



Title	紹介 ムスタファ・メキ 『一般利益と契約』
Author(s)	吉田, 克己
Citation	新世代法政策学研究, 1, 91-123
Issue Date	2009-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43674
Type	other
File Information	1_91-123.pdf



紹介 ムスタファ・メキ『一般利益と契約』

吉 田 克 己

はじめに

本稿は、ムスタファ・メキ『一般利益と契約——私法における諸利益の階層化の研究への寄与』⁽¹⁾ (2004年) の概要を紹介することを目的とする。前書きで触れたように、本書は、メキ教授の博士論文を公刊するものであり、本文800頁強、文献目録、索引等を入れると900頁を超える浩瀚な書物である。民法の領域における一般利益の本格的分析として、フランスでおそらく初めてのものであるが、その水準はきわめて高い。また、契約の現代社会における変容とその新たな機能の分析としても、きわめて水準の高いものである。

本書の分析がフランス法学界において高い評価を得ていることは、指導教官であったジャック・ゲスタン (Jacques Ghestin) 教授が本書への序文で「稀に見る高い質の博士論文」と評価していることもさることながら (序文でこのような評価がなされることは、必ずしも「稀に見る」ことではない)、本論文が、フランスで博士論文公刊の媒体として最も長い伝統を誇る LGDJ 社の *Bibliothèque de droit privé* シリーズから公刊されたことにも示されている。実際、本書の分析は、隣接諸科学にも目配りしたその包括性・総合性といい (これは、フランス法学にとっては決して一般的なものではない)、個別的制度分析に見られる緻密性といい、まさに一級品である。

本稿は、この著作の内容を紹介しようとするものである。もっとも、本稿で行うのは、文字通りの概観にすぎない。本書の分析は知的刺激に満ちあふれ、本格的な検討のためには、相当の準備と紙数が必要である。

本稿でそれを行うだけの準備は、残念ながら調べていない。また、質量ともに充実した本書は、単なる紹介だけでも、相当の紙幅を必要とする。本稿でできるのは、本書の分析のきちんとした紹介というよりも、その前提として、本書がどのような問題を論じているかを紹介するに止まる。しかし、それでも、一般利益と契約に関するメキ教授の構想の全体構造を明らかにするためにながしかの意味はあろうし、以下で訳出する今回のメキ教授の諸報告が、メキ構想全体の中でどのような位置を占めているかの理解にとっても、一定の意味があろう。

以下、本書の構成をなぞる形で、その紹介を進めていきたい。

序論

フランス法学の学術的著作において、序論（Introduction）の果たす役割は大きい。それは、研究の対象となる問題（sujet）を位置付け、研究で扱われる基本概念を明確にし、そして何よりもその著作の構成（＝プラン）を提示してその正当化を行う。とりわけ、著作の構成、すなわち通例として2部構成を採るプランをどのようにするかは重要な問題であり、これだけでその著作の価値が決まるといわれることすらある。

本書は、フランス法学の学術的著作の伝統を尊重した2部構成を採用する⁽²⁾。第1部は「諸利益の階層構造への契約のドグマティックな統合 *Intégration dogmatique du contrat au sein d'une hiérarchie des intérêts*」を扱い、第2部は、「諸利益の階層構造への契約のプラグマティックな統合 *Intégration pragmatique du contrat au sein d'une hiérarchie des intérêts*」を扱う。この2つの部のタイトル自体に、本書が諸利益の階層化の帰結として一般利益を把握していること、本書の分析のキー概念として「統合」概念が重要な意味を持っていること、本書の分析における基本的な分析概念として「ドグマティック」と「プラグマティック」という対概念が採用されていること⁽³⁾などがすでに示されている。

序論において、著者は、まず、一般利益がもともとは国家と社会を創設する原則であり、公法の枢要な観念であることを確認した上で（序論Ⅰ）、それが私法を創設する原理でもあることを強調する（序論Ⅱ）。私法における一般利益の意義を強調すべき事情として、著者は、次の諸点を指摘す

る。公的領域と私的領域との区別、また公法と私法の区別は、もともと相対的なものと理解されるべきものであった（p.22.）。国家から独立した私的領域である市民社会（*société civile*）からも、一般利益が立ち上がってくると把握すべきである（p.24.）。市民社会の経済的側面を表現する市場が、国家と対峙するようになってくる（p.25.）。もともと、市民社会が排他的に一般利益形成の主体になるわけではなく、一般利益は、社会的なるものと国家との協働を通じて形成される（p.26.）。そのようにして社会法（*droit social*）⁽⁴⁾が発展し、中間団体に担われた中間領域が出現する（p.26.）。

このような変化を受けて、一般利益の担い手にも変容が見られる。たとえば一般利益侵害についての付帯私訴は伝統的に否定されていたが（p.27-28.）、1970年代半ばから判例の動向が変化し始める（p.29.）。著者は、このような動向を積極的に評価する。一般利益が公的利益と私的利益との一定の組み合わせの帰結である以上、一般利益と個別利益とを厳密に分離することはできず、両者の間に対立はないからである（p.29.）。そして、結論的には、一般利益が国家を主体とする公的利益に縮減されるべきではないこと、一般利益は国家の独占物ではないこと、一般利益はまた私法の選ばれた地平である市民社会のものであることなどが強調されるのである（p.34.）。

著者は、続いて、一般利益と公的利益（*l'intérêt public*）（p.35.）、一般利益と共通利益（*l'intérêt commun*）（p.36.）、一般利益と集団利益（*l'intérêt collectif*）および個別利益（*l'intérêt individuel*）（p.37.）、一般利益と共同善（*bien commun*）（p.39.）など類似の概念との比較を行い、さらに従来の一般利益に関する諸定義の批判的検討を経た上で（p.42. et suiv.）、私法における一般利益の定義を提示する。結論的には、「一般利益は、私的圏域と公的圏域との共通の基礎である。それは、社会を形成して営まれるあらゆる生活を条件付け、国家の法を正統化する。それは、国家と市民社会との協力の成果である。」（p.67.）という認識を基礎に、「一般利益は、実体的・ドグマティックな仕方と、手続的・プラグマティックな仕方とで正統化される場所の、公的利益間・私的利益間の階層化または公的利益と私的利益との間の階層化の帰結である。」との定義が提示される（p.67.）。

この定義の核である「諸利益の階層化の帰結」という把握は、著者によって、一般利益の動的定義と特徴付けられる (p. 58.)。そこでは、諸利益を一定の価値判断に従って類別化し、序列化することが問題になっているからである (p. 60-61.)。それはまた、手続に着目した定義でもある (p. 61.)。この定義のもう1つの核は「正統化légitimation」であるが、これについては、著者が、一般利益は、諸利益の階層化の帰結であると同時に、そのような階層化を正統化する根拠である (p. 65.) という循環構造の存在に言及している点に注目しておきたい。著者は、正統化のあり方として、実体的・ドグマティックの正統化と手続的・プラグマティックな正統化との2つの基本型を析出するが (p. 65. et suiv.)、それはおそらくこの循環構造と関連しているからである。

この2つの正統化に関連して、著者が超越性 (transcendance) (p. 43.) と内在性 (immanence) (p. 45.) というもう1つの対概念を提示していることにも注目しておきたい。一般利益の超越性とは、一般利益が、外部から、あるいは上から与えられ、または強制されることを意味する。たとえば、プラトンにおける公的利益がそのような性格を持ち、この場合には、一般利益は、個別利益とは異質のもので、上から個別利益を制約するものとして強制されることになる (p. 43-44.)。これに対して、一般利益の内在性とは、一般利益がある集団に内在するものと捉えられることを意味する。アリストテレスがこの見方の支持者で (p. 46.)、この観念のもとでは、一般利益は、個別利益と分離・対立しないことになる (p. 45.)。

これまでの紹介からすでに示唆されるように、著者は、基本的には内在性を重視して一般利益を理解する。しかし、注意すべきは、超越性の契機が否定されるわけではないことである。著者によれば、一般利益は、超越的であり、かつ、内在的である。そして、このような把握の中に、「自己超越性 auto-transcendance」の契機が存在するのである (p. 49.)。自己超越性は、社会の外部からではなく社会自体から生み出される。要するに、社会の構成原理である一般利益は、単なる個別利益の集積ではなく、そこには一定の超越の契機が認められる必要があるが、それは、社会外部から押しつけられるのではなく、社会自体に内在している、ということであろう⁽⁵⁾。

以上の分析を踏まえて、著者は、私法における一般利益と契約との関係

を論じる (序論Ⅲ)。そこで鍵となる概念は、「統合 intégration」である。統合とは、一般的には、全体とその構成要素との「相互依存関係 interdépendance」「連帯性 solidarité」を意味する。したがって、「契約を一般利益に統合するというのは、ある構成要素をその全体と調和させることを意味する」(p. 69.)。それが法的に意味するのは、契約の有効性と実効性の条件を問うということである (p. 72.)。そして、この統合の仕方には、ドグマティックなものやプラグマティックなもの、換言すれば実体的なものや手続的なものがある (p. 75.)。このようにして、先に示した本書のプランが導かれるのである。

