） =ア～ウ
キ	カについての故意
キ'	（故意の）調査・照会義務違反
ク	当該情報が相手方の意思を決定づけること
ケ	義務者がクを知っていること
コ	相手方が錯誤に陥ったこと

抗弁不可

- ・符号の意味
○=推認を根拠づける事実
×=推認を妨げる事実
△=推認に影響しない事実
・（ ）内の数字は、原著のニューメロを指す。

* 主要な判断要素の整理を試みたにすぎず、網羅的ではない。また、証明責任の分配は反映されていない。

ここには、専門家責任論を基礎とする推認の体系とも形容すべき構想が示されている。⁽¹⁵⁾

(a) 義務者の態様

義務者の態様に関する要件として、出発点となるのは、提供されるべき当の情報を義務者が認識していることである。しかし、ゲスタンの叙述は、直ちに、情報の不知を主張することができない例外的場合へと向けられる。これには、二つのものがあるとされる。

一つは、情報提供義務者が事業者である場合であり、ここでは、売主の事業者性が、情報の認識と同視される——そして、この推定を覆すことはできない——と「こう（H° 1708 s.）。こうした規律は、元来、瑕疵担保責任の領域において承認されていたものであるが、⁽¹⁶⁾ ゲスタンは、これを情報提供義務論一般にみられる傾向と位置づけるのである。

いま一つは、「情報提供のための照会義務 (obligation de sinformer pour informer)」が認められる場合である (n° 1713 s.)。この種の義務は、素人 (profane) と取引をする事業者について認められることが多く、事業者は、顧客が自らの関心を知らせるのを待つばかりでなく、顧客のニーズを掴むための対話を自ら主導し、そうして認識されたニーズを充足するのに必要な性質を備えた物を提供しなければならぬ、とされる。

ところで、これら二つの例外事由を並列させるとき、一方で、売主が事業者であることよって情報の認識が擬制される、としながら、他方で、情報提供のための照会義務との関係でも重ねて売主の事業者性が考慮されていることとの趣旨は、必ずしも明確ではない。売主の事業者性が情報の認識を擬制するのであれば、その情報を認識するための調査・照会を重ねて問題とする必要はないはずだからである。この点についてのゲスタンの趣意は、売主の事業者性は「情報」それ自体の認識を擬制するのに対し、照会義務は「顧客の意図」の調査をも射程に収めるものとする点にあるかのようである。⁽¹⁷⁾ 情報提供義務違反が同意の瑕疵の基礎づけとして援用される場合には、当の情報が相手方の意思決定に影響を及ぼすべきものであることを義務者が認識し

ていることを要する (n° 1335 s. et 1725 s. — 【表】ケ)。このように、義務者の認識が、情報それ自体にとどまらず、それが相手方にとって一定の重要性をもつものであることにまで及ぶと解するならば、顧客にとっての重要性を——場合によっては当の顧客に特有の主観的事情にも留意しつつ——積極的に調査する義務を事業者に課することには、なお大きな意義があるといえよう。

とはいえ、情報提供のための照会義務を広く認めることには問題もあろう。相手方の意向を逐一確認しなければならないとすれば、取引に要する費用は著しく大きなものとなる。また、情報それ自体の認識についても、自らが費用をかけて収集した情報を活用して利益を得ることは——少なくとも一般論としては——許されるべきだという判断は、依然として大きな説得力を有している。ゲスタン自身、沈黙による詐欺が認められる場合であっても、価値に関する錯誤 (erreur sur la valeur) を理由とする契約の取消しは許されないと説くときには (n° 1338 et 1393 s.)、こうした価値判断を前提にしている。これらの要請をどのように調停すべきかは、結局、個別の事案ごとに具体的に決せられるほかないものと思われる。

(b) 相手方の態様

次いで、相手方の態様としては、当の情報を知らず（*R.* 1729 s.）、かつ、その不知が正当なものであることを要する（*n.* 1745 s.）。要件論としては、後者の問題がより多くの困難を生み出してきたといえるだろう。そこで問われてきたのは、相手方自らが負うべき調査義務が、情報提供を怠った義務者の責任評価をどのように限界づけるか、という問題であった。自ら調査することができた情報についての不知を主張することは、基本的には正当といえないはずだからである。

ここでも、ゲスタンは、相手方の属性に着目して評価視点を設定している。すなわち、事業者については調査可能性が容易に認められるのに対し、素人については、総じて情報提供義務が肯定されやすい傾向が看取されるという（*n.* 1342 s.）。しかし、この判断枠組が例外を容れないものではないことは、もちろんである。非事業者の調査義務が認められた事例としては、たとえば、子が父の債務を保証した事例において、沈黙による詐欺の成立を否定するにあたり、父の債務内容については自ら調査することが可能であったとして金融機関の情報提供義務を否定した破産院第一民事部一九八五年三月一九日（*Bull. civ. n.° 98*）等が挙示されている（*n.* 1345）。

以上が、情報提供義務論に関する分析の梗概である。ここに現れる手続的正義の構想は、どのようなかたちで詐欺法理に具体化されたのであろうか。次に、この点を見ることにしよう。

3 沈黙による詐欺

情報提供義務法理の展開は、たしかに、詐欺法理に対しても一定の影響を与えてきた。けれども、詐欺は、被欺罔者の「錯誤」であるのと同時に、欺罔者の「故意不法行為」としての性格をも併せもつものであり、情報提供義務違反一般と同視することはできないとするのが、ゲスタンの基本的立場である（1）。そして、この故意要件の存在こそが、情報収集リスクの分配方法において、過失による情報提供義務違反との決定的な相違を基礎づける（2）。

(1) 故意要件の意義

フランス民法典は、同意の瑕疵の原因としての詐欺については、一一一六条を有するのみである。同条は、「詐欺的術策（*manceuvre dolosive*）」という限定的な定式を用いるが、学説・判例は、比較的に古くから、ここには単なる「虚言（*mensonge*）」や「沈黙」もまた含まれ得るとしてきた（*n.* 1313 s.）。相手方を欺く意図をもってする行

