



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約の諸機能と一般利益 : 契約化現象に関する若干の考察
Author(s)	ムスタファ, メキ; 吉田, 克己; 齋藤, 由起//訳
Citation	新世代法政策学研究, 1, 157-206
Issue Date	2009-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43672
Type	other
File Information	1_157-206.pdf



契約の諸機能と一般利益 —契約化現象に関する若干の考察—

ムスタファ・メキ

吉田 克己・齋藤 由起（訳）

1 一般利益に服属する契約から一般利益の推進力としての契約へ

一般利益は、価値論の面では、特定の社会において支配的な社会的価値の間のバランスを体現する。一般利益は、方法論の面では、私的利益・公的利益間の一定の組合せまたは私的利益と公的利益の間の一定の組合せの結果として生じる。この価値論的・方法論的な一般利益に直面した契約は、かつては、一般利益への服属の客体であった¹。契約と一般利益は、伝統的には支配従属の関係を取り結んできたのである²。ここには、契約と一般利益に関する垂直的な理解が示されている。しかし、これからは、フランス社会における契約化の動向に示されるような水平的な理解がこれと共存しなければならない³。契約は、もはや一般利益上の配慮に服属するだ

¹ 契約の一般利益へのドグマティックな統合については、M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L. G. D. J., 2004, n° 84 et s., p. 77 et s.

² 日本民法第1条は、「私権は公共の福祉に適合しなければならない。」と規定し、私権の公共の福祉への服属を定めることから始まっている。日本社会の縦型の階層構造を主とする理解については、参照、J.-M. Bouissou, *Le Japon contemporain*, Fayard, C. E. R. I., 2007, p. 167 et s. フランス法については、参照、M. Mekki, *th. Préc.*, n° 288 et s., p. 187 et s.

³ この階層構造およびネットワークの弁証法について、参照、Fr. Ost et Ph. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*,

けの存在ではない。それは、一般利益の推進力でもある。契約は、この意味において、一般利益としての機能を果たす。

2 契約化と契約の機能

今日の契約は、すべてと混じり合い、すべてと絡まり合う⁴。契約化現象が表現しているのは、このような見方である。一方で、契約は、契約の締結目的を実現するところの法律行為である。契約は、一つの道具であって⁵、それが契約の可視的な機能をなす。他方で、契約は、一つの言葉、一つの言語であって、それが表現するもの、象徴化するもの、想起させるものの故に価値を認められる。契約という《言葉》のこの呪術的な力が、契約の機能の隠された一面を構成する。契約の諸機能は、このように、可視的な部分と不可視的な部分とを恒常的に混ぜ合わせたものからなっている⁶。そしてこの全体が、一般利益の変貌に奉仕するのである。

契約化は、なによりもまず、契約内容の《肥大化》を意味しうるものである⁷。契約当事者の意思に基づかない《黙示的》な契約上の債務が、恒常

Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002. 日本においては、伝統的に、強力な《官僚帝国》が存在し、また社会関係の階層構造が存在するが、それは、国家と市民社会のメンバーとりわけ企業との間の関係の合意志的な見地と両立不可能なものではない。支配よりもコミュニケーションを称揚し、衝突よりもコンセンサスを称揚するのが、「天下り」の精神である。この点については、参照、Richard Colignon et Chikako Usui, *Amakudari*, Ithaca, Cornell University Press, 2003.

⁴ 本文は、A Supiot の国家に関する指摘を敷衍するものである。 .

⁵ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007 . 同書は、一方では構造化の道具としての契約、他方では管理の道具としての契約を軸に構成されている。もっとも、この2つの効用が重なり合っていることは、容易に看取しうる。

⁶ G. Cornu, *Le visible et l'invisible*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1998, p. 419 et s.

⁷ この点について、参照、J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat, sous la dir. Chr. Jamin et D. Mazeaud*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et s., spéc. p. 106 et s.

的に増大することになる⁸。《肥大化》はまた、契約条項の増殖を意味する。契約は、このようにして、とりわけ労働法と企業取引法の領域において、カスタマイズされた道具立てとなる⁹。このような契約の内側への爆発は、契約の外側への爆発を伴っている。

外側への爆発というのは、征服者としての契約が遠心的な力を誇示しその存在の密度を増しつつあるというイメージである。契約の《新たな》諸効用が、複数の効用が認められることによって契約の機能が相対化するという事態を伴いつつ、祝福の対象となる。すなわち、契約は、管理し、構造化し、組織化し、責任を負わせ、個別化し、規定するという複数の機能の実現を可能にするのである。法的、政治的そしてジャーナリスティックな言説においても、契約という言葉のインフレーションを見出すことができる。すなわち、信任契約、新たな社会契約、世代間契約、共和契約……などである。

ここで問題となるのは、この契約化が、契約に関する危機を示しているのか、それとも単なる変動にすぎないのか、である。契約化の動向とともに、この設問は新たな展開を見せる。というのは、契約自由に侵害をもたらすとして告発されるのは、もはや法律ではなく、契約の固有の敵となるに至った契約それ自身だからである。契約の過剰は、契約を殺すことになろう。この契約化現象に向けられる視線がどのようなものであっても、強調されるのは、一般利益の変貌に仕える契約の多機能的性格である。

3 一般利益の変貌

公法および私法の脊柱である一般利益は、恒常的な変動の過程にある¹⁰。

⁸ 最近の例証として、Cass. soc., 18 octobre 2006, R.D.C., 2007-2, p. 714 et s., obs. Y.-M. Laithier . 民法典第1135条を根拠として、破産院は、次のように判示した。「使用者は、その法的従属の下に置かれている労働者に対する指揮・監督権限を法律によって与えられているので、労働契約の履行として実施または締結した行為または事実を理由として、労働者の安全を担保することを義務づけられる。」この問題に関する全体的見通しを与えるものとして、参照、Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. Chabas, Dalloz, 2005.

⁹ M. Mekki, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle*, R.D.C., 2006, p. 1051 et s. et 2007, p. 239 et s.

政治的・法的な正統化の道具立てとして、一般利益は、社会組織すべての基礎にある¹¹。一般利益に適合して行動するという事は、一定の価値序列を尊重するという事でもある。

一般利益に従って行動するという事はまた、対峙する公的利益および／または私的利益を組み合わせる最も正当な仕方についてあれこれ考えるという事である。かつては、権威的、超越的で、個別利益に対立しそれに押しつけられた一般利益は、すっかり変化を遂げた。それはもはや、個別利益と区別されたものではない。一般利益は、超越的なものであると同時に、内在的なものとなる¹²。この方向転換は、フランス社会の危機の直接的な帰結である。国家¹³、民主主義そして大文字の法¹⁴は、危機に瀕して

¹⁰ M. Mekki, *Propos introductifs sur l'intérêt général en droit français*, in 7^{ème} journée de l'association franco-japonaise, 2007, à paraître. (本誌229頁以下の幡野弘樹・齋藤哲志訳を参照。)

¹¹ M. Mekki, *th. préc.*, n° 8 et s., p. 7 et s.

¹² 一般利益の自己超越性という考え方について、参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 57, p. 49. これと同旨を説くものとして、G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Préf. J.-L. Autin, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, n° 307 et s., p. 169 et s.

¹³ 国家の正統性の危機に関して、参照、*Genèse et déclin de l'Etat, A.P.D.*, Tome XXI, Sirey, 1976 ; adde, O. Beaud, *Ouverture : L'honneur perdu de l'Etat ?*, in *L'Etat, Revue Droits*, n° 15, Tome I, 1992, p. 3 et s. ; P. Fraisseix, *De l'Etatnation à l'Etat « groupusculaire » : chronique d'un dépérissement engagé*, D., 2000, Chr., p. 61 et s. それに伴う一般利益の危機に関して、参照、D. Linotte, *Faut-il croire encore en la notion d'intérêt général*, R.R.J., 1979-1980, p. 49 et s. ; J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D., 1998, Chr., p. 327 et s.

¹⁴ *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, 5^{èmes} journées R. Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, Préf. D. Breillat, P.U.F., 1997 ; *Crises dans le droit, Droits*, n° 4, P.U.F., 1986 ; spéc. B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit*, p. 9 et s. ; Chr. Atias, *Une crise de légitimité seconde*, in *Crises dans le droit, op. cit.*, p. 21 et s. Adde, J. Carbonnier, *La part du droit dans l'angoisse contemporaine, in Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1995, p. 181 et s. ; G. Ripert, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., 1949 (réimpression, 1998).

¹⁵ 法律の擬人化に関しては、後述を参照。

いる。とりわけ法律は、それ自体としては、またそれ自体においては¹⁵、一般意思の表明として受け取られなくなっている¹⁶。要するに、一般利益の産出と確定に関わる上記の諸変動は、正統性に関する一般的な危機の帰結なのである。一般利益の研究は、一方で、特定の時期、特定の空間において一般利益が体现する諸価値が何であるかを確定することを必要とする。それはまた、他方では、何が一般利益の体现者であるか、一般利益に属する事柄をどのように定義するかを確定することをも必要としている。一般利益は、時間と空間に応じて変動する偶有性を伴う観念 (*notion contingente*) であって、方法論を通じてでなければ科学的に把握することができない¹⁷。この意味において、一般利益は、何よりも、公共団体によって代表される公的利益と、団体または個人によって代表される私的利益との一定の組合せの帰結である。一般利益と性格づけるためには、この組合せは、正統なものではなければならない。変化を遂げたのは、基本的には、正統化のあり方である。一般利益を再考するという事は、共に生活すること、政治社会、市民社会を再考するという事である。この目的のために、昨今の議論は、新たなパラダイムをめぐって展開されている。合理性が、自然なるものに対して優位に立つ。一般利益に属する事柄は、正当化され、説明され、確認され、証明されなければならない。一般利益の純粋にドグマティックな理解に対して、効率性が優位に立つことになる¹⁸。行為および決定の能率性が一般利益の関心事になる。参加、交渉に関わる、そしてそれゆえに契約化に関わる一定数の諸観念が、それらが近接していることによって、一つにまとめられる。一般利益は、この意味で、より交渉基底的なものになる¹⁹。

¹⁶ 一般意思の表明としての法律という考え方は、ルソー主義のものであって、日本法における法律もまた、その考え方に依拠している。

¹⁷ この方法論的考え方に関して、M. Mekki, *th. préc.*, n° 66 et s., p. 56 et s. 一般利益に関するこの方法論的定義に賛同するものとして、参照、G. Clamour, *th. préc.*, n° 409 et s., p. 233 et s. et M. Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement, R.T.D. civ.*, 2008, p. 1-25, spéc. n° 23 et s., p. 16 et s.

¹⁸ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 2003, spéc. p. 66 et s. ; G. Clamour, *th. préc.*, n° 1069 et s., p. 612 et s.

¹⁹ G. Clamour, *th. préc.*, n° 353 et s., p. 198 et s.

契約の普及は、合理化された論証的な一般利益の期待に応えるもののように見える。契約は、柔軟な道具立てとして、公的・私的な行動の適合性をカスタマイズされた形で可能にする。契約は、合理的な道具立てとして、公的利益および／または私的利益の組み合わせに対して、より大きな予見可能性を付与する。契約は、コンセンサスを志向する道具立てとして、関係する利益がより広汎に表現されることを促進する。契約は、主意主義的な道具立てとして、参加と交渉という新しいイデオロギーの特権的な媒体となり、参加民主主義²⁰と交渉に基づく法²¹に奉仕する。契約化とは、契約というコンセプトの新たな飛躍の表現であり²²、この飛躍は、一般利益を確定しそれを実現する特権的な道具立てであるという契約の性格に基づいてもたらされるのである。

4 契約化現象と一般利益との対置が時宜にかなっていること

契約の一般利益実現機能に根を下ろしたこのアプローチを採用することによって、観察者は、契約をよりプラグマティックな仕方理解することを強制される。それにもかかわらず、法的ドクマティックのすべてを放棄することは、適当ではない²³。法的カテゴリーは、それが現実を裏切らない限り、良いものを持っているからである²⁴。一般利益に奉仕する契約化

現象の背後にある、またはその中にある契約観念の探求に専念することによって、契約的景観と契約法の再構成を促進することが適当である。契約は、アクセス可能で、理解しやすく、予見可能な法的道具であり続けなければならないのに、契約化は、契約という《カテゴリーの稀釈化》²⁵の原因をなしているからである。

契約法の再構成を行うために、契約に関するア・プリオリな一つの定義から出発しなければならないのであろうか？ このような企ては、困難さらには克服不可能であるように思われる。契約は、その相対性によって特徴づけられている²⁶。契約化について述べることは、最大限でも、契約化という言葉によって理解されるのは、一定の効果の発生を目的とした契約的手続²⁷に対して向けられる関心の回復だ、ということ程度であらう。

目的を逸脱してはならない。個性的な状況に対峙し、その状況を既存のカテゴリーに当てはめようとする法学者の努力は、『現実を無益にねじ曲げるものであってはならない…。現実をねじ曲げる危険がある場合には、既知の試された枠組みから離れなければならない』（P. Roubier）。それを行うのは法学者の役目である。法的カテゴリーは、現実や実定法の単なる与件ではない。法的カテゴリーは、法学者の介入や法の科学よりも先に存在するものではないのである。」J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1999, n° 190, p. 204.

²⁰ E. Savaux, *La dilution des catégories*, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la dir. G. Pignarre, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 33 et s. Terme emprunté à M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, *R.T.D. civ.*, 1964, p. 5 et s., spéc. n° 27, p. 46.

²⁵ 契約の相対性という一般的観念に関して、参照、*La relativité du contrat (Rapport de synthèse)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome IV, Nantes, 1999, L.G.D.J., 2000. A. Supiotは、契約観念の3つの相対性を明らかにしている。すなわち、相対化は、第1に、その概念にかかわる。民事以外の契約が出現しているからである。相対化は、第2に、その構造にかかわる。契約は、客体と主体に応じて可変的だからである。相対化は、第3に、文化にかかわる。日本のように、契約なしの文明が存在するであろうからである。A. Supiot, *La relativité du contrat en questions. Conclusion générale*, in *La relativité du contrat, op. cit.*, , p. 183 et s., spéc. p. 185 et s.

