



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程（２）：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
Citation	北大法学論集, 66(5), 23-106
Issue Date	2016-01-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60606
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no5_02.pdf



一部無効の本質と射程（二）

——一部無効論における当事者の意思の意義を通じて——

酒 卷 修 也

目 次

序章	問題の所在
第一節	一部無効による契約の修正とその問題点
第二節	本稿の目的・分析の視角

（以上、六六卷四号）

第一章 フランス法における一部無効論の理論的な対立

第一節 一部無効論の萌芽

第一款 民法典制定時における一部無効概念の不在

第二款 民法典制定時における民法典九〇〇条の意義

第三款 判例による民法典九〇〇条の厳格な適用の回避

第四款 本節のまとめ

第二節 伝統的な一部無効論の構造

第三節 一部無効の本質の探究 — 目的論的基準 —

第四節 本章のまとめ

第二章 フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義

結章 日本法への示唆

(以上、本号)

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お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とともに、無効の本質という点から、一部無効を正当化し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により、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べきかという問題に答えることを試みたい。

ところで、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を定める一般規定が存在しない。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。一部無効論の萌芽は、贈与や遺贈（以下、贈与と遺贈の双方を指すときは、「恵与 (liberalité)⁽¹⁾」とする。）に付された不法条件等を書かれざるものとみなす旨を規定した民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の登場だといわれている。この判例法理にまで遡りその意義を明らかにすることは、本稿にとって無用なことではない。なぜなら、伝統的な一部無効論は、この判例法理をひとつの素材として、無効の範囲の画定にあたり当事者の意思が原則的な基準であるとし、また、それが幅広い事例においても通用しうるのであるが、上記判例法理における当事者の意思の内実や役割と伝統的な一部無効論におけるそれらとが異なるように思われるからである。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（⁽²⁾第一節）。その後、伝統的な一部無効論は、恵与以外のさまざまな事案で無効の範囲が問題となること、および、そこでは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ことを主張する。その際、動因的かつ決定的な条件概念 (condition impulsive et déterminante) や不可分性概念 (indivisibilité) など、それらの事案で判例が用いる諸概念は一種ではないものの、それらの諸概念の意味するところの共通性を指摘し、当事者の意思を考慮して無効の範囲が画定されると主張したのであった。では、伝統的な一部無効論は、どのような事案について、いかなる概念を通じて、当事者の意思が考慮されていることを主張し、そして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。第二章で事案類型ごとに当事者の意思が考慮されることの意義や一部無効の本質との関係を探っていくためにも、やや詳細に

この作業を行うことにしたい（第二節）。

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。この検討を通じて、一部無効の本質とは何であり、それによれば伝統的な一部無効論にどのような問題があるかを明らかにしていこう（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九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の登場である。

まず、民法典九〇〇条の規定を確認しておこう。同条は、恵与に不能、不法または良俗に反する条件が付されていた場合について、次のように規定する。

九〇〇条「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もしくは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

民法典九〇〇条によれば、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。

ところで、序章でも指摘したとおり、フランスでは、契約の一部が無効となるということは、かねてより認識されていたわけではない。一部無効概念を注目させるに至らしめたのは、シムレールによる『法律行為に関する一部無効⁽³⁾』と

題されるテーズであり、同テーズが出版されたのは一九六九年のことであった。そうすると、ある条項のみを無効とする（書かれざるものとみなす）⁽⁴⁾ 旨を規定した民法典九〇〇条が民法典制定時から存在していたにもかかわらず、なぜ二〇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、その理由として、第一に、九〇〇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、一九世紀に支配的であった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ている⁽⁵⁾。

もっとも、次第に判例は、民法典九〇〇条の厳格な適用をしなくなっていく。その際、判例が恵与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ス（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った。これが、一部無効論の萌芽の概要である。

そこで本節では、以上の一部無効論の萌芽とされた判例法理を、次のように検討していく。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検討する。すなわち、一九世紀に支配的であった古典的無効論のもとで無効の範囲という考えがなぜ生じなかったかを（第一款）、また、民法典制定時において民法典九〇〇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）、上記理由を明らかにしていこう。次いで、九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の内容、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⁽⁶⁾ としてい（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

フランスにおける無効論は、二〇世紀初頭に理論的な変容を迎えた。⁽⁶⁾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は新理論 (théorie moderne) と称され (以下、これを「新無効論」という)、理論的変容を被る前の一九世紀の註釈学派⁽⁷⁾により形成された無効論は古典理論 (théorie classique) と称される (以下、これを「古典的無効論」という)。そして、一部無効は、新無効論によつ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つたとされている。そこで、本款では、無効論に生じた理論的な変容を概観し、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くこととしよう。

一 古典的無効論の形成

(一) 民法典と「無効または取消し訴権」

一九世紀の註釈学派が無効をどのように捉えていたかを概観する前に、無効に関する規定を確認する。⁽⁸⁾

民法典一二三四条は、債務の消滅 (extinction des obligations) 原因を列挙し、その諸原因のひとつとして「無効または取消し (la nullité ou la rescision)」を挙げる。もともと、無効や取消しとは何かが、民法典上、明確に定められているわけではない。無効の理論化を試みた古典的無効論の形成にとつて重要な役割を果たす条文は、無効または取消し訴権の消滅時効を通常よりも短期の一〇年とする旨を規定した一二〇四条 (原始規定)⁽⁹⁾、無効または取消し訴権が認められる債務の追認を認める一二三八条、そして、条文の順番が前後するが、無効または取消し訴権とは異なる「当然に無効 (nulle de plein droit)」という文言を用いる一二一七条である。

一二一七条「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）。」

旧一三〇四条第一項「原始規定」「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、一〇年間存続する。」

一三八条第一項「法律によって無効または取消し訴権が認められた債務の追認または確認証書は、その債務の内容、取消し訴権の理由の記載およびその訴権の原因の瑕疵を治癒する意図がそこに見出されるときでなければ、有効でない。」

一方で、民法典旧一三〇四条および一三八条の文言に着目をするならば、民法典は、債務の消滅原因である無効または取消しとなる場合を区別することなく、それに関する規律に服せしめている、とも解されよう。他方で、一一七条は、無効または取消し訴権とは異なる、「当然に無効 (nulle de plein droit)」という表現を用いている。このような用語法の曖昧さゆえ、あるいは効力が否定される場合のすべてが無効または取消し訴権を要するのか、あるいは無効または取消し訴権を必要とせずに効力が否定される場合がありうるのか、民法典の解釈には困難を伴った。そのため、一九世紀の註釈学派の諸学説のなかでは無効に関する理解は一致しておらず、民法典制定後すぐに無効に関する理論が形成されたわけではなかった。⁽¹⁰⁾ 古典的無効論と称される理論が形成されたのは、一九世紀末であったといわれる。⁽¹¹⁾ この無効の理論化にあたり大きな影響を及ぼすことになったのは、訴えを要しない無効類型として把握される「不存在 (inexistence)」と呼ばれる概念であり、古典的無効論における無効の本質を析出するにあたって、同概念が重要な意義を有する。⁽¹²⁾ そこで以下では、不存在概念に関する検討を通じて、無効の本質の変容を概観する。

(二) 不存在概念の無効論への影響

(1) 不存在概念の起源

不存在概念は、婚姻の無効に関する問題に答えるために主張されはじめたものだといわれている。⁽¹³⁾ すなわち、婚姻については、民法典一八〇条以下が、婚姻の無効事由を規定する。しかし、同性による婚姻⁽¹⁴⁾、同意が完全に欠如した婚姻、および民事身分吏 (officier de l'état civil) による挙式 (célébration) が欠如した婚姻につき、無効とされることが規定されていない。他方で、婚姻の分野において、「法文がなければ無効はない (Pas de nullité sans texte)」という法諺があり、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。⁽¹⁵⁾ そうすると、先の婚姻の諸類型は、無効にならないのであろうか。この問題を解決するために依拠されたのが、ドイツの法学者であるツアハリエ (K. S. Zachariä) が著したフランス法の体系書の記述であった。⁽¹⁶⁾

ツアハリエは、婚姻の諸要件を、婚姻の存在に基本的な要件と、単に婚姻が有効であるために必要な要件とに区別した。そしてツアハリエは、法哲学および実定法によれば、次の三つが婚姻の存在に基本的な要件であるとする。第一は、民事身分 (état civil) を享受する異性の当事者が能力 (capacité) を有することである。第二は、「両当事者の相互の同意である。第三は、方式に適った挙式 (célébration solennelle) である。ツアハリエによれば、これらの三つの要件のいずれかを欠く場合には、婚姻は存在しない (non avenue)。⁽¹⁷⁾ これに対し、有効要件を欠くにすぎない場合には、婚姻は、判決により無効が言い渡されることにより消滅するとした。⁽¹⁸⁾

このような理解をもとに、たとえば、ドゥモロンブ (C. Demolombe) は、次のように述べ、同性の当事者による婚姻を不存在とする。⁽¹⁹⁾

「私は、「婚姻に」必要な要件の主要な種類として将来の夫婦間の性別が異なることを規定する必要がある、と述べようか。ナポレオン法典それ自身は、それ〔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と思われる。というのも、民法典一四四条「引用者注…男性と女性とで異なる婚姻可能年齢を定めた原始規定」¹⁹は、それを要求していないとはいえ、本質的に、この条件を前提としている……。

それゆえ、同性の二人の人間の婚姻は、根本的に不可能である。……この婚姻と称されるもの（*pretendu mariage*）は、単に、無効とされうるもの（*annulable*）ではないであろう。これは、無（*néant*）としての無効（*null*）であろう。」²⁰

このように婚姻の無効に関して、条文に規定されていない婚姻の無効原因の存在を見出すために、ある種の婚姻は存在していないと主張された。

その後、不存在概念は、契約の分野でもその意義が見出されることとなる。²¹もつとも、契約の分野で不存在概念が語られるとき、「法文がなければ無効はない」という法諺により生ずる問題を解決するためではない。契約の分野においては、あらゆる効力否定原因に無効または取消し訴権に関する諸規定が適用されるかという問題に答えるために、不存在概念が重要な役割を果たす。そして古典的無効論における無効の本質という視角から重要であるのは、不存在（*inexistence*）と無効（*nullité*）との区別の基準をいかなる点に求めていたかである。そこで、この点に着目しながら、新無効論により批判の矛先が向けられた古典的無効論を形成したといわれるドウモロンブとロラン（F.Laurent）の見解をみてみよう。なお、論者によって、本稿が用いる不存在と無効という区別に対応する語が異なる点に注意されたい。

(2) ドウモロンブによる無効 (nulle) と無効化可能性 (annulabilité)

古典的無効論の代表的な論者であるドウモロンブは、婚姻の無効を論じる際に採用した無効な行為、および無効とされる行為という区別を、「債務の消滅」の章に置かれた民法典旧一三〇四条の解説の際にも言及する。

「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絶対的に欠くとき、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、無効とされるものである……。

われわれが無効と呼ぶ合意は、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、事実ではない。⁽²⁰⁾」〔筆者注：「／」は改行を示す。〕

ドウモロンブは、このように契約を、無効な契約 (les contrats nuls) と、無効とされる契約 (les contrats annulables) とに区別した。これを正当化するにあたり、ドウモロンブは、民法典の起草過程での議論からも同様の理解が見出されることに言及する。そこで参照されるのは、民法典旧一三〇四条、および一三三八条に関する護民院 (Tribunat) でなされたジョベール (F. Joubert) の報告であった。⁽²¹⁾

第一に、民法典旧一三〇四条に関する説明をみよう。ジョベールは、無効または取消し訴権を説明するにあたり、まず、合意の基本的な要件について言及した。すなわち、「合意が拘束力を有するためには、それが合意の外観を有する、つまり当該分野において定められる方式を備えているだけでは十分ではない。要は、そこ〔合意〕に、合意の実

性 (réalité) に必要なあらゆる事柄が見出されなければならない」とし、合意の基本的な要件として、義務を負う当事者の同意 (consentement de la partie qui s'oblige)、「契約を締結する能力、確実な目的 (objet certain)」、「適法なコース (cause licite) の四つを挙げた。そして、これらの要件を欠く場合につき、次のように説明する。

「不法なコースは、……合意を瑕疵あるものにし、時の経過はそれを有効なものとしめない。契約はなかったのである。合意が目的を欠く場合、ここでも、何時も、それが債務を生ぜしめることは不可能である。それは、もはや契約ではない。」⁽²⁴⁾

このように、適法なコース、および確実な目的に関する説明から始め、これらの要件を欠く場合、契約がないことを理由に、時の経過により有効にはならないとする。これに対して、同意、および契約を締結する能力については異なる説明をし、無効または取消し訴権はこの二つの要件を欠く場合にのみ適用されるものだという。

「制限行為能力者 (les incapables) は、彼らの意に反して、彼らの約務 (engagement) を履行することを強制されえない。／彼らは、それを無効化する権限を有する。／しかし、それは、その行使が法律により制限される権限でしかない。／彼らがその行使を放棄する場合、または法律により要求された方式や期間になさないう場合には、約務は、履行されなければならない。

最後に、同意が錯誤によってしか与えられなかった場合、または強迫により無理やりさせられた、あるいは詐欺によりだまされてさせられた場合、有効な同意はなかった。／しかし、……「それを」主張する者は、それを証明

しなければならぬ。それゆえ、彼が用いることができるのは、抗弁 (exception) である。そして、彼が法律の文に適したかたちで (aux termes des lois) それを用いない場合、約務は、すべての効力を有して存続する。

それゆえ、無効または取消し訴権は、合意が訴権を生ぜしめ、それが抗弁により排斥されうる場合にのみ適用される。すなわち、第一に、制限行為能力の場合、第二に、同意の欠如 (défaut de consentement) の場合である。⁽²⁵⁾

このようにジョベールは、契約が存在しているかという点により、民法典旧一三〇四条の適用の有無を区別した。すなわち、目的またはコースがなかった場合、および不法なコースであった場合には契約が存在せず、約務から解放されるためには、裁判所で訴える必要があるという。これらの場合、当該行為は、「契約と誤って性質決定され、どんな訴権も生ぜしめない」⁽²⁶⁾。これに対し、制限行為能力者の場合、および同意の欠如の場合につき、債務それ自体は正当に存在する。これらの場合、「約務に同意をした者は約務から解放されうると述べるにとどめなければならない」⁽²⁷⁾という。

第二に、民法典一三三八条に関する説明をみよう。一方で、無効または取消し訴権が認められる債務につき、一三三八条は、追認証書 (acte de confirmation) により瑕疵が治癒されうることと認める。他方で、一三三九条は、贈与が法律上要求された方式を備えていない場合、いかなる追認証書によってもその瑕疵が治癒されない旨を規定する。⁽²⁸⁾

その理由につき、ジョベールは、次のように説明した。まず、どのような行為が追認されうるか等を論ずるにあたり、無効に関する分析が必要であつたという。すなわち、無効には、どんな訴権も生ぜしめないものと、単に抗弁を与えるにすぎないものがある。そして、現実には存在するが、何らかの瑕疵により効力を欠く行為だけが、追認されうる。これに対し、法律が決してその存在を認めなかった合意は、追認されえない。一三三九条は、贈与に関する証書の重要性、つまり無償でなされる所有権 (propriété) の移転の特徴から、方式上無効な贈与につき、追認証書による瑕疵の

