HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程（5）：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，68(1)，135-209
Issue Date	2017-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/65794
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no1_03.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

一部無効の本質と射程（五）

――一部無効論における当事者の意思の意義を通じて――

酒巻修也

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、六六巻四号）

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―（以上、六六巻五号）
　第四節　本章のまとめ（以上、六六巻六号）
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
　第一節　契約における特定の条項の無効に関する事例
　　第一款　法規範の実効性という観点の浸透
　　一　法の目的の考慮の定着
　　二　契約条項の積極的な修正と一部無効の本質との関係（以上、六七巻一号）
　　三　小括
　　第二款　契約における特定の条項の無効に対する当事者の意思の役割
　　第三款　本節のまとめ（以上、本号）
　第二節　複合的な契約におけるひとつの契約の無効に関する事例
　第三節　代金等の縮減に関する事例
　第四節　本章のまとめ　―一部無効論における当事者の意思の意義に関する検討―
結章　日本法への示唆

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

〈本章の課題と分析の方法〉

前章において、本稿は、一部無効論の展開を通じて、一部無効の本質とは何かということが、理論的なレヴェルでは、無効理論から明らかにされてきたことを知った。

しかし、前章第三節第三款で指摘したとおり、今日の学説は、一部無効の捉え方につき、新無効論が提唱されて以降も混乱していた無効理論を大きく前進させ、その無効理論から一部無効を説得的に論ずるティビエルジュ（C.Thibierge）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場合があるという。たとえば、このような指摘にあたりしばしば引用されるテレ＆シムレール＆ルケット（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette）は、次のように言及する。(1)

「彼女（ティビエルジュ）の提案は、この〔無効の範囲に関する目的論的な〕解決が、立法者の目的に合致するという公準のもとに建っている。しかし、彼女の提案は、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。(2)」

この言説は、一部無効を「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」として捉えることが、基本的な捉え方としては妥当であるが、しかし、なお十分とはいえず、無効の範囲が問題となるあらゆる事案を説明することはできないということをいわんとするものと思われる。そこで、いかなる事案で、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が参照されており、それがどのような意義を有し、前章で明らかにした一部無効の本質と相いれるかを、改めて分析する必要があろう。

その際、今日のフランスでしばしば指摘されている、契約の成立に関するサンクションの多様化という視角が、本稿

に有用な示唆を与えるように思われる。(3)

すなわち、前章第三節で確認をしたように、代金の縮減の問題について、一部無効と不法行為とを同視する学説があり、それに対しては、一部無効と不法行為という法的サンクションの間には、その性質について両者に違いがあると指摘されていた。さらには、これまで複合的な契約について、「ひとつの契約の無効がそれと密接な関係にあるその他の契約の無効をもたらすか」というように無効の範囲の問題として論じられていたのに対して、詳しくは本章第二節で検討するが、学説により疑問が呈されており、実際、二〇一六年一〇月一日に施行された改正後の民法典によると、(4)この問題は、無効の範囲ではなく、「失効（caducité）」の問題として規律されるに至った。(5)これらの多様な法的サンクションの差異を指摘する動向と比すると、前章でみた一部無効論の論者は、一部無効の問題として扱うべきでない事案類型までも包摂して一部無効論を展開していたと考えられる。(6)

そこで本章では、シムレール（Ph.Simler）の一部無効論の基礎となった三つの事案類型（①契約における特定の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代金等の量的な縮減に関する事例）に分けて、各事案類型における当事者の意思の意義につき再検討していくこととしたい（第一節ないし第三節）。というのも、シムレールは、彼が基礎にしたこれらの三つの事案類型のいずれにおいても、無効とは法的なサンクションであることから、公序の目的が優先する場合があるとしながらも、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が考慮されている、または考慮されるべきであると主張した。つまり、不法性の範囲が客観的に画定された後、原則として当事者の意思を考慮して無効の範囲が画定されるとする。これに対して、ティビエルジュは、シムレールと同様、無効とは法的なサンクションであることから無効の範囲を論ずるものの、無効というサンクションの客観的性格を強調し、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した。もっとも、ティビエルジュの見解に対しては、

とりわけ複合的な契約においてひとつの契約が無効であった事案など、現在でも、多くの判例および学説により、当事者の意思が考慮されて解決される場合があることを指摘できよう。前章で確認をした以上の一部無効論の変遷に加え、先のサンクションの多様化の傾向を踏まえると、前章で検討した一部無効論では非常に広範な事案類型を包摂しうる理論が形成されていたがために、一部無効論においていかなる事案類型で当事者の意思が考慮され、そこで当事者の意思がどのような役割を果たしているかが、十分に明らかにされていないのではないかと思われる。

そうであれば、一部無効の本質と当事者の意思との関係を理解するにあたっては、事案類型ごとに、当事者の意思が考慮されるか否か、考慮されるとすればその意義はいかなるものかを分析する作業が必要となろう。これらの三つの事案類型を個別に再検討することで、各事案類型における当事者の意思の位置づけを探った後、シムレールや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、フランスにおいて類型的志向が望まれるならばその理由は何かを明らかにしていきたい（第四節）。

なお、近時の学説の議論が、シムレールによる上記三つの事案類型に完全に対応しているわけではない。たとえば、契約が量的に縮減される場合には、契約条項が量的に縮減される場合や、代金が減額される場合がある。このうち、前者につき、近時の学説の多くは、契約条項そのものが無効になる場合と連続的に捉えている。シムレールの一部無効論における当事者の意思の意義との違いを明確にするためにも、このような近時の学説による捉え方をシムレールによる三つの事案類型に反映させながら、検討を進めていくこととする。

第一節　契約における特定の条項の無効に関する事例

学説上、契約における特定の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(7)。これらの事案の多くでは、無効の範囲を画定するにあたり、違反された規定の目的が考慮されているといわれる。つまり、前章で詳述したように、無効とは、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であり、無効の範囲を画定するにあたっては、違反された規定の目的を考慮しなければならないと考えられた(8)。この無効および一部無効の本質は、多くの事案において妥当しているということができる（第一款）。

ただし、今日の学説は、無効の範囲を画定するにあたり、違反された規定の目的のみを考慮しているわけではない。シムレールにより一部無効論が提唱されて以降、学説の多くは、無効の範囲画定の判断基準として、当事者の意思を挙げる(9)。もっとも、今日の学説がいう当事者の意思は、シムレールがいうそれとは異なるように思われる。そこでいわれる当事者の意思とは、どのような内実のものであり、無効の範囲画定にあたりいかなる役割を有するものと考えるべきだろうか。一部無効の本質との関係を意識しながら、検討していこう（第二款）。

第一款　法規範の実効性という観点の浸透

一部無効の理論的な分析によると、無効および一部無効とは、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であると指摘されていた。違反された法規範の実効性（efficacité）を確保するためにそれに適したサンクションを課す必要があるという考えは、前章でみた無効および一部無効の本質に関する理解の変遷、さらには、ある条項のみの効力を否定する旨をあらかじめ定める特別法の増加や、法規範の実効性という観点から無効の範囲を画定していると評価しうる判例の広範な領域での登場により、今日のフランスにおいて定着しているといえよう(10)（一）。

もっとも、無効および一部無効を先のような法的なサンクションとして捉えることは、無効原因の存する条項のみを無効とする場面を越えて、次のような議論を展開させる。すなわち、無効原因が特定の条項の一部にのみ存する場合にいかなる範囲で無効とすべきかという問題や、無効原因の存する条項を適法な条項に置き換えて契約を存続させるべきかという問題、つまり、契約条項の積極的な修正に関する議論である。この契約条項の積極的な修正に関する議論のなかで、一部無効の本質は、いかなる影響を与えているのだろうか（二）。

本款では、契約における特定の条項の無効に関する議論において、一部無効が法的なサンクションであるという理解が広く是認されており、さらには契約条項の積極的な修正という新たな局面でも一部無効の本質が重要な影響を及ぼしていることを明らかにしていく。

一　法の目的の考慮の定着

さて、前章で確認をした一部無効の本質に関する学説の議論によれば、無効の範囲を画定するにあたり、違反された法規範の目的を考慮する必要があった。もっとも、たとえば民法典九〇〇条が恵与に付された一定の条件のみを書かれざるものとみなす旨を規定しているにもかかわらず、判例は、コーズに関する規定を参照するなどして[11]、全部無効の可能性を認めていた[12]。また、かつての判例は、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思を参照していた[13]。

しかしながら、近時、たとえば、法律がある条項を「書かれざるものとみなす」ことの意義につき、再検討がなされている。また、判例のなかにも、従来、当事者の意思を参照し無効の範囲を画定していた事案につき、より明確に、違反された法規範の目的を考慮して無効の範囲を画定するものが現れるようになった。

こうした一部無効の本質に関する議論の蓄積、およびその浸透ともいいうる判例の傾向は、フランスの債務法改正の

作業にも影響を及ぼす。無効の範囲画定にあたり法規範の目的を考慮することの必要性は、二〇一六年二月一〇日のオルドナンスにより改正された民法典において、明文化されることになる。

（一）ある条項を「書かれざるものとみなす」旨の意義の再考

まずは、法規範の実効性を考慮して一定の条項のみを無効とする旨を定める特別法についてみていこう。

ところで、既にみたように、フランスにおいて一部無効論の萌芽は、恵与に付された不法条件等のみを書かれざるものとみなす民法典九〇〇条の適用を回避し、全部無効を認める判例法理の登場に見出されていた。そうすると、ある規定が特定の条項のみを無効とする旨を定めている場合であっても、必ずしも定められているとおりに無効の範囲が画定されないのではないか、さらには、定められた無効の範囲とは異なる解決を可能にしていたのが当事者の意思という基準であったのではないか、とも考えられる。しかしながら、一部無効の本質に関する議論の蓄積に伴い、まさに民法典九〇〇条が用いている「書かれざるものとみなす」という意義についても、近年、再評価がなされている。そこで、「書かれざるものとみなす」という文言を用いる特別法に焦点を合わせ、今日の学説が、どのような観点から、ある条項のみが書かれざるものとみなされていると解しているかを検討していこう。

(1)　特別法の増加と学説の興隆

ある条項を「書かれざるものとみなす」サンクションそれ自体は、民法典制定当初から規定されていた民法典九〇〇条のように、古くから存在していた。同条は、その立法の経緯をみると、アンシャン・レジームへの復帰をきらい、それを目論む条件等につき、当該条件等を書かれざるものとみなすことで恵与の受益者による不法性の摘示を促すという

政策的な観点から置かれた規定であった。[14] しかし、その政策的な配慮の必要性が消え、次第に、恵与に不法条件等が付されていた場合であっても、当該行為の全部が無効になる場合のあることが判例により認められることとなった。こうして、同条の特殊性への関心は薄れていった。

ところが、近時、ある条項を書かれざるものとみなす旨を規定する特別法が増加し、当該サンクションに注目が集まることとなった。ここで、民法典九〇〇条の当初の意義の再発見がなされる、すなわち、ある規定の目的の達成に実効的なサンクションとして、ある条項を書かれざるものとみなしていると指摘されるようになる。

この立法技術を用いる規定につき、学説は、大きく次の二つに分類をする。[15]

第一は、さまざまな契約に共通する一定の条項について、それを書かれざるものとみなす規定である。[16]

たとえば、民法典一三八六条の一五第一項は、欠陥のある製品による損害賠償責任を減免する旨の条項を禁じ、その旨の条項を書かれざるものとみなすと規定する。[17] また、民法典一一五二条第二項は、同条第一項が規定する、明らかに過大な違約金条項に関する裁判官の修正権限につき、これを侵害する旨の条項を書かれざるものとみなす旨を規定する。[18]

民法典以外にも、たとえば民事訴訟法典四八条は、非商人間で締結された契約においては、土地管轄（compétence territoriale）に関する規定に直接または間接的に違反する条項を書かれざるものとみなすと規定する。[19]

第二は、ある特定の契約類型に向けられた一定の条項について、それを書かれざるものとみなす規定である。

たとえば、商法典L. 二二一条の一三は、合名会社（société en nom collectif）において、会社の持分（parts socials）の譲渡にあたり、社員の同意を必要としない旨の条項を書かれざるものとみなす。[20] また、建物の区分所有（copropriété）の地位に関する一九六五年七月一〇日の法律には区分所有者の義務を定めている規定があり、たとえ

ば、同法律一〇条第一項は、区分所有者は、集団に共通の諸サービス（services collectif）や共有設備（les éléments d'équipement commun）による負担を分担する義務を負うと規定する。そして、同法律四三条は、これらの規定に反する条項を、書かれざるものとみなす旨を規定する[21]。建築住居法典L．二三一条の三は、居住用、または店舗兼居住用の不動産の建築契約（contrat de construction）において、同条が列挙する事項に反する条項を書かれざるものとみなす旨を規定し、たとえば、同条f)に、注文者に対し、支払期日前および仕事の受領前に、作業現場への訪問を禁ずることを挙げる[22]。

これらの特別法の増加により、「書かれざるものとみなす」というサンクションへ注目が集まり、学説は、当該サンクションの意義を探究するようになる。もっとも、当初、学説が関心を寄せたのは、「書かれざるものとみなす」というサンクションが、無効、特に一部無効と異なるサンクションであるか、異なるとすればいかなる点においてであるかという点であった。後述するように、「書かれざるものとみなす」というサンクションがいかなる観点から課されるかについて詳細な分析をする学説が、両者が異なるサンクションであるという理解に立脚しているため、まずは、その評価のための準備作業として、「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の主張を確認しておきたい。

これらの学説によると、一部無効は無効であり、裁判官が無効を言い渡すまで、当該行為は有効なままである。これに対して、「書かれざるものとみなす」というサンクションは、法的擬制（fiction légale）であり、ある条項を存在していないものとみなすものである[23]、あるいは、ある条項が契約に挿入されたときから、当該条項の拘束力（force obligatoire）を奪うものであると説明される[24]。

したがって、「書かれざるものとみなす」というサンクションを課す場合には、裁判官による言い渡しを必要とし

ない。[25] たとえば、ある条項に基づく債務が既履行の場合には、裁判官は、当該条項が書かれざるものであると言い渡すのではなく、当事者が不適切に履行をしたと確認することになる。[26] また、無効とは異なるサンクションであるため、無効訴権に関する消滅時効の適用はない。たとえば、ある条項が法律により書かれざるものとみなされると規定されているにもかかわらず当該条項に基づき履行をした結果、非債弁済の返還訴権（action en repetition de l'indu）が問題となった場合には、支払い義務のない金銭を支払った時から、非債弁済の返還訴権について時効が進行することになる。[27]