為である点で、これらの行為態様もまた、故意不法行為としての性格を失うものではないからである。

もともと、故意要件こそが詐欺法理の本質であるとする以上の理解は、二〇世紀中葉以降の消費法の展開とともに変容を被ってきた。たとえば、破毀院第一民事部一九七七年一月一九日判決 (Bull. civ. n. 40) は、中古車の売買契約において、「事業者である以上、走行距離を知らなかったはずはない」との理由づけによって売主の詐欺を認めたものであるが、この推論の根底には、売主の事業者性から瑕疵の認識、さらには故意の存在までも推認するという含意——つまり、故意要件の重要性の低下——をみてとることができる (n. 1297 et 1710)。しかし、近時、破毀院商事部二〇〇五年六月二八日判決 (Bull. civ. n. 140) は、「情報提供義務違反は、情報提供義務違反の故意と、これによって惹起された意思を決定づける錯誤とが立証されない限り、沈黙による詐欺を基礎づけるには足りない」と判示して、破毀院が依然として故意要件を堅守していることを明らかにした。ゲスタンは、以上にみた判例の展開に即して、詐欺の故意不法行為的側面を再確認している。

もともと、ゲスタンのいう故意が、古典的な詐欺の故意要件とはたして同じものであるかについては、慎重な検討

が必要である。というのは、彼は、当然に知るべきことをあえて知らずに虚偽の事実を告げたこと——つまり、情報提供のための照会義務への違反——もまた、故意と同視される場合があると説いているからである (H. 1337)。この立論は、「被告会社およびその業務執行者は、不動産取引事業者であり、都市計画に関する経験を欠いていた買主に對し、売買の目的である土地の状況につき、通路と配管網とに関する調査を行う義務を負っていたにもかかわらず、この点を意図的に確認しなかった (volontairement omis)」として詐欺の成立を認めた破毀院第三民事部一九八一年二月三日判決 (Bull. civ. n. 22) によって導かれているが、本判決のいう「故意」は、相手方を欺くという結果にではなく、確認をしないという自身の不作為に向けられているにすぎない。この相違に注意を払えば、本判決に対して、「知らないことをあえて秘匿することはあり得ない」とする批評が加えられたことも、首肯し得るところであろう。こうした立場と比較するとき、破毀院の立論に与しつづつ、評価対象事実を期罔行為から調査懈怠へと「前倒し」することによって故意概念を柔軟化したゲスタンの詐欺理論が、情報提供義務論によって多分に馴化されたものであることに気づかされる。

それでは、このような馴化を容れながらも、ゲスタンが故意要件をあくまで堅守するのはなぜなのであろうか。この問いに対する応答もまた、近時の破毀院判例の展開のなかに見出すことができる。

(2) 「沈黙による詐欺は錯誤を常に宥恕する」

本書におけるゲスタンの主張として最も重要なのは、故意の存在が、情報収集リスクの分配方法に対して決定的な影響を及ぼすことを強調する点である。このことを明らかにした判決として、彼は、破毀院第一民事部二〇〇一年二月二一日判決 (Bull. civ. n. 20) の紹介と検討に紙幅を費やしている。元来、沈黙による詐欺が成立するためには、情報提供義務違反に基づく損害賠償責任の場合と同様に (2) (3) (b)、被欺罔者が当該情報を知らなかったことが正当と認められることを要するものとされていた (n. 1342 s.)。本判決は、こうした判断枠組を転換した意味をもつものとして位置づけられている。

本判決は、ホテルを建築するための土地と営業財産の売買に関するものである。原判決が、「当該取引について専門家であったことにかんがみて買主自らが調査義務を負っていたこと、および、譲渡人に対してごく基本的な確認をすれば行政上の規制に関する設備の正確な状況がわかった

であろうことからしても、開業許可がなければ営業することができないこと、安全規制に適合していないことを知らなかったことは許されない」として、買主による契約無効の主張を斥けた。しかし、破毀院は、次の理由で原判決を破毀した。すなわち、「沈黙による詐欺が認められれば、惹起された錯誤は常に宥恕され得るものとなるにもかかわらず、沈黙による詐欺を排除することのできない理由によつて判決したことにより」、控訴院は一一一六条に違背した。この一般的説示を根拠として、ゲスタンは、故意の存在が、相手方自らによる調査義務を免れさせるという理解を示すのである (n. 1350 s.)。

本判決以降、破毀院は、これと同旨を示すいくつかの判決を下してきた。破毀院の報告書『知る権利』もまた、破毀院判例がこの方向で固まっていることを示している。²⁰⁾しかし、その一方で、事実審においてはこれに反するかに見える判断も依然として散見されるほか、学説においても反対説がみられる (n. 1378 s.)。本判決によつて提起された問題とそれに対するゲスタンの批評——本判決の規範命題を擁護し、反対説に徹底的な反論を加える——は興味深いものであるが、この点の追跡は、他日の課題としよう。

4 所見

以上、ごく簡単にはあるが、同意の保護に関するゲスタンの分析をみてきた。最後に若干の所感を述べて、紹介を終えることとしたい。

以上の分析を通じて垣間見られたゲスタンの手続的正義論の特徴の一つは、信義則を、契約内容それ自体とは切り離された行為規制として位置づけるところにある。そして、故意といい、専門家責任といい、そこで格別の重要性が認められているのは、ある種の道德論的基礎づけであった。この点で、ル・トゥルノーの所説を引用して述べられる「責任ある人 (homme responsable) から成る社会」という表象こそが (H. 1701)、彼の議論の基層をなしているといえるだろう。

そうした道德論的衡量の方向づけを探ろうとするときには、故意要件の位置づけに関する新たな考察が特に興味を惹く。沈黙による詐欺を「故意の情報提供義務違反」と換言して足れりとするのではなく、「故意」と「情報提供義務違反」との関係をさらに正確に把握することは、同意の保護の問題領域を総体として理解するために重要であろう。ところで、以上のわずかな言及からも気づかれることであらうが、本書の大きな特徴は、現行実定法の様相を膨大

な判例の引用によって跡づけるところにある。二〇一〇年代のものに限ってさえ多くの破毀院判例が採り上げられていることは、情報提供義務論が決して現在性を失っていないことを確認させてくれる。