治療を認めなかったとした。⁽²⁹⁾

ドゥモロンブに再び目を戻すと、これらのジョベールの言説を参照し、次のように結論づけた。民法典旧一三〇四条の文言によれば、無効または取消し訴権は合意のみを対象にしているため、同条は、無効となりうる合意についてのみに適用される。これに対して、無効な合意には適用されない。⁽³⁰⁾そして、無効と無効化可能性は、それを主張しうる者の範囲、追認の可否、時の経過による治療の可否という三つの点で異なる。すなわち、無効は、あらゆる利害関係人により対抗されうる（*peut en être opposée*）。そして、無効は、追認や確認がなされうるものではなく、また、時の経過によっても治療されえない。これに対して、無効化可能性は、特定の者によってしか主張されえない。そして、無効化可能性は、追認または確認されうるものであり、一定の期間の経過により治療されうる。⁽³¹⁾

さて、ドゥモロンブは、このように無効な合意と無効となりうる合意とに区別をし、それにより異なる結論に至ることを説明するのであるが、ここで、その区別の基準は何かという問題に焦点を合わせることとしたい。先に述べたとおり、ドゥモロンブは、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」と⁽³²⁾していた。この指摘から、ドゥモロンブが、無効と無効化可能性との区別の基準を、合意の成立に係る基本的な要件が欠如しているか否かに求めていたことがわかる。もともと、具体的にいかなる場合が合意の成立に係る基本的な要件の欠如に該当するかについては、明確な基準が提示されているとはいいがたい。たとえば、ドゥモロンブは、民法典一一〇八条に定められた合意の基本的な有効要件のうち、同意が完全に欠如していた場合、および目的が欠如していた場合については、合意があるとはいえず、存在要件の欠如の場合と位置づける。なぜなら、当事者の同意と目的の必要性は自然法（*droit naturel*）に由来し、あらゆる場所、あらゆる時代に見出されるものだからである。これに対して、当事者の能力やコーズは実定法（*droit positif*）に由来するものであり、変動的であり、当事者の同意や目的とは性格を異にするという。⁽³⁵⁾

それゆえ、当事者が能力を欠く場合には、時効にかかる⁽³⁶⁾。ただし、適法なコーズを欠く場合については、一一三一条により適法なコーズを欠く債務が「いかなる効果も有しえない (ne peut avoir aucun effet)」と規定されていることから、当然に無効である、つまり、無効訴権を生ぜしめないのであった⁽³⁷⁾。

このようにドウモロンブは、合意に係る要件を、あらゆる場所、あらゆる時代に見出されるものであるか、変動的なものであるかにより区別した。しかし、ある行為が無効か無効化可能なものは、この区別に完全に依拠していたわけではなかったのであり、ドウモロンブが無効と無効化可能性とを区別する基準は、不明瞭であったといえよう。

(3) ロランによる不存在論

合意に係る要件のうち、いかなる要件が存在要件であり、その基準は何か。この問題についてより詳細な説明を加える学説として、ロランを挙げることができる。

ロランもまた、効力を否定される行為には、不存在行為と無効な行為があるとする。これらは、ドウモロンブにより無効および無効化可能性と称された類型の内容にそれぞれ対応する。

すなわち、一方で、行為が、それがなければ法的に存在が認められない要件を満たしていない場合には、不存在であり、無 (néant) であるという。そして、「無は、いかなる効果も生ぜしめない。無効が要求される必要なしに、行為は法律の名において当然に無効である (nul de plein droit en vertu de la loi)。それ〔その行為〕は、どんな訴権も引き起こさない」とし、不存在の場合につき、追認により瑕疵が治癒されることも、時効により有効になることもないとする。他方で、行為が無効である場合には、無効訴権の原因になるとする。無効な行為につき、訴えが提起されず裁判官が無効を言い渡していない場合には、当該行為は、法律が完全に有効な行為に認めるあらゆる効果を生ぜしめる。この

とき、追認により行為を有効なものとする⁽³⁸⁾ことも、無効訴権が時効となり行為が有効になることもありうる。

このようにロランも、存在要件と不存在とを結びつけ、不存在と無効とを対置した。では、具体的に何が存在要件であり、それはなぜか。ロランが合意の存在要件として挙げる、同意、目的、コース、要式契約における方式 (*solennité dans les contrats solennels*) の四つの要件に関する説明をみていこう⁽³⁹⁾。

第一に、同意についてである。合意は、債権者と債務者の意思の合致であることから、契約をする意思を示す (*stipuler*) 債権者も、義務の負担を約束する (*promettre*) 債務者もない場合、つまり同意がない場合には、合意は存在しないとする⁽⁴⁰⁾。もっとも、ロランは、同意の不存在と、同意の瑕疵または制限行為能力とを混同してはならないとする。

同意に瑕疵があった場合、つまり錯誤、強迫または詐欺があった場合には、民法典一一七条が、合意を当然に無効にするのではなく、単に無効訴権の原因になるにすぎないと規定する。ロランは、その理由を、これが単に個人的利益 (*intérêt privé*) の問題だからであり、立法者は、錯誤等により締結された合意を当然無効 (*＝ 不存在*) と決めてかかることはできず、また、そうしてはならないと説明する。これに対して、同意の不存在の場合には、合意に対してどんな効果も与えられず、立法者は、無に対してサンクションを課すことができないという⁽⁴¹⁾。

続いて、行為能力を合意の存在に必要な要件としない理由について、ロランによれば、幼児のように当然に契約を締結する能力がない場合には同意があったとはいえないが、その他の、未成年者のような制限行為能力者の場合には、法律が、取引経験 (*expérience des affaires*) 等を理由に行為能力を制限しているにすぎず、契約を締結する能力自体はある。それゆえ、不存在とする理由はない⁽⁴²⁾という。

第二に、目的についてである。ロランは、契約が物 (*les choses*) を手に入れる唯一の手段であることから、合意が目的を欠く場合、契約は存在しない⁽⁴³⁾という⁽⁴⁴⁾。

第三に、コースについてである。ロランは、コースを、双務契約では、契約を締結するための法的な動機 (*motif juridique*) であると定義する。そして、この動機がなければ、債務は存在理由を失うため、不存在だとする。また、コースが存在しない場合だけでなく、それが不法であった場合にも、契約は不存在だとする。ロランによれば、不法なコースに関する民法典一・二三条は自然法 (*droit naturel*) の表れであり、不法なコースに基づく債務は、どんな効果も生ぜしめることができない。⁽⁴⁴⁾ 不法なコースとされる場合を具体的にみていくならば、コースが法律に反するとき、立法者はその行為に効果を認めることができず、行為は当然無効 (＝不存在) でなければならぬ。コースが良俗に反するとき、神がわれわれの胸に刻んだ法律 (*lois que Dieu a gravée dans nos coeurs*) により契約締結の自由が制限されているのであり、不道德な合意は当然無効でなければならない。コースが公序に反するとき、合意により一般利益 (*intérêt général*) が害されているのであり、この利益を保護するには、この契約を無効とされうとするだけでは十分ではなく、法的に存在しなかったとする必要がある。⁽⁴⁵⁾ このような説明により、ロランは、コースがなかった場合、および不法なコースであった場合には、合意は存在しないとした。

最後に、要式契約における方式についてである。ロランによれば、要式契約において、適法な方式により同意が示されていない場合には、同意は存在しなかったものとみなされなければならない。この意味で、要式契約では、方式は同意と一つになるという。⁽⁴⁶⁾ それゆえ、要式契約において適法な方式により同意がなされなかった場合には、契約は存在しないこととなる。

このように四つの要件がなぜ存在要件とされるかが説明された。その説明によれば、存在要件には、一方で、合意の本質という観点から導かれているものもあれば、他方で、違反された法または法律の目的や利益という要素から導かれるものもあることがわかる。

このことは、ロランと同様の区別をするボドリ＝ラカンティヌリ&バルド（G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde）の見解をみると、いっそう明白になろう。すなわち、不存在な行為とは、事実上は形づくられてはいるが、法的に存在しない行為であるとし、その例として、次の二つの場合があるとする。第一は、契約の成立に基本的な要素を欠いている場合であり、同意の完全な欠如、目的の欠如、コースの不存在あるいは誤ったコース、または要式契約における方式違背が列挙される。第二は、契約が公序を根拠とする法律の規定（prescription）⁽⁴⁷⁾ または禁止に違反している場合である。⁽⁴⁸⁾ それゆえ、不存在と無効とに区別をする見解がいう存在要件とは、それが満たされていなければ法的に存在が認められない要件であり、以上でみた二つの特徴を有する要件が包含されていたといえよう。

（4） 一九世紀の学説の混迷と二分法の通説化

先にみたように、古典的無効論の代表的な論者であるドウモロンブとロランは、用いる用語に差異がみられるものの、不存在概念を契約の領域にも妥当するものとして説明するにあたり、合意の存在要件を欠く場合が不存在であり、有効要件を欠く場合が無効である、という二分法を採用した。

もつとも、一九世紀の学説をみるならば、この二分法とは異なり、不存在とされる行為をより制限的に解する学説も存在していた。オブリ&ロー（C.Aubry et C.Rau）が、その学説として知られる。

オブリ&ローは、ドウモロンブやロランと同様に、無効と不存在とは混同されてはならないとし、それぞれ次のように説明する。無効は、行為が法律の定め（commandement）または禁止（délense）に違反する場合に被る効力の否定である。これに対して、不存在は、行為の存在を認めることが論理的に不可能な事実に関する諸要素が欠如した行為、ならびに実定法の文言または精神によってその存在に不可欠な要件および方式を備えていない行為のことを指す。不存

在である行為は、「もはや単に無効ではなく、存在しない (non avenu) ものと考えられなければならない」という⁽⁴⁹⁾。不存在の例として、当事者間で同意の合致がない合意や、目的物または代金を欠く売買が挙げられる。

オブリ&ローのこの分類によると、不存在とされるのは存在要件を満たしていない場合であるということができるが、その中身は、ロランのそれとは異なる。つまり、ロランは、合意の本質上、存在が認められない場合のほか、法律上、存在を認めるべきではないと考えられる場合にも、行為は不存在であるとしていた。これに対して、オブリ&ローは、「法律の定めまたは禁止に反する場合」を無効とし、とりわけ公序に反する場合など、立法者が特定の者に無効の主張を制限していない場合を、絶対無効 (nullité absolue) であるとする。そして、「無効」と称される場合と不存在の場合とでは、効力を否定するにあたり、裁判官による無効の言い渡しの必要性という点で差異が生ずるとい⁽⁵⁰⁾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だけにとどめる場合と、あるいは純粹かつ單純に、あるいは法律上 (de droit)、または法律上当然 (de plein droit) にという用語を伴い法律が無効と表明する場合とを、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 (annulation) が裁判官により言い渡されない限りは、有効なままである。」⁽⁵¹⁾

あらゆる利害関係人が主張しうる絶対無効であれ、特定の者にしか主張が認められない相対無効 (nullité relative) であれ、「無効」と称される場合には、裁判官による無効の言い渡しが必要である。これに対し、不存在の場合には、裁判官による言い渡しを必要としない。その結果、無効だけが、無効または取消し訴権に関する民法典旧一三〇四条(短

期消滅時効）、および一三三八条（追認）が適用される⁽⁵²⁾。

もつとも、そうすると、絶対無効と相対無効とが区別されることなく短期の消滅時効にかかり、また、追認が可能であることとなる。オブリ&ロー自身、絶対無効か相対無効かという特徴は、短期消滅時効や追認に関する規定の適否にあたり重要ではないと指摘する⁽⁵³⁾。しかし、このように述べた後、「このルールは例外を受け入れる」として、三つの例外を挙げる。第一は、公序に反することを理由に無効とされる場合であり、このとき、当事者の意思は債務に付された瑕疵を消すことに無力である。第二は、第三者の利益のために定められた手続き（*formalités établies dans l'intérêt des tiers*）が遵守されていないことを理由とする無効である。第三は、生存者間における贈与が適法な方式を備えていなかったことを理由とする無効である⁽⁵⁴⁾。このように、一定の無効については、機械的に民法典旧一三〇四条および一三三八条が適用されるとは考えていなかった。

さて、これらの例外が絶対無効に対応すると考えることが可能であれば⁽⁵⁵⁾、オブリ&ローは、効力が否定される原因により、不存在、絶対無効、および相対無効とに分類し、それらに異なる制度を割り当てていた、と解することができよう。不存在と絶対無効は、民法典旧一三〇四条および一三三八条の適用の可否の点では差異がなくなるものの、裁判官による無効の言い渡しの必要性という点で決定的に異なるものであった⁽⁵⁶⁾。

しかしながら、不存在と絶対無効とを区別する基準に目を向けると、一貫しない点がみられるように思われる。すなわち、無効は「法律の定めまたは禁止に違反した場合」に課されるものであったとされていたが、そうであれば、コーズが不法であった場合、絶対無効となるはずである⁽⁵⁷⁾。しかしながら、オブリ&ローは、不存在の例として、コーズが不法である場合を挙げる⁽⁵⁸⁾。その理由が具体的に示されているわけではないが、おそらく、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」と規定する民法典一一三一条の文言にあるように思われる⁽⁵⁹⁾。しかし、学説のなか

には、コーズが不法である場合につき、当該行為は法的に成立しており、不存在ではなく、無効であると指摘するものがある。⁽⁶⁰⁾ それゆえオブリ&ローの見解は、法律の定めまたは禁止に違反した場合を無効であるとしながらも、一定の場合には不存在となることを認めていたため、その区別の基準は不明瞭なものであったといえよう。⁽⁶¹⁾

実際、このような不存在とは区別された絶対無効類型を見出す学説に対しては、否定的な態度をとる学説が多かった。たとえば、ボドリール・カンティヌリ&バルドによれば、事実的要素の欠如であれば、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。すなわち、たしかに、効力が否定される原因に関していえば、オブリ&ローにおけるような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により効力が否定されるのに対して、絶対無効の場合には、法律の意志により効力が否定される。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。⁽⁶²⁾ このようにして、絶対無効は不存在の類型に包含され、二分法を採用する学説が当時の通説となっていた。⁽⁶³⁾

(三) 無効論の本質とその変容

これまで、一九世紀の註釈学派の代表的な学説を取り上げること、当時の無効論を素描することを試みた。最後に、新無効論により、古典的無効論の本質がどのように理解され、批判されるに至ったのか、その本質がどのように変容したのかを考察することとしたい。

(1) 古典的無効論の定式と無効の本質

古典的無効論は、行為に存する瑕疵が合意の存在要件に係るものか否かにより、不存在とされる行為と無効とされうる行為とに分類した。このような無効論は、無効を有機体のように（organique）捉えていると評価される⁶⁴。実際、ドゥモロンブは、無効論を人間の誕生に例え、次のように説明していた。絶対無効ないし不存在は、死産であつて、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、病氣であり、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⁶⁵。

そこで一九世紀の学説は、不存在であ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を解決しうるものだとしていた。古典的無効論は、一般に、次のように定式される⁶⁶。

一方で、契約に存する瑕疵が重大なものではないとき、その契約は無効とされうるものである。このとき、当該契約は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、民法典旧一三〇四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、契約に存する瑕疵が重大なものであるとき、その契約は不存在である。契約が不存在である場合には、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。

