



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程（6）：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(4), 1-51
Issue Date	2017-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67724
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no4_01.pdf



一部無効の本質と射程（六）

——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

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

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

一 当事者意思の考慮の可能性

二 当事者意思の役割と一部無効の本質との関係

三 小括

第三款 本節のまとめ

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

(以上、六六卷五号)

(以上、六六卷六号)

(以上、六七卷一号)

(以上、六八卷一号)

(以上、本号)

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

前款で確認した判例や学説によると、契約における特定の条項に無効原因が存する場合、違反された法規範の目的を考慮して、無効の範囲が画定されていた。他方で、改正後の民法典に無効の範囲に関する一般規定を導入するにあたり、民法典新一一八四条第一項は、「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」と規定する。⁽¹⁾この規定は、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思が基準となりうることを示しているのだろうか。つまり、無効および一部無効の、「違反された合法性を回復するための客観的なサンクションである」という本質は、単なる理念にすぎず、シムルール (Ph.Simleu) が指摘するように、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を考慮し無効の範囲が画定される場合があることを、先の規定は意味していると解すべきなのだろうか。

さて、本稿は、これまでの検討により、一部無効を「違反された合法性を回復するための客観的なサンクションである」と捉えることの説得性、および不法性の範囲を画定した後で当事者の意思を考慮し無効の範囲を画定することの問題を明らかにしてきた。以下では、これを前提としながら、契約における特定の条項に無効原因が存する場合に、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が有しうる役割を示していこう。具体的には、シムルールの指摘する当事者の

意思の内実とは異なる意味で、無効の範囲を画定するにあたり考慮されるべき当事者の意思を捉える学説がある（一）。この学説のいう当事者の意思によれば、当事者の意思には、不法性の範囲を画定した後に当事者の意思を考慮し無効の範囲を画定するというシムレールの一部無効の判断構造とは異なる役割が与えられているように思われる（二）。本款では、これらの考察を通じて、契約における特定の条項の無効が問題となる場合に当事者の意思が有しうる役割を明らかにしていく。

一 当事者意思の考慮の可能性

契約における特定の条項に無効原因が存する場合に、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うることが、民法典新一一八四条第一項により規定されたと解されている。後述するように、同条は、一般に、これまでの、無効の範囲を画定するにあたり一方で当事者の意思を参照し、他方で違反された規定の目的を考慮する判例理論を明文化したものであると理解されている。

さて、これまでの一部無効に関する判例理論における当事者の意思の位置づけについて、学説には、一方で、判例が当事者の意思という文言のもとで違反された法規範の目的を考慮しているとする見解もあるが、他方で、判例が当事者の意思を考慮することに意義を見出す見解も存在する。もつとも、そのなかには、前章で確認したシムレールのように当事者の意思を位置づける見解があるものの、これを批判し、異なる位置づけを含意する当事者の意思の捉え方を主張する見解も存在する。この後者の見解によれば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がどのように理解されているかを明らかにすることは、民法典新一一八四条第一項の意義や、一部無効の本質と当事者の意思との関係を検討するうえで、本稿に重要な示唆を与えよう。

(一) 民法典新一一八四条の概要

債務法を改正するための二〇一六年二月一〇日のオルドナンスにより、フランス民法典に、無効の範囲に関する規定が導入された。民法典新一一八四条は、順番が前後するが、一方で、第二項において、契約の特定の条項に無効原因が存するとき、「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」と規定した。他方で、同条第一項は、無効原因の存する条項が「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」と規定する。

民法典新一一八四条第一項と第二項との関係につき、たとえば、デシャイエ&ジュニコン&レティエ (O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M.Lathier) は、次のように説明する。同条第一項は、当事者の意思の考慮という主観的な基準を採用した規定であり、同条第二項は、違反された法規範の目的の考慮という客観的な基準を採用した規定である。そして、これらの基準がどのように適用されるかを指摘することは非常に難しいと留保を付しながらも、「主観的な基準が介入しうるのは、契約がその全部において除去されるか否か (le contrat tombe en son entier ou non) が、〔違反された〕規定の実効性にとつて無関係な場合だけである。それはつまり、主観的な基準が、予備的なもの (subsidaire) だということである」と、両者の関係を指摘する。⁽²⁾

このように、民法典新一一八四条の新設により、いかなる場合に同条第一項が適用されるかについては議論の余地があるものの、当事者の意思が無効の範囲に影響を及ぼしうると理解されている。もともと、このことから、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという一部無効の本質が単に理念にすぎなかったと評価するのは、早計であるように思われる。その理由は、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する多くの学説が、無効の範囲画定の判断構造を明確にしていない点、および、当事者意思の考慮にあたり、コース概念⁽³⁾、動因的

かつ決定的な条件概念、不可分性概念⁽⁴⁾、契約のエコノミー (économie du contrat) 概念を媒介にしている点にある。

シムレールは、たしかに、コーズ概念や動因的かつ決定的な条件概念、不可分性概念等の分析を通じて、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うることを指摘した。もつとも、そこで考慮されるべきは一方当事者の仮定的な意思であるとして、無効の範囲画定の構造を、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を考慮することにより無効の範囲が画定されるものとしたことは、既述のとおりである。⁽⁶⁾これに対して、先の諸概念から抽出される当事者の意思とは、はたして、シムレールのように捉えることが可能な内実のものであったのであろうか。

(二) 当事者の意思の客観的把握

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について、判例をもとに、無効の範囲画定へのその影響を認めながらも、シムレールのように捉えることに批判をする見解が登場する。⁽⁷⁾たとえば、判例でしばしば用いられる「契約のエコノミー」という語に着目した、ウサル (E.Houssard) やピモン (S.Pimont)、アルサック・リベロル (A.Arsac-Ribeyrolles) がそれである。

(1) 「契約のエコノミー」の定義の難しさ⁽⁸⁾

ウサルらが無効の範囲がどのように画定されると考えているかをみる前に、まずは、「契約のエコノミー」概念そのものについて概観しておこう。

「契約のエコノミー」は、判例においてしばしば用いられる語である。もつとも、契約のエコノミーとは何かを定義することは難しい。なぜなら、法律によっても、判例や学説によっても、契約のエコノミーとは何かについて、明確に

示されていないからである。⁽⁹⁾ 契約のエコノミーに関する議論が蓄積されつつある現在でも、契約のエコノミーについて統一的な定義があるとは言いがたい。

たとえば、ゲスタン (J.Gheslin) は、まず、アンリ・カピタン協会の法律用語辞典により示された「内的秩序 (ordre interne)」、構造 (structure)、「全体的組成 (organisation d'ensemble)」⁽¹⁰⁾ という「エコノミー (économie)」の定義を引き、これらの定義から、契約のエコノミーを次のように説明する。「契約のエコノミーの考慮は、すべてのものとして組成、秩序立てがなされた、……全体的構造 (structure globale)、「一貫した全体 (ensemble cohérent)」が重要であることを強調している⁽¹¹⁾」。また、ウサルは、契約のエコノミーを、「両当事者によって意図された契約の具体的な機能」であると定義し⁽¹²⁾、アルサック・リベロルは、契約取引の利益 (intérêt de l'opération contractuelle) を意味するものだと指摘する⁽¹³⁾。

このように、契約のエコノミーという概念は、学説によって明確に定義されているわけではない。定義の難しさの理由として、次の二点を指摘しておこう。

第一は、判例により契約のエコノミーが参照される事案が多岐にわたるという点である。後述するように、無効の範囲が問題となった事案においても、判例が契約のエコノミーを参照することがあるが、たとえば、契約のエコノミーに関する近年の活発な議論を引き起こすきっかけとなった判例として知られる破毀院第一民事部一九九六年七月三日は、コースの存在の有無が問題となった事案であつた。⁽¹⁴⁾ 同判決は、レンタルビデオ店の開設のためにビデオカセットの賃貸借契約が締結されたものの、この目的が本件地域 (人口一三二五人) では達成できないことから、「両当事者によって意図されたエコノミー (économie voulue par les parties)」の実現が不可能であつたとして、コースの不存在を理由に、賃貸借契約の無効を言い渡した。このようなコースの存在という局面のほかにも、契約の解釈や、契約の解除、不予見

(imprévision) 論(事情変更) など、契約のエコノミーという概念は、非常に広範な領域で参照されている。⁽¹⁵⁾

第二は、契約のエコノミーへの参照を無用である、または危険であるとする見解が存するという点である。⁽¹⁶⁾ ムストル (J.Mestre) は、先の破毀院第一民事部一九九六年七月三日が、契約の有効性を、目先の利害損得により変容する (sonante et débouchante) 反対給付に従属させていると否定的に評価する。そして、契約のエコノミー概念により解決しようとする事柄については、両当事者の法律 (loi des parties) や、誠実 (bonne foi)、契約の本性 (nature du contrat) など、既に民法典に道具が用意されており、必然的に主観的で明確でない契約のエコノミー概念を導入することは、予想外の結論に至り取引の安全を害するという。⁽¹⁷⁾ また、ムーリー (J.Moury) による契約のエコノミーに対する批判をいくつか列挙するならば、たとえば、契約のエコノミーを、当事者によって意図されたものであると解するのであれば、それは民法典一一三四条第一項⁽¹⁸⁾や一一三五条⁽¹⁹⁾によって規律できるため、契約のエコノミーを用いる必要はないし、契約のエコノミーを客観的な均衡と解するのであれば、レジオンによる取消しが例外的にしか認められていないことなどに鑑みると、危険なアプローチであるという。⁽²⁰⁾

このような現状においては、契約のエコノミー概念を検討する意義に疑問が生ずるかもしれない。もともと、本稿が契約のエコノミーの検討によって明らかにすることを試みる対象は、契約のエコノミーという概念それ自体の是非ではない。つまり、無効の範囲を画定するにあたり、あるいは契約のエコノミーという概念を通じて解決すべきか、あるいはコーズ概念や不可分性概念等によって解決すべきかではなく、そこで考慮されている当事者の意思の内実であり、その役割である。このような視角から、無効の範囲画定という場面において、契約のエコノミーがどのように用いられているかを確認し、その意義を明らかにすることは、契約のエコノミー概念それ自体に対する先のような学説の議論状況を踏まえても、なお重要な作業であると考ええる。

(2) 客観的な当事者意思の考慮

無効の範囲画定における契約のエコノミーの影響について、学説は、前掲「仏15」判決や、破毀院第三民事部一九七一年六月二四日に着目をし、それを指摘する。

〔仏49〕 破毀院第三民事部一九七一年六月二四日⁽²⁾

【事案】 A B間で売買契約がなされたところ、本件売買契約中には代金が金の価格に応じて変動する旨のスライド条項が付されており、本件売買契約は、数年の間、履行されていなかった。なお、一九五八年十二月三〇日のオールドナスによると、スライド条項の指数が契約の目的または当事者の一方の活動と直接関係のある場合を除いて、スライド条項の使用が禁止されている。その余の事実関係は不明であるが、当該スライド条項の無効が売買契約を無効とするかが争われた。