こうした判例の展開は、はたして、彼の理論の有効性を裏書きするのであろうか。それとも、これを更新する理論の誕生を求めるのであろうか。ゲスタン理論は、交換型契約をモデルとして、専門家責任論の延長において形成されたものであるが、契約の一般理論に関する近年の研究は、契約の多様化 (diversification) に呼応して、交換型契約を念頭に置く法的規律の普遍化可能性に対して鋭い疑義を向け始めている。⁽²¹⁾ 時々刻々と発展する契約の現実に対して、彼の分析がどの程度の有効性をもち得るかは、新たな一般理論構想の成否とともに、本書の読者に委ねられた検証の課題といえるだろう。

最後に、紹介者は、以上に見てきた問題が、決してフランス法に特有のものではない——むしろ、わが国の問題状況とも相似するものである——ことを、当然のことではあるが、改めて強調しておく必要を感じる。本書が示した現行実定法の手厚い分析は、本書旧版がそうであったように、⁽²²⁾ 「日本法への示唆」をも豊富に与えてくれるだろう。著者

もまた、われわれ日本の読者に対しては、そうした態度で本書を繙くことを望まれたのではないかと思われる⁽²³⁾。

(1) ゲスタン教授自身の推挙による。金山教授宛の私信「私自身は、第一巻で、沈黙による詐欺を含めた詐欺の展開と、契約締結過程の情報提供義務とについて執筆しました。これらの法理は一体の法概念をなすものですが、契約関係の均衡を取り戻そうという意図がこの研究分野では大きくなっているために、あらゆる法分野で非常に重要になっています。この分野については、フランスには本当にたくさんの判例があります……」。

(2) 以下、二において本文括弧内に示すニュメロは、第一巻 (Le contrat - Le consentement) からのものである。

(3) J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963, préf. J. Boulanger.

(4) V. *supra* note 3, n° 153 s. なお、山城一真「契約締結過程における正当な信頼——契約形成論の研究」(有斐閣、二〇一四年) 三八二頁以下の検討をも参照。

(5) V. *supra* note 3, n° 84 s. 野村豊弘教授によるフランス錯誤法の分析(特に、「同意表示の錯誤」(四)「法協九三巻三号(一九七六年)七頁以下における要件論の考察」は、この側面に焦点を当てたものといえよう)。

(6) J. Ghestin, *Conformité et garantie dans la vente (produits*

mobiliers), LGDJ, 1983.

(7) J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

(8) なお、本紹介においては、二つの理由から、原著とは異なる叙述の順序——情報提供義務論を先に検討し、続いて沈黙による詐欺を検討する——を採用した。すなわち、一つは、情報提供義務の概念が、詐欺を含めた諸法理を統合する原理として位置づけられていること。いま一つは、原著に見受けられる叙述の重複を整理するためには、情報提供義務に関する議論を先に検討するのが便宜であると考えたことである。

(9) 判例は、瑕疵担保責任と詐欺との選択的主張を認める一方で (n° 1290)、錯誤との関係では瑕疵担保責任規定の優先性を認める。ゲスタンは、後者の問題についても、各々の要件が満たされる限りは、いずれを主張することも妨げられないと解すべきであると強調する (n° 1278 s. not. n° 1288)。

(10) V. n° 1530 note 62, わが国においては、特に、後藤巻則「消費者契約の法理論」(弘文堂、二〇〇二年)を参照。

(11) M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin, n° 281 s. わが国においては、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリー一〇九四号(一九九六

年) 一〇頁を参照。

- (12) Cour de cassation, *Rapport annuel 2010 : Le droit de savoir*. La documentation Française, 2011, n° 1.11.1.2.11.1.
- (13) 破毀院第一民事部一九七七年一〇月四日判決 (Gaz. Pal. 1978, I, 262) は、約定されたとおりの目的物を引き渡したものの、その目的物の性質が買主の想定していたものと食い違っていたというケースにおいて、「買主に対して、情報提供をする義務を負っていた」と判示した。しかし、破毀院がその根拠を明確にしなかったため、この解決の法的根拠につき、解釈の余地が残されることとなった (E. R. 1328)。
- (14) 以下に紹介する叙述のほか、ゲスタンは、個別の法領域における情報提供義務論の適用、立法上の取扱いをも子細に考察している。
- (15) 情報提供義務の履行に関する証明責任の問題全般については、馬場圭太「説明義務の履行と証明責任——フランスにおける判例の分析を中心に」早法七四巻四―II号 (一九九九年) 五五一頁を参照。
- (16) 売主が瑕疵を認識している場合には、合意によって担保責任を制限することは許されず (民法典一六四三条)、また、隠れた瑕疵から生じたすべての損害を賠償しなければならぬ (同一六四五条)。売主の事業者性は、当初は瑕疵の認識を推定させる経験則であると考えられていたが、

次第に、これら各条の適用を基礎づける独自の法規範としての内実を有するようになった。以上の経緯は、Ghestin, *supra* note 6, n° 254 s. の詳論するところである。

(17) 提供されるべき情報それ自体 (例・目的物に担保権が設定されていること——n° 174) と、相手方の意向 (例・タイトルの買主が前提とする用途が、プールの周囲への敷設であったこと——n° 1720) とでは、調査・照会に要する行為の内容は自ずから異なるはずである。しかし、ゲスタンが情報提供のための照会義務を論じる際には、両者は区別されていない。

(18) その原義は、「人を陥れるために策を弄すること」であるとされ、したがって、単に「虚言」をするよりも積極的な態度を想定していたと指摘される (n° 1313 s.)。

(19) V. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette, n° 257.

(20) V. Cour de cassation, *supra* note 12, n° 1.11.1.2.12.2.

(21) たとえば、協働型契約 (contrat-coopération) に関する S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. Cl. Brenner の分析が注目される。契約締結過程の法的規律との関係では、E. nol. n° 353 s.

