HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程 ： 一部無効論における当事者の意思の意義を通じて
Author(s)	酒巻, 修也
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第11638号
Issue Date	2015-03-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k11638
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/58764
Type	doctoral thesis
File Information	Naoya_Sakamaki.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学位（博士）申請論文

一部無効の本質と射程　- 一部無効論における当事者の意思の意義を通じて -

学位申請者　博士後期課程３年　酒巻　修也

一部無効の本質と射程　- 一部無効論における当事者の意思の意義を通じて -

博士後期課程 3 年　酒巻修也

＜目次＞

序章　問題の所在 1
　第一節　一部無効による契約の修正とその問題点 2
　　第一款　一部無効の判断基準としての２つの要因 3
　　第二款　一部無効における契約修正という側面と当事者の意思の位置づけ 7
　　第三款　近時の学説による新たな視角からの検討 13
　第二節　本稿の目的・分析の視角 18
　　第一款　本稿の問題意識 18
　　第二款　検討の対象・分析視角　－フランス法－ 19
第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立 28
　第一節　一部無効論の萌芽 29
　　第一款　民法典制定時における一部無効概念の不在 30
　　第二款　民法典制定当時における民法典 900 条の意義 43
　　第三款　判例による民法典 900 条の厳格な適用の回避 46
　　第四款　本節のまとめ 68
　第二節　伝統的な一部無効論の構造 70
　　第一款　シムレールの一部無効論の構造の概略 71
　　第二款　動因的かつ決定的な条件と当事者の意思 72
　　第三款　不可分性と当事者の意思 86
　　第四款　縮減と当事者の意思 103
　　第五款　本節のまとめ 108
　第三節　一部無効の本質の探究　－目的論的基準－ 111
　　第一款　無効の基礎・目的の客観性 112
　　第二款　一部無効論における目的論的基準の提唱 117
　　第三款　本節のまとめ 125
　第四節　本章のまとめ 127
第二章　一部無効の意義と一部無効論における「当事者の意思」の位置づけ 128
　第一節　条項の無効に関する事例 131
　　第一款　公序に関する規定の違反と当事者の意思の考慮の否定 132
　　第二款　決定的な条件の意義と条項の無効 148
　　第三款　本節のまとめ 159

第二節　複合的な契約における無効の範囲 160
第一款　二当事者間における複合的な契約の無効と不可分性概念 164
第二款　不可分性概念における当事者の意思の内実 174
第三款　連続的消滅における一部無効論と失効 183
第四款　本節のまとめ 187
第三節　縮減事例と無効との関係 188
第一款　法律により定められた上限または下限に違反した場合 190
第二款　法律により上限または下限が規定されていない場合 202
第三款　本節のまとめ 221
第四節　本章のまとめ　－一部無効の本質と当事者の意思の位置づけ－ 223
結章　日本法への示唆 225
第一節　前章までの要約 226
第一款　日本の一部無効論に対する本稿の位置づけ 226
第二款　一部無効の本質 227
第三款　一部無効論における当事者の意思の位置づけ 230
第二節　日本の一部無効論への示唆 234
第一款　「違反された合法性を回復するためのサンクション」としての一部無効と、当事者の意思と無効規範の要請との相克問題の回避 234
第二款　一部無効の本質と無効の範囲画定の考慮要素 238
第三款　本節のまとめ　－一部無効の本質とは何か－ 250
第三節　残された課題 252

序章　問題の所在

近時の契約法において、「契約の修正」と呼ばれるべき現象が生じている[1]。もっとも、「契約の修正」と呼ばれる現象には、多様なものがあることに留意しなければならない。たとえば、契約の修正が、裁判官によってなされる場合もあれば、当事者によってなされる場合もある[2]。前者の例としては不当な条項の一部無効、代金減額や事情変更による契約改訂などが、後者の例としてはスライド条項や再交渉条項などが挙げられよう。

本稿の主たる関心は、とりわけ裁判官によって明文の規定なくしてなされる契約の修正が、どのような場合に、いかなる原理に基づいてなされるかを考察することにある。つまり、裁判官により契約の修正がなされる場合においては、当事者間で当初意図されていた契約内容とは必ずしも一致しない契約が当事者に押しつけられるという側面を有する。しかし、そうであるならば、裁判官による契約の修正は、私的自治の原則との関係でどのように位置づけられるものなのか、どのように正当化されるものなのかという疑問が生じてこよう[3]。本稿は、大きな文脈においては、この問いに答えることを試みるものである。もっとも、裁判官による契約の修正においては、そのために用いられる制度も多様に存在し、また、一見して近代契約法の大原則である私的自治の原則に反するようにみえることからも明らかであるように、多くの契約法上の問題が複雑に絡み合っている[4]。そこで、本稿は、裁判官による契約の修正の正当性を明らかにするための一作業として、その中心的手段のひとつである一部無効という制度を取り上げる。もっとも、一部無効という制度を単にとり出して検討したところで問題の解決には至らないであろう。以上の基礎的な問題の解決に寄与するためには、それに適した明確な分析視角をもって取り組まなければならない。では、どのような分析視角により検討すべきか。その準備作業として、まずは一部無効に関する日本の議論を概観し、そこにおいてどのような問題があるかを指摘する（第一節。なお、日本の一部無効に関する判例の検討については結章にて行う。）。次いで、本稿がど

---

1 森田修「合意による契約の修正（1）」法協 128 巻（2011 年）12 号 2 頁。

2 その他、たとえば旧法律の存続原則に対する例外的措置としての法律による契約の修正も考えられる。「契約の修正」の問題群の整理については、森田修・前掲注(1)10 頁以下を参照。

3 詳細は後述するが、一部無効が課される場合にこのような側面があることを指摘するものとして、たとえば、山本豊「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合法解釈について」『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997 年）105 頁以下、山本敬三「一部無効の判断構造 - 契約における法律効果確定過程の構造化に向けて - （1）（2・未完）」法学論叢 127 巻（1990 年）4 号 1 頁、同 6 号 1 頁（以下、それぞれ「山本（敬）・一部無効（1）（2）」と引用する。）、近藤雄大「単一契約における一部無効の判断方法」同志社法学 60 巻（2009 年）7 号 539 頁以下、四宮和夫・能見善久『民法総則（第七版）』（弘文堂、2005 年）253 頁、大村敦志『基本民法 I （第 2 版）』（有斐閣、2005 年）86 頁がある。

4 契約の内容規制をもたらす諸制度を横断的に検討するものは少ないが、このような視点からの分析として、とりわけ、大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版、1999 年）53 頁以下が挙げられる。

のような視角からこの問題を検討するかを述べることとする（第二節）。

第一節　一部無効による契約の修正とその問題点

公序良俗違反、強行法規違反、錯誤等の無効事由が契約の一部のみにかかわる場合、どのように解決されるべきか。これについて、日本民法は明文の一般規定を置いていないが、学説上は、一部無効の問題として扱われることが多い[5,6,7]。

---

[5] 学説において「一部無効」という語が用いられるとき、それが意味することについては、次の２つがあるとされている。第一に、ある契約の一部につき無効事由が存在することそれ自体を一部無効と呼ぶことがある。第二に、ある契約の一部につき無効事由が存在する場合に、当該契約全体ではなく、当該契約の一部のみが無効となることを一部無効と呼ぶことがある。本稿では、特別の断りがない限り、一部無効と呼ぶときは後者のことを指すこととする。

[6] 一部無効に関する最近の論考として、たとえば、石外克喜「一部無効に関する一考察」民商法雑誌 49 巻（1964 年）6 号 12 頁、山本（豊）・前掲注(3)、山本（敬）「一部無効（1）（2）」・前掲注(3)、平田健治「一部無効」阪大法学 54 巻 2 号 385 頁、平野裕之「一部無効」椿寿男編『法律行為無効の研究』（日本評論社・2001 年）185 頁、中舎寛樹「錯誤における一部無効　- 裁判例の検討 - 」三重大学法経論叢 10 巻（1992 年）81 頁、近藤・前掲注(3)539 頁、熊谷芝青「一部無効法律行為と当事者意思」駒澤法曹 1 号（2005 年）13 頁、岩田真紀子「一部無効論の機能と限界」法学研究論集 34 号（2011 年）269 頁がある。

学説の整理については、山本（敬）「一部無効（1）（2）」・前掲注(3)が詳しい。

[7] 民法（債権関係）改正検討委員会による民法（債権関係）改正の基本方針のなかで、公序良俗違反を念頭に、下記のとおり一部無効に関する一般規定が提案された。

＜第 1 編総則第 5 章総則第 4 節無効および取消し＞

【1.5.47】(法律行為の条項の一部無効)

法律行為に含まれる特定の条項の一部が無効となる場合、その部分のみが無効となる。ただし、以下の各号に該当する場合には、当該条項はすべて無効となる。

〈ア〉法令に特別の定めがあるとき

〈イ〉当該条項の性質から他の部分の効力を維持することが相当ではないと認められるとき

〈ウ〉当該条項が約款の一部となっているとき（法令に特別の定めがある場合を除く）

〈エ〉当該条項が消費者契約の一部となっているとき（法令に特別の定めがある場合を除く）

【1.5.48】(無効な条項の補充)

法律行為の一部が無効とされ、その部分を補充する必要があるときは、当事者が当該部分の無効を知っていれば行ったであろう内容により、それが明らかでないときは、まず慣習により、慣習がないときは任意規定により、これらによることができない場合には、信義誠実の原則に従って、無効となった部分を補充する。

【1.5.49】(法律行為の一部無効)

法律行為の一部が無効とされるときでも、法律行為の他の部分の効力は妨げられない。ただし、一部が無効であるとすれば、当事者がそのような法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるときは、法律行為全部が無効となる。

第一款　一部無効の判断基準としての２つの要因

では、具体的な事案において、当該一部のみの無効にとどまるか、法律行為全体が無効となるかは、どのような基準により判断されるか。その帰趨について明文の規定がある場合にはそれによるが、規定がない場合に問題が生ずる。現在の学説は、一部無効の判断基準について、当事者の意思、および法秩序自体の観点からする法的評価という２つの要因を挙げるものが多い[8]。より具体的に、通説がいわんとしていることを検討していこう。

１．我妻博士の見解

現在の通説の基礎にあると評されるのは、我妻博士の見解であった[9,10,11]。

【1.5.50】（複数の法律行為の無効）
複数の法律行為の間に密接な関連性がある場合において、一の法律行為が無効となり、当該法律行為が無効であるとすれば、当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるときは、他の法律行為も無効である。

なお、その後、民法（債権関係）の改正に関する中間試案においても、一部無効に関する条文を置くことが提案されていたが、民法（債権関係）部会第 76 回会議において一部無効に関する多くの問題点が指摘された（中間試案の内容等については後述する。）。そして、平成 26 年 8 月 26 日に開催された民法（債権関係）部会第 96 回会議において民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案が決定されたが、一部無効に関する規定を置かないこととなった（法務省、法制審議会・民法（債権関係）部会のホームページを参照。）。

[8] たとえば、於保不二雄『注釈民法（4）総則（4）法律行為Ⅱ』（有斐閣、1967 年）232 頁以下（奥田昌道）、伊藤進『法律行為・時効論』（信山社、1996 年）134 頁、四宮=能見・前掲注(3)253 頁、遠藤浩・水本浩『民法総則〔改訂版〕』（青林書院、1993 年）203 頁。

[9] 我妻榮『新訂・民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965 年）257 頁。

[10] たとえば、熊谷・前掲注(6)14 頁。

[11] もっとも、一部無効に関する議論は、我妻博士の見解の前よりされていた。
現行民法制定当初に主張されていたのは、契約の一部に無効事由が存在したとしても、原則として契約の全部が無効となるというものであった（岡松参太郎『民法理由（上）（訂正 12 判）』（1899 年）265 頁、富井政章『民法原論第一巻総論（下）』（1904 年）461 頁、鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（1922 年合本）389 頁（ただし、鳩山博士の旧説である。）など。）。その理由として、法律行為の内容は原則として不可分であり、その一部のみを有効なものとすることは当事者の意思に反するということを挙げる。もっとも、例外的に、当事者の意思解釈上、その内容が可分であれば、契約の一部のみを有効とすることが認められていた。全部無効を原則とする理由である法律行為の内容の不可分性は当事者の意思を根拠とするものであるから、当事者の意思が一部のみでも有効とするときには、この意思が尊重されなければならないとする。しかしながら、このような主張は、その後みられなくなっていく。
その後にまず主張されるのが、全部無効か一部無効かいずれかを原則とするのではなく、これはもっぱら当事者の意思解釈の問題であるとするものである。もっとも、ここでいう意思解釈については、意思主義的な意思解釈を唱える見解と、表示主義的な意思解釈を唱える見解とがあった。たとえば、中島博士は、当事者の意思が一部の有効をよしとするか明らかではない場合には、この点について両当事者の意思に食い違いがあるとして全部無効とする（中島玉吉『民法講義巻之一』（1911 年）661 頁。）。これに対して、鳩山博士は、

我妻博士は、一部無効の問題を、「条理による解釈と一部無効」の題のもとで論じた。このことからも、我妻博士が、契約（法律行為）の解釈の問題と一部無効の問題とを同一視していたことは、明らかであろう。しかし、我妻博士は、法律行為の解釈を、法律問題であり、当事者の内心の意思の探究でないものと解している[12]。我妻博士の主張をみるときは、このことに留意する必要がある。我妻博士は、「法律行為の一部が、不能・不法・反社会性その他の理由によって無効なときは、法律行為の全部が無効となるか」として非常に広い問題提起をする。そして、「一部が無効なときにも、法律行為の内容は、無効な部分において空虚となるから、個人意思絶対の理論によるときは、当事者がこの無効な部分を除いてもなおこの法律行為をしたであろうと認められる場合の外は、原則として、全部を無効とすべきこととなるであろう。ドイツ民法はそう規定する（同法 139 条）。しかし、法律行為は、法律が、個人の意思を――重要な、しかしあくまでも一つの――要素として、個人間の私法関係を妥当に規律しようとする制度だと考え、その内容は、表示の有する客観的な、合理的な意義だとする理論をとるときには、右の態度〔個人意思絶対の理論による態度〕は、あまりにも偏狭である。むしろ、まず、無効な部分を法律の規定・慣習・条理などによって補充して合理的な内容に改造し、しかる後に、この合理的な内容を強制することが当事者の目的に明らかに反する場合にだけ、全部を無効とすべきものであると考える」とした。

さて、我妻博士の見解がどのような事案を念頭に置いていたかは不明であるが、その冒頭に、契約の一部が「不能・不法・反社会性その他の理由によって無効なとき」としていることから、非常に広い事案に妥当しうるものとして主張していたものであろう。もっとも、我妻博士は、「当事者の目的に明らかに反する場合にだけ」全部無効となるというが、これがどのような場合かについては不明であるといわざるをえない。

しかし、このような、一部無効を法律行為の解釈の問題と捉える主張が、一部無効の理論として学説の支持を集めていく。

２．奥田教授の見解

その後、一部無効論として論じられる事案のなかには、無効の範囲が、当事者の意思により判断される場合と法的評価により判断される場合が含まれることが、学説により指摘される。このことを、判例をもとに指摘したのが、奥田教授であった[13]。

奥田教授は、一部無効を、次のように説明する。「一般に、一部無効か全部無効かの問題は、法律行為ないし当事者意思の解釈の問題とされている。…しかし、一部無効か全部無

当事者の合理的意思により判断するほかないとする（鳩山秀夫『日本民法総論下巻』（1924 年）487 頁。）。鳩山博士にみられるこの意思解釈における表示主義的傾向は、以下、本文でみる、一部無効の問題を「条理による解釈」の問題として捉える我妻博士に通ずるものがある。

[12] 我妻・前掲注(9)258 頁。

[13] 於保・前掲注(8)232 頁（奥田昌道）。

効かの問題は、当事者の意思解釈によつて決すべき場合に限定されない」。そして、奥田教授は、契約の一部に無効原因が存するときに課される無効の範囲が一部無効か全部無効かを決定する基準について、「(a) 法秩序自体の観点から、あるいは、法的評価によつて、一部無効か全部無効かが決せられる場合（無効部分が法律行為の主要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか、付随的な部分にすぎないか等）と、(b) 当事者意思の効果としての一部無効、の 2 場合に分けられる」とした[14]。もっとも、これら 2 つの場合に区別しながらも、「…一部無効とするか全部無効とするかは、すべて、広義では『法的評価』の問題である…。ただ、法的評価にあたつて、(a) は、当事者意思を問題とせずに、形式的・抽象的に残部の有効・無効を判断する場合であり、(b) は、当事者の『意思』のモメントを重視する場合だ」という[15]。この言説からは、法的評価と当事者の意思解釈の問題とがかなり接近していることが窺える。しかし、実は、奥田教授は、(a) 法的評価の問題と、(b) 当事者の意思の問題とが接近するとしながらも、具体的な判例を検討した部分において、(a) 法的評価の問題として解決される一部無効の事案のうち、一定の事案については、(b) 当事者の意思の問題とはいえないと解しているものと考えられる。

すなわち、奥田教授は、(a) 法的評価の問題とする判例のうち、たとえば、①利息制限法の制限利率を超過する利息の約定の無効の範囲が問題とされた下級審裁判例、②価格統制法規に反してなされた超過価格での売買契約が問題とされた判例については、(b) 当事者の意思の効果の問題になりうる事案であったとは、明示しなかった[16]。具体的な事案を確認するならば、①の事案として、大阪地判昭和 25 年 11 月 10 日下民 1 巻 11 号 1794 頁（月 1 割 5 分の利息を、異常に高利であって暴利の契約であるため公序良俗に反し無効であるとし、商法の規定によって年 6 分の割合によるべきものであるとした。）、および札幌高判昭和 27 年 5 月 21 日高民 5 巻 5 号 194 頁（元金 5 万円利息月 3 割の消費貸借契約につき、その利息の合意のうち、月 1 割 5 分を超過する部分にかぎり公序良俗に違反し無効であるとした。）を挙げる。②の事案として、最判昭和 29 年 8 月 24 日民集 8 巻 8 号 1534 頁、および最判昭和 31 年 5 月 18 日民集 10 巻 5 号 532 頁（いずれも、統制価格の範囲内で代金の請求を有効とした。）を挙げる。

これらの事案を、他の事案とは切り離して、その意義を考える余地があったように思われる。しかしながら、(a) 法的評価の問題のなかには、「無効部分が法律行為の主要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか、付随的な部分にすぎないか等」という例示からも明らかであるように、上記事案で問題となった強行法規の違反という要素とは性質を異にする要素が含まれていた[17]。そして、これらが区別されることはなかった。そのため

---

14 於保・前掲注(8)232 頁（奥田昌道）。
15 於保・前掲注(8)232 頁（奥田昌道）。
16 そのほか、民法 90 条に違反する賠償額の予定が問題とされた判例も挙げるが、これについては、私見によれば、民法 90 条の内実と救済手段との関係についてさらなる検討を要する問題であると考えるため、今後の検討としたい。
17 於保・前掲注(8)232 頁（奥田昌道）が、(a) 法的評価によって全部無効か一部無効かが

に、契約の解釈の問題となりうる要素（無効部分が法律行為の主要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか、付随的な部分にすぎないか等）と、強行法規の違反という要素とが明確に分けられることはなかった。また、当時、法律行為の解釈の問題を、当事者の内心の意思の探究ではなく、表示の有する客観的かつ合理的な意義を明らかにする法律問題であるとした我妻博士の見解の影響もあり、その後の学説の多くは、事案を区別することなく、「一部無効の問題は当事者の意思解釈の問題である」としてしまったように思われる。

そこで、現在の学説の多くが、一部無効につき、どのような説明をし、そして、どのような事案を念頭に置いていたかを確認しよう。

３．現在の通説

現在の学説の多くは、あるいは一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとし、あるいはその一部無効とは何であるかにつき明確にせず、当事者の意思を基準として一部無効という効果がありうるとする。

すなわち、学説のなかには、一部無効を、法律行為の解釈上、認められうるものであるとするものがある[18]。なぜならば、法律行為の効力をできるだけ維持すべきだということがたてまえだからである[19]、または、法律行為を欲した当事者の意思に合致するからである[20]。

また、一部無効とは何であるかにつき、当事者の意思が考慮されることを認めながら、どのような問題かを明確にしない学説もある。この学説は、無効な部分を合理的な内容に修正して、法律行為の効力を認める場合があるとする。そして、全部無効と一部無効のいずれを原則と考えるかにより表現が異なるが、当事者がそれを望むであろうと認められるときには上記修正された法律行為を有効とすべきだとする学説や[21]、これを認めることが当事者の意思に反するような場合や法秩序全体の理念に反するような場合には、法律行為の全部を無効とすべきだとする学説がある[22]。

そして、多様な事案が、これらの説明のもとで挙げられていた。

決せられる場合があるという指摘をした際の、丸括弧内の例示である。

18 この旨の学説として、川井健『民法概論１民法総則（第三版）』（有斐閣、2005 年）274 頁、平野裕之『民法総則（第二版）』（日本評論社、2006 年）151 頁、甲斐道太郎・乾昭三・椿寿夫編『新民法概説（１）〔総則・物権〕（第 4 版第 2 刷（補訂））』（有斐閣双書、2006 年）134 頁。

ただし、平野教授は、類型的考察のなかで、「制裁」や「抑止」という言葉を用いており、それが契約解釈論とどのような関係にあるかは不明であるが、あらゆる場面で、「当事者が無効原因の存する一部がなくても当該法律行為をしたであろう」ことを理由に無効の範囲が画定されるとは考えていないものと思われる。

19 甲斐＝乾＝椿・前掲注(17)135 頁。

20 川井・前掲注(17)274 頁。

21 近江幸治『民法講義 I 民法総則〔第 6 版補訂〕』（成文堂、2012 年）316 頁。

22 四宮＝能見・前掲注(3)253 頁、遠藤＝水本・前掲注(8)203 頁。

ただし、四宮＝能見・前掲注(3)は、当事者の意思に明確に反する場合のみを挙げる。

たとえば、川井博士は、このような一部無効の判例として、錯誤に基づき一部無効を認めた事案のほか、強行法規の違反に基づく一部無効の事案を挙げる。前者の事案としては、①最判昭和 54 年 9 月 6 日民集 33 巻 5 号 630 頁（手形の裏書人が金額 1500 万円の手形を 150 万円の手形と誤信して手形債務を負担する意思のもとに裏書きをした場合に、悪意の取得者に対して錯誤を理由に、その手形のうち 150 万円を超える部分についてのみ償還義務の履行を拒否できるとした。）を、後者の事案としては、②最判平成 6 年 4 月 22 日民集 48 巻 3 号 944 頁（有料職業紹介における手数料契約の手数料のうち、職業安定法の定める最高額を超える部分のみが無効とされた。）、③最判平成 9 年 10 月 31 日民集 51 巻 9 号 4004 頁（信用保証協会と金融機関との間の信用保証に関する約定中に一部法律違反があった場合には、当該違反部分についてのみ保証債務消滅の効果が生ずるとした。）を挙げる[23]。

このように、たとえ強行法規に違反した場合においても、当事者の意思がそれを欲したことを理由に一部無効を認めるかのような記述がされており、今日の多くの学説は、無効の範囲に関するあらゆる問題を、契約（法律行為）の解釈の問題として捉えていた。

第二款　一部無効における契約修正という側面と当事者の意思の位置づけ

以上でみたように、現在の学説は、一部無効の問題には当事者の意思と法的評価という２つの要因があると分析するが、はたしてそれらは、具体的な場面において解決の指針となっていたであろうか。たとえば、当事者の意思によれば全部無効が望まれる一方で、違反された規定の趣旨によれば一部無効が課されるべきだと解される場合、どのように解決されるべきか。この問題につき、学説上、一部無効には当事者により当初意図されていなかった契約を強制するという側面があることが指摘されている（一）。そして、この側面を強調して、当事者の意思に決定的な役割を担わせるべしとする見解が登場する（二）。しかしながら、あらゆる場面において当事者の意思に決定的役割が与えられるならば、不都合が生じうるように思われる（三）。以下、このことを順に説明していこう。

一　一部無効と契約の修正

まず、一部無効の原理的問題として、一部無効を認めることは、当事者に対して、当初意図していなかった内容の契約を強制すること、それゆえ一部無効は裁判官による契約の修正という側面を有することが、学説上、指摘されている[24]。

たとえば、山本敬三教授は、「一部無効問題は、これらの無効規範の背景にある諸目的・諸原理・諸価値と私的自治の原則を支えるそれとを視野に入れて初めて解決が可能になる」と指摘する[25]。すなわち、一方で、ある特定の条項に無効事由がかかわる場合に、その無効

---

[23] 川井・前掲注(17)274 頁。

[24] 四宮＝能見・前掲注(3)254 頁、大村・前掲注(3)86 頁、山本敬三「不当条項に対する内容規制とその効果」民事研修 507 号（1999 年）28 頁（以下、「山本（敬）「不当条項」」と引用する。）、熊谷・前掲注(6)14 頁、山本（豊）・前掲注(3)140 頁。

[25] 山本（敬）「一部無効（1）」・前掲注(3) 1 頁。

事由は多様である。たとえば、強行法規に反し無効であるとされる場合もあれば、公序良俗に反し無効であるとされる場合もある。一部の無効が契約に及ぼす影響は、前者の場合には、明示された要件から容易に無効の範囲が導かれる場合もあるが、究極的には当該強行法規の趣旨および目的に照らして決められなければならない。後者の場合には、当該場合において公序良俗の内実が何であり、それに照らして問題とされる条項のどの部分が問題だと判断されるかにより決められなければならない。このように、ある契約の一部にのみ無効事由がかかわる場合に、それが契約に及ぼす影響は、抵触する無効規範の背景にある諸目的、諸原理、および諸価値から何が要請されるかということの検討が必要であるという。他方で、契約の側からの要請も考慮する必要がある。つまり、ある契約の一部のみを無効とした場合、とりわけそれが付随的な部分にかかわる条項であれば、残部を有効としても当事者が意図したものは達成されうるとも考えられる。しかし、当事者が意図していたのはもとの契約全体であってその一部ではなく、当該条項が無効とされるならば、それは、当事者が当初意図していたものではないとも考えられる。したがって、これが私的自治の背景にある考え方とどう調和するかが問題とされる必要があるという[26]。

二　当事者の意思を基準とする見解

以上のような一部無効が孕む問題に対して、当事者に当初意図されていなかった契約が強制されることの正当性は私的自治の原則に求められるべきであり、当事者の意思に主位的地位を与えようとする見解がある。このような主張は、通説が一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとしていたことに鑑みれば、自然な流れであろう。もっとも、ここでいう当事者の意思は、我妻博士が主張していた法律行為の解釈において想定されていた当事者の意思とは、その中身を異にする。

たとえば、熊谷教授は、一方で、「まず無効な部分を法律の規定・慣習・条理などによって補充して合理的な内容に改造し、しかる後に、この合理的な内容を強制することが当事者の目的に明らかに反する場合にだけ、全部を無効とすべきであると考えるべきである」とする我妻博士の見解およびそれに同調する学説につき、「ここには当事者意思を尊重する姿勢は認められず、逆に、『近代法の想定する合理的な個人の自由なるものは、現実の関係においては、強力なる者の利己的恣意に帰着』する、という私的自治への不信感が基礎にある」とする[27]。他方で、一部無効の一般規定とされるドイツ民法典 139 条に関するドイツの学説の議論を分析し、現在のドイツの通説においては、①合理的意思による処理は当事者意思を無視し私的自治の原則との関係で疑問がもたれていること、②一部のみを無効として契約を維持することは当事者が行為時に本来望んだものではなく、それゆえ当事者を拘束する根拠は当事者の意思に求めざるをえないこと、ただし、③残部行為を実行することを望むという当事者間の同意は実際には存在せず、私的自治の原則に従うならば、当事

[26] 山本（敬）「一部無効（1）」・前掲注(3)3 頁以下。
[27] 熊谷・前掲注(6)26 頁。

者の仮定的意思に根拠が求められることとされていると指摘する[28]。そして、日本においても、「一部無効法律行為の帰趨が、戦後のドイツにおけるように、私的自治の観点から捉えなおされ、当事者意思に主位的地位が与えられるようになるのはいつのことになろうか」とし、日本法の議論が私的自治を尊重する態度とは反対であることに疑問を抱く[29,30]。

また、民法（債権関係）の改正に関する中間試案（以下、単に「中間試案」という。）も、当事者の意思を基準とし、当事者が無効原因の存する一部を除いた残余の部分だけでは契約を締結しなかったであろう場合には、全部無効を認める[31]。中間試案は、次のように規定する。

中間試案第５、１「法律行為の一部無効」

法律行為の一部が無効となる場合であっても、法律行為のその余の部分の効力は妨げられないものとする。ただし、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、その法律行為は無効とするものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

中間試案の考え方は、次のように説明される[32]。まず、当事者によりなされた行為に過度に介入しないように、残部の効力は維持されるのが原則であるという[33]。そして、例外的に、

---

28 熊谷・前掲注(6)18 頁以下。

29 熊谷・前掲注(6)26 頁。

30 もっとも、ドイツ民法典 139 条が日本で一部無効と呼ばれる問題一般を扱ったものではないことが、奥田教授や鹿野教授らにより指摘されており、ドイツ民法典 139 条の議論がどこまで日本の一部無効論に妥当するかについては、慎重になる必要があろう。すなわち、奥田教授によれば、ドイツ民法典 139 条は当事者意思の解釈規定であり、意思自治の原則に服しうる場合にのみ問題である規定だという（於保・前掲注(14)223 頁以下（奥田昌道））。そして同条を参考にして、奥田教授は、一部無効の判断基準には当事者の意思と法的評価という２つの要因が含まれることを指摘したのであった。また、鹿野教授は、ドイツ民法典 139 条が、錯誤無効の場合を主として念頭に置いて立法されたことを指摘する（鹿野菜穂子「ドイツ民法典における法律行為の一部無効」石部編『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999 年）338 頁以下。）。

それゆえ、たしかに熊谷教授の見解は、我妻博士が一律に一部無効の問題を意思表示の解釈の問題として扱い、さらにそこでは合理的ないし客観的意思を問題とするために、当事者の意思が本来尊重されるべき場合があるにもかかわらずされていないことを指摘できるかもしれない。しかし、無効規範からの要請という側面をどう考えるかについての言及なしには、すべての事案において一部無効による裁判官の契約の修正およびそれを当事者に強制することの正当性が当事者の意思に求められるべしとは言えないであろう。

31 ただし、平成 26 年 8 月 26 日開催の民法（債権関係）部会第 96 回会議により決定された民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案においては、一部無効に関する規定を置かないこととなった。

32 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013 年）49 頁。

33 このような、当事者によりなされた法律行為はできるかぎり維持されるべきだという見

当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、私的自治の原則を重視し、本来であればすることのなかった法律行為に拘束されることが不当であることに鑑みて、契約全体の無効になるという。

三　当事者の意思を基準とする見解に対する批判

このように、一部無効には当事者が当初意図していなかった契約を強制されるという側面があることに対しては、私的自治の原則という観点から、一部無効か全部無効かの基準を当事者の意思に求めることによりこれを正当化しようとする見解が存在する。しかし、当事者の意思に決定的役割を担わせることに対し、学説のなかには、第一に、本来であればすることのなかった法律行為に拘束されることの回避という趣旨が当事者の意思を基準とすることにより達成しうるのかという点で、第二に、当事者の意思に決定的役割を担わせることにより不都合が生じる場合があると考えられる点で、疑問を呈するものがあった[34]。

まず、第一の点についてであるが、「当事者の意思」の中身が問題となる。熊谷教授の見解においても、中間試案においても、そこでは、当事者の仮定的意思が問題とされる。しかしながら、当事者は、通常、当該一部が無効であることを想定していない。当事者が意図していたのは無効事由が存在する契約であり、これについて現実の意思があったといえる。それゆえ、本来の意味での、つまり契約の解釈の問題としての仮定的意思を語る前提を欠いているといえる。また、ここでいう「当事者」とは、当事者双方を指すのか、一方当事者を指すのかという問題もある。中間試案の補足説明によれば、ここで問題とされる当事者とは、当事者双方のことを指すという。しかし、そうすると、当事者双方がその法律行為をしなかったことが認められる場合にのみ全部無効が認められることとなり、全部無効となる場面がかなり限定的なものとなる。また、仮定的意思が問題とされるため、一方当事者が現に全部無効とされることを拒んだにもかかわらず全部無効を認める場合がありうることになるが、そうすると、当事者の意思に決定的な役割を担わせることで本来であればすることのなかった法律行為に拘束されることを回避しようという趣旨が貫徹されないであろう。これに対し、基準となる当事者の意思を一方当事者の意思でよいとすれば、全部無効となる場面は非常に広くなる。一般に、一部無効と判断され残部の契約に当事者が拘束されるとするならば、当事者の一方には有利に、他方には不利に働くことが多く、残部の契約に拘束されるならば一方の当事者にとっては契約を締結しなかった可能性があ

解は、一部無効を原則とする見解によくみられる（たとえば、遠藤=水本・前掲注(8)203 頁、平野・前掲注(6)185 頁。また、消費者保護が問題とされる場合についての論考であるが、山本（豊）・前掲注(3)頁。）。しかしながら、この要請がどのような原理に基づくものかについては、はっきり述べられていない。

34 これらの疑問については、法制審議会「民法（債権関係）部会　第 76 回会議議事録」（法務省ホームページ）38 頁以下、山本敬三「民法（債権関係）部会資料 66A『民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（1）』および 66B『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（3）』に係る意見」（法務省ホームページ）6 頁を参考にした。

ろう[35]。実際に紛争となる場面においては双方に利害の対立があることが予想されるため、このような基準によって適切な紛争解決に至るかどうかという疑問が生ずる。また、ここでいう当事者の意思を、主観的な意思ではなく、合理的な人にとっての意思として客観化することも考えられる。しかし、当事者の意思を客観化するならば、当事者が当初望んだものではない契約に拘束されることの不当性から全部無効を認めるという趣旨に合わなくなる。

続いて、第二の点に移ろう。私的自治の原則による解決を、すなわち当初意図していなかった残部の契約に拘束されるという側面を強調するのであれば、無効の範囲を決定するための判断過程は、次のようになろう。すなわち、契約の一部に存する無効事由による要請を考慮して契約の残部への影響の判断の後に、たとえ問題となっている無効規範からは一部無効が望ましいとされる場合であっても、当事者の意思を基準に契約の全部無効を認めうることになる。しかしながら、常に当事者の意思に決定的な役割を担わせてよいだろうか。ここで、契約の一条項が部分的に強行法規等の無効規範に抵触する場合を例に考えてみよう。強行法規等で量的に許容された範囲を超えて、競業を避止する特約や債務者の責任を制限する条項が問題となる場合のことである。このような事例において、学説では、無効規範と抵触する部分のみが無効となり当該条項そのものは存続するとするものと、当該条項そのものが無効となるとするものとが対立する[36,37,38]。つまり、学説の対立は、あるいは当事者により締結された契約はできるかぎり尊重されなければならないという点や、無効規範に抵触しない範囲で規定した場合との均衡という点を挙げ、当該条項を部分的に

---

35 山本敬三『民法講義Ⅰ〔第二版〕』（有斐閣、2007 年）287 頁注 10 は、そもそも信義則に反し無効といえるかという留保つきではあるが、事業者にとってリスクの高い取引における免責条項について、契約を維持することが一方当事者に過酷な不利益をもたらしうるとして全部無効を認めるべしとする。

36 これは、附随的な条項の無効が問題となる場合における特殊な問題として、現在の学説においてしばしば指摘される問題である（川島武宜・平井宜夫編『新版注釈民法（3）』182 頁（森田修）、山本（敬）「一部無効（1）」・前掲注(3)2 頁、平野・前掲注(6)187 頁など。）。

たとえば、平野・前掲注(3)186 頁は、判例の分析の結果、一部無効の議論の対象とされている事例は、①結合契約の一部無効、②代金等、契約中核部分の一部無効、③契約の特別の合意の効力が問題となる場合とに類型化されうるとする。そして、第三の場合に特殊な問題として、当該条項の一部に無効事由が存在する場合についての扱いを挙げる。

また、民法（債権法）改正検討委員会による民法（債権法）改正の基本方針においても、一部無効に関する諸規定の中に、【1.5.47】(法律行為の条項の一部無効)が設けられていた(条文の内容については、本稿注(7)を参照。)。

37 この対立は、まず、旧借地法 2 条 2 項所定の期間よりも短い借地権の存続期間を定めた約定の効力をめぐって生じた。その後、強行法規による明確な基準がなく、公序良俗違反を理由とした責任制限条項の議論が生ずることにより、約定の効力を法的に許容しうる範囲を裁判所が決定しうるかという問題が指摘されることとなる。

38 条項の無効の問題は、約款規制とも深く関係する。日本においても、とりわけドイツの約款規制の議論を参考に、不当な条項の規制の在り方が展開されることも多い。

無効とすべしとするか[39]、あるいは不当な条項の予防および条項作成者への制裁という点を挙げ、当該条項の全部を無効とすべしとするかにあった[40]。しかし、この問題を学説が論ずるとき、通常、当該条項がどの範囲で無効となるかという問題を超えて、当該条項の無効が契約全体に影響を及ぼすかという点が問題とされることはなかった[41]。では、なぜ、当該条項がどの範囲で無効となるかという問題を超えて、契約の全部無効がもたらされうるかが問題とならないのか。

ここでまず、契約の一部無効が当事者にとって当初意図されていなかった契約を強制するという側面を強調した場合、どのような結論に至るかを考えてみよう。この側面を強調するのであれば、当該条項の一部あるいは全部が無効となるとした後で、当事者の意思により契約全体が無効となりうることとなる。このとき、たとえば当該条項がない契約であれば当該契約を望まない条項作成者にとっては、当該契約の全部無効を主張したうえで、当該契約と同様の契約を他の当事者と締結することを望むであろう。なぜなら、条項の不当性が実際に争われない可能性があることを考えれば、条項作成者にとってその方が利益になるからである。契約全体の無効が認められるとしても、問題がないと考えられるかもしれないが、問題とされる公序良俗の内実が弱者保護に関係する場合や、継続的契約において全部無効とされては一方の生活等に重大な影響を及ぼす場合などにおいては、そうはいかない。たとえば、山本豊教授は、消費者保護が問題となる場合においては、当該条項のうちの一部が無効となるか当該条項そのものが無効となるかという問題と、契約の全体

---

39 たとえば、山本（豊）・前掲注(3)141 頁。

40 たとえば、不当条項の文脈においてであるが、山本（敬）「不当条項」・前掲注(24)26 頁。山本敬三教授によれば、条項作成者への制裁という点が当てはまるのは、契約当事者の一方が契約条項を一方的に作成する場合であるため、消費者契約や約款が使用された場合などに限定される。これに対して、対等な当事者間で交渉のうえに契約内容が確定される場合には、同様に考えることはできないであろうとする（山本（敬）「不当条項」・前掲注(24)26 頁。）。

41 もっとも、この点について、条項の一部が無効となるか条項そのものが無効となるかという判断には、契約全体の無効がされないという判断が同時に、あるいは既にされているとも考えられる。

たとえば、山本豊教授が、「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合法解釈について」において、契約全体の無効を考察から外しているのは、消費者保護の領域において条項の無効が問題となるときには、消費者にとって、条項そのものの無効は利益となるが、契約全体の無効は利益にならないと考えられるため、契約全体の無効がされないという判断が既になされているといえよう（山本（豊）・前掲注(3)108 頁。）。また、平野教授は、「…契約全体は有効として維持される場合について、その特定合意部分が全体無効にされるのか、それとも、相当の範囲で有効…とされるのか」という問題があるとしており、条項の一部が無効となるか条項そのものが無効となるかという判断の前に、契約全体の無効をもたらすかという判断があると考えている（平野・前掲注(6)187 頁。）。

これに対して、たとえば、中間試案第 5、1 の意義につき、強行法規等の趣旨により一部無効が望ましいとされる場合であっても、当事者の意思により全部無効とされることがあると、段階的に無効判断がなされる旨を規定したものだと理解されうるとも言われている（民法（債権関係）部会第 76 回会議議事録における大村教授の発言）。

の無効がもたらされるかという問題とは、消費者にとっての利益状況を異にする、つまり、消費者にとって条項そのものの無効は利益となるが契約全体の無効は利益にならないというように方向を逆にするため、同列に論じるべきではないとする[42]。山本豊教授が契約の全部無効の問題を論じなかったのは、消費者保護が問題とされるときには、当該無効規範の趣旨に鑑みて、消費者の側の利益状況が優先されるべしと考えているからであろう。このように一部無効が問題となるとされている領域のなかには、議論の前提として、当事者の意思が優先されないとされている領域が存在しうるのであり、当事者の意思に決定的な役割を担わせるならば、当該無効規範からの要請と当事者の意思との関係が明らかにされなければならないように思われる。

以上でみたように、通説のように、一部無効の問題には当事者の意思と法的評価という２つの要因が含まれると分析したところで、問題の解決には至らない[43]。また、学説上、一部無効が当事者にとって当初意図されていなかった内容の契約を押しつけるという側面を有することが指摘されている。そしてこの点につき、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとしていた通説の捉え方からすれば、私的自治の原則を強調し、当事者の意思に決定的な役割を担わせる旨の主張がされたのは、当然の流れであったように思われる。しかし、この主張に対しては、第一に、当事者の意思とは何かを考えるとそれが基準となりうるものなのかという疑問が、第二に、一部無効が問題となる領域は広く、あらゆる場面において無効規範からの要請に対し当事者の意思が優越すると解することがはたして妥当なのかという疑問が生じよう。一部無効の問題においては、一部無効の判断において当事者の意思がどのような役割を有するのか、当事者の意思は無効規範の要請等の他の考慮要素とどのような関係にあるのか、いかなる場合にいかなる要素が考慮されるべきかなど、明らかにされなければならない点が数多く残されている状況にある。

第三款　近時の学説による新たな視角からの検討

以上において、一部無効の問題には当事者の意思と法的評価という２つの要因が含まれるとの分析が具体的な問題において解決の指針にはなっていないこと、さらに、当事者の意思を基準とし無効の範囲を判断することに対しては批判があることをみてきた。では、具体的な問題の解決の指針をもたらすためには、何を明らかにしていかなければならない

---

[42] 山本（豊）・前掲注(3)108 頁。

もっとも、山本豊教授は、消費者にとっての利益状況が、当該条項うちの一部が無効となるか当該条項そのものが無効となるかという問題と、契約の全体の無効がもたらされるかという問題とで異なるとするが、この点については検討を要しよう。つまり、不当な条項を規定するような相手方と契約関係にあることを望まない消費者も考えられ、この場合には、契約の全体が望まれるからである。そのため、本稿では、条項の一部無効という問題と契約全体における一部無効という問題とを別個の問題とは考えずに検討を進める。

[43] 山本（敬）「一部無効（2）」・前掲注(3)11 頁。

か。これについて、近時、従来の議論とは異なる視角から、一部無効に関する従来の学説の議論が不十分であるとの指摘がなされており参考となろう。それは、第一に、一部無効と同様の結論をもたらす救済手段には多様なものがあるという指摘であり、第二に、一部無効が問題となる事案を類型化すべきであるという指摘である。

一　一部無効と同様の結論をもたらす救済手段の多様性

第一は、一部無効と同様の結論に至りうる制度が多様に存在するにもかかわらず、それら他の制度との関係についての検討がされていないことである[44]。

たとえば、契約に付された条項が不当であると考えられる場合を例に考えてみよう。このなかには、ある条項の存在それ自体が不当とされる場合と、当該条項が強行法規等に部分的に抵触している場合とがある[45]。前者の例としては、労働契約の約定のなかに労基法の定めに反する条項が存在する場合などが、後者の例としては、違約金条項や借地期間を定めた条項、責任制限条項などが挙げられる。

これらの場合に、判例および裁判例には、一部無効のほか、契約の解釈、信義則による条項の援用の制限をすることにより、解決をするものがある[46]。一部無効による解決をした判例および裁判例としては、ユニオン・ショップ協定のうち、他の労働組合に加入した者などにつき解除義務を定めた条項を無効とするもの[47]、建物賃貸借契約の居住者を賃借人が賃貸人に申し出た者のみに制限し、特に賃貸人が承諾を与えたもののほかはいかなる名目でも居住させないとする条項を無効としたもの[48]、航空旅客運送約款中の責任制限条項につき著しく低額であるとして公序良俗に反し無効であるとしたうえで、裁判所の裁量により合理的な責任限度額を定めることができるとするもの[49]等がある。契約の解釈による解決をした判例および裁判例としては、宿泊約款において、宿泊客がホテルに物品、現金、貴重

---

44 山本（敬）「一部無効（1）」・前掲注(3)7 頁、大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版、1999 年）83 頁。錯誤による一部無効を認めた裁判例を分析したものであるが、中舎・前掲注(6)82 頁によってもこの点が指摘されている。

45 条項が部分的に強行法規等の無効規範と抵触する場合につき、そもそも何が無効となる「一部」であるかは、明確ではない。さらには、条項をどのように規定するかにより、条項が無効規範と部分的に抵触しているか全部において抵触しているかという違いは相対化される。たとえば、債務者の故意または重過失に基づく責任制限条項が無効であるとされるとき、単に、「債務者の責めに帰すべき事由により生じた損害につき、債権者は、一定程度の損害賠償しか請求できない」と定められる場合もあれば（通常はこのような規定のされ方であろう）、「債務者の過失により生じた損害につき、債権者は、一定程度の損害賠償しか請求できない」という条項と「債務者の故意により生じた損害につき、債権者は、一定程度の損害賠償しか請求できない」という条項とが別個に定められる場合もありえよう。

46 日本の判例については、結章にて再検討する。

47 最判平成元年 12 月 14 日民集 43 巻 12 号 2051 頁。

48 東京地判昭和 51 年 9 月 27 日判時 855 号 79 頁。

49 東京地判昭和 53 年 9 月 20 日判例時報 911 号 14 頁。これに対し、大阪地判昭和 42 年 6 月 12 日下民集 18 巻 5-6 号 641 頁は、同約款中の責任制限条項があまりにも低額であることを理由に公序良俗違反を認めたが、合理的な責任額を定めることをしなかった。

品を持ち込み、それをフロントに預けず、また、ホテル側にその種類および価額の申告をしなかった場合におけるホテル側の賠償限度額を一定額に制限する旨の条項につき、故意または重過失の場合の責任制限が不当だとして、当該条項を、軽過失の場合について定めたものと制限的に解釈するもの[50]等がある[51]。また、信義則に基づき債務者の条項の援用を制限した裁判例として、賃貸借契約における賃料不払いの際の無催告解除条項につき、その援用を信義則により制限し解除の効力を否定するもの[52]等がある。

しかしながら、このように同様の解決をもたらしうる制度が多様に存在しうるにもかかわらず、学説には、ある条項が不当であると考えられる事案に対し、一部無効という制度がどのような解決をもたらしうるかという点のみを論ずるものが多い[53]。つまり、学説の焦点は、一部無効という制度を用いて、条項のみが無効となる場合と契約全体が無効となる場合との区別や、条項が強行法規等と部分的に抵触するものについてはどの範囲で無効となるかにあった[54]。

このような学説の傾向に対して、山本敬三教授は、一部無効と同様の解決をもたらしうる多数の制度が存在するにもかかわらず、一部無効という枠内でしか論じない従来の学説においては、それら各制度の有する制約が見過ごされ、それら固有の制度が混同されることにより一部無効の原理上の問題が回避され、さらには隠ぺいされるおそれがあると指摘する[55,56]。

---

50 最判平成 15 年 2 月 28 日判時 1829 号 151 頁。

51 問題とされている公序良俗の内実は何かを考えたとき、同じ責任制限条項であっても、航空旅客運送約款に付された責任制限条項と宿泊約款に付された責任制限条項とで同様に扱いうるかは問題である。たとえば、両者において、その額があまりにも低額すぎることが問題とされる場合（最判平成 15 年 2 月 28 日判時 1829 号 151 頁において問題とされた点とは異なる。）、一方では人身に生じた損害の問題であり、他方では物に対する損害であることは、結論に影響を与えうるか。この点については、今後の課題としたい。

52 東京高判昭和 36 年 5 月 19 日東京高民時報 12 巻 5 号 101 頁。同旨の条項については、大判昭和 7 年 10 月 22 日法律新聞 3487 号 8 頁が、公序良俗に反しないとしている。

53 もっとも、たとえば、責任制限条項により定められた額があまりに低額であっても、明確に定められている以上、契約の解釈の問題として解決することは難しいと指摘するものもある（山本（豊）・前掲注(3)108 頁注 3。）。

54 たとえば、山本（敬）「一部無効（2）」・前掲注(3)11 頁は、他の解決方法の不適切さを示したうえで、ある解決方法を採用するというような批判的検討がなされていないという。

55 山本（敬）「一部無効（1）」・前掲注(3)13 頁。

56 山本（敬）「不当条項」・前掲注(24)23 頁以下は、不当条項に対する内容規制に関する文脈においてのものではあるが、①無効基準が確立しているかどうか、②不当性が当該条項の本体的な部分にあるか周縁的部分にあるか、③条項内容が容易に認識されうるものかという 3 つの要素を挙げ、制限解釈が望まれる場合と無効判断が望まれる場合との区別を図る。山本敬三教授は、この基準を提示するにあたり、制限解釈の制約、すなわち、上記②との関係では周縁的部分であれば当事者がそのような部分まで含めるつもりはなかったといいやすいこと、上記③との関係では大多数の者にとって条項をみただけでは自分がした契約の意味がわからない場合には制限解釈の必要性が生ずることを挙げる。しかし、そうでない場合には無効判断により解決されるべき論理的理由については明らかではない（不

そして、公序良俗と不当条項規制との関係でいえば、大きく次の２つの観点から、一部無効を課すことへの慎重論が唱えられている。第一は、90 条を根拠に一部無効を認めることに慎重となるべしという主張である。北川博士は、不当条項に対して正面から 90 条を適用した場合には、効力の否定を導くことはできても、あるべき権利義務関係について基準を提示するという積極的作用を導くことはできないと批判する[57]。また、大村教授も、契約解消という救済が追求されている場面と、契約を存続させて調整的な救済が追求されている場面とを機能的に区別すべきであり、90 条は、前者の場合に全部無効という効果を導くために適切であるとしても、後者について一部無効という効果を導く制度としては適切ではないという[58]。第二は、公序良俗は、契約当事者の置かれている具体的な状況とは独立に当該条項が有する客観的内容それ自体を規制するのに適した制度であるという指摘である。これに対し、たとえば、消費者保護のために公序良俗規範を柔軟化して契約条項の不当性を把握するためには、具体的な援用の局面に応じて当該条項の不当性を考慮するという発想が必要になる。ここでは、公序良俗よりも信義則や権利濫用の方がこの発想に適した枠組みであるという[59]。

このように、一部無効と同様の結論をもたらしうる多様な制度がある一方で、従来の学説においては、それらの制度の関係が明らかにされてこなかったと言える。それは、たとえば消費者保護のような契約法が直面する新たに生じた問題に対して、ある制度を柔軟に運用することで応ずることに焦点が合わせられていたためであろう[60]。しかし、近時の学説の指摘を踏まえると、各制度に固有の制約を無視して議論が展開されるならば、それぞれの制度の意義および相互関係は不明瞭なものとなり、本来問題とされるべきはずの点が隠されたまま、制度が運用され続ける可能性がある。

二　一部無効事案の類型化の試み

第二は、一部無効を類型化する必要性があるという指摘である。これまで一部無効は、事案の違いを考慮せずに議論が展開されていた。しかし、近時の学説は、一部無効には特

当条項規制に関する論稿であり、想定される条項が無効規範に抵触していることが前提とされるからであろうか。）。

57 私法学会シンポジウム「約款―法と現実」私法 44 号 97 頁以下（北川善太郎発言）。

58 大村敦志『消費者法〔第 3 版〕』（有斐閣、2007 年）126 頁。

59 川島=平井編・前掲注(36) 181 頁（森田修）は、想定される批判の１つとしてこの点を挙げる。

60 一部無効の活用のほかにも、消費者保護の問題など近時の契約法上の問題に対して、既存の契約法理の対応が試みられている。たとえば、強引な勧誘により契約内容をよく理解しないままに契約を締結した場合や、約款をよく読まずに契約書に押印した場合に、真意を問題として合意が存在しないと解決や、例文解釈などにより解決を行おうとする見解がある（たとえば、河上正二『約款規制の法理』（1988 年）。）。また、契約の解釈においては、契約内容を明らかにするのみならず、文言どおり解すると不当な条項について合法解釈が用いられることもしばしばある。このような近時の契約法上の問題に対する既存の法理の対応については、大村・前掲注(4)53 頁以下が横断的に分析している。

徴を異にする事案が含まれていることを明確にしなければならないと主張する。たとえば、平野教授の見解がそれである[61]。

平野教授は、一部無効論のなかには、（１）結合契約の一部無効、（２）代金等契約の中核部分の一部無効、（３）契約の特別の合意が問題になる場合、という３つの類型があることを指摘する。そして（１）結合契約の一部無効論は、契約解除等における複合契約論と連続した問題である、（２）代金等契約の中核部分の一部無効は、数量的な無権代理（越権代理）事例における解決との整合性に気をつける必要がある、（３）契約の特別の合意が問題になる場合は、契約内容の改訂など、私的自治規範を修正して押しつけることが認められるかという問題にかかわるとする[62]。

そして、平野教授の見解は、一定の事案類型においては、当事者の意思という要素があまり考慮されていないことを指摘した点で特徴的である。

（１）結合契約の無効の範囲が問題となる場合のうち、複数の契約が密接不可分に結びついている場合につき、公益的無効以外の場合と、公益的無効の場合とに区別する（公益的無効の事案とは、たとえば、最判昭和 30 年 10 月 7 日民集 9 巻 11 号 1616 頁（Y が A に酌婦稼業をさせる対価として X から消費貸借名義で前借金を受領した事案において、A の酌婦稼業と Y の金員の受領とを、「密接に関連して互いに不可分の関係にあるものと認められるから、契約の一部たる稼業契約の無効は、ひいては契約全部の無効を来たすものと解する」とした。）である。）。そして、一方で、公益的無効以外の場合には、当事者がその部分がなければ契約をしなかったと思われる場合には、全部無効とされるべきであるとし、他方で、公益的無効の場合には、「無効とした規範の目的を達成するためには、全部無効とする必要がある場合には、全部無効とすべきである」とする[63]。

（２）代金等契約の中核的部分についての一部無効について、数量的規制法規違反があった場合には、違反した超過部分のみの無効を認める規定がない場合にも、「その規定の趣旨からして私法上も無効としなければ意味がなく、また超過部分の無効だけで十分である」とする[64]。

また、（３）契約中の特約的合意の無効についても、規制する法令はあるが違反の効力について規定がない場合には、「その条項部分を無効にするだけであり、契約の無効を来たすことはないといってよいだろう。そして、その条項部分についても、規制法規の目的からして必要な限度にとどめれば十分であろう」とする[65]。

---

61 平野裕之「一部無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001 年）185 頁（以下、平野「一部無効」と引用する。）。

そのほか、類型化を試みる論稿として、平田健治「一部無効」阪大法学 54 巻（2004 年）2 号 1 頁がある。

62 平野「一部無効」・前掲注(61)186 頁以下。

63 平野「一部無効」・前掲注(61)206 頁以下。

64 平野「一部無効」・前掲注(61)206 頁以下。

65 平野「一部無効」・前掲注(61)208 頁。

このように平野教授の指摘は、①当事者の意思が考慮されて解決される事案というのが、実は非常に限定されていたこと、②それ以外の事案においては、当事者の意思以外の理由により無効の範囲が画定されることを示唆するものであり、興味深い。

しかし、類型化を試みる学説は、当事者の意思が考慮されずに無効の範囲が画定されることがあるとする一方で、この一部無効とは何かにつき、その意義を探究することをしなかった。それゆえ、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を基準とする見解がいう、一部無効を課すことは、当事者が当初意図した契約内容とは異なるものを押しつけるという側面を有するため、当該一部がなくても当事者が契約を締結することを望んだであろう場合にのみ、一部無効が課されるという指摘に対して、積極的に応接することができなかったように思われる。

このように学説は、当事者の意思が考慮されて無効の範囲が画定されるわけではない事案があることについて認識しながらも、「一部無効は、当事者の意思の解釈の問題である」という命題に対して、それを正面から疑うことをしなかった。まさに、このことが、一部無効の混迷の原因であったように思われる。

第二節　本稿の目的・分析の視角

第一款　本稿の問題意識

それでは、本稿は、裁判官による契約の修正の理論的基礎の解明に向けた手掛かりを探るという本稿の課題に取り組むにあたって、どのような態度を採るべきか。前節でみた議論の状況を振り返りながら、本稿の問題意識を明確にしておこう。

従来の学説の議論およびそれに対する指摘からも窺えるように、一部無効の問題には、第一に、無効規範からの要請と私的自治ないし契約自由の原則からの要請との相克という側面が、第二に、一部無効と同様の結論をもたらしうる制度の多様性という側面があった。そして、これらの側面が不透明なまま複雑に絡み合い、一部無効の問題をより難しいものとしていた。

この現状は、何に由来するものであろうか。本稿は、この現状を、「一部無効の制度上の位置づけ」に関する議論が従来十分になされてこなかったことに由来するものと考えたい。前節でみたように、一方で、「一部無効の判断基準に当事者の意思と法的評価という２つの要因がある」という分析によっては具体的な事案の解決へと至っていない。また、一部無効には、当事者の当初意図していたものとは異なる契約を強制するという側面があることを認識するに至ると、この問題に対して、私的自治の原則という観点から当事者の意思に決定的な役割をもたせるべしとして、つまり、当事者が残部の契約では契約を締結しなかったであろう場合には全部無効とするとして応じた。しかし、具体的な事案において必ずしもそう言えるかについては疑問があった。他方で、近時、一部無効と同様の結論をもたらす多様な制度の存在が指摘されてはいる。しかし、それら諸制度と一部無効との違いが

明確になっていない状況にあるといえる。また、一部無効の類型化の必要性が唱えられてはいたものの、一部無効とは何かにつき積極的に論じようとはせず、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとする主張に対して応接できずにいた。そのためであろう、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとする主張が根強く残ったままとなっていた。これらの問題状況に照らせば、従来の一部無効の議論における「一部無効は当事者の意思解釈の問題である」という命題に対して、正面から論じなかったがために、違反された無効規範の要請が一部無効の問題においてどのように位置づけられるものであり、また、当事者の意思はどのような役割を有するかについて、不透明な状況が続いているのではないかと思われる。そこでまずは、一部無効において判断基準とされてきた当事者の意思および法的評価という２つの観点が、一部無効という制度とどのような関係にあるか、つまり、一部無効という制度がいかなる本質を有し、そこから導かれる帰結とは何かについて、正面から論じるべきではないだろうか。

すなわち、一方で、通説は、一部無効の問題を、意思解釈の問題として捉える[66]。しかし、当事者は、通常、当該一部が無効であることを想定してはおらず、一部無効の問題は、当事者の意思を明らかにするという意味での通常の意思解釈の問題とは異なるといえる[67]。そこで、意思解釈の問題というのであれば、当該契約の一部に無効事由が存在することにより一般的な意思解釈の問題とは異なる側面があるか、あるとすればどのように異なるかなど、一部無効という制度の意義が明らかにされなければならないであろう。従来の学説においては、このような基礎的な問題に対して十分に検討がされてこなかったように思われる。

そして、まさにこの基礎的な問題に対する関心の欠如が、具体的な局面における一部無効の判断基準の不明確さ、一部無効の内在的制約を無視した過度な汎用、さらには一部無効が課されることの正当性に関する混乱を招いたのではないかというのが、本稿の問題意識である。本稿は、このような問題意識に基づき、一部無効とはどのような制度かについて、つまり一部無効の本質について明らかにすることを目的とする。すなわち、一部無効の本質を検討することで、不透明な状況にある一部無効の判断基準を新たな理論枠組みのもとで捉えなおすことができよう。そしてまた、一部無効という制度が、裁判官による契約の修正をもたらす他の諸制度との関係でどのような意義を有しており、どのような限界を抱えているかを明らかにし、裁判官による契約の修正の正当性を検討する際の新たな視座を提示することにもつながると思われる。

第二款　検討の対象・分析視角　－フランス法－

「一部無効という制度の本質は何か」という課題を検討するために、本稿は、フランス

---

66 たとえば、我妻・前掲注(9) 257 頁。
67 四宮＝能見・前掲注(3)。

法を取り上げる。なぜなら、フランス法と日本法の議論を比べてみると、類似性と異質性の双方がみられることにある。

すなわち、フランスにおいても、日本と同様、無効の範囲の問題が論じられる際、その判断基準として、当事者の意思と公序の要請または法の目的という２つの点が挙げられる。しかし、今日のフランスの学説によれば、両者は、並立する基準であるとは考えられていない。学説のなかには、一方で、当事者の意思を基準とすることは公序の要請により退けられるとするものが、他方で、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思は考慮されないとするものがある。これは、一部無効が無効論の変容により理論的正当性を獲得したためであった。この点につき、詳細は本論で検討するが、本稿がとるべき分析視角を明確にするためにも、簡単に、フランス法における一部無効の位置づけを確認しておかなければならない。

一　フランス法における一部無効の位置づけ

フランス民法典上、無効原因が契約の一部にのみ存する場合に、いかなる範囲で契約の無効が課されるかにつき、一般規定が置かれていない。そのため、20 世紀中葉までは、一部無効という概念ないし制度についてほとんど語られることはなかった。学説において一部無効という概念ないし制度を注目させるに至らしめたのは、シムレール（Ph.Simler）による、『法律行為の一部無効（La nullité partielle des actes juridiques）』[68]であったとされる[69]。シムレールのテーズの序論によれば、無効と一部無効との関係に言及した箇所に次のような言述がある。

> 「サンクションは、規定により目指された目的を実現しなければならない、言いかえれば､禁止されたものが無効とされなければならない(ce qui prohibé doit être annulé)。しかし、これ〔サンクション〕は、当該目的を越えてはならない。唯一、禁止されたものが、無効とされなければならない。それゆえ、もし、ある行為において、条項、条件、負担...が不法あるいは不道徳なものであるならば、唯一、当該規律のみが、原則として、無効とされなければならない。このようにして禁止の目的は達成される。」[70]

シムレールは、無効がサンクションであることから、違反された法の目的を達成する必要があり、かつ、それで十分であるため、行為に対し一部無効が課されることになるとする[71]。この言述からは、無効の本質をサンクションであるとする捉え方と一部無効とが密接

---

68 Ph.Simler, La nullité partielle des actes juridiques, thèse, LGDJ, 1969.
69 J.Ghestin, Les obligations , Le contrat：formation , 2e éd., LGDJ, 1988, no 872.
70 Ph.Simler , op.cit., thèse, no 28.
71 フランスにおける「サンクション（sanction）」という語の意義について、18 世紀においては、サンクションは、行為者に対して課されるものであるとされていた。しかし、その後、「サンクション」という言葉は、違反された法秩序の回復としても捉えられるようにな

に関連することが窺える。すなわち、フランスにおいては、20 世紀初頭、無効論が変容を被り、無効の本質が、行為の状態としてではなく、法的サンクションであると捉えられるようになる。彼の言述からは、無効の本質の変化が一部無効の基礎にあることが示唆されており、無効の本質に鑑みて、法の目的の実現という観点から一部無効が課されるべきことが主張されている。ただし、混乱を招かぬようにここで指摘しておきたいことは、シムレールのこの一部無効の理論的正当化ともとれる言述は、彼の一部無効論においては貫徹されていないという点である。いかなる点で貫徹されていないか、その原因が何であったかについては後述するが、このことが原因となって、シムレールの一部無効論は、その後、有力な学説により批判されることとなる。

なお、この一部無効の本質ともいいうる指摘は、その後の学説においても頻繁に主張されている。たとえば、今日の債務法に関する著名な概説書のひとつである、ゲスタン&ロワゾー&スリネ（J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet）による『契約の成立　第二巻（第四版）』において、「無効（les nullités）」と題された部分を担当したスリネ（Y.-M.Serinet）は、次のようにいう。

> 「無効は、ある行為の状態（une état de l'acte）ではなく、ある命令的規定（une règle impérative）の実効性（efficacité）を確保することを目的としたサンクションである。そのため、これ〔無効〕は、この目的に適合したものでなければならない。以上のことは、禁止されたものが無効とされなければならず（doit être annulé）、しかし、それだけで〔十分で〕ある〔ことを示す〕」[72,73]。

このようにフランスにおいては、無効の一態様として一部無効が捉えられ、無効の本質に鑑みて一部無効が課されるとされている。

しかし、ここで注意しなければならないことは、多くの学説が、無効の範囲画定の基準を論ずる際に、以上のような法の目的という観点のほか、当事者の意思についても言及す

った（J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, La formation du contrat, tome 2 ; L'objet et la cause – Les nullités, 4e éd, LGDJ, 2013, no 2033.）。

もっとも、その法の目的が実現されるためには、サンクションが実効的に課されなければならない。それゆえ、サンクションが抑止的機能を果たしているか、違反により生じた結果が回復されているかという点が考慮されるが、これは、「制裁」であるからではない。

72 J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, La formation du contrat, tome 2 ; L'objet et la cause – Les nullités, 4e éd, LGDJ, 2013, no 2626.　本書は、「目的（l'objet）」、「コーズ（la cause）」、「無効」という３つのテーマについて扱った共著作であるが、本書の冒頭にあるプランによれば、「無効」の部分については、スリネが担当している。

73 債務法に関するほとんどの体系書においては、一部無効については簡単な説明がされるだけである。しかし、ゲスタン&ロワソー&スリネによる体系書のシリーズでは、ゲスタンの単著であった頃の第二版では約 50 頁が、共著となりスリネが担当した第四版では約 150 頁が、一部無効およびそれに関連する制度についての説明に充てられており、かなり詳細なものとなっている。

る点である。学説は、判例においても無効の範囲を画定するための基準として当事者の意思が考慮されていると解する。たとえば、シムレールは、先に引用した言説に続いて次のようにいう。

「しかし、この〔規定に反した部分が無効とされなければならないという〕原則は、ときおりその結果が恣意的であるため、弱化を受ける必要がある〔上記原則の絶対性を弱める必要がある〕。実際、法律の違反が抑えられ〔法律が違反された状態が解消され〕、かつ一般利益が満たされているとき、ある他の、われわれの債務法に関する一般原則が介入する：意思自律のそれである。無効とされた行為の一部が、行為者からみて基本的なものであった、その結果、それ〔無効原因が付された部分〕なくして行為を締結しなかったならば、それ〔当該行為〕は、全体として消滅しなければならない。」[74]

つまり、シムレールは、無効の範囲を画定するために無効規範の趣旨を考慮するにあたり、裁判官の恣意が働くことを危惧した。そこで、当事者の意思を基準にして無効の範囲を画定するという解決により、その恣意性を回避しようとしたのであった。

また、ゲスタンも、無効の範囲を画定するにあたって、当事者の意思を考慮する必要性を説く。

「無効化（l'annulation）は、論理的に、規定に反する契約の効果に制限されなければならない。しかしながら、無効の範囲を決するためには、当事者の意思およびサンクションの有効性を考慮しなければならない」[75]。

さて、フランス法における一部無効の基準に関する現在の議論を概観するならば、以上のように、法の目的という観点と、当事者の意思という観点とが挙げられることがわかった。ここで、日本の一部無効論における問題状況が想起される。すなわち、当事者の意思と公序の要請との相克の問題である。しかしながら、同時に、フランスにおいては、独自の視点が存在することも指摘できよう。

それは、無効の本質と一部無効との関係への言及である。無効の本質という観点から、法の目的の実現という基準が抽出される。これに対して、興味深いことに、シムレールの上記言説においては、法の目的を裁判官が考慮する際の恣意性への配慮という点が挙げられてはいるが、ゲスタンの言説からは、当事者の意思という基準の位置づけは、明らかではない。このことから、次のような疑問が生じてこよう。それは、無効の範囲画定のための基準として主張されている法の目的の考慮という基準と当事者の意思の考慮という基準

---

74 Ph.Simler , op.cit., thèse, nº 28.
75 J.Ghestin, op.cit., la formation, nº 870.

とは、想定されている問題状況が異なるのではないかという疑問である。

実際、シムレールのテーズに対しては、一部無効の意義を捉え直し、一部無効の本質上、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思という主観的な要素が考慮されてはならないとする有力な学説が、その後に登場する。そしてこの学説の理論的な妥当性は、学説により援用されることが多いことからも認められているといってよいであろう。

しかし、包括的に一部無効論を説明する現在の学説に目を向けると、有力説が一部無効の本質を解明し当事者の意思を無効の範囲画定の考慮要素から除外したにもかかわらず、無効の範囲を画定するにあたって、当事者の意思が考慮されることがあると指摘され続けられている。これが、フランスにおける一部無効の位置づけおよび現状である。

以上のことを踏まえるならば、本稿は、次の仮説をたてることが許されよう。それは、①当事者の意思という基準により判断される（されるべき）事案と、法の目的という基準により判断される（されるべき）事案とは、想定される事案が異なるのではないか、②これらをまとめて統一的な基準により解決を図ったシムレールが考える「当事者の意思の考慮」の内実と今日の学説がいう「当事者の意思の考慮」の内実とは異なるものではないか、という仮説である。

二　分析の視角

以上の日本法の議論の現状とフランス法における一部無効の位置づけおよび現状を踏まえ、本稿は、次の２つの分析視角により、一部無効とは何かという根本的な問題について考察をする。

第一に、一部無効が無効とどのような関係にあるかという点に着目する。すなわち、フランスにおいては、無効と一部無効とが同一の本質を有する概念であることが示されていた。そこで、無効の本質とは何か、一部無効の本質とは何かを探ることは、今日の日本の一部無効論の混迷した現状をひも解くための有用な手法であると考える。

しかし、フランスにおける一部無効に関する議論を一見するかぎり、一方で、無効の本質から一部無効が法の目的を達成するためのサンクションであると捉えられながらも、他方で、当事者の意思の考慮が当初から指摘されており、批判を受けてもなお主張され続けていた。

そこで第二に、一部無効において当事者の意思がいかなる役割を果たしているかという点を、当事者の意思の考慮が一部無効の問題とされうるさまざまな事案を解決へと導く原則的な基準であると考えることに批判的な態度をとりながら検討することとしたい。あらかじめ結論を先に述べることになるが、フランスの一部無効論の先駆者であるシムレールは、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思を原則的な基準であるとし、これをさまざまな事案において妥当するものであるとした。つまり、一部無効論に関する議論を展開するなかで、シムレールは、契約内容が当初当事者が意図した内容と明らかに異なる場

合であっても、「その一部が無効であることを知っていたならば当該修正された契約を締結したであろう」として一部無効を正当化することになる。これに対して、今日の学説をみると、たしかに一部無効を課すにあたって当事者の意思が考慮されるとすることがあるが、その事案をみるかぎり、そこでいう当事者の意思の考慮は、修正された契約内容を当事者に押しつけることを正当化するために言及されたものではないのではないかと考えられる。それゆえ、繰り返しになるが、先駆者であるシムレールの一部無効論が念頭に置く事案が広範囲にわたるものであったがために、彼のいう「当事者の意思が考慮される」ということの意義につき、考慮されるべき事案の差異が見過ごされ、統一的な一部無効論を形成していったように思われてならない。そして、このような一部無効論に対してもまた、各事案の差異が無視されたままで理論的な批判が加えられることとなった。それゆえに、その後の学説も、一部無効の全体を論ずるときは、一方ではこの理論的な批判に与しつつ、他方では当事者の意思が考慮されるという主張をしているのではないか。実際、シムレールが主張した一部無効論が念頭に置く各事例について、その後の学説によりなされた議論に目を転ずるならば、ある事案においては当事者の意思が考慮されているといいうるものの、修正された契約内容を当事者に課すことを正当化するために要請されたものではないように思われる指摘がされている。これが、筆者が前述した仮説をたてた理由である。これを実証し、「当事者の意思の考慮」ということの意義を明確にすることを、第二の分析視角としたい。

この第二の分析視角ゆえに、本稿が示す見解は、必ずしもフランスにおける一般的な記述に一致しない。しかしながら、フランス法における議論を仔細に検討するならば、本稿が示すように分析することが可能であるように思われる。

三　叙述の順序と課題の限定

問題の複雑さゆえに、前置きが長くなってしまったが、以上のような問題意識および分析視角からフランス法を検討し、日本法の再考をするために、次のような構成で検討をしていくこととしたい。

第一に、フランスにおける一部無効論の理論的な対立をみることからはじめる。一方で、無効の範囲を画定するにあたり原則として当事者の意思によるべしとしたシムレールが、いかなる事案を念頭に、どのように統一的な一部無効論を形成していったか（以下では、当事者の意思を無効の範囲を画定するための原則的な基準とする学説を「伝統的な一部無効論」という[76]。）を詳細にみることが、後の批判の検討、および各事案類型の検討におい

[76] シムレールの一部無効論を「伝統的な一部無効論」とすることには、反論もあろう。実際、フランスにおいて、最もはじめに現れた無効の範囲に関する主張は、当事者の意思のみを考慮要素として挙げ、それ以外の要素については検討されていなかった（これを、「古典的な一部無効論」とする。）。これに対し、シムレールは、当事者の意思を原則的な基準としながらも、公序の要請により当事者の意思による無効の範囲の画定が否定される場合があることを認めた。その意味で、古典的な一部無効論とは、一線を画すものであったと

て重要なものとなろう。他方で、当事者の意思を無効の範囲画定の原則的基準とする見解に対し、それを否定した学説が、どのような点で批判をし、その批判をもとにいかなる一部無効論を主張したかを概観する。この当事者の意思の考慮を無効の範囲確定の原則的な基準とする学説と、それに対する理論的批判の検討を通じて、無効の本質とは何か、一部無効の本質とは何かを、明らかにする（第一章)。

第二に、第一で明らかにした一部無効の本質が、実務上、貫徹されているかを検討する。なぜなら、今日の学説をみるかぎり、伝統的な一部無効論に対する理論的な批判がなされた以降も、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思が考慮されると説明されているからである。そうすると、第一で明らかにした一部無効の本質が理念でしかなく、実務では異なる動きがみられる可能性が、またはシムレールの提唱した一部無効論が妥当である可能性が残されていよう。そこで、シムレールが提唱した一部無効論の基礎とされた事案類型につき今日の判例および学説の議論をみることで、①いかなる事案類型で当事者の意思が考慮され、またはされていないか、②当事者の意思が考慮されているとすれば、それはいかなる意義を有するものか、③無効および一部無効の本質とどのような関係にあるかを検討することが必要となる。このようにして類型ごとに検討をした後に、再度、一部無効の本質が理念的なものにすぎないか、当事者の意思が考慮されるとすればいかなる事案類型においてであり、その意義はどのようなものかなど、本稿の問題関心の核となる部分につき分析を試みることとする（第二章)。

以上のような順序でフランス法を検討していき、最後に、フランス法から得られた示唆をもとに、日本法の一部無効論について再考することとしたい（結章)。

最後に、本稿の検討する課題について、限定をしておく。本稿は、「一部無効の本質とは何か」という基本的な問題につき検討を行う。

それゆえ、本稿が検討対象とする事案についても、第一に、二当事者間で締結された契約を念頭に置く。

第二に、裁判官が、何ら法律上の手掛かりがないにもかかわらず契約を修正するという事案は、フランスの一部無効論の形成過程において存在していたがために触れざるをえない事案類型については検討を行うが、基本的には検討から外すこととしたい。この点について敷衍すると、たとえば日本においてはその典型例である責任制限条項の規制の問題について、フランス法上、条項援用者である債務者が故意または重大なフォートにより債務不履行をした場合にはその援用を認めないとされている[77,78]。もっとも、たしかに近時、フ

いえよう。しかし、その後の学説により、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思を考慮することそのものが否定されている以上、当事者の意思を考慮することを原則とするシムレールの見解を、「伝統的」と称して問題ないと思われる。

[77] 「フォート」とは、日本でいう「過失」に類似する概念である。もっとも、フォートは、法令違反等の事実によって基礎づけられる違法性（illicéité)、および外来原因の不存在や事理弁識能力等に基礎づけられる帰責性（imputabilité）をも含むものである。フォートについては、廣峰正子「フランス民事責任におけるフォート概念の存在意義」同『民事責任に

ランスにおいて、債務者の債務不履行が故意または重大なフォートによるものではない場合であっても、債務者が責任制限条項を援用したときに、それを規制することがある。たとえば、「クロノポスト判決」として有名な破毀院商事部 1996 年 10 月 22 日がそれである（本判決の事案は、次のとおりである。配達業者は、顧客から昼までに封書を預かった場合には翌日正午までにそれを届けるというサービスを行っていた。入札参加を企図した顧客が同配達業者を利用して関係書類の配送を頼んだところ、翌日までに封書が届かず、顧客は入札に参加できなかった。そして、顧客が損害賠償請求をしたところ、同契約には、配達業者の債務不履行の場合には損害賠償額が代金額である旨の条項が付されており、配達業者がこれを主張した。）[79]。しかし、同判決の判示内容をみるならば、同判決は、一部

おける抑止と制裁――フランス民事責任の一断面』（日本評論社、2010 年）83 頁などが詳しい。

[78] なお、重大なフォート概念については、これを客観的に捉える判例が登場し、本質的債務の違反と同視された。しかし、まず、破毀院混合部 2005 年 4 月 22 日の２つの判決（Cass.mixte, 22 avril 2005, Bull.mixte, nº 3 et 4 ; J.C.P.2005, II, 10066, note G.Loiseau ; J.C.P.E.2005, p.1634, note Ch.Paulin ; D.2005, jur.1864, note J.-P. Tosi ; Dr. et patr. 2005, nº 141, note G.Viney ; R.T.D.civ.2005, 604, note P.Jourdain ; R.T.D.civ.2005, 779, note L.Mesre et B.Fages ; R.D.C.2005, p.651, avis. R.de Goutte ; R.D.C.2005, p.673, note D.Mazeaud ; R.D.C. 2005, p.753, note Ph.Delebecque.）により、法令上の責任制限条項について、その援用を否定する重大なフォートは、本質的債務の違反によって特徴づけられるものではない旨が判示された。その後、破毀院商事部 2010 年 6 月 29 日（Cass.com.29 juin 2010, Bull.civ.IV, nº 115 ; R.D.C.2010, p.1220, obs.Y.-M.Laithier ; R.D.C.2010, p.1253, obs.O.Deshayes ; D.2010, p.1832, note D.Mazeaud, J.C.P.2010, 787, note D.Houtcieff ; J.C.P.2010, 1015, obs.P.stoffel-Munck ; J.C.P.2011, 63, obs.Jghestin, R.T.D.civ.2010, p.555, chron.B.Fages ; Contrats, conc., consom. 2010, comm.220, obs.L.Lebeneur.）は、契約上の責任制限条項の援用の可否を判断するにあたり、「重大なフォートは、たとえそれが本質的なものであれ、契約上の債務の不履行により基礎づけられうるものではなく、債務者の行為態様の重大性によって基礎づけられなければならない」と判示した。それゆえ、責任制限条項の援用を否定する重大なフォート概念に関する今日の判例法理においては、重大なフォートは、本質的債務の違反によって基礎づけられるものではない。

責任制限条項規制の判例法理の展開については、石川博康「フランスにおける本質的債務論の展開と整合性の原理」能見善久・岡孝・樋口範雄・大塚直・沖野眞已・中山信弘・本山敦編『野村豊弘先生古稀記念論文集　民法の未来』（商事法務、2014 年）63 頁（以下、石川「本質的債務論の展開と整合性の原理」と引用する。）が詳しい。

[79] Cass.com., 22 octobre 1996, D.1997, p.121, note A.Sériaux ; D.1997, p.145, chron. C.Larroumet ; D.1997, p.175, obs. P.Delebecque ; R.T.D.civ., 1997, 418, obs. J.Mestre ; R.T.D.civ., 1998, 213, obs. N.Molfessis ; R.T.D.com., 1997, 319, obs. B.Bouloc ; Contrtas, conc., consom., 1997, comm.24, obs. L.Leveneur ; Defrénois 1997, p.333, obs. D.Mazeaud, J.C.P.1997, I, 4002, obs. M.Fabre-Magnan ; J.C.P.1997, I, 4025, obs. G.Viney ; J.C.P.1997, II, 22881, obs. D.Cohen.