第1部 諸利益の階層構造への契約のドグマティックな統合

本書の前半部分の分析の対象になるのは、「ドグマティックな統合」である。この統合形態の特徴は、統合の対象となる一般利益が、前もって契約に外在的な契機によって定立され、契約に強制的に課せられるという点にある。ドグマティックな統合においては、一般利益の内容は前もって決まっているから、それに関して議論をする余地はない (p. 77.)。その具体的内容は、法と国家の役割に関する理解の仕方に、つまり個人相互間の関係、個人と市民社会との関係、個人と国家との関係をどのように理解するかに依存する (p. 78.)。以上のような理解に立ちつつ、一般利益が参照するところの法に関する理解の仕方を分析し (第1章「ドグマティックな統合のメカニズム」)、ついで、実定法の分析を通じて、現在フランス法において支配的な価値は何かを析出する (第2章「ドグマティックな統合の目的」)、というのが著者の第1部における分析の課題である (p. 79.)。

第1章 ドグマティックな統合のメカニズム

第1節 ドグマティックな統合の基礎付け

ドグマティックな統合のメカニズムに関してまず問題とされるのは、ドグマティックな統合の基礎付けである。この基礎付けには、法の捉え方に対応して2つのやり方がある。1つは、客観法を法規範の総体という形式的な (formel) 視角から捉えようとするもので、ここでは統合の基礎付けも形式的になされる (第1款)。もう1つは、客観法を支配的な社会的価値

の追求という視角から捉えようとするもので、ここでは統合の基礎付けは価値論的 (axiologique) なものとなる (第2款) (p. 85.)⁽⁶⁾。

1 これらのうちまず「ドグマティックな統合の形式的根拠」(第1款)については、当然に、根拠となる法規範がどのようなものとして存在しているかが問題となる。著者は、この点に関して、実証主義的一元論 (une conception moniste positiviste) と価値論的多元論 (une conception pluraliste axiologiste) という2つのアプローチを提示した上で (p. 81.)、現代における法現象の認識として、前者を排して後者に左袒する。「われわれの法システムは、多元主義で特徴付けられるポスト・モダンの局面に入っている」からである (p. 86.)。この多元主義はさらに、法源の多元性と法秩序の多元性という2つの意味で理解される。

(1) 前者の法源の多元性について、著者は、国家的法実証主義をアルカイスムだとして批判する。国家的法実証主義の下では法は法律と同視されるわけであるが (p. 89. カント、ホッブス、ルソー、ヘーゲルなどが引かれている)、実際には、法は、法律に還元されるものではないからである (p. 94.)。そして、法実証主義は危機に瀕しているという現状認識が表明され、この危機は、主権の危機、より具体的には法律主権と国家主権の危機に表れているものとされる (p. 94.)。代わって見出されるのが市民社会の役割の増大であり、その結果、下からの法形成が重要な意味を持つようになる (p. 99.)。

このようにして、著者によれば、法源の多元性は、争いがたい現実の存在である (p. 101.)。そこでは、法律によるレグルマンタシオン (規制。réglementation) と並んで、法律の外でのレギュラシオン (調整。régulation) が出現する。レギュラシオンは、法律によって枠付けられているが、より柔軟な方式である (p. 103.)。それは、後の行論から引いてくると、具体的ケースに配慮しつつ下から形成される法であり、国家の衰退、法律の危機、交渉に基づく法 (droit négocié) の出現などを反映するものである (p. 221.)。そして、現時点でレギュラシオンを担う制度として、独立行政機関 (p. 105. et suiv.) と契約 (p. 109. et suiv.) が挙げられる。

このような法源の多元化は、当然のことながら、法形成のアクターの多様化を招くことになる (p. 111.)。著者は、その中でも、とりわけ裁判官に重要な役割を付与する (p. 112.)。裁判官の役割の強調は、本書全体を貫い

て見出され、本書の特徴といってよい。とはいえ、著者は、国家法と立法者の役割を否定するものではない。法の形成と実現における立法者と裁判官との協力の可能性を強調することが著者の意図である (p. 126.)。このように、二項対立図式においてその一方だけを評価し他方を排斥するのではなく、常に両者に目配りをするという複眼的視点を採ることも、著者の思考様式の特徴といってよい。

(2) 後者の法秩序の多元性については、まずその概念整理がなされる。著者によれば、法秩序の多元性とは、社会との関係で国家の位置を相対化することであり、国家法 (droits étatiques)、国家の下位にある法 (droits infra-étatiques)、国家の上位にある法 (droits supra-étatiques) などが競合する多元的法秩序を想定することである (p. 129.)。国家だけが法を形成する母胎なのではなく、市民社会に存在する各種団体もまた法の形成母胎になるのである (p. 130.)⁽⁷⁾。このような市民社会の利益の考慮は、最初にイェーリングによってなされ、次いでヘック等の利益法学に受け継がれた (p. 130.)。他方で、パウンドやホームズにも同様の発想を見出すことができる。また、ユールリッヒは、社会における生ける法の存在を強調した最初の論者である (p. 131.)。そして、以上の観点からすると、一般利益を国家の公的利益と等置することはできないし、またそれを国家の公的利益の表現である法律に切り縮めることもできないことになる。市民社会の利益により大きな位置を付与すべきなのである (p. 131.)。

ところで、本書の法秩序の多元性に関する分析についてさらに指摘すべきなのは、著者が、多元的法秩序の相互連関構造の分析に意を注いでいることである。著者によれば、この多元性は、秩序付けられたものなのであって、国家の下位にある法は、フランスについていえば憲法に基礎を置く国家法秩序が定置する諸原則と諸価値に反することはできないのである (p. 132.)。この点を確認した上で、著者は、デュギイ、オーリユー、ロマーノ、ギュルビッチ等の法秩序論を検討し (p. 133 et suiv.)、自らの見解としては、国家法秩序と派生的法秩序 (des ordres juridiques dérivés) とが並存するという理解を打ち出す。そこでは、国家法秩序と、そこから独立した派生的法秩序の存在がまず肯定される。しかし、これだけでは、社会的な認識に過ぎないのであって、法律家にとっては、裁判官の介入によってそれが社会法として具体化することが重要である。そして、この裁判官

の介入は、首尾一貫し安定した法秩序の一体性を維持するためにも不可欠なのである（p. 141.）。

2 次に、「ドグマティックな統合の価値論的根拠」（第2款）であるが、ここではまず、法実証主義が排斥され、法に関する価値論的理解（une *conception axiologique*）を擁護すべきことが強調される（p. 158.）。その基底にある価値は、大文字の正義（la Justice）である（p. 157.）。そして、アリストテレスを援用しつつ、公正な中庸（*juste milieu*）が追求すべき目標とされる（p. 159.）。

他方、法価値論の内容としては、法の《*transpersonaliste*》な理解と法の《*transversaliste*》な理解への支持が表明される。

この2つの概念はいずれも難解であるが、前者の《*transpersonaliste*》は、社会的負荷を刻印された人間観を表明するもので、原子論的個人主義と集団主義の中間に位置するものである（p. 159. *et suiv. notam. p.163-164.*）（「社会基底的個人主義」とでも訳すべきであろうか）。法に関するこの考え方下では、人間そして人間の尊厳に重要な位置が与えられ、人間は不可侵の権利の主体と把握される。しかし、そのような人間は、同時に「社会的動物 *animal social*」と捉えられるのである（p. 165.）。

後者の《*transversaliste*》は、法実証主義と自然法論との中間に位置するものである。法価値論を志向する著者が法実証主義に左祖しないことは明らかであるが（p. 169-170.）、他方で、普遍的で絶対的な価値を標榜する自然法論も、著者の採用するところではない。著者によれば、正義にかなったものは、永遠の変動の相において捉えられるべきであり、諸状況に適合する必要があるからである（p. 167-169.）⁽⁶⁾。法実証主義と自然法論との間で中庸を探求しなければならない。それを表現するのが《*transversalisme*》に他ならない（「価値可変主義」とでも訳すべきであろうか）。そこでは、実定法規範の重要性が承認されるとともに（p. 171.）、法の究極的目標が不断に探求されるのである（p. 172.）。

このような法価値論を実現する方法は弁証法であり（ペレルマンの議論もここに位置付けられている。p. 176.）、その主体は裁判官である。先にも触れたように、本書における裁判官の位置付けはきわめて高い。それは、「弁証法の要石 *clef de voût de la dialectique*」とされるのである（p. 181.）。

第2節 ドグマティックな統合の技術としての公序

ドグマティックな統合の基礎付けに続いて検討の対象となるのは、ドグマティックな統合の技術としての公序である。著者にとって、公序は、社会生活の核である。「公序は、契約自由のアンチテーゼに縮減されるものではない。公序は、契約自由の正常かつ不可欠の柱なのである」（p. 187.）。そのような基本認識を前提としつつ、本書の公序論は、公序観念の検討とそのアクターの分析からなる。

1 まず、公序の観念（第1款）については、ローマ法からフランス革命に至るその歴史の概観がなされ（p. 189. *et suiv.*）、その上で、公序観念の輪郭が描かれる（p. 198. *et suiv.*）。そこでは、公序は、法的スタンダード（*standard juridique*）の典型的なものとの把握が提示され（p. 199.）、機能的には、公序は、社会的諸価値の媒体であるとの理解が示される（p. 209.）。本書の公序論において印象的なのは、秩序と正義との連結が強調されていることである。著者によれば、近時、公序については、不幸にも秩序の側面のみが強調される傾向にある。「たしかに、公序は、社会における一定の秩序を維持し、確保し、再設定することを目的とする。しかし、正義を欠落した秩序は、無秩序の要因である」（p. 210-211.）。