(22) 本書旧版、ひいてはゲスタンの契約法理論が日本法に

対して与えた影響の大きさは、煩を厭わず各所で挙示した
わが国の先行研究が証明するところであろう。

(23) 金山教授宛の私信(前掲注(一)所引の文に続けて)
「……それから、私は、ヨーロッパとフランスの改正草案
についても注意を払いました。日本の法律家も、この問題
についてどのような調和点が見出されるべきか、十分に検
討していることと思います。カナダの最高裁が下したある
判決は、契約締結過程の情報提供義務の一般的要件を定義
する際に、私の主張を明示的に引用して、その主要部分を
受け容れてくれました。私の主張は、主要な点では、フラ
ンス民法典の改正準備草案でも支持されています」。

(山城一真)

三 契約の無効

第二の各論として紹介するのは、第三部「契約の無効
(Les nullités du contrat)」である。旧版には無効それ自
体をテーマとする章節は存在しなかった。そのすべてが
まったく新たにかつ単独で書き下ろされた。著者のイヴ・
マリ・スリネ(SERINET, Yves-Marie。パリ南Ⅱ第十一大学
教授)は、ゲスタンの指導の下で『売買における錯誤、隠
れた瑕疵、引渡債務に関するサンクシヨンの制度比較』と

題された浩瀚なテーズ(全二二七八頁、未公刊⁽¹⁾)を仕上げ、
以後主として契約法の分野で活躍している。卓抜かつ絢爛
な着想を提示して来た師とは対照的に、微に入り細を穿つ
解釈論を身上とする。その手際が遺憾なく発揮された判例
評釈は、現代におけるアレテイストの尊称を受けるに相応
しい質量を誇る。無効およびその効果としての原状回復
(restitutions)は著者が最も好んで論じるテーマであり、
とりわけ訴訟法上の規律への目配りの点で他の追隨を許さ
ない。二〇〇五年カタラ草案の新機軸の一つを成した原状
回復の節(第三章第六節「契約覆滅後の原状回復」)の起
草者でもある著者は、新設パートの担当者としてまさに適
任である。

かくして上梓された第三部は、師によって「無効の真の
一般理論(une véritable théorie générale des nullités)」
(avant-propos, p. XVIII)と称賛される。もともと、その
冒頭は、想像に反して悲観的な叙述で占められている。
一般理論とは、「学識的構成(construction savante)」
による「思弁的営為(œuvre spéculative)」を指すが、こ
れと一般法(droit commun)とを混同してはならない。
本書で扱われるべきは一般法である。とはいえ、契約の無
効は、まさしく「真の一般理論が現実に構築されてきた分

野である」。というのも、古法の混乱と起草者の懈怠のため、一般法たる民法典は明晰さを欠き、学識と思弁で補われなければならなかった。しかし継起した諸理論は「コンポジット (composite)」しかもたらさず、この分野の把握は困難を極める。さらに著者は、ベナバン (BENABENT, Alain) に次のように語らせる。「学説の理論的体系化の意思と、判例を支配する実用主義との間のコントラストは、天を仰がせるほどである。この事態は、立法者のアプリアリな一般の見立てと、裁判所のアポステリオリな事案毎の見立てとの間に生ずる歪みに起因する」。以上の言辞を受けたのちに、無効論の現状は「カズイステイク (casuistiques)」と表現される。誰も望んでいなかったとしても、そういう状況に陥っていることは「現在のフランス法を検討してみれば明らかである」(p. 2003)。

こうしたある種の諦念を基調とする九〇九頁 (p. 2001-2055) のカズイステイクの彙纂は、読者を倦ませ、評者を絶望させる⁽⁴⁾。しかし逆に、過剰なまでの学説判例の引用とそれらに対する逐次の論評⁽⁵⁾は、読者にとって、とりわけフランス法の外に身を置く者にとって、一級の資料的価値を約束する⁽⁶⁾。民法が一般法である以上当然とはいえ、労働法・消費者法・競争法・保険法・知的財産法など、特別法

分野における無効の諸問題にも遺漏なく分析が施される様には圧倒されざるを得ない。こうした性格の著作はまったく書評に適しないものの、読解を容易にし得るポイントを指摘し、最低限の務めを果たすこととする。せつかくの宝物を本棚の肥やしにしてしまつては勿体ない。

まずは、第三部のプランを確認しよう。「無効の定義 (definition)」と題された第一章は、無効というサンクションの本質を探り、他のサンクションとの弁別を図る第一節「無効の基本原則 (éléments)」および、絶対無効と相対無効との対置の帰結を仔細に検討する第二節「無効の類型 (catégories)」から成る。

第二章「無効の実現 (mise en oeuvre)」は、当事者による無効主張から判決に至る過程を詳述する。その意義については後述するが、ここでのキーワードは「反覆権 (droit de critique)」である。第一准章 (sous-titre) 「無効行為の反覆」は、主張権者の範囲と主張方法に関連する諸問題を扱う (第一節「反覆権の付与」、第二節「反覆権の行使」)。続く第二准章「無効行為の有効化 (consolidation)」では、無効が治癒される場面が系統的に整理される。第一節「意思による有効化」は、適式化 (régularisa-

tion) と追認 (confirmation) を扱い、第二節「自動的な有効化」は、立法・判例等による無効事由の事後消滅、および、時効を採り上げる。

第三章「無効の射程 (portée)」には、一部無効等、無効が及ぶ範囲を検討する第一准章「無効の範囲」(第一節「一部無効」、第二節「契約の修正」)が、次いで、無効の効果を網羅的に対象とする第二准章「無効の効果」(第一節「遡及効の原則」、第二節「遡及効の実現」)が置かれる。

このように列挙しただけでも、複雑怪奇なフランス無効法を前に立ち尽くさざるを得ないが、これを一旦突き放して見るならば、面妖さの淵源は次の二点に集約されるように思われる。

やはり第一に指摘されるべきは、無効は「訴権 (action)」を通じて実現され、裁判所の関与を要することである。この制度的前提は、当然に訴訟法との連絡を必須とする。もつとも、他の債権法関連書を参照したとしても、訴訟法への配慮は乏しく、他方、民事訴訟法関連書に視野を広げたとしても、必ずしも無効に即した説明は得られない。これに対して本書は、訴訟法上の諸原則への周回な言及を特徴とし、この意味で「かゆいところ」に手を届かせ