同判決について分析した日本の論稿として、小粥太郎「フランス法における『契約の本質的債務』について（1）」早法 76 巻 1 号（2000 年）22 頁、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010 年。以下、「石川『契約の本性』」と引用する。）33 頁、同「本質的債務論の展開と整合性の原理」・前掲注(78)66 頁、大澤彩「責任制限条項の効力――クロノポスト判決」松川正毅・金山直樹・横山美夏・森山浩江・香川崇編『判例にみるフランス

無効とされる他の事案と比べて特殊な事案であったということができる。同判決は、配達業者は昼までに書類を預かった場合には定められた期限内（翌日正午まで）に書類を届ける義務を負っているとし、この本質的債務に対する違反を理由として、引き受けられた義務の射程に矛盾する当該責任制限条項は書かれざるものとみなされる（réputer la clause non écrite）とした。つまり、同判決では、引き受けられた義務の射程に矛盾することを理由に条項を規制するという点で特殊性があり、さらに、「書かれざるものとみなす」というサンクションと一部無効との相違についても、近時議論がされているところである[80,81]。それゆえ、この問題は、一部無効の本質という観点からいうと、本稿が課題とする一部無効の問題として解決される諸事案とは考慮要素や規制の根拠が異なると考えられる。この問

民法の軌跡』（法律文化社、2012 年）155 頁、金山直樹『現代における契約と給付』（有斐閣、2013 年）24 頁がある。

もっとも、同判決の意義については、一方で、「本質的債務の違反」という要素を挙げ、他方で、引き受けられた義務の射程と矛盾する条項は書かれざるものとみなされるとしており、不明瞭な点があった。すなわち、その後の判例のなかには、ある条項を書かれざるものとみなすにあたり、本質的債務に関する責任制限条項であるという点のみを挙げ、引き受けられた義務の射程と矛盾するという点については触れないものがあった（その後の判例の展開を踏まえた責任制限条項規制の展開については、石川「本質的債務論の展開と整合性の原理」・前掲注(78)63 頁が詳細に分析を行っている。）。

しかし、破毀院商事部 2010 年 6 月 29 日（前掲注(78)）が、責任制限条項が「書かれざるものとみなされるのは、債務者によって引き受けられた本質的債務の射程と矛盾する」場合のみであるとした。これにより、ある条項が書かれざるものとみなされるには、それが引き受けられた義務と矛盾している必要があることが明確になった。

さらに、近時、これに関する判決として、破毀院商事部 2013 年 12 月 3 日（Cass.com.3 decembre 2013, R.D.C.2014, 2, 176, note T.Genicon,）が出た。同判決は、依頼人がある期日にプレタポルタ（prêt-à-porter）の配送を配送業者に依頼したところ、その日に配送をすることができなかったため、依頼人が、プレタポルタが在庫として残ってしまったことや新たな顧客の獲得をできなかったことによる損害の賠償を請求したという事案である。この損害賠償請求に対して、配達業者が賠償額を運送料に限る旨を定めた責任制限条項を援用した。そこで、控訴院は、物を届けること（livraison）が運送契約の基本的債務であるとし、同条項の適用はこの基本的債務に関する契約を空にする（vider）として、配送業者の主張を退けた。これに対して、破毀院は、同条項が「配送業者の、定められた（strict）期日を遵守する債務に反するか」否かを探究することなく、配送業者の当該条項の援用を退けたとして、原審を破毀し移送した。

同判決については、クロノポスト判決と同様、問題となっている契約が運送契約であり、また、配送業者がある特定の期日に配送する債務を負っていたこともあり、クロノポスト判決を見直しことになる判決である可能性を示唆する評釈が出されている（T.Genicon, op.cit., note, p.176.）。

80 「書かれざるものとみなす」というサンクションの独自性については、同サンクションを用いる判例や立法の増加に伴い、これを指摘する学説が増え、近年、テーズが出されるに至っている（S.Gaudemet, La clause réputée non écrite, thèse, Economica, 2006.）。一部無効と「書かれざるものとみなす」というサンクションの違いについては、必要な限りではあるが、本論においても指摘することとしたい。

81 フランスの責任条項に関する議論については、石川『契約の本性』・前掲注(79) 410 頁以下、同「本質的債務論の展開と整合性の原理」・前掲注(78) 63 頁以下が詳しい。

題については、一部無効の本質を明確にした後に、これらの関係を体系的に考察すべきであると考えられるものであり、本稿では扱わないこととした。

本稿が、「一部無効」という概念ないし制度の本質的な意義を探究することを目的とするものである点を、ここで再度確認し、本論に入ることとしよう。

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立

＜本章の課題、叙述の順序＞

本章では、フランスにおける一部無効論の理論的な対立を概観することで、一部無効の本質とは何かを明確にしていくことを課題とする。つまり、伝統的な一部無効論とそれに対する批判を展開した有力な学説はともに、無効の本質という点から、一部無効論を展開する。しかし、伝統的な一部無効論は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を原則的な基準であるとする。これに対して、有力な学説は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮されないものであるとする。この対立を詳細に分析することで、一部無効の本質とは何か、一部無効の本質という点に鑑みれば、一部無効論において当事者の意思の考慮はどのような位置づけを与えられるものかという問題につき、本章で明確にしていく。

もっとも、フランスにおいては、無効の範囲がいかにして画定されるかにつき、一般的な規定が存在しないことは、序章で述べたとおりである。それでは、フランス法上、どのようにして一部無効論が形成されるに至ったのであろうか。一部無効論の萌芽とされる判例法理の意義につき明らかにすることは、一部無効論の理論的対立をみるにあたっても無用なことではない。なぜなら、伝統的な一部無効論は、この一部無効論の萌芽とされる判例法理から、無効の範囲の画定にあたって当事者の意思が基準となっていることを見出し、そしてこの当事者の意思という基準が、それ以外の事例においても幅広く通用しるものであることを発見し、当事者の意思を原則的な基準とする統一的な一部無効論を形成するに至ったからである。そこで第一に、一部無効論の萌芽とされる判例法理を検討する（第一節）。

こうして一部無効論の基準として当事者の意思が判例において考慮されていることを見出した伝統的な一部無効論は、これを、無効の範囲が問題となるあらゆる事案で妥当するものであるとした。後述するように、それらの事案で用いられる諸概念は異なるものの、その意義の共通性を指摘したのであった。では、いかなる事案について、いかなる概念から、当事者の意思が考慮されていることを見出したのであろうか。そしてこの統一的かつ伝統的な一部無効論は、当事者の意思の考慮を、どのように位置づけていたのであろうか。第二章で当事者の意思が考慮されることの是非やその意義を探るためにも、やや詳細に、この作業を行う必要があろう（第二節）。

そして最後に、伝統的な一部無効論に対する理論的な批判として登場した学説を検討する。これらの学説が、無効および一部無効の本質をどのように解し、伝統的な一部無効論の見解に対してどのような問題があるとしたかを明らかにしていく（第三節）。

第一節　一部無効論の萌芽

フランスにおいて一部無効論の萌芽とされるものは、不法条件等が付されていた場合の恵与の帰趨について規定した民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理の登場であった。

民法典 900 条の規定を確認しておこう。同条は、民法典第三編（財産権取得の諸方法）第二章（恵与[82]）第一節（一般規定）に置かれ、恵与に不能、不法あるいは不道徳な条件が付されていた場合の恵与の帰趨について規定したものである。同条は、次のように規定する。

> 民法典 900 条「生存者間の、または遺言によるすべての処分において、不能条件または法律あるいは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

このように、同条によれば、不能条件、不法条件または良俗に反する条件が恵与に付されていた場合、当該条件のみが書かれざるものとみなされる[83]。

ところで、フランスにおいては、先に指摘したとおり、契約の一部が無効となるということは、かつてから認識されていたわけではない。一部無効概念が注目されるに至ったのは、シムレールによる『法律行為に関する一部無効』と題されるテーズであった。そして本テーズが出版されたのは、1969 年のことであった。したがって、ある条項のみを無効とする（書かれざるものとみなす）旨を規定した民法典 900 条が長年存在していたにもかかわらず、なぜ 20 世紀中葉まで一部無効論がほとんど議論されてこなかったのか、という疑問が生じよう。今日の学説によれば、一部無効概念がこれまで認識されてこなかった理由として、第一に、民法典 900 条の民法典制定時における意義が非常に特殊なものであったことが、第二に、古典的無効論によれば全部無効が要請されると考えられることが挙げられる[84]。

---

82 恵与とは、無償でなされる譲与のことであり、贈与および遺贈を包摂する言葉である。

83 近年、学説には、「一部無効」と「書かれざるものとみなされる」とが異なるサンクションであると主張するものが現れている。たとえば、S.ゴドゥメ（S.Gaudemet）は、この点につき、通史的な検討や今日の判例における「書かれざるものとみなす」というサンクションの用いられ方を分析し、同概念の独自性を主張する（S.Gaudemet, La clause réputée non écrite, thèse, Economica, 2006.）。しかし、このような学説が登場するまで、学説上、両者が異なるサンクションであるという認識はされてこなかった。

84 古典的無効論による論理的帰結が全部無効であったとするのが、今日の学説による古典的無効論の解釈であったということを指摘しておく必要がある。その理由については、本

その後、判例は、民法典 900 条の厳格な適用をしなくなっていく。その際、恵与とされる行為の全部無効を言い渡すために用いたのが、「動因的かつ決定的なコーズ（cause implusive et déterminante）」という概念であった。そして学説は、判決の判示内容や同概念の意義の探究を通じて、無効の範囲が、当事者の意思により画定されていることを指摘するに至る。これが、一部無効論の萌芽とされるものである。

そこで本節では、まず、フランスにおいて一部無効という概念が長くにわたり提唱されてこなかった理由を、古典的無効論の内容を明らかにし（第一款）、民法典制定時において民法典 900 条の意義がどのようなものであったかを検討することで（第二款）、明らかにする。そのあとで、民法典 900 条の厳格な適用が回避されるに至った判例法理の内容、およびそこで用いられた概念の意義に関する学説の議論をみていくこととしたい（第三款）。

第一款　民法典制定時における一部無効概念の不在

序章第二節第二款で確認したように、フランスにおける無効論は、20 世紀初頭に理論的な変容を被った[85]。今日の学説によると、この理論的変容のもとに形成された無効論が新無効論と称され、理論的変容を被る前の無効論が古典的無効論と称される。そして、一部無効論は、新無効論によってその正当性が担保されていた。これに対して、古典的無効論によれば、無効の範囲という問題が生じえなかったとされている。そこで、本款では、無効論に生じたその変容を概観し、古典的無効論において、なぜ無効の範囲という問題が生じえないとされていたかをみていこう。なお、一部無効という概念が学説上定着したのは、20 世紀中葉以降のことであった。本稿の検討対象はあくまで一部無効論であるため、無効論については、一部無効論に影響を与えるものに限って概観する。したがって、以下では、今日の学説によれば無効論の本質がどのように変容したと考えられているかをみることに焦点が置かれ、古典的無効論そのものに対する評価は、今日の学説によってなされる評価でしかないことをお断りしておく。

文で述べる。

[85] フランスにおける無効論の変容を扱った日本の論稿としては、鎌田薫「いわゆる『相対的無効について』　－フランス法を中心に」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001 年）127 頁、齋藤哲志「フランス法における返還請求の諸法理　－原状回復と不当利得－（四）～（七）」法協 130 巻 2 号（2013 年）204 頁、3 号 97 頁、5 号 136 頁、同 6 号 156 頁がある。齋藤准教授の同論稿は、訴権の要否という観点から、民法典制定前に存在していた取消状（lettre de rescision）制度の廃止が無効論にいかなる影響を及ぼし、民法典制定後の無効論がどのようなものであったかについて詳細に論じられている。それゆえ、本稿でする無効論の変容に関する記述の大部分は、齋藤准教授の論稿により既に分析されている。もっとも、本稿は、無効論に生じた理論的な変容を、一部無効論という観点から論じる。本文でも述べるように、一部無効論がその基礎を新無効論に求めていたことから、無効論に対する検討も、通史的な概観というより、古典的無効論に大きな影響を与えた不存在概念がいかにして無効論に内包され、それが理由でどのような評価を受けるに至ったか、一部無効論にどのような影響を与えたとされているか、ということに焦点があてられる。

一　無効論の概要と前史

まずは、民法典における無効の規定を確認しておこう。無効に関する規定は、民法典第三編第三章第五節に、「債務の消滅」という題のもと置かれる。民法典 1234 条は、債務の消滅原因を列挙し、そのなかに、「無効または取消し（la nullite ou la rescision）」を挙げる。

もっとも、無効または取消し訴権についての定義がされているわけではない。無効とは何かについては、学説上、民法典 1304 条が規定する、無効または取消し訴権に関する消滅時効の期間についての条文を中心に議論がされる。なお、同条については、その後、消滅時効の期間が 5 年と改正されるのであるが、無効とは何かに関する議論においては、原始規定が重要である。なぜなら、一方で、民法典制定前の取消し状（lettre de rescision）制度によって認められていた取消し訴権の申請期間が 10 年であり、他方で、この取消し訴権とは別のものとして無効が観念されていたからである。そこで、同条および一般的な訴権の消滅時効が規定された同法 2262 条の規定を確認しておこう。なお、一般的な訴権の消滅時効に関する規定も、2008 年 6 月 17 日の法律により改正されて、現在では同法 2224 条に規定されており、以下で挙げるのは、原始規定である[86]。

> 民法典旧 1304 条 1 項「特別の法律が合意の無効または取消し訴権を、これより短い期間に限定していないすべての場合において、無効または取消し訴権は、10 年間存続する。」
> 民法典旧 2262 条「対物訴権であれ、対人訴権であれ、すべての訴権は、30 年で時効にかかる。」

このように、原始規定は、無効または取消し訴権は、10 年間存続するとしていた。この 10 年というのは、先にもふれたが、民法典制定前の取消状制度が存在していた時代における、取消状に基づく取消し訴権の申請期間であった。まずは、古法時代における同制度を概観しておこう。

１．取消し状制度[87]

---

[86] 2008 年 6 月 17 日の法律により、民法典 2224 条は、対人または動産訴権について時効期間を 5 年とした。
あらゆる対物訴権の時効期間が 5 年であるとされたのではなく、同法 2227 条により、所有権が消滅時効にかからないことが確認され、その他の不動産訴権については、時効期間が 30 年とされた。

[87] 無効の前史については、参照、C.Michelle, La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité：etude historique et comparée des nullités contractuelles, thèse, LGDJ, 2002.
また、日本の論稿においても、取消状制度については、齋藤・前掲注(85)（四）498 頁以下で詳細に紹介されており、参考にした。

16 世紀以降、革命により取消状制度が廃止されるまでのフランスにおいては、ローマ法上の無効または取消し事由であったレジオンおよび錯誤、詐欺または強迫といった合意の瑕疵があった場合については、国璽尚書（Grande de sceaux）のもとに置かれる小尚書局（petites Cancelleries）により発行される取消し状（lettre de rescision）に基づいて、取消しが可能であるとされていた。この制度が導入された理由は、16 世紀以前の実務にあった。

16 世紀以前の実務においては、ローマ法における契約の効力を奪う諸手段についての警戒があった。これらに対する警戒から、ローマ法上の無効または取消し原因があった場合に当事者に認められる各種抗弁、訴権および原状回復をあらかじめ放棄する旨の条項が、公証人の証書により挿入されていた。同条項が公証人証書中に挿入されていたことから、裁判所が同条項を無効とし、契約それ自体を取り消すことが困難であったといわれている。そこで、同条項を取り消すために、国王に代わって国璽（sceau）を保持する尚書局（Cancellerie）が、国王の名において取消し状を発給することとしたのであった。

この取消し状制度において、裁判官が取消しの要否を判断するものとされていた。裁判官は、取消しの妥当性を判断するとともに、取消し状には申請期間があり、契約締結日時と取消し状の発給日時の確認をしていた。この後者の点が、無効または取消し訴権の消滅時効との関係では重要である。すなわち、この申請期間は、1510 年の王令によれば 10 年とされており、民法典 1304 条 1 項（原始規定）の消滅時効と同様の期間であった。

２．法律上当然な無効

フランス古法においては、あらゆる無効原因について、取消し状が必要とされていたわけではなかった。

たとえば、ポチエによれば、王令または慣習法に基づく無効原因については、取消し状を要さず、法律上当然に（de plein droit）無効であった。具体例としては、第一に、行為の有効性が一定の方式に依拠されているにもかかわらず方式が遵守されていなかった場合が、第二に、行為能力に制限がある者により行為がなされた場合が、第三に、公序および良俗に反する場合が挙げられる。

このように、取消しとは区別されたカテゴリーとして法律上当然に無効となる場合があるとされていた[88]。

３．「無効または取消し訴権」と無効の類型

---

88 この区別の理由については、法源の序列に対応していたとされる（齋藤哲志「フランス古法時代における一法格言に関する覚書　－取消・原状回復をめぐって」長谷川晃編『法のクレオール序説　－異法融合の秩序学』（北海道大学出版会、2012 年）73 頁。また、鎌田・前掲注（85）137 頁においても、取消状が必要とされていたレジオンおよび合意の瑕疵は、ローマ法に由来するものであり、フランスの国家法においてローマ法が効力を有しなかったために、取消状が必要とされていたとされる。）。

その後、革命期において、取消し状制度が廃止されることとなり、本款の冒頭で述べた民法典が規定されるに至った。無効または取消し訴権の消滅時効の期間は10年であったが、これは、取消し状の申請期間が10年であったことを想起させる。それゆえ、民法典制定後、19世紀の註釈学派により、民法典旧1304条が適用されない無効類型が模索されることとなる。その際に重要な役割を担った概念が、訴えを要しない「不存在（inexistence）」とされるものであり、同条に従った訴権を要する無効または取消しとは異なるものとして把握されるようになる。

無効の本質の変容という観点においては、この不存在概念がどのようなものとして捉えられ、なぜ訴権を要しない無効であると考えられたか、そしてそれが新無効論によりどのように批判され、新たな無効論が形成されていったかについての検討が、重要な視点を提供する。そこで以下において、これらの検討を通じて無効の本質の変容をみていこう。

二　古典的無効論における無効の本質

先に指摘したとおり、古典的無効論においては、民法典旧1304条の適否をめぐり、同条が適用される無効とは異なる無効類型が把握されるにあたり、不存在概念が大きな影響を及ぼした。そこで、不存在概念の検討を通じて、古典的無効論における無効の本質とはどのようなものであったかを概観していこう。

１．不存在概念の起源

不存在概念は、婚姻に関連して主張された。婚姻の無効については、民法典180条以下で規定される事由がある場合に限ってその請求をなしうるものとされている。しかし、たとえば同性の者同士の婚姻については、民法典に規定はない。そこで、この効力を否定するために用いられたのが、「不存在」という概念であった。その後、この不存在概念は、法律行為一般において論じられるようになる。まず、註釈学派が、どのようにして不存在概念を正当化したかをみていくこととしよう。

註釈学派が不存在概念を論ずる際に借用したのは、17世紀および18世紀の学説の議論であった。

たとえば、コーアンディ（G.Cohendy）は、不存在概念の正当性を主張する際に、ポチエの議論を引用する[89]。コーアンディは、ポチエ（Pothier）の議論には、絶対無効よりも重大な、効力を否定する類型が垣間見えるという。ポチエは、次のようにいう。

> 「錯誤は、最も重大な合意（conventions）の瑕疵である、なぜなら、合意は当事者のコンサントマンにより形成されるが、当事者が合意の目的について錯誤に陥ったとき、合意は存在しえないからである、…この場合において、売買も、貸借も、贈与もない、

[89] G.Cohendy , Des intérêt de la distinction entre l’inexistence et les nullités d’ordre public, R.T.D.civ. 1914, p.33

なぜなら、コンサントマンがないからである。」[90]

また、ボドリ＝ラカンティヌリ&バルド（G.Baudry-Lavcantinerie et L.Barde）は、ドマ（J.Domat）の一節のなかにも、ある行為が不存在とされる類型が認められるという[91]。ドマは、次のようにいう。

「無効な合意は、何らかの基本的特徴を欠き、まるで一方の契約者がおかしな精神状態（dans un etat d'imbecillite d'esprit）であるかのように、または何を約束したか認識できない状態かのように、合意の本質がない。」[92]

ドマによれば、≪無効な合意（les conventions nulles）≫と表現されているが、ボドリ＝ラカンティヌリ&バルドは、この語によって、不存在とされる合意が考えられているという。

このように不存在概念の提唱者は、ポチエやドマら、古法時代のテクストから、不存在概念がかつてから存在したものであると主張する。もっとも、民法典は、不存在概念について何ら言及していない。不存在概念が主張される契機となったのは、先に指摘したように、婚姻の分野においてであった。不存在概念を先駆的に主張したとされるツァハリエ（Zachariae）は、以下のように主張する[93]。

民法典には、同性による婚姻、コンサントマンが完全に欠如した婚姻、および民事身分吏（un officier de l'état civil）による挙行（célébration）が欠如した婚姻につき、無効とされることが明文により規定されていない。しかしながら、心神喪失者の婚姻を有効とみなすことなど、考えられるものではない。他方で、婚姻の分野において、「条文なくして無効なし」という有名な法諺があり、これに従えば、裁判所が婚姻を無効としうるのは、条文によりそれが明記されている場合だけである。この問題を解決するために、不存在概念が提唱された。すなわち、民法典においては、たしかに無効が類型的に存在することが規定されていないが、それは、不存在が、無効とすることが必要のないものだからである。なぜなら、当該瑕疵は、行為を単に無効とするのではなく、完全に存在しないものとするような、重大なものだからである。無（néant）について無効を訴える必要はないのである。

ドゥモロンブ（C.Demolombe）は、次のようにいう。

「ナポレオン法典は、それ自身、配偶者間の性が異なることを規定することは、素直なやり方であると考えていた。〔しかし、〕法律は、それ〔訴えること〕自体不可能な

---

[90] Pothier, Traité des obligations, éd. Bugnet, Partie I, chap.I, n° 17.
[91] G.Baudry-Lancantinerie et L.Barde,Traité théorique et pratique de droit civil, Les obligations, t.1, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêt, 1905, n° 1930.
[92] J.Domat, Œuvre de J.Domat, par M.Carré, t.1, Paris, 1822, p.286.
[93] Zaharié, Le droit civil français, trad. Masse et Verge, t.1, 1854, p.169 et s.

訴権を規定または整備しなくてよい。」[94]

このような不存在概念は、婚姻の分野にとどまることなく、契約の領域においても主張されることとなる。これを正当化するにあたっては、起草過程の議論が参照された。とりわけ参照されたのは、合意による契約または債務という題のもとでの、ジョベール（Jaubert）の言説であった。ジョベールは、次のようにいう。

「契約の誤った性質決定がされ、どんな訴権も生じない諸行為と、債務を含み、その結果、訴権の原則、つまり訴権は唯一抗弁によってのみ妨げられるという原則をもつ諸契約との間の古典的な区別を維持しないことは、不可能である。」[95]

また、ドゥモロンブも、契約の領域において不存在とされる場合があることを次のように主張した。

「論理的に検討される〔ならば、〕合意は、無効（nulle）または無効とされうるもの(annulable)でありうる。

それ〔合意〕は、当該合意が成立および存在に係る基本的な要件のひとつを欠くとき、無効である。

それ〔合意〕は、あらゆる要件が具備されているが、そのうちのひとつが適法ではない、または不完全であるとき、無効とされうるものである…。

われわれが無効(nulle)と呼ぶ合意は、実際には、真の合意（une convention）ではない。

…それは、法的には存在しない。それは、事実でしかない。」[96]

ドゥモロンブは、このように、無効である（nulle）、つまり不存在である契約（les contrats inexistants）と、無効とされうる契約(les contrats annulables)とに区別した。このような不存在とされる無効類型は、学説によれば、一方で、事物の本質から抽出されたものであったとされる[97]。

そのほか、民法典上、不存在概念は明文により規定されていないが、いくつかの条文からも読み取れるといわれる。その例として、民法典 1117 条、同 1131 条、および同 1139 条がよく挙げられ、不存在概念を主張する学説のなかには、これらの条を以下のように解

94 C.Demolombe,Cours de Code Napoleon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t.3, 3e éd., Paris, 1872, nos 11 et 335.
95 Locré, Les législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français, t.12, Paris, 1828, p.492.
96 C.Demolombe,Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t.6, Paris, 1876, nos 21 et 22.
97 J.Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, 1971, no 73 et s.

釈するものがある。

まずは、民法典 1117 条の内容から確認していこう。

> 民法典 1117 条「錯誤、強迫または詐欺により締結された合意は、当然に無効（nulle de plein droit）なのではなく、それは、唯一、その場合に、無効訴権または取消し訴権の原因となる（以下略）」

そして、不存在概念を主張する学説は、同条を、①形式的かつ法的に存在せず、それゆえ存在しない（non avenu）契約と、②形成された後に、訴権が行使された場合においてそれが認められれば裁判上の訴えの結果として無に帰する契約とを対立させていると解した[98]。つまり、同条を、無効訴権または取消し訴権が必要である上記②の類型に当てはまるものを列挙したのだであると解した。

また、民法典 1131 条について、ジョベールは、次のような解釈を展開した。

> 民法典 1131 条「コーズがない債務、または虚偽のコーズ（fausse cause）もしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

ジョベールは、同条につき、コーズのない、誤ったコーズに基づいた、または不法なコーズに基づいた債務は生じえないこと、この場合には、債務を生ぜしめる契約は存在しないことを意味するものであると説明した[99]。

最後に、民法典 1139 条も、不存在概念を民法典上に見出す手懸かりであるとされた。同条は、法律上要求された方式によらない贈与は、追認されえないことを規定する。同条は、実際に生じたものしか追認しえない旨を規定していると解された。そして、同条は、第一に、無が再び蘇ることはないこと、第二に、法的な視点において、不存在とされる行為は、法が考慮しなくてよい純粋な事実にすぎないことを明らかにしたものであると解された[100]。

２．無効の一類型としての不存在概念の位置づけ

もっとも、不存在概念の無効論における位置づけについては、註釈学派のなかでも一致をみていなかったといわれている。その原因は、不存在概念と絶対無効（nullité absolu）との関係にある。すなわち、絶対無効といわれる類型については、学説上、一方で、不存在とは区別された類型であるとされたが、他方で、不存在の類型に包含されるものであるとされたからであった。

---

98 C.Demolombe, op.cit., Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t.6, nº 25.
99 Locré, op.cit., t.12, p.491.
100 Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t.8, 1827, p.394.

（1）二分説

たとえば、不存在概念を広く捉え、絶対無効を包含した概念であるとし、これを、無効とされうる行為と対置する学説がある。

この学説は、不存在とされる事例として、次の４つを挙げる。

第一は、コンサントマンが完全に欠如した場合である[101]。コンサントマンは、いわば契約の中枢であり、当事者の一方においてそれを欠くとき、当然の理として、行為の形成および法的生命の是認は妨げられることとなる。たとえば、トゥールーズ控訴院 1885 年 1 月 21 日は、コンサントマンが欠如した契約について、合意の瑕疵とは混同されてはならない旨を判示する。

> 「コンサントマンの欠如による無効は、コンサントマンの瑕疵と混同されてはならない。第一の場合〔コンサントマンの欠如の場合〕において、契約は当然に無効（nul de plein droit）であり、不存在とみなされる。これに対して、第二〔の場合〕において、それ〔コンサントマンに瑕疵がある契約〕は、無効とされうるだけである。」[102]

また、破毀院予審部 1880 年 6 月 21 日判決は、コンサントマンを欠く取引が単なる計画（simple projet）にすぎないか否かの評価については事実審裁判官の専権に属するとし、単なる計画にすぎないと評価される場合には、民法典 1304 条の適用がないとする[103]。このような場合の例として、学説によれば、心神喪失状態にある者、禁治産者および被監禁者により締結された契約が、不存在であると考えられるという[104]。

第二は、契約の目的(objet)が欠如している、または不法である場合である[105]。目的が欠如した契約の例としては、契約の目的が契約成立前に消えた場合や、売主が所有者ではなかった物の売買契約が締結された場合が挙げられる。目的が不法な例としては、将来の相続についての合意が挙げられる[106]。

第三は、コーズが欠如している、あるいは誤った、または不法なコーズに基づく契約の場合である。

第四は、要式契約において、必要とされる方式を具備していない契約である。ところで、民法典 931 条は、生存者間の贈与にかかわるあらゆる証書が、公証人により作成されなけ

---

101 たとえば、Laurent, Principes de droit civil français, t.15, 3e ed., Paris, 1878, no 453.
102 C.A. Toulouse, 21 janvier 1885, DP, 1986, II, 73.
103 Cass.req., 21 juin 1880, DP, 1881, I, 108.
104 Zachariaé, op.cit., §343 ; C.Demolombe, Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t.1, Paris, 1868, no 81 ; F.Laurent, op.cit., nos 313 et 314
105 C.Aubry et C.Rau, Cours de droit civil de droit français, 3eme éd., t.Ⅲ, §339.
106 L.Larombière, Théorie et pratique des obligations, ou, Commenrtaire des titres III et IV, Livre III du code civil, articles 1101 à 1386, t.5, Paris, 1885, art.1304, no 59 ; C.Demolombe, op.cit., Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général , t.6, nos 57 et s.

ればならず、そうでない場合には無効となる旨を規定する。しかしながら、ピズ（Pize）は、この「無効（nullite）」については「不存在（inexistence）」と読まなければならないと主張する[107]。同様のことは、抵当や婚姻契約にも当てはまるという[108]。

このように不存在とされる諸行為に対して、無効とされうる行為が対置される。無効とされうる行為には、大きく分けて次の２つがあるとされる。第一は、コンサントマンに瑕疵がある契約である。たとえば、錯誤、詐欺または強迫によって締結された契約のほか、レジオンのある契約もこの類型に含まれるとされる[109]。第二は、制限行為能力者によりなされた行為である[110]。

このように不存在とされる行為を広く捉え、それと無効とされうる行為とを区別する学説があった。

（２）三分説

これに対して、不存在とされる行為をより制限的に解すべきだとする学説も存在した。この学説は、以下でみていくように、無効を、不存在、絶対無効、および相対無効（nullité relative）の３つに分類するため、三分説と呼ばれる。三分説は、二分説のいう不存在概念を、不存在と絶対無効とに区別する。

三分説は、不存在の根拠を、法律上の規定にあるのではなく、契約やそのほかの法律行為が形成されえたと考えることが不可能なことにあることに求める。すなわち、コンサントマンの不存在や、目的およびコーズの不存在のような要素が欠如していた場合には、当該行為は不存在であると考えなければならない。

これに対し、不存在と区別された類型として、絶対無効を置く。三分説は、目的およびコーズが不法である場合や法律上規定されている方式が遵守されていなかった場合のように、法律上要求さている事項や禁止されている事項に反した場合には、絶対無効であるとする[111,112]。

こうして、無効の類型として、不存在と無効とされうる行為（相対無効）という二分説

---

107 J.Pize, Essai d'une théorie générale su la distionction de l'inexistence de l'annulabilité des contrats, thèse Lyon, 1897, p.108.

108 抵当については、G.Baudry-Lancantinerie et P.de Loynes, Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privileges et hypotheques, t.2, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêt, 1899, nº 1403 ; J.Pize, op.cit., thèse, p.111.

婚姻契約については、G.Baudry-Lancantinerie et Le Courtois et Surville, Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de mariage, t.1, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêt, 1901, nº 77 à 81.

109 J.Pize,op.cit., thèse, p.180.

110 G.Baudry-Lancantinerie et L.Barde,op.cit., Les obligations, t.1, nº 1930.

111 M.Planiol, Traité pratique de droit civil français, Les obligations, t.1, 12eme éd., § 322 et s; C,Aubry et C.Rau, t.1, op.cit., § 37 ; G.Cohendy , Des intérêt de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public, R.T.D.civ. 1914, p.33.

112 もっとも、先に前掲注(111)に挙げた文献のうち、オブリ＆ローのテクストにおいては、方式が遵守されなかった場合が絶対無効の類型に属することが明記されていない。

の採る分類に対して、二分説のいう「不存在」のなかに、不存在とされる行為と絶対無効との区別を加えることを唱え、それぞれの類型に、異なる制度を割当てようとする。たとえば、オブリ&ローは、著書の第一版において、効力が否定されるにあたっての訴権の行使の必要性が、無効についてのみ当てはまるものだとした。オブリ＆ローは次のようにいう。

> 「あらゆる無効は、一般に、判決により言い渡されなければならない。この点で、法律がある行為に対して無効訴権を開くにとどまる諸事案を、あるいは純粋かつ単純に、あるいは法律用語を伴いまたは当然に、区別する理由はない。それゆえ、無効に付された諸行為（Les actes entachés de nullité）は、無効化（l'annulation）が裁判官により言い渡されていなかった間には、有効なままである。」[113]

このようにオブリ&ローは、法律により無効訴権が開かれている事案について、それが不存在であると解釈しない。絶対無効であれ相対無効であれ、「無効」とされる事案については、判決による無効の言い渡しが必要であるとし、不存在については言及しなかった。

しかしながら、不存在とは区別された絶対無効類型を見出すことに対しては、当時の多くの学説は否定的な態度をとっていた。たとえば、ボドリ＝ラカンティヌリ&バルドによれば、事実的要素の欠如であれ、法的要素の欠如であれ、一方で不存在とされる行為は事物の力により、他方で絶対無効であるとされる行為は法律の意志（la volonté de la loi）により、効力を否定することの重要性が同様に認められるという[114]。また、ボドリ＝ラカンティヌリ&バルドによれば、たしかに、非有効性（無効および不存在）の原因に関していえば、厳格な意味での不存在の場合には、契約の成立に必要な要素の欠如が問題とされるのに対して、絶対無効の場合には、法律の意志による。しかしながら、法的な状態としてみるならば、状況は全く異ならない。両者において、契約は存在しないのである[115]。それゆえ、不存在である行為と、無効とされうる行為とに区別すべきであり、その他の用語によって説明することは、人を欺き、有害なものとなる危険があるという[116]。このようにして、絶対無効は不存在の類型に包含され、二分説を採用する学説が、通説となった。

こうして、新無効論が是認されるまでの間、当時の多数の学説は、呼称については一致をみないが、無効を、不存在である行為と、無効とされうる行為とに区別した[117]。

３．古典的無効論における無効の本質

以上が、不存在概念が註釈学派により是認されていった過程およびその内容である。

---

113 C.Aubry et C.Rau, op.cit., t.1, § 37.
114 G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, op.cit., Les obligations, nos 1929 et 1931.
115 G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, op.cit., Les obligations, no 1932.
116 G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, op.cit., Les obligations, no 1929.
117 G.Durry, L'inexistence, nullité et l'annulabilité des actes juridique en droit civil français, in Travaux de l'Association Capitant. t.14 ,p.611

不存在とされる契約と無効とされうる契約との分類により、註釈学派による古典的無効論においては、無効は、有機体のように（organique）捉えられるものであるとされる[118]。

すなわち、当時の学説は、不存在とされる契約と無効とされうる契約との区別から、ある与えられた状況がいずれの類型に属するかにより、追認の可否や訴権の要否などが機械的に解決されると考えるに至った。

一方で、契約が無効とされうるものであるならば、追認されうるものであり、契約を消滅させるためには、裁判所における訴えが必要である。当該契約は、民法典 1304 条に規定された時効にかかる。そして、唯一、法が保護しようとした者のみが当該訴権を行使しうる。

これに対して、契約が不存在とされる場合には、法的に考慮される必要のない単なる事実ないし外観しかない。これは、どんな効果も生ぜしめない。行為の不存在は、あらゆる利害関係人（tout intéressé）により、期間の制限なく主張されうる。また、追認も考えられない。なぜなら、人は存在しないものを追認しえないからである。そして、不存在は、自明の理により認められるため、裁判官に訴えることも必要でない[119]。

このような帰結が、その後、人間の誕生に例えられることになり、古典的無効論は、有機的無効論であるとも称されるのであった。すなわち、絶対無効ないし不存在は、生まれながらの死であって、誰からでも援用されうるが、追認により生き返らせることができない。これに対して、無効とされうる行為は、病気であり、追認により治癒されることもあれば、無効訴権により無効となり死亡することもある、という有機体のメタファーにより説明されたのであった[120]。

三　古典的無効論に対する批判と新無効論

しかし、20 世紀に入ると、不存在概念は批判にさらされ、新たな無効論が形成されていく。伝統的な無効論に対する批判的な流れは、1902 年に出されたドルグル（F.Drougoul）の『無効に関する一般理論の試み（Essai d'une théorie générale des nullités)』と題されるテーズに始まるとされている[121,122]。もっとも、古典的無効論から新無効論への変容において決定的な役割を担った学者は、その直後に現れた、ジャピオ（R.Japiot）およびE．ゴドゥメ（E.Gaudemet）であった[123,124]。その変動の決定的な内容のひとつが、既にみたよ

118 R.Japiot, Des nullitiés en matière d'actes juridiques. Essai d'une theorie nouvelle, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, pp.123 et 124.
119 J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, nº 2104.
120 人間の誕生に例えて無効を説明した著名な学説として、C.Demolombe, Cours de Code Napoléon, t.3, Traité du mariage et de la séparation de corps, Vol.1, 1re éd., 1854, nos 236 et s.
121 F.Drogoul, Essai d'une théorie générale des nullités, thèse Aix, 1902.
122 O.Gout, op.cit., thèse,nº 76.
123 R.Japiot, Des nullitiés en matière d'actes juridiques. Essai d'une theorie nouvelle,

うに、無効の本質を、行為状態ではなく、契約締結時になされた規定の違反に対するサンクションであるとして変容させたことにある。そしてこのことが、一部無効を理論的に是認するにあたっても重要な要因となったことは、先に指摘したとおりである。そこで、簡単に、新無効論が、無効の本質をどのように変容させたかを概観しよう。

１．攻撃権としての無効

ジャピオは、古典的無効論について、それが歴史的な基礎に基づいていないこと[125]、有機体的な無効の捉え方をレトリックの類が有する価値以外の価値を有さないこと[126]、およびそれが統一性を欠いていることを理由に批判した。

そして、ジャピオは、無効をサンクションであると捉え、行為がもたらす帰結を除去するための攻撃権（droit de critique）であると定義する。すなわち、ジャピオは、次のようにいう。

> 「無効とはサンクションである。サンクションは、その遵守を確保するために当該サンクションが設けられた規範の目的に適うものでなければならない。また、それが実際に発動される状況に見合うものでなければならない。われわれの論文の全ての要素は、この根本的な思想に立脚している。」[127]

そして、ジャピオの次の一節から、無効の本質の変容がみてとれる。

> 「われわれは、無効を、それ自体として考慮された行為の状態であるとする古典的思考を、別の思考に置き換えることを提案する。すなわち、行為の効果（les effets）に対して向けられる攻撃権という観念である。」[128]

このように、ジャピオは、古典的無効論とは異なり、無効の本質をサンクションであると捉えた。ジャピオの無効論そのものについては、彼が無効を攻撃権と捉えたことや[129]、「無

---

thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.

[124] E.Gaudemet, Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, rééd., Dalloz, 2004, p.150.

[125] ジャピオは、ローマ法上の、行為の効力を否定する訴権を詳細に検討し、古典的無効論の基礎がローマ法に正確に基づいていないとして古典的無効論を批判する（R.Japiot, op.cit., thèse, pp.51 et s）。もっとも、古典的無効論は、ローマ法に依拠して形成されたものではなかったように思われる。

[126] R.Japiot, op.cit., thèse, p.273.

[127] R.Japiot, op.cit., thèse, p.13.

[128] R.Japiot, op.cit., thèse, p.284.

[129] C.Guelfucci-Thibierge, Nullité,restitutions et responsabilité, LGDJ, thèse, 1992, nos 347 et s.

効または取消し訴権」を無意味なものとしたこと[130]などにつき批判がなされ、今日の無効論が、ジャピオの無効論に完全に立脚しているわけではない。しかし、無効の本質を、行為の状態としてではなく、サンクションであると捉える点については、今日の無効論の基礎をなしているといえよう。

四　古典的無効論と全部無効

このように、無効論の変容により、新無効論によれば無効がサンクションであると捉えられるようになった。そして、一部無効論の先駆者であるシムレールをはじめ、今日の学説は、無効がサンクションであると捉えられることから、一部無効が正当化されうると考えることは、本稿序章第二節で確認したとおりである。これに対し、古典的無効論においては、その本質上、無効の範囲という思考が生じなかったとされる。

なぜなら、行為は、一般に、契約者の意思の不可分な創作物（creation indivisible）であると考えられていた。そのため、合意は、成立要件を充足しているのであれば、あらゆる効果を生じさせ、充足していないのであれば、あらゆる効果を生じさせないとされた[131]。

そして、古典的無効論においては、無効が行為の状態として捉えられていたため、行為のすべてが無効な状態であったということになり、一部のみを無効とすることができなかった。一部無効という概念が定着するには、無効論の変容を待たなければならなかった。無効がサンクションであると捉えられるようになったために、違反された規定の目的に適するように、行為の一部の効果を無効とすることが可能になったのである[132]。

五　小括

以上のように、古典的無効論においては、無効が行為の状態であると捉えられていた。それゆえ、行為が無効であるとされたとき、行為が不可分な創作物であるとされるために、その一部を無効とすることはできなかった。これに対して、新無効論においては、無効が法的なサンクションであり、規範の目的や状況に適うものでなければならないとされたことにより、一部無効論が理論的な正当性に基づいて展開されることとなったのであった。

しかし、そうすると、不法な条件等が付された恵与につき当該条件のみを書かれざるものとみなす旨を規定する民法典 900 条は、行為の一部を無効とするという思考をなぜ与え

---

130 R.Japiot, op.cit., thèse, p.405.
これに対する批判として、E.Gaudemet, op.cit., p.150.

131 M.-S.Khalil, Le dirigisme économique et les contrat. Etude de droit comparé, thèse, LGDJ, 1967, nº 425.
また、F.Geny, La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, R.T.D.civ., 1926, 630. によれば、一部無効を課すことは、「自由に合意された契約の拘束力に関する基本的な原則を基礎から揺るがす」と評される。

132 O.Gout, Le juge et l'annulation du contrat, thèse, PUAM, 1999, nº 520.

なかったのであろうか。次款において、民法典制定時における同法 900 条の意義を探ることとしよう。

第二款　民法典制定当時における民法典 900 条の意義

民法典 900 条は、不法条件等が付された無償の法律行為につき、当該条件のみが書かれざるものとみなされると規定する[133]。このように条項のみの効力を否定することは、前述した、20 世紀初頭までの無効観であったとされる古典的無効論からすれば、奇妙なようにも思える。すなわち、古典的無効論によれば、無効とは行為状態のことを指し、その行為は不可分なものとして捉えられていた。そうであるならば、無償行為に不法条件等が付されていた場合であっても、当該行為の全体を無効とすることも考えられたであろう。しかしながら、実際には、民法典 900 条は、当該条件のみを書かれざるものとみなすと規定したのであった。その理由は、同条が、1791 年 9 月 5 日の法律に由来し[134]、政策的に規定されたものであったことにある。つまり、同法の日付からも窺えるように、その直前である 1791 年 9 月 3 日に制定された 1791 年憲法における諸原則を尊重し、アンシャン・レジームへの復帰を嫌って、民法典 900 条の起源となった条文が制定されたのであった[135]。

一　1791 年 9 月 5 日の法律

1791 年 9 月 5 日の法律は、恵与に関する法律である。同法律は、恵与に、とりわけアン

---

133 民法典 900 条［再掲］「生存者間の、または遺言によるすべての処分において、不能条件または法律あるいは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

134 1791 年 9 月 5 日の法律について、法令集においては、「デクレ（décret）」という語が用いられている（Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, avis du conseil d'état, etc..., 1789 à 1830, I, p.154.）。ところで、革命期において、デクレは、議会が議決した法律ではあるが国王がまだ裁可していないものを指す（革命期のデクレについては、1789 年 11 月 9 日の法律が定義している。）。また、この時代においては、ほとんどの法律が、法令集において、議会が議決した日付で「デクレ」として記載されていたとの事情があり、今日において大統領や首相が行う一方的な行政行為である命令一般であるデクレとは異なる。学説上も、1791 年 9 月 5 日の法律につき「法律（loi）」という語が用いられることが多いことから、本稿では、デクレと称するのではなく「法律」とした。なお、革命期のデクレ概念については、中村義孝「フランスの裁判制度（１）」立命館法学 2011 年 1 号 11 頁注(5)を参照。

135 フランス民法典 900 条の民法典制定時の意義について扱った日本の論稿として、森山浩江「恵与における不法の条件」松川正毅・金山直樹・横山美夏・森山浩江・香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012 年）108 頁がある。なお、後にみるように、民法典 900 条の厳格な適用を回避させる判例法理においては、「動因的かつ決定的なコーズ」という概念を用いられるのであるが、森山教授の同論稿は、この概念を最初に用いたとされる破毀院予審部 1863 年 6 月 3 日（Cass.req., 3, juin 1863, D.P.1863, I, 429 ; S.1864, I, 269.）の判例を通じて、上記判例法理について検討をしたものである。

シャン・レジームにおける身分制度を想起させるような条項（clause[136]）が付されていた場合について、次のように規定する。

「法律および良俗に反した〔命令をする、あるいは禁止をする条項〕、受贈者、相続人もしくは受遺者の宗教の自由に反した〔命令をする、あるいは禁止をする条項〕、しかじかの人と結婚する、もしくはしかじかの立場、仕事、職業を選択する自由を妨げる〔命令をする、あるいは禁止をする条項〕、または憲法により被選挙権を有する市民に課された義務および付託された職務（les fonctions）の遂行を妨げるあらゆる命令をする、あるいは禁止をする条項（conditions impératives ou prihibitives）は、書かれざるものとみなされる。」[137]

同法律の意義については、憲法制定議会（l'Assemblée Constituante）において、バレール（Barère）がした報告によって敷衍されている。同報告によれば、同法律が、政治的な影響および革命時の影響を受けたものであることが認められている。そこでは、不当な条項等の効力を否定することは、処分者に対するサンクションとして理解されていた。同報告の内容をみてみよう。

「同条〔同法律〕の採択を要求するのは、私ではない。それは、憲法それ自身であり、憲法上の諸原則を確保しその精神（esprit）を明示する必要性〔によるもの〕である。これ〔同法律〕は、市民および宗教上の不寛容という不幸な諸効果を阻止する手段である。政治的平等および宗教上の寛容の原則に従うことができず、あらかじめ法律により保護された諸行為により、政治的職務（fonctions publiques）を行使し、〔ある市民が〕平民と呼ぶ女性や他の宗教上の儀式を守る〔必要〕、または他の政治的意見を有する人と〔ある市民の〕子供との結婚を排除するなどの、ある市民の偏見および専横に対し、適切な限界（justes bornes）を置く必要がある。……法律が自由としなければならず、そして法律が古い偏見から解放し、品位を落とした受難の帝国から奪わなければならない諸権利および恵み（dons）に対して命令をするまたは禁止をする諸条

136 同法律によれば、「条項（clause）」と記載されているが、同法律について敷衍した憲法制定議会でのバレールの報告よれば、「条件（conditions）」とされており、同法が対象としていたものが、条件か条項かについては、明確ではない。

137 Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, avis du conseil d'état, etc..., 1789 à 1830, I, p.154.

≪Toute clause impétative ou prohibitive qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte a la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait a le détoutner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fomctions déférées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite.≫

件（conditions）を、遺言者および贈与者が〔誰かに〕負わせることを恐れなさい。そうしないと、自然法および憲法は、罰せられることなく違反される。革命に対する反発が、瀕死の者の意思および贈与者の寛大さの遵守というかたちのもとに潜む。貴族や、われわれの憲法の諸原則に不寛容な者、敵対する者は、なおも墓の中で〔革命に対する反発を〕命ずる。政治的意思と市民の意思との間の、個人の意思と一般意思との間の顕著な不一致を打破させるのは、あなたがたである。唯一、憲法が支配的でなければならない。」[138,139]

このように、1791 年 9 月 5 日の法律において、法律および良俗に反した条件等が贈与および遺贈に付されていた場合に当該条件のみが記載されていないものとみなされる理由が、革命前の制度（アンシャン・レジーム）に対する反発にあったことは明白である。そこでは、宗教の自由を制限する条項や、婚姻の自由や職業の自由を妨げる条項など、アンシャン・レジーム期の身分制度を想起させるような条項が念頭に置かれ、憲法上の諸原則が違反されることによりアンシャン・レジームに戻ることが恐れられたため、これらの条件は、書かれざるものとみなされたのである。つまり、これらの条項を書かれざるものとみなすと規定することにより、受益者は、恵与により得た利得を失わないことから、不法性の摘示が促されることになるのである。

ところで、民法典 900 条は、より一般的に、不法、不能および良俗に反する条件について規定したものであり、1791 年 9 月 5 日の法律と完全に同じ規定ではない。もっとも、民法典 900 条と 1791 年 9 月 5 日の法律とは、部分的にではあるが同じ文言を用いている。そこで、民法典 900 条が 1791 年 9 月 5 日の法律と同じ影響のもとで規定されたものか否かが問われなければならないが、起草過程においては、民法典 900 条について議論されることはなかったとされている[140]。そのため、われわれが確認しうるのは、古いものでも、民法典制定後の、とりわけ判例による民法典 900 条の厳格な適用の回避が一般にみられる以前の学説による同条に対する理解がいかなるものであったかということである。それらによれば、たしかに民法典 900 条が強行法規性を有することに反対する学説もあったが、一般に、多くの学説は、同条を、強行法規性を有する条文であると理解していた。

すなわち、一部の学説は、民法典 900 条につき、強行法規性はなく、処分者の推定された意思に基づいて規定されたものであると主張する[141]。すなわち、一般的に、処分者は何よりもある恵与の実現を意図しており、処分者にとって条件は付随的な特徴を有するもの

---

138 M.Merlin, Questions de droit, t.2, 4e éd., Paris, 1827, Condition, § 1, pp.486 et 487.
139 なお、同法律は、先に本文に記載した一条からなるものである。それゆえ、引用部分の冒頭において「同条」という言葉を用いているものと思われる。
140 Ph.Simler, op.cit., thèse, no 39.
141 C.Demolombe, Traité des donations entre vifs et des testaments, t.1, Imprimerie Générale, 1876, nos 202 et s ; Bienvenue, Des conditions impossibles,illicites ou contraires aux mœurs dans les ates à titre gratuit, thèse Rennes, 1899, p.44.

である。それゆえ、同条は、この推定の結果にすぎない。これに対して、処分者が恵与の存在を条件の成就に委ねる意思を表明していた場合に、無効とされなければならないのは、行為そのものである。

しかしながら、以上の解釈は、民法典制定時の同条の解釈として多くの賛同を得なかった。その理由としては、次の 2 点が挙げられる。第一に、1804 年の民法典の起草過程の時点においては 1791 年 9 月 5 日の法律が効力を有していたのであるが、その時点で同法と同様の文言を用いて、しかし同法とは正反対の原則を置くことを立法者が意図していたとは考えにくい。第二に、贈与に関する規定である民法典旧 896 条は、継伝処分（substitution）を原則として禁止していた。同条は、革命により尊重されなければならないとされた原則を遵守するという理念の影響のもとに規定されたものであった。

それゆえ、当時の多くの論者によれば、民法典制定時においては、その今日的な是非はともかくとして、民法典 900 条は強行法規性を有したものであるとされていた[142]。

第三款　判例による民法典 900 条の厳格な適用の回避

しかしながら、以上でみた民法典制定当時に考えられていた意義に反して、判例は、次第に民法典 900 条の厳格な適用をしなくなっていく。学説によれば、その理由は、恵与において民法典制定時に指摘されていたような政策的配慮の必要性が薄れていったことにあるとされる[143]。そこで、判例がいかなる手段を用いて同条の適用を回避したのか、そしてこれを学説はどのように評価していたかを確認しよう。

なお、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理について、今日の体系書レヴェルでは、それが一部無効の萌芽的な法理であること、およびそこでは動因的かつ決定的なコーズという概念を通じて当事者の意思が考慮されていることが指摘されるにとどまることが多い[144]。それゆえ、この判例法理について詳細な検討をする必要がないように思われるかもしれない。しかし、伝統的な一部無効論は、この判例法理から、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮されることを指摘した。そして、伝統的な一部無効論は、本章第二節でみるように、同条と無関係な事例においても当事者の意思により無効の範囲が画定されるという主張を展開することとなる。こうして、伝統的な一部無効論は、事案の差異を考慮することなく、各事案において当事者の意思がどのような意味で用いられていたかを区別することなく、「当事者の意思の考慮」という基準が無効の範囲の原則的な基準であるとして一部無効論を形成していくのであった。本稿は、この伝統的な一部無効論の形成過程で、判例が考慮しているといわれる「当事者の意思」の内実を変容させてしま

142 たとえば、A.Colin,H.Capitant et L.Julliot de La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, 2 éd, t.3, 1950, n° 1391; F.Laurent, Principes de droit civil français, tome.11, 3e éd., Bruxelles, 1878, n° 430.

143 J.Flour, J.-L.Aubert, E,Savaux, Les obligations, 1.L'acte juridique, 13e éd., Sirey, 2008, n° 358.

144 J.Flour, J.-L.Aubert, E,Savaux, op.cit., 1.L'acte juridique, n° 358.

ったのではないかと考える。そのため、一部無効の萌芽とされる判例法理についても、詳細にみる必要があると考える。

一　民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理

不法条件等が付された恵与につき、判例が民法典 900 条を厳格に適用していたのは、およそ 19 世紀前半までであったとされている[145]。その後、判例は、恵与に対して不法な条件等が付されていた場合に、当該条件のみを書かれざるものとみなすのではなく、恵与そのものを無効とする場合があることを認めた。先に指摘したように、同条において不法条件等を記載されていないものとみなすことを要請していた政治的必要性が、次第に薄れていったからである。このような判例は、次の２つの方法により、恵与者が当該条件の実現を重要なものと考えていたことが明白である場合には、民法典 900 条の適用を制限し、行為全体の無効を認めるに至った。まず、当該条件が付された恵与を有償の行為と性質決定するというアプローチを採る。しかし、このアプローチは、理由は明らかではないがすぐ採用されなくなり、「動因的かつ決定的なコーズ」という概念による解決が一般に受け入れられるに至る。

第一の、条件または負担に従属した恵与を有償の法律行為として性質決定するというアプローチについてみていこう。このアプローチによれば、ある処分者にとって条件または負担が重要なものであった場合、すなわち、当該条件または負担の実現が妨げられることを処分者が予測していれば当該恵与をしなかったであろう場合において、当該条件または負担は、いわば処分の反対給付であるとされた。このような条件等が付された行為は、無償の法律行為ではない、つまり恵与ではない。この行為は、有償の行為であり、それゆえ、当該条件が不法であった場合等においては、有償行為に不法条件等が付されていた場合に合意が無効となる旨を規定する民法典 1172 条が適用されるのだという[146]。

このようなアプローチを採用した最初の裁判例は、1852 年のオルレアン控訴院判決であったとされている。

[仏 1]オルレアン控訴院 1852 年 3 月 20 日判決[147]

【事案】A 夫婦は、その娘 B の初婚の相手との間に生まれた孫娘 C と、再婚後の相手との間に生まれた孫娘 D および今後生まれてくるであろう孫に不動産を残したいと考えた。そこで、A 夫婦は、将来の相続の前渡し（en avancement sur leure sucsessions futures）と

145 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 40.

146 民法典 1172 条は、民法典第三編第三章（合意による契約または債務一般）第四節（債務の諸種類）第一項（条件付き債務）に置かれ、次のように規定される。

民法典 1172 条「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であり、それに依拠する（dépend）合意を無効とする。」

147 C.A.Orléans, 20 mars 1852, S.1853.Ⅱ,13.

して、B に対してほぼすべての不動産についての虚有権(nue propriété)を贈与し[148]、既に産まれている、または今後産まれてくる孫娘にそれらを引き渡すという負担を付した。さらに当該贈与には、相続財産における自由分（quotité disponible）[149]について定められた民法典（旧）913 条の規定の援用を受贈者たる B およびその夫が放棄する旨の条項が付されていた[150]。

原告、被告が誰かについては明らかではないが（このような場合において、当事者を X（原告)、Y（被告）と表記せず、「A、B、…」と表記した。以下、同様である。)、本件においては、民法典（旧）913 条の規定の援用を放棄する旨の条項が将来の相続に関する規定に相当し無効であるところ、民法典 900 条が適用されて当該条項のみが書かれざるものとみなされるかが争われた。

【判旨】（不明（誰が控訴したかが資料からは不明であったため。以下、同様の場合には、ここに「(不明)」と記する。))

オルレアン控訴院は、当該約定を、当該行為に不可欠で、かつ明白な条件であり、恵与の対価であることに鑑みて、このような贈与と称されている行為につき、恵与としての特徴が失われ、有償行為に不法条件等が付されていた場合の帰趨について規定する民法典 1172 条の適用を受ける行為に含まれるものであるとした。

このように、同判決は、民法典において定められた遺留分を放棄する旨の約定が付された処分行為につき、当該行為を無償行為たる恵与としての特徴を有していないとし、有償の法律行為に不法条件等が付されていた場合に適用される民法典 1172 条が適用されるとした。同様の理由を採用する破毀院判決が、その後、いくつか現れる。

[仏 2]破毀院予審部 1867 年 11 月 12 日判決[151]

---

148 「虚有権」とは、虚有権者に対し、ある物を使用し収益する権利は与えないが、処分する権利を与える物権である（中村紘一・新倉修・今関源成『フランス法律用語辞典〔第二版〕』（三省堂、2002 年）213 頁。)。

149 「自由分」とは、遺留分を有する相続権者がいる場合に、贈与または遺言により自由に処分することができる財産の部分のことをいう（中村＝新倉＝今関・前掲注(148)257 頁。)。

150 括弧内筆者注。民法典 913 条は、1896 年 3 月 25 日の法律や、1972 年 1 月 3 日の法律、2001 年 12 月 3 日の法律、2005 年 7 月 4 日の法律、および 2006 年 6 月 23 日の法律の影響により、現在に至るまで何度か修正されている。

オルレアン控訴院判決が出された当時の、修正前の民法典旧 913 条によれば、次のように規定されていた。

> 民法典旧 913 条「あるいは生存者間でなされた行為（actes entre vifs）により、あるいは遺言（testament）によりなされた恵与は、処分者の死亡時に子が一人いる場合には処分者の財の 2 分の 1 を、子が 2 人いる場合には（処分者の財の）3 分の 1 を、子が 3 人またはそれ以上いる場合には（処分者の財の）4 分の 1 を超えることができない。」

151 Cass.req., 12 novembre 1867, D.P., 1869. I .528.

【事案】父 A の死亡による相続財産に関する後見の計算（le compte qui précède la présente donation）を後見人（母）Y がして 103649 フランと確定したのち、1859 年、Y が、被後見人（娘）X に対して贈与と称された行為をした。当該贈与には、その条件として、上記後見の計算についていずれの方法によっても批判することができねい旨が規定された。その後、X は、上記後見の計算が実際には 186934 フランであったことがわかったため、後見の計算は未成年者が放棄できないものであるとして、後見の計算を請求した。Y は、そうであるなら、当該行為が全体無効とされなければならないと主張した。そして、当該条項の不法性を理由に、民法典 900 条が適用されて贈与が存続するか否かが問題となった。

控訴院は、Y のした行為が、一方で X に利益を付与し、他方で相続財産の数額の計算を Y に請求することを放棄させたことに鑑みて、無償行為と有償行為との混合契約（contrat mixte）であったこと、および両者が不可分な家族協定（pacte de famille）であったことから、当該行為の全部が無効とされなければならないと判示し、民法典 1172 条の適用を認めた。これに対して、X が民法典 900 条に反することを理由に破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が当該行為を混合契約であり、また全てが有効とされ、または無効とされなければならない不可分な家族協定であったと評価したことを確認したのち、これらの評価が事実審裁判官の専権事項であることから、控訴院が民法典 900 条およびその他の条文に反したということはいえず、同法 1172 条を正当に適用したと判示した。

[仏 3]破毀院予審部 1869 年 12 月 21 日判決[152]

【事案】後見人（母）Y が、1857 年に、被後見人（娘）X に対し 10000 フランを贈与したのであるが、当該贈与には、1840 年に X の父親が死亡した際の Y による相続財産の数額確定（le compte de tutelle）に X が追認した旨の記載が付されていた。その他の事実関係は不明である。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、まず、原審が、1857 年の行為およびあらゆる他の文書をもとに贈与者 Y の意図を探究し、受贈者 X に対しなされた金銭の分与（attribution）は純粋な恵与ではなく、清算行為の追認の対価に等しいものとしたことを確認した。そこで破毀院は、当該分与を、恵与の特徴というより、有償の交換的契約（un contrat commutatif）としての特徴を示すものであるとして、民法典 1172 条を適用した原審が法律に違反していないと判示した。

このように、当初の判例は、贈与者が重要であると考えていた条件または負担が、贈与の対価であったと考えられる場合には、贈与と称されていた行為を有償行為であるとして、民法典 1172 条の適用を認めていた。このようにある行為が恵与と称されていたとしても、事案を考慮して有償行為であるとするアプローチは、後述するように、現在においても一

[152] Cass.req., 21 decembre 1869, S.1870. I .130, D.P., 1870 I .308.

部の学説により支持されている。

しかしながら、不法条件等が当事者にとって重要であった場合に、当該条件が付された恵与を有償行為と性質決定するというアプローチを採る裁判例は、批判にさらされたわけではないが、すぐに姿を消すことになった。一般に判例は、同様の事案につき、民法典 1172 条ではなく、同法 1131 条ないし 1133 条を適用し、または条文を挙げることなく、「動因的かつ決定的なコーズ（cause implusive et déterminante）」という概念を用いて解決を図るようになる。つまり判例は、ある恵与につき、それに付された条件または負担が動因的かつ決定的なコーズであった場合には、当該処分の全体を無効とするのである。なお、コーズとは何かについては、判例を確認した後に説明することとしたい。

コーズ概念に基づいて解決を図った最初の判例は、1863 年の破毀院判決であるとされる。同判決は、法律に反する条件が付された贈与につき、次のように判示した。

[仏 4]破毀院予審部 1863 年 6 月 3 日[153]

【事案】母 Y_1 が、複数の子および孫 Y_2 らに対して、1851 年 4 月 16 日に、自身の財を贈与した。当該贈与にあたっては、Y_1 の面前で、かつ Y_1 の同意のもとで、Y_2 らの間で分割（partage）されることが条件とされていた。そして、Y_2 らにより、本件贈与に続いて、贈与と同日に、また同一の証書により分割がなされた。しかし、本件分割において、Y_1 の子のひとり X_1 につき書き落とし（omission）があった。それは、X_1 が、その遺留分を変える額を相続分の先渡し（avancement d'hoirie）として既に受け取っていたためであったとされた。

そこで、X_1 は、本件贈与分割が、処分者の子全員によってなされなかったとして（当時の民法典旧 1078 条は、贈与分割は、処分者の子全員によりなされなければ無効であるとしていた。）、本件分割の無効を求めて訴えを提起した。なお、本件事案においては、Y_1 の子のひとり B（死亡）の孫 X_2 が、B がした Y_2 に対する権利の譲渡のレジオンに基づく取消し（rescision）等を主張している。

控訴院は、本件分割を、X_1 の書き落としを理由に無効とし、それにより、本件贈与も無効であるとして、Y_1 が財産を取り戻すものとした。これに対し、X_2 が破毀申し立てをした。

【判旨】破毀申し立て棄却。

破毀院は、本件贈与が、分割がなされるという条件でなされたことに鑑みて、本件分割が贈与とは切り離されないものであるとした。そして、本件分割の無効により、贈与が存続することはありえないとして、原審が本件贈与につき無効を言い渡したことを正当であったとした。

さらに、破毀院は、以上のことは、条件が公序に反するものとして書かれざるものとみ

---

153 Cass.req., 3 juin 1863, D.P. 1863, I, 429 ; S. 1864, I, 269.
なお、同判決については、森山・前掲注(135)で既に紹介されており、本稿の同判決に関する訳にあたっても参考にした。

なされなければならない場合であっても同様であると判示した。その理由として、本件のように、条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであったと認められる場合には、法律に反する条件の無効が、それが付された贈与の無効をもたらすことは、確かなことだからであると判示した。

以上の理由で、破毀院は、破毀申立てを棄却した。

同判決は、贈与に付された不法な条件が、贈与にとって動因的かつ決定的なコーズであった場合には、それが付された贈与の無効をもたらすと判示した。そして、本件においては、子のひとりにつき書き落としがあったために無効とされた分割が、本件贈与の動因的かつ決定的な条件であったとして、民法典 900 条を適用せず、贈与そのものの無効を認めたのであった。

もっとも、学説によれば、本件は、厳密には、民法典 900 条の適用の如何が争われるべき事案ではなく、贈与分割に関する民法典旧 953 条が適用されるべき事案であったとされる[154,155]。なぜなら、破毀院がまさに述べているように、本件において無効であったのは、分割だったからである。

このような指摘は存するものの、同判決による条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであったと認められる場合には、法律に反する条件の無効が、それが付された贈与の無効をもたらす」との準則は、恵与とされる行為の事例において、実務上、確立していく。たとえば、前掲［仏 4］判決は贈与の事案であったが、遺贈の事案においても、次のような破毀院判決が出された。

[仏 5]破毀院民事部 1868 年 7 月 7 日[156]

【事案】遺贈に、遺贈された財を売却してはならない旨の条項が付されていた。しかし、それ以外の事実関係については、資料からは不明であった。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、当該条件のみを無効としたとき、当該条件が付随的なものでしかなく、恵与の意思がコーズとして残っていたことを判示していることに鑑みれば、民法典 1131 条、1172 条、900 条および 910 条に違反しなかったと判示した[157]。

---

154 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 41.

155 贈与分割とは、尊属分割（partages d'ascendants）の一種であり、尊属分割とは、尊属が自分の相続を見越して、自らの財産につき、卑属らの間での分配を尊属がかかわって、贈与または遺贈のかたちで行うことである。

156 Cass.civ., 7 juillet 1868, S.1868, I, 446.

157 民法典 910 条（原始規定）「施療院、市町村の貧困者または公益に属する諸施設のための、生存者間の、もしくは遺言による処分は、それらが国王のオルドナンスによって許可された場合にのみ効力を有する。」

民法典 1131 条［再掲］「コーズがない債務、または虚偽のコーズもしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

[仏 6]ディジョン控訴院 1871 年 12 月 7 日[158]

【事案】A は、遺言により、甥、姪および彼らの子 Y らに対して、あらゆる財を遺贈した。当該遺贈には、この財により、主に彼ら家族のために、養護施設（la maison de son secours）が建設されるよう規定されていた。その後の経緯や利害関係は明らかではないが、当施設の管理等から生ずる負担を考慮し、受遺者らがみな、この施設の建設を実現できないとしたために、当該遺贈そのものが無効とされるかが問題となった。おそらくではあるが、判旨をみるかぎり、遺言中に指名された者の他に相続人 X が残っていたものと思われる。

【判旨】（不明）

破毀院は、遺言により、相続人が個人的に相続財産の何らかの部分を受けとることが望まれたのではなく、Y らがまとめて（en bloc）指名されたとしても、それは彼らに無償で与える（gratifier）ためではなく、遺贈者の意思の実現への協力を確実にさせるためになされたのであるなどの事情を挙げ、本件遺贈の決定的なコーズは、施設の設立であるとして、その計画（施設の設立）が実現できなかったのであれば、これを実現するための手段も無効であると判示した。

このように、法律に反する条件等が恵与に付されていた場合において、裁判例は、それが動因的かつ決定的なコーズであったか否かにより、恵与そのものが無効とされるか、不法条件等のみが書かれざるものとみなされるかを判断していた。すなわち、恵与に付された条件や負担の実現が動因的かつ決定的なコーズであれば、民法典 1131 条ないし 1133 条を適用して、または条文を挙げずに恵与全体の無効を認めていた（前掲［仏 4］判決、［仏 6］判決。）。これに対して、コーズが恵与の意思であったといいうる場合には、民法典 900 条を適用して当該条件のみの無効を認めていた（前掲［仏 5］判決。）。

最後に、条件が動因的かつ決定的なコーズであったか否かにより解決が図られた典型例を挙げておこう。裁判例においてしばしば問題とされる事案としては、第一に、配偶者たる受贈者の再婚を禁止する旨の条項が付されていた事案、第二に、恵与の対象となる財（le bien）の処分を一定の期間禁ずる旨の条項が付されていた事案が挙げられる[159]。

民法典 1172 条［再掲］「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であり、それに依拠する（dépend）合意を無効とする。」

[158] C.A.Dijon, 7 decembre 1871, D.1873, II, 177.

[159] これらの条項は、必ず無効であるとされるものではない（Ph.Simler, op.cit., these, nº 47 et 48.）。

第一に、配偶者たる受贈者の再婚を禁止する旨の条項は、それが死後の嫉妬のような不当な目的による場合、または不義の子を摘出子とすることを不可能ならしめるような有害な帰結に至る場合においてのみ、無効であるとされる。

第二に、恵与の対象となった財の処分を一定の期間禁ずる旨の条項は、非譲渡期間が短期であり、かつ重大な利益により正当化されるものである場合には、有効である。

＜配偶者たる受贈者の再婚を禁止する旨の条項が付されていた事案＞

[仏 7]破毀院予審部 1913 年 4 月 8 日[160]

【事案】前夫 A は、かつて婚姻関係にあった前妻 X に対して、婚姻関係が存する当時、毎年 20000 フランの年金を贈与していた。当該贈与には、この年金が受贈者たる前妻 X の結婚により、その結婚の日から消滅する旨の規定が置かれていた。その後、X は、贈与者たる前夫 A と離婚した。その後の事実に関する詳細は明らかではないが、A の死亡後、X は、A の相続人である Y に対して、当該規定が良俗に反すること、および民法典 900 条の適用により当該規定のみが記載されていないものとみなされなければならないことを主張した。控訴院がこの X の請求を認容したため、Y は、当該条件が、民法典により禁止されているものではなく、良俗に反していないとして破毀申立てをした[161]。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、当該条項それ自体は道徳に反するものであるとは言えないとする一方で、本件においては、年金の支払い方法について、A のもとで（chez le donateur）、A の死後においては公証人（notaire）のもとでなされる旨の規定がされていたことから、当該条項により A が X とのかつての関係を存続させることを望んでいたことが明らかであるとした。そして、当該条項が非難に値する感情に従って置かれた、道徳に反する特徴を有するものであるとして、民法典 900 条を適用した控訴院判決を正当なものとした。

[仏 8]破毀院民事部 1939 年 10 月 24 日[162]

【事案】A が、妻 Y に対してあらゆる財の用益（usufruit）を遺言により遺贈した。同遺言には、Y が再婚をした場合には当該遺贈を解除（resolution）する旨の条項が付されていた。その後の事実関係は明らかではないが、おそらく A の死後、Y が再婚をしたので、当該遺贈の無効が A の親族 X（得られた資料からは続柄は明らかではないが、便宜上、「X」とする。）との間で争われたものと思われる。

控訴院は、民法典 900 条を適用して、当該条項のみを書かれざるものとみなした。これに対し、X が破毀申立て。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、本件においては子がいないこと、Y がまだ若いこと、遺贈の目的が用益であることから、当該条項が置かれたのは、尊重されるべき遺贈者による受遺者への配慮（préoccupation）によるものではなく、もっぱら遺贈者の死後の嫉妬という非難されるべき考えによるものであったとしたことを確認した後、この遺贈者の意思の評価は破毀院のコントロールに属するものではないとして、破毀申立てを棄却した。

---

160 Cass. Req., 8 avril 1913, D.P., 1915, I, 29.

161 そのほか、当該規定は、条件ではなく、期限（terme）である旨の破毀申立てもなされた。この点については、破毀院によれば、それが期限か条件かは、事実審裁判官の専権によるものだとされた。

162 Cass.Civ., 24 octobre 1939, D.H., 1940, p.1 ; S.1940, I, 32.

[仏 9]破毀院民事部 1965 年 11 月 8 日[163]

【事案】事案の詳細は明らかではないが、被相続人が遺言をした際、姉（sœur）がある特定の者と結婚した場合には彼女につき相続廃除をし、この場合には他に包括受遺者（légataire universel）が指定される旨の規定が置かれており、当該規定の有効性、および無効の範囲が問題とされた。控訴院は、民法典 900 条を適用せず、遺贈全体を無効とした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、遺贈者が特定の者に対する個人的な恨みを満たすために遺言中にその者との結婚を妨げる旨の条項を挿入したこと、および当該条件が包括遺贈の動因的かつ決定的なコーズであったことを確認していたことから、遺贈の無効を言い渡すことができたと判示した。

＜財の処分を一定の期間禁ずる旨の条項が付されていた事案＞

前述した［仏 5］判決のほか、たとえば次のものがある。

［仏 10］破毀院予審部 1896 年 11 月 10 日[164]

【事案】遺贈者 A は、地方自治体 B に対して、遺言により不動産を遺贈した。本件遺言によれば、B が、遺贈された不動産を譲渡することができない旨が規定されていた。その後の事実関係は資料からは不明であるが、不動産の譲渡を禁ずる旨の条項の有効性、および当該遺贈の有効性が争われた。

判旨をみるかぎり、控訴院が民法典 900 条を適用し本件条項のみを書かれざるものとみなしたところ、破毀申立てがなされたようである。ただし、破毀申立て人が誰であるかは不明である。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院によれば、事実審裁判官が、当該条件が不法であったことを確認したあと、専権的な評価により、それが純粋に付随的なものであったことを認めていたことから、A の動因的かつ決定的なコーズが地方自治体およびその住民のための慈善の気持ち（pensée de bienfaisance）であったと判示した。

［仏 11］破毀院民事部 1949 年 3 月 23 日[165]

【事案】A は、姪である Y に対していくつかの財を遺贈しようとし、遺言を作成した。当遺言によれば、当該遺贈の対象となる財を譲渡してはならない旨の非譲渡条項が付されて

---

163 Cass.Civ., 8 novembre 1965, Bull. 1965.I, nº 593 ; D.1966, Somm., p.33 ; G.P., 1966.I.55 ; R.T.D.civ., 1966, p.332, obs. R.Savatier.

164 Cass.Req., 10 novembre 1896, D.P.,1897.I.51.

165 Cass.Civ., 23 mars 1949, G.P., 1949.I.281 ; S.1949.I.167.

いた。その後の事実関係等は不明であるが、非譲渡条項の不法性により遺贈そのものが無効となるかが争われたようである。

控訴院は、民法典 900 条を適用して当該条項のみを書かれざるものとみなした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、本件事情のもとでは、当該遺贈に含まれた条件が動因的かつ決定的なコーズであったという民法典 900 条の適用に反対する証明が与えられていなかったと判示した。続いて破毀院は、破毀申立て理由として控訴院が解釈により明確な条項の文言をゆがめたことが挙げられたことに対して、当該行為が不法なコーズを有するか否かの評価にあたり、事実審裁判官が、原則として、当該行為の言明を越えて、法律によって是認されたあらゆる証明の方法に頼ることができると判示した。以上のことから、遺言に含まれた条項が変性（dénaturation）されることなく、また、遺言者の意思に関する専権的な評価により、控訴院は正当なものであったとした。

これらの判例をみるかぎり、恵与に同種の条項が付された場合であっても、恵与の帰趨について、判例の態度は分かれている。一方で、当該条項が動因的かつ決定的なコーズではないとして、あるいはそれに言及せず、民法典 900 条により当該条項のみを書かれざるものとみなすものがある（前掲［仏 5］判決、［仏 7］判決、［仏 8］判決、［仏 10］判決、、［仏 11］判決。）。他方で、当該条項が動因的かつ決定的なコーズであるとして、民法典 900 条を適用せず、恵与全体の無効を認めるものがある（前掲［仏 4］判決、［仏 6］判決、[仏 9]判決。）。ただし、恵与全体の無効を認めるとき、民法典 1131 条ないし 1133 条を挙げる破毀院判決もあれば、単に民法典 900 条が適用されないとするにとどまる破毀院判決もある。このことは、後述するように、動因的かつ決定的なコーズという概念の理解を困難なものとする。

このような判例の状況に対して、学説のなかには批判的な態度をとるものがある。たとえば、ユエ（A.Huet）は、前掲[仏 7]判決、[仏 8]判決および[仏 9]判決のような恵与に受贈者の再婚を禁止する条項が付されていた場合に恵与の無効を認める判決に対して、条項のみの無効を認めるべきであるという[166]。

> 「意思が公序および良俗と衝突するとき、意思の不正または歪曲は、重要であろうか。行為者は、彼自身に対してしか攻撃しえない。ある無効な条件を記載されていないものとみなし、それが付された法律行為を維持することは、この『切除（découpage）〔条件のみを書かれざるものとすること〕』が公序および良俗に対する侵害を予防し、またそれに対しサンクションを課しうる唯一の手段である限り、われわれには大いに望ましく思われる。」

[166] A.Huet, Les atteintes à la liberté nupitale dans les actes juridiques, R.T.D.civ., 1967, p.80.

ユエは、公序および良俗に対する侵害の予防という観点から、不法または不道徳な条件のみを除去すべきであるとする。このようなある法律に対する違反の予防という観点は、詳細は本章第三節で検討するが、場合によっては優先されなければならない観点であろう。実際、再婚を禁止する旨の条項に関する前掲［仏 7］判決や［仏 8］判決によれば、当該条項の重要性については触れられずに、当該条項につき民法典 900 条を適用して書かれざるものとみなされていた。しかし、類似の事案において、前掲［仏 9］判決が、当該条項が動因的かつ決定的なコーズであったことから当該恵与の無効を認めていたことには、注意が必要であろう。

これに対して、シムレールは、配偶者の再婚の禁止を目的とした条項についていえば、これを禁ずる公序および良俗は、条項のみを書かれざるものとして恵与の維持を要請するものではなく、条項が動因的かつ決定的なコーズであったか否かにより、事案ごとの解決がなされるべきであるとする[167]。シムレールは、その理由について明らかにしていないが、おそらく、これらの条件等は、何らかの積極的な目的を達成するための法律により禁止されたものではないという点にあろう。つまり、彼は、公序により無効の範囲が画定されるか否かの基準として、当該公序が、何らかの法律により禁止されたものであって、積極的な目的の達成を企図しているか、または裁判官により禁止されたものであって、良俗の一部をなし、他者の自由の保護のためにある者の自由を保護することを本質的な目的としているにすぎないかを区別する。そして、前者の場合には、その目的に従い無効の範囲が画定されるのに対して、後者の場合には、当事者の意思に基づき無効の範囲が画定されるとしたのであった[168]。シムレールは、このような区別を採用するため、ユエとは異なり、配偶者の再婚の禁止は法律により禁止されたものではなく、積極的な目的の達成を企図していないとして、当事者の意思に基づき無効の範囲が画定されると考えているのであろう。

法律によりある条件等が禁止されているのではなく、裁判官により禁止されているにすぎない場合に、当該公序の特徴をいかに解するかという点それ自体は、非常に興味深い問題である。しかし、本款では、一部無効の萌芽である民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例の手法とその意義を検討すること、つまり、不法条件等が恵与に付されていた場合にその帰趨を分かつ「動因的かつ決定的なコーズ」とは何を意味するかについての検討を通じて、そこから析出される当事者の意思の考慮がどのような位置づけを与えられているかを明らかにしていくことがより重要であり、本稿が取り組まなければならない課題であった。そこで、この問題については深く立ち入らず、以下では、「動因的かつ決定的なコーズ」とは何かについて、学説の議論をみていくこととしたい。

---

167 Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 47.
168 Ph.Simler. op.cit., thèse, n°s 327 et s.

二　「動因的かつ決定的なコーズ（cause implusive et déterminante）」の意義

以上のように判例は、恵与に不法条件等が付されていた場合において、当該条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであると認められる場合には、恵与全体の無効を認めるに至った。そこで用いられる「動因的かつ決定的なコーズ」という概念は、いかなる意義を有するものであろうか。

学説は、同概念に「コーズ」という語が用いられていることから、一般的なコーズ概念との異同を問題にする。そして、そのなかには、主に、①古典的コーズ論の観点から同概念を判例が便宜的に用いているにすぎないとする見解、②新コーズ論（カピタンのコーズ論）の観点から同概念とコーズとを同視する見解、③恵与とされる行為の有償行為化を主張する見解とがある。

そこで、学説の検討に入る前に、コーズとは何かについて、簡単に説明しておこう。

１．コーズについて[169]

コーズとは、法律行為の有効要件のひとつである（民法典 1108 条）[170]。コーズについては、以下のように民法典 1131 条ないし 1133 条により規定されるが、その定義がなされているわけではない。

> 民法典 1131 条「コーズがない債務、または虚偽のコーズ（fausse cause）もしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」
> 民法典 1132 条「合意は、そのコーズが表明されていなくても、なお有効である。」
> 民法典 1133 条「コーズは、法律によって禁止されるとき、善良の風俗または公の秩序に反するときは、不法である。」

学説上も、コーズとは何かについて、契約に至った論拠（raison）や契約により追求した

---

169 フランスのコーズ論を扱った日本の研究としては、稲葉彬「フランス契約法における Cause の理論」法学新報 79 巻（1972 年）2 号 85 頁、岸上晴志「契約の目的についての覚書（一）、（二）」中京法学 16 巻（1981 年）1 号 51 頁、同 2 号 77 頁、森山浩江「恵与における『目的』概念　－コーズ理論を手掛かりに－」九大法学 64 号（1992 年）1 頁、小粥太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早法 70 巻（1995 年）3 号 1 頁、竹中悟人「契約の成立とコーズ（一）～（八・完）」法協 126 巻 12 号 1 頁、127 巻 1 号 1 頁、同 2 号 1 頁、同 3 号 1 頁、同 4 号 82 頁、同 5 号 1 頁、同 6 号 37 頁、同 7 号 1 頁などがある。

170 民法典 1108 条によれば、法律行為の成立要件としては、当事者の同意（コンサントマン）、契約を締結する能力、目的（onjet）、適法なコーズの 4 つが挙げられる。

> 民法典 1108 条「合意の有効性にとって、以下の 4 つの条件が基本的なものである。
> 義務を負う当事者の同意
> その者の契約を締結する能力
> 約務の内容を形成する確定した目的
> 債務における適法な原因」

目的（but）であると言われることがあるが[171]、一致しない[172]。コーズ概念は、フランス法上、最も難解な概念のひとつであると言われている。しかし、コーズ論を大別するならば、大きく、古典的コーズ論と、カピタンをはじめとして主張される新コーズ論とがあるとされている[173]。

古典的コーズ論によれば、コーズは契約類型ごとに一定なものであるとされる。双務契約においては、反対給付が、たとえば売買契約の売主にとっては物の引渡しに対する代金が、コーズであるとされる。これに対し、恵与は片務的な無償行為であり、反対給付は存在しない。そこで、古典的コーズ論によれば、恵与のコーズは、恵与の意図（l'intention libérale）にあるとされる。このように、コーズは、契約類型ごとに一定であり、客観的かつ抽象的な内容をもつものであった。

このコーズ理論に対しては、その後、コーズ概念を不要とする学説が現れるが[174]、本稿の問題関心から重要であるのは、このコーズ不要論の後に出されたコーズの有用性を主張する見解のうち、とりわけカピタンにより提唱されたコーズ論である[175]。というのも、動因的かつ決定的なコーズを新コーズ論の観点から検討したシムレールにおいては、カピタンのコーズ論が引用されているからである。シムレールは、カピタンのコーズ論をもとに動因的かつ決定的なコーズを検討し、今日におけるおそらく一般的な理解であろう、コーズの二元的把握（コーズの存在については客観的かつ抽象的に把握され、コーズの正当性については主観的かつ具体的に把握されるという二元的把握[176]）という理解を採用していない。そこで、以下において「新コーズ論」が意味するのは、カピタンによるコーズ論とした方が、より正確であろう。

カピタンのコーズ論の特徴として、しばしば指摘されるのは、主に次の２つである[177]。第一は、コーズを、双務契約における相互の債務の牽連性を示すものであるとしたこと、

---

171 J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, Les obligations, 1, L'acte juridique, 14e ed, 2012, no 254.

172 F.Terre, Ph.Simler, Y.Lequete, Les obligations, 10e éd, Dalloz, 2009, no 331.

173 古典的コーズ論と、カピタンらを中心に主張された新コーズ論という対比では、フランスのコーズ論を正確に把握することはできない。しかし、民法典 900 条の厳格な適用の判例による回避という点でいえば、後に検討するシムレールが古典的コーズ論とカピタンのコーズ論との区別により議論を把握するため、本稿でもこの２つの区別により、同議論を説明していくこととしたい。

174 アンチ・コ―ザリストの代表的な論者として知られるのは、プラニオル（Planiol）である（Planiol, Traité élementaire, no 1037.）。プラニオルによれば、双務契約においては、両当事者の債務が同時に発生するから、一方の債務が他方の債務のコーズであるということは不可能であることや、他の概念により代替可能である（たとえば、双務契約におけるコーズの不存在、不法性は、目的（objet）の不存在、不法性で説明可能だとする。）ことなどを理由に、コーズ概念が批判された。

175 H.Caiptant, De la cause des obligations, Dalloz, 1923.

176 Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, Les obligations, 4e éd, Defrénois, 2009, nos 621 et s.

177 Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, op.cit., nos 619 et s.

第二は、コーズを、具体的な目的であると捉えたことである。このうち、「動因的かつ決定的なコーズ」概念との関係でいえば、後者が重要である。そこで、「コーズとは、行為者の目的（but）である」とされることについて敷衍しておこう。カピタンは、契約者の目的は、抽象的なものではありえないとした。すなわち、目的（but）に一定の動機（motif）を統合しようとするのである。もっとも、カピタンは、あらゆる動機が法的な考慮に値する目的となるとするのではなく、当事者にとって決定的な動機および共通の動機がコーズとして考慮されるという。後述するように、恵与の全部無効を民法典 1131 条により解決しうるとする見解は、このカピタンのコーズ論を基礎とするものであった。

簡単ではあるが、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理に対する学説の評価との関係で必要なコーズ概念の議論については、以上のとおりである。それでは、早速、本題に入ることとしよう。

２．古典的コーズ論と動因的かつ決定的なコーズ概念

恵与におけるコーズは、古典的コーズ論によれば、恵与の意図（l'intention libérale）にあるとされる。そうすると、次の２つの帰結が導かれることとなる[178]。第一に、恵与がコーズの不在によって無効となりえても、不正当または不道徳なコーズが問題となることはありえない。なぜなら、恵与の意図が存在する場合には、恵与の意図自体は必ず正当なものであるからである。第二に、条件または負担が恵与のコーズであることはない。なぜなら、もしある行為において条件または負担がコーズであるとされるなら、恵与の意図がコーズではないため、当該行為は恵与ではないからである。

ところで、動因的かつ決定的なコーズを用いて事案の解決を図る判例および裁判例においては、当事者により恵与と称された当該行為が、実際には恵与と性質決定されるものか有償行為と性質決定されるものかが問題とされることはなかった。そこで、学説のなかには、一方で恵与と性質決定しながら、条件または負担を動因的かつ決定的なコーズとみなすことについて疑問を呈し、動因的かつ決定的なコーズは、民法典に規定されている「コーズ」と同じ意味を有するものではないとする見解がある。たとえば、ベルギーの学者であるが、ダヴァン（Davin）は、次のように述べる[179]。

> 「破毀院は、条件が恵与の『動因的かつ決定的なコーズ』であるとき、これが有償の行為に変わり、そして条件がコーズに変わるとは主張していない。…条件が恵与の動因的なコーズとみなされるのであれ、付随的なものとみなされるのであれ、条件は条件のままであり、行為は恵与のままである。」

178 Ph.Simler, op.cit., thèse, n 260.
179 Davin, La théorie de la cause, Article 1131-1133 du Code civil, Etude d'histoire et de jurisprudence, Thèse Liege, 1919, p.216.

このように、条件が動因的かつ決定的なコーズであるとされるとき、当該条件をコーズとは考えず、「動因的かつ決定的なコーズ」と「コーズ」とは異なる概念であるとするのである[180]。そうすると、動因的かつ決定的なコーズがコーズとは異なる概念だとするのであれば、動因的かつ決定的なコーズがどのような意義を有するものかが問題とされなければならないが、この点について、バルタン（E.-A.Bartin）は、民法典 900 条の適用を回避し、望ましい結論に至らしめるための口実でしかないとし、同概念に積極的な意義が見出されるものではないとする[181]。

しかしながら、コーズを当事者によって追求された目的であると考えるカピタンのコーズ論によれば、恵与に付された条件または負担の実現が目的である場合には、当該条件または負担の実現がコーズになりうるものであった。そこで、次に、カピタンのコーズ論との関係で、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理がどのように捉えられうるものであったかをみていこう。

３．カピタンのコーズ論と動因的かつ決定的なコーズ概念[182]

カピタンは、裁判例におけるコーズ概念の用いられ方を分析し、コーズを、決定的な動機であり、当事者により追求された目的であると定義する。このカピタンのコーズ論と動因的かつ決定的なコーズとを対比すると、次のようにいうことができる。ある条件が動因的かつ決定的なコーズであるとされる場合とは、恵与に付された条件または負担の実現が行為の目的である場合であり、それゆえ、動因的かつ決定的なコーズ概念とコーズ概念とは同一の概念である。たとえば、シムレールは、一部の判例の動因的かつ決定的なコーズの捉え方は、カピタンのコーズ概念と同一であると評価する。もっとも、彼自身の見解はという、このような判例の動因的かつ決定的なコーズ概念の用い方に懐疑的であり、この点につき留意されたい。

さて、シムレールは、ある条件が動因的かつ決定的なコーズである場合に民法典 1131 条

---

180 その他、このような主張をする学説として、Jaubert, J.Cl. civ., Art. 954-956, nº 37.

181 E.-A.Bartin, Théorie des conditions impossible, illicites, ou contraires aux moeur, A.Rousseau, 1887, p.387.

182 竹中・前掲注(169)（２）29 頁が、カピタンのコーズ論と負担付き贈与との関係について詳細な分析を行っている。

また、竹中・前掲注(169)（３）225 頁は、無償契約におけるコーズを「経済的均衡の欲された欠如」とするモーリー（J.Maury）の見解との関係で、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理について触れている（もっとも、モーリーが想定しているのは、負担付き贈与の場合には当該行為が有償契約として性質決定され、民法典 1172 条が適用されるというものである。）。モーリーは、恵与と称される行為が無償行為と性質決定されるか有償行為と性質決定とされるかの判断の分かれ目は当該条項を決定的なものであると考えていたかという処分者の意思であるとする。しかし、この判断枠組みに対して、処分者の意思に対して過大な位置づけを与え、裁判官の判断を恣意的なものとすると批判する。モーリーは、上記判断枠組みに代わる基準として、「刑事的均衡の有無」によって区別を図ることを提唱した（竹中・前掲注(169)228 頁。）。

を適用し、動因的かつ決定的なコーズ概念とコーズ概念とを同視する判例として、次のものを挙げる。

［仏 12］破毀院民事部 1883 年 7 月 17 日[183]

【事案】A と B は、結婚をするにあたり、A が B に対して終身年金（rente annuelle et viagère）として年額 1000 フランを支払う旨の契約を、公証人の前で締結した。同契約には、A の死後、年金の支払いは遺留分を有する相続人（héritier à réserve）の負担とすること、および相続財産の自由分（quotité disponible）を遺贈された受遺者は当該負担を免れることが規定されていた。同条項を置いたのは、次のような理由によるとされていた。すなわち、A には嫡出子 X のほか非嫡出子 Y がおり、A は、一方で Y に包括遺贈をし、他方で X に B に対して恵与させようと考えていたのであった。その後、A は Y に遺言により遺贈をし、A の死亡後、X が相続をした。なお、Y の存在について B が知っていたかは不明である。その後、B は、X の名で、恵与に付された当該条項が不法であるとして、民法典 900 条により当該条項を書かれざるものとみなされなければならないこと、および Y が B に対する恵与を行うよう請求した。これに対して、Y は、適用されるべきは同法 900 条ではなく 1172 条であり、恵与が無効とされなければならないと主張した。

控訴院は、民法典 900 条が条件について区別することなく適用されるものであることから、同条を適用し、不法な条項のみを書かれざるものとみなして恵与そのものを存続させた。これに対して、Y が破毀申立て。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、一般論として、次のように判示した。すなわち、一方で、民法典 900 条によれば、法律に反する諸条件は、書かれざるものとみなされると規定され、これは、恵与者がある条件に恵与を従属させることを宣言していた場合であっても同様である。しかし、他方で、不法な条件が決定的なコーズであった、そして処分（disposition）の目的であった場合には、事情が異なり、適法なコーズの不存在により民法典 1131 条が適用され債務からあらゆる効果が取り除かれる。

もっとも、破毀院は、事案の解決としては、Y により、当該恵与が A の B に対する情け深さ（bienfaisance）の感情とは異なるコーズを有していたことが主張されていないことから、控訴院は民法典 900 条を正当に適用したと判示した。

このように、同判決は、一般論として、一方で、恵与に不法条件等が付されていた場合には当該条件が書かれざるものとみなされることを認め、しかし、他方で、当該不法条件等が行為のコーズであるとされる場合には、コーズに関する規定である民法典 1131 条ないし 1133 条の適用を認めた。シムレールは、同判決による動因的かつ決定的なコーズとは、適用条文として民法典 1131 条が挙げられていることからも明らかであるように、まさにカ

[183] Cass.civ., 17 juillet 1883, S. 1884, I, 305, note Labbé.

ピタンのコーズ論におけるコーズのことであり、両者は同視されているという[184]。

しかしながら、シムレールは、以上のようにカピタンのコーズ論によれば動因的かつ決定的なコーズ概念をコーズ概念として理解することができると評価しながらも、判例に対して、はたしてコーズ概念に頼る必要があるのか疑問を呈した[185]。

すなわち、第一に、判例の傾向は、たしかに一方で、民法典 1131 条ないし 1133 条を適用し恵与全体の無効を認めるものがあるが、他方で、参照条文として民法典 900 条を挙げるのみで、民法典 1131 条ないし 1133 条を適用しないものもある。そして、後者においては、より明確に、譲与者の意思が参照されており、コーズに頼る必要はないという。

第二に、ある条件が動因的かつ決定的なコーズであったとき、当該行為を恵与と性質決定しえないのではないかという。

そしてシムレールは、動因的かつ決定的なコーズにはコーズとは異なる独自の意義があり、民法典 900 条に不可欠な部分をなしていると考え、自説を展開していく。

４．恵与とされる行為の有償行為化を主張する見解

シムレールは、裁判例の傾向を、無効の範囲を判断するにあたって動因的かつ決定的なコーズという表現を用いながらも、民法典 1131 条ないし 1133 条を挙げない傾向にあるとして、動因的かつ決定的なコーズ概念について独自の意義を発見しようとする。そして、恵与とされる行為を有償行為であると捉えるべきことを主張する。

たとえば、次の破毀院判決を、民法典 1131 条ないし 1133 条を挙げずに解決をした判例として挙げる。

［仏 13］破毀院予審部 1901 年 5 月 8 日[186]

【事案】遺言により養護施設（hospice）に遺贈がなされたこと以外、事実関係の詳細は資料からは不明であった。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、無効な諸条件が遺贈を無効に至らしめるのは、唯一、当該諸条件が遺贈の動因的かつ決定的なコーズであった場合だけであり、この観点において、事実審裁判所は、専権的に遺言者の意図（intention）を評価する義務があると判示した。そして、控訴院は、同条項を解釈したところ、同条項は曖昧な表現であって、ある２つの意味で解されるとして、当該条項を動因的かつ決定的なコーズではないと判示したのであるが、破毀院は、これにより当該条項が変質させられていなかったとし、破毀申立てにより挙げられた諸条項（民法典 900 条、1131 条、1134 条および 1135 条）に違反していないとした[187]。

---

184 Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 266.

185 Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 264.

