HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程（7）：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，69(3)，65-136
Issue Date	2018-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71606
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no3_02.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

一部無効の本質と射程（七）

――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―
　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
　　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
　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
　　第一款　連続的消滅における当事者の意思の影響
　　一　主観的な基準
　　二　客観的な基準
　　三　二つの見解の共通点
　　第二款　不可分性概念の役割
　　一　不可分性概念の位置づけ
　　二　性質決定の選択に対する公序の影響
　　三　小括
　　第三款　本節のまとめと補足
　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、六六巻五号）
（以上、六六巻六号）
（以上、六七巻一号）
（以上、六八巻一号）
（以上、六八巻四号）
（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

本節では、複合的な契約においてひとつの契約が無効であった場合に他の契約に影響を及ぼすかという場面と、無効の範囲の問題との関係を検討する。(1)

はじめに、用語の整理をしておこう。

「複合的な契約（contrat complexe）」という語が指す内容については、必ずしも、学説のなかで一致しているわけではない。(2)

たとえば、テレ&シムレール&ルケット（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette）は、複合的な契約を、「いくつかの類型に属する契約（contrats spéciaux）の組み合わせから生じ、それでもひとつの取引を実現する」(3)ものと定義する。そして、複合的な契約を、全体がひとつの契約として分析されるものだとする。これに対して、諸契約が結びつけられる一方で、それらの全体をひとつの契約としては捉えない場合、諸契約のまとまりを、「契約群（groupes de contrats）」(4)や「契約の総体（ensembles contractuels）」(5)と称している。

以上に対して、シムレール（Ph.Simler）は、「複合的な契約」の例として、複数の契約が問題とされる場合を挙げていた。(6)このとき、シムレールが、これらの諸契約をひとつの契約として考えているかは定かでない。

さらに、学説のなかには、複数の契約を組み合わせることによってその全体がひとつの契約になる場合と、その全体がひとつの契約とはいえないが、それらが結びついている場合との間に連続性を見出す見解もある。(7)

そこで、本稿では、「複合的な契約」として、二当事者以上の当事者間でなされた取引において、異なる性質決定が与えられる行為が複数存在する場合を扱い、その全体がひとつの契約として分析されるかを問わないこととする。なぜなら、後にみるように、無効の範囲における当事者の意思の影響という観点からみると、ある複数の契約を全体としてひとつの契約とするか、または複数の契約の総体とするかを評価する作業が無効の範囲を画定する作業といかなる関係にあるかを検討することが、重要だと思われるからである。ただし、以下では、煩雑さを避けるために、主として「契約の総体」の場面を念頭に、複合的な契約において「ひとつの法律行為の無効が他方の法律行為に影響を及ぼしうるか」という問題（しばしば「連続的消滅（anéantissement en cascade）」と表現される。[8]）を扱い、議論に必要となる際に、ある複数の契約が全体としてひとつの契約として把握される場面にも言及することにしたい。

では、本稿は、複合的な契約における連続的消滅と無効の範囲との関係について、いかなる視角から検討し、何を明らかにすべきか。具体的な検討に入る前に、前章で検討したシムレールやティビエルジュ（C.Thibierge）の見解と比較した際に今日の学説の議論にはどのような特徴があるかを確認し、本稿が検討すべき課題を示していこう。

複合的な契約における連続的消滅の問題につき、シムレール、ティビエルジュの見解には、原則として当事者の意思により無効の範囲を画定すべしとするか、または違反された法規範の目的により無効の範囲を画定すべしとするかという違いはある。もっとも、いずれの見解でも、この問題を、契約における特定の条項の無効に関する事例や、次節で検討する契約の代金等の縮減に関する事例と同じ構造のもとで理解できると解していたことは、前章で確認したとおりである。

これに対し、今日の学説の議論をみるならば、詳しくは後述するが、その特徴として次の点を指摘できよう。すなわち、複合的な契約における連続的消滅の問題を検討するにあたり、ある契約の消滅事由が無効原因であるか解除原因であるかによって区別せずに、不可分性などの連続的消滅を基礎づける概念を論ずるものが多い。さらに、複合的な契約

であることは、契約の消滅の場面においてのみ意義を有するものではないことが指摘されている。(9)

この複合的な契約に関する議論の特徴を踏まえれば、複合的な契約における無効の範囲の問題を解決するにあたり考慮される当事者の意思というのは、無効というサンクションの観点から考慮されているものではなく、別の役割を有するものではないかという仮説がたつ。そこで、本節では、複合的な契約における連続的消滅の問題を、無効というサンクションの観点から捉えるべき問題かという視角から検討し、これを無効の問題として包摂することの是非を明らかにしていきたい。