てくれる。⁽⁷⁾

他方第二に、聞き慣れない訳語が困難を自白するように、「反覆権」なる概念が躓きの石を成す。その含意を了解するには、大略以下のような理論的背景に留意する必要がある。フランスの無効法は、二〇世紀初頭に断絶を経験した。すなわち、註釈学派の古典理論 (théorie classique) が、ジャビオ (Japrot, René)⁽⁸⁾、トドゥメ (Gaudemet, Eugène) を代表とする新理論 (théorie moderne) からの批判を受ける。両理論の角逐の中から、一方で、絶対無効・相対無効の対の一般化がもたらされ、他方で、無効は裁判上の制度であることが確認された。この学説史上の画期を彩ったのが反覆権の概念である。とりわけジャビオによって旧理論に対する批判の武器の一つとして用いられ、一時は無効の定義それ自体を成した。しかし古典理論の再興とも呼ぶべき状況を経て、無効論は動揺を来す。新たな無効の定義とともに、概念に相応しい位置付けが与えられたのは、一九九〇年代のことである。本書は、以上の学説の展開の総決算と評されるべきものである。

以下では、第一に「理論的背景」を通時的に整理し、著者の定義に至る系譜を探る (1 無効論の系譜)。前記の

「制度的前提」が強調される所以が明らかとなるであろう。これを受けて、著者の無効論が標榜する実践的意義について若干の解題を試みる(2 無効論の現在)。以上により、複雑怪奇という印象を些かなりとも和らげ、第三部を繙く際の道標を立てることが叶えば、本稿の目的は達せられよう。

1 無効論の系譜

著者による無効の定義を参照しよう。無効は「契約成立規範への違反に対するサンクション」であり、「契約の効力剥奪 (inefficacité)⁽¹⁾」をもたらす (n° 2009)。一見して自明なこの定義の含意を理解するには、否が応でも時を遡らなければならない。無効理論史については、わが国にも優れた紹介が複数存在するが、以下、改めて略述する。

まずは民法典の構成を確認するのが便宜である。「債務の消滅」と題された民法典第三篇第三章第五節の冒頭条文である一二三四条は、その第七項において「無効または取消 (la nullité ou la rescision)」を挙げる。細則は、同節第七款「合意の無効または取消訴権 (action en nullité ou rescision des conventions)」に配された一二三四条乃至一二三四条がこれを規律する。もともと、一般法たる条文は、

訴権行使期間を原則一〇年(一九六八年改正により五年に短縮)とする一二三四条のみであり、これ以外は未成年者による合意の取消に関する特則に充てられる。訴権の効果はおろか、無効と取消との区別さえも明らかではない。

こうした一般法の不備は、古法時代における契約から効力を剥奪する諸方途の類別のあり方に求められる。異なる観点に依拠する二つの区別を、著者は、図式的ながら正確に整理する (n° 2094-2098)。第一は「取消状 (lettre de rescision)⁽²⁾」という特殊な制度が存在したことを背景とする。一方に、無効ないし当然無効 (nullité de plein droit) を、他方に、取消 (rescision) を配する区別である。この区別は法源の違いを反映したものであり、前者が王令・慣習法等を内容とする「フランス法」上の無効事由について、後者は「ローマ法」上の無効事由について言渡される。第二は、現代にも生きる絶対無効 (nullité absolue) と相対無効 (nullité relative ≡ 当時の用語法) との区別であり、無効を通じて保護される利益の差異に依拠する。前者は一般利益ないし公益の実現を目的とし、後者は損害 (lésion) (≡ 詐欺等による不利益をも含む広義の概念) を受けた当事者を契約から救い出すことを目的とする。

フランス革命期の司法制度改革により、取消状の制度が

廃止されると、取消はカテゴリーとしての独立性を失う。にもかかわらず、民法典は、無効と取消との関係を整理しなかった。実際、契約締結時の事由による効力剝奪は「無効」と一般的に称されるが、過剰損害 (lésion)（＝狭義）の場合、および、契約当事者が未成年の場合に限っては、「取消」ないし「原状回復」の語が用いられる。しかし、その実現態様は、前述のように「無効または取消訴権」として一括りにされてしまった。

不分明な民法典を承けた註釈学派は、一方で、取消の特殊性を否定し、他方で、無効を二つに区別する。区別の基準は、合意 (convention) の要件の重要度の強弱に、あるいは、合意ないし行為の状態 (état de l'acte) に求められる (n° 2099-2106)。同意 (consentements) の合致等、合意が本質的要件ないし存在要件を欠く場合、それは「死産 (mort-né) の状態で法の世界に登場したものとされ、「不存 (inexistence)」とみなされる。なんら効力をもたない合意について無効が言渡される必要はない。他方、同意の瑕疵等、合意が有効要件を欠くにすぎない場合、それは「病を受けた (malade)」にすぎないものと表現される。この合意の効力を排斥するためには訴権を要する。また、治癒が可能である以上、追認も許される。合意が帯びた欠

陥の程度に応じた区別は、(カテゴリーの名称は論者によって異なるものの) 絶対無効と相対無効との対に投影され、制度の細則も一義的に定まるものとされる。すなわち、訴権の要否、追認の可否、時効消滅の有無、主張権者の範囲のいずれもが、無効のカテゴリーから演繹的に確定される。

註釈学派が構築した、ある意味では整然とした体系は、ジャピオの一撃により脆くも崩れ去る。実際、この体系は必ずしも実定法を説明しない (n° 2111-2119)。とりわけ、民法典は、訴権を要しない不在のカテゴリーを想定していない。無効に訴権が必要とされた理由は、既に形成された事実状態を否定するためであり、究極的には自力救済の禁止に基礎付けられる。この理は彼らにいう不在の類型にも妥当するはずである。一三〇四条の訴権消滅時効もまた、訴えの必要を前提とする。

斯様な「民法典に依拠した註釈学派批判」を前提に、無効に対する新たな定義が構想された¹⁴⁾。ここに「反覆権」が登場する。無効は裁判官による言渡しを要するが、それを促すのは訴訟当事者である。この者こそが、自らが有する実体権としての反覆権を訴訟において行使し、相手方の違法な所為を告発する。行使態様は二つに分かれる。事実状