控訴院が、スライド条項の無効により売買契約全体が無効になると判示したところ、両当事者が契約締結時において当該条項を契約締結にとつての動因的かつ決定的なものとしていたかを控訴院が具体的に探求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、まず、民法典一一七二条の文言によると、法律に違反する事柄に関するあらゆる条件が無効であり、それに依拠する合意は無効になること、少なくとも、不法な条項が両当事者の考えにおいて意思の合致の基本的な条件であり、その結果、当該条項を取り除くことが契約のエコノミーを覆滅させたであろう場合には同様に解されることを確認した。そして、本件では、不法な条項が、両当事者の共通の意図において、合意に関する動因的かつ決定的な特徴を示

していたことから、原審判決を正当なものと判示した。

「仏49」判決の判示内容から、たとえばウサルは、契約のエコノミーに対して条項が基本的な性格を有する場合と、当事者の同意にとつて条項が決定的な特徴を有する場合とを、混同してはならないと指摘する。つまり、当該条項を取り除くことによる契約のエコノミーの覆滅の有無は、両当事者が無効原因の存する条項がなければ契約を締結したであろうかという、多かれ少なかれ予言のような方法(*de façon plus ou moins divinatorie*)によって判断されるのではない。契約が、その一般的な均衡において、当該条項が取り除かれることで極度に修正されるであろうかという、客観的な方法によって判断されるのだという⁽²³⁾。

ピモンも同様、契約のエコノミーにおける当事者の意思は客観的に把握されるものであると指摘し、シムレールのように、考慮されるべき当事者の意思を一方当事者の仮定的な意思であると捉えることに對して、次のように批判する。すなわち、ピモンによると、契約を創造する役割を果たす当初の現実の意図(*volonté réelle initiale dans son rôle fondateur*)に代わり仮定的な意思を考慮するということは、判事が他人の契約自由を用いているということであり、意思の結合の内容(*matière*)を無視するに至る。そして、取引の安全を過度に侵害しないためにも、両当事者の法律(*loi des parties*)の具体化である契約のエコノミーにより判断をするほうが、より合理的であろうと主張するのであった⁽²⁴⁾。

では、「契約のエコノミー」という語のなかで客観的に評価される当事者の意思とは、どのような内実のものなのであるか。先に指摘したように、その定義は困難を極めるが、次の二点を指摘しておきたい。第一は、先のピモンの指摘からも明らかのように、契約のエコノミーの判断において考慮される当事者の意思とは、両当事者の現実の当初意思であり、一方当事者の仮定的な意思ではないという点である。第二は、契約のエコノミーとは、両当事者が合意したす

べてではないという点である。

たとえば、ピモンによると、ここで評価されるべきは、契約の残部の有用性であって、ある条項を取り除いたとき、もはや残部の契約では両当事者が共有した目的 (*but partage par les parties*) を実現できない場合には、契約全体が無効とされなければならない。契約のエコノミーとは、契約上の残部の有用性を評価する道具であると指摘⁽²⁵⁾する。

アルサック・リベロルも、契約のエコノミーとは、契約の有用性を、つまり契約取引の利益を保証するものであるという⁽²⁶⁾。契約取引の利益とは、当該契約上の履行から通常期待される経済的かつ構造的な効果の実現のことであり、これは、契約に内在する、当該契約により目指された目的である⁽²⁷⁾。なぜなら、契約とは、経済的な取引の、法的な具体化だからである⁽²⁸⁾。したがって、契約が利益を示さないのであれば、契約が消滅することになる。

このように、無効の範囲を画定するにあたり判例でしばしば参照される「契約のエコノミー」に着目する学説によると、契約のエコノミーを通じて考慮される当事者の意思とは、当事者がある条項を重要だと考えていたかどうかという主観的な内実を有するものではなく、当該契約により両当事者が追求した目的が、ある条項のみを無効とすることで実現できなくなるか、換言すると、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性が残されているかという客観的な評価によるものであることが強調される。このことを良く示す判例として、先の学説の後に出された判決であるが、破毀院第一民事部二〇〇八年五月一日を挙げることができるように思われる。

〔仏50〕 破毀院第一民事部二〇〇八年五月一日⁽²⁹⁾

【事案】 一九九八年九月一九日、 X_1 は、 Y に対して、 X_2 社の株式四九九〇株のうち五〇〇株を譲渡した。同日、 X_1 と Y は、株主間契約 (*pacte d'actionnaires*) を締結し、これを X_2 社に提出して、本件契約における当事者間の権利

義務関係が確定された。本件契約には、仲裁条項が含まれていた。もともと、民法典二〇六一条によると、「特別法で定められた場合を除き、仲裁条項は、職業的活動に基づいて締結された契約において有効である」と規定されている。⁽³⁰⁾そこで、本件仲裁条項の無効等を理由として、二〇〇四年一月、X₁およびX₂社は、Yに対して、本件契約の無効、およびYが不当に受け取った配当金の返還を請求した。なお、Xらは、仲裁条項の無効以外にも無効原因を挙げる等をしているが、無効原因として認められたのは仲裁条項についてであり、以下では、これと無効の範囲との問題についてのみ取り上げる。

控訴院は、仲裁条項の無効は株主間契約を無効としないとして、Xらの請求を棄却した。これに対し、Xらは、本件契約の一条によると、本件契約中の一つの条項の無効が契約全体を無効とする旨の約定がなされていることから、控訴院が民法典一一三四条および民事訴訟法典一四四二条に違反したとして、破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、仲裁条項、つまり訴訟手続きに関する条項 (clause procédurale) は契約に付随的なものであり、行為のコースではないことから、たとえ株主間契約の一条によって、ある一つの条項の無効が当該契約を無効すると約定されていたとしても、契約に対する条項の自律性 (autonomie de la clause) により、当該条項の無効が契約全体を無効とすることを認めることはできないとした控訴院の判断を正当であったと判示した。

「仏50」判決の特徴的な点は、株主間契約中の仲裁条項が無効であり、当該契約には一つの条項の無効が契約全体を無効とする旨の約定があったにもかかわらず、仲裁条項は付随的な条項であって行為のコースではないことを理由に、当該条項のみが無効となると判示した点である。すなわち、仲裁条項は、伝統的な学説によると、「当事者の意思にお

いて通常は付随的である」条項であるにすぎず、当該条項を無効とする規定の目的は無効の範囲とは無関係であることから、当事者の意思によって無効の範囲が画定される場合の典型例として挙げられていた。⁽³²⁾しかし、同判決は、一つの条項の無効が契約全体を無効とする旨を当事者が定めていたにもかかわらず、これを考慮しなかったのである。

学説のなかには、「仏50」判決は、仲裁条項を、当事者の意思により不可分とされえない、契約から自律したものと位置づけたと評価するものがある。⁽³³⁾契約から自律していると評価しうる理由につき、コッテ (McCotter) は、契約の機能と仲裁条項の機能とが自律したものであることから、条項が契約から自律しているといえる指摘し、条項の消滅が契約に及ぼす影響を否定する。⁽³⁴⁾

「仏50」判決の理由づけやこれらの議論を踏まえると、同判決の判旨では「契約のエコノミー」という文言が用いられているわけではないが、ここで考慮されているのは、当事者がある条項を重要であると考えていたかどうかではなく、客観的に評価される両当事者が追求した契約の利益ないし有用性であるといえるように思われる。

以上のように、近時の学説には、無効の範囲画定にあたり当事者の意思の影響を是認しながらも、伝統的な一部無効論という当事者の意思とはその内実の違いを指摘する学説が現れている。このように解する理由のひとつとして、仮定的な意思を考慮することが必然的に恣意的な評価に至る、という伝統的な一部無効論に対する批判の回避という点が指摘されていた。もっとも、当事者の意思を客観的に捉えることの意義は、それに尽きるものではない。項を改めて、当事者の意思の客観的な考慮が一部無効論にもたらす影響を考察することとしたい。

(三) 小括

以上では、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内実につき、一方当事者の仮定的な意思と捉え

ることにつき批判を呈し、契約のエコノミーという観点から当事者の意思の内実を論ずる見解が、それをいかに解しているかをみた。というのも、民法典新一一八四条の新設により、同条第二項が、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と規定した。これは、無効および一部無効とは、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効論の影響であるといえよう。しかし、同条第一項は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が影響すると解されうる規定を置く。したがって、同条第一項の位置づけが問題となるからである。

もつとも、本稿の関心から重要であるのは、無効の範囲を画定するにあたり影響しうる当事者の意思の内実を、客観的に評価される契約の利益ないし有用性であるとする見解によれば、契約の利益ないし有用性が、無効および一部無効の本質との関係でどのように位置づけられるかである。次に、この問題を学説がどのように扱っているかをみていくことにしよう。

二 当事者意思の役割と一部無効の本質との関係

契約のエコノミーという観点から、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を捉える見解によると、シムレールのいう、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する、という一部無効の判断構造は、変容を被ることになるという。もつとも、シムレールとは異なる一部無効の判断構造を示すことが可能であるとしても、なぜ、無効の範囲を画定するにあたり契約の利益ないし有用性が考慮されうるかという問題が残される。以下、順に検討することで、契約の利益ないし有用性と無効の範囲との関係を明らかにしていきたい。

(一) 一部無効の判断構造の再考

先述のとおり、ピモンは、契約のエコノミーという観点から無効の範囲画定にあたり考慮される当事者の意思を把握すべきであると主張した。そして、シムルールをはじめとする伝統的な学説による一部無効の判断構造、とりわけ不可分性の判断構造を批判する。

ピモンの見解をみる前に、伝統的な学説による不可分性の判断構造を再度確認しておこう。伝統的な学説は、無効の範囲画定にあたり当事者の意思が決定的な役割を有していることを指摘するにあたり、前掲「仏15」判決の判旨を引用し、そこから無効の範囲の判断構造を指摘する。

前掲「仏15」判決の判旨を確認するならば、次のとおりである。すなわち、「仏15」判決は、「たとえ事実審判事には、付随的な特徴を有するために合意のエコノミーが侵害されることなく消滅しうるであろう不法な条項のみを契約から取り除き、したがって残部としてそれを維持する権限があるとしても、原審は、両当事者の意思において当該不法な条項が副次的な性質を有するものか本質的な性質を有するものかを一切評価をしていないため、法的根拠を欠いていた」と判示した。

既に見たとおり、前掲「仏15」判決の判旨をもとに、伝統的な学説は、無効の範囲を画定するにあたり次の二つの段階があると指摘した。第一は、事物の性質上、ある条項が不可分であるか否かを判断する段階である。これには、物理的な不可分性と、客観的な不可分性とがあった。第二は、事物の性質上、ある条項が可分である場合に、当該条項が当事者の意思において不可分であるか否かを判断する段階である⁽³⁵⁾。