このように古典的無効論では、行為に存する瑕疵が法的な存在を妨げるほどの重大なものであつたか否かにより、つまり、行為の状態により、不存在な行為が無効にされうる行為かが区別されていた⁶⁷。

以上の定式によれば、古典的無効論は、明確な帰結をもたらしうる理論であるようにも思われる。しかし、仔細にその内容を見るならば、第一に、何を存在要件とするかという点で学説が完全に一致をしておらず、第二に、それによりあらゆる問題に解答しうるものではなかった。いくつか例を挙げるならば、次のとおりである。

第一の、何が存在要件であるかという点についてである。たとえば、当事者の一方が心神喪失 (*démence*) 状態または酩酊 (*ivresse*) 状態の場合に、彼らがなした行為の帰趨について規定する条文は存在しない。そこで、同意は完全に存在していないのか、または同意の瑕疵に相当するか、つまり無効とされうるものであるかにつき、学説は対立していた。一方で、ドゥモロンブは、心神喪失者または酩酊者には契約を締結する能力が物理的に存在しない (*incapacité physique de consentir*) として、心神喪失者または酩酊者によりなされた行為は存在しないとする⁽⁶⁸⁾。他方で、オブリローは、同意の瑕疵でしかないとし、相対無効であるとする⁽⁶⁹⁾。

また、同意に錯誤があつた場合についても、解釈が分かれていた。民法典一一〇条は、「錯誤は、それが合意の目的 (*objet*) である物の本質 (*substance*) そのものに関するときに限り、合意の無効原因となる」と規定する。また、一一七条は、詐欺または強迫の場合と同様に、錯誤は、合意を当然に無効とするのではなく、無効訴権の原因になると規定する。それゆえツァハリエは、錯誤につき、本来であれば、事実上、あらゆる同意を認めないものであるとしながらも、法律上、無効訴権が開かれると規定されているのであり、錯誤による同意に法的存在が認められるのは明らかであるとする⁽⁷⁰⁾。これに対し、ボドリ＝ラカンティヌリ (*G.Baudry-Lacantinerie*) は、一定の錯誤の場合には契約は不存在であるとし、その場合として、合意の性質 (*nature de la convention*) に関する錯誤の場合、合意の目的 (*objet*) に関する錯誤の場合、および債務のコースの存在に関する錯誤の場合があるとする⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾。

続いて、第二の、不存在と無効との区別があらゆる問題を解決しうるものではないという点についてである。たとえ

ば、古典的無効論によると、贈与者の死亡後、その相続人が無効な贈与を追認しうると規定する民法典一三四〇条をいかに説明するかが問題となった。⁽⁷⁴⁾ すなわち、一三三九条が適法な方式によりなされなかった贈与につき追認しえないとするにもかかわらず、一三四〇条は、その相続人が贈与者の死亡後には当該贈与を追認しうる旨を規定する。それゆえ、方式違背の贈与が存在であるためにそれを追認しえないとして一三三九条を説明する場合、一三四〇条によれば相続人がなぜ当該贈与を追認しうるのかを説明することが難しい。なぜなら、不存在である行為は、無であり、追認されえないはずだからである。⁽⁷⁵⁾

このように、古典的無効論によれば、具体的な問題に対する解決が必ずしも一致せず、また、民法典と整合的な理論であるともいいがたいものであった。それゆえ、二〇世紀に入ると、古典的無効論は批判にさらされ、新たな無効論が形成されていくこととなる。

(2) 新無効論による無効の本質の変容

古典的無効論に対する批判的な流れは、一九〇二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)』⁽⁷⁶⁾と題されるテーズに始まるとされている。もともと、古典的無効論から新無効論への変容において重要な役割を担った学者は、その直後に現れた、ジャピオ (R. Japio) および E. ゴドゥメ (E. Gaudemet) であった。⁽⁷⁸⁾⁽⁷⁹⁾ その変容の決定的な内容のひとつが、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。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。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⁽⁸⁰⁾、およびそれが統一性を欠いており、

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上の価値を有さないことを理由に批判した⁽⁸¹⁾。既に指摘したように、一九世紀の諸学説は、一貫した無効論を有していなかった⁽⁸²⁾。つまり、いかなる場合が不存在であり、または無効であるかにつき一貫性を欠いており、また、不存在と無効との区別はあらゆる問題を説明しうるものではなかった。そこで、ジャピオは、無効の本質を行為状態であると捉えることをやめ、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。

「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ぬ。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ぬ。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⁽⁸³⁾。」

「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⁽⁸⁴⁾。」

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⁽⁸⁵⁾や、無効または取消し訴権を無意味なものとしたことなど⁽⁸⁶⁾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依拠しているわけではない⁽⁸⁷⁾。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は、今日の無効論の基礎をなしている。

(3) 古典的無効論における無効の本質と全部無効との接合

最後に、古典的無効論における無効の本質に再び目を戻し、本稿の検討課題である一部無効論に関連づけることとしたい。既に述べたとおり、一部無効論の先駆者であるシムルールをはじめ、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、一部無効を正当化していた。では、古典的無効論においてはどうかであったのだろうか。当時の学説からその解答を得ることは難しいが、現在の学説は、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指摘する。その理由は、次のとおりである。

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、成立に係る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。⁽⁸⁸⁾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。無効論の変容により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。⁽⁸⁹⁾

(4) 小括

以上のように、古典的無効論においては、無効の本質は行為の状態にあり、一般に、一部無効という概念は認知されていなかった。しかし、そうすると、不法条件等が付された惠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九〇〇条は、行為の一部を無効とするという思考をなぜ与えなかったのであろうか。次款では、民法典制定時における九〇〇条の意義を探ることとしよう。

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、本稿で行う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、一部無効という観点から論じる。一部無効論がその正当性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本文後述の不存在 (*inexistence*) 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、そして一部無効論にどのような影響を与えたとされているかに焦点が合わせられる。

(7) 一九世紀の学説は、法律問題の解決は法典の条文から抽出されなければならない、と考えていた。このような註釈学派は、一九世紀中葉から末にかけて絶頂を極めたといわれる (一九世紀におけるフランス民法学の発達については、福井裕次郎編譯『仏蘭西法學の諸相』(日本評論社、一九四三年) 三頁を参照)。この時期に、古典的無効論が形成されていく。

(8) 本稿では取り上げなかったが、民法典制定前の無効に関する規律について、ここに補足しておきたい。

民法典が制定される前の古法時代では、取消し状 (*lettre de rescision*) 制度という制度的差異に支えられ、取消し状に基づく取消し (*rescision*) と当然無効 (*nullité de plein droit*) とが区別されていた (古法時代の無効に関する規律については、参照: C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 3, 3^e éd. Paris, 1872, n^o 4 et s.; M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, LGDJ, 2002. また、取消し状制度や古法時代の学説については、齋藤・前掲注 (6) 「フランス法における返還請求の諸法理 (四)」二〇五頁以下が詳しい)。

すなわち、一方で、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う合意の瑕疵があった場合には、小尚書局 (*petites Cancelleries*) により発行される取消し状に基づいて、取消しが可能であるとされていた。他方で、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。王令または慣習法に基づく無効原因については、取消し状を要せず、法律上当然に (*de plein droit*) 無効であった (J. Ghestin, Glorieux et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4^e éd., LGDJ, 2013, n^o 2096)。

しかし、革命時、一七九〇年十一月七日および一日の法律により取消し状制度が廃止され、当然無効と取消しとの区

別は消失していった。

- (9) 今日では、無効または取消し訴権の消滅時効の期間は五年と改正されている。また、一般的な訴権の消滅時効に関する規定も、二〇〇八年六月一七日の法律により改正されて、現在では民法典二二二四条に規定されている。原始規定である旧二二六二条は、次のように規定していた。

旧二二六二条「対物訴権であれ、対人訴権であれ、すべての訴権は、三〇年で時効にかかる。」

その後、二〇〇八年六月一七日の法律により、民法典二二二四条は、対人または動産訴権について時効期間を五年とした。もっとも、あらゆる対物訴権の時効期間が五年であるとされたのではなく、二二二七条により、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、時効期間が三〇年とされている。

- (10) *McMunyn, op. cit.*, these, n° 39; *MBoudot, Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles*, in dir. *MBoudot et P.-M. Vecchi, La théorie des nullités*, LGD, 2008, p.79, spéc., n° 2 et s.

- (11) *J.Chestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, op. cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, 4^e éd., LGD, 2013, n° 2102.

本稿は、本款において、民法典制定当時になぜ一部無効という概念が生じなかったかを明らかにすることを課題とする。そして、この課題に取り組むには、古典的無効論の本質が何であったかを明らかにする必要があった。それゆえ本稿は、その限りで必要な一九世紀の無効論にのみ言及する。

一九世紀の無効論については、齋藤・前掲注(6)「フランス法における返還請求の諸法理(一六)」一三七頁以下が詳細な検討を行っている。

- (12) フランスの不存在概念について論じた論稿として、たとえば、熊谷芝青「フランス民法における『無効』と『不成立』の関係」田山輝明ほか編『民法学の新たな展開』(成文堂、一九九三年)六五頁(以下、熊谷「無効と不成立」と引用する。)、鎌田・前掲注(6)「相対無効」一三九頁、齋藤・前掲注(6)「フランス法における返還請求の諸法理(一六)」一五三頁以下がある。

本稿の不存在概念に関する記述は、これらの論稿と重なる部分が大きいが、無効の本質の変容という視角から整理をしている点で、なお意義を有していると考える。

- (13) しかし、近時では、絶対無効類型の一貫性の欠如ゆえに不存在概念が創出されたと指摘する学説もある (M.Cumyn, *op.cit.*, thèse, n° 43)。

- (14) 現在では二〇一三年五月一七日の法律により、民法典一四三条が同性間の婚姻を認めている。一四三条は、次のように規定する。

一四三条「婚姻は、異なる性の、または同一の性の二人により締結される。」

- (15) G.Duruy, L'existence, nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, in *Travaux de l'Association Capitant*, tome 14, Librairie Dalloz, 1965, p611, spéc. p.615.

- (16) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 49.

なお、熊谷・前掲注 (12) 「無効と不成立」六九頁も参照。本稿は、ツァハリエによるフランス民法典に関する体系書の、フランス語に翻訳されたものを参照している (たとえば、C.SZaharia, *Cours de droit civil français*, trad.C.Aubry et C. Rau, tome 2, 2^e éd. Bruxelles, 1850)。¹⁾ 熊谷芝青教授は、ツァハリエの体系書と Handbuch des französischen Civilrechts, 1808 : 5. Aufl., 1853. を参照し、ドイツ語とフランス語の違いに着目して、フランスの学説 (とりわけオブリ＆ロー (C. Aubry et C.Rau) がツァハリエの不存在概念をどのように変容させたと考えられるかなど、興味深い指摘をする。

- (17) C.SZaharia, *op.cit.*, trad.C.Aubry et C.Rau, tome 2, 8450. [筆者注：ツァハリエのスペルは、著書記載に従っている。]

- (18) ヲモロンブは、本稿が引用した言説のなかではツァハリエの体系書を引用している (C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1, 4^e éd. Paris, 1869, n° 11)。²⁾ しかし、同一の巻の別の章で、婚姻には不存在であるものと、無効とされるものがあるという議論を展開するにあたりツァハリエを引用しており、その影響が窺える (C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1, n° 237 et s.)。

- (19) 民法典制定時、民法典旧一四四条は、次のように定め、男性と女性との間で婚姻可能な年齢を区別していた。

旧一四四条「原始規定」一八歳未満の男性、一五歳未満の女性は、婚姻を締結することができない。」

しかし、二〇〇六年四月四日の法律により、婚姻可能な年齢につき男性と女性との間で区別をしないこととした。現民法典一四四条は、二〇一三年五月一七日の法律によりさらに文言が修正され、次のように規定する。

一四四条「婚姻は、一八歳未満においては、締結されえない。」

(20) C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1, n° 11.

(21) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 50.

(22) C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, Paris, 1876, n°s 21 et 22.

(23) Mle baron Loaré, *Les législations civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tome 12, Paris, 1828, pp.491 et s.

民法典一三〇四条に関するシェーブルの報告については、齋藤・前掲注(6)「フランス法における返還請求の諸法理(六)」一四一頁以下も参照。

(24) Mle baron Loaré, *op.cit.*, tome 12, p.491.

(25) Mle baron Loaré, *op.cit.*, tome 12, pp.491 et 492.

(26) Mle baron Loaré, *op.cit.*, tome 12, p.492.

(27) Mle baron Loaré, *op.cit.*, tome 12, pp.492 et 493.

(28) 一三三九条「贈与者は、いかなる追認証書によつても、形式上無効な生存者間の贈与の瑕疵を治癒するとはできない。贈与は、適法な方式で再びなされなければならない。」

(29) P.-A.Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13, rééd., Osabrück, 1968, pp.393 et s.

(30) C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n°s 48 et s.

(31) C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n°s 23 et 24.

- (32) C.Demolombe, *op. cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n° 21.
- (33) 一一〇八条「合意の有効性にとって、以下の四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」
- (34) 判例や裁判例にも、この旨を判示するものがある。
たとえば、トウルーズ控訴院一八八五年一月二二日 (C.A. Toulouse, 21 janvier 1885, D.P. 1986, II, 73.) は、「同意の欠如による無効は、同意の瑕疵と混同されてはならない。第一の場合[同意の欠如の場合]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[同意に瑕疵がある契約]は、無効とみられるだけである」と判示する。
また、破毀院予審部一八八〇年六月二二日 (Cass. req., 21 juin 1880, D.P. 1881, I, 108.) は、「同意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、単なる計画にすぎないと評価される場合には、民法典旧一三〇四条の適用がなすとす。
- (35) C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, Paris, 1868, n° 42.
- (36) C.Demolombe, *op. cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n° 52 et s.
- (37) C.Demolombe, *op. cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, n° 381.
- (38) F.Laurent, *Principes de droit civil français*, tome 15, 3^e éd., Bruxelles, 1878, n° 451.
- (39) F.Laurent, *op. cit.*, tome 15, n° 452.
- (40) F.Laurent, *op. cit.*, tome 15, n° 453.
- (41) F.Laurent, *op. cit.*, tome 15, n° 453.
- (42) F.Laurent, *op. cit.*, tome 15, n° 454.