²⁷ 《手続化》に関して、P. Lokiec, *La procéduralisation à l'épreuve du droit privé*,

²⁰ J.-P. Gaudin, *La démocratie participative*, Armand-Colin, 2007 ; M. Crépon et B. Stiegler, *De la démocratie participative : fondements et limites*, éd. Mille et une nuits, 2007. より楽観的な観点として、M. Hervé, A. d' Iribarne et E. Bourguinat, *De la pyramide aux réseaux : récits d'une expérience de démocratie participative*, préface de Ségolène Royal, éd. Autrement, 2007.

²¹ M. Mekki, *th. préc.*, n° 1049 et s., p. 623 et s.

²² M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, *R.T.D. civ.*, 1964, pp. 5-48.

²³ 契約化という《表現型phénotype》の背後にある契約という《遺伝子型génotype》を探求しなければならない、参照、R. Sacco, *Contract, contrat, Vertrag*, *European review of private law*, 1999, p. 237 et s. (P. Ancel, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, P.U.A.M., p. 15 et s., spéc. p. 23, note 40の引用による。)

²⁴ 「法的カテゴリーは、現実を明確化し、また生活への法の適合性を改善することに充てられる枠組みの中に現実を当てはめていくものであるが、その作業の中で、

契約化現象と一般利益を対置することによって、逸脱の危険についてもあれこれ考えざるを得なくなる。実際、契約という奇跡が契約という幻影になるのは、あってはならないことである²⁸。ところで、《契約》という言葉は、一般利益の名の下で、インフレーションの対象になっている。これは危険なことでありうる。

契約の定義は、この視角からすれば、道具として役立つものでしかありえない。この機能主義的な理解によっては契約の部分的な面しか見ることができないとしても、それによって不確実性の余地を減らすことができる。一般利益の契約化は、契約の一般利益に関わる機能を自覚することにはほかならないのである。

5 契約の諸機能

《機能》という言葉は、《ある物がそれが属する全体の中で演じる特徴的な役割》と定義することができる²⁹。それは、システムという観念を前提とする³⁰。契約の機能を研究することは、ある目的に奉仕する手段という考え方を強調することに帰着する。それはまた、契約はそれを超える全体の中の一部であり、同時に契約はその全体に貢献するという事実を強調することに帰着する³¹。この意味で、契約は、一般利益に資するものである。

in Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation) Universités d'été 2000-2001 du Barreau de Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177 et s. 契約法における《手続化》については、参照、M. Mekki, th. préc., n° 1118 et s.

²⁸ Ph. Jacques, Ph. Jacques, *De la distinction des genres : contrat légalement formé et législation contractuellement présentée...*, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 503-514 ; M. Mekki, *Le discours du contrat : quand dire n'est pas forcément faire*, *R.D.C.*, 2006-2, p. 297-310, spéc. p. 310, in fine

²⁹ *Le Petit Robert, V° Fonction.*

³⁰ 社会学の領域において、参照、R. Boudon et Fr. Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, P.U.F., coll. Quadrige, 2000, p. 259, *V° Fonction.* Adde, E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique (1937)*, P.U.F., coll. Quadrige, 1990, spéc. p. 89 et s. デュルケームにとっては、ある制度の分析のためには、その原因と機能の研究が必要となる。

³¹ 法秩序や社会秩序に組み込まれその要素となっている契約に関して、J. Ghestin,

以上によって、契約におけるすべてが契約的なものであるわけではないという事実が説明される³²。契約は、それが《一定の帰結を生じさせ、または獲得するために用いられる手続の総体》³³に属するという意味において、一つの技術である。このような理由で、契約は、なにものかを行うことを可能にする一つの道具であり、なにものかを表現することを可能にする一つの言葉である。

6 契約の法的諸機能

契約は、道具として、人的な結合関係であると同時に、交換の実体であり³⁴、規範であり³⁵、媒介物である³⁶。交換型契約 (*contrat-échange*) は、同

La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, in La relativité du contrat, op. cit., p. 223 et s., spéc. p. 241.

³² E. Durkheim, *De la division du travail social*, P.U.F., Coll. bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, spéc. p. 189. 次のように述べる。「(…) 契約が存在するところではすべて、契約は規制に服している。この規制は、個人の産物ではなく社会の産物であり、不断に膨張し、複雑化している」。Adde, E. Durkheim, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, avant-propos H. Nail Kubali, introduction G. Davy, P.U.F., Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1950, spéc. p. 208. 次のように述べる。「(…) 契約関係は、始原とはなりえないであろう (…。) 契約は、(…) 変種を作り出す源泉の一つであり、この源泉は、他の起源を有する始原的な法的基礎を必要としている」。

³³ *Le Petit Robert, V° Technique.*

³⁴ この区別に関して、J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français, in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), P.U.F., 1986, p. 41 et s., spéc. p. 55 et ss. 契約の実体は、ある行為であり、それは、《それ自体が自律の実体とみなされ、契約を締結した人から区別される》行為である (p. 56). 同じ見解として、M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, *R.T.D. civ.*, 1998, p. 43 et s., spéc. n° 12, p. 47. 一つの適用例として、Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Préf. R. Bout, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 337, 2000.

³⁵ H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, *A.P.D.*, Sirey, 1940, p. 33 et s. ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 1993, n° 188 et s., p. 168 et s. 契約の規範的效果と義務的效果の区別に関しては、参照、P. Ancel,

時に、《忠誠契約 (contrat d'allégeance)》³⁷、《貴族契約 (contrat aristocratique)》³⁸または《アソシアシオン契約 (contrat associatif)》³⁹や、

Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, R.T.D. civ., 1999, p.771 et s.

³⁶ 交換としての契約観念に関して、とりわけ参照、J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Avant-propos J. Ghestin, Préf. J.-P. Baud, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 194, 1987. Sur les origines de l'échange, A. Caillé, *De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)*, in *La nouvelle crise du contrat, sous la dir. Chr. Jamin et D. Mazeaud*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 27 et s.

³⁷ A. Supiot, *La relativité du contrat en questions....*, *op. cit.*, spéc. p. 198 et s. 次のように述べる。「契約法は、交換の領域および同盟 (alliance) の領域に、今後は忠誠 (l'allégeance) の領域を付け加える。忠誠によって、一方当事者は、他方当事者による権限行使の圏域内に位置づけられることになる」。

³⁸ M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité....*, *op. cit.*, spéc. n° 35 et s., p. 54 et 55. 次のように述べる。貴族契約を通じて、「まさに2人の個人の意思が、その力によって、それらの者だけのために、オーダーメイドの法的関係、すなわちその人格に彩られた関係を作り出すのである」(n° 35, p. 54)。「このようにして、契約は市場の代替物となる。それは、一つには、契約は、市場における絶対的な互換可能性を前提とせず、人の権力の表現でありうるからであり、また一つには、契約は、同様に市場に抵抗する客体の特殊性の表現であり得るからである」(n° 39, p. 55)。同旨を説くものとして、S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, Avant-propos J. Monéger, Préf. M. Pédamon, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 57, 2002, spéc. n° 14, p. 27.

³⁹ G. Rouhette, *Encyclopédie Universalis*, Vol. 4, 1972, V° *Contrat*, p. 961 et s., spéc. p. 963. 次のように述べる。「アソシアシオンの契約 (contrat associatif) —— パラダイムとして狭義のアソシアシオン契約 (contrat d'association) 概念を採用した上での技術的意味におけるそれ——または会社契約 (contrat de société) の本質の特徴は、契約当事者が、そこにおいて、個人的な目的ではなく、同一の目的、すなわちある同一の成果の実現を追求するということにある。契約は、この場合に、対立する利益の組み合わせを自ら行うことを通じて、その衝突の緩和を目指しているのではない。契約締結の前から、対立は縮小され、唯一の共通の利益 (個々人の同一の利益の総体) が明らかになり、これだけが探求されるのである」。したがって、この契約には、「友愛関係の種」がある。

《組織型契約 (contrats-organisation)》⁴⁰、《制度型契約 (contrats-institution)》⁴¹、《関係的契約 (contrat relationnel)》⁴²および《状況契約 (contrats de situation)》⁴³と共存している。契約の有益性はこのように多

⁴⁰ P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit, Mélanges* Fr. Terré, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 635 et s., spéc. p. 636. 次のように述べる。「交換型契約は、財産の入れ替えを目的とする。それは、Aの財産がBの手に渡り、Bの財産がAの手に渡るという文言において表現される」。典型例は売買である。「組織型契約は、AとBの間の協力関係を創設するものであり、AとBは、それまでそれぞれが固有に所有していた物を共同にし、共同の活動のために使用する」。交換型契約においては、「契約当事者の諸利益は、たとえばある点においては収斂しうるにせよ、(…)非常に広い範囲で対立している」。組織型契約においては、諸利益は、「対立状況を排除しないにせよ、構造的に収斂しうるものである」。

⁴¹ L. Boy, *Les « utilités »...*, *op. cit.*, spéc. p. 7 et ss.

⁴² Ian R. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. によって理論化されたものである。関係的契約理論の分析として、参照、O. E. Williamson, *Les institutions de l'économie*, Préf. M. Ghertman, trad. R. Coeurderoy et E. Maincent, InterEditions, sous dir. M. Ghertman, 1994, spéc. p. 95 et s. マクニール理論の具体的な適用として、参照、J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société....*, *op. cit.*, spéc. p.203 et s. この箇所は、《契約の間規範性 internormativité》に関する部分である。包括的研究として、参照、H. Muir-Watt, *Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost*, in *La relativité du contrat, op. cit.*, p. 169 et s. et les références citées note 5, p. 170 et 171. H. Muir-Wattは、「実際の社会関係に根を張り、時間において一定の濃度を含んだ関係的契約」と、「盲目的な給付の交換を内容とし、その即時の効用をすぐに使い果たして消滅する一時的な単発的契約 (contrat discret)」とを対置する(p.169)。イギリス法については、参照、J. Bell, *L'incidence du changement de circonstances, Rapport anglais*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, op. cit.*, p. 233 et s. ケベック法については、参照、L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec, Revue de droit de McGill*, 1999, vol. 44, p. 903 et s.

⁴³ M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges G. Marty*, Université des sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 235 et s., spéc. n° 8, p. 239. は、次のように述べる。状況契約は、「企業生命またはその活動レベルにとって決定的であり、その事実によって、

様ではあるが、近時の研究は、道具としての契約の二つの主要な利用形態を切り出すに至っている。第一に、契約は、「ある組織の設立のために利用される」ときは、構造化の道具である。第二に、契約はまた、管理の道具でもある。この区別によって契約の諸機能が汲み尽くされているわけではないとはいえ、とりわけレトリックの側面における機能が汲み尽くされているわけではないとはいえ、これらの区別によって、問題の輪郭が明らかになる⁴⁴。一般利益の合理化と法多元主義は、国家の位置を相対化しつつ、この多機能的な道具としての契約と手を携えて進むのである。

7 契約のレトリック機能

道具立てとしての契約を超えて契約化が契約の機能に及ぼす影響を分析すると、その隠された側面が明るみに出される。契約は、契約するという行為に還元されない。契約は、同時に言説の一部をなすのである。ある意味で、契約の機能においてすべてが契約的というわけではない！ この契約レトリックは、もともと、言葉の力が大きな意義を持つ正統化言説の一つとして現れたものであった。それだけにますます、このレトリックは、一般利益観念がカバーするものを理解するための助けになる。一般利益もまたレトリックの企てであるが、今日では、それは契約のレトリックに置き換えられている。

契約について、それが一つの言葉であると述べるのは、自明のことに属する。実をいえば、それ自体で一つの現象をなすと目されるのは、契約という言葉のインフレーションである。正真正銘の契約レトリック⁴⁵が、こ

多くの場合には、経済的な家臣服属関係（vassalité）の道具立てとなるものである」。この契約は、「企業の存続を危険にさらさない付随的な取引である」その場限りの機会的契約（contrats d'occasion）と対比される。《状況契約》のプリズムの下での流通契約や生産契約の分析として、参照、D. Mainguy, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in *Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec*, 1999, p. 165 et s.

⁴⁴ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (sous la dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007, passim.

⁴⁵ V° *Rhétorique juridique*, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., publié avec le concours du Centre

ここで動き出す。その存在意義は、経済活動の実現を法的に表現することではない。あるいはそれが唯一の存在意義なのではない⁴⁶。レトリックは、良く語るための技法、あるいは説得的な仕方でも語るための技法である。古代ギリシャにおいては、レトリックはむしろ、誘惑するためまたは騙すための技法と受け取られていた⁴⁷。このようにして、契約の存在意義は、その対象に存するのではなくなる。それは、その発話者が契約に付与しようと望む意味、およびその対話者がそれについて行う受容の仕方に存することになるのである。一般利益の契約化現象は、このレトリック機能を明るみに出す。この契約的ディスコースの性格は、法的なものにだけに限定されるものではなく、それ故に法と非法の間の境界を混乱させるものである。契約という法的言語は、日常言語と混同される傾向にある⁴⁸。言語学上の適切な表現を借りれば、契約という言葉は、もはや「もっぱら法学に属するもの」ではなく、「外的な多義性」を備えたものになるのである⁴⁹。

8 結局のところ、契約化の動向によって、一般利益に仕える契約の多機能的性格が強められている。契約化の影響は多様であるが、二つの主要な側面がある。つまり、契約化の動向は、一方で、契約の純粋に法的な諸機能をより不均質なものとする。同時に、それは、法にとっては外部的なレトリック機能という、あまり目に見えない契約の側面を明るみに出すので

National de la Recherche Scientifique, L.G.D.J.

⁴⁶ 何人かの著者達が、このような理由で、《契約のパラダイム》について語っている。Fr. Collart-Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 225 et s., spéc. p. 227.

⁴⁷ この点に関して、Platon, *Protagoras, Gorgias*, éditions G.-F., 451d-452.