さらに、前章第二節で確認したとおり、伝統的な一部無効論によると、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になるとされていた。これに対して、「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、必然的に、ある条項を除いた契約が維持されることとなる。つまり、ここでは、当事者の意思による無効の範囲の画定が問題とならない。[28]

このように、一部の学説は、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との異同を説明し、「書かれざるものとみなす」というサンクションを、無効や一部無効とは異なるサンクションであると指摘する。

これに対し、多くの学説は、両者が異なるサンクションであるとは考えず、「書かれざるものとみなす」というサンクションは、ある条項を無効にすることと同義であるという。[29] つまり、ある条項を書かれざるものとみなすのは、当該規定の遵守を確実なものとさせるためである。一部無効も、「書かれざるものとみなす」というサンクションも、強行的規範（norme impérative）に反している条項を契約から取り除くという共通の目的を有しているのであり、両者に違いはみられない。[30] この指摘からは、無効の範囲の画定にあたって、少なくとも、当事者の意思よりも法規範の目的が優先されなければならないという理解が定着してきたことが窺えよう。

もっとも、近時、「書かれざるものとみなす」というサンクションについて、S. ゴドゥメ（S.Gaudemet）により、

初めての本格的なテーズ『書かれざるものとみなされる条項（*La clause réputée non écrite*）』が出されるに至った[31]。そのなかで、S. ゴドゥメは、同サンクションに関するこれまでの学説の指摘からさらに議論を進め、同サンクションがいかなる観点から、つまり、いかなる機能を果たすことを目的として課されるかという「書かれざるものとみなす」サンクションの機能に着目をするのであるが、彼女の分析によると、同サンクションにより解決される一定の事案については、意思自律の原理に基づいて解決されているという。この指摘からは、「書かれざるものとみなす」というサンクションは、違反された法規範の目的を考慮して条項の効力を否定していないのではないかとも思われる。さらには、伝統的な一部無効論による、意思自律の原理という観点から当事者の意思が無効の範囲を画定する原則的な基準となるという主張と、親和的なようにも思われる。しかし、混乱を招かぬようあらかじめ指摘しておくと、S. ゴドゥメのいう意思自律の原理の尊重は、伝統的な一部無効論が無効の範囲を画定する場合に当事者の意思を原則的な基準とすることとは、意味が異なる。彼女の見解の分析を通じて、本稿は、法規範の目的の考慮と当事者意思の尊重との関係の、少なくともそのひとつを析出することができよう。

(2)　S. ゴドゥメによる二つの機能

S. ゴドゥメは、ある条項を書かれざるものとみなす諸規定について、それらが果たしている機能を二つに分類できるという[32]。

第一の機能は、契約上の債務の一貫性を統制する（police de la cohérence des obligations contractuelles）機能である[33]。特定の契約類型における一定の条項を書かれざるものとみなす特別法は、この機能を担っている場合が多いという[34]。

すなわち、S. ゴドゥメによると、これらの規定は、規制の対象となる契約類型において当事者が意図した目的の明確化に寄与しており、当該契約類型における本質的債務（obligation essentielle）[35]に反する条項を、書かれざるものとみなしている[36]。この本質的債務を侵害する条項は、両当事者に選択された契約類型による契約目的の実現の障害となるのであり、当事者が、当該条項を実際に望んでいたとは考えがたい。したがって、彼女は、当該条項は当事者を拘束しない、つまり、書かれざるものとみなされるのだと指摘する[37]。

第二の機能は、社会秩序に関する諸価値を統制する（police des valeurs de l'ordre social）機能である。もっとも、この機能については、一部無効との連続性が、S. ゴドゥメにより自認されている。

社会秩序（ordre social）とは、公序のうち、国や諸官庁の組織、家族の社会的位置づけ（statut de la famille）、良俗を遵守させることを目的としたものであり、これには、政策的公序（ordre public politique）と、道徳的公序（ordre public moral）が該当する[38]。憲法上保障された諸権利に関する事柄や、家族に関する事柄がその典型例である。これらを侵害する条項は、拘束力を認めることができず、書かれざるものとみなされなければならない。

社会秩序に関する公序は、経済的公序（ordre public economique）と区別される。経済的公序においては、取引の安全との調和も考慮する必要があり、たとえば、競業避止特約が一方当事者の正当な利益により正当化されないものであることなどを理由に不当である場合、裁判官が当該条項を無効または縮減するまでは、当該条項は当事者を拘束する。このとき、当該条項を書かれざるものとみなすならば、その効果は過剰であり、取引の安全と調和しないという[39]。

もっとも、S. ゴドゥメは以上のように区別を試みるものの、ここでは、「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連続性を意識せざるをえないように思われる。たとえば、競業避止特約についていうと、当該条項は経済活動の自由を侵害している、つまり社会秩序を構成する価値を侵害しているといえるのである。S. ゴドゥメは、

侵害の程度により、当該条項が無効となるか、書かれざるものとみなされるかが区別されるというが[40]、程度の差はあれ経済活動の自由を侵害していると考えられるのであり、その区別は難しいであろう。

要するに、一部無効と「書かれざるものとみなされる」というサンクションとの区別は、サンクションの制度の違いという点においても、その機能の違いという点においても、確立されているとはいいがたい。ただし、S. ゴドゥメによる「書かれざるものとみなす」というサンクションの第一の機能については、当事者の意思を尊重するために特別法により条項の効力が否定されるという、これまでの学説において議論されてこなかったものであり、重要な指摘である。実際、同様の観点からの規制が、債務法の改正後に導入されることとなった。民法典新一一七〇条は、「債務者の本質的債務からその本質を奪うあらゆる条項は、書かれざるものとみなされる」と規定するのである[41]。同条は、コーズ概念を用いて同様の解決をしていた近年の判例法理を念頭に置かれたものであるが[42]、S. ゴドゥメも同様、それらの判例法理を念頭に、さらに特別法の規定の分析を加えて、上記機能を析出している。したがって、一定の特別法では、判例法理と同様の観点からあらかじめ条項の効力を否定しているという理解は、十分にありうるように思われる。そうすると、ここでいう当事者の意思の尊重は、伝統的な一部無効論におけるそれと異なるものなのか、異なるとすればどのように異なるのであろうか。いずれも意思自律の原理に正当性を求めるため、この点を明らかにする必要がある。

(3)　当事者の意思の尊重により「条項を書かれざるものとみなす」ことの意味

S. ゴドゥメによると、「条項を書かれざるものとみなす」というサンクションは、契約上の債務の一貫性を統制するという観点から課される場合があり、そこでは、当事者の意思が重要な要素となる。もっとも、彼女が重視する当事者の意思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異なるものであったといえよう。

S．ゴドゥメは、契約上の債務の一貫性を統制するという観点から、ある条項を書かれざるものとみなすことの正当性を、次のように述べる。

「両当事者が約務を負う場合、それは、何よりもまず、ある目的を達成するためである。このとき、〔両当事者により〕追求された目的に照らして一貫しない条項は、書かれざるものとみなされなければならない。特定の約定が追求された目的の実現を妨げるのであれば、それを書かれていないと表明し取り除くことが、結局、意思自律に役立つのである。(43)」

S．ゴドゥメによると、両当事者は、まず、ある契約により追求される目的について合意をする。その目的の考慮が、それを害する約定よりも優先されなければならない。(44)

このような理解によると、契約上の債務の一貫性の統制という観点からある条項が書かれざるものとみなされるのは、両当事者がある特定の契約類型に従って契約を締結した場合だけとなる。なぜなら、両当事者が、契約類型にはない契約を締結する場合、そこで追求される目的は、両当事者に独自のものである。この場合には、両当事者の共通の意図は、意思の総和である。両当事者は、当該契約における諸条項に拘束されるのであり、ある条項が書かれざるものとみなされる余地はない。これに対し、両当事者がある契約類型に属する契約を締結する場合、両当事者の意思の合致は、第一に、採用された契約類型により追求された目的に存する。この場合、両当事者の共通の意図は、意思の総和ではなく、ある契約類型を採用するということである。(45)それゆえ、当該契約類型により追求される目的の実現を妨げる条項は、両当事者が意図していると考えられず、書かれざるものとみなされることになる。

さて、以上の説明から明らかであるように、ここで尊重されるべき当事者の意思とは、契約締結時における両当事者の共通の意図である。ある契約類型を当事者が採用した場合には、両当事者は、それにより追求される目的について、何よりもまず合意していると考えられるため、その実現を妨げる条項が、書かれざるものとみなされるのである。

このように位置づけられる意思自律の原理の尊重は、伝統的な一部無効論、特にシムレールの一部無効論における当事者の意思の考慮とは、その内実や役割を異にしている。すなわち、シムレールによると、両当事者に共通の意図の探究が不可能であるため、考慮されるべきは、一方当事者の仮定的な意思であった。そして、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を参照し無効の範囲を画定するという役割を有していた。これに対して、契約上の債務の一貫性を統制するという観点からある条項を書かれざるものとみなす場合、そこで考慮されている当事者の意思とは、ある契約類型により追求される契約の目的という、契約締結時における両当事者の共通の意図であった。契約締結時における両当事者の共通の意図が、その実現を妨げる条項を書かれざるものとみなすのであり、このような観点から、一部の特別法は、当該条項が不法であるとしたものと考えられよう。

もっとも、以上のように内実や役割の違いを指摘することができるとしても、このことから、シムレールのように当事者の仮定的な意思を考慮し無効の範囲を画定することが妥当でないとは結論づけられない。しかし、はたして、フランス法が保護しようとする意思自律とは、伝統的な一部無効論のいう当事者の意思なのだろうか。この疑問は、次にみる、判例の検討においても現れる。

(4)　小括

以上では、違反された規定の目的を考慮してある条項の効力を否定する特別法について分析を行った。近時の学説に

よると、当事者の意思の考慮のもとで条項の効力が否定されているという指摘があったが、それは、次のような意味であった。すなわち、特定の契約類型に関する条項の規制にあたり、当該契約類型を採用することにより実現しようとした両当事者の共通の意図を支援するために、ある条項の効力を否定する場合がある。したがって、伝統的な一部無効論とは、当事者の意思の位置づけが異なっていると考えられることに注意しなければならない。

特別法と同様、判例においても、法規範の実効性を考慮して無効の範囲を画定するものが増加している。これらの判例、とりわけ契約条項の積極的な修正を是認する判例について、学説のなかには、当事者の意思を考慮する必要性を説くものがあるが、ここでも、伝統的な一部無効論におけるそれとは異なる意義を見出すことが可能である。続いて、法規範の実効性を考慮して無効の範囲を画定する判例をみていこう。

（二）判例による法規範の実効性の考慮

特別法の規定が、ある条項を不法であるとする一方で、その場合に当該条項のみが無効となるか、契約そのものが無効となるかについて明示していない場合、いかなる範囲で無効が言い渡されるかという問題につき、前章で確認したように、かつての判例には、当事者の意思を参照して、またはコーズに関する民法典一一三一条、有償行為に不法条件等が存する場合の行為の帰趨に関する一一七二条を根拠に[46]、無効の範囲を画定するものがあった。たとえば、すでに紹介した判例や裁判例のほかにも、次のような判例や裁判例がある。

［仏31］　破毀院民事部一九〇六年四月二七日[47]

【事案】　雇用主Xと紋彫工Yとの間で、労働契約が締結されたところ、同契約では、一日の労働時間が最低一〇時間

であり、さらに繁忙期には一、二時間追加されるという内容になっていた。Xがこの内容に従いYに働くよう求めたところ、Yがこれを拒否したため、Xは、Yに対して、Yの履行拒否によりXに損害が生じたとしてその賠償を請求した。なお、一九〇〇年三月三〇日の法律により改正された一八四八年九月九日のデクレ一条および一八九二年一一月二日の法律一条によると、職工（ouvrier）の一日の労働時間が一〇時間を超えてはならないとされていたため、Yは、同契約が無効であると主張した[48]。

原審は、Yが職工長（contremaitre）であったため先の規定の適用がないとして、Xの請求を認容した。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、まず、本件では、Yが職工長とはいえ紋彫の作業に従事しなければならなかったことから、本件契約が、一一時間または一二時間の職工としての労働を強制しうるものであったと確認した。そして、法律により禁止される条件を課す当該条項は無効であり、それに依拠する労働契約を無効とすると判示して、これと異なる判断をした原審判決を破毀し移送した。

［仏32］　ナンシー控訴院一九三一年二月一一日[49]

【事案】　賃借人Xは、賃貸人Yとの間で、一九二一年二月一〇日、店舗の賃貸借契約を締結した。この契約によると、賃貸借契約の期間が、一九二一年三月一日から、六年、九年、十二年、または十五年であると定められ、各期間の満了する三ヵ月前に、契約の終了を望む当事者が当該契約を終了する旨を通知することにより契約が終了することとなっていた。同契約の履行中である一九二一年一一月二日、その余の契約内容をそのままに、契約期間を一九二一年三月一日から十二年間とする旨、および、賃貸借契約の終了時、Xが営業財産の追奪補償（indemnité d'éviction）の請求を放棄

する旨が合意された。

その後、Yが、期間の満了前である一九二九年八月に解約の申入れをしたため、Xは、この解約申入れが無効であるとして訴えを提起した。これに対し、Yが、一九二六年六月三〇日の法律一三条が、期間満了時における賃貸借の更新権を損なわせる合意を無効としていることを理由に、一九二一年一一月の合意が無効であるとして争った。(50)

【判旨】　Xの請求棄却。

控訴院は、一九二一年一一月二日の合意における追奪補償を否定する条項を、一九二六年六月三〇日の法律に反し無効であり、当該条項が動因的かつ決定的なコーズおよび条件であったことから、XY間の契約関係は当初の契約によるとして、Yによる解約申入れは有効であったと判示した。

［仏33］　破毀院民事部一九三二年一一月二一日(51)

【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、代金の支払い方法について、金貨または銀貨により支払う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、強制通用力（cours forcé）制度を導入した一九一四年八月五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。