186 Cass.req., 8 mai 1901, D.P.1902, I, 220.

187 民法典 1134 条１項「適法に形成された合意は、それを行った者に対して法律に代わる。」民法典 1135 条「合意は、そこに表明されることだけでなく、債務の性質に従って、衡

［仏 14］破毀院予審部 1905 年 11 月 20 日[188]

【事案】1865 年、ある地方自治体で、公立学校を建設するために寄付金を募っていたところ、A が公立学校を建設するための土地を寄付することを申し出た。当該土地の贈与には、いくつか条件が付されており、そのなかには、学校の管理を、司教区（diocèse）の聖職者（ordre agréé）がするというものがあった。その後、学校が建設されたかどうかは不明であるが、1886 年 10 月 30 日法律のもとで、知事が公立学校を世俗化したため、当該条件の履行が不可能となった。これを理由に、A の相続人 X が、当該贈与の撤回を求めて訴えた。

控訴院が当該条件を動機にすぎないとして X の主張を認めなかったため、X は、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、1865 年の行為および訴訟の状況に基づいた評価により、未亡人 Y の主要な関心事が学校の建設であったこと、および学校の宗教的特徴が彼女にとって副次的なものであったことを判断したことを確認した。そのあとで、破毀院は、この評価が事実審裁判官の専権事項であるため、控訴院は、民法典 900 条を適用して当該条項のみを書かれざるものとみなし、贈与を維持することができたと判示した。

上述の［仏 13］判決は、無効な条件が動因的かつ決定的なコーズであった場合には遺贈そのものが無効になることを認め、そのために、遺言者の意思が問題とされねばならないと判示した。さらに、［仏 14］判決は、動因的かつ決定的なコーズであるか否かという定式については触れず、贈与者の意思を問題とした。もっとも、シムレールは、これらの裁判例を挙げ、民法典 1131 条ないし 1133 条を挙げない傾向にあるとして上記判決を挙げるが、私見によれば、民法典 900 条が適用された事案であるので、わざわざ民法典 1131 条ないし 1133 条を挙げる必要はなかった事案であると思われる。

ところで、ここで想起されなければならないことは、民法典 900 条の意義である。その意義を簡単に確認しておくならば、次のとおりであった。同条は、アンシャン・レジームへの回帰を防ぐために、不法条件等のみを書かれざるものとみなす旨を規定したものであった。というのも、恵与に不法条件等が付されていた場合において、当該恵与そのものが無効とされるのであれば、恵与を受ける者は、それを失うことを恐れて不法条件等を摘示しない可能性がある。それゆえ、民法典 900 条は、当該条件のみを書かれざるものとみなすことで不法条件等の摘示を促すという趣旨のもとに規定されたものであり、強行法規性を有すると解されていた[189]。

このような民法典 900 条の強行法規性に対し民法典 1131 条ないし 1133 条を適用するこ

平、慣習または法律がそれに与えるすべての結果についても、義務を負わせる。」

188 Cass.req., 20 novembre 1905, S.1906, I, 171.

189 詳しくは、本稿第一章第一節第二款を参照。

とについては、学説上、かつてからその矛盾が指摘されていた。バルタンは、次のようにいう[190]。

「〔諸判決は、〕この条文〔民法典 900 条〕が強行法規（un texte impératif）であること、つまり譲与者が形式上この条文の適用を除外し、回避することができないことを認める。次いで、その異常さがわれわれにさらなる論証〔の必要性〕を与える矛盾により、諸判決は、〔譲与者の〕黙示の意思に従い、彼の思考において付された条件でしか生命を得ない恵与を維持しない〔条件なしではなされなかった恵与を無効とする〕。」

このように、一方で民法典 900 条の強行法規性を維持し、他方で同条において考慮されないものとされた当事者の意思を改めて考慮することが、矛盾した関係にあることを、バルタンは指摘した。もっとも、バルタンは古典的コーズ論に依拠して議論を展開し、動因的かつ決定的なコーズを、コーズとは無関係なものと位置づけたため、この問題提起は、その後の学説の注目を集めることはなかったとされる[191]。なぜなら、カピタンのコーズ論によれば、条件の成就または負担の実現が恵与者にとって目的であったとき、これはまさにコーズであり、民法典 1131 条ないし 1133 条が適用されると考えられえたからであった。つまり、古典的コーズ論に対して、アンチ・コーザリストの登場により、古典的コーズ論は、その正当性が疑われた。バルタンのテーズは、まさにその時代に出されたものであった。また、アンチ・コーザリストの主張に対してコーズの意義を見出そうとしたカピタンによるコーズ論によれば、動因的かつ決定的なコーズ概念は、まさにコーズとして把握されうるものであった。それゆえに、バルタンの指摘は、注目されてこなかったのだと思われる。

しかし、このカピタンのコーズ論に対しても、バルタンの問題提起と同様、ある条件あるいは負担が動因的かつ決定的なコーズとみなされるとき、それが付された贈与または遺贈は恵与として性質決定されうるものなのか、との疑問を呈する学説がある[192]。たとえば、デュペルー（J.-J.Dupeyroux）やシムレールは、贈与と遺贈とに状況を分けて、次のように議論を展開する。

まず、贈与についてである[193]。贈与を特徴づけるものは、受益者への無償の利益である。古典的コーズ論は、贈与のコーズを恵与の意図であるとする。これに対して、カピタンのコーズ論は、古典的コーズ論のように抽象的にコーズを把握するのではなく、贈与と性質決定された行為の真のコーズが何かを問うこととなる。たとえば、内縁の夫婦間でなされ

190 E.-A.Bartin, Théorie des conditions impossible, illicites, ou contraires aux moeur, A.Rousseau, 1887, p.360.
191 E.-A.Bartin, op.cit., thèse, p.387.
192 E.-A.Bartin, op.cit., thèse, p.386 ; Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 273 ; J.Ghestin, op.cit., formation, n° 887.
193 J.-J.Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, thèse Toulouse, 1955, pp.197 et 198 ; Ph,Simler, op.cit., thèse, n° 274.

た贈与について、コーズが恵与の意図にある場合には、当該贈与は有効である。これに対して、当事者により探究された目的が不徳な関係の獲得または維持である場合には、当該贈与は無効である[194]。ここで、シムレールは、後者の例につき、問題とされる行為が実際には取引（marché）ではないかと問う。しかしながら、動因的かつ決定的なコーズ概念に頼る裁判例において、性質決定の問題が取り上げられることはなかった。この理由につき、シムレールは、当事者により恵与と称された行為を有償行為と性質決定するか無償行為と性質決定するかにかかわらず、最終的な解決が同じであるからだとする。しかし、シムレールは、この性質決定の問題が、コーズが恵与の意図にあるか条件または負担の実現にあるかにより、民法典 900 条の適用の問題となるか、同法 1172 条の問題となるかという違いを生じさせることになることを指摘する。

もっとも、デュペルーは、ある条件または負担の実現が贈与者にとってコーズであるとしても、なお贈与と性質決定しうる場合が例外的に存在するとする。それは、贈与者が受贈者に対して贈与した物をある特定の方法により利用させる旨の条件または負担を課す場合である[195]。判例においては、贈与者がある自治体に対し、学校や病院を建てるという負担付きで金銭等を贈与するという事案がよく現れる。裁判例は、これについて、当該贈与は学校や病院の建設を目的としてなされており、当該条件または負担がコーズであるとしながらも、自治体は、無償で資産を増やしているため、当該行為は贈与であるとする。これを説明するために、シムレールは、贈与者自身が学校や病院を建てたのちに贈与する場合を想定すれば結果が同じであるということを指摘した[196]。

これに対し、通常、贈与に付された条件または負担は、贈与者または第三者の利益になるものである。そこで、デュペルーやシムレールは、この場合につき、次のようにいう。当該負担または条件が贈与とされる行為のコーズである場合には、当該負担または条件は、贈与者により要求された反対給付であるということができる。それゆえ、当該行為を贈与と性質決定することは不可能である。つまり、当該負担または条項が反対給付であるならば、実際には恵与とされた行為は有償行為であり、行為を贈与と性質決定すると同時に、条件または負担を動因的かつ決定的なコーズであるとすることは、相入れない[197]。したがって、条件または負担が贈与者または第三者の利益になる場合において、当該負担または条件を動因的かつ決定的なコーズとする一方で、当該行為を贈与と性質決定する判例は誤

---

194 不貞と贈与との関係については、学説には、不貞関係を得るため、またはそれを維持するためになされた贈与は、無効であるとするものが多い。

しかしながら、近年、不貞関係の相手方に対してなされた遺贈を、良俗に反して無効となるとはしなかった破毀院判決（破毀院大法廷 2004 年 10 月 29 日）が出ていることに注意が必要である。同判決については、森山浩江「不貞関係の相手方に対する遺贈の効力」松川正毅・金山直樹・横山美夏・森山浩江・香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012 年）115 頁で紹介されている。

195 J.-J.Dupeyroux, op.cit., thèse, p.198.

196 Ph.Simler. op.cit., thèse, nº 274.

197 J.-J.Dupeyroux, op.cit., thèse, p.198 ; Ph,Simler. op.cit., thèse, nº 275.

っている。

以上のように、デュペルーやシムレールは、ある条件または負担を付すことにより贈与者または第三者の利益となるときには、当該条件または負担の実現が実際には贈与者により要求された反対給付であったならば、つまりコーズであったならば、当該行為を恵与と性質決定するのは適切ではなく、有償行為と性質決定すべきであるとした。

他方、シムレールは、遺贈に関しては、贈与とのアナロジーで答えを導くことができないとする。なぜなら、遺贈は、一般に、本質的に無償な行為でしかないと考えられているからである。しかし、判例法理の紹介の際にみたように、遺贈においても、遺贈に付された条件または負担が動因的かつ決定的なコーズであった場合には、遺贈全体の無効が認められていた（[仏 6] 判決。）。そこで、有償行為化を主張する学説は、遺贈におけるコーズと有償行為化との問題をどのように解しているのだろうか。

この問題を議論するにあたり、シムレールは、破毀院 1886 年 7 月 5 日および同判決に対するソルテ（Sortais）の説明を引用する。

［仏 15］破毀院民事部 1886 年 7 月 5 日[198]

【事案】Y は、遺贈者 A より、遺贈された全ての財を学校の設立に割り当てなければならないという条件で、包括遺贈として遺贈され、包括受遺者に指定された。当該遺贈には、相続の際に生ずるあらゆる費用が、遺贈された財から差し引かれる旨の条項が付されていた。A の死亡後、A の親 X が、遺贈された財が減ぜられることは、包括遺贈という文言と相いれないとし、Y が包括受遺者に指定されていたとは言えないとして、当該遺贈の無効を求めた。

控訴院が、確かな受遺者（légataire sérieux）が存在しないとして、X の主張を認容したため、Y が破毀申立てをした。

【判旨】破毀自判。

破毀院は、まず、本件においては、包括受遺者のために包括財産の処分があったのは明らかであるとした。そして、包括遺贈とすることに対し、包括受遺者になされた処分による取得分の全てが負担の履行により使い果たされなければならないとされていたとしても、このことは重要ではなく、Y は包括受遺者であると判示した。

同判決について、ソルテは、遺贈が形式的枠組み（moule formel）にすぎず、その結果、遺贈が反対給付のない受遺者の利得の存在を必要とするものではないことを指摘した。つまり、取得分のない場合には、「受贈者」という資格（titre）はありえないが、取得分のない場合であっても、「受遺者」という資格はありうるという[199]。

シムレールは、このソルテの主張を踏まえて、次のようにいう。取得分のない受遺者の

198 Cass.civ., 5 juillet 1886, S, 1890, I, 241, note J.-E. L.
199 Sortais, Le titre et l'emolument, 1961, p.88.

資格は、遺贈を、有償行為とするのでも無償行為とするのでもなく、中間的な（neutre）行為とするであろう。この場合には、当該条件または負担が動因的かつ決定的なコーズであるということができる。実際、遺贈されたあらゆる財を学校の設立に充てさせるという負担は、まさに、受遺者が取得分を得るということなしに遺贈者により求められた目的であろう。

シムレールは続けて、次のようにいう。反対に、遺贈により受遺者に対する無償の利得があった場合には、条件または負担が本当のコーズであったかは疑わしい。本当のコーズであったといえるのは、無償の利得を与えることが、遺贈者にとってある目的を達成するための手段であったといえる場合だけである。それにもかかわらず、裁判例においては、このように言えない場合にも条件または負担を「動因的かつ決定的なコーズ」と表現しており、これは望ましくなく、単に、必要条件（condition sine qua non）であったのである[200]。

このようにして、恵与の有償行為化を主張する学説は、事案のなかには有償行為となりえないものを認める一方で、贈与に条件または負担が付されていた事案のうち、贈与者または第三者のためにそれらが置かれたという、一般的な事案について、当該条件または負担がコーズであるときには有償行為と性質決定されるべきだとしたのであった。

この主張の細部をみると、疑問がないわけではない。たとえば「中間的な行為」とはいかなるものなのかが不明であった。また、有償行為と性質決定したうえで、民法典 1172 条ではなく、当該条項の実現が反対給付であったとして民法典 1131 条ないし 1133 条を適用することもできたのではないかとも思われる。しかし、恵与における条件または負担の実現が恵与者の目的であり、反対給付である場合においては、無償行為として維持されえないとし、性質決定が異なるとしたこと、それゆえ適用条文が異なるとしたことは、本稿にとって興味深い指摘である。なぜなら、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理は、契約の性質決定の問題と密接にかかわるものであったことを意味するからである。

５．小括

以上が、民法典 900 条の厳格な適用を回避した判例法理とそれに対する諸学説による意義の探求であった。もっとも、これらの検討に入る前に指摘したとおり、体系書レヴェルでは、この判例法理により解決されていた事例が一部無効論の萌芽的事例であったこと、およびそこでは、当事者の意思が考慮されていたことの 2 点のみが挙げられることがほとんどである。この判例法理において当事者の意思が考慮されるということについて、この文言だけをみるならば、日本の一部無効論の議論を念頭に置くと[201]、「無効原因の存する一

[200] Ph.Simler. op.cit., thèse, nº 276.

[201] 日本の学説については、本稿序章第一節を参照。また、フランスの伝統的な一部無効論は、統一的な一部無効論の形成にあたって、当事者の意思を「無効原因の存する一部なくして当事者が契約を締結したであろうか」という意味で捉えるようになっていく。これについては、本章第二節で分析する。

部なくして当事者が契約を締結したであろうか」という意味で当事者の意思が考慮されているという印象を受ける。しかし、上記判例法理の意義を検討する諸学説によれば、恵与に不法条件等が付されていた場合において、動因的かつ決定的なコーズ概念を通じて現れていた当事者の意思という要素は、このような位置づけのものではなかったといえよう。これまでの学説の議論を整理しながら、その位置づけを再度、確認していこう。

当初の学説のなかには、動因的かつ決定的なコーズ概念を、古典的コーズ論におけるコーズ論と相いれないものとして、単なる民法典 900 条の適用を回避するための便宜的な表現でしかないとしていたものもあった。

その後、新コーズ論の台頭により、ある条件が動因的かつ決定的なコーズとされるのは、当該条件の実現こそがまさに行為の目的であった場合のことを指し、それゆえ、コーズであると考えられた。このようなカピタンのコーズ論を参照して、契約類型ごとにコーズが定まるとするのではなく、当事者の目的がコーズに取り込まれ、たとえば恵与においては恵与者の目的がコーズに取り込まれた。そうであるならば、当事者の意思という要素は、コーズとは何かを判断するなかで考慮されているといえ、無効の範囲の問題を解決するための固有の作業として生じたものであったとはいえないであろう。

最後に、以上の議論に対しては、無償行為という性質決定をしながら、条件または負担の実現を目的であったとすることは適切でなく、恵与とされる行為が有償行為か無償行為かという性質決定の問題として捉えられるべきであるという見解が有力に主張された。この学説によれば、贈与に付された条項または負担が贈与者または第三者の利益になるものであり（遺贈については有償行為化を認めない）、それがまさに贈与者の目的であった、つまりコーズであった場合には、有償行為として扱い、民法典 1172 条の問題として処理することが主張された。このような理解によれば、当事者の意思により直接解決されるのは、無効の範囲の問題ではなく、契約の性質決定という問題であった。性質決定の問題が解決されたことで、恵与とされた行為の全部無効が認められていたと解することができよう。

このように、一部無効論の萌芽的事例であった、恵与に不法条件等が付されていた事例においては、当該条件のみの無効か、あるいは恵与（とされる行為）全体の無効が課されるかが、真のコーズが何であったか、またはいかなる性質決定がされるべき行為かという問題を通じて判断されていたのであった。

第四款　本節のまとめ

本節においては、一部無効の萌芽的事例とされる、民法典 900 条の厳格な適用を回避するための判例法理を中心にみてきた。

民法典 900 条は、恵与に不法条件等が付されていた場合において、当該条項を記載されていないものとみなす旨の条文である。同条の存在にもかかわらず、フランス法において無効の範囲という意識が民法典制定当時にはなかったのは、古典的無効論の影響が挙げられるほか、民法典 900 条の意義が、アンシャン・レジームへの復帰に至りうる条件を否定

することにあり、非常に政策的な意図を帯びたものであったという理由があった。

その政策的な必要性が次第に薄れていき、恵与においても、判例により全部無効が認められるようになった。もっとも、不法条件等の存するあらゆる恵与が全部無効とされたのではなかった。判例によれば、不法条件等が、恵与者にとって「動因的かつ決定的なコーズ」であったか否かにより、恵与（とされる行為）が全部無効となるか、当該条件のみが書かれざるものとみなされるかが決せられた。この概念について、「コーズ」という語が用いられていることから、コーズ論との関係で、学説上、その意義が探求された。本稿の問題関心からいえば、この一部無効論の萌芽的事例は、無効の範囲の画定にあたって当事者の意思が考慮されるということを指摘し、その後の学説により提唱される伝統的な一部無効論の形成に寄与することになるものである。

古典的コーズ論による論者は、恵与のコーズとは、恵与の意図であるとしたことから、ある条件や負担の実現が恵与者の目的であり、コーズであることを認めなかった。不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであるとされて行為の全部無効が認められるのは、望ましい結論に至らしめるための口実でしかなく、コーズ論とは無関係であるとした。

これに対し、カピタンのコーズ論による論者は、条件や負担が付された恵与の真のコーズが、当該条件や負担の実現でありうることを認めた。そして、この場合こそが、動因的かつ決定的なコーズであるという。それゆえ、コーズが恵与の意図であれば民法典 900 条が適用され、コーズが条件または負担の実現であれば民法典 1131 条ないし 1133 条が適用されることになるとしたのであった。

このような主張に対しては、さらに疑問を呈するも学説があった。すなわち、恵与という性質決定を維持しながら、ある条件または負担の実現をコーズと考えることができるか、という批判であった。この学説は、贈与に付された、贈与者または第三者の利益となるある条件または負担の実現が贈与者の目的であった場合には、恵与とされた行為は、無償行為ではなく、有償行為と性質決定されるべきであり、それゆえ、民法典 1172 条が適用されるとしたのであった。

以上の議論を踏まえるならば、恵与に不法な条件等が付されていた場合において、無効の範囲画定にあたって考慮される当事者の意思の位置づけを、次のようにいうことができよう。

たしかに、現在の体系書においては、いかなる説が一般に採られるかについては記載されず、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理が、「動因的かつ決定的なコーズ」という概念を用いていること、そこにおいては当事者の意思に基づいて無効の範囲が判断されていることが指摘される程度である[202]。しかし、以上の議論によれば、無効の範囲を画定するための「当事者の意思」の基準として同事例で言われるのは、コーズとは何かを評

[202] ただし、たとえばゲスタンは、今日の民法典 900 条の解釈としては強行法規性があるとは言えないこと、条件または負担が当事者にとって決定的であった行為は有償行為と解されることを指摘しており、デュペルーやシムレールと同様の立場にあろう。

価するにあたって考慮された当事者の意思であった、さらにそれは有償行為か否かという性質決定にかかわるものでもあったという興味深い視点を析出することができた。それゆえ、上記判例法理について、無効の範囲を画定するにあたって「当事者の意思が考慮される」といわれるとき、「無効原因の存する一部を除いた部分であっても当事者がその修正された内容で締結したであろう」という意味ではない。このことは、日本の一部無効論に関する議論や、後に検討するフランスの伝統的な一部無効論とを踏まえると、一部無効の本質と当事者の意思との関係という本稿の問題関心にとって重要な意味を有する。もっとも、恵与とされる行為に不法条件等が付されており、かつ、当該条件が動因的かつ決定的コーズではない場合に（それゆえ有償行為とされない場合に）、なぜ条件のみが無効とされるかについては、民法典 900 条の存在ゆえに突き詰めて考えられることがなかった点に留意しなければならないであろう。フランスに特殊な事情として、フランス民法典には 900 条の規定があることから、全部無効の可能性が模索されたのであり、「ある不法な条件のみをなぜ取り除けるのか」という問題意識はなかったものと思われる。

ところで、民法典 900 条に関する裁判例のみにより一部無効論が形成されていったわけではない。伝統的な、つまり当事者の意思を無効の範囲画定の原則的な基準とする一部無効論は、幅広い適用領域を有するものとして形成されていった。そこで以下では、伝統的な一部無効論が、いかなる事案類型のもとに、どのようにして統一的な一部無効論を形成していったかをみていく。当事者の意思の考慮のされ方に関する先の指摘を踏まえてこの伝統的な一部無効論を眺めるならば、そこでは、無効の範囲が問題とされるあらゆる事案類型を包摂しようとしたがために、本節で検討した一部無効論の萌芽的事例における「当事者の意思の考慮」とは異なる意味での「当事者の意思」となってしまったように思われる。それゆえに、その後の有力な学説による批判を受けることとなったように思われる。

第二節　伝統的な一部無効論の構造

本章の課題は、一部無効論における理論的な対立をみることであった。どのような学説を「伝統的」と称するかについては論者により差異があるが、本節でみる伝統的な一部無効論とは、「当事者の意思を無効の範囲の画定における原則的な基準とする一部無効論」を指すこととしたい。

本節では、無効の範囲を画定するにあたり原則として当事者の意思により決するとされる一部無効論において、いかなる事案がそれにより包摂され、なぜ原則として当事者の意思により無効の範囲を画定するという統一的な把握を可能ならしめたかについて検討することを課題とする。

無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思を原則的な基準とする学説としては、何よりもまず、一部無効の先駆者として知られるシムレールの見解を挙げることができる。シムレールは、無効の範囲が問題となりうる事案を幅広く検討し、そこから、①原則とし

て当事者の意思により無効の範囲が決せられること、および、序章第三節でみたように、②無効の本質という観点から、公序が無効の範囲を要請する場合には例外的にそれが優先されること、という準則を立てた。このようなシムレールの見解は、現在でも広く引用されており、依然として学説に対する影響が強く残っている。そこで、本節では、このシムレールの見解を中心に、一部無効がいかなる事案を包括するものであり、どのようにして統一的な一部無効論が形成されるに至ったかをみていくこととする。

第一款　シムレールの一部無効論の構造の概略

シムレールの一部無効論の意義を挙げるならば、第一に、一部無効というサンクションが実務上広く課されていることを指摘し、学説に一部無効論を定着させるに至らしめたこと、第二に、無効の範囲が画定されるにあたっては、当事者の意思に基づいて画定される場合と公序の要請に基づいて画定される場合とがあり、前者が原則であり、後者が例外であると位置づけたことが挙げられよう。一部無効論における当事者の意思の位置づけという本稿の問題関心においては、シムレールが、なぜ当事者の意思が原則的な基準であるとしたかが重要である。もっとも、一部無効論の全体という視点から眺めるならば、無効の範囲を画定するにあたって、当事者の意思に対して公序の要請が優越することを認め、実際にこのような解決を行う判例があることを指摘したことが重要であることを、シムレールの学説上の意義を正確に把握するために強調しておかなければならないであろう[203]。

さて、シムレールのテーズは、フランスのテーズの伝統的な枠組みに従い、二部構成を採り、第一部「フランス実定法における一部無効の分析的検討」、および第二部「一部無効の理論」という区分に従い議論を展開している[204]。本章の課題が一部無効論の理論的な対立であることに鑑みれば、第二部「一部無効の理論」において検討されている諸概念の検討を通じて、いかにして統一的な一部無効論が形成されるに至ったかをみることが便宜であろう。第二部をもう少し細かくみると、シムレールは、「フランスの判例システムの基礎」と題した第一章で、フランスの判例において用いられる諸概念の分析を試みている。続く第二章「『あるべき法としての（*de lege ferenda*）』無効の範囲」において、ドイツおよびスイスにおける無効の範囲に関する規定の検討を行い、彼のテーズの第一章で検討したフランスの判例およびそこから抽出された諸概念の検討と照らし合わせることにより民法典の規定の不十分さおよび改正の方向性を示した。この第二章のシムレールの一部無効論をみるかぎり、彼がそれまでに検討してきた事案や諸概念が統一的に解されるべきものであると、シムレールが考えていることがわかる。

---

203 事実、シムレールの見解が引用されるのは、公序に関する規定の違反があったときに、裁判所が当該公序の目的に適した無効の範囲で無効を課すという事案についてであることが多い。

204 シムレールのテーズのプランについては、Ph.Simler, op.cit., thèse, pp.503 et s.

そこで、シムレールの一部無効論を探るためには、彼が第二部第一章で、いかなる諸概念をどのように検討したのかを、まず概観する必要があろう。シムレールは、次のように結論づけている。まず、彼が第一部で分析したフランスの裁判例は、「動因的かつ決定的なコーズまたは条件」、「不可分性（indivisibilité）」、「縮減（réduction）」という３つの概念に基づいて把握されるものである。そして、これらのうち前２つの概念により、無効の範囲を画定するにあたり「当事者の意思」が原則的な基準であり、縮減が課される事案においてもそれらと同様に解されるべきである、と。

早速、この 3 つの概念について、シムレールがどのような意義を見出したかを順にみていくこととしよう。なお、具体的な事案については、必要な限りで本節でも言及するが、詳細な検討は、一部無効論の理論的な対立を概観した後で、第二章で行うこととしたい。

第二款　動因的かつ決定的な条件と当事者の意思

一　有償行為における無効の範囲の画定と当事者の意思の考慮

「動因的かつ決定的な条件」とは、有償行為において不法な条件または不法な条項が付されていた場合に、当該条件または条項によって、行為が無効となるか、または当該条件または条項のみが無効となるかを判断する際に、判例において一般に用いられる概念である。

有償契約においては、民法典 900 条のような一部無効を認める規定が存在せず、同条の厳格な適用を回避する判例法理が登場したのと同様の経緯があったわけではなかった。古典的無効論が支配的だった 20 世紀初頭までは、無効が行為状態であると捉えられていたことから、一部無効が課されうることは問題とされなかった。しかし、その後、学説では、とりわけ労働契約に不法な条項が付されていた場合に当該契約の全部無効が課されるとなると不都合が生ずることが指摘され、また、新無効論の登場により無効が行為の状態であるとは解されなくなったことにより、有償行為においても一部の無効が可能とされるべきであると考えられるようになった[205]。有償行為における一部無効の是認について先陣を切ったのが、判例であるか学説であるかは明らかでない。そのため、判例が有償行為において全部無効しか課さなかったことに対する学説の反発によってか否かは不明であるが、その後、判例は、有償行為においても、一部無効を認めるようになった。その際、すべての

---

[205] O.Gout, Le juge et l'annulation du contrat, thèse, PUAM, 1999, n° 518.
たとえば、労働契約において、解雇予告期間をなしとする旨の条項が不法であったとされた場合に、当該条項のみを無効とした原審に対して、行為全体が無効とされなければならないとした破毀院判決があった。破毀院民事部 1906 年 2 月 13 日（Cass.civ., 13 février 1906, DP 1907, I, 33, note M.P.）がそれである。
このような判例に対しては、ジャピオのテーズが出された直後のテーズであり、おそらく新無効論が定着していなかった時点でのものであるが、ピエデリーブル（J.Piedelièvre）は、全部無効の帰結が契約者の尊重されるべき利益を害することとなることが指摘されていた（J.Piedelièvre, Des effets produits par les actes nuls, thèse, 1911, p.6.）。

判例が共通の文言を用いていたわけではないが、しばしば、「動因的かつ決定的な条件」という文言が用いて、無効の範囲の問題を解決していた。

この表現は、民法典 900 条の厳格な適用を回避してきた判例法理を想起させる。そして実際、不法な条件ではなく、不法な条項が問題となることが多いにもかかわらず、学説は、民法典が条項の無効の問題について想定していなかったとして、条件に関する規定である民法典 1172 条との関係で、無効の範囲の問題を論ずる。同法 1172 条は、有償契約に不法条件等が付されていた場合の合意の帰趨について、同法 900 条とは反対の結論を規定したものであり、民法典第三編第三章（合意による契約または債務一般）第四節（債務の諸種類）第一項（条件付き債務）に置かれている。

> 民法典 1172 条「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であり、それに依存する（dépend）合意を無効とする。」

同条によれば、有償行為において不法条件等が付されていた場合には、合意そのものが無効となる旨を規定されている。しかし、判例が有償行為について一部の無効を認めたことに対して、学説は、民法典 1172 条には同法 900 条について指摘されていたような強行法規性が見出されることがなかったことから、これを正当化することに難しさはないとした。つまり、同法 1172 条によれば、不法条件等が付された有償行為について当該条件が依存する有償行為を全体として無効とする旨が規定されているが、これは当事者の意思の通常の解釈であるとしたのである。そして、同条の適用を当事者の意思により回避することが可能であるとした。すなわち、ある条件が付随的な役割しか有していなかった場合には、言いかえれば、当事者が当該条件が無効であることを知ったときに当該条件なくして契約を締結したであろうと認められる場合には、当該条件のみが無効となることを、シムレールは認めたのであった[206]。

それゆえ、民法典 1172 条が意思の解釈規定であるとして一部無効を正当化する見解によれば、同条の適用範囲は、法的意味における「条件」に限定されないこととなる。すなわち、一方で、同条は、その条文の位置からすれば、同法 1168 条により定義される「条件」を対象としたものである。そして、同条によれば、債務が条件付きであるとされるのは、債務が将来の、かつ不確かな出来事に依存させられているときである[207]。したがって、同法 1172 条は、「将来の、かつ不確かな出来事に依存させること」という意味での条件にしか適用されないものであるとも考えられる。しかしながら、他方で、学説は、この意味で

---

[206] Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 64.

[207] 民法典 1168 条は、次のように規定する。

> 民法典 1168 条「債務は、あるいは出来事が生じるときまでそれを停止させ、あるいは出来事が生じるか否かによりそれを解除することで、人がそれを将来の、かつ不確かな出来事に依拠させるとき、条件付きである。」

の条件に限定することなく、あらゆる条項についても、同法 1172 条が適用可能であるという[208]。判例においても「条項（clause)」と「条件（condition)」という語を区別なく用いている。

もっとも、この民法典 1172 条の適用領域があらゆる条項に拡張されることについては、批判もある。つまり、同法 1172 条は、条件付き債務に関する規定であることから、条件概念の基礎が依存的関係にあることに鑑みれば、ある条件が行為に依存しているか否かにより無効の範囲が異なるというのが起草者の見解であったとは言いがたいからである[209]。それゆえ、同条によっては解決されえないとする。

しかしながら、このように民法典 1172 条の適用を批判する論者においても、同条は、同法 900 条と異なり強行法規性を有しておらず当事者の意思の解釈規定であるとする。そのため、条件の場合であっても、同法 1172 条の規定にもかかわらず当事者の意思により一部無効が認められるのだから、条項が同法 1172 条の適用領域に含まれるかにつき起草者の見解がどうであれ、当事者の意思により一部の無効が認められうるとする[210]。それゆえ、当事者が条項を合意にとって重要なものであると考えていた場合には、当該合意全体が無効とされる。反対に、当事者が当該条項を重要なものと考えていなかった場合には、当該条項のみが無効とされるという。

実際には、本章第三節や第二章第一節でみる判例や学説の批判からも明らかであるように判例の態度ははっきりしていないのであるが、なかには、当事者の意思において当該条項が決定的であったか否かにより無効の範囲を画定しようとする判例があった。そしてこのような判例をもとに展開されたのが、伝統的な一部無効論であった。たとえば、次の破毀院判決が、有償契約において当事者の意思を考慮して無効の範囲を判断すべしとした事案としてしばしば引用されている[211]。

［仏 16］破毀院民事部 1929 年 3 月 20 日[212]

【事案】A は生前に、Y に対してアパルトマンを貸与した。本件賃貸借契約によれば、一応の賃貸借の期間が定められているものの、Y が望めばその賃貸期間が延長される旨の条項が付されていた。A の死後、X が本件アパルトマンの所有者となった。そこで、X は、本件賃貸借契約が期限を無限とする永久賃貸借であるために無効であるとして提訴した。

第一審が X の主張を認容したところ、Y は、次のように主張した。すなわち、1790 年 12 月 18 日＝29 日の法律および民法典 1709 条によればこのような契約に賃貸借としての性格を認めないが、無効とまではしていない。また、同法律は永小作権につき定めたものであるが、所有権と利用があまりにも長期に分離されることを嫌って 99 年の上限を付したとい

208 J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2587.
209 Ph.Simler, op.cit., these, nº 64.
210 J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2587 ; Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 64.
211 O.Gout, Le juge et l'annulation du contrat, thèse, PUAM, 1999, nº 526.
212 Cass,civ., 20 mars 1929, D.P. 1930, I, 13, note P.Voirin.

う立法者意思が明確であるため、これは賃貸借にも適用される。したがって、本件賃貸借契約は無効ではなく、永小作権の最長期間である 99 年の期間の付されたものになるにすぎない、という。原審は、Y の主張を認め、期間を 99 年として賃貸借契約の効力を維持した。

そこで、X は、裁判官には合法的効果を創り出すために契約を修正する権能がなく、期間の永久性は必然的に賃貸借契約を無効にする、と破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送[213]。

破毀院は次のように判示して、原判決を破毀し、移送した。すなわち、まず、事実審裁判官には、契約から付随的な特徴を有する不法な条項のみを無効とし残部を維持する権限を有することを確認した後、しかし、本件においては、原審が、当事者の意思において当該不法な条項が福次的な性質を有するものか本質的な性質を有するものかを一切評価をしていないことから、原判決を、法的根拠を欠くものと判示した。

このように、同判決は、当事者の意思において当該条項が本質的なものであったか副次的なものであったかにより、無効の範囲が画定されるとし、それを評価しなかった原審を破毀した。

いくつか、当事者の意思における条項の決定的な特徴に鑑みて無効の範囲が画定されたと解されている判例および裁判例を確認していこう。

［仏 17］グルノーブル控訴院 1942 年 11 月 3 日[214]

【事案】1928 年 9 月、不動産および動産を賃貸借していた賃貸人 Y と賃借人 X との間で、当該不動産および動産に関する売買の予約がされ、X は、賃貸借契約の期間の間にそれを行使することができるとされた。当予約によれば、売買代金が、1928 年 7 月 1 日のポンド(livre)の相場を考慮して 120000 フランと定められてはいたが、その後のポンドの相場により変動する旨の条項が置かれた。その後の事情は明らかではないが、おそらく、X が当該条項を不法なものであるとして 120000 フランでの履行を請求したのに対して、Y が当該予約の無効を主張したものと思われる。

第一審裁判所は、当該条項につき、それによりフランス通貨の法定通用力（cours légal）を失敗させるに至ること、および当予約の履行が兌換制度（cours forcé）の後であったことを考慮して、当該条項を不法なものだとする一方で、当該条項のみを無効とし、賃借人たる買主に、120000 フランでの売買の予約の履行を命じた。これに対して、X が、当予約が無効であるとして控訴した。

【判旨】控訴認容。

---

213 「移送」について注記する。フランスにおいては、破毀院が原判決を破毀した場合、原判決を出した控訴院に差し戻されるのではなく、別の控訴院で同事案が扱われることとなる。それゆえ、破毀し、「差し戻される」のではなく、「移送」される。

214 C.A.Grenoble, 3 novembre 1942, G.P.,1943, I, 31.

控訴院は、本件事案においては、①明白な合意により売買の代金がポンドの相場を考慮して定められていたこと、②代金が相場の変動に比例する旨の合意がされていたこと、③両者がこれに承諾していたことが認められるとした。そして、これらによれば、両当事者の考えにおいて（dans l'esprit des parties）、特に売主がフランの変動に対する保証がされた場合にしか契約の締結を望まなかったため、当該条項が基本的でかつ決定的な特徴を有するものであり、当該条項の重要性を認められるとし、民法典 1172 条等を適用して、当予約を無効とした。

［仏 18］リール民事裁判所 1952 年 7 月 21 日[215]

【事案】詳細な事案は不明であるが、営業賃貸借（bail commerciel）の賃料について、冶金の未熟練労働者の最低賃金により変動する旨の条項が付されると同時に、最低賃料も定められていた。

【判旨】（不明）

リール民事裁判所は、当該条項を、兌換制度について定めた法律を失敗させるものとして不法であるとした後、両当事者の意図において（dans l'intention des parties）、当該条項が賃貸借契約の締結のときから（dès la conclusion du bail）決定的なものであった場合には、その無効が賃貸借の無効をもたらすと判示した。

［仏 19］破毀院商事部 1963 年 6 月 17 日[216]

【事案】事案の詳細は不明であるが、その判示内容がよく引用されるため挙げておく。

【判旨】（不明）

「当該条項は、両当事者の共通の意図によれば、どんな重要な特徴も有さない（les clause contestées... n'avaient, selon la commmune intention des parties, aucun caractère essentiel...）。」

このように判例および裁判例においては、「両当事者の意思において、ある条項が重要なものであったか否か」により、契約そのものが無効になるか、当該条項のみが無効になるかが判断された。これらの判例について、伝統的な一部無効論以降の学説は、両当事者の共通の意思の探究という形式のもとで異なる要素が考慮されていると評価するのであるが、伝統的な一部無効論が、これらの判例から無効の範囲を画定するための考慮要素として当事者の意思を抽出したこと自体は、それほど不自然なことではなかろう。もっとも、統一的な一部無効論を企図したシムレールは、これらの判例をそのまま受け入れ、その意義を検討していったわけではなかった。すなわち、シムレールは、一方で、このような当事者の意思を考慮する判例に好意的な評価をしながら、他方で、判例が「当事者の共通の意図

[215] T.C. Lille, 21 juillet 1952m D.1953, somm., p.45.
[216] Cass.com., 17 juin 1963, Bull.civ.Ⅲ, nº 305.

において条項が重要なものであった」とすることから生ずるいくつかの問題について、判例の不十分さ、不正確さを指摘した[217]。この「当事者の共通の意図」の探究から離れたこ

---

[217] なお、本稿の問題の関心とはずれるが、シムレールは、有償行為に不法な条項が付されていた場合にコーズを用いて解決をする判例および裁判例についても、批判を展開する。
たとえば、コーズを用いた裁判例には、次のようなものがある。

［仏］パリ控訴院 1951 年 5 月 4 日（C.A.Paris, 4 mai 1951, G.P.. 1951.Ⅱ.61.）
【事案】アメリカの企業 A は、出版社であり、多くの週刊誌、月刊誌を発行していた。A 社は、フランスの企業 X との間で、A が保有する雑誌の意匠の使用を X に認め、X がフランス国内で排他的に A 社の雑誌をフランス語で発行する権利を譲渡した。同契約において、使用量はドルで支払うこととされた。
なお、その後の経緯は明らかではないが、Y が A の意匠権の侵害に基づく違法行為を理由にフランスで刑事訴追されることとなった。そして、X 社は、附帯私訴（action civil）により、Y に損害賠償を請求しようとしたところ、当契約には、外貨での支払いを定めた規定があたったため、当契約の無効により附帯私訴が受理されえないかが問題となった。
【判旨】不受理。
控訴院は、まず、同契約が、フランス国内で締結され、使用量の支払いもフランス国内でなされることとされていたことから、フランス国内の契約であるとして、外貨での支払いの旨の規定を公序に反して不法なものであるとした。そのうえで、当該規定が置かれたのは、Y 社がフランス通貨価値の低下に対処するためであることから、控訴院は、当該規定を当契約の決定的なコーズであったとして、当契約が絶対無効であり、その結果、当契約に基づく附帯私訴が受理されえないものと判示した。

このようなコーズ概念を用いた解決は、民法典 900 条と民法典 1172 条とにおいて同様の基準により解決がされていることを示すものとして捉えられ、その後の一部無効論の発展に寄与することとなる（たとえば、A.Huet, op.cit., p.80.）。
しかしながら、コーズ概念を用いた解決をする判例に対しては、一部の学説により批判される。シムレールも同様、条件とコーズとは区別されるべきものであり、民法典 1172 条が問題となる事例においてはコーズ概念を用いてはならないと主張する。その際、双務契約と片務契約とを区別して、次のようにいう。
まず、双務契約についてである。シムレールは、例として、スライド条項（une clause d'indexation）が、それなしでは契約が締結されなかったであろう基本的な条件であったとしても当該条項がコーズと言いえるか、という問いを立て、これに対して、スライドさせることを目的として契約が締結されるのではないとする。つまり、スライド化は、契約の動因的かつ決定的な動機ではなく、スライド化させることを条件として契約が締結されるにすぎない。このような付随的な条件または条項は、給付に付された様態（modalité）でしかない(Ph.Simler, op.cit., thèse, nos 284 et 285.)。もっとも、シムレールは、条件または条項がコーズとなりうることを認める。なぜなら、当事者は、契約の締結において彼らの想像を表現しうるから、つまり、典型的な行為類型から導かれる目的ではなく、当事者間でそれとは異なる目的を追求することが可能であるからである。しかし、この場合には、民法典 1172 条の適用の問題なのではなく、コーズに関する同法 1131 条ないし 1133 条が適用されなければならないとする（Ph.Simler, op.cit., thèse, no 285.）。
他方で、有償の片務契約については、双務契約とは異なる見方をする必要があるという。すなわち、片務契約に条件が付されている場合において、当該条件が反対給付、つまりコーズであると考えられる場合がある。このとき、実際には、当該契約は双務契約の約束（les

とが、シムレールの一部無効論における「当事者の意思の考慮」の位置づけを、判例法理とは特異なものとし、後の学説の批判に耐えられないものとしたように思われる。それでは、シムレールが、「当事者の意思」をどのように解し、判例におけるそれを批判したかについてみていくこととしよう。

二　判例における当事者の意思の探究とその問題点

前述した判例および裁判例によれば、当事者の意思においてある条項が重要なものであったかを判断するにあたり、契約の両当事者の意図において、契約締結時に当該条項が重要なものと考えられていたかが問題とされているといえた。

しかし、これらの判決に対して、シムレールは、無効の範囲を画定するにあたっての当事者の意思の評価が、次の 2 点で満足のいくものではないとする。第一は、「両当事者の共通の意図」が探究されている点、第二は、当該条項が両当事者の意思において「重要であったか」が探究されている点である。以下、上記シムレールの批判を軸にして、当事者の意思の評価についての彼の主張を中心に学説の議論を詳しくみていこう。

１．「両当事者の共通の意図」の探究の不可能性

まず、第一の、評価の対象となる当事者の意思が「両当事者の共通の意図」であった点についてである。すなわち、判例および裁判例によれば、「両当事者が…（les partie）」（前掲［仏 17］判決）、「両当事者の意図において（dans l'intention des parties）」（前掲［仏 18］判決）、「両当事者の共通の意図により（selon la commmune intention des parties）」（前掲［仏 19］判決）と判示されていた。しかし、シムレールはこれをありえない評価であるとする。そして、いくつかの裁判例をもとに、ある条項の決定的特徴の評価にあたっては、一方当事者にとっての、さらには、全部無効を主張する者にとっての決定的特徴の有無が評価されなければならないとした。

（１）一方当事者にとっての決定的特徴

シムレールは、まず、ある条項が決定的なものであったか否かは、一方当事者にとって決定的なものであったか否かを意味すべきだとする。

すなわち、契約を締結する当事者間においては利益が対立しており、ある条項は、通常、当事者の一方に利益的なものである。それゆえ、客観的にみて付随的な条項であっても、それは、仲裁条項のような例外的な場合を除いて、当事者の一方にとっては決定的な条項

---

promesses de contrats synallagmatiques）である。したがって、当該条項が不法条件等であるとしても、適用されるべき条文は、民法典 1172 条ではなく、同法 1131 条ないし 1133 条であるとする（Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 285.）。

このように、シムレールは、条件とコーズが異なる概念であるとして、当該条件が条件であるとされるかコーズとされるかにより、適用されるべき条文が異ならなければならないと主張したのであった。

である[218]。他方で、両当事者の共通の意思においてある条項が決定的な役割を有していたということはできない。判例のように両当事者の意思における条項の重要性を問題とするならば、実務上、民法典 1172 条が適用される事案はないとされる。したがって、両当事者の共通の意思を問題とすることは、不正確であるという[219]。そして、両当事者の意思を問題としていない判決として、オルレアン控訴院 1953 年 7 月 22 日とアミアン控訴院 1961 年 7 月 28 日を挙げ、自説を正当化した。

［仏 20］オルレアン控訴院 1953 年 7 月 29 日[220]

【事案】Y 社は、1948 年 5 月 29 日、X（パリ）から、融資として 230000 フランを受けとった。同契約によれば、1 年で 100000 フランを返済し、残金をさらに 1 年かけて返済する予定となっており、それまで利息が生じないとされた。もっとも、同契約には、履行期までに返済がされなかった場合には利息が生ずる旨の規定、および Y が支払うべき金額が穀物（blé）の伸縮率により変動する旨のスライド条項（clause d'échelle mobile[221]）が置かれていた。また、X は、融資をするにあたって、Y の営業財産につき商事質（nantissement）を得た。その後、Y は、元本を返済できぬまま返済期間が経過したのであるが、その元本および利息を合わせて、本件スライド条項に従った合計額が、527081 フランにまで膨れ上がっていた。X は、商事質を実行するために Y を訴えたところ、Y は、本件スライド条項が無効であると主張した。

第一審の判示内容は明らかではないが、X が控訴したようである。

【判旨】控訴棄却。

控訴院は、本件スライド条項が、民法典 1895 条に鑑みて公序に反するとし、そのうえで、1948 年 5 月 29 日の合意の検討により、伸縮率に従った返還条項の規定が合意にとって動因的かつ決定的な条件（condition）であったことを認めた。その際、X が貨幣価値の下落による影響を確実に避けられるということを考慮して融資に同意したことを確認した。以上のことから、本件においては、本件スライド条項の無効が合意全体の無効、およびその履行のために与えられた付随的な担保（garanties）の無効に至らなければならないと判示した。

---

[218] Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 282, note(5).

ただし、シムレールによれば、仲裁条項のような客観的にも、一般的な当事者の意思においても付随的な条項であっても、具体的な当事者がそれを重要だと考えていた場合には、当該条項の無効が全部無効となるとする（Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 85.）。

[219] Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 282 ; O.Gout, op.cit., thèse, n°

[220] C.A.Orleans, 22 juillet 1953, D.1953, 665.

[221] 訳語について注記する。「clause d'échelle mobile」は、後に、「clause d'index」と称されるようになった。両者が意味する内容は同じである。それゆえ、本稿は、前者を「伸縮率条項」、後者を「スライド条項」と訳し分けることをせず、両者ともに、「スライド条項」と訳すこととした。

［仏 21］アミアン控訴院 1961 年 7 月 28 日[222]

【事案】1960 年 2 月 1 日に売主 Y と買主 X との間で不動産売買の仮契約（compromis de vente）[223]が締結され、買主 X は、代金の一部のみを支払い、残代金の代わりに、終身定期金を X が Y に支払う旨の合意がされた。当該仮契約においては、X が支払う定期金額を繊維産業の年金に変動させる旨のスライド条項が付されていた。その後の事実関係は明らかではないが、本件スライド条項の有効性が争われるに至った。

第一審が、スライド条項のみを書かれざるものとみなし、契約を維持したところ、X が、当該条項が決定的なものであったとして、本件契約の無効および支払った額の返還を求めて控訴した。

【判旨】控訴棄却。

控訴院は、本件スライド条項が 1958 年 12 月 30 日のオルドナンス 79 条および 1959 年 2 月 4 日のオルドナンス 14 条に鑑みて不法であることを認めた後、本件条項が「契約の成立において動因的かつ決定的な役割を有するものであったかについての探究が生ずる」と判示した。そして、この評価をするにあたり、控訴院は、第一に、売主にとって重要であったことは、売買代金の主要な部分を現金で受け取ること、および死亡するまで売却した不動産の収益（jouissance）を得ることであったことを、第二に、買主にとって重要であったことは、即座に代金の全額を支払うことなく不動産を取得できること、および終身定期金という形式のもとで残金（solde）を支払うことであったことを確認し、本件スライド条項のみを書かれざるものとみなした原判決を維持した。

これらの判決から、シムレールは、当事者の一方にとってある条項が決定的であればよいとしたのであるが、その評価については疑問が残ろう。すなわち、上記［仏 21］判決においては、売主と買主双方において当該条項が重要であったか否かがそれぞれ検討されていた。また、上記［仏 20］判決においては、たしかに一方当事者（融資者（X））にとっての伸縮率条項の重要性のみから、当該条項の重要性が評価されているが、本件事案のもとでは、当該条項を決定的であるとすることは、融資者にとって有利となるものではなかった。この点については、すぐ後で（2）で述べる、「誰にとって決定的な条項である必要があるか」という点にかかわることであるが、本件においては、融資者は、当該契約全体が無効とされたことにより、担保として得た商事質も無効とされたことに注意しなければならない。むしろ、借主は、当該契約が無効とされたことで商事質を設定した営業財産を失わずに済んだのである。それゆえ、シムレールが裁判例から「当事者の一方にとって決定

[222] C.A.Amiens, 28 juillet 1961, D.1961, 726 ; R.T.D.civ., 1962, 356.

[223] 仮契約（compromis）とは、公正証書に先行する契約のことをいう。不動産売買に関する仮契約の多くの場合、仮契約のなかで、公正証書作成時に代金全額が支払われ、所有権が移転することが定められる。不動産売買に関する仮契約については、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転　――フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして――（1）」早法 65 巻 2 号（1989 年）1 頁を参照。

的な条項であればよい」といいうるとしたことについては、裁判例の評価が誤っていたように思われる。

このように、裁判例の評価については適切ではないように思われるが、シムレールは、当事者の一方にとって決定的な条項であればよいとしたのであった。

（2）全部無効を主張する者にとっての条項の決定的特徴

シムレールは、さらに、当事者のいずれかにとって決定的な条項であったことが必要であるとするのではなく、「全部無効を主張する者にとって」決定的な条項であったか否かが問題とされなければならないとする。その理由について、セーヌ民事裁判所 1947 年 12 月 20 日を例に、次のように説明した。

［仏 22］セーヌ民事裁判所 1947 年 12 月 20 日[224]

【事案】賃貸人 X と賃借人 Y との間で、賃貸していた不動産につき、X を売主、Y を買主とする売買の予約が締結された。当予約には、通貨が現在の価値よりも下がった場合（インフレーションの場合）にはレジオンに基づく取消しを主張できない旨の条項が付されていた。しかし、レジオンに基づく取消しの主張を放棄する旨の条項は、民法典 1674 条で禁止されていた[225]。そこで、X は、同条項が同条に反すること、同条項が同条に反することを理由に売買の予約が無効であることを主張した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

セーヌ民事裁判所は、当該条項が民法典 1674 条に反して無効であることを認めたが、売買の予約の無効を、次のように判示して否定した。すなわち、セーヌ民事裁判所は、有償契約においては、不法条件が契約の目的（objet）にかかわる場合にのみ合意の全部無効に至ること、売主による取消し訴権の放棄は、それが付随的な条項にすぎないため、売買または売買の予約とは独立したものであることから、売買の予約の無効を認めなかった。

同判決は、結局は売主による売買の予約の無効請求を認めなかった。その理由について、同判決は、レジオンに基づく取消し訴権を放棄させる旨の条項が付随的な条項であることを理由とした。しかし、同判決の評釈は、民法典 1674 条の趣旨に照らして、売買または売買の予約の無効を認めることは同条による上記条項の禁止を無意味なものとするからである、という説明がより説得的であったとする[226]。

---

[224] T.C.Seine, 20 decembre 1947, G.P. 1948, I, 56 ; R.T.D.civ., 1948, 332, obs. H. et L.Mazeaud.

[225] 民法典 1674 条「売主は、不動産の価格について 12 分の 7 を超えて損害を受けた場合には、契約においてその取消しを請求する権限を明示的に放棄したであろうとき、および、差益を与える旨を申述したときであっても、売買の取消しを請求する権利を有する。」

[226] H. et L.Mazeaud, obs., 332.

シムレールは、一方で、これに賛同しながらも[227]、他方で、その他の問題点を指摘した。すなわち、同判決が民法典 1172 条により無効の範囲を解決したことを誤りだとした。シムレールは、レジオンの訴権を放棄する旨を規定する者は、通常、買主であるという。この指摘は、おそらく、不動産売買においてレジオンに基づく取消し訴権は売主にのみ認められていることと関係しよう。すなわち、売主にのみ取消し訴権が認められるのは、買主が売主の無知につけこみ、売主が彼にとって望ましくない条件で不動産を売却してしまうことが多く、これに対応するためであった[228]。それゆえ、同訴権の放棄を規定しようとするのは、買主であると考えられよう。それゆえ、シムレールは、当該条項は買主にとって決定的であり、売主にとって決定的であったということはありえないとする。売主がレジオンに基づく取消しではなく、民法典 1172 条に基づく契約全体の無効を主張するのは、レジオンを理由とするのではなく、個人的な、表に現れない理由（raisons inavouables）からであるという。それゆえ、無効を請求する者にとって当該条項が決定的ではなかった場合には、その者による同法 1172 条の援用が拒否されなければならないとした[229]。

もっとも、シムレールは、当該条項が決定的ではなかった者が全部無効を主張することは、恥ずべき理由によるとしてこれを否定するが、事案によっては、不誠実な契約の相手方との契約関係を解消したいと考えることもあり、一概にこのように言えるかは疑問である。しかし、「当事者の共通の意図」の探究に対する批判から、シムレールは、探究されるべき当事者の意思の問題を、「契約の無効を請求する当事者にとって不法な条項が動因的かつ決定的なものであったであろうか否か」と定式化するのであった。

２．「当事者の現実の意思」の探究の不可能性

続いて、第二の点に移ろう。裁判例によれば、当該条項が両当事者の意思において「重要であったか」が探究されている。すなわち、「当事者が望んでいた（les partie ont incontestablement voulu）」（前掲［仏 17］判決）、「当事者の意図において決定的であった（Si dans l'intention des parties a été déterminante）」（前掲［仏 18］判決）と裁判例は判示しており、過去形の動詞が用いられている。しかし、シムレールは、当事者は、契約締結時において、契約の一部が無効であったことを想定していないのが通常であるとして、過去における当事者の意思の探究をありえないものだと批判する。そして、諸外国の法を参照して、判例のような「現実に存在した意思」の探究ではなく、「当事者が契約を締結したであろう（les parties AURAIENT conclu l'acte（大文字は原文ママ））か否か」という仮定的な意思（volonté hypothétique）の探究であるべきだと主張する[230]。それゆえ、ある

[227] Ph.Simler, op.cit., these, n° 106.
[228] F.Terre, Ph.Simler, Y.Lequette, Droit civil, Les obligations. 10e éd., Dalloz, 2009, n° 309.
[229] Ph.Simler, op.cit., these, n° 283.
[230] Ph,Simler, op.cit., these, n° 377.

事案においては、当該条項の重要性に関する当事者の意図（intention）は、決して存在しなかったということになる。

そうすると、この仮定的な意思により、何を明らかにしようとしているかが問題とされよう。この点につき、彼のテーズにおいて明確にされているとは言いがたいが、仮定的な意思の評価方法につき、シムレールは、次のような指摘をした。シムレールは、仮定的な意思の評価にあたり、法律行為の解釈または性質決定において、学説が、現実の意思の探究の難しさからその解釈の基準として当事者の意思を原則とすることに反対し、客観的な要素に頼り、仮定的な意思を決定すべきだと主張していることに着目した[231]。しかし、彼は、これらの学説が、当事者の意思の基準に代わって客観的基準を採用したことに対して反論した。すなわち、このように客観的な基準のみにより解決するとなると、シムレールが妥当だと考える前述した第一の批判（前述１（２））との関係で、不公正で恣意的な解決をもたらしうると非難したのであった[232]。彼の記述からは、不公正で恣意的な解決をもたらすとは何であるかが明らかではないが、おそらくは、客観的基準により、当事者の仮定的な意思が判断されるとなると、両当事者の意思において当該条項が重要であった、または重要でなかったと言いうる場合には、このことを理由に、一方当事者が個人的な理由により全部無効、または一部無効を請求しうることになるということであろうか。

いずれにせよ、このようにして、シムレールは、当事者の意思において条項が決定的か否かという判断がされるとしても、それは、「当事者の一方にとっての」、かつ「仮定的な」意思であるとしたのであった。

三　有償行為における動因的かつ決定的な条件の意義と当事者の意思の位置づけ

以上が、有償契約において不法な条項等が付されていた場合において、「当事者の意思」が無効の範囲画定の基準であるとしたシムレールの見解であった。

最後に、有償契約に不法な条項等が付されていた場合に無効の範囲を画定するにあたって基準とされる、シムレールがいうところの「当事者の意思」の内実が、いかなるものであると考えられるかを検討していこう。

まず、判例とシムレールの見解との関係についてである。

判例によれば、有償行為において不法な条項等が付されていた場合に、当該条項が当事者の共通の意図において決定的なものであった場合には、当該条項の無効が契約全体の無効をもたらすことになるとされていた。このような当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されることに対して、伝統的な学説は、特に異論を唱えることはなかったが、「当事者の意思」が何を意味するかについては、議論があった。つまり、判例によれば、「当事者の共通の意図において、当該条項が決定的なものであったか否か」が問題とされていたが、シムレールは、このような当事者の意思の探究は、①当事者の利害が対立していることに

231 Barathon, De la divisibilité des clauses du contrat de mariage, thèse, 1913, p.58.
232 Ph,Simler, op.cit., thèse, nº 378.

鑑みればある条項は一方にとってしか決定的でないこと、および②通常はある条項が無効であった場合の帰趨について当事者が考えていないことから、判例による表現は正確ではないと指摘した。

そこで、シムレールは、「一方の当事者の仮定的な意思」を探究すべきであり、さらにそれは全部無効を主張する者にとってある条項が重要であったであろうか否かを探究すべきであるとして、他方の者による民法典 1172 条の援用を拒否すべきであるとした。

このシムレールのいう「当事者の意思」は、どのように位置づけられるものなのであろうか。

前節で検討したように、民法典 900 条の厳格な適用を回避するための判例法理において、判例は、当事者間において恵与と称された行為に不法な条件等が付されていた場合において、当該条件等が動因的かつ決定的なコーズであると評価されるとき、当該行為全体が無効となるとしたのであった。そして、当該条項等が動因的かつ決定的なコーズである場合とは、カピタンのコーズ論によれば、当該条件の成就等が当該行為をした目的であった場合のことであると評価されるものであった。また、学説のなかには、このような行為を恵与と性質決定することはできず、有償行為と性質決定されるべきものであると評価するものがあった。これらにおいて考慮されている当事者の意思は、ある行為がどのように解されるべきものかを明らかにするために参照されていたと解することができるものである。

また、有償行為においても、「当事者の共通の意図」という判例の文言は、契約の解釈の問題を想起させた。というのも、契約解釈の目的を定める綱領的規定であるとされる民法典 1156 条によれば、「合意においては、その文言の字義に拘泥するよりもむしろ、契約当事者の共通の意図がどのようなものであったかが探究されなければならない」と規定されており、「当事者の共通の意図」の探究をすることが、契約の解釈であるとされているからである[233]。

そうすると、シムレールは、当事者に共通の現実の意思を見出すことが不可能であるとしていることからも窺えるように、「当事者の共通の意図の探究」としての当事者の意思ではない、つまり、無効の範囲を画定するにあたり考慮されるべき当事者の意思を契約の解釈の問題とは位置づけていない可能性がある。もっとも、シムレールの主張につき、このように理解してよいのか、よいとすれば「当事者の意思の考慮」がどのような意味で無効の範囲を画定する基準とされ、いかなる役割を果たすものとして用いられているかについては、これまでの議論からは明らかではない。

たしかに、シムレールが無効の範囲を画定する基準とする当事者の意思を、「一方の当事者の仮定的な意思」であるとしたことは、単に、立証責任の問題を念頭に置いていたからにすぎない可能性もある。すなわち、シムレールは、契約の一部に無効原因が存する場合に一部無効となるか全部無効となるかにつき、現行の民法典の改正案を提示した際、一部

233 Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, Les obligations, 4e éd, Defrénois, 2009, no 772.

無効を原則とすべきであるとした[234]。それゆえ、全部無効を主張する者が、「当該部分がなければ、私は契約を締結しなかったであろう」ことを証明しなければならない。このような立証責任の問題を念頭においていたために、シムレールは、考慮されるべき当事者の意思の内実を「一方の当事者の意思」としたにすぎず、彼が目的していたのは、両当事者の意思を明らかにすることであると理解することも考えられよう。

しかし、続いて検討する不可分性概念に関する主張、および縮減に関する主張をみるならば、当事者の意思の内実を「一方の当事者の仮定的な意思」であるとしたことが単に立証責任の問題を念頭に置いたからではないことが、明らかにされていくこととなる。つまり、考慮されるべき当事者の意思の内実を現実の意思ではなく「仮定的な意思」であるとしたのは、現実の意思の探究が不可能であるとの理由によるだけではない。彼のいう当事者の意思の内実とその役割については、一部無効論として包摂される他の事例や概念の検討をも通じて分析しなければならない。

四　小括

本款では、有償行為に不法な条項が付されていた場合に、伝統的な一部無効論の論者が、どのようにして無効の範囲を画定するための基準として当事者の意思を措定し、また、それが何を意味しているかについて検討を試みた。

まず、無効の範囲を画定するための基準として当事者の意思が措定されたのは、判例において、無効の範囲を画定するにあたって「当事者の共通の意図において、条項が決定的なものであったか否か」が考慮されていたからであった。そして、有償行為に不法な条件等が付されていた場合において合意が無効となる旨が規定された民法典 1172 条が、民法典 900 条とは異なり強行法規性を有するとは解されていなかったことから、当事者の意思により無効の範囲が画定されるとすることに対しては、抵抗がなかったようであった。

もっとも、判例が「当事者の共通の意図」における条項の決定的特徴を評価の対象としていたのに対して、シムレールは、①当事者の利害が対立していることから、仲裁条項のような例外的な場合を除いて、一方の当事者にとってしか決定的ではないこと、②当事者が通常、不法な条項が無効とされた場合を想定していないことから、「当事者の共通の意図」および「現実の意思」を探究することはできないとした。そして、「全部無効を主張する者にとって当該条項がなければ契約が締結されたであろうか否か」が探究されなければならないとした。シムレールは、これを、いくつかの控訴院判決を例に導こうとしたのであるが、それらの判決に対する評価については、誤ったものであったように思われる。それゆえ、シムレールの見解を、判例法理と同じである、または裁判例の傾向であると解してはならないように思われる。

続いて、シムレールがいう「当事者の意思」の内実についてであるが、これは、明らか

[234] Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 376.

にされてはいなかった。一方で、判例は、「当事者の共通の意図」という文言を用いており、契約の解釈のレヴェルで当事者の意思を考慮しているようにも思われる。他方で、シムレールは、「当事者の共通の意図」を探究することが不可能であるとして、全部無効を主張する者にとっての条項の決定的特徴が評価の対象であるとしていることからも窺えるように、契約の解釈のレヴェルで当事者の意思を考慮しているわけではないように思われる。しかし、そうであるならば、当事者の意思を考慮することの意義が何であるかが問題となるが、これまでの議論からは明らかであるとはいえなかった。

もっとも、統一的な一部無効論の形成に寄与した一概念である不可分性概念に関する主張をみるならば、本稿の問題関心である、一部無効論における当事者の意思の位置づけという観点において、興味深い指摘がいくつかみられる。そこで、早速、不可分性概念に関するシムレールの主張をみていくこととしよう。

第三款　不可分性と当事者の意思

前節第三款および本節第二款においては、民法典 900 条および同法 1172 条の厳格な適用を回避するために、「動因的かつ決定的なコーズ」や「動因的かつ決定的な条件」という概念を用いて、判例は、無効の範囲を判断していたことを知った。そしてこれらの概念によれば、恵与者の意思または当事者の共通の意図が探究されており、その内実については明確にされていたとは言えないものの、学説は、無効の範囲の画定にあたって、当事者の意思が基準とされていると解した。

もっとも、無効の範囲が問題となるのは、これまで述べてきたような不法条件等が行為に付されていた場合という特定の文脈においてだけではなかった。それ以外にも、無効の範囲に関する問題は生じている。その一事案類型が、複合的な契約における無効の問題であった。すなわち、当事者間において、複数の契約が締結された場合に、ひとつの契約が無効であるとき、その他の契約に影響を及ぼすかという問題である。この問題において、無効の範囲を画定するにあたり用いられるのが、不可分性と呼ばれる概念である[235,236]。そ

---

235 日本の学説には、ドイツ法において、一部無効の要件として不可分性が要求されている旨の紹介をするものがある（たとえば、近藤・前掲注(3)539 頁。）。フランスにおける不可分性概念を検討するにあたっては、ドイツ法のそれとに意味の違いがあること、すなわち同じ訳語ではあるがそこで想定している事柄が異なることに注意しなければならない。

すなわち近藤准教授によれば、ドイツ法においては、不可分性の類型として、客観的不可分性、主観的不可分性、量的不可分性があるとされる。そして、フランス法においても、「客観的不可分性（indivisibilité objective）」、「主観的不可分性（indivisibilité subjective）」と呼ばれる概念がある。しかし、両国では、同じ語が用いられているものの、それら両概念により示される内容については、ドイツ法とフランス法とで異なる。

ドイツ法において、一方で、客観的可分性とは、「単一の契約において特定の条項が無効であるときに、その無効の条項が除去されたとしても、その他の部分が効力を有する契約として存在しうる場合」のことを指す（近藤・前掲注（3）558 頁。）。他方で、主観的可分

して、無効の範囲が問題とされるあらゆる事案に対して統一的な基準を見出そうとしたシムレールは、まさに不可分性概念からも、動因的かつ決定的なコーズ概念と同様の基準、つまり当事者の意思という基準が抽出されるという。以下では、シムレールのいう、無効の範囲画定において不可分性概念が果たす役割を検討する。

なお、不可分性概念を検討するにあたっては、近年の学説および判例により、サンクションの本質が見直されていることに留意しなければならない（本節では伝統的な一部無効論の構造の把握が目的とされているため、詳細は第二章第二節で検討する。）。従来、学説は、無効の範囲において不可分性が論じられる場合につき、「ひとつの行為（要素）の無効が、不可分な関係にあるその他の行為（要素）の無効をもたらすか」、すなわち「無効」の範囲の問題として論じられてきた。しかし、今日の学説のなかには、一方の行為の無効から影響を受ける他の行為を、無効とするのではなく、「失効（caducité）」となると解するものが多い。この点は、無効の範囲画定の問題と契約の個数の問題との関係を意識させる[237]。

性とは、「法律行為の一方または両方に複数人が関与しており、かつ当事者の一人の法律行為が無効である場合」のことを指す（近藤・前掲注（3）560 頁。）。

これに対してフランス法によれば、後述するように、ある一部が可分か不可分化について主観的または客観的という形容詞が付されるのは、それが当事者の意思によるのか（主観的不可分性）、または客観的要因によるか（客観的不可分性）という意味においてである。

このように、「主観的」不可分性が指す内容が、ドイツにおいては「人的な」不可分性であるのに対して、フランスにおいては、「当事者の意思に基づく」不可分性であることに注意しなければならない。

本稿は、一部無効の意義および限界を明らかにするためにフランス法を素材としているため、本稿において不可分性概念を扱うとき、それはフランス法における不可分性を意味しており、ドイツ法のそれとは意味が異なる。

[236] もっとも、不可分性概念は、契約の条件または条項が無効である場合にも用いられることがある。契約の条件または条項が無効である場合において、不可分性に言及した裁判例として、本文中にも挙げるが、［仏］コルマール控訴院 1863 年 3 月 23 日（C.A.Colmar, 23 mars 1863, D.P., 1863.II.113.）がある。

[237] 詳細は本稿第二章第二節で検討するが、諸契約が主観的に不可分な関係にある場合において、その一部の契約が無効であるとき、影響される契約は無効ではなく、失効（caducité）するとされる理由としては、たとえば、主観的に不可分であっても、無効原因の存しない契約は有効要件を具備しているため、無効であるとは言えないことが挙げられる（J.-B.Seube, L.indivisibilité et les actes juridiques, thèse, Litec, 1999, nº 290.）。

また、債務法および時効法に関する改正草案（Avant-projet de réforme du droit des obligations de la prescription）」（以下では、同草案の通称である「カタラ草案」という。）や、カタラ草案を受けて司法省により行われた再検討作業の成果である司法省草案（司法省草案についてはいくつかヴァージョンがあるが、以下では、最も新しい 2013 年 10 月 23 日に出された草案を挙げる。）においても、この旨の規定が提案されている。なお、カタラ草案については、第二章第二節の本文中で述べる。以下では、司法省草案（2013 年）のみを挙げておこう。

> 司法省草案（2013 年）94 条「有効に成立した契約は、構成要素の一つが消滅した場合には、失効する（caduc）。契約に外在的（extérieur）であるが、その実効性（efficacité）に必要な要素が欠くに至った場合についても同様である。

以上の点に注意をしながら、ひとまず、シムレールによれば、無効と不可分性との関係がどのように理解され、さらにどのようにして統一的な一部無効論の形成に至ったかをみていくこととしよう。

一　シムレールによる不可分性論の特徴

まず、シムレールの不可分性概念に関する主張の特徴を述べておきたい。というのも、第二章第二節において不可分性概念と無効の範囲の問題との関係について詳細に扱うのであるが、シムレールの不可分性概念の主張は、今日の学説と関心を異にしていた。すなわち、今日の多くの学説は、複合的な契約における連続的消滅（nullité en cascade）[238,239]の

諸契約がまとまったひとつの取引（une opération d'ensemble）として締結された場合で、かつ、そのひとつの消滅が他方の履行を不可能ならしめる、または利益を失わせしめる場合についても同様である。しかしながら、後者の失効は、それを主張された契約者が合意をしたときに、まとまった取引であることを知っていた場合にしか生じえない。」≪Le contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité.

Il en va encore ainsi lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre. La caducité de ce dernier ne peut, toutefois, avoir lieu que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.≫

[238] 本稿において「複合的な契約」が指す内容について、補足しておく。複合的な契約、または複合契約が何を指すかについて、日本においても、フランスにおいても、相違がみられる。

たとえば、日本において、都築教授は、複合契約を、「二またはそれ以上の当事者間の取引に複数の契約（行為）が同時に存在する」場合のことを指すものと定義する（都築満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、2007 年）189 頁）。また、半田教授も、複合契約を、「二当事者間の契約関係において複合的給付が生じ、契約の個数が問題となる場合や二当事者間の契約関係に第三者を当事者とする契約関係が不可分に結合する場合」であるとしており、複数の契約が念頭にされていよう（半田吉信『契約法講義（第２版）』（信山社、2005 年）33 頁）。これに対して、内田教授は、複合的な契約を論ずるにあたり、リゾートマンションの売買契約と同時に、併設されたスポーツ施設の会員資格の取得がされたという説例を用いて、スポーツ施設の建設がなされなかったことにより不動産売買の解除が可能かが問題とされる場合には、契約の個数の問題がまず問題とされるとする。そして、同様の事案において、売買契約の解除を導くにあたり、最高裁（最判平成 8 年 11 月 12 日民集 50 巻 10 号 2673 頁）は、別個の契約であることを前提とした法律構成が採用されているのに対して、一審は、一つの契約であるという法律構成を採用したと評する（内田貴『民法Ⅱ（第二版）』（東京大学出版会、2007 年）106 頁）。内田教授によれば、複合的な契約が、複数の契約が想定されるものなのか、一つの契約が想定されるものなのかが明らかにされていない。当事者間でなされた契約に、第三者との間でされた契約が密接に関連しているとされる場合とは異なり、二当事者間でなされた取引においては、別個の契約が存すると考えるのか、ひとつの契約であると考えるのかを明確に区別することが難しいことが示されてい

よう。なお、同最高裁判決については、大村教授や曽野教授によれば、「『契約』を思考の単位としない」ものであり、最高裁のアプローチによれば、「端的に『個々の債権債務』に着目して、それぞれが何と対価関係を形成しているのかを個別に判断することによって、解除の範囲に含まれる債権債務を画定していくことになろう」とする（大村敦志・平成 8 年度重要判例解説（有斐閣、1998 年）68 頁、鎌田薫・加藤新太郎・須藤典明・中田裕康・三木浩一・大村敦志編『民事法Ⅲ』（日本評論社、2009 年）87 頁（曽野裕夫担当）。なお、引用部は、曽野教授による記述の引用である。）。

フランス法においても、用語法とそれが示す（諸）契約の内容の一致をみていない。たとえば、シムレールは、複合的な契約（contrat complexe）の例として、複数の契約が問題とされる場合を挙げていた。これに対して、たとえばゲスタンは、複数の契約が問題とされる場合を、「ensemble contractuel（契約の集合）」と表現し、複合的な契約（contrat complexe）と区別する。もっとも、それぞれについて明確な定義がされていない。記述内容をみるかぎり、それらの事案でコーズ概念が用いられうるかを含めて、コーズ概念が果たす役割が異なるようである（J.Ghestin, Cause de l'engagement et validite du contrat, LGDJ, 2006, nos 373 et s.）。

このように、用語法が定まっていないために、本稿では、「contrat complexe」および「ensemble contractuel」の両者を「複合的な契約」として論じたい。そのため、本稿において「複合的な契約」とされる事案群は、論者によっては、コーズ概念の果たす役割等により区別されうる可能性が生ずる。

239 訳語について、なぜ①「消滅」なのか、②「連続的」なのかという 2 点を注記する。

まず、なぜ消滅なのかという問いについてである。複合的な契約に含まれるひとつの行為の無効が他の行為に影響を及ぼすかについては、これを論ずる論者が、他の行為に課されるサンクションとして何を想定するかにより、表現に差異が生ずる。たとえば、一方の行為の無効により、それと密接な関係にある他の行為が無効となると考える場合には、無効の伸長であると捉えられ、無効の範囲の問題ということができる。たとえば、シムレールやブーランジェは、他方の行為が無効であると考えていた（P.Simler, op.cit., thèse, nos 295 et s ; J.Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilite des actes juridiques, R.T.D.Civ. 1950, p.1.）。これに対して、近年の判例および学説には、密接に関係した他の行為を、無効ではなく、「失効」であるとするものがある。たとえば、不可分性に関するテーズを著したスーブは、このように考える（その理由については本文で扱うこととする。J.-B.Seube, op.cit., thèse, no 290.）。

続いて、なぜ連続なのかという問いについてである。「en cascade」という語は、ロベール仏和大辞典（小学館）によれば、「連続して」、「連鎖して」という意味であるとされている。ここで、「連鎖的」と訳すと、「契約の連鎖」と称される事案が想起される可能性があろう。「契約の連鎖」とは、「契約が異なる当事者間において順次連鎖的に締結されて一つの露営引きが完成する」契約のことを指すとされる。これに対して、複合的な契約とは、「二またはそれ以上の当事者間（本稿では二当事者間を念頭に置く）の取引に複数の契約（行為）が同時に存在する」場合のことを指す（都築満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、2007 年）189 頁。なお、丸括弧内は、筆者が本稿が扱う文脈に合わせて付加した。）。契約の連鎖の事案を想定しないためにも、一方の行為の無効が他方へ影響を及ぼす理由を参考に、「連続的」と訳すこととした。

このような学説の議論を踏まえ、本稿では、複合的な契約の全体に生じている現象を表現するときに、「無効」ではなく、「消滅」という語をあて、また、「連続的」という語をあてることとした。ただし、フランスの学説および判例においては、この現象に対していかなるサンクションが課されるか明確であるとはいえない。たとえば、サヴォー（E.Savaux）は、密接に関係した他の行為が「失効」する学説や判例があり、無効の領域であるとは言いがたいとしながらも、同事例に関する検討を、「連続的無効（les nullités en cascade）」

基礎として機能する不可分性概念につき、その有無がどのようにして判断されるかという点に関心をもつ。しかし、シムレールの関心（当時の学説の関心でもある。もっとも、これらの学説については、統一的な一部無効論の形成を企図したものではないため第二章第二節で扱う。）は、無効の判断に影響を与える不可分性にはどのような性質のものがあるかという点にあった。それゆえ、混乱を避けるためにも、まずはその特徴を押さえておこう。

シムレールの不可分性概念に対する主張の特徴は、大きく次の 3 点であるといえよう。第一は、複合的な契約につき不可分性概念に基づいて無効の伸張を認めたこと、第二は、法律行為の無効に関しては、複合的な契約以外の場面でも不可分性という言葉が用いられていたことを明らかにし、それらの不可分性を、その特徴により類型化したこと[240]、そして、第三は、無効の範囲を画定するにあたって、類型化された不可分性が段階的構造にあることを指摘したことである。

これらの特徴のうち、一部無効論における当事者の意思の位置づけという観点から重要なのは、第三の特徴である。以下では、シムレールが不可分性をどのようにして段階的な構造にあると主張したかという視点から、彼の主張をみていくこととしよう。

二　不可分性の段階的把握

シムレールは、無効の範囲が画定をされるにあたって参照される不可分性概念には[241]、事物の性質（la nature des choses）に由来する不可分性と、当事者の意思に基づく不可分性があることを指摘する。そして、前者は、無効の範囲を問題とするための前提となるものであるのに対し、後者は、この前提が確認されたうえで決定的な役割を果たすものだと位置づけられるという[242]。これが、彼による不可分性概念の段階的構造の骨子である。以下、それぞれがどのような問題を想定しているかをみていくこととしよう。

１．事物の本質に由来する不可分性概念

シムレールは、事物の本質に由来する不可分性には、厳密に言えば、次の２つの下位区

という表題の論稿のなかで行っている（E.Savaux, Les nullités en cascade, in *La théorie des nullités*, LGDJ, 2008, p.111.）。また、「失効」というサンクションを課した判例が注目される前の学説ではあるが、ティシエのように、一方の契約が無効が他方の契約のコーズを奪うことになるために無効であるとする（B.Teyssié, Les groupes de contrats, thèse, LGDJ, 1975, n° 302.）。無効に好意的な学説は、その後も現れている（S.Bros, L'interdépendance contractuelle, thèse, 2001, n°s 560 et s, et 619 et s.）。

240 Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 171.

241 不可分性概念はさまざまな場面で用いられる。たとえば、民法典 1217 条以下には、不可分債務に関する規定が置かれている。

もっとも、本稿は一部無効に関する検討を行うものであり、したがって、本稿において「不可分性」というとき、それは、無効の範囲を画定するにあたって用いられる不可分性を意味する。

242 P.Simler, op.cit., thèse, n° 295.

分があるとする。第一は、債務の目的（objet）である物（la chose）の本質上、一部を分けることが不可能な場合である。そして第二は、取引の法的な性質（la nature juridique de l'operation）上、その本質（essence）を害することなしには一部を分けることができない場合である。前者が、物理的な不可分性と称され、後者が、客観的な不可分性と称される。

（1）物理的な不可分性

物理的な不可分性とは、物の本質上、当該一部のみを分けることができない場合のことをいう。物理的な不可分性の例として、次のものが挙げられる。

まず、複数の財を全体として契約の目的（objet）とする売買につき、そのなかのひとつが他人物であった場合のように、売買が無効とされる物が含まれていた場合である[243]。この売買は、全体として無効であるとされる[244]。

次に、共同贈与についても、物理的な不可分性により全体の無効が言い渡される例とされる。すなわち、共同贈与における贈与者のうちのひとりが、心神喪失（l'insanité d'esprit）の状態であった場合、判例上、共同贈与全体の無効が、つまり共同贈与者のうちの意思に瑕疵のない贈与者に対しても無効が言い渡される。ここでは、２つの贈与を区別することができないからである[245,246]。

それぞれにつき、判例を確認しておこう。

まずは、複数の財を目的とする売買契約につき、その一部が生存している者が将来に相続するであろう財産であった事案である。将来の相続財産については、民法典 1600 条により合意によっても売却することができないとされていた。もっとも、同条は、2001 年 12

---

[243] 民法典 1599 条によれば、次のように規定される。

民法典 1599 条「他人の物の売買は無効である；買主が物が他人のものであることを知らなかったときは、それ〔他人の物の売買〕は、損害賠償を生じさせうる。」

[244] ただし、当事者が裁判外で、売主が正当に処分しうる物について新たな代金を合意する可能性はあろう（Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 296.）。

[245] Ph.Simler, op.cit., thse, n° 296.

[246] ただし、シムレールによれば、物理的な不可分性の例とされる複数の物のひとつに無効原因が存在する場合であっても、当事者の意思により部分的な無効がもたらされる場合があるとする。

たとえば、グルノーブル控訴院判決 1832 年 8 月 8 日（La Cour de Grenoble, 8 août 1832, S. 1833.II. 176.）においては、相続開始前の相続財産が含まれており、そして代金が包括的に定められていたにもかかわらず、相続が開始された相続財産に関する譲渡は維持された。その理由は、譲受人が、相続が開始された財産を、当初定められた代金で取得することを申し出たからであった。

シムレールによれば、同判決は、一般法において確立されたどんな原則にも基づいておらず、単に衡平（l'équité）や良識（le bon sens）にかなったものでしかないとする一方で、是認されなければならないものであると評価する。なぜなら、これは主観的な不可分性の問題でしかないからである。そのため、売主が、たとえ当初の代金であったとしても、有効な部分のみでは財を売却しなかったと主張することは、可能である。しかし、一部無効の可能性もまた、本判決のように残されているとする（Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 296.）。

月 3 日の法律により廃止されている。

［仏 23］破毀院予審部 1843 年 11 月 14 日[247]

【事案】1830 年 10 月 25 日に、売主 A と、買主 Y との間で、不動産および A の死亡時に存在するであろう動産を 8000 フランで売却する旨の合意がされた。Y は、A に対して 4000 フランを支払い、残りは、A の死亡後、相続人 X および B らの間で分配されることとなっていた。しかし、A の死亡後、X は、Y に対して、売買の目的である動産が確定されていなかったこと、本件動産の売買が未だ開かれていない相続に関するものであったことなどを理由に本件売買契約の無効を請求した。なお、X の請求理由が多いため、以下では、関係する部分のみを取り上げる。

控訴院は、単独かつ同一の代金（un seul et même prix）により動産の売買と不動産の売買とがなされ、不可分な総体（tout indivisible）を形成していたとして、手に入っていなかった相続財産に関する部分の売買を含んだものとして動産部分について無効であるとした後、それにより不動産の部分についても無効となるとした。また、一般論として、「統一的な代金により定められる唯一かつ同一の取引があるときは、われわれは、その〔一部につき無効原因が存する場合の〕扱いがすべてに対しての無効であると決定しなければならないと判示した。そこで、Y が、動産の売買の無効が不動産の売買の無効をもたらす理由がないとして、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、「1830 年 10 月 15（ママ）日（25 日）の行為は、多様な条項が唯一かつ同一の契約を形成し、可分とされえないものであり、暗に、しかし十分に、この〔破毀申立ての〕部分に答えている」として、破毀申立てを棄却した[248]。

次に、共同恵与がされた場合に、行為者の一人が心神喪失であった事案である。

［仏 24］破毀院民事部 1960 年 1 月 27 日[249]

【事案】共同恵与の行為者のうちのひとりが、心神喪失（l'insanité d'esprit）であった事案である。詳細な事実関係については資料からは不明であった。

【判旨】（不明）

破毀院は、控訴院が、「全体の無効を基礎づける特徴を有する状況について説明することなく、全部無効を〔無効の範囲につき〕制限なく言い渡（した）」ことを正当なものとした。

これらの事案に対して、たとえば無効原因が存する一部が条項である場合や、代金のよ

247 Cass.req., 11 novembre 1843, S.1844.I.229.

248 資料によれば、本文中に記した「1830 年 10 月 15 日の行為」という箇所以外においては、全て、「1830 年 10 月 25 日の行為」とされていることから、「25 日」の誤りであろう。

249 Cass.civ., 27 janvier 1960, Bull.civ., 1960.I, nº 60.

うな量的な要素である場合、シムレールは、物理的に可分であるとする。

シムレールは、このような物理的な可分、不可分の判断を、一部無効の理由付けの第一段階として位置づける[250]。つまり、契約の一部が物理的に可分である場合において、それのみを理由に一部無効が課されることはなく、最終的には、当事者の意思に基づく不可分性を問題とする必要がある。シムレールは、この旨を判示した判例として、第二款でも紹介した、前掲［仏 16］判決を挙げる。その判旨を、再度、確認しよう。

［仏 16］破毀院民事部 1929 年 3 月 20 日判決（再掲）[251]

【判旨】破毀移送。

破毀院は、まず、事実審裁判官が、契約から付随的な特徴を有する不法な条項のみを無効とし残部を維持する権限を有することを確認した。しかし、本件においては、原審が、当事者の意思において当該不法な条項が福次的な性質を有するものか本質的な性質を有するものかを一切評価をしていないことから、原審を、法的根拠を欠くものと判示した。

同判決は、条項が付随的なものであれば当該条項のみの無効が認められうるとする一方で、その判断にあたっては、当事者の意思において当該条項がどのような特徴を有するものであったかを評価しなければならないとする。

このようにシムレールは、一部無効を課すにあたって、無効原因の存する一部が物理的に可分でなければならないとする一方で、当該一部のみの無効が認められるのは、それが主観的にも、つまり当事者の意思においても可分であったと認められる場合でなければならないと主張する。そして、一部無効を課すための前提として物理的な可分性が必要とされることについては、学説上、是認されているといえよう[252]。

（２）客観的な不可分性

次いで、客観的な不可分性に移ろう。シムレールによれば、客観的な不可分性とは、取引の性質（la nature de l'opération）上、不可分であることが要求される場合のことを指す[253,254]。シムレールは、法律行為のなかのさまざまな要素が不可分な関係にある場合には、

---

250 Ph.Simler. op.cit., thèse, nº 297 .

もっとも、物理的な不可分性は、実務上は、たとえば条項や量的な要素に瑕疵が存在する場合のように物理的に可分か否かが明白であることが多く、一部無効が問題とされるときに顕在化することは少ないという（Ph.Simler. op.cit., thèse, nº 297 .）。

251 本判決の事案については、本稿 70 頁を参照。

252 たとえば、O.Gout, op.cit., thèse, nº 521 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2583.