態を除去し既履行の給付の返還を求めるならば、反覆権は訴権の形態を採る。他方、相手方からの請求を封ずるために援用される場合は、抗弁の形態を採る。いずれの場合も、反覆権の行使すなわち無効は、法規に違背した行為に対するサンクシヨンの発動要請であり、行為が死や病の状態にあることの確認要請ではない。

反覆権の概念は、行為から当事者へと視点を転換させる。無効の類型化は、反覆権の保持者の確定のために必要なのと理解される。すなわち、類型化の基準は、行為の状態の程度ではなく、違反された法規範が保護しようとした利益に求められる。それが一般利益であればあらゆる者に反覆権が与えられなければならない。権利者が多ければ、無効の可能性がそれだけ広く開かれる。他方、個別利益であれば、それを害された者に反覆権が与えられれば十分である。その者にとって利益になるのであれば、反覆権は放棄されてもよい (n. 2116)。あらためて指摘するまでもないが、前者が絶対無効、後者が相対無効の定義となる。⁽¹⁵⁾ 古法時代の二つの区別のうちの一方の再来と評することもできる。⁽¹⁶⁾

以上、著者の整理に従って概観したが、新理論の位置付

けに注意を要する。著者は、学説史を整理する箇所において、民法典以前を概観する「史的先例 (Précédentes historiques)」、註釈学派の理論を紹介する「古典理論」に引き続き、「現在の無効観 (conceptions actuelles)」を置く。新理論は、学説史を画した過去の理論としてではなく、現行理論として提示されている。この待遇については、以下の二点が強調されるべきである。

第一に、新理論は、その生成当初から必ずしも一枚岩の理論ではなかった。実際、新理論を代表する二者は、反覆権の概念の射程について対立した。著者も小フオント部分でさりげなく指摘するように (n. 2111, p. 805)、ジャピオは、無効訴権の存在自体を否定した。彼によれば、反覆権は、無効訴権と区別された返還訴権 (非債弁済返還訴権または所有権に基づく返還訴権) の前件としてしか援用されない。言い換えれば、返還を内容とする「請求の趣旨」との関係では、「請求原因」ないし「攻撃方法」とされるにすぎない。⁽¹⁷⁾ しかしこのように理解すると、無効に関する訴訟において適用される時効は、返還訴権に即して一般法上の時効 (三〇年。二〇〇八年改正により現在では五年) となる。一三〇四条の短期消滅時効の趣旨が否定されるに等しい。⁽¹⁸⁾ この点を論難して無効訴権を救ったのがゴドゥメで

あった。こうして実体権としての、反覆権は否定され、訴訟を通じてサンクシヨンの発動要請である旨が強調される。

第二に指摘されるべきは、「訴訟法的無効観」として収斂した新理論への新たな批判の登場である。反覆権の概念は、なぜ、いかなる場合にそれが発生するのかを説明しない。行為が欠陥を帯びるからこそこの権利が生ずるのではないか。批判は、「適式化 (régularisation)」に即して展開された。適式化とは、契約締結後の事情により無効が治癒されることを指す。例えば、公証人証書を要する贈与につき、私書証書が作成されたが、のちに公署性が付され方式の欠如が克服される場合が挙げられる。無効事由が消滅すれば、反覆権もまた根拠を失う。このメカニズムを扱ったデュペロン (DUPRYON, Christian) のテーズは、無効は行為が帯びた欠陥の有無に依存することを強調し、行為の性質という古典理論のメルクマールを再導入した (n. 2121)。

この批判を受けて危機に瀕した新理論を更新した功績は、著者と同じくゲスタンを師とした、ゲルフュツシィチビエルジュ (GELFUCCI-FIBERGE, Catherine) に帰される。『無効、原状回復、責任』と題された彼女のテーズは、⁽²⁰⁾ 反覆権の概念を維持しつつも、それを無効の定義から排すること

を提案する。反覆権は、誰が無効訴訟を提起し得る地位にあったかを説明するための概念ではない。換言すれば、訴権の受理可能性 (recevabilité) のみ関わる。当該訴権が実際に無効をもたらすか否か、すなわち本案の判断は、裁判官に委ねられる。この構造を捉えるならば、無効の定義は別に求められなければならない。著者自身が彼女に語らせるように (n. 2122)、無効は、裁判官の判決を受けて実体法のレベルで生ずるサンクシヨンである。反覆権はこのサンクシヨンを発動させるための手段にすぎない。この意味で、無効は訴訟法に還元されない。他方、この「実体法的無効観」は、行為の状態を無効と理解するものでもない。サンクシヨンの以前には無効はなく、行為が「無効事由 (cause de nullité)」を帯びるにすぎない。かくして、前述の無効の定義が獲得される。

以上の展開は、まさしく「思弁的當為」と一笑に付されるものかもしれない。事実、学説上の争いを横目に、判例はしばしば古典理論に依拠する旨も指摘される (n. 2127)。しかし、この思弁から、重要な理論的含意を引出すことができる。すなわち、「無効」として語られる事象には実は雑多な要素が含まれており、それらは分節を要することを

教えてくれる。無効を裁判外の事象とする法体系では必ずしも認識に至らないが、「無効事由」「その援用」「行為の覆滅」という三つの段階が時系列的に区別されることになる。無効の定義は、いみじくもこの順序に従い、「行為の状態」「反覆権」「サンクション」と変遷した。

一旦距離を取って眺めれば、この定義の変遷は、フランス無効法の特異性の認識過程とも表現し得る。すなわち、契約が帯びた欠陥というごく常識的な無効の定義から、裁判を要することを強調する定義へと至っている。この制度的前提を分析する視角は、当初は反覆権という契約当事者のイニシアチヴから説き起こされたものの、裁判官の判断それ自体へと移行した。実際、現在の無効論が目指すところは、裁判官の判断の内実の解析であり、その枠付けである⁽²¹⁾。

2 無効論の現在

繰り返しになるが、無効は「契約成立規範への違反に対するサンクション」と定義される。すると、違反された規範の内容が推論の起点となる。当該規範の目的・存在理由にとって最も効果的な (efficente) サンクションが選択されなければならず、無効が選択された場合も、その具体的