Xの売買契約の無効の主張に対して、控訴院がこれを拒んだところ、Xは、控訴院が当該条項が契約の基本的な条件であったかを探求してい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、控訴院によれば、上記支払いに関する条項が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。そして、本件事情および当事者の意思の探究により控訴院が専権的に確認した事実から、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、控訴院は判決に法的基礎を与えていたとして、破毀申立てを棄却した。

［仏34］　破毀院民事部一九三九年七月二四日(52)

【事案】　一九二五年に、賃貸人Aと賃借人Bとの間で賃貸借契約が締結された。本件契約には、賃料が、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た、フランス貨幣の購買力（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、一九一四年八月五日の法律で強制通用力制度が導入され、一九二八年六月二五日の法律により廃止された。本件契約は、この間になされた契約であった。その余の事実関係は不明である。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、当該無効な条項が賃貸借契約の締結に決定的であったことから賃貸借契約が無効になると判示することができたと判示した。

［仏35］　破毀院第三民事部一九七一年六月二四日(53)

【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、その代金が金の価額により変動する旨のスライド条項が置かれていた。もっとも、その履行は、数年にわたり延期されていた。その後、当該スライド条項の有効性および無効の範囲が争われることになった。

控訴院は、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、いずれの当事者によるものかは不明であるが、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、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、民法典一一七二条の文言によれば、法律で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と確認した後、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〔当該条件の〕除去が契約のエコノミー（全体的構造）（économie du contrat）を覆す場合には同様である〔合意を無効にする〕」と判示した。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、当該条項につき売主が合意を与えていた」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、当該不法な条項は、合意の動因的かつ決定的な特徴を示していたとして、原審判決を正当なものとした。

これらの判例や裁判例の事案からもわかるように、当事者の意思を参照し、または民法典一一三一条や一一七二条を適用して無効の範囲を画定するという解決は、違反された規定が、個人的な利益の保護を目的としているか、一般的な利益の保護を目的としているかを問わず、みられるものであった。

これに対して、今日では、違反された法規範の目的を考慮して無効の範囲を画定する判例が多く現れている。もっとも、違反された法規範の目的を考慮すべき領域につき、かつての学説は、それを一定の公序の違反があった場合に限っ

より頻繁に引用される判例をみていこう。

ち、ある規定が個人的な利益の保護を目的としているか、または一般利益の保護を目的としているかに分けて、学説に

て区別されているわけではない[55]。すべての判例を網羅することはできないが、ここでは、伝統的な公序の分類、すなわ

ていた[54]。しかし、違反された法規範の目的を考慮し無効の範囲を画定する判例は、違反された公序の規定の特徴によっ

(1)　個人的な利益の保護を目的とする規定の違反

まずは、契約における特定の条項が、個人的な利益の保護を目的とする規定に違反している場合である。近時の判例には、当事者の意思を参照せずに、当該規定の目的を明示または黙示に考慮して無効の範囲を画定するものが多い[56]。その典型例としてよく挙げられるのは、①商事賃貸借（bail commercial）[57]においてそれを更新する権利を妨げる旨の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基本的な権利を侵害する旨の条項等が付されていた事案、③与信契約（contrat de crédit）において約定利率（intérêt conventionnel）が法律で定められた要件を具備していなかった事案である。

①　商事賃貸借における解除条項等の無効

商事賃貸借において、商法典L. 一四五条の一五が、同法典の条文により認められている更新権（droit de renouvellement）を賃貸人が妨げることを禁止する[58]。それゆえ、商事賃貸借契約中に存する、更新権を妨げる解除条項などは、書かれざるものとみなされる。また、賃借人の権利保護として、商法典L. 一四五条の一六第一項は、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

意を書かれざるものとみなすとしている。もっとも、これらの規定に反する条項が商事賃貸借契約中に存する場合、契約そのものの無効をもたらすか、当該条項のみが書かれざるものとみなされるかについては、条文上、明らかでない。

このとき、かつての裁判例には、賃借人の更新権を妨げる旨の条項が動因的かつ決定的なものであったとして、契約の全部を無効とするものがあった（前掲［仏32］判決）。また、学説にも、これらの規定に違反する条項が重要なものであった場合には、賃貸借契約そのものが無効となると指摘するものがあった[59]。

しかしながら、二〇世紀後半頃から、当事者の意思を参照せずに、当該条項のみを無効とする判例が増加している。たとえば、次の判例は、一方当事者による当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定すべしという主張に対し、これを明確に否定する。

［仏36］破毀院第三民事部一九八三年六月一四日[60]

【事案】建物の所有者Aは、Bとの間で、当該建物の商事賃貸借契約を締結した。本件契約には、三年ごとの賃料改訂における最初の改訂時に、賃料が現実賃貸価額に固定される旨、その算定のために建築費指数を採用することを避ける旨の条項が置かれていた。ところで、一九五三年九月三〇日のデクレ二七条および二八条第一項は、三年ごとに、賃料価額が四分の一を超えて変動した場合またはスライド条項により賃料額が四分の一を超えて変動した場合には賃料改訂を請求しうることを認め、この場合に、二三条第一項は、裁判官が「衡平な賃貸価額」に対応するように新賃料額を改訂することや、「衡平な賃貸価額」において考慮されるべき項目を規定する。そして、同デクレ三五条（現在の商法典L. 一四五条の一五）がそれに違反する条項を無効であるとするところ[61]、当該条項がこれらの規定に違反するかが争われた。その余の事実関係は不明である。

控訴院は、当該条項がデクレに反し無効であり、改訂される賃料が建築費指数をもとに算定されなければならないとした。これに対し、いずれの当事者によるかは不明であるが、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問題としなかったため、民法典一一三一条および一一三四条に反することなどを理由として、破毀申立てがなされた(62)。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、「所有者（賃貸人）が、〔賃料の不法な改訂条項を遵守しなければ〕賃貸借契約が無効になるとして、商人たる賃借人に、当該条項の遵守を要求しうる場合には、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」と判示し、「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」とした原審判決を正当なものとした。

［仏37］　破毀院第三民事部二〇〇一年一月三一日(63)

【事案】　ビール醸造会社Xは、小売商Aとの間で、酒類提供店を経営するための不動産の商事賃貸借契約を締結した。本件契約には、扱う商品についてXが排他的に供給する旨の条項が付されていた。その後、Aは、Yに対して、本件不動産を転貸した。Yが契約の更新を要求したところ、Xはそれに返答をせず、約二年後、Xは、追奪補償金なしに解約を申し入れ、本件解約が有効であることの確認、および不動産の明渡しを求めて訴えを提起した。そして予備的に、本件排他性条項が無効であれば賃貸借契約そのものが無効であることを請求した。

なお、本件解約の有効性については、一九五三年九月三〇日のデクレ二一条第一項が、賃貸借契約に転貸借を許容する約定または賃貸人の合意がある場合を除いて、あらゆる転貸借を禁じているところ、本件のAからYへの転貸借が同

条に反するため、Xは、本件解約は有効であると主張している。これに対して、控訴院は、資料からは契約条項の詳細な内容は不明であるが、転貸借に関して約定されていた契約条項の解釈から、本件転貸借は許容されているとして本件解約の有効性を否定し、破毀院もこの判断を是認した。以下では、Xの予備的請求部分についての判断をとりあげる。

控訴院は、排他性条項につき、一九四三年一〇月一四日の法律一条によると、買主等が売主等に対して、他の供給者による類似の目的物を用いないという排他性条項の上限期間が一〇年であると定められているところ(64)、本件では、排他性条項に期間の定めがないことから、上限期間を超えた部分につき、同条項を無効であると言い渡した。

これに対し、Xは、排他性条項が商事賃貸借契約の決定的な条件であった場合には、当該条項の無効が契約全体の無効をもたらさなければならず、本件では、本件排他性条項が賃貸借契約の基本的な条件であったことが確認されているにもかかわらず、控訴院は賃貸借契約の全部無効を言い渡さなかったとして、民法典一一七二条に照らし、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、一般的かつ絶対的な排他性条項は、賃貸借契約全体の無効を威嚇することで、公序の規定により禁じられている約定の永続性を賃貸人に保証することになり、更新権を侵害するとして、両当事者が当該条項を基本的なものであったと合意していたという事実にもかかわらず、当該条項の無効が賃貸借契約の無効をもたらしてはならないと判示した原審判決を正当なものとした。

これらの判決は、賃料に関する不法な改訂条項または不法な排他性条項が存する場合に、当該条項の無効により賃貸借契約全体の無効に至るとするのであれば、賃借人の更新権を侵害することを理由に、賃貸人による全部無効の主張を

退けた。つまり、違反された法規範の目的が、無効の範囲を画定する基準として考慮されている。

学説に目を転じると、賃貸借契約が無効となることによって、立法者が目的とした賃借人の権利保護が妨げられることから、当事者の意思を考慮せずに条項のみの無効を言い渡す破毀院判決に好意的な学説が多い[65]。そして、［仏37］判決に関する評釈において、スリネは、無効の範囲を画定するにあたり、違反された法規範の目的を第一に考慮しなければならないとするティビエルジュをはじめとした学説を引用し、同判決につき、この捉え方を採用したものであると評価する[66]。

② 労働契約における被用者の基本的権利を侵害する条項等の無効

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[67]。

労働契約において特定の条項が被用者の基本的権利を侵害する条項や、法律の規定に反する条項が存する場合、いかなる範囲で無効となるかが問題となる。この問題につき、かつての判例には労働契約の全部無効を言い渡すものもあったが（前掲［仏31］判決）、多くの判例は、特定の条項のみを無効とする。たとえば、次の判例がそれである。

［仏38］ 破毀院社会部一九九八年一二月一六日[68]

【事案】 プロバスケットボール選手Xとクラブとの間で、一九九〇年六月一日から二年間の契約が締結された。同契約には、両当事者が、契約期間が一年を経過した時に一方的に解約する権限を認める旨の条項が付されていた。その後、契約開始から一年後の一九九一年六月、Yが、Xとの契約を解約する旨を通知した。

ところで、当時の労働法典L. 一二二条の三の八（現在では、労働法典一二四三条の一である。）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。したがって、本件では、期間の定められた契約であるにもかかわらず、同条に掲げられた原因以外に基づく解約条項が付されていたことになる。そこで、Xが本件解約条項を、労働法典Ｌ．一二二条の三の八に反し無効であるとして争った。

控訴院が本件解約条項のみの無効を認めたところ、Yが、それが本件契約に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(69)。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、労働法典（旧）Ｌ．一二二条の三の八の条文の内容を確認した後、「公序に関する同規定により、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。

［仏39］破毀院社会部一九九九年一月一二日(70)

【事案】Xは、一九九一年八月、Y社との間で労働契約を締結した。本件労働契約には、雇用者が被用者の就業地域を変更することができ、変更後、六ヶ月間、その就業地域に居住するよう請求しうる旨、被用者がこれに応じない場合には、法定の、または合意による補償金以外の解雇に関する補償金を支払わずに労働契約を解約できる旨の条項が置かれていた。Xは、当初、パリで働いていたのであるが、一九九二年八月に、Y社が、Xにモンペリエで就業するよう求めた。これに対し、Xは、家族の居住地を移すことを拒否したところ、同年一一月に解雇された。そこでXは、解雇の

正当性に問題があるとして、さまざまな金銭の支払いを求め、Yを訴えた。控訴院は、当該条項が、行われている職務の性質や場所により正当化されるとして、本件労働契約の解雇を正当だとした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、控訴院が、企業にとって居住地の移転が不可欠であるという特徴を正当化するものではない理由により本件労働契約の解雇を正当なものとしたため、法的基礎を欠くと判示した。

これらの労働契約に関する事案を中心とした破毀院社会部の判例をもとに、無効理論の研究が、クトゥリエ（G.Couturier）によりなされている[71]。クトゥリエによると、無効の範囲に関する判例の傾向につき、違反された法規範の目的により、無効の範囲が画定されていると指摘する。つまり、条項の無効が課されるのは、違反された規定の目的に照らし適切なサンクションだからであり、［仏38］判決を例に、これを説明する。同判決では、解約条項を、通常、両当事者の意図において、とりわけ雇用者にとっては、重要な条項でないとは考えられない。ここでは、無効の範囲を画定するにあたり、両当事者の意思の考慮という主観的基準に対し、違反された法規範の目的という客観的基準が優越しているために、契約条項のみが無効となるのである[72]。

③　与信契約における約定利率の無効

最後に、与信契約についてである。無効の範囲に関してしばしば問題となるのは、利息に関する約定が法律上要求されている方式を具備していない場合に、与信契約が無効となるかという問題である。すなわち、民法典一九〇七条第二

項は、約定利息の利率を書面により定めることを、一九六六年一二月二八日の法律四条（現在では、消費法典L．三一四条の五に置かれる。）は、総計実質利率（taux effectif global）の契約書等への記載を要求している[73]。これらの規定に違反して与信契約が締結された場合、与信契約そのものが無効となるのだろうか。

この問題につき、判例は、当該利率に関する条項のみを無効とし、与信契約の無効を認めていない。たとえば、次の判例がある。

［仏40］ 破毀院第一民事部一九八一年六月二四日[74]

【事案】一九七七年二月、金融機関Xは、Yに対して、二四ヵ月払いの月賦の返済により、一〇〇〇〇フランを貸与した。同契約には、利率が一四．五五％、遅延利息の利率が一六．五五％であることが記載されていたが、総計実質利率が記載されていなかった。Yが返済を怠り、Xが一九七九年二月二〇日に催告をしてYが付遅滞となったため、Xは、同年八月二二日に、未返済の元本および遅延利息の支払いを求めて訴えた。

原審は、本件与信契約が総計実質利率を記載していなかったため無効であるとして、元本に、遅滞した時点から法定利率による利息を付して返還するようYに命じた。これに対して、Xが、総計実質利率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、まず、総計実質利率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、民法典一九〇七条第二項および一九六六年一二月二八日の法律四条によれば、金銭の消費貸借においては、総計実質利率の記載が利息に関する約条の有効要件であり、それゆえ、本件の記載漏れが融資条件に関する借主の錯誤をもたらしたか否かを探

究しなくとも、利息に関する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判決を正当であったとした。

もっとも、有償の与信契約であり、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判決は、民法典一一三四条および一九〇七条の適用を誤ったと判示した。

［仏41］　破毀院第一民事部一九八二年五月一二日(75)