2 次に、「公序のアクター」（第2款）で扱われる問題は、公序の実現の任に当たる者が誰か、である。この問題に接近するに際して、まず、レグルマンタシオン（規制）の道具としての公序と、レギュラシオン（調整）の道具としての公序という公序の2つの機能が析出される。前者の「規制」は、基本的には法律によってなされ、公序は、強行法と混同される。この「規制」においては、公序判断の前提となる価値の上下関係の決定は、上から超越的になされる。これに対して、法システムの複雑性の増大に伴って、公序の実現は、下からの内在的なものになってくる。そこでのアクターは、市民社会により近い存在である裁判官であり、その介入は、「調整」の形を採って行われる（p. 217.）。この「調整」は、柔軟な法を指向しており、国家を必ずしも媒介とせず、下からの法形成を意味する（p. 221.）。その上で、本書は、この「調整」における裁判官の役割と、不当条項委員会や競争評議会等の独立行政委員会の役割を分析するが、その点の紹介は省略する。

第2章 ドグマティックな統合の目標

以上は、公序を媒介とするドグマティックな統合のメカニズムの検討であった。本書が次に追求するのは、ドグマティックな統合によって追求される価値の具体的内実である。公序が、特定の時期、特定の空間における可変的・発展的な諸利益の階層化に他ならない以上、公序の具体的内容を明らかにするためには、実定法の総体を観察する必要がある。したがって、フランス私法の「一種の写真撮影」(p. 237.) が試みられる必要がある。本書は、それに先だって、予め近時の動向の最も基本的な特徴への注意を喚起する。それは、各種の立法また判例の動向を通じて今日の支配的目標とされているのは、人間の尊厳 (*dignité de la personne*) だということである。もっとも、公序によって追求される目標がそれだけに限定されるものではないが (p. 238.)。

第1節 私法において支配的な目標の探求

このようにして、本書は、まず、私法において支配的な目標がなんであるかの探求に取り組む。そこでの基本的図式は、個人の自由に基づく付けられた「新自由主義的 (*néo-liberal*) 公序」⁽⁹⁾ 優先の時代から、人間の尊厳に基づく付けられた「人間主義的公序」*ordre public humaniste*」の出現へ、という公序の展開である (p. 239.)。もっとも、著者は、新自由主義的公序がなお重要な意義を有することにも注意を喚起する。

1 この把握を受けて、まず、「新自由主義的公序の恒常的な存在」(第1款) が分析の対象になる。そこで強調されるのは、かつての禁止的な指導的公序が、自由競争の価値を尊重するよりダイナミックな公序に転換してきていることである (p. 241.)。そのような認識から、「競争的公序」*ordre public concurrentiel*」が析出される。これは、福祉国家の後継者となるもので、独立行政委員会である競争評議会をその担い手とする (p. 243.)。もっとも、著者にとって、競争は、それ自体が目的なのではない。それは、「法によって最も正義にかなうと判断された目標に到達するための最良の手段」と位置付けられるべきものであり、その目標とは、市場の良好な機能を介して、経済的福祉と経済社会的進歩を実現することである (p. 244.)。

もう1点強調されるのは、基本権の水平化 (*horizontalisation*) である。それは、公序の価値を有する基本権の増加を意味し、その結果、対峙する価値の階層化が必要になる (p. 248.)。ここでの問題に即して言えば、契約

自由が憲法的公序として保護されることが重要である。その結果、他の憲法的価値を有する規範といえども、自動的に契約自由優先するというわけにはいかなくなるのである (p. 251.)。また、ヨーロッパ人権条約の直接効を通じて、基本権と契約自由との対抗の機会が増える (p. 258.)。このような状況を踏まえつつも、実定法において支配的な参照規範として機能すべきなのは、人間の尊厳である (p. 258.)。

2 このようにして、「人間主義的公序の出現」が検討されるべきことになる (第2款)。まず、人間の尊厳観念の哲学的起源が辿られた上で (キリスト教神学の影響が強調されている。p. 260.)、この原則の内容が検討される。著者によれば、人間の尊厳尊重原則を1つの主観的権利と考えるのは適切ではない。それはむしろ主観的権利以上のもの、1つ参照規範なのである (p. 269.)。他方で、この原則は、身体の完全性に対する侵害に限定されるべきではない。それとともに、人間の社会的尊厳を想定すべきなのである (p. 271.)。

結論的には、公序が媒体となる価値の多様性にもかかわらず、主要な傾向は2つにまとめられる。1つは恒常的なもの、つまり新自由主義的公序であり、他の1つは支配的なもの、つまり人間主義的公序である (p. 275.)。

第2節 契約私法において支配的な目標の探求

以上はやや一般的な私法における支配的目標の検討であったが、次に検討の対象になるのは、契約に特化した支配的目標の検討である。ここでも、支配的法理念が人間の尊厳であるという理解が前提になる。これが新自由主義的公序を飲み込んでいき、後者は前者の一つの構成要素になるのである (p. 279.)。人間の尊厳については、契約との関係では、その静態的側面と動態的側面の二面からのアプローチがなされる。

1 人間の尊厳の静態的側面は、人間の身体 (*le corps humain*) である (第1款)。伝統的には、契約自由は、身体の保護の配慮によって制限される。つまり、身体的公序が、人間の尊厳に関わるということで、上位の価値と評価されるのである (p. 281.)。しかし、近時は、この原則は緩和されつつある。次第に契約が身体の領域に介入しているからである (p. 282.)。著者は、その背景にある理論的対立を分析し (身体への所有権を承認する「物化」学説と、身体を人格の不可分一体のその基底と見る「人格」学説との対立が取り上げられる。p. 286. *et suiv.*)、近代法の大原則である主

体・客体峻別パラダイムの相対化を確認し（p. 289.）、現代において身体が権利の客体となっている諸相を描き出す（p. 291. *et suiv.*）。

2 人間の尊厳の動態的側面は、人間の諸自由である（第2款）。契約が有効となるのは、人間の自由を尊重することを条件としてのみである（p. 318.）。契約が人間の基本的自由と衝突するという場合には、2つの形がある。1つはその効果においてであり、もう1つはその期間においてである。

このような認識を基礎に、著者は、前者の効果の観点から契約の効力が問題になる場合として、婚姻等家族関係形成の自由と労働の自由を検討する。1つだけ例示すると、前者については、寡婦条項（*clause de viduité*）の効力が取り上げられる（p. 325. *et suiv.*）。再婚を禁止する寡婦条項は、無償行為（たとえば恵与）と結びつけられる場合には原則として有効であり（p. 326.）、有償行為と結びつけられると原則として無効と解する（p. 327.）のが、一般的考え方である。しかし、著者によれば、このような区別には合理的な理由がなく、これらの条項は原則として無効と解すべきである。この場合のコントロールは、その客体について行われるのであって、そのコーズ（原因）について行われるのではないのである（p. 328.）。また、労働の自由の領域においては、たとえば競業禁止条項（*clauses de non-concurrence*）が取り上げられる。この条項は、労働の自由を制約するのであって、原則的には無効と解すべきであるというのが著者の見解である（p. 334.）。このように、著者の見解は、ここでは、人間の基本的自由の尊重に傾斜している。

もう1つの期間の観点から契約の効力が問題になる場合として、本書は、永遠の期間を約する契約を挙げる（p. 344. *et suiv.*）。このような約定は伝統的に禁止されてきたが、それは封建制の廃絶等の政治的理由によるものであった（p. 347.）、今日ではそれは人間の尊厳の観点から正当化されるべきだ、というのが著者の見解である（p. 348.）。

第2部 諸利益の階層構造への契約のプラグマティックな統合

第1部で扱われた「ドグマティックな統合」と並ぶもう1つの統合の形態は、「プラグマティックな統合」である。その正統化が手続的なレベルに

求められる点に、この統合形態の特徴がある。ここにはさらに2つの態様を見出すことができる。第1は、比例性コントロール（*contrôle de proportionnalité*）であり、ここでは、諸利益間の階層化がア・ポステリオリに行われる。第2は、契約的手続に基礎を置く統合である。ここでは、諸利益の階層化に関するコンセンサスが成立している。すなわち、諸利益の階層化がその名宛人に承認されることに、その正統性が求められるのである（p. 371.）。前者の場合には、比例性コントロールは、権威ある公的機関によって外部から契約当事者に対して強制される。これとは反対に、後者の場合には、契約は、統合の客体ではなく、むしろこの統合の動因として現れるようになる（p. 374.）。このようにして、「強制されるプラグマティックな統合」（第1章）と「交渉に基づくプラグマティックな統合」（第2章）を分析することが、著者の第2部すなわち本書の後半部における課題となる。

第1章 強制されるプラグマティックな統合

強制されるプラグマティックな統合は、比例性コントロールを通じてなされる。そこでまず問題となるのは、その内容である。実定法の総体の観察によって、それを明らかにする必要がある（第1節）。次に、比例性コントロールの導入に伴って、無効法は柔軟になり豊富なものとなっている。このような比例性コントロールの効果を分析することが、本章の第2の課題となる（第2節）（p. 376.）。