ピモンによると、契約のエコノミーの機能は、第一の段階において果たされる、つまり、事物の性質上、ある条項が不可分であるか否かを明らかにすることにあるとし⁽³⁶⁾、伝統的な学説による不可分性の二つの段階の区別につき、このよ

うな区別は不自然であり、契約のエコノミーの分析が、ある条項が当事者の意思において可分可否を示すのに十分であると主張する。実際、不可分性の判断にあたり、たとえば、スーブ (J.-B. Seube) は、『不可分性と法律行為 (L'indivisibilité et les actes juridiques)』と題するテーゼのなかで、主観的不可分性と契約のエコノミーの観点からの不可分性を区別せずに論ずる。つまり、契約のエコノミーは、主観的な不可分性を評価するための手段であると指摘する⁽³⁷⁾。このスーブの見解を引用し、ピモンは、「われわれは、契約における諸条項の不可分性が、契約のエコノミーに基づいた契約の結果 (effet du contrat d'après son économie) であることを承認することができる」と主張する⁽³⁸⁾。

すなわち、ピモンによると、まず、不可分性を用いることは、「(一方当事者の意思ではなく、または仮定的な意思ではなく) 法律行為を単位として捉えることを意味する」という。実際、シムレールも、「われわれは、ある条項が契約の残部から分離しうるかを判断するために、行為それ自体を起点とする」と指摘していた⁽⁴⁰⁾。ピモンによれば、このような探求をする目的は、常に、ある条項を取り除いた場合における契約の残部の有用性を測定することであり、ここで、契約上の残部の有用性を評価する道具である契約のエコノミーが所を得る。あるいは、ある条項を取り除いたとき、もはや残部の契約では両当事者が共有した目的を実現できない場合には、契約全体が無効とされなければならない。あるいは、反対に、当該条項を取り除いても当該契約の経済的かつ構造的目的 (but économique) が達せられるのであれば、当該契約は効果を生じ続ける。つまり、「契約の当初のエコノミー (économie originaire du contrat) に一致する契約上の残部のみが、維持されなければならない」のである⁽⁴¹⁾。

このように、ピモンは、契約のエコノミーが機能する段階につき、不可分性を二つの段階に分ける学説と対比して、第一の段階で機能をする、つまり、事物の性質による不可分性の判断にあたり影響するものであると指摘し、二つの段階に区別する学説を批判した。

このピモンの指摘は、一方で、無効の範囲画定にあたり当事者の意思の影響を認めながらも、他方で、伝統的な一部無効論による無効の範囲画定の判断構造とは異なる判断構造を示している点で、示唆に富む。つまり、ある条項が無効であり、当該条項を取り除くことで両当事者が追求した契約の目的を達成することができないのであれば、不法性の範囲は、当該契約それ自体に及ぶと解することができるからである。

実際、ティビエルジュは、前章第三節でも確認したとおり、有償行為に不法条件等が付されていた場合にそれに依存する (dépend) 合意を無効とする旨を定めた民法典一一七二条につき、次のように、自説との整合性を説明していた。すなわち、同条は、不法条件等に依存する合意を無効とするが、この条件と合意との間の依存関係は、当事者の意思において重要であつたかという主観的な依存関係を示すものではない。合意が依存する条件とは、行為の本質的部分 (essence) にかかわるものであることを意味する。これらは、客観的な依存関係にある。したがって、このような条件が不法であるとき、行為全体が不法だということになると主張した。⁴⁰⁾

以上の議論によると、一部無効の本質という観点から、契約のエコノミーとして考慮される当事者の意思の位置づけを、次のように整理することが可能であろう。まず、契約のエコノミーとして考慮される当事者の意思とは、ある条項を取り除いたとき、両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性を実現できるかという内実のものであり、それが実現できないのであれば、当該条項は、契約の本質的部分を構成しているといえよう。そして、この契約の本質的部分が不法だということは、行為全体が不法だと評価できるのである。

ところで、これらの学説によれば違反された合法性を回復するために契約の利益ないし有用性が考慮されると解されているとはいえ、そもそも、なぜ違反された合法性を回復するために契約の利益ないし有用性が考慮されるかは、これまでの議論からは明らかではない。すなわち、違反された合法性を回復するためには、一方で、これまで明らかにして

きたように、違反された規定の目的を考慮し、不法性の範囲を画定していた。したがって、違反された規定の目的を達成するためには、当該条項そのものを無効とし契約を維持すべきであると考えられる場合、当該条項が無効となる。他方で、ある条項を取り除いたとき、両当事者が意図した契約目的を達成することができない場合、違反された合法性を回復するために契約の全部無効が必要となると考える理由はどこにあるか。最後に、この問題につき、学説でどのような議論が展開されているかを概観し、無効または一部無効の本質との整合性を明らかにしていきたい。

(二) 無効というサンクションにおける契約の利益ないし有用性の位置づけ

契約の利益ないし有用性を考慮すべき理由については、大きく、次の二つの観点から説明されている。第一は、当事者の意思が契約の動力源であるという観点である。もつとも、この第一の観点からの説明によると、契約の利益ないし有用性を考慮することと公序との関係については検討が及んでいない。第二は、サンクションという観点である。この第二の観点からの説明は、無効および一部無効の本質が法的なサンクションであることを前提に、契約の利益ないし有用性を考慮する可能性を指摘するものであり、興味深い。それぞれの観点から、契約の利益ないし有用性を考慮すべき理由がどのように説明されているかをみていこう。

(1) 契約の動力源としての当事者意思への配慮

① 実質的な理由づけ

第一に、契約を創造するのは当事者の意思であるという観点からの説明である。

ウサールは、契約のエコノミーが覆滅する場合に契約の全部無効が認められるべき理由として、次のように述べる。

「この〔契約のエコノミーの覆滅の有無による無効の範囲画定の〕アプローチは、十分に論理的である。条項を取り除くことによって、契約がその客観的な均衡において極度に修正される場合、それが「契約全体を」無効とするのを拒否することは、実際、〔両当事者によって締結された契約が〕新たな契約によって替えられるに等しい。これは、両当事者自身の権限に属するものではない。たとえ判事が、両当事者が当該新たな契約を締結したであろうというところに本当に納得することができたとしても、いかなる基礎が、当事者に代わってそうすることを可能にしようか。⁽⁴³⁾」

ウサールは、ある無効原因の存する条項を取り除くことで契約のエコノミーが覆滅する場合、それにもかかわらず契約を存続させることは、当事者によってしかなされえないはずの契約の締結を強制することになるとして、全部無効を言い渡すべきだと主張する。

また、ピモンは、仮定的な当事者の意思の考慮を批判し、契約のエコノミーとしての当事者の意思を考慮すべきである旨を主張するに際して、仮定的な意思を考慮することは、「判事が他人の契約自由 (*liberté contractuelle d'autrui*) を遡って用いている」と指摘する。⁽⁴⁴⁾そして、ピモン自身が展開する事情変更の場合における判事の権限 (不予見論) や解除とその範囲に関する次のような議論を参照して、ある条項を取り除くことで契約のエコノミーが覆滅する場合には、契約全体の消滅が、自然なサンクションであるという。⁽⁴⁵⁾

すなわち、一方で、不予見論における、契約内容を変更後の事情に適合させる判事の権限について、ある契約条項を修正しうるとしても、それを根本的に変える (*refaire*) ことはできない、換言すると、当初の契約を、新しい契約に変えることはできない。契約を根本的に変えないために、判事には、契約の本質的な効果 (*les effets essentiels du*

contract)を、すなわち、それなしでは両当事者が意図した契約の経済的かつ構造的機能の実現が不可能になる部分を尊重する義務が課せられる⁽⁴⁶⁾。他方で、契約の解除について、「契約のエコノミーは、両当事者の法律の機能的な具体化である。……したがって、全部の不履行または部分的な不履行が契約のエコノミーの覆滅に至る場合、契約は、存在理由を奪われ、あらゆる拘束力を失わなければならない。……反対に、行為の経済的かつ構造的機能がなお実現しうるのであれば、両当事者が意図したエコノミーに従った履行がまだ可能であり、契約は、解除される理由がない⁽⁴⁷⁾」。

これらの一連の指摘を踏まえば、ピモンも、ウサルと同様、契約の本質的な効果については両当事者の意思の合致がなければならず、それを判事を変更することはできないと考えているといえよう。無効原因によるのであれば、不履行によるのであれば、その本質的な効果を実現することができないのであれば、契約としての存在理由を失い、契約全体を消滅させる必要があると考えているように思われる。

② 民法典による契約の利益ないし有用性の考慮

ところで、契約の利益ないし有用性に言及をする規定は、民法典にないのであるか。この点については、学説により評価が分かれている。

一方で、契約の有効要件として置かれている、コース概念や目的 (objet) 概念に、当事者が契約に見出していた利益を結びつける見解がある。

まず、コース概念との関係である。

たとえば、ロシユフェルト (J.Rochfeld) は、彼女の提唱する典型契約におけるコース (典型コース : cause typique) と、非典型契約におけるコース (非典型コース : cause atypique) それぞれについて、次のように説明し、当事者が契約に

見出していた利益とコースズとを結びつける。⁽⁴⁹⁾ 典型コースズとは、個々の契約類型における一定の典型的な契約利益を意味しており、典型コースズには次の二つの機能がある。第一は、当事者が一定の契約類型を選択することで、その類型の契約の形成にあたり必要な要素と、その契約により実現される典型的な利益が自動的に明らかになるという機能である。⁽⁵⁰⁾ 第二は、その契約において追求された典型的な契約利益を達成するために必要な最小限の内容を明らかにし、当事者によりそれが侵害されるのを妨げるという機能である。⁽⁵¹⁾ これに対して、非典型コースズとは、当事者において個別的に追求される契約利益を意味する。非典型契約においては、あらかじめ定立された契約類型とそれに関する典型的な契約利益への依拠が見出されない。⁽⁵²⁾ 非典型契約の例としては、全く新しい契約を創造する場合や、節税の目的での売買契約といったような典型契約に非典型的な契約目的が付加される場合が挙げられる。⁽⁵³⁾ 典型契約にせよ、非典型契約にせよ、ロシュフェルトによると、コースズ概念は、契約により追求される利益と結びつけられて定義される。そして、この利益の実現が不可能である場合には、コースズが存在せず、契約が無効になる。⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾

また、コースズ概念に、目的因 (cause finale) としての性格を認める見解によれば、コースズとは、契約当事者のそれぞれが約務を負うことを決定するに至らせた利益のことを意味する。⁽⁵⁶⁾ 実際、民法典改正の議論のなかで、二〇〇八年の司法省草案は、契約の有効要件からコースズ概念を削除し、その代わりに、契約への利益 (Intérêt au contrat) 概念を導入することで、コースズ概念が担ってきた機能を維持することを試みた。⁽⁵⁷⁾ 結局、二〇一六年二月一〇日のオルドナンスでは、契約の有効要件からコースズ概念が削除された一方で、契約への利益に関する規定も置かれることはなかったが、先の議論からは、コースズ概念と利益とが結びつけられて考えられていたことが窺える。⁽⁵⁸⁾