【事案】　金融機関AとB社との間で、金銭の消費貸借契約が締結された。一九六六年一二月二八日の法律四条および民法典一九〇七条第二項によると、利率を約定する場合には総計実質利率を書面に記載しなければならないところ、それを怠っていた。その余の事実関係は不明であるが、Aが当該契約そのものの無効を主張したところ、控訴院は、これらの法律の違反は原則としていかなる民事上のサンクションの対象となるものではないとして、Aの主張を退けた。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、金銭の消費貸借契約において、総計実質利率の記載漏れが契約そのものの無効をもたらさないとしても、一九六六年一二月二八日の法律四条および民法典一九〇七条第二項によると、総計実質利率の記載は約定利息の有効要件であり、このとき、約定利息の利率によることができず、契約時から法定利率が適用されることになると判示し、原審判決を破毀し、移送した。

これらの判決は、民法典一九〇七条第二項および一九六六年一二月二八日の法律四条（現消費法典L．三一四条の五）

を適用条文として挙げ、与信契約において、総計実質利率の記載が利息に関する約定の有効要件であるとする一方、貸主による与信契約そのものの無効の主張を退けた。

その理由は、判旨からは明らかではないが、判例と同様、与信契約を無効とするのは妥当でないとする学説によると、次のように説明される。すなわち、与信契約を無効とした場合、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[76]。そのため、与信契約の無効を認めてしまうと、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、不法性が適示されないため、無効の実効的な発動が妨げられることになる[77]。

④　小括

以上によると、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、今日の判例は、一部無効を課すにあたり、当事者の意思を考慮するのではなく、違反された規定の目的を考慮する傾向にあるといえる。または、判例が違反された規定の目的に直接言及していない場合であっても、学説によれば、その判例は、当該規定の実効性の確保という観点から説明される[78]。この傾向は、違反された規定が個人的な利益の保護を目的としている場合に限ったものではなく、次にみるように、違反された規定が一般利益の保護に向けられているものであっても同様である。

なお、以上の判例に対し、批判を呈する学説も存在する。これらの学説については、契約条項の積極的な修正の議論ともかかわるため、項を改めて検討する。

(2)　一般利益の保護に向けられた規定の違反

次に、一般利益の保護に向けられた規定の違反があった場合に、いかにして無効の範囲が画定されているかをみてい

こう。このような事案としては、先にみたとおり、不法なスライド条項が契約に付されていた場合に関するものが非常に多い。そして、スライド条項に無効原因が存する場合に、当初の判例は、当事者の共通の意図において、当該条項が動因的かつ決定的なものであったか否かを考慮し、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。かつての学説も、スライド条項が代金の計算方法にかかわるものであることから、当事者にとって決定的なものであるのが通常だとして、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(79)。

このような判例の傾向から、実務は、あらかじめ、ある条項が当事者にとって決定的なものである旨を示す条項（以下、これを「不可分条項（clause d'indivisibilité）」という。）を契約に挿入するようになる。そして、かつての判例は、事実審判事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(80)。

しかし、その後、判例が立場を変更したと学説により評価されている破毀院判決が現れた。それが、破毀院第三民事部一九七二年六月六日である。

［仏42］　破毀院第三民事部一九七二年六月六日(81)

【事案】　不動産会社Xは、Aに対して商事賃貸借により建物の一部を貸与していた。その後、一九六六年五月に、YがAの営業財産を競落した。Xは、同年一二月、賃貸借契約の解約および建物からの強制立退き（expulsion）を求めてYを訴えた。その後、一九六八年二月には、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、賃料に関する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決定されるものとなっていた。また、同条項は契約に決定的な条項であると記載されていた。その余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り、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。

なお、当該条項の有効性について、控訴院は、XY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。以下では、無効の範囲に関する判断をみていく。

控訴院は、当該条項のみの無効を認めた。これに対して、Xは、控訴院が契約の明白な文言を変性したとして、破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、本件賃貸借契約が締結された経緯に鑑みて、本件スライド条項を賃貸借契約の有効性に依拠させる条項が法律に対する詐害（fraude）に相当し、当該条項が賃貸人により賃借人に対して不法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、控訴院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判示して、破毀申立てを棄却した。

先に確認したように、かつての判例は、スライド条項が当事者の意思において決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。そして、実務では、あらかじめ、不可分条項を置くようになった。しかし、同判決は、不法なスライド条項が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であっても、全部無効を認めると違反された法規範の目的を害するとして、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、「法律に対する詐害」とは何かにつき、説明しておこう。同判決に評釈を付したマロリー（Ph.Malaurie）によれば、「詐害は、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」[82]。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ようになる[83]。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。そのため、当事者の意思に基づいて解決をすることは、サンクションの実効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[84]。

もっとも、［仏42］判決と真っ向から対立する判例が、その後に現れた。それが、破毀院商事部一九九〇年三月二七日である。同判決は、［仏42］判決とは異なり、不可分条項を考慮しないのは、民法典一一三四条第一項に反するとしたのであった[85]。もっとも、同判決について評釈を付したテスチュ（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、同判決の解決が、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指摘する。

［仏43］　破毀院商事部一九九〇年三月二七日[86]

【事案】　賃貸人Xは、賃借人Y_1との間で、営業財産の管理賃貸借（location-gérance）[87]契約を締結し、また、商品の在庫をY_1に売却した。同契約には、使用料が、都市家庭の消費価格（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、Y_1の債務につき、保証人Y_2（caution）が保証債務を負った。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らは、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一九五八年一二月三〇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ら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、ある条項が、「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）、それらの諸条項が、それがなければ当事者が契約を締結しなかったであろう、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と判示して、民法典一一三四条に鑑みて原審判決を破毀し移送した。

同判決は、明らかに、前掲［仏42］判決と異なる解決をした。すなわち、［仏42］判決は、不可分条項が法に対する詐害に相当するとして全部無効を否定したのに対し、［仏43］判決は、違反された事柄が同じであるにもかかわらず、不可分条項を変性させたとして原審判決を破毀した。それゆえ、一見すると、［仏43］判決は、当事者が意思を表明している場合にはそれ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。このように解する学説も多い(88)。しかし、これらの判決には表面上の違いがあるものの、学説のなかには、［仏43］判決を、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ものがある。

テスチュによると、「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と断言しえない」[89]。つまり、公序に関する規定の実効性を確保するためには、条項のみの無効が必ずしも実効的なサンクションになるのではなく、場合によっては、異なる範囲で無効を課すことが、違反された法規範の目的を達成するために実効的である場合があると指摘する。そして、同判決の事案の特徴として、保証人がいたという点、および契約の全部を無効とすることにより、債務者の付随的な債務も消滅するという点を挙げ、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とって、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[90]。

このように、スライド条項に関する事案においては、判例の立場に少なくとも表面上は一貫性があるとはいえないものの、事案の特徴を踏まえると、これらの判例を、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、違反された法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観点から把握することができる。なお、不法なスライド条項を無効とする解決に対しては、スライド条項を置くことそれ自体は正当であり、用いた指数が不法なものであっただけにもかかわらず、過剰な解決ではないかという指摘もある。実際、不法なスライド条項を適法なスライド条項に置き換えるという解決をする判例もある。この点については、後述することにしたい。

(3)　小括

以上、違反された規定が個人的な利益を保護するものであった場合と一般利益を保護するものであった場合に分けて、今日の判例の傾向を探ることを試みた。これらの判例によれば、契約における特定の条項に無効原因が存する場合、無効の範囲を、違反された法規範の目的を考慮して画定しているといえよう。そして、このような解決をする判例の傾向は、違反された規定が個人的利益を保護するものか、一般利益を保護するものかにかかわらず、みられるものであった。

要するに、無効の範囲は違反された法規範の目的を考慮して画定されるべきだという理解が、学説だけでなく、判例においても見出されるようになっている。そして、無効の範囲を画定するにあたり違反された法規範の目的が基準となることは、二〇一六年二月一〇日に成立した債務法を改正するためのオルドナンスにより、民法典に明記されることになった。

（三）債務法改正における無効の範囲に関する規定

フランスの債務法改正に関する議論が始まってからそれが成立するに至るまで、契約における特定の条項に無効原因が存する場合に、いかなる範囲で無効となるかという問題につき明文化することが試みられてきた。

たとえば、司法省の委託を受け、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、カタラ（P.Catala）を中心とする債務法改正委員会（Groupe de travail de réforme du droit des obligations）により二〇〇五年九月二二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 et de la prescription）」（以下、「カタラ草案」という。）は、次のような規定を提案する。

カタラ草案一一三〇条の二「第一項　無効原因が合意の一条項にのみ存するとき、当該条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、それが行為全体を無効とする。

第二項　合意は、違反された規定の目的がその維持を要求する場合、または法律がある条項を書かれざるものとみなし、したがって債務者を拘束しない（ne lier pas）場合には、維持される。

第三項（省略）」

カタラ草案一一三〇条の二を規定した理由につき、その趣旨説明を担当したシムレールによると、民法典九〇〇条および一一七二条から展開された判例の解決は満足するものであり、これを条文化したのだという[91]。

その後、二〇〇八年一一月に公表された、テレ（Fr.Terré）を中心とした委員会による契約法改正（une réforme du droit des contrats）草案（以下、「テレ草案」という。）においても、カタラ草案と同旨の規定が提案されている（テレ草案八六条[92]）。この趣旨を説明するウシェフ（D.Houtcieff）は、「実際、判例は、今日において、無効を、違反された規定に比例したサンクション（sanction proportionnée à la règle violée）として理解しているように思われる」と指摘し、一部無効を是認する[93]。なお、ウシェフは、不法な契約条項が当事者にとって動因的かつ決定的なものであったかという基準につき、近時の裁判例においてこの基準が決定的ではないであろうと評価している[94]。この点については、後述するように、学説でも理解が分かれているように思われる。

そして、二〇一六年二月一〇日に成立したオルドナンスにより民法典が改正され、民法典新一一八四条が、契約における特定の条項に無効原因が存する場合における無効の範囲につき規定することとなった[95]。その内容は、先述のカタラ草案とほぼ同様のものである。

新一一八四条「第一項　無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする。

第二項　法律がある条項を書かれざるものとみなす場合、または違反された規定の目的が契約の維持を要求する場合、契約は維持される。」

このように、無効の範囲を画定するにあたり違反された法規範の目的を考慮しなければならないことが、民法典新一一八四条第二項に規定されることになった。学説によると、同条第二項は、「無効はその範囲において違反された規定の目的に適合したものでなければならないという新無効論に直接に答えるものである」[96]と評価されている。

もっとも、民法典新一一八四条には、次のような批判がなされている。

第一は、民法典新一一八四条第一項の意義についてである。たとえば、マロリー&エネス&ストフェル・マンク（Ph. Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck）によると、「あらゆる一部無効は、契約の強制的な修正に至る。『決定的な』要素の基準は、たいていの場合、恣意的である。なぜなら、両当事者の意思において、契約は、〔意思の〕総和（un tout）だからである〔契約のすべてにおいて両当事者の意思が存するからである〕」と指摘する[97]。そうすると、新一一八四条第一項をどのように解するかが問題となる。この検討は、次款において行うこととする。

第二は、民法典新一一八四条が、契約における特定の条項の無効について規定する一方で、量的に不法な条項が適法な範囲まで縮減される場合や、不法な条項が適法な条項に置き換えられる場合につき、規定しなかったことである[98]。マロリー&エネス&ストフェル・マンクは、賃貸借契約における賃料が不法な指数によるスライド条項により変動するものであった場合を例に挙げ、次のように指摘する。一方で、賃貸借契約の全部無効を言い渡すことは、賃借人が不法性を摘示することを妨げることになるため妥当ではない。他方で、スライド条項そのものが無効になるとすると、賃貸借契約の存続中、賃料が物価の不安定な変動の可能性に反して修正されえないことになり、これも正当でないという[99]。実際、このような場合に契約条項を積極的に修正するという解決は、判例でも多くみられる。この契約条項の積極的な修正が正当化されるにあたり、学説によると、当事者の意思へも言及される。もっとも、それは、伝統的な一部無効論における当事者の意思とは異なる意義を有するように思われる。そこで、次に、契約条項の積極的な修正が一部無効の本

質との関係でどのように説明されているかを明らかにしていこう。

二　契約条項の積極的な修正と一部無効の本質との関係

近時、学説により、ある契約条項が量的に過剰であるために不法である場合、またはある内容の契約条項を置くことそれ自体は不法ではないが問題となっている条項については不法であった場合などにおいて、当該契約条項そのものの無効を認めることは、適切なサンクションではないと指摘されている。つまり、契約における特定の条項の無効ではなく、不法な部分の縮減（reduction）、または不法な条項の適法な条項への置換（substitution）が、違反された法規範の目的を実現する、より適切なサンクションであるという。以下では、このような解決を是認する判例と学説を概観した後、それに対する批判と比較することで、契約条項の積極的な修正の意義を明らかにしていこう。

（一）契約条項の積極的な修正とその正当化

契約条項の積極的な修正が、ある規定により、契約における特定の条項に無効原因が存する場合において課されるサンクションであると定められている場合であれば、このようなサンクションが課されうることは明らかであろう。もっとも、規定により契約条項の縮減または置換というサンクションを課すことが定められていない場合であっても、これらのサンクションを課す判例が存在する。多くの学説も、この判例の解決に肯定的である。その理由を、契約条項の縮減と、契約条項の置換それぞれにつきみていこう。

(1)　契約条項の縮減

まず、契約の特定の条項につき、当該条項そのものの無効が言い渡されるのではなく、量的な縮減が認められる場合である。そのような事案として、たとえば、排他性条項につき法律で定められた期間を超えていた事案や、遅延損害金の割合につき法律で定められた上限を超えた事案がある。

① 判例による契約条項の縮減の是認

先に挙げた排他性条項に関する前掲［仏37］判決は、破毀院の判旨からは明白ではないが、破毀院が是認する原審判決の解決をみるならば、法律で定められた上限期間を超えた排他性条項の期間を上限期間へと縮減するという解決をした事案であった。［仏37］判決のほかにも、たとえば、次のような判例がある。

［仏44］ 破毀院商事部一九八一年三月一一日[100]

【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、一九四七年五月から一四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、一九五七年七月に、一九六一年五月から一〇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、一九六二年一二月、Aおよび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、X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。