⁴⁸ 法的言語は、一般に、《特別な集団の言語》として提示され（G. Mounin, *La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques*, in *Le langage du droit*, A.P.D., Tome XIX, 1974, p. 10 et s.）、より正確には、《専門化された言語》として提示される（G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Domat Droit privé, 2005, n° 2, p. 16 ; adde, J.-L. Sourieux et P. Lerat, *Le langage du droit*, P.U.F., Cill. SUP, Le Juriste, 1975, spéc. p. 9）。

⁴⁹ G. Cornu, V° *Linguistique juridique*, in *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 952 et s.

ある。契約は、それゆえ、第一に、一般利益に仕える法的技術である（I）。契約は、第二に、一般利益に仕えるレトリックである（II）。

I 一般利益に仕える技術としての契約

9 契約は、一般利益の推進力となった。より正確にいうと、契約は、一つの制度的機能を果たし、それによって、一般利益という目的に仕える特権的道具となるのである。契約は、二つの側面で一般利益に奉仕する。実体的・価値論的次元では、契約は、一定の要請を満足させるために、一定の活動を創設し、組織化することを可能にする。規範的次元では、契約は、フランス法体系の構築にも関与する。契約は、この点で、規範創出機能を果たす。

A 契約の組織化機能

10 《契約の背後に結合関係が……》⁵⁰

契約という道具が近年の花形スターであるとするれば、それは、主としてその制度的機能による。契約の、および契約による制度化は、契約の交換機能を乗り越えるところにあり、その背後での、またはその上部での一つの関係、一つの状況の創出を知覚させる。制度化するということは、それを作り出す行為自体とは区別される結合関係を、一定期間継続する安定した結合関係を創設することに帰着する。契約の機能は、財または給付の交換に限定されるものではない。契約は、一般利益の名の下で追求され保護される諸価値の最大限の実現を図るために一定の活動を組織化する特権的な手段である。問題となっている諸価値は、今日では、二つの支配的な極に連結されている。秩序、正義および進歩という3点セットを超えて⁵¹、一般利益を主として特徴づけるのは、一つには、市場の経済的価値であって、それは社会進歩に奉仕する。他の一つは、人間の尊厳という価値で

⁵⁰ P.-Y. Verkindt, *Préface in Approche critique de la contractualisation*, sous la dir. S. Chassagnard et D. Hiez, L.G.D.J., coll. Droit et société, 2007, p. 7.

⁵¹ M. Mekki, th. préc., n° 260 et s., p. 175 et s.

あって、それは共通善の満足に基礎を置く社会正義の一定の理解に奉仕する⁵²。契約は、この第一の側面においては、基本的に経済的な機能を果たす（1°）。契約は、この第二の側面においては、基本的に人間主義的機能を果たす（2°）。

1° 契約の経済的機能

11 経済の組織化

経済に関わる法 (*droit économique*) は、この組織化機能の開花に適している。換言すれば、会社法における会社の利益、労働法における企業の利益または流通法における共同の利益は、多くの場合、契約という法的技術によって決定され、組織化されているのである。契約は、経済世界に古典的民事契約とは切り離された一つの新たな枠組みを与えることによって、経済活動調整の技術としてますます大きな成功を収めるようになってきている⁵³。会社に関わる契約は、このようにして、組織型契約の原型として提示されている⁵⁴。長期の役務提供にかかわる契約、産業における下請負契約、電力・ガス・遠距離通信網への加入契約なども、それと同程度にこの組織化機能の表現形態である。契約上の単なる条項も、この組織化機能を担うことがある。この《組織化条項》は、給付の交換を実現するのではなく、たとえば、排他区域すなわち競争禁止区域の設定に役立つことになるであろう⁵⁵。

⁵² この弁証法に関しては、参照、G. Clamour, *th. préc.*, n° 341 et s., p. 191 et s.

⁵³ 全体の分析としては、参照、*Les engagements dans les systèmes de régulation*, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁴ P. Didier, *Brèves notes...*, *op. cit.*. それゆえ、組織型契約は、時として、構造化の道具であると述べられる、Ph. Bissara, *De la société contractante à la contractualisation de la société*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 53 et s. Rapp. M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Préf. A. Viandier, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 303, 1998 ; Y. Guyon, *Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 2002.

⁵⁵ 例証として、参照、Cass. 3^{ème} civ. 3 mai 2007, J.C.P. (G), 2007, II, 10179, note M. Roussille.

このような考え方の延長線上に、いわゆる関係的契約が位置づけられる。学説のある部分は、この契約が真の法的主題に属することを否定する⁵⁶。しかしながら、関係的契約という性格づけによって、契約の機能に関わる現象を明らかにすることが可能になる。関係的契約は、《不完全な》行為として提示される⁵⁷。それは、現時点において将来の備えを実現するものではない。それは、《現在の未来への投射》を実現するのである⁵⁸。契約に基づく結合関係は、時間という圧力のもとでその結合関係が壊れてしまうのを避けるために、緩和される。契約主体の価値が高められる。このようにして、契約という行為がその社会環境に適合することが可能になる⁵⁹。それは、一定の柔軟性を導入するという代償を支払って一定期間の拘束を受け入れるのである。契約のこの組織化または関係的機能は、さまざまな部門で展開している。流通法は、それをネットワークの創設および管理の道具にしている⁶⁰。これらの事情のもとで、契約の交換機能は後景に退き、組織化の道具としての契約にその地位を譲るのである。

⁵⁶ Y.-M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D., 2006, Chr., p. 1003 et s.

⁵⁷ 参照、H. Muir-Watt, *Du contrat « relationnel »...*, op. cit., spéc. p. 174.次のように述べる。「(…) 最初の意思の合致は、契約に基づく将来への中継点にすぎない」。

⁵⁸ L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat...*, op. cit., spéc. p. 932.

⁵⁹ 参照、J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société. Etude socio-juridique des achats d'Alcan au Sagunay-Lac-Saint-Jean*, Les éditions Yvon Blais inc., Coll. Le droit aussi..., 1998, spéc. p. 304 et 305.次のように述べる。契約関係の「対内的規範を社会環境の規範と調和させなければならない。この義務を満足させるためには、合意が国家の合法性に適合するだけでは十分ではない。問題となっている合意の法的な有効性と拘束力を承認する前に、法システムの主体は、契約環境において通用している組織的ルールや社会規範を考慮に入れなければならない」。

⁶⁰ 流通ネットワークの制度化に関して、参照、L. Amiel-Cosme, *La théorie institutionnelle du réseau*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1. 例証として、参照、Chr. Jamin, note sous Cass. com., 15 janvier 2002, *J.C.P. (G)*, 2002, II, 10157 ; Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 6 mai 2002, *J.C.P. (G)*, 2002, II, 10146)

12 契約化の動向は、かくして、いつでもアクターのより大きな自由の推進力として作用するわけではない⁶¹。これらのアクターは、しばしば、支配者・被支配者間の従属関係を組織化する機能を有する契約に服することを受け入れる。そして、このようにして創設された結合関係を調整する配慮を、契約当事者の一方または第三者に委ねるのである。契約の制度的機能は、自由と同義語ではなく、新たな拘束と同義語なのである⁶²。それは、時として、社会《再封建化》の一形態として分析される⁶³。したがって、諸利益間の階層秩序が契約という技術に適合しないのではない。まったく反対にむしろ適合的なのである。

2° 契約の人間主義的機能

13 人的組織化

契約の人間主義的機能は、人的性格を帯びた組織化、すなわち人格の身分状態の組織化と関係している。ボックス（民事連帯協約）契約は、このような方向で分析することができる。ボックスは、今日では、単純な交換型の契約に還元できるものではない。ボックスは、半分は契約的で半分は制度的なものとして⁶⁴、人的結合関係を組織化し、制度化する。2006年6

⁶¹ この意味において、参照、S. Chassagnard et D. Hiez, in *Introduction, in Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., 2007.

⁶² この見解に関して、参照、Chr. Jamin, *Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés*, in *Les engagements...*, op. cit., p. 183 et s., spéc. n° 350 et s., p. 194 et s.

⁶³ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, spéc. p. 164 et s. ; du même auteur, *Les deux visages de la contractualisation...*, op. cit. et loc. cit.. A. Supiot, *La relativité du contrat en question...*, op. cit., p. 198. A. Supiotは、次のように述べる。契約は、権力を組織化する道具立てとして、すなわち、「人と利益を階層化するための道具立て」として必要不可欠のものである。

⁶⁴ Ph. Malaurie, *Sur le PACS*, in *Le Pacs, Dr famille*, n° hors série, décembre 1999, n° 8, p. 30 et 31, spéc. p. 31 ; D. Fenouillet, *Couple hors mariage et*

月23日の法律第2006-728号は、この契約の非財産的な側面を強化するに至った⁶⁶。同様の考え方に従って、無能力者に関する法もまた、今日では真の契約化の対象になっている⁶⁷。実をいうと、一般利益の名の下での契約の人間主義的機能は、とりわけ法の基本権化の問題と関係しているのである。

14 人間主義的秩序から人間主義的契約へ

一般利益と契約との対比は、伝統的には権威主義的な視角からなされていた。一般利益およびそれが体現する諸価値が、フランス民法典第6条に規定され、日本民法においても第90条に見出すことができる公序という特権的な道具を介して契約に強制されるのである。公序は、人間の尊厳の尊重という理念に連結される人間主義的側面をカバーする⁶⁸。この尊厳は、人体の保護および個人の基本権とともに、社会的な尊厳、生活の質をも包摂する⁶⁹。環境および公衆衛生の保護は、人間の尊厳という考え方と関わりを持っている⁷⁰。問題のこの側面、すなわち一般利益の基本権化の兆候⁷¹が、この間顕著な展開を見せている。契約は、かつては、この文脈において人間の尊厳という要請に単純に服さなければならなかった⁷²。それが、

contrat, Couple hors mariage et contrat, in La contractualisation de la famille, sous la dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Economica, 2001, p. 81 et s., 特に p. 100以下は、《非婚カップルの制度化》について述べている。

⁶⁵ この意味において、A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in Approche critique de la contractualisation, op. cit.*, p. 19 et s., spéc. p. 37.

⁶⁶ 参照、たとえば、民法典新515-3-1条は、出生証書の欄外記載に関するものであり、新515-5条は、ボックス当事者間の相互義務を創設したものである。

⁶⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 (*JO 7 mars 2007*).

⁶⁸ M. Mekki, *th. préc.*, n° 455 et s., p. 279 et s.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 442 et s., p. 271 et s.

⁷⁰ 同じ意味において、M. Boutonnet, *Le contrat...*, *op. cit.*, n° 36, p. 25.

⁷¹ 参照、M. Mekki, *Droits fondamentaux et intérêt général en droit privé, Conférences au Japon, du 15 au 26 juillet 2008*.

⁷² エコロジーに関する公序の要請に服する契約に関する古典的な説明に関して、参照、M. Boutonnet, *le contrat et le droit de l'environnement, R.T.D. civ.*, 2008, p.

今日では、人間の尊厳の尊重と実現を確保する主要な道具の一つになったのである。この意味において、契約は、一般利益の機能を果たすことになる。

15 契約の人間主義的機能の外延

契約は、一般利益の価値論的側面を考慮しつつ、基本権の増進と尊重に関与することになる。それを示すのに、ここでは公衆衛生と環境の領域から具体的な例を挙げてみよう。環境に関わる新たな基本権を満足させるための中継点として、契約がますます頻繁に利用されている。この現象は、環境保護の人間中心的性格を明確に示している。すなわち、環境保護は、人間とその健康の問題と不可分なのである⁷³。F. -G. トレビュル (F.-G. Trébulle) 氏が明確に述べているように、「環境法典においても、環境にかかわるフランス国内およびヨーロッパレベルの判例においても、環境は、その中で主体が発展を遂げ、主体を取り囲み、主体がそれと相互関係を取り結ぶ、そのような界域として評価される」⁷⁴。この文脈において、契約が果たす連結符としての機能を理解することができる。契約は、私的利益への配慮と公的利益への配慮の間の結びつきを作り出すのである。人間の保護が、環境保護を通じて実現される。そして、環境憲章の第1条は、「各人は、均衡が取れ、健康を尊重する環境の中で生きる権利を有する」と規定することによって、この点を確認している。契約当事者に課せられる法定の諸義務、たとえば、売主や賃貸人に課せられる土地の汚染状態に関する情報提供義務⁷⁵や、汚染土地の原状回復義務は、契約当事者の利益に資するとともに、一般利益に資する。ナンシィ控訴院において2007年9月26日

1-25、とりわけ、契約当事者に課される環境上の情報提供義務にかかわるn° 6 et s., p. 5 et s.を参照。

⁷³ この意味において、M. Boutonnet, *Le contrat...*, *op. cit.*, spéc. n° 24, p. 16.

⁷⁴ F.-G. Trébulle, *Du droit de l'homme à un environnement sains, Environnement*, avril 2005, spéc. p. 19.

⁷⁵ 全体に関する研究として、参照、O. Herrnberger, *Les nouvelles obligations pesant sur les rédacteurs d'actes de vente et de bail, J.C.P. (N)*, 2004, I, 1433 ; A. Deharbe, *La réalité juridique du droit à l'information en environnement industriel, B.D.E.I.*, 2005, n° 1, p. 6 et s.