次に、目的概念との関係である。

目的 (objet) とは何かについて、簡単に説明しておこう。合意が有効であるための一つの要件として、「約務の内容

を形成する確定した目的」が必要であると規定される（民法典一一〇八条）。目的に関する規定が民法典一一二六条以下に置かれ、民法典一一二六条は、「あらゆる契約は、当事者が与える債務を負うものを、または当事者がなす債務もしくはなさない債務を負うもの（chose）を目的とする」と規定する⁽⁵⁹⁾。

それゆえ、学説によると、債務の目的とは、給付（prestation）のことであると定義され⁽⁶¹⁾、売買契約を例にするならば、売主の債務の目的は、目的物の引渡しであり、買主の債務の目的は、代金の支払いである。この債務の目的は、古くから学説によって、債権者が債務から得る利益や有用性を示しているといわれている⁽⁶²⁾。

これらの見解によれば、コースまたは目的に関する規定は、契約の利益ないし有用性を契約の有効要件として考慮している規定であり、これらの規定の違反があつた場合には、つまり契約の利益ないし有用性がない場合には、契約全体が無効になると考えていると理解することができよう⁽⁶³⁾。また、同様の趣旨を民法典一一七二条にも見出すことができる⁽⁶⁴⁾。とするのが、ティビエルジュの同条の解釈であつたといえよう。

他方で、コース概念や目的概念によつては、両当事者が意図した目的のすべてを包摂することができない、または適切でない指摘する学説もある。

たとえば、コース概念につき、ピモンは、まず、無効の範囲の問題につきコース概念を用いて解決する判例を、次のように批判する。コースによる説明は、ある条項の無効が契約の無効に至りうるすべての事案を説明することができない。たとえば、スライド条項は、契約において本質的な重要性（importance essentielle）を有するが、当事者は、スライド化させるという目的で契約を締結するわけではない。したがって、コースではないが、契約の本質的な部分でありうる指摘する⁽⁶⁴⁾。

次に、目的概念について、ピモンは、債務から得られる利益と、契約の利益とは異なると指摘する⁽⁶⁵⁾。なぜなら、契約

は全体としての利益 (intérêt global) を示すため、債務のひとつの目的が示す利益に還元されえない。⁽⁶⁶⁾ たとえば、寄託契約では、その経済的かつ構造的機能 (fonction économique) として、受託者は、物を保管する債務を負うが、この債務はいくつかのなす債務、なさない債務によって構成されており、また、物の返還債務を負う。債務の目的は、ある経済的かつ構造的機能を実現するために複雑な法的関係を有する契約の構造の、一要素でしかないという。⁽⁶⁷⁾

このように、契約の利益ないし有用性がない場合のすべてにつき民法典の規定で解決できるかについては、学説の評価が分かれている状況にある。ただし、少なくとも、学説によると、契約の利益ないし有用性は、民法典によって、または判例によって、契約の有効性の判断にあたり考慮されると考えられているように思われる。

そうすると、契約の利益や有用性がない場合には、無効とすべきは契約全体であると考えられることもできよう。ただし、契約の有効性の判断にあたって、契約の利益ないし有用性にも配慮されているということができるとはいえ、契約における特定の条項が公序に関する規定に反して不法である場合に、契約の利益ないし有用性がいかに位置づけられるかは、依然として問題となりうると考えられる。たとえば、ピモン自身、特別法が一部無効を認める場合には、契約のエコノミーを保護するために一部無効が課される場合もあるが、保護すべき者のためにそれを修正する場合もあることから、契約のエコノミーが唯一の基準ではありえないと自認している。⁽⁶⁸⁾

そうであれば、違反された規定の目的と契約の利益ないし有用性との関係が、いかに解されるべきものかを論じる必要がある。この問題に対して、サンクションという観点から契約の利益ないし有用性を考慮すべきであると指摘する見解が、本稿に重要な示唆を提供する。

(2) サンクションにおける契約の利益ないし有用性の位置づけ

サunkションという観点から契約の利益ないし有用性が考慮されうると主張する学説として、オベール・ドウ・バンセル (C. Aubert de Vincelles)⁽⁶⁹⁾ の見解と、メキ (M. Mekki) の見解がある。オベール・ドウ・バンセルは、民事上のサunkションという性質から、契約の利益ないし有用性を考慮することが必要であるとする。メキは、違反された合法性を回復するための客観的なサunkションであるという無効および一部無効の本質から出発し、契約の利益ないし有用性を考慮する可能性を指摘する。それぞれの見解をみることで、無効または一部無効というサunkションとの関係で、契約の利益ないし有用性を考慮することの意味を明らかにしていこう。

① サunkションの実効性と契約の利益ないし有用性

まず、オベール・ドウ・バンセルの見解をみていこう。

オベール・ドウ・バンセルの見解は、無効というサunkションに焦点を合わせたものではない。そのテーゼのタイトル『同意の変性と契約上のサunkションの実効性 (Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles)』からも窺えるように、契約上のサunkション一般について考察をしたものである。彼女によると、ある規定を順守させるには、それに適したサunkションを課す必要があると指摘する⁽⁷⁰⁾。そして、これを評価するには、サunkションの目的と、それに対して実際に課すサunkションが適切なものかを評価しなければならないという。

まず、サunkションの目的について、民事上のサunkションが刑事上のそれかを問わず、サunkションは、その規定を順守させることを目的とする。そのため、サunkションであれば、当該規定の違反を抑止させる (dissuasion) という機能を有することになる⁽⁷¹⁾。そして、民事上のサunkションに特有の主要な目的は、違反された合法性の回復であり、これは、違反によって生じた結果を回復すること (reparation)⁽⁷²⁾ によって達せられるとする。したがって、ある規定の

違反によって生じた被害者への影響を考慮しなければならない。当該規定が順守されていたならば被害者が置かれていたであろう状況に回復することが、最も実効的な回復である。たとえば、ある条項の使用を禁ずる規定の違反があった場合には、この違反による被害者への影響は、禁止された条項が実際に存することである。このとき、当該条項を取り除くことが、当該規定が順守されたならば被害者が置かれたであろう状況への回復にあたると主張する⁽⁷³⁾。

なお、オベール・ドウ・バンセルによると、ある規定の違反によって生じた当事者の状況を考慮することは、刑事上のサンクションとの混同を防ぐために必要だという。すなわち、被害(damage)なくしてある規定の違反にサンクションを課す場合、それは、違反行為それ自体をサンクションの対象としている。このようなサンクションは、違反の行為者に向けられた処罰的な(punitive)サンクションである。これに対して、民事上のサンクションの回復という目的においては、規定の違反によって被害者の状況に影響が生じている必要があるのだという⁽⁷⁴⁾。

次に、その目的に対して、実際に課されるサンクションが適切かどうかである。民事上のサンクションにおける、違反された合法性の回復という目的について、その適切性は、課されるサンクションの効果と規定の違反によって当事者に生じた影響との間に求められる⁽⁷⁵⁾。

サンクションに関する以上の理解を前提として、オベール・ドウ・バンセルは、無効や一部無効というサンクションについて、次のような指摘をしている。

まず、無効についてである。無効の主たる効果は、契約関係を取り除くことである。契約とは、両当事者が利益を満たすための手段であるから、あらゆる契約関係において、契約の有用性がキー概念(notion clef)となり⁽⁷⁶⁾、そして、契約の有用性の有無が、無効というサンクションが回復という目的に対して実効的かを判断する基準となる⁽⁷⁷⁾。つまり、ある規定の違反にもかかわらず契約締結によって被害者が求めていた利益が存するのであれば、契約の無効というサンク

ションは実効的なものではない。これに対して、無用な契約を締結した場合や契約内容それ自体は有用ではあるがその実現が不可能であった場合など、被害者にとって契約が有用でなかった場合には、契約の無効というサンクションは実効的であるとする。⁽⁷⁸⁾

次に、一部無効についてである。一部無効の判断基準について、学説には、当事者の意思を考慮する見解と、違反された規定の目的を考慮する見解とがあった。サンクションの実効性という観点からは、当事者の意思によるよりも、違反された規定の目的を考慮するほうがよいとする。もつとも、違反された規定の目的により無効の範囲を画定する見解に対しては、その規定の違反によって生じた結果を考慮していない点で、サンクションの実効性の確保にとって不十分であると指摘する。⁽⁷⁹⁾

以上のように、オベール・ドゥ・バンセルは、サンクションの実効性という観点から、民事上のサンクションであれば、ある規定の違反によって実際に当事者に生じた影響を考慮する必要があると指摘する。そして、契約の無効というサンクションの実効性においては契約の有用性の有無が重要であり、一部無効というサンクションにおいても、規定の違反によって生じた実際の影響を考慮しなければならないとした。

さて、オベール・ドゥ・バンセルが、民事上のサンクションの実効性という観点からは、実際に当事者が置かれている状況に対して適切なサンクションを課す必要があり、とりわけ無効というサンクションが実効的かどうかは契約の有用性の有無によるとの指摘は、注目に値しよう。今日の学説には、無効が法的なサンクションであることから、そのサンクションが実効的なものかを考慮しなければならないと指摘するものも多い。⁽⁸⁰⁾

もつとも、オベール・ドゥ・バンセルの見解に対しては、次のような疑問が生ずる。すなわち、彼女の主張は、民事上の各サンクションの制度的な差異に着目をせずに、実効的なサンクションの探求を目的としたものである。そし

て、彼女は、民事上の各サンクションの実効性について論じたうえでサンクションの再構築を試み、それらを、「適正化 (régularisation)」と「無効」とに区別する。彼女のいう「適正化」とは、瑕疵のある契約を修復し、違反された規定に合致したものとして契約を維持することをいう。⁽⁸¹⁾したがって、一部無効も、無効としての性質を有するサンクションではなく、適正化に分類される一つのサンクションとなり、行為者に対するサンクション (主観的なサンクション) として位置づけられていた不法行為責任などと同じ分類のもとで論じられる。⁽⁸²⁾ここでは、無効や一部無効の客観的性格は維持されていない。しかし、各サンクションの制度的差異を考慮せずに、とりわけ被害者にとつてのサンクションの実効性という観点のみから、彼女の主張する分類のもとでサンクションを選択してよいかは慎重な判断を要する問題であらう。今日の学説に目を向けると、一方で、先に述べたとおり、サンクションの実効性を考慮すべきであることが指摘されているものの、他方で、彼女のようにサンクションを分類することが受容されているとは言い難い。

そこで、次に、無効および一部無効の本質という観点から、両当事者の利益を考慮する必要があると指摘するメキの見解に目を向けてみたい。

② 合法性 (légalité) と契約の利益ないし有用性

メキは、ティビエルジュの無効および一部無効の捉え方を好意的に評価し、これを満足のいくしかるべき出発点 (un point de départ satisfaisant et adapté) であるとして議論を展開する。もともと、ティビエルジュによる、契約締結時に違反された合法性を回復するために必要な範囲で法的効果を除去する、という無効の定義には、今日における法規範の柔軟性という特徴を前にすると、次の二つの点で不十分であると指摘する。⁽⁸³⁾