控訴院が第二契約を有効なものと認めたところ、Yは、第一契約の排他性条項の期間が法定の上限を超えているため、

第二契約は上限を超えた排他性条項をさらに延長するものであり、控訴院は公序の規定を誤って適用し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、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、一九四七年五月の第一契約が、一九四三年一〇月一四日の法律の適用により、一九五七年五月に満了するとした。このことから、一九五七年七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た原審判決は正当であったとして、破毀申立てを棄却した。

［仏45］　破毀院商事部一九九八年二月一〇日[101]

【事案】　Y_1は、一九八九年六月に、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を管理賃貸することにより開発しないかと提案し、野菜果物の販売に関する事業をする株式会社Xが設立された。そして、Xは、Y_2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、契約期間が一五年とされ、また、XとY_1との間で排他的に供給する旨の条項が置かれていた。その後、XとYらとの間で対立が生じ、Xは、Yらに対して、同契約が一九四三年一〇月一四日の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などを理由に、同契約の無効等を請求した。本件では、情報提供義務違反の有無や会社契約（contrat de société）の無効の可否も争点となっているが、以下では、法定の上限を超えた排他性条項と無効に関する部分のみを取り上げる。

控訴院は、排他性条項が契約のエコノミー（全体的構造）にとって本質的なものであったことを確認し、一九四三年

一〇月一四日の法律一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】一部破毀。

破毀院は、当該諸契約が一〇年の期間が満了するまでは有効であると判示し、控訴院が契約全体の無効を認めたことは法的根拠を欠くとして原審判決を一部破毀し移送した。

［仏46］破毀院第三民事部二〇〇三年七月九日[102]

【事案】Xは、不動産会社Yにアパルトマンの建設を依頼した（vente d'immeuble à construire）[103]。本件契約には、代金の支払いが遅滞した場合には、最低でも月一一％の遅延損害金が発生する旨の条項が置かれていた。その余の事実関係は不明であるが、Xが、アパルトマンの引渡しが遅れたことやアパルトマンに欠陥があったことなどを理由に賠償請求をしたところ、Yが、Xの代金の支払いの遅滞を理由に、本件遅延損害金条項に基づき遅延損害金を支払うよう反訴請求をした。

控訴院は、建築住居法典R. 二六一条の一四によると、支払いに関する遅延損害金の割合が月一％を超えることができないと規定されているため、本件遅延損害金条項を無効であるとし、Yによる遅延損害金の請求を退けた。なお、破毀申立て理由は、資料からは不明である。

【判旨】一部破毀。

破毀院は、控訴院が、遅延損害金につき約定をした両当事者の共通の意図が遅延損害金を法定の割合に縮減するものではなかったかを探求することなく、本件遅延損害金条項を無効にしたため、この点で原審判決は法的基礎を欠くと判

示した。

［仏44］判決、［仏45］判決は、排他性条項の期間が法律で定められた上限期間を超えた不法なものであった場合、上限期間まで当該条項は有効であると判示している。［仏46］判決は、不動産の建設に関する代金の遅延損害金が法定の上限を超えた割合によるものであった場合に、当該条項を無効とした原審判決を、法定の割合への縮減の可能性を理由に破毀した。つまり、契約における特定の条項が量的に不法である場合、判例は、契約条項の縮減というサンクションを採用している。

今日の多くの学説は、これらの判例に好意的である。もっとも、その理由を説明するにあたり、当事者の意思にも言及する。しかし、その意味は、伝統的な一部無効論のそれとは異なるように思われる。伝統的な一部無効論と対比することにより、契約条項の縮減が望まれる理由を明らかにしていこう。

② 伝統的な一部無効論による全部無効の可能性

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。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、前述したように不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縮減す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

の期間を法定の上限へ縮減し不法性の範囲を客観的に画定した後、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、つまり、当事者の意思により無効の範囲が画定されると主張した[104]。

シムレールのこの主張には、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、不法な排他性条項の事案について、不法性の範囲としては量的にしか不法でないが、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契約に決定的なものと考えていたであろう場合には、契約全体の無効が言い渡されることになる。もっとも、シムレールが、無効の範囲について例外的に公序の要請が優先される場合があると主張していたのは、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きであるとした。しかし、そうすると、公序に関する規定の違反があった場合、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じさせ、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、前掲［仏37］判決は、たとえ当事者が排他性条項の重要性を指摘していたとしても、契約の全部無効を否定している。また、これらの判例に評釈を付した学説も、違反された規定の目的という観点から、契約の全部無効に否定的である[105]。

③　契約条項の縮減に好意的な学説

では、契約条項の縮減に好意的な学説は、どのようにそれを正当化しているのか。特に、契約条項全体の無効ではな

く、縮減が望まれる理由を、どのように説明するのか。

学説によると、契約条項の縮減が望まれる理由は、法律により定められた範囲まで縮減することが規定の目的に合致し、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いう[106]。ここで、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌ（K.de la Asuncion Planes）の見解を一瞥しよう。ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、近時のフランスで頻繁にみられる、契約が裁判官により修正される広範な事案について研究し、『契約の改訂（*La réfaction du contrat*）』と題するテーズを執筆した[107]。そのなかで、排他性条項の縮減の問題につき、次のように述べている。

「実際、排他性〔条項〕は、反対給付なくしては合意されない。販売者が、ある供給者から排他的に仕入れる約務を負う場合、供給者は、反対給付として、販売者に、さまざまな物的な特権を与える。さて、条項を全部無効とすることは、販売者が一定の特権を受けていた場合、契約を不均衡なものとするに等しいであろう。当初の契約は、本質が取り除かれ、排他的な〔仕入れる〕債務が無効となった販売者の債務に対する供給者の債務は、不均衡なものとなろう。これは、両当事者の当初意図でも、さらに立法者の意図でもない。反対に、〔契約条項の〕改訂の言い渡しが、相互の債務を順守し契約を本質的に維持するに至らせ、また、条項を、法（le Droit）と調和して保たせるのである[108]。」

このドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌの指摘において注目すべきは、違反された規定の目的だけでなく、両当事者の意思にも言及している点、しかし、それは伝統的な一部無効論とは異なり、契約の全部無効を言い渡すために言及しているのではない点である。この点については、前掲［仏46］判決の評釈において、より明確に、ムストル＆ファジェ

（J.Mestre et B.Fages）も指摘している。

すなわち、ムストル&ファジェによると、［仏46］判決は両当事者の共通の意図が法定の上限への縮減を課したかどうかを探究させるために原審判決を破毀移送しているが、ここで取り上げられるべき両当事者の意図は、履行遅滞に陥っている債務者を罰するという共通の配慮である。「それ以上に、両当事者の意図が仮定的に効果を有してはならないであろう。なぜなら、建築〔住居〕法典の要求に反して示されていたからである」[109]。

つまり、ここで考慮されるべき両当事者の意図とは、伝統的な学説がいうような、不法性の範囲を画定した後で、無効の範囲を当事者の意思により画定するという役割を担うものではない。マゾー（D.Mazeaud）が契約条項の積極的な修正の有用性を説明する際に言及するように、契約条項の積極的な修正は、公序の要請と契約自由の原則との間の繊細な妥協点を実現する役割を果たしているのであり、「ある一定の範囲で、両当事者により形成された契約の一般的なエコノミー〔全体的構造〕を保証」[110]しているのである。両当事者の意図を参照することのこのような意義は、次の、契約条項の置換の場面でも見出される。

(2)　契約条項の置換

続いて、不法な契約条項を適法な契約条項へ置換することが認められている場合をみていこう。このような解決をする事案の典型例としては、与信契約における約定利息につき有効要件を満たしていなかった場合に、法定利息付きの与信契約とする判例と、スライド条項の指数に無効原因が存する場合に、適法な指数に置き換える判例を挙げることができる。

① 判例による契約条項の置換の是認

まず、与信契約における約定利息についてである。先に、与信契約における約定利息の利率または総計実質利率につき、民法典一九〇四条第二項、消費法典L．三一四条の五で要求されていた有効要件を満たしていなかった事案の判例（前掲［仏40］判決、［仏41］判決）を挙げたが、それらの判例によると、利息のない与信契約になるのではなく、与信契約締結時から、貸主は法定利息を請求しうると判示されていた。つまり、この事案では、約定利息が法定利息に置換されている。

次に、契約に付されたスライド条項の指数に無効原因が存する場合である。このような事案では、先に確認をした判例（前掲［仏42］判決）によると、スライド条項そのものが無効であるとされていた。しかし、このような判例に対しては、それとほぼ同時期から、適法な指数への置換により解決する判例が現れている。たとえば、前掲［仏36］判決は、賃借人の更新権の侵害を理由に、賃料改訂にあたり建築費指数を採用することを避ける旨を記載した不法な賃料改訂条項の無効による賃貸借契約全体の無効を否定して破毀申立てを棄却したものであるが、同判決により是認された控訴院では、建築費指数を用いて賃料が算定されると判示している。そのほか、たとえば、次の判例や裁判例がある。

［仏47］ 破毀院第三民事部一九八七年七月二二日[111]

【事案】 Aは、自身の不動産につき、商事賃貸借契約により、Bに賃貸した。事案の詳細は資料からは明らかでないが、本件契約にはスライド条項があり、その指数が、一九五八年一二月三〇日のオルドナンス七九条（同条は、全産業一律スライド制最低賃金〔一九七〇年以前の名称は全産業一律最低保障賃金〕や、物価または給与の一般水準、合意の目的または一方当事者の活動に直接関係しない財、製品もしくはサービスの価格に基づいてスライド化させる旨の条項

を禁止する。）に反していたようである。

控訴院が、不法な指数が適法な指数に置換されると判示したところ、Bは、約定された指数以外の指数を参照することにつき両当事者の共通の意図はなく、判事には不法な指数を適法な指数に置換する権限がないことから、一九五八年一二月三〇日のオルドナンス七九条および民法典一一三四条に反するとして、破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、両当事者の共通の意図の探求により、控訴院が、専権的に、両当事者の共通の意図が主としてスライド化させるという方針（principe de l'indexation）にあったことを確認した点を挙げ、無効原因の存する指数を、適法な指数に置換する理由があったと判示した。

［仏48］ リヨン控訴院一九九〇年七月九日[112]

【事案】 一九八〇年三月、Xは、一九八三年から一九八七年の五年間、果物のシロップの製造をしていたY社に、クロスグリを提供する契約を締結した。本件契約によると、その代金のうち、三五％がフランスにおけるあらゆる種類の労働者の時間給に関する指数により、五〇％が農業原材料価格に関する指数により変動する旨が約定されていた。ところで、一九五八年一二月三〇日のオルドナンス七九条が、全産業一律スライド制最低賃金（一九七〇年以前の名称は全産業一律最低保障賃金）や、物価または給与の一般水準、合意の目的または一方当事者の活動に直接関係しない財、製品もしくはサービスの価格に基づいてスライド化させる旨の条項を禁止する。そこで、一九八四年に、Yは、代金の三五％の部分に用いられている指数が同条に反し不法であるから、それを適用しないで一九八三年分の代金を支払った。これに対し、Xが、支払われるべき代金が支払われていないとして、Yに残代金の請求等をした。

グルノーブル控訴院が、Yが一九八三年に無効原因の存するスライド条項を利用していたことなどを理由にXの請求を認容したところ、破毀院商事部一九八八年一一月三日[113]は、法律により禁止された本件スライド条項を絶対無効とし、本件スライド条項を追認することも承認することもできないとして、原審判決を破毀し、リヨン控訴院に移送した。

リヨン控訴院において、Yは、反訴により、既に原審判決をもとに金銭をXに支払っていたため、不当に受け取った金銭の返還として五〇〇〇〇フランを、また、濫用的な訴訟提起による損害賠償として一〇〇〇〇フランを請求した。これに対し、Xは、代金につき、三五％の部分に用いられていた不法な指数を適法な指数に置換して計算されるとし、返還すべき金銭は一五三三二〇フランであると主張した。

【判旨】　Xの請求認容。

移送先の控訴院は、Yの安定した経営を確実にし、Xの収益性のある販路を保証することを目的とした契約のエコノミー（全体的構造）を保持するために、両当事者の共通の意図が示すどの適法な指数が、不法な指数に置換されうるかを探求することが控訴院の義務であると判示し、本件事案の経緯に鑑みて、Xの主張を認容した。

このように、前掲［仏40］判決などは、約定利息が方式を備えていない場合に法定利率による利息を認めている。また、［仏47］判決、［仏48］判決は、スライド条項で用いられている指数が不法なものであった場合に、適法な指数への置換を認めている[114]。先にみたような契約条項が量的に不法である場合でなくとも、不法な条項を適法な条項へと置換するという解決による契約条項の積極的な修正が、判例や裁判例においてなされているのである。

②　契約条項の置換の正当化

では、以上のような不法な契約条項の適法な契約条項への置換は、どのようにして正当化されるのだろうか。契約全体の無効が実効的なサンクションでないことについては、先に触れた。ここでは、契約条項そのものの無効がなぜ適切ではないと評価されているかを検討する。

たとえば、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、先のそれぞれの場合に契約条項そのものを無効とすべきでないことを、次のように説明する。

まず、与信契約において、法律で定められた要件を具備していない約定利息の法定利息への置換についてである。約定利息に関する条項を無効にすることは、有償の消費貸借を無償の消費貸借へと変えることになる。両当事者の意思によると、消費貸借は有償であったのであり、利息に関する条項を無効にすることは、両当事者が合意した消費貸借契約から本質を奪うことになってしまう。それゆえ、法定利息への置換が最も適切な解決であると指摘する(115)。

次に、スライド条項における不法な指数の適法な指数への置換についてである。スライド条項そのものの無効は、スライド条項を置くことによって両当事者が意図した目的を害する。つまり、両当事者は、ある指数により代金等を変動させない場合に生ずる可能性のある不均衡に備えるために、スライド化させることに合意をしたのである。それゆえ、スライド条項を無効にすることは、過剰な結果を生じさせる。これに対し、適法な指数への置換は、両当事者が当初意図したスライド化という目的を維持することを可能にする。そして、近時の判例が両当事者の意図に基づき適法な指数への置換を正当化しているのは以上の理由によるという。その例として、前掲［仏47］判決が「両当事者の共通の意図が主としてスライド化させるという方針にあった」ことの探究を事実審判事に要求していると指摘する(116)。

このように、契約条項の置換を正当化するにあたり当事者の意思の考慮が指摘されているが、契約条項の縮減の場合と同様、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として挙げる当事者の意思とは、異なるものであろう。