しかし、後述する客観的な不可分性については、グウのテーズにおいても、ゲスタン＆ロワゾー＆スリネの概説書においても、主観的な不可分性の判断の前提にあるものとは位置づけられていないように思われる。

253 客観的に不可分であるとされる事案に対して、「不可分性」という語を充てる必要があるかについては、異論があろう。実際、シムレール自身も、客観的な不可分性に独自の意

義はないという（Ph.Simler, op.cit.,thèse, nº 301.）。
もっとも、本稿の関心は、いかなる事案において一部無効が認められうるかを確認することにある。そのため、不可分性という語を用いることの妥当性を問題としない。

254 シムレールは、客観的な不可分性を論じるなかで、未成年者により締結された契約のレジオン（lésion）に基づく取消し（rescision）についても触れる。未成年者が条項についてのみ取消しを主張することに対して、判例が不可分性により契約の全体についての取消しを言い渡すことを指摘する（Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 301.）。そして、条項のみを無効とし契約を維持した控訴院判決を破毀した次の判決を挙げ、これについて批判する。

［仏］破毀院民事部 1906 年 2 月 13 日（Cass.civ., 13 février 1906, D.P., 1907.I.33.）
【事案】解放されていない未成年者（mineur non émancipé）A は、クリーニング店 Y との間で労働契約を締結した。当契約には、A が Y を即座にやめることができること、解雇予告期間なくして解雇され、このような場合にはあらゆる賠償請求を Y が放棄することといった条項が置かれていた。その後、A が突然解雇されたために、A の父である X が、突然の解雇を理由に賠償（indemnité）を請求した。
控訴院は、未成年者であることを理由とするレジオンにより当該条項を無効とし、当事者のいる地方の慣習（usage local）による熟慮期間（délai de prévenance）に相当する額の賠償を認めた。
【判旨】破毀移送。
破毀院は、控訴院が契約で定められた規定に代えて地方の慣習の熟慮期間を適用したことは恣意的であったとして、法律を誤って適用したと判示した。

このように、未成年者により締結された契約につき、レジオンを理由に取消しがされる場合には、ある特定の条項についてのみ取消すことはできず、合意が取り消されなければならないとされた。
しかし、シムレールは、次のように批判的に評価する。すなわち、一方で、未成年者の制限行為能力を無効（取消し）原因とするのであれば、契約全体の無効が要請される。しかし、たとえば代金に関する量的な過剰性や不当な条項がなければ未成年者により締結された契約は攻撃されなかったであろう（inattaquable）ことに鑑みれば、本件における本当の無効（取消し）原因はレジオンであったとする。そして、たしかに民法典 1305 条によれば、「単純なレジオンは、解放されていない未成年者のために、あらゆる種類の合意に対して取消しをもたらす」と規定されるが、他のレジオンをみるならばレジオンの本来的なサンクションは一部無効ということができるとして、一部無効が課されるべきであると提案する（Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 299.その他、同旨の主張をする学説として、E.Gaudemet, op.cit., p.159.）。
未成年者により締結された契約のレジオンに基づく取消しをこれと併せて述べたのは、瑕疵ある要素が行為にとって本質的な部分に付されているわけではないにもかかわらず、「不可分である」という語を使用した判例を批判するためにすぎないと言えよう。ただし、この点については、シムレール自身が論じている内容からも窺えるように、取引の性質上、不可分性が要請される事案というよりも、法の目的が考慮されるべき事案であると考えられよう。この意味で、未成年者によるレジオンに基づく取消しの事案は、取引の性質上、不可分性が要請される客観的な不可分性の事案とは類型を異にするのはたしかである。
もっとも、シムレールは、他のレジオンの事案で一部無効が認められていることを、未成年者によるレジオンに基づく取消しの事案において一部無効が推奨される理由のひとつとするが、未成年者によるレジオンに基づく取消しの事案と他のレジオンに基づく取消しの事案とを対比し同列のものとみなしてよいかについては、レジオン概念に関する詳細な

全部無効が課されなければならないとする[255]。具体例としては、分割（l'partage）において分割されてはならない財が含まれていた場合や、共同分割者（les copartageants）のひとりにつき無効原因が存する場合のほか、和解契約を挙げる[256]。当該行為の無効が裁判上で問題とされた場合、裁判官は、当該行為の全部の無効を言い渡さなければならないとする[257]。それぞれ、判例または裁判例には、次のものがある。

まず、分割において分割されてはならない財が含まれていた場合である。

［仏 25］アミアン控訴院 1853 年 11 月 10 日[258]

【事案】1851 年 11 月 21 日の行為（証書）により、父および母は、彼らのそれぞれの財を子らに贈与し、分割をなした。同証書によれば、本件分割には、条件または負担として、贈与者たる親に、それらの財の用益権（jouissance）を留保する旨の合意がされていた。しかし、この合意は、用益権を夫婦間で相互に与えあうものであった。同判決が出された当時においては、婚姻関係にある者の間でなされた、同一の行為による相互贈与は、民法典旧 1097 条により禁止されていた[259]。その後の詳細な事実関係は不明であるが、子らに対する分割が有効かが争点の一つとなっていた。

【判旨】（不明、控訴棄却）

控訴院は、1851 年の行為につき、当該用益の留保なくして、予先分割（partage anticipe）はなされなかったであろうことから、行為全体の無効を言い渡す必要があると判示した。

次に、和解契約に関する事案である。

［仏 26］破毀院民事部 1912 年 3 月 5 日（Cass.civ., 5 mars 1912, S.1912.I.380 ; D.P., 1914.I.117.）

【事案】神父 A が、遺言により修道会 Y_1 を受遺者として遺贈した。また、包括受遺者として、神父 Y_2 を指定した。A の姉である X は、相続から外された。A の死亡後、1889 年 9

検討を要するため、今後の課題としたい。

255 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 298.

256 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 298.

257 新無効論によれば、無効は、裁判官により言い渡されるものである（この点については、第一章第一節を参照）。それゆえ、当事者が、裁判外で当該行為の無効という結論を回避することは可能であるとされる（Ph.Simler op.cit., thèse, nº 298.）。

258 C.A.Amiens, 10 novembre 1853, S.1853.II.690.

259 なお、同判決で問題となっている民法典 1097 条は、民法典制定時に置かれていた同条であり、現在のそれとは異なる。

民法典制定時の同法 1097 条によれば、次のように規定されていた。

> 民法典旧 1097 条「夫婦は、婚姻関係にある間は、あるいは生存者間の行為により、あるいは遺言により、ひとつの、かつ同じ行為（証書）によって、どんな相互贈与をすることもできない。」

月に、X は、本件遺言が無効であったとして、Y_2との間で、Y_2が遺贈による権利取得を放棄する旨の和解契約を締結した。その際、X は、A がY_1に支払うべきすべての債務に関する支払いとして 15000 フランを支払い、受領証書を受け取った。その後、X は、本件和解の無効を主張し、支払った 15000 フランの返還を請求した。

控訴院は、公序にかかわる事項について合意により免れることはできないとして、和解の無効を認める一方で、15000 フランの支払いについては、先存する債務の支払いであったとして、X の請求を棄却した。そこで、X が破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、一般論として、民法典 2055 条および 2057 条に鑑みれば、和解は、原則として不可分な総体（tout indivisible）を形成するとし、無効の場合に特定の規定が維持されうるとするならば、それは、無効とされる部分から独立したものとしてみなされなければならない場合だからだと判示した。そして、本件事案においては、15000 フランの支払いが、先存する債務の支払いのためになされたが、それは、権利取得の放棄などの部分と区別されるものではなく、すべてが同列のもの（sur la même ligne）であったとした。以上のことから、破毀院は、15000 フランの支払いを和解としてのものではなかったとした控訴院を、この限りで破毀した[260]。

このように取引の性質上、不可分性が要請される場合とは、瑕疵ある要素が行為にとって本質的である場合のことであり、この場合には全部無効とされなければならない。そしてこの客観的な不可分性は、シムレールによれば、物理的な不可分性と同様、一部無効が課されうる前提として機能しうるものであるとされる。瑕疵ある要素が、ある行為にとって本質的なものではないと認められる場合に、主観的な不可分性の判断がされうるからである[261]。もっとも、この客観的な不可分性については、次章でみるように、他の学説によれば、主観的な不可分性との区別が明確にされているわけではなく、むしろ、当事者の意思の影響が指摘されていることを、ここで指摘しておきたい[262]。

とはいえ、統一的な一部無効論の形成という観点からいえば、不可分性が段階的構造にあることが重要な意義を有することになる。そこで最後に、物理的かつ客観的に可分である場合に、無効の範囲を画定するにあたって決定的なものとされる主観的な不可分性につ

---

260 民法典 2055 条「後に偽造であったと認められた書類に基づいてなされた和解は、全体として無効である。」

民法典 2057 条 1 項「当事者が、ともに有することがあるすべての事件について一般的に和解を行ったときは、その当時には当事者が知らず、後になって発見された証書は、何ら取消しの原因とならない。ただし、証書が当事者の一方によって保持されていたときは、この限りでない。」

同条 2 項「ただし、和解は、新たに発見された証書によって当事者の一方がいかなる権利も有しなかったことを確認する目的しか有しないときは、無効である。」

261 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 301.

262 本稿第二章第二節で述べる。

いて検討しよう。

２．主観的な不可分性

主観的な不可分性とは、物理的かつ客観的に可分である契約の諸要素が、当事者の意思に基づいて不可分であるとされる場合のことを指す。学説により想定される一般的な事案は、当事者間の合意中に複数の契約がある場合である。もっとも、厳密には、異なる要素を含んではいるがひとつの契約であると考えられる場合と、異なる行為であるが主観的に不可分であるとされる場合とがある。いずれの場合においても、それらが主観的に、つまり当事者の意思において不可分なものであったと考えられる場合には、契約の一部またはひとつの契約の無効がその他の部分または契約へ影響を及ぼすとされる[263]。

無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思による不可分性が問題とされることは、19 世紀から言及されていた。たとえば、1863 年のコルマール控訴院判決は、当事者の意思による不可分性に言及し、契約全体の無効を認めた。

［仏 27］コルマール控訴院 1863 年 3 月 23 日[264]

【事案】隣接した鉱山をそれぞれ有する鉱業権者（concessionnaire de un mines）である X および Y は、それぞれが採掘等をしうる範囲について取り決めをした。そのなかには、X および Y が、それぞれの有する特別な製造に適切な物質を抽出する権利を相互に認める旨の規定等がされていた。その後の事実関係は不明であるが、いくつかの規定について、1810 年 4 月 21 日法律 7 条等により政府の認可が必要であったにもかかわらず、それがなかったために、当該規定の無効、および契約全体の無効が問題とされることとなった。

【判旨】（不明）

控訴院は、まず、本件契約のいくつかの規定について 1810 年 4 月 21 日法律等により必要とされていた政府の認可がされていなかったことから、公序に反して無効であるとした。続いて、本件の事情によれば、X および Y にそれぞれ認められていた諸権利は、公序に反する部分から独立したものではなかったことが明らかであるとした。それゆえ、「両当事者の意図（dans la intention des parties）においては、それどころか、あるものが他のものの決定的なコーズであるので、さまざまな規定が、それらの間で密接な関係にある。これらは、不可分な総体（ensemble indivisible）を形成する。第一の無効〔一部の約定の無効〕は、その結果、他のものを無効とする（invalider）」と判示し、契約全体の無効を言い渡した。

本判決は、当事者間で締結された契約に含まれる諸規定のひとつが無効であるとき、当事者の意思において、それがその他の諸規定と密接な関係にあることが認められる場合に

263 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 171.
264 C.A.Colmar, 23 mars 1863, D.P., 1863.II.113.

は、契約の全体が無効となると判示した。当事者の意思に基づく不可分性への言及は、その後の判例においても指摘されるところであり[265]、そして、この不可分性は、事実審裁判官の専権的評価に属する事実問題であるとされる。この旨を判示した破毀院判決として、次のものがあった。

［仏 28］破毀院社会部 1959 年 3 月 5 日[266]
【事案】賃貸人と賃借人との間で、家具つき賃貸借（location en meublé）を家具なし賃貸借（location en nu）にし、一定の権利金（pas de porte）の支払いにより賃貸人が家具を売却する旨の合意がされた。一定の権利金の支払いにより家具を売却することは、賃料の不当な値上げにあたり無効であったところ、家具つき賃貸借を家具なし賃貸借にする合意についても無効となるかが争われた。
【判旨】（不明）
破毀院は、次のように判示し、合意全体の無効を言い渡した。すなわち、賃貸借の形式の変更は、本件においては、家具の売却の直接の結果であるから、家具の売却の無効は、合意全体の無効に至らなければならない。そして、諸合意が可分であるか、不可分であるかという特徴の評価は、事実審裁判官の専権に属するものであるとした。

このように、判例によれば、当事者の意思に基づく不可分性が無効の範囲を画定するにあたって決定的なものであるとされるため、シムレールは、たとえば保険契約と弁護契約（contrat de défense en justice）との関係や、ビール契約（contrat de bière）を例に挙げ、以下のように解決されるべきだという。
まず、保険契約と弁護契約との関係である。保険契約と同一の証書のなかに、保険事故が生じた場合に保険者が被保険者の有する損害賠償請求権を代わりに主張するという弁護契約が付されることがある。そして、この弁護契約は、被保険者による訴訟の管理について保険者が現実の危険がないにもかかわらず自由に拒否する権利が保留されている場合には、それが純粋随意条件（condition potestative）であることなどを理由に無効とされる[267]。このとき、判例によれば、弁護契約の無効が保険契約に影響を及ぼすとはされない[268]。その理由として、当事者の主たる目的が、損害や責任に保険をかけることであり、弁護契約は付随的なものにすぎないということが挙げられる。しかし、シムレールは、この事案に

---

[265] たとえば、破毀院民事部 1958 年 7 月 2 日（Cass.civ., 2 juillet 1958, Bull.civ.I, n° 352.）や、破毀院民事部 1963 年 11 月 27 日（Cass.civ., 27 novembre 1963, Bull.civ.I, n° 520.）がそれである。
[266] Cass.soc.,5 mars 1959, Bull.civ.IV, n° 333.
[267] このような旨を判示した裁判例として、たとえば、リヨン控訴院 1950 年 10 月 26 日（Cour Lyon, 26 octobre 1950, S.1951.II.157 ; D.1951, p.102 ; G.P., 1950.II.407.）がある。
[268] 本稿注(242)で挙げた裁判例のほか、たとえば、破毀院民事部 1956 年 1 月 31 日（Cass.civ., 31 janvier 1956, J.C.P., 1956, n° 9289, obs, A.B., D.1956, p.589, note Hébraud.）がある。

おいて「付随的である（accessoire）」とされるのは、当事者の意思において付随的であると考えられるという。それゆえ、実際の判例においては見当たらないが、それらの契約が、当事者の意思において不可分な関係にあるとされることが、アプリオリに排斥されてはならないと主張する[269]。

続いて、ビール契約についてである。ビール契約とは、ビール問屋と小売商との間で締結される、ビールの供給を主たる目的とした契約である。しかし実務上、ビールの供給だけでなく、供給する器具を取得するための金銭の貸付や、経営のための設備の提供などもされる。シムレールは、これらの取引（les opérations）は、当事者の意思において不可分なものであることが認められなければならならず、これらの取引のうちのひとつが無効であるとき、取引の全体が無効となるとする[270]。

以上のように、シムレールは、無効原因が付された一部が、物理的かつ客観的に可分である場合において、そこから直ちに当該一部のみが無効であるという結論に至るのではなく、その後、当事者の意思に基づく不可分性が判断されなければならないとする。無効とされる一部が当事者の意思によっても可分である場合には、当該一部のみの無効が課されるのに対して、当事者の意思により不可分であるとされる場合には、契約全体の無効が課されるとする。それゆえ、無効の範囲は、当事者の意思に基づいて決定されるということができるとする。

三　シムレールの主観的不可分性と当事者の意思

以上のように、シムレールは、無効との関係で問題となる不可分性には、事物の本質から生ずる不可分性（物理的不可分性、客観的不可分性）と、当事者の意思に基づく不可分性（主観的な不可分性）とがあることを指摘した。そして、無効とされる一部が①物理的にも客観的にも可分であるときに、②それが主観的に可分であったか、または不可分であったかが判断され、この主観的な不可分性の判断により無効の範囲が画定されるという構造にあると主張した。

では、シムレールは、主観的不可分性の有無を判断するにあたり考慮されるべき当事者の意思の内実を、どのように考えているであろうか。この点については、不可分性を客観的な要素からのみ考慮すべしとする学説に対するシムレールの批判において興味深い指摘がみられるため、これらを検討していこう。

シムレールは、不可分性を、当事者の意思に基づいて判断されるものであり、これが無効の範囲の画定にあたって決定的であると評価するのであるが、これにより、不可分性の有無を客観的に評価する学説を批判する。まずは、批判の矛先が向けられたバラトン（Barathon）の見解をみていこう。

---

269 Ph.Simler, op.cit., thèse, n^{os} 162 et 163.
270 Ph.Simler, op.cit., thèse, n^{o} 165.

はじめに、バラトンの見解の学説上の位置づけを確認しておくならば、バラトンのテーズは、夫婦財産契約（contrat de mariage）における条項の可分性について書かれたものであり、特殊な事例に向けられたものであった。しかし、その不可分性の評価方法については、今日の学説による不可分性に関する議論においても同様の指摘がされているところであり（これらの学説については第二章第三節で扱う。）、より射程を広げて捉えられうるものである。

そこで、バラトンがなぜ客観的な要素のみにより不可分性を判断すべしとしたかをみるならば、やや長くなるが、バラトンの次の一節を引用しよう。

> 「われわれは、論理的なものとして、〔両当事者の意思が〕行為の成立を支配した後、両当事者の意思は、当該行為が締結されたときに失われる（dessaisie）ものと考えなければならないように思う。それ以降、それ〔両当事者の意思〕は、それ〔行為〕に対する影響力がないものでなければならない。なぜなら、それ〔両当事者の意思〕は、両当事者にとって共通である場合にだけ有効（efficace）であろうから、また、両当事者が、行為の後に難しさが生ずるときに、十分に合意していると認めることは矛盾するからである。最後に、確実であることは、われわれが両当事者の推定される意図（l'intention probable des parties）についてなすことができた探究においては、われわれが必然的に両契約者の意思に代わり適切な意思（sa propre volonté）を用いるに至っていたであろうことである。さて、この〔適切な〕意思は、不可避的に、配慮されることのできる純粋に客観的な考慮要素（considerations）を考慮するであろう。それ〔適切な意思〕は、判決が基礎に置いたであろう客観的な一定の要素を明らかにするであろう。両当事者の意思の不確かな探究に代わることが望ましいのは、まさしく、これらの〔客観的な〕要素である。」[271]

バラトンは、このように述べ、客観的な要素により不可分性の有無を把握しようとした。すなわち、当事者の意思は、契約を生ぜしめる役割を有するのみであり、契約中に明白に現れていない当事者の意思、つまり両当事者の推定される意図（l'intention probable des parties）が考慮される場合であっても、それは、主観的な要素から判断されえず、客観的な要素から探究されなければならないとしたのである。

これに対して、シムレールは、バラトンの見解を次のように評価している。バラトンの見解は、判例を両当事者の意思の解釈に基づいて判断されたものではなかったと評価しているのであろう[272]。また、バラトンの見解は、不可分性概念に対して主観的なあらゆる内容を否定することになる、と。

そして、先にみたように、シムレールは、裁判官が探究すべき当事者の意思が、実際に

---

[271] Barathon, op.cit., thèse, p.59.
[272] Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 304.

当事者が意図したことではなく、当事者が瑕疵を知っていたばらば意図したであろうことであると考えていることから、バラトンのように客観的な要素により不可分性を判断することを批判するのであった[273]。

このシムレールの指摘によれば、彼がいう当事者の意思とは、契約締結時に存在しなくてもよいものである。なぜなら、バラトンが、当事者の意思により契約が締結され、この契約こそが当事者の共通の意思の産物であり、客観的な要素により契約からは明白でない当事者の意思を評価しようとしたのに対して、シムレールは、それを、考慮されるべき当事者の意思が、当事者が意図したであろう「仮定的な意思」であることからバラトンの見解を否定しているからである。つまり、シムレールによる「仮定的な意思」の説明によれば、当事者は契約の一部が無効とされた後のことを想定していないことが通常であるから、当事者の現実の意思を探究することはできず、仮定的な当事者の意思が探究されるべきである。それゆえ、シムレールがいう仮定的な意思の探究は、当事者が締結した契約からは必ずしも抽出されなくてよいものとして捉えられていた、つまり、契約の解釈の問題ではないものとして考えられていたのである。

以上でみた当事者の意思の考慮が契約の解釈のレヴェルの問題ではないというシムレールの理解は、彼による縮減の捉えられ方をみるとより明確になる。

しかし、その前に、以上で検討したシムレールによる不可分性概念と動因的かつ決定的なコーズとの関係についての理解をみることとしよう。というのも、以上の不可分性概念の主張をみると、当事者の意思が仮定的な意思であるとされていた動因的かつ決定的な条件概念とは、共通性が見出されるように思われる。しかし、シムレールは、民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理を検討する場面では、動因的かつ決定的なコーズ概念において問題となる当事者の意思を、仮定的な意思であるとはしていはなかった。つまり、恵与においてある条件等が動因的かつ決定的なコーズであるとされる場合とは、当事者により恵与と称された行為が、恵与として性質決定されうるものではなく、有償行為として性質決定されうるものであることを意味するとしていたのであった[274]。それゆえ、各概念の検討をみるかぎり、当事者の意思の内実は、異なるものであったように思われる。しかし、統一的な一部無効論の形成を企図したシムレールによれば、これらが全て、「意思自律の原理」という同一の原理のもとにまとめられることとなるのである。

つまり、シムレールは、動因的かつ決定的なコーズ概念と不可分性概念との間には関係がないとしながらも、その内実をみるならば、両者は、それぞれ当事者の意思を異なる方法で説明したものにすぎないとする。すなわち、動因的かつ決定的なコーズ概念は、少なくともその原初的な意味においては、当事者により目指された目的を意味した。これに対して、不可分性概念は、この目的を達成するための手段に関係するという。そのため、判決のなかで、これら２つの概念が用いられても驚くべきことではないとし、その例として、

---

273 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 304.
274 本稿第一節第三款を参照。

前掲［仏 23］判決を挙げた[275]。同判決の判旨を再度確認するならば、同判決は、「両当事者の意図においては、…あるものが他のものの決定的なコーズであるので、さまざまな規定が、それらの間で密接な関係にある。これらは、不可分な総体を形成する。第一の無効〔一部の約定の無効〕は、その結果、他のものを無効とする」と判示していた。つまり、ある約定が他の約定の決定的なコーズであったこと、およびそれらが不可分な総体を形成していたことという 2 点が、同時に、判決文中に現れていたのであった。また、シムレールは、民法典 900 条の厳格な適用を回避するために用いられた動因的かつ決定的なコーズ概念が、コーズの通常の用いられ方から離れて、処分者の意図の表れでしかないと解していたこともあり、動因的かつ決定的なコーズ概念と、不可分性概念とは、同様の内容および目的を有するものであると結論づけた。すなわち、両概念は、意思自律の原理の適用であるとしたのである。そして、両概念の違いはその適用領域についてのものであるとする。動因的かつ決定的なコーズ概念は、恵与に不法条件等が付されていた場合に用いられ、「無効な条件なくして、処分者（disposant）が贈与または遺贈をしなかったであろう場合には、裁判所は、恵与を無効とする」。これに対して、不可分性概念は、複合的な契約に用いられ、「両当事者が、瑕疵ある取引なくして、彼らが有効である取引を締結しなかったであろうことを証明した場合には、裁判所は、『複合的な』行為（acte≪complex≫） を完全に無効とする」[276]。

このように、シムレールは、動因的かつ決定的なコーズ概念により解決されていた民法典 900 条の厳格な適用を回避するための判例法理についても、上記表現から窺えるように、仮定的な意思の問題として捉えた。両者の差異について検討することなく、無効の範囲の画定において当事者の意思が基準であるとして統一的に把握したのであった。

四　小括

縮減に関する議論をみる前に、不可分性概念に関するシムレールの見解をまとめておこう。

シムレールは、不可分性には、事物の本質に由来する物理的または客観的な不可分性と、当事者の意思に基づく主観的な不可分性とがあり、無効原因の存する一部が物理的かつ客観的に可分である場合であっても当該一部のみが無効となるのではなく、主観的にも可分である場合にのみ、当該一部の無効が課されるという段階的な構造にあるとされた。

そして、この主観的な不可分性が無効の範囲の画定にあたって決定的であるとするのであるが、その評価方法をみるならば、客観的な要素から判断されるべきであるとする学説

---

[275] 同判決の事案および判旨については、本稿 97 頁を参照。
シムレールに引用される同判決が、恵与に不法条件等が付されていた場合ではなく、有償行為に関するものであったことには注意が必要であろう。

[276] Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 313.

の主張を否定した点が重要である。すなわち、シムレールは、不可分性の判断にあたり考慮されるべき当事者の意思が仮定的な当事者の意思であることから、必ずしも客観的な要素によりそれを判断する必要がないとした。シムレールは、当事者が現実に意図していたわけではないのだから、契約における客観的な要素のみからそれを抽出する必要はないと考えていたものと思われる。

これまでみてきた事案類型が、条項の無効や複合的な契約の事案であったことから、シムレールが仮定的な当事者の意思により契約の解釈をしようとしていたのではないかという理解もありえよう。しかし、縮減（réduction）概念を、これらと共通の判断枠組みにあるため、一部無効の一形態であると位置づける彼の主張をみるかぎり、やはり、契約の解釈のレヴェルの問題であると位置づけてはいないであろう。シムレールによる仮定的な当事者の意思の考慮が契約の解釈でないとすれば、どのような位置づけを与えられるものとして、シムレールにより捉えられていたであろうか。シムレールの一部無効論における当事者の意思の位置づけを明らかにするために、最後に、縮減がどのように把握されていたかについて検討していくこととしよう。

第四款　縮減と当事者の意思

これまで、動因的かつ決定的なコーズ概念、動因的かつ決定的な条件概念および不可分性概念の検討を通じて、シムレールが、当事者の意思という基準をどのように捉えていたかをみてきた。そして、シムレールは、それら諸概念が用いられた事案において考慮されるべき当事者の意思とは、無効原因が付された条項またはその一部につき、それがなくても当事者が契約を締結したであろうか否かである、つまり当事者の仮定的な意思であるとした。こうして、一部無効論の基準が確立したわけであるが、その基準は、縮減（réduction）というサンクションが課される事案群においてもあてはまるものだとシムレールはいう[277]。「縮減」とは、たとえば、契約で定められた期間が法律により定められた上限を超えていた場合や、代金が法律で定められた額を超えていた場合において、ある一定の期間や額を量的に修正することである[278]。このような縮減が課される事案についても、原則として当事者の意思が基準となり無効の範囲が画定されるというのである。

---

277 「réduction」が何を指すかについて、かつては学説のなかで一致されていなかった。たとえば、タナゴーは、後に本文で定義するものとは異なり、「réduction」を条項のみを無効とすることであるとし、量的に減ずることについては、「révision」という語があてられる。しかし、今日においては、「réduction」は、「過剰性（excès）を減ずること」という意味で用いられることが多い（たとえば、P.Malaurie,L.Aynès et Ph.Stoffel-Munch, Les obligation, 4e éd., Defrénois, 2009, no 720.）。本稿は、「縮減（réduction）」をこの意味で用いることとし、原語が異なる場合には注記する。

278 「縮減」という方法で解決がされる事案は、契約の基礎的な部分に関する無効のみならず、たとえば競業避止条項に関しても、競業してはならないと定められた期間または場所を、ある一定の期間または場所に限定するということも考えられる。

ところで、本節第一款で指摘したように、この縮減に関する議論においては、シムレールは、これまで検討してきた諸概念とは検討の仕方を異にしている。つまり、判例で用いられる諸概念の検討を通じて考慮要素としての当事者の意思を見出していくという作業ではなく、これまでの諸概念に関する検討で導き出された無効の範囲画定の基準により、縮減を、一部無効の一類型として位置づけられることを論証することを目的としている。そのため、縮減に関する事案において当事者の意思が考慮されているかを確認するためには具体的な事案をみる必要がある。しかし、結論を先取りすれば、当事者の意思により無効の範囲が画定されている、またはされるべき例としてシムレールが挙げる事案をみるかぎり、当事者の意思が考慮されているわけではなかった。すなわち、その事案とは、排他性条項に関する事案、レジオンに基づく縮減の事案、および合意の瑕疵に基づく縮減の事案であり、これらの事案について判例は、第二章第三節で検討するように、当事者の意思を考慮して解決をしているわけではなかった。

それゆえ、本款では、シムレールの一部無効論において当事者の意思がどのような位置づけを与えられていたかをより明確にすることを目的として、シムレールの縮減に関する主張を検討する。以下、縮減の法的性質に関する議論、およびその判断基準に関する主張をみることにより、統一的かつ伝統的な一部無効論における考慮要素としての当事者の意思の位置づけを明確にしていくこととしたい。

一　「縮減」の法的性質および判断基準

無効の範囲画定にあたって当事者の意思に決定的な役割を担わせるシムレールは、たしかに縮減が課される事例においては公序が問題となる場合が多いことに留意しつつも、縮減は一部無効と同様の構造にあり、一部無効の一形態でしかないとする。この主張は、タナゴー（Tanagho）による縮減と一部無効との区別に対するシムレールの批判を辿ることで明確にされる[279]。

１．タナゴーによる縮減と一部無効との区別

縮減の法的性質について、タナゴーは、これは必要的更改（novation nécessaire）であるとする[280]。すなわち、契約上の債務を縮減する場合において、判決は、新たな債務を生

---

279 一部無効が広く認められる以前の見解には、一部無効や縮減を通じて当事者間で締結された契約が修正されることに対し批判をするものがあった。その理由は、「契約を無効にすることは、法律により要求された有効要件が具備されていないことを宣言することであるのに対して、契約を修正することは、それをやり直す（refaire）ために当事者の場所（place des parties）に入り込むこと」になるからであるとされる（たとえば、Lamarche, La réduction des honoraries excessifs, thèse Dijon, 1936, p.144, cite.par Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 317.）。

280 S.Tanagho, De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, thèse, LGDJ, 1965, p.7.

じさせるとし、「更改効を有し、形成的であり、かつ債務を生じさせるもの（novateur, constitutig et source d'obligation）」であるという。縮減に対するタナゴーの見解を理解するためには、第一に、タナゴーが契約をどのように解しているかを、第二に、一部無効と縮減とがどのような関係にあるかをみることが有用である。なぜなら、これらについてシムレールによる批判が展開されるからである。

（1）タナゴーによる契約と正義

タナゴーによれば、契約とは、正義の推定（présomption de justice）でしかない。もっとも、これは単純な推定であるために、理性の要求（les exigences de la raison）により、この推定は覆される。そして具体的な場合において、契約は、法律や判決といった正義を実現しうる他の手段により代替されうる[281]。しかし、この法律または裁判官による介入は、契約外としての特徴（nature extra-contractuelle）を有するものである。なぜなら、当事者が意図した契約につき、まさにその本質を侵害することなく修正することは不可能だからである。それゆえ縮減というサンクションは、契約の理論の外で、さらには無効の理論の外でなされるものであるという[282]。

（2）縮減と条項の無効との区別

以上のように、タナゴーは、縮減を、必然的改訂であり、当事者が意図した契約を修正するものであるから、契約上のものではないとした。他方で、条項の無効については、当事者の意思に基づくものであるとする。

> 「最も重要なことは、縮減（ただし、原語は「révision」。）が明らかに当事者の意思に反して向けられるものであるのに対して、条項の無効（ただし、原語は「réduction」。）は当事者の現実の意思に基づくことである。」[283]

このようにタナゴーは、条項の無効を、当事者の意思が参照されて課されるものであるとするのに対して、縮減を、必要的かつ命令的に課されるものであると位置づけた。

２．シムレールによる縮減と一部無効との同視

以上のタナゴーの見解と異なり、シムレールは、縮減と一部無効との同質性を説く。シムレールの見解を、タナゴーの見解に対する批判と、同質性の正当化に関する立論とに分けてみていこう。

なお、タナゴーによれば、「révision」が本稿でいう「縮減」を示す語である。

[281] S.Tanagho, op.cit., thèse, p.82.

[282] S.Tanagho, op.cit., thèse, p.148.

[283] S.Tanagho, op.cit., thèse, p.133.

（1）タナゴーの見解に対する批判

タナゴーの見解に対して、シムレールは、第一に、縮減を「契約外」のものと特徴づけることが現実に即していないという点で、第二に、縮減と条項の無効との区別が一部無効における段階的な判断構造を混同しているという点で、批判する。

第一の点について、タナゴーは、当事者間でなされた契約が正当なものではなく、裁判官が介入しなければならないとき、縮減された債務は、契約上のものではないとする。この点に対し、シムレールは、なぜ契約上のものではなくなるのかとの疑問を呈する[284]。すなわち、実務上は、たとえ契約が法律の規定に基づいて裁判官により修正されたとしても、当事者は、契約により関係があるものとしてみなされる。それに対してタナゴーが裁判官により修正された債務を契約外のものと特徴づけるのは、当事者の意思の自律性が法の最高位の原則（le principe suprême du droit）であり、これが侵害される場合には契約としての本質を失うと考えるためであろうが、このような当事者の意思の不可侵性は、今日のほとんどの学説により否定されたものである。さらに、もし縮減された債務が司法的な債務（obligation judiciaire）に変わるとするならば、ある条項が無効である場合も同様に、契約上の債務から司法的な債務へと変わると考えるのが論理的であろうし、そうすると、まさに一部無効の概念を否定するに至ることになってしまうと指摘する[285]。

続いて、第二点について。シムレールは、一部無効が課される判断過程を２つの段階に区別する[286]。第一の判断過程においては、一部を無効とすることが客観的に可能かどうかが判断され、ここでは当事者の意思は考慮されない。第二の判断過程においては、一部を無効とすることが客観的に可能である場合に、当事者の意思において、当該一部なくして契約が締結されたか否かが判断される。他方で、シムレールは、たしかに、実務上、縮減による解決がされる場合においては当事者の意思が問題とされることはないが、それには、さまざまな理由があるとする。その理由のひとつとして、公序の要請ということが考えられ、縮減がこの要請に基づくものであるなら、命令的な特徴を有するものである。しかし、条項の無効においても同様に、公序の要請により無効の範囲が決せられることがある。そして、一部無効においても、縮減においても、この公序の要請というのはありうる理由のひとつでしかなく、いかなる場合においても縮減が命令的であるということはできないと批判する[287]。

---

284 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 319.

285 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 319.

286 無効の範囲に関する判断過程が段階的な構造にあることについては、本節第三款を参照。不可分性概念の検討を通じて抽出されたものであるが、一部無効が問題とされうるすべての事例において当てはまると考えられている。シムレールによれば、無効原因が公序に関するものであり、この公序が無効の範囲を要請していると考えられる場合には、当事者の意思による無効の範囲は退けられることが是認されるが、これは、段階的な構造における客観的な無効の範囲の確定とは異なるものとされる（Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 320.）。

287 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 320.

このように、縮減が一部無効の一形態でしかないとシムレールは主張するのであるが、その理由として決定的であるのは、縮減の判断過程が他の一部無効のそれと同じであるという第二の批判であろう。この第二の批判を正当化できなければ、第一の批判を正当化することができないと思われる。そして、本稿はこれまでに何度か当事者の意思の位置づけの不明確さを指摘したが、シムレールが一部無効論において当事者の意思をどのように位置づけているかについて、ここでようやくその答えを見出すことができよう。そこで、この第二の批判についてシムレールがとる論理をみていくこととしたい。

（２）一部無効としての縮減とその判断基準

シムレールは、縮減の法的性質を一部無効であるとしたのだが、シムレールの一部無効論は、原則として当事者の意思を基準とするものであったのは、本節冒頭で指摘したとおりである。この基準は、縮減においても異ならない。

シムレールは、第二の批判のなかで述べたように、一部無効の判断構造を、次のように２つの段階的に区別して説明した[288]。

第一は、不法性の範囲の決定という段階である。無効の範囲を画定するためには、まず、行為の瑕疵ある部分が客観的に可分であるか否かが問われることとなる。しかし、縮減の場合には、これは問題とならない。なぜなら、縮減が問題となるのは、契約の期間や代金など、量的な問題であり、客観的には可分であるからである。この客観的な可分性の判断において、不法である範囲が画定される。

しかし、この第一の判断だけで、無効の範囲が画定されるわけではない。その理由は、動因的かつ決定的なコーズまたは条件概念、あるいは不可分性概念の検討を通じてみてきたように、不法な条項が、あるいは不法な取引の一部が、それが当事者の意思において決定的であったであろう場合にしか、全体の無効に至らなかったからである。それゆえ、縮減の場合においても理論的にはこのように解することができる[289]。すなわち、当事者が減ぜられた範囲であっても契約を締結したであろう場合には、縮減が課され、これに対して、契約を締結しなかったであろう場合には、全部無効が課されなければならない。

二　縮減における当事者の意思の考慮の意義

さて、以上が、シムレールによる縮減の法的性質の理解であった。それによれば、縮減は、伝統的な一部無効論における一部無効と同視された[290]。なぜなら、これまでみてきた

---

288 Ph.Simler, op.cit., thèse, nos 321 et s.

289 Ph.Simler, op.cit., thèse, no 324.

290 本章第三節でみる、違反された合法性の回復として一部無効を捉える論者によっても、縮減と一部無効とが同視されるが、それは、シムレールがいう一部無効の判断構造にあるからではなく、条項の無効も、縮減も、違反された合法性の回復に向けられるためである点に注意が必要である。

事案類型においては、不法性の範囲により無効の範囲が画定されるわけではなく、その不法な部分が当事者の意思において決定的であったであろう場合にのみ全部無効が課され、そうでなかった場合には一部のみの無効が課されるとされていたのであるが、同様のことが、縮減においてもいいうるからであるとされた。

この理解によれば、シムレールのいう「当事者の仮定的な意思」に基づく、つまり意思自律の原理に基づく解決というのが契約の解釈のレヴェルの問題を解決するためのものとして位置づけられていないことは、明白であろう。なぜなら、契約の期間や代金額という、合意された明白な契約内容とは明らかに異なる内容を当事者に課すことを、当事者の仮定的な意思に基づいて可能にするからである。

三　小括

以上のように、縮減の法的性質について、条項の無効と縮減とを異なる性質を有するものだとする見解に対して、シムレールは、一部無効の判断構造を理解していないとして批判した。そして、縮減の事例を、無効の範囲画定における当事者の意思の考慮という基準から、一部無効の一類型であるとしたのであった。

これにより、シムレールが一部無効論において当事者の意思が原則的な基準であると主張したことの意義が、明らかになったように思われる。すなわち、当事者は、通常、契約の一部に無効原因が存する場合について想定していないことから、当事者に現実の意思があるとはいえないという。そこにおいて、考慮されるべき当事者の意思とは、当事者が、不法な一部がなければ契約を締結しなかったか否かという意味での当事者の意思であるとした。無効の範囲画定における当事者の意思が、この意味での当事者の意思であるために、縮減においても、これまでみてきた事案類型と同様に解することができるとしたのであった。シムレールが主張する無効の範囲画定に関する以上の論理によれば、彼がいう当事者の意思とは、契約の解釈として問題とされるものではなく、当事者が締結した当初において合意された契約内容に反するとしても一部無効が課されうることを正当化するためのものであったということができる。

このようにして、シムレールは、あらゆる事案類型において、無効の範囲を画定するにあたっての原則的な基準が当事者の意思であるとする統一的な一部無効論を提唱したのであった。

第五款　本節のまとめ

本節においては、詳細に、シムレールにより提唱された統一的な一部無効論を分析してきた。最後に、本稿の問題関心である一部無効論における当事者の意思の位置づけという観点から、シムレールの一部無効論がどのように解されるものであったかをまとめておこ

う。

シムレールは、新無効論における無効の本質に鑑みれば、つまり無効が法的サンクションであることに鑑みれば、一部無効を課すことが可能であるとした。つまり、新無効論の先駆者であるジャピオによれば、無効とはサンクションであり、「…サンクションは、その遵守を確保するために当該サンクションが設けられた規範の目的に適うものでなければならない。また、それが実際に発動される状況に見合うものでなければならない」とされていた。そこで、シムレールは、無効の範囲についても同様のことが言え、無効を課すことにより違反された法の目的を達成するために一部についてのみの無効が課されるべき場合があるとした。

もっとも、シムレールは、裁判官により違反された法の目的が考慮される際に恣意性が働くことを恐れて、当事者の意思に基づいて解決がされるべきであるとした。この当事者の意思という基準は、無効の範囲の問題を解決するにあたって判例により用いられている諸概念の検討を通じて、無効の範囲を画定するにあたっての原則的な基準であるとして抽出されたものであった。それゆえ、シムレールの一部無効論は、一見すると、判例法理と整合的であったかのように解されうるものであった。しかし、これまでに分析してきたように、判例がシムレールのように無効の範囲を画定していたかどうかは、定かではない。

まず、一部無効論の萌芽的事例である、民法典 900 条の厳格な適用を回避した判例法理によれば、不法な条件等が恵与に付されていた場合に、当該条件が、動因的かつ決定的コーズであったか否かにより、無効の範囲が判断されていた。つまり、当該条件が動因的かつ決定的なコーズでなかった場合、換言すれば、恵与の意図がコーズであった場合には、民法典 900 条が適用されて条件のみが書かれざるものとみなされた。これに対して、当該条件の実現を恵与者が意図していた場合には、民法典 1131 条ないし 1133 条が適用されて、または適用条文が挙げられることなく、恵与とされる行為の全体が無効とされていた。たしかに、学説のなかにはコーズに基づいて解決をすることに批判的な見解もあり、まさにシムレールは、民法典 1172 条による解決を主張していたのであるが、それは、条件の実現が反対給付であったと言いうることから、当該行為が無償行為ではなく、有償行為であると考えられるためであった。つまり、この萌芽的事例においては、当事者の意思は、コーズの確定または契約の性質決定の問題に影響を及ぼすものであったといいうるものであった。

次に、有償行為において不法な条項が付されていた場合の行為の帰趨について、判例は、両当事者の共通の意図において、当該条項が決定的なものであったか否かを問題とした。この「両当事者の共通の意図」とは、一般に、契約の解釈により探究されるべきものであるとされている。しかし、シムレールは、無効の範囲の画定にあたっての当事者の意思の考慮を、契約の解釈の問題とは異なるものとして位置づけ、統一的な一部無効論を展開したように思われる。すなわち、両当事者の共通の意図の探究について、①当事者の利害が対立しているために、ある条項は一方の当事者にとってのみ利益的であり、他方の当事者

にとっては負担でしかないこと、②当事者は当該条項が無効であった場合について想定していないことが通常であるから現実の意思が存在しないことから、これは不可能なものであると批判した。そして、探究されるべき当事者の意思を、「一方当事者にとって、当該条項がなければ契約を締結したであろうか否か」という当事者の仮定的な意思であると主張した。この当事者の仮定的な意思の探究により、シムレールが契約の解釈を通じて無効の問題を解決しようとしたのか、あるいは直接に無効の問題を解決しようとしたのかについては、この段階ではまだ明確であるとはいえなかったが、続く、不可分性概念および縮減概念における主張をみることで、明らかになった。

シムレールは、不可分性概念の検討を通じて、同概念には、事物の本質に由来する物理的または客観的な不可分性と、当事者の意思に基づく主観的な不可分性とがあるとした。そして、物理的または客観的に可分であるだけでは一部無効が課されず、一部無効が課されるためには、主観的にも可分である必要があるとして、両者が段階的な構造にあることを指摘した。シムレールが当事者の意思に基づいて不可分性が判断されているとする問題については、一方で、客観的な要素により判断されなければならないという主張があった。その理由は、両当事者の意思が効力を有するのは、共通の意思とされる場合だけである、ということにあった。それゆえ、明らかでない当事者の意思については、客観的な要素から、適切な意思が探究されなければならないと主張した。しかし、シムレールは、この見解を、問題とされるべき当事者の意思が仮定的な意思であるとして批判した。つまり、シムレールは、当事者が現実に意図していたわけではないのだから、客観的な要素のみからそれを抽出する必要がないと考えていたものと解することができた。

シムレールの一部無効論における当事者の意思の位置づけが最も鮮明に現れていたのは、縮減概念を一部無効の一形態であると位置づけた場面であった。つまり、縮減を、裁判官による必然的な改訂であると位置づけたタナゴーに対して、シムレールは、一部無効の判断構造を理解していないものであるとした。シムレールは、不法性の範囲の問題と無効の範囲の画定の問題とは異なるものであるとし、無効の範囲の画定にあたっては原則として当事者の意思が基準となるのであり、縮減も、同様の構造で把握することができるとした。縮減においては、当事者間で合意された契約内容と縮減された契約内容とは、明らかに異なるものとなる。このような場合であっても当事者の意思により一部無効が課されうるとすることから、シムレールが、当事者の意思の考慮を、契約の解釈の問題として位置づけていたのではなく、一部無効というサンクションの側面から、一部無効を正当化するための根拠として挙げていたと解される。シムレールは、まさにサンクションの基準として、つまり違反された法の目的の達成という基準と並ぶものとして、当事者の意思を据えていたと考えられるのである。

これが、本節で明らかにしたシムレールの一部無効論の解釈である。一部無効というサンクションを、違反された規定の目的に向けられたサンクション（これが、新無効論における無効の本質であった。）としての無効とは関係のない独自のサンクションと考えるので

あれば、シムレールの提唱した無効の範囲を画定するための判断基準は、ありうる基準であろう。しかし、フランス法において、一部無効の理論的な正当性が、新無効論における無効のサンクションという本質に求められていたことを忘れてはならない。それゆえ、一部無効が無効の本質から認められるサンクションであるとすれば、当事者の意思というのは、サンクションの基準となりうるのであろうか。次節でみるように、シムレールの一部無効論に対しては、この点が批判されることとなるのであった。

第三節　一部無効の本質の探究　－目的論的基準－

＜本節の課題と本節で扱う学説の位置づけ＞

前節において、一部無効という概念を、学説上、認識させるに至らしめたシムレールの主張の構造を詳細に検討した。シムレールによれば、無効の範囲は、原則として当事者の意思により決せられる。もっとも、彼によれば、無効原因が公序に関する規定の違反である場合であり、かつ、当該公序がその目的の達成のために無効の範囲を要求する場合には、公序の要請による無効の範囲が優越し、当事者の意思基準が退けられるとされていた。その理由は、新無効論における無効の本質に鑑みれば、無効とは法的サンクションであり、違反された法律の目的の達成に向けられたものでなければならないからである。

このシムレールによる伝統的な一部無効論に対して、その後、無効の本質という観点から批判がされることとなる。もっとも、繰り返し述べているように、この伝統的な一部無効論は、新無効論による理論的な正当化を根拠として展開されているはずであった。つまり、新無効論によれば、無効とは、違反された法律の目的の達成に向けられたサンクションであった。この点に鑑みて、伝統的な一部無効論においても、公序の規定が無効の範囲を要請する場合には、それが優先されなければならない旨が指摘されていた。しかし、この伝統的な一部無効論においては、次の２つの疑問が、つまり、なぜ公序の規定が無効の範囲を要請する場合にのみ無効の範囲が客観的に画定されるかという疑問が、また、一部無効において当事者の意思が基準となりうるかという疑問が、生じることとなる。

このような疑問から、近年の有力な学説は、一部無効が無効の性質を有するものであるとすれば、一部無効とはどのような意義を有するものであるべきか、という問いを立て、その分析を試みた。この学説が、伝統的な一部無効論に対して理論的に対立する学説である。この学説が一部無効をどのように把握しているかを確認することは、一部無効の意義、および一部無効論における「当事者の意思の尊重」の意義を検討するにあたって、本稿に重要な示唆を与える。もっとも、あらかじめ結論を述べるならば、この学説は一部無効における当事者の意思の役割を否定するのであるが、その後の学説は、依然として、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮する。しかしながら、そこで挙げられる事例をみるかぎり、今日の学説が指摘する「当事者の意思の考慮」は、一部無効論における当

事者の意思の考慮を否定した学説が主張する一部無効の本質と整合的に理解することが可能であるように思われる。この点については、次章に先送りする。

さて、無効との関係という観点から一部無効を検討し、伝統的な一部無効論に対する批判を展開したのは、ティビエルジュ（C.Thibierge[291]）の『無効、返還および責任（*Nullité,restitutions et responsabilité*,）』であった[292]。以下でみるように、彼女は、無効とは、客観的に把握されるものであり、主観的な要素は考慮されえないとする。それゆえ無効の特徴を有する一部無効もまた、主観的に把握されうるものではなく、当事者の意思を基準に判断されるものではないと主張する。以下では、このティビエルジュが一部無効をどのように捉えているかをみていくが、無効との関係という観点から一部無効が把握するため、彼女の無効論についても検討する必要があろう。このティビエルジュの無効の捉え方につきその後の学説によって引用されることが多いことも、彼女の主張の理論的な正当性を裏付けよう[293]。

第一款　無効の基礎・目的の客観性

まず、ティビエルジュが、無効の本質をどのように理解していたかを確認しよう。

一　「攻撃権としての無効」の批判

本章第一節で確認したように、古典的無効論は、無効の本質を、行為状態であると捉えていた。それに対し、ジャピオや E.ゴドゥメをはじめとする新無効論と称される学説がこれを批判し、無効の本質を、法的なサンクションであると解するようになった。もっとも、ジャピオらにより提唱された無効論が、そのまま学説において受け入れられたわけではなかった。

すなわち、ジャピオらによれば、無効は、それが主張されなければ決して生じないものであるとされ、それゆえ、無効論は、攻撃権（droit de critique）に集約される理論であるとされた[294]。そしてこの攻撃権とは、無効訴権に潜むものとして理解され、手続的な側面（aspect processuel）を有し、実体的な側面（aspect substantiel）を欠くものであったとされる[295]。

これに対しては、以前から、無効の実体的な側面が探究された。たとえば、ゲスタンは、

---

291 ティビエルジュの呼び方について注記する。彼女のテーズが出された当時、彼女の名前は、≪Catherine Guelfucci-Thibierge≫であった。しかし、その後、≪Catherine Thibierge≫となる。本稿では、現在の呼び方に合わせて、「ティビエルジュ」と表記する。

292 C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité,restitutions et responsabilité*, LGDJ, thèse, 1992, nos 347 et s.

293 たとえば、M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, thèse, 2004, nos 970 et s.

294 R.Japiot, op.cit., thèse, p.285 ; E.Gaudemet, op.cit., p.147.

295 La Pradelle, op.cit., thèse, no 103.

なお、ジャピオによれば、無効訴権が否定されていたことについては、本稿 41 頁を参照。

「実体的な権利が第一に挙げられるべきものであり（le droit substantial est premier）、訴権は、その司法上の行使でしかない」という[296]。とりわけ無効の実体的な側面が必要とされたのは、無効原因の存する行為の適正化（régularisation）を論ずる場面であった[297]。瑕疵ある要素が認められなければ、それを適正なものとして有効な行為とする、ということができない。そこで、行為の適正化を論ずる学説により、行為状態と攻撃権の存在とを関係づける必要があることが指摘された。

ティビエルジュも同様に、無効を攻撃権として捉えるのではなく、無効の実体的な側面の必要性を説く。なぜなら、第一に、攻撃権は無効と独立して存在しうるものであり、第二に、無効は必ずしも攻撃権の行使によらないために、無効と攻撃権とが同視されえないからである。敷衍するならば、まず、第一の点についてであるが、攻撃権がある者に付与されることと、無効を言い渡すことが正当か否かということは別の事柄である。攻撃権の存在は、訴権の正当性を示すものではなく、合法性（légalité）の違反が確認されなければ、行為の無効には至らない[298]。続いて第二の点についてであるが、これを示すよい例として、攻撃権の時効と無効の抗弁との関係、および裁判官の権限による無効が挙げられる。すなわち、攻撃権の時効は、無効原因の消滅をもたらすものではなく、無効は、無効の抗弁により、攻撃権が直接に用いられることなく言い渡されうる[299]。また、裁判官は、行為に存する無効原因につき、職権で摘示することができ、攻撃権の行使を待つことなく無効を言い渡しうる[300]。

二　学説による無効の本質の探究

このように無効と攻撃権とが区別されるものであることが明確にされると、学説上、無効とは何かにつき再び問題とされるに至る。古典的無効論におけるような行為状態である

---

296 J.Gestin, op.cit., *formation*, n° 748.

297 Dupeyron, La régularisation des actes nuls, thèse, LGDJ, 1973, n° 7.

298 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n° 359.I.

また、第二の点とも関連するが、攻撃権と無効との独立性について、ゲルフェッチ・ティビエルジュは、行為が追認された場合を例に説明する。すなわち、ある攻撃権の名宛人が行為を追認することにより、当該行為は、その者によっては批判しえないものとなる。しかし、追認された行為は、無効を免れたものであるということはできず、裁判官の職権により、または他の攻撃権の名宛人の請求により、無効が言い渡されうる（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n° 359.II.）。

299 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n° 360.

300 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n° 360.

ただし、これには２つの制限が課されているとされる。第一は、当事者に対して、職権で言い渡そうとする無効につき理解させる義務が課されることである。第二は、相対無効が問題となる場合には、一方の当事者の主張を援助するに至る場合にのみ、職権で無効を援用することができるということである（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n° 360.）。

たとえば、前者について言及した判例として、破毀院第三民事部 1985 年 11 月 20 日（Cass.civ.3e, 20 novembre 1985, Bull.III, n° 153.）が、後者について言及した判例として、破毀院第一民事部 1985 年 5 月 22 日（Cass.civ.1re, 22 mai 1985, Bill.I, n° 159.）がある。

と捉えるのでもなく、また攻撃権と捉えるのでもなければ、無効とは、どのような本質を有するものであろうか。この問いに対し、ティビエルジュは、「無効に関する二重の客観性（la double objectivité de la nullité）」を指摘し、無効は、その基礎においても、その目的においても、客観的なものであることを主張する[301]。彼女の主張を明確にするためには、無効を主観的に捉える立場とそれに対する批判をみることが有用であろう。

１．「責任」としての無効とその批判

学説のなかには、無効がサンクションであることから、サンクションは、人に対して課されるものであると考えるものや[302]、罰（peine）または填補（réparation）であると捉えるものがあった[303]。このような無効の捉え方は、ローマ法における、詐欺者にサンクションを課す不法行為責任である詐欺訴権（*action doli*）に起源を有する[304]。ローマ法における詐欺訴権によれば、返還請求（*restitutio in integrum*）の効果により、詐欺の被害者は被った損害を填補された。そして、当事者の一方のフォートに基づく行為（comportement fautif）に対するサンクションであることを重視する学説は、無効を罰であるとし[305]、被害者の視点に立つ学説は、無効が填補的機能を有していることを強調した[306]。

しかし、このような無効の理解は、第一に、その起源と現行法との関係について、第二に、妥当領域について、そして第三に、無効を填補であると捉えることで導かれる帰結について、次のように批判される。

第一に、無効を罰や填補と捉える理解の起源と現行法との関係についてである。

その起源は、ローマ法における詐欺訴権にあった。しかし、ローマ法において、詐欺や強迫は、契約の無効原因ではなかった[307]。なぜなら、それらは、合意の瑕疵を構成するものではなく、不法行為（délits）であるとされていたからである[308]。したがって、詐欺訴権と結びついた返還請求は、損害賠償訴権の一種であり、法務官が、損害を被った者につき、

---

301 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 373.

302 たとえば、シムレールは、「無効がサンクションでなければならないのであれば、サンクションが課されなければならないのは、行為ではなく、当事者である」という（Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 327.）。

303 Larroumet, note J.C.P.1975.II.18100 ; Sayag, La nullite des vemtes non-conformies a la reglementation du credit, J.C.P.1972.I.2451 ; Ghestin, op.cit., formation, nº 485 ; Henry, J.C.P.1985. II.20430.

304 Larroumet, note J.C.P.1975.II.18100.

305 Sayag, La nullite des vemtes non-conformies a la reglementation du credit, J.C.P.1972.I.2451

306 J.Ghestin, op.cit., formation, nº 485 ; Henry, J.C.P.1985. II.20430.
さらに、このような無効の理解は、不法行為責任に関する原則により法的ルールが吸収される傾向を示すものであると評価されることもあった（Mazeaud, L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D.H.1935. chron. 5.）。

307 R.Villers, Rome et le droit privé, AM, 1977, p.429.

308 R.Villers, op.cit., p.339.

その損害を填補することで元の状態に戻すというものであった[309]。

しかし、中世において、いくつかの不法行為訴権は、付随的に、詐欺や強迫により形成された行為の取消しのための手段として役立つと考えられるようになり、罰や賠償としてだけでなく、非難されるべき行為を破壊するという特徴を有するものとされた[310]。次いで、合意の瑕疵概念を導入したカノン法（droit canonique）の影響のもとで、注釈者は、罰または填補という機能と、取消しという機能とを区別した。そして、返還請求は、裁判上の無効の類型となり、取消し訴権および強迫訴権は、不法行為的な特徴を失うに至った[311]。

このように詐欺や強迫を理由とする無効の起源は、長い間、詐欺による無効化（annulation）が損害の填補であると考えられてきたため、行為者の責任（responsabilité）と混同されるものであったが、民法典制定時において、詐欺および強迫は、単なる合意の瑕疵とされ、無効原因のひとつとして位置づけられた。それゆえ、詐欺および強迫は、不法行為的な特徴（caractère délictuel）を有するとしても、それが考慮されるのは、不法行為責任（responsabilité）の場面においてだけであるとされる[312]。

つまり、無効が罰や填補と混同されたのは、詐欺訴権の位置づけに関する揺籃期のことであり、無効と填補との区別こそが、不法行為的特徴を失い合意の瑕疵へと至る進展を特徴づけるものであった。

第二に、その妥当領域についてである。以上で指摘した歴史的背景に鑑みれば、無効が填補や責任としての特徴を有すると考えられるのは、詐欺のような、フォートおよび損害が想定される無効類型に限定されなければならない。それゆえ、無効を責任の現れとして把握することは、無効という概念を統一的に把握し、その基礎（essence）を理解するには望ましいものではない[313]。

第三に、無効が責任の現れであることにより導かれる帰結についてである。もし無効が責任の現れであるとされるならば、当事者に対してのみ効果が生じなければならない。しかし、実際には、無効は詐欺行為者の承継人（ayant-cause）のような無効原因を作出した者以外の者に対しても請求されうるし、また、被害者には他の債権者に対する優先権が認められており、当事者以外にも影響が及んでいる[314]。

このように、無効を填補といった責任として把握する学説は、批判にさらされることとなる。

２．「違反された合法性の回復」としての無効

---

309 H.Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, Paris, 1898, nº 273.
310 Renard,L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen-âge, Novelle revue historique de droit, 1903, pp.215 et 245, cité.par C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 368.
311 Renard, op.cit., p.339, cité.par C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 368.
312 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 368.
313 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 369.
314 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 371.

無効を填補といった責任として把握する学説に対して批判を展開した学説によれば、無効は、客観的に把握されなければならないものであるとされ、ティビエルジュも、この見解に倣う。たとえば、バンドラック（Bandrac）は、一方で、無効訴権は、ある者に存在する主観的法（＝権利（droit subjectif））として現れるが、他方で、この権利が主張されうる状況は、客観的な状況であるとする[315]。そして無効の実体的基礎は、客観的法（droit objectif）の違反である無効の源（source）において、また、無効によって生ずる結果において、客観的なものであるという[316]。ティビエルジュは、このバンドラックの主張に賛意を示し、無効は、その基礎（fondement）において、およびその目的（finalité）において、客観的なものであると主張する。

まず、無効の基礎における客観性について説明しよう。無効は、契約の形成に向けられた強行法規の違反（la violation de la loi impérative régissant la formation du contrat）に基づくものであり、それゆえ、その基礎は、客観的なものであるとされる[317]。たしかに、ある者の権利を保護するための規範が違反された場合には、つまり契約の締結にあたり不法性（illicité）[318]があった場合には、フォートや損害を伴うことがありえようが、しかし、当該規範が違反されることと、フォートまたは損害を同視してはならず、当該規範の違反は、これらと独立して存在しうる[319]。

続いて、無効の目的における客観性について説明しよう。ティビエルジュによれば、無効は、契約の成立時における法律の違反に対するサンクションであり、そしてその原則および範囲は、違反された規定の目的により決定されなければならない[320]。つまり、無効の唯一の基礎は、契約の成立に関する規範の違反にある。この不法性を除去することは、当該違反により生ぜしめられた、法に反する状況を消滅させることに相当し、これは、契約締結時に違反された合法性の回復に向けられる。無効のサンクションが裁判官によって言い渡され、それにより、無効とされた契約により生ずる履行請求権（droit à exécution）が除去され、または間接的に引き渡した給付の返還請求権が（droit à restitution des

---

315 Bandrac, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, thèse, Economica, 1984, nos 156 et s.

316 Bandrac,op.cit., thèse,nos 156 et s.

317 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 373.

318 「不法性（illicité）」とは、ある権利または利益を保護する規範の違反であると定義される（Darbellay, Théorie générale de l'illicité en droit civil et en droit pénal, these, 1955.）。これに対して、無効に関していえば、契約の成立にあたって、合法性を遵守させる権利は存在しないとされるため、本文では、「ある権利または利益」ではなく、単に「利益」とした。この点については、C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nos 533 et s.

319 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 373.

契約の締結に向けられた規範の違反があり、それがフォートおよび損害を伴っていた場合には、不法行為責任も問題とされうることとなる（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 373.）。

320 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 374.

prestations fournies）生ずるという効果が生ずる[321]。このとき、無効による不当性の除去にあたっては、フォートの証明も損害の証明も想定されない。このようにティビエルジュは、無効に関する客観的な基礎の論理的帰結として、無効の目的もまた、不法性を除去し合法性を回復させるという客観的なものであるべきことを主張する。

このティビエルジュの主張によれば、学説上、無効は、相対無効と絶対無効とに区別されるが、無効の目的は同一のものとなるという。先述したように、学説のなかには、ローマ法における詐欺訴権を参照し、特に相対無効について、とりわけ相対無効が弱者とされる一方当事者の保護を目的とし、その者が被った損害の填補に向けられたものであるとする学説があった。このような学説に対して、ティビエルジュは、無効の目的と、請求者により目指された目的とを混同しているとして批判する[322]。そして、相対無効と絶対無効との間においては、無効の特徴が異なるのではなく、違反された合法性の回復の要求における程度の違いが存するにすぎないという。つまり、学説上、一般に、相対無効と絶対無効との区別は、それらが保護しようとする利益が個人的利益（intérêts privés）か一般的利益（intérêts généraux）かという違いにあると解されているが[323]、ここでは、無効の目的が異なるとされているのではなく、違反された規定の目的が異なるとされているのである。

こうしてティビエルジュは、無効を、契約の形成に向けられた強行法規の違反を基礎とし、この不法性を除去して合法性を回復させることを目的としたサンクションであると解し、このサンクションには、主観的要素は含まれるものではないとした。そして、この無効の目的、つまり合法性の回復という要請が、無効訴権の名宛人や、無効の範囲を決することとなるとして、一部無効が無効と同質のものであることを指摘した。

第二款　一部無効論における目的論的基準の提唱

ティビエルジュは、無効が違反された合法性の回復に向けられたサンクションであることから、一部無効もまた、同様の本質を有するサンクションであると主張した。この主張

---

321 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 375.

322 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nºs 376 et 378.
たしかに、無効訴権の請求者は、常に個人的な利益の満足を目的として無効を主張するのであり、合法性を回復するためであるに無効を主張しているとは言えない。それゆえ、無効の主張者により目指された無効訴権の目的は、常に主観的な目的である。しかし、これは、無効により目指された目的ではなく、無効の主張者により目指された目的であることに注意しなければならない（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 378.）。

323 もっとも、実務上、この区別が困難である場合が多い。たとえば、消費法典のように、ある法律により保護を目的とされている者が、個人であると同時に集団であると考えられる場合においては、この法律は、個人的利益を保護する目的と一般利益を保護する目的とを有すると考えられる（J,Ghestin, op.cot., formation, nº 744.）。そして、学説には、ある規定が個人的利益を一般利益との双方の保護を目的としている場合には、一般利益の保護が優先されなければならないとするものがある（G.Farjat, L'ordre public économique, thèse, LGDJ, 1963, nº 399.）。

を、伝統的な一部無効論に対する批判と、彼女の一部無効の捉え方およびその基準とに分けてみていこう。

一　伝統的な一部無効論に対する批判

まず、ティビエルジュは、当事者の意思を基準として無効の範囲を決する伝統的な一部無効論に対して、第一に、当事者の意思を考慮することは恣意性を免れず、さらに無効を填補として捉えるに至りうるとして、第二に、サンクションの効果的な発動が達成されえないとして、第三に、無効の目的および基礎と相いれないものであるとして、批判する。

まず、第一の批判について説明しよう。これは、当事者の意思をどのように考慮するかという点と関係する。すなわち、前章においてみたように、当事者は、無効原因の存する条項が基本的な特徴を有するか否かという問題について、明白に合意していないことが通常である。そこで、学説には、裁判官が探究しなければならないのは、当事者の現実の意思ではなく、仮定的な意思であると主張するものがあった[324]。しかし、このような意思の探究は、裁判官の評価に大きく委ねられ、恣意性を免れないとして批判する。

さらに、学説には、当事者間においては利益が対立していることから、ある条項が決定的であるのは、一方の当事者にとってのみであるとして、当事者には、当該条項があることにより契約することを決定した全部無効を主張する者と、当該条項が損害でしかなく条項のみの無効を主張する者とがいることを指摘するものがあった[325]。これに対しては、このように考えるならば、無効の範囲を損害の大きさにより決することになり、それゆえ、無効を填補の手段として捉えていると批判する[326]。

続いて、第二の批判について説明しよう。無効を請求する者が求めるのは個人的な利益を満たすためであることを先に指摘したが、裁判官により無効の問題が検討されるのは、個人による、とりわけ当事者による不法性が摘示された場合であることから、無効が効果的に目的を果たすためには、無効の目的と、無効を請求する者が求める個人的な利益とが同時に満たされることが必要である。

ところで、学説のなかには、当事者の意思を基準とするならば、ほとんどの場合において、全部無効が言い渡されることとなると指摘するものがある。なぜなら、当事者の少なくとも一方は、無効原因の存する一部、たとえば条項が重要なものであると考えていた場合が多いからである[327]。これに対して、ティビエルジュは、以下のような２つの事態が想定されるため、無効の目的と、当事者の無効の主張による目的とが異なることになり、無効の目的が達成されえないとする。第一の事態は、無効原因の存する部分のみの無効を主張したい一方の当事者が、無効の主張を控えるようになることである。なぜなら、無効原因の存する一部が、たとえば条項が裁判所により基本的なものであったと評価されたとき、

---

324 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 378.
325 J.Ghestin, op.cit., formation, nº 886 ; Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 379.
326 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 490.
327 Ph,Simler, op.cit., thèse, nº 170 ; Farjat, op.cit., thèse, nº 454.

契約の全部が無効とされ、当該契約から生ずる利益を失うことになってしまうために、その当事者は、このような可能性のある無効請求をしなくなる[328]。第二の事態は、不法な条項に利益を見出す当事者による全部無効の主張が助長されることである。当事者の意思を基準として全部無効とされるならば、不法な条項に利益を見出す当事者は、当該条項が重要なものであったことを主張し、全部無効とされることで契約から解放され、不法性を摘示しないような新たな相手方と同様の条件で新たに契約を締結できてしまう[329]。

このような事態に陥ることを避け、無効の目的の達成を効果的に可能ならしめるためには、無効の目的が一部無効を要請する場合には、当事者の意思を問題とすることなく、一部無効を課す必要がある。一部無効を課すことにより、契約の利益を失うことのない当事者が個人的な利益を求めて一部無効を請求するようになり、無効の目的と無効の請求者の個人的な利益とが同時に満たされ、無効の目的が効果的に達成されることとなる。これに対して、当事者の意思を基準に無効の範囲が決せられるとされるならば、一方で、一部無効を望む当事者は契約の利益を失うことを恐れて無効の請求をせず、他方で、たとえ一部無効が請求されても不法な条項に利益を見出す当事者は、当該条項が重要であったことを主張して全部無効の請求をすることになるため、無効の目的が達成されない。

最後に、第三の批判について説明しよう。ティビエルジュによれば、無効は、法律の違反を基礎とし、違反された規定により目指された目的に適合したものでなければならなかった。これに対し、当事者の意思に基づいて一部無効の可能性を是認することは、当事者の意思の遵守と違反された規定の要請とを衝突させ、この場合において当事者の意思の遵守が優先されることを認めることとなる[330]。しかし、この当事者の意思の遵守の優先は、無効論と相いれないものである。無効の範囲を決定するにあたって当事者の意思を遵守することは、不当性の範囲と無効の範囲との間にずれを生じさせるため、無効の目的を追求するにあたり、当事者の意思を探究することは不要である[331]。

以上が、ティビエルジュが、当事者の意思を基礎とする一部無効論に対してした批判であった。これらの批判の一部は、たしかに、シムレールのような、当事者の意思により無効の範囲が画定されるとする一方で、公序が積極的な目的を有していた場合で、かつ当該公序の目的から無効の範囲が決せられる場合にはそれを優先させるという見解には妥当しないように思われる。たとえば、第三の批判に対しては、当事者の意思により無効の範囲が画定されるのは、違反された規定により無効の範囲が画定されない場合であるとの反論が考えられる。しかし、無効の目的による無効の範囲の画定という観点から、理論的には当事者の意思が問題とされうるものではないことを指摘した点は、重要であろう。この点

---

328 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 491.
329 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 491.
330 ただし、前章で確認したように、シムレールによれば、積極的な目的が企図された公序に関する規定により無効の範囲が要請される場合には、当事者の意思基準が退けられることになるとされていた。
331 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 493.

は、ティビエルジュの一部無効の捉え方をみることでより一層明確になる。さらに、シムレールの一部無効論と新無効論における無効の本質とが一貫していないことが明らかにされたといえる。

二　一部無効の基礎と目的論的基準

このように、ティビエルジュは、一部無効と無効を、同一の基礎を有するものと考える。そしてこのように解することは、民法典の条文や判例の解決とも整合的であり、伝統的な一部無効論が抱える問題を解決することができるという。

１．一部無効と無効との同一性

ティビエルジュは、まず、一部無効と無効との同一性（identité）を説く。彼女は、無効を、契約締結時に違反された合法性の回復に必要な範囲で課される法的なサンクションであると定義する。そして、この無効は、合法性の違反に基づくものであった。それゆえ、無効は、無効とされる範囲と不法性の範囲との一致を要求するのであり、全部無効の基準と一部無効の基準とを区別して、つまり、前者については法律の違反という客観的基準により、後者については当事者の意思という主観的基準により考える理由はないとする。シムレールは、一部無効を当事者の意思により基礎づけるにあたって、違反された規定の目的を探究することに恣意性が伴い、これを弱めるためであるとしたが、これに対して、ティビエルジュは、「契約締結時の当事者の仮定的な意思に、契約の成立に関する強行的規範（une norme imprétative de formation du contrat）のサンクションの有効性を優越させることにどんな恣意性もない」とした[332]。

このように一部無効と全部無効とは、両者とも契約の締結時における不法性を基礎とするものであるが、このことはさらに、目的においても同一であることを示すとする。すなわち、一部無効においても、全部無効においても、無効を課すことにより、違反された合法性を回復することが目的とされる。この合法性の回復が、不法性に比例してなされることから、一部無効と全部無効との違いが生ずるのである。たとえば、目的（objet）やコーズが不法である場合や、合意に瑕疵がある場合、または当事者の一方が制限行為能力者である場合には、契約の締結に関する合法性の要請を侵害しているのは行為それ自体であり、合法性を回復するためには、全部無効を課すことにより、あらゆる法的な効果を除去する必要がある。これに対して、不法性が、ある条項や量、または行為の一部に存する場合には、法的な効果が除去されなければならないのは、当該条項や、法律により定められた上限を超えや部分といった不法性の存する範囲においてである[333]。

この説明から明らかであるように、ティビエルジュの一部無効の捉え方によれば、違反された規定の目的により無効の範囲が決せられるとする目的論的基準は、公序に関する規

[332] C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 495.
[333] C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 495.

定に対する侵害についてだけでなく、契約の成立に関する強行的規範の違反に対する侵害についても妥当するものである。これは、目的論的基準により無効の範囲が決せられるのは、一定の公序に関する規定が問題となる場合だけだとするシムレールの考え方とは一線を画する。一部無効の目的を、無効と同様、違反された合法性の回復であるとするティビエルジュの理解からは、当然のことであろう。シムレールの一部無効の捉え方の非一貫性が、ここで明らかになってくる。

２．民法典 900 条および 1172 条との関係

上述のように、無効の範囲について目的論的基準により決せられるとするならば、民法典 1172 条により不法条件等に依拠された合意を無効にする旨が規定されていることと、矛盾するのではないかという批判が考えられる。しかし、ティビエルジュは、民法典 900 条と同法 1172 条を、ともに「条件」が問題となる場合を扱っているが、この「条件」が意味する内容がそれらで異なることを指摘する。この内容の違いに鑑みれば、民法典 900 条では条項のみの無効が認められること、および同法 1172 条では合意そのものが無効になることは、不法性の範囲に一致した解決であるとし、民法典 900 条および同法 1172 条との、当事者の意思における条項の決定的特徴による統一的な把握を否定する。

すなわち、民法典 900 条が対象とする条件は、たとえば遺言に付された婚姻の自由を制限する条項のように、行為の本質（essence）を侵害しない条項であり、条項は、行為それ自体から切り離されうる。そして、この条項の法律効果が不法なのであり、そのため、当該条項のみを無効とし、恵与を維持することができるのだという。この条項は、以下で確認するように民法典 1172 条で言われる「条件」とは異なる特徴を有するものであり、このような特徴を有する条項が有償契約において問題とされるならば、ここでも同様に、当該条項のみが無効とされるとする[334]。

これに対して、民法典 1172 条が対象とするのは、合意に「依存した（depend（re））」条件である。この条件と合意との間の依存関係について、学説は、当事者の意思において存在する主観的な依存関係であるとする。しかし、ティビエルジュは、当事者の意思に基づくということは、条文上明白であるとは言えず、むしろ、民法典 900 条との表現の違いに鑑みれば、民法典 1172 条にいう条件は、行為の本質にかかわるものを指すものだとする。それゆえ、民法典 1172 条にいう条件が不法である場合には、行為の全体が不法であるとする。条件が行為の本質にかかわるために、条件と行為とを切り離すことができず、条件の不法性により全体の無効が課されなければならないとする。

このように、ティビエルジュは、ある条件または条項が不法である場合であっても、それが契約の本質にかかわる場合には、当該不法性は行為全体に及ぶとし、全部無効が課さ

---

[334] C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 495.I.
行為の本質を害さない条項について無効が問題となった有償契約の例として、パリ控訴院 1963 年 4 月 30 日（C.A.Paris, 30 avril 1963, D.1963, jur.428.）

れなければならないとする。このように解することで、一方で、自説と民法典 900 条および同法 1172 条との整合性を確保し、他方で、民法典 900 条および同法 1172 条とを、当事者の意思における条件または条項の決定的特徴により統一的に把握する学説を批判する。条項または条件には行為の本質にかかわるものとそうでないものとがあるという指摘は、契約の構造と無効の範囲との関連性を示唆するものであり、非常に興味深いものである。

しかし、このティビエルジュの指摘の正当性を確認するためには、次の問題を検討する必要があろう。それは、ある条項が契約の本質にかかわるか否かについて、当事者の意思により変わってくる可能性はないか、すなわち、ある条項につき、当事者がまさにその実現が契約の目的であると考えた場合には、当該条項は、契約の本質にかかわるものとなりえないか、という問題である。まず、前章でみたように、一部無効の萌芽的な事例である民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例においては、恵与とされる行為に付された不法条項等が動因的かつ決定的なコーズであるとされる場合には、当該行為全体が無効とされていた。この判例法理について、ティビエルジュは、何ら言及していない。さらに、近年の学説のなかには、条件とコーズとの区別の難しさを指摘し、そのなかで、条件とコーズとの違いを、契約の付随的な部分か本質的な部分かという違いに求めることが難しいとするものがある[335]。これらの指摘を踏まえると、契約の本質にかかわるか否かという基準と当事者の意思における決定的な特徴という基準とが明確に区別されうるか、また、無効の範囲を画定する基準となりうるかについては、さらなる検討を要しよう。この点について、ここでは指摘のみにとどめ、その検討は、第二章第一節に先送りされる。

三　裁判例による解決との整合性

ティビエルジュは、不法性の程度に比例して無効が課されるという考え方は、裁判例においてもみられるものだとする。もっとも、彼女自身、あらゆる裁判例が、彼女と同様の考え方に基づいているということはできないことを認めている。すなわち、裁判例には、目的論的基準により解決されているもの、解決自体は正当であるが無効の目的を理由とすべきであったもの、無効の目的に鑑みればなされた解決が妥当でないものとがあるという[336]。

まず、目的論的基準により解決されているものとして、課税を免れるための反対証書（contre-lettre）の事例[337]、貨幣に関する法律の違反の事例[338]、賃貸借や労働契約のような

---

335 D.Bonnet, Cause te condition dans les actes juridiques,thèse, LGDJ, 2005.
336 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nos 495 et s.
337 たとえば、課税を免れることを目的とした反対証書の無効に関する判例として、本文中に挙げる判例のほか、破毀院商事部 1979 年 11 月 6 日（Cass.com., 6 novembre 1979, Bull.IV. no 277.）破毀院混合部 1981 年 6 月 12 日（Cass.mix., 12 juin 1981, Bull.M. no 5.）がある。
338 たとえば、貨幣に関する指導的公序に反する無効が問題とされた事例として、ルーアン控訴院 1922 年 11 月 16 日（C.A.Rouen, 16 novembre 1922, D.P.1926.II.57.）がある。

保護公序が問題とされる事例を挙げる[339]。

そこで、課税を免れるための反対証書の事例を検討しておこう。反対証書とは、表見行為（acte apparent, acte ostensible）の内容またはその他の効果を変更するための、当事者間の秘密文書のことをいう。このような事例においては、一般に、不動産や営業財産の売買代金の一部を隠すために、当事者間において、反対証書と表見行為とが締結される。実際の事案をみていこう。

［仏 29］破毀院商事部 1979 年 5 月 8 日[340]

【事案】X が営業財産を A に売却するにあたり、X は、売買代金の前渡しとしてではなく、賄賂（dessous de table）として A から 20000 フランを受けとった。その後の事実関係は資料からは明らかではないが、本件 20000 フランを支払う合意（これが反対証書（contre-lettre）である。）の無効が争われた際、本件合意と売買（これが表見行為（acte ostensible）である。）とが不可分な関係にあるとして両者の無効が言い渡されうるかが問題とされた。

判旨をみるかぎり、控訴院は、反対証書についてのみ無効を言い渡したところ、おそらく X が、本件 20000 フランを支払う旨の合意と売買契約とが不可分な関係にあったと主張して、破毀申立てをしたものと思われる。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、一般租税法典（Code general impots）1840 条により課される、営業財産の売買代金の一部を隠す目的としてなされるあらゆる合意についての無効が、表見行為の有効性を害することなく、反対証書についてのみ適用されると判示した。そして、この準則がこれら 2 つの合意の不可分性の存在にもかかわらず適用されなければならないとして、破毀院は、破毀申立てを棄却した。

このように、判例によれば、反対証書が問題とされる場合においては、当事者の意思に基づく不可分性を探究する必要なくして、反対証書のみが無効とされればければならないとされている。そしてティビエルジュは、この解決を、無効の目的から望ましいものであると評価する。なぜなら、仮に表見行為についても無効を認めるならば、売主には、代金額の一部を隠し、新たな売買契約を締結する可能性があるからである[341]。

続いて、ティビエルジュは、結論自体は正当であるが無効の目的を理由に解決すべきで

---

339 たとえば、賃貸借契約において、法定された額を超えた不当な賃料の無効（縮減）が問題とされた判例として、破毀院第三民事部 1984 年 1 月 18 日（Cass.civ., 3eme, 18 janvier 1984, Bull.III, no 14.）がある。

また、労働契約において、集団的合意に一致しない競業避止条項の修正が問題とされた判例として、破毀院社会部 1974 年 5 月 2 日（Cass.soc., 2 mai 1974, Bull.V, no 259.）がある。

340 Cass.com., 8 mai 1979, D.1980.283.

341 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 498.

あったものとして、スライド条項の事例と独身条項の事例とを挙げる。前者の、スライド条項の指数が不法なものであった場合についてであるが、たとえば、破毀院第一民事部 1976 年 5 月 18 日は、適法な指数へと修正するにあたり、当事者の意思の解釈により、このような解決を正当化した[342]。これに対して、彼女は、違反された規定の目的を参照することで十分であると批判する。すなわち、ある一定の指数を不法なものとする法律は、スライド条項を置くことを禁じているのではなく、貨幣価値の下落を悪化させうる指数の使用を禁じているからである[343]。続いて、後者の、労働契約中に独身条項が置かれている場合についてであるが、たとえば、パリ控訴院 1963 年 4 月 30 日は、当該独身条項のみを無効とするにあたって、当事者の意思と違反された規定の目的との双方を考慮した[344]。これに対して、彼女は、違反された規定の目的が考慮されるだけで十分であったという[345]。

最後に、ティビエルジュは、無効の目的に鑑みれば、なされた解決が妥当でない事例として、価格統制の事例を挙げる。たとえば、破毀院予審部 1946 年 12 月 9 日は、法定された価格よりも高額な代金が設定された売買契約につき、目的の不法性を理由に当該契約を全部無効とした[346]。ある学説は、このような解決がされた理由につき、代金が契約の本質的な要素（élément essentiel）であることから、この不法性が行為全体を瑕疵あるものとするからであろうとする[347]。これに対し、別の学説は、このような解決を望ましくなく、一部無効により解決されるべきであったと批判する[348]。ティビエルジュも、この後者の学説に従う。すなわち、法定された価格を超えた代金が設定された場合において、不法であるのは、代金の存在そのものではなく、法定された価格を超えたことである。それゆえ、無効は不法性の範囲において行為の効果を取り除くため、ここでは正当な価格を超えた部分が無効の対象とされなければならない[349]。

四　目的論的基準による利点

最後に、ティビエルジュは、無効の範囲を当事者の意思という主観的基準によってではなく、目的論的基準によって画定することによる利点を指摘する。この利点は、大きく、主観的基準による不都合性の回避と、目的論的基準の有用性とに区別される。

第一に、無効の範囲が当事者の意思により画定されるとすることによる不都合性の回避について説明する。前節でも確認したように、当事者の意思を基準とする無効の範囲の画定を提唱する学説は、無効の範囲を画定するにあたり、不法性の範囲を決定する段階と、当事者の意思を考慮する段階とを区別し、後者が決定的であるとしていた。しかし、この

342 Cass.civ., 1re, 18 mai 1976, Bull.I. no 175.
343 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 499.
344 C.A.Paris, 30 avril 1963, D.1963. jur.423.
345 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 499.
346 Cass.req., 9 décembre 1946, G.P.1947.1.63.
347 G.Farjat, L'ordre public économique, thèse, no 501.
348 G.Farjat, op.cit., thèse, no 502 ; Ph.Simler, op.cit., thèse, nos 234 et s.
349 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 500.

ように解するならば、不当性の範囲と、当事者の意思を基準とすることによる無効の範囲との間で、頻繁にずれが生ずることになる。先に確認したように、両者のずれは、無効の効果的な発動を妨げるものであった。これに対して、目的論的基準による解決により、これを避けることが可能であるという[350]。

また、当事者の意思により無効の範囲が決せられるとすることから、学説のなかには、行為の不法な一部が決定的であった当事者が無効を請求しうるとするものがあった[351]。しかし、このように解することは、違反された規定の目的による請求権者の決定と相いれない可能性がある。すなわち、一般利益の保護を目的とした規定が違反された場合には、両当事者が無効を請求しうるが、個人的利益の保護を目的とした規定が違反された場合には、保護されるべき当事者のみが無効を請求しうる。ところが、無効の範囲における主観的基準によれば、後者の場合にも、規定の目的によれば無効訴権の名宛人にはならない当事者が無効を請求しうることになってしまう。このような不都合性を、無効の範囲において目的論的基準を採用することで回避することが可能だという[352]。

第二に、目的論的基準の有用性について説明する。ティビエルジュは、目的論的基準を採用することにより、あらゆる無効の範囲の問題が統一的に解決されうるとする。つまり、主観的基準を採用する学説においては、明文の規定により一部無効が要請される場合や、違反された公序の要請により一部無効が課されるべきとされる場合には、主観的基準が退けられた。これに対して、目的論的基準を採用することにより、明文の規定の有無にかかわらず、無効の範囲を決し、それを正当化することが可能であるという。たとえば、合意の瑕疵や制限行為能力が無効原因である場合、これらの規定は、契約の締結そのものに向けられたものである。この規定の目的は、全部無効を要請し、無効は、行為のあらゆる効果に向けられることになる[353]。

さらに、この目的論的基準による無効の範囲の統一的な把握は、複合的な契約においても妥当するという。その理由として、不法性の範囲と無効の範囲とが同じであることを挙げる[354]。

このようにティビエルジュは、目的論的基準により無効の範囲を決定することは、違反された規定の目的を達成することを可能とするものであり、また、あらゆる事案を統一的に把握しうるものであるとしたのであった。

第三款　本節のまとめ

一部無効が無効とかかわるものであり、また、扱われる範囲が広いためにやや説明が長くなったが、以上が、ティビエルジュの一部無効論である。繰り返しになるが、最後にテ

350 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 503.
351 Ph.Simler, op.cit., thèse, nº 283.
352 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 504.
353 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 506.
354 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 507.