第一に、合法性 (légalité) の問題を、法律違背の有無と捉えている点である。より具体的に、以下の三点を指摘する。

一点目は、合法性の問題が、法律 (loi) にのみかわるものではなく、公序の問題として、基本権のような超法律的規範 (normes supra-légales) が存在する⁽⁸⁴⁾ことである。

二点目は、契約の有効性の判断には、適法性 (licéité)、つまり法律の順守のみが参照されているわけではないこと⁽⁸⁵⁾である。すなわち、契約の有効性は、法律の順守という意味で形式的な (formelle) 問題でもあり、法律に限らない超法律的規範による諸価値を参照するという意味で価値論的な (axiologique) 問題でもあり、さらに、追求した目的をより少ない経済的、社会的費用によって達成しうるか、つまり有用性を有するかという意味で経験的な (empirique) 問題でもあるという⁽⁸⁶⁾。契約の有効性は、これらのいずれかによって確認されるのではなく、これらを同時に満たす必要がある⁽⁸⁷⁾。したがって、法律への適合だけでなく、無効が実際に課される環境 (milieu)⁽⁸⁸⁾や、違反された法規範の目的に関する利益を考慮することも、契約の合法性のコントロールの一要素であるとする⁽⁸⁹⁾。

三点目は、以上のように契約の合法性の問題が法律への適合の問題に解消されないことから、違反された合法性の回復は、形式的な作業によるのではなく、プラグマティックな問題だということである⁽⁸⁹⁾。

このように、メキは、契約の有効性の問題とは契約が法律に適合しているかという問題に限るものではないと指摘し、これを、無効の問題にも反映させる必要があると説いた。

第二に、契約の有効性の問題を、契約の成立の問題に限定している点である。

たとえば、ある約定の効果が公序に関する規定に違反する場合、当該約定が無効となるのは、公序に関する規定に違反するからであって、契約の成立に関する規定に違反するからではない。また、とりわけ競争禁止特約の有効性の問題については、当該条項の援用時における比例性 (proportionnalité)⁽⁹⁰⁾が問題となっているという。

これらのメキの指摘のうち、契約の有効性の問題を判断するにあたり、契約成立後の事情を考慮してよいかについて

は、契約締結後の事情を考慮し契約条項の目的外の使用を否定する濫用法理との関係を整理したうえで検討する必要があるように思え、直ちには首肯しがたい。⁽⁹¹⁾ もっとも、契約の有効性の問題を単なる法律への適合の問題として捉えるのではなく、その多面性を指摘し、それを無効論に反映させようと試みている点で、示唆に富むものであらう。⁽⁹²⁾ なぜなら、これまでの本稿の検討によれば、一方で、違反された規定の目的を考慮しなければならないと指摘され、他方で、契約の利益ないし有用性を考慮する必要があると指摘されており、しかし、両者の関係が不明なままであった。メキの指摘は、まさに、この点を克服しうるようにみえるからである。

そこで、メキが無効の範囲の問題についていかなる主張を展開しているかをみるならば、メキは、以上の点を踏まえ、次のように論を進める。

まず、無効は、合法性を必要な範囲で回復しなければならず、一部無効は、まさに無効の本質に一致するサンクションであるという。⁽⁹³⁾ つまり、ティビエルジュの指摘する無効および一部無効の本質を維持している。

そのうえで、無効の範囲の判断基準について、違反された規定の目的のみを考慮して無効の範囲を画定するティビエルジュの見解を批判する。すなわち、メキによれば、違反された合法性の回復は、当該事案に存するあらゆる利益を考慮して具体的になされなければならない、その諸利益のなかには、契約に対する両当事者の利益も含まれる。それゆえ、一方で、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益 (*intérêts extérieurs et supérieurs*) に対する侵害によって無効が問題となる場合、両当事者の利益を一要素として考慮して無効の範囲を画定する。他方で、両当事者の利益よりも上位の利益に対する侵害がない場合には、両当事者の利益が無効の範囲を画定する基準となる。⁽⁹⁴⁾

以上が、メキによって主張された無効および一部無効論である。メキの主張は、契約の有効性を、形式的、価値論的、かつ経験的な問題であるとする近時の法規範の有効性 (*validité des normes juridiques*) に関する見解に依拠して

いる。⁽⁹⁶⁾ この法規範の有効性に関する見解それ自体の検討は、慎重に扱うべき問題であり、本稿で行うことはできない。しかし、契約の有効性の場面に限るならば、後述するように、違反された合法性を回復するためには、両当事者の利益や契約の有用性をも考慮する必要があるという理解は、これまでの判例を積極的に説明することができ、判例と整合的なものであるように思われる⁽⁹⁶⁾。

このように、違反された合法性を回復するにあたり、契約の利益ないし有用性も考慮されうるとすれば、これまでの本稿の検討に対し、メキの主張は、次の二つの重要な視点を提供すると考えられる。

第一は、繰り返しになるが、契約の合法性の問題には、形式的、価値論的、そして経験的な問題が含まれることから、契約の利益ないし有用性を、違反された合法性を必要な範囲で回復するにあたり考慮されるものとして位置づけている点である。契約の利益ないし有用性が無効の範囲を画定する考慮要素となる、または基準となる理由を、違反された合法性の回復という観点から説明し、無効論と相いれるように説明を試みており、参考になろう。

第二は、契約の利益ないし有用性の考慮という問題からは逸れるが、違反された公序に関する規定の目的からは、これまでの学説によれば無効の範囲が積極的に要求されていないような場合においても、尊重されるべき諸価値が存することを指摘した点である。たとえば、これまでの学説には、仲裁条項を無効とする規定（民法典二〇六一条）の趣旨は無効の範囲とは無関係であり、当事者の意思が無効の範囲を画定すると指摘するものがあつた。しかし、基本権という両当事者の利益に対して外在的かつ上位の価値に鑑みると、不法な仲裁条項が問題となる場合、司法へのアクセスに関する権利が妨げられていることになる。このように両当事者の利益に対して外在的かつ上位にある価値が問題となっている場合において、その規定が無効の範囲を積極的に要求していないとして当事者意思の考慮による全部無効の可能性を認めると、結局、一方当事者が不法性の摘示を手控え、当該権利が侵害される結果となってしまう。それゆえ、当該

条項のみの無効を課す必要がある。最近では、契約における基本権の問題を検討する学説により、このような説明がなされるようになって⁽⁹⁷⁾いる。

(3) 私見による補足と整理

これまで、当事者の意思を契約の利益ないし有用性と捉える場合、無効の範囲の問題との関係で契約の利益ないし有用性がいかに位置づけられているかについて、学説の議論を概観してきた。無効の範囲において契約の利益ないし有用性を考慮すべき理由につき、現時点では学説の議論が成熟しているとはいえず、本稿では、学説を、大きく二つの観点から素描するにとどまらざるをえなかった。しかし、これらの議論を通じて、契約の利益ないし有用性が、伝統的な一部無効論における当事者の意思とは異なる位置づけを付与されるべきものとして捉えられていたと評することはできよう。

すなわち、本款で検討した学説によると、当事者の意思の内実は、一方当事者の仮定的な意思ではなく、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性であると解することができる。

そして、違反された合法性を回復するために考慮される法規範の目的と、契約の利益ないし有用性との関係をいかに解すべきかについては、これをサンクションという観点から論ずる学説が参考になった。もともと、これらの学説の指摘は抽象的なものであった。また、メキによると、とりわけ両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益が侵害されていない場合について、このような場合は非常に稀であるとの指摘にとどまり、⁽⁹⁸⁾いかなる場合がこれに該当するかは、明らかでなかった。そこで、第一に、これまで本稿がみてきた判例との整合性について、第二に、同意の瑕疵に関する規定や行為能力に関する規定の違反があった場合が、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益が侵害されてい

い場合に該当するかについて、私見により補足を試みる。⁽⁹⁹⁾

第一に、判例との整合性である。これまで本稿は、特定の契約条項が公序に関する規定に違反していた場合についての判例を中心に検討してきた。前款で確認したとおり、これらの判例や学説は、近時の判例や学説は、公序に関する規定が個人の利益を保護する規定か一般利益を保護する規定かを問わず、違反された法規範の目的を達成するように無効の範囲を画定していた。そして、違反された法規範の目的を考慮する必要性は、たとえば、仲裁条項を一定の場合に無効とする規定（民法典二〇六一条）の違反があった場合のように、当該規定が積極的に無効の範囲を要求しているとはいえない場合であっても同様である。この場合には、一方当事者の、司法へのアクセスに関する権利が妨げられているが、全部無効を認めるならば、当事者が不法性の摘示を手控え、先の権利が害されることになる。したがって、シムルールらによる、公序の性質によっては、違反された法規範の目的を考慮しなくてよい場合があるとの指摘には、首肯するところがない。

もっとも、公序に関する規定の違反が問題となる場合であっても、オベール・ドウ・バンセルやメキによれば、契約の利益ないし有用性を考慮する必要があった。これまでの判例と比較するならば、ここで考慮される契約の利益ないし有用性には、次の二つの意義を見出すことができ、判例と整合的に理解しうるように思われる。

まず、前掲「仏44」ないし「仏48」判決などにみられるように、判例や学説は、一方で違反された法の目的を考慮し、他方で契約のエコノミーを考慮して、契約条項そのものを無効とするのではなく、契約条項の積極的な修正を認めていた。これは、違反された法の目的だけでなく、両当事者の利益をも参照して、違反された合法性を必要な範囲で回復していたと評価できよう。

次に、前掲「仏43」判決のように、一般的には一部無効が課されることによって違反された法の目的を達成しうる場

合であっても、具体的な事案を考慮するならば、当該当事者にとって契約が有用なものではなく、契約の全部無効が望まれる場合があるということである。このような場合にまで一律に一部無効を課とするならば、かえって不法性が指示されない結果となり、サンクションの実効的な発動が阻害される。ここでは、違反された法の目的の達成のために実効的であるのは、契約全体の無効である。無効および一部無効のサンクションという性質に鑑みれば、契約の有用性が存しない場合には契約全体を無効にすべしということができるように思われる。

続いて、第二に、同意の瑕疵に関する規定や行為能力に関する規定の違反があった場合についてである。結論を先に述べるならば、これらの場合につき、両当事者の利益よりも外在的かつ上位の利益の侵害がなされていない場合に該当するとしてよいかは疑わしい。