つまり、契約条項の置換を正当化するにあたり言及されるのは、両当事者が当初契約により追求していた契約の目的である。この両当事者が当初意図した契約上の均衡を、違反された規定の目的を害することなく維持しうる範囲で、考慮しているのである[117]。

では、契約条項の縮減や契約条項の置換を正当化する際に言及される、違反された法規範の目的と両当事者の意図した契約目的との調和のための当事者の意思の考慮は、一部無効の本質との関係で、どのように位置づけられうるものなのだろうか。

(3)　一部無効の本質との関係

一部無効の本質と、契約条項の積極的な修正において考慮されていた両当事者の共通の意図との関係を検討するにあたり、ティビエルジュが、これらの問題をどのように考えていたかを確認しよう。

ティビエルジュは、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し、無効の範囲は違反された法規範の目的に比例して、つまり不法性の範囲に比例して画定されるとした。そして、無効および一部無効の本質によると、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ものであると主張した。このように当事者の意思の考慮を否定するティビエルジュであるが、契約条項の積極的な修正に無関心であったわけではない。たとえば、ティビエルジュは、スライド条項の事案（前掲［仏28］判決）を取り上げ、それを、自説から正当化していた。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止しているのではない。したがって、スライド条項そのものを無効とする必要はないという[118]。

これを踏まえると、契約条項の積極的な修正において考慮されていた両当事者の共通の意図とは、不法性の範囲を画

定するためのものであると評価できよう。たとえば、ゲスタン（J.Ghestin）やスリネは、契約条項の置換を、違反された法規範の目的に両立しうる範囲で両当事者の意思を尊重する解決であるという[119]。シムレールのいうように、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定しているわけではない[120]。それゆえ、私見によると、この意味での両当事者の共通の意図の考慮は、無効および一部無効の本質を、違反された合法性を回復するための法的なサンクションであると理解することと相いれないものではないように思われる。契約条項の積極的な修正は、まさに、不法性の範囲に比例して課されるサンクションであり、この点で、一部無効と同様の本質を有するものとして捉えられるのである[121]。

（二）契約条項の積極的な修正に対する批判とその応接の試み

ところで、契約条項の積極的な修正を認める判例および学説に対しては、一方当事者が不法な条項を置くことを助長する可能性があり、契約条項そのものの無効を認めるべしとする批判がある。この契約条項の積極的な修正に批判的な学説を概観した後、肯定的な学説がこれにどのように応接しうるかをみていこう。この検討を通じて、契約条項の積極的な修正における一部無効の本質に関する議論の影響を見出すことができよう。

(1)　不法な条項の助長への憂慮

契約条項の積極的な修正を認める判例や学説に対しては、次のような批判がある。それは、このように法定の上限または下限への縮減等が是認されるならば、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。

たとえば、テスチュは、訴訟にならない場合には不法な契約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適法なものに置き換えられることになるだけであるから、契約条項の縮減または置換というサンクションが当事者を不法な条件を置くよう促すことになると指摘する[122]。また、オノラ（J.Honorat）は、契約条項の積極的な修正という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指摘する[123]。

(2)　批判説への応接

以上の批判説に対して、たとえばグウ（O.Gout）は、次のように応接を試みる。

グウによると、民法典一一三四条第三項が、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、当事者は誠実でなければならない[124]。これと同様、ある法規範の違反があった場合におけるサンクションにおいても、裁判官が関心をもたなければならないことは、「……不誠実な契約者に生ずる結果（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[125]」とする。したがって、グウは、契約者が不誠実であることが確認され、契約条項の縮減等によりなされる契約の積極的な修正が当該不誠実な当事者にとって利益となるとき、裁判官が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主張する。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、当該条項そのものを無効とし、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、金融機関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、一般に、「利息請求権の失権（déchéance du droit aux intérêts）」と呼ばれるサンクションである。）などを検討する[126][127]。

グウのこの指摘は、妥当な解決を導けるように思われよう。もっとも、当事者の不誠実さを考慮することと、先にみたような不法性の範囲に比例してなされる契約条項の積極的な修正とがどのような関係にあるかは、彼の主張からは明らかでない。つまり、当事者の不誠実さに対しサンクションが課されうるとしても、それは、不法性の範囲に比例したサンクションである無効や一部無効、契約条項の積極的な修正と同様の性質を有するものと解してよいかという疑問が生ずる。

この問題につき、サンクションの多様性という観点から、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見解がある。たとえば、スリネは、次のように、当事者の行為に向けられたサンクションと無効とを区別をする。

スリネによると、無効とは、契約の成立を規律する強行的規範の違反に基礎を置き、その違反により生じた不法な法的状況を除去することにより合法性を回復することを目的とするものである[128]。このように契約の帰趨を客観的に解決する無効というサンクションに対して、違法な行為をした当事者の行為に向けられたサンクションが存在し、これが、無効に代わって、または補完的に課される場合がある。「サンクションが完全なものとなる〔つまり、サンクションの実効性をより望ましいものとする〕ためには、契約の帰趨を客観的に解決するだけでは十分ではない。さらに、主観的に、不法な行為に対する当事者の行為について〔サンクションが〕言い渡される必要がある[129]」と主張する。

その例として、第一に、スリネは、グウによって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をはじめとする「失権（déchéance）」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である、つまり主観的なサンクション（sanction subjective）であると指摘する[130]。失権というサンクションについては、学説上、議論が成熟しているとは言えないが、その発生要件として、フォートの存在や、当事者がある権利から生ずる利益を維

持するために必要な善管義務または誠実義務（incombance）[131]の違反が挙げられている。そのため、失権は、私罰（peine privée）であるといわれることがある[132]。たとえば、リュクサンブール（F.Luxembourg）は、私法上のサンクションとしての失権に関するテーズのなかで、一部無効や「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、次のように説明する[133]。失権の場合には、当事者の一方が有するある利益的な権利が失権することにより、当該当事者は、不利な状況に置かれることになる。これに対して、条項が書かれざるものとみなされる場合、「この〔不法な条項の〕剥奪は、当事者を、不利な状況に置かないであろう。これは、唯一、当事者間の崩された均衡を回復させる効果をもたらそう[134]」。たとえば、利息の約定が無効または書かれざるものとなる場合、その約定に代わり、法定利息に置換される。これに対し、利息請求権の失権の場合には、法定利息への置換が認められず、貸主が利息請求権を喪失するだけである[135]。このような違いを指摘した後、リュクサンブールは、失権の有する私罰としての機能が、失権というサンクションと、一部無効や「書かれざるものとみなす」というサンクションとを区別すると主張する[136][137]。

第二に、スリネは、不法行為責任も、失権と同様、主観的なサンクションのひとつであるとする[138]。このことは、不法行為責任に関する民法典一三八二条が、その要件として、フォートと損害とを挙げていることからも明らかであろう[139]。そして、とりわけ不法なスライド条項を適法な条項に置換する解決により不法な条項を置くことを助長するという批判に対して、不誠実な当事者によって生ぜしめられた結果には、常に不法行為責任によって争うことが可能であると反論する[140]。この主張の背後には、スリネによる、不法行為責任と無効とが異なる性質を有するサンクションであるとの指摘が影響していよう。つまり、不法行為責任は、フォートによって損害が生じてしまった状態を元の状態に戻すことを目的とする。これに対し、無効は、契約の成立に関する法規範の違反を基礎とし、その不法な法的状態を直接的に取り除くことを目的としている。たしかに、契約の成立に関する法規範の違反に際してフォートや損害を伴うことがありうる

が、法規範の違反はそれらとは独立して生じうるものである。[141] このようなサンクションの性質の違いを踏まえ、スリネは、不誠実な行為者への対処は不法行為責任によるべきだと主張しているものと考えられる。

さて、今日のフランスでは、無効とは法的なサンクションであると位置づけられている。そして、契約の成立に関する不法性に対するサンクションには、無効以外のサンクションが存在し、裁判官によるサンクションの選択が問題となる。[142] 先のスリネの指摘は、無効および一部無効というサンクションの性質を維持し、問題となっている事柄に適したサンクションの選択を、たとえば当事者の行為態様を考慮するのに適したサンクションの選択を可能にする点で、説得的であるように思われる。スリネの指摘からは、契約条項そのものが無効となるか、または契約条項が積極的に修正されるかという問題につき、ティビエルジュが指摘したような無効の客観的なサンクションとしての性格があらためて強調され、[143] 不法性の範囲に比例して画定されるべきだと考えられていることを確認できよう。つまり、当事者の不誠実性については、無効ではなく、当事者の行為に向けられた別のサンクションにより対処することが望まれる。これに対し、契約の成立に関する法規範の違反を基礎とする無効というサンクションにおいては、ある契約条項の積極的な修正が望まれることになる。

三　小括

本款での検討により、無効の範囲を画定するにあたって、違反された法規範の目的を考慮すべきことが、学説だけでなく、判例においても認められている、そして、違反された法規範の目的によるとある条項を置くことそれ自体が不法であるとされていない場合には、契約条項の縮減や置換という、契約条項の積極的な修正が是認されているといえた。これらの正当化にあたっては、無効または一部無効とは、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

であり、無効の範囲は不法性の範囲に比例するというティビエルジュの一部無効の捉え方が、色濃く表れていたと評価できよう。

しかしながら、先に触れたように、民法典新一一八四条第一項は、条項に無効原因が存する場合にいかなる範囲で無効となるかにつき、違反された法規範の目的によって無効の範囲が要請されないときには、「当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素」であったかを考慮する旨を規定した。これは、一部無効の本質から、どのように理解されうるものなのか、または一部無効の本質とは相いれないものなのだろうか。次款では、この問題を中心に検討しよう。

（1）たとえば、参照、M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, thèse, 2004, n° 995 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 2626.

また、同様の指摘をする学説として、参照、O.Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, thèse, 1999, n° 561.

（2）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 420(p.434), note 4.

（3）サンクションの多様性という観点から、いくつかのサンクションの関係につき検討を試みるものとして、Y.-M.Serinet, Le juge et l'illicéité du contrat, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p.85. スリネが無効部分の執筆を担当した『民法概論　契約の成立　第二巻（第四版）』の記述も、このような視点が取り入れられているように思われる（J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2635 et s.）。

また、契約の成立にかかわる諸サンクションの実効性に着目をし、それらのサンクションを横断的に分析するものとして、

C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, thèse, 2002.

（4）フランスの民法典につき、本稿連載途中の二〇一六年二月一〇日に債務法を改正するためのオルドナンスが成立し、同年一〇月一日に施行された。連載の途中ではあるが、その重要性に鑑みて、本稿第二章以降では、改正後の民法典にも言及をする。なお、既に公刊を終えている本稿第一章と表記を統一させるために、改正前の民法典の条文を「民法典…条」、改正後の民法典の条文を「民法典新…条」と表記する。

（5）新一一八六条第二項「いくつかの契約の履行が同一の取引の実現に必要であり、それらの契約のひとつが消滅した場合、その消滅により履行が不可能になった諸契約、またはそれらの契約にとって消滅した契約の履行が当事者の同意の決定的な条件であった諸契約は、失効する（caducs）。」

（6）さらには、前述のテレ&シムレール&ルケットの言説も、複合的な契約に関する事例をも包摂し一部無効の問題を扱っており、同様の指摘ができよう。

（7）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 539 ; J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, Sirey, 15e éd, 2012, n° 357 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, 4e éd, LGDJ, 2013, n^os 2635 et s.

（8）特に、本稿（四）第一章第三節を参照。

（9）さらに、新しい民法典は、契約の特定の条項に無効原因が存する場合における無効の範囲を規律する規定を導入することとなった。詳しくは本文で後述するが、その規定を挙げておく。

新一一八四条「第一項　無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする。

第二項　法律がある条項を書かれざるものとみなす場合、または違反された規定の目的が契約の維持を要求する場合、契約は維持される。」

（10）J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit., Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, n° 360 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M. Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2626.

とができない。」

（11）一一三一条「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

［筆者注：債務法改正後、コーズは、契約の有効要件から削除される。民法典新一一二八条によると、契約の有効性に必要なのは、両当事者の同意、契約を締結する能力、および、適法かつ確実な内容であると規定される。もっとも、契約の内容に関する諸規定（新一一六二条以下）のなかには、コーズ概念により形成されてきた議論が反映されているものがある（たとえば、参照、Ph.Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 35 et s ; N.Dissaux et Ch.Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, pp. 56 et s ; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, pp.260 et s.）。］

（12）本稿（一）第一章第一節第三款を参照。

（13）本稿（一）（四）第一章第二節、および第三節第二款を参照

（14）本稿（一）第一章第一節第二款を参照。

（15）S.Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, thèse, 2006, n° 399 et s ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2629.