第1節 契約における比例性コントロールの技術

今日の社会において、契約は大きな変容を被っている。私法上の法源の細分化が進み、規範の階層構造が弛緩していることがその背景にある（p. 379.）。伝統的には、憲法を頂点とする規範の階層構造が存在し、契約は、それに服する派生的法規範であった。しかし、今日では、このような見方は、もはや維持することができなくなっている。基本権の発展とその水平化が見られ、法源が増大し、憲法的価値を有する諸目標が拡大している。このような状況の下では、一貫した規範からなるア・プリオリな階層構造に依拠した法システムなど、不可能になっているのである。同一の価値を持つ権利が相互に対立する。この現象に直面して、憲法的価値を有する諸権利間で、すなわち人権間で階層構造を定立するという方向もありう

るが、それは恣意的であり、良識に反することになる。むしろ反対に、ケース・バイ・ケースでそれらの権利を調整していくことが望ましい（p. 380.）。

これが比例性コントロールに他ならないが、以下、この現象の広がりを見た上で（第1款）、そのような比例性コントロールが今日必要になっていることを明らかにする（第2款）、というのが著者の本節における課題である（p. 381.）。

1 ところで、比例性コントロールの内容は、費用便益比較（*le bilan coût-avantage*）という方法を作用させることからなり、この方法は、比例性原則という基準に基礎を置く（p. 383.）。著者は、以下で、これらの費用便益比較と比例性原則の2つについて検討する（第1款）。

(1) まず、費用便益比較であるが、これは、当初は公法と競争法の領域において用いられた手法であった。より具体的には、たとえば公益事由に基づく収用の領域を挙げることができる。当初は、権限逸脱のコントロールという形で収用の公益性に関するコントロールがなされていたが（p. 384.）、その不十分性を克服するために、判例によって費用便益比較の方法が導入されてくるのである（p. 385.）。また、競争法領域においては、対峙する諸利益全体の調整のために公序が無力であることから、費用便益比較が用いられるようになる（p. 392.）。ヨーロッパ共同体競争法においては、アメリカ法由来の「合理の原則（*rule of reason, règle de raison*）」がそのような考え方を示している。この法理の下で、カルテルの絶対禁止が緩和され、自由競争に寄与する一定のカルテルが合法化される（p. 393.）。国内競争法においても、費用便益比較を通じて、一定のカルテルや優越的地位の濫用が個別的にその合法性を認められるという現象が見られるのである（p. 398.）。

費用便益比較は、続いて、私法領域へも普及していく。その際の鍵となるのが、派生的法秩序（*ordres juridiques dérivés*）概念である。複数の派生的法秩序のそれぞれに、諸利益の階層化を前提とする共通利益が成立する（その総和が一般利益である）（p. 402.）。かつては、派生的法秩序における共通利益は、諸利益間のドグマティックな階層化の帰結として形成された。しかし、今日では、それにプラグマティックな利益調整の方法が組み合わされる。その基礎にあるのが、費用便益比較に他ならない（p. 403.）。

派生的法秩序の具体例として取り上げられるのは、家族と企業である。家族についてだけ見ておくと、家族法秩序において、公序は、国家法秩序またはヨーロッパ法秩序において支配的な価値との関係で最小限の一貫性を確保するために、重要な役割を果たす。これらの価値とは、具体的には、個人の自由、個人の意思の発展、人間の尊厳の尊重などである。しかしながら、この派生的法秩序で問題となる利益は複雑であり、ドグマティックなやり方では十分に対応しえない。規範は、常に変動する社会的現実に対応しなければならぬのである（p. 403.）。

家族法秩序は、公序によって行われる諸利益の階層化の帰結であるが、この階層化は他方で、対峙する諸利益の現実主義的編成を確保する《経済的・道徳的比較》によって緩和される（p. 404.）。たとえば、夫婦財産制は、「家族の利益」に従うという実体的要件に服するが（民法典1397条）、量的多様性（夫婦の利益、嫡出子の利益、自然子の利益……）や質的多様性（配偶者や子の健康、物的安全性……）を踏まえると、家族の利益は、その構成員の利益と離れた超越的なものではありえない。その結果、当然に利益比較が必要になるのである（p. 404.）。そして、この利益比較を担うものとして、裁判官の役割の重要性が強調される（p. 408. *et suiv.*）。家族法秩序は、立法者を経由する国家法秩序を次第に離れて、司法法（*un droit judiciaire*）または準司法法になるのである（p. 408.）。

(2) 以上に示した、ア・プリオリな公序による階層化をア・ポストリオリな利益比較の方法によって緩和するという方向は、基本権の発展という現象に伴うものであるが、制御が困難で無秩序を招く危険がある。問題は、客観的な基準をどこに求めるかである。そのような基準が、比例性である（p. 427.）。利益比較という方法と比例性という基準を組み合わせたものが、比例性コントロールに他ならない（p. 428.）。

この比例性コントロールは、ほとんどの場合、ある権限の行使によって基本権が侵害される可能性があるケースにおいて問題となる。当初は、公権力による基本権侵害が問題となったが、最近では、私的権力による基本権侵害ケースが問題となっている。基本権の水平化がこの現象の背後にあり、そこでは、私的利益相互間での衝突が問題となっているのである（p. 429.）。

著者は、このような認識に基づいて、比例性コントロールと公権力に関

する問題状況を検討した後 (p. 430. *et suiv.*)、比例性コントロールと私的権力の問題に接近する。そこで取り上げられるのは、労働法領域における就業規則 (*règlement intérieur*) による個人の自由の制約をどの程度で認めることができるか (p. 443.)、ヨーロッパ人権条約の水平的効力を踏まえつつ、配転条項の効力をどのように考えるか (p. 444.)、競業禁止条項の効力をどのように考えるか (p. 444. *et suiv.*)、解雇法において比例性コントロールをどのように考えるか (p. 446.)、などの問題である。

著者はさらに、契約の領域における比例性コントロールの内容を検討する。類似の観念 (衡平 *équité*、濫用 *abus* など) との比較を経た上で、比例性は、指導的でレギュレーションに関わる機能的原則であるという定義が示される (p. 457.)。他方でそれは、単に主観的な便宜性に関わるコントロール (*contrôle d'opportunité*) ではなく、適法性原則を前提としつつそれを緩和する原則として機能する。その意味で、比例性コントロールは、適法性と便宜性との連結符である (p. 458-459.)。

この観点から、著者は、「適法に形成された合意は法律に代わる」旨を定める有名な民法典1134条の「適法に形成された」という文言について、次のような解釈を提示する。すなわち、それは、適法性コントロールだけではなく、正統性コントロールを含んでいると解するのである。契約は、事前に定立されている実定法と公序によって守られる社会の基本的価値に適合しなければならない。これが適法性コントロールである。契約はさらに、正統であることを要請され、この要請は、ますます強いものとなっている。そのためには、契約が媒介する価値と、それと衝突する価値との間で、階層化を行うことによって調整がなされる必要がある。これが比例性コントロールである (p. 459.)。

著者は、比例性コントロールを全面的に肯定的に評価するわけではない。比例性コントロールについてはその主観性、さらには予見可能性の乏しさに伴う危険性をも認識しておく必要があるのである (p. 460-461.)。とはいえ、著者のスタンスは、基本的にはこれに好意的である。

すなわち、著者によれば、比例性コントロールは、適法な領域と違法な領域との境界を相対化するという意味で、契約の世界に衝撃を与える。それはまた、われわれの規範の階層構造の大変動、主観的権利の増殖、ヨーロッパ人権条約、憲法および法律間の関係の風化を示すものでもある。こ

のような観点からは、比例性コントロールは、規範の階層構造の変動に対処するための必要不可欠な道具だということになる。それは、法源の多様化と紛争の増大の中で、柔軟でありつつ、調和を保った規範と価値の階層構造を確保するための唯一の手法だからである (p. 461.)。

2 次に、そのような比例性コントロールの正当化であるが (第2款)、このために著者が重視するのは、個人の利益を媒介する契約の位置を、法律との関係で高めることである。そのために憲法との関連と、ヨーロッパ人権条約との関連が検討される。前者については、憲法院において、意思自治など契約に関わる価値が基本原則として承認されていることが指摘され (p. 464.)、後者については、ヨーロッパ人権条約のフランス法に対する影響の強まりと、それが一定の攪乱効果をもたらしていることが指摘されるとともに (p. 470. *et suiv.*)、契約は法律に適合するだけでなく、その法律がヨーロッパ人権条約に適合していることが必要であり、これらの諸規範を調整するためには、比例性コントロールが不可欠であることが指摘される (p. 475.)。

第2節 契約に対する比例性コントロールの効果

この効果は、大きくは2つに整理される。第1に、比例性コントロール導入によって、従来の絶対的禁止制度に代えて「コントロールされた自由 *liberté contrôlée*」の制度が採用される。また、比例性コントロールの対象は、契約自体だけではなく、それを消滅させる行為をも包含する。基本的な価値を媒介する契約の保護が問題になるからである (以上、第1款)。第2に、比例性コントロールによって、従来のドグマティックなコントロールにおいては単純に違法で無効とされるはずの行為が、有効とされることがある。すなわち、比例性コントロールには、契約有効化機能が認められるのである (第2款) (p. 489.)。