に言い渡された判決を通じて、契約の一般利益に関わる機能と法的制度に対するその影響に関する認識を得ることができる。この事案においては、契約は、単に、温室効果ガスに対する闘いという環境政策の実効性を確保することを、現実の法定の義務なしに、可能にするものであった⁷⁶。

16 具体例：温室効果ガスの排出割当量に関する契約

La Novacarbという簡易株式会社（société par actions simplifiée）は、重曹の生産企業であるが、この生産のためには、水蒸気の利用が必要となる。一定の期間、同社は、この蒸気生産を、石炭・ガスボイラーを利用して、自社生産の形で賄っていた。その後、同社は、コージェネレーション（cogénération、一種類の一次エネルギー〔たとえば燃料〕から複数の二次エネルギーを取り出すことをいう。たとえば、発電の際に生じる熱エネルギーを再度発電に利用するなど。——訳者注）という技術を利用することを決定した。そこで、同社は、供給者を募り、コージェネレーション施設を経営するLa Socomaという合名会社との間で、蒸気供給契約を1998年に締結した。この契約には、契約締結後に施行される諸規制とりわけ環境に関する諸規制によって必要となる費用をLa Socoma社が負担し、その後それを蒸気販売価格に上乗せして回収する旨の条項が挿入されていた。契約当事者は、このように、環境にかかわる立法の展開が場合によって引き起こす財政的な諸帰結について対策を講じたのである。しかし、契約当事者は、環境立法が、新たな負担を生じさせるのではなく、利益の源泉になるという事態までは想定しなかった。ところが、数年後、温室効果ガス排出割当の交換システムが実施に移された。この新しい立法の適用によって、La Socoma社は、コージェネレーション施設経営主体の資格で、一定量の排出割当てを付与されることになった。それは、La Socoma社にとっては、必要量を大幅に超えるものであって、それを販売することによって数百万ユーロという莫大な利益を期待できるものであった。

⁷⁶ C.A. Nancy, 26 septembre 2007 ch. com., arrêt n° 2073/07, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, D., 2008, p. 1120 et s., note M. Boutonnet ; *Environnement*, mars 2008, n° 42, p. 22 et s. ; R.LD civ., mai 2008, n° 2969, note O. Cachard ; *J.C.P. (G)*, 2008, II, 10091, note M. Lamoureux.

La Novacarb社は、この利益が実際には自分に帰すべきものであると考えて、契約の相手方であるLa Socoma社との間で交渉を始めたが、結果を得ることができなかった。そこで、La Novacarb社は、La Socoma社を相手として提訴し、排出割当ての管理から生じる利潤の《返還》を請求した。La Novacarb社の主張によれば、前述の契約条項に基づいて、同社は、排出割当ての管理から生じる費用を負担する。そうであれば、この枠組みから実現される利益を受け取ることもできるはずだ、というのである。La Novacarb社のこの議論は、ナンシイ控訴院に好意的に受け止められた。もっとも、La Socoma社に対して、その契約相手方に対する利益の返還が命じられたわけではない。ナンシイ控訴院は、誠実義務（obligation de bonne foi）を根拠として、La Socoma社に対して、均衡が失われるに至ったこの契約の再交渉を命じたのである。判旨の理由付けは、ことのほか内容に富む。民法典第1134条3項および第1135条を根拠として、ナンシイ控訴院の裁判官は次のように判示した。「係争の対象である蒸気供給の合意は、その特性によって、公正な協力および連帯の義務（obligation de coopération loyale et de solidarité）を含んでいる。この義務は、有害ガス排出削減における各企業の努力を考慮して、排出割当ての販売から生じる利益をこれらの企業間で再配分することを妨げるものではない。……」「本件においては、衡平に反する形でLa Novacarb社の個別利益に対する侵害があり、このことがすでに合意の再交渉を正当化する。（……）また、それを超えて、係争対象である契約の構成および契約当事者にかかわる慣行は、汚染ガスの排出を削減する目的を持っており、この目的は、明らかに、少なくとも今日一般に承認された科学的知見に従えば、一国のレベルだけではなく全地球レベルで一般利益の実現に資するのである。他方で、学説によって、合意を誠実に履行する義務には、新たな地平が切り拓かれている。そこで考慮されているのは、各人の個別利益を超えて共通利益（さらには共通善）の探求が契約当事者の行動の動因となるべきこと、そして、個人主義的倫理が連帯に基づく契約正義に部分的に道を譲るべきことである。（……）」

17 ナンシイ控訴院判決の意義

この判決は、第一に、契約が一般利益に関わる機能を果たしうることを

確認している。マチルド・ブットネ（Mathilde Boutonnet）夫人の定式化に従えば、裁判官は、「契約当事者が、他方当事者に対する配慮に基づいてというわけではなく、契約との関係での第三者の総体の利益つまり社会の利益に従って連帯の精神を発揮するように促す」のである⁷⁷。これを通じて、レオン・デュギイ（Léon Duguit）にとって重要な意義を持っていた契約の社会的機能を想起することも可能である⁷⁸。本判決は、不予見を理由とする（事情変更に基づく——訳者注）契約改訂の領域において、私法上の契約と公法上の契約との間で制度を異にすることがいかに無益であるかを証明している。私法上の契約と公法上の契約とを対比させて、前者が私的利益にのみ関わるのに対して、後者は反対に一般利益に関わるものとするのは、一種の戯画にすぎない⁷⁹。

この判決は、第二に、契約の強固な核であり、一般利益に関わる機能を果たすであろう公正性原則（principe de loyauté）の重要性を確認している⁸⁰。契約は、たしかに、一般利益の実現における個別利益の位置と個人の位置を再興することを可能にする。しかし、それについての枠付けがなければ、契約は、強者による弱者抑圧の道具となってしまう。したがって、志向すべきは、契約の義務論の構成要素である手続規範の総体である⁸¹。公正性原則が必要となるのは、契約的手続が倫理的に本物であるためには、

⁷⁷ M. Boutonnet *note préc.*, in *Environnement*, spéc. p. 24.

⁷⁸ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, réédité, par les éditions La mémoire du droit, Bibliothèque Léon Duguit, 1999, spéc. p. 27 et s.

⁷⁹ たとえばこの意味において、参照、B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, *R.D.C.* 2004, p. 67.

⁸⁰ 公正性、契約化および一般利益との間のこのような関係に関して、M. Mekki, *th. préc.*, n° 1235 et s., p. 779 et s.

⁸¹ ここで問題となるのは、M. A. Jeammaud, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu*, in *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, pp. 47-72, spéc. p. 67. が挙げる3つの意味の中でも弱い意味での手続化である。すなわち、「第3の意味において、手続化は、実体規範を犠牲にして獲得される特定のタイプの法規範、すなわち手続規範の前進と理解される」。第1および第2の意味の手続化は、「単に、他の規範の決定または制定の手続を組み立てる」ものである。

それが枢要のポイントとなるからである⁸²。公正性（loyauté）は、ラテン語では *legalis* であるが、厳密な意味で理解すれば、法律への適合性である。われわれが採用するより広い意味では、それは「正しさ *Droiture*」を示す⁸³。端的にいえば、それは、「多かれ少なかれ履行を強制される義務と、多かれ少なかれその実現を確保される権利の総体」を含んでいる⁸⁴。公正性原則は、契約活動を枠付ける行動原則であり、その目的は、契約上の合意が正当な条件に従って行われるようにすること、他方でそれにもかかわらず行為者の自由を否定することがないようにすることにある。公正性原則は、この意味において、動的な安全に優先的な地位を与える⁸⁵。公正性原則は、行動原則として、共通利益の追求と当事者の合意の探求とを組み合わせるが、それを、対峙する諸利益間に不一致が強固に残っているという事

⁸² 倫理と道徳の違いに関して、参照、Ph. le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XX^e siècle. Essai*, Dalloz-Dunod, 2000, spéc. pp. 3 et ss.、ここでは、道徳と倫理は同一の意味を持っているようである。「これら2つは、いずれも、行動を調整するひとつの配慮を指し示している」。比較すべきものとして、J.-Fr. Barbiéri, *Morale et droit des sociétés*, in *La morale et le droit des affaires*, Actes du colloque organisé à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse le 12 mai 1995, Centre de droit des affaires, Montchrestien, 1996, pp. 101-114, spéc. n° 4, p. 102. 次のように述べる。「(...) 道徳（または倫理）は、善きもの（du bien et du bon）の探求、徳に向かう魂の上昇に対応する。道徳的または倫理的であると性格づけられるべきなのは、個人の利益を一般により上級であると評価される価値のフィルターに服することを受け入れる者の行動である」。しかしながら、何人かの著者は、倫理と道徳とを区別する。その考え方に従えば、倫理は個人または集団に関するものであるのに対して、道徳は善悪に関する普遍的な考え方である。この点に関して、参照、B. Oppetit, *Ethique et vie des affaires*, in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, pp. 319-333, spéc. p. 320.

⁸³ 参照、G. Cornu, *Vocabulaire juridique Association H. Capitant*, *op. cit.*, V° *Loyauté*, p. 490. ここでは、公正性は、もっぱら契約の観点から定義づけられている。「正しさ（*Droiture*）；とりわけ、（契約締結時における）契約にかかわる誠実性、あるいは（契約履行時における）契約にかかわる信義誠実を意味する」。

⁸⁴ Fr. Bourricaud, *Loyauté*, in *Encyclopaedia Universalis*, 1990, pp. 1195-1197, spéc. p. 1195.

⁸⁵ R. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé. Essai critique*, *op. cit. et loc. cit.*

実を踏まえて行うのである。公正性原則に基づいて、自由と強制との両立が可能となる。手続規範の総体が、この公正性原則によって、一体性を付与される。公正な契約は、この視角からは、諸利益の調整および再調整を行う道具、そしてこの意味で一般利益に寄与する道具になる⁸⁶。公正性が必要となる理由は明白である⁸⁷。公正性は、論証的かつ対話的な観念であって、たしかに契約に関する私法上の誠実性の諸表現を含んでいる。しかし、それだけではなく、それは、濫用、非違行為、契約の拘束力または一貫性の諸表現でもある。公正性は、《社会関係の魂》なのであって⁸⁸、手続的合理性という水平的視角を採用する場合に、契約領域における《内側と外側》とを⁸⁹、一般利益における私的領域と社会的領域とを結びつける最良の手段である⁹⁰。公正性は、個人的利益に間主観性を付与し、個人的利益が一般利益の実現に寄与することを可能にする⁹¹。公正性は、契約法

⁸⁶ 参照、Fr. Diesse, *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, A.P.D.*, Tome 43, Dalloz, 1999, pp. 259-302, spéc. p. 264. 次のように述べる。「(…) 契約者間の協力義務は、契約において個別の利益の保護地帯を確保する。つまり、一般利益に基づきつつ、約束の信用が失墜してその効用が失なわれたり、当事者の一方の正統な期待が他方によって裏切られたりすることがないようにしているのである」。

⁸⁷ もっとも、公正性は自明の理ではなく、論証されなければならない。この点に関して、A. Leborgne, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, R.T.D. civ.*, 1996, p. 535-550, spéc. p. 536.

⁸⁸ R. Desgorces, *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse Paris II, Dactyl., 1992, spéc. p. 20. そこでの主題は、公正性にまで拡張されうる信義誠実の原則である。

⁸⁹ R. Vouin, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Préf. J. Bonnacase, L.G.D.J., 1939, spéc. n° 58, p. 103.

⁹⁰ この意味において、M.-E. Boursier, *th. préc.*, n° 13, p. 13.を参照。次のように述べる。「公正性という観念は、私的領域と社会的領域との間で、ある関係を作り出し、個別の利益から離脱して、これらの利益の総体という考え方に向かい、一般利益において必要な超越性へと向かう運動を指向するのである」。著者はさらに次のように述べる。「公正性という観念は、そうである以上、協力の現象、すなわち、共同利益一般の最良の実現のために個別の利益から超越するという現象のための特権的な道具立てとして現れる」(n° 14, p. 14)。

⁹¹ この間主観性は、とりわけ、ある決定や行為の正統性を判断するために、自らを

の《見えざる手》である。この価値は、たしかに、生来的に備わっているものではないかもしれない。それは、後から教え込まなければならない。公正性は、他人を害さず、自分自身をも害さない行動を選び取るということに存する⁹²。端的に言えば、公正性は、論証的な観念の特徴を帯びるものとして提示される。公正性は、討議倫理およびコミュニケーション的行為理論における根本的な構成要素である。公正性は、ユルゲン・ハーバーマス (J.Habermas) の提唱になる論証および対話に関わる論理の基礎であり、一つの構成要素である⁹³。

最後に、この判決は、環境の領域において、公衆衛生、人間人格および市場に関わる諸要請間での微妙な弁論的対話がしばしば問題になることを確認している⁹⁴。立法者の目標は、ある契約の締結によって、契約当事者が私的利益と公的利益間の和解調整の象徴でもある環境保護に参加することを促すことにある。

契約の法的機能は、組織化の問題に還元されない。一般利益に仕える規範創出機能についても再考する必要がある。客観法の価値論的・目的論的理解においては、客観法は、一般利益に、あるいは少なくとも共通善に適合しなければならない⁹⁵。このことを忘れないようにしよう。

他人の地位におくという点に存する。この問題に関して、参照、Ph. Gérard, *Droit et démocratie, Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique, op. cit.*, spéc. p. 21 et s.

⁹² この点に関しては、参照、M.-E. Boursier, *th. préc.*, n° 1 et ss., pp. 5 et ss.

⁹³ 参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 1220 et s.

⁹⁴ ここに、ロナルド・コースのインセンティブ経済理論の環境分野への適用を見いだす論者もいる。参照、N. O., Keohane, R. L. Revesz et R. N. Stavins *The Choice of Regulatory Instruments*, in *Environnemental Policy*, 22 *Harv. Envtl L. Rev.*, 313, 314 n3 (1998).