たとえば、契約の有効性に関するメキの主張の基礎にあるオスト&バン・ドウ・ケルコフ (Fr.Ost et M.van de Kerchove) によると、同意の瑕疵や行為能力に関する問題は、形式的な有効性の問題である⁽¹⁰⁾。彼らの見解をみるかぎりその理由は明確でないものの、一方で、同意の瑕疵について、メキは、同意の問題は手続きの有効性 (validité procédurale) の問題であるという⁽¹¹⁾。ゲスタンも同様、同意に瑕疵がないことが、契約が手続きの公正であることを示すという⁽¹²⁾。他方で、行為能力について、フルール&オバール&サヴォー (J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux) は、「合理的に、〔契約を締結する権利の〕行使に関するあらゆる制限 (toute incapacité d'exercice)⁽¹³⁾ は、同意の瑕疵の推定 (présomption) として分析される。〔これは〕……覆すことのできない推定である」と指摘している⁽¹⁴⁾。そして、これらの規定と無効の範囲との関係につき、たとえばラロメ&ブロ (Ch.Laroumet et S.Bros) は、「契約の成立要件 (condition de formation) が満たされていない場合、われわれは、契約が無効であると認めなければならない。……われわれは、たとえば同意が存在しないとき、または同意の瑕疵があるとき、ある契約の特定の約定が維持されるとは思えない。こ

のような場合には、契約関係の全体が、成立要件の不存在により汚染されるのである（*infectée*）と指摘する。⁽¹⁰⁶⁾

これらの指摘を踏まえると、同意の瑕疵や行為能力に関する規定の違反があつた場合とは、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益が侵害されている、つまり契約成立の手続き的正当性が侵害されている場合であり、これらの規定の趣旨によれば、違反された合法性を回復するには契約全体の無効を要すると考えられているように思われる。⁽¹⁰⁷⁾

議論の性質上、あらゆる具体的な事案を検討することは難しいが、これまでの検討によれば、無効および一部無効を、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであると捉えることと、契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思を考慮することは、必ずしも矛盾するものではないように思われる。ただし、無効および一部無効の本質を維持したうえで考慮されうる当事者の意思は、伝統的な一部無効論とはその内実および役割を異にしていたことに注意しなければならない。

(二) 小括

民法典が改正され、民法典新一一八四条第一項が、無効原因の存する条項が「約務の決定的な要素であつた」場合には契約が無効になる旨を規定するに至つた。一見すると、同条第一項は、本稿が前章で明らかにした一部無効の本質と相いれるものではなく、伝統的な一部無効論と親和的なようにも解されうる。そこで、本款では、一部無効の本質という観点からはあらゆる当事者の意思が考慮されえないのかを、無効の範囲を画定するにあたり伝統的な一部無効論とは異なる内実の当事者意思を考慮する学説の検討を通じて明らかにすることを試みた。

本款での検討によると、無効および一部無効を「違反された合法性を回復するための客観的なサンクションである」と解することは、あらゆる当事者の意思の考慮を排斥するわけではない。学説のなかには、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を、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性という意味で捉えているものがあつたが、このような契約の利益ないし有用性は、一部無効の本質という観点からも考慮されうるものであつたように思われる。

すなわち、違反された合法性を回復するには、場合によっては、契約の利益ないし有用性を考慮する必要がある。無効および一部無効の本質を意識しながらそれに言及をする学説によると、その理由の第一は、サンクションの実効性の確保という観点から、契約の有用性がない場合にまで一部無効を課すのであれば、かえって不法性の摘示を手控え、違反された規定の目的が達成されない結果となってしまうという点であつた。その第二は、契約の有効性を判断するにあたり契約の利益ないし有用性をも考慮していることから、違反された合法性を回復するにあたつても、それを考慮する必要があるという点であつた。私見によると、これらの理由から契約の有用性を考慮することは、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効および一部無効の本質と相いれうるだけでなく、これまでに検討した判例とも整合的であつたように思われる⁽¹⁰⁸⁾。

本節や前章第三節の検討を踏まえると、改正後の民法典には、無効原因の存する条項が「約務の決定的な要素であつた」場合には契約が無効になる旨の規定(新二一八四条第一項)が置かれることになるが、その意味については、伝統的な一部無効論のような内実や役割を有するものではなく、当該条項を取り除いた場合に両当事者が追求する契約の利益ないし有用性が存するかという意味で解すべきであると考えらる。

(1) 新二一八四条「再掲」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つた場合にのみ、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。」

- (2) O.Deshayes, ThGenicon 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.341 et s.
 - (3) Ch.Larroutet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations – Les Contrats, 8^e éd., Economica, 2016, n° 567.
 - (4) J.-B.Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Litec, 1999, n° 268.
 - (5) E.Houssard, *L'économie du contrat*, Revue juridique de l'Ouest, 2002, p.7, spéc. n° 11 et s.; S.Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, PUAM, 2004, n°s 513 et s.; A.Arsac-Ribeyrolles, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse, l'Université Clermont I, 2005, n°s 290 et s.
 - (6) 本稿第一章第二節を参照。
 - (7) 契約のエコノミーを論ずる学説のなかに、シムレールの一部無効論との対比を行っている学説があるため、以下ではこれらの学説を中心に取り上げるが、同旨の指摘は、かつてからなされていたように思われる。たとえば、参照、A. Barathon, *De la divisibilité des clauses du contrat de mariage*, thèse, A.Rousseau, 1913, p.59, また、本稿第一章第二節第三款も参照。
 - (8) 契約のエコノミー論については、既に日本でも紹介がなされている。とりわけ森田修教授が、フランスにおける契約のエコノミー論について、その内容や学説における評価を非常に詳細に論じている。契約のエコノミーが契約規範論へもたらしうる影響については、森田修『契約規範の法学的構造』(商事法務、二〇一六年)三三三頁以下を参照されたい。
- これに対し、本稿の主眼は、学説によれば、契約のエコノミーが無効の範囲を画定するにあたりいかなる意義を有すると考えられているかを明らかにしたうえで、それとシムレールの一部無効の判断構造とを比較することにある(したがって、本稿は、契約のエコノミーをコーズ概念や目的(*objet*)概念などと比較し、契約のエコノミーそれ自体の有益性や、契約法における位置づけを検討するものではない)。本稿でも扱うウサールやビモンの見解の内容は既に森田修教授により紹介されているものの、以上の点で、本稿が、契約のエコノミーと無効の範囲との関係を扱うことの意義も残されているよう。

- (9) E.Houssard, *op.cit.*, n° 42.
- (10) Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dirigé par G.Cornu, 3^e éd., PUF, 1992, v° économie (cité par 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, 4^e éd. LGDJ, 2013, n° 661 note 206). なお、アンリカピタン協会の法律用語辞典の最新版である第一版において、同様の定義がなされている (Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dirigé par G.Cornu, 11^e éd., PUF, 2015, v° économie)。
- (11) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, n° 661.
- (12) E.Houssard, *op.cit.*, n° 49.
- (13) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n° 512.
- (14) Cass.civ.1^{re}, 3 juillet 1996, D.1997, p.500, note Ph.Reigné ; RTD.civ. 1996, p.903, note J.Mestre.
- (15) E.Houssard, *op.cit.*, pp.13 et s ; S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 276 et s. また、参照、森田・前掲注 (8) 『契約規範の法学的構造』二八二頁以下。
- (16) ムストル (J.Mestre) やムーリー (J.Moury) による契約のエコノミーに対する批判については、森田・前掲注 (8) 『契約規範の法学的構造』五〇二頁以下が詳しい。
- (17) J.Mestre, *op.cit.*, note sous Cass.civ.1^{re}, 3 juillet 1996, pp.903 et 904.
- (18) 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。」
- (19) 一一三五条「合意は、それにおいて明示されていることだけでなく、債務の本性に従って衡平、慣習または法律がその債務に与えるすべての帰結についても、義務を生ぜしめる。」
 [筆者注、民法典の改正により、一一三五条と同旨の規定である新一九二条が、「契約の効果」に関する章のなかにある、「拘束力 (force obligatoire)」と題された小節に置かれている。もともと、新一九二条の文言は、一一三五条とは若干異なっており、「契約は、それにおいて明示されていることだけでなく、衡平、慣習または法律がそれに与えるすべての帰結についても、義務を生ぜしめる」となった。]
- (20) J.Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, D. 2000, p.382, spéc., n° 3 et s.

- (21) Cass.civ.3^e, 24 juin 1971, Bull.civ.III, n° 405 ; JCP 1972, II, 17191, note J.Ghestin ; D. 1971, somm. p.131.
- (22) 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、それに依存する (dépend) 合意を無効とする。」
- (23) E.Houssard, *op.cit.*, n° 12.
- (24) S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 525.
- (25) S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 522.
- (26) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n°a 427 et s.
- (27) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n°a 441 et 451.
- (28) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n° 508.
- (29) Cass.civ.1^{re}, 15 mai 2008, RDC 2008, 1122, note Th.Genicon.
- (30) かつて、仲裁条項は、定型化した条項によつて、弱い立場にある一方当事者が国家の裁判所を利用する機会を奪われることをおそれ、原則として無効であるとされていた(民法典旧二〇六一条「仲裁条項は、法律により別に定められていない場合には無効である」。しかし、これにはかなりの例外があり、二〇〇一年五月一五日の法律により、現行の規定に改められた。フランスの仲裁条項については、参照、エマニユエル・ジュラン(小川健訳)「フランスにおける仲裁契約」慶應法学一〇号(二〇〇八年)三四七頁、特に三五四頁。
- (31) 民事訴訟法典一四四二条「仲裁条項は、契約の当事者が当該契約に関して生じうる紛争を仲裁に付すことを約する合意である。」
- (32) Ph.Simier, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969, n° 85.
- (33) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, n° 2600.
- (34) McCotter, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 2013, n° 462 et s.
- (35) シムレールによる不可分性概念と当事者の意思との関係については、本稿第一章第二節第三款を参照。
- (36) S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 520.
- (37) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 417 et s.