（16）消費法典における濫用条項規制については、論者により位置づけが異なる。たとえば、スリネは、濫用条項を書かれざるものとみなす旨を規定する消費法典Ｌ．一三二条の一を、本文後述の分類のうち、さまざまな契約に共通する条項として紹介する（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2629.）。これに対し、Ｓ．ゴドゥメ（S.Gaudemet）は、ある特定の契約類型に向けられた条項として濫用条項に言及している（S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 406.）。もっとも、Ｓ．ゴドゥメは、「書かれざるものとみなす」というサンクションが有すると主張する、契約上の債務の一貫性を統制する（police de la cohérence des obligations contractuelles）機能という観点から、消費法典上の濫用条項規制の基準である「著しい不均衡」につき、それが常にある条項と当事者により採用された契約類型との非一貫性から生ずるものではない等を理由に批判している（S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 509.）。このことに鑑みれば、現行法の実態としては、消費法典Ｌ．一三二条の一が、ある特定の契約類型

に向けられた条項の規制のみを対象としているとは解しがたいであろう。

ただし、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に無効とは異なる独自の意義を見出し、ある条項が書かれざるものとみなされる場合、その条項につき合意がなされているとはいえないために当事者を拘束しないと主張していることに注意が必要である。「書かれざるものとみなす」というサンクションと無効との効果の違いから、それぞれの適用領域をどのように考えることができるかについては、今後の課題としたい。

(17) 一三八六条の一五第一項「欠陥のある製品による責任を免れさせる、または制限することを目的とする条項は禁止され、書かれざるものとみなされる。」

［筆者注：二〇一六年二月一〇日のオルドナンス（以下、単に「債務法改正」という。）により、民法典第三編の章立てが、大きく変更された。欠陥のある製品による責任についても、これまでの民法典では、第三編第四章 bis という独立の章に規定が置かれていたが、新しい民法典では、第三編第三章（債務の発生原因）のなかで規定されることになった（民法典新一二四五条以下。責任減免条項につき、新一二四五条の一四第一項）。］

(18) 一一五二条第二項「しかしながら、合意された賠償額が明らかに過大であるか、僅少である場合には、裁判官は、職権で、その額を減額または増額することができる。これに反するすべての条項は、書かれざるものとみなす。」

［筆者注：債務法の改正後は、民法典一一五二条第二項前段が、新一二三一条の五第二項に置かれ、一一五二条第二項後段と同旨の規定が、新一二三一条の五第四項に置かれることになった。］

(19) 民事訴訟法典四八条「直接的または間接的に土地管轄に関する規定に抵触するあらゆる条項は、書かれざるものとみなされる。ただし、その条項が商人の資格で契約した者の間で合意されており、かつ、それをもって対抗される当事者の約務において、非常に明白に特記されているときは、この限りでない。」

(20) 商法典 L. 二二一条の一三「第一項　会社の持分は、流通証書（titre négociable）により表示することはできない。会社の持分は、あらゆる社員の同意とともにしか、譲渡されえない。

第二項　反対のあらゆる条項は、書かれざるものとみなされる。」

(21) 一九六五年七月一〇日の法律一〇条第一項「区分所有者は、集団に共通の諸サービスおよび共有設備による負担につき、これらのサービスまたは設備がそれぞれの区画に示す効用に応じて分担する義務を負う。」

同法律四三条「六条ないし三七条、四一条の一ないし四二条、四六条およびこれらを適用するためのデクレの規定に反するあらゆる条項は、書かれざるものとみなされる。（以下、省略）」

（22）建築住居法典L．二三二条の三「L．二三二条の一の対象となる契約において、次のことを目的とする、または効果を生じさせる諸条項は、書かれざるものとみなされる。（以下、省略）」

（23）J.Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D.1993, chron. p.59, spèc. p.61.

（24）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n^{os} 129 et s.

（25）J.Kullmann, op.cit., pp.61 et s ; S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n^{os} 147 et s.

（26）J.Kullmann, op.cit., p.61.

（27）J.Kullmann, op.cit., pp.62 et 63 ; S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n^{os} 244 et s.

（28）J.Kullmann, op.cit., p.63.

（29）たとえば、参照、Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, thèse, 1969, n^{os} 37 et s ; C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, thèse, 1992, n° 498 ; O.Gout, *op.cit.*, thèse, n^{os} 125 et s ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2631 ; Ch.Larroumet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations－Les Contrat, 8^{e} éd., Economica, 2016, n° 566 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8^{e} éd., LGDJ, 2016, n° 721 ; Ph.Delebecque et F.-J.Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7^{e} éd., LexisNexis, 2016, n° 287.

ただし、マロリー&エネス&ストフェル・マンク（Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck）は、一定の集団との契約（contrats de masse）や消費者保護などへの対応といった立法者の政策的理由で契約内容を自動的に規律する必要がある場合には、「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認める可能性を示唆している（Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n° 721）。

したがって、「書かれざるものとみなす」というサンクションの独自性の是非を評価するには、さらなる議論の蓄積を待つ必要があると思われる。本稿では、その評価を行わずに議論を進めさせていただく。

（30）J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2631.

（31）S.Gaudemet, *op.cit.*, *La clause réputée non écrite*, Economica, thèse, 2006.
（32）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 432 et s.
（33）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 442 et s.
（34）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 493 et s.

先に述べたとおり、S. ゴドゥメは、「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が異なるサンクションであると指摘する。そして、両者の違いに着目をするならば、特別法が、必ずしも正確に文言を用いているとはいえず、本来であれば「無効」とされるべき場合にも、「書かれざるものとみなす」という文言が用いられている場合があるという（S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 493.）。先に本文で挙げた特定の契約類型における一定の条項を書かれざるものとみなす特別法の具体例は、いずれも、S. ゴドゥメにより、契約上の債務の一貫性の統制という観点から、「書かれざるものとみなす」というサンクションを課している規定として挙げられているものである（S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 499.）。

（35）フランスの本質的債務論については、日本でも多くの検討がなされ、議論が蓄積されつつある（本稿（一）序章第三節注（86）、（87）を参照。）。本稿では本質的債務論に関する詳細な議論には立ち入らないが、改正後の民法典では、本質的債務に反する条項を書かれざるものとみなす旨の規定が新設されることになった（民法典新一一七〇条）。本質的債務論は、フランスにおいて重要な位置を獲得したといえよう。

新一一七〇条「債務者の本質的債務からその本質（substance）を奪うあらゆる条項は、書かれざるものとみなされる。」

（36）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 442.
（37）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 497.
（38）J.Ghestin, *Droit civil, La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1993, n° 120.

なお、ゲスタン（J.Ghestin）は、これを伝統的公序と称する。S. ゴドゥメによる社会秩序の内容は、ゲスタンのいう伝統的公序と同様のものである（S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 554 et s.）。

（39）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 557.
（40）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 558.

（41）新一一七〇条については、前掲注（35）を参照。

（42）Ph.Simler, *op.cit.*, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, n° 42 ; N.Dissaux et Ch.Jamin, *op.cit.*, pp. 69 et 70 ; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *op.cit.*, pp.292 et s.

（43）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 537.

（44）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 539.

（45）S.Gaudemet, *op.cit.*, thèse, n° 538.

（46）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、それに依存する（dépend）合意を無効とする。」

［筆者注：債務法改正後、条件が適法なものでなければならない旨を、民法典新一三〇四条の一が規定する。もっとも、条文の表現は、一一七二条と異なっており、新一三〇四条の一は、「条件は、適法なものでなければならない。そうでない場合には、債務は無効である」と規定する。］

（47）Cass.civ. 27 avril 1906, D.P.1907, 1, 97, note E.Petit.

（48）判決文によると、Yが本件契約を無効であると主張している。したがって、資料からは明らかでないが、既に契約関係が解消されていた等の事情があったのであれば、本件は、契約全部の無効を言い渡すことにより、Yに不利益が生じなかった事案であるといえよう。

（49）CA Nancy, 11 février 1931, D.P.1932, 2, 17, note P.Voirin ; S.1933, 2, 97, note P.Esmein.

（50）一九二六年六月三〇日の法律の適用がある賃貸借契約であるため、資料には明記されていないが、本件賃貸借契約は、営業財産の経営されている建物にかかわるものであろう。このような賃貸借契約につき、一九二六年六月三〇日の法律は、賃借人に更新請求を認め（同法律二条）、この更新請求を建物所有者が拒絶した場合には、一定の場合を除いて、建物所有者には、追奪補償（indemnité d'éviction）の支払い義務が課せられる。一九二六年六月三〇日の法律につき詳細に論ずる論稿として、参照、吉田克己「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開（二）」社會科學研究三〇巻一号（一九七八年）一頁、特に三七頁以下。

（51）Cass.civ., 21 novembre 1932, G.P., 1933, I, 190 , D.H. 1933, p.19.

(52) Cass.civ., 24 juillet 1939, G.P., 1940, I, Table, v° Paiement, n° 6.
(53) Cass.civ.3e, 24 juin 1971, D.1971, somm.131 ; J.C.P.1972, II, 17191, obs. J.Ghestin.
(54) G.Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, 1963, n° 380 ; Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^os 327 et s.
(55) J.Flour, J-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit., Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, n° 360 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y-M. Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2626.
(56) J.Flour, J-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit., Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, n° 360 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y-M. Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^os 2636 et s.
(57) 商事賃貸借とは、商業、工業または手工業を目的としてなされ、かつ、営業所有権（propriété commerciale）に関し、普通法が適用除外となる賃貸借のことをいう（Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G.Cornu, 11e éd, PUF, 2015. v° Bail commercial）。フランスの商事賃貸借に関する論稿として、たとえば、参照、吉田克己「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開（一～二・完）」社會科學研究二九巻六号一頁、三〇巻一号（一九七八年）一頁。
(58) 商法典L. 一四五条の一五「形式が何であれ、本章およびL. 一四五条の四、L. 一四五条の三七ないしL. 一四五条の四一、L. 一四五条の四二第一項およびL. 一四五条の四七ないしL. 一四五条の五四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。」
(59) R.Martin, R.Maus et P.Lafagre, Loi n° 53-1346 du 31 décembre 1953, D.1954, leg, p.185, spéc. p.197.
(60) Cass.civ.3e, 14 juin 1983, Bull.civ.III, n° 136.
(61) 一九五三年九月三〇日のデクレの意義については、特に、吉田・前掲注（57）「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開（二）」六四頁以下が詳しい。
(62) 一一三四条第一項「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。」
「筆者注：債務の効果に関する一般規定の箇所に置かれていた民法典一一三四条第一項は、債務法改正後、表現を少し変更し（新一一〇三条により、「適法に形成された契約は、それを行った者に対して法律に代わる」（強調点筆者）となる。）、契約に関する冒頭規定の箇所に規定されることになった。」
(63) Cass.civ.3e, 31 janvier 2001, D.2001, somm.3520, obs. L.Rozès ; J.C.P. 2001, I, 354, obs. Y.-M.Serinet.

(64) なお、一九四三年一〇月一四日の法律一条は、動産に関する排他性条項を対象とした規定であるが、判例により、不動産に関する商事賃貸借であっても同条が適用されることが認められている（Cass.com., 14 décembre 1999, Bull.civ.IV, n° 277 ; D.2000, AJ p.79, obs. E.Chebier.）。

(65) G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 449 ; J.Gestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2637 ; J.Monéger, R.T.D.com.2000, 871, obs. sous Cass.civ.3e, 17 juillet 2000.

(66) Y.-M.Serinet, obs. sous Cass.civ.3e, 31 janvier 2001, J.C.P. 2001, I, 354, spéc. p.1882.

(67) 労働契約における不法性に対する実効的なサンクションとしては、特定の条項の無効以外にも、契約の再性質決定など、他のサンクションがそれに該当することもある（この点を指摘する学説として、たとえば、G.Coutturier, 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., pp.277 et s.）。本稿は、一部無効というサンクションに焦点を合わせているため、それらのサンクションをすべて扱うことができない。それらの異同に留意し、諸サンクションの関係を検討することは、今後の課題としたい。

(68) Cass.soc., 16 décembre 1998, Bull.civ.V, n° 552 ; Dr.soc. 1999, 397, obs.J.-P.Karaquillo.

(69) 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中心に論じている（J.-P.Karaquillo, Dr.soc. 1999, 397, obs. sous Cass.soc., 16 décembre 1998.）。

(70) Cass.soc., 12 janivier 1999, Dr. Soc. 1999, 287, obs. J.-E. Ray ; D.1999, 645, note J.-P. Marguénaud et J.Mouly.

(71) G.Coutturier, op.cit., 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.

(72) G.Coutturier, op.cit., pp.281.et 282

(73) 一九〇七条第二項「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. 三一四条の五「L. 三一四条の一ないしL. 三一四条の四により規定された方法によって決定される総計実質利率は、本節により規律される与信契約を記載するあらゆる書面に記載される。」

(74) 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.

(75) Cass.civ.1re, 12 mai 1982, Bull.civ.I, n° 175.

(76) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 634 ; C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n°s 63 et s.

(77) Ph.Malaurie et L.Aynès, Taux de l'intérêt conventionnel, Defrénois 1991, 466, spéc. n° 8 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M. Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2637.

(78) 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、参照：J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2636.

(79) H.Capitant, D.H. 1927, chron.1, spéc.3.

(80) たとえば、事実審判事が不可分条項を考慮しなければならない旨を判示した判例として、仲裁条項に関する事案である破毀院商事部一九六七年一月一九日(Cass.com., 19 janvier 1967, Bull.civ.III, n° 39. 契約中に置かれていた仲裁条項につき、それが契約を締結するにあたり決定的である旨が明記されていたにもかかわらず、当該仲裁条項を付随的なものであるとした原審判決を、破毀移送した。）や、スライド条項に関する本文後掲の破毀院商事部一九九〇年三月二七日（後掲［仏43］判決）がある。

もっとも、仲裁条項については、近時の判例により、たとえ不可分条項が付されていても、仲裁条項の無効は契約そのものの無効をもたらさないと判示されている（Cass.civ.1re, 15 mai 2008, RDC 2008, 1122, note Th.Genicon. その理由に関する検討は、次款で行う。）。また、スライド条項に関する［仏43］判決は、後述するように、評釈によると、サンクションの実効性という観点から契約の全部無効をもたらしたと評価されている。

(81) Cass.civ.3e, 6 juin 1972, Bull.civ.III, n° 369 ; J.C.P. 1972, II, 17255 ; D. 1973, 151, note Ph.Malaurie.

(82) Ph.Malaurie, op.cit., note sous Cass.civ.3e, 6 juin 1972, D. 1973, 151, n° 6.

(83) Ph.Malaurie, opcit., note sous Cass.civ.3e, 6 juin 1972, D. 1973, 151, n° 8.

(84) たとえば、参照：J.Ghestin, note sous Cass.civ.3e, 15 février 1972, D.1973, jur. 417 ; X.Testu, note sous Cass.com., 27 mars 1990, D.1991, jur. 289.

また、経済的公序に関する規定の違反が問題となっている場合一般について、違反された規定の目的を達成するために当事者の意思の考慮を否定すべしと主張する学説として、参照、G.Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, thèse, 1963, n^{os} 463 et s.

ただし、ゲスタンは、一方で、契約全体の無効を認めると、契約関係の解消を望まない当事者による不法性の摘示を妨げるため違反された規定の実効性が害されるとし、他方で、一九五八年一二月三〇日のオルドナンスがスライド制そのものを禁止しているわけではないため、当該条項の無効は違反された規定の目的を越え、契約を不当に不均衡なものにすると指摘する。そして、最も適したサンクションは、不法な契約条項を適法な条項に置換することであると主張する（J. Ghestin, op.cit., note sous Cass.civ.3^{e}, 15 février 1972, D.1973, jur. 418 et s.）。契約条項の置換といった契約条項の積極的な修正については、後述する。

（85）一一三四条第一項［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。」

（86）Cass.com., 27 mars 1990, D.1991, jur. 289, note X.Testu.