⁹⁵ 参照、not. J. Ghestin, G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1994, n° 198, p. 148: 次のように述べる。「主観法（権利）は、社会関係の諸態様を表現するものであり、一般利益の探求や共通善の探求とまったく無縁たりうるとはいうわけではない」。同書の著者達は、主観法（権利）が一般利益に従って制限を受けることを前提としている。著者達はさらに、自由に対してまた

B 契約の規範創出機能

18 一般意思の排他的な表現形態である至高かつ超越的な法律という観念は、すでにその生命を終えた。規範創出機能は、今日では様々な媒体に分裂して担われている。一般利益を法的に実現する手法は、断片化している。契約化の動向によって、契約の規範創出機能には新たな展望が与えられるに至っている。規範（norme）を広い意味で定義するとすれば、それは、規則と決定の総体である。契約は、その締結時とその適用時に、法規範との結合関係を取り結ぶ。さらに、契約は、司法上の判決に付き従う。契約は、判決と共存し、または稀なことではあるがそれに置き換わるのである。契約は、一方では、客観法の創出に寄与する一種の《規則制定》機能を引き受け（1）、他方では、紛争の際の和解調停の道具という一種の準司法的機能を引き受ける（2）。これらを分析した上で、最後に、公法と私法との間の境界線設定の意味を相対化する契約の行政的機能について若干の点を述べることにしよう（3）。

（1）契約の《規則制定》機能

18-2 契約の立法機能

契約の規則制定機能は、法律の正統性喪失と結びついている。法律が理性の勝利であるという言説は、もはや説得力を失った⁹⁶。契約は、このような文脈において、私的団体が法律の策定とその実施に協力することを増進することを通じて、法律の正統性の強化に資する。契約は、立法機能を

らされる修正が、一般利益に従って行われるのであって、個人の利益のために行われるのではないことを付け加えている（n° 199, p. 150）。

⁹⁶ Fr. Terré, *La « crise de la loi », in La loi, A.P.D.*, Tome 25, Sirey, 1980, p. 17 et s. ; A. Viandier, *La crise de la technique législative, in Crises dans le droit, Droits*, n° 4, P.U.F., 1986, p. 75 et s. 危機とはいわないまでも、そこに一つの変動（mutation）を見い出すことは可能であろう。参照、M. Mekki, *Le modèle de la loi au sein du Code civil, in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, L.G.D.J., 2005, p. 5 et s.

身にまとうに至る。要するに、法律は、契約と手を組むことによって、一定の限度において、一般意思の表現であり続けることができるのである。

《交渉に基づく法律》という観念は、1804年（フランス民法典が制定された年。——訳者注）には考えることができなかった⁹⁷。今日では、法律は、順番にステップを踏んで形をなしていく。そこに見出されるのは、交渉に基づいて立法内容を順次確定していくという立法上の内容確定（punctuation législative）プロセスであり、契約は、このプロセスに関わるのである⁹⁸。

しかしながら、契約が法律の地位に取って代わると考えるならば、それは誤りであろう。事態は反対であって、契約がいまなお道具として機能させられていることは、明白である。契約は、しばしば、法律に対する最大限の尊重を確保するための道具として立ち現れる。ある意味において、契約は、国家規範をめぐるコンセンサスを調達するのに役立つ。これが、日本でいわれるところの《コンセンサス作り》であって、これ先行して、しばしば非公式な集まりが行われる（日本語でいう「根回し」）⁹⁹。本当のところ、法律は、契約化現象を自らの役に立てているのである¹⁰⁰。それを証明するものとして、労働法領域における労働協定を挙げることができる¹⁰¹。

⁹⁷ もっとも、歴史的には、法律の中にしばしば、合意に基づく部分、コンセンサスに基づく部分が存在していたことは事実である。A. Supiot, *La loi dévorée par la convention ?, in Droit négocié, droit imposé ?*, Sous dir. Ph. Gérard, Fr. ost et M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, n° 72, Bruxelles, 1996, p. 631 et s.

⁹⁸ この考え方に関して、参照、R. Libchaber, *Qu'est-ce qu'une loi, R.T.D. civ.*, 1999, p. 242 et s., spéc. p. 245. このことから生じる不明確性については、参照、Ph. Jacques, *De la distinction des genres : contrat légalement formé et législation contractuellement présentée...*, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 503-514.

⁹⁹ これらの点に関して、参照、J.-M. Bouissou, *Le Japon contemporain, op. cit.*, spéc. p. 176 et s.

¹⁰⁰ 契約というレトリックがこのように活用されていることは、現代の政治的ディスコースにおいて明白である。社会協約のディスコースも、社会保障、年金、失業保険などに関して繰り返し現れている。

¹⁰¹ 優遇原則に関する憲法的価値のすべてが排除された以上、労働協定が促進される、ということになるのである。参照、B. Mathieu, *La promotion*

立法者は、デリケートな政治的問題に直面するときに¹⁰²、この種の労働協定を道具として活用する¹⁰³。労使代表が自らの責任でそれらの問題に立ち向かうことを要請され、それとの関係では、法律は、背景に退いたままでいられるのである。契約は、法律に取って代わるものではなくて、その繁栄を確保する手段である¹⁰⁴。ところで、交渉に基づく法には、危険性もある。それは、圧力団体により大きな地歩を認めてしまい、圧力団体が、交渉の様々な局面で集团的利益を主張し、それを優先することを可能ならしめてしまうからである¹⁰⁵。

constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail. Observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, D., 2003, Chr., p. 638 et s. 日本法については、参照、Toshio Yamaguchi, *L'obligation de négociation collective loyale en droit japonais, in Etudes de droit japonais, p. 495-527*。団体交渉権が、1946年の日本国憲法において規定されている。

¹⁰² 少なくとも内国法において。ヨーロッパ共同体法においては、労使代表との競合はより深刻である、参照、Ogier-Bernaud, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives, J.C.P. (G), 2004, I, 118*。

¹⁰³ たとえば、2003年1月3日の法律第2003-6号を参照。同法は、2002年1月17日の社会の現代化に関する法律におけるいくつかの規定を停止させ、とりわけ専門家組織および労働組合組織に団体交渉に入ることを要請した。この手続に関して、N. Molfessis, *La loi suspendue, D., 2003, Point de vue, p. 139 et s.* 立法者は、立法の目的を定めたいので、労使代表にその目的実現の手段を選択する役割を委ねることができる（たとえば、1998年6月13日のオプリー I と呼ばれる法律および2000年1月19日のオプリー II と呼ばれる法律）。

¹⁰⁴ 「法律は、唯一、契約のみが現実化することができる可能性を描き出す」。A. Supiot, *L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser, in La norme, la ville, la mer, Ecrits de Nantes pour le doyen Y. Prats, Université de Nantes, éd. Maison des Sciences de l'Homme, 2000, p. 21 et s., spéc. p. 42*。医療費を縮減するために政府から医師に対して提案された良好な治療実施契約を引くことができるのは、この意味においてである（社会保障法典L. 162-127条からL. 162-12-20条）。

¹⁰⁵ 交渉に基づく法の飛躍的發展と圧力団体の影響のこのような対応関係に関しては、参照、J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes (illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique),*

基本権の世界に新たに登場した環境法は、以上に述べた法律による契約の道具的利用という現象について申し分ない例証を提供している。

19 契約と環境に関する立法政策

環境の領域において、法律は、ヨーロッパ共同体指令と同様に、しばしば目標のみを規定し、契約がそれを実現する¹⁰⁶。契約は、この意味において、一般利益の名において法の適用に関与するのである¹⁰⁷。契約のこの新たな効用は、様々な領域に関係する。私人間では、温室効果ガスの排出割当管理の問題¹⁰⁸、省エネルギー問題¹⁰⁹あるいは廃棄物管理問題¹¹⁰がある。

Thèse Paris II, dactyl., 2007, spéc. n° 181 et s., p. 107 et s.

¹⁰⁶ P. Lascoumes, *L'éco-pouvoir, environnements et politiques*, éditions La découverte, 1994, spéc. p. 169 et s. アメリカ合衆国において、《交渉によるルール策定 negotiated rulemaking》の技術は、最初に環境に関して発展した。そこで問題になっているのは、アメリカ連邦機関が1990年以降公式に用いることを認められている規則作成の手続である。この手続は、規則の草案によって直接に影響を受ける利益の代表自身に、このプロセスを枠づけるための一定の原則を尊重するという条件に従いながら、自らその内容を交渉する権限を与えるものである。E. Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, R.F.D.A., juillet-août 2004, p. 759*。

¹⁰⁷ Ch.-A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit, in L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Préf. Ch.-A. Morand, Publisud, 1991, p. 181-219, p. 195 et s. ; du même auteur, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., Coll. Droit et Société, Tome 26, 1999, spéc. p. 137 et s.

¹⁰⁸ P. Hubert et P. Bechmann, *Les techniques de marché : les quotas d'émission de gaz à effet de serre, Cah. dr. entr., sept.-oct., 2006, p. 27* ; P. Thieffry, *Les marchés des quotas d'émission de gaz à effet de serre, un an déjà... et après ?, P.A., 30 mars 2006* ; S. Rousseau, *De la liberté d'adaptation des entreprises face à la régulation juridique de leurs émissions de gaz à effet de serre, Dr. envir., oct. 2004, n° 122, p. 191*。

¹⁰⁹ とりわけ参照、A. Le Gall, *Droit de l'énergie, J.C.P. (E), 2007, n° 5, p. 39*。

¹¹⁰ 環境法典L. 541-9条。包括的研究として、参照、M.-P. Lavoillette, *Les contrats privés d'élimination des déchets*, Préf. M. Boutelet, P.U.A.M., 2002。

公共団体と私人間では、一般利益に属する環境問題に対して契約当事者間で対応するという方向を追求するために、契約当事者にインセンティブを付与するという政策が問題となる¹¹¹。この契約という技術は、とりわけ自然保護の領域¹¹²および農業近代化の領域¹¹³において、目に見える形で展開している。契約は、この意味において、一般利益の任務を果たし、一般利益に関わるプロジェクトの実現に關与する。

契約には以上のような立法機能があるが、それを超えて、契約は、法秩序の多元性の効果を受けて断片化された一般利益に仕えることもできる。

20 法秩序の多元性に仕える道具としての契約

契約化の動向によって明らかになるのは、契約が法状態を創出するという事態である。法状態は、一つの小宇宙であって、そこでは、この全体を組織化し、管理し、規律することを目的として、またそこから逸脱する行動のすべてについてサンクションを加えることを目的として、様々な職務が一定のアクターに割り当てられている。それを媒介するのが、契約である。契約のこの機能は、組織化機能にとって必要不可欠な補完物である。契約に基づく法秩序形成というこの捉え方は、法多元主義に与するという態度決定を前提とする¹¹⁴。法多元主義は、法秩序多元主義としても理解さ

¹¹¹ とりわけ参照、P. Lascoumes, *Un droit de l'environnement négocié*, GAPP, CNRS, 1990 ; Fr. Ost, *La nature hors la loi*, La découverte, 2003, 2^{ème} éd., spéc. p. 115 ; M.-P. Blin-Franchomme, *Le droit, le développement durable et l'entreprise éco-citoyenne : les places des accords environnementaux*, in *Le droit saisi par la morale*, travaux de l'I.F.R. Mutation des normes juridiques, P.U. Toulouse, 2006, p. 217 et s., spéc. p. 220.

¹¹² とりわけ参照、la directive « Natura 2000 ». この点に関して、参照、E. Truillhé-Marengo, *Contractualisation, réglementation : quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000 ?*, *Rev. jur. Envir.*, 2/2005, p. 131 et s.

¹¹³ とりわけ参照、J.-P. Boivin, *De la police au contrat, une implication concertée de l'administration et des exploitants dans la réduction des nuisances*, *B.D.E.I.*, 1999, p. 2 et s. ; F. Collart-Dutilleul, *Les contrats territoriaux d'exploitation*, *Dr. rur.*, juillet 1999/274, p. 345 et s.

¹¹⁴ 法秩序概念に関して、参照、J. Chevallier, *L'ordre juridique*, in *Le droit en procès*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1983, p. 7 et s., s特に8頁は次のように述べる。「その

れる¹¹⁵。この点において、国家が形成する法秩序は、法を産出する唯一の源泉ではなくなる。市民社会の内部に、法を産出する他の源泉が存在する。その結果として、一般利益自体もまた断片化されることになろう。法秩序が存在する数だけ一般利益が存在することになるからである。契約は、これらの法秩序の一つである。これらの法秩序は、自律的なものではあるが、国家的な法秩序に属しているのもであって、それと矛盾してはならない。入れ子式の子持ち人形のようなこの多元的システムは、契約化現象によって促進される¹¹⁶。契約は、法秩序の多元性を構造化することを可能にする¹¹⁷。実際、契約は、経済的、政治的および法的な諸次元を調整する¹¹⁸。そして

体系的な性格によって、法秩序は、単なる“法規範”を超越している。(…) これらの規範は、もはやその特異性の点において分析されるのではない。それらは、構造化され首尾一貫した全体の一部に属することを、全体的な論理に規定され、固有の発展への推進力に突き動かされる全体の一部に属することを考慮して、分析されるのである。」 *Adde, Ordre juridique ? / I, Droits*, n° 33, P.U.F., 2001, spéc. Ch. *Leben, De quelques doctrines de l'ordre juridique*, p. 19 et s. et G. Timsit, *L'ordre juridique comme métaphore*, p. 3 et s.

¹¹⁵ この現象の全般的研究として、G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935 ; M. van de Kerchove et Fr. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1988, spéc. p. 188 et s.

¹¹⁶ J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, *op. cit.*, spéc. p. 307. 次のように述べる。「契約は当事者間における法律であるが、それは、国家法と調和するだけでなく、代表される団体および社会環境の規範とも調和する限りにおいてそのようなのである」。

¹¹⁷ 契約と法秩序の多元性の関連について、参照、J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société...*, *op. cit.*, spéc. p. 241 et s. 次のように述べる。「(…) 複数の法秩序の多かれ少なかれ平和的な共存は、強制される秩序よりむしろ交渉に基づく秩序の結果として生じうるものである。少なくとも、法秩序の多元性という制度の作動は、もっぱら裁判所の階層的組織に基づくものではない。さらに言えば、主として裁判所の階層的組織に基づくというものですらない。単一の憲法的法律に服するというよりもむしろ、諸秩序間の法的諸関係は、契約の基礎の上に打ち立てられる。この観点からすると、諸秩序の共存は、法的管轄に関する水平的調整または契約による調整がある場合に、可能になる」。参照、J.-G. Belley, *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, *op.*

そのようにして、契約は、様々な法秩序を結びつけるものとして役立つのである。契約という技術は、このようにして、《規範次元での調和》の実現を可能にする¹¹⁹。この技術は、国家、地域圏、市場、企業などの共存を容易にする¹²⁰。契約に基づく共同利益は、このように、国家および地域圏の公的利益と市場および企業の私的利益とを結合する。契約は、この意味において、《間組織的機能》を果たす。ここでは、契約は、二つの主観法（権利）の結合ではなく、二つの客観法の結合を確保するのである¹²¹。

2° 契約の準司法的機能

21 紛争解決における《コンセンサス志向》(consensualisation)

契約と訴訟との間の結びつきは、契約化の動向よりも以前から存在している。たとえば、民法典は、すでに長期にわたって和解契約および仲裁契約を知っている¹²²。これに対して、契約化の動向は、この領域における契約の一般化および日常化をもたらし、その故に討議における言葉遣いを変

cit., p. 353 et s. ; *Le contrat comme phénomène d'internormativité, in Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Préf. J. Carbonnier, sous dir. J.-G. Belley, L.G.D.J., 1996, p. 195 et s.