- (38) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 520 et 521.
- (39) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 522.
- (40) Ph.Simier, *op. cit.*, these, n° 312.
- (41) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 522.
- (42) C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, these, LGDJ, 1992, n° 495.
- (43) E.Houssard, *op. cit.*, n° 13.
- (44) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 525.
- (45) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 524.
- (46) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 333 et s., n° 419 et s.
- (47) S.Pimont, *op. cit.*, these, n° 448.
- (48) 一一〇八条「再掲」「合意の有効性にとって、以下の四つの要件が本質的なものである。
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コース」

「筆者注：契約の有効要件についても、債務法の改正によって修正された。新一一二八条は、契約の有効性に必要な要件として、両当事者の同意、契約を締結する能力、適法かつ確実な内容という三つを規定する。このようにコース概念と目的概念については契約の有効要件から削除されたのであるが、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、コース概念や目的概念のもとで論じられていた議論が反映されているものがある(たとえば、参照：Ph.Simier, *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. Lathier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, pp.260 et s.)」⁹

- (49) ロシュフェルトのコース論について、ここでは本稿の問題関心に沿った説明のみを行うが、石川博康『契約の本性』の法理論』（有斐閣、二〇一〇年）四二七頁が詳細に分析を行っている。
- (50) J.Rochfeld, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999, n° 156.
- (51) J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 166.
- (52) J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 230 et s.
- (53) J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 56 et 61.
- (54) ロシュフェルトは、契約の無効以外にも、典型契約の場合には、①契約の性質決定の変性 (dénaturation) や②縮減による転換 (conversion par réduction)、『③両当事者が追求した目的と相いれない条項を書かれざるものとみなすというサングションの可能性を検討する (J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 426 et s.)』。そして、前二者については、契約の性質を変えてしまうと、両当事者が選択した典型契約の目的を達成できないことなどを理由に、実際には変性後の契約類型を両当事者が意図していた場合といった例外的な場合を除き、これらを認めることはできないとする (J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 431 et s. et n° 435 et s.)。これに対し、後者については、両当事者が選択した契約類型の目的の達成を妨げる要素を取り除き、その達成に向けられているとして、これを認める (J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 439 et s.)。
- (55) 通常、コースは、その存否が問題となる場合には債務に見出されるが、コースは、双務契約では、反対給付を意味し、両当事者の債務の牽連性を示すものとなる。したがって、一方の債務のコースが存在となれば、他方の債務も消滅することになる (ピモンは、このようなコースの役割と契約のエコノミーとの競合を指摘する (S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 428 et n° 444 et s.))。
- また、ラロメ&ブロ (Ch.Larroumet et S.Bros) は、ある条項の無効と契約の無効とを結びつけるのは、コースに関する規定であり、それゆえ、判例がコースを用いて解決をしていたことはまったく論理を欠くわけではないと指摘する (Ch.Larroumet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations – Le Contrat, 8^e éd., Economica, 2016, n° 567.)。
- (56) J.Chesnin, G.Loiseau et Y.M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 551 et s.
- (57) 契約への利益という概念は、各当事者の約務を正当化するものであり (二〇〇八年司法省草案八五条)、ロシュフェルト

のコース論において展開されているものと説明されている (D.Fenouillet, *Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat*, RDC 2009, p.297.)。

二〇〇八年司法省草案八五条「各当事者は、約務を正当化する契約への利益を有さなければならない。」

同草案八六条「有償契約は、当初から、約務を負う者のために合意された反対給付が無内容、または無価値 (illusoire ou dérisoire) であること、利益を欠き、無効である。」

(58) 石川・前掲注(49)「『契約の本性』の法理論」四四七頁以下は、本質的債務論という観点から、債務法改正に関するいくつかの法律案を分析する。そのなかで、二〇〇八年の司法省草案についても取り上げている。

(59) 債務法の改正により、目的に関する規定は削除されたが、「適法かつ確実な内容」という新たな契約の有効要件 (民法典新一一二八条) のなかに、目的に関するこれまでの議論が反映されている (前掲注(48)を参照)。たとえば「契約の内容」と題された小節に置かれている民法典新一一六三条第一項は「債務は、現在または将来の給付を目的とする」と規定する。また、代金が決定されていない場合についての扱いも、これまでは目的の確定性との関係で論じられてきたが、この問題については、債務法の改正後は契約の内容に関する問題として、新一一六四条が明文化している。

(60) 目的概念については、民法典の条文には、約務または債務の目的と表現するものもあれば (民法典一一二九条、一一三〇条)、合意または契約の目的と表現するものもある (一一二六条ないし一一二八条)。それゆえ、民法典の文言上は、いずれの目的かは明確ではない。しかし、学説によると、伝統的には、目的は債務に見出されると考えられている。たとえば、民法典一一二六条は、「あらゆる契約は、……を目的とする」と規定しているが、実際には、債務者が何についての約務を負っているか、つまり、与える債務、なす、またはなさない債務かという、債務の目的に関して定めていると指摘する (J.Fleur, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, Sirey, 14^e éd. 2010, n° 234 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^e éd. Defrenois, 2009, n° 596)。

しかし、契約の目的 (objet du contrat) を考慮するところ主張する学説も存在する (たとえば A.S.Lucas-Puguet, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse, LGDJ, 2005)。⁶ ルカ・シュミエ (A.S.Lucas-Puguet) は契約が単に債務の総和 (somme

des ses obligations) ではないことを指摘し、両当事者により意図された具体的な法的取引のレベルで目的を捉えるべきであるとする (A.-S. Lucas-Puget, *op. cit.*, thèse, n° 23 et s., n° 499.)。

債務のレベルではなく、法的取引のレベルで目的を捉える学説の契約法上の意義については、今後の課題にしたい。なお、契約のエコノミー概念を論ずる学説の検討を通じて、森田修教授が、フランスにおける契約の捉え方の変容とその意義を分析している (森田・前掲注 (8) 『契約規範の法学的構造』三三八頁以下)。

- (61) J. Ghestin, Glaiseau et Y.-M. Serinet, *op. cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 43 et s.
 (62) J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, Les obligations, 19^e éd., PUF, 1995, n° 55.

- (63) ただし、債務の目的がない場合については、コース概念をどのように理解するかによって、学説の理解が異なる。

たとえば、サヴォー (E. Savaux) によると、債務の目的がない場合、ただちに契約が無効となるわけではない。つまり、債務の目的がない場合につき、「民法典が契約の成立要件のなかにコースを記載しなかったなら、無効は、目的を欠く債務にしか課されなかったであろう。他方の債務は、存続したままであろう。……コースの伝統的な概念が避けることを可能にするのは、まさにこのようなちぐはぐな結論である。これ〔コース〕は、双務契約において、二つの債務が単に併置されているのではなく、相互依存的存在であるという理解を示している。一方〔の債務〕が目的の不存在または不法な目的により無効であるとき、他方は、コースを欠き無効となる、そして契約が全体として崩れるのである」という (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 275.)。

これに対して、アンチ・コーザリストであるプランニオル (M. Planiol) は「われわれは、牽連性のある給付を想定している単なる契約の双務的性質により、コースの思考 (idée) を介入させることなく〔コースによる帰結〕同様の帰結へと至りうる」とする (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 8^e éd., LGDJ, 1921, n° 1037 et s.)。

- (64) S. Pimont, *op. cit.*, thèse, n° 518.

同様の指摘を参考として、Ph. Simler, *op. cit.*, thèse, n° 284 et s.; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988, n° 887.

- (65) S. Pimont, *op. cit.*, thèse, n° 172.

- (66) S. Pimont, *op. cit.*, thèse, n° 183.

- (67) S.Pimont, *op.cit.*, these, n° 186.
同様の指摘をする見解として、参照：A.S.Lucas-Puget, *op.cit.*, these, n°s 23 et s.
- (68) S.Pimont, *op.cit.*, these, n°s 526 et 527.
- (69) 名前について注記する。オベール・ドゥ・パンセルの執筆したテーズ『同意の変性と契約上のサンクションの実効性 (*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*)』では、名前の表記で、『Carole Querdane-Aubert de Vincelles』ではなく、現在では『Carole Aubert de Vincelles』となっている (https://www.u-cergy.fr/fr/_plugins/mypage/mypage/content/caubertd.html, 二〇一七年六月六日最終閲覧)。そこで本稿では、現在の名前の表記に合わせて用いた。
- (70) C.Querdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, these, Dalloz, 2002, n° 2.
- (71) C.Querdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, these, n°s 19 et 23.
それゆえ、オベール・ドゥ・パンセルによる、抑止 (dissuasion) と抑圧 (répression) とは同視されるものではない。民事上のサンクションであっても、後述する、民事上のサンクションに特有の「回復 (réparation)」という機能に抑止という効果が付随しており、回復が、抑止的な効果を生じさせること (C.Querdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, these, n° 23)。
- 同様の指摘をする学説として、参照：M.-E.Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, these, LGDJ, 1974, p.117.
- (72) 訳語について注記する。《réparation》とは、たゞせば、『réparation en nature』を「現物賠償 (または現実賠償)」と、平「フランス不法行為法における現実賠償概念——賠償」をめぐる被害者、責任主体、一般利益の交錯——専修ロージャーナル九号 (二〇一三年) 七九頁)。これに対し、オベール・ドゥ・パンセルは、『réparation』を、民事責任の領域に限定せず、「違反がなかったならば被害者が置かれていたであろう状況に回復させる (rétablir) こと」という意味で用いている (C.Querdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, these, n° 21)。そこで、本稿では、彼女の用いる《réparation》を「賠償」ではなく、「回復」と訳すことにした。

- (73) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 21.
- (74) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 21.
- (75) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 26.
- (76) オペール・ドゥ・バンセルによれば、契約により追求される利益、つまり契約の有用性とは、客観的コースと主観的コースとを統合したものに匹敵し、その点で、(C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 39.)。
- (77) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 39 et 40.
- (78) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 41 et s.
- (79) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 102.
- (80) たんぱく 参照 J.Ghestin, *op. cit.*, *Les obligations, Le contrat : formation*, n° 895 ; M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, 2004, n° 987 ; 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 et s.
- (81) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 510 et s.
- (82) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, thèse, n° 514 et s. et n° 547.
- (83) M.Mekki, *op. cit.*, thèse, n° 972 et 973.
 なお、本稿は、主にメキによるテーズ『一般利益と契約—私法における諸利益の階層化の研究への寄与』をもとに、一部無効論において彼の主張が有する意義を検討するが、これは、メキの主張のなかの極一部にすぎない。メキのテーズの全体像については、吉田克己「紹介 ムスタファ・メキ『一般利益と契約』」新世代法政策学研究二号（二〇〇九年）九一頁で紹介されている。
- (84) M.Mekki, *op. cit.*, thèse, n° 976.
- (85) M.Mekki, *op. cit.*, thèse, n° 977.
- (86) M.Mekki, *op. cit.*, thèse, n° 82 ; M.Mekki, *Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraintes*, RDC 2006, p.679, spéc., p.681.
- (87) M.Mekki, *op. cit.*, *Nullité et validité en droit des contrats*, p.681.

- (88) M.Mekki, *op. cit.*, these, n° 977.
- (89) M.Mekki, *op. cit.*, these, n° 978.
- (90) M.Mekki, *op. cit.*, these, n° 979 et 980. ただし、当該条項の援用時において競業避止特約の不当性を問題とする場合、これを当該条項の有効性の問題として扱うべきかについては、無効の問題と濫用法理の問題との関係を検討する必要があるように思われる。
- (91) 契約条項の目的外の使用につき、濫用法理に基づいて解決する学説として、参照、Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, these, 2000, n° 634 et s.
- (92) たとえば、スリネは、メキの合法性の捉え方を参照し、無効を、「契約締結時になされた合法性に対する違反のサンクシヨ ンじぬる」にすぎない (J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op. cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2013.)。
- (93) M.Mekki, *op. cit.*, these, n°s 984 et 985.
- (94) M.Mekki, *op. cit.*, these, n°s 995 et 996.
なお、メキは、両当事者の利益を考慮するにあたり、当事者の意思を媒介とする旨を指摘する (M.Mekki, *op. cit.*, these, n° 995)。もっとも、メキは、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内実に注意を払っておらず、また、彼自身がそこで考慮されるべき当事者の意思の内実をいかに考えているかは明らかでない。そこで、本稿では、彼の表現に従えば、両当事者の意思を媒介として両当事者の利益を考慮すると指摘されている箇所を、単に、両当事者の利益を考慮すると表記している。
- (95) メキが依拠する学説として、参照、Fr.-Ost et M.van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.
- (96) メキのように契約の有効性の問題を把握する見解として、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° 2013.
- (97) L.Maurin, *Contrat et droit fondamental*, these, LGDJ, 2013, n° 367.
モーラン (L.Maurin) による、土地管轄に関する規定に抵触するあらゆる条項を一定の場合を除いて書かれざるもの

とみなす旨を規定する民事訴訟法典四八条も、同様に考えられるという (L.Maurin, *op.cit.*, thèse, n° 367.)。

民事訴訟法典四八条「再掲」「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。」

(98) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 996.