規律は、効果的か否かのテストに服する。出訴権者の範囲、追認の可否等、細則は原則としてすべてこの観点から論じられ、もはや絶対無効・相対無効の区別のみでは不十分となる。まさしく事例毎の判断という意味での「カズイス・テイク」がこの分野を支配する。法規範の内容が不明確であれば (例えば「無効」としか規定されていなければ)、裁判官の解釈に委ねられる (n. 2128)。翻って言えば、サンクションたる性質の強調は、裁判官の判断にかかる比重の大きさの反映である。第三部は、分野の特性上、大部とならざるを得ない。

例えば、認識されて久しい公序 (ordre public) の拡大現象は、そうした無効論の現状に相即的である。特別法が何らかの公序規定を備えるとき、民法典六条を通じて合意が無効とされ得る。もつとも、その無効がいかなる無効であるかが指示されるとは限らない。問題となる公序が指導的 (de direction) 公序であれば、法秩序の回復を図るべく、出訴権者の限定のない絶対無効、保護的 (de protection) 公序であれば、救済対象者に出訴権が限定される相対無効という説明が妥当するものとされる。しかしながら、公序の性質の確定は法規範の解釈を前提とするのであり、必ずしもアプリアリには定まらない。「サンクションとしての

有効性」が解釈指針として要請される (n° 2165-2181)。

他方、新たな無効の定義は、無効の範囲の画定に際しても意味を持つ。「行為の状態としての無効」という発想を捨てる時、無効の範囲、すなわちある無効事由が存した場合、契約の一部が無効となるのか (一部無効 (nullité partielle))、あるいは、その全部が無効となるのか、という問いは、契約が抱えた欠陥の程度には依存しなくなる (n° 2571)。また、契約当事者の意思の分析によっても必ずしも範囲は画定されない⁽²⁴⁾。特定の条項のみが法規範に違背する場合、当該条項がなくとも当事者は契約を締結したか否か、というテストでは不十分であり、法規範の目的の参照により一部無効が有効なサンクションたり得ているか否かの検証が必須となる (n° 2626-2647)。

なお、本書の新機軸として、一部無効論として論じられて来た諸問題を二つに弁別している点が特筆される。著者は、狭義の一部無効としては、契約中の特定条項の除去と複合契約中の特定契約の効力剝奪のみを論ずる。ここでなされる操作は、当事者が合意した諸事項のうち、その一部分の否定に尽き、それを代替する事項の補充を伴わない。後者の操作の実質は、裁判官による合意内容の変更であり、「契約の積極的修正 (modification positive)」という表題

の下にまとめて扱われる (n° 2661-2697)⁽²⁶⁾。強行法規が契約の内容とされる場合、あるいは、補充規定が欠缺を埋める場合が「自動的補充 (substitution automatique)」と称される。これに対して、法規範それ自体はならん内容を指示しない場合に、裁判官によって行われる「司法的補充 (substitution judiciaire)」は、意思自律の原則に反する「改訂 (réfaction)」として禁止されてきた。しかし、裁判官による内容補充が認められる場面が拡大しつつあることが指摘される。とりわけ、賃料や継続的供給契約中の代金額について、市況に応じた自動改定を認めるスライド条項 (clause de lindexation) が問題となる。この場合、違法なスライド条項が否定されると、契約の要件それ自体である目的 (objet) が欠け、契約全体が無効となる。すると、当該条項が不利にはたらくとしても、当事者は、契約の消滅という帰結の甚大さ故に、無効請求を掌控してしまう。法規範の目的が達成されない点で、こうしたサンクションは効果的ではない。ここで契約関係を維持するには、違法とされた条項を、裁判所が妥当と判断する条項に変更することが考えられる。判例は実質的にこの操作を認めてきたが、あくまで「当事者の共通の意図 (commune intention)」ないし「契約の全体的構造 (エコノミー) (économie du

「contrat」に依拠する。裁判官の権限の過度の拡張を批判する論者²⁷⁾に対して、著者はサンクシオンとしての有効性の観点から判例法を肯定的に評価し、かつ、判例が用いる文言のうち当事者意思への配慮との均衡を見出す^(n. 2669)。

以上に明らかのように、著者の筆致は、意思自律の原理の現代的修正という伝統的テーマを意識している。その分析枠組みが、一九九〇年代における無効の再定義の帰結たる「サンクシオンとしての有効性」である。網羅性を誇る本書の登場は、この基準が、立法的介入・司法的介入が見られるあらゆる場面に付き、その正当性を問う道具立てとして機能することを証し立てている。斬新な標語を単なるスローガンにとどめず、技術的な論点への解法として実地に適用してみせる第三部は、一見したところとは裏腹に、師ゲスタンの意匠を継いでいる。

- (1) *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris I, 1996 (en microfilm, diffusée par ANRT).
- (2) 紙幅の都合上、無効の効果に関する記述を紹介する。

とは叶わない。後掲拙稿への加筆の機会を捉えて紹介を試みたい。

- (3) *Droit des obligations*, 13^e éd., L.G.D.J., 2012, n°200.
- (4) Vincent Forray et Sébastien Pimont, *Compte-rendu, RTD, civ.* 2014, p. 480 も同様の感想を漏らす。
- (5) コメントはフォントを小さくして記述され、ときにそれのみで頁が占められる。本書は「第三部によって著しく豊かなものとなった (sest considérablement enrichie)」(p. XVIII) とのゲスタンの言明は分量的にも伊達ではない。
- (6) 不十分ながらもかつてこの分野を瞥見した評者にとつて、第三部の味読は追試験の意義を有した。拙稿「フランス法における返還請求の諸法理——原状回復と不当利得——」(一)〜(一〇・完)「法協一二六巻三号、五号、一号(二〇〇九年)、一三〇巻二号、三号、五号、六号、一〇号、一一号、一二号(二〇一三年)、特に(四)(六)(七)で論じた内容が以下にも反映されるが、紙幅を考慮して参照指示は最小限にとどめる。
- (7) 一例のみ挙げよう。後述するように、反覆権の概念は、当事者の権利として再定式化される。すなわち、反覆権の有無は、絶対無効・相對無効の対に即して実体法上付与される(権原 (titre) の確定)。これが裁判において行使される際に、訴えの利益 (intérêt à agir) が重ねて要求され

るか。具体的には、民事訴訟法典三二一条から引き出される「利益の現在性 (actualité)」と「利益の正当性 (légitimité)」の充足が無効についても必要かどうかが問われることとなる (n. 2224-2226)。主たる問題は、行為が履行段階に至る前に提起される「無効確認訴訟 (action déclaratoire)」の可否である。相手方からの履行請求を待って無効の抗弁 (これもまた反覆権の行使の一態様を成す) を提出すれば済むと考えて否定的に解する判決・学説も存在した。しかし現在の判例法理は、例えば競争禁止条項の無効請求について、紛争を未然に防止する利益を肯定し、無効確認訴訟を許容する。

(8) *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, A. Rousseau, 1909.