¹¹⁸ この意味において、G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquey avec la collab. G. Maier, avant-propos N. Boucquey, L.G.D.J., Coll. Story Scientia, 1994, p. 149 et s. et p. 267 et s. 同書によれば、契約、ネットワークおよび組織は、経済、政治および法の間を連結するメカニズムである。

¹¹⁹ J.-G. Belley, *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 362 et s.

¹²⁰ J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société...*, *op. cit.*, spéc. p. 247 et s. 著者は、多かれ少なかれ明確な5つの法秩序を分類する。すなわち、国家、多国籍企業およびカナダの主要な子会社、数社の中小企業間の契約、市場、地域共同体である。

¹²¹ J.-G. Belley, *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique, in Droit négocié, droit imposé ?*, *op. cit.*, spéc. p. 370.

¹²² 和解に関する民法典2044条ないし2058条および仲裁に関する民法典2059条ないし2061条。

えることになった¹²³。契約は、準司法的機能を確保する。というのは、司法上の裁判プロセスの補完物となるのであれ代替物となるのであれ、契約は、個人的紛争または集団的紛争を解決しつつ、法が何であるかを述べることを可能にするからである。契約は、紛争解決プロセスにおける鎖の一環である¹²⁴。このような合意に基づく紛争解決は、今日では、ヨーロッパ共同体の諸機関によって推奨され、日本のような一定の文化において深く浸透しているものである¹²⁵。

22 紛争解決における《コンセンサス志向》の原因

フランス司法における《コンセンサス志向》の原因として、何点かの要素を指摘することができる。まず第一に、契約という道具を活用するならば、もちろん一定の留保は必要であるが、最良の紛争管理が可能となり、裁判所の負担過剰の克服も可能になるであろう。契約はまた、あまりに時間がかかり、非人間的で、結果の予想がまったくつかないと非難されている現在のフランス司法のイメージを回復させる¹²⁶。次に、契約は、解決が合意に基づいて得られるわけであるから、その実効性を強化する。合意に

¹²³ この意味において、L. Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre, in Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 177 et s., spéc. n° 4, p. 186 et 187.

¹²⁴ 日本法と比較されたい。日本法においては、第三者を介入させる和解（conciliation）と当事者間の任意の調整の試みにすぎない和解（réconciliation）とが存在する。この意味において、Noboru Koyama, *Introduction à la conciliation dans le droit japonais, R.I.D.Comp.*, 1971, p. 77 et s.を参照。それによれば、日本法は、固有に裁判上の手続である和解と、実体法および手続法の通常の規範の外でなされる調停（le chôtei）とを区別する。調停はさらに、裁判外の調停、準裁判的な調停または下位裁判的な調停の3種に分けることができる。これら3種の調停については、参照、Noboru Koyama et Ichiro Kitamura, *La conciliation en matière civile et commerciale au Japon, in Etudes de droit japonais, op. cit.*, p. 225-305, spéc. n° 2 et s., p. 226 et s.

¹²⁵ 全体を概観するために、参照、Ichiro Kitamura, *Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon, in Etudes de droit japonais, op. cit.*, p. 25-61.

¹²⁶ 司法は、もはや《（規範）産出、象徴および調整》の機能を確保しないであろう。J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au*

基づく紛争解決を促進するのは、多くの場合、関係を将来にわたって保全しようとする配慮である。たとえば、長期にわたる契約においては、紛争が生じる場合には、純粋に裁判による解決よりも、コンセンサスに基づく解決のほうが好ましいであろう。この人間関係の近さというものは、家族関係においても存在している。離婚についてであれ親権についてであれ、来るべき関係を保全するために、現在においてそれに備えることが必要である¹²⁷。そこでは、将来の関係に向けて契約が復帰するともいえる現象に立ち会うことになる。紛争の合意に基づく解決はまた、法規範のより良き実効性の保障を可能にする。競争法の領域において行われる約束は、その最も典型的な例証を提供する¹²⁸。競争にかかわる規則への違反がある場合には、《小さな事件》については、長期にわたり、費用もかかり、にもかかわらず最後の結果までたどり着けない可能性のある訴訟手続を開始するよりは、問題となっている行為の矯正を違反者に命じるほうがよいであろう。刑事司法の契約化は、同様の考え方に従って、起訴便宜主義の適用領域を縮小することに寄与し、それを通じて刑事に関わる法規範の実効性を強化するであろう。

3° 契約の行政的機能

23 公的活動の契約化

真の契約社会の出現¹²⁹に伴って、公権力の代表者は、《ガバナビリティ（統治可能性）》¹³⁰についてあれこれ考えることを要請されるようになる。

Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997, spéc. p. 14.

¹²⁷ この意味において、参照、J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation : du droit imposé au droit négocié ?*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, op. cit., p. 419 et s., spéc. p. 430 et s. 著者は、法秩序の多元性と和解斡旋 (médiation) の飛躍的發展の間には対応関係が存在する旨を強調している。

¹²⁸ 参照、たとえば、商法典L. 464-2-I 条および2003年規則第1号第9条 § 1。全体を概観するために、M.-A. Frison-Roche et M.-St. Payet, *Droit de la concurrence*, 1^{re} édition, Dalloz, coll. Précis, 2006, spéc. n° 312 et s., p. 271.

¹²⁹ この理論に関して、M. Mekki, th. préc., n° 1087 et s., p. 657 et s.

このガバナビリティ観念は、国家に固有のものではなく、正統性を求めるすべての制度体に拡がっている¹³¹。契約社会は、追求すべき目標やプログラムおよびネットワークの多元性に基礎を置く複合的秩序の徴表である¹³²。《ガバナンス》という観念が、《ガバナビリティ》問題への解決策として登場する¹³³。それは、かつての命令という技術に対立する《新たなコーディネートと統合の技術》と定義され、公的活動の効率性の拡大とその名宛人の支持の拡大を追求するものである¹³⁴。公的活動は、《多数の公的・私的アクター間の相互作用の産物》となり、《それらの戦略の調整とそれらの利

¹³⁰ この問題に関して、参照、J. Chevallier, *Présentation, in La gouvernabilité, op. cit.*, pp. 5-14.

¹³¹ 企業のガバナビリティに関して、とりわけ参照、N. Decoopman, *Du gouvernement des entreprises à la gouvernance, in La gouvernabilité, op. cit.*, pp. 105-113 ; Fr. Hénot, *Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise, in La gouvernabilité, op. cit.*, pp. 129-150. 会社法における企業統治に関して、参照、infra, n° 1175.

¹³² このような理解を提示するものとして、参照、P. Lascoumes, *Rendre gouvernable : de la « traduction » au « transcodage »*, *L'analyse des processus de changement dans les réseaux d'action publique, in La gouvernabilité, op. cit.*, pp. 325-338, spéc. p. 329.

¹³³ ガバナンスは、「当事者、社会的集団、そしてそのすべてが国家的でもさらに公的ですらない制度体の間における、固有の目的を達成するための調整のプロセスである。それらの目的は、断片化された不確定な環境の中で集団的に議論され、定義されるのである」。J. Commaille et B. Jobert, *Introduction. La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance, in Les métamorphoses de la régulation politique, op. cit.*, pp. 11-32, spéc. p. 28. 『ガバナンス』というコンセプトは、『統治 (gouvernement)』というよりよく知られている観念に対する関係で、対位法的に随伴する形で生まれてきた。『統治』が制度として理解されるのに対して、『ガバナンス』は プロセスを対象としている。Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?... , op. cit.*, p. 29.

¹³⁴ M. J. Chevallier, *Présentation, op. cit.*, p. 11 et s. は、ガバナンス観念を三重の作用に即してまとめている。①団体活動の不確かさや偶然性の部分を縮減することを目的とする合理化 (目的の柔軟性、よりよい選択を行うための情報の改善、成果の評価)。②交換と交渉の枠内における手続化への動向。③利害関係人を決定に巻き込むための参加戦略 (地方レベルおよび全国レベルでの諮問手続や意見調査手続

益の調和の追求の上に成り立つ》¹³⁵。この動向は、フランスに固有のものではなく¹³⁶、ヨーロッパ共同体法という、より高次の領域にまで及ぶものである¹³⁷。この正統性の探究はまた、国家にとっては、市民社会とその構成員から一定の領地を取り戻そうとする戦略的手法である。他方で、ガバナンスの証拠となるべき諸手続は、以前と変わらず枠をはめられており、例外的なものに止まっている。その手続に見出されるのは、多くの場合、コンセンサスの心ではなくその身体だけであり、その心にはなお強制的なものが残っている¹³⁸。しかしながら、この正統性の探究を、月並みなものと受け取ってはならない。それは、一般利益に従った法の契約化の一構成要素である。国家が正統性を希求する場合に最初に外面に現れてくるものは、行政主体と行政客体との間の関係の刷新である¹³⁹。この発展は、一般利益という神話の孤立状態を再検討する過程と対応している¹⁴⁰。行政法における一般利益は、もっとコンセンサス志向的なものである¹⁴¹。効率性お

の飛躍的發展。これは、この傾向は、企業内においてさえ見出すことができる。また、開示・聴聞手続の発展等)。

¹³⁵ J. Chevallier, *Ibid*, p. 11.

¹³⁶ スイス、オーストリア、ドイツのような社会指向型コーポラティズム (corporatisme sociétal) を参照。

¹³⁷ 参照、Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, pp. 69 et ss. 同書の著者達は、ネットワーク構築の飛躍的發展に触れつつ、次のように述べる。「それゆえ、主権や階層制以上に、権力の分割、相互依存関係そしてコーディネートが問題となるであろう」(p. 75)。《ヨーロッパのガバナンス》を検討する2001年7月25日の欧州委員会白書が公表されたのは、この精神に従ってである。そこでは、水平のネットワーク型パラダイムと、垂直のピラミッド型パラダイムとが組み合わされている。この白書に関しては、MM. Fr. Ost et M. de Kerchove, *Ibid*, pp. 32 et ss.の分析を参照。

¹³⁸ この意味において、参照、J. Chevallier, *Présentation*, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁹ この問題に関して、参照、J. Chevallier, *Science administrative*, 3^{ème} éd., P.U.F., Coll. Thémis, 2002, spéc. pp. 34 et ss. et pp. 434 et ss. 行政の契約化に関して、参照、Dossier, *L'administration contractuelle*, in *A.J.D.A.*, 19 mai 2003, pp. 970 et ss.ここでの契約は、国家と公共団体間の関係の特権的な媒体として、また、国家行政の内部的な管理の方法として現れる。

¹⁴⁰ この点に関して、参照、J. Chevallier, *Science administrative*, *op. cit.*, pp. 582 et 583.

よび正統性を考慮して、行政主体は、行政客体の信任の強化を追い求める¹⁴²。シュヴァリエ (J. Chevallier) 氏は、参加¹⁴³から始まり、透明性の確保¹⁴⁴、(行政サービスの) 品質確保¹⁴⁵を経て市民権 (citoyenneté)¹⁴⁶に至る基本的な4つの段階を明らかにしている。それらについては、共通の合理性が存在していることを強調しておくべきであろう。すなわち、受け手の理解・受容可能性という観念に基礎を置く手続的合理性であり、それは、一般利益の評価のやり直しをもたらすものである。すなわち一般利益が国家およ

¹⁴¹ *Ibid*, p. 584. 隔離の論理に続いて、参加の論理が現れる。「一般利益と個別利益との間の相違は、本質的なものではなく、程度の差として受け取られる傾向にある。一般利益は、役人の頭脳から完全武装して出てくるものではない。一般利益が形成される基礎には、社会構成員の断片的かつ競合する個別利益が見出されるのである。役人の役割は、多様な利益間のバランスを取り、ありうる最良の妥協点に到達するところにある。」

¹⁴² J. Chevallier, *La juridicisation des préceptes managériaux*, *PMP*, 1993, n° 11, p. 124.

¹⁴³ J. Chevallier, *Science administrative*, *op. cit.*, pp. 439 et ss. (参加という) 考え方は、行政客体をサービス運営における真の当事者にするものである。このような参加というイデオロギーに由来するのが、行政客体に対する情報提供の改善、それに対する諮問の奨励 (開示・聴聞手続、地方レベルの意見調査手続など)、協議の飛躍的發展 (決定に関する共同作成のプロセス)、アソシエーションの発展 (行政管理の民間機関への委託) である。このイデオロギーは、70年代にはすでに勢いを失いつつあった。その理由は、その断片的性格 (実際に関係するのは経済分野のみである)、作為的性格 (社会化を目標とした)、選択的性格 (行政機関が特権的關係を有する有力者に利益をもたらす) にある。

¹⁴⁴ J. Chevallier, *Ibid*, pp. 451 et ss. 行政客体は、今後は、もはや被支配民ではなく民主主義国家の市民とみなされ、この資格において、行政機関が尊重しなければならない権利の主体となる。行政機関との関係における市民の権利に関する2000年4月12日の法律は、この方向での規定を置いている。たとえば同法第2条を参照。次のように規定する。「市民に適用される法規範へのアクセスの自由に関する本節によって、すべての者の情報への権利が、明示され、保障される」。

¹⁴⁵ Chevallier, *Ibid*, pp. 443 et ss., spéc. p. 443.

¹⁴⁶ (行政サービスの) 品質というテーマは、80年代に現れ、顧客としての行政客体、財またはサービスの消費者としての行政客体というイメージを前面に打ち出す。J. Chevallier, *Ibid*, pp. 448 et ss.