ィビエルジュの一部無効論を簡単に整理しておこう。

ティビエルジュの一部無効論の最大の特徴は、無効をその基礎および目的において客観的なものであるとし、一部無効を無効と同一のものとして捉えたことにある。それゆえ、無効の本質に鑑みれば、主観的要素は考慮されうるものではなく、無効の範囲についても、当事者の意思により決せられるべきものではないことを主張した。

ティビエルジュのこの主張は、無効を法的なサンクションであるとした新無効論を出発点にする点では、シムレールの一部無効論と同様である。

しかし、一方で、シムレールは、違反された規定の目的を決するにあたっての裁判官の恣意性を強調し、これを当事者の意思を考慮することにより弱めようとした。シムレールによれば、このように解することで、規定の目的が考慮されるのは、積極的な目的を有する公序に関する規定が違反された場合だけとなった。それゆえ、シムレールは、合意に瑕疵がある場合であっても、一部無効（縮減）の可能性を主張するのであった。

ティビエルジュは、このような当事者の意思により無効の範囲が決せられるとする主張に対して、第一に、無効の本質と相いれないとして、第二に、無効が効果的に言い渡されることを妨げるとして、批判する。そして、無効の範囲が違反された規定の目的により決せられると考えることは、当事者の意思を基準とすることにより生ずる不都合性を回避し、さらに無効の本質にも合致するものであるとしてその有用性を説いたのであった。

以上のようなティビエルジュの主張の理論的な説得性は、今日の学説においても評価されているといってよいであろう[355]。しかし、ここで問題とされなければならないのは、ティビエルジュが、裁判例との整合性を一定程度意識してはいるが、詳細な検討をせぬまま理論的性格を前面に押し出して展開し、裁判例および学説が無効の範囲を決定する際に考慮要素としていた当事者の意思を否定したことである。無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思を考慮している事例について、無効の本質との関係から説明が可能であるか否かについて検討することなく一律にそれを否定し、無効の範囲の画定に対する当事者の意思の影響を排除したのであった。

この当事者の意思の影響の排除について、一方で、無効の効果的な発動を妨げるという文脈においては、一部無効が違反された規定の目的を達成するためのサンクションであることに照らせば、理解することができる。なぜなら、当事者の意思により無効の範囲が決定されるならば、たとえば、ある不法な条項が決定的であったと考えていた当事者に無効の主張を認めることになるため、違反された規定の目的が達成されえないからである。

しかし、他方で、ティビエルジュにより提唱された一部無効の本質は、一定の事例における、無効というサンクションというレヴェルの問題を解決するために向けられたわけで

---

355 たとえば、近年出されたテーズにおいては、一部無効を論ずるにあたって、ティビエルジュの無効および一部無効の捉えられ方が援用され、一定の理解が示される（O.Gout, Le juge et l'annulation du contrat, thèse, PUAM, 1999, n° 559 ; M.Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, thèse, 2004, n^{os} 976 et s..）。ただし、これらの学説は、完全に、無効の範囲画定にあたって主観的な要素を排斥しない。

はない当事者の意思の考慮を、否定することにはならないように思われる[356]。

すなわち、前二節でみたように、民法典 900 条および同法 1172 条の厳格な適用を回避するための判例法理においては、「動因的かつ決定的なコーズまたは条件」概念により、解決が試みられていた。そして、恵与とされる行為に付された条項が動因的かつ決定的なコーズである場合には、当該行為が無効とされる。このことについて、有力な学説は、恵与とされる行為が実際には有償行為であるからだと理由づけている。すなわち、当該条項の実現こそが契約の目的であり、譲渡される物の対価なのである。それゆえ、恵与における動因的かつ決定的なコーズ概念は、恵与とされる行為が無償行為に当たるか有償行為に当たるかという性質決定の問題に解答を与えるものなのであった。このような意味で当事者の意思を考慮することは、違反された規定の目的に反することだといいうるものなのだろうか。

また、不可分性概念についても、ティビエルジュは論じていないに等しい。たしかに、反対証書については、当事者の意思に基づく不可分性が否定されるとした。しかし、このように公序による違反があった場合ではない事案について、つまり一般的な複合的な契約について、どのように解するべきかをほとんど論じていなかった。

いずれにせよ、その後も、学説には、ティビエルジュの一部無効の捉え方を引用するものが多いものの、その論理的な難点が示されることなく、一定の事例において、依然として、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思が影響を及ぼしている、または及ぼすべきであるとするものが多い。

第四節　本章のまとめ

本章では、フランスにおける一部無効論の理論的な対立を中心に検討をしてきた。

一部無効論の先駆者であり、無効の範囲の画定の基準が原則として当事者の意思にあるとするシムレールの見解を中心に、一部無効論において当事者の意思がどのような役割を果たしているかを分析した。その結果、シムレールによれば、当事者の意思は、契約の解釈などにおいてではなく、一部無効を課すことが正当化される理由として考慮されていたと解することができた。

しかし、判例がシムレールと同様の理解であるとは言えないように思われる。なぜなら、その萌芽的事例である民法典 900 条の厳格な適用を回避する判例法理においては、動因的かつ決定的なコーズという概念により、コーズが恵与の意図であったか、条件または負担の実現であったかが判断されていた。また、有償行為における不法な条項が問題とされる

356 たとえば、ゲスタンは、ティビエルジュのテーズの前書きにおいて、ティビエルジュが一部無効論において当事者の意思を考慮しなかったことについて、「過度に（exagérément）」当事者の意思を無視するものだと批評する（J.Ghestin, préface de la thèse de C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., p.XIV.）。

場合において、判例は、「当事者の共通の意図」を探究しようとしており、これは、一般に、契約の解釈で用いられる文言であったからである。しかし、仮に、無効の範囲にあたって考慮されていた当事者の意思の考慮というものが契約の解釈の問題であるとするならば、縮減概念を伝統的な一部無効論においては一部無効として位置づけることはできないであろう。ここでは、明らかに、当事者間で合意された契約内容とは異なる内容を当事者に課すことになるからである。

もっとも、シムレールは、以上のような判例による当事者の意思の考慮の仕方が不正確であるとした。シムレールが一部無効論として展開した理論を貫徹するならば、彼は、当事者間で合意された契約内容とは異なる内容を当事者に課すことを正当化するために、当事者の意思を考慮すべしとしたのであった。しかし、一部無効が無効の本質という点から理論的に正当化されるものであるとするならば、当事者の意思という要素は、無効からは排斥されなければならないものであるとされた。これが、ティビエルジュが伝統的な一部無効論に対してした批判であった。

ティビエルジュによれば、無効および一部無効は、違反された合法性を回復するために課されるサンクションであるとされ、無効の範囲は、違反された規定の目的により画定されるとされた。この主張は、無効または一部無効というサンクションとしては当事者の意思を考慮することができないとした点で、意義を有するものであり、シムレールの一部無効論とは一線を画するものであった。彼女の無効および一部無効の捉え方は、理論的な説得性を有するものであったように思われる。

しかし、今日の学説によると、無効の範囲を画定するための基準として、依然として当事者の意思という要素が挙げられるのは、彼女の見解もまた、シムレールと同様に、一部無効論を統一的に理解しようとしたためであろう。判例においては、先に指摘したように、一定の事案類型においては、契約の解釈の問題として当事者の意思が考慮されている可能性があった。この判例に対する評価が正しいとすれば、無効の本質から課される一部無効と、（厳密には無効とは言えないが）契約の解釈の問題を通じて課される一部無効とが、両立する可能性を、検討する必要があったように思われる。

そこで、次章では、具体的な事案の検討を通じて、一部無効論において、「当事者の意思の考慮」がどのような位置づけを与えられるものか、無効の本質とどのような関係にあるかについて検討をしていくこととする。

第二章　一部無効の意義と一部無効論における「当事者の意思」の位置づけ

＜本章の課題と分析の方法＞

前章を通じて、本稿は、無効の範囲が当事者の意思により画定されるかについては理論的な対立がみられたこと、そして無効の本質という観点からは一部無効において当事者の

意思という主観的要素が考慮されえないものであったこと（ティビエルジュの見解）を知った。それゆえ、理論的なレヴェルにおいては、一部無効の本質とは何かについて、明らかにされているといってよい。しかし、前章の最後に指摘したとおり、今日の学説は、一部無効の捉え方として、ティビエルジュの主張を好意的に受け止めながらも、当事者の意思が無効の範囲を画定するにあたって考慮されるという。

たとえば、テレ&シムレール&ルケットは、ティビエルジュのテーズを素晴らしいテーズであると評価しながらも、次のように指摘する。

> 「彼女（ティビエルジュ）の提案は、この〔無効の範囲に関する〕解決が、立法者の目的に合致するという公準のもとに建つ。しかし、彼女は、部分的に瑕疵のある行為の維持または消滅が、たいていの場合、『違反された合法性』の目的に対して無関係であること…を無視している。」[357]

そして、学説の多くは、ティビエルジュの一部無効論を、理論的に正当であるとしながらもこれを批判するにあたり、このテレ&シムレール&ルケットの言説を引用する。もっとも、このテレ&シムレール&ルケットの概説書が一部無効の事案として論じるもののなかには、複合的な契約が含まれていることに注意が必要である[358]。というのも、詳しくは後述するが、一方で、複合的な契約においては、一方の契約が他方の契約に影響を及ぼすかを判断するにあたり、多くの学説は、当事者の意思が考慮されると考えている（ただし、本章第二節で述べるが、近時の学説には、これを「無効の範囲」の問題ではないと考えるものが多い。）。他方で、その他の事案においては、当事者の意思が考慮されて無効の範囲が画定されているとは言いがたいのである。

そこで本章では、「違反された合法性の回復」としての一部無効という捉え方に与しつつも、無効の範囲を確定するにあたって当事者の意思が影響を及ぼしているとする論者が、どのような事案を念頭に置いて当事者の意思が考慮されるとするかを探り、そこで当事者の意思がいかなる役割を果たしているかを検討することを課題とする。なお、以下で指摘するように、これらの論者が、「違反された合法性の回復」としての一部無効という捉え方に与しつつも当事者の意思が考慮されうるとする理由につき、そもそも説明をしないか、あるいは説得的な主張をしない。このことから、一方で、一部無効を「違反された合法性の回復のためのサンクション」として捉えることは、無効の範囲が問題とされるあらゆる事案を説明できない、単に理念にすぎないものであるとの疑問も抱きえよう。しかし、他方で、体系的な志向をとらずに一定の事案類型に則した検討をする学説を参照しながら、それらの事案をみるならば、それらの事案類型において考慮される、または考慮が否定される「当事者の意思」を読み取ることができる。そして、考慮されるべき当事者の意思と、

---

[357] Fr.Terre,Ph.Simler et Y.Lequette, op.cit., Les obligations, n° 420(p.434), note 4.
[358] Fr.Terre,Ph.Simler et Y.Lequette, op.cit., Les obligations, n° 420(p.432).

「違反された合法性の回復」としての一部無効とを、無効というサンクションの範囲の画定という側面から当事者の意思が考慮されているかという観点から整合的に理解しうる可能性がみえてくる。

以下では、ティビエルジュの一部無効の捉え方と、それに関する具体的な事案およびその後の学説との異同を明確にすることを目的とする。これを検討するにあたり、シムレールの一部無効論の基礎となった、３つの事案類型（①条項の無効に関する事例、②複合的な契約の無効に関する事例、および③縮減に関する事例）に分けてみていくこととしたい。というのも、シムレールは、彼が基礎にしたこれらの３つの事案類型のいずれにおいても、公序の目的により退けられる場合があることに留意しながらも、当事者の意思が考慮されている、またはされるべきであると主張した。そして、この当事者の意思の考慮は、これらの事案類型において一部無効を課すことを直接に正当化する要素として位置づけられていた。これに対して、ティビエルジュは、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思は考慮されえないとするため、これらの３つの事案類型においてシムレールの一部無効論との相違が生ずることになる[359]。これに対して、いかなる事例でティビエルジュの見解が

---

[359] 具体的には、ティビエルジュの見解を、各事案類型における伝統的な一部無効論に対する批判として編成し直すと次のようになろう。なお、伝統的な一部無効論とは、原則として当事者の意思に基づく無効の範囲を画定しようとする立場のことであり、その詳細な内容については、本稿第一章第二節を参照。

第一の、条項の無効が問題とされる事案類型において、当該条項が当事者の意思において決定的であったか否かが考慮されることに対しては、このように解することにより、無効の効果的な発動が妨げられ、違反された規定の目的が達成されえない可能性があるとして批判する。違反された規定の目的に従って無効の範囲が決定されなければならず、この基準だけで十分であるという。他方で、条件または条項に無効原因が存する場合に、あらゆる当該条件または条項のみが無効となるというのではないことが指摘される。すなわち、自説と、民法典 1172 条が不法条件等が付された合意を無効としていることとの整合性を説明するにあたり、同法 1172 条で想定される条件が行為の本質にかかわるものであるために、当該条件の不法性が行為全体の不法性をもたらすのだと指摘したのであった（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 495.I.）。もっとも、ある条件または条項が行為の本質にかかわるか否かが判断されるにあたって、当事者の意思が考慮されるのではないか、そして、「条件または条項が当事者の意思において決定的であったか否か」との判断はまさにこのことを意味しているのではないかと考えられる。この点については本稿第二章第一節で扱うが、私見によれば、シムレールにより提唱された一部無効論において、異なる意義を有するべきであるはずの「当事者の意思」という要素が、無効の範囲の基準として一様に捉えられてしまったがために、ティビエルジュもまた、その多義性には着目せずにこれを否定したのではないかと思われてならない。

第二の、複合的な契約の無効が問題とされる事案類型においても、不法性の範囲に従い、無効の範囲が決定されるべきであるという（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 507.）。もっとも、この事案類型に関する説明はこれにとどまり、検討が不十分であると言わざるをえないものであった。

第三の、縮減に関する事案類型においても、第一、第二の事案類型と同様に不法性の範囲に従い、無効の範囲が決定されるべきであるとされる。ここで、シムレールによれば、付随的な詐欺について、当事者の意思によるものとは明確には示されていないものの、公

妥当であり、あるいは当事者の意思が考慮されるべきかを探ることは、次のことを明らかにすることとなろう。すなわち、シムレールおよびティビエルジュが志向した体系的な一部無効論を構成することがはたして妥当なのか、類型的志向が望まれるべきなのか、類型的志向が望まれるならばその理由が何か、ということである。

したがって、本章では、一部無効の意義および一部無効論における「当事者の意思の考慮」の位置づけを明らかにするために、具体的には、伝統的な一部無効論を形成する基礎とされ、新たな一部無効論との間で具体的な違いが生じていた、①不法な条件または条項が問題とされる事例、②複合的な契約の一部の無効が問題とされる事例、③縮減に関する事例の３つについて、今日までの学説および判例の検討を、とりわけティビエルジュの一部無効の捉え方と当事者の意思の考慮との関係という観点から行うこととしたい。

第一節　条項の無効に関する事例

＜議論の概要と検討の対象＞

前章で明らかにした一部無効の本質という観点からすると、条項の無効が問題となる場合においては、違反された規定の目的に従い無効の範囲が画定される、となりそうである。条項の無効が問題となる典型的な事案であるとされる、公序に関する規定の違反があった場合には、後述するように例外はあるが、そのように解されているといえよう。

それゆえ、その後のほとんどの学説は、シムレールが条項の無効の事案を検討するにあたり検討した「動因的かつ決定的な条件」概念について分析しなかった。しかし、その後、コーズと条件との違いという観点からそれらの概念の検討を試みた学説により、当事者の意思において決定的な、または決定的ではない条件とはどのような意味を有するものかについて分析される。そしてこの学説は、無効の範囲を画定するにあたって、ある条項が当事者の意思において決定的である場合とそうではない場合とがある、とする伝統的な一部無効論に対し疑問を投げかける。あらかじめ結論を述べるならば、この学説は、当事者の意思においてある条項が重要でないと考えることは難しいとするのであった。

そこで以下では、条項の無効に関する典型例とそれに対する学説を概観した後（第一款）、今日においてあまり顧みられることがなくなった「動因的かつ決定的な条件」概念の意義を再考した近時の学説を検討する（第二款）。

序の要請に基づいたものではない一部無効の例として挙げられていたが、ティビエルジュは、このような理解を、無効と不法行為責任とを混同したものだとして批判した（C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n^{os} 100 et s.）。縮減の事例においては、今日の学説によれば、当事者の意思の影響が否定されている。

第一款　公序に関する規定の違反と当事者の意思の考慮の否定

学説上、条項の無効が問題となる事例として議論されるのは、主に、違反された規定が公序に関する規定の場合である[360]。

もっとも、条項の無効が問題となるあらゆる事案を網羅的に検討することは、断念せざるをえない。本款では、まず、典型例として挙げられている事案およびそれに対する学説の評価を確認していく（一）。そして、前章において、スライド条項に関する判例の判断が分かれていたことを知った。そこで、スライド条項について、現在の判例および学説が、いかなる議論を展開しているかについても、一瞥することとする（二）。

一　典型例　－個人的な利益の保護を目的とする規定の違反があった場合

一般に、個人的な利益の保護を目的とする規定の違反があった場合、学説は、当事者の意思により無効の範囲が画定されるのではなく、当該規定の目的を達成するように無効の範囲が画定されなければならないという[361]。具体的な事案の典型としてよく挙げられるのは、①商事賃貸借（baux commerciaux）において更新する権利を妨げる旨の条項や解除条項等が付されていた事案や、②労働契約において被用者の権利を奪う旨の条項が置かれていた事案、③保険契約において保険法典で定められた方式が遵守されていなかった事案、④ローン契約（contrat de crédit）において約定利率（intérêt conventionnel）が法律に反していた事案である。以下、簡単に紹介していこう[362]。

（１）商事賃貸借における解除条項等の無効

商業賃貸借において、商事法典 L.145-15 条が、同法典の条文により定められた更新権（droit de renouvellement）を賃貸人が妨げることを禁止している[363]。それゆえ、商事賃

---

[360] O.Gout, Le juge et l'annulation du contrat, thèse, PUAM, 1999, n° 539 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., n^os 2635 et s ; J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, Les obligations, 1.L'acte juridique,Sirey, 13^éme éd, 2008, n° 357.

[361] J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., n^os 2636 et s ; J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, op.cit., n° 360.

[362] 古くは、公序に関する規定に反した不法な条項が問題とされる場合であっても、民法典 1172 条の文言を引用し、全部無効が課されるとされた。

たとえば、破毀院民事部 1906 年 4 月 27 日（Cass.civ. 27 avril 1906, DP 1907.1.97, note Petit,）は、法律により禁止された期間で締結された労働契約につき、「このような条項は、法律により禁止された条件を課すため無効であり、それに依拠した労働契約を無効とする」として、反対の結論を示した原審を破毀し移送した。

[363] 商事法典 L.145-15 条は、次のように規定する。

> 商事法典 L.145-15 条「〔契約において規定された〕形式が何であれ、本章および L.145-4 条、L.145-37 条ないし L.145-41 条、L.145-42 条 1 項および L.145-47 条ないし L.145-54 条の規定により創設された更新権を失敗させる条項、約定および取決めは、書かれざるものとみなされる。」
>
> ≪Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et

貸借契約に付された、更新権を妨げる旨の条項や解除条項などは、無効とされる[364]。また、同様の趣旨により、商事法典 L.145-16 条 1 項は、賃借人が、営業財産の買主に対して、賃借人の有する賃貸借および同法典で定められた権利を譲渡することを禁止する旨の合意を無効としている。

このように、これらの法律により、賃借人の権利を妨げる旨の条項を無効とすることで賃借人の保護が図られているのであるが、当該不法条項が賃貸借契約の無効をもたらすか、同条項のみが無効とされるかについては、条文上、明らかではない。

判例は、当該条項のみを無効とし、学説も、賃貸借契約が無効とされることにより立法者が目的とした賃借人の保護が妨げられるに至ることから、条項のみの無効を言い渡した破毀院判決に好意的なものが多い[365]。

たとえば、この旨を明確に判示した破毀院第三民事部 1983 年 6 月 14 日をみてみよう

［仏 30］破毀院第三民事部 1983 年 6 月 14 日[366]

【事案】賃貸借に、賃料に関する不法な改訂条項が付されていた事案であるが、詳細な事実関係は不明であった。

控訴院が、当該条項のみが書かれざるものとみなしたところ、賃貸人が、当該条項が本件契約において重要なものであったか否かを控訴院が評価していないとして、破毀申立て

---

arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54. ≫

364 これらの条項の無効が争われた裁判例として、たとえば、次のものがある。
＜更新権否定条項＞
［仏］破毀院商事部 1958 年 6 月 16 日（Cass.com., 16 juin 1958, Bull.civ.III, n° 248.）
［仏］破毀院商事部 1965 年 10 月 5 日（Cass.com., 5 octobre 1965, Bull.civ.III, n° 475.）
［仏］破毀院商事部 1966 年 2 月 28 日（Cass.com., 28 février 1966, Rev.loyers 1966. 172.）
［仏］破毀院第三民事部 2001 年 1 月 31 日（Cass.civ.3e, 31 janvier 2001, D.2001, somm.3520, obs.L.Rozès ; J.C.P. 2001, I, 354, obs. Y.-M.Serinet.）
［仏］破毀院第三民事部 2008 年 1 月 23 日（Cass.civ.3e, 23 janvier 2008, Bull.civ.III, n° 11 ; D.2008, AJ 349, obs. Y.Rouquet ; J.C.P. 2008, II, 10083, obs. Fr.Auque.）

＜解除条項＞
［仏］パリ控訴院 2005 年 9 月 28 日（C.A.Paris, 28 septembre 2005, Gaz.Pal. 16-17 juim 2006. 28, obs. Ch.-E.Brault.）
［仏］パリ控訴院 2008 年 10 月 15 日（C.A.Paris, 15 octobre 2008, J.C.P.E.2008, 2468.）
［仏］破毀院第三民事部 2010 年 12 月 8 日（Cass.civ.3e, 8 decembre 2010, Bull.civ.III, n° 215 ; J.C.P.2011, 63, obs.P.Grosser ; J.C.P.2011, 239, note H.Kenfack ; J.C.P.2011, 566, obs.Y.-M.Serinet.）

365 G.Farjat, L'ordre public économique, thèse, n° 449 ; Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 334 ; J.Gestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., n° 2637.
366 Cass.civ.3e, 14 juin 1983, Bull.civ.III, n° 136.

をした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、「もし所有者（家主）が、〔賃料の不法な改訂条項を遵守しなければ〕賃貸借契約の無効を受けるものとして、賃借人である商人に、当該条項の遵守を要求するならば、賃貸借における不法な条項の挿入は、賃貸借の更新権を侵害するであろう」として、「不法な改訂条項が唯一書かれざるものとみなされなければならない」とした控訴院判決を正当なものとした。

同判決は、賃料に関する不法な改訂条項が、賃借人の更新権を侵害することから、当該条項のみを書かれざるものとみなした。スリネは、同判決につき、当事者の意思の探究がなされずに、サンクションの効率的な発動（efficacité）が優先されていると指摘する[367]。また、同判決に向けられた指摘ではないが、営業賃貸借契約に関する判例の傾向について、モネジェール（J.Monéger）は、公序により保護された特権（prérogative）を侵害する不法な条項のみが除去されなければならないと指摘する[368]。

このように、今日における判例および学説は、商事賃貸借契約における賃借人の更新権を妨げる旨の条項等について、当該条項の無効を規定した法律の趣旨に鑑みて、当該条項のみを無効とする。賃貸借契約を無効にすると保護の対象とされる賃借人の権利を侵害するに至ることから、当該条項の当事者の意思における決定的な特徴を評価することはなかった。

（2）労働契約における被用者の権利を奪う条項の無効

次に、労働契約において、個人的利益の保護に向けられた規定が違反された場合をみていこう。労働契約において被用者の権利を奪う条項は、無効とされる[369]。

たとえば、労働法典 1243-1 条は、「当事者の合意〔による労働契約の終了の場合〕を別として、期間の定められた労働契約は、重大なフォートがあった場合、不可抗力による場合、または会社の顧問医（médecin du travail）により確認された就労不能の場合にしか、期間の満了前に解消されえない」と規定する。この規定に反して、期間の定められた契約に、同条に掲げられた原因以外に基づく解約条項が付された場合が問題となる。

［仏 31］破毀院社会部 1998 年 12 月 16 日[370]

【事案】プロバスケットボール選手 X とクラブ Y との間で、2 年間の契約が締結されたと

---

367 J.Gestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., n° 2637.

368 J.Monéger, R.T.D.com.2000, 871, obs. au Cass.civ.3e, 17 juillet 2000.

369 G.Couturier, La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre social de la Cour de cassation, in Etudes offertes à J.Ghestin, 2001, p.273, sépc., p.281 et s.

370 Cass,soc., 16 décembre 1998, Bull.civ.V, n° 552 ; Dr.soc. 1999, 397, obs.J.-P.Karaquillo.

ころ、同契約には、両当事者に、契約期間が 1 年を経過した時から一方的に解除する権限を認める旨の条項が付されていた。その後、Y が、1 年経過後に X との契約を解除する旨を通知したところ、X が同条項を無効であるとして争った。

控訴院が同条項のみの無効を認めたところ、Y が、当該条件が決定的なものであったことなどを理由に破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、労働法典（旧）L.122-3-8 条（現在では、労働法典 1243-1 条。）の条文の内容を確認した後、「公序に関する同規定の結果、被用者は、同条により規定されたものとは別の原因のために、雇用者により契約が破棄されることをあらかじめ受諾することはできない」として、当該条項のみの無効を認めた。

同判決は、Y による破毀申立て理由のひとつとして当該条項が決定的なものであったことが挙げられていたにもかかわらず、それを考慮することはなかった[371]。

クトゥリエ（G.Couturier）は、たしかに、当該条項は、通常、雇用者にとって重要な条項であると考えられるものだとする[372]。しかし、違反された規定が保護しようとする利益に最も適するように無効の範囲が画定されているとして、同判決を評価した[373]。つまり、被用者の保護を目的とした規定の違反があったのであるから、被用者の利益になるように、無効の範囲が画定されるべきだという。

（3）保険契約における定められた方式の不遵守と保険契約の存続

続いて、保険契約における個人的利益の保護のための規定が違反された場合である。保険法典によれば、保険契約の締結にあたっていくつかの方式が要求されている。たとえば、保険法典 L.113-15 条は、契約期間が「保険証券に非常に明確に（en caractères très apparents dans la police）」表示されなければならない旨、および黙示の伸長（tacite reconduction）の期間がいかなる場合においても 1 年を超えてはならない旨の記載をするよう規定する[374]。

同条に違反した条項が置かれていた場合について、いかなる範囲で無効が課されるかについては規定されていないが、破毀院は、次のように、当該条項のみの無効を言い渡している。

---

371 なお、同判決では、Y が、期間の定めのない契約であったと再性質決定をすべきであるとの主張をしており、これを認めなかったことから、この点について学説の関心が集まったようである。同判決の評釈も、再性質決定の可否を重点的に論じている（Dr.soc. 1999, 397, obs.J.-P.Karaquillo.）。

372 G.Couturier, op.cit., art., p.282.

373 G.Couturier, op.cit., art., p.281.

374 「黙示の伸長」とは、異議申し立てがない場合に、自動的に契約の期間が延長することをいう。

［仏 32］破毀院第一民事部 1960 年 12 月 20 日[375]

【事案】保険会社 A と顧客 B との間で、主に動産に対する火災保険契約が締結された。事案の詳細については資料からは明らかではないが、1930 年 7 月 13 日の法律 5 条（保険法典 L.113-15 条の前身）の違反があったことが問題とされた。

控訴院は、同条の違反により、本件保険契約の無効を認めた。破毀申立てを誰がしたかについては、不明であった。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、同条の違反があった場合において、保険契約の無効には至らないとして、原審である控訴院判決を破毀し移送した。

［仏 33］破毀院第一民事部 1979 年 11 月 14 日[376]

【事案】保険会社 A と顧客 B との間で保険契約が締結されたところ、同契約には、契約期間等が明記されていなかった。その余の事実関係は不明であった。

控訴院は、契約期間等が明記されていなかったために、本件契約を、1930 年 7 月 13 日の法律に反するものであり、B を錯誤に陥らせた、そして詐欺があったとして、本件契約の無効を言い渡した。破毀申立てを誰がしたかは、不明であった。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、同条を遵守しなかったことは保険契約の無効に至らないとして、原審である控訴院判決を破棄し移送した。

（4）ローン契約における約定利率の無効

最後に、ローン契約において個人的な利益の保護に向けられた規定の違反が問題とされる場合である。このような事案としてよく挙げられるのは、約定利率が法律上要求された方式を満たしていない場合にローン契約が無効となるかという事案である。すなわち、民法典 1907 条 2 項は、約定利息の利率を書面により定めることを、1966 年 12 月 28 日法律 4 条（後に、消費法典 L.313-2 条となる。）は、総計実質利息（taux effectif global）につき記載することを要求している[377]。これに違反した場合が判例においてよく問題とされる。

判例は、一般に、当該利率に関する条項のみを無効とし、ローン契約の無効を認めない[378]。

---

375 Cass.civ.1re, 20 décembre 1960, Bull.civ.I, no 554.

376 Cass.civ.1re, 14 novembre 1979, Bull.civ.I, no 280.

377 民法典 1907 条 2 項「約定利息の率は、書面により定められなければならない。」

消費法典 L.313-2 条「L.313-1 条で定められている総計実質利息は、本節で規定された貸借契約を証明するあらゆる書面において記載されなければならない。」

378 本文で挙げた破毀院判決のほか、たとえば、以下の判決によれば、利息を定めた約定のみが無効とされた。

［仏］破毀院第一民事部 1982 年 5 月 12 日（Cass.civ.1re, 12 mai 1982, Bull.civ.I,no 175.）

［仏］破毀院第一民事部 1982 年 5 月 26 日（Cass.civ.1re, 26 mai 1982, Bull.civ.I,no 197）

［仏］破毀院第一民事部 1988 年 2 月 9 日（Cass.civ.1re, 9 février 1988, Bull.civ.I,no 34；

たとえば、破毀院第一民事部 1981 年 6 月 24 日は、次のように判示し、当該条項のみが適用されないものとした。

［仏 34］破毀院第一民事部 1981 年 6 月 24 日[379,380]

【事案】1977 年 2 月、金融機関 X は、Y に対して、24 か月払いの月賦の返済により、10000 フランを貸与した。同契約には、利率が 14.55%、遅滞利率が 16.55%であることが記載されていたが、総計実質利息（taux effectif global）が記載されていなかった。Y が返済を怠

J.C.P.1988,II,21026, note Chr.Gavalda et J.Stoufflet.）
［仏］破毀院商事部 1988 年 4 月 12 日（Cass.com.,12 avril 1988, Bull.civ.IV, n° 130 ; D.1988.309, concl.M.Jéol ; J.C.P.1988,II,21026, note Chr.Gavalda et J.Stoufflet ; R.T.D.com.1988.475, obs.M.Cabrillac et B.Teyssié.）
［仏］破毀院第一民事部 1994 年 6 月 8 日（Cass.civ.1re, 8 juin 1994, Bull.civ.I, n° 205.）
［仏］破毀院商事部 2003 年 6 月 11 日（Cass.com.,11 juin 2003, Bull.civ.IV, n° 94.）
［仏］破毀院第一民事部 2011 年 11 月 4 日（Cass.civ.1re, 4 novembre 2011, pourvoi n° 10-21856.）

379 Cass.civ.1re, 24 juin 1981, Bull.civ.I, n° 233 ; J.C.P. 1982, II, 19713, note M.Vasseur ; D. 1982. 402, note Boizard ; R.T.D.com. 1981, 809, obs. M.Cabrillac et B.Teyssié ; R.T.D.civ. 1982, 429, obs. Ph.Remy.

380 なお、同日付けで、類似した事案についての判決が出されている。便宜上、これらを第二事件、第三事件と呼ぶ。なお、これらの判決については、J.C.P. 1982, II, 19713, note M.Vasseur において、本文で挙げる判決に次いで、「2° Cass.civ. 1re, juin 1981 ; Sofinco-La Henin c. Epoux Eychenne」、「3° Cass.civ. 1re, 24 juim 1984 ; Chaneac c. Veuve Thuy」という題のもとで紹介されている事案である。本文中に挙げた同日付の判決とは、争点が異なるため、混同を避けるためにも簡単に紹介しておくこととしよう。

［仏］破毀院第一民事部 1981 年 6 月 24 日（第二事件）
【事案】貸主 A 社は、借主 B と金銭の消費貸借契約を締結した。同契約によれば、利息等についての記載がされていたが、総計実質利息（taux effectif global）について、「T.E.G.」という略称により記載されていた。それゆえ、民法典 1904 条 2 項等に反しないかが争われた。
　控訴院は、同約定を同法 1904 条 2 項に反するものとして無効とした。
【判旨】破毀自判。
　破毀院によれば、本件事案のもとでは、「T.E.G.」という略称が借主にとって曖昧なものではなかったとして、控訴院を破毀した。

［仏］破毀院第一民事部 1981 年 6 月 24 日（第三事件）
【事案】貸主 A と借主 B との間で金銭の消費貸借契約が締結された後に、利息の増加に関する合意がなされた。しかし、総計実質利息についての記載がなかった。もっとも、B は、その新たな合意の利息に基づいて何度か利息を支払っていた。その後の事実関係は不明であるが、新たな合意の利息の有効性が争われた。
　控訴院は、新たな合意につき、B が実際にそれに基づいて利息を支払っていることなどに鑑みて、有効であると判示した。
【判旨】破毀移送。
　破毀院によれば、本件の事実にもかかわらず、総計実質利息についての記載が必要であるとして、控訴院を破毀した。

ったため、X は、1979 年 2 月 20 日に催告をし、同年 8 月 22 日に、未返済の元本および遅滞利息の支払いを求めて訴えた。

原審は、融資契約が、総計実質利息を記載していなかったため無効であるとして、元本に、遅滞した時点からの法定利率による利息を付して返還するよう X に命じた。これに対して、X が、総計実質利息を記載しなかったことにより、Y が錯誤に陥ったか否かが判断されていないとして、破毀申立てをした。

【判旨】一部破毀。

破毀院は、次のように判示した。

総計実質利息について記載しなかったことにより契約の無効には至らないとしても、民法典 1907 条 2 項および 1966 年 12 月 28 日法律 4 条によれば､金銭の消費貸借においては、総計実質利息の記載が利息に関する約条の有効要件であるとされており、それゆえ、当該不記載が融資条件に関する借主の錯誤をもたらした否かを探究しなくとも、利息に関する同約定が適用されえないことから、約定利率による利息を請求できないとした原審を正当であったとした。

もっとも、有償の融資契約であり、かつ、約定利率に関する約定が有効でなかった場合においては、融資の時点から法定利率が適用されることになるとして、法定利息の支払いを遅滞の時から適用した原審は、民法典 1134 条および 1907 条の適用を誤ったものであると判示した。

同判決は、民法典 1907 条 2 項および 1966 年 12 月 28 日の法律 4 条（後に、消費法典 L.313-2 条となる。）を適用条文として挙げ、消費貸借において、当該契約における総計実質利息の記載の要求が利息に関する約定の有効要件であるとし、当該約定の適用は、このような記載の不備が借主を錯誤に陥らせたか否かを判断せずともありえないものであると判示したのであった。

学説も同様、ローン契約の無効を認めることは妥当でないという。なぜなら、ローン契約が無効とされるならば、借主は、期限の利益を失い、即座に金銭を返還しなければならないことになる[381]。そしてこのことから、金銭を借り受けること自体に利益を見出す借主は、無効訴権を提起したがらず、無効の効果的な発動が妨げられるという[382]。

（５）個人的利益の保護のための規定の違反があった場合のまとめ

以上でみてきたように、今日の判例および学説は、個人的な利益の保護のための規定の違反があった場合において、当該規定により保護が目的とされている当事者が契約の全部

[381] O.Gout, op.cit., thèse, nº 634 ; C.Ouerdane-Aubert de Vincelles,op.cit., nºs 63 et s.
[382] Ph.Malaurie et L.Aynès, Taux de l'intérêt conventionnel, Defrénois 1991, 466, spéc. nº 8 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2637.

無効により不利益を受けることを避けるために、一部無効を課すのである[383]。このとき、当事者の意思において当該条項が重要であったか否かが問題とされることはない。このことは、たとえば、破毀院第三民事部 1983 年 6 月 14 日が、賃料の不法な改訂条項につき動因的かつ決定的な条項であったか否かを評価しなければならないとする破毀申立てに対して、その必要はないとして棄却していたことからも明白であろう。

したがって、条項の無効の典型例である個人的な利益の保護に向けられた規定の違反があった場合には、当該規定の目的を達成するために必要な範囲で無効が課されるといことができる[384]。

二　不法なスライド条項に関する事案

スライド条項に無効原因が存する場合の行為の帰趨については、判例および学説を一元的に把握することが難しい。そのため、概要をあらかじめ述べておくことが便宜であろう。

前章で挙げた裁判例をみてわかるように、スライド条項に無効原因が存する場合において、判例は、当事者の共通の意図において、当該条項が決定的なものであったか否かを考慮し、解決していた。しかし、後述する破毀院第三民事部 1972 年 6 月 6 日は、当事者の意思を基準とした解決を明確に否定する。しかし、その後に出た破毀院商事部 1990 年 3 月 27 日は、一見すると、当事者の意思を基準として無効の範囲が画定される旨を判示したかのようなものであった。もっとも、学説は、破毀院商事部 1990 年 3 月 27 日判決が出たものの、当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するという準則へ戻ることはなかった。以上が、大筋の判例および学説の傾向である[385]。

---

383 なお、個人的な利益の保護が問題とされる場合においては、保護されるべき当事者が、自身の利益になるのであれば、一部無効ではなく、全部無効を主張することも認めるべしとする理解もありえよう。この点については、J.Gestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2636.

384 もっとも、シムレールも、積極的な公序に関する規定が問題となる場合には、当事者の意思に基づく基準が退けられるとすることから、おそらく、結論に違いはないと思われる。

385 さらに、その後の判例には、不法なスライド条項を、正当なスライド条項に置き換えるという判例が登場し、学説はというと、この判例に対して好意的な見解が多い。

たとえば、スリネによれば、今日において、いかなるスライド条項が不法なものとされるのかの判断が難しいものとなっており、当事者が善意で不法なスライド条項を置くことが考えられるとされる（このことは、J.Ghestin, note au D.1973, 419.により指摘されていた。）。このような状況においては、スライド条項の付された契約の無効も、スライド条項のみの無効も、立法者により考えられた規定の目的に合わないとする。ここで禁止されるものは、通貨価値の目減り（érosion monétaire）に対する予防措置をとることそれ自体ではなく、一般に貨幣の価値を下落させると考えられる一定の指数（indice）を採用することである。そこで、インデクセーションに関する規制の目的に合致した範囲で当事者の意思を遵守する解決が望まれるのであり、採用された指数の訂正がなされるべきであるとする。スリネによれば、この事案においては、サンクションの実効性と当事者の意思の遵守との調整が望ましいとされる（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2641.）。

それゆえ、以下では、第一期として、動因的かつ決定的な条項であったか否かにより解決された判例と、それに対する学説の反応をみていこう（1）。続いて、第二期として、当事者の意思を基準とした無効の範囲の画定を明確に否定したリーディングケースとして引用されることの多い破毀院第三民事部 1972 年 6 月 6 日と、それに反対の解決を再び示した破毀院商事部 1990 年 3 月 27 日、およびそれに対する学説の評価をみることとしたい（2）。

１．第一期の判例　－動因的かつ決定的な条件による解決－

当初現れた判例はというと、不法なスライド条項が当事者の意思において動因的かつ決定的な条件であったか否かにより、契約の全部を無効とするか当該条項のみを無効とするかを決するというものであった。もっとも、当時から、少数ながら、違反された規定の目的という観点から無効の範囲を画定する裁判例があったが、日の目を見ることはなかった。それは、公序が無効の範囲を要請する場合には違反された規定の目的により無効の範囲が画定されるべきであるという主張をした初期の学説が登場したのは、20 世紀中葉以降であり、それ以前には、そもそも公序と無効の範囲との関係が意識されていなかったためであろう[386]。なお、コーズ概念に頼る判例もあるが、条件とコーズとの関係については、次款で検討することにしたい。学説上、以下の判例または裁判例が、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定したものとして挙げられる。

＜肯定例＞

［仏 35］破毀院民事部 1939 年 7 月 24 日[387]

【事案】1925 年に、賃貸人 A と賃借人 B との間で商業賃貸借契約が締結された。当契約の賃料は、ストラスブールの市民による取引総額に関する公的指数に基づいて、フランス通貨の購買力（pouvoir d'achat）を考慮して定められる旨の条項が置かれていた。ところで、フランスにおいては、1914 年 8 月 5 日法律で兌換制度（cours forcé）が導入され、1928 年 6 月 25 日の法律により廃止された。当契約は、この間になされた契約であった。その他の事実関係は不明である。

これに対しては、本章第三節でみる縮減の事例とは異なり、代替されるべき条項が、法律上明確であるわけではない（ただし、縮減の事例においても、付随的詐欺に基づく縮減など、明確な基準が存在しているわけではない事案も、伝統的な一部無効論により、一部無効の問題であるとして指摘されていた。しかし、これについては、今日の学説によれば、一部無効の問題ではないとされる。詳細は、本章第三節を参照。）。それゆえ、同事案を、一部無効論という観点から論じうるかについては定かではなく、本稿では、本文で扱うことをしなかった。この点については、今後の課題としたい。

386 たとえば、例外的に公序の要請により無効の範囲が画定されるとしたシムレールのテーズは 1969 年に出版され、経済的公序という観点から無効の範囲を検討したファールジャのテーズは、1963 年に出版されている（G.Farjat, L'ordre public économique, thèse, LGDJ, 1963,）。

387 Cass.civ., 24 juillet 1939, G.P., 1940.I, Table, *v°* Paiement, n° 6.

【判旨】（不明）

破毀院によれば、両当事者の意思によれば、賃料がフランス通貨の購買力により決定されるものであったこと、および同条項と類似の、フランの価値の下落に対する予防のために置かれた条項が商業賃貸借契約においては無効とされていることに鑑みれば、控訴院は、賃貸借契約の締結に決定的であった当該条項が存することにより、賃貸借契約の無効をもたらすと判示した。

［仏 36］破毀院第三民事部 1971 年 6 月 24 日[388]

【事案】事案の詳細は不明であるが、売主と買主との間で売買契約が締結され、その代金がスライド条項により決定される旨の合意がされていた。もっとも、その履行は、数年にわたり延期されていた。判旨をみるかぎり、その後、おそらく一方の当事者にとって有利な時期に履行が請求されたところ、当該スライド条項の有効性および無効の範囲が争われたものと思われる。

控訴院が、代金の決定のために付されたスライド条項を不法であるとし、当該条項の無効が合意全体の無効をもたらさなければならなかったとした。これに対して、いずれの当事者が主張したかは不明であるが、控訴院が、当該条項の無効が合意全体の無効をもたらすとするにあたり、契約締結時において、当事者がスライド条項に動因的かつ決定的な特徴を与えていたかにつき評価していなかったとして、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、民法典 1172 条の文言によれば、法律に禁止された事柄に関するあらゆる条件が無効であり、これに依拠した合意を無効にすることを確認した後、少なくとも、「不法な条件が両当事者の思考（esprit）において意思の合意（accord de volonté）の基本的な条件であり、その結果、その〔条件の〕除去が契約のエコノミー（economie du contrat）を覆す場合にはそうである〔合意を無効にする〕」とした。そして、破毀院は、控訴院によれば、「本件契約が数年にわたり延期されており、本件契約において規定されたスライド条項が必然的に売主が受け取ることのできる代金を修正させ、〔それゆえに〕売主が合意を与えた」ことが確認されることから、両当事者の共通の意図において、不法な条項は、合意の動因的かつ決定的な特徴を示していたとして、原審を正当なものとした[389]。

＜否定例＞

［仏 37］破毀院民事部 1932 年 11 月 21 日[390]

【事案】不動産の売買契約において、買主 Y が、代金を、年金（rente viagère）により売主 X に支払う旨の合意がされた。さらに、同契約の代金の支払い方法について、金貨また

388 Cass.civ.3e, 24 juin 1971, D.1971, somm.131 ; J.C.P.1972, II, 17191.

389 民法典 1172 条［再掲］「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であり、それに依存する（dépend）合意を無効とする。」

390 Cass.civ., 21 novembre 1932, G.P., 1933.I.190 , D.H. 1933, p.19.

は銀貨（en espèces d'or ou d'argent）により支払う旨が規定されていた。その後の事実関係は明らかではないが、兌換制を導入した 1914 年 8 月 5 日の法律との関係で同条項の有効性が争われることとなった。

控訴院は、同条項のみの無効を認めたところ、売主 X が、当該条項が契約の基本的な条件であったとして破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院によれば、上記支払いに関する約定がひな形条項（clause de style）でしかなかった、つまり、定期支払額の支払いの際に決して考慮されていなかったこと、それゆえに、契約の基本的な条件としてみなされていなかったであろうとしたことが認められたと確認した後、本件事情および当事者の意思の探究による専権的に確認された事実から、本件条項の無効が売買契約の無効をもたらしえないとしたのであり、控訴院は、判決に合法な基礎を与えていたとして、破毀申立てを棄却した。

［仏 38］セーヌ商事裁判所 1937 年 1 月 6 日[391]

【事案】1926 年 6 月 7 日、Y は、X に対して、通信機器を貸与した。賃料は、年 5000 フランと定められていた。もっとも、当契約の約款（conditions generales）には、労働大臣（ministère du Travail）により定められた卸売物価（prix de gros）の指数に対して賃料が比例する旨の記載がされていたが、この部分については当事者の合意から完全に除外されていた。同月 9 日、Y は、X に対して口頭で、ポンドーフランの相場が 1 ポンド 200 フランを越えたら賃料が増額され、1 ポンド 150 フランを下回ったら減額されるであろうことを合意した。同条項は、1928 年の料金に対して適用されたが、それ以降は適用されることがなかった。もっとも、賃料は、本件機器の取付けにあたり多くの装置等が追加され、穴居機は、1934 年以降、6248 フランとなっていた。そこで、X は、契約に合致した解釈によれば支払わなかったであろう額として 14683 フランの返還（remboursement）を請求した。また、予備的に、本件条項の無効が認められた場合には、当契約の無効および支払った賃料の総額である 57000 フランの返還（restitution）を請求した。

【判旨】請求棄却。

セーヌ商事裁判所は、X の主張を棄却した。当該条項の無効と契約の無効との関係については、次のように判示されている。まず、本件 9 日の合意は、賃料をポンドに対するフランスの通貨の相場により変動させるものであり、フランの価値を無視するものであり、公序および 1870 年 8 月 12 日法律および 1914 年 8 月 5 日法律に反して無効であるとした。続いて、一般論として、合意に付されたある特定の条項の無効が合意全体の無効に至るのは、当該条項が当事者の合意の決定的な条件のひとつであった場合だけであることを確認し、①本件においては、7 日の契約の締結後に追加された条項であり、契約の運命（sort）を当該条項の存在に従属させると合意されていたことが証明されていないこと、②9 日の条

391 T.Com.Seine, 6 janvier 1937, G.P., 1937.I.465.

項が適用されていなかったことは、むしろその放棄としてみなされなければならないことを確認し、これらに鑑みれば、X が、当該条項が無効であることを主張することはできず、なおのこと、その合意の無効を請求することができないと判示し、X の主張を、基礎を欠くものだとして棄却した。

これらの判例および裁判例をまとめておこう。上述した［仏 35］判決は、スライド条項が、契約の締結に決定的であったことから、当該条項が付された賃貸借契約の無効を認めた。また、［仏 36］判決は、スライド条項が代金を修正するものであったことから、控訴院が具体的に本件スライド条項について動因的かつ決定的な特徴を評価しなかったにもかかわらず、契約を全部無効とした控訴院を正当であったとした。

学説も同様に、スライド条項が、代金の計算方法にかかわり、決定的であるのが通常であるとして、当事者の意思におけるスライド条項の決定的な特徴が推定されなければならないと主張した[392]。

これに対して、条件の決定的特徴を否定した判例および裁判例は、やや特殊なものであったように思われる。まず、［仏 37］判決は、当該契約において当事者が一定の間、当該条項を使用せずに額面で履行していたことから、当該条項がひな形条項でしかない、つまり、考慮されていなかった条項であったとして、契約の無効の請求を否定した。また、［仏 38］判決は、スライド条項が、後日に追加された条項であること、および実際に適用されていなかったことから、当該条項の無効を理由に合意の無効を請求することはできないとした。このように、否定例は、条項が実際に適用されていなかったことなどから、合意の無効の請求を否定しているのであり、契約締結時における決定的な特徴の有無という点を判断していたわけではなかった。

このように、否定例はやや特殊な事情が存在した事案ばかりであったが、判例は、当事者の共通の意図においてスライド条項が動因的かつ決定的なものであったか否かにより、契約全体が無効となるか、当該条項のみが無効となるかを判断していたといえよう。そこで、実務は、あらかじめ、当該条項が決定的である旨を示しておこうと、不可分性条項を、契約に付しておくようになる。そして、判例は、事実審裁判官がこの意思の表明を考慮しなければならないとしていた[393]。

しかし、その後、1972 年に、判例変更とも評価される破毀院判決が現れた。

なお、当事者の意思が考慮されて無効の範囲が画定されるならばスライド条項を禁止した法律の目的が達成されないとして、当事者の意思を考慮することに批判的な見解も既に存在し、また、下級審裁判例においても、その旨を判示するものがあった。もっとも、破毀院第三民事部 1972 年 6 月 6 日が、不法なスライド条項が決定的な特徴を有する旨の記載がされていたにもかかわらず、これを認めなかったことから、判例の新たな傾向を示した

[392] H.Capitant, D.H. 1927, Chron.1, spéc.3
[393] たとえば、Cass.com., 19 janvier 1967, D. 1967, Bull.civ.III, n° 39.

ものとして引用されており、重要なものである。

２．第二期の判例　－サンクションの実効性に基づく解決－

まずは、破毀院第三民事部 1972 年 6 月 6 日をみてみよう。

［仏 39］破毀院第三民事部 1972 年 6 月 6 日[394]

【事案】不動産会社 X は、A に対して営業賃貸借（bail commercial）により建物の一部を貸与していた。その後、1966 年 5 月に、Y が A の営業財産を競落した。X は、同年 12 月、賃貸借契約の解約および建物からの排除（expulsion）を求めて Y を訴えた。しかし、1968 年 2 月には、X と Y との間で和解が成立し、賃貸借契約が締結されるに至った。同契約には、賃料のスライド条項が付されており、賃料が石工の時間給労働者の給与に基づいて定められるものとされていた。また、同条項が契約に決定的な条項であると記載されていた。その後の事実関係は不明であるが、同条項の有効性が争われることとなった。そこで X は、同条項が有効であること、予備的に、同条項が無効であるならば、賃貸借契約が無効となることを主張した。

控訴院が当該条項のみの無効を認めたため、X は、控訴院が契約の明白な文言をゆがめたとして、破毀申立てをした。なお、同条項の有効性について、控訴院は、X－Y 間の営業賃貸借契約と石工の時間給労働者の給与との間には関係性がないことから、不法なものであるとし、破毀院もこれを是認している。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、本件賃貸借契約が締結された経緯に鑑みて、当該条項を賃貸借契約の有効性に依拠させることが法律に対するフロードに相当し、当該条項が賃貸人により賃借人に対して不正に課されたものであると判示したことを確認し、この条件〔事実関係〕のもとでは、スライド条項の無効が賃貸借契約の無効をもたらさなかったと結論づけることができたとして破毀申立てを棄却した。

（１）で確認したように、それまでの判例は、スライド条項が当事者の意思において決

---

394 Cass.civ.3e, 6 juin 1972, Bull.civ.III, no 369 ; J.C.P. 1972, II, 17255 ; D. 1973, 151, note Ph.Malaurie.

そのほか、当事者の意思を考慮することを否定し、契約の全部無効を認めなかった判例および裁判例として、たとえば次のものがある。

［仏］セーヌ民事裁判所 1919 年 3 月 17 日（T.Civ.Seine, 17 mars 1919, DP.1924, 2, 17, note H.Lalou.）

［仏］ルーアン控訴院 1922 年 11 月 16 日（C.A.Rouen 16 novembre 1922, S. 1926.II.49, note Rousseau , D.P. 1926.II.57, note Capitant.）

［仏］破毀院第三民事部 1973 年 7 月 9 日（Cass.civ.3e, 9 juillet 1973, D.1974, 24, note Ph.Malaurie.）

定的であったか否かにより無効の範囲が画定されると判示していた。しかし、同判決は、当事者の意思において決定的な条項であったことが明示されている場合（以下、この旨の条項を「不可分条項（clause d'indivisibilité）[395]」という。）であっても、全部無効を認めると法の目的が達成されないとして、当事者の意思を基準とせずに無効の範囲を画定したのであった。

まず、「法律に対するフロード」とは何かにつき、説明しておこう。同判決の評釈をしたマロリー（Ph.Malaurie）によれば、「フロードは、正当な手段がもっぱら不法な目的のために用いられたときに存在する」とされる[396]。つまり、本件においては、当事者の意思を明確にする旨の条項自体は正当であるが、その目的が不法であったということである。その理由について、マロリーは次のように述べる。不法なスライド条項が当事者の意思において重要であったことを理由に契約が無効とされるならば、一般に、借主は、賃借人としての地位を失うことになることから、契約の無効を恐れて無効訴権を提起しないことになる[397]。公序が遵守されるには実際に不法性が摘示される必要があるにもかかわらず、それが実現されないために、公序の目的が達成されないこととなる。そのため、当事者の意思に基づいて解決をすることは、サンクションの効率的な発動を害することになる。

学説の多くもマロリーと同様に、違反された規定の目的を達成させるために、当事者の意思を考慮することを望ましくないとした[398]。

もっとも、本判決と真っ向から対立するものが、その後に現れた。それが、破毀院商事部 1990 年 3 月 27 日である。同判決は、上記［仏 39］判決とは異なり、不可分性条項を考慮しないのは、1134 条 1 項に反するとしたのであった[399]。もっとも、同判決について評釈をしたテスチュ（X.Testu）は、同判決によって、かつての、当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するという準則へ戻ってはならないとする。そしてテスチュは、同判決の事案の特徴を強調し、同判決はむしろサンクションの実効性に基づく解決であることを主張する。

---

395 なお、複合的な契約においては、複数の契約が別個である旨の条項が付されることがあり、この旨の条項は、「可分条項」と呼ばれる。不可分条項が契約の全部無効を企図するのに対して、可分条項は、その分断を企図する。そして、問題状況の違いとして、不可分条項は、本件のように公序に対する違反との関係で問題とされるのに対して、可分条項は、公序に対する違反があった場合に問題となるのではないことに注意が必要である。

396 Ph.Malaurie, au D.1972, jur.,151, nº 6.

397 Ph.Malaurie, au D.1972, jur.,151, nº 8.

398 たとえば、J.Ghestin, note au J.C.P. 1972, II, 17191；X.Testu, note au D.1991, jur., 289.

また、シムレールの一部無効論に対しても、この文脈において彼の主張が引用されることが多いことから、シムレールが公序の要請に基づいて無効が画定されることがあると指摘したことが、今日において評価されているといえよう（たとえば、X.Testu, note au D.1991, jur.291, spèc., nº 14.）。

399 民法典 1134 条 1 項［再掲］「適法に形成された合意は、それを行った者に対して法律に代わる。」

まずは、破毀院商事部 1990 年 3 月 27 日の事案等を確認しよう。

［仏 40］破毀院商事部 1990 年 3 月 27 日[400]

【事案】賃貸人 X と賃借人 Y_1との間で、営業財産の管理賃貸借（location-gérance）契約が締結され、また、商品の在庫を X が Y_1に売却した。同契約は、使用料が、都市家庭の消費者価格（prix à la consommation des ménages urbains）によりスライド化される旨が約定されていた。また、同契約には、賃借人に保証人 Y_2（caution）が立てられていた。その後、本件契約が解除され、X が、Y らに対して在庫の代金の支払いを請求した。これに対して、Y_2は、本件管理賃貸借契約におけるスライド条項は不法であり、契約全体の無効をもたらし、それにより、保証契約が存在理由を失うために保証契約も無効になると主張した。

控訴院は、本件スライド条項が 1958 年 12 月 30 日のオルドナンスに鑑みて不法であることを認める一方で、本件スライド条項の無効は管理賃貸借契約の無効をもたらさないとした。これに対して、Y_2が破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、本件契約には、ある約定が、「この契約のあらゆる条項はぜひとも必要なものであり（de rigueur）、それらの諸条項それぞれが、それがなければ当事者が契約を締結しなかった、この契約の決定的な条件である」と明示していたことを確認し、控訴院がこの明白な文言を変性させた（a dénaturé）として、民法典 1134 条を適用条文として挙げ、破毀し移送した。

本判決は、明らかに、前掲［仏 39］判決と異なる解決をした。すなわち、前掲［仏 39］判決は、不可分条項が法に対するフロードに相当するとして全部無効を否定したのに対し、本判決は、違反された事柄が同じであるにもかかわらず、不可分条項を歪曲させた控訴院を破毀した。それゆえ、一見すると、同判決は、当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されるという準則への回帰を示したものとも思われよう。しかし、学説は、この準則へ回帰しなかった。学説は、むしろ、同判決は、違反された規定の目的を達成するために無効の範囲が画定されるという準則と矛盾するものではないとする。

同判決の評釈をしたテスチュは、次のようにいう。まず、「われわれは、公序〔に関する規定〕の実効性（efficacité）を確保するという配慮において、サンクションが、常に、不法な条項に制限された無効のそれ〔サンクション〕でなければならなかったことを断言しえない」として、公序に関する規定の実効性を確保するためには、条項のみの無効ではないサンクションが適切である場合があることを指摘した[401]。そして、同判決の事案の特徴として、保証人がいたこと、および契約の全部を無効とすることにより、債務者の付随的

[400] Cass.com., 27 mars 1990, D.1991, jur.289, note X.Testu.
[401] X.Testu, note au D.1991, jur,289, n° 14.
なお、本判決に関してではなく、一般的な指摘として、G.Farjat, op.cit., thèse, p.382.

な債務も消滅することという点を挙げ、全部無効が、不法なスライド条項の被害者である債務者により利益的なものであり、同判決を、サンクションの実効性という観点からすれば適切な解決であったと評価した[402]。

以上のように、スライド条項に関する事案においても、今日の学説によれば、当事者の意思に基づいて無効の範囲が判断されているのではなく、違反された規定の目的に従い無効の範囲が画定されると主張されたのであった。

３．小括

かつては、当事者の意思において動因的かつ決定的な条件であったか否かにより無効の範囲が画定されるとされていた不法なスライド条項の事案においても、その後の判例および学説によれば、違反された規定の目的が参照され、それを達成するためにはいかなるサンクション（無効の範囲）が実効的であるか、という点から無効の範囲が画定されるようになっている。そして、サンクションの実効性という観点から無効の範囲が画定されていることが明確ではない判例であっても、この観点から説明が試みられており、当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されるという準則は採用されなくなった。

三　小括

本款では、条項の無効が問題とされる典型例を概観した。学説上、問題として取り上げられるのは、有償契約において公序に関する規定に反する条項が置かれた場合であり、この事案においては、一般的に、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思の考慮が否定されており、違反された規定の目的を達成するために必要な無効の範囲が画定され、課されていたといえよう。

しかし、そうすると、動因的かつ決定的な条件という概念は、今日において、無意味な概念となったのだろうか。そうではないように思われる。

公序の規定に反した条項が置かれた事案以外に目を向けるならば、たとえば、不能条件に関する事案においては、当該条件が当事者の意思において決定的なものであったか否かにより、無効の範囲が決定されている。もっとも、その適用条文については、民法典 1172 条を挙げる判例と、民法典 1131 条を挙げる判例とに分かれる。

すなわち、不能条件と無効の範囲とが問題とされる事案として、建築許可を要する土地に建物を建築するために土地を購入したところ、建築許可が下りなかったという事案が挙げられる。たとえば、破毀院第三民事部 1982 年 2 月 3 日は、建物を建設するという条件で土地を購入したところ市町村の開発計画に適合していなかったために建築許可が得られなかったという事案において、建築許可を得ることが不可能であること、および当該条件が当事者の合意の決定的な条件であったことを考慮して、民法典 1172 条を適用し、売買契約

402 X.Testu, op.cit., note au D.1991, nº 6.

を無効にした[403]。他方で、判例には、同様の解決をもたらしながらも、当該条件が動因的かつ決定的なコーズであったとして、民法典 1131 条を適用し、売買契約の無効を認めるものがある。

このような判例に対して、学説はというと、シムレールとは異なり、一部無効というサンクションの問題に関係する概念であるとして動因的かつ決定的な条件概念を扱うことをしない。まず、学説は、判例において、同種の条件が成就しなかった場合において、一方で条件に関する規定である民法典 1172 条が適用され、他方でコーズに関する規定である同法 1131 条が適用されていることから、条件とコーズとの異同に関心を示す[404]。そして、まさにこのことが、伝統的な一部無効論が動因的かつ決定的な条件概念を、無効の範囲の画定に係る概念であるとして論じたことによる混乱を解きほぐす手掛かりになるように思われる。

そこで、次款では、条件が決定的である、または決定的ではないとは何を意味するかにつき検討をした学説をみていくこととしよう。

第二款　決定的な条件の意義と条項の無効

伝統的な一部無効論は、動因的かつ決定的な条件概念をもとに、当事者の意思を基準として無効の範囲を画定すべきであるとした。しかし、その後、条項の無効が問題となる事案において、判例および学説は、当事者の意思を考慮することなく、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲を画定していた。動因的かつ決定的な条件概念が再び論ぜられることとなったのは、前款の最後に指摘したとおり、コーズと条件とがどのような関係にあるか、という視点によるものであった。このような視点から、「当事者の意思において決定的な条件とは何か」を検討したボネ（D.Bonnet）の見解をみていこう[405]。

一　ボネの見解の位置づけ

ボネは、判例によれば、ある契約に付された条件が、条件であるとされる場合とコーズであるとされる場合とがあるが、両者に違いがあるのだろうか、という疑問から出発する[406]。

---

403 Cass.civ.3e, 3 fevrier 1982, Gaz.Pal. 20 juillet 1982, Panorama, note J.D.

404 たとえば、J.Rochefeld, Cuase et type de contrat, thèse, LGDJ, 1999, nos 254 et s ; D.Bonnet, Cause te condition dans les actes juridiques,thèse, LGDJ, 2005.

405 D.Bonnet, Cause te condition dans les actes juridiques,thèse, LGDJ, 2005.

406 条件とコーズとの関係は、ロシュフェルトにおいても指摘され、彼女によれば、判例および裁判例が非典型コーズを示している手懸かりとなるとされる。

すなわち、ロシュフェルトは、ある条件や条項が決定的であったとされる場合について、コーズとの関連性を指摘する。ロシュフェルトの指摘は、彼女のテーズの核心である、典型コーズ（cause typique）と非典型コーズ（cause atypique）との区別に基づくものであり、まずは、彼女のコーズ論の概略を説明しておこう（J.Rochefeld, Cuase et type de contrat, thèse, LGDJ, 1999.）。なお、本文でも後に触れる。

そして、条件とは契約においてどのように位置づけられるものか、ある条件が決定的であるとは何を意味するか、について明らかにすることを試みた。この議論は、一部無効論とは無関係な議論であるようにも思われよう。むしろ、この無関係であるということが、一部無効における当事者の意思の意義を検討するうえでは、示唆に富むように思われる。

ボネの見解は、「コーズの主観化」と呼ばれる現象を前提に、主観化されたコーズと、条件との違いを分析するものである。あらかじめ、「コーズの主観化」とは何かについて付言しておくと、それは、次のようなものである。

「コーズの主観化」と呼ばれる傾向は、1990年以降の判例の重要な流れであるとされる[407]。伝統的に、債務のコーズは、反対給付であるとされていたが、それをより具体的かつ主観的な構造のもとで捉えようとする動きが、判例においてみられる。その典型例として挙げられているのが、破毀院第一民事部1996年7月3日（通称、「ビデオクラブ判決」として有名である。）であるとされる[408]。同判決は、レンタルビデオ店の開設のためにビデオカセットの賃貸借契約が締結されたのであるが、同契約が、小さな村でのレンタルビデオ店の経営を目的として締結したものであったことに鑑みて、この意図が実現不可能であったとして、コーズの不存在を理由に、賃貸借契約の無効が言い渡した。伝統的な債務のコーズとしては、ビデオカセットの引渡しによりコーズが存在するはずであるところ、契約における経済的な意図という主観的な要素をコーズに取り込み、それが実現不可能であることからコーズが存在しなかったとして、同判決は、契約を無効としたのであった。

ロシュフェルトは、コーズを、典型契約におけるコーズ（典型コーズ）と非典型契約におけるコーズ（非典型コーズ）とに区別して把握する。典型コーズとは、個々の契約類型における一定の典型的な契約利益を意味し、非典型コーズとは、当事者において個別的に追求される契約利益を意味するとされる（J.Rochefeld, op.cit., thèse, nos 156 et s.）。そして、この非典型契約には、典型契約に個別的な契約目的を追加するかたち締結される契約と、全ての点に関して個別の形成を行うことによりまったく新しく創造された契約とがあるとする（J.Rochefeld, op.cit., thèse, nos 230 et s.）。

このような独自のコーズの区別を前提に、ロシュフェルトによれば、判例における「動因的かつ決定的な」という表現や、「条件が決定的であった」という表現で示される内実は、それが付された契約が、典型契約が非典型コーズを有するものであることを示すために用いる表現であるとした（J.Rochefeld, op.cit., thèse, nos 246 et s.）。この点は、無効の範囲を画定するために用いられていた概念ではない可能性を示すものであり、興味深い。

もっとも、ロシュフェルトは、同概念が、コーズの存在の確認として把握されるものであるとする一方で、「…この表現は、〔コーズの〕正当性のコントロールや、ある無効とされた要素の契約全体への影響の検討に徹していた」とし、両者の関係については、触れられなかった（J.Rochefeld, op.cit., thèse, no 251.）。それゆえ、ロシュフェルトによる、「動因的かつ決定的な」という表現や「決定的な条件」という表現の内実の検討が、一部無効論において用いられていた動因的かつ決定的なコーズ概念と接合されうるものなのかは、明らかではなく、本稿では、彼女の見解を取り上げなかった。ロシュフェルトの見解は、当事者間で意図された均衡という観点から、一部無効論を把握する場合には、非常に示唆に富むものとなろう。彼女の見解については、後に触れることとする。

407 F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, Les obligations, 10e éd., Dalloz, 2009, no 342.

408 Cass.civ.1re, 3 juillet 1996, D.1997, 500, note Ph.Reigné.

このような「コーズの主観化」と称される判決の傾向を前提に、ボネは、一方で、コーズの主観化により個人的な動機（mobile）がコーズのなかに包摂されるが、他方で、条件により個人的な動機を契約内容にすることができることを指摘し、両者の違いがどこにあるかを問題にする[409]。そして、この観点から、条件とコーズとの区別に関する従来の基準は適切でないと批判する。そのなかで、ボネは、当事者の意思における決定的特徴という主観的要素が条件とどのような関係にあるかを検討するのであるが、その帰結から、伝統的な一部無効論によれば、民法典 900 条および同法 1172 条の解釈によって、無効の範囲を画定するにあたり条件が決定的な特徴であったか否かが基準とされることに対して、批判を展開するのであった。

二　条件の特徴と無効の範囲

ボネは、一方で、コーズの主観化のもとでは、コーズにおいて当事者の動機が考慮されうるとし、他方で、当事者が条件を置くことは、ある動機を契約において考慮されるべきものとすることであるとして、条件とコーズとが接近するという。そこで、両概念がどのような違いがあるかが問題となる。この問題について、一部の学説は、コーズを基本的なもの（essentiel）であるとし、条件を付随的なもの（accessoire）であるとすることで区別しようとする[410]。ボネは、このような視点で条件とコーズを区別することができるかを分析していく。そのなかで、主観的な観点から基本的な約定をコーズであるとし、付随的な約定を条件とすることについて、次のように批判した。

前述のとおり、ボネは、コーズおよび条件を通じて、動機が考慮されると考えるため、当事者の意思における決定的な基準に関する議論は、次のようなものだという。

> 「コーズまたは条件により動機が契約領域に統合される〔か否かという〕こと（intégration au champ contractuel d'mobile）が、すぐに〔想起されるように〕、この議論の中心のように思われる。なぜなら、これ〔契約領域への統合〕が、決定的特徴を担保するからである。われわれは、付随的かつ無視されうる（accessoires-négli-geables）要素を契約領域へ統合しない。反対に、ある要素を〔契約に〕挿入することは、基本的かつ決定的な（essentiel-déterminant）特徴を示す。〔この〕証明として、このような〔契約領域へと統合される要素の〕挿入は、〔両当事者による〕作成（rédaction）ではないにしても、交渉の成果（effort）であることを要求する。たいていの場合、条項の挿入は、〔契約が作成された後でしか〕生じない。」[411]

---

409 D.Bonnet, Cause te condition dans les actes juridiques,thèse, LGDJ, 2005, nos 598 et s.

410 J.Rochefeld, Cuase et type de contrat, thèse, LGDJ, 1999, no 256 ; J.-B.Suebe, L'indivisibilité et les actes juridique, thèse, Litec, 1998, no 188.

411 D.Bonnet, op.cit., no 631.

このようにボネは、ある要素が主観的に決定的であったか否かという違いは、契約領域に統合されたか否かにかかわるものであるとする。そして、契約領域に統合された要素のみが、法的に考慮されるものである。これに対して、契約領域に統合されなかった要素は、法秩序に認められないものであり、それが結実しなかった（déception）ところで、法律行為の存在を再検討するには十分でないとする[412]。

ボネは、この契約領域という概念の定義は難しいとしながらも、これを、「当事者の意思の合致を構成する諸要素の集合を受容する面である」とする。そして、あらゆる要素が、この契約領域への統合から閉ざされているわけではないという[413]。

それゆえ、コーズと条件とを、当事者の意思における重要性に鑑みて区別することを否定する。つまり、ある約定が主観的なコーズを形成するとされる場合（以下、このような約定を「コーズ的約定（stipulation causal)」という。）は、それが契約に不可欠である重要な要素にかかわるものであり、条件とされる約定（以下、このような約定を「条件的約定（stipulation conditionnante」という。）は重要ではない、つまり無視されうる要素である、という区別を否定する。コーズ的約定と、条件的約定とは、いずれも、当事者の意思における決定的な特徴を有するものだとするのであった[414]。

以上のように、ボネは、条件が当事者の意思において決定的であるために法的に考慮されると主張することから、伝統的な一部無効論を批判する。なぜなら、伝統的な一部無効論によれば、ある条件が決定的であったか否かにより、無効の範囲が異なることになるが、あらゆる条項を決定的なものと考えないことは難しいことだからである[415]。こうして、ボネは、最低限の（minimum）無効という考えを提唱するのであるが、最低限の無効とは、不法な要素を消滅させる範囲で無効を課すというもの、つまり、無効の範囲は常に不法性に比例するというものであり、ティビエルジュの一部無効論と接合するものだとする[416]。

このように、ボネが、当事者の意思における条件の決定的な特徴を、無効の範囲の問題ではなく、契約領域への統合の問題へと視点を移したことは一部無効論における当事者の意思の位置づけを考えるにあたり、注目に値しよう。なぜなら、ボネの指摘は、伝統的な一部無効論においては、無効の範囲を画定するための正当化言説として唱えられてきた当事者の意思という要素について、無効の範囲が問題となる場面では意味をなさないものであることを示すからである[417]。

---

412 D.Bonnet, op.cit., n° 632.
413 D.Bonnet, op.cit., n° 634.
414 D.Bonnet, op.cit., n° 634.
同視の学説として、たとえば、J.-J.Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, thèse dactyl,vol.2, 1977, p.239 は、「条件は、当事者の思考（esprit）において付随的ではない。…具体的には、それ〔条件〕は、〔当事者の思考において〕決定的である」とする。
415 D.Bonnet, op.cit., n°s 317 et s.
416 D.Bonnet, op.cit., n°s 320 et s.
417 今日の条項を論ずる学説もまた、ある条項の契約における位置づけを、当事者の意思に

三　契約領域の画定と「条項を書かれざるものとみなす」サンクション

では、ある条項が契約に置かれているにもかかわらず、契約領域の外にあるとされる場合、この条項はどのように規制されるのであろうか。この問題について、ボネは言及していない。しかし、近時の学説には、「条項を書かれざるものとみなす（réputer la clause non écrite）」というサンクションとの関連性を示すものがある。

もっとも、条項を書かれざるものとみなすことと一部無効との関係については、これを同様のものであるとする学説が多い[418]。そうであるならば、契約条項の無効の事例におい

おける重要性に求めていないことを指摘しておく。

たとえば、破毀院第一民事部 2008 年 5 月 15 日は、株主協定（pacte d'actionnaire）において、同契約中の仲裁条項（clause d'arbitrage）が無効とされたところ、同契約中のひとつの条項が無効であった場合に、契約全体が無効となる旨の条項（不可分条項）が付されていたにもかかわらず、この不可分条項を書かれざるものとみなして、契約全体の無効を言い渡さなかった。同判決は、その理由として、契約に対して仲裁条項が独立していることを挙げた（Cass.civ.1re, 15 mai 2008, RDC 2008, 1122, note Th.Genicon.ただし、ジェニコン（Th.Genicon）は、本件可分条項において想定される「ひとつの条項」のなかに、仲裁条項が含まれていたと解することができるかという点から事案を解決すべきであったとする。）。

同判決は、これまで「当事者の意思において通常は付随的である」条項と指摘されていた仲裁条項につき、当事者の意思により不可分とされえない、契約から独立したものと位置づけたと評価されている（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., t.2, no 2600.）。このような判例と同様のことを主張する学説として、たとえば、コッテ（M.Cottet）は、契約の機能と仲裁条項の機能とが独立したものであることから、条項の独立性を指摘し、条項の消滅が契約に及ぼす影響を否定する（M.Cottet, Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé, thèse, LGDJ, 2013, nos 462 et s.）。また、エルランジェ（G.Helleringer）は、契約の諸条項を、各条項の機能という観点から捉え直し、各条項を機能ごとに類型化することを試みる（G.Helleringer, Les clauses du contrat, essai de typologie, thèse, LGDJ, 2012.）。これらの学説は、各条項の機能に着目して契約内部における条項の位置づけを検討するものであり、当事者の意思において決定的であったか否かにより契約における条項の位置づけを把握することができないとしたボネの主張と通ずるものがあるように思われる。

これに対して、シムレールは、仲裁条項を通常は付随的なものであるとして、当事者が特に重要視しているという事情がないかぎり、当該条項のみが無効とされ、しかし、当事者がそれを決定的であるとしていた場合には全効が課されるとしていた（本稿 75 頁を参照。）。

[418] たとえば、J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, nos 2631 ; Ph.Simler, op.cit., thèse, nos 37 et s ; C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, no 498 ; O.Gout, op.cit., thèse, nos 125 et s

もっとも、シムレールやティビエルジュのような比較的古い学説が、後述するロシュフェルトや S.ゴドゥメが主張する意味で「条項を書かれざるものとみなす」サンクションの側面があることを認識していなかったことに注意する必要があろう。

すなわち、S.ゴドゥメは、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションが果たしている機能として、第一に、契約上の債務の整合性を統制する機能（une police de la cohérence des obligations contractuelles）と、第二に、社会秩序における諸価値を統制する機能（police des valeurs de l'ordre social）とがあることを指摘する（S.Gaudemet, op.cit., thèse, nos 432 et s）。

て無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮される事案があるのではないかとの疑問が生じよう。しかし、これを否定する学説のいう考慮されるべき当事者の意思の内実やその役割に鑑みれば、伝統的な一部無効論のそれとは異なると考えられる。

たとえば、ロシュフェルト（J.Rochefeld）は、契約領域への統合の問題と条項を書かれざるものとみなすこととの関係を示す。ロシュフェルトの見解は、典型コーズ（cause typique）と非典型コーズ（cause atypique）という独自のコーズ論に基づいて展開されていることから、典型コーズおよび非典型コーズについて概観することからはじめよう。

１．ロシュフェルトの典型コーズと非典型コーズ[419]

ロシュフェルトは、コーズを、典型契約におけるコーズ（典型コーズ）と非典型契約におけるコーズ（非典型コーズ）とに区別して把握する。

典型コーズとは、個々の契約類型における一定の典型的な契約利益を意味しており、典型コーズには次の２つの機能がある。第一は、当事者が一定の契約類型を選択することで、その類型の契約の形成にあたり必要な要素と、その契約により実現される典型的な利益が自動的に明らかになる機能である[420]。第二は、その契約において追求された典型的な契約利益を達成するために必要な最小限の内容を明らかにし、当事者によりそれが侵害されるのを妨げる機能である[421]。

これに対して、非典型コーズとは、当事者において個別的に追求される契約利益を意味する。非典型契約においては、あらかじめ定立された契約類型とそれに関する典型的な契約利益への依拠が見出されない[422]。非典型契約の例としては、全く新しい契約を創造する場合や、節税の目的での売買契約といったような典型契約に非典型の契約目的が付加される場合が挙げられる[423]。

このように、ロシュフェルトは、典型コーズと非典型コーズとを区別した。そして、典

このうち、契約上の債務の整合性を統制する機能については、1990 年以降に生じた、コーズに関する民法典 1131 条を基礎にする条項を規制する判例法理を中心に主張されたものである。そして、この判例法理をひとつの大きな契機とし、「書かれざるものとみなす」というサンクションの独自性を指摘する学説が増えてきた。それまでは、「書かれざるものとみなす」というサンクションに言及する民法典 900 条が一部無効の問題として論ぜられていたことからも明らかであるように、同サンクションと一部無効とは区別されてこなかった。

そして、当事者の意思が問題となりうるのは、第一の機能、すなわち契約上の債務の整合性を統制する機能においてであり、この機能が主張されることとなった時期以前の学説が、この意味での「書かれざるものとみなす」というサンクションと一部無効とを同視していたと解すことはできない。

419 ロシュフェルトのコーズ論については、本稿の問題関心からその概要しか説明しないが、石川・『契約の本性』前掲注(79)427 頁が詳細に分析をしている。

420 J.Rochefeld, op.cit., thèse, n° 156.

421 J.Rochefeld, op.cit., thèse, n° 166.

422 J.Rochefeld, op.cit., thèse, n°s 230 et s.

423 J.Rochefeld, op.cit., thèse, n° 56 et 61.

型コーズとの関係で、ある条項がその契約により追求された契約利益と矛盾する場合において、当該条項は書かれざるものとみなされるとする。そして、このことが契約領域の問題と関連することを指摘するのであった[424]。

２．書かれざるものとみなされる条項とその意義

（１）ロシュフェルトの見解

ロシュフェルトは、近時の判例において、民法典 1131 条を基礎に、ある条項が書かれざるものとみなされるとされることがあることに着目する。その例として、破毀院第一民事部 1990 年 12 月 19 日を挙げる。

［仏 41］破毀院第一民事部 1990 年 12 月 19 日判決[425]

【事案】X は、A から居住用建物の建築の下請けをしたが、A は、さまざまな欠陥（désordre）を理由とし、その仕事の受領を拒否した。なお、X は保険会社 Y との間で責任保険契約を締結しており、X が Y に対して同契約に基づき保険金の請求をした。もっとも、その請求は、保険契約の解約後になされたものであり、本件保険契約には「契約が解約された場合、保険金は、解約の効果が発生する日から支払われなくなる」との約定があったため、Y はその請求を拒否した。そこで、X が Y に対して保険金の支払いを求めて Y を訴えた。

控訴院は上記約定を適用し、Y に保険金を支払う義務はないとした。そこで、X が破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、民法典 1131 条および保険法典 L.124-1 条に鑑みて、次のように判示し、控訴院判決を破毀した。すなわち、契約が有効で、それが解約されるまでの間になされた保険料の支払いの反対給付は、その期間に生じた事実を起源とする被害の補償（garantie）である。契約が有効である間に保険金の支払いを請求しなければならないとすれば、これは、被保険者から、彼の責めに帰さない事実を理由に保険契約による利益を奪い、また、コーズを欠くものとして、反対給付なくして保険者は保険料を受けとるのであり、彼に不当な利益を生じさせる。その結果、当該条項は、記載されていないものとみなされなければならない。

同判決のように、コーズを基礎として、ある条項を「書かれざるものとみなす」とする判例法理が、1990 年頃から頻繁に生ずるようになった[426]。そして、条項を書かれざるもの

---

424 J.Rochefeld, op.cit., thèse, nº 444.

425 Cass.civ.1re, 19 décembre 1990, Bull.civ.I, nº 303 ; D.1991, IR.13 ; J.C.P.1991, II, 21656, note critique J.Bigot ; R.T.D.civ.1991, 323, obs. J.Mestre ; R.G.A.T.1991, 115, note J.Bigot.

426 なお、同判決と同様の傾向を示す判決としては、クロノポスト判決が有名である（本稿 26 頁を参照。）。しかし、クロノポスト判決については、本質的債務の違反という要素と、

とみなすことの意義につき、ロシュフェルトは、彼女の主張する典型コーズにより明確にされると主張した[427]。

まず、彼女は、「書かれざるものとみなされる条項」を、決して存在しないものである、または、合意に加えられなかったものであると定義する。つまり、判例は、契約においてある条項が存在するという実体を否定するのであり、当該条項が付された合意ではなく、条項について承諾しているか否かという考えに基礎づけられているとする。

そして、コーズに基づく無効との対比により、典型コーズと「条項を書かれざるものとみなす」サンクションとの接合を指摘する。無効が課されるのは、具体的に現れる契約の実体に基づいたコーズの不存在が問題となる場面であり、ここでは、それぞれの条項は、契約内容に統合されるものとみなされている。これに対して、条項が書かれざるものとみなされる場面においては、具体的な契約が考慮されるのではなく、アプリオリに客観的に定義される参照モデルが、つまり、典型コーズが考慮されるのである。「実際、コーズの不存在に基づいて、ある要素が反対給付の存在に反する一定の要素が合意に統合されえたことを客観的に否定するのであるが、〔当該要素の〕除去（éradication）は、表示された意思に基づく制限を置くのではなく、契約が客観的に把握されなければならないということに基づいた制限を置くのである」[428]。こうして、ロシュフェルトは、法律または判例により形成された「先存する〔契約の〕モデルが〔合意の範囲となりうる〕外形（configuration）をもたらす」という理解に基づき、典型契約が締結された場合に典型コーズに反するある条項が書かれざるものとみなされることを位置づけるのであった[429]。

では、このようなロシュフェルトの主張において、当事者の意思にはどのような位置づけが与えられているか。

ロシュフェルトは、典型契約においてある条項が書かれざるものとみなされるとき、ここでは、同意（consentement）の本当の射程が捉えられているのだとする。つまり、典型契約においては、当事者の共通の意図は、典型的な目的に至りうる技術を採用することに向けられる。これを採用した者の同意に含まれうるのは、典型コーズに照らして当該典型契約において通常含まれる事柄のみである。

ロシュフェルトは、このとき、契約領域の画定という問題を見出すことができるとする。典型コーズに反する条項が書かれざるものとみなされなければならないのは、当該条項が、契約領域に含まれない、つまり、契約の典型的な外形（figure）に与えられた共通の意図に含まれないからであるというのである[430]。

このように、ロシュフェルトは、条項の無効と同様の効果をもたらす「書かれざるもの

引き受けられた義務の射程と矛盾するという要素が挙げられており、その論理的な未熟さが指摘されている。

427 J.Rochefeld, op.cit., thèse, nos 439 et s.
428 J.Rochefeld, op.cit., thèse, no 442.
429 J.Rochefeld, op.cit., thèse, nos 442 et s.
430 J.Rochefeld, op.cit., thèse, nos 444 et 445.

とみなす」というサンクションについて、当事者の意思が考慮されて規制されるものだとする。もっとも、ここでいう当事者の意思とは典型契約を採用することから導かれる当事者の共通の意図であることに注意しなければならない。そして、ある条項が典型コーズに反する場合には、この当事者の共通の意図に含まれないゆえに、当該条項が書かれざるものとみなされるのだとしたのであった。

それゆえ、「書かれざるものとみなす」場合に問題となる当事者の意思は、伝統的な一部無効論における当事者の意思とはその内実および規制における位置づけを異にすることは明白であろう。この点については、S.ゴドゥメが、「書かれざるものとみなされる条項（La clause réputée non écrite）」と題されるテーズにおいて指摘している[431]。そこで、最後に、S.ゴドゥメが「書かれざるものとみなす」というサンクションと一部無効との関係をどのように捉えているかをみることで、両者の違いを明らかにする。

（2）S.ゴドゥメの見解

S.ゴドゥメが「書かれざるものとみなされる条項」と一部無効とがどのような関係にあると考えているかを説明する前に、まずは、彼女が「書かれざるものとみなされる条項」においてどのような当事者の意思が考慮されるとしているかを概観しておこう。

まず、S.ゴドゥメは、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションの機能として、次の２つがあることを指摘する。第一は、契約上の債務の整合性を統制する機能（une police de la cohérence des obligations contractuelles）であり、第二は、社会秩序における諸価値を統制する機能（police des valeurs de l'ordre social）である[432]。このうち、当事者の意思が考慮されるのは、第一の機能においてである。

では、契約上の債務の整合性を統制する機能において、当事者の意思とはどのように位置づけられるか。

S.ゴドゥメは、ある条項が「書かれざるものとみなされる」のは、条項が当事者間で合意された目的に合わないことを、つまり当事者間で合意された、ある特定のカテゴリーに属する契約に合わないことを理由とするという。なぜなら、当事者間で、このような契約が合意された場合、当該契約に整合的ではない条項は、当事者間で合意された目的の実現に反するのであり、実際に意図されていなかったからである。そのため、当事者が当該条項に拘束されることが否定されることとなる[433]。

それゆえ、S.ゴドゥメは、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションを、意思自律の原理から正当化されるものであるとする。つまり、当事者が約務を負うのは、ある目的を実現するためであり、この目的に整合的ではない条項は、書かれざるものとみなされなければならない[434]。それゆえ、S.ゴドゥメが考える「条項を書かれざるものとみな

431 S.Gaudemet, La clause réputée non écrite, thèse, Economica, 2006.
432 S.Gaudemet, op.cit., thèse, nos 432 et s.
433 S.Gaudemet, op.cit., no 443.
434 S.Gaudemet, op.cit., no 537.

す」というサンクションにおける当事者の意思の内実は、ロシュフェルトのそれと同様のものとなる。

すなわち、もし当事者が特定のカテゴリーに属さない契約を締結する場合、つまり当事者が固有の目的を追求するために契約を締結する場合、当事者の共通の意図は両当事者の意思の総和であり、当事者は合意されたすべての規定に拘束される[435]。

これに対し、当事者が特定のカテゴリーに属する契約を締結する場合、当事者が合意するのは、その契約によって追求された目的についてである。このとき、必ずしも細かな条項についてまで議論しない。したがって、共通の意図は、両当事者の意思の総和ではなく、特定のカテゴリーに属する契約を採用すること、つまりその目的を実現するための諸債務についてであるとする[436]。

このように、S.ゴドゥメは、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションを課すにあたり当事者の意思が重要な要素となることを指摘する。もっとも、彼女は、ここでいる当事者の意思の内実および位置づけは、伝統的な一部無効論におけるそれとは異なることを強調する。

すなわち、伝統的な一部無効論においては、ある条項が決定的なものであった場合には、全部無効が課されるとしていた。そして、この当事者の意思の内実は、一方当事者の仮定的な意思であった。しかしながら、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおいては、このような条項の重要性は問題とならない。当事者の一方がある条項を重要なものと考えていたとしても、当該条項が除去されて行為は存続するのである。というのも、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおいて当事者の意思は、当事者の共通の目的とは何であったかを決定する際に問題となるものである。それゆえ、この共通の目的が確認されると、その目的の達成を妨げる条項が書かれざるものとみなされるのであり、当該条項の重要性というのは関係がない。この点において（も[437]）、一部無効と「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションは区別されなければならないとする[438]。

３．小括

このように、条項規制との関係では、当事者の意思が問題とされえた。それは、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおいてである。このサンクションについては、学説上、一部無効と区別されないことが多い。しかし、近時の学説の主張を、前章

---

435 S.Gaudemet, op.cit., n° 538.
436 S.Gaudemet, op.cit., n^os 539 et s.
437 本稿では当事者の意思の内実およびそれが果たしている役割という点から、一部無効と「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションとの違いを検討したが、その他、裁判所の介入を必要とするサンクションであるか、時効にかかるかなどの点でも違いがあると主張する（S.Gaudemet, op.cit., n^os 142 et s.）。
438 S.Gaudemet, op.cit., n^os 99 et 100.