（87）管理賃貸借とは、営業財産の所有者が、一定の期間、管理賃借人（locataire-gérant）にその営業財産による経営を管理賃借人の計算において行わせ、管理賃借人が営業財産の所有者に対し使用料を支払うことを内容とする合意のことである（Association Henri Capitant, *op.cit.*, *Vocabulaire juridique*, v^{os} Location de fonds de commerce et Location-gérance）。

（88）たとえば、参照、Kde la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, LGDJ, thèse, 2006, n° 206 ; D.Houtcieff, *Droit des contrats*, 2^{e} éd., Larcier, 2016, n° 579.

（89）X.Testu, op.cit., note sous Cass.com., 27 mars 1990, au D.1991, jur. 289, n° 14.
経済的公序一般につき同様の指摘をする学説として、参照、G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 472.

（90）X.Testu, op.cit., note sous Cass.com., 27 mars 1990, au D.1991, jur. 289, n° 6.

（91）Ph.Simler, Sanctions (art. 1129 à 1133), in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Français, 2006, p.44, spéc., p.45.

（92）テレ草案八六条「第一項　無効原因が契約の一条項にのみ存するとき、当該条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、それが行為全体を無効とする。

第二項　しかしながら、契約は、法律がある条項を書かれざるものとみなすとき、または違反された規定の目的がその維持を要求するとき、維持される。

第三項（省略）」

(93) D.Houtcieff, Les sanctions des règles de formation des contrats, in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p.223, spéc., p.229.

(94) D.Houtcieff, op.cit., p.229.

(95) なお、二〇一六年二月一〇日のオルドナンスの約一年前に出された二〇一五年二月二五日の司法省草案では、同草案一八五条が、「無効原因が合意の一条項またはいくつかの条項にのみ存するとき、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、それが行為全体を無効とする」という規定のみを置き、それまでのカタラ草案等で提案されていた、違反された規定の目的を考慮しなければならない旨の規定が削除されていた。しかし、これに対しては、学説の批判もあり（たとえば、G.Wicker et H.Boucard, Les sanctions relatives à la formation du contrat, J.C.P. 2015, supplément au n° 21, p.32, spéc., p.36.）、今日の規定となった。

(96) Th.Douville (sous dir.), *La réforme du droit des contrats : Commentaire article par article*, Gualino, 2016, p.159.

(97) Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 719.

(98) Ch.Larroumet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations－Les Contrat, 8e éd., Economica, 2016, n^{os} 566 et 567.

(99) Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n^{os} 719 et 720.

(100) Cass.com., 11 mars 1981, Bull.civ.IV, n° 135.

(101) Cass.com., 10 février 1998, Bill.civ.IV, n° 71 ; J.C.P.E. 1998, pan.rap. 489 ; R.T.D.civ. 1998. 365. obs. J.Mestre.

(102) Cass.civ.3e, 9 juillet 2003, Bull.civ. III, n° 152 ; D.2003, 2914, note O.Gout ; R.T.D.civ. 2004, p.88, obs. J.Mestre et B.Fages.

(103)《Vente d'immeuble à construire》とは、不動産の売買の性質と、定められた期間内に不動産を建設する請負契約の性質とを有する契約である（Association Henri Capitant, *op.cit.*, *Vocabulaire juridique*, v° Vente d'immeuble à construire）。

(104) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{os} 92 et 93.

(105) L. Rozès, op.cit., obs. sous Cass.civ.3e, 31 janvier 2001, 3521 ; Y.-M.Serinet, op.cit., obs. sous Cass.civ.3e, 31 janvier 2001, p.1882.

(106) G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 470 ; C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 499 ; O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 644 ; J.Schimidt-Szalewski, Les conséquences de l'annulation d'un contrat, J.C.P. 1989, I, 3397, spéc., n° 12.

(107) K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, *La réfaction du contrat*, LGDJ, thèse, 2006.

ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌの研究が扱う事例は、本稿が扱う契約の成立過程に不法性がある場合から、契約が成立過程または履行過程で不均衡である場合まで、非常に多岐にわたる。これらの事案でなされる契約の修正を、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、《réfaction》という用語で説明をする（K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 13）。これに対し、本稿は、一部無効の本質という観点から契約の成立時に不法性が存する事例を検討することを課題としており、たとえば契約の履行過程の問題については、伝統的な一部無効論がそれを混同していたと思われる事例を説明する場合に限り検討する。これらの事例を統一的に把握してよいかという問題については、今後の課題にしたい。

(108) K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 166.

(109) J.Mestre et B.Fages, op.cit., note sous Cass.civ.3e, 9 juillet 2003, pp. 88 et 89.

(110) D.Mazeaud, La revision du contrat, L.P.A. 2005, N° 129, p.4, spéc., n° 12.

(111) Cass.civ. 3e, 22 juillet 1987, Bull.civ. III, n° 151.

(112) C.A. Lyon, 9 juillet 1990, D. 1991, jur. 47, note Ph. Malaurie ; R.T.D.civ. 1991, p.357, obs. Ph. Rémy.

(113) Cass.com, 3 novembre 1988, Bull.civ. IV, n° 287 ; D. 1989, 93, note Ph. Malaurie ; D. 1989, somm, 234, obs. J.-L. Aubert.

(114) 適法なスライド条項への置換を認める事案には、本稿で扱った法律の規定に違反をしている場合のほか、指数が契約締結後に公表されなくなった場合などがある。この解決は、債務法改正後、契約の内容に関する規定のなかで新設されることになった（民法典新一一六七条）。もっとも、そこで列挙されているのは、指数が実在しないものであった場合、実在しなくなった場合、入手できなくなった場合であり、指数が法律の規定に反していた場合については、言及されていない。学説の多くが、指数が法律の規定に反していた場合と、実在しないものであった場合等を区別せずに論じていることを踏まえると（K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 206 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du*

contrat, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2669 ; Th.Douville (sous dir.), *op.cit.*, p.134.）、私見によれば、指数が不法であった場合には、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であるという無効理論により契約条項の置換の正当化が可能であるのに対し、それ以外の場合には無効理論による正当化が難しく、そのために明文化されたものと思われる。もっとも、新一一六七条については、債務法改正に関する注釈書によると、これまでの判例を明文化したものであるとの説明にとどまっている（N.Dissaux et Ch.Jamin, *op.cit.*, pp62 et 63 ; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *op.cit.*, p.283 ; Th.Douville (sous dir.), *op.cit.*, pp.133 et 134.）。債務法改正後、スライド条項の指数が法律に違反していた場合に、何条を根拠としどのように解決されるかについては、議論の蓄積を待つ必要があろう。

新一一六七条「契約の代金、そのほかあらゆる要素が、実在しない、実在しなくなった、または入手できなくなった指数の参照により決定されなければならない場合、その指数は、それに最も類似した指数により置換される。」

（115）K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 214.

（116）K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n^{os} 207 et s.

なお、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌは、不法な指数の適法な指数への置換が認められる場合から、両当事者による明白な反対の意思がある場合を除いている（K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 206.）。この場合に、契約条項の置換ではなく、契約条項の無効をもたらすと考えているか、それとも契約全体の無効をもたらすと考えているかは明らかでない。仮に契約全体の無効をもたらすと解するのであれば、その解決には疑問が残ろう。なぜなら、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌがこの主張をするにあたり引用する判例をみると、不可分条項が置かれていた事案である前掲［仏43］判決を挙げている（K.de la Asuncion Planes, op.cit., thèse, n° 206, note 653.）。しかし、同判決がサンクションの実効性という観点から説明しうるものであったことは、既述のとおりである。

（117）J.Ghestin, op.cit., note sous Cass.civ.3^{e}, 15 février 1972, D.1973, jur. 419 et 420 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^{os} 2641 et 2669.

（118）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 499

（119）J.Ghestin, op.cit., note sous Cass.civ.3^{e}, 15 février 1972, D.1973, jur. 419 et 420 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet,

op.cit., *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2641.

(120) シムレールの一部無効論については、本稿（三）第一章第二節を参照。

(121) 一部無効と契約条項の積極的な修正とを同視する学説として、たとえば、参照：M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, thèse, 2004, n° 999 ; Ch.Larroumet et S.Bros, *op.cit.*, tome 3, Les obligations－Les Contrat, n[os] 566 et 567.

(122) X.Testu, op.cit., note sous Cass.com., 27 mars 1990, au D.1991, jur. 289, n° 19.

(123) J.Honorat, Les indexations contractuelles et juridiciaires, *in Etude offertes à J.Flour*, Defrénois, 1979, p.251, spéc., n° 18. ただし、オノラの見解は、不法な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。つまり、法定された上限や下限などといった、法律上に契約の積極的修正の手懸かりとなるものがない。オノラが批判をする背景には、このような事案の特殊性がある可能性も考えられよう。

(124) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 675.

(125) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 674.

(126) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n[os] 674 et s.
また、ドゥ・ラ・アサンシオン・プラヌも、不法性の範囲と比例してなされる契約条項の積極的な修正の問題と、当事者の行為態様の考慮の問題とを区別せずに論ずる（K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 210）。

(127) なお、消費者信用において、消費法典によって定められた所定の義務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．三一一条の三三に規定されていた。同法典旧Ｌ．三一一条の三三によると、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（ただし、不動産信用については、消費者信用よりも早い時期から、裁判官による部分的な利息請求権の失権の可能性が認められていた（消費典旧Ｌ．三一二条の三三第四項）。）。
このようなサンクションは、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る（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n[os] 128 et s.）。

しかし、消費法典旧Ｌ．三一一条の三三条によると、たとえば、過失によって所定の義務に違反した貸主と故意により違反した貸主とを区別せず、貸主は利息を全く受け取れないこととなっていた。そこで、学説のなかには、過失によって所定の義務に違反した貸主にとっては、利息請求権を全部失権するという効果は重すぎないかと指摘をするものもある（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 131.）。

なお、今日の消費法典によると、必ずしも、与信契約における利息請求権の失権は、利息請求権そのものを失権させるわけではない。たとえば、不動産信用に関する消費法典Ｌ．三四一条の二六およびＬ．三四一条の二八は、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規定する。さらには、これらの利息請求権が失権する範囲につき、違反のあった義務によっては、利息請求権の失権の範囲が裁判官により画定される点では先の場合と同じであるものの、その範囲につき、三〇〇〇〇ユーロを上限に、利息の三〇％を超えることができないと規定する（同法典Ｌ．三四一条の二七）。

このような議論は、利息請求権の失権というサンクションの性質上、行為者の態様を考慮する必要があるため、具体的な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。

（128）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2014.

（129）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2033.

（130）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2033 et n^{os} 2046 et s ; Y.-M.Serinet, *op.cit.*, Le juge et l'illicéité du contrat, n° 23.

（131）F.Luxembourg, *La déchéance des droits : Contribution à l'étude des sanctions civiles*, LGDJ, thèse, 2008, n^{os} 34 et 35.

（132）M.Salle de la Marnierre, La déchéance comme mode d'extinction d'un droit, R.T.D.civ. 1933, 1037 ; S.Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, thèse, 1995, n^{os} 155 et s ; Y.-M.Serinet, op.cit., Le juge et l'illicéité du contrat, n° 23.

（133）F.Luxembourg, *op.cit.*, *La déchéance des droits : Contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse, LGDJ, 2008, n^{os} 655 et s.

ただし、リュクサンブールは、一部無効を、当事者の意思により画定されるものであり、「書かれざるものとみなす」と

いうサンクションを、当事者の意思とは無関係に、違反された法規範の目的により課されるものであるとする（F. Luxembourg, *op.cit.*, thèse, n^{os} 656 et 658.）。それゆえ、本稿が提示した一部無効の捉え方から重要であるのは、リュクサンブールが、「書かれざるものとみなす」というサンクションと失権とがどのように異なると説明しているかである。

（134）F.Luxembourg, *op.cit.*, thèse, n° 660.

（135）F.Luxembourg, *op.cit.*, thèse, n° 661.

（136）F.Luxembourg, *op.cit.*, thèse, n° 665.

（137）時効期間が問題となった事案ではあるが、判例も、利息請求権の失権を、無効と異なるサンクションであると指摘する。たとえば、破毀院第一民事部一九九六年七月二日（Cass.civ. 1re, 2 juillet 1996, Bull.civ. I, n° 283.）や、破毀院第一民事部二〇〇一年三月一三日（Cass.civ. 1re, 13 mars 2001, Bull.civ. I, n° 70.）は、利息請求権の失権について、民法典一三〇四条が無効について当時規定していた短期の時効にかかるという破毀申立て理由に対し、「契約の成立に関する要件にサンクションを課すものではない、つまり無効ではない」として、退ける（ただし、いずれの判決も、別の破毀申立て理由に基づき、原審判決を一部破毀している。）。

（138）Y.-M.Serinet, op.cit., Le juge et l'illicéité du contrat, n° 26 et 27 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^{os} 2050 et s.

（139）一三八二条「他人に損害を生じさせる人の所為は、いかなるものであっても、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。」

［筆者注：民法典一三八二条は、これまで、第三編第四章「合意なしに形成される約務」という章に規定が置かれていたが、新しい民法典では、第三編第三章（債務の発生原因）のなかで規定されることになる（民法典新一二四〇条以下。民法典一三八二条と同旨の規定は、新一二四〇条に置かれる。）。］

（140）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^{os} 2050 et s, et n° 2669.

（141）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^{os} 2051 et 2052.

この無効と不法行為責任とのサンクションの性質の違いは、とりわけ、付随的詐欺を理由とする実質的な代金の減額を、不法行為による損害賠償と捉えるか、それとも同意の瑕疵を理由とする一部無効であると捉えるかという問題に重要な示唆をもたらす。この問題については、本稿第二章第三節で詳論する。

(142) 契約の成立に関するサンクションの多様性が認識されている今日のフランスでは、具体的な事案において最も適切なサンクションの選択が課題となろう。この点を指摘するものとして、参照、C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n^{os} 4 et s ; Y.-M.Serinet, op.cit., Le juge et l'illicéité du contrat, n^{os} 1 et s ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2033 ; A.Ghozi, préface de la thèse de F.Luxembourg, *op.cit.*, p.7 ; F.Luxembourg, *op.cit.*, thèse, n° 50.

(143) ティビエルジュの無効および一部無効の捉え方については、本稿（四）第一章第三節を参照。

〔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。加筆・修正にあたって、文科省科学研究費助成金「若手研究（B）」（二〇一六～二〇一八年度）（課題番号：16K17015）の交付を受けている。