びその行政主体の独占物として構想されるという事態は、ますます少なくなっているのである。この公共マネジメントは¹⁴⁷、経済私法から着想を得たものであるが、それに地方分権化政策がもたらした影響を付け加える必要がある。地方分権化を語る者は、契約を語っているのである。契約は、当初は地方分権化の補完物と考えられた。それは、今日では、その代償となっている¹⁴⁸。さらに指摘すべきなのは、契約という言葉遣いあるいは少なくとも契約という推論の仕方は、時として誤解を招くということである。契約という言葉の背後には、一方的な関係という実態が隠されているのである¹⁴⁹。

この文脈のもとで、行政的活動が契約化される。その例は豊富にある。公企業との計画契約¹⁵⁰、地方における公的援助の契約化¹⁵¹、制度的協同契約¹⁵²、公私共同事業契約¹⁵³などである。契約は、その美德を褒めそやされる。契約は、公的政策を精錬する技術である¹⁵⁴。契約は、将来にかかわる

¹⁴⁷ 新たな技術の利用もまた、この方向にある。G. Chatillon, B. du Marais (dir.), *L'administration électronique au service des citoyens*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

¹⁴⁸ 参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 1103 et s.

¹⁴⁹ 共同事業契約に関する M. Y. Gaudemet の見解を参照。M. Y. Gaudemet, *Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, D., 2007, Chr., p. 3084-3089, spéc. p. 3085. 次のように述べる。「契約という形式は、共同事業契約という『便宜置籍国の国旗 pavillon de complaisance』掲げることを通じて、その本来のあり方から逸れ、根本的に片面的な活動に仕えることになるのである」。

¹⁵⁰ M. Bazex, *Contrats de plan entre l'Etat et les entreprises publiques*, A.J.D.A., 1984, p. 68 et s.

¹⁵¹ とりわけ、2002年2月27日の法律第2002-276号参照。この法律に関しては、H. Groud, *La sécurisation des aides publiques locales aux entreprises*, A.J.D.A., 2003, p. 1584 et s.

¹⁵² N. Poulet-Gibot-Leclerc, *La contractualisation des relations entre personnes publiques*, R.F.D.A., 1999, p. 551 et s.

¹⁵³ とりわけ参照、Y. Gaudemet, *Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, D., 2007, Chr., p. 3084-3089.

¹⁵⁴ J.-P. Gaudin, *Le sens du contrat dans les politiques publiques*, *Esprit*, février 2001, p. 112 et s.

ビジョンを立てることを容易にする¹⁵⁵。契約は、競合する論理の結合を容易にする¹⁵⁶。契約は、一言でいえば、コンセンサスの助けとなるのである。

24 契約化の動向を通じて、かくして、多様な法的機能を有する契約というイメージがもたらされる。この動向は、契約の危機を表現しているのではなく、その諸機能の更新、恒常的で、かつ、直線的ではない更新を表現している。しかしながら、この契約のインフレーションはまた、言葉に関わるだけのものにすぎない側面がある。契約のレトリック機能は、ある点で、この概念の固有に法的な機能を超越している。契約のレトリック機能は、契約化の動向の影響を、契約を通じて、しかし契約を超えて考察することを要請する。このようにして、一般利益に仕えるために、真の契約レトリックが作動することになる。

II 一般利益に仕えるレトリックとしての契約

25 契約のレトリック機能は、法的機能と分離して存在するものではないが、そこでは法的機能が後景に退く。重要なのは、道具的機能において把握された契約ではなく、契約が象徴する事柄、契約が代表する事柄である。この見地からすると、契約は象徴である。それはまた、相手を認めていること（承認）の徴表（un signe de reconnaissance）である。それは、法的な意味とは無関係に、議論や誘惑の企てにおいて、契約なる記号として用いられる。公法の領域においても同様であって、そこでは、契約という言葉や契約という響きを持つ言葉は、真の《スローガン》として現れるのである¹⁵⁷。実際、レトリックは、誘惑し、説得する技法である。しかしながら、レトリックは、欺罔する技法でもある。契約という言葉が醸し出す幻想は、この概念自体にとって危険となる。それだけではなく、それはま

¹⁵⁵ G. Timsit, *Modèles, structures et stratégies de l'administration. Eléments pour une prospective administrative*, R.D.P., 1980, p. 937 et s.

¹⁵⁶ M. Hecquard-Théron, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, A.J.D.A., 1993, p. 451 et s.

¹⁵⁷ 参照、Y. Gaudemet, *Le partenariat...*, *op. cit.*, spéc. p. 3085.

た、言葉の意味によって惑わされやすい人々にとっても危険である。契約という言葉のインフレーションは、《諸概念の混線》の原因となる¹⁵⁸。それは、契約を《公的空間を占拠するメタファー》とし¹⁵⁹、時として参照基準の喪失をもたらす。契約のレトリック機能は、契約の拘束力がフランス法とは異なる受け止め方をされる日本法の下では、それを識別する困難性が増える。日本法における契約は、それ自体として、存在論的な意味で、尊敬および名誉の理念を体現するものではないからである¹⁶⁰。これらの価値は、契約自体に対して外部的なものとして現れる。

契約のレトリック機能は、伝統的に道具としての契約からは漏れ落ちていた目標を追求する。契約という言葉は、一定数の価値および原則を体現している。それは一つのメッセージである。契約化の動向は、契約に浸み込んでいるこの価値論に結びついている。この点で、契約のレトリック機能は、一方における教育的機能（A）と、他方における政治的機能（B）とから構成される。

A 教育的機能

26 契約という技術を一般利益に奉仕するために使用するが、契約という名称は名ばかりのものであるという例は、豊富にある。その具体例の多様性を踏まえて、まず最初にそれらを列挙する形で提示し（1°）、次いでそれらについて一定の説明を試みることにしよう（2°）。

¹⁵⁸ J. Commaille, *Code civil et nouveaux codes sociaux, in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 59 et s., spéc. p. 63.

¹⁵⁹ J. Caillousse, *A propos de l'analyse des politiques publiques : réflexions critiques sur une théorie sans droit, in La judiciarisation du politique*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1999.

¹⁶⁰ この考え方に関して、Yosiyuki Noda, *La conception du contrat des Japonais, in Etudes de droit japonais, op. cit.*, p. 391-401 ; Eiichi Hoshino, *L'évolution du droit des contrats au Japon, in Etudes de droit japonais, op. cit.*, p. 403-425, spéc. n° 24, p. 410. 契約は、友好的な人的関係と受け取られている。

1° 具体例

27 《再計算》事件

著名な《再計算事件》¹⁶¹は、契約という言葉の漂流状態を完璧に表現している。失業者は、失業手当の給付を受けるためには、商工業雇用確保協会（ASSEDIC, Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce）との間で、《個別契約》に署名しなければならない。これは、再雇用援助計画（PARE, plan d'aide au retour à l'emploi）の枠組みの中で署名される合意である。

この事案では、次の点が問題となった。失業者と商工業雇用確保協会との間には、相互的債権債務関係を生じさせる契約が本当に存在しているのであろうか？ 最終的に、破棄院社会部は、2007年1月31日の判決において、この合意について一切の契約的価値を否定し、この法的・司法的な連続ドラマ劇に終止符を打った¹⁶²。形式的な約務は契約ではなく、単に失業保険制度に関わって法律が定める諸要請を想起させるものにすぎない、というわけである。契約書への署名は、法律および規則に定める諸規定と別個の新たな債権債務関係を創設するものではない。それは、単にそれらの諸規定を想起させるものにすぎないのである。したがって、裁判官は、この契約を情報の単なる受け皿と看做したことになる。ジュディス・ロクフェルト（Judith Rochfeld）夫人の表現によれば、これは《教育的契約》である¹⁶³。この契約は、情報の中継点となるのであり、そこに規定された事柄がすべて、契約としての性格を帯びるものではない¹⁶⁴。

¹⁶¹ とりわけ参照、A. Supiot, *La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs « recalculés »)*, *Dr. Soc.*, 2004, pp. 541 et ss. ; R. Encinas de Munagorri, *Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs*, *R.T.D. civ.*, 2004, p. 594 et s.

¹⁶² Cass. soc., 31 janvier 2007, *D.*, 2007, p. 1469, note P. Morvan.

¹⁶³ J. Rochfeld, *Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique »*, *R.D.C.*, 2005-2, p. 257 et s., spéc. p. 261.

¹⁶⁴ 労働法と比較されたい。J. Péliissier, *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail*, *R.J.S.*, 1/04, p. 3 et s. 貸借借法に関しては、Cass. ass. plén., 17 mai 2002, *Bull. A.P.*, n° 1, p. 1. を参照。次のように判示する。

28 《親権者責任引受契約》

同様の考え方のレベルにおいて、《親権者責任引受契約 *contrat de responsabilité parentale*》もまた、法的道具としての契約というよりも、契約レトリックに関心が向けられている例を提供している¹⁶⁵。2006年3月31日の法律の第3章は、不登校現象との闘いを遂行するために、《親権者責任引受契約》を創設した¹⁶⁶。そこで問題となるのは、《不登校、教育施設の運営に対する妨害または親権行使の不十分性に結びついたその他の問題》が生じる場合における《親権者の義務》を想起させるために、親権者と県議会議長との間で署名される合意である。両親がその約務を尊重せず、またはその締結を《正当な理由》なくして拒絶する場合には、県議会議長は、《児童に付与されるべき給付の全部または一部》を停止することができる。2006年9月1日のデクレ第2006-1104号は、この《契約》の期間は最大限で6ヶ月であること、1回に限り更新が可能であることを明確にした。契約内容も、このデクレによって定められている。すなわち、この契約は、《契約において特定される困難な事態を改善するために未成年者の両親または法定代理人がなすべき約務》を含まなければならないのである¹⁶⁷。

この契約の内容は、法律によって明確に規定されている。ここでの問題は、両親に法律によって定められた彼らの義務を思い起こさせることであ

「商事賃貸借に関する1953年9月30日のデクレに合意によって服する場合でも、解約の方式に関する上述の条文の強行法規に反する（契約）条項は、無効である」。Adde, D. Bureau, *L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat*, in *Mélanges Ph. Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 125 et s.

¹⁶⁵ この契約に関して、E. Lambert, *Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale*, *Droit de la famille*, Juin 2007, Etude 25 ; F. Rollin, *Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale*, *R.D. sanit. soc.* 2007, n° 1.

¹⁶⁶ 社会活動・家族法典（C.A.S.F. Code de l'action sociale et des familles）L222-4-1条。同法に関して、J. Rochfeld, obs. in *R.T.D. civ.*, 2006, p. 395 et s.

¹⁶⁷ 社会活動・家族法典R 222-4-1条。このデクレに関して、A.-M. Leroyer et J. Rochfeld, obs. in *R.T.D. civ.*, 2006, p. 834 et s.

る。それによって、《自覚》が促される¹⁶⁸。掲げられた目標は、法律を規範の名宛人に近づけることである。この契約は、このようにして、時として無視されるこれらの規範の存在について念を押し、関係者に対してその意味を明らかにすることに寄与する。ところで、前述の再雇用援助計画に関する契約についての教育的機能が意味するのは、比較的複雑な規範の全体を説明することを狙いとして、ある契約が用いられるということであった。これに対して、《親権者責任引受契約》の存在理由は、むしろその署名者の注意を促すところにある。この契約は、法律の効果によって彼らが服している規範がどのようなものであるかを署名者に思い起こさせるだけであって、そこに何事も加えることはない。このように注意を喚起することによって、当事者がその責任に向かい合うことが可能となる。これが有名な《合意は守られるべし *pacta sunt servanda*》ということである。その私的な利益を自らの責任のもとで調整することを通して、彼らはある意味で一般利益に関与していくのである。

29 外国人受入・統合契約

同様の考え方から、外国人受入・統合契約（*contrat d'accueil et d'intégration*）をここで挙げるができる（*Ceseda [code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile]* 外国人の入国・滞在および庇護権に関する法典] L 311-9条）。フランスに永続的に滞在することを望む外国人は、共和国への自己統合を準備しなければならない。このために、彼は、国との間で、外国人受入・統合契約を締結しなければならない。この契約によって、彼は、市民教育（*formation civique*）を受け、また必要がある場合には語学教育を受けることを義務づけられるのである¹⁶⁹。移民に関する法律は、その適用領域を家族呼び寄せの問題にも拡大した¹⁷⁰。

¹⁶⁸ J. Rochfeld, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2006, p. 667.

¹⁶⁹ 「フランス社会への〔外国人の〕共和国的統合の」条件を満たしているかは、「とりわけ、フランス共和国を規定する諸原則を尊重する旨を本人として誓約していること、これらの諸原則を実際に尊重すること、およびフランス語に関して十分な知識を有することの諸点を考慮して、判断される」。

¹⁷⁰ 同法第3条および第3ter条を参照。それらの規定によれば、県議会議長は、家族呼び寄せの受益者である家族が外国人受入・統合契約を締結したかに関して情報

30 環境に関するグルネル（Grenelle）方式の例

《グルネル》方式の先駆者は、言うまでもなく、全国規模の社会的対立に終止符を打った1968年5月のそれである¹⁷¹。このグルネル方式のレトリックは、それ以降絶えることなく広まってきた。最も論争的なもののひとつであり、誓約がなされたのに遵守されなかったということではまなお語りぐさになっているのは、環境に関するグルネル方式である。グルネル方式は、なによりも、参加イデオロギーに属する社会的レギュレーションのまったく新たなテクニックである。「今日のグルネル方式の主要な独自性は、国、公共団体、アソシエーション、組合そして職業団体を結び合わせた多当事者モデルに議論を開放したという点に集約される」¹⁷²。グルネル方式は、とりわけそのレトリックによって関心を引く。それは、呪術的な力を備えている。それは、交渉の理念および合意の理念を象徴している。それは、呪術的な力なのであって、現実の契約ではない。実は、1968年のモデルもこれと同様であった。というのは、1968年5月には、いかなる正式な協定も組合組織との間で締結されることはなかったからである¹⁷³。グルネル方式は、実を言えば、ガバナンスの方法を象徴しているのである。パルカル・ドゥミエ（Pascale Deumier）夫人によれば、「《グルネル方式》は、マーケティング用の装飾（l'habillage marketing）でありうるの

を受ける。この契約を遵守しない場合には、滞在許可証を更新しない可能性を認められる（第3条）。県知事は、外国人がこの契約を遵守しないと受け取られる明白な意思を表示する場合には、滞在許可書を非更新とする権限を認められる（第3条）。必要のある場合には、家族呼び寄せに関係する者に対して親権者引受契約を適用することすら規定されている。

¹⁷¹ P. Deumier, *Qu'est-ce qu'un Grenelle ? (la source d'un New deal)*, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 63-66.