- (43) FLaurent *op. cit.*, tome 15, n° 455.
- (44) 一三三三条「コーズは、法律によつて禁止されるとし、善良の風俗または公の秩序に反するとき、不法である。」
- (45) FLaurent *op. cit.*, tome 15, n° 456.
- (46) FLaurent *op. cit.*, tome 15, n° 457.
- (47) 通説『《prescription》は「時効」を意味する』が多いが、(47)では文脈から「規定」と訳した。
- (48) GBaudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3^e éd., Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 1908, n° 1930.
- (49) CAubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 1, 4^e éd., Paris, 1869, § 37.
例示は(49)と(50) C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 1, § 37, note 3.
- (50) C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 1, § 37.
- (51) C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 1, § 37.
- (52) CAubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 1, § 37 ; C.Aubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 3, 4^e éd., Paris, 1871, § 337 et 339.
- (53) CAubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 3, § 337 et 339
- (54) (53)の例示は、追認に関する説明の際に挙げられたものである (C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 3, § 337)。
短期消滅時効の適用の可否にあたっては、「無効が追認により治癒されるものである」絶対無効か相対無効かというた無効の特徴は民法典旧一三〇四条の適用に影響をしないとしており、追認と同様の例外を認めている (C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 3, § 339)
- (55) オブリ&ローが絶対無効を民法典旧一三〇四条および一三三八条の適用されない類型として位置づけていると指摘するもの(55) M.Cumyn, *op. cit.*, thèse, n° 50.
- (56) 齋藤准教授は、オブリ&ローが無効または取消し訴権に関する規律の適用にあたり、無効とされるもののなかに例外を認めている点で、「彼らの類型化の体系的な確保されず、説明力を減殺されざるを得ない」と評価する(齋藤・前掲注(6)「フランス法における返還請求の諸法理(一六)」一五九頁)。

- (57) オブリ&ローの説明によれば不法なコースの場合には絶対無効になることを指摘するものとして、O.Gout, *op. cit.*, these, n° 58.
- (58) C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 3, § 337.
- (59) C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 3, § 345.
- なお、民法典一三二条は、次のように規定する。

一三二条「コースがない債務、または虚偽のコース (fausse cause) もしくは不法なコースに基づく債務は、いかなる効果も有するものとがばきなく。」

- (60) A.Tissier, note, S. 1903, I, p.257.

(61) オブリ&ローは、行為の存在を認めることが論理的に不可能な事実に関する諸要素が欠如した行為、および実定法の文言または精神によってその存在に不可欠な要件および方式を備えていない行為を不存在としていた (C.Aubry et C.Rau, *op. cit.*, tome 1, § 37)。それゆえ、後者の場合と絶対無効とが、いずれも法律の違反にかかわることから、どのような場合に不存在になり、または絶対無効になるかが不明瞭であった。

なお、熊谷・前掲注 (12) 「無効と不成立」六九頁以下は、ツアハリエが絶対無効を不存在と捉えていたと考えられるといふ。

- (62) G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3^e éd., Librairie de la société du recueil J.B.Sirey et du Journal du palais, 1908, n° 1931.

- (63) O.Gout, *op. cit.*, thèse, n° 60 ; G.Duruy, *op. cit.*, p.611.

- (64) R.Laplot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, pp.123 et 124.

ただし、古典的無効論の論者の多くが無効を有機体的ように捉えていたわけではなく、有機体的であるという評価は誇張されたものだと指摘されている (M.Boudot, *op. cit.*, n° 18)。

- (65) C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 3, 1^{re} éd., 1854, n° 236 et s.

- (66) J.Gheslin, G.Loiseau et Y.M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2104.
- (67) R.Rapinot, *op.cit.*, thèse, p.270.
- (68) C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, n°s 81 et 82.
- (69) C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 3, § 343.
 オブリ&ローは二分法を採用しないが、二分法による不存在概念が絶対無効を包摂したものであるとすれば、オブリ&ローのこの指摘は、二分法においても当てはまると思われる。
- (70) C.S.Zaharie, *Cours de droit civil français*, trad.C.Aubry et C.Rau, tome 1, 2^e éd., Bruxelles, 1850, § 343.
- (71) 具体例として、一方当事者Aが、他方当事者Bに対し、ある物がある価格で売却すると申し込んだのに対し、Bは、AがBに当該物を贈与すると理解した場合が挙げられる (G.Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome 2, 3^e éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, 1925, n° 35.)
- (72) G.Baudry-Lacantinerie, *op.cit.*, tome 2, n° 35.
- (73) 合意の性質に関する錯誤と目的 (objet) に関する錯誤は、今日でも、合意を阻却する錯誤 (erreur-obstacle) と称される場合、この場合には合意に瑕疵があるのではなく、合意が存在であると指摘されるものがある (たとえ、Fr.Terré, Ph.Simier, Y.Lequette, *Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n°s 210 et s.; Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 503.)。また、近時の判例によると、合意を阻却する錯誤に該当する錯誤がある場合には課されるサンクションは相対無効であると判示されている。すなわち、破毀院第三民事部二〇一三年六月二六日 (Cass.civ. 3^e, 26 juin 2013, Gaz.Pal. 2013, p.3231, chron. D.Houtieff ; D. 2013, p.2548, note V.Guillaudier) は、売買の目的 (objet) のなかに売主が売却するつもりになかった不動産の区画が含まれていた場合 (目的に関する錯誤であり、合意を阻却する錯誤に位置づけられる。) における錯誤無効の主張と消滅時効との関係につき、当該錯誤無効が一般利益 (intérêt général) を侵害しないことから、相対無効であり、二〇〇八年六月一七日の法律による改正前の民法典一三〇四条が適用され五年の消滅時効にかかる旨を判示する。
- (74) 一三四〇条「贈与者の死亡後における、贈与者の相続人または承継人による贈与の追認もしくは確認、または任意の履行は、方式の瑕疵、その他のあらゆる抗弁に関する対抗の放棄をもたらす。」

- (75) R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.276.
 - (76) F.Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse, Paris, 1902.
 - (77) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 76.
 - (78) R.Japiot, *op.cit.*, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.
 - (79) E.Gaudeмет, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd., Dalloz, 2004, p.150.
 - (80) ジャビオは、ロー民法上の、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民法に正確に基づいたものでは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.)°。
 - (81) R.Japiot, *op.cit.*, thèse, pp.119 et 271 et s.
 - (82) M.Boudot, *op.cit.*, n° 18.
 - (83) R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.13.
 - (84) R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.284.
 - (85) 無効を攻撃権と捉えることに對する批判として、C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, 1992, n° 347 et s.
 - (86) R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.405.
 - (87) 無効または取消し訴権を無意味なものとしたことに對する批判として、E.Gaudeмет, *op.cit.*, p.150.
- (87) 今日でも、判例は、無効とは異なる不存在という語を用いることがあることに注意をしなければならぬ。たとえ、不存在に言及をした近時の判例として、破毀院第三民事部二〇一四年五月二二日 (Cass.civ. 3°, 21 mai 2014, R.D.C.2014, 4, p.605, note Th.Gemicon) がある。同判決の事案は次のとおりである。裁判上の清算 (liquidation judiciaire) の際、組合持分 (parts sociales) がある夫婦から第一譲受人に譲渡され、次いで同持分につき第二、第三の譲渡がなされたところ、裁判所が定めた清算人 (liquidateur judiciaire) が、この第一、および第二の譲渡につき、実際には第一譲受人の署名が偽物で第一譲受人が同意をしていなかったと主張した。控訴院は、無効訴権の消滅時効である五年を経過した後になされたこの請求につき、行為の不存在を確認するためになされた訴権には合意の瑕疵を對象とする民法典一三〇四条による五年の消

滅時効の適用はないとして、これを認容した。これに対し、同意の不存在に基づくものであっても無効訴権の消滅時効が五年であることを理由に破毀申立てがなされた。破毀院は、第一、第二の譲渡には、第一譲受人が同意をした署名がなかったことから、裁判所が定めた清算人による訴権は普通法 (*droit commun*) の消滅時効期間が適用され、無効訴権の短期消滅時効期間である五年ではないとした（もつとも、控訴院が、第三の譲渡の譲受人に訴訟が提起されていないにもかかわらず第三の譲渡までも無効を言い渡していたことから、民事訴訟法典一四条および一六条に反することを理由に破毀されている。）。

このように近時の判例は、一定の事案については、無効訴権ではなく行為の不存在の確認訴権であるとし、無効訴権に適用される短期消滅時効の適用がないとする（二〇〇八年六月一七日の改正により今日では普通法の時効期間も五年（民法典二二二四条）となっており時効期間の点では統一されることとなるが、出訴権者や追認の可否の点で、これらの訴権を区別する意義が残されている可能性があろう。）。

ただし、古典的無効論の論者によれば不存在と位置づけられる合意を阻却する錯誤につき、近時の判例は、相対無効が課されるとする（前掲注（73）を参照）。それゆえ、先の破毀院第三民事部二〇一四年五月二二日の評釈をしたジェニコ（Th.Genicon）は、非常に制限的に不存在に固有の領域が認められるべきだという（Th.Genicon, op.cit., note, p.608.）。判例上、行為が不存在とされる事案があるとしても、一九世紀の学説がいう不存在と同一ではないであらう。

(88) M.S.Khalil, *Le dirigisme économique et les contrats : Etude de droit comparé*, thèse, LGDJ, 1967, n° 425.

また、一部無効を課すことが「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」と指摘するものとして、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, p.630.

(89) O.Gout, op.cit., thèse, n° 520.

第二款 民法典制定当時における民法典九〇〇条の意義

民法典九〇〇条は、不法条件等が付された無償の行為につき、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。⁽⁹⁰⁾このように条件のみの効力を否定することは、一九世紀の無効観であった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。そうであれば、無償行為に不法条件等が付されていた場合には、当該行為の全体を無効とする方が自然であらう。⁽⁹¹⁾しかしながら、実際には、九〇〇条は、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、一七九一年九月五日および一二日の法律に由来し、政策的な配慮のもとに規定されたものであったことにある。つまり、その日付からも窺えるように、その直前の一七九一年九月三日に制定された一七九一年憲法における諸原則を尊重し、アンシャン・レژیムへの復帰を嫌って、九〇〇条の起源となった法律が制定されたのであった。⁽⁹²⁾

一 一七九一年九月五日および一二日の法律

一七九一年九月五日および一二日の法律は、遺贈、贈与およびその他の行為に、とりわけアンシャン・レژیムにおける身分制度を想起させるような条項（clause）⁽⁹⁴⁾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、もしくは禁止をする条項〕、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、もしくは禁止をする条項〕、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（embrasser）自由を妨げる〔命令をする、もしくは禁止をする条項〕、または憲法により

能動市民および被選挙資格のある市民 (citoyens actifs et éligibles) に課された義務の遂行および付託された職務 (les fonctions) の従事を妨げる、あらゆる命令をする、もしくは禁止をする条項 (toute clause impérative ou prohibitive) は、書かれざるものとみなされる。⁽⁹⁵⁾」

一七九一年九月五日および一二日の法律の意義については、憲法制定議会 (l'Assemblée Constituante) における、バレール (Barère) が行った報告により敷衍されている。この報告をみると、一七九一年九月五日および一二日の法律が政治的な影響ならびに革命時の影響を受けて制定されたものであることは明らかであろう。そこでは、不法な条項等の効力を否定することが、一七九一年憲法の諸原則の遵守に資すると考えられていたのである。

「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 (maximes) を確保しその精神 (esprit) を明示する必要性である。……革命に対する反発が、瀕死の者 (mourants) の意思および贈与者の高潔さ (générosité) の遵守というかたちのもとに潜む。旧体制支持派 (aristocrate) 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。政治的法律 (lois politiques) と市民の法律 (lois civiles) との間の、個人の意思と一般意思との間の顕著な対立をやめさせるのは、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。⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾」

一七九一年九月五日および一二日の法律において、法律または良俗に反した一定の条項が恵与に付されていた場合に当該条項のみが書かれざるものとみなされる理由は、革命前の制度に対する反発にあった。そこでは、宗教の自由を制

限する条項や、婚姻の自由、職業の自由を妨げる条項など、アンシャン・レジーム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革命前の制度に戻ることが恐れられたため、これらの条項は書かれざるものとみなされたのである。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、受益者は恵によって得た利得を失わないため、不法性の摘示が促されることになるからである。

ところで、民法典九〇〇条は、より一般的に、不能、不法および良俗に反する条件について規定したものであり、一七九一年九月五日および一二日の法律と完全に同じ規定ではない。たとえば、一七九一年九月五日および一二日の法律では、不能条件はその対象ではなかった。そこで、九〇〇条が一七九一年九月五日および一二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、九〇〇条について詳しく議論されることはなかったようである。⁽⁹⁸⁾ そのため、われわれが確認しうるのは、民法典制定後の学説が民法典制定時の同条の意義をどのように理解していたかということである。それらによれば、たしかに九〇〇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、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、次のような理由から、民法典九〇〇条につき、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。⁽⁹⁹⁾ 一般的に、処分者は何よりも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でしかない。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は、無効とされなければならないのは、行為そのものであるとする。

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。⁽¹⁰⁰⁾ その理由としては、次の三点が挙げられる。⁽¹⁰¹⁾ 第一に、一七九一年九月五日および一二日の法律が有効であった民法典の起草過程の時点において、

一七九一年九月五日および一二日の法律と同様の文言を用いて、しかし同法律とは正反対の原則を置くことを起草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八九六条は、継伝処分⁽¹⁰²⁾ (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平等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り、起草に際し革命の影響があつたことを窺わせる。第三に、裁判所は、恵与者が恵与を不法条件等の成就に依拠させることを明示していた場合であっても、九〇〇条を適用していた⁽¹⁰³⁾。

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、今日的な是非は別として、民法典九〇〇条は強行法規性を有したものであるとされていた。

(90) 九〇〇条「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もしくは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

(91) このように指摘するものとして、G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, 3^e éd., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1905, n° 65.

(92) 一七九一年九月五日および一二日の法律については、「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, et c., 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、一七八九年一月九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、一七九一年九月五日および一二日の法律につき「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(一)」立命館法学二〇一一年一号一一頁注(5)を参照。

- (93) 民法典九〇〇条の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「恵予における不法の条件」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』(法律文化社、二〇一二年)一〇八頁がある。なお、後にみるように、九〇〇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ス」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一八六三年六月三日(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。

- (94) 同法律の文言によれば「条項(phrase)」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によれば、「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、そのいずれもかについては、明確ではなう。

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

- (96) M.Merlin, *Questions de droit*, tome 2, 4^e éd., Paris, 1827, Condition, § 1, p.487.

- (97) なお、同法律は、本文で述べた一条からなるものである。それゆえ、当該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。

- (98) 起草過程の資料によれば、民法典九〇〇条の原案に対して、「第五条[引用者注：九〇〇条の原案]が議論され、採択された」という記述が残されているだけである(P.A.Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 12, rééd., Osnabrück, 1968, p.297)。なお、参照：Ph.Simier, *op. cit.*, thèse, n° 39.

- (99) C.Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, Imprimerie Générale, 1876, n° 202 et s.

- (100) M.Planhol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, 9^e éd., LGDJ, 1924, n° 3029 ; A.Colin, H.Capitant et L.J.de La Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd., tome 3, 1950, n° 1391 ; G.Ripert et J.Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planhol, refondu et complet*, tome 3, 4^e éd., LGDJ, 1951, n° 3528 ; Het L.Mazeaud, J.Mazeaud et Fr.Chabas, *Leçons de droit civil*, tome 4, Successions-Libéralités, 5^e éd., Montchrestien, 1999, n° 1397.

- (101) Ph.Simier, *op. cit.*, thèse, n° 40.