第二節で明らかにした伝統的な一部無効論における当事者の意思の内実およびその役割と比較するならば、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおける当事者の意思の内実およびその役割は、明らかに異なるものであったといえる。

すなわち、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおいては、両当事者が意図した契約の目的は何であったかを判断するという意味で、当事者の意思が考慮されていた。ある条項が当事者にとって重要であったか否かは、問題となりえなかった。なぜなら、当該条項は、そもそも当事者の合意が欠如していると考えられるために、書かれざるものとみなされるからである。

したがって、一方当事者の仮定的な意思を考慮することで、無効原因の存する条項がなければ当該契約をしたであろうか否かを判断するとした伝統的な一部無効論とは、当事者の意思の内実およびそれが果たす役割が異なっている。「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションの存在により、無効の範囲を画定するための基準として当事者の意思を挙げることができるとはいえないのである。

四　小括

伝統的な一部無効論においては、ある不法な条件ないし条項が、当事者の意思において決定的であった場合には全部無効が課され、決定的でなった場合には当該条件のみの無効が課されるとされていた。しかし、この「条件が当事者の意思において決定的である」か否かにつき、ボネは、無効の範囲にかかわる問題ではないと主張した。ボネの主たる関心は、条件とコーズとの概念上の違いという点にあったが、そのなかで、当事者の意思においてある要素を決定的であるとすることが何を意味するかにつき検討を加えた。そして、当事者の意思においてある要素を決定的であるとすることは、契約領域への統合を、つまり、法的な考慮に値するものであることを意味するとし、決定的ではない要素は、法的な考慮に値しないとする。そして、条件が付されるのは、それを当事者が決定的であると考えるからであるとして、コーズと条件とを主観的な重要性により区別することはできないとした。ボネは、この主張をもとに、ある条件が当事者の意思において「動因的かつ決定的な条件であったか否か」により無効の範囲が画定されるとする伝統的な一部無効論を、当事者の意思において決定的でない条件を考えることが難しいとして批判し、ティビエルジュのように、無効の範囲が不法性の範囲に比例して画定されるものだと主張した。

今日の学説においては、違反された規定の目的により無効の範囲が画定されるという準則が一般的となったため、動因的かつ決定的な条件概念はあまり顧みられることはなかった。しかし、ボネは、それは、無効の範囲を画定するというレヴェルで問題とされるものではないと主張した。つまり、当事者の意思は、ある条項が契約領域に含まれるか否かという場面で問題となるにすぎず、無効の範囲を画定するにあたっては問題となりえないといしたのであった。

そして、ロシュフェルトや S.ゴドゥメは、契約領域に含まれない条項、つまり当事者の合意がない条項については、「書かれざるものとみなす」というサンクションにより規制されることを指摘した。同サンクションにおいては、当事者の意思の内実およびその役割は、伝統的な一部無効論におけるそれとは異にするものであった。すなわち、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおいては、両当事者が意図した契約の目的は何であったかを判断するという意味で、当事者の意思が考慮されていたにすぎない。それゆえ、同サンクションを一部無効と同視する学説が多くあるが、当事者の意思の内実および役割は違うのであり、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮されているとはいいえないといえよう。

第三款　本節のまとめ

本節では、ある条項に無効原因が存する場合に、今日の判例および学説が、どのようにして無効の範囲の問題を解決しているかを検討してきた。

条項に無効原因が存する場合で、かつ無効の範囲が争われる事案の多くは、当該条項が公序に関する規定に違反していた場合であったといえよう。そして、このような場合には、判例および学説ともに、違反された規定の目的に従い無効の範囲が画定されていた。実際、いくつかの判決は、ある条項が当事者の意思において決定的であったという主張がなされたにもかかわらず、それを考慮する必要がないとして無効の範囲を画定していた。法の目的がさまざまであるために一般化することは難しいが、学説も、違反された規定の目的が達成されるためには不法性が摘示される必要があるなどの理由により、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定することを批判した。

以上のように、今日の学説は、条項の無効が問題となる場合には、当事者の意思を考慮せず、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲を画定する傾向にあったために、伝統的な一部無効論が無効の範囲を画定するための基準を抽出した「動因的かつ決定的な条件」概念そのものについては、検討をすることがなかった。それゆえ、伝統的な一部無効論が、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思を考慮としたことそれ自体の是非については、ティビエルジュの見解以降、問題としないままであった。

しかし、異なる視点から、つまり、コーズと条件との違いとは何かという関心から、近時の学説は、「当事者の意思において決定的である条件」の意義を検討することとなった。同概念を分析したボネは、ある要素が契約領域に統合される、つまり法的に考慮されるのは当事者の意思において決定的であったからであり、そうではない、つまり当事者の意思において決定的ではなかった要素は法的に考慮されるに値しないものであるとした。そして、ある条件が契約に付されるのは、当事者が条件により動機を契約上、考慮されるべき要素とするためであるから、条件を当事者の意思において決定的なものではないとすることは、考えられないとした。そして、ボネは、伝統的な一部無効論が、動因的かつ決定的

な条件であったか否かにより無効の範囲が画定されるとすることを批判した。すなわち、動因的かつ決定的な条件という基準は、法的に考慮されうるものであったか否かを判断するための基準であり、無効の範囲を画定するための基準とはなりえないのである。

以上の議論を踏まえるならば、条項に無効原因が存する事案においては、動因的かつ決定的な条件として問題とされた当事者の意思は、無効の範囲が画定されるにあたり考慮されるものではなかったということができよう。伝統的な一部無効論は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を原則的な基準であるとし、例外的に公序の要請が考慮されるとしていた。しかし、実際には、今日の判例および学説が無効の範囲を判断するにあたり考慮していたのは、違反された規定の目的という点のみであった。これに対して、シムレールが主張していたような、「当該条項が無効であったならば契約を締結していたであろうか」という意味での当事者の意思は、無効の範囲を画定するにあたり考慮されていなかった。その理由は、ある条件または条項を当事者が契約に置いたということは、当該条件が法的に考慮されるべきものと当事者が望んだことを意味するからであり、当事者の意思において決定的ではない条件または条項というものを考えることができないからであった。そして、当事者の意思という要素は、契約領域へ統合されるか否かにあたり問題となるものだとした。

この契約領域に含まれない条件については、ロシュフェルトやS.ゴドゥメは、これを「書かれざるものとみなす」というサンクションにより規制されることを指摘した。たしかに、同サンクションを一部無効と同視する学説が多いが、ロシュフェルトらの主張によれば、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションにおける当事者の意思の内実およびその役割は、伝統的な一部無効論におけるそれとは異なるものであった。すなわち、両当事者が意図した契約の目的は何であったかを判断するという意味で、当事者の意思が考慮されていたにすぎなかった。

以上のような条件の無効が問題となる場面とは異なり、続いて検討する複合的な契約における無効の範囲の問題については、多くの学説は、当事者の意思が考慮され、それが画定されるとする。しかしながら、あらかじめ指摘しておくと、この事例については、課されるべきサンクションが何かという点から、近時の学説は、この後者の問題を無効の問題とは考えていないことに注意が必要である。

第二節　複合的な契約における無効の範囲

複合的な契約とは、二以上の当事者間でなされた取引において、異なる性質決定が与えられる行為が複数存在する場合のことである[439]。このような複合的な契約においては、「ひとつの行為の無効が他方の行為に影響を及ぼしうるか」ということが問題となる（以下、ひとつの行為の無効により他方の行為が消滅することを「連続的消滅（anéantissement en

[439] 本稿において「複合的な契約」が指す内容については、本稿・前掲注(238)を参照。

cascade)」という[440]。)。まずは、この問題に対するシムレール、およびティビエルジュの見解を再度確認しておこう。

シムレールは、不可分性概念の多義性およびその段階的構造を指摘した。すなわち、不可分性概念は、事物の本質から生ずる不可分性と、当事者の意思に基づく不可分性とに区別されるとした。事物の本質から生ずる不可分性とは、物の性質上、可分であると考えることが不可能である場合や、行為の性質決定により可分であると考えることが不可能である場合のことをいう。そしてこの事物の本質から生ずる不可分性の判断により、問題とされる一部と残部とが可分であると考えられる場合であっても、一部無効が課されるわけではないとする。すなわち、事物の本質から生ずる可分性を前提とし、当事者が、問題とされる一部と残部とを可分なものであると考えていた場合に、一部の無効が課されうるとした。それゆえ、当事者の意思に基づく不可分性が決定的なものとなる。

これに対して、ティビエルジュは、不法性の範囲に従い、無効の範囲が決定されることで十分であるとする。もっとも、「不法性の範囲に従い無効の範囲が決定される」ということが、具体的な事案において、どのような意味を有し、どのような解決をもたらすかについては、述べられていなかった。

そのためであろうか、複合的な契約に関する学説においては、このティビエルジュの主張については鑑みられずに、議論が展開されている。

もっとも、今日の学説の議論をみると、学説は、シムレールが論じた不可分性概念とは異なる事案を想定しており、それゆえに学説の関心も異なっている。今日の学説は、もっぱら二当事者間における契約関係を問題とするのではなく、ある当事者間で締結された契約Aと密接な関係にある､その一方の当事者と第三者との間で締結された契約Bについて、いかなる場合に一方の契約 A の無効が他方の契約 B に影響を及ぼすか、その基礎を何に求めるかという点について議論をする。本稿が一部無効とは何かという基礎的な問題を扱うために二当事者間で締結された契約を念頭に置いていることについては、序章の最後に確認したとおりである。そうすると、今日の学説の議論は、本稿の関心とは無関係であるということになりそうであるが、そのようなことはない。というのも、学説のなかには、不可分性概念の内実につき、もっぱら二当事者間の契約ではない事案を念頭に置いて議論されているとはいえ、二当事者間における複合的な契約についても同様にこの不可分性概念を当てはめる見解がある。そして何より、学説がこの不可分性に関する議論を通じて無効とは異なるサンクションが課されるとし、サンクションを精緻化してきたことは、本稿の問題関心において特に重要である。この点について少し敷衍しておくと、近時の学説および判例は、不可分である諸行為の一方の無効が、他方の「無効」をもたらすと考えるのではなく、他方の行為を「失効」させると考える。本稿の課題との関係でいうと、私見によれば、この「失効」させるとする理由が、非常に重要であると考える。なぜなら、この近

---

[440] 「連続的消滅」と訳した理由については、本稿・前掲注(239)を参照。

。

時の議論によれば、これまで無効の範囲の問題であると考えられてきた事象が、実は、無効の範囲の問題ではないとされているからである。

そこで、以下では、まず、主に二当事者間の契約を念頭に不可分性概念について言及をした学説を検討した後（第一款）、その後の学説の進展を踏まえて、不可分性概念が、どのような場合に、どのような意味で用いられているかを、より詳細に検討していく（第二款）。そして最後に、紐帯益消滅と失効との関係に関する議論を検討することで、複合的な契約における連続的消滅と無効の本質との関係を分析することとしたい（第三款）[441]。

なお、複合的な契約における連続的な消滅に関しては、不可分性概念の内実やサンクションに関する議論のほかにも、重大な問題が存在する。それは、先にも触れたとおり、連続的な消滅の基礎が何かという問題である。つまり、学説のなかには、複合的な契約における連続的な消滅の基礎として、不可分性概念を主張するもののほかに、コーズ概念を主張するものが存在する。学説は、この点につき激しい議論を繰り広げている[442]。しかし、

---

441 フランスの複合契約論を素材に、複合取引の構造を分析した日本の文献として、都築満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、2007 年）がある。同書は、複合取引を、契約の連鎖と複合契約とに区別し、検討を行っている。本稿と関係するのは、このうちの複合契約についてであり、同書 187 頁以下で詳細に論じられている。

本稿は、複合的な契約についていえば、連続的消滅の基礎として当事者の意思がどのような役割を果たしているかに関心がある。そのため、複合的な契約について通史的な検討を行うことを目的としない。これについては、都築教授の上掲書・194 頁以下で詳細に論じられている。

442 たとえば、複合的な契約の連続的消滅にあたりコーズ概念を基礎とする学説として、ティシエ（B.Teyssié）やマゾー（D.Mazeaud）がいる。以下では、簡単にティシエの見解をみていこう。なお、ティシエのテーズ（B. Teyssié, Les groupes de contrats, thèse, LGDJ, 1975）については、既に、日本においても紹介されている（たとえば、都築・前掲注（441）224 頁以下、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、1994 年）402 頁以下、野沢正充「有償契約における代金額の決定（二）」立教 51 号（1999 年）31 頁以下、同「枠契約と実施契約」日仏法学 22 号（2000 年）172 頁以下、松浦聖子「フランスにおける契約当事者と第三者の関係及び契約複合理論」法学研究 70 巻（1997 年）12 号 561 頁以下、山田希「フランス直接訴権理論から見た我が国の債権者代位制度（二）」名大法政論集 180 号（1999 年）258 頁以下を参照。）。

ティシエは、複合的な契約においては、諸行為が共通の経済的な目的を達成するために存在し、それらの間に機能的な統一を見出す。そこで、諸行為に固有の債務のコーズとは別に、それらに共通の目的が契約のコーズであるとして、複合的な契約における連続的消滅の基礎としてコーズ概念の有用性を説いた。すなわち、ティシエによれば、「諸合意が各自、それを特徴づけ、その集合の内部で〔諸合意に〕独自性を与える異なる近因（causa proxima）を有するとしても、これら〔諸合意〕は、同一の遠因（causa remota）により結び付けられる。単なる結びつき（un simple ciment）というよりも、これ〔遠因〕は、全体として計画された、契約上の複雑なものに関するコーズに相当する」とされる（B. Teyssié, Les groupes de contrats, thèse, LGDJ, 1975, nº 176.）。

そして、ティシエによれば、このような契約のコーズにより結びついた諸行為の関係性は、相互依存的な関係と、従属的な関係とに区別されるとし、両者の消滅の関係について、それぞれ次のように説明した。

一部無効論における当事者の意思の位置づけという本稿の問題関心からは、当事者の意思が影響を及ぼしているといわれる不可分性概念について、およびサンクションそれ自体についての議論を参照することがより重要である。そこで、連続的消滅の基礎としてコーズを置く学説に関する議論については本稿では扱わないことを、お断りしておく。

まず、諸行為が相互依存的な関係にある場合についてであるが、この場合においては、ある行為が無効であるとき、他の行為だけでは取引の目的を達成しえない。このように取引の目的という観点から一方なしで取引をする理由を失わせしめるほどに諸行為が不可分である場合、一方の行為の無効により、他方の行為の取引の目的であるコーズが不存在となるために、当該行為も無効になるという。

これに対して、諸行為が片面的な依存関係にある場合についてであるが、諸行為のうち、従たる行為は、その存在理由であるコーズを主たる行為の存在に見出す。そこで、この主たる行為の無効により、従たる行為のコーズが不存在となるために、従たる行為は無効となるという。

このように、ティシエは、コーズ概念を基礎とし、複合的な契約においては、諸行為が経済的目的を一にするという点に鑑みて、一つの行為の無効により他方の行為がその目的を達成しえなくなる、つまりコーズを失うことになると考えられる場合には、他方の行為がコーズの不存在により無効になると考えた。

しかしながら、このようなコーズを基礎とする学説に対しては、学説上、批判があった。学説は、主に、コーズの不存在を理由とするサンクションについて、また、コーズの捉え方について、批判をする（以下、S.Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels：l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois, 2002, art. 37505, p.355.を参照）。

第一に、コーズの不存在を理由とするサンクションについてである。コーズが不存在であった場合、課されるべきサンクションは無効であり、遡及的効果が生ずることとなる。このようなサンクションが課されるならば、複合的な契約においては、不都合となることが多い（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 21.）。また、判例においても、たしかに無効が課される場合もあるが、契約の解約、解除または失効という、さまざまなサンクションが課されており、この点に鑑みれば、連続的消滅の基礎がコーズの不存在にあるとは言いがたいとされる（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 22.）。

第二に、コーズの捉えられ方についてである。複合的な契約におけるコーズ概念は、伝統的な客観的コーズ概念と乖離したものとなっている。この点は、コーズを基礎とする見解においても自覚されていた。つまり、客観的コーズ概念においては、コーズは、契約の成立要件のひとつであり、契約の成立時に問題とされるべきものであった。そして、コーズの存在が問題とされるとき、債務のコーズの有無が問題とされる、つまり、有償契約においては反対給付の有無が問題とされる。また、当事者の有する具体的な動機については、コーズの存在ではなく、コーズの合法性の評価においてのみ問題とされるものであった。これに対して複合的な契約におけるコーズが履行段階においても問題とされる点で、また、諸行為間における共通の経済的目的という動機が合法性の評価以外においても考慮される点で、伝統的な客観的コーズ概念とは乖離したものであった（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 21.）。

以上のような理論的な批判のみではなく、たとえばゲスタンは、判例の解釈の仕方として、コーズを基礎に置く学説は誤っていたとし、コーズ概念に頼る学説が引用する判例を分析し、批判をしている（J.Ghestin, op.cit., Cause de l'engagement, n°s 934 et s.）。

第一款　二当事者間における複合的な契約の無効と不可分性概念

20 世紀中葉より以前の学説は、ある行為が可分であると考えることを原則として否定していた[443]。このような学説の主張に対して、法律行為が可分または不可分であるというこ

---

443 本稿は、不可分性概念を通史的に検討することを目的としていないため、ここで、法律行為が可分とされていた頃の学説をみることとしよう。

複合的な契約における無効の範囲を確定するにあたって不可分性概念が影響していることが指摘されるようになったのは、およそ 1950 年前後のことであった。本文でとりあげるブーランジェの見解が、決定的な役割を果たした。それ以前の学説においては、複合的な契約のひとつが無効であるとき、たとえそれらの間に密接な関係にあるとしても、それらが独立の法性決定を付与されるものであれば、他の行為は依然として有効なままであるとされていた。

たとえば、ドゥモンテ（Demontés）は、賃貸借契約（beil à loyer）の特徴を考察する論稿のなかで、1932 年の破毀院判決を例に挙げ、複数の行為それぞれに対し法性決定が与えられうる合意が当事者間で経済的にはひとつの取引であると考えられる場合について言及し、不可分性概念の影響を否定する（Demontés, Quels sont les contrats ayant le caractère de baux à loyer ?, Rev.crit. lég. jur. 1934, p.13 et s.）。1932 年の破毀院判決とは、次のようなものであった。

［仏］破毀院民事部 1932 年 7 月 28 日（Cass.civ., 28 juillet 1932, S.1933, I, 20 ; D.H. 1932, 522.）

【事案】鉱山開発会社（société minière）Y が、X に対して、スラグの山を活用する権利（droit d'exploiter des crassiers）を譲渡すると同時に、その利用の工場に必要な土地を賃貸した。前者の契約については、スラグから抽出された物質やその他の得られた利益に応じて使用量が X から Y に支払われ、後者の契約については、定められた賃料を毎年支払うことが合意されていた。両契約の期間は、5 年であった。期間の経過後、X は両契約を更新しようとしたところ、Y がこれを拒否した。そこで X は、1926 年 6 月 30 日法律により営業賃貸借に関する更新権が認められていることを理由に（同法律の内容については後述する。）更新権を主張し、更新が認められない場合には、追奪補償（indemnité d'éviction）を請求した。これに対して、Y は、同法が当契約には適用されないとして争った。

控訴院は、賃貸借契約の部分について同法の適用を認めたあとで、開発する権利の譲渡に関する合意と賃貸借の合意との間の牽連性を指摘し、両者が、同法により保護されるひとつの賃貸借を構成すると判示した。そこで、Y が破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院によれば、控訴院は、授権範囲を越えてしか、開発する権利の譲渡に関する合意を賃貸借であると判示することはできず、誤った適用であったと判示した。

この判例を題材に、ドゥモンテは、それぞれの契約が独立の法律行為として認められるものである以上、両者を不可分なものとして扱うべきではない旨を主張する。

すなわちドゥモンテは、まず、本判決において、2 つの合意が物的つながり（lien matériel）にあるか、つまり、2 つの合意が同一の書面上に存するか否かは重要ではないと指摘する。合意の本質（la nature des conventions）によって、それらを法性決定することが可能だからである。つまり、抽出する権利の譲渡は売買に相当するため、営業所有権（propriété commerciale）に関する 1926 年 6 月 30 日の法律が適用されえない（1926 年 6 月 30 日法律における「営業所有権」制度とは、次のような制度である。商人がその営業財産を経営している場所を賃借している場合において、賃貸借契約が満了した時に、賃借人たる商人

とが判例上、または概念上、見出されることを指摘したのは、ブーランジェ（J.Boulanger）であった[444]。ブーランジェの見解のその後の学説に対する影響の大きさからも、まずはブーランジェの見解をみることからはじめたい。

もっとも、ブーランジェは、二当事者間の契約において、複合的な契約が問題となる場合においてのみ、不可分性概念が問題となると考えていたわけではなかった。本稿も、ブーランジェの見解のうち、複合的な契約について論じた不可分性だけを取り出して検討をしない。というのも、ブーランジェは、複合的な契約の連続的消滅を認める不可分性を、「無効の問題」にかかわるものであると位置づけたのであるが、その後、テレ（F.Terré）が、これを単純に無効の問題とすべきではないと主張することになる。テレの主張を理解するためにも、ブーランジェの主張についてやや詳しくみる必要がある。

さて、後に検討するテレの主張をみるならば、複合的な契約における不可分性は、たし

は、賃貸借契約の更新権を有しているとされる。もっとも、1926 年 6 月 30 日法律のもとでは、賃貸人が更新を拒絶しうるという原則自体は否定されなかった。それゆえ、もし賃貸人が更新を拒絶したならば、賃借人の更新権を侵害することとなる。そこで、更新が正当な理由なく拒絶されたときには、一定の条件のもとで、場所の喪失により生じた損害に相当する追奪補償（indemnité d'éviction）をする義務が、賃貸人に課されることとなる。営業所有権をはじめとするフランスの商事賃貸借法制については、吉田克己「フランス商事賃貸借法制　－『営業所有権』とその動揺」私法 43 巻（1981 年）283 頁以下、同「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開（一、二)」社會科學研究 29 巻（1978 年）6 号 1 頁、30 巻（1978 年）1 号 1 頁以下が詳細な検討をしている。)。

もっとも、これらの契約はたしかにそれぞれ別個に把握されうるものではあるが、しかし、両者は経済的に不可分なものであるということができるために、これらの契約を別個のものとして扱うことが望ましくないという疑問を抱かせる。しかし、両者を不可分なものとすることについて、ドゥモンテは、独立した法性決定が与えられる行為の意義という観点から、次のように否定した。すなわち、本件のような、同一の経済活動を実施し発展させるためになされた、同一の当事者間において締結された異なる契約の結合的関係は、民法上、存在しない。それぞれの契約は、原則として独立した法律行為であり、つまり少なくとも裁判官や注釈者にとって手段ではなく、固有の目的を有するものであるとする。たしかに一方で、契約自由の原則は、同一の当事者間においてさまざまな債務を組み合わせることを可能にし、それら諸債務は、ひとつの法律行為にまとめられうる。この場合において注釈者は、当事者の共通の意思において様々な債務および権利間に不可分性を見出すことができよう。しかし他方で、当事者間で独立した法律行為として形成され別個の契約として把握される場合においては、それらが不可分な関係にあるというのは、非常に疑わしいとする。そして、ドゥモンテは、いくつかの債務や権利が不可分な関係にあるというには、コーズの同一性（l'identité）に起因する不可分性が必要とされなければならないと主張する（Demonté, op.cit., p.15.）。

このように古い学説によれば、当事者の意思により諸行為が不可分とされる可能性が判例により退けられているわけではいないが、しかし、それぞれの行為が独立の性質決定が付与されるような場合には不可分な関係にあるということはできず、それゆえ不可分性概念が認められる場合は非常に制限的であるとされていた。

444 J.Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilite des actes juridiques, R.T.D.Civ. 1950, p.1.

かに当事者の意思の影響を受けるものであるが、その内実は、伝統的な一部無効論が統一的に理解した当事者の意思の内実とは異なるように思われる。つまり、伝統的な一部無効論は、当事者の意思を、現実の意思ではありえず、仮定的な意思であるとした。そして、その意思を、修正された契約を当事者に押しつけることを正当化するものであると位置づけた。しかしながら、後にみるテレは、性質決定の問題との連続性を説く。複合的な契約における不可分性は、実は、単純に無効の範囲の問題であるといえないものであったことが、かつてから指摘されていたのであった。

以下では、ブーランジェおよびテレの見解を通じて、このことを確認していこう。

一　ブーランジェによる無効の範囲確定における不可分性の是認

ブーランジェの論稿の意義は、法律行為に関する不可分性概念が、裁判例上、広く是認されていることを指摘し、その中身を明らかにしたことにある[445]。そしてブーランジェは、法律行為における不可分性概念には、①与えられた法的な取引（opération juridique）を明確にする（specifier）ための不可分性と、②区別された二つの行為の関係を明らかにするための不可分性とがあることを、また、それぞれについて無効と一定の関係性を有することを指摘した[446]。

１．行為の明確化と不可分性概念

まず、ブーランジェは、行為を特定するにあたり、不可分性概念が用いられることがあるという。そしてこの不可分性概念には、目的（objet）や行為の性質（la nature de l'acte）に由来する場合と、当事者の意思の所産である場合とがあるという。

前者の例として、ブーランジェは、相続権者（successible）が相続の承認をするか、または放棄をするかを選択（option）した場合を挙げる。ここでは、相続という行為の性質上、相続は、相続財産すべてについてなされなければならず、部分的な承認および放棄は認められない[447]。

後者の例として、和解（transaction）を挙げる。和解においては、特定の点に関する諸々の同意（accord）が組み合わされて形成されうる。このとき、当事者は、さまざまな要素を切り離せないものとして和解を締結しうる一方で、切り離す自由も有する。つまり、和解において、和解の対象とされたいくつかの項目が不可分であるのは、そうすることが当事者の意思であったためである。それゆえブーランジェは、和解の不可分性を、契約の解釈

---

445 J.Boulanger, op.cit., p.1.

446 ブーランジェは、当事者間でなされた契約書（instrumentum）には、いくつかの法的な取引（＝negotium）が含まれうるという。たとえば、契約書の中に、賃貸借契約と、売買の予約が含まれうるし、また、遺言書（testament）の中に、包括遺贈（legs universel）と特定遺贈（legs particuliers）とが含まれうる。そして、この法的な取引は、「特定の法性決定に通ずる技術的手法により、特定の結果を生ぜしめる意思表示（une déclaration de volonté）である」と定義される（J.Boulanger, op.cit., *Usage et abus*, nº 3.）。

447 J.Boulanger, op.cit., nº 4.

（interprétation）の問題を想起させるものであるとし、それと同時に、無効の問題、つまり、要素のひとつにかかわる無効が全ての無効となるかという問題にも関係するという[448]。

このように、ブーランジェは、ある取引の明確化と不可分性との関係につき、不可分性が、ある取引の目的や本質に由来すると場合と、当事者の意思の所産である場合とに区別し、前者の不可分性は当該取引により生ずる効果を決するのに役立つものであるのに対して、後者の不可分性は無効の範囲を画定するのに役立つものであると位置づけた。

２．複数の区別された法的な取引と不可分性概念

ブーランジェは、複数の区別された法的な取引についてもまた、不可分性を見出すことができるという。そのなかには、第一に、複数の法的な取引が法律により結び付けられ、ある独自の法的な取引へと形成される場合と、第二に、当事者の意思により複数の法的な取引が結び付けられ、それらが従属（subordination）的または相互依存的（solidaire[449]）な関係とされる場合とがあるという[450]。

まず、複数の法的な取引が法律により結び付けられ、ある独自の法的な取引へと形成される場合について説明する。ブーランジェは、この例として、贈与分割（donation-partage）を挙げる。贈与分割とは、尊属分割の一種であり、被相続人の生前に、被相続人と相続人との間で遺産分割の方法を取り決め、贈与というかたちで相続分の前渡し（avancement d'hoirie）を行うことである[451,452]。そしてブーランジェは、ある行為が贈与分割であると性

---

448 J.Boulanger, op.cit., n° 4.

449 ここで、本文の文脈において「solidaire」を「相互依存的」と訳したことについて、説明をする必要があろう。通常、「solidaire」は、「連帯債務（oblidation soridaire）」、「連帯保証人（caution solidaire）」、または「連帯主義（solidarisme）」と訳されるように、「連帯的」という訳があてられる。

しかし、ある２つ以上の契約の関係性について、今日の学説によれば、一方が他方に対して従属的な関係にある場合と、相互が依存的な関係にある場合とがあることが指摘されている。それゆえ、今日において別の語が「相互依存的（interdependant）」関係を示すために用いられていることに留意しなければならないが、ここでは文脈に即して、「連帯的」ではなく「相互依存的」と訳した。

450 J.Boulanger, op.cit., n°s 4 et s.

451 贈与分割に関する規定は、民法典 1076 条以下に置かれているが、2006 年 6 月 23 日の法律により改正されている。本稿で取り上げる、不可分性概念と贈与分割との関係を論ずる学説が、20 世紀中葉のものであることから、2006 年の改正前の規定を念頭に論じられていることに注意されたい。

452 民法典旧 1077 条によれば、贈与分割は、以下のように規定される。なお、民法典旧 1076 条も贈与分割に関する規定ではあるが、1971 年 7 月 3 日の法律の規定が、その後、民法典に規定されたものであるため、ブーランジェの論稿が公表された当時（1950 年）においては置かれていなかった。

> 民法典旧 1077 条「予めなされた分割として卑属ら（les descendants）が受け取った財（les biens）は、それが先取分により、相続分の範囲外のものとして明確に贈与されたものでない限り、遺留分から控除されるべき相続分の前渡し（avancement d'hoirie imputable

質決定された場合には、当該行為のすべてが無効になる、つまり贈与と分割とがともに無効であるとする。もし分割の無効のみを言い渡すのであれば、それは行為の性質決定の修正なくしてありえないとし、実際、判例は、当事者が分割と贈与とは別個の行為であったとして一方の無効を主張したときに、無効の範囲をどうするかにつき、性質決定の問題として事案を解決しているとする。たとえば、判例は、分割が贈与と異なる行為（証書）によってなされた場合につき、それが尊属の協力のもと（avec le concours de l'ascendant）、または少なくとも尊属の面前で（en présence de l'ascendant）なされたときには、贈与分割があったとして事案を解決した[453]。

このように、ブーランジェは、異なる法的取引であるとされる行為であっても、新たにひとつの法的取引として性質決定される場合があることを指摘し、ここでは、不可分性により、性質決定の問題が解決されるとした。

続いて、当事者の意思により複数の法的な取引が結び付けられ、それらが従属的または相互依存的な関係にあるとされる場合の例をみてみよう。ブーランジェは、その例として、あるひとつの契約書（contrat）中に、売買の約束（promesse de vente）と賃貸借の継続の約束（promesse de prorogation de bail）とが含まれていたという事案に関する破毀院民事部 1949 年 11 月 22 日を挙げる。同判決は、売買の約束と賃貸借の継続の約束とが、民法典 1130 条 2 項により禁止されている将来の相続財産に関する協定（pacte sur sucession future）にあたるとして無効としたものである[454]。

---

sur leur part de réserve）に相当する。」

[453] 尊属の知らないところで受贈者たる卑属が財の分割協議をした場合についての判例として、次のものがあった。

［仏］破毀院予審部 1872 年 6 月 24 日（Cass.req., 24 juin 1872, D.1872, I, 473.）

【事案】1851 年 4 月 2 日に、母 A が、子 Y らに対して、財を包括的に贈与した。同日、Y らは、協議により換価処分（licitation）をするために A から受けた財を売却した。この売却について、A は無関係であった[453]。

A の死亡後、生存配偶者である X が、当該贈与分割が無効であったとして、財の売却の無効を主張した。なお、詳細な A の死亡時および X の請求時は不明であるが、X の請求は、本件売買から 10 年が経過した後で、かつ A の死亡から 10 年以内であった。そのため、尊属分割か否かにより、時効が成立しているかが異なることになる。この点が争点となった。

控訴院は、本件行為を尊属分割ではなく、通常の分割であったとして、当該行為の時から 10 年を経過していることから、時効により無効請求をしえないとした。そこで X が、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、本件売買の無効請求が、本件売買から 10 年を経過した後であったことから、控訴院は民法典（旧）1304 条に従って請求者の訴権を時効により消滅させることができたと判示した。

[454] フランス法上、将来の物（chose future）は、債務の目的になりうる（民法典 1130 条 1 項）。しかし、未だ発生していない相続を放棄することや、同様の相続について契約をする（fiare stipulation）、または何らかの同意をすることはできないとされる（民法典 1130 条 2 項）。

［仏 42］破毀院民事部 1949 年 11 月 22 日[455]

【事案】A と伯父 X は、ある不動産の共同所有者であった。なお、A は、X の推定相続人であり、伯父は、禁治産の宣告を受けていた。本件不動産は、会社 Y に貸与されていたのであるが、A は、X およびその法定代理人に無断で、本件不動産に関する賃貸借の、30 年の継続の約束、および同不動産を含むいくつかの財の売買の約束をした。詳細な請求内容等については資料から明らかではないが、この 2 つの約束について、将来の相続財産に関する協定とされ無効とされるかが争われた。

第一審は、一方で、売買の約束について、A が X の推定相続人であり、X の死後にしか不動産の所有者になりえないことを Y に述べていたことから、将来の相続財産に関する協定であるとして無効を言い渡した。他方で、賃貸借の継続の約束については、A が推定相続人であることを Y に述べていなかったことから有効であるとした。控訴の際、売買の約束の有効性については争われず、もっぱら賃貸借の継続の約束の有効性が争われることとなった。

控訴院は、目的とされる財が売買の約束と賃貸借の継続の約束とでは厳密には異なること、および A が推定相続人であることについて触れていないことから、賃貸借の継続の約束を有効であるとし、さらに同約束が財産管理行為だったとした。そこで X が破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、次のように判示して控訴院を破毀し移送した。

破毀院は、まず、A の所有権が X の死後にしか完全なものとならない点、および、賃貸借の継続の約束と売買の約束とが不可分に結び付けられ、双方が未だ発生していない相続（succession non ouverte）の財にかかわるものであるという点を確認した。そして、賃貸借の継続の約束が、Y に対して相続財産に関する排他的な権利を付与するものであり、将来の相続財産に関する協定の特徴を有するとした。なお、同約束が財産管理行為であったという控訴院の判示についても、30 年という賃貸借の継続の約束は、通常の財産管理行為の期間を超えるとした。これらの理由により、破毀院は、控訴院判決を、民法典 1130 条に違反したとして破毀し移送した。

同判決は、第一審および原審が売買の予約についてのみ将来の相続財産に関する協定であるとして無効とし、賃貸借の継続の約束については有効であると判示していたのに対して、これらの約束が不可分に結び付けられていることを理由のひとつとし、賃貸借の継続の約束についても将来の相続財産にあたるとした。

同判決の判示からは両者が不可分な関係にあったことが決定的な理由であったかは定か

なお、今日では、1130 条 2 項につき、「法律により規定された条件においては〔放棄等をすることができる〕」という文言が追加された。

[455] Cass.civ., 22 novembre 1949, J.C.P.1950. 5322, note Becqué.

ではないが、ブーランジェは、このような事例においては、ひとつの法的な取引の無効が、合意のすべてを、つまり法的には別個であるが当事者の意思により不可分な関係にあるとされる取引すべてを消滅させていると評価する。そしてこの不可分性は、無効の問題を解決するために用いられるものであると位置づけられるとする[456]。

このように、ブーランジェは、複数の区別された行為に関する不可分性を、一方では性質決定の問題の解決に向けられたものであるとし、他方では無効の範囲の問題の解決に向けられたものであるとして、区別したのであった。

３．ブーランジェによる不可分性概念と当事者の意思の影響

以上のように、ブーランジェは、不可分性概念が用いられる場合を、①行為の明確化のために用いられる場合と、②区別された 2 つの行為の関係を明らかにするために用いられる場合とに区別し、２つの場合において、無効と不可分性との関係を見出していた。もっとも、たしかにブーランジェは、当事者の意思に基づく不可分性と「無効」とが関係することを指摘しているが、伝統的な一部無効論がいうように、修正された契約を当事者に押しつけることを正当化するために、当事者の意思に言及したわけではなかった。

まず、①行為の明確化のために不可分性が用いられる場合のうち、不可分性が当事者の意思により生ずる場合において、ブーランジェは、これを無効の範囲の問題であるとしながらも、契約の解釈を想起させるものであると指摘していた。実際に、そこで挙げる例は、和解であった。和解においては、当事者がさまざまな要素を切り離せないものとすることも、また切り離すこともできるために、何がひとつの和解契約に含まれるかを判断するにあたって、不可分性に言及したにすぎなかった。それゆえ、ここで問題とされる当事者の意思は、修正された契約を当事者に押しつけることを正当化するためのものではなく、まさに、何が当事者の合意したひとつの契約であったかを確認するためのものでしかなかったと解することができる。

続いて、②区別された２つの行為の関係を明らかにするために不可分性が用いられる場合のうち、当事者の意思による不可分性が問題となる場合として、ブーランジェは、新たな性質決定が与えられない２つの行為が不可分な関係にあるか否かが問題とされる場合を挙げた。そして、それらの行為が不可分である場合にはひとつの行為の無効が他方の行為の無効をもたらすとした。この場合における当事者の意思の内実について、ブーランジェは明らかにしていない。

ここで、伝統的な一部無効論を振り返ろう。代表的な論者であるシムレールは、統一的な一部無効論を形成する過程で、無効の範囲を画定する基準となる当事者の意思を、当事者の現実の意思であると解することをやめた。なぜなら、当事者は、通常、契約の一部が無効であることを想定していないからである。そしてさらに、この当事者の意思は、一方の当事者の意思でよいとした。なぜなら、両当事者では利害が対立するために、争いが生

[456] J.Boulanger, op.cit., nº 5.

じた場面においては、両当事者の意思が対立するからである。もっとも、シムレールがこの主張をしたのが、動因的かつ決定的な条件概念の検討において、つまり条項の無効が問題となる事案においてであったことには、留意する必要があろう。しかし、シムレールが統一的な一部無効論を形成したのも事実であり、それぞれの事案類型において当事者の意思の内実が異なるとも考えにくい。仮に異なるとすれば、それは、事案を区別すべきであったことを示すことになろう。

それでは、複合的な契約における当事者の意思に基づく不可分性は、仮定的な、かつ一方の当事者の意思であると考えられていたであろうか。不可分性の判断にあたり考慮される当事者の意思の内実につき、ブーランジェが明らかにしていなかったことは、先に述べたとおりである。この当事者の意思の内実については、その後、ブーランジェがこの問題を無効であるとしたことに対して批判をすることとなったテレの見解から、重要な示唆を見出すことができる。つまり、テレは、この問題を性質決定と連続する問題であるとした。私見によれば、このテレの指摘は、不可分性概念において問題となっている当事者の意思が、一方の当事者の意思ではないことを示すものであると考える。以下、テレの見解をみることとしよう。

二　テレによる性質決定における不可分性概念の影響

テレの主眼は、先に述べたように、区別された２つの行為において不可分性が問題となる場合を、ブーランジェが性質決定の問題と無効の問題とに区別したことに置かれた。テレは、ブーランジェのように性質決定の問題と無効の問題とに区別するのではなく、いずれも性質決定の問題と深く関係するものであるという。自身の主張を展開するために、テレは、性質決定において、２つの段階で、しかし、それは、両者とも性質決定に影響を与えるものとして、不可分性が問題となることを指摘する[457]。

第一は、当事者間で締結された契約に対して、ある特定の契約類型が割り当てられることを認めるために、契約内の諸要素が不可分なものとして必要とされる段階である。つまり、不可分性が性質決定の起源となりうる。たとえば、贈与分割（donation-partage）について、分割という要素が欠ける場合、当該行為に対し、贈与分割という性質決定をとりえない[458]。つまり、ある性質決定について必要とされる諸要素のひとつが欠けるとき、当該

---

457 F.Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957, nos 480 et s.

なお、テレの主要のなかで事例が例示されていない箇所については、モウリー（J.Maury）がテレの見解を説明するところで引用されている事案を挙げることとした（J.Mauly, De *l*'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ., 1994, p.255.）。事案の引用は、モウリーがテレの見解の説示を行っている箇所からのものであり、テレの見解の意義を損なうものではなかろう。

458 J.Mauly, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ., 1994, p.255, spéc., no 6.

性質決定をとることはできない。

続いてテレは、第二に、性質決定という作業の後に、諸行為が、不可分性により、新たな性質決定が与えられなくとも、他の特殊なカテゴリーへと分類されるという段階を設ける。ここでは、諸要素が不可分であることから、新たな性質決定が与えられるわけではないが、たとえば、それらのうちの一方が無効であるとき、他方の無効がもたらされるとする。すなわち、それら諸行為は、ひとつの法制度（régime juridique）のもとで不可分なものとして扱われるのである。たとえば、ガソリンの提供と減摩剤の提供との関係や、賃貸借と売買の約束との関係について、それらの一方が無効であるとき、他方の無効がもたらされるであろうが、それらに対して新たな法的性質が与えられるものではないという[459]。

このようにテレは、諸要素が不可分な関係にある場合において、あるときはそれに対してある法性決定が与えられ、あるときは新たな性質決定が与えられないが、一体として無効となるとする。それゆえ、テレは、このことを、性質決定における不可分性には強弱があると表現した。

三　テレの主張に対する批判と意義

テレの主張の意義を確認する前に、このテレの主張に対する批判を確認することにしたい。テレの見解に対する批判には、もっともな点もあるが、それでもなお、先に指摘した本稿の問題関心からすれば、テレの主張の重要性が、その批判と矛盾しないかたちで存しうるからである。

１．テレの見解に対する批判

テレの見解に対し批判を展開する学説は、テレのように不可分性概念にグラデーションがあるとするならば、不可分性概念が曖昧な概念になるとする[460]。

たとえば、スーブ（J.-B.Seube）は、テレが挙げる２つの事例の間には、すなわち、性質決定の起源としての不可分性の問題と、異なる要素を無効という制度（régime）に服せしめるための不可分性の問題との間には、共通性を見出せないという。一方で、性質決定の起源としての不可分性は、コーズや牽連性（connexité）に対してオリジナリティを有するものではない。他方で、一方の無効の他方への影響を考える場合においては、不可分性概念が問題となりうるのだという[461]。

このスーブの主張を理解するには、彼の主張が、不可分性概念について三以上の当事者

---

459 ガソリンの提供と減摩剤の提供との間の不可分性に関する裁判例として、パリ控訴院1991年11月21日（Cour de Paris, 21 novembre 1991, J.C.P.E, 1992, pan.p.40 ）が、賃貸借と売買の予約との間の不可分性に関する裁判例として、破毀院第一民事部1964年3月9日（Cass.civ.1re, 9 mars 1964, Bill.civ. I, no 134. ）がある。

460 J.-B.Seube. op.cit., thèse, no 316.

461 J.-B.Seube. op.cit., thèse, nos 287 et 316.

における契約が問題とされる場合の連続的消滅の問題を踏まえたうえでなされたものであるということを指摘しておく必要がある。三以上の当事者における契約が問題とされる場合においては、存在する契約が別個のものであることは明らかである。そして、このとき、スーブは、一方の契約が無効であったとしても、他方の契約の有効要件が充足されているとし、他方の契約を、無効とするのではなく「失効」になるとするのである。それゆえ、スーブが、単一の契約とされうる場合とそうでない場合との事案を不可分性という同一の概念で扱うことを嫌うのは当然であろうし、私見によれば、スーブの主張は、正当であるように思う。この意味で、テレの見解は、批判を免れないと考える。

しかし、それでもなお、テレの見解に意義が残されているように思われる。最後に、テレの見解の意義を検討したい。

２．テレの見解に残された意義

以上でみたように、テレの主張に対する批判は、説得的なものであったように思われた。テレが性質決定における不可分性の影響の第二の段階として論じていた事案は、第一の段階として論じていた事案と明らかに異なるからである。

しかし、伝統的な一部無効論との対比でいえば、複合的な契約における当事者の意思が、「仮定的な、かつ一方当事者の意思であったか否か」という点について、テレの見解は、これを否定するものであったと解することができよう。なぜなら、性質決定は、両当事者の合意に与えられるものであるからである。これと連続するものとして複合的な契約の連続的消滅の基礎となる不可分性を捉えることに鑑みれば、テレは、当事者の意思を、両当事者の意思であると考えていたと解することができよう。このことは、続いて検討する、今日の学説における不可分性に関する議論において、鮮明なものとなる。

四　小括

以上では、二当事者間における契約の不可分性に関する議論をみてきた。

その際、本稿が注意したことは、伝統的な一部無効論が当事者の意思を、「仮定的な、かつ一方当事者の意思」であると捉えていたことに対して、不可分性概念に関する議論に着目するならば、本当にそういえるものであったかということであった。

二当事者間における契約においては、次の２つの場面で「当事者の意思による不可分性」が言及されていた。

第一に、学説は、契約の性質上、当事者が諸要素を切り離すことも、結びつけることもできる場合に、何がひとつの行為であったかを明確にするために、不可分性という語を用いていた。その事案として、ブーランジェは、主に和解を念頭に置いた。この事案においては、ひとつの要素の無効が、それと不可分な関係にある諸要素を無効にするために、この不可分性概念は、無効の問題と関係するものであるという。しかし、この不可分性概念によりなされていたことは、実は、何が不可分な要素として考えられていたか、つまりひ

とつの行為であったかという契約の解釈の問題であった。実際に、ブーランジェが契約の解釈の問題であると指摘していたことからも、ここで問題とされる当事者の意思の内実は、「両当事者の意思」であったといえよう。

第二に、学説は、複数の行為が不可分である場合に、一方の契約の無効が他方の契約の消滅を認めるにあたっても、それは当事者の意思による不可分性であると考えた。この点について、ブーランジェは、無効の問題であるとするのみで、当事者の意思をどのように考えていたかは明らかでなかった。しかし、テレは、この問題を、性質決定の問題と関連するものであると主張した。すなわち、テレは、性質決定の問題に与える不可分性の影響には、２つの段階があるとした。第一の影響とは、異なる性質決定が付与される複数の行為が不可分であるために、新たな性質決定が与えられるというものである。そして第二の影響とは、新たな性質決定が付与されない場合であっても、それらの行為が不可分性により特定のカテゴリーへと分類されるに至るというものである。そしてこれにより、テレは、それらのうちの一方が無効であるとき、他方の無効がもたらされるとする。すなわち、それらの行為は、ひとつの法制度のもとで不可分なものとして扱われることになるとした。

テレは、不可分性において問題となる当事者の意思を、性質決定と連続する問題であると考えていることから、両当事者の意思を問題としていたように思われる。そしてこのことは、その後の学説の、不可分性に関する議論のなかで、より明確になっていく。そこで、次款では、複合的な契約における不可分性概念の評価に関する議論をみていくこととしよう。

第二款　不可分性概念における当事者の意思の内実

複合的な契約の連続的消滅の基礎として、多くの学説は、不可分性概念の有用性を説く[462,463]。これらの学説は、複合的な契約における連続的消滅という解決が正当化されるのは、

---

462 都築・前掲注（441）227 頁によれば、「有力な学説」と評されていたが、今日では、かなり多くの学説が不可分性概念による解決の有用性を認めているように思われる。たとえば、不可分性による解決を主張するものとして、J.-B.Seube, op.cit., thèse ; J.Moury, De l'indivisibilite entre les obligations et entre les contrats, R.T.D.civ., 1994, 255 ; S.Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois, 2002, art. 37505, p.355 ; J.Ghestin, op.cit., Cause de l'engagement, nos 954 et s ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nos 2612 et s.

463 一方の連続的消滅の基礎としてコーズを主張する学説については、本稿注(442)を参照。

コーズを基礎とする学説との違いについて、ここで触れておこう。

不可分性を連続的消滅の基礎とする学説は、コーズを基礎とする場合との違いについて、次のように説明する。すなわち、複合的な契約におけるコーズとされた共通の経済的目的の探究は、場合によってはこれが当事者の考え（esprit）において諸行為を結合させる手懸かり（indice）となるかもしれないが、それだけでは、連続的消滅を基礎づけるのに不十分であるという（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., no 2611.）。たとえば、ムウリ

特別な法律による規定のない限り、複合的な契約における諸契約が不可分な関係にあるからだとする[464]。

では、これらの学説は、不可分性の有無をどのように評価するのであろうか。前款で確認したテレは、不可分性を当事者の意思に基づくものであるとし、これを性質決定と連続するものとしていたことからも、問題となる当事者の意思を両当事者の意思と捉えていたと考えられる。しかし、テレが、諸行為の不可分性が問題となる場合をすべて性質決定と連続する問題であるとして考えていたことに対しては、批判があった。そうすると、連続的消滅の基礎を不可分性概念に置く他の学説が、どのように不可分性の有無を評価しているかをさらに検討していく必要があろう。

不可分性の評価の仕方について学説を分類するならば、現実の当事者の意思の探究により主観的に判断されるとするものと、複合的な契約により追求された経済的な目的により客観的に判断されるとするものとに区別することができる[465]。

一　当事者の共通の意思の探究

まず、現実の当事者の意思の探究であるとする学説である。つまり、この学説は、判例においては、複数の行為の間の不可分性の是認は、当事者の共通の意思の探究によってなされているという[466]。

ところで、今日のフランスでは、複合的な契約において連続的な消滅を避けるために、実務上、諸契約の一方が無効または解除されたとき、他方の契約には影響を与えないことをあらかじめ明記する「可分条項」が置かれることがある。しかし、判例のなかには、この条項の効力を否定するものがある[467]。そのため、諸契約が不可分であるか否かを当事者

一（J.Moury）は、「契約群（group de contrats）の枠組みにおいて、コーズの同定性（identité de cause）は、ありうる不可分性を示す」ものでしかないとする（J.Moury, De l'indivisibilite entre les obligations et entre les contrats, R.T.D.civ., 1994, 255, spec., n° 15.）。また、スーブは、主観的なコーズ概念と不可分性との間の近接性を指摘されつつも、両者には、２つの契約が経済的に同一の目的を探究するという事実と、２つの契約が不可分な関係により結合されるという事実との間で異なるという。すなわち不可分な関係は、当事者により探究された経済的目的を達成するための手段でしかなく、目的それ自体とは異なるものだとする（J.-B.Seube, op.cit., thèse, n° 185.）。

464 M.Cottet, Essai critique sur théorie de l'accessoire en droit privé, these, LGDJ, 2013, n° 440 ; S.Amrani-Mekki, op.cit., n^os 24 et s ; J.Ghestin, op.cit., Cause de l'engagement, n° 960 ; M.Bacache, Rép.civ., Dalloz, V° Indivisibilité, n° 148 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., t.2, n° 2611.

465 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., n° 2616.

466 S.Amrani-Mekki, op.cit., n^os 24 et s ; J.-B.Seube, op.cit., thèse, n^os 405 et s ; J.Ghestin, op.cit., Cause de l'engagement, n° 953 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, n^os 2618 et s ; Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, Les obligations, 4^e éd, Defrénois, 2009, n° 839.

467 ただし、可分条項につき、それを有効であるとする破毀院判決もある（Cass.civ.1^re., 28 octobre 2010, J.C.P.2011. note 303, C.Aubert de Vincelles, D.2011, p.556, note D.Mazeaud, D.2011, p.622, chron. C.Creton.）。

の共通の意思の探究により判断すると主張する学説においては、可分条項が規定されているにもかかわらずその援用を拒否した判例を、どのように説明するかが問題となる。そこで、この学説は、判例において可分条項の援用が否定される理由につき、当事者の現実の意思に反するからだとする[468]。つまり、裁判官は、表示された意思ではなく、当事者の現実

[468] 複合的な契約における連続的消滅を否定する旨の可分条項の適否については、2013 年に、破毀院混合部により 2 つの判決が出されており、その重要性は極めて高い。そこで、同判決について、本稿との関係を踏まえながら注記する。

まずは、破毀院混合部 2013 年 5 月 13 日に出された 2 つの判決（Cass.mix., 17 mai 2013,pourvoi nº 11-22.768 et pourvoi nº 11-22.927, D.2013, AJ 1273, obs.X.Delpech ; J.C.P.2013, 673, note Fr.Buy ; J.C.P.2013, 674, note J.-B.Seube.）の事案等を確認しておこう。

［仏］破毀院混合部 2013 年 5 月 17 日（Pourvoi nº 11-22.768. 以下、「第一判決」と引用する。）

【事案】Y と A との間で、Y の店に通信ネットワークサービスを導入し、広告を流す代わりに、A が Y に対して毎月負担金を支払う旨の契約が締結された（広告パートナー契約）。広告パートナー契約に必要な機器について、Y は、B との間でリース契約を締結した。その後、B は、当該機器を X に譲渡した。

広告パートナー契約で導入されたシステムが機能しなくなったため、Y は X に対するリース料の支払いを停止した。そこで、X は、Y のフォートに基づくリース契約の解除を通知し、その未払い金として約 102 万ユーロの支払いを求めて Y を提訴した。

控訴院は、A の過失（tort）に基づくものとして AY 間の契約の解除を、次いで、XY 間の契約の解除を言い渡した。さらに、Y に対して、X への金銭の支払いを命じたが、その額は約 3500 ユーロにすぎなかった。Y が X に支払うべき金額の算定については詳細な記述が見当たらないが、X の破毀申立て理由から推測するに、XY 間の契約の解除および X に対して支払われるべき金額の算定にあたり、AY 間の契約の解除にあたり考慮されるべき要素、つまり A のフォートが考慮されたものと考えられる。そこで、X は、リース契約には、同契約と AY 間の契約とが独立した契約であるとする旨の条項が付されており、控訴院が同条項の適用を拒否したことは民法典 1134 条、1217 条、1218 条に反したとして、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、「リース契約（location financière）を含む取引に組み入れられた同時の、または継続的な諸契約（les contrtas concomitants ou successifs）は、相互依存的である（interdépendants）。この相互依存性と相いれない契約の条項は、書かれざるものとみなされる」と判示し、X の破毀申立てを棄却した。

［仏］破毀院混合部 2013 年 5 月 17 日（Pourvoi nº 11-22.927. 以下、「第二判決」と引用する。）

【事案】Y は、A との間で、電子ファイルの遠隔バックアップに関する契約を締結した。そして、同契約に必要な機器につき、Y は、B との間でリース契約を締結した。その後、B は、X に対して契約上の地位を譲渡した。

Y は、A の債務不履行を理由に AY 間の契約を解除する旨を A に通知し、X に対するリース料の支払いも停止した。そこで、X は、Y の過失に基づくリース契約の解除、未払い金の支払い、およびリース物件の返還を求めて提訴した。

控訴院は、両当事者の共通の意図において、一方の契約の履行が他方の契約の履行に依拠していないこと、どんな要素もリース契約中に置かれた両契約を別個の契約とする旨の条項

の意思を優先させなければならないのである[469]。

たとえば、エルランジェ（G.Helleringer）は、破毀院商事部 2000 年 2 月 15 日と、破毀院商事部 2007 年 4 月 24 日とを挙げ、可分条項の効力が否定される理由を次のように説明した。

［仏 43］破毀院商事部 2000 年 2 月 15 日[470]

【事案】薬局 Y が、広告会社 A との間で、映像供給契約を締結した。同契約の履行に必要

の適用を退けるものではないことなどを理由に、AY 間の契約と XY 間の契約とは不可分なものではないとした。これに対し、Y が破毀申立て。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、「リース契約（location financière）を含む取引に組み入れられた同時の、または継続的な諸契約（les contrtas concomitants ou successifs）は、相互依存的である（interdépendants）。この相互依存性と相いれない契約の条項は、書かれざるものとみなされる」と判示した後、控訴院を、本件事案において確認された事実から法的な帰結を導かなかったとして、民法典 1134 条を挙げて同条に反するとし、破毀し移送した。

2013 年に破毀院混合部により出された第一判決、および第二判決は、ある契約 A とリース契約とを相互依存的なものであると判断するにあたり、個別具体的な考慮要素を摘示して判断するという方法を採らず、抽象的に判断した。すなわち、両判決は、諸契約が、「リース契約を含む取引に組み入れられた同時の、または継続的な諸契約」であることから、相互依存的であるとして、契約 A とリース契約とを別個のものであるとする旨の主張を容れなかった。

これらの判決の意義について、学説によれば、破毀院混合部は、①諸契約が同時的なものである、または継続的なものであるということ、および②契約がリース契約を含む取引に組み入れられたものであること、という 2 つの非常に客観的な要素から、諸契約の相互依存性を認めたものであると評価されている（Fr.Buy, op.cit., note, p.1157.）。

それゆえ、両判決の基準は、本稿が検討する、不可分性の主観的に把握する学説および客観的に把握する学説の双方とは考慮されるべき要素が異なる（Fr.Buy, op.cit., note, p.1157.）。

そうであるならば、上記 2 つの判決が出されたことにより、本稿が挙げる学説の意味がなくなったのであろうか。学説による上記第一判決、第二判決の射程に関する評価をみるかぎり、私見によれば、そうではないと考える。つまり、本判決の射程につき、学説は、破毀院混合部が、上述したように②契約がリース契約を含む取引に組み入れられたものであることを相互依存性が認められる要件として挙げていることを強調し、リース契約を含む取引に限ってのみ両判決の射程を限定すべきだという（Fr.Buy, op.cit., note, p.1157, J.-B.Seube, op.cit., note, p.1160.）。

それゆえ、同判決の射程外であるとされる事案については、不可分性につき当事者の意思にかかわるものとして捉える余地が十分に残されていることとなろう。

469 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nº 2618.

470 同判決については、一部無効という効果との関係でいえば、契約の一般的なエコノミーに矛盾する条項の適用の拒否と、一部無効とがどのような関係にあるものかなど、問題とされるべき点がある。もっとも、本稿が無効原因が法律上の規定に反するものである場合を念頭にしていること、および同事案が二当事者間における契約の問題ではないことから、この点についての検討は今後の課題としたい。

な機材はAによってYに供給され､そのための資金のためにリース会社Xとの間で､Yは、ファイナンス・リース契約を締結した。映像供給契約とファイナンス・リース契約とは、同じ存続期間であった。また、YがXに支払うべきリース料は、YがAから受け取り広告料と同額であった。なお、ファイナンス・リース契約には、Y－A間の映像供給契約の解約等にかかわらず､Yがリース料の支払いをする義務がある旨の条項が付されていた（このように、2つの契約の相互依存性を否定する旨の条項は、一般に､「可分条項」と呼ばれる。)。その後、Aが倒産したために、Yは、リース料の支払いも中断した。そこで、Xは、リース料の支払いを求めてYを提訴した。

控訴院は、映像供給契約とファイナンス・リース契約との間の相互依存性を確認し、Xの請求を棄却した。上記可分条項については、それを濫用的であるとして適用を否定した。そこで、Xが、同条項の適用を否定した控訴院が民法典1134条に反するとして破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院によれば、原審が、リース目的物が広告会社によって利用されるためのものであることをリース会社が知っていたこと、リース会社が必要なものとしてその利用を許可したこと、当該機材が特殊なものであったこと、リース契約の唯一のコーズが映像供給契約によって形成されたことから、２つの契約の間の相互依存性を導いたことを確認した。そして、これらに鑑みて、破毀院は、同条項の文言が契約の一般的エコノミーと矛盾するとし、原審の判断を正当なものとした。

［仏44］破毀院商事部2007年4月24日[471]

【事案】Yは、Aとの間で、飲み物の販売機および水の給水機の供給およびメンテナンス等に関する契約を締結した。同日、Yは、Xとの間で、販売機等の供給およびメンテナンス等に関する契約の実現に必要な機器について、長期のリース契約を締結した。その後、販売機等の提供およびメンテナンスに関する契約が履行されなくなったため､Yがリース料の支払いを停止したところ、Xは、Yに対してリース料の支払いを請求した。

控訴院は、リース契約が、Yの機器の利用という固有のコーズを有すること、およびリース契約には２つの契約が独立なものであることを示す条項が付されていたことから､Yにはリース料の支払い義務があるとし、Xの請求を認容した。そこで、Yが破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院によれば、控訴院が、リース契約とサービスの提供契約とが締結された取引の一般的なエコノミーに鑑みて、両契約の間に不可分性があるか否かを、また、その結果、条項の文言が、当事者の共通の意図から生ずる同取引の目的に反するものであったか否かを探究することなく判決を出したことから、同判決を、法的基礎を欠くものとして破毀し移送した。

---

[471] Cass.com., 24 avril 2007, RDC 2008, p.276, obs.D.Mazeaud.

エルランジェは、破毀院により判示された、「当事者の共通の意図から生ずる」という文言について、これは、「黙示の」当事者の共通の意図であると評した。そして、このことから、エルランジェは、「取引の一般的エコノミーの現実に、つまり当事者により明らかに意図された取引の経済的目的および諸契約を結ぶ関係の本質に、明白に反する場合には、可分条項は拘束力を有することができなかった」と主張した[472]。

二　客観的かつ経済的な取引の目的

このような両当事者に共通の現実の意思を考慮するという主張に対して、学説のなかには、批判をするものがある。ある学説は、不可分性を、その出自においては当事者の意思によるものであるが、複合的な契約により追求された経済的な目的を客観的に評価することで判断されるものであると主張する。たとえば、オベール・ドゥ・バンセル（C.Aubert de Vincelles）がこの旨を主張する[473]。オベール・ドゥ・バンセルは、連続的消滅においてコーズを基礎とする学説が批判されるに至った経緯や、破毀院商事部 2007 年 6 月 5 日の評価を通じて、たしかにコーズ概念を基礎とすることには論理的な難点があり無理があろうとする[474]。しかし、他方で、コーズ概念ではなく他の概念が用いられるべきだとしても、複合的な契約においてコーズを基礎とする学説が示していた連続的消滅をもたらす理由について批判されたわけではないとした[475]。

まず、破毀院商事部 2007 年 6 月 5 日の事案からみることとしよう。

［仏 45］破毀院商事部 2007 年 6 月 5 日[476]

【事案】X は、Y との間で、情報機器の売買契約を締結した。同契約は、X が当該機器を A に賃貸することを目的として締結されたものであり、実際、X は、A との間で、当該機器に関するリースおよびメンテナンスに関する契約を締結した。その後、XA 間のリースおよびメンテナンスに関する契約が解約されることとなったため、X は、XY 間の売買契約の解除に基づく代金の返還請求をした。

控訴院は、X が当該機器をリースするという条件でしか当該機器の取得をしなかったことから、X の約務がリース契約の解約によりコーズを奪われたことを考慮し、このことは、諸契約間には不可分性がある、X−Y 間の売買契約の解除をもたらすとして、X の請求を認容した。これに対し Y が破毀申立て。

---

472 G.Helleringer, Les clauses du contrat, essai de typologie, these, LGDJ, 2012, n^{os} 311 et s.

473 C.Aubert de Vincelles, Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, RDC 2007, 983, spéc., n^{os} 3 et s.

474 コーズ概念を連続的な消滅の基礎とする学説については、本文中では扱わなかった。この学説やそれに対する批判等については、本稿・前掲注(442)を参照。

475 C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n^{o} 7.

476 Cass.com., 5 juin 2007, D.2007, 1723, obs.X.Delpech.

【判旨】破毀自判。

破毀院は、民法典 1131 条および同法 1134 条を根拠条文とし、「リースおよびメンテナンス契約の解約は、それらの契約（リースおよびメンテナンス契約と売買契約）が複合的でかつ不可分な契約の集合（ensemble contractuel complexe et indivisible）を形成する場合には、売買契約の解除をもたらすのではなく、単に、〔売買契約の〕失効〔をもたらすの〕である」として、控訴院判決を破毀し自判した[477]。

同判決について、オベール・ドゥ・バンセルは、適用条文として民法典 1131 条および同法 1134 条を挙げたにもかかわらず、破毀院の判示内容には、コーズが表されていないことに着目する。

同判決が民法典 1131 条を挙げたことに対するありうる解釈としては、同判決が複合的な契約における連続的消滅の基礎をコーズ論に置くことを示したものだとするものが挙げられよう[478]。すなわち、破毀院が民法典 1131 条を挙げたのは、原審が判示するように、買主の約務がリース契約の解約によりコーズを奪われた場合には、売買契約は、解除ではなく失効しなければならないという意味においてであったという解釈である。

しかし、オベール・ドゥ・バンセルは、同判決が直接に示した判示内容にはコーズという言葉が用いられていないこと、および民法典 1131 条を挙げて法律に違反があったとし原審を破毀していることから、このような解釈を否定した。そして、同判決においては、連続的消滅の基礎としてコーズが不適切であったこと、それゆえに原審が民法典 1131 条の適用を誤ったことが判示されていると解釈すべきだとした。

しかし、オベール・ドゥ・バンセルの主張において重要な点は、コーズ論を基礎とすること自体は妥当でないとしても、コーズを基礎とする学説が主張していたような、連続的消滅をもたらす客観的な基準までもが無意味なものとなったのではないという点である。すなわち、オベール・ドゥ・バンセルは、契約の集合の特徴（caractéristique des ensenbles contractuels）が、同一の経済的取引のために締結されたさまざまな契約により追求される共通の目的にあることを主張した。そして、この客観的な基準自体は、たとえ連続的消滅の基礎としてコーズ概念を置くことが不可能であっても、妥当なものであるとした[479]。これに対して、現実的な意思の探究により不可分性が判断されるとする学説については、可

---

477 民法典 1131 条［再掲］「コーズがない債務、または虚偽のコーズもしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

民法典 1134 条 1 項［再掲］「適法に形成された合意は、それを行った者に対して法律に代わる。」

478 このような解釈をするものとして、X.Delpech, op.cit., D.2007, 1723.

479 オベール・ドゥ・バンセルによれば、「不可分性」に代わり、「相互依存性」が連続的消滅を基礎づける基礎となるであろうことも指摘する（C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, nº 7.）。もっとも、本稿では、諸概念により示される内容、およびそこにおける当事者の意思の影響に関心を置くため、このような用語の違いについても主張されているという指摘にとどめる。

分条項の援用を否定した判例（前掲［仏 43］判決、［仏 44］判決）からすれば批判を免れないものであるとし、前述したエルランジェの解釈と異なる評価を下す。その理由につき、オベール・ドゥ・バンセルは、たしかに当事者の意思は必要なものであり、契約および債務を生ぜしめる息吹（souffle créateur）でなければならないが、そうであるとしても、この意思により全てを説明するとすることは、想像上の、あるいは予言となる（être fictive et divinatoire）危険があるという[480]。結論として、オベール・ドゥ・バンセルは、裁判官が契約の集合における経済的取引の一貫性によって諸行為を捉えているであろうとし、それゆえに、たしかに当事者の意思が経済的取引を生ぜしめる源ではあるが、当事者の意思と経済的取引の一貫性とは区別されたものであると主張した。

三　連続的消滅における当事者の意思の役割

以上では、連続的消滅の基礎であるとされる不可分性につき、学説がその有無をどのように判断しているかをみてきた。学説には、不可分性の判断を、両当事者の共通の意図の探究であるとするものと、諸契約により追求された共通の目的といった客観的な要素を用いて評価されるべき事柄であるとするものとがあった。

未だ決着をみていない問題であるが、伝統的な一部無効論が考慮すべしとした当事者の意思との関係でいえば、まずは、その内実につき、相違を指摘できよう。そのために、不可分性の判断を両当事者の共通の意図の探究であるとする場合と、客観的な評価であるとする場合とのそれぞれにつき、①不可分性に対して当事者の意思が影響を与えているか、②与えているとすれば、その当事者の意思は、伝統的な一部無効論が主張していたような「仮定的な、かつ一方当事者の意思」であったかという点につき、整理する。

まず、不可分性の判断を両当事者の共通の意図の探究であるとする学説について説明する。この学説は、「両当事者の共通の意図の探究である」と解していることからも、①不可分性に対して当事者の意思が影響を与えていること、および②一方当事者の意思ではなく、両当事者の意思を問題としていることは明らかであろう。

これに対して、客観的に不可分性を評価しようとしている学説はどうであったか。この学説は、当事者の意思を、契約を生ぜしめるものとして位置づけていた。それゆえこの学説の評価として、①不可分性に対して当事者の意思が影響を与えていた、といってよいかは、判断が難しいといわざるをえない。しかし、契約を生ぜしめるものとしての当事者の意思を捉えて当事者の意思が影響を与えているといいうるのであれば、②そこで問題とされている当事者の意思は、明らかに、両当事者の意思である。この学説は、契約により追求された経済的な目的により不可分性を評価する。両当事者の意思の合致である契約を客観的に評価するのであるから、一方当事者の意思ではなく、両当事者の意思であるといえよう。

480 C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, nº 8.

このように、複合的な契約の連続的消滅において問題とされる当事者の意思は、「両当事者の、かつ現実の意思」であったといえる。伝統的な一部無効論について簡単に振り返ると、シムレールは、統一的な一部無効論を形成するにあたり、当事者間では利害が対立することから、問題とされるべき当事者の意思を一方当事者の意思であると解していた。しかし、複合的な契約の連続的消滅を認めるにあたって、今日の学説は、このように解してはいない。その理由については、学説により明確にされているわけではないが、学説が、不可分性の有無を評価する際に考慮される当事者の意思と可分条項を否定するにあたり考慮される当事者の意思とを明確に区別することなく論じていることに鑑みれば、不可分性の有無の評価にあたり考慮される当事者の意思の意義は、次のように評価できる。

ここで、可分条項が否定されるにあたり課されるべきサンクションに着目してみよう。この問題につき、破毀院混合部 2013 年 5 月 13 日は、可分条項を当該複合的な契約の相互依存性（interdépendance）と相いれないとして否定するにあたり、当該条項を「書かれざるものとみなす」とした[481,482]。同サンクションの機能を想起するならば、問題となる複合的な契約の整合性を保つことが企図されているといえよう[483]。すなわち、S.ゴドゥメは、複合的な契約があるカテゴリーに属するといいうる場面が限定的であるために契約上の債務の整合性が問題となることはあまりないとはいうものの、複合的な契約がある特定のカテゴリーに属するといいうる場合には、諸契約間の不可分性を妨げる条項が書かれざるものとみなされなければならないとする[484]。そして、前掲［仏 43］判決を例に、ここで可分条項が否定されるのは、契約の整合性が考慮されるからだとする[485]。ここでは、ある条項が書かれざるものとみなされることで契約の維持がされるわけではない点で、単一の契約において条項が書かれざるものとみなされる場合とは異なる。しかし、当事者に共通の意図に基づき、契約上の債務の整合性を確保するという点で、両者における同サンクションの機能は同一であるとするのであった[486]。それゆえ、複合的な契約における不可分性の評価にあたり考慮される当事者の意思は、一方の契約の無効とは理論的には無関係に問題とされうるものであるといえよう。

以上のことから、複合的な契約の事例においては、たしかに連続的消滅の範囲を決するにあたり当事者の意思が考慮されるといいえたが、その内実および役割は、伝統的な一部無効論におけるそれとは区別されるべきであったように思われる。

このような、伝統的な一部無効論に対する複合的な契約の連続的消滅の特殊性は、サンクションそのものについても見出されることとなる。次款では、このことを確認しよう。

---

481 同判決の内容およびその射程については、本稿・前掲注(468)を参照。

482 「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションと当事者の意思との関係（ただし、同サンクションにおける契約上の債務の整合性を統制する機能との関係においてである。）については、本稿 152 頁を参照。

483 F.Buy, op.cit., note, J.C.P.2013, 673, p.1158.

484 S.Gaudemet, op.cit., thèse, n° 520.

485 S.Gaudemet, op.cit., thèse, n° 521.

486 S.Gaudemet, op.cit., thèse, n° 522.

第三款　連続的消滅における一部無効論と失効

一　複合的な契約における連続的消滅と無効の本質との接合の可否

以上でみてきたように、複合的な契約においては、連続的消滅の可否を判断するにあたって、当事者の意思が影響を与えていると考えられた。

もっとも、シムレールの一部無効論との対比でいえば、そこで問題とされている当事者の意思は、一方当事者の意思ではなく、両当事者の意思であった。

では、ティビエルジュの一部無効論との対比でいえばどうか。たとえば、ひとつの契約が錯誤に基づいて無効である場合に、それと不可分な関係にある他方の契約が「無効」とされるとすれば、この他方の契約は、合法性が違反されていないといえるだろうか。合法性が違反されていないならば、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるという無効の本質とは相いれない可能性がある。

この点について、近時、連続的消滅において、不可分な関係にある契約の一方の消滅により他方の契約が課されるサンクションは、「無効」ではなく「失効」であるとする学説および判例が登場していることは、非常に興味深い。もっとも、連続的消滅については、無効が問題となる場合のほか、解除が問題となる場合もあり、契約の成立の問題か履行の問題かによってサンクションが異なるとする見解もある[487]。また、判例が言い渡すサンクションについても、一貫していないと評されている[488]。それゆえ、未だ流動的な議論ではあるが、このことにつき、無効の事例に限ってみていこう。

二　「失効」の登場

これまで、一方の契約の無効が、それと密接な関係にある他方の契約へ影響を及ぼすか否かの基準についての検討を行ってきた。しかし、実は、近年の学説は、この問題が無効の範囲の問題ではないと考えられる傾向にあるとする。

たとえば、サヴォー（E.Savaux）は、かつての判例においては、一方の契約の無効が、不可分な関係にある他方の契約の無効をもたらすとするものがあったが、近年の判例においては、他方の契約につき異なるサンクションが課されていることを指摘し、複合的な契約における連続的消滅の問題を、無効の領域において扱われるものではないとする[489]。具体的な事案をみるならば、まず、かつての判例の一例として、破毀院商事部 1986 年 2 月 17 日を挙げる。

---

[487] たとえば、J.-B.Seube, op.cit., these, n^os 290 et 369 ; S.Bros, L'interdépendance contractuelle, thèse, 2001, n^os 560 et s, et 619 et s.

[488] C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n^o 11 ; E.Savaux, op.cit., Les nullités en cascade, n^o 15.

[489] E.Savaux, op.cit., Les nullités en cascade, n^o 12.

［仏 46］破毀院商事部 1986 年 2 月 17 日[490]

【事案】X は、Y との間で、潤滑剤の排他的な供給契約および気化燃料の排他的な供給契約とを締結した。しかし、潤滑剤の供給契約については、代金が決定されていなかった。そのため、X は、潤滑剤の供給契約の無効を請求した。これに対して、Y は、２つの供給契約が密接な関係にあるとして、両方の契約が無効とされると争った。

【判旨】（不明）

破毀院によれば、両契約が切り離せるものではないことに鑑みれば、２つの供給物の代金を切り離すことはできないとして、潤滑剤の供給契約の無効が、気化燃料の供給契約の無効をもたらすと判示した。

同判決は、２つの契約が切り離せるものではないことに鑑みて、一方の契約の無効が他方の契約の無効をもたらすと判示した。しかし、サヴォーは、判例が常にこのように考えているわけではないとする。具体的な判例として、破毀院第一民事部 1997 年 7 月 1 日を挙げ、同判例においては、他方の契約を無効とするのではなく、失効とすることで解決されていることを指摘した。

［仏 47］破毀院第一民事部 1997 年 7 月 1 日[491]

【事案】1986 年 10 月 27 日、公証人証書（acte notarié）により、Y は、A から、ラジオ放送に関する営業財産を取得した。同日付けの証書により、X らは、Y に対し、総額 150000 フランを貸与した。この消費貸借契約にあたっては、Y が譲渡された営業財産が商事質にとられ、また、不動産に抵当権が設定された。その後、営業財産の売買契約が無効とされることとなったため、Y は、消費貸借契約の履行期に支払いをするのをやめた。そこで、X らが、抵当不動産の差押え（saisie）に基づいて同不動産を売却を求めたところ、Y が、差押え前支払い催告（commandement）に意義を唱えた。

控訴院は、本件売買契約と本件消費貸借契約とが密接な関係にあり、抵当権の設定が売買契約の無効により失効するとして、X らの差押えに基づく押収（poursuite）を無効と言い渡した。これに対して、X らは、本件売買契約と本件消費貸借契約とを密接な関係にあるとして売買契約の無効が本件消費貸借契約に影響するとした点のほか、たとえ消費貸借契約が失効するとしても担保は有効であるとして、破毀申立てをした。以下では、第一点についてのみ判旨を取り上げるが、破毀院は、後者の破毀申立て理由について理由があるとしたため、破毀移送となった。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、控訴院が、本件売買契約と本件消費貸借契約とが、同日に、また、同一の公

490 Cass.com., 17 decembre 1986, R.T.D.civ., 1987, 595, obs.J.Mestre.

491 Cass.civ.1re, 1 juillet 1997, Bull.civ.I, no 224 ; D.1998, 33, note Aynès, Defrénois 1997, art. 36681, note Aynès.

証人により締結されていることから、密接な関係にあることを認め、そこから、当事者が、貸借の存在を売買の実現に従属させるつもりであったとして、両契約が共通のコーズ（cause unique）に答えるものであったとした、と確認した。そして、破毀院は、控訴院が、借主の債務がコーズを欠いたとしたのではなく、売買契約の無効が貸借の失効をもたらしたとしたことを正当であったと判示した。

同判決のように、一方の契約の無効が、それと密接に関連する他の契約を無効とするのではなく「失効である（caduc）」とすることが、学説の関心を集めるに至る。

すなわち、一方で、コーズ概念を基礎とする学説によれば、コーズの不存在が問題とされるために、一般には、一方の契約の無効により、他方の契約はコーズを奪われるため無効になると解されていた[492]。

これに対して、たとえば、不可分性概念を連続的消滅の基礎とすることを提唱するスーブは、契約がそれぞれ自律した存在であることが原則であるとして、他方の契約が契約の成立時においては契約の有効要件を備えていたと考えるべきであるとする。そして、この契約は、契約の成立後に、取引全体の実現が意図されていたために一方の契約の無効によりその存在意義の重要な部分を奪われたことから、本質的要素を失って失効するのだという。このように、スーブは、他の契約の無効に影響を受けて無効となるとすることは妥当ではなく、失効とすることが望ましいとしたのであった[493]。

もっとも、スーブによる判例の評価としては、一方の契約が無効である場合には、他方の契約も無効とされているとする。また、スーブの主張するように他方の契約を失効となると考える場合についても、不都合が生ずる場合があることを指摘する。この不都合性は、彼が、失効とは、遡及効のない、自動的に発動するという特徴を有するサンクションであると解することに由来する。これらの特徴ゆえに、たとえば消費貸借契約が問題とされる場合に不当利得返還請求を正当化できないことなどが指摘される。さらにこの遡及効が生じないことによる問題については、複合的な契約に限らず問題とされうるものであり、たいした問題ではないとする見解もあり、フランスの議論は、未だ流動的であると言わざるをえない[494,495]。

---

492 B.Teyssié, op.cit., thèse, n° 302.

493 J.-B.Seube, op.cit., thèse, n° 290.

494 S.Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, thèse, Dalloz, 2007, n° 449.

495 このような現状のなか、債務法改正に関する草案（カタラ草案、司法省草案）では、複合的な契約における連続的消滅のサンクションに関して、「失効」であるとされている。しかし、この草案に対しては、あらゆる事案について区別することなく、失効とすべきではないとする批判がされている（J.-B.Seube, Caducité et ensemble contractuel indivisible : timidité jurisprudentielle ou audace doctrinale ?, in *en l'honneur de J.Foyer*, Economica, 2007, p.926.）。なお、カタラ草案の条文については本文中に挙げる。司法省草案については、本稿・前掲注(237)を参照。

いずれにせよ、複合的な契約における連続的消滅の問題を無効の範囲の問題とすることに対して、学説により疑問が呈せられていた。この点に関し、司法省の委託を受けて債務法の抜本的な改正に向けてアンリ・カピタン協会の支援のもとで組織された債務法改正委員会（Groupe de travail de réforme du droit des obligations）により 2005 年 9 月 22 日に司法大臣に提出された、「債務法および時効法に関する改正草案（Avant-projet de réforme du droit des obligations de la prescription）」（以下では、同草案の通称である「カタラ草案」という。）における、この問題に関する規定の位置をみるならば、連続的消滅の問題が、無効の範囲の問題として扱われていないとする[496]。

すなわち、カタラ草案は、複合的な契約における連続的消滅に関して、同草案 1172－3 条で規定し、同条によってその効果であるとされる「失効」については、同草案 1131 条で規定する[497]。

> カタラ草案 1131 条「有効に成立された合意は、構成要素のひとつの消滅またはその〔合意の〕有効性が左右される外在的な要素の失敗により、失効したものとなる。」[498]

> カタラ草案 1172－3 条「相互依存的な諸契約のひとつが無効である場合には、同一の契約の総体における（du même ensemble）他の契約の両当事者は、その失効を請求することができる。」[499]

同草案 1131 条は、「諸サンクション（Des sanctions）」と題される節に置かれているのであるが、そこでは、無効、失効、および対抗（l'opposabilité）が並置される。つまり、無効については、カタラ草案 1129 条ないし同草案 1130－3 条が規定しており、失効は、無効とは異なるサンクションとして規定されているのである[500]。そして、サヴォーは、ヨーロッパ契約法に関するガンドルフィ草案（Code Gandolfi）が、この問題につき、ガンドルフィ草案 144 条により、一部無効という題のもと、条項の無効の問題や行為の一部の無効の問題と同様に、無効の範囲の問題として扱っていることと異なる捉え方であるとして、

---

496 E.Savaux, op.cit., Les nullités en cascade, nº 18.

497 カタラ草案の条文については、アンリ・カピタン協会で公開されている資料を参照した（http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf）。

498 ≪La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité.≫

499 ≪ Lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité.≫

500 この旨の規定は、司法省草案においても同様であった。司法省草案の内容については、本稿・前掲注（237）を参照。

カタラ草案を紹介した[501]。

以上のように、複合的な契約における連続的消滅が無効の範囲の問題とは異なるとする見解が、近時有力に主張されている。

それゆえ、この見解は、複合的な契約における連続的消滅と、無効とを結びつけることが適切ではないことを示唆するものであり、無効の本質を契約締結時に違反された合法性の回復であると捉えるならば、不可分な関係にある他方の契約の消滅を無効であるとすることは適切ではないであろう。

第四款　本節のまとめ

本節では、複合的な契約において無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思が影響を及ぼすか、及ぼすとすればどのようなものかについて、検討をしてきた。この事例に関する判例や学説の議論は、未だ流動的ではあるものの、有力な学説の指摘を踏まえるならば、複合的な契約における連続的消滅を認めるにあたり、たしかに当事者の意思に言及されているが、伝統的な一部無効論と対比すると、次の２つの点で異なっていた。

第一は、当事者の意思の内実および役割であった。

伝統的な一部無効論によれば、無効の範囲画定にあたり考慮されるべき当事者の意思は、「仮定的な、かつ一方当事者の意思」であった。なぜなら、①当事者は、通常、一部が無効とされることを想定していないため、②当事者の利害が対立しているためであった。しかし、たしかに複合的な連続的消滅の有無を判断するにあたっては、かつてから当事者の意思との関連性が指摘されていたが、そこで考慮されている意思は、両当事者の意思であった。たとえば、テレは、複合的な契約における連続的消滅の可否を判断する要素である不可分性を、性質決定と関係する問題であるとした。また、今日の学説のなかには、不可

---

501 ガンドルフィ草案 144 条（一部無効）は、次のように規定される。ただし、以下の訳は、同草案については、資料を入手することができず、サヴォーの論稿中にある、フランス語に訳された条文の訳である。

> ガンドルフィ草案 144 条 1 項「143 条 1 項の規定の場合を除き、無効が条項または契約の一部にかかわる場合において、残部が整合性（consistance）および自律した有効性を有し、当事者により追求された目的を合理的に実現するのであれば、この契約は、残部において有効である。」
>
> 同草案 144 条 2 項「二人またはそれ以上の当事者により締結された諸契約において、無効がひとつの契約または当事者のひとりの約務にかかわる場合には、同条 1 項に規定された（contenu）原則は、無効とされた契約（un contrat nut（ママ））またはひとりの当事者の約務が、全体的にみた取引（l'affaire dans son ensemble）の内容に対して重大な影響力（portée essentielle）を与えないのであれば、適用される。」
>
> 同草案 144 条 3 項「同条 1 項で規定された準則は、…当事者の異なる意思が行為または状況から明らかになる場合には、適用されない。」

分性を、主観的に捉えるものと、客観的に捉えるものとがあったが、不可分性の評価につき、前者の学説は、両当事者の共通の意思の探究により判断するものであるとし、後者の学説は、取引の目的から判断するものであるとしていた。このように、不可分性の判断にあたっては、両当事者の意思が問題とされていた。そして、この当事者の意思は、複合的な契約の整合性を確保するために考慮されるものであった。それゆえ複合的な契約の事案は、伝統的な一部無効論が統一的な一部無効論を形成するにあたり包摂した他の事例（条項の無効の事例、縮減の事例）とは異なるものであったといえた。この点は、続いて指摘する、サンクションという視点においても現れる。

すなわち第二は、不可分な関係にある一方の行為 A の無効により生ずる他方の行為 B の消滅が、「無効」ではなく、「失効」をもたらすと解されていた点であった。

つまり、「一方の行為 A の無効が他方の行為 B の無効をもたらす」とすることに対して、他方の行為 B は、契約成立時に何らかの規定の違反があったわけではなく、契約成立時において有効要件を備えていると指摘された。そして、近時の学説は、他方の行為 B につき、無効というサンクションを課すことは望ましくなく、契約の成立後の事情が考慮されるために「失効」というサンクションとなるべきであるという。このような理解は、カタラ草案においても踏襲されていた。これらの学説に鑑みるならば、無効と失効とを区別することにより、違反された合法性の回復という無効の本質は、維持されうるものと解することができた。

要するに、複合的な契約の事例においては、連続的消滅を認めるために両当事者の意思が考慮されていたといえたが、課されるサンクションが精緻化され、今日の学説は、これを無効の問題であると捉えてはいない。つまり、当事者の意思が考慮されるのは、一方の行為の無効により他方の行為が失効になりうるかを判断するためであり、無効の本質には影響を及ぼしていなかったように思われた。

このような、サンクションの精緻化という傾向は、続いて検討する、縮減の事例においてもみられるものであった。最後に、縮減に関する事例を検討しよう。

第三節　縮減事例と無効との関係

縮減とは、ある契約の代金や期間のような量的な部分が法律に反している場合、または裁判所により代金や期間が過剰あるいは過少であると判断される場合において、当該部分が、裁判官により量的に修正されることである[502]。縮減事例における当事者の意思の影響の有無に関する判例および学説の検討に入る前に、前章で検討してきた、シムレール、ティビエルジュそれぞれにより提唱された一部無効論における縮減の位置づけを確認しておくこととしたい。

一方で、シムレールは、縮減の事例においては、公序による影響を受ける事案が多いこ

[502] O.Gout, op.cit., thèse, nº 640.

とに留意しつつも、原則として、当事者の意思により縮減が課されていると解するべきであると主張した。なぜなら、不法性の範囲と、不法性の範囲での無効が当事者に課されるかとは別の問題であるからだという。すなわち、不法性の範囲については客観的に確認されるものであるとする一方で、不法性の範囲での無効が当事者に課されるか否かは、当事者の意思により決せられる。それゆえ、縮減の事例であっても一部無効の事例と同様に、当事者は量的に修正されたとしても当該契約を締結したであろうかということが問題とされなければならず、一部無効の一形態にすぎないのだとした。それゆえに、法律の規定により量的な規制がなされる場合に限らず、縮減が可能となることになる。たとえば、シムレールは、合意の瑕疵が代金額にのみ存する場合において、合意の瑕疵がなかったならば当事者が量的に修正された契約を締結したであろうと評価されるとき、一部無効の可能性を見出すのであった。

他方で、ティビエルジュは、シムレールと同様に、縮減を一部無効の一形態であるとするが、その意味が異なる。前章でみたように、ティビエルジュは、一部無効および無効は、違反された合法性の回復のために課されるサンクションであるとした。それゆえ、無効の範囲は、違反された規定の目的に従い画定されることになる。不法性の範囲と無効の範囲とが異なりうることを認めるシムレールに対して、ティビエルジュは、不法性の範囲が無効の範囲となることを主張した。縮減についても、不法性の範囲が量的なものである場合には、その範囲で無効が課されるとした。それゆえ、シムレールの主張と異なり、ティビエルジュによれば、合意の瑕疵による一部無効は認められないという違いが生ずるに至る。なぜなら、合意の瑕疵に関する規定は契約の締結そのものに向けられるものであるため、合意の瑕疵に関する規定が違反された場合には、契約全体が無効にされなければならないからである。

両者を比較するならば、具体的な相違として、次の 2 点が挙げられよう。第一は、縮減事例における当事者の意思の考慮の可否である。第二は、合意の瑕疵に関する規定の違反があった場合における縮減の可否である。

縮減の事例において、当事者の意思が考慮されているか否かを検討するにあたり、以下では実際の判例および学説をみていく。縮減の事例の特徴は、大きく、①法律により契約の期間等につき上限または下限が設定されている場合と、②法律により上限または下限が規定されていないにもかかわらず、裁判官により過剰であると判断されて量的な修正がなされる場合とに区別できる。そして、それらの事例においては、考慮される要素が異なるため、判例および学説の検討をするにあたっては、両者を区別して論ずることが便宜であろう[503]。

---

[503] 判例の選択にあたっては、主に、グウのテーズ（O.Gout, op.cit., thèse, n^os 615 et s.）や、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌのテーズ（K.de la Asuncion Planes, La réfaction du contrat, thèse, LGDJ, 2006.）、およびゲスタン&ロワゾー&スリネ（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, n^os 2661 et s.）の概説書を参考にした。

なお、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌによる改訂は、違反された合法性の回復よりも

なお、縮減というサンクションの本質については、シムレールやティビエルジュのように一部無効の一形態であるとする学説もあれば、その独自性を主張する学説も存在する。たとえば、法律により契約期間の下限が設定されていた場合に、それを下回る期間で締結された契約が、当該法定された期間での契約とされることについて、これは、契約の一部を「除去する」だけでは足りない。それゆえ、この問題と縮減の問題とをまとめて、一部無効ではなく、「契約の修正（modification du contrat）」、「改訂（réfaction）」であるとする見解がある[504]。また、論者により、それらの概念が包摂する事案に差異がある場合もある。そこで、以下では、ある事案において課されているサンクションが、「違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるか」という観点から、事案を検討することとしたい。

第一款　法律により定められた上限または下限に違反した場合

ここでは、契約の期間等につき、法律により定められた上限または下限を超えて当事者が合意がした場合について、どのような範囲で無効が課され、また、その際にいかなる点が考慮されているかを分析する。もっとも、先に指摘したように、これを一部無効とは異なるサンクションであると位置づける見解も存することに注意をしなければならない。しかし、そこで考慮されている要素は共通であり、その考慮要素は、結論を先に言うならば、ティビエルジュによる一部無効論におけるそれと同様である。そのため、以下では、論者によるサンクションの定義の違いを捨象して、そこでいかなる要素が考慮されているかを説明する。

法律により契約等の期間や代金について上限または下限が定められていた場合において、当該規定の違反があった場合にいかなる範囲で無効が課されるかにつき、明文で規定されている場合とそうでない場合とがある[505]。このうち、学説上、議論の対象とされるのは、明文により無効の範囲が規定されていない場合において、法律により定められた契約等の期間の上限または下限に反する条項等が置かれたとき、裁判所により、いかなる範囲で無

広い概念である。

504 O.Gout, op.cit., thèse, nos 615 et s ; K.de la Asuncion Planes, La réfaction du contrat, thèse, LGDJ, 2006 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, nos 2661 et s.