(99) なお、不能条件があった場合も、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の価値が侵害されていない場合に該当するかが問題となろう。ただし、改正後の民法典において、不能条件に関する規定が削除されることになった(債務法の改正後、民法典一一七二条にあたる条文とされる新一三〇四条の一は、「条件は適法なものでなければならぬ。そうでなければ、債務は無効となる」と規定する)。また、不能条件といってもあらゆる不能条件を同列に扱うことが難しいと指摘されている。議論の混乱を避けるために、本稿では注で補足するにとどめる。

第一に、不能条件については、学説により、それが停止条件であるか、または解除条件であるかにより区別すべきであり、それぞれについて検討をすると、不能条件が付された合意が無効となるかは疑わしいと指摘されている。たとえば、債務法の改正にあたり、民法典新一三〇四条の一が不能条件に言及しなかった理由につき、学説は、不能条件が停止条件の場合、それに依拠する債務が生じることはなく、解除条件の場合、契約の効果が再検討されることはない」と説明する (Fr. Ghéne'de, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations - innovations - perspectives*, Dalloz, 2016, n° 41.31.)。

第二に、不能条件と不法条件とを区別できないと指摘する学説もある。たとえば、破毀院第三民事部一九八二年二月三日 (Cass.civ.3^e, 3 février 1982, Gaz-Pal. 20 juillet 1982, *Panorama*, note J.D.) は、土地の売買にあたり、買主がそこに集合住宅を建築し、その数室に売主らに無償で居住させる旨の契約を締結したところ、地方自治体の復興開発計画に反し建築の許可が下りなかった事案である。同判決は、建築の許可を停止条件とし、民法典一一七二条により、当初から不能な停止条件が契約全体を無効とするとした原審判決を是認した。これに対し、学説には、このような条件を、たしかに不能条件であるが、しかし、都市計画の規定による不能なのであり、不法条件と混同される傾向にあると指摘するものがある (Fr.

Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 1224 (p.1210), note 2)。公法上の規定の違反があった場合における私法上の効果の問題や、当該規定の違反を不法条件と同様に扱ってよいかなど、多くの問題を含んでいるものと思われる。また、メキの指摘との関係でいえば、これらのことは、不能条件があった場合に両当事者の利益に外在的かつ上位の価値が侵害されていない場合に該当するかという問題にもかかわる。

本稿では、不能条件に関しては、その複雑さゆえ問題点の指摘にとどめ、詳細な検討は、今後の課題としたい。

(100) Fr.Ost et M.van de Kerchove, *op.cit.*, p.339.

(101) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 1237.

(102) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 455.

(103) 学説による「『Incapacité』と『Incapacité d'exercice』との区別される。前者は、ある者が有する権利を行使する上に対する制限であるのに対して、後者は、権利の名宛人になることができないという意味での制限である (Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 96)。

(104) J.Flor, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, 15^e éd., Sirey, 2012, n° 228.

(105) 同旨の指摘をする学説として、たゞ参照、M.Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, tome 1, Contrat et engagement unilatéral, Puf, 2008, n° 121 ; Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 94 ; D.Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, mare&martin, thèse, 2015, n°s 327 et s.

(106) Ch.Larroumet et S.Bros, *op.cit.*, tome 3, Les obligations – Les Contrat, n° 565.

(107) 無効の範囲に関する規定を同意の瑕疵に関する規定の違反があった場合に適用しうるかについては、テレ草案の「契約の成立規定のサンクション」に関する趣旨説明においては、ウシエフ (D.Houtieff) はこれを否定する。すなわち、ヨーロッパ契約法原則【4:105】(後掲)は、錯誤の場合における契約の適合 (adaptation) に関する規定を提案する。これに対し、ウシエフは、一部無効を定めるテレ草案八六条については、無効とは「違反された規定に比例したサンクションである」としてこれを説明する一方で、錯誤の場合における契約の適合に関する規定には否定的である。そして、契約の適合に関する規定を拒否する理由として、契約の適合が、当事者の意思の代わりに裁判官の意思を用いるに至らせると

いう点や、このような適合が、適法である範囲で当事者の意思に自由な領域を与えることが望まれる法には合致するものではないという点などを指摘する (D'Houtcief, Les sanctions des règles de formation des contrats, in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p.223, spéc., pp.229 et s.)。

ヨーロッパ契約法原則【4:105】「第一項 当事者の一方が錯誤を理由として契約を取り消す権限を有する場合において、相手方が取消権者の理解していた内容で契約を履行する意思を示し、またはその内容で現に履行するとき、当該契約は、取消権者が理解していた契約内容で締結されたものとみなされる。相手方は、取消権者が理解していた契約内容について通知された後、ただちに、かつ、取消権者が取消しの通知をしたことを信頼して行動する前に、履行する意思を示し、または履行をしなければならない。」

第二項 前項の表示または履行がされた後は、取消権は失われ、それまでにされた取消しの通知は効力を有しない。

第三項 当事者双方が同一の錯誤に陥った場合、裁判所は、当事者の一方からの請求により、当該契約を、合理的にみて、錯誤がなければ合意されたであろうと考えられる内容のものに改訂することができる。」

テレ草案八六条「再掲」「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義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)「

(108) なお、無効の範囲画定にあたり、契約のエコノミーという意味での当事者の意思を考慮すべしとする見解や、メキのような無効論の捉え方によると、契約の一部を無効とすることで両当事者が目的とした契約の利益ないし有用性がなくなる場合、契約全部を無効とする可能性があった。このような主張が妥当することがないかという点、そうではないように思われる。ピモンによると、経済かつ構造上、双務的な契約関係においては、契約に、機能的な統一性 (*unité fonctionnelle*) があるという。そして、契約の一部を無効とすることで契約のエコノミーが覆滅する場合、当該要素を除いては全体としての取引が実現できない、つまりその統一性が失われる (S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 230)。したがって、

たとえば、売買契約の目的物そのものが取引の対象となりえないものであった場合に、目的物の引渡し債務のみを無効とし代金の支払い債務のみを存続させるならば、売買契約という双務的な契約関係の統一性が失われる。それゆえ、この場合には、契約全部を無効とする。このような説明もありえよう。契約の一部の無効による契約の性質決定の変更の可否と公序との関係については、今後の課題としたい。

これに対して、本節で扱った契約の特定の条項の無効が問題となる場合についてみると、そこでは、契約目的そのものを規制する法律の違反が問題となっているとはいえず、それゆえ、契約のエコノミーという意味での当事者の意思のみを基準として無効の範囲を画定するという先の議論が妥当しないのだと思われる。

第三款 本節のまとめ

本節では、契約における特定の条項に無効原因が存する事例において、近時の学説や判例の検討を通じて、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効および一部無効の本質が妥当しているといううるかを検討した。

契約における特定の条項に無効原因が存する場合で、かつ無効の範囲が争われる事案の多くは、当該条項が公序に関する規定に違反していた場合である。そして、このような場合には、近時の判例や学説は、違反された規定の目的を考慮して無効の範囲を画定する傾向にあった。実際、判例のなかには、一方当事者により、ある条項が当事者の意思において決定的であったという主張がなされたにもかかわらず、それを考慮する必要がないとして無効の範囲を画定するものがあつた（前掲「仏37」判決等）。違反された規定の目的がさまざまであるために一般化することは難しいが、学説も、

違反された規定の目的が達成されるためには不法性が摘示される必要があるなどの理由から、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定することを批判するものが多かった。

伝統的な一部無効論と比するならば、このような判例や学説の傾向が、公序の種類を問わず見出されている点に、近時の判例や学説の意義を見出すことができよう。たとえば、仲裁条項が無効である場合について、かつての学説は、違反された規定の趣旨が無効の範囲を積極的に要求しておらず、したがって無効の範囲が当事者の意思を考慮して画定されるべき事案の典型例として挙げていた。これに対して、前掲「仏50」判決は、契約全部を無効とする旨の約定の存在や一方当事者の主張にもかかわらず、仲裁条項の無効が契約全体を無効としないと判示した。この判例については、一方で、後述する契約の利益ないし有用性という観点からも説明しうるように思われるが、他方で、司法へのアクセスに関する権利の侵害という観点からも、一部無効とすべき理由が説明されていた。本節での検討によれば、公序に関する規定が個人的な利益を保護するものか、もしくは一般的な利益を保護するものか、または経済的公序か否かを問わず、違反された法規範の目的が考慮されていると評価できよう。

もっとも、判例や学説が、当事者の意思に無関心であるかという点、そうではない。たとえば、判例により契約条項の積極的な修正がなされる場合、そこでは、違反された規定の目的を考慮する一方で、両当事者が当初追求した契約の利益にも配慮されていた（前掲「仏44」ないし「仏48」判決）。また、具体的な事案において、契約の有用性が存しない場合には、他の類似の事案では当該条項のみの無効が言い渡されていても、当該事案では契約全体の無効が言い渡されていた（前掲「仏43」判決）。ただし、これらの事案で考慮されている当事者の意思の内実や役割は、伝統的な一部無効論のそれとは異なり、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客観的なサンクションであると捉えることと、相いれると考えられた。

すなわち、本節で検討した判例や学説によると、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内実とは、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性といえるものであった。そして、それが無効の範囲を画定するにあたり考慮される理由は、たとえば、契約条項を積極的に修正して違反された合法性を必要な範囲で回復するためであり、または契約の有用性が存しない場合に契約全体を無効とすることで不法性の摘示を促し違反された法の目的の達成を確保するためであった。それゆえ、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効および一部無効の本質という観点からも、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性は、場合によっては考慮されうるものであったと評価できるのである。

さて、次に検討をする、複合的な契約におけるひとつの契約が無効であった事例では、当事者の意思の内実に関しては、本節と同様の議論が展開されているといえる。しかし、本節でみた契約における特定の条項が無効であった事例と同様に理解してよいかというと、そうではないように思われる。次節では、複合的な契約におけるひとつの契約が無効であった事例の検討を通じて、その特徴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。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：JP16K17015）の交付を受けている。