(102) 旧八九六条「第一項 継伝処分は、禁止される。

第二項 受贈者、指定相続人または受遺者が保存し第三者に渡す負担を課される処分はすべて、受贈者、指定相続人または受遺者との関係においても無効である。」

継伝処分とは、民法典旧八九六条第二項に定義されている処分、すなわち、処分者が、継伝義務者に財産を与えこれを保存させ、継伝義務者の死亡時に継伝指定者に引き渡すという負担を付した処分のことである。もともと、例外的に、処分者の子を継伝義務者に、その孫を継伝指定者に指名する場合（旧一〇四八条）などには、継伝処分が認められていた。

なお、今日では、二〇〇六年六月二三日の法律による改正により、民法典八九六条は、継伝処分が法律により認められている場合には効果が生ずる旨を規定する。二〇〇六年六月二三日の法律による改正で継伝処分禁止の原則がどのように変更したかについては、足立公志朗「フランスにおける信託的な贈与・遺贈の現代的展開（一）（二・完）——『段階的継伝負担付恵与』『残存物継伝負担付恵与』と相続法上の公序——」民商一三九卷四・五号（二〇〇九年）二八頁、同六号（二〇〇九年）二七頁が詳しく論じている。

(103) GRipert et JBoulanger, *op.cit.*, n° 3535.

なお、リペール&ブーランジェ（GRipert et JBoulanger）により具体的な判例として挙げられるのは、本文後掲の破毀院民事部一八六八年七月七日（「仏5」）および破毀院民事部一八八三年七月一七日（「仏12」）である。

第三款 判例による民法典九〇〇条の厳格な適用の回避

しかしながら、民法典制定当時に考えられていた意義に反して、判例は、次第に民法典九〇〇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。⁽¹⁰⁴⁾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、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理について、今日の多くの体系書では、それが一部無効論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ス（cause impulsive et déterminante）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ている。⁽¹⁰⁵⁾実際、伝統的な一部無効論は、この判例法理をひとつの素材とし、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、九〇〇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。無効の範囲が問題となるあらゆる事案で、「当事者の意思の考慮」が無効の範囲を画定するため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。しかし、私見によれば、この伝統的な一部無効論の形成過程で、各事案類型において当事者の意思の内実や役割が異なるにもかかわらず、それが変容させられてしまったのではないかと思われる。そのため、一部無効論の萌芽とされる判例法理についても詳細に検討していく必要がある。

一 民法典九〇〇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惠与につき、判例が民法典九〇〇条を厳格に適用していたのは、およそ一九世紀前半までであったとされている。⁽¹⁰⁶⁾その後、判例は、惠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、惠与そのものを無効とする場合があることを認めた。このような判例は、次の二つの構成により、惠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、九〇〇条の適用を制限して行為全体が無効であるとする。まず、当該条件が付された惠与と称される行為を有償行為と性質決定するという構成が採られた。

しかし、この構成は、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ようになる。

第一の、条件または負担が付された恵与と称される行為を有償行為として性質決定するという構成についてみていこう。この構成によれば、処分者にとつ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知っていれば当該恵与をしなかったであろう場合には、当該条件または負担は、いわば処分の反対給付であるという。このような条件等が付された行為は、無償行為ではない。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一一七二条が適用されるのだという。⁽¹⁰⁷⁾

このようなアプローチを採用した最初の裁判例は、一八五二年のオルレアン控訴院判決であったとされている。

〔仏1〕 オルレアン控訴院一八五二年三月二〇日⁽¹⁰⁸⁾

【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。⁽¹⁰⁹⁾そこで、Aは、将来の相続の前渡し⁽¹¹⁰⁾ (avancement sur leurs successions futures) として、Bに対してはばすべての不動産についての虚有権⁽¹¹¹⁾ (nue propriété) を贈与し、既に産まれている、または今後産まれてくる孫らにそれらの不動産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⁽¹¹²⁾ (quotité disponible) について定める民法典九一三条「原始規定」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。

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、当事者をX（原告）、Y（被告）と表記せず、「A、

B、…」と表記する。）、本件では、民法典旧九一三条の規定の援用を放棄する旨の条項が旧一一三〇条により禁止される将来の相続に関する約定に相当し無効であるところ、九〇〇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。以下、同様の場合には「（不明）」と表記する。））
オルレアン控訴院は、当該条項を、当該行為にとって基本的かつ明白な条件であり、恵与の対価であることに鑑みて、当該贈与と称される行為につき、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一一七二条の適用を受ける行為になると判示した。

このように、同判決は、自由分に関する規定の援用を受贈者が放棄する旨の条項が付された処分行為につき、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一一七二条を適用した。

同様の構成を採用する破毀院判決が、その後、いくつか現れる。

〔仏2〕 破毀院予審部一八六七年一月一二日⁽¹⁴⁾

【事案】 父Aの死亡による動産に係る相続財産の額の計算を法定後見人（母）Yが行い、一〇三六四九フランと確定したのち、一八五九年に、Yが、相続の前渡しとして、娘のXに対して贈与と称された行為をした。当該行為には、後見の計算（*compte de tutelle*）⁽¹⁵⁾についてXがいずれの方法によっても批判することができない旨の約定があった。その後、相続財産の額が実際には一八六九三四フランであったことがわかった。民法典四七二条「原始規定」によれば、詳

細な計算書の提示および証明書 (pieces justificatives) の交付があらかじめなされなければ、成年者になった未成年者と後見人との間の取り決め (traite) は無効であると規定されているため、Xは、後見の計算を放棄することができないとして後見の計算を争った。Yは、そうであれば、当該行為全体の無効とされなければならないと主張した。

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、明白な条件のもとで相続財産の数额の計算を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) であったとして、また、それらが、行為の全部が維持されるか、または無効とされなければならない不可分な家族協定 (pacte de famille) であったとして、Xの請求を認めなかった。これに対して、Xが、民法典九〇〇条など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、まず、民法典九〇〇条は恵与に関する規定であり、交換契約 (contrats commutatifs) については一一七二条が規定していること、控訴院が当該行為を混合契約であり、また、全てが履行されるか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。そして、これらの評価が事実審裁判官の専権事項であるとして、控訴院が九〇〇条およびその他の条文に反したとはいえず、一一七二条を正当に適用したと判示した。

〔仏3〕 破毀院予審部一八六九年二月二日⁽¹⁶⁾

【事案】 後見人 (母) Yが、一八五七年に、被後見人 (娘) Xに対し一〇〇〇フランを贈与したのであるが、当該贈与には、一八四〇年にXの父親が死亡した際にYによりなされた相続財産に関する後見の計算につき、Xがそれを確認したとする旨の条項が置かれていた。Xが、当該条項を不法であるとして、民法典九〇〇条により当該贈与のみが維持されると主張したところ、控訴院は、これを認めなかった。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、次のように判示し、破毀申立てを棄却した。まず、民法典九〇〇条は不法条件等が贈与または遺贈に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旨を規定するが、同様の条件が有償行為に付されていた場合には、一一七二条が合意が無効となる旨を規定する。そして、原審が、一八五七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、Xに対しなされた金銭の分与（attribution）が純粋な恵与ではなく、清算行為の確認（ratification）の対価に等しいものと評価したことを確認した。そこで破毀院は、当該金銭の分与を、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、一一七二条を適用した原審は法律に違反していないと判示した。

当初、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、民法典一一七二条の適用を認めていた。このような、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構成は、後述するように、現在でも有力な学説により支持されている。⁽¹¹⁾

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構成は、批判にさらされたわけではないが、すぐに採用されなくなった。一般に判例は、同様の事案につき、民法典一一七二条ではなく、コースズに関する規定である一一三一条ないし一一三三条を適用し、または条文を挙げることなく、「動因的かつ決定的なコース（cause impulsive 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スであった場合には、当該

処分の全体を無効とする。

動因的かつ決定的なコーズ概念に基づいて解決を図った最初の判例は、一八六三年の破毀院判決であるとされる。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。

〔仏4〕 破毀院予審部一八六三年六月三日⁽¹¹⁸⁾

【事案】 母Y₁が、複数の子および孫らに対して、一八五一年四月一日に、自身の財を贈与した。当該贈与にあたつては、Y₁の面前で、かつY₁の同意のもとで、子および孫らの間で分割(partage)されることが条件とされていた。そして、子および孫らにより、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、Y₁の子のひとりであるX₁につき書き落とし(omission)があった。Y₁によれば、X₁がその遺留分を超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にそうされたという。

そこで、X₁は、本件贈与分割が、処分者の子全員によつてなされなかったとして(当時の民法典旧一〇七八条は、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。これに対し、Y₁は、本件分割が無効である場合には、本件贈与も無効であると主張した。なお、本稿では取り上げないが、本件事案では、Y₁の子のひとりであるB(死亡)の孫X₂らが、BがしたBの兄Y₂に対する権利の譲渡のレジオンに基づく取消し(rescission)等を主張している。

控訴院は、本件分割を、X₁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た。これに対し、X₂らが、民法典九〇〇条によれば条件が法律に反するとき、当該条件は書かれざるものとみなされるため、分割が恵与に結びついた条件であったということではできず、あらゆる権利承継人の間で分割をやり直す必要があったとして、破

毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、本件贈与が、分割を条件に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つたとした。

さらに、破毀院は、以上のことは、民法典九〇〇条により条件が公序に反するものとして書かれざるものとみなされなければならない場合であつても同様であると判示した。なぜなら、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つ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しことは、確かなことだからであるという。

以上の理由で、破毀院は、破毀申立てを棄却した。

同判決は、子のひとりにつき書き落としがあつたために無効とされた分割が本件贈与と切り離すことのできない条件であつたとして、贈与そのものの無効を認めた。そして、ある条件が動因的かつ決定的なコーズであつた場合には、民法典九〇〇条が適用される場合であつても、法律に反する条件の無効が贈与そのものの無効をもたらししたのであつた。

もつとも、本件を解決するにあたり、民法典九〇〇条への言及が不可欠であつたかは明らかでない。学説によれば、本件は、厳密には、九〇〇条の適用の如何が争われるべき事案ではなく、贈与が所定の場合にしか撤回されえない旨を規定した九五三条の適用が問題にされるべき事案であつたとされる⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。なぜなら、本件において無効であつたのは子

のひとりにつき書き落としがあった分割であり、分割を条件とするという条件自体が無効であったわけではないからである。⁽¹²⁾

同判決そのものに対しては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－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」との判示は、不法条件等が付された恵与の事例において、繰り返し用いられるようになる。たとえば、遺贈の事案でも、次のような判例や裁判例がある。

〔仏5〕 破毀院民事部一八六八年七月七日⁽¹²⁾

【事案】 遺贈者Aが、社会福祉事務所(bureau de bienfaisance)Xにいくつかの不動産を包括遺贈した。当該遺贈には、遺贈された不動産を売却してはならない旨の条項が付されていた。Xが、Aの相続人Yに分割請求をしたところ、Yが、当該条項が無効であり、さらに、当該条項が遺言で明示されているため動因的かつ決定的なコ－ズであるから、遺贈全体が無効である等と主張した。

控訴院がYの主張を認めなかったため、Yは、控訴院の判断が民法典一一三一条、一一七二条、九〇〇条および九一〇条に反すること等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、当該条件のみを無効とするにあたり、当該条件が付随的なものでしかなく、恵与の意思がコ－ズとして残っていたと評価していることに鑑みれば、民法典一一三一条、一一七二条、九〇〇条および九一〇条に違反していないと判示した。⁽¹³⁾

〔仏6〕 デイジョン控訴院一八七一年一月七日⁽¹²⁴⁾

【事案】 Aは、遺言により、甥、姪および彼らの卑属B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*) を建設するよう記載されていた。その後の経緯や利害関係は明らかではないが、当該施設の管理等から生ずる負担を考慮し、受遺者らがみな、この施設の建設を實現できないとしたために、相続分割の方法をめぐり当該遺贈そのものが無効とされるかが問題となった。

【判旨】（不明）

破毀院は、遺言により相続人が個人として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いこと、B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 (*gratuit*) ためではなく、遺贈者の意思の實現への協力を確実にさせるためになされたことといった事情を挙げ、本件遺贈の決定的なコースは、施設の設立であるとして、その計画（施設の設立）が實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した。そして、相続分割は、遺言がなかった場合と同様になされなければならないと判示した。

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、判例および裁判例は、それが動因的かつ決定的なコース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實現が動因的かつ決定的なコースであれば、民法典一一三一条ないし一一三三条を適用して、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、恵与の意図がコースであったという場合には、九〇〇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、恵与に付された不法条件等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。しばしば問題となる事案としては、第一に、受贈者の結婚を禁止する旨の条項（結婚禁止条項）が付されていた事案、第二に、恵与の対象となる財（*le bien*）の譲渡を一定の期間禁ずる旨の条項（譲渡禁止条項）が付されていた事案が挙げられる。⁽¹⁵⁾

〈結婚禁止条項が付されていた事案〉

〔仏7〕 破毀院予審部一九一三年四月八日⁽¹⁶⁾

【事案】 Aは、婚姻関係にあったXと離婚し、Xに対して毎年二〇〇〇フランの年金（*rente annuelle*）を贈与することとした。当該贈与には、Xの再婚により、この年金はXが婚姻しうる日から当然に消滅する旨が約定されていた。その余の事実関係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、当該条項が良俗に反すること、および民法典九〇〇条の適用により当該条項のみが書かれざる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。⁽¹⁷⁾

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、結婚禁止条項そのものは道徳に反するものであるとはいえないとする一方で、本件では、控訴院によれば、年金の支払い方法につき、Aのもつて（*chez le donateur*）、Aの死後においては公証人（*notaire*）のもつてなされる旨が約定されていたことから、当該条項により、XがかつてAと関係があったことを示す状況にとどまることを、Aが

望んでいたことが明らかであったことが認められるとした。そして、当該条項につき、非難に値する感情に従って置かれ、道徳に反する特徴を有するとして、民法典九〇〇条を適用した控訴院判決を正当なものとした。

〔仏8〕 破毀院民事部一九三九年一〇月二四日⁽¹²⁸⁾

【事案】 Aが、妻Bに対してあらゆる財の用益権（usufruit⁽¹²⁹⁾）を遺言により遺贈した。同遺言には、B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。その余の事実関係は明らかではないが、当該条項および遺贈の無効が争われた。

控訴院は、民法典九〇〇条を適用して、当該条項のみを書かれざるものとみなした。これに対し、破毀申立てがなされた。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、本件においてはAに子がないこと、Bがまだ若いこと、遺贈の目的（objet）が用益権であることから、当該条項が置かれたのは、遺贈者の受遺者に対する尊重されるべき配慮（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評価したことを確認した。そして、この遺贈者の意思の推定に関する評価は破毀院のコントロールを免れるとして、破毀申立てを棄却した。

〔仏9〕 破毀院第一民事部一九六五年一月八日⁽¹³⁰⁾

【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彼女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*）が指定される旨の条項が置かれており、

当該条項の有効性、および無効の範囲が問題とされた。控訴院は、民法典九〇〇条を適用せず、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ス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。

〈讓渡禁止条項が付されていた事案〉⁽¹³¹⁾

前述した「仏5」判決のほか、たとえば次のものがある。

「仏10」 破毀院予審部一八九六年一月一〇日⁽¹³²⁾

【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讓渡することができない等とされていた。その余の事実関係は資料からは不明であるが、不動産の讓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。

控訴院が、民法典九〇〇条を適用し当該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。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、事実審裁判官が、当該条件が不法であったこと、および専権的な評価により、当該条件が純粹に付随的なものであったことを認めていたと確認し、Aの動因的かつ決定的なコースは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、そして、控訴院は法律に違反していなかったと判示した。