505 たとえば、法律の違反があった場合にいかなる範囲で無効が課されるかにつき規定されている例として、民法典 1160 条や、1958 年 11 月 1 日の法律 35 条を挙げることができる。

民法典 1660 条は、売買契約における買戻し特約（réméré）につき、その権限を、5 年を超えて規定することができない旨、およびそれを超える期間で定められた場合には、5 年に減ぜられる旨を規定する。

また、事業者用の居住建物賃貸借（bail d'habitation à usage professionnel）1948 年 11 月 1 日法律の 35 条は、同法 27 条で定められた賃貸借に関する価値（la valeur locative）を超えて賃借料が定められた場合、賃借料がその定められた価値に減少される旨を規定する。

効が課されるか、つまり、縮減が課されるか、当該条項全体の無効が課されるか、または契約全体の無効が課されるか、という点についてである。

判例についていうと、上限または下限が法律により定められているからといって、あらゆる事例で同様の解決がされているというわけではない。課されるサンクションごとに事案を分けるならば、次の２つに区別できよう。すなわち、縮減ないし契約の修正が課される典型例として、契約の期間等が法律で定められている場合が、具体的には、排他性条項（相手方に自己以外の者と一定期間取引をさせない旨の条項）や、賃貸借契約の期間に関する事例が挙げられる。これに対して、契約の全部無効が課される典型例として、価格統制の規定に関する場合が挙げられる。以下では、これらの２つの事案を順にみていくこととする。

一　契約の期間等に関して法律で定められた上限または下限に反した場合

法律で、ある期間等に関する上限または下限のみが規定され、その違反があった場合のサンクションについては規定がないことがある。このとき、いかなる範囲で無効が課されるかが問題になる。たとえば、排他性条項で定められた期間に関する制限が挙げられる。今日においては商事法典 L.330-1 条により規定されているが、最初に排他性条項に関する法律として立法されたのは、1943 年 10 月 14 日法律であった。同法律 1 条によれば、動産に関する買入れ（achat）や賃貸借（location）に関する排他性条項について、その有効性が 10 年に制限される旨が規定されていた。また、賃貸借契約における契約期間についても法律により制限される。たとえば、農業賃貸借契約の期間について、農業法典 L.411－5 条によれば、「賃貸借の期間は、あらゆる反対の合意にもかかわらず 9 年を下回ることができない」と規定される。これらの規定の違反があった場合において、縮減が課されるか、当該条項全体の無効が課されるか、または契約全体の無効が課されるかという問題が生ずる。

１．判例

まずは、判例をみてみよう。排他性条項が法定の期間を超えて約定された事案として、たとえば、次の破毀院判決がある。

［仏 48］破毀院商事部 1981 年 3 月 11 日[506]

【事案】ビール等の排他的な供給契約が、ビール会社 X と、営業財産を用いてレストランを経営する A および Y（両者は夫婦であった。）との間で、1947 年 5 月から 14 年間を契約期間として締結された（以下、「第一契約」とする。）。その後、1957 年 7 月に、1961 年 5 月から 10 年間を契約期間とした排他的な供給契約が締結された（以下、「第二契約」とする）。なお、同契約には、A および Y が営業財産を譲渡する場合には、譲受人に A および Y が負っていた約務が課されるとする旨の約定が置かれた。その後、1962 年 12 月、A およ

[506] Cass.com., 11 mars 1981, Bull.civ.IV, nº 135.

びYは、Bに営業財産を譲渡したのであるが、この契約には、上記約定が置かれておらず、Bは、Aからビール等を仕入れることをやめた。そこで、Xは、Y（このとき、Aは死亡していた。）に対して、契約違反により生じた損害の賠償を請求した。

控訴院の判示内容や破毀申立て理由等についての詳細は資料からは不明であるが、破毀院の判旨に照らすと、第二契約を有効に締結しえたとしていることから、Yが破毀申立てをしたものと思われる。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、排他性条項が法律により定められた期間を超えて約定された、1947年5月の第一契約は、1943年10月14日の法律の提供により、1957年5月に満了するとした。そして、このことから、1957年7月においては同様の性質を有する排他性条項を含んだ合意を当事者は有効に締結しうるとして、破毀申立てを棄却した。

［仏49］破毀院商事部1998年2月10日[507]

【事案】Y_1社およびX社は、1989年6月に、Y_2社の事業再編のために建てられた子会社である。この事業再編において、野菜果物の販売に関する事業につき、Y_2社は、何人かの従業員に対して、同社の敷地内で、Y_2社の野菜果物の販売に関する営業財産（fonds de commerce）を管理賃貸借（location-gérance）することにより開発しないか提案し、野菜果物の販売に関する事業をする株式会社X社が設立された。そして、X社は、Y_2社との間で、管理賃貸借契約を締結したのであるが、同契約によれば、契約期間が15年とされ、また、X社がY_1社に野菜果物を排他的に供給する旨が記載されていた。その後、X社は、経営状況が悪化したため、Y_1およびY_2に対して、同契約が1943年10月14日法律で規定された排他性条項の法定期間を超えていることを理由とし、同契約の無効を請求した。

控訴院は、排他性条項が契約のエコノミーにとって本質的なものであったことを確認し、1943年10月14日法律1条の違反が契約全体の無効をもたらすとして、同契約の無効を認めた。これに対し、Yらは、同条の違反が契約の無効をもたらすものではないとして、破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、当該諸契約が10年の期間が満了するまでは有効であるとして、原審である控訴院が契約全体の無効を認めたことを批判し、原審を破毀した。

［仏50］破毀院第三民事部2001年1月31日[508]

【事案】1985年7月4日に、Yは、X社と、飲料の小売店を営むために不動産の賃貸借契約を締結した。同契約には、Yが、賃貸人であるXから飲料の排他的な供給を受ける旨の

---

[507] Cass.com., 10 février 1998, J.C.P.E, 1998, pan.rap., p.489 ; R.T.D.civ., 1998. 365. obs.J.Mestre.

[508] Cass.civ.3e, 31 janvier 2001, D.2001, somm.comm., p.3520, obs.L.Rozes ; J.C.P. 2001, I, 354, note Y.-M.Serinet.

条項が付されていた。Y は、1989 年に、司法の手続きによらずに、契約の更新を請求した。X は、これにすぐには答えずにいたが、1991 年 11 月に、1992 年までに立ち退くよう解約の申し入れ（congé）をし、立退き料（indeminité d'éviction）なくして更新を拒否した。そして、X は、解約の申し入れが有効であったことの確認および立ち退き（explusion）の命令を求めて Y を訴えた。その際、X は、予備的に、賃貸借契約の解約と、同賃貸借契約に付された排他性条項が無効である場合には同契約の無効を請求した。

排他性条項に関しては、控訴院は、同条項が 1995 年 7 月 4 日から無効であるとして賃貸人 X の主張を棄却した。これに対して、X が破毀申立てをした。その理由として、排他性条項については、同条項が契約において決定的なものであったため、契約の無効が言い渡されなければならないことを挙げる。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、排他性条項に関する X の主張について、次のように判示し、X の破毀申立てを棄却した。すなわち、同契約に付された排他性条項が契約に決定的な条項とされていたとしても、同条項のみが無効とされ、それを含んだ賃貸借契約の無効はもたらさない。

排他性条項が法定の期間を超えて約定されていた事案において、上記［仏 48］判決および［仏 49］判決は、当該排他性条項により約された期間が法律により定められた期間を超えた場合には、その期間を超えて効力が生じない旨を判示した。また、［仏 50］判決は、法定の期間を超えた期間を定めた排他性条項が行為の基本的な条項であったことを理由に契約の全部無効を認めた控訴院判決を破毀した。これらの事案によれば、排他性条項は、法律で定められた上限で有効であるとされ、また、当該条項が当事者にとって重要なものであったとしても、契約の無効は問題とされなかった。もっとも、なぜこのような帰結に至るかについては、明らかにされていないと言えよう。

続いて、農業賃貸借について定められた期間を下回る期間で契約された事案としては、次の破毀院判決があった。

［仏 51］破毀院社会部 1952 年 8 月 4 日[509]

【事案】1947 年 12 月に、賃貸人 Y と、賃借人 X との間で、分益小作に関する賃貸借契約が締結された。同契約によれば、契約期間は、黙示の更新の場合を除いて、2 年間であると定められていた。また、契約期間の満了前に、6 か月の猶予をもって解約する権限が賃貸人

[509] Cass.soc., 4 août 1952, J.C.P. 1952, II, 7430.
そのほか、同様の事案について同旨の判示をした破毀院判決には、たとえば次のものがある。

［仏］破毀院社会部 1958 年 6 月 3 日（Cass.soc., 3 juin 1958, J.C.P. 1958, II, 10798, note P.Ourliac et M.De Juglart.）
［仏］破毀院社会部 1967 年 7 月 19 日（Cass.soc., 19 juillet 1967, Bull.civ.IV, n° 291.）

に認められていた。1958 年 3 月に、Y は、X に対して、同年 9 月に解約する旨を伝えたところ、X は、同解約が無効であると主張した。なお、本件においては、X および Y が本件契約を計画した段階で、小群同数裁判所（Tribunal paritaire cantonal）の認可（homologation）を受けており、この点が主に破毀申立ての理由となっている。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院によれば、同解約の有効性について、本件契約の契約の期間および解約する権限に関する条項が、農業規則（statut rural）21 条によれば絶対無効として無効であり、小群裁判所が法律に反する条項を認可しえなかったとした。その結果、賃貸借は法定された 9 年の期間で存続しなければならず、解約が無効であったと判示した。

このように［仏 51］判決は、不法な期間に関する約定を無効とし、9 年の期間に置き換えた。

これらの判例は、当該条項が当事者にとって決定的であったか否かを考慮要素とはせずに縮減を課していた。それらのなかには、当事者の意思を考慮すべきであるとする主張や、当事者の意思を考慮した事実審を否定するものもあった。

このような判例を、多くの学説は好意的に捉える。しかし、学説のなかには、当事者の意思を考慮して、当該条項が当事者にとって決定的であった場合には、契約全体の無効が課されると主張するものがある。そこで、多数説の検討に入る前に、判例による解決に批判的な見解をみていこう。

２．当事者の意思に基づく無効の範囲の画定を主張する見解（シムレール）

たとえば、シムレールは、排他性条項に関して、次のように述べ、当事者の意思により無効の範囲が決定されるべきであるとする。

シムレールは、まず、判例の傾向として、前述したように違法な排他性条項が問題となる場合には当該条項の期間を減ずるというサンクションが課され、当該条項の契約の無効への影響については問題とされていないことを認める。しかし、彼は、排他性条項が、合意の履行にかかわりうるものであり動因的かつ決定的な条項でありうること、それゆえに排他性条項の縮減（不法性の範囲）が当事者の意思を考慮することで契約の無効をもたらす場合があること（無効の範囲）を主張した[510]。

シムレールのこの主張は、彼の縮減の捉え方がよく現れている。シムレールは、不法性の範囲と無効の範囲とを別の問題であるとした。それゆえ、上記のシムレールの主張は、排他性条項の事案について、不法性の範囲としては縮減が課される事案であるが、実際に課される無効の範囲については当事者の意思に基づいて決せられるため、当事者が当該条項を決定的なものと考えていたであろう場合には、契約の無効が課されることになる。もっとも、シムレールは、無効の範囲について公序の要請により決せられる場合にはそれが

[510] Ph.Simler, op.cit., thèse, n[os] 92 et 93.

優先されるとしていたのは前章第二節第一款で指摘したとおりである。しかし、排他性条項の事案と公序の要請との関係については論じることなく、当事者の意思に基づく解決を主張した。

この点からも、シムレールの一部無効論の難点を指摘することができよう。すなわち、シムレールは、違反された規定の目的を考慮するにあたっての裁判官の恣意性を排除するために当事者の意思に基づいて無効の範囲を画定すべしとした。しかし、そうすると、公序に関する規定であっても、それがいかなる目的を有するものかについての検討をせずに当事者の意思を基準として無効の範囲が画定される可能性を生ぜしめることになり、当該規定による目的の達成を妨げることになりうるのである。実際、多くの学説は、当事者の意思による解決をよしとしなかった。そこで、多数説が、上記判例をどのように捉えているかをみていこう。

３．違反された合法性の回復に向けられたサンクションとしての縮減

前述した判例を好意的に捉える学説をみるならば、その理由は、縮減を無効と同視する見解であれ、同視しない見解であれ、法律により定められた範囲まで縮減することが立法者の意図に合致し、違反された合法性を回復するために最も適するからだとされている[511]。

たとえば、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌ（K.de la Asuncion Planes）は、供給契約に付された排他性条項につき、縮減が認められる理由を次のように説明する[512]。まず、排他性条項の立法趣旨について、ビールの供給契約を挙げながら説明する。ビール問屋が小売商に対して他のビール問屋等と供給契約を締結しないように、排他的な義務を課した。その結果、当事者間において依存関係が生じ、当事者の行動が非常に制限されることとなった。こうして当事者はこの排他性条項の無効を望むようになったため、立法者は、排他性条項に規定された期間が過剰であったときにこれを制限するために、介入しなければならなくなった[513,514]。このように、1943 年 10 月 14 日法律が制定された立法の経緯を説明

---

511 G.Farjat, op.cit., thèse, n° 470 ; C.Guelfucci-Thibierge, op.cit., thèse, n° 499 ; O.Gout. op.cit., thèse, n°s 644 ; J.Schimidt-Szalewski, Les conséquences de l'annulation d'un contrat, J.C.P. 1989, I, 3397, spéc., n° 12.

512 K.de la Asuncion Planes, La réfaction du contrat, thèse, LGDJ, 2006, n°s 159 et s.
ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌによれば、本文で説明する事案を、「réduction」ではなく、「réfaction」の事例として扱う。もっとも、その理由は、「réfaction」を、一部無効として論ぜられる縮減に関する事案を含んだ、非常に広い概念として位置づけられていることにある（一部無効および縮減との対比については、K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n°s 8 et 9.）。もっとも、このように「réfaction」として論ぜられているということは、無効論という観点から縮減を扱う場合とに違いが生ずる可能性もある。無効論と類似した他のサンクションとの関係については、今後の課題としたい。

513 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n° 160.

514 ただし、立法がされる前において、裁判所がこの問題に無関心であったというわけではない。裁判例によれば、排他性条項において期間の定めがなかった場合には、同条項の有効性を否定した。もっとも、そこでは、期間を縮減するという解決は採用されていなかた。この旨を判示した裁判例として、たとえば、コルマール＝メス裁判所 1938 年 5 月 31 日

したのち、前掲［仏 49］判決および［仏 50］判決を挙げて、これらの判決による帰結（実質的に排他性条項の期間を法定の期間に縮減すること[515]）を、排他性条項が置かれる状況や、違反された公序の目的に鑑みれば望ましいものであるとし、好意的に評価した。

つまり、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、排他性条項が違法であった場合に、契約の全部無効も、条項の全部無効も、立法者の意思ではなかったとする。排他性条項の期間が法律により制限されたことの理由は、供給者の過度な要求により、契約における依存関係が強化されることを避けることにあるという。実際、排他性条項が有効とされる 10 年で契約を締結した場合において、その契約の終了後に、新たに同じ当事者間で、排他性条項を付して契約を締結することは禁止されていない[516,517]。

最後に、無効論との関係についても触れる。ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、全部無効が課されることが正当化されるのは、無効原因が本質的な要素（élément inhérent）であった場合だけである、つまり、無効原因の存する要素が不可避的に契約全体に影響を及ぼす場合だけであるとする。これに対して、排他性条項は、法定の上限を超えたことが無効原因であり、それを超えていない部分に対しては影響を及ぼすようなものでないという。それゆえ、条項の全部無効または契約の全部無効は正当化されず、唯一、法律に矛盾した条項の効果だけが消されるべきであり、この意味での一部無効が認められうるとした[518]。

以上のようにして、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、法定された 10 年を超えた排他性条項の期間を法定期間に縮減することが、それぞれの当事者の負う債務を遵守させて契約を維持させ、法（le Droit）に適合した解決であると主張し、縮減による解決を正当化した。

また、賃貸借契約の期間についても同様に、グウ（O.Gout）は、法律の目的が賃借人の権利に関する一定の安定性を保障することにあるとして、法定された期間よりも短く定められた場合には、法定の期間による賃貸借契約になるとする[519]。もっとも、ここでは、契

（Colmar-Metz, 31 mai 1938, DH 1938, p.488.）が挙げられる。

515 たとえば、破毀院第三民事部 2001 年 1 月 31 日によれば、破毀院が是認した控訴院は、契約締結時から 10 年が経過して以降、無効となる旨を判示する。学説のなかには、このような判示の仕方を混乱を招くものであるとし、「nullité（無効）」ではなく、「réduciton」、「réfaction」という語を好むものがある（たとえば、一方で、「réduciton」を好むものとして、G.Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Etudes offertes à J.Flour, Defrénois, 1979, p.95, spéc., n° 9. 他方で、「réfaction」を好むものとして、K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n° 165.）。

516 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n° 166.

517 この旨を判示した判例として、破毀院商事部 1981 年 3 月 11 日（Cass.com.,11 mars a981, D.1982, I,R,p.108 ; J.C.P.1981. IV. 219.）や、破毀院商事部 1995 年 2 月 21 日（Cass.com., 21 février 1995, J.C.P.E.1995, pan.n° 461.）などがある。

ただし、10 年を超えて期間を延長するために、排他性条項が付された契約が終了する前に新たな合意をすることは、1943 年 10 月 14 日法律 2 条により、および商事法典にそれが導入された後では商事法典 L.330-2 条により、禁止されている。

518 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n° 167.

519 O.Gout, op.cit., thèse, n° 647.

約の期間を減らすのではなく、法定された期間に増やす、または法定された期間に置き換えることになる。そのため、このような事案を、一部無効論から除外する見解や[520]、あらゆる「縮減」の事案を一部無効論とは異なるものと位置づける見解もある[521]。ただし、縮減を一部無効と異なるサンクションとして位置づける見解においても、そこで考慮される要素は、ティビエルジュの提唱した一部無効と同じであること、つまり両者とも違反された規定の目的に向けられたサンクションであるとされることに注意されたい。

このように、学説上は、違反された規定の目的という観点から縮減というサンクションが好ましいという主張が大勢を占める。

もっとも、このような主張に対し、批判がないわけではない。それは、このように法定の上限または下限へ縮減等がされるとするならば、良心的ではない当事者が、故意に不法な条項を置くこととなるという指摘である。この指摘に、上記縮減の捉え方は何らかの応答を示せるであろうか。最後に、この批判とそれに対する学説の回答をみていこう。

４．当事者の悪意とサンクション

まず、上記判例に対する学説の批判をみていくこととしよう。なお、以下でみる批判は、不法なスライド条項が問題とされた事案において、不法な指数を正当な指数に置き換えるという解決を行う破毀院判決に向けられたものであり、上述した判例および学説に向けられた批判ではないが、理論的には、同様の指摘が可能であろう。ただし、不法なスライド条項の事例においては、代替されるべき基準が明確でないことが多く、この点で、上記事案とは異なる事案群である。

たとえば、テスチュは、訴訟にならない場合には不法な条項が付されたままで契約が存続し、訴訟になったとしてもそれが正当なものに置き換えられることになるだけであるから、縮減というサンクションが当事者をして不法な条件を置くよう促すことになると指摘する[522]。また、オノラ（J.Honorat）は、縮減のようなサンクションが課されることにより、当事者が合法性を気にかけなくなるとも指摘する[523]。

これらの指摘に対する反論としては、このような危険がありえないという批判は見当た

---

[520] Ph.Simler, op.cit., thèse, n° 128.

[521] O.Gout, op.cit., thèse, n^os 614 et s ; K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n^os 139 et s.

[522] X.Testu, note au D.1991, n° 19.

[523] J.Honorat, Les indexations contractuelles et juridiciaires, Etude offertes à J.Flour, Defrénois, 1979, p.251, spéc., n° 18.

ただし、オノラの見解は、スライド条項に関する事案についてのものであることに注意しなければならない。スライド条項に関する規定に違反した場合とは、スライド条項における指数が法律で禁止されていた場合である。そのため、法定された上限や下限などといった、禁止された指数に代替しうるものとして法律上に手懸かりとなるものがない。それにもかかわらず、判例および学説には、裁判官により、契約の成立過程などを参照し、合法な指数により置き換えるという解決をするものがある。このような特殊な事案に対する批判として主張されたひとつの理由であることに注意しなければならないであろう。

らない。しかし、多くの学説は、このような批判に応接することなく、縮減という解決が望ましいという主張を変えない。もっとも、この批判に対して縮減を正当化しようと試みた見解もないわけではない。たとえば、グウは、この批判に対して次のように述べる。

グウは、民法典 1134 条 3 項が、契約が誠実に履行されなければならない旨を規定し、判例が、同条から契約の成立時においても誠実でなければならない旨を判示するように、ある規定の違反があった場合におけるサンクションについても、当事者が誠実であったことを前提に課されうるとする。つまり、グウは、裁判官が関心をもたなければならないことは、「…不誠実な契約者の成り行き（sort）ではなく、この〔裁判官により判示された〕解決が害された契約者の利益の保護と結びつきうるか否かを評価することにより、合法性が回復されるようにすることへの配慮である」とする[524]。もっとも、グウは、契約者が不誠実であることが確認され、縮減等によりなされる契約の修正が当該当事者にとって利益となるとき、裁判官は、異なるサンクションを課す可能性を検討すべきであるとして、不誠実な契約者への対応可能性を指摘する。すなわち、不誠実な当事者により故意に過剰な条項が付された場合において、当該条項を無効とし、それを埋め合わせないことが客観的に可能であれば、そのような解決をすべきであるという。具体的には、銀行が不当な利率で貸付けをした場合には、利息請求権を放棄させること（これは、「利息請求権の失権（déchéance du droit aux intérêts）」と呼ばれる。）などを検討する[525,526]。

グウのこの指摘は、一見もっとものように思われるが、グウは、縮減と無効とを異なる

---

524 O.Gout, op.cit., thèse, n° 674.

525 O.Gout, op.cit., thèse, n^os 674 et s.

526 なお、消費者ローン契約等において消費法典により定められた事項を貸主が遵守しなかった場合には利息請求権が失権するというサンクションが、消費法典旧 L.311-33 条に規定されていた。利息請求権の失権につき、消費法典旧 L.311-33 条によると、貸主は、利息請求権を失権し、「借主は〔元々の契約により〕定められた履行期に従い元本を返還する義務のみを負う。利息として受け取った金額は、支払い日から法定利率による利息を生じさせ、貸主により返還される、あるいは支払われるべき元本から控除する」こととなる。

このようなサンクションは、一方で、契約を無効にすることによる即時の返還という不都合を回避することができるという点等から評価されていた（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, thèse, Dalloz. 2002, n^os 128 et s.）。

しかし、たとえば、法定利率よりも低い利率により消費者ローンが締結されたが、その記載を失念した場合においても、利息請求権の失権が課され、貸主は、利息を全く受け取れないこととなっていた。学説上、このような貸主にとっては、利息請求権の失権という効果は重すぎないかという点が指摘されている（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, op.cit., thèse, n^os 128.）。

なお、その後、2010 年 7 月 1 日の法律を経て、今日では、消費法典 L.311-48 条により、「全部または裁判官により定められた割合で」利息請求権が失権するとされている。

このような議論は、事案を考慮することなく一律にサンクションを決することが難しいことを示しているといえよう。多様なサンクションのなかにおける無効や一部無効の位置づけと、他のサンクションとの代替可能性等に関する検討については、改めて行うこととしたい。

サンクションとして位置づけているため、グウのこの指摘が、違反された合法性の回復に向けられたサンクションとして位置づけられる縮減、つまり無効の本質を有する縮減との関係でどのように位置づけられるかは、明らかではない。

学説のなかには、サンクションの本質という観点から、グウが指摘したような当事者の行為に向けられたサンクションを、無効とは異なるサンクションであると位置づけるものがある。たとえば、スリネは、無効に対して、グウにより不誠実な当事者に課されるサンクションとして指摘されていた「利息請求権の失権」というサンクションを、当事者の行為に対するサンクション、つまり主観的なサンクションであると位置づける[527]。学説上、失権とは何かについて一致がみられるとは言えないが、その発生要件として、通常、フォートの存在が挙げられ、失権は私罰（peine privée）とされることがある[528]。

このように、契約の成立における不法性に対するサンクションとして、無効以外にも多様なものが存在するものと考えられている。各サンクションがどのように位置づけられるかも重要な問題であるが、本稿の課題からすると、サンクションの多様化から、再度、無効の客観的な性格が意識され、無効が当事者の行為態様に向けられた主観的なサンクションではないとされていることに注目したい[529]。それゆえに、テスチュが提起した、不法な条項が意図的に置かれるという問題は、無効の問題ではなく、無効に加えて、あるいは無効の代わりに、当事者の行為態様に向けられた主観的なサンクションにより解決されなければならない問題となるように思われる。

いずれにせよ、今日の判例の傾向および学説の多数は、契約等の期間が法律で定められた上限または下限に反していた場合において、当該法定の期間が当事者間に課されるとする。その理由について、学説によれば、このように解することが、違反された法律の目的に合致するからであるとされている。

しかし、このような解決は、量的な規制が課されるあらゆる事案でなされているわけではない。たとえば、価格統制に関する規定に反して代金が設定された場合において、判例は、排他性条項の事案等とは異なる解決を行う。そこで次に、価格統制に関する規定に違反した場合について、判例と学説をみることとしよう。

二　価格統制に関する規定に違反した場合

価格統制に関する規定に違反した場合と無効の範囲の問題は、今日においては生じないことを先に述べておく必要があろう。なぜなら、価格の自由および競争に関する 1986 年 12 月 1 日のオルドナンスにより、フランスの経済政策が、それまで価格統制をしていた政府介入主義から、市場機構、競争原理を尊重する競争政策へと路線変更がされ、価格統制

527 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., nos 2033 et 2046 et s.
528 M.Salle de la Marnierre, La déchéance comm mode d'extinction d'un droit, R.T.D.civ., 1933, 1037 ; S.Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, thèse, LGDJ, 1995, nos 155 et s.
529 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., no 2033, note 276.

も撤廃されたからである[530]。

もっとも、今日において問題が生じないからといって、フランスの学説上、この問題について触れられなくなったかというと、そうではない。同オルドナンス 1 条 2 項および 3 項により、政府の介入が可能であるとされているため、価格統制に関する規定に違反した場合にいかなる解決がされるべきかは、判例の解決に反対する学説が多いこともあり、今日でも論ぜられている[531]。

まずは、判例の傾向を述べておこう。

判例は、契約の代金が価格統制に関する規制に反していた場合において、その瑕疵が代金という契約の本質的要素（element essentiel）のひとつにかかわるとして、契約そのものを無効としていた。もっとも、いくつかの事実審裁判例には、不当利得返還訴権に基づいて、代金の減額をすることができるとするものがあった[532]。しかし、返還請求は、無効訴権により契約が無効とされたことを前提とする[533]。そして、破毀院が契約の全部を無効としたために、事実審裁判所による目論見は達成されなかった[534]。たとえば、破毀院予審部 1946 年 12 月 9 日は、価格統制に関する規定の特徴が一般利益に関する公序であることを理由に、「正当な価格を超えた代金による売買を含んだ合意は、絶対無効として無効であり、履行も更改（novation）もありえない」と判示した[535]。

結局のところ、判例は、契約の全部無効を認めるのであるが、一方でこの判例の解決に賛意を示す学説はあるものの少数であり、反対する学説が多数を占めている。

判例を肯定する少数説として、マロリー（Ph.Malaurie）がいる。マロリーは、「裁判官は契約を取り繕うことはできず、これは立法者の機能である（le juge ne peut replâtrer le

---

530 1986 年 21 月 1 日のオルドナンスの内容や、フランスの競争政策におけるその位置づけについては、和田聡子『EU とフランスの競争政策』（NTT 出版、2011 年）42 頁以下を参照。

531 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n[os] 223 et s.

532 たとえば、このような裁判例として、次のものを挙げることができる。

［仏］ボルドー民事裁判所 1944 年 3 月 7 日（T.C.Boudeaux, 7 mars 1944, DA 1944, 84.）
［仏］サン＝ディエ民事裁判所 1947 年 10 月 8 日（T,C.Saint-Dié, 8 octobre 1947, G.P.1947, 2, 199.）
［仏］ナンシー控訴院 1948 年 8 月 29 日（C.A.Nancy, 29 août 1948, G.P.1948, 2, 216；R.T.D.civ., 1948, 73, obs.H. et L.Mazeaud.）（前掲サン＝ディエ民事裁判所 1947 年 10 月 8 日の控訴院判決）
［仏］セーヌ民事裁判所 1948 年 12 月 23 日（T.C.Seine, 23 décembre 1948, D.1949, 275.）

533 返還訴権と無効訴権との関係については、齋藤（哲）・前掲注(85)が精緻な検討を行っている。

534 たとえば、このような判例として、次のものを挙げることができよう。

［仏］破毀院民事部 1946 年 2 月 9 日（Cass.civ., 9 février 1946, Gaz.Pal. 1947, 1. 63.）
［仏］破毀院商事部 1949 年 10 月 25 日（Cass.com., 25 octobre, 1949, S.1950, 164；R.T.D.civ., 1950, 183, obs.H. et L.Mazeaud.）

535 Cass.req., 9 décembre 1946, Gaz.Pal. 1947, 1. 63.

contrat, c'est là la fonction du législateur)」として、判例を正当化した[536]。

しかしながら、多くの学説は、この判例に反対する。その理由として、学説は、全部無効が課されることによる不都合性を挙げる[537]。たとえば、ファールジャは、全部無効を課すことで、売主は売却した物を取り戻すことができ、さらに、無効が主張されない可能性を考慮して、価格統制に関する規定に反した代金で再び売買契約を締結することにつながるという点や、買主がその財を失うことを恐れて瑕疵を摘示しなくなるという点を指摘する[538]。不法性の摘示が妨げられると、無効を効果的に発動させることができず、それゆえ違反された規定の目的が達成されなくなることについては、前章で述べたとおりである。そして、明文で、法定された量的制限に反した場合のサンクションが規定されていない場合であっても、先に確認したように、排他性条項や賃貸借契約の期間について、判例は、無効の範囲を法定された期間に制限していた。そうであるならば、契約の代金が価格統制に関する規定に反していた場合であっても、代金を法定された額に縮減することが可能であり、こうすることが、違反された規定の目的を達成しうるサンクションになるという。

このように、価格統制に関する規定の違反があった事案について、判例は、全部無効を認める傾向にある。しかし、学説は、違反された規定の目的を達成するという観点から、判例に反対し、法律により規定された価格への縮減を認めるべきだと批判する。

三　法律により定められた上限・下限に対する違反があった事案の通説・判例とシムレールの見解との比較

最後に、契約等の期間や代金が法律により定められているにもかかわらず、当事者間でその制限を超えて期間等に関する合意がされた場合について、判例および通説の立場と、シムレールの一部無効論とを比較しておこう。

まず、シムレールは、不法性の範囲と当事者の意思による無効の範囲とを区別し、当事者の意思に、無効の範囲の画定における決定的な役割を持たせていた。

これに対して、通説は、まさに、不法性の範囲と無効の範囲とが同一である、または同一にされるべきであると主張した。

すなわち、契約の期間等について法律により上限また下限が定められていたにもかかわらず、これに違反する合意が当事者でなされた場合においては、判例は、当該期間を超えた部分を無効としていた。たとえば、排他性条項について、契約時から 10 年を超えて規定されてはならない旨の法律（現在では商事法典 L.411－5 条）に反して合意された場合について、判例は、当該条項を、法定の期間が経過するまでのみ有効であるとした。判例は、

536 Ph.Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public, thèse, 1953, n° 374.
537 G.Farjat, op.cit., thèse, n^{os} 501 et s ; Ph.Simler, op.cit., thèse, n^{os} 235 et s ; K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n^{os} 225 et s ; R.Savatier, L'ordre public économique, D.1965, chron. 37, spéc. p.42.
538 G.Farjat, op.cit., thèse, n^{os} 446 et s.

当事者の意思において当該条項が決定的であった場合には契約が無効とされなければならず、当事者の意思における当該条項の決定的特徴を評価しなければならないという当事者による破毀申立てを棄却した。つまり判例は、無効の範囲を法定された上限または下限に制限するにあたって当事者の意思を考慮していないのである。

排他性条項に関する議論を想起するならば、シムレールは、公序の要請により無効の範囲が決定されることを否定してはいないものの、排他性条項は当事者の給付に影響を及ぼすものであるため、排他性条項を決定的な条項であるとして契約の無効が認められるべきであることを指摘する。この点について興味深いことは、判例に好意的評価を示す学説においても、当該条項を置くことで当事者がいかなる債務を負い、利益を得るかという点を考慮していることである。しかし、このような点が考慮されるがゆえに、法律上、期間が制限されており、さらに判例は、法定の期間においては当該条項の有効性を認めているのだという。つまり、シムレールが指摘した点はすでに不法性の範囲を考えるにあたって考慮されているものであり、それゆえ、通説は、違反された規定の目的を達成するためにも、法定された上限または下限を超えた部分のみを無効とすべしだとしたのであった。

このような通説の評価は、ティビエルジュの一部無効論を想起させよう。彼女は、一部無効の本質を、無効と同様、違反された規定の目的を回復するために向けられたサンクションであると位置づけた。まさに、この観点から、縮減というサンクションが課せられているのである。それゆえ、学説には、縮減を無効と同視する見解が多いのも頷けよう[539]。また、縮減を無効と同視しないとしても、それらの学説が、その根本的な同質性を、つまり、契約締結時における違反された規定の目的を達成するためのサンクションであるという点を指摘している点も、一部無効と縮減とが限りなく近いものであることを示している[540]。

第二款　法律により上限または下限が規定されていない場合

以上で検討した判例および通説によれば、明確な法律により定められた上限または下限に反した合意が当事者によりなされた場合、契約の締結時において違反された規定の目的を達成するために、それに適したサンクションとして、当該法定の上限を超えた部分の無効（あるいは縮減）が課され、または下限に反した部分を無効として法定された期間等に置き換えられていた。

他方で、法律により上限または下限が規定されていない場合においても、これと同様の効果が判例上、認められることがある。シムレールは、一部無効論の一類型である縮減の例として、委任契約等の報酬の減額を認めた事案や、付随的詐欺に基づいて代金の減額を

539 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, n° 499; M.Mekki, op.cit., thèse, n^os^ 998 et s ; F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, op.cit. n° 421.

540 O.Gout, op.cit., thèse, n^os^ 615 et s ; K.de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, thèse, LGDJ, 2006 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., n^os^ 2661 et s.

認めた事案を、例に挙げる。もっとも、法律により契約の期間等につき上限または下限が定められていた場合には、公序の要請により無効の範囲が定められることが認められやすいのに対して（ただし、排他性条項については公序による説明をしていなかったが)、これらの事案においては、それが認められないという。このような違いはあるものの、シムレールは、これを一部無効の事案として説明する。おそらく、シムレールは、不法性の範囲と無効の範囲とは別であるとし、当事者の意思に基づく無効の範囲を原則として優先させることから、これらの事案を一部無効の事案として扱うことに、それほど抵抗がなかったためであろう。

しかし、仔細に検討するならば、これらの事案では、前款で検討した一部無効とは異なる要素が考慮され、また、異なる制度によって解決されており、それを一部無効として論ずることには無理があろう。以下では、まず、委任者等の報酬減額事例を確認し、それと一部無効とが考慮要素の点でどのように異なるかを検討する。そのあとで、付随的詐欺事例を通じて、一部無効と不法行為責任との関係を検討する。ここでは、これらの検討を通じて、シムレールの一部無効論の基礎づけの不正確さを指摘することを目的とする。

一　委任契約等における報酬の減額事例とその特殊性

判例は、法律による規定が存在しないにもかかわらず、伝統的に、委任契約等において受任者に支払われる報酬が過剰であると判断する場合に、当該報酬を減額することがある。この判例は、今日においてもみられるものである。

まず、シムレールの主張における委任契約等の報酬減額事例の位置づけを確認しておこう。同事例については、かつて、レジオンによる縮減の新たな局面であると主張した学説があり、シムレールはこれに同意した。そして、レジオンにおいては、当事者の意思により全部無効とされるか一部無効（縮減）とされるかが決せられることを指摘したあとで、委任契約等における報酬の減額事例についても同様のことが言えるとして、これを、一部無効の一事案としたのであった。さらには、この基礎として合意の瑕疵が用いられることをも指摘し、合意の瑕疵における一部無効の可能性を指摘するに至る。合意の瑕疵と一部無効との関係については、後述する（２)。以下では、レジオンと一部無効との関係、およびそこにおける当事者の意思の役割を指摘したのち、委任契約等に関する報酬減額事例を一部無効として論じることの是非を検討していく。

１．レジオンと委任契約等に関する報酬減額事例との関係

委任契約等に関する報酬減額事例の検討に入る前に、レジオンと一部無効との関係について検討しいこう[541]。

---

[541] 本稿では、レジオンそのものに関する詳細な検討を行わない。

日本において、レジオンを扱った研究としては、石部雅亮「契約の自由と契約正義（一）－『莫大損害』（laesio enormis）の歴史を中心に」大阪市立 30 巻（1984 年）3・4 号 307

レジオンとは、当事者の給付間において過剰な不均衡が生じている場合に、当該契約を取り消す（rescision）制度である。民法典上、レジオンは、あるいは不動産売買の売主に認められ、あるいは分割の場合に認められ、あるいは未成年者に認められている。たとえば、売主が正当な価格の 12 分の 5 以下で不動産を売却した場合（12 分の 7 を超えて損害を受けた場合）には、売主は、当該契約を取り消すことができる（民法典 1674 条）[542]。

しかし、不動産売買における給付間にレジオンがあった場合において、その契約を取り消すことについては、かつてから批判があった[543]。たとえば、ディジョル（Dijol）は、次のように述べ、代金を減額すべきことを主張した。

> 「契約を無効とすること（annulation）は、被害者（lésé）に作出された状況に付与される最も良い手段であろうか？…無効とすることは、彼（被害者）にとって合意が有していた有用性を、彼から奪う。この条件において、合意の無効を言い渡すことに代わり、裁判官に対して、単に過剰な約定（les stipulations lésionnnaires）を減ずる権限を与えることが望ましくはないだろうか？」

シムレールは、このディジョルの主張に同意し、契約における瑕疵がその本質（essence）にあるのではなく給付の一方の他方に対する不均衡にあることから、レジオンの通常のサンクションは縮減であると主張した。そして、実務上も、縮減を認める傾向にあることを指摘する[544]。

すなわち、民法典によれば、レジオンを理由とするサンクションは取消しであるが、その後の特別法による規定によれば、レジオンを理由とするサンクションは縮減とされる傾向にある。たとえば、1907 年 7 月 8 日法律および 1937 年 3 月 10 日法律によれば、肥料、種子および苗に関する売買について、買主が目的物を 4 分の 1 以上、割増された代金で取得した場合、代金の減額訴権（action en reduction）を、または賠償訴権（action en indemnite）が認められた。そのほかにも、営業財産の譲渡に関する 1935 年 6 月 29 日の法律や、邪利（暴利のことである。原語は≪usure≫。）に関する 1935 年 8 月 8 日の法律においても、譲

頁、大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』（一）～（六・完）」法協 104 巻（1987 年）1 号 1 頁、同 2 号 1 頁、同 3 号 1 頁、同 4 号 1 頁、同 5 号 1 頁、同 6 号 1 頁、堀川信一「莫大損害（leasio enormis）の史的展開－その法的性質と要件・効果の結びつきを中心に（一）～（三・完）」一橋法学 3 巻（2004 年）2 号 387 頁、同 3 号 349 頁、4 巻（2005 年）1 号 189 頁がある。

542 民法典 1674 条「売主は、不動産の価格について 12 分の 7 を超えて損害を受けた場合には、契約において、その取消しを請求する権限を明示的に放棄し、かつ、その差益を与える旨を申述した場合であっても、売買の取消しを請求する権利を有する。」

543 ただし、あらゆるレジオンが取消しではなく縮減により解決されるべしと言われるわけではない。たとえば、分割は、それが本質的に不可分である行為であることを理由に、縮減ができないレジオンであるとされる（Ph,Simler, op,cit., thèse, nº 226.）。

544 Ph,Simler, op.cit., thèse, nºs 225 et s.

渡価格や利息が一定の程度を超えた場合には、縮減を認める旨が規定されていた。

しかし、他方で、シムレールは、一部無効がありうるとしても、全部無効が排除されるわけではなく、両当事者の意思により無効の範囲が画定されなければならないことを指摘する。なぜなら、ここで問題とされるのは個人的な利益であり、個人的な利益の保護は、部分的な契約の維持を要求しないであろうからだという。ただし、意図的に不法な代金が設定された場合には、被害を受けた者がこれを摘示することにより、他方当事者の全部無効の主張が、誠実性の原則により妨げられるとする[545]。

このようにしてシムレールは、レジオンによる縮減の問題を、自身の提唱する一部無効論に引きつけて考えた。そして、その際、立法の規定がないにもかかわらずレジオンを理由とする縮減が課される事案があるとして、受任者や代理人等の報酬を減額する事例群を紹介したのであった。

もっとも、レジオンを理由とする取消しは、法律上の規定がない場合には認められないというのが、判例の態度であった。その理由につき、破毀院民事部 1852 年 12 月 20 日は、雇用契約における賃金が少額すぎることが争われた事案において、労使調停委員会（Conseil des prud'hommes）が、この合意を、なされた仕事に値する以下の報酬が支払われることは許されず公序に反するとしたのに対して、「すべての合意は当事者にとって法律であり、いかなる裁判所もこれを無視できない」とし、破毀した[546]。その後の判例も、同様の理由付けをする[547]。そうであるならば、いかなる基礎づけで、委任契約等における受任者や代理人の報酬が減額されるのかが問題とされよう。この基礎づけについては、コーズの部分的な不存在に求める見解、委任契約の無償性に求める見解、合意の瑕疵に求める見解、権利の濫用に求める見解などさまざまであり、さらには、その根拠条文を挙げない判例もみられ、判例および学説上、一致をみない状況にある[548]。

さて、本稿の問題関心は、一部無効論において当事者の意思がいかなる役割を有するかであった。この点に鑑みて、以下では、委任契約等の報酬減額事例の根拠となる原理を探ることを避け、委任契約における受任者等の報酬減額事例における考慮要素が、レジオンの事例、さらには一部無効の事例におけるそれと同じであるかという点を検討しよう。

---

545 Ph,Simler, op.cit., thèse, n° 229.

546 Cass.civ., 20 décembre 1852, D.P.1853, 1, 95 ; S.1853, 1, 101.

547 たとえば、この旨を判示する破毀院判決として、次のものがある。

＜雇用契約＞

［仏］破毀院民事部 1906 年 11 月 20 日（Cass.civ., 20 novembre 1906, D.1907, 1, 80 ; S.1908, 1, 29.）

＜動産売買＞

［仏］破毀院民事部 1832 年 5 月 17 日（Cass.civ., 17 mai 1832, S.1832, 1, 849.）

548 委任契約等における受任者の報酬減額事例など、レジオンの拡張と呼ばれる現象については、大村・前掲注(541)（三）4 頁以下で詳細に論じられている。

なお、本稿では、同事例の特殊性という観点から、近時の判例の検討を行う。

２．委任契約の受任者等の報酬減額事例における特殊性の考慮

委任契約の受任者等の報酬減額事例において、特殊な事情があるか否かについて検討する。すなわち、同事案を合意の瑕疵により基礎づける判例が少数ながらみられる。この判例をひとつの理由として、シムレールは、合意の瑕疵に基づく一部無効の可能性を主張する。合意の瑕疵と一部無効との関係を論ずる前に、近時の判例および学説の展開を踏まえるならば、同事案は、その特殊性が指摘されるべきものであることを、先に述べておくことが便宜であろう。そこで、同事案の特殊性を指摘するゲスタンやドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌの見解をみていくこととしたい。

（１）ゲスタンの見解

まず、ゲスタンの見解である。ゲスタンは、委任契約の受任者等の報酬減額事例における特殊性として、なされるサービスに対する報酬額を契約締結時において十分に決定しえない事案であるということ、および不完全履行（inexecution defectueuse）または一部不履行が考慮されていることという 2 点を挙げる[549]。

第一の、なされるサービスに対する報酬額を契約締結時において十分に決定しえない事案であるという指摘について説明する。ゲスタンは、同事案において近時出された破毀院第一民事部 1990 年 6 月 9 日を挙げ、このことを説明する[550]。

［仏 52］破毀院第一民事部 1990 年 6 月 19 日[551]

【事案】Y は、X と法律顧問（conseil juridique）契約を締結した[552]。同契約の報酬額は、あらかじめ定められていた。X が、報酬額の請求書を送ったところ、Y が支払いを拒否した。その後の事実関係は明らかではないが、おそらく X が報酬の支払いを求めて訴えたものと思われる。

原審である商事裁判所は、理由は定かではないが、X の請求を棄却した。そこで X が破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

---

549 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, nos 427 et s.

同概説書のうち、「目的（l'objet）」と題される部分のほとんどを、ゲスタンが担当する。もっとも、そのうちの、後述する破毀院第一民事部 1990 年 6 月 9 日に関する本稿の記述は、「目的の決定」と題される個所に置かれ、同個所は、ゲスタン&ロワゾーによるものである。

他方で、レジオンについては、「目的」と題された部分の「目的の価値：レジオン」と題された個所で論ぜられており、これは、ゲスタンがひとりで担当している。

これらを踏まえ、本稿では、ゲスタンの見解として紹介することとした。

550 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, no 231.

551 Cass.civ.1re, 19 juin 1990, Bull.civ.I, no 170 ; L.P.A., 10 janvier 1991, note M.Bourgeois ; D.1991, somm.comm., p.318 ; Defrenois 1991, art.34987, p.358, obs.J.-L.Aubert.

552 法律顧問契約の性質決定については、請負契約であるとされることもあれば、有償委任契約（madat salarié）とされることもある。それゆえ、本稿では、法律顧問契約とする。

破毀院は、一方で、1972 年 7 月 13 日のデクレ 62 条が、「法律顧問の報酬額は、その者〔法律顧問〕と顧客との間の合意（accord）により決定される」と明記していること、および、X が報酬額について前もって決められた約務のもとで、その請求書を送っていたことを確認しながらも、他方で、報酬額についての当事者が前もってした合意を拘束力がないものであるとし、、事実審裁判所が「本件事案の状況や（circonstances de la cause）なされたサービスの重要性に鑑みて、当事者間の合意の代わりに法律顧問（X）が主張しえた報酬額を評価する」義務を負うと判示し、原審判決を破毀し移送した。

同判決は、前もって当事者によりなされた報酬額に関する合意の拘束力を否定し、事実審裁判所が「本件事案の状況や（circonstances de la cause）なされたサービスの重要性に鑑みて、当事者間の合意の代わりに法律顧問（X）が主張しえた報酬額を評価する」義務を負うと判示した。そして、ゲスタンは、同判決に対するオベール（J.-L.Aubert）の評釈を引用する。

オベールは、「専門家によりなされる給付の評価が、専門家が発揮する義務を負う善管注意義務（diligences）の重要性に関する不確定要素により〔専門家がどの程度の善管注意義務を負うかが不明であることから〕、不可能であるとは言わないまでも非常に困難である」ことを指摘する。このことから、オベールは、当事者が報酬額に関して合意に至らなくても裁判官がそれを決めることができ、合意がされていたとしても、例外的に、合意された報酬額を改訂する（réviser）ことができるのだとした[553]。そして、ゲスタンは、この理由から、報酬額の決定が不十分であったときに、裁判官による報酬額の改訂の正当性を認める。それゆえに、他のレジオンの場合との異同を指摘する。報酬額は、実際になされたサービスと比較されるものであることから、必然的に契約締結後の要素が考慮されることになるため、委任契約の受任者等の報酬額の減額事例は、不予見による改訂（revision pour imprevision）と混同されるものであるという。しかしながら、不予見による改訂とは完全には同視されないともいう。なぜなら、報酬額の減額の場合には、事後の状況の変化ではなく、サービスの価値の評価が不可能であることを理由とするからである[554]。

このように、ゲスタンは、委任契約における受任者の報酬額の減額事例においては、その減額の理由が報酬額の決定の困難さにあるとし、そしてその評価のためには、実際になされたサービスを考慮する必要があることから、契約締結時における給付間の不均衡を評価する他のレジオンとは異なる要素があることを指摘した。

第二に、ゲスタンは、委任契約の受任者等の報酬減額事例における特殊性として、不完全履行または一部不履行が考慮されていることを指摘する。ゲスタンは、第一の指摘と関連し、知的サービスの給付が問題となる場合には、その価値は契約の履行後にしかなされえないとする。実際、判例には、受任者等の報酬額の減額を、完全に義務を履行しなかっ

553 J.-L.Aubert, Defrenois 1991, art.34987, p.358.
554 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, n° 428.

たこと[555]や、フォートにより履行したこと[556]を考慮して是認するものが多くあることを指摘する[557]。

それゆえ、ゲスタンは、受任者等の報酬減額事例につき、減額の理由を給付の評価が非常に難しいことにあるとし、第一に、給付を評価するにあたり契約成立後の事情が考慮される点で、第二に、報酬額の減額を認めるにあたり一部不履行が考慮されている、または一部不履行と区別することが難しい点で、特殊な事情を抱えるものだと評価する。

（2）ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌの見解

続いて、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌの見解をみていこう。彼女もゲスタンと同様に、サービスの評価の難しさから、委任契約における受任者等の報酬の減額が認められることを説明するのであるが、その際、それと顧客の有する情報とを結びつけた点が興味深い[558]。

すなわち、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、報酬を得る専門家が履行するであろう給付について委任者等の顧客に情報を提供する義務を負うことと、委任契約における受任者等の報酬の減額事例とを結びつける。彼女は、契約者間の対等性（égalité）が契約の基本的な要素に関する認識の欠如により揺らいでいるとき不均衡が生じており、これを修正しなければならないとする。それゆえ判例には、専門家が負う基本的債務（obligation fondamentale）を委任者等の顧客に知らせる義務の必要性に鑑みて、受任者等の報酬の減額を認めるものがあることを指摘した。その例として、破毀院第一民事部 1986 年 6 月 3 日を挙げる。

［仏 53］破毀院第一民事部 1986 年 6 月 3 日[559]

【事案】認可会計士（comptable agréé）Y と顧客 X との間で、なされたサービスにより報

---

555 たとえば、完全に義務を履行しなかったことを考慮して受任者等の報酬額の減額を認めた破毀院判決として、次のものがある。

［仏］破毀院第三民事部 1973 年 2 月 20 日（Cass.civ.3e, 20 février 1973, Bull.civ.III, no 145 ; Gaz.Pal., 1973, 1, somm., p.64.）
［仏］破毀院第三民事部 1978 年 4 月 5 日（Cass.civ.3e, 5 avril 1978, Gaz.Pal., 1978, Panorama.）
［仏］破毀院第一民事部 1976 年 1 月 14 日（Cass.civ.1re, 14 janvier 1976, Gaz.Pal., Tabl. 1974-1976, *vo Agent d'affaires*, no 27.）

556 たとえば、フォートによる履行があったことを考慮して受任者等の報酬額を減額した判例として、次のものがある。

［仏］破毀院第一民事部 1967 年 3 月 13 日（Cass.civ.1re, 13 mars 1967, Bull.civI, no 95.）
［仏］破毀院商事部 1968 年 4 月 27 日（Cass.com., 27 avril 1968, Bull.civ.IV, no 140.）

557 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, no 429.

558 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, nos 41 et s.

559 Cass.civ.1re, 3 juin 1986, J.C.P.1987, II, 20791, note A.Viandier.

酬額が増加する旨の合意がなされていた。履行後、Y が提示した報酬額が X にとって高額であったことから、X は、その減額を求めた。

控訴院は、認可会計士が顧客に対してサービスをなしたことにより報酬額がかなり増加したことを知らせなかったことから、報酬額を 30 パーセント減らした。これに対し、Y が破毀申立て。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、専門性のある仕事（profession）を履行する者には顧客に対する助言義務（devoir de conseil）があるとし、控訴院が確認したところによれば、Y が X に知らせなかったことがフォートであったとして、控訴院を正当なものとした。

同判決に対する評釈でも指摘されているように、同判決は、会計士の助言義務（devoir de conseil）の違反、つまり、会計士が顧客に報酬の増加を知らせなければならなかったことを理由に報酬の減額を認めた。そして、同判決から、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、情報の不提供により当事者の対等性が満たされていない場合には、そこから生じた不均衡を、裁判官は改訂（réfaction）することにより是正しなければならないとし、情報の格差および当事者の非対等性が、このような報酬の減額を正当化するものだとした[560]。

しかしながら、彼女は、一定の場合においては、契約の基本的な要素をあらかじめ決定することができず、報酬額の決定が難しいことがあることを指摘し、専門家による情報の不提供が故意によるものではない場合があるとする。この場合につき、一方で、1986 年 12 月 1 日のオルドナンス 1 条によれば、財やサービスの代金が自由に決定されうるものとされていた。そして、特定の法律専門家（professions judiciaires et juridiques）に関する 1971 年 12 月 31 日法律 10 条 1 項においても、「助言（consultation）または弁論（plaidoirie）の報酬は、弁護士（avocat）と顧客との間の合意で定められる」と規定されている。これらの法律は、合意された報酬額が認められるという結論に至りうるものである。しかし、他方で、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、前述したゲスタンと同様、前掲［仏 52］判決や、その後に出された破毀院第一民事部 1998 年 3 月 3 日[561]を挙げ、受任者等によりなされる給付が、給付にかかる時間（temps）や仕事量（volume）において変化しうるという特殊性があることを指摘する。すなわち、［仏 51］判決と同様、破毀院第一民事部 1998 年 3 月 3 日よれば、事実審裁判官には、弁護士と顧客との間で合意された報酬額につき、「それがなされたサービスに対して過度〔に高額〕なものであったとき」、報酬額を改訂する権限があることが認められた。これらの判決によれば、なされたサービスに対して報酬額が過大であったことが問題とされており、このことは、どのようなサービスが実際になされる

560 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, nº 42.

561 Cass.civ.1re, 3 mars 1998, Bull.civ.I, nº 85 ; J.C.P.1998, II, 10115, note J.Sainte Rose.
また、同判決を含めた同種のいくつかの判決について論じた論稿として、R.Martin, La réduction de l'honoraire de l'avocat par le pouvoir juridiciaire, Recherche archéologique, J.C.P.1999, I, 110.

かを定めることが困難であることから報酬額を実際になされたサービスと比較する必要があったことを意味していよう。そして、受任者等によりなされる給付がその時間や仕事量において変化しうる場合には、あらかじめ報酬額を決定しなければならないという要請につき受け入れられるものではないと説明した[562]。

以上のような理由により委任契約における受任者等の報酬額の減額が認められるため、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌによれば、次の２つの帰結が導かれることとなる。

第一に、彼女は、報酬額が仕事に対するものか、結果に対するものかにより区別されなければならないであろうことを主張する。すなわち、結果に対する報酬である場合においては、なされたサービスに対して過剰ではありえないからである[563]。もっとも、判例はこのような区別をしていないであろうとも指摘していることに注意が必要である[564]。

第二に、これは近時の判例においても確認されていることであるが[565]、顧客が有する情報が十分であったとき、つまり報酬がサービスの履行後に決定されたときには、報酬額の減額は認められないとする。たとえば、破毀院第二民事部 2003 年 9 月 18 日は、「事実審裁判官が当事者の合意や訴訟の状況（les circonstances de la cause）により弁護士の報酬額を専権的に評価しうるとしても、彼ら（事実審裁判官）には、報酬の方針（principe）や額がなされたサービスの後で顧客により受諾されたとき、それ（サービスがなされたこと）が合意に先行するにせよそうでないにせよ、彼ら（事実審裁判官）にはそれ（報酬額）を減ずる権利はない」と判示した[566]。そして、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、同判決によれば、サービスがなされた後に顧客自身がそれを評価しえたとき、当事者が対等であるというための情報が顧客に提供されていたということができ、報酬額を減額することができないのだと説明する[567]。

---

562 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, nos 43 et 44.

563 結果に対する報酬については、1971 年 12 月 31 日法律では禁止されていたが、今日では、1991 年 7 月 10 日法律 10 条 3 項により、その適法性が確認されている。

1991 年 7 月 10 日法律 10 条 3 項「なされた給付に関する報酬に加え、得られた結果やなされたサービスにより補完的な報酬（honoraire complementaire）の取決めを規定した合意は、適法なものである。」

564 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, no 44.

565 本文中で述べる破毀院第二民事部 2003 年 9 月 18 日のほか、受任者等が給付をしたあとで報酬額が決定された場合には事実審裁判官がそれを減ずる権利を有していない旨を判示した判例として、たとえば、以下のものがある。

［仏］破毀院第一民事部 1970 年 1 月 19 日（Cass.civ.1re, 19 janvier 1980, Bull.civ.I, no 23.）
［仏］破毀院商事部 1971 年 3 月 15 日（Cass.com., 15 mars 1971, Bull.civ.IV, no 76.）
［仏］破毀院第三民事部 1975 年 12 月 9 日（Cass.civ.3e, 9 décembre 1975, Bull.civ.III, no 362 ; D.1980, p.161, conc.M.Jeol.）
［仏］破毀院第一民事部 1993 年 6 月 2 日（Cass.civ.1re, 2 juin 1993, J.C.P.1993, IV, 1910 ; J.C.P.1993, I, 532, obs.G.Virassamy.）

566 Cass.civ.2e, 18 septembre 2003, pourvoi no 01-16013 ; LexInter.net Vo Réduction honoraires.

567 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, no 45.

以上が、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌの委任契約の受任者等の報酬減額事例に対する評価であった。彼女は、今日の契約法において要請される当事者の対等性という点から出発し、受任者等の報酬を減額することの正当性も、この点に、つまり、一方の情報の欠如による当事者の非対等性に求める。もっとも、判例においても、受任者等に対して「助言義務（devoir de conseil)」を課し、それに対する違反により正当化をするものがあったが、ここでいう助言義務は、契約の締結に向けられた情報提供義務ないし助言義務とは異なるものであろう。なぜなら、そもそも受任者等がする給付ないしサービスが時間および量において可変である場合には、それに対する報酬額をあらかじめ定めることができないことが問題とされており、契約締結時にこれを説明することが問題ではないからである。実際、事実審裁判官による報酬額の減額が否定されるのは、サービスがなされた後に、それを知って顧客が報酬額を受諾した場合であり、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、この意味で、顧客が情報を得て、当事者の対等性が満たされることを指摘していたのであった。

（3）小括

このように、ゲスタンによっても、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌによっても、委任契約の受任者等の報酬減額事例においては、契約の履行過程における要素が考慮されることが指摘されていた。また、減額をする根拠としても、判例によれば、契約の一部不履行や契約の履行過程における助言義務違反が挙げられることがあった。これらの点に鑑みれば、委任契約の受任者等の報酬が減ぜられるという事案は、学説上、レジオンの拡張事例として挙げられるものであっても、明らかに、契約の成立時における規定の違反があった場合のサンクションである無効とは考慮要素が異なるものであり、一部無効とは効果という点では類似していても、その一事案として論じえないものであったのである。

3．小括

以上では、委任契約における受任者等の報酬減額事例につき、これが一部無効と同視されうるものかという観点から検討した。最後に、問題状況と、それに対して以上の議論から導かれた帰結を整理しておくこととしたい。

まず、問題状況について説明する。シムレールは、委任契約における受任者等の報酬減額事例を、レジオンの拡張であると捉えていた。そして、民法典制定後に制定された特別法をみるかぎり代金の減額が通常のサンクションとして規定されていることから、民法典上のレジオンを理由とする取消しについても、取消しだけでなく、縮減が認められるべきことを指摘した。つまり、レジオンがある場合に、当事者の意思により無効の範囲（取消しか縮減か）が画定されるべきであると主張したのであった。さらに、シムレールは、判例が受任者等の報酬の減額を認めるにあたり、合意の瑕疵を根拠とすることがあるとして、合意の瑕疵論における一部無効の可能性を指摘するに至った。

そこで、この主張に対して、本稿は、受任者等の報酬の減額の考慮要素が一部無効のそれと同一であるといいうるものかという点につき検討をしてきた。

今日までの判例をみると、受任者等によりなされる給付ないしサービスの評価が難しいことを理由に、受任者等の報酬の減額が認められていると評価されえよう。実際、判例によれば、実際になされたサービスに対して報酬額が過大であったかが評価されており、また、サービスがなされた後にそれを知って報酬額を承諾した場合には、事実審裁判官が報酬額を減ずることができないとされていた。これらのことから、学説においても、給付の特殊性により履行過程における要素が考慮されていること、および一部不履行と密接に関連していることが指摘されていた。したがって、契約の締結時における規定の違反があった場合のサンクションである無効とは異なるものであったということができた。

以上のように、委任契約における受任者等の代金減額事例は、一部無効の基礎となりえない事案であったと思われる。

さて、これまで実際の事案の検討を行ってきたところ、縮減事例においては、当事者の意思に基づく無効の範囲の画定という原則がことごとく当てはまらなかったといえる。もっとも、縮減の事例として、付随的詐欺の事例が残されていた。この事例では、当事者の意思に基づく無効の範囲の画定という原則が見出されるのであろうか。今まで検討してきた事例は、例外にすぎなかったのであろうか。最後に、付随的詐欺の事例を検討することとしたい。

二　付随的詐欺論と一部無効・不法行為責任

民法典 1116 条 1 項は、詐欺により合意が無効とする旨を規定する。

> 民法典 1116 条 1 項「詐欺は、当事者の一方が行った術策が、その術策がなければ他方当事者が契約を締結しなかったであろうことが明らかである場合には、合意の無効原因である。」

ところで、伝統的な通説および判例によれば、無効が言い渡されるためには、詐欺により引き起こされた錯誤が、当該錯誤なければ被欺罔者が契約を締結しなかったであろうという意味で、決定的なものでなければならないとされていた[568]。そして、このような詐欺

---

[568] この旨を判示する破毀院判決として、たとえば、次のものがある。
［仏］破毀院社会部 1961 年 2 月 23 日（Cass.soc., 23 février 1961, J.C.P.1961, II, 12261.）
［仏］破毀院第三民事部 1977 年 3 月 1 日（Cass.civ.3e, 1 mars 1977, D.1978, 91, note C.Larroumet.）
［仏］ 破毀院社会部 1994 年 10 月 5 日（Cass.soc., 5 octobre 1994, D.1995, 282, note Mozas ; R.T.D.civ., 1995, 94, obs.J.Mestre.）
［仏］破毀院第三民事部 2001 年 3 月 21 日（Cass.civ.3e, 21 mars 2001, C.C.C. 2001, no 101,

は、主たる詐欺（dol principal）と称された。

これに対して、被欺罔者が、詐欺がなかったとしても契約を締結したであろうが、異なる条件で、つまり被欺罔者により利益となる代金で契約を締結したであろう場合には、欺罔者に無効が言い渡されることはない。しかし、この場合には、不法行為（民法典 1382 条）に基づく損害賠償（dommages-intérêts）の請求が可能であるとされていた。このような詐欺は、付随的詐欺（dol incident）と称された[569]。

もっとも、今日の学説は、このような区別を批判をするのであるが、この点については後述することとして、まずは、このような付随的詐欺の事例につき、シムレールが一部無効論のなかでいかなる位置づけを与えたかを確認することからはじめよう。

１．シムレールによる付随的詐欺と一部無効

シムレールは、付随的詐欺の場合には不法行為責任に基づく損害賠償が認められているが、この損害賠償が、代金の減額に等しいことを指摘した。そして、いくつかの裁判例において、被欺罔者には、「代金の減額訴権（action en réduction du prix）」が開かれると判示されていたことを指摘する[570]。もっとも、裁判例によれば、その法的基礎として不法行為責任に関する民法典 1382 条が挙げられていたのであるが、シムレールは、民法典 1382 条に基づく損害賠償請求と、一部無効としての縮減とが類似したものであることを強調し、合意の瑕疵に基づく縮減を認めるべきであるとした[571,572]。シムレールのこの説明はやや不十分なところがあるが、その後の学説によれば、シムレールの主張は、無効を厳格なものと捉える代わりに、具体的な必要性に適合しうる柔軟な道具として捉え、社会的正義を実現させるファクターとして構成しようという狙いから生じたものであったとされている[573]。

このシムレールの主張は、学説上、従来から主張されてきたものであった。その代表的

---

note Leveneur.）

569 G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, Des Obligatons, t.1, 3e ed., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du journal du palais, 1906, no 116 ; C.Aubry et C.Rau, Droit civil français, t.4, 5e éd., Paris, 1902, § 143 bis, p.503.

570 たとえば、このような判示をする裁判例としては、次のものがあったとされる。
［仏］アブビル民事裁判所 1875 年 2 月 2 日（T.C.Abbeville, 2 février, 1875, Journal du Palais, 1877, p,113.）
［仏］アミアン控訴院 1876 年 2 月 11 日（C.A.Amiens, 11 février, 1876, Journal du Palais, 1877, p.113.）

もっとも、これらが引用されている雑誌が入手できず、また、シムレールのテーズのなかでも事案が不明であったため、合意の瑕疵に基づく代金減額請求を認めた判例または裁判例については、シムレールのテーズが出された後のものを本文で挙げることとしたい。

571 Ph.Simler, op.cit., these, no 241.

572 民法典 1382 条「他人に損害を生じさせる、人のあらゆる所為は、フォートによってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる。」

573 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 2, no 2686.
シムレールのこのような無効観については、Ph.Simler, op.cit., thèse, no 242.

な論者としてしばしば引用されるモウリー（J.Maury）によれば、次のようにいわれる[574]。

「〔民法典 1382 条に基づく損害賠償と代金の減額との間の〕類似性が〔両者の〕相違に勝るため、徐々に、合意の瑕疵を理由とする過剰な債務の縮減理論（une théorie de la réductabilité）が創り出される可能性がある。」

このように、付随的詐欺を理由とする不法行為責任に基づく損害賠償と代金減額との類似性により、合意の瑕疵に基づく「一部無効＝代金減額」が主張された。

実際、いくつかの判決および裁判例においても、合意の瑕疵に基づく代金減額請求が認められたと評価されることがある。たとえば、破毀院商事部 1972 年 3 月 14 日や、パリ控訴院 1997 年 5 月 2 日がそれである。破毀院商事部 1972 年 3 月 14 日は、被欺罔者が詐欺に基づく代金の減額を請求したところ、控訴院は詐欺に基づくサンクションは無効であるためその請求は受理されえないと判断したのに対して、破毀院は、被欺罔者が詐欺を理由に無効を請求したのではなく代金の減額を請求したことを理由として、詐欺に基づく訴権が受理されえないものと判断されてはならないと判示した[575]。また、パリ控訴院 1997 年 5 月 2 日は、株式の譲渡の後、譲受人が、詐欺に気付いて無効訴権を提起する前に、すでに当該株式を転売していた場合において、「後者〔譲受人〕は、第一の譲渡の無効を訴えることができないが、代金の改訂（réfaction）を得るために合意の瑕疵に基づいて訴えることができる」と判示した[576]。

しかしながら、シムレールの主張は、批判を免れなかった。また、その後の判例をみると（実は前掲破毀院商事部 1972 年 3 月 14 日のゲスタンによる評釈においてもみられるが[577]）、詐欺に基づく無効と詐欺に基づく損害賠償との間の違いが、明確にされるに至っている。そこで、シムレールの主張に批判的な学説および判例をみることとしよう。

２．不法行為責任と一部無効とを同視しない学説および判例

さて、ここでは、不法行為責任と一部無効とを同視しない学説および判例をみていく。ところで、今日の学説は、主たる詐欺と付随的詐欺とを区別しないものが多く、この学説についても触れることにより、不法行為責任と無効ないし一部無効との違いをいっそう際立たせることができよう。そこで、付随的詐欺に基づく代金の減額を合意の瑕疵に基づく一部無効（縮減）と同視しない学説を検討した後で、主たる詐欺と付随的詐欺とを区別しない学説についてもみていくこととしたい。

574 J.Maury, Essai sur le rôle de la notion d'equivalence en droi civil français, thèse, t.1, La notion d'equivalence en matière contractuelle, Jouve & Cie, 1920, p.165.
575 Cass.com., 14 mars 1972, D.1972, 653, note J,Ghestin.
576 C.A.Paris, 2 mai 1997, Bull.Joly, 1997, p.785, note Pigassou.
577 J,Ghestin, note, D.1972, 653.

（1）詐欺における合意の瑕疵としての側面と不法行為（délit）としての側面

詐欺に基づく（一部）無効と不法行為に基づく損害賠償との違いを明確にした重要な学説として引用されるのは、本稿が第一章第三節で検討した、ティビエルジュの見解である[578]。そこで、まずは彼女の見解をみることとしよう。

ティビエルジュは、付随的詐欺に基づく損害賠償の特徴に関して、次の2点を指摘する。第一は、一部無効に基づく一部の返還と、不法行為責任に基づく損害賠償との比較であり、第二は、付随的詐欺と契約締結上のフォートとの同視である。

まず、第一の指摘について説明する。ティビエルジュは、一部無効に基づく一部の返還と、不法行為責任に基づく損害賠償とを、同様の帰結をもたらすものであるが、区別されなければならないものであるとする。これは、直接、付随的詐欺に向けられた指摘ではないが、一部無効と不法行為責任とが区別されるものであることを明確に指摘しているため、付随的詐欺に基づく縮減が一部無効ではないことの説明として、しばしば援用される[579]。

つまり、縮減という効果の観点からみたときに、一部無効およびそれに基づく一部の返還と、不法行為責任に基づく損害賠償とが同様の役割を果たす。しかし、一部無効に基づく一部の返還は、一部無効の原因となるある規定の違反があったことに基づいて生ずるものであり、当該規定の違反がフォートにより引き起こされたことを必要としない。これに対し、不法行為責任に基づく損害賠償は、民法典1382条からも明らかなように、フォートおよび損害の要件が必要である。それゆえ、両者は、混同されてはならないとする[580]。

それゆえ、詐欺に基づく代金の減額は、フォートの存在が必要とされていることから、一部無効ではなく、損害賠償の性質を有するものだとする[581]。

続いて、第二の指摘について説明する。ティビエルジュは、付随的詐欺という言葉の無用性を主張する。なぜなら、付随的詐欺は、契約締結上のフォートを理由とする不法行為

---

578 C.Ouerdane-Aubret de Vincelles, op.cit., thèse, nos 113 et s ; K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, no 308.

もっとも、これらの2つのテーズでは、ティビエルジュのテーズの引用している箇所が異なる。すなわち、ウェダン＝オベール・ドゥ・ヴァンセルのテーズでは、ティビエルジュのテーズの76頁（no 100）が、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌのテーズでは、ティビエルジュのテーズの448頁（nos 778 et s）が引用される。もっとも、両者では、同様の事柄が2つの側面から説明されているにすぎない。前者は、契約の成立過程におけるフォートが、契約の無効と無関係であるということから、不法行為責任と一部無効との違いを説明し、後者は、損害賠償がフォートおよび損害の存在を要件とするということから不法行為責任と一部無効との違いを説明しているからである。引用箇所の違いは、両テーズの関心の違いによるものであろう。すなわち、一方で、ウェダン＝オベール・ドゥ・ヴァンセルは、合意の瑕疵があった場合のサンクションの有効性という点に関心があるのに対して、他方で、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、契約の改訂（réfaction）との関係で、同様の効果をもたらす不法行為責任に基づく損害賠償がどのような特徴を有するかという点に関心があった。

579 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, no 308.

580 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nos 778 et s.

581 K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, no 308.

責任に基づく損害賠償に対して特別なものではなく、それと同視されるものだからである。つまり、付随的詐欺に基づく損害賠償は、詐欺という契約締結上のフォートを理由とするものであり、不法行為責任に基づく損害賠償であるとした[582]。

以上のことから、多くの学説によれば、詐欺に基づく代金の減額は、合意の瑕疵に基づく一部無効として捉えられるものではなく、損害賠償としての性質を有するものだとされる。それゆえ、合意の瑕疵に基づく代金の減額を認めた裁判例に対しても、詐欺の性質という観点から、詐欺に関する規定である民法典 1116 条と不法行為責任に基づく損害賠償とが関係性を有するものの、民法典 1116 条を基礎としてはならないと指摘する見解がある。たとえば、ゲスタンは、先述の、合意の瑕疵を理由に代金の減額を認めたとされている破毀院商事部 1972 年 3 月 14 日につき、次のように批判した。

本件においては民法典 1116 条により訴えが提起されてはいるが、同条から考慮されるのは、合意の瑕疵ではなく、不法行為（délit civil）である。「破毀院は、実際、詐欺の被害者（被欺罔者）が民法典 1116 条に基づき、代金の減額（réduciton du prix）というかたちで〔無効の請求ではなく〕損害賠償の請求に制限することができたことを判示」したと評する[583]。本件において代金の減額は、たとえ民法典 1116 条を基礎としてなされているとしても、合意の瑕疵を理由としてなされたのではなく、錯誤を引き起こしたフォートを理由としていた、つまり、不法行為を理由としていた。その結果、民法典 1116 条により正当化される請求者の訴えは、代金の減額に至りうるが、同条を基礎としてはならない。

そのほか、スリネも同様に、付随的詐欺に限らず合意の瑕疵に基づく代金の減額を認めることに関する指摘ではあるが、「もしいくつかの判決が民法典 1110 条[584]を基礎として単なる代金の減額を認めたならば、非難されるべき解決である」と批判する[585]。

このように、一方で、フォートが、合意の瑕疵に基づく無効の要件ではなく不法行為責任の要件であること、他方で、裁判所は、付随的詐欺の事例において、フォートを理由に代金の減額を認めていることから、学説は、この代金の減額を不法行為に基づく損害賠償としての性格を有するものとする。

もっとも、たしかに代金の減額の理由がフォートの存在にあることを不法行為責任の方が好ましいとすることの根拠とする見解によれば、錯誤に基づく代金の減額という構成が

---

582 C.Guelfuccii Thibierge, op.cit., thèse, nº 110.

583 J,Ghestion, op.cit., note, D.1972, 653.

584 民法典 1110 条は、錯誤無効に関する規定である。

民法典 1110 条 1 項「錯誤は、それが合意の目的である物の本質そのものに関するものであるときに限り、合意の無効原因となる。」
同条 2 項「それ〔錯誤〕は、それが合意を締結しようとする相手方の人にみに関するとき、何ら無効原因とならない。ただし、当該人に関する考慮が合意の主たる原因であったときはこの限りでない。」

585 Y.-M.Serinet, Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de déliverance dans la vente, thèse, nº 351.

妥当でないことは明らかとなろう。なぜなら、錯誤が問題となる場合においては必ずしもフォートの存在が前提されないためである[586]。しかし、詐欺の場合においては、詐欺があったことにより契約締結上のフォートの存在が明白であるため、付随的詐欺に基づく代金の減額が、不法行為責任に基づく損害賠償としての性質を有するとしても、同時に、一部無効（縮減）としての性質もあると言いえたようにも思われる。しかし、このありうる批判も、今日の判例および学説の状況をみるかぎり、採用されないものとなろう。なぜなら、判例において主たる詐欺と付随的詐欺との区別が排斥され（そもそも判例の態度は明らかでなかったとも言われるが)、伝統的に付随的詐欺であるとされる事案においても契約の無効が認められている。それゆえに、付随的詐欺に基づく代金の減額がいかなる性質を有するものかについても、より鮮明なものとなったと思われる。そこで、以下では、主たる詐欺と付随的詐欺との区別が排斥され、それにより明らかになった詐欺に基づく代金の減額の内実をみていくこととしよう。

（２）主たる詐欺と付随的詐欺との区別の排斥

まず、今日の学説が主たる詐欺と付随的詐欺との区別をとらない理由をみていこう。その理由は、主に、主たる詐欺と付随的詐欺とを区別する基準が、基準となりえないものである点にある。

すなわち、伝統的な学説は、「被欺罔者が、詐欺がなくても契約を締結したであろうが、被欺罔者により利益となる条件で契約を締結したであろう場合」を付随的詐欺であるとし、その典型例を、詐欺がなければ代金が被欺罔者にとって代金がより望ましいものであった場合であるとした。しかし、これについては、学説上、「購入するという意思は、それがある決定された代金で購入するという意思である場合にのみ、法的価値を有する」との批判や、代金が契約の基本的な要素であるという批判がなされる[587]。それゆえ、「詐欺の被害者が、相手方の意図的なフォート〔＝詐欺〕が引き起こした損害を援用し、損害賠償の形式のもとで填補を請求するにとどめることができるとしても、反対に、詐欺が、契約が締結された諸条件（termes）で請求者（被欺罔者）の契約の受諾を決定した場合には、詐欺を理由とする無効請求を損害賠償に制限することはできない」とされる[588]。

---

[586] もっとも、契約の相手方に契約締結上の情報提供義務違反が認められる場合には、民法典 1382 条に基づいて、錯誤者に損害賠償請求が認められる（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, La formation du contrat , tome 1：Le contrat – Le consentement, 4e éd., LGDJ, 2013, nos 1219 et s.)。つまり、錯誤無効が認められるために、契約の相手方のフォートは必要ない。しかし、契約の相手方にフォートがあった場合においては、不法行為責任の要件が満たされているとき、錯誤者は、不法行為に基づく損害賠償請求をしうるのである。

[587] M.Planiol et G.Ripert, avec P.Esmein, Obligations, t.6, Paris, 1930, no 207 ; G.Ripert et J.Boulanger, Traité de droit civil , t.2, Paris, 1957, no 185 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, La formation du contrat , tome 1：Le contrat – Le consentement, 4e éd., LGDJ, 2013, no 1467.

[588] J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 1, no 1467.

また、判例においても、主たる詐欺と付随的詐欺との区別がされていない。たしかに、被欺罔者の無効請求を損害賠償請求に制限した非常に稀な判例がいくつか見られるが[589]、今日の判例においては、主たる詐欺と付随的詐欺との区別がとられていないという。判例の態度を明確に示した判例として学説上挙げられるのが、破毀院第三民事部 2005 年 6 月 22 日であった。

［仏 54］破毀院第三民事部 2005 年 6 月 22 日[590]

【事案】売主Yは、買主Xとの間で、ある不動産を高層建物（immeuble de grande hauteur[591]）として、当該不動産の売買の予約（promesse de vente）を締結した。しかし、X が Y から説明を受けた当該不動産の状況と、実際の状況とが異なっていた。そこで、X は、Y に詐欺的沈黙（réticience dolosive）があったことを理由に、本件予約の無効を請求した。X の請求は、無効の請求のみであった。

控訴院は、「X が、少なくとも、正確な状況を知っていたならばより低い代金で〔不動産を〕取得していたであろう」ことを確認したのち、X の主張を認容し、本件予約の無効を言い渡した。これに対し、Y は、控訴院が確認したところによれば、付随的詐欺が正当化されるとしても主たる詐欺が認められないことから、控訴院が無効を言い渡したことが民法典 1116 条に反するとして、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院によれば、控訴院が、秘匿された情報を確認したのち、専権的に、秘匿された要素が取引の収益性を評価しなければならない買主にとって決定的なものであったこと、および少なくとも、正確な状況を知っていればより低い代金で取得したであろうことから、控訴院は、Y に起因する詐欺的沈黙が売買の無効に至ると正確に結論した（en a exactement déduit）と判示された。

同判決は、主たる詐欺と付随的詐欺という区別をせずに、詐欺がなければ被欺罔者がより有利な代金で契約を締結したであろう場合においても、契約の全部無効を認めた。同判

589 この旨の裁判例として、たとえば、パリ控訴院 1911 年 6 月 20 日（C.A.Paris, 20 juin 1911, J.T.C.1912, p.530.）がある。

それ以外の事案でも、「付随的詐欺」という用語が用いられることがあったが、それは、被欺罔者が損害賠償請求をした場合などであり、無効を否定する場合に用いられていたわけではなかった（たとえば、破毀院民事部 1884 年 4 月 30 日（Cass.civ., 30 avril 1884, S. 1885, 1, 366.）などがある。）。

590 Cass.civ.3e, 22 juin 2005, Bull.civ.III, no 137 ; RDC 2005, p.1025, obs.Ph.Stoffel-Munck ; Contrats, conc., consom., 2005, no 186, note L.Leveneur.

591 「immeuble de grande hauteur」とは、火災や救助時の公的サービスの際に用いられる車を使用できるかという観点から定義される建物のことであり、単に高い位置にあるという意味ではない（建築住居法典 R.122-2 条を参照）。もっとも、それに適した日本語がなかったため、本稿では、単に「高層建物」と訳すこととした。

決以降、判例は、主たる詐欺と付随的詐欺との区別を採用していないと学説は評価している[592]。あるいは、同判決が、従来の不明瞭な判例を明瞭化したと学説は評価する[593]。そして、判例が付随的詐欺に基づく無効請求を認めたことにより、学説上、付随的詐欺との区別が不要であるとの論調が強まっている[594,595]。

そして、一部無効と不法行為責任との関係においても、以上の区別がとられないことにより、その違いが明確になる。たとえば、破毀院第一民事部 2008 年 5 月 28 日がこのことを示していよう。

［仏 55］破毀院第一民事部 2008 年 5 月 28 日[596]

【事案】X が、Y からアパルトマンを購入した後で、当該アパルトマンの展望を妨げる建物を建築する計画があったことを知った。そこで X は、Y が当該計画を隠していたとして、Y に対して代金の減額（その後、控訴院で、これが損害賠償であるとされた。）を請求した。

控訴院は、X の請求を認容し、損害賠償として 15000 ユーロの支払いを Y に命じた。これに対し、Y は、控訴院において、Y の情報の不提供が意図的であったか否かが評価されていなかったことから、破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院によれば、控訴院に提訴されたのは損害賠償請求であり、売買契約の無効が請求されたのではないことから、控訴院は、Y の沈黙が意図的であったか否かについて評価することなく、Y の契約締結上の情報提供義務違反があったことを考慮することにより、X が被った損害の填補として損害賠償を認めることができたとした。

---

592 A.Bénabent, Les obligations, Coll.Domat, 13e éd, 2012, no 89.

593 J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, op.cit., no 214.

594 J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 1, nos 1468 et s ; F.Terre, Ph.Simler, Y.Lequette, op.cit., no 238 ; B.Fages, Droit des obligations, LGDJ, 2007, no 124 ; Ph.Malinvaud et D.Fenouillet, Droit des obligations, Litec, 12e ed, 2012, no 197.