(9) *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, préf. de H. Capitant, Sirey, 1937 (rééd., présentée par D. Mazeaud, Dalloz, 2004).

(10) 、「効力剝奪」を伴わない他のサンクションとの差異が識別される。項目のみ列挙すれば、失権 (déchéance)、民事責任、刑事制裁、レフェレを通じた違法行為の中止命令がある (n. 2027-2058)。後二者についての説明は、類書に比して格段に豊富である。他方、「効力剝奪」を伴うものの、無効とは区別されるものとして、「効力及効を持たない失効 (caducité) が論じられる (n. 2059-2072)。

他にも契約上の債務の不履行を機縁とする解除との区別、第三者との関係でのみ効力を奪う対抗不能との区別への言及がある。

(11) 主要な先行業績として、参照、木村常信「仏民法の絶対無効と相対無効 (一) (二)」産大法学六卷 (一九七二年) 一頁一頁、二頁一頁・熊谷芝青「フランス民法における『無効』と『不成立』の関係」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』成文堂 (一九九三年) 六五頁・鎌田薫「いわゆる『相対的無効』について——フランス法を中心に」椿寿夫編『法律行為無効の研究』日本評論社 (二〇〇一年) 一二七頁。また、山口俊夫「概説フランス法 (下)」東京大学出版会 (二〇〇四年) 八〇頁以下の記述が簡潔にして要を得る。

(12) 拙稿「フランス古法時代の一法格言に関する覚書——取消・原状回復をめぐる」長谷川晃編『法のクレオール序説——異法融合の秩序学』北海道大学出版会 (二〇一二年) 七三頁。

(13) 無効論に限っては「条文に拘泥する註釈学派を後代の学説が批判した」という通念は成立しない。民法典からの逸脱の告発は、とりわけゴドゥメに顕著である。V. Gaudemet, *supra* note (9), pp. 141 et s.

(14) 著者は的確にも、ドログル (Droogou, F.) をジャビオとゴドゥメの先駆者とする (n. 2113)。V. *Essai d'une*

- théorie générale des nullités*, thèse Aix. A. Rousseau, 1902.
- (15) 反覆権の保持者の確定こそが主たる考慮要素とされたことに伴い、追認の可否や時効期間(二三〇四条の適用の有無)は絶対・相対の別に必ずしも連動しなくなる旨が指摘される(Ⅱ°2117-2119)。
- (16) V. Michelle Cunyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse Paris I, préf. de J. Ghestin, L.G.D.J., 2002, spéc. n° 64, p. 39.
- (17) Ⅱの点を強調すべく、拙稿・前掲注(9)(六)(七)では《droit de critique》に「攻撃権」の訳語を充てた。
- (18) シャビオの苦肉の論証と改説について、参照、拙稿・前掲注(6)(七)一四一九頁以下。
- (19) *La régularisation des actes nuls*, thèse Toulouse, préf. de P. Hébraud, L.G.D.J., 1973.
- (20) *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, préf. de J. Ghestin, L.G.D.J., 1992.
- (21) こうした意識を最も強く反映するテーゼとして、Olivier Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse Aix, préf. de P. Ancel, PUAM, 1999 がある。著者も頻繁に引用する。
- (22) 前注(7)で掲げた諸サンクションと無効との間でいずれを選択するか、という問題が第一に問われる。すなわち、違法行為の抑止や弱者当事者の保護等、違反された規範の趣旨が確定され、それとの関係で《efficacie》が論じられる。一例のみ挙げれば、消費貸借につき、違法な利率が設定された場合、これを無効として元本を直ちに返還させるよりも、利息請求権を失権させつつ期限の利益を維持する方が、法規違反へのサンクションとして効果的であり、借主の保護にも資することになる(Ⅱ°2048)。こうした問題にこっちは、著者も引用する Carole Querdane-Aubert de Vincelles, *Allération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, préf. de Y. Lequette, Dalloz, 2002 が詳細を極める。Ⅱのテーゼにとっても、ゲルフェッシーチビエルジュの無効論が推論の基礎を提供した。
- (23) 山口俊夫「現代フランスにおける『公序』(ordre public) 概念の「考察」」国家学会編『国家と市民：国家学会百年記念・第三卷』有斐閣(一九八七年)四七頁。
- (24) 以下については、評者が参照の機会を得た、酒巻修也「一部無効の本質と射程——一部無効論における当事者の意思の意義を通じて」(北海道大学・博士学位論文)に詳しい。公刊の暁には、フランス一部無効論に関する決定版たる評価を獲得するはずである。
- (25) 当事者の意思が果たす役割は、立証責任論として整理される(Ⅱ°2577)。法規範の内容が特定の条項のみの無効

を原則とする場合（例えば、民九〇〇条）、契約全体の無効を望む側が、当該条項がなければ契約を締結しなかった旨を立証する。逆に、契約全体の無効が原則となる場合（例えば、民一一七二条）、特定条項のみを除去され契約が維持されるよう望む側が、当該条項がなくとも契約を締結した旨を立証する。以上の言明の背景を成す学説・判例の展開については、酒巻・前掲注（24）が詳細を極める。

(26) このパートには、「補充」による修正と、「数額限定（réduction）」による修正が配られる。後者については、「期間（契約期間や競争禁止の期間）・代金額・違約金の額等が過大な場合に、それらを妥当なものに縮減する立法・判例が扱われる。」

(27) par ex François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Précis Dalloz, 2009, n° 1337, p. 1329, cité dans n° 2669, p. 1354.

（齋藤哲志）