「仏11」 破毀院民事部一九四九年三月二三日⁽¹³⁾

【事案】 Aは、姪Bに対していくつかの財を遺贈しようとする遺言を作成した。当該遺言によれば、当該遺贈の対象となる財を譲渡してはならない旨の譲渡禁止条項が付されていた。その余の事実関係等は不明であるが、Aの利害関係人とBとの間で譲渡禁止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、当該遺贈に含まれた条件が動因的かつ決定的なコースであったという証明が与えられていなかったとして、民法典九〇〇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、遺言に当該条項が明示されており、控訴院の判断により当該条項が変性（*dénaturation*）されていることを理由に破毀申立てがなされた。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、破毀申立て理由に対して、当該行為が不法なコース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、法律によつ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した。それゆえ、遺言に含まれた条項が変性されておらず、また、遺言者の意思の評価は事実審裁判官の専権事項だとして、控訴院は正当に判決を下したと判示した。

これらの判例をみるかぎり、恵与に同種の条項が付されていた場合であっても、当該条項の無効による恵与の帰趨について、判例の態度は分かれている。一方で、あるいは当該条項が動因的かつ決定的なコースではないとして、あるいはそれに言及せず、民法典九〇〇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スであるとして、九〇〇条を適用せず、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、一一三一条ないし一一三三条を挙げる判例もあれば、単に九〇〇条が適用されないとするとどまる判例もある。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に関する学説の理解を困難なものとした。

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、恵与に受贈者の結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例に対して、結婚禁止条項のみの無効を認めるべきだという。

「〔条件のみを無効とするならば当事者の意思が害されるというが、〕しかし、意思が公序および良俗と衝突するとき、誰が意思の不公平な扱い (inguite) または歪曲 (travestissement) をもたらすのか。行為者は、自分しか非難しえない。ある無効な条件を書かれざるものとみなし、それが付された法律行為 (acte juridique) を維持することは、この『切除 (decoupage) 〔条件のみを書かれざるものとみなすこと〕』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。⁽¹³⁾」

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、不法または不道德な条件のみを除去すべきであると述べる。このような法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、場合によっては考慮されなければならない観点であろう。実際、結婚禁止条項に関する前掲「仏7」判決や「仏8」判決は、当該条項の恵与者にとっての重要性には触れずに、民法典九〇〇条を適用して当該条項を書かれざるものとみなした。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スであったことから当該惠与の無効を認めていた。これらの判例が法に対する違反の予防という観点を考慮していたかは、判示内容からは明らかではなかった。

これに對して、シムレールは、結婚禁止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惠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ス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⁽¹⁵⁾。その理由は、これらの条件等が、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求められよう。つまり、シムレールは、公序により無効の範囲が画定されるか否かの基準につき、当該公序が法律により禁止されたものであつて、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つて、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制限することを本質的な目的としているにすぎないかにより區別する。そして、前者の場合には、その法律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たとしたのであつた。⁽¹⁶⁾シムレールは、このような區別を採用するため、配偶者の再婚の禁止など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、ユエとは異なり、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と思われる。

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、本稿の目的は、「一部無効とはどのような制度か」という基本的な問題の探求にあり、これを説明するために、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思がどのような意義を有しているかという問題に取り組む必要があつた。そこで、一部無効の萌芽である民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理とその意義の検討、つまり、不法条件等が惠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ス」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

慮がどのように位置づけられているかを明らかにしていくことが、より重要な課題となる。そこで、先の問題についてはここでは深く立ち入らず、以下では、「動因的かつ決定的なコース」とは何かについて、学説の議論をみていくこととした。

二 「動因的かつ決定的なコース (cause inclusive 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とき、当該条件が恵与の動因的かつ決定的なコース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。では、この「動因的かつ決定的なコース」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「コース (cause)」という語が用いられていることから、コース概念との異同を問題にする。大別すれば、三つの学説に分類できる。議論の展開に沿ってそれらを並べると、次のとおりである。学説は、まず、①恵与のコースを恵与の意図とする古典的コース論の観点から、恵与という性質決定をしながら、ある条件が動因的かつ決定的なコースとすることの矛盾を指摘した。もともと、コース概念そのものが批判にさらされ、学説の分析は、その後にはコースの有用性を指摘する新コース論に基づいてなされるようになる。②新コース論によれば、とりわけコースの適法性の評価にあたっては、当事者の具体的な目的がコースに包摂され、ある条件が動因的かつ決定的なコースである場合、その条件の実現が恵与のコースになりうることとなる。しかし、③この新コース論のもとでのコースによる解決に対しては、コースを用いた解決をすべきではないとの主張がなされている。

コースとは何かについて簡単に説明した後で、より詳細に、これらの学説を検討しよう。

(一) コーズ概念の概要⁽¹³⁷⁾

コーズとは、法律行為の有効要件のひとつである（民法典一一〇八条⁽¹³⁸⁾）。コーズについては、次のように民法典一一三一条ないし一一三三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。

一一三一条「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。」

一一三二条「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。」

一一三三条「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、当事者が契約により追求した目的 (but) や契約に至った論拠 (raison) などといわれることがあるが、明確な定義はなされていない。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いわれている⁽¹⁴⁰⁾。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 (H.Capitant) をはじめとして主張される新コーズ論とがあらとされている⁽¹⁴¹⁾。

古典的コーズ論は、コーズを、契約類型ごとに一定なものであるとする。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、コーズであるという。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、古典的コーズ論は、恵与のコーズを恵与の意図 (intention libérale) にあるとする。このように古典的コーズ論においては、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有するものであった⁽¹⁴²⁾。

古典的コース論に対しては、その後、コース概念を不要とする学説が現れるが、本稿の問題関心から重要であるのは、このコース不要論の後に現れた、コースの有用性を主張する新コース論である。新コース論といっても、大きく、カピタンに代表される、コース概念を媒介にして当事者の主観的、個別的な意思を考慮し、コースを一元的に把握する見解⁽¹⁴⁾と、モーリー (J. Maury) やリペール & ブランジェ (G. Ripert et J. Boulanger) に代表される、コースの二元的把握、すなわち、コースの存在については客観的かつ抽象的に把握し、コースの適法性については主観的かつ具体的に把握するという見解とがある。後者が現在の通説であるといわれる。⁽¹⁵⁾ もっとも、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理と新コース論との接合という観点からすれば、コースの不法性が問題となるために、コースを一元的に把握する学説によっても、二元的に把握する学説によっても、説明は異ならない。

すなわち、一方で、カピタンのコース論をみるならば、その特徴として、しばしば、次の二つが指摘される。⁽¹⁶⁾ 第一は、コースを、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、第二は、コースを、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ス概念との関係でいえば、後者が重要である。「コースとは、行為者の目的 (but) である」という理解について敷衍すると、カピタンは、契約者の目的は、抽象的なものではないとした。すなわち、目的 (but) に一定の動機 (motif) を統合しようとした。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になるとするのではなく、当事者にとって決定的かつ共通の動機がコースとして考慮されるという。

他方で、コースを二元的に把握する見解をみるならば、コースは二つの機能を有するとされる。第一は、契約当事者個人を保護する機能であり、コースの存在の問題に対応する。第二は、社会秩序を保護する機能であり、コースの不法性の問題に対応する。そして、前者では、コースは抽象的かつ客観的に把握されるのに対して、後者では、当事者の主

観的要素が考慮され具体的に把握される。

このように、コースの二元的把握においても、コースの不法性が問題となる局面においては、コースは広く主観的要素を含むものと解され、カピタンのコース論と接近する。実際、後述するように、シムレールは、コースを一元的に把握するカピタンやジョスラン (J.Josserand) のコース論を参照して民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理を説明するのに対し、リペール & ブーランジェも、彼らによるコースの二元的な把握に依拠しながら、判例法理についてシムレールと同様の説明をするのである。

簡単ではあるが、民法典九〇〇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ス概念の議論については、以上のとおりである。早速、動因的かつ決定的なコース概念に関する学説を検討していこう。

（二）古典的コース論と動因的かつ決定的なコース概念

古典的コース論によれば、恵与におけるコースは、恵与の意図にあるとされる。そうすると、次の二つの帰結が導かれることとなる。⁽⁴⁴⁾ 第一に、恵与がコースの不在によって無効となりえても、不法または不道德なコース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だからである。第二に、条件または負担が恵与のコースであることはない。なぜなら、もしある行為において条件または負担がコースであるとされるなら、恵与の意図がコースではないため、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ス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。それゆえ、学説のなかには、一方で恵与と性質決定しながら、他方で条件または負担をコースとみなすことについ

て疑問を呈する見解がある。たとえば、ベルギーの学者であるが、ダバン (J. Dabin) は、次のようにいう。

「破毀院は、条件が『惠与の動因的かつ決定的なコース』であるとき、これ〔惠与〕が有償の行為に変わり、そして条件がコースに変わるとは主張していない……。／また、破毀院は、コースが不法なものであったことを理由に、つまり—惠与の意図は不法でありえないため—決定的な動機 (motif déterminant) が不法なものであったことを理由に、贈与が消え去るとは主張していない。不法な条件は、不法な動機と混同されない。

われわれが検討するこの「判例の」理論において、「当事者の」活動 (opération) は—当事者の見解と同様、裁判官の見解では—条件付きの惠与である。……贈与者は条件の成就に贈与の有効性を従属させることを望まなかった……場合、贈与は存続する。唯一、条件のみが除去される。反対に、条件が贈与者を決定させたものである場合—または、より正確には、贈与者の精神 (esprit) において条件が不可欠なもの (essentielle) であるとき、活動全体が無効とされなければならない。したがって、「判例の理論は行為を惠与として扱うため、」問題は、九〇〇条の領域に置かれ、一一三一ないし三三三または一一七二条の領域ではない。／この「判例の」理論は、法理論と正反對なものとなる。⁽⁴⁸⁾」

ダバンは、ある行為が惠与と性質決定されるのであれば、その条件が惠与の動因的かつ決定的なコースであるとされても当該行為は惠与であり、それに不法な条件が付されていたときには民法典九〇〇条が問題となると指摘する。そうすると、九〇〇条が強行法規であり、惠与に付されたあらゆる条件に適用されると考える場合には、判例法理はそれに反することになる。

では、ある条件が動因的かつ決定的なコースとされるとき、これは何を意味しているか。ダバンは、条件を動因的かつ決定的なコースであるとしたところで恵与であることに変わりないと考えるため、同概念を批判する。そして、コースという語を用い、ある条件をコースであるとする⁽¹⁴⁾ことで恵与ではなく交換的契約とし、不法なコースにより当該行為全体を無効とすべきことを主張する。

他の学説も同様、動因的かつ決定的なコース概念を直接に批判せずとも、ある条件が動因的かつ決定的なコースであるとされるとき、この定式的意義が当該条件の付された行為を有償行為とすることにあると指摘するものが多い。たとえば、ボドリ＝ラカンティヌリ＆コラン（G.Baudry-Lacantinerie et McColin）は、条件が動因的かつ決定的なコースであるとき、当事者により恵与と称された処分（disposition）は「恵与の外観しか有していない」という。処分者は恵与の意図を有しておらず、恵与と称された行為は、当該条件の対価ではない。それゆえ、適用されるのは一一七二条だと指摘する⁽¹⁵⁾。

このように、恵与のコースを恵与の意図であるとすれば、恵与と称された行為に付された不法条件等が動因的かつ決定的なコースであった場合、通常、恵与の意図が存在しないため、当該行為を恵与とすることはできないと考えられている。

もつとも、古典的コース論と異なり、とりわけその不法性の局面ではコースを具体的かつ主観的に把握する新たなコース論によれば、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、恵与と性質決定されたまま当該条件または負担の実現がコースになりうる。それでは、新コース論との関係では、民法典九〇〇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ていたのだろうか。

(三) 新コース論と動因的かつ決定的なコース概念⁽¹⁵¹⁾

コースの把握にあたり当事者の個人的な動機を考慮する場合、恵与のコースが不法でありうることになる。

たとえば、コースを二元的に捉えるリペール&ブランジェは、「〔恵与の〕コースが単に恵与の意図である場合、それは不法となりえなかった。しかし、授恵する意思 (*volonté de gratifier*) は、抽象的な意思ではない」として、不法または不道德な動機が恵与の動因的かつ決定的なコースであった場合、恵与が無効とされなければならないとする⁽¹⁵²⁾。そして、条件や負担の実現が恵与の決定的な動機であった場合には、恵与は不法または不道德なものとなりうるとし、前掲「仏4」判決、「仏5」判決や後述の「仏12」判決等を挙げ、「判例は民法典九〇〇条の適用をコース論により修正した」と評価する。すなわち、リペール&ブランジェは、不法条件等が恵与の動因的かつ決定的なコースであった場合には、「恵与は、不法または不道德なコースを有し、その結果、無効とされなければならない」とし、不法なコースを有する恵与であるために当該恵与が無効であるとする⁽¹⁵³⁾。

また、シムレールも、一部の判例による動因的かつ決定的なコースの捉え方は、カピタンのコース概念と同一であると評価する。もともと、彼自身の見解はというと、このような判例の動因的かつ決定的なコース概念の用い方に懐疑的であることに留意されたい。シムレールは、ある条件が動因的かつ決定的なコースである場合に民法典一一三一条を適用し、動因的かつ決定的なコース概念とコース概念とを同視する判例として、次のものを挙げる。

「仏12」 破毀院民事部一八八三年七月一七日⁽¹⁵⁴⁾

【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*) として年額一〇〇〇フランを支払う旨の契約を締結した。当該契約には、Aの死後、年金の支払いは遺留分を有する相続人 (*héritier a*

reserve)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旨の条項が置かれていた。同条項を置いたのは、次のような理由による。すなわち、Aには非嫡出子Yがおり、Aは、一方でYを包括受遺者に指定し、他方で嫡出子にBへの恵与をさせようと考えていたのであった。その後、Aが死亡し、遺言によりYが遺贈を受けたところ、Bは、嫡出子として産まれていたXの名で、恵与に付された当該条項が不法であるとして、民法典九〇〇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、適用されるべきは九〇〇条ではなく一一七二条であり、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、民法典九〇〇条が、条件がどのように表明されているとしても、また、贈与者の意思がどのようなものであっても、あらゆる条件に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が破毀申立てをした。

【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。一方で、民法典九〇〇条によれば、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ている。恵与者がある条件に恵与を従属させることを表明していた場合であっても、それを例外とすることはできない。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一一三一条が適用され債務からあらゆる効果を取り除かれる。

もともと、破毀院は、本件事案のもとでは、Yにより、当該恵与がAのBに対する慈善(bienfaisance)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、控訴院は民法典九〇〇条を正当に適用したと判示した。

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民法典九〇〇条の適用により当該条件が書かれざるものとみなされることを認め、他方で、当該不法条件等が行為のコースであるとされる場合には、コースに関する規定である一一三一条ないし一一三三条の適用を認めた。シムレールは、同判決によれば、適用条文として民法典一一三一条が挙げられていることから明らかであるように、動因的かつ決定的なコースとは、まさにカピタンのコース論におけるコースのことであり、両者は同視されているという⁽¹⁵⁶⁾。

このように、コースを当事者の個人的な目的であると捉えた場合、ある行為が恵与と性質決定されながら、それに付された条件等の実現がコースとなりうる。そして、当該条件が不法なものであった場合には不法なコースとなる。そこで学説は、ある行為を恵与と性質決定しながらも、コース論により、民法典九〇〇条の適用を回避して恵与全体の無効を導くことが可能だとしたのであった。