595 その後の判例においても、主たる詐欺と付随的詐欺との区別が採用されていない。たとえば、破毀院商事部 2005 年 10 月 4 日（Cass,com,, 4 octobre 2005, D.no 02-10636）がそのことを表す判示をしている。

［仏］破毀院商事部 2005 年 10 月 4 日

【事案】売主 Y が、買主 X に営業財産を売却する際、取引総額について誤った説明をした。それを知った X は、詐欺を理由に、売買契約の無効または損害賠償を請求した。

【判旨】破毀移送。

破毀院によれば、控訴院が、正しい情報を X が有していた場合に、X が当該営業財産を取得しなかったであろうか否か、またはより低い代金で取得したであろうか否かを探究しなかったとして、原審を破毀した。

ゲスタンによれば、同判決は、取得しないことと、より低額での取得とを同視していると評価される（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op.cit., tome 1, no 1477）。

596 Cass.cov.1re, 28 mai 2008, RDC 2008, p.1118, obs.D.Mazeaud.

欺罔者が情報の不提供を意図的にした場合、つまり欺罔者による詐欺的沈黙があった場合には、被欺罔者による詐欺に基づく無効請求が可能であることについては、前掲［仏 54］判決でもみられたことであり、フランス法上、一般に認められているのであるが、［仏 55］判決の事案では、その故意性の有無が問題とされた。しかし、同判決は、被欺罔者により詐欺に基づく無効が請求されたのではなく、損害賠償が請求されたことに鑑みて、故意の必要を否定し、情報提供義務違反があったことで足りるとした。同判決からも明らかであるように、詐欺に基づく無効と、不法行為責任に基づく損害賠償とでは、要件が異なると考えられている。むしろ、ティビエルジュが指摘していたように、詐欺に基づく損害賠償は契約締結上のフォートを理由とする不法行為責任に基づく損害賠償であり、「詐欺」と称することが不要なものであったと言えよう。

３．小括　－　付随的詐欺の位置づけ

これまで、付随的詐欺を理由とする損害賠償が一部無効（縮減）といいうるかについて検討をしてきた。要約するならば、次のとおりである。

シムレールは、合意の瑕疵に基づく一部無効（縮減）の可能性を指摘していたが、その主張の正当性は、疑わしいものと言わざるを得ない。主な理由は次の二点であった。

第一に、付随的詐欺に基づく損害賠償は、欺罔者のフォートを理由として是認されていた。合意の瑕疵全体に目を転ずるならば、錯誤の場合にはフォートの存在が無効の要件ではなく、それゆえ、合意の瑕疵に基づく一部無効（縮減）という構成は、この段階で、否定されるべきものであるように思われる。そして、詐欺の事案に限ったとしても、その後の学説および判例をみると、付随的詐欺に基づく損害賠償の意義が問い直されていた。

すなわち第二に、今日においては、主たる詐欺と付随的詐欺との区別それ自体が批判されており、判例および学説は、伝統的には付随的詐欺であるとされていた事案においても、無効の請求をなしうるとした。その結果、付随的詐欺に基づく損害賠償の意義が問われることになるが、これについて判例は、被欺罔者により、詐欺に基づく損害賠償請求がされていた場合では、それが無効ではなく損害賠償請求であるために、事実審裁判官が欺罔者の故意の有無を探究しなくとも、契約締結上のフォートが認められれば被欺罔者の損害賠償を是認しうるとした。すなわち、故意ではないフォートに基づく損害賠償が是認されるのであり、これは、詐欺ではない。契約締結上のフォートを理由とする不法行為責任に基づく損害賠償であり、付随的詐欺を理由とする損害賠償は、「詐欺」と称することが不要な事案であったといえるのであった。

以上のことから、付随的詐欺を理由とする損害賠償を合意の瑕疵に基づく一部無効を是認した事例として挙げるべきではないのもかかわらず、シムレールは、これを一例として一部無効論を形成してしまっていたと言うことができよう。

第三款　本節のまとめ

さて、本節を通じて、縮減というサンクションが課される事例において、無効の範囲が画定されるにあたり、当事者の意思が影響を及ぼしているかをみてきた。すなわち、シムレールは、縮減の事例においても、原則として当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されると主張した。今日の学説が無効の範囲を画定するにあたり「当事者の意思」を考慮しているかを明らかにするためにも、シムレールの主張の是非を問うことが、本節の課題であった。

そこで本稿は、大きく、①法律により代金または契約期間等につき上限または下限が定められている事案、および②法律の規定がないにもかかわらず裁判官により過剰であると判断される事案とに分けて検討した。そして、いずれにおいても、理由は異なるが、判例および学説上、当事者の意思により無効の範囲が画定されているとは言えなかった。

①法律により代金または契約期間等につき上限または下限が定められているにもかかわらず、当事者がそれに反する合意をした事案として、主に、排他性条項に関する事案と、統制価格に関する事案とを中心に検討した。

まず、排他性条項に関する事案についてである。判例は、1943 年 10 月 14 日法律 1 条（現在では商事法典 L.330-1 条）により定められた 10 年という期間を超えた期間で排他性条項が当事者間で合意された場合において、無効である当該条項が決定的であったことを理由とする契約の全部無効の主張を認めず（前掲［仏 49］判決、［仏 50］判決）、法定の 10 年が経過するまでは契約は有効であるなどと判示して契約そのものを存続させていた。これに対して、シムレールは、排他性条項が当事者間の給付の履行に影響を及ぼしうるものであることから、当該条項が決定的であった場合には、契約の無効が認められなければならないとした（条項の決定的特徴という判断基準の有用性が今日においては見出されえないであろうことについては本章第一節で述べたとおりである。）。しかし、判例は、当該条項の決定的特徴による無効の範囲の画定を否定し、法定の期間を超えた部分のみの無効を認め、多くの学説もこの解決に賛同する。その理由は、違反された規定の目的という点に見出された。排他性条項につき法定期間を上限として認めた理由につき、一方で、排他性条項そのものが規制されるのではなく、排他性条項が当事者間の給付関係に影響を及ぼすものであることから、他方で、過度な当事者間の依存関係を避けることを目的とすることから、法定の期間に制限されることが当該規定の趣旨に適うとされたのであった。もっとも、これに対しては、学説のなかには、このような解決を認めると、不誠実な当事者が故意に法定された上限を超えた規定を置くことが助長されるとの批判がなされていたが、これに対しては、無効の本質上、主観的要素が考慮されないものであり、また、裁判官が当事者の不誠実性を発見した場合で、かつ他の有効なサンクションの実現が可能である場合には、無効に加えて、または無効に代えてそれを課すことも理論的には可能であり、この学説の批判にも耐えうるものであったといえよう。

次に、価格統制に反する代金で契約が締結された場合である。この場合につき、判例は、

契約の全部無効を認めていた。その理由は定かではない。一部の学説によれば、裁判官は契約を修正することができないからであるとされていた。しかし、排他性条項や農業賃貸借契約の期間について法定の期間に違反した合意がされていた場合のように、当該規定の違反があった場合のサンクションが明確に定められていなくても、法定された期間という手掛かりが存在する場合には、一部無効という手段により実質的な修正を認めていたのが判例であり、多くの学説であった。それゆえ、学説は、全部無効を認めてしまうと、売主が物を取り戻し、再度、価格統制に反して売却することを可能にしてしまうために、規定の目的が達成されないとして、統制価格に代金を縮減することが望ましいとされた。なお、この点については、シムレールも同じ主張であった。

それゆえ、①法律により代金または契約期間等につき上限または下限が定められている事案においては、通説および判例は、違反された規定の目的を達成するという観点から無効の範囲が画定していた（排他性条項に関する事例）、または、そのような観点から画定すべきであったとしており（価格統制の事例）、ティビエルジュの一部無効の捉え方が妥当していたといえよう。これに対して、通説および判例が、当事者の意思を考慮することはなかった。

続いて、②契約の代金や期間につき上限または下限を定める法律の規定がないにもかかわらず裁判官によりそれらが過剰または過小であると判断される事案については、委任契約における受任者等の報酬額の減額事例、および付随的詐欺を理由とする代金の減額事例をみた。これらの事例においては、まったく異なる観点から、当事者の意思に基づく無効の範囲の画定という原則が妥当しえないものであったことを知った。

まず、委任契約等における受任者等の報酬額の減額事例についてまとめておこう。これが認められる根拠について、判例上は明確ではなかった。これに対して、学説は、いくつかの論拠を提示してその説明を試みたが、今日において最も説得的であったのは、次のように説明する見解であった。すなわち、委任契約等における給付が契約締結時において確定されえないために、その履行がなされた後でしか評価できないことから、なされた給付によっては裁判官が報酬額の改訂をなしうるというものである。実際、判例においても、同様の判決が近年出されていた（前掲［仏 52］判決など）。このように、委任契約等における受任者等の報酬額の減額事例は、契約締結時の要素ではなく、履行過程の要素が考慮されている点で特徴的であり、また、一部不履行と結び付けられることがあることからも、無効の問題ではないといいうるものであった。

最後に、付随的詐欺を理由とする代金の減額についてまとめておこう。一般に、付随的詐欺を理由として、不幸行為責任に基づく損害賠償が認められており、合意の瑕疵に基づく一部無効ではないとされているが、これに対しては、両者の類似性から、合意の瑕疵に基づく一部無効が認められるべきであるとされていた。しかし、付随的詐欺を理由とする損害賠償は、フォートの存在を理由として認められており、不法行為責任に基づく損害賠償請求としての性格を有するものであるとされた。また、今日においては、付随的詐欺を

理由とする無効請求が判例上認められており、学説においても好意的に受け止められている。そして、詐欺を理由とする損害賠償がなされた事案において、判例は、故意が評価されずに損害賠償が認められたことを理由とする破毀申立てを棄却するにあたり、詐欺を理由に請求されたのが無効ではなく損害賠償であることから、フォートが確認されれば足りる旨を判示した（前掲［仏 55］判決）。同判決からも明らかであるように、付随的詐欺を理由とする損害賠償とは、契約締結上のフォートを理由とする不法行為責任に基づく損害賠償のことであり、この点からも、付随的詐欺を理由とする損害賠償を不法行為責任に基づく損害賠償と特徴づけていた通説が正当なものであったといえよう。それゆえ、付随的詐欺を理由とする損害賠償は、無効という性質を有さないものであった。

このように、シムレールが一部無効論を形成するにあたって基礎とした縮減の事例においては、あるいは違反された規定の目的に適った無効の範囲が選択されるべき事案であり、あるいは無効の領域の外にあるべき事案であった。縮減の事例では、シムレールによる一部無効論は貫徹されえず、①法律により代金または契約期間等につき上限または下限が定められている事案については、まさにティビエルジュによる一部無効の捉え方が妥当していたのであった。

第四節　本章のまとめ　ー一部無効の本質と当事者の意思の位置づけー

前三節にわたり、一部無効論に関する理論的な対立が、具体的な事案においてどのように評価されうるものであったかを検討してきた。最後に、本節で、一部無効の本質と当事者の意思の考慮との関係という観点から、前三節でみた議論をまとめよう。

本章では、一部無効が違反された合法性の回復に向けられたサンクションであると有力に主張されたにもかかわらず、今日の学説が一部無効論において当事者の意思が考慮されるとするのはなぜかという観点から、伝統的かつ統一的な一部無効論の基礎とされた 3 つの事案類型（①条項の無効に関する事例、②複合的な契約に関する事例、③縮減の事例）を検討してきた。結論として、私見によれば、とりわけ一部無効と類似した他のサンクションとの関係が意識され、それらが区別されることにより、一部無効の本質は、維持されているように思われる。

まず、第一の、条項の無効に関する事例においては、典型例として問題とされる公序に関する規定の違反があった場合を概観するならば、今日の判例および学説は、違反された規定の目的に適した無効の範囲が課されるべきであるとする。伝統的な一部無効論が指摘していたような、「当事者の意思において条項が決定的であったか否か」という基準により解決されていたわけではなかった。

それゆえ、「動因的かつ決定的な条件」概念については、今日の学説によりその意義が顧みられるということはほとんどなかった。しかし、同概念について、コーズと条件との違いは何かという視点から、再び注目がされることとなった。この視点から当事者の意思に

おいて決定的な条件とは何かを検討したボネは、ある要素が当事者の意思において決定的か否かというのは、動機の契約領域への統合の有無を意味し、当事者の意思において決定的ではなかった要素は、契約領域へ統合されていない、つまり法的に考慮されるに値しないということであるとした。それゆえ、通常は、あらゆる条件が当事者の意思において決定的であり、動因的かつ決定的な条件であったか否かを無効の範囲の基準とする伝統的な一部無効論を批判した。

このボネの指摘によれば、ある条項の当事者の意思において決定的特徴を有していたか否かは、契約領域への統合の問題として位置づけられ、無効の範囲を画定するための考慮要素として位置づけられるものではなかった。そして、ロシュフェルトや S.ゴドゥメによれば、契約領域に含まれない条項とは、契約上の債務の整合性に反する条項のことであり、当該条項は、書かれざるものとみなされるとしたのであった。

第二の、複合的な契約に関する事例においては、たしかに多くの学説が当事者の意思を考慮して複合的な契約の連続的消滅の可否を判断してはいた。しかし、この事例で当事者の意思が考慮されることが一部無効の本質と相反するかについては、第一に当事者の意思の内実および役割という点で、第二に、課されるべきサンクションという点で、私見によれば、反するものではないように思われた。

第一に、考慮されるべき当事者の意思についてである。ここでは、両当事者の共通の意思が問題とされていた。そしてこの当事者の意思は、複合的な契約における整合性の判断に関係するものであった。

第二に、課されるべきサンクションについてである。同事例においては、密接な関係にある一方の契約 A が無効であるとき、他方の契約 B が無効とされるならば、他方の契約 B においては合法性が違反されているという評価が難しいことから、違反された合法性の回復に向けられたサンクションとしての無効が貫徹されていない可能性があった。しかし、近時の学説は、他方の契約 B は「無効」となるのではなく、「失効」するとした。なぜならば、他方の契約 B は、契約締結時に有効要件を具備していたからである。このようなサンクションは、違反された合法性の回復に向けられたサンクションとしての無効の本質を維持することを可能ならしめるものであったように思われる。

第三の、縮減の事例においては、当事者の意思が考慮されていたとはいえなかった。

まず、契約期間等につき法律で規定された上限または下限に反した期間等が約定された場合に、判例および学説は、当該法定された期間により契約が存続すると解した。その理由は、このようなサンクションを課すことが、違反された規定の目的を達成することを可能にするからであった。これに対しては、このようなサンクションを課すならば、不誠実な契約者を助長することになる、つまり、たとえ不法性が摘示されたとしても法定された上限または下限で契約が存続するのであるから契約者の一方が契約期間等につき法律に反した約定をすることが多くなるとの批判がなされよう。しかし、学説は、契約者の不誠実性が考慮されるのは、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションにおい

てではなく、当事者の行為に向けられた主観的なサンクションにおいてであるとして、一部無効とは異なるサンクションを課すことで対応しようとしていた。この指摘からは、一部無効が、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションとして位置づけられていることが強く窺えた。

続いて、合意の瑕疵に基づく一部無効が可能であるとする伝統的な一部無効論の主張に対してもまた、当事者の意思が考慮されているとはいえなかった。この主張の基礎となった委任契約における受任者等の報酬減額に関する事案および付随的詐欺に基づく実質的な代金減額に関する事案をみるならば、前者は、履行過程における要素が考慮されており一部無効の事案であったとはいえず、後者は、欺罔者のフォートを要件とした不法行為責任に基づく損害賠償であり、これもまた、一部無効であったとはいえなかった。

以上の検討を踏まえるならば、フランスにおける一部無効の本質および当事者の意思の位置づけにつき、次のようにまとめることができるように思われる。

まず、当事者の意思の位置づけから先にみていこう。伝統的かつ統一的な一部無効論によれば、当事者の意思の考慮は、無効の範囲を画定するための決定的な要因として、つまり正当化言説として位置づけられていた。しかし、実際の事案をみるならば、当事者の意思は、契約上の債務の整合性と反する条項を書かれざるものとみなす場合と、複合的な事例における連続的消滅の可否を判断する場合にしか考慮されていなかった。いずれの場合においても、契約における整合性が問題となっているのであり、想定される事案が、伝統的な一部無効論とは異なっていた。さらに、この両者の場合につき、近時の学説は、無効の問題とはしていなかった。それゆえ、当事者の意思という要素は、無効ないし一部無効の本質に影響を与えるものではなかったように思われる。

それゆえ、私見によれば、一部無効の本質については、ティビエルジュが提唱した、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるという捉え方が貫徹していたように思われる。フランスにおいて一部無効は、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションや、失効、利息請求権の失権、不法行為責任に基づく損害賠償などの他のサンクションと区別されることにより、客観的なサンクションとしての性格が維持されていたと考える。

結章　日本法への示唆

これまで、本稿は、日本における一部無効論の議論状況を意識しながらも、フランス法における一部無効の本質を探り、一部無効論において考慮されるといわれる当事者の意思の意義について明らかにしようと努めてきた。結章では、第一章および第二章の考察を振り返り、それらが、日本法における一部無効論を再構成するためにどのような示唆をもた

らすといえるかにつき検討することとしよう。

第一節　前章までの要約

まずは、本節において、前章までの考察を、やや丁寧に要約することにしよう。

第一款　日本の一部無効論に対する本稿の位置づけ

はじめに、本稿の目的意識および分析視角は、次のとおりである（序章）。

現在の日本の学説の多くは、契約の一部に無効原因が存する場合に、契約の全部が無効となるか一部が無効となるかという問題について、当事者の意思と、法的な評価という２つの基準があることを指摘する。そして、一部無効が、当事者が当初意図した契約内容とは異なる契約を当事者に対して押しつけるという側面を有するという問題に対しては、当事者の意思を基準とし、無効原因の存する一部なくして当事者が契約を締結しなかったであろう場合には、契約が全部無効となる旨を主張した。しかし、これに対しては、あらゆる事案において当事者の意思が基準となり無効の範囲が画定されるべきではない旨の批判もあった。実際、債権法改正に関する中間試案においては、私的自治の原則という観点を強調し、中間試案第５、１「法律行為の一部無効」により、「法律行為の一部が無効となる場合であっても、法律行為のその余の部分の効力は妨げられないものとする。ただし、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、その法律行為は無効とするものとする」と規定されていたが、その後、この旨の規定を設けないこととなった。このように、日本の一部無効論に関する議論状況は、非常に不透明であると言わざるをえない。

学説はこれまで、具体的な事案において、どのような解決が妥当かについては、議論を重ねてきた。そのなかには、「一部無効の問題は当事者の意思解釈の問題である」とすることが適切ではないと考えられる事案があったために、当事者の意思により無効の範囲を画定することに対して批判をしたのであろう。しかし、学説は、「一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題である」とする命題に対して、正面から批判を試みることをしなかった。そしてまさにこのことが、一部無効論における当事者の意思と法的評価という２つのありうる要素それぞれの位置づけを不明瞭なものとしていたのではないか、というのが本稿の問題意識であった。そして、本稿は、このような問題意識をもとに、「一部無効とはどのような制度か」について理論的に探究することを目的とした。その際、具体的には、フランス法における一部無効論の位置づけをもとに、第一に、一部無効の本質とは何か、第二に、一部無効論において当事者の意思がどのような役割を有するか、という２つ分析視角から、検討を行ってきた。具体的な検討結果は、次のとおりである。

第二款　一部無効の本質

まずは、フランスにおける一部無効論の理論的な対立を振り返ろう（第一章）。

フランス法においては、学説上、一部無効という概念ないし制度は、20 世紀初頭に生じた無効の理論的な変容により正当化されるものであるといわれる。この無効論の変容というのは、無効を行為状態であると捉える古典的無効論から、無効を違反された規定の遵守を確保するためのサンクションであると捉える新無効論への変容であった。一部無効という概念ないし制度は、この新無効論により正当化されるものであるとされた（以上、第一節第一款）。

しかし、違反された規定の遵守に向けられたサンクションであるという無効の本質から導かれたにもかかわらず、伝統的な一部無効論は、無効の範囲を画定するにあたり原則的に当事者の意思が考慮されるとした。この旨を主張し、統一的な一部無効論を形成したのは、フランス法上、一部無効論の先駆者として知られるシムレールであった。シムレールは、動因的かつ決定的なコーズまたは条件概念、不可分性概念の検討を通じて、当事者の意思が考慮されて無効の範囲が画定されていることを見出し、それを、縮減と呼ばれる契約内容の量的な修正がされる事例においても当てはまるものであるとした。つまり、シムレールにより提唱された当事者の意思という基準は、無効の範囲が問題とされる事案を解決する際に判例により用いられている諸概念の検討を通じて、無効の範囲を画定するにあたっての原則的な基準であるとして提唱されたものであった。それゆえ、シムレールの一部無効論は、一見すると、判例法理と整合的であったかのように解されうるものであった。しかし、仔細に検討をしてみると、判例がシムレールのように無効の範囲を画定していたかどうかは、定かではなかった。以下、シムレールの主張とその問題点を要約する（主に第二節）。

まず、一部無効論の萌芽的事例である、民法典 900 条の厳格な適用を回避した判例法理は、不法な条件等が恵与に付されていた場合に、当該条件が、動因的かつ決定的コーズであったか否かにより、無効の範囲を判断した[597]。つまり、判例は、当該条件が動因的かつ決定的なコーズでなかった場合、換言すれば、恵与の意図がコーズであった場合には、民法典 900 条を適用そて条件のみを書かれざるものとみなした。これに対して、当該条件の実現を恵与者が意図していた場合には、民法典 1131 条ないし 1133 条を適用して、または適用条文を挙げることなく、恵与とされる行為の全体を無効であるとした[598]。たしかに、学説にはコーズと捉えることに批判的な見解もあり、まさにシムレールは、民法典 1172 条

---

[597] 民法典 900 条［再掲］「生存者間の、または遺言によるすべての処分において、不能条件または法律あるいは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

[598] 民法典 1131 条［再掲］「コーズがない債務、または虚偽のコーズもしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

民法典 1132 条［再掲］「合意は、そのコーズが表明されていなくても、なお有効である。」

民法典 1133 条［再掲］「コーズは、法律によって禁止されるとき、善良の風俗または公の秩序に反するときは、不法である。」

による解決を主張していたのであるが、それは、条件の実現が反対給付であったと言いうることから、当該行為が無償行為ではなく、有償行為であると考えられるためであった。つまり、この萌芽的事例においては、当事者の意思は、コーズの確定または契約の性質決定の問題に影響を及ぼすものであったといいえた。後述の伝統的な一部無効論が主張するように、当事者の意思は、修正された契約内容を当事者に押しつけることを正当化するものではなく、不法な条件または負担が書かれざるものとみなされるのは、民法典 900 条の適用の結果でしかなかった（以上、第一節第二款、第三款)。

次に、有償行為において不法な条項が付されていた場合の行為の帰趨について、判例は、両当事者の共通の意図において、当該条項が決定的なものであったか否かを問題としていた。この「両当事者の共通の意図」とは、一般に、フランス法上、契約の解釈により探究されるべきものであるとされている。しかし、シムレールは、無効の範囲の画定にあたっての当事者の意思の考慮を、契約の解釈の問題とは異なるものとして位置づけ、統一的な一部無効論を展開したように思われる。すなわち、①当事者の利害が対立しており、ある条項は一方の当事者にとってのみ利益的であり、他方の当事者にとっては負担でしかないことから、②当事者は当該条項が無効であった場合について想定していないことが通常であり現実の意思が存在しないことから、両当事者の共通の意図の探究は不可能なものであると批判した。そして、探究されるべき当事者の意思とは、「一方当事者にとって、当該条項がなければ契約を締結したであろうか否か」という当事者の仮定的な意思であると主張した。この当事者の仮定的な意思の探究により、シムレールが契約の解釈を通じて無効の問題を解決しようとしたのか、あるいは直接に修正された契約を押しつけることを正当化するものとして当事者の意思を考慮するとしたのかは、ここではまだ明確であるとはいえなかった（以上、第二節第二款)。しかし、その後、シムレールの一部無効論における当事者の意思の位置づけは、不可分性概念、および縮減概念における主張をみることで、明らかになっていった。

続いて、シムレールは、不可分性概念の検討を通じて、同概念には、事物の本質に由来する物理的または客観的な不可分性と、当事者の意思に基づく主観的な不可分性とがあるとした。そして、物理的または客観的に可分である場合に当然に一部無効が課されるのではなく、一部無効が課されるためには、主観的にも可分である必要があるとして、両者が段階的な構造にあることを指摘した。シムレールが当事者の意思に基づいて不可分性が判断されるとする問題について、学説には、客観的な要素により判断されなければならないとする主張があった。その理由は、両当事者の意思が効力を有するのは、共通の意思とされる場合だけである、ということにあった。それゆえ、契約書からは明らかではない当事者の意思については、客観的な要素から、適切な意思が探究されなければならないのだとした。しかし、シムレールは、この見解を、問題とされるべきは当事者の仮定的な意思であるとして批判したのであった。シムレールは、当事者が現実に意図していたわけではないのだから、契約における客観的な要素のみからそれを抽出する必要がないと考えていた

ものと解することができた（以上、第二節第三款）。

シムレールの一部無効論における当事者の意思の位置づけが最も鮮明に現れていたのは、縮減概念を一部無効の一形態であると位置づけた場面であった。つまり、縮減を、裁判官による必然的な改訂であると位置づける学説に対して、シムレールは、一部無効の判断構造を理解していないものであると批判した。彼は、不法性の範囲の問題と無効の範囲の画定の問題とが異なるものであるとし、無効の範囲の画定にあたっては原則として当事者の意思が基準となるのであり、縮減も、同様の構造で把握することができると主張したのであった。縮減された場合、それは当事者間で合意された契約内容と明らかに異なることとなる。それゆえ、このような場合であっても当事者の意思により一部無効が課されうるとすることから、シムレールが、当事者の意思の考慮を、修正された契約を当事者に押しつけることを正当化するものとして、一部無効の基準としていたと解することができた。シムレールは、まさにサンクションの基準として、つまり違反された法の目的の達成という基準と並ぶものとして、当事者の意思を据えていたと考えられる（以上、第二節第四款）。

しかし、以上のようなシムレールの見解に対し、フランス法においては、一部無効の理論的な正当性が無効の本質という点に求められていたことから、その後の有力な学説がこれを批判した。その主たる論者が、ティビエルジュであった。彼女の主張は、次のとおりである（第三節）。

ティビエルジュの一部無効論の特徴をあらかじめ述べるならば、無効をその基礎および目的において客観的なものであるとし、一部無効の本質を無効と同一のものとして捉えたことにある。それゆえ、彼女は、無効の本質に鑑みれば、主観的要素は考慮されうるものではなく、無効の範囲についても、当事者の意思により決せられるべきものではないことを主張した。

まず、ティビエルジュにより提唱された無効の本質とは何かを確認する。彼女は、無効を、契約の形成に向けられた強行法規の違反に基づくものであり、それゆえ、その基礎は、客観的なものであるとする。そして、無効の目的についてもまた、客観的なものであるとする。つまり、ティビエルジュは、無効を、契約の成立時における法律の違反に対するサンクションであり、その原則および範囲は、違反された規定の目的により決定されなければならないと主張する。つまり、無効の基礎は、契約の成立に関する規範の違反にあった。この不法性を除去することは、当該違反により生ぜしめられた、法に反する状況を消滅させることに相当し、これは、契約締結時に違反された合法性の回復に向けられるものだという。ティビエルジュは、この無効による不法性の除去にあたり、行為者のフォートの証明や損害の証明という主観的な要素を必要ではないものとし、無効に関する客観的な基礎の論理的帰結として、無効の目的もまた、不法性を除去し合法性を回復させるという客観的なものであるべきことを主張した（以上、第一款）。

そして、ティビエルジュは、無効の目的、つまり違反された合法性の回復という要請が無効の範囲を要求するとして、一部無効の本質と無効のそれとを同視し、違反された合法

性の回復に向けられたサンクションであるとするのであった。

それゆえ、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定すると主張する伝統的な一部無効論に対して、ティビエルジュは批判を展開した。彼女の批判の主たるものを挙げておこう。

第一に、当事者の一方にとっては、無効原因の存する部分、たとえば条項が重要なものであると考えられている場合が多いため、当事者の意思を基準とするとき、ほとんどの場合において、全部無効が言い渡されることとなると、学説は指摘していた。これに対して、ティビエルジュは、次の２つの事態が想定されるため、無効の目的と、当事者の無効の主張における目的とが異なることになり、無効の目的が達成されえないとする。第一の事態は、無効原因の存する部分のみの無効を主張したい一方の当事者が、無効の主張を控えるようになることである。第二の事態は、不法な条項に利益を見出す当事者による全部無効の主張が助長されることである。このような事態に陥ることを避け、無効の目的の達成を効果的に可能ならしめるためには、無効の目的が一部無効を要請する場合には、当事者の意思を問題とすることなく、一部無効を課す必要があるとする。

第二に、彼女は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮することは、不当性の範囲と無効の範囲との間にずれを生じさせると批判し、無効の目的を追求するにあたり、当事者の意思を探究することは不要だとする。

以上の批判からも明らかであるが、ティビエルジュは、契約締結時に違反された合法性の回復に必要な範囲で課される法的なサンクションであるという無効の定義から、無効とされる範囲と不法性の範囲との一致を要求し、全部無効の基準と一部無効の基準とを区別して、つまり前者については法律の違反という客観的基準により、後者については当事者の意思という主観的基準により考える理由はないとした。そして、一部無効においても、全部無効においても、無効を課すことにより、違反された合法性を回復することが目的とされ、この合法性の回復が不法性に比例してなされることから、一部無効と全部無効との違いが生ずるのだと主張した（以上、第二款）。

第三款　一部無効論における当事者の意思の位置づけ

このように、フランスにおいては、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を正当化言説として用いることに対して、無効および一部無効の本質と相いれないものとして批判されたのであった。それゆえ、理論的なレヴェルにおいては、一部無効の本質とは何かについて明らかにされていた。つまり、一部無効とは、違反された合法性の回復に向けられたサンクションである、というものである。

しかし、今日の学説は、一部無効の捉えられ方として、ティビエルジュの主張を好意的に受け止めながらも、当事者の意思が無効の範囲を画定するにあたって考慮されると指摘し続けている。それゆえ、以上で検討した一部無効の本質が、フランス法上、単なる理念にすぎないと考えられている可能性があった。しかし、シムレールの一部無効論において

は、当事者の意思の考慮という基準が、判例法理とは異なる意味で用いられている可能性もあった。そこで、本稿は、具体的な事案において、(1) 一部無効の「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」という捉えられ方が貫徹されているか、(2) 当事者の意思が考慮されている事案類型はあるか、あるとすればどのような問題を解決するために用いられているかにつき検討を試みた。検討をした事案類型は、シムレールの一部無効論の基礎となった、３つの事案類型、つまり、①条項の無効に関する事例、②複合的な契約の無効に関する事例、および③縮減に関する事例であった（第二章)。

第一の、条項の無効に関する事例においては、典型例として問題とされる公序に関する規定の違反があった場合を概観するならば、今日の判例および学説は、違反された規定の目的に適した無効の範囲が課されるべきであるとしていた。伝統的な一部無効論により指摘されていたような、「当事者の意思において条項が決定的であったか否か」という基準により解決されていたわけではなかった。たとえば、不法なスライド条項が約定されていた事案において、かつては、当事者の意思において当該条項が決定的であったか否かにより無効の範囲が画定される傾向にあったが、その後、判例は、当事者の意思において当該条項が決定的であったことをあらかじめ明示した条項を、法律に対するフロードであるとして否定した。その理由につき、学説は、たとえば金銭の消費貸借契約に付された不法なスライド条項が当事者の意思において重要であったことを理由に契約が無効とされるならば、一般に、借主は、その契約上の地位を失いことになることから、契約の無効を恐れて無効訴権を提起しなくなる。違反された規定の目的が遵守されるには実際に不法性が摘示される必要があるにもかかわらずそれが実現しないために、その目的が達成されないこととなるからだとした。

それゆえ、今日の判例および学説は、違反された規定の目的に従い無効の範囲が画定されるとするため、伝統的な一部無効論が当事者の意思が無効の範囲画定の原則的な基準であることを主張する基礎となった「動因的かつ決定的な条件」概念の意義が顧みられるということはほとんどなかった。しかし、同概念について、コーズと条件との違いは何かという視点から、再び注目がされることとなった。この視点から当事者の意思において決定的な条件とは何かを検討したボネによれば、ある要素が当事者の意思において決定的か否かというのは、動機の契約領域への統合の有無を意味し、当事者の意思において決定的ではなかった要素は、契約領域へ統合されていない、つまり法的に考慮されるに値しないということであるとされた。それゆえ、通常は、あらゆる条件が当事者の意思において決定的であり、動因的かつ決定的な条件であったか否かを無効の範囲の基準とする伝統的な一部無効論を批判した。このボネの指摘によれば、ある条項の当事者の意思における決定的特徴の評価は、契約領域への統合の問題として位置づけられ、無効の範囲を画定するための正当化言説として位置づけられるものではなかったということができた。そして、近時の学説は、契約領域に含まれない条項を、契約上の債務の整合性に反する条項であるとし、当該条項は書かれざるものとみなされると主張していた。それゆえ、たしかにこれを一部

無効と同視する学説が多いが、伝統的な一部無効論において考慮要素とされた当事者の意思の内実およびその役割に鑑みれば、両者は区別されるべきものであった（以上、第一節）。

第二の、複合的な契約に関する事例においては、学説の多くは、連続的消滅の基礎とされる不可分性概念を、当事者の意思に基づくものであるとした。しかし、伝統的な一部無効論と、次の 2 点で異なるものであった。第一は、当事者の意思の内実およびその役割である。第二は、不可分関係にある他方の契約に対して課されるサンクションである。

まず、第一の点についてである。伝統的な一部無効論は、当事者の意思を無効の範囲を画定するための原則的な基準とするにあたり、①当事者が通常、一部が無効であることを想定していないことから、②当事者の利害が対立するために両当事者の意思を問題とすることが難しいことから、「仮定的な、かつ一方当事者の意思」であると解していた（もっとも、この議論は、条項の無効が問題となる事案についてなされたものである。）。しかし、複合的な契約の連続的な消滅を認めるにあたり問題とされた当事者の意思は、両当事者の意思であった。この点で、伝統的な一部無効論とは、当事者の意思の内実が異なっていた。その理由については、学説により明確にされていたわけではないが、不可分性の評価にあたり考慮される当事者の意思は、一定の場合には可分条項を書かれざるものとみなすことがあることに鑑みれば、この当事者の意思は、複合的な契約の整合性の判断と関連するものであるといえた。

次に、第二の点についてである。複合的な契約の事例においては、密接な関係にある一方の契約 A が無効であるときに、他方の契約 B が無効とされるならば、他方の契約 B においては合法性が違反されているという評価が難しいことから、違反された合法性の回復に向けられたサンクションとしての無効が貫徹されていない可能性があった。しかし、近時の学説によれば、他方の契約 B は失効であるとされた。それは、他方の契約 B は、契約締結時に有効要件を具備していたからだという。このようなサンクションは、違反された合法性の回復に向けられたサンクションとしての無効の本質を維持することを可能ならしめるものであった（以上、第二節）。

第三の、縮減の事例においては、当事者の意思が考慮されていたとはいえなかった。

まず、契約の期間等につき法律で規定された上限または下限に反した期間等が約定された場合に、判例および学説は、当該法定された期間により契約が存続すると解した。学説は、その理由につき、このようなサンクションを課すことが違反された規定の目的を達成することを可能にするからだと説明した。たとえば、排他性条項の存続期間に関して、法定された上限を超える約定により契約が締結された場合には、法定の期間でのみ契約が有効であるとされた。また、農業賃貸借の契約期間に関して、法定された下限を下回る期間で契約が締結された場合には、法定の期間で契約が存続するとされた。もっとも、このようなサンクションを課すことに対しては、不誠実な契約者を助長することになるとの批判がなされた。しかし、学説は、契約者の不誠実性が考慮されるのは、一部無効あるいは一部無効と同様の性質を有する縮減において、つまり違反された合法性の回復に向けられた

客観的なサンクションにおいてではなく、行為者の態様に向けられた主観的なサンクション（たとえば、利息請求権の失権や不法行為責任に基づく損害賠償請求など。）においてであるとする。そして、一部無効とは異なる、行為者の態様に向けられたサンクションを、一部無効に加えて、または一部無効に代えて課すことで対応しようとした。

続いて、合意の瑕疵に基づく一部無効が可能であるという伝統的な一部無効論の主張に対しても、当事者の意思が考慮されていなかった。この主張の基礎となった主な事案は、委任契約における受任者等の報酬減額に関する事案と、付随的詐欺に関する事案であった。これらにの事案について、前者は、履行過程における要素が考慮されており一部無効の事案であったとはいえないものであり、後者は、欺罔者のフォートを要件とした不法行為責任に基づく損害賠償により解決が図られていた。それゆえ、これらの事案においては、一部無効が課されているとはいえなかった（以上、第三節）。

以上の検討からは、フランスにおける一部無効論における当事者の意思の位置づけにつき、次のようにまとめることができた。伝統的かつ統一的な一部無効論は、当事者の意思の考慮を、無効の範囲を画定するための決定的な要素として、つまり修正された契約であっても当事者がそれを欲したであろうことを理由にそれを当事者に課すことを正当化するための要素として位置づけた。そして、この学説は、考慮されるべき当事者の意思は、①当事者は、通常契約の一部が無効となることを想定していないこと、②当事者の利害が対立することから、「仮定的な、かつ一方当事者の意思」であるとした。

しかし、各事例を個別に検討していくと、ほとんどの事案において、当事者の意思は考慮されていなかった。その理由につき、学説のなかには、契約にある条項や条件を挿入することは、それが当事者にとって重要であるからだと指摘するものがあった。実際に、条項の無効が問題となる事案や、縮減が問題となる事案においては、今日の判例および学説は、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲を画定していた。

これに対して、契約上の債務の整合性に反する条項の規制が問題となる場面や、複合的な契約の連続的消滅が問題となる場面においては、当事者の意思が考慮されていた。しかしながら、同事例において考慮されていた当事者の意思は、伝統的な一部無効論がいうような「仮定的な、かつ一方当事者の意思」ではなく、「両当事者の意思」であった。なぜなら、ここで当事者の意思を問題とするのは、あるいは契約上の債務の整合性に矛盾する条項を書かれざるものとみなし、あるいは一方の契約の無効により契約の目的が達成されなくなるために他方の契約を失効させるために、両当事者がどのような目的で契約を締結したかを判断することを目的とするからである。それゆえ、伝統的な一部無効論が基準として挙げた当事者の意思とは、その内実および役割において異にするものであった。

そして、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるという一部無効の本質は、上記当事者の意思の位置づけを踏まえるならば、貫徹されているように思われる。フランスにおいて、一部無効は、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションや、失効、失権、不法行為責任に基づく損害賠償などの他の類似のサンクションと明確に区別

されることにより、客観的なサンクションとして、つまり違反された合法性を回復するためのサンクションとして位置づけられていたのであった。

第二節　日本の一部無効論への示唆

本節では、前節において整理した本稿の検討結果を踏まえて、一部無効の本質をどのように捉えるべきかについて、一定の見通しを提示することを試みる。最初に断っておくべきことは、以下において提示する見通しは、日本法の文脈を念頭に置いたものではあるが、あくまでも、本稿におけるこれまでの検討から導かれる論理的帰結の範囲を出ないという点である。つまり、本稿が扱ってきたのは、フランスにおける一部無効の本質とは何か、という点だけであった。それゆえ、たしかに、以下で検討するように、一部無効という概念の違いについては、日本法の一部無効論がどのような問題を孕み、その問題につき、フランス法がどのように解決をしてきたかという点からは、示唆を得ることができよう。しかし、序章の最後に指摘したように、本稿は、日本法の具体的かつ個別的な問題に関する解釈論を提示することを目的としていない。そして何より、日本法の問題状況とフランス法のそれとを比較するには、第三節で指摘するように、一部無効というサンクションの本質を検討しただけでは足りない。それゆえ以下で示されるものは、一部無効という概念の、ありうる捉え方でしかないが、その限りにおいて、より具体的なかたちで、日本の一部無効論の問題点や、それへのフランス法の対応を提示することは、一定の意義があろう。

第一款　「違反された合法性を回復するためのサンクション」としての一部無効と、当事者の意思と無効規範の要請との相克問題の回避

まず、本稿の検討において、フランスの特徴として示されたのは、当事者の意思と無効規範の要請との相克の問題が生じないと解されていたことである。この点を、日本法の議論を踏まえながら、まずは、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮することの問題点をみた後で（一）、それに対して、フランス法が、なぜ当事者の意思と無効規範の要請との相克が生じないと考えていたかをみていく（二）。

一　統一的な一部無効論を形成するための当事者の意思の考慮とそれに対する批判

１．「両当事者の意思」および「一方当事者の意思」を考慮することの問題点

日本における一部無効論の説明として通説の位置を占めるのは、一部無効を、当事者の意思解釈の問題として捉える見解であった。契約の一部に無効原因が存在するために、その一部が無効となった、あるいは合理的な内容に修正された契約は、「当事者がそれを欲したであろう」という理由で、当事者に対し、その一部が無効となった、あるいは修正された契約が課されることが正当化されていた。

このような主張は、フランスにおいてもみられた。一部無効の先駆者として知られたシムレールの見解がそれであった。ただし、フランスにおいては、それが、契約の解釈としてではなく、無効というサンクションの問題のなかで、「当事者がそれを欲したであろう」ということを理由に一部無効が認められるという主張であった。しかし、日本法との違いとして、考慮されるべき当事者の意思の内実が異なっていた。

すなわち、日本の上記学説は、「両当事者」が無効原因の存する一部がなければ契約を締結しなかったであろう場合に、契約の全部を無効とすると主張する。

しかし、フランスの伝統的な一部無効論は、これを否定した。なぜなら、当事者の利害は対立しており、たとえば、ある条項が一方の当事者にとっては利益的であっても、他方の当事者にとっては負担でしかないからである。それゆえ、この学説は、「両当事者の意思」を問題とすることを否定したのであった[599]。

２．「当事者の意思」の考慮の理論的否定

しかし、フランスの学説は、「一方当事者の意思」を考慮すべしとする主張に対しても次のような批判を展開した。一方当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、たいていの場合、契約の全部が無効とされることになる。そうすると、契約の利益を失うことを危惧する一方の契約者はその不法性を摘示しなくなり、また、たとえ不法性が摘示されたとしても、他方の契約者は、全部無効を主張して新たな契約者と同一の条件で契約を締結するということが想定される。それゆえ、無効の実効的な発動が阻害され、違反された規定の目的が達成されないことになる。そこで、有力な学説は、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思を考慮することを否定したのであった。

このフランスの学説の指摘を踏まえるならば、日本の学説の多くは、「当事者がそれを欲したであろう」ことを理由に一部無効が課されるとするが、両当事者の意思が無効の範囲につき合致することは、ほとんどありえないということになろう[600]。それゆえ、たとえば中間試案のように、一部無効を原則とし、両当事者が一部が無効であることを知っていたならば契約を締結しなかったであろう場合にのみ全部無効を認めるのであれば、私的自治の原則を強調してこのような主張を展開したにもかかわらず、全部無効となることはほとんどない。そのために、両当事者の意思を考慮すべきであるとした当初の趣旨が達成されなくなる。しかし、私的自治の原則を強調し、一方当事者の意思でよいとすれば、フランスの伝統的な一部無効論がさらされた批判と同様のことがいえよう。つまり、たいていの場合、全部無効となり、違反された規定の目的は達成されないこととなる。

たしかに、日本法においては、フランスのような無効の本質に関する主張が、議論の前

599 この点については、日本の学説のなかにも指摘するものがあった。詳しくは、本稿序章第一節第二款を参照。

600 この点につき、奥田教授が、ドイツ民法 139 条の分析のなかで指摘していた（於保・前掲注(8)227 頁（奥田昌道）。）。

提にあるわけではない。しかし、近時の日本の学説は、あらゆる事案において、当事者の意思が基準となり無効の範囲が画定されるわけではないことを認めており、また、私的自治の原則を強調する立場に対しては批判が強くあった（この点につき、序章第一節。）。このような思考の根源にあるのは、フランスと同様、「違反された規定の趣旨は尊重されなければならない」という理解ではなかろうか。

この当事者の意思と無効規範の要請との対立は、一部無効の問題を法律行為の解釈の問題、または当事者の意思解釈の問題であるとし、「当事者の意思」という要素を基軸に一部無効論が展開されたために生じたものであったように思われる。むしろ、一部無効を、「当事者の意思解釈の問題である」とする捉え方をやめるべきであろう。そうしないかぎり、無効の範囲を画定するにあたり、「一部無効が認められるのは、当事者の意思に合致するからだ」という正当化言説が用いられることになる。さらに、この「当事者の意思」をいかに解するかにより、つまり、合理的な当事者の意思と捉えるか、具体的な当事者の意思と捉えるかにより結論が異なることになるが、これでは、論者により差異が生じ、結論が違ってくる。一方で、合理的な当事者の意思であるとし、一部無効を認める場合においては、その当事者の意思のなかに違反された規定の趣旨が取り込まれることになり、無効を法的なサンクションであるとして、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであると捉えることと、結論においては大差がないことになろう。他方で、具体的な当事者の意思であるとするならば、違反された規定の目的は、たいていの場合、達成されないこととなる。なぜなら、通常、当事者間では利害が対立しているのであり、無効原因の存する一部がなかったならば、一方にとっては当該一部の無効が望ましく、他方にとっては契約の全部の無効が望ましいために、「当事者がそれを欲したであろう」ということはできず、全部無効となるからである。そうすると、フランスの学説が指摘していたように、不法な条項等を置く当事者は、契約から解放された後で、他の相手方と同一の条件で契約を締結し、違反された規定の趣旨が達成されないことになるのであった。

当事者が当初意図していなかった契約を押しつけるにあたり、それを「当事者の意思」により正当化しようとすることは混乱を招く一部無効の理解であるように思う。違反された規定の目的を達成することを望むのであれば、一部無効を、「違反された合法性を回復するためのサンクション」であるとするフランスの捉え方は、示唆に富むものであろう。

では、「違反された合法性を回復するためのサンクション」とは何であったか。この点をみることで、なぜフランスの学説においては、当事者の意思と無効規範の要請との相克という問題が議論されていなかったかを確認していこう。

二　無効の本質と当事者の意思と無効規範の要請との相克問題の不出現

フランスにおいて、当事者の意思と無効規範の要請との相克という問題が生じなかった最も大きな要因は、無効および一部無効の本質にあった。

１．フランスにおける無効の本質の特徴

20 世紀初頭、フランスの無効論は変容を被った。古典的無効論が無効の本質を行為の状態であると捉えていたのに対して、新無効論は、無効の本質を、違反された規範の目的や実際の状況に適するように発動されるサンクションであると捉えたのであった。そして、この無効の本質から、一部無効が課されることが理論的に正当化されることとなる。

ここで、無効の範囲を画定するにあたって採るフランスの学説の視点が、日本の学説とは異なることが明確に現れる。

つまり、日本の学説は、契約の一部に何らかの規定の違反があったとき、当該一部なくして契約を締結したであろうかという契約の成立の視点から、契約の再構成を試みる。それゆえに、当事者の意思と無効規範の要請とをどのように調整するかという問題が生じていた。

これに対して、フランスの学説は、無効を法的なサンクションであると捉えるために、その効果の視点から、無効の範囲を画定する。それゆえに、当事者の意思という主観的な要素は考慮されず、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲が画定される。つまり、フランスにおいて無効は裁判官が課すサンクションであるために、一部無効は、当事者の意思から切り離され、無効規範の要請のみから判断することができたのであった。

２．日本の無効論

これに対して、日本の無効論はどうであったか。フランス法と完全に様相を異にしていたか。

日本の学説は、伝統的に、無効を、法的な無であると捉える。たとえば、奥田教授は、無効を、次のように説明する。「無効の法律行為は、行為のときから法上当然に効力を有しない。いいかえれば、法律要件としての法律行為に付与されるべき法律効果が、当初より全く発生しないものとして扱われる。原則として、無効は法上当然であり、特定人の主張をまつてはじめて無効となるものではなく、また、無効を放置しておいても、時の経過により補正（治癒）されることはない。無効は、何びとによつても、何びとに対しても、かつ、いつになつても、これを主張しうる」[601]。現在においても、学説のなかには、無効を、「本来、『無』すなわち何もないことを意味する」ものと捉えるものがある[602]。この点で、フランス法の無効論を前提とする一部無効の捉え方と日本の一部無効との接合を図ることの難しさを自覚せざるをえない。

しかし、日本の学説のなかにも、無効を、「法技術」であるとし[603]、このように解される

---

601 於保・前掲注(8)212 頁以下（奥田昌道）。

602 中舎寛樹『民法総則』（日本評論社・2010 年）261 頁。

603 於保・前掲注(8)215 頁（奥田昌道）。

奥田教授自身も無効を法技術であるとするが、その文章をみりかぎり、「法的な無」という無効の捉え方とどのような点で異なるかについては、明確ではない。たとえば、奥田教

無効との関係で、一部無効を把握しようとするものもある[604]。この法技術としての無効とは、「法の公益的見地から、あるいは、一方の当事者保護の見地から、またはその他の理由から、法律効果の発生もしくは発生せる法律効果の維持・存続が適当ではないと判断される場合に、法律効果を否認する」ことであるという。

法の公益的見地等に鑑みて、無効には範囲があると考えることが可能であるならば、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるとするフランスにおける無効の本質と接近しうるものであると考えられよう。そして、序章第一節で述べたように、近時の日本の学説が一部無効を認めるにあたって言及していた考慮要素を想起するならば、これらの学説は、当事者の意思が参照されずに一部無効が課されるとしていた。このことに鑑みれば、一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題としてではない、異なる一部無効の本質を探究すべきように思われる。

そこで、次款では、無効というサンクションと考慮されるべき要素との関係から、日本法とフランス法とを比較していこう。

第二款　一部無効の本質と無効の範囲画定の考慮要素

一　客観的なサンクションとしての一部無効とその考慮要素

本稿が検討した結果によれば、フランス法上、一部無効の本質は、違反された合法性の回復に向けられたサンクションである。たしかに、一方で、フランスの今日の通説は、無効の範囲を画定するための基準として、当事者の意思が考慮される場合があることを指摘する。しかし、私見によれば、伝統的な一部無効論において当事者の意思が基準となり無効の範囲が画定されているとされる事案を検討したところ、あるいは複合的な契約において不可分な関係にある他方の契約が無効ではなく失効とされることにより、あるいは合意の瑕疵に基づく代金の減額の性質が無効ではなく不法行為責任に基づく損害賠償請求であるとすることにより、一部無効の以上の本質は、維持されていると考える。

一部無効の本質を「違反された合法性の回復に向けられたサンクションである」と解するならば、違反された規定の目的を考慮して、無効の範囲が画定されなければならない。その理由は、無効の唯一の基礎が契約の成立に関する規範の違反にあり、この不法性を除去することは、当該違反により生ぜしめられた法に反する状況を消滅させることに相当す

授は、「法律行為が存在（成立）すれば論理必然的に法律効果が発生するので、この法律効果を否定するために、その前提をなす法律行為を無効と（する）」（215 頁）という。また、「法律要件が完全に充たされていない場合に、これにいかなる法律上の効果を与えるか、全然法律効果を与えないか（無効）、それとも、いつたん法律効果を与えてのちにこれを消滅せじめうる余地を認めるか（取消）…」（215 頁）と述べている。無効を法技術とすることで、おそらく、契約が「不成立」である場合との区別を試みたものと考えられるが、法技術たる無効の意義については、無効原因の存する法律行為とは当然に効果が生じない法律行為ではないとしたこと以外に、明らかではない。

604 山本（敬）「一部無効（2）」・前掲注(3)19 頁以下。

るからであった。

二　日本法の判例における一部無効と考慮要素

これに対して、日本においてはどうであったか。以下で日本の判例や裁判例をみる前に、どのような事案があるかをあらかじめ述べておこう。

実は、日本においても、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲が画定される旨を判示する判例が多い。その事案とは、強行法規の違反があった事案で、かつ違反の効果について規定されていなかった事案である。これに関する判例および裁判例をみるならば、次のとおり、ほとんどの事案で、当事者の意思とは無関係に、当該規定に違反した部分だけが無効とされている。なお、強行法規の違反があった場合ではなく、一般規定である公序良俗の違反があったことを理由とする事案については、日本の公序良俗論とフランス法におけるそれとの詳細な比較を要するため、本稿が得た知見のみからは分析することができない。これは本稿に残された課題とせざるをえないが、以下でみていくように、事案をみるかぎりにおいては、当事者の意思が問題とされていないということに変わりはない。反対に、公序良俗の違反があった事案においても、「当事者が不法な一部がなかったならばどのような合意をしたであろうか」ということについて言及されることは少ない（1）。

もっとも、少数ではあるが、強行法規違反の事案においても、当事者の意思に触れ、無効の範囲を判断しようとする判例があった（2）。しかし、それらの事案においては、学説がいうように、「両当事者が当該一部がなくても契約を締結したであろうか」ということが問題とされていたわけではなかったと解することができる。

また、当事者の意思に触れる判例として、最後に、強行法規違反等が問題となっていたのではなく、受任者が代理権を越えて契約を締結した場合や、錯誤無効に基づく一部無効の場合がある（3、4）。これらの規定の違反があった場合に一部無効とすることは、一部無効の本質を違反された合法性の回復に向けられたサンクションであると解する場合には、望ましくない。なぜなら、これらの事案では、契約の締結そのものに向けられた規定の違反があり、規定の目的に鑑みれば行為全体が無効となるべきだからである。ただ、実際の事案をみると、代理権の踰越に関する事案については、一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題であるとする学説によりその一例として挙げられているものなのだが、これは、実は、全部無効を認めた判例であった。他方で、錯誤に基づく一部無効の事案については、このような構成により一部無効を認める判例が、一定程度存在し、定着しつつあるといえよう。しかし、本稿が示した一部無効の本質からすると、錯誤に基づく一部無効という構成には疑問が生ずる。

以下、これらを順に検討していくこととする。

1．「当事者の意思」を無効の範囲画定の理由としない判例（強行法規・公序良俗違反）[605]

（1）まず、古くは、フランスと同様、代金等が価格統制に違反したことが争われた事案がいくつかあった。

たとえば、〔1〕大阪地判昭和 28 年 3 月 23 日下民 4 巻 3 号 402 頁（家屋をはじめて賃貸する場合には契約締結の前に府県知事から賃料の統制額を認可してもらう必要があったところ、賃貸人がその認可を受けていなかった事案。）は、認可を受けないでされた賃料で契約を締結することは違法であるとする一方で、賃料に関する約定を除く賃貸借契約そのものは民事上有効であり、賃料の約定についても、地代家賃統制令に違反する部分だけが無効となるとした。

また、〔2〕最判昭和 29 年 8 月 24 日民集 8 巻 8 号 1534 頁、裁民 15 号 401 頁[606]（農地の売買契約における売買代金が農地調整法第 6 条の 2 第 1 項所定の価格を超過するものであった事案）は、価格統制の規定に違反した売買につき全面的に無効とするものではなく、価格の超過部分だけを無効とすべきであるとした。その理由につき、「前記法条（農地調整法第 6 条の 2 第 1 項（括弧内筆者注））はどこ迄も価格の調整であつて農地の所有権移転そのものの統制ではない。右法条の存在に拘わらず農地の売買が同法所定の範囲内の代価で行われるならば売買は何らの支障なく効力を生ずるという迄もない。このことを考えれば売買がたとえ法所定の価格を超える代価を以て為されても、その代金額が法所定の限度に引き下げられれば売買は有効となり、所有権の移転は認められても法の趣旨に反する処はない筈である」とした。

さらに、〔3〕最判昭和 31 年 5 月 18 日民集 10 巻 5 号 532 頁、判タ 59 号 62 頁、ジュリ 110 号 72 頁[607]（農地売買において代金が臨時のうち価格統制令 3 条 1 項所定の最高価格を超過していた事案。）は、売主が同契約につき錯誤に基づき、または統制価格違反に基づき無効である旨を主張していたにもかかわらず、価格統制令所定の最高価格を超過していたという事実だけでは、契約自体が民法 90 条により無効となるものではなく、統制価格を超過する代金の部分だけが無効となると判示した。

このように、価格統制令所定の最高価格を超過した代金等が定められていた場合に、判例は、当事者の全部無効の主張にもかかわらず、最高価格を超過した代金部分だけを無効とした。つまり、判例は、修正された契約につき、「当事者がそれを欲したであろう」という理由により一部無効を認めているのではない。〔3〕判決が、売主が売買の全部無効を望んでいたにもかかわらず一部無効を認めていることからも、このことが明らかであろう。

---

605 ただし、学説のなかには、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとしたうえで、以下でみる事案のいくつかを例に挙げるものもあった。たとえば、川井・前掲注(18)274 頁は、以下でみる〔5〕判決を、当事者の意思解釈である一部無効の例として挙げていた。

606 本判決の評釈として、三宅多大・最高裁判例解説民事篇昭和 29 年度 125 頁、坂本武憲・法協 104 巻 9 号 127 頁。

607 本判決の評釈として、高津幸一・別ジュリ 46 号 44 頁、北村良一・最高裁判例解説民事篇昭和 31 年度 73 頁、花見忠・法協 74 巻 3 号 381 頁。

一部無効が課される理由については、〔１〕、〔３〕判決は踏み込んだ判示をしていないが、〔２〕判決は、法の趣旨を明らかにし、法の趣旨によれば統制額を超過した部分のみを無効とすればよいとして無効の範囲を画定している。この無効の範囲の画定の仕方は、フランスにおける、「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」として一部無効と捉えた場合の、無効の範囲の画定作業と同様である。

もっとも、学説のなかには、たとえば〔２〕判決について、違反された法律が物権変動を促進しようとするものではないから、一律に統制価格での売買として有効と取り扱うことが必要不可欠ではないとするものがある[608]。その場合には、引渡しや代金支払いが既に済んでいたか等の具体的な事情を考慮するとするが、そうすると、仮に全部無効となった場合には、売主が同様の代金額で他の買主と契約を締結する可能性が生じよう。

（２）続いて、法律所定の最高報酬額の制限を超えた報酬額の請求の可否が争われた事案がある。これは、近年においても問題とされることがある事案である。

たとえば、〔４〕最判昭和 45 年 2 月 26 日民集 24 巻 2 号 104 頁、判時 587 号 29 頁、判タ 246 号 192 頁、金判 201 号 9 頁[609]（旧宅地建物取引業法 17 条 1 項、2 項および旧建設省告示の最高報酬額を超えた報酬額の支払いの可否が争われた事案。）は、所定の最高報酬額を超えた報酬部分を無効とした。その理由について、同判決は、旧宅地建物取引業法 17 条 1 項および 2 項を、「宅地建物取引の仲介報酬契約のうち告示所定の額を超える部分の実体的効力を否定し、右契約の実体上の効力を所定最高額の範囲に制限し、これによつて一般大衆を保護する趣旨をも含んでいると解すべきである」とその趣旨に言及し、同条項を強行法規であるとして、所定最高額を超える契約部分のみを無効とした。

また、〔５〕最判平成 6 年 4 月 22 日民集 48 巻 3 号 944 頁、裁時 1121 号 1 頁、判時 1496 号 69 頁、判タ 849 号 269 頁、労判 654 号 6 頁[610]（有料職業紹介において労働大臣が定める手数料の最高額を超える手数料の効力が争われた事案。）は、所定の最高額を超えて定められた手数料のうち、その超過部分のみを無効とした。〔５〕判決は、その理由として、職業安定法の立法趣旨に鑑みて、職業安定法 32 条 6 項を、「…手数料契約のうち所定最高額を超える部分の私法上の効力を否定することによって求人者及び求職者の利益を保護する趣旨をも含むものと解すべきである」という点を挙げた。

これらの（２）に関する判例は、（１）の判例と同様、違反された規定の趣旨という点に鑑みて最高額を超える部分のみが無効であるとしており、当事者の意思という点を考慮要

608 坂本・前掲注(606)131 頁。

609 本判決の評釈として、鈴木重信・法曹 22 巻 9 号、同・最高裁判例解説民事篇昭和 45 年度 53 頁、同・ジュリ 451 号 96 頁、舟田正之・法協 88 巻 2 号、新美育文・別ジュリ 192 号 174 頁。

610 本判決の評釈として、田中豊・ジュリ 1051 号、同・最高裁判例解説民事篇平成 6 年度 314 頁、同・ジュリ増刊「最高裁時の判例 3 私法編 2」301 頁、諏訪康雄・法教 169 号、木村五郎・別ジュリ 134 号 16 頁、有田謙司・別ジュリ 165 号 16 頁、脇田滋・ジュリ臨時増刊 1068 号 202 頁、中内哲・別ジュリ 197 号 16 頁。

素とはしていないとまとめることができる。

（3）そのほか、労働契約中のある条項が労基法等に違反するとしてその効力が争われる事案も多い。もっとも、これらの事案のほとんどにおいては、労働契約が解約等の理由で終了した後に、同条項の効力が問題とされるために、契約の全部が無効となるか否かについては、問題とされることがなかったという特徴がある。しかし、その判断基準は以上で検討した事案と同様であった、つまり、契約内容を修正するにあたり「当該一部がなければ当事者がそうしたであろう」ということが考慮されることはなかった。これらの判例も、一部無効が当事者の意思解釈の問題ではないことを示唆するものであろう。

たとえば、〔6〕秋田地判昭和 50 年 4 月 10 日労民 26 巻 2 号 388 頁、判時 778 号 27 頁、判タ 321 号 162 頁[611]（労働契約の賃金について男子従業員と女子従業員との間で差別的な取扱いがされていたところ、同契約中の賃金に関する部分が労基法 4 条に違反して無効であると争われた事案。）は、賃金について男女間で差別的な取扱いがされた場合、当同契約の賃金に関する部分を、労基法 4 条に違反して無効であるし、女子は、男子に支払われた金額との差額を請求することができるものと解するのを相当とする、と判示した。もっとも、賃金に関する部分のみを無効とする理由については、「労働基準法で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効とされ（る）」とするのみで、明確であるとはいえなかった。

〔7〕最判平成元年 12 月 14 日裁時 1017 号 7 頁、民集 43 巻 12 号 1895 頁、判時 1342 号 145 頁、判タ 723 号 80 頁、金判 839 号 30 頁、労判 553 号 16 頁、労経判速報 1378 号 3 頁[612]（会社と労働組合の間の賃金協定中に、賃金引上げ対象者から前年の稼働率が 80 パーセント以下の者を除外するという趣旨の条項（以下、「80 パーセント条項」という。）の無効が争われた事案。）は、まず、80 パーセント条項につき、稼働率を算定するにあたり、年次有給休暇、生理休暇、慶弔休暇、組合活動によるもの等を含めることについては、労基法または労組法上の権利に基づくものであり、これに関する不就労を稼働率の算定の基礎としている点のみを、公序に反して無効であるとした。そのうえで、原審が 80 パーセント条項を全体として無効としたことに対して、上記労基法または労組法上の権利に関する不就労の部分についてのみ、それらの法は労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから公序に反して無効であるとた。その他の部分については、「従業員の出勤率の低下等の観点から、稼働率の低いものにつきある種の経済的利益をえられないこととする制度は、一応の経済的合理性を有しており、当該制度が、労基法又は労組法上の権利に基づくもの以外の不就労を基礎として稼働率を算定するものであれば、それを違法とすべきものではない」とし、その限りにおいて、効力を否定すべきいわれはない

611 本判決の評釈として、平川亮一・別ジュリ 101 号 82 頁、木村五郎・ジュリ臨時増刊 615 号 183 頁、山口浩一郎・ジュリ 626 号、島田信義・労判 226 号。

612 本判決の評釈として、岩渕正紀・最高裁判例解説民事篇平成 1 年度 520 頁、始関正光・判タ 762 号 350 頁、蔦川忠久・ジュリ臨時増刊 957 号 217 頁。

と判示した。もっとも、〔7〕判決は、最後に、「なお」として、その残余において同条項の効力を認めることは、「労使双方の意思に反しないとみることができる」とした。

〔8〕最判平成元年 12 月 14 日裁時 1017 号 8 頁、判タ 717 号 79 頁、民集 43 巻 12 号 2051 頁、判時 1336 号 40 頁、金判 839 号 32 頁、労判 552 号 6 頁、労経判速報 1381 号 3 頁[613]（会社と組合との間のユニオン・ショップ協定により、会社の従業員で、かつ組合の組合員であった従業員が組合を脱退し他の組合に加入したところ、会社が従業員を解雇する旨の意思表示をしたため、解雇の効力が争われた事案。）は、一方で、ユニオン・ショップ協定が、労働者が労働組合の組合員たる資格を取得せずまたはこれを失った場合に、使用者をして当該労働者との雇用関係を終了させることにより間接的に労動組合の組織の拡大強化を図ろうとするものであるとながらも、他方で、同協定によって労働者に対し解雇の威嚇の下に特定の労働組合への加入を強制することにつき、それが労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されないとした。そして、同協定のうち、締結組合以外の他の労働組合に加入している者および締結組合から脱退し又は除名されたが、他の労働組合に加入しまたは新たな労働組合を結成した者について使用者の解雇義務を定める部分は、民法 90 条の規定によりこれを無効と解すべきであるとした。

〔9〕最判平成 19 年 2 月 2 日民集 61 巻 1 号 86 頁、裁時 1429 号 1 頁、判時 1988 号 145 頁、判タ 1255 号 171 頁、労判 933 号 5 頁[614]（会社と労働組合との間でユニオン・ショップ協定およびチェック・オフ協定が結ばれており、その従業員が同組合を脱退したところ、その同組合員としての地位の有無および組合費用等の返還の可否が争われた事案。）は、同協定中の、組合から脱退する権利をおよそ行使しないことを従業員に義務づけて、脱退の効力そのものを生じさせないとする部分につき、脱退の自由という重要な権利を奪い、組合の統制への永続的な服従を強いるものであるかた、公序良俗に反し無効であると判示した。

以上のように（3）の事案においては、労基法等により被用者に認められた権利を侵害する部分についてのみ、無効とされていた。その際には、たとえば、〔7〕判決は、80 パーセント条項を、経済的合理性を有するものであるとして、同条項そのものを無効とするのではなく、労基法等で認められた権利を侵害する部分のみを無効とした。また、〔8〕判決

---

613 本判決の評釈として、高橋利文・最高裁判例解説民事篇平成 1 年度 530 頁、同・ジュリ増刊（最高裁時の判例 3 私法編 2）293 頁、浜村彰・別ジュリ 197 号 174 頁、古川陽二・ジュリ臨時増刊 957 号 218 頁、梅田武敏・別ジュリ 134 号 178 頁、名古道功・別ジュリ 134 号 178 頁。

614 本判決の評釈として、中村肇・法律のひろば 60 巻 10 号 60 頁、水町勇一郎・ジュリ 1343 号 121 頁、長屋文裕・ジュリ 1353 号 127 頁、藤本茂・労働法律旬報 1668 号 42 頁、石橋洋・法時 80 巻 5 号 110 頁、土田道夫・判時 80 巻 5 号 110 頁、島田陽一・ジュリ臨時増刊 1354 号 243 頁、山田哲・季刊労働法 218 号 240 頁、井上武史・岡山法学 59 巻 2 号 273 頁、酒井正史・別冊判タ 25 号 318 頁、三井正信・別ジュリ 197 号 176 頁、長屋文裕・ジュリ増刊（最高裁時の判例 6 平成 18～20 年）422 頁、同・最高裁判例解説民事篇平成 19 年度 号 28 頁、今津幸子、清水洋介・ビジネス法務 8 巻 7 号 12 頁。

は、ユニオン・ショップ協定そのものを意味がないものとはせず、労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害するに至る部分についてのみ、無効とした。これら事案では、違反された規定が民法 90 条であるために、その趣旨が同条から直ちに明らかになるわけではない。しかし、違反された権利が何であり、約定自体は意味を有するかを考慮し、合法性が違反された限りで、無効を認めていると解することができよう。

もっとも、〔7〕判決は、修正された契約内容が労使双方の意思に反しないという点を挙げる。しかし、この理由づけについては、「なお」として判示されていることからも、また、この点について触れる必要性に乏しいことからも、それほど意味を有するものではないように思われる。

繰り返しになるが、(3)の事案では、契約全体の無効が問題とされることはなかった。とはいえ、これまでにみてきた一部無効の事案と同様、判例は、当事者の意思による正当化という手法を採らずに、違反された規定の趣旨や公序の内実を明らかにし、無効の範囲を画定していたことに変わりはない。

（4）最後に、その他、一部無効が問題となった事案をみていこう。

まず、〔10〕最判平成 11 年 2 月 23 日民集 53 巻 2 号 129 頁、判タ 999 号 218 頁、金法 1560 号 32 頁、金判 1067 号 18 頁をみてみよう[615]。〔10〕判決は、出資者が共同でヨットを購入し、彼らが会員となりヨットを利用して航海を楽しむことなどを目的とするヨットクラブを結成する旨の組合契約が締結されたところ、同契約中に、「本件クラブからの任意の脱退は、会員の権利を譲渡する方法によってのみすることができ、それ以外の方法によることは許されない」とする約定が置かれており、同規定の効力が争われた事案である。〔10〕判決は、民法 678 条を、「組合員は、やむを得ない事由がある場合には、組合の存続期間の定めの有無にかかわらず、常に組合から任意に脱却することができる旨を規定しているものと解される」として、民法 678 条のうち、この旨を規定する部分を強行法規であるとし、これに反する組合契約における約定を、効力を有しないものであるとした。その理由として、「やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の事由を著しく制限するものであり、公の秩序に反する」点を挙げ、本件約定につき、この限度において、民法 678 条に違反し効力を有しないものというべきだと判示した[616]。

続いて、〔11〕大阪高判平成 16 年 7 月 30 日判時 1877 号 81 頁をみてみよう[617]。本件事案は、特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律の提供を受ける住宅の賃借人が賃貸借

---

615 本判決の評釈として、大村敦志・別ジュリ 175 号 38 頁、矢尾渉・ジュリ増刊（最高裁時の判例２私法編１）196 頁、滝沢昌彦・法教 228 号 122 頁、磯村保・判例セレクト（2002 年）348 頁、松本恒雄・私判リ 2000（上）54 頁、中舎寛樹・民商 122 巻 1 号 109 頁、山田誠一・ジュリ 1179 号（平成 11 年度重判）85 頁。

616 ただし、この条項規制は、契約上の債務の整合性を統制するために課されているという評価もありえよう。

617 本判決の評釈として、野口大作・法時 78 巻 8 号 128 頁、沖野眞子・別ジュリ 200 号 56 頁。

契約の終了の際に敷金の返還を請求したところ、同契約には賃借人が住宅を明け渡す時に補修費を賃貸人の指示により負担しなければならない旨の特約が付されており、同特約の有効性が争われたものである。〔11〕判決は、民法上、特約がなければ、賃貸借契約終了に伴う賃借人の原状回復義務の範囲は通常損耗分を含まないと解するのが相当であるとしたうえで、本件特約は、通常損耗の範囲か否かにかかわらず、退去者が修繕費用を負担する項目を一律に定めているものであるとし、上記特約に当たるとした。そして、同特約が、特定優良賃貸住宅法施行規則（以下、「特優賃貸規則」という。）13 条および民法 90 条に違反するかを問題とし、特優賃貸規則 13 条が賃借人の不当な負担となることを賃貸の条件としてはならない旨を定めていることにつき、「賃貸借契約終了による原状回復義務の範囲に関する民法の解釈を前提に、特優賃貸法の枠組み、特有賃貸法制定前後の国会審議の状況、住宅金融公庫法における規制内容及びその解釈の実情等を総合考慮すると、通常損耗分の原状回復義務を賃借人に負わせることは、同条の禁止する『不当な負担』に当たると解するのが相当である」とした。そして、本件特約を、通常損耗に関する部分の限度で、公序良俗に違反し無効であるとして、敷金から控除することができないとした。

たしかに、〔10〕判決および〔11〕判決においては、契約や特約そのものの無効が争われていなかった。しかし、〔10〕判決は、民法 678 条のうちの強行法規と解される部分と抵触する範囲で約定を無効とし、〔11〕判決は、まず、特優賃貸規則や特優賃貸法等の趣旨に照らして、特約のうち、通常損耗分のみにつき無効としている。判例は、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思ではなく、違反された規定の趣旨を考慮していることは、明白であろう。

このように、強行法規等の違反があった場合に関するほとんどの判例および裁判例は、当該一部が無効であったならば当事者がどのような契約をしたかに鑑みることなく、違反された規定の趣旨を考慮して、無効の範囲を画定していたといえる。これまでの学説は、これらの判例の意義について検討することなく、一部無効を論じていたように思われる。これらの判例は、フランスにおける一部無効の捉え方、つまり、「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」であるという捉え方からは、容易に理解することができる。これらを「一部無効の問題は当事者の意思解釈の問題である」として捉えるならば、両当事者の意思が通常対立する以上、その意義の解明には至らないように思われる。これらの事案における一部無効は、当事者の意思に基づくものではなく、違反された規定の目的を達成するために向けらており、まさに、違反された規定の趣旨と無効の範囲とが直結していたのであった。

２．「当事者の意思」を無効の範囲画定の理由とする判例（強行法規・公序良俗違反）

以上のような判例に対して、公序良俗違反が問題となる場合に、当事者が、無効原因の存する部分が無効であっても、残部で契約を締結したであろうということを理由に、一部無効を認めた判例がある。

その事案は、〔12〕最判昭和 38 年 1 月 18 日民集 17 巻 1 号 25 頁、判時 333 号 24 頁、金法 338 号 11 頁[618]（譲渡担保契約に伴う代物弁済が公序良俗に反し無効であるとされた一方で、譲渡担保契約全体が無効となるとは限らないとされた事案。）であった。同判決は、譲渡担保契約に伴う代物弁済の予約につき、債務者が負う債務に比して約 8 倍の価格を有する不動産がその目的とされていたことから、公序良俗に反して無効であるとし、無効とされる部分は代物弁済の約定だけであり、譲渡担保契約全部ではないと判示した。その理由につき、代物弁済の約定を無効としたことにより、「…本件譲渡担保契約全部を無効とし、全部無担保の貸借とすることは寧ろ当事者の意思に副わざるものであるやも知れず、当事者としては、全然無担保の貸借となるよりは、少くとも担保物件を他に売却して、売得金中より本件債務の弁済を受けるというが如き方法によつても本件譲渡担保契約を有効として維持せんとする意思がないとは断言し難いのであり、かかるいわゆる弱い譲渡担保の効力まで否定することは却つて当事者の意思に反する結果となる場合なしとしないのである」とした。

〔12〕判決は、代物弁済の約定の無効が譲渡担保契約全部の無効をもたらすとすることが、当事者の意思にかなわない可能性があることから、これを審理させるために原審を破棄し差し戻した。なるほど、〔12〕判決は、たしかに、代物弁済の約定を無効とした残部でも当事者が契約を望んでいたかを審理しなければならないとした。しかし、本判決がいう「当事者」とは、両当事者を意味するかは疑問である。というのも、「全然無担保の貸借となるよりは、少くとも担保物件を他に売却して、売得金中より本件債務の弁済を受けるというが如き方法によつても本件譲渡担保契約を有効として維持せん」とする当事者として考えられるのは、債権者だけである[619]。債務者が、譲渡担保契約の存続を望むとは考えにくい。それゆえ、〔12〕判決の理由づけは、代物弁済の予約の無効と、債権者が譲渡担保契約から利益を受けることとの間で利益調整を図ったものでしかないように思われる。むしろ、一部無効を「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」であるとする視点からみると、〔12〕判決では問題とされなかったため仮定のことでしかないが、本件のような事案において当事者の意思により無効の範囲を画定するとなると、債権者としては、「代物弁済の予約が無効であるならば、消費貸借契約そのものを締結しなかった」と主張する可能性もある。消費貸借契約まで無効となるならば、賃借人は、民法 708 条の適用がない限り、即座に、元本を返還する義務を負うことになる（もっとも、裁判所で争われるということは、既に履行遅滞に陥っていると思われる。）。このような事態を避けるためにも、代物弁済の予約のみを無効とすることにつき、当事者の意思を問題とすべきではなかったように思われる。実際に、前述したように、公序良俗違反を理由とする多くの判例は、当

618 本判決の評釈として、柚木馨・民商 49 巻 4 号、橋本岑生・法学（東北大学法学会）28 巻 3 号、坂井芳雄・最高裁判例解説民事篇昭和 38 年 26 頁、同・金法 338 号 11 頁、米倉明・法協 82 巻 1 号 104 頁。

619 たとえば、米倉・前掲注(618)は、「債権者の通常の意思としても、無担保債権者となるよりは弱い効力でも担保が与えられる方をえらぶであろう」とする。

事者の意思を問題としていなかった。

このようにみてみると、公序良俗違反が問題となった事案であっても当事者の意思解釈の問題であるとする基礎となった〔12〕判例は、「無効原因が存する部分を除いた部分で当事者が契約を締結したであろうか」という当事者の意思について触れることなく事案を解決できたように思われる。たしかに、この判例においては、そもそも、当事者により契約の全部の無効が争われることがなかった。しかし、当事者の意思を考慮することにより契約の全部無効の可能性が開かれるならば、一方で、契約から利益を失うことを恐れる当事者は不法性を摘示することをしなくなり、他方で、無効原因が存する部分から利益を得る当事者は仮に不法性が摘示されたとしても不法な部分が重要であったことを示して全部無効を主張するかもしれない。そうすると、ある規定の目的は、達成されなくなる。そうであるならば、当事者の意思を理由として無効の範囲を画定することは望ましくないであろう。

３．受任者が代理権を越えて契約を締結した事案

以上では、契約の一部につき強行法規違反および公序良俗違反が問題とされた事案を中心にみた。それらの判例は、実は、当事者の意思を考慮要素としておらず、むしろ、違反された規定の趣旨に鑑みて、無効の範囲を画定していた。また、一部無効を認めるにあたり当事者の意思に言及する判例についても、当事者の意思に言及せずに解決することが可能であったものと考えられる。

もっとも、学説が一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題であると解するにあたり基礎とした事案は、これらに限られない。たとえば、受任者が代理権を越えて契約を締結した場合について争われた事案が、頻繁に挙げられる。それは、〔13〕東京控判大正 5 年 12 月 28 日法律学説判例評論全集 6 巻民法 184 頁、法律新聞 1262 号 20 頁（船舶の賃借を望んだ委任者が、船舶賃貸借契約の締結につき賃料の支払い方法等に関する約款を定めて受任者に委任したところ、受任者が賃貸人と賃料の支払い方法に関して委任者が望んだものと異なる約款を定めて契約を締結した事案。）である。

〔13〕判決は、約款の賃料の支払いに関する部分が代理権の範囲を越えていたとして無効とした後、賃貸借契約の有効性を問題とした。そして、本件においては、賃貸人が受任者と締結した、賃借人が委任した内容とは異なる旨の約款を極めて重要視しており、これがなければ当該契約を締結していなかったことを確認した後、このような無効とされた一部を除いた部分だけでは契約を締結しなかったものと認められる場合には、契約の一部の無効が契約全部の無効をもたらすと判示した。また、賃料の支払い方法につき委任者の委任した約款で賃貸借契約を有効であるとすることの可否についても触れ、これを、賃借人の意思にかなわないものとして、曲解であるとした。

ところで、〔13〕判決は、学説が一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題であると解す

る基礎とした事案であるとされている[620]。しかし、同判決は、全部無効を認めた事案であった。たしかかに、その判示されている内容をみると、無効とされた一部を除いた部分だけでは当事者は契約を締結しなかったとして全部無効を認めるとしており、そうでない場合には一部無効となりうるような言い回しではある。しかし、このときには民法 110 条の適用も考えられるのであり、同判決を、無効とされた一部を除いた部分だけでも当事者が契約を締結したであろう場合には一部無効を認める旨を判示した判決であると解することには、無理があるように思われる。

同判決を、フランス法の一部無効の本質から検討するならば、フランスにおいて同種の事案をみなかったが、代理権の有無は、契約の締結に向けられた規定であるといえよう。それゆえ、代理権の範囲を越えて締結された本件契約を全部無効とした同判決の結論は、本稿の分析のもとでも正当なものであったといえる。

４．錯誤に基づく一部無効を認める事案

最後に、錯誤に基づいて一部無効を認める判例について、検討をしておこう。

たとえば、判例または裁判例には、次のような、錯誤による一部無効という構成により事案の解決を図ったものがある[621]。

〔14〕東京地判昭和 44 年 9 月 29 日判時 581 号 61 頁（示談契約中に被害者が今後一切の請求をしない旨の条項が付されていたが、その後、後遺症が発覚し、被害者が治療費等を請求した事案。）は、示談契約中の「示談金支払いより今後一切の請求をしない」という部分についてのみ要素の錯誤があるとして無効とし、示談金支払い後に生じた被害者の後遺症による治療費等の賠償請求が認容された。

〔15〕最判昭和 54 年 9 月 6 日民集 33 巻 5 号 630 頁（手形の振出しを受けた際に、金額が誤って表示されていたにもかかわらず、150 万円の手形であると誤信して裏書きをしてしまい、満期後、受取人が振出人に提示したが支払いを拒否されたため第一裏書人が償還債務の履行を求められた事案。）は、①手形金のうち 150 万円を超える部分については裏書人には手形債務の意思がなかったとしても、それ以下の部分については必ずしも手形債務負担の意思がなかったとはいえないこと、②また金銭債務はその性質上可分であることから、手形債務負担の意思の存する限度を超える部分については錯誤無効を認める一方で、その余の部分については錯誤無効を否定した。

〔16〕大阪高判平成 2 年 6 月 21 日判時 1366 号 53 頁（保証人が他に保証人 A がいると信じて債務者の債権者に対する貸付債務について連帯保証人になったところ、実際には A は保証人にならなかった事案。）は、連帯保証契約の一部に要素の錯誤があるとし、保証人は少なくとも債務者の貸付債務のうち 2 分の 1 については、その支払いの責に任ずる意思

620 於保・前掲注(8)233 頁（奥田）。

621 錯誤に基づく一部無効を認めた裁判例については、中舎・前掲注(6)81 頁が詳細な分析を行っている。

で契約を締結したものというべきであるとし、それを超える部分についてのみ錯誤無効とした。

さて、本稿は、一部無効において当事者の意思を考慮する場合の不都合性を指摘し、これまで一部無効の本質を、「違反された合法性を回復するためのサンクションである」と解すべきであるとしてきた。そして実際、日本の判例につき、公序良俗違反や強行法規違反があった場合においては、違反された規定の目的を達成するために、無効の範囲を画定していたと解することができた。

もっとも、日本法において、意思表示とは、表意者の意思のみを指す。これに対して、本稿が検討したフランス法において、「合意（consentement）」とは、両当事者の意思を意味する[622]。それゆえ、錯誤無効について、両者を単純に比較することはできない。

しかしながら、錯誤無効は、要素の錯誤であった場合しか認められない。日本民法 95 条は、一部無効を想定していないというべきであろう。また、錯誤無効が認められるのは、意思が欠缺しているからである。これらの点に鑑みれば、一部無効が「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」であるという視点からは、同条は、意思表示そのものに向けられたものというべきであり、同条の違反があった場合には、フランスと同様、契約の全部が無効となると解すべきであるように思われる。

この点、たとえば、中舎教授は、錯誤に基づく一部無効という構成を採る裁判例につき、いずれも、錯誤による一部無効という構成を採らずに解決すべき事案であったという。たとえば、〔15〕判決につき、示談契約は契約当時予想していた損害を念頭になされたとして、当事者の意思によって処理すべき事案であったとする。〔16〕判決につき、当事者双方がともに本件手形を一定額の手形であると理解していた点に着目し、法律行為の解釈の問題として、同額の手形が裏書きされたと解すればよいとする。〔17〕判決につき、当事者は他の連帯保証人の不在という事態を予定していなかったのであるから、当事者の意思解釈から直接に保証額の一部を錯誤無効とすることはできないとし、錯誤に基づく全部無効、詐欺取消し、あるいは契約の全部有効を前提に、信義則に基づく注意義務違反を理由とする損害賠償という構成で問題にするほかないという[623]。私見としても、このように、一部無効として処理すべきではなく、他の救済手段によるべきであったと考える。同様の効果をもたらすためにいずれの救済手段も採りうるとするのではなく、各救済手段が有する意義を明確にし、それを選択することが望まれよう。

---

[622] ただし、フランスにおいても、合意（consentement）を一方当事者の意思であるとする見解もある。「合意（consentement）」概念につき分析する文献として、V.Forray, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, thèse, 2007, n^os^ 465 et s.

[623] 中舎・前掲注(6)91 頁以下。同論考で扱われるその他の錯誤による一部無効という構成を採った裁判例についても、いずれも、合意の解釈の問題として処理すべきであった事案、別個の合意の集合であり、当然にその一つの合意が他に影響を与えることがないと解されるべき事案、合意をそのまま有効と解すれば足りた事案のいずれかであるとしている。

５．日本の判例のまとめ

以上、日本の判例が、一部無効を認めるにあたりどのような要素を考慮しているかをみてきた。

強行法規違反や公序良俗違反が問題となっていた事案においては、ほとんどの場合、判例は、当事者の意思を考慮せずに無効の範囲を画定していた。そして、無効の範囲を画定するにあたっては、違反された規定の趣旨がどのようなものであったかを確認し、それに反する部分を無効としていた。これは、まさに、フランスにおける一部無効の考慮要素と同じであった。

もっとも、日本の判例のなかには、公序良俗に違反した場合であっても当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定するものがあった。しかし、この判例をみるならば、「無効原因の存する部分なくして当事者が契約を締結したか否か」について言及せずとも、無効の範囲を画定しえた事案であったように思われた。むしろ、そこでいわれる「当事者」が、判示内容に鑑みると一方の当事者でしかなく、あえて当事者の意思に言及する必要性は乏しかった。

しかしながら、判例には、錯誤を理由に一部無効を認めるものがあった。本稿が得た知見によれば、このような構成は望ましくないと考える。なぜなら、一部無効を、当事者の意思解釈の問題ではなく、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであると理解する場合、無効の範囲を画定するのは、当事者の意思ではなく、違反された規定の趣旨であると考えるからである。日本においても、このように一部無効を捉えることができるならば、一部無効の本質上、錯誤に基づく一部無効という構成は望ましくないと考える。なぜなら、錯誤の規定は、意思表示そのものに向けられたものであり、この規定が違反された場合には全部無効を要請すると解することができるからである。実際、日本の学説のなかにも、錯誤無効に基づく一部無効に批判的なものもあり、この学説は、錯誤に基づく一部無効とせずとも解決することができたとしていた。このように、同様の効果をもたらす救済手段が多数存在する場合には、救済手段そのものの意義に着目して、望ましい救済手段を選択すべきであるように思われる。そして、この事案においては、錯誤に基づく一部無効という救済手段の選択は、一部無効の本質という観点から、望ましくなかったと考える。

第三款　本節のまとめ　－一部無効の本質とは何か－

本節では、フランス法の検討を通じて得た知見から、日本の一部無効論への示唆を検討した。無効概念の違い等からフランス法との接合が困難であったが、本稿が課題とした「一部無効の本質とは何か」については、今日の日本の一部無効論を新たな視角から捉えることができたように思われる。

その視角とは、一部無効の本質を、「違反された合法性の回復に向けられたサンクションである」と捉えることであった。

日本の通説は、一部無効を、当事者の意思解釈の問題であると捉えた。一部無効が、当事者が当初意図した契約とは異なる内容の契約を押しつけることになるということが意識されるようになると、学説は、これを、当事者の意思により正当化しようとした。つまり、一部無効を原則とするか全部無効を原則とするかで表現は異なるが、あるいは、当事者が無効原因の存する部分を除いた部分だけであっても契約の締結を望んだであろう場合には一部無効が課される、あるいは、当事者が無効原因の存する部分を除いた部分だけであったならば契約を締結しなかったであろう場合には全部無効が課される、という。しかし、このように解するならば、無効規範が要請する無効の範囲とは異なる範囲で無効が課される可能性が生じよう。そうすると、無効規範が達成しようとした目的は達成されない。この点が、フランスの学説が無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮することに対して問題視した点であり、近時の日本の学説のなかにも、上記見解について批判するものが多かった。

しかしながら、無効規範と当事者の意思との相克の問題については、明らかにされないままであった。本稿は、その原因を、「一部無効は当事者の意思解釈の問題である」と捉えることに対して正面から批判してこなかったことにあると考えた。そこで、フランス法を検討したところ、フランスの学説は、一部無効の本質を、「違反された合法性を回復するためのサンクションである」と捉えて、無効の範囲を当事者の意思により画定するのではなく、違反された規定の趣旨を考慮して画定すると考えていたことを知った。このように一部無効の本質を捉えるために、当事者の意思と無効規範の要請との相克の問題は生じなかった。

このようなフランスの一部無効の本質と日本の判例とを比較したところ、日本の判例のうち、強行法規の違反や公序良俗の違反が問題となった事案の多くは、実は、当事者の意思を考慮せずに無効の範囲を画定していた。そして、無効の範囲を画定するにあたっては、違反された規定の趣旨がどのようなものであったかを確認し、それに反する部分を無効としていたのであった。これは、まさに、フランスにおける一部無効の捉え方と同じであったといえた。

しかし、判例のなかには、このように解することができないものがあった。その典型例が、錯誤に基づく一部無効を認める事案であった。フランスのように一部無効を「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」であると捉える場合、錯誤に基づく一部無効という構成は望ましくないと考える。実際、日本の学説のなかには、錯誤無効に基づく一部無効に批判的なものもあり、そしてこの学説は、錯誤に基づく一部無効とせずとも解決することができたという。

このように同様の効果をもたらす救済手段が多数存在する場合には、救済手段の選択に迫られる。このとき、各救済手段の意義が解明されぬままとなれば、問題とされるべき点

が見過ごされ、または問題とされるべきではない点が考慮されることになるかもしれない[624]。

この点でも、フランスの近時の学説が、一部無効の本質を「違反された合法性の回復に向けられたサンクション」であると捉えて、類似したサンクションである失効や不法行為に基づく損害賠償などとの区別を図っていた点は、日本においても望まれるべき傾向であると考える。

第三節　残された課題

以上で、本稿の検討を終えるが、本稿が示すことができたのは、一部無効の本質をどのように捉えるべきかという基本的な問題についてのみであり、それと対応しうる日本法の議論は、限られていた。つまり本稿は、フランス法の検討を通じて示した「違反された合法性を回復するためのサンクションである」という一部無効の本質の捉え方に鑑みて、日本法の「一部無効の問題は当事者の意思解釈の問題である」とすることがどのような問題を孕むか、それがフランスのように一部無効を捉えることでどのように解決されるか、という基本的な問題についてのみしか扱いえていない。

その重要な理由のひとつは、日本において公序良俗違反とされる内実の一部について、フランスでは、公序良俗に違反するために一部無効が課されるとの扱いはされておらず、他のサンクションにより規制されていることにある。たとえば、責任制限条項については、フランス法においても、明確な法律による規制なくして、一般法に基づいて規制されることがあるが、それは、公序による規制ではなく、契約秩序による規制、つまり契約上の債務の整合性という観点からの規制であると考えられている。さらに、近時の学説は、課されるべきサンクションを、「条項を書かれざるものとみなす」とし、これを一部無効と区別する[625]。また、競業避止条項については、場所や期間等につき過剰に規制された同条項につき、これを権利（契約で認められた特権）の濫用として規制する学説もある[626]。

また、本稿では、当事者の意思の意義という視角から、一部無効と他のサンクションとの区別を図ってきた。そして、契約上の債務の整合性に反する条項を書かれざるものとみなす場合や複合的な契約における不可分性を評価する場面においては、当事者の意思が考慮されてはいるが、その内実および役割は伝統的な一部無効論において問題とされていた

624　この点につき、山本（敬）「一部無効（1）」・前掲注(3)7 頁、中舎・前掲注(6)82 頁。

625　責任制限条項につき、たとえばS.ゴドゥメは、契約上の債務の整合性の統制という理由により当該条項が書かれざるものとみなされることがあると指摘する（S.Gaudemet, op.cit., thèse, nos 442 et s.）。同サンクションの概要については、本稿 152 頁を参照。

なお、フランスの責任条項規制に関する判例法理の展開については、石川『契約の本性』・前掲注(79)410 頁以下、同「本質的債務論の展開と整合性の原理」・前掲注(78)63 頁以下が詳しい。特に、石川「本質的債務論の展開と整合性の原理」・前掲注(78)は、クロノポスト判決以降、判例がどのように動いたかについても分析されている。

626　P.Stoffel-Munk, L'abus dans le contrat, LGDJ, thèse, no 634 et s.

それとは異にしており、また、近時の学説はこれらの事案を他のサンクションにより解決されるものとしていることを指摘した。しかし、両者の関係をいかに解すべきかについては、明らかにできていない。

それゆえ、具体的な事案の望ましい解決にあたっては、各救済手段と不法性の内実との関係や各救済手段における当事者の意思の役割について体系的な整理と個別的な検討とをしなければならず、本稿の大きな課題として残されている。本稿の検討が一部無効の本質という基礎的な問題であったことからも、残された課題の多さを痛感する。それらに関する検討については、他日を期したい。