1 (1) これらの前者、つまり「コントロールされた自由」あるいは「看視された自由」については、まず、予防的機能を有する2つの手法が分析の対象になる (第1款)。

1つは、裁判上の認可 (*homologation judiciaire*) である。例を1つだけ挙げると、離婚の際の補償給付 (*prestation compensatoire*) は、民法典274条によれば、元本の形式を採らなければならない。例外的に定期金方式が認められるのは、共同申請に基づく離婚の場合だけである (278条)。

ところが、近時の下級審判決は、有責離婚に事案において、裁判官の認可を条件として定期金形式の離婚給付を認めたのである。ここに示されているように、裁判上の認可は、従来公序が占めていた場所を後退させ、それに代わって裁判官の権限を増大させる（p. 491-492.）。

もう1つは、裁判上の許可（*autorisation judiciaire*）である。この例として挙げられるのは、夫婦の一方が単独で行為を行いうる条件を定める民法典217条である。すなわち、同条は、夫婦の他方の同意が必要な行為について、その者が意思を表明することができない状態にある場合、またはその者の拒絶が「家族の利益によって正当とされない」場合には、夫婦の一方は、裁判所の許可を得て当該行為を単独で行うことができる旨を定める。ここでは、夫婦の権限は、夫婦の利益の満足へと方向付けられ、ある行為に関する比例性コントロールが実施されるのである。家族の利益は、包括的・具体的かつ客観的評価の対象となり、これを通じて、裁判官は、適法性コントロールと正統性コントロールを行うのである（p. 506.）。

(2)「コントロールされた自由」に関してもう1つ分析の対象になるのは、契約解消に対する比例性コントロールである。具体的に上げられるのは、労働法である（p. 509.）。

まず、経済的理由に基づく解雇に対するコントロールが取り上げられる。この解雇は、現実かつ根拠のある理由に基づく場合にのみ許容される（p. 515.）。このようにして、比例性コントロールが行われるのである（p. 516.）。それは、裁判例によって具体化され、解雇は、不可欠であり、他の手段の尽きたところで初めて認められるものとされている（p. 517.）。解雇はまた、使用者が再編入義務（*obligation de reclassement*。他の部署への配置転換や再就職斡旋の試み）を尽くして初めて認められる（p. 517. *et suiv.*）。このように、比例性コントロールは、労働契約の安定化に資する（p. 521.）。

もう1つは、労働者の人的生活（*vie personnelle*）に関連する理由に基づく解雇に対する比例性コントロールである。企業においても労働者は市民であり、そのような資格で市民的諸自由を享受する。これらの自由は、絶対的公序によって保護される。しかし、他方で、企業もまた、憲法的価値を有する企業の自由等を享受する。このようにして、両者の調整の必要性が生じるのである（p. 527.）。基本的枠組みは以下のようである。労働

者の人的生活に基づく解雇は、原則としては認められない。しかし、その原則は絶対的なものではなく、とりわけ企業の機能を大きく阻害するような場合には、市民的自由を優先させることはできず解雇が認められる（p. 529.）。

2 次に分析の対象になるのは、契約の有効化の方向で比例性コントロールが持っている意味である（第2款）。ここでも2つの機能が問題となる。

(1) 1つは、比例性コントロールによって、無効とされるべきであった契約が有効になるという、文字通りの有効化機能である。ここでは、代理母契約や、患者の身体的完全性に対して侵害を加える合意の例が挙げられている。これらの合意は、かつては無条件で禁止され無効とされていたが、次第に、比例性コントロールを実施した上で正統なものとして、有効とされる傾向にあるのである（p. 538.）。また、労働契約における転勤条項（*clause de mobilité géographique*）も取り上げられる。これは、労働者の労働の自由や私的生活に侵害を与えるものであるから、それが有効とされるためには、その正統性を示さなければならない。このようにして、裁判官による厳格な比例性コントロールが行われることになる（p. 542.）。このコントロールは、当初は、権限濫用または権限逸脱という制限的な枠組みで行われていた。この枠組みは、問題となる行為を原則適法と考えている点で不十分であり、個人的自由を侵害する転勤条項は、原則違法と考えるべきである。このような観点からは、比例性コントロールのほうが適切であるということになる（p. 543.）。判例もこの方向にある（p. 543. *et suiv.*）。

著者はさらに、実効的競争の維持を内容とする競争にかかわる公序と契約との衝突を問題とし、競争公序に反する契約は、違法とされるべきだと指摘する。ところで、実効的競争の目標は、経済的・社会的進歩の要素である市場の良好な運用である。そうであれば、契約が単なる競争よりもこれらの目標達成の観点からより実効的である場合には、契約は有効とされるべきである。この判断のために、比例性コントロールが活用される（p. 553.）。その具体例としては、競合避止条項が取り上げられている（p. 553. *et suiv.*）。また、競争法にかかわるもう1つの具体例として、「合理の原則」に基づくカルテルの有効性判断の問題が取り上げられる

(p. 563. et suiv.)

(2) もう1つは、無効という効果に対する有効化機能の効果である。上位の法規範に適合しない契約は、原則として無効となる(p. 571.)。これが大原則であるが、比例性コントロールの導入は、無効法にも大きな影響を与える。著者は、無効法における利益概念の重要性(p. 572.)と裁判官の役割の増大傾向(p. 573.)を指摘した後、比例性コントロールの無効法への影響として、とりわけ一部無効を挙げる(p. 581-582.)。無効が、侵害された法秩序の反動だとすると、その効果は当然に全部無効ということになる。これに対して、無効が違法性の範囲を透写することを第一の目的とするものだとすれば、むしろ一部無効が原則的サンクションとなるのである。一部無効はまた、対峙する諸利益間の柔軟な組み合わせを最も良く確保することができる(p. 582.)。

問題は、全部無効と一部無効を分ける基準である。主観説、客観説、折衷説を批判的に紹介した後、著者自身は、混合的基準を提唱する(p. 586.)。もっとも、その基本は客観的基準の重視にあり、一定の場合に、主観的基準を否定しないというものと理解してよいであろう(p. 587.)。

比例性コントロールの有効化機能についてはさらに、その無効制度に対する影響が問題とされる。ここでは、端的に言えば、現代の無効法においては、レグルマンタシオン(規制)というよりはレギュラシオン(調整)が前面に出ていることが強調される(p. 597.)。

その実定法学的現れは、絶対無効と相対無効の区別の相対化である。伝統的には、絶対無効は一般利益に関わる規範侵害に対するサンクションであり、相対無効は個別利益に関わる規範侵害に対するサンクションとされてきた。しかし、この区別は不十分なものとなっている。この2つの無効は、いずれも、問題となる行為の適法性の回復、つまり契約の規範的再統合という同一の目的を持っているからである(p. 597.)。判例も、この問題に関しては一貫性を欠いている(p. 598-600.)。

そこで、区別の基準を探求することが課題となる。一般利益と個別利益との区分(p. 601-602.)、指導的公序と保護的公序との区分(p. 602-603.)に全部無効と一部無効を対応させようとする試みは、排斥すべきものとされる。前者について言えば、一般利益と個別利益との間には、性質においても程度においても差異はないからである(p. 602.)。ここでもまたブラ

グマティズムの観点を重視すべきであり、無効は、契約の規範的再統合の技術であるという考え方を貫くべきである。このような発想からは、まず、質的基準と量的基準を組み合わせるという視点が浮かび出る。2つの無効の区分は、純粋に量的な基準に依拠することはできない。たとえば、一定の私的利益は、あらゆる個人に関わる配慮をカバーするからである。基本権がそうであり、さらに広くは人間の尊厳がそうである(p. 605.)。また、国家的な公的利益が、一定カテゴリーの人(たとえば賃借人)を保護するという政策選択を通じて現れることもある(p. 605-606.)からである。量的基準に質的基準を組み合わせなければならない。

これは、上位の価値を問題にするということである。具体的には、それなしには社会を形成しての生活が不可能になるような最低限の社会秩序や、今日では人間の尊厳がそのような上位の価値に当たるであろう(p. 606.)。人間の尊厳に関しては、絶対無効が必要となる。長期にわたって、広範な主体によるその廃止が有益だからである。また、社会を形成した生活を保護する公序も、絶対的なものであるべきである。この観点からは、現在は意思の瑕疵として相対無効と考えられている肉体的・精神的暴行による強迫も、絶対無効が原則的サンクションであるべきである。さらに、違法なカルテルや優越的地位の濫用などの競争法違反行為も、絶対無効であるべきである(p. 607.)。

これに対して、それ以外のケース、つまり社会生活にも人間の尊厳にもかかわらない場合、典型的には財産的利益にのみ関わるような場合には、相対無効に止まるべきである(p. 607.)。

著者は、この第1章の最後に、以上のようなプラグマティックな無効法を発動させるためには、裁判官の役割が重要であることを再度強調している。無効は比例的なものでなければならず、行為の不法性を除去して適法性を回復することを役割とすべきであり、一部無効を奨励すべきである以上、そこでは裁判官の積極的な関与がどうしても必要になるからである(p. 610-611.)。