それでは、ある条件が動因的かつ決定的なコースではないことは、何を意味しているのだろうか。一部無効が理論化される前の学説の多くは、民法典九〇〇条の存在ゆえに、その意義を突きつめて考えていなかったように思われる⁽¹⁵⁶⁾。実際、学説は、コースにより恵与全体の無効を認める判例法理が登場したことで、九〇〇条が単に当事者の意思を推定した規定にすぎないと考えたかつての見解を判例が採用したとは考えなかった。たとえば、プラニオル(M. Planiol)は、前掲「仏5」、「仏12」判決を挙げ、たとえ譲与者が恵与の効果有条件の成就に従属させることを表明していたとしても条件のみが書かれざるものとみなされる場合があることを指摘する⁽¹⁵⁷⁾。また、ブダン(Ch. Bédant)は、一方で、条件が恵与のコースであった、つまり譲与者が恵与をすることにより達成しようとした目的であれば、一一三一条ないし一一三三条が適用され、他方で、単なる条件であった場合には、九〇〇条が適用されるとする⁽¹⁵⁸⁾。このように、なぜ九〇〇条により条件のみが書かれざるものとみなされるかを、当事者の意思という観点から説明することはなかった。

それゆえ、これらの学説を踏まえると、判例法理につき、ある不法条件等が動因的かつ決定的なコースであった場合、つまりそれが恵与者の目的であった場合には、不法なコースにより恵与全体が無効になること以上に、何らかの意義を見出すことは難しい。なぜなら、第一に、恵与の効果条件の成就等に從属させることを讓与者が表明していたとしても、それにより動因的かつ決定的なコースになるのではなかった。第二に、ある条件が動因的かつ決定的なコースであるというのは当該条件の実現こそが恵与者の目的である場合のことを指し、当事者の意思により恵与全体の無効が課された。判例法理およびそれに従う学説からは、たしかに当事者の意思が考慮されてはいるものの、それは不法条件等の実現が恵与者の目的であったかという意味でしかなかった、そして、当事者の意思において決定的ではない場合に、なぜ当該条件のみを無効としてよいかは、民法典九〇〇条の存在ゆえに注視されていなかったように思われる。

（四）民法典九〇〇条の強行法規性を否定する見解

ところで、コースによる解決をする判例法理および学説に対しては、反論がみられる。たとえばシムレールは、先にみたようにカピタンのコース論によれば動因的かつ決定的なコース概念をコース概念として理解することができる⁽¹⁹⁾と評価しながらも、はたしてコース概念に頼る必要があるのか疑問を呈し、判例法理とは異なる自説を展開していく。

シムレールによれば、判例や裁判例には、たしかに一方で、民法典一一三一条ないし一一三三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、参照条文として九〇〇条を挙げるのみで一一三一条ないし一一三三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、恵与者の意思が参照されており、コースに頼る必要はないという。たとえば、次の破毀院判決を、民法典一一三一条ないし一一三三条を挙げずに解決をした判例として挙げる。

〔仏13〕 破毀院予審部一九〇一年五月八日⁽¹⁰⁾

【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決定的なコースであった場合だけであり、この観点において、事実審裁判所には、専権的に遺言者の意図を評価する義務があると判示した。そして、控訴院が当該条項を解釈したところ、当該条項は曖昧な表現であって、ある二つの意味で解されうるとして、当該条項を動因的かつ決定的なコースではないと判示したことを確認した。これらのことから、破毀院は、これにより当該条項が変性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文（民法典九〇〇条、一一三一条、一一三四条および一一三五条）に違反していないとした。⁽¹⁰⁾

〔仏14〕 破毀院予審部一九〇五年一月二〇日⁽¹⁰⁾

【事案】 一八六五年、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) が行うというものがあった。その後、一九〇二年に、一八八六年一〇月三〇日の法律に基づき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 (révocation) を求めて訴えた。

控訴院が当該条件がAの動因的かつ決定的なコースではなかったとして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、一八六五年の行為および事案の状況に基づいた評価により、Aの主要な関心事が学校の建設であった、および学校の宗教的特徴がAにとって副次的なものであったと判断したことを確認した。そして破毀院は、この評価が事実審裁判官の専権事項であるため、控訴院が民法典九〇〇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。

「仏13」判決は、無効な条件が動因的かつ決定的なコース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スであるか否かという定式を用いることなく、贈与者の意思を問題とした。もともと、シムルールは、これらの裁判例を挙げ、民法典一一三一条ないし一一三三条を挙げない傾向にあるとして評価するが、私見によれば、九〇〇条が適用された事案であるので、わざわざ一一三一条ないし一一三三条を挙げる必要はなかったように思われる。ところで、ここで想起されなければならないのは、民法典九〇〇条の意義である。同条は、アンシャン・レژی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⁽¹³⁾。しかし、シムルールは、ある不法条件等が動因的かつ決定的なコースであるとして恵与全体の無効を認めることと九〇〇条の強行法規性とは矛盾する関係にあるとする⁽¹⁴⁾。九〇〇条の適用によれば当事者の意思が退けられるにもかかわらず、動因的かつ決定的なコースという当事者の意思の媒介により九〇〇条を退けるからである⁽¹⁵⁾。そして実際に、前掲「仏13」、「仏14」判決のように一一三一条ないし一一三三条を挙げずに当事者の意思を考慮するのが判例の傾向であると評価し、シムルールは、九〇〇条が強行法規性を失っており、

単に当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されるのだと主張する⁽¹⁶⁶⁾。それゆえ、コース概念を用いる必要もなくなる。そこでシムルールは、恵与と性質決定される場合には、無償の利益を付与する意思がコースであるとし、それに付された条件または負担がそのための必要条件 (condition sine qua non) であったか否かにより無効の範囲が異なるとした⁽¹⁶⁷⁾。したがって、一方で、一定の場合には有償行為と性質決定して一一七二条により全部無効が言い渡されるべきとするが、他方で、恵与と性質決定される場合であっても、当事者の意思においてある条件が必要条件であったか否かにより、行為全体の無効となるか、または当該条件のみが無効となるかが画定されるとしたのであった⁽¹⁶⁸⁾。

最後に、シムルールの見解の特徴を、新コース論におけるコース概念による解決をする見解と比較し明らかにしておく。

一見すると、コース概念を用いた説明とシムルールの説明との違いは、そこまで大きくないようにもみえる。すなわち、いずれの見解においても、当事者の意思においてある不法条件等が決定的なものであったか否かにより、全部無効となるか一部無効となるかが区別されていると思われるからである。しかし、ある条件をコースにより捉えることができないうこと、つまりある条件が決定的ではないということが何を意味するかについては、コース概念により恵与の全部無効が認められうることを認める学説では鮮明に現れることはなかった。それは、民法典九〇〇条の存在ゆえ、条件のみを無効とすることに説明を加える必要がなかったためであろう。では、シムルールのいう、ある条件が必要条件ではなかったというのは何を意味するのであろうか。この点については、九〇〇条の強行法規性が失われているとし、当事者の意思を理由に条件のみが無効になることを正当化しようと試みていたこと以外には、先にみたシムルールの主張からは明らかではない。シムルールが当事者の意思が無効の範囲の基準となりうるとすることの意義については、彼の一部無効論の全体を明らかにすることなしには論じえず、次節に先送りされる。

（五）小括

以上が、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理とその意義を探求する諸学説の状況であった。もともと、これらの検討に入る前に指摘したとおり、多くの体系書では、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二点が挙げられるのみであった。この判例法理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ことについては、日本の一部無効論の議論を念頭に置く^(四)と、当事者が当初意図していなかった契約内容を彼らに押しつけることを正当化するために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、九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の意義を検討する諸学説によれば、動因的かつ決定的なコース概念を通じて現れていた当事者の意思という要素は、日本の学説が考えているような意義を有する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、その意義を再度、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ス概念を、古典的コース論におけるコース論と相いれないものであると指摘し、ある条件が動因的かつ決定的なコースであるとされるとき、当該条件の付された行為は惠与ではなく、有償行為だと主張するものもあった。しかし、このような主張は、カピタンのコース論をはじめとする新コース論の台頭により、注目を集めることはなかった。

その後、新コース論により、とりわけコースの不法性の局面において主観的な要素がコースに取り込まれると、ある不法な条件が動因的かつ決定的なコースであった、つまり当該条件の実現こそがまさに行為の目的であった場合、惠与と性質決定しながらもそれを不法なコースであると考えうることになる。そこでは、当事者の具体的な意思という要素は、当該行為におけるコースとは何かを判断するにあたり考慮されていたのである。民法典九〇〇条の存在ゆえではあるが、当事者に当該条件のない惠与を課すことを正当化するために当事者の意思が考慮されていたわけではなかった。

これに対し、シムレールは、民法典九〇〇条の強行法規性を否定した。それにより、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ことが何を意味するのかという問題が顕在化したように思われる。

- (104) J.Fleur, J.-L.Aubert, E.Savaux, *Droit civil, Les obligations*, tome I, L'acte juridique, 15^e éd., Sirey, 2012, n° 358.
- (105) J.Fleur, J.-L.Aubert, E.Savaux, *op.cit.*, tome I, L'acte juridique, n° 358 et 359 ; Fr.Terré, Ph.Simier, Y.Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 420.
- (106) Ph.Simier, *op.cit.*, thèse, n° 40.
- (107) 一一七二条「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。」
- (108) C.A.Orléans, 20 mars 1852, S. 1853, II, 13.
- (109) 当時、継伝処分は原則として禁止されていたが(民法典旧八九六条)、継伝義務者を処分者の子とし、継伝指定者を処分者の孫とする継伝処分は許容されていた(旧一〇四八条)。なお、継伝処分につき前掲注(102)も参照されたい。
- (110) 「虚有権 (nue propriété)」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、二〇〇二年)二二三頁(以下、中村＝新倉＝今関『フランス法律用語辞典』と引用する。))。所有権の構造に即して敷衍すると、所有権は、使用、収益、処分の三つの要素から構成される。このうち、使用収益をする権利である用益権が設定された場合、所有権は、処分の権能のみが残ることになる。この処分の権能のみを有する物権が虚有権であり、処分権能を有するため、虚有権は依然として所有権である。
- なお、虚有権と対置される用益権について、その利用実態から用益権概念の把握を試みるものとして、齋藤哲志「用益権の法的性質 ―終身性と分肢権性―」日仏法学二八巻(二〇一五年)四三頁がある。
- (111) 「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(110)『フランス法律用語辞典』二五七頁)。

- (112) 民法典九一三条は、一八九六年三月二五日の法律、一九七二年一月三日の法律、二〇〇一年二月三日の法律、二〇〇五年七月四日の法律、および二〇〇六年六月二三日の法律により、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、原始規定である民法典旧九一三条によれば、次のように規定されていた。

旧九一三条「原始規定」「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二分の一を、子が二人いる場合には「処分者の財の」三分の一を、子が三人またはそれ以上いる場合には「処分者の財の」四分の一を超えることができない。」

- (113) 旧一一三〇条「第一項 将来の物も債務の目的 (objet) となりうる。

第二項 しかし、たとえ相続に係る者の同意を伴うとしても、まだ開始されていない相続を放棄することも、このような相続についていかなる約定をすることもできない。」

なお、現行の民法典一一三〇条は、二〇〇六年六月二三日の法律により修正され、法律で規定された諸条件に従う場合には、まだ開始されていない相続の放棄等が可能である旨を規定する。

- (114) Cass.req. 12 novembre 1867, D.P. 1869, I. 528.

- (115) 後見の計算 (le compte de tutelle) とは、未成年者または成年被後見人の後見人が各年および後見終了時に行わなければならない管理勘定 (compte de gestion) のことである (Association Henri Capitant, *op.cit.*, *Vocabulaire juridique*, v° *Compte de tutelle*.)。

- (116) Cass.req. 21 décembre 1869, S. 1870, I. 130 ; D.P. 1870, I. 308.

- (117) たゞえは, J.Gheslin, *op.cit.*, *Le contrat : formation*, n° 887.

なお、学説によれば、あらゆる負担付き贈与が有償行為と性質決定されるわけではない。この問題につき詳細な検討をするデュペール (J.-J. Dupeyroux) の見解をみてみる (J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, LGDJ, 1955, pp.197 et 198.)。

デュペイルーは、まず、有償行為と無償行為とをどのように区別するかにつき次のように主張する（なお、デュペイルーは、これまで有償行為と無償行為との区別の基準として挙げられていた、行為者の主観的な意図という基準、および、客観的または主観的均衡(equivalence)という基準につきそれぞれ批判を展開しているが、本稿ではその詳細に立ち入らない。デュペイルーにより展開された批判の内容については、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、一九九七年）九四頁以下を参照されたい。）

デュペイルーは、有償行為と無償行為との区別の基準を考察するにあたり、判例を重視した。そして、贈与に付されていた負担には、それが受益者の利益になる場合と、贈与者または第三者の利益になる場合とがあり、判例は前者を無償行為とし、後者を有償行為であるとする傾向にあるとして、これらを説明しうる基準とは何かを考えた（J.-J. Dupeyrou, *op. cit.*, thèse, n° 125 et Conclusion sur le fondement de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux (p.159)）。デュペイルーによれば、受益者の利益となる負担と贈与者または第三者に排他的に利益となる負担とを区別する基準は、意図的な損害 (préjudice) 、「つまり、犠牲 (sacrifice) にあるという。この犠牲とは、金銭的な評価が可能である必要はない。贈与に付された負担がそれを行う者にどんな犠牲も生ぜしめない場合、この負担によりたとえ贈与者が精神的または物質的な利益を求めているとしても、当該贈与は無償である。これに対して、ある負担がそれを行う者の犠牲を伴うとき、当該負担の付された行為は有償である。このように犠牲という基準から、ある負担付き贈与が有償行為となるか無償行為となるかを説明した（J.-J. Dupeyrou, *op. cit.*, thèse, Conclusion sur le fondement de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux (p.159)）。そして、有償行為と無償行為とは次のように区別される。一方で、当事者間の相対立する犠牲 (sacrifices antagonistes) が客観的または主観的に均衡 (équivalence objective ou subjective) している場合には、当該行為は有償である。他方で、当事者の一方に与えられた利益が、客観的にも主観的にも犠牲の代償 (compensation) とならない場合には、当該行為は無償である（J.-J. Dupeyrou, *op. cit.*, thèse, Conclusion sur le fondement de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux (p.160)）。それゆえ、贈与と称される行為に付された負担が贈与者または第三者の利益になるものであった場合には、この行為を有償行為と性質決定せずに解決をすべきでないと批判を呈したのであった（J.-J. Dupeyrou, *op. cit.*, thèse, n° 182）。

負担付き贈与と有償行為、無償行為との関係については、シムレールもデュペイルーと同様の指摘をする。シムレール

の見解については、後掲本稿注(168)を参照されたい。

- (118) 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(93)「恵与における不法の条件」一〇八頁で検討されており、同判決の訳にあたって参考にした。

- (119) 九五三条「生存者間の贈与は、そのもとで贈与が行われた条件の不履行を事由として、忘恩 (ingratitude) を事由として、および子の事後出生 (survenance) を事由としてしか、撤回されえない。」

〔筆者注:二〇〇六年六月二三日の法律によって、同条が置かれた章の名称が「生存者間の贈与および遺贈」から「恵与」へと変更されたが、条文の文言は改正されていない。〕

- (120) 贈与分割とは、尊属が卑属に対して行う財産の分割と無償処分とを不可分の形で含む行為である尊属分割 (partages d'ascendants) の一種であり、尊属が、卑属や推定相続人に対して財産の贈与および分割を行うことである (Association Henri Capitant, *op.cit.*, *Vocabulaire juridique*, v° Donation-partage. なお、尊属分割については、参照、原田純孝「相続・贈与遺贈および夫婦財産制——家族財産法」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』(有斐閣、二〇〇六年)二八一頁。)

- (121) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 41.