¹⁷² *Ibid.*, p. 64.

¹⁷³ この行為については、いろいろな性格付けがなされている。《政治的行為》（B. Starck, *A propos des « accords de Grenelle »- réflexions sur une source informelle du droit*, *J.C.P. (G)*, 1970, I, 2363, n° 24）、《紳士協定》（J. Savatier, *La « Révolution » de mai et le droit du travail*, *Dr. soc.*, 1968, p. 438 et s., spéc. p. 442）、《無名の法律行為》（G. Lyon-Caen, note sous C.A. Paris, 13 avril 1970, *J.C.P. (G)*, 1970, II, 16471）、《交渉の際に獲得された調書・議事録》（J. Savatier, note sous C.A. Paris, 13 avril 1970, *D.*, 1971, p. 13 et s., spéc. p. 14などである。

あって、それによって、《参加に基づく社会対話を通じたガバナンス》の国内法における販売に成功することになる」のである¹⁷⁴。

2° 正当化

31 契約の教育的機能

これらの新世代の契約に、教育的機能が結びつけられる。この機能が意味するのは、一般利益に奉仕する道徳的教育および知的教育の双方である¹⁷⁵。この機能を最もよく把握するためには、われわれの社会における法律の位置に立ち戻ってみる必要がある。法律は、量的な面でも質的な面でも、衰退の過程にある。その実効性をどのように確保するかが、公権力の大きな関心事となっている。法律の名宛人が、法律に対してある形の抵抗を示している。その背景には、法律が過度に複雑なものとなり、また法律に対するある種の距離感が生まれているという事情がある。そして、この事情は、ヨーロッパ共同体法の影響によって強められている。立法にかかわるこのような文脈において、契約を利用することは、往々にして、立法者と法の主体・臣民（le sujet de droit）との間の関係におけるモラルを高め、それを差異化することに資するのである。契約というレトリックは、ここでは中継点の機能を果たす。ある見方からすれば、また、かつて法律について述べることでできた事柄にならなくなっていうならば、契約は、ここでは規範的機能ではなく、《表現的機能》を果たす¹⁷⁶。ここでの契約は、同意の交換という個別化されたプロセスを媒介としつつ、すでに存在する法規範を別の言葉で表現するものである。

ここでの契約は、必ずしも法的効果を奪われるものではないが、法的効果は二義的なものとなる。第一の目標は、契約という言葉が象徴的に示すものを強調することである。ここでの問題は、法律と法律規範の名宛人との間の距離を短縮することを通じて、両者の間の結びつきを個別化するこ

¹⁷⁴ P. Deumier, *op. cit.*, spéc. p. 66, *in fine*.

¹⁷⁵ V° *Pédagogie*, A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., p. 749.

¹⁷⁶ Chr. Jamin et Th. Revet, *obs. in R.T.D. civ.*, 1996, p. 487.

とである。同様に問題とされるのは、合意尊重原則に基づいて、契約を締結する者の自由と責任の理念を強調することである¹⁷⁷。契約は、一定の規範を具体化し、そのようにして規範の実効性を増大させることを助ける中継点である。この意味において、契約は、欠けているものが何であるのかの確認を容易にすることを通じて、欠けているものに対する帰責機能と、満たしているものに対する証明機能とを、同時に引き受けることになる。契約は、このようにして、一般利益の主観化の動向に寄与することになる。

32 契約が体现する徳と契約が創造する徳

この教育的機能を明晰なものとするために、ジャン・カルボニエ（Jean Carbonnier）学長の考察を参照することができる。カルボニエ学長は、法律の教育に関して二つの形態を区別した。その議論を契約に当てはめることができるのだが、その議論によれば、ある場合には法律に内在する価値から道徳的機能が流出し、ある場合には法律が道徳を創造するのである¹⁷⁸。

この前者の意味において、法律が教育法を体现している。それは、法律をして語らせる古典古代の擬人化である¹⁷⁹。法律は、それが法律であるが故に、その制定の態様ならびに平等や一般性および非人格的で普遍的な性格というその内在的な美徳を理由として、徳を備えたものである。契約の道徳的機能を語ることは、契約が体现する徳を強調することでもある。その徳とは、自由、相互性、責任および対話である。契約というレトリックは、発した言葉の尊重という道徳に基礎を置いている。ここには一種の契約の擬人化を見出すことができるであろう。外国人をして外国人受入・統合契約への署名を義務づけること、両親に親権者責任引受契約による拘束を求めること、失業者に再雇用援助計画契約への同意を要求すること、これらは、ある意味で、彼らをして責任を引き受けるように仕向けることなのである。自らの刑罰を自己管理する犯罪者という考え方¹⁸⁰を主張したミ

¹⁷⁷ A. Supiot, *Homo juridicus...*, *op. cit.*, p. 146 et s.

¹⁷⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., L.G.D.J., 2001, spéc. p. 158 et s.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 163 et s.

¹⁸⁰ M. van de Kerchove, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale*

シェル・フーコーにならっていえば、法の主体・臣民は、少なくとも外観においては、その固有の義務の自己管理者になるであろう。

教育の第二の形態は、より意味深いもののように見える。法律は、その適用およびその説明によって道徳を創造するのである。

法律の適用による教育は、善を命じ、悪を禁止するところに存する。この意味において、法律は、往々にして、その対象自体を通じて教育的機能を果たす（国籍〔国民資格〕、市民権、家族、学校……）。この観点からすれば、契約が、以上で挙げてきた様々な具体例におけるように法規範の存在を想起させることで満足するときは、契約の教育的機能は、授權を通じて、すなわち下降的な運動を通じて、行使されるのである。この場合には、契約は、その道徳的機能を法律の対象自体から引き出す。親権者責任引受契約や外国人受入・統合契約は、そのようなものとして提示することができるであろう。

説明による教育についていえば、それは、それ自体として説明され、自らを正当化する法律というイメージと結びついている¹⁸¹。法律のこの合理化は、より実効的で、より理解しやすく、アクセスもより容易で、そして了解可能性もより大きなものでなければならないが、それは、契約の機能に跳ね返っていく¹⁸²。契約を利用する者は、あるいはあまりに複雑な法律の内容を説明するために——再雇用援助契約のケース——、あるいはその精神を鮮明にするにはあまりに距離が離れている法律の内容を説明するために——外国人受入・統合契約および親権者責任引受契約のケース——、その利用を行うのである。この点で、契約は、法律の認識と効率化に寄与する¹⁸³。要するに、契約の合理性が法律の合理性を正統化するのに寄与す

contractuelle ?, in *La contractualisation de la production normative*.

¹⁸¹ J. Carbonnier, *Flexible...*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸² これらの性格に関して、M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D., 2000, Chr., p. 361 et s.; G. Koubi, *Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ?*, in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. Fauré et G. Koubi, Economica, coll. Etudes juridiques, n° 16, 2003, p. 215 et s.

¹⁸³ 効率性というイデオロギーに関して、J. Commaille, *Code civil et nouveaux codes sociaux*, *op. cit.*, spéc. p. 71 et s. ポストモダンの法律の標識である法律の効

るのである。

次に、単なる教育的機能を越えて、契約という言葉は、純粋に政治的機能を果たす。

B 政治的機能

33 社会的凝集力の道具立てとしての契約

契約という言葉を用いることによって、人は、ある政治的・社会的目的に奉仕している¹⁸⁴。われわれの社会を特徴づけるものは、《社会幾何学》の変化である¹⁸⁵。法的、政治的そして社会的システムは、もはや垂直的で階層秩序的な仕方では理解することができない。それは、水平的かつ対話的にでなければ、理解することができないのである。民主主義は、一つの繊細なゲームとなっており、そこでは、正統性への強い関心から、近隣性（proximité）の理念を特別扱いすることが追求されている¹⁸⁶。この点で、代表民主主義は、参加民主主義に次第にその地歩を譲るようになってきて

率性に関して、参照、J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, R.D.P., 1998, p. 659 et s.

¹⁸⁴ 契約は、古代ローマ共和政下の善良な風俗（boni mores）の衰退に対する代用物としてであれ（J. Zaksas, *Les Transformations du Contrat et leur loi. Essai sur la vie du Contrat en tant qu'institution juridique*, Thèse Toulouse, Recueil Sirey, 1939, n° 18 et ss., pp. 43 et ss., spéc. n° 18, p. 43）、中世において封建契約というカテゴリーを通じてであれ（*Ibid*, n° 28 et ss., pp. 67 et ss., spéc. n° 28, pp. 68 et 69。同じ考え方にあるものとして、共和政および帝政末期の容佞占有（precarium）に付与された機能を参照。n° 25 et ss., pp. 59 et ss., spéc. n° 26, p. 61、無償契約は、危機に瀕する社会を救済すべく登場したのである）、歴史の中で、とりわけ公権力が危機にある時期において、一定の政治的役割を与えられていた。

¹⁸⁵ Fr. de Singly, *L'individualisme est un humanisme*, éditions de l'aube, 2005, p. 90.

¹⁸⁶ 「学者と素人、あるいは一般利益の代表者と個別利益の代表者との断絶が、再び問題視される。（分離の象徴である）扉は（統合の象徴である）橋にその地歩を譲り、ジンメル（Simmel）の類推の一つが再び取り上げられる。すなわち、分離よりも結集である」。Ibid, p. 88.

いる¹⁸⁷。この民主主義は、《公衆public》が参加してくることを目指している。それは、とりわけ環境憲章の精神である。もともと、この参加は、現在のところ、環境¹⁸⁸および国土整備（都市計画および収用）¹⁸⁹の領域に限定されている。この参加的かつ関係的個人主義に直面して¹⁹⁰、契約という言葉は、ガス状の結合関係を言説の中に結集させ、凝固させるための最良の手段のように見える。

政治的言説はすべて、近隣性と積極的参加の象徴である契約への指向を身にしみ込ませている。契約という言葉のインフレーションは、危機の表現でもある。つまり、政治における代表性観念の危機である。すべてが契約の対象になる。社会保障、退職、雇用、連帯、市民権、市民意識などである。契約は、ここでは、多様性における関連づけと統一性を象徴している。新世代の社会契約が問題となっている。それは、文脈依存的であり、状況依存的であり、ある種可変的な内容を持ち、常に討議の対象となり、再検討に親しむものである¹⁹¹。要約していえば、契約は、対話と討議を想

¹⁸⁷ 参加型民主主義が幻想であるという見方に関して、J.-P. Gaudin, *La démocratie participative*, Armand-Colin, 2007 ; M. Crépon et B. Stiegler, *De la démocratie participative : fondements et limites*, éd. Mille et une nuits, 2007. より楽観的な見解として、M. Hervé, A. d'Iribarne et E. Bourguinat, *De la pyramide aux réseaux : récits d'une expérience de démocratie participative*, préface de Ségolène Royal, éd. Autrement, 2007.

¹⁸⁸ 環境憲章第7条。この点に関して参照、K. Foucher, *La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ?*, A.J.D.A., 2006, p. 2316 et s.

¹⁸⁹ Y. Jégouzo, *De la « participation du public » à la « démocratie participative »*, A.J.D.A., 2006, p. 2314 et s. Adde, B. Delaunay, *Le débat public*, A.J.D.A., 2006, p. 2322 et s.

¹⁹⁰ Fr. de Singly, *L'individualisme...*, op. cit., p. 44 et s.

¹⁹¹ この考え方に関して、Fr. Ost, *Les lois conventionnellement formées...*, op. cit., note 213, p. 104.に引用されているN. Bobbio, *Contratto sociale oggi*, Naples, 1980, pp. 26 et ss.を参照。同書の考え方は、Fr. Ostによって、以下のように要約されている。「N. Bobbioが行ったように、社会契約が、二重の変化という犠牲を払って今日どのように存続し続けているのかを示さなければならないであろう。すなわち、社会契約は、日常的な歴史的現実となり、もはや理性による観念ではなく

起させるものとして、たとえ幻想であっても、より民主的な社会というイメージを伝えるのである¹⁹²。

34 最後に、一般利益の変貌に仕える契約に対して法的レベルで熱狂状態が生じているのを理解することは、困難なことではない。契約は、市場経済に仕える交換を促進する。契約は、ネットワークとして組織された経済に仕える柔軟な道具となる。契約は、法多元主義に寄与する。同様に、契約が言葉として政治的・社会的次元で行使しうる魅力もまた理解することができる。契約は、国家とその市民との間、私的利益と公的利益との間の結びつきを確保し、接近させ、強化するのである。この契約化の動向に対してどのような判断を下すのであっても、われわれは、一つの現象の証人である。あまりにホットな話題でありすぎて、それが幻想なのか過去との正真正銘の断絶なのかを判断するのは、いまだ困難である。一般利益の契約化が単なる流行にすぎないのか一つの新たな時代を画する徴表なのかは、未来だけが判断することができるであろう。

なっている。社会契約はまた、永続性を要求するよりもむしろ、恒常的に、かつ、領域ごとに、再交渉されるものとなっている (…)]。全体の分析として、参照、. Ch.-A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit*, in *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Préf. Ch.-A. MORAND, Publisud, 1991, p. 181 et s., spéc. p. 202 et s. この理論を労働法に応用するものとして、参照、J.-D. Reynaud, *Du contrat social à la négociation permanente*, in *La sagesse et le désordre. France 1980*, dir. H. Mendras, Gallimard, 1980, p. 389 et s.

¹⁹² この言説に関して、参照、not. A. Montebourg et B. François, *La Constitution de la 6ème république. Réconcilier les français avec la démocratie*, O. Jacob, 2005.