第2章 交渉に基づくプラグマティックな統合

本書のこれまでの分析で扱われてきた契約の一般利益への統合はすべて、ドグマティックで実体的なものであれ、プラグマティックで比例性コント

ルールに基づくものであれ、契約を統合の客体と捉えるものであった。しかし、この統合には限界がある。第一に、それは、今日の法の変容の全体像を、とりわけ私法・公法のいずれにおいても見出される契約レトリックのインフレーション現象を捉えることができない。第二に、比例性コントロールには、カズイスティックを優先することによって法規範の予見可能性を犠牲にし法を断片化するという問題性があるが、契約を統合の客体と把握する場合には、その弊害に対する対処策を見出すことができない。第三に、以上の統合形式は、問題となる利益の多様化の中で、正統性を失う。立法者の裁判官も、対峙する利益の総体についての知識に欠けるために、価値の階層構造を定立する能力が十分ではないからである。正統性を求める基準点の移動が要請される（p. 623.）。

このようにして浮上してくるのが、契約と当事者の合意に依拠する手続的・プロセス的な正統性である。ここでは、契約は、もはや一般利益への服属の対象ではない。それは、一般利益の正統化とその実現の道具となるのである。ここでの合理性は、手続的、言説的、対話的、そしてコンセンサス志向型である（p. 624.）。

もっとも、著者は、このような正統化の変容によって、従来の統合のあり方（著者はこれを「ピラミッド型正統性 *légitimité pyramidale*」と名付ける）が消滅するわけではないことに注意を喚起する。垂直的な一般利益と並存して、契約が正統化の手法となる水平的な一般利益が登場する。ピラミッドのパラダイムがネットワーク（*réseau*）のパラダイムに置き換えられるのではなく、両者の関係は、相互補完の関係なのである（p. 624.）⁽¹⁰⁾。著者はまた、過度の契約化の危険性に対して警鐘を鳴らすことも忘れない。過度の契約化は、万人に対する万人の戦争に道を開き、強者の支配をもたらすからである。したがって、交渉に基づく法は、強制された法を前提とする。法秩序は、交渉に基づくものか、命じられたものかという二者択一的な形で論じられるべきものではない。それは、その双方なのであり、「双頭の *bicéphal*」なものなのである（p. 630.）。

このようにして、本章においては、契約は一般利益の正統化とその実現の道具と位置付けられるが、著者は、そこで具体的には2つの機能を見出す。政治的レギュレーションの道具としての契約（第1節）と、私的レギュレーションの道具としての契約（第2節）である（p. 631.）。

第1節 政治的レギュレーションの道具としての契約

まず、政治的レギュレーションの道具としての契約が分析対象となる。著者によれば、契約が政治的機能を果たすのは、近時の現象ではなく、共和政ローマや中世にも見出される現象である。契約は、歴史を通じて一定の政治的役割を付与されてきたのであり、とりわけ公権力の危機の時代にはその機能が強まったのである。政治は、まずもって「ポリス *Polis*」に関わるが、ここでは「契約社会 *société contractuelle*」の出現が特徴的である（第1款）。政治はまた、国家によって確保される社会編成に関わるが、ここでは、国家と市民社会の関係における契約の役割の増大が観察される。救済者としての国家（福祉国家）から、仲裁者（*négociateur*）としての国家への移行が見出されるのである（第2款）（p. 633.）。

1 (1) 第1款「契約社会の出現」においてまずなされるのは、社会契約理論の批判である。社会契約の語は多義的であるが社会の自己基礎付けという点で共通性を認めることができるとの認識が表明された上で（p. 634.）、ホブズ（p. 634. *et suiv.*）、ロック（p. 636.）およびルソー（p. 637. *et suiv.*）の社会契約理論が紹介される。そして、社会契約理論には一定の功績があることを承認しつつ（p. 639.）、とりわけルソーを対象として、社会契約理論の批判が展開されるのである。批判の論点は多岐にわたるが、その核心は、ルソーの社会契約は柔軟性に欠け、「瞬間的な移転」によって公権力の正統化を図るところに自らの役割を縮減するので、漸進的・継続的かつ永続的な契約化現象を捉えることができないという点にある（p. 640-641.）。契約化プロセスは、国家、市民社会および個人間の永続的な交換運動なのである（p. 641.）。このような観点から、著者は、ロールズの正義論により高い評価を与え（p. 641.）、社会契約から永続的交渉への移行を説くボッビオやエヴァルドなどの最近の理論動向に注目する（p. 643. *et suiv.*）。

(2) 続いて著者は、契約社会理論が正当であることの論証に移る。まず指摘されるのは、契約社会は、市民社会を国家から独立の積極的なものとして位置付ける理念であり、かつ、実定法の観察から得られる現実だということである（p. 644.）。著者は、その上で、契約社会論の哲学的前提として、自生的、対話的、オートポイエシス的な社会像があるとして、それぞれを代表する思想を検討する。

自生的社会像を代表する思想家として取り上げられるのは、当然にハイエクである。その核心に「無知の理論」があることが指摘され（p. 645.）、ここから引き出される、集権化された公権力に一般利益の名において社会構成員全員のために決定する権限を委ねるのは妄想だという結論に、ハイエク理論の魅力が求められる。したがって、決定権限の分散を図るべきである。その手段は、契約以外の何者でもない（p. 649.）。もっとも、著者は、ハイエク理論の限界も指摘する。それは、批判というよりはその不徹底性の指摘である。情報の欠如は、単に経済の次元の問題なのではなく、社会関係の全局面に妥当するものであり、そうであれば、契約の論理は、ハイエクが無視した領域にも拡大されるべきなのである（p. 650.）。

次に、対話的社会像を代表する思想として、ハーバマスの「議論の公共圏」論が取り上げられる。あらゆる法秩序は、正統化がなされないと生き延びることができない。ところが、現在は、裁判官と民主主義の危機の時代である。これに対処するためには、法に倫理を導入することが必要である（p. 651.）。著者によれば、これがハーバマスの基本的問題意識である。法秩序を正統化するということは、それがカバーする真理を示すことに帰着する。この観点から、ハーバマスは、法における価値を否定する法実証主義も、それを破壊するポスト・モダンの潮流も、否定的に評価する。そして、新たな合理性として、プラグマティックに基礎を置く言語の合理性と、手続的合理性を提示する（p. 652.）。そこでは、真理は常に相対的なものと捉えられつつ、議論を通じた絶えざる「普遍」の探求の重要性が指摘される（p. 652-653.）。著者は、このようなハーバマスの議論を基本的には肯定的に評価しつつ、契約が対話的・論証的社会の目に見える道具であることを強調するのである（p. 654.）。もっとも、著者は、ハーバマス理論の不十分性も指摘する。著者によれば、議論の領域はハーバマスのように市民社会に限定されるべきものではなく、むしろ国家の領域でこそ議論の役割が強調されるべきなのである（p. 655.）。

もう1つ取り上げられるのは、ルーマン、ヴィルケ、トイブナーによる社会システムに関するオートポイエシス理論である。オートポイエシス理論は、国家と市民社会との関係が契約に基礎を置くようになった今日の発展をよく表現している（p. 655.）。このような評価に立ちつつ、著者は、この理論の限界も指摘する。オートポイエシス理論は、法秩序の多元性を前

提としつつ、社会システムと国家システムとの対立を過度に強調している。しかし、種々の法秩序間では、その衝突よりもその組合せを語るべきである。オートポイエシス理論はまた、水平的ネットワークシステムを志向する点で評価しうるが、それを垂直的階層構造に置き換えようとしている点で行き過ぎである。この2つのパラダイムについては、むしろ対話的な組み合わせを追求すべきなのである（p. 656.）⁽¹¹⁾。

2 (1) 第2款「仲介者としての国家の出現」においてまず指摘されるのは、この自由主義的あるいは自省的（*réflexif*）国家と福祉国家・社会国家との関係である。著者は、断絶ではなく連続を強調する。もちろん、この2つのタイプの国家は、全く異なる。福祉国家は、強大な主権的国家であり、そこでは目的志向プログラムが優先した。それに対して、契約社会と対をなす仲介者としての国家あるいは自省的な国家においては、合理性プログラムが優先し、組織化された集団との対話、協議、交渉が促進される（p. 663-664.）。そこではまた、命令を手段とするガバメントから、コーディネートと統合の新たな技術であるガバナンスへの変容が語られる（p. 661.）。このような違いにもかかわらず、両者は、「継起的地層」において捉えられ（p. 661.）、断絶があるのではなく継続性があるのである（p. 663.）。

(2) ところで、この仲介者としての国家が機能する界域は、2つに整理することができる。1つは公法人間の契約化であり、他の1つは公法人と私人間の契約化である。前者の公法人間の契約化については、それが厳密には契約の問題であるというよりは、コンセンサスの追求であることが指摘される。そこには、正統性を強化しようとする国家の配慮、規範の名宛人の同意を調達しようとする国家の配慮が存在する（p. 665.）。他方で、この契約化には限界もあり、国家は引き続き重要な役割を果たしていることも指摘されている（p. 669.）。後者の公法人と私人間の契約化については、まずそれが、フランス流のネオ・コーポラティズムの最初の徴表であることが指摘される（p. 670.）。そして、社会諸集団が立法の準備過程に参加することを通じて、交渉に基づく法律（*loi négociée*）が生まれてくる（p. 671.）。さらに、法律と集団協定との組合せ、任意協定への国家の参加、国家法実施の局面での契約化などの新たな現象が指摘される（p. 672.）。このようにして、新たな法が誕生する。さらに、ここでは、公的利益と私