- (122) Cass.civ. 7 juillet 1868, S.1868, I, 435; D.P. 1868, I, 446.

- (123) 九一〇条〔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。」

一一二一条「再掲」「コースがない債務、または虚偽のコースもしくは不法なコースに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

一一七二条「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。」

- (124) C.A.Dijon, 7 décembre 1871, D.P. 1873, II, 177.

- (125) これらの条項は、必ず無効であると思われるものではない (Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 47 et 48)。

第一に、結婚禁止条項は、それが死後の嫉妬のような不当な目的による場合、または不義の子を嫡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、譲渡禁止条項は、非譲渡期間が一時的であり、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。なお、譲渡禁止条項が有効になりうる場合について、今日では民法典九〇〇条の一により明文化されている（後掲本稿注〔131〕を参照。）。

〔126〕 Cass. req. 8 avril 1913, D.P. 1915, I, 29.

〔127〕 本判決では、当該約定が条件ではなく期限 (terme) である旨の破毀申立てもなされた。この点について、破毀院は、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し、破毀申立てには理由がないとした。

〔128〕 Cass. civ. 24 octobre 1939, D.H. 1940, p.1 ; S. 1940, I, 32.

〔129〕 「用益権 (usufruit)」は、民法典五七八条で、次のように定義される（なお、所有権と用益権、虚有権との関係については、本稿注〔110〕も参照。）。

五七八条「用益権は、他の者が所有権を有する者を、所有権者自身と同様に、ただし、その本質を保存することを負担として、使用収益する権利である。」

〔130〕 Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1965, Bull. 1965, I, n° 593 ; D. 1966, Somm., p.33 ; G.P. 1966, I, 55 ; R.T.D.civ. 1966, p.332, obs. R.Savatier.

〔131〕 譲渡禁止条項については、二〇〇六年六月二三日の法律により、民法典九〇〇条の一として、それがいかなる場合に無効となるかが明文化されている。

九〇〇条の一第一項「贈与財産または遺贈財産にかかわる譲渡禁止条項は、それが一時的であり、かつ重大かつ正当な利益によって相当とされる場合でなければ、有効でない。この場合であっても、その条項を相当とした利益が消滅した場合、またはより重要な利益がそれを要求するに至る場合には、受贈者または受遺者には、その財産を処分することを裁判上許可することができる。」

- 九〇〇条の一に関する検討をした論稿として、石綿はる美「財の譲渡禁止条項についての一考察（一・未完）——フランス民法典九〇〇条の一の検討——」法学七八巻六号（二〇一四年）一頁がある。
- (132) Cass.req. 10 novembre 1896, D.P. 1897, I, 51.
- (133) Cass.civ., 23 mars 1949, G.P. 1949, I, 281 ; S. 1949, I, 167.
- (134) A.Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, *R. T. D. civ.* 1967, p.80.
- (135) Ph.Simier, *op. cit.*, thèse, n° 47.
- (136) Ph.Simier, *op. cit.*, thèse, n° 327 et s.
- (137) フランスのコース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」法学新報七九巻二号（一九七二年）八五頁、岸上晴志「契約の目的についての覚書（一）（二）」中京法学一六巻一号（一九八一年）五一頁、同二号（一九八一年）七頁、森山浩江「恵与における『目的』概念——コース理論を手掛かりに——」九大法学六四号（一九九二年）一頁、小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早法七〇巻三号（一九九五年）一頁、竹中悟人「契約の成立とコース（一）（八・完）」法協一二六巻一二号（二〇〇九年）一頁、一二七巻一号（二〇一〇年）一頁、同二号（二〇一〇年）一頁、同三号（二〇一〇年）一頁、同四号（二〇一〇年）八二頁、同五号（二〇一〇年）一頁、同六号（二〇一〇年）三七頁、同七号（二〇一〇年）一頁、山代忠邦「契約の性質決定と内容調整（一・未完）——フランス法における典型契約とコースの関係を手がかりにして——」法学論叢一七七巻三号（二〇一五年）四九頁などがある。
- (138) 民法典一一〇八条によれば、法律行為の有効要件としては、当事者の同意（consentement）、契約を締結する能力、目的（onjet）、適法なコースの四つが挙げられる。一一〇八条の規定については、本稿注（33）を参照。
- (139) Fr.Terré, Ph.Simier, Y.Lequette, *op. cit.*, n° 332.
- (140) J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op. cit.*, tome 1, L'acte juridique, n° 253.
- (141) コース論については今日でも議論が展開されており、古典的コース論と、カピタンらを中心に主張された新コース論という対比では、フランスのコース論を正確に把握することはできないであろう。しかし、民法典九〇〇条の厳格な適用の判例による回避という点でいえば、問題となるのがコースの不法性であることもあり（ただし、恵与と称される行為の有償行為化を主張する学説のなかには、コースと性質決定との関連性を指摘するものがあるが、ここでは、コースの不法性

が問題となっているわけではない。）、この限りで、古典的コース論、新コース論との対比により学説を把握することが許されよう。

- (142) 古典的コース論については、小粥・前掲注(137)「フランス契約法におけるコースの理論」五二頁、竹中・前掲注(137)「契約の成立とコース(二)」二五頁などが詳しい。

- (143) アンチ・コー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(M.Planiol)である(M.Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 8^e éd., LGDJ, 1921, n^{os} 1037 et s.; M.Planiol et G.Ripert, *Traité élémentaire de droit civil français*, tome 6, obligation, LGDJ, 1930, n^o 260.)。プラニオルは、双務契約において両当事者の債務が同時に発生する場合、一方の債務が他方の債務のコース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スの不存在、不法性は、それぞれ目的(*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、コース概念を批判した。

- (144) H.Capitant, *De la cause des obligations*, 3^e éd., Dalloz, 1927.

- (145) Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n^{os} 621 et s.

- (146) Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n^o 619 et s.

- (147) J.Dabin, *La théorie de la cause, Article 1131-1133 du Code civil : Etude d'histoire et de jurisprudence*, thèse, Bruxelles, 1919, n^{os} 237 et 238; G.Ripert et J.Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complet*, tome 3, 4^e éd., LGDJ, 1951, n^o 3523; G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, 3^e éd., Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêtés, 1905, n^o 110.

- (148) J.Dabin, *op.cit.*, thèse, n^{os} 237 et 238.

- (149) J.Dabin, *op.cit.*, thèse, n^{os} 236 et s.

- (150) G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin, *op.cit.*, *Des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, n^{os} 110 et s.

そのほか、同旨の主著をする著名な学説として、参照: E.Bartın, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1887, p.387.

- (151) 竹中・前掲注(137)「契約の成立とコース(二)」三二頁以下が、カピタンのコース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(137)「契約の成立とコーズ(三)」三八頁以下は、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.Maurry)の見解との関係で、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理(もつとも、モーリーが想定している判例法理は、負担付き贈与の場合には当該行為を有償契約として性質決定し、一一七二条を適用するというものである。)について触れる。モーリーは、判例による惠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が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評価する。そして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を批判する。そこでモーリーは、「上記判断枠組みに代わる基準として、「経済的均衡の有無」によって区別を図ることを提唱したのであった。

- (152) G.Ripert et J.Boulanger, *op.cit.*, tome 3, n^{os} 3521 et 3523.
- (153) G.Ripert et J.Boulanger, *op.cit.*, tome 3, n^{os} 3525 et 3541.
- (154) Cass.civ. 17 juillet 1883, S. 1884, I. 305, note J.-E.Labbé.
- (155) Ph.Simier, *op.cit.*, thèse, n^o 266.
- (156) 今日では、多様な解釈が存在する。たとえば、本文で指摘するように民法典九〇〇条の強行法規性を否定する学説もあるが、不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであるか否かの違いは、惠与者の意思の考慮というよりも公序の考慮により評価されてゐると指摘する学説もある(Het L.Mazeaud, J.Mazeaud et Fr.Chabas, *op.cit.*, tome 4, Successions-Libéralités, n^o 1398)。
- (157) M.Planio, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, 9^e éd. LGDJ, 1924, n^o 3037.
- (158) Ch.Budant, *Cours de droit civil français*, tome VI, Les donations entre vifs et les testaments, 2^e éd. Rousseau & C^{ie}, 1934, n^o 50.
- (159) Ph.Simier, *op.cit.*, thèse, n^o 264.
- (160) Cass.req. 8 mai 1901, D.P. 1902, I. 220.
- (161) 一二三四条第一項「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。」

一三一五条「第一項 債務の履行を要求する者は、その債務を証明しなければならない。」

第二項 同様に、解放を主張する者は、弁済または債務の消滅をもたらした事実を証明しなければならない。」

(162) Cass.req., 20 novembre 1905, S. 1906, I, 171.

(163) 詳しくは、前述の第一章第一節第二款を参照されたい。

(164) このような指摘は、古典的コース論のもとでも指摘されていた。たとえば、バルタン (E.Bartin) は、「〔諸判決は、〕この条文〔民法典九〇〇条〕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、彼の思考においては、彼が付した条件でしか生命を得ない恵与を、決して維持しない〔条件なしではなされなかった恵与を無効とする〕」とし、民法典九〇〇条と判例法理との矛盾を指摘していた (E.Bartin, *op.cit.*, thèse, p.360)。もともと、バルタンは古典的コース論に依拠して議論を展開していた、つまり、恵与のコースを恵与の意図であると考えていたため (E.Bartin, *op.cit.*, thèse, p.387)、バルタンの問題提起は、その後の学説の注目を集めることはなかったと云われる (Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 268.)。

(165) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 268.

(166) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 268 et 279.

(167) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 270.

(168) シムレールが具体的にいかなる行為を有償行為と性質決定されるべきだと主張していたかは、次のとおりである (Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 273 et s. 同旨の主張をする著名な学説として、参照：J.-J.Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, LGDJ, 1955, pp.197 et 198 ; J.Ghestin, *op.cit.*, *Le contrat : formation*, n° 887, noteデュペイルールの見解につき、本稿・前掲注 (117) も参照)。

カピタンのコース論によれば、古典的コース論のように抽象的にコースが把握されるのではなく、贈与と性質決定された行為の真の目的 (b.i) が何かが問題となる。それゆえ、たとえば内縁の夫婦間でなされた贈与について、コースが恵与の意図にある場合には、コースは正當なものであるため、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貞関係の獲得または維持である場合には、コースが不法なものであるため、当該贈与は無効である (なお、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大法廷二〇〇四年一〇月二九日（*Bull.civ. assplén.* 29 octobre 2004, D. 2004, p.3175.）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」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、二〇一二年）一一五頁が検討を行っている。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、裁判所は、性質決定の問題を取り上げない。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いう。これに対して、同様の問題は負担や条件の付された場合にも当てはまるが、このとき、性質決定の問題が、民法典九〇〇条の適用の問題となるか、一一七二条の適用の問題となるかという違いを生じさせることになる指摘する（*Ph.Simler: op.cit., these, n° 274.*）。

そして、負担または条件から利益を受ける者が、受贈者自身か、贈与者または第三者かにより、区別する必要があるとし、次のようにいう。まず、非常に稀ではあるが条件が贈与者または第三者の利益にならない場合があり、このとき、シムレールは、ある条件または負担の実現が贈与者にとってコースであるとしても、なお贈与と性質決定しうるとする。たとえば、贈与者が受贈者に対して贈与した物が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。

このとき、この条件または負担が贈与者の目的であった場合には、それが贈与のコースであるものの、当該行為は無償である。その理由につき、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例を例に説明する。贈与に付された学校や病院の建設という負担が贈与者の目的であり、当該負担がコースであっても、自治体は無償で資産を増やしており、当該行為は贈与である。贈与者自身が学校や病院を建てた後に贈与する場合を想定すれば結果が同じであることを踏まえれば、この帰結は納得しうるものであるとする（*Ph.Simler: op.cit., these, n° 274.*）。これに対して、ある条件や負担が贈与者または第三者の利益になるとき、当該負担等は反対給付となる。このとき、贈与と性質決定をしながら条件または負担を動因的かつ決定的なコースとすることは矛盾しているとし、適用されるべきは一一七二条だという（*Ph.Simler: op.cit., these, n° 274.*）。

(169) 日本の議論状況については、本稿（一）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、「ある当事者が無効事由の存する一部なくして契約を締結したであろうか」とい

う、一方当事者の仮定的な意思として捉えるようになっていく。このような把握に至る過程については、本章第二節で明らかにしていく。

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、民法典九〇〇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。

民法典九〇〇条は、恵与に不法条件等が付されていた場合において、当該条件を書かれざるものとみなす旨を規定する。同条の存在にもかかわらず、フランス法上、無効の範囲という意識が民法典制定当時になかったのは、古典的無効論の影響のほか、九〇〇条の意義がアンシャン・レジームへの復帰へと至らしめる条件を否定するという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。もともと、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、恵与者にとつて「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。

この動因的かつ決定的なコーズ概念の意義をめぐって展開された学説の議論を踏まえると、恵与に不法な条件等が付されていた場合において、無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思の位置づけを、次のように評価することが許されよう。

すなわち、学説の議論からは、先の判例法理が用いる動因的かつ決定的なコースという概念を通じて考慮される当事者の意思とは、コースとは何かを評価するにあたり考慮された当事者の具体的な目的であった。それゆえ、この判例法理において、無効の範囲を画定するにあたり「当事者の意思が考慮される」といわれるとき、それは、「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」という意味ではなかったように思われる。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の関係、また、一部無効の本質と当事者の意思との関係という本稿の中心的課題にとって、重要な意味を有する。もともと、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スではない場合に、なぜ条件のみが無効とされるかについて、フランスでは、九〇〇条の存在ゆえに突きつ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。フランスに特殊な事情として、フランス民法典には九〇〇条の規定があることから、恵与についての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、一部無効論の萌芽とされる事例では生じていなかったといえよう。

しかし、シムレールは、民法典九〇〇条の強行法規性を否定した。それにより、当事者の意思により契約の一部の無効が課されるのはなぜかという問いに答える必要が生じた。シムレールは、恵与以外の事例においても無効の範囲が問題となっていること、そして当事者の意思が無効の範囲を画定する原則的な基準であることを指摘し、なぜ当事者の意思が基準となるかを説明する。彼によれば無効の範囲の画定にあたり考慮される当事者の意思の内実が何であり、いかなる役割が担わされていたかは、彼の一部無効論の全体を検討しなければ明らかにならない。そこで次節では、シムレールの見解を中心に検討をし、伝統的な一部無効論において当事者の意思が果たした役割を明らかにしていこう。

〔未完〕

〔付記〕 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一五年三月二五日授与）「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——」に加筆・修正をしたものである。