的利益の対立が相対化されることも指摘しておくべきである（p. 672.）。

このような契約化は、必然的な現象である。市民社会は、より積極的な役割を要求するようになっていく。国家は、各種の集団さらには世論の影響を受けやすくなっている。経済面での多国籍企業の強大な権力も忘れてはならない。このような状況のもとでは、規範形成は、強制的なものであり、交渉事項になってこざるをえない。このようにして、契約が政治的レギュレーションの技術として飛躍的發展を遂げるのは、現実であり必然であるというのが、著者のこの節での結論である（p. 674.）。

第2節 私的レギュレーションの道具としての契約

以上で紹介した「政治的レギュレーションの道具としての契約」に続いて分析対象になるのは、「私的レギュレーションの道具としての契約」である。個人間の関係は、契約の選ばれた領域である。そのように契約が支配者である領域で、いかなる意味で契約化を語れるのか。これが著者の最初の問題提起である。著者は、その上で次の諸点を指摘する。まず、「契約化」という語が意味するのは、契約プロセスの絶えざる増大である。次に、契約化は、契約の日常化、一般化という意味での契約の征服現象を指し示している。それまで禁止されていた領域に契約が進出し、その意味で公序の位置関係が移動するのである。契約化は最後に、法秩序の多元性を考慮することを意味する（p. 675.）。

一般利益の契約化は、法の手続化に寄与する。その意味の1つは、実体規範よりも手続規範に優先的地位を与えることである。もっとも、強者の弱者に対する抑圧の手段にならないように、手続である契約は、枠付けられなければならない。さらに、この枠付けを通じて契約が強制された法によって飲み込まれてしまわないように、正当な行為を対象とする手続規範を優先する必要がある。ここには、法の契約化と契約化の法との弁証法的関係が見出される。このようにして、諸利益の階層化を内容とする契約手続の出現と（第1款）、その手続の枠付け（第2款）が、以下の分析の対象になる。

1 (1)「諸利益の階層化を内容とする契約手続の出現」の分析においてまずなされるのは、諸利益間の利害調整の技術としての契約の検討である。これにも、2つの形態がある。自律性の要因（facteur d'autonomie）としての契約と他律性の要因（facteur d'hétéronomie）としての契約である

（p. 677.）。

(a) まず、自律性の要因としての契約については、経済・社会領域における「事業契約（contrats d'affaire）」から経済・社会領域以外の領域における「すべてを行う契約（contrats «à tout faire»）」へ、という発展図式が示される（p. 677.）。前者についても、競争法（p. 678.）、労働関係（p. 680.）、会社法（p. 685.）など種々の領域における契約化現象が示されるが、現代社会においてより重要な意味を持つのは、後者の非経済的領域における契約化である。その背景には、個人的自由の重要性の増大と個人の開花があり、家族法が豊富な実例を提供している。家族の多元化、階層化された家族からネットワーク型の家族への変容などがその背景にある（p. 691.）。そのようにして、家族形成における契約化（PACS [連帯民事協約]）（p. 698.）、婚姻の効果の契約化（貞操義務の相対化など）（p. 700.）、婚姻解消時の契約化（離婚時の合意の役割の増大）（p. 702.）、親子関係における契約化（親権、氏等）（p. 704.）などが取り上げられて検討される。

(b) 次に、他律性の要因としての契約については、契約が支配と服従の道具となりうる事実が指摘される（p. 706.）。著者がここで念頭に置いているのは、交換型契約と並んで重要性を増している組織型契約（contrats-organisation）である。この現象は研究者の関心と呼び、この契約類型には様々な名称が与えられている⁽¹²⁾。そして、著者がここで強調するのは、組織型契約においては契約がそれ自体1つの法秩序であることである（p. 707.）。このようにして、著者の分析は、契約的法秩序（ordre juridique contractuel）に向かう。

著者によれば、契約的法秩序の観念は、19世紀前半期に展開されたドゥモアールのミクロコスモスとしての契約論にその源流を見出すことができる。ドゥモアールの主張によれば、契約当事者は、契約を通じてミクロコスモスすなわち1つの小社会を形成する（p. 708.）。この発想こそが、契約的法秩序を承認する第一歩となるのである（p. 709.）。ところで、自律的法システムが存在するためには、特有の社会体の存在、固有の権限を備えた固有の機関の存在、自己組織化能力（faculté d'auto-organisation。例として挙げられているのは、労働協約に関する不断の交渉である）の存在という3つの条件をクリアする必要がある（p. 711-712.）。この結果、法の契約化と並んで、契約の制度化（institutionnalisation du contrat）への動向が現れる。

半分は自律的、半分は他律的なものとして、契約は、規範的かつ制度的なものとなるのである（p. 712.）。

以上のような契約的法秩序の考え方は、一定の契約類型に限定してのみ認められる。それは、複数人からなる継続的な集団、構成員に承認された共通利益、そして階層構造またはネットワーク構造を前提とするからである（p. 712.）。

著者は、さらに、契約は、複数の法秩序（国家、地域圏、市場、企業……）をつなぎ止めそれらの間の規範的調和を確保する機能を果たすこと（p. 713.）、契約的法秩序という考え方の背後には、個人主義と社会主義との中間に位置付けられる自由主義的連帯主義（*solidarisme libéral*）が存在すること（p. 713-714.）を指摘した上で、契約的法秩序の核にある共通利益観念を分析する。具体的に素材とされるのは、共通利益を持つ委任（p. 718.）や代理店契約（p. 719.）であるが、次の指摘がとりわけ重要であろう。すなわち、共通利益は、内在的な利益であるが個別利益の単なる加算に縮減されず、上から当事者に強制される超越的利益とは対立的なものである（p. 715.）。

著者は、続いて、契約的法秩序の構造を、集団的規範的契約（労働協約が素材とされる。p. 722. *et suiv.*）および個別的規範的契約（典型例として会社契約〔p. 727. *et suiv.*〕、非典型的な例として関係的契約〔p. 731. *et suiv.*〕および契約に基づくネットワーク〔p. 734. *et suiv.*〕が取り上げられる）に分けて検討するが、詳細は省略する。

(2) 続いて、諸利益間の利害再調整（*réconciliation*）の技術としての契約が検討される。「利害再調整」は、ここでは訴訟における利害調整を意味している。訴訟が市民社会を写す鏡であり、社会的一体性確保の手段である以上、市民社会の契約化は、直接的に訴訟のあり方に影響を与えることになる（p. 736.）。このようにして訴訟の契約化が進行するが⁽¹³⁾、そのより直接的な要因としては、費用がかかり、長期にわたり、非人間的で結果の見通しがつかないという批判の対象になっている現代司法の危機的状況がある。それをよく示すのは、ADR（フランス語では、*modes alternatifs de règlement des conflits*）であり、略語はM.A.R.Cである）の隆盛である（p. 742.）。訴訟の契約化はまた、社会平和回復を目指すものであり（p. 744.）、そこには、訴訟を議論空間と位置付け（p. 746.）、対話を重視し、

重要なのは大文字の真理なのではなく、当事者に受容されうる主観的真理なのだという新しい哲学が表明されている、というのが著者の理解である（p. 747.）。

2 最後に問題とされるのは、契約を用いて諸利益の階層化を行う場合、その枠付けをどのように行うか、である（第2款）。というのは、法の契約化には危険がないわけではないからである。それはたしかに、一般利益実現における個人の地位を回復するが、その適切な枠付けがないと、強者による弱者抑圧の手段になりかねない。しかし、この枠付けを強行法規や公序、あるいは比例性コントロールに求めることはできない。それらの手法は、適切な枠付けを与えるというよりも、契約的な活動を飲み込んでしまうからである。あるべき方向は、実体的正義の希求ではなく、手続的正義の希求である。自由と強制を調和させるためには、契約の義務論（*déontologie du contrat*）を志向すべきなのである（p. 760.）。

著者は、このような基本的観点を提示した上で、契約の義務論は、具体的には、正当な結果の獲得を容易にするために正当な契約手続を確立することを目指しており、その内容として重視されるのは、公正性（*loyauté*）原則であると指摘する（p. 761.）。公正性こそが、契約法における「見えざる手」なのであり（p. 762.）、この原則を基礎に置いた手続規範を整備することによって、契約化現象の枠付けを確保しうるのである（p. 763.）。

(1) このような認識に依拠しつつ、まず、法の契約化の母胎としての公正性原則が取り扱われる。著者が強調するところによれば、公正な契約手続は、法の契約化と不可分一体のものである（p. 763.）。そして、その具体的な発現である会社法領域における契約化（p. 763.）、不正競争法（p. 765.）、裁判の契約化が取り上げられる（p. 766.）。

それでは、このような考え方は、いかなる思想的背景を持つのか。著者によれば、公正性原則は、哲学的には、ハイエクの「正当な行為のルール」（p. 767. *et suiv.*）やハーバーマスの討議倫理（p. 769. *et suiv.*）にその基礎を求めることができる⁽¹⁴⁾。また、その法的性質も問題となるが、それは、契約法の一般原則であり（p. 771.）、道徳的義務と理解すべきである（p. 773.）。それはまた、契約法における1つの統合原則（*un principe fédérateur*）であり、その具体的現れとして、真摯性原則（*principe de sincérité*）（p. 775.）と忠実性原則（*principe de fidélité*）（p. 776.）を挙

げることができる。これら2つの原則は、実定法上区別が難しいが、いずれも公正性原則に統合されるのである（p. 778.）。

(2) 契約化現象を手続的に枠付けていくという考え方は、契約の内部構造に対しても影響を及ぼす。契約法において手続ルールが隆盛の局面を迎える反面、実体ルールが衰退していき、このようにして契約の真の手続化が進行するのである。手続ルールの発展に伴って、契約の形成、履行、消滅という各局面を区別することが困難かつ不適切になってくる。手続ルールは、これらの局面のすべてに共通する交渉・議論を対象としているからである（p. 779.）。

著者によれば、手続ルールによる公正性のコントロールには、2つの種類がある。1つは、契約の有効要件を通じての間接的コントロールである。これは、意思の合致という契約の伝統的考え方を再評価することに他ならない（p. 780.）。もっとも、これは、単なる私的自治の再評価ということではなく、公正性に裏打ちされた自由の回復ということである（p. 781.）。このようにして、情報提供義務等が新たな観点から基礎付けられる（p. 782. *et suiv.*）。同意の瑕疵についても、この方向での再構成がなされる。たとえば錯誤については、要素という客観的性質を対象とするのではなく（p. 784.）、コミュニケーション的・間主観的論理で捉え返すべきである。そうすると、宥恕すべからざる錯誤の場合には無効の主張を排斥し、動機については契約の領域に組み入れるなどの解決が展望される。詐欺についてはその適用領域が拡大されているが（たとえば沈黙による詐欺）、道徳的に抑圧すべき民事犯罪（*un délit civil*）が問題になっている以上、さらに進んで、被害者の行動の如何を問わず救済を与えるという方向を志向すべきである（p. 785.）。

手続ルールによる公正性のコントロールのもう1つのタイプは、契約当事者の行動と意図を通じて公正性を直接にコントロールするという方向である（p. 793.）。まず、契約当事者間の公正な関係を確保するために、契約交渉時における公正性が確保される必要がある。誠実な交渉義務、一方的な突然の交渉破棄の禁止などである（p. 794.）。契約の履行の局面においては、まず約務に忠実であることが要請されるが（p. 795.）、それは反面で、重大な事情の変化により当初の予期に反して契約の意味が失われるような場合には、再交渉が確保されるべきことを意味している（p. 796.）。次に、

双方性を原則とする契約法においては一見パラドキシカルであるが、一方性が必要となることもある（p. 797）。たとえば、一方的解約権である（p. 798.）。これについても新たな手続ルールを創設する必要がある（p. 801.）。そこでの理念としては、交渉原則（p. 801.）、理由開示原則（p. 802.）および予告原則（p. 803.）の3つの原則が挙げられる。

このような分析を経て、著者は、手続ルールによる公正性コントロールのまとめとして、次のように述べる。公正性を通じて当事者の行動をコントロールすることは、「契約を文明化する（*civiliser*）ための手段なのであり、契約当事者の自由の増大の代償なのである」（p. 807.）。

結論

本書の最後に置かれた「結論 *conclusion*」部分は、これまでの分析を要約するものなので、ここで改めてそれを要約する必要はないであろう。ただ、本書の最後で著者が本書の意義をまとめている部分を引用して、本稿を閉じることにする。「私法における一般利益と契約を、諸利益の階層化というパラダイムを通じて分析することには、少なくとも、私法における次のような根本的観念に関する議論を新たに切り開いたという意義を認めることができよう。その1つは、一般利益という従来なおざりにされてきた観念であり、他の1つは、契約という過度に締め付けられた観念である。この議論は、閉じられたわけではない。全く反対であって、本書で遂行した研究は、法的真実への危険に満ちた道程の最初の一步にすぎないのである。対話は開かれている。……」（p. 818.）。

(1) Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, tome 411, 2004, L.G.D.J.

(2) 本書は、部の下章、さらに節、款、項……においても、見事なまでの二項分類方式を貫いている。フランスの近時の博士論文（テーズ）にはそのようなスタイルのものが少なくないが、本書の徹底度は際だっている。本稿が示すように、本書

の分析内容は、ポスト・モダンにかなり傾斜している（もっとも、モダンの価値も放棄しないところに本書の特徴が認められるが）。そのような内容が、古典的形式のもとで表現されていること自体、興味ある現象である。なお、著者のそのような姿勢は、本誌において以下で訳出する論考においても、同様に見出すことができる。

(3) これは、実体と手続（プロセス）（p. 65. *et suiv.*）という対概念に対応していると考えてよい。また、超越性（*transcendance*）（p. 43.）と内在性（*immanence*）（p. 45.）の対概念も、これに対応している。なお、本書の参照箇所への指示は、このように、文中に直接に頁を示して行うことにする。

(4) なお、本書における「社会法」は、日本における「社会法」が通常意味するものと異なり、国家の外で市民社会から立ち上がってくる法を意味する（p. 81. 等にある「社会法」の説明を参照）。

(5) ここでの論旨は難解であるが、p. 49, note (351) で紹介されている、ベルギーの法哲学者 Fr. Ost の論文を是非参照されたい。この注を引用しておく。「社会契約理論を通して交渉に基づく法に関する推論を行いつつ、著者（Fr. Ost）は、あらゆる契約的なものを内在性の名の下で優先させるべきなのかという問題を提起する。著者によれば、このような見解は、不可能であり、また危険である。著者はそこで、自己超越性を称揚する。自己超越性は、社会的なものの自体の作用によって産出されるものであるが、それ以降はこの社会のために構造化する固定的ポイントのように機能する（p. 29.）。超越性とは異なり、自己超越性は、外部から由来するのではなく、社会自体のただ中から生じるのである。」引用頁は、次の著作のものである。Fr. Ost, *Les lois conventionnellement fomées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites*, in *Droit négocié, droit imposé?*, sous dir. Ph. Gerard, Fr. Ost et M. van Kerchove, *avant-propos Fr. Ost*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

(6) なお、著者のこの点に関する見解は、法は、その一方ではありえないとするものである。著者によれば、「法は、その一方であり、かつ、他方である（パラドックス）。さらに法は、他方を通して一方を実現する（弁証法）。法は、同時に、形式的であり、かつ、価値論的なものとして構想される。」p. 85.

(7) このような観点から著者が具体的に分析の対象として取り上げているのは、家族と企業である。その分析内容の紹介は、省略せざるをえない。p. 142. *et suiv.* 参照。

(8) このような理解は、当然に Stammler の可變的自然法論を想起させる。著者も、これに親近感を表明している。そこでは、Stammler のほか、フランスの論者として、R.Saleilles, J.Davin, Fr. Gény, M.Planiol の名が挙げられている（p. 169.）。

(9) ここでは、「新自由主義」という表現が用いられているが、それは、日本のように新古典経済学を理論的根拠としつつ、市場原理主義的な主張を展開するものと

はニュアンスを異にし、要するに個人の自由を尊重する思想潮流を総称しているようである。

(10) 以上に見られる垂直的一般利益と水平的一般利益、ピラミッド型のパラダイムとネットワーク型のパラダイムの対置は、本書の最も基本的な二項対立図式である。とすると、これを本書の構成にも反映させて、それぞれを第1部と第2部に割り振るというプランを採用するほうが論理的には適切であったとも考えられる。もっとも、そのようなプランを採用すると、第1部と第2部の分量的な均衡を確保するのがきわめて困難になる。著者が、結局、本書が現在のプランを採用した背景には、そのような事情があったものと推測される。

(11) さらに著者は、フランスにおける契約社会理論として、ハイエクの影響を受けたヴァロー（Varaut）の自由主義的契約社会論（p. 657.）、コアン＝タニュジ（Cohen-Tanugi）のアメリカ型契約社会論（p. 658.）を取り上げているが、その内容の紹介は省略する。

(12) 「経済的家臣関係 *vassalité économique*」の基礎となる「忠誠契約 *contrats d'allégeance*」または「貴族契約 *contrats aristocratiques*」が語られ、さらに「ハイブリッド契約 *contrats hybrides*」や「従属契約 *contrats de dépendance*」という呼称も与えられている。近時は、「状況契約 *contrats de situation*」や「関係的契約 *contrats relationnels*」も問題になっている（p. 707-708.）。

(13) もっともここで、著者が契約が訴訟に取って代わるわけではないと強調している点にも注意を払う必要がある。著者によれば、契約と訴訟の組合せが重要なのであり、契約化の動向が日常化し、一般化している点に新しさがあるとはいえ、国家による司法は、なお重要な位置を占め続けているのである（p. 740.）。このような複眼的思考は、本書のこれまでの分析にもしばしば登場しており、すでに指摘しているように、著者の分析の顕著な特徴をなす。

(14) このほか、法律家にはなじみが深く改めて紹介する必要がないという理由で検討の対象から外されているが、ロールズの衡平原則も、公正性の哲学的基礎のひとつとして挙げられている（p. 767.）。