そのために、まず、準備作業として、連続的消滅の問題を解決するにあたり考慮されている当事者の意思の内実を明らかにする（第一款）。たしかに、前掲［仏23］［仏24］［仏25］判決（これらは、営業財産の売買代金の一部を隠ぺいするために表見行為として低額な代金で売買契約を締結し、秘匿行為として買主が代金の一部を支払うといった事案である。）では、当事者の意思によれば合意が不可分な関係にあるにもかかわらず、当時の租税法典一八四〇条違反による秘匿行為の無効は、表見行為の無効をもたらさないとされた。このように、連続的消滅の問題において、公序に関する規定の目的が影響する場合もある。しかし、複合的な契約における連続的消滅の問題を基礎づける概念としてしばしば用いられる不可分性（indivisibilité）や相互依存性（interdépendance）といった概念をみるならば、これらは、連続的消滅という文脈では、(10)当事者の意思によるものとされる。(11)そこで、連続的消滅において考慮される当事者の意思がどのような内実のものかを明らかにし、伝統的な一部無効論と比較していこう。

結論を先取りするが、この検討によると、当事者の意思の内実は、両当事者が諸契約によって追求した目的であるといえるように思われる。もっとも、この分析結果は、今日の判例や学説がシムレールのいう当事者の意思の内実とは異なって当事者の意思を捉えているとは指摘できても、複合的な契約における連続的消滅の問題が無効というサンクショ

ンの問題として扱われていないことまで意味しない。なぜなら、前節で確認したとおり、両当事者が追求した目的という意味での当事者の意思は、無効というサンクションの観点からも不法性の範囲を画定する際などに考慮されうるものであったからである。その一方で、先に指摘したとおり、複合的な契約に関する今日の議論の特徴に鑑みると、無効というサンクションの観点から捉えることには疑問があった。そこで、次に、連続的消滅を基礎づける概念のひとつである不可分性概念の議論を検討し、それが連続的消滅においてどのような役割を果たしているかを分析する（第二款）。これらの検討を通じ、複合的な契約における連続的消滅に影響を与える当事者の意思が、無効というサンクションの観点から考慮されているものといえるかを明らかにしていこう。

第一款　連続的消滅における当事者の意思の影響

複合的な契約における連続的消滅の基礎として、多くの学説は、不可分性概念の有用性を説く(12)。これらの学説は、複合的な契約における連続的消滅という解決が正当化されるのは、特別な法律による規定のない限り、複合的な契約における諸契約が当事者の意思によって不可分な関係にあるからだとする(13)。そこで、本款では、連続的消滅の問題において考慮されている当事者の意思の内実を明らかにしていくことにしたい。なお、本節の冒頭で指摘したとおり、不可分性という概念につき、学説は、無効の場面と解除の場面とで、その内実を異にして把握しているわけではない。そのため、以下で取り上げる学説が引用する判例には、無効に関する判例だけでなく、解除に関する判例もある。

さて、諸契約の不可分性に関する評価の基準という観点から学説を分類するならば、それを当事者の主観を考慮して判断すべきであると主張するものと、当事者の主観を離れて客観的に判断すべきであると主張するものとに大別さ

れる。[14] 両者は、学説によっては二者択一のように論じられることもあるが、両者に共通点を見出すことが可能である。以下、それぞれを順に確認し、不可分性概念において当事者の意思がどのような内実を有するかを検討していこう。

一　主観的な基準

まず、主観的な基準を採用する学説である。この学説は、判例において、複数の行為の間の不可分性が、当事者の意思を考慮して判断されていると指摘する。[15] たとえば、このように評価されている破毀院判決として、次のものがある。

［仏51］　破毀院第一民事部二〇〇六年四月四日[16]

【事案】　一九八四年から、Y社は、A病院のボイラ室の開発をしており、そのために使用するガスをXから仕入れていた。一九八九年、Yは、Aとの間でボイラ設備の開発に関する契約を五年の期間で締結し、同契約は当事者がいつでも解約できるとされた。一九九一年、Yは、Xとの間でガスの供給契約を三年の期間で締結した。そして、一九九三年に、AがYに対して契約の解約を申し入れたため、Yは、AY間の契約の解約と同日に、XY間の契約を解約する旨をXに伝えた。そこで、Xは、XY間の契約満了までの料金等の支払いを求めてYを訴えた。

原審がXの請求を棄却したため、Xは、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、まず、原審が、XY間の契約の約定にAのために用いられる燃料の割当てが記載されていたこと、ボイラ設備の開発がガスの供給契約の唯一のコーズであり、Yが締結した契約期間の異なる二つの契約が同一の経済的目的に寄与するものであると判示したことを確認した。そして、破毀院は、原審が専権的に二つの合意を不可分な契約の総体

であるとしたとし、ＡＹ間の契約の解約がＸＹ間の契約を失効させるとした原審判決を正当であったと判示した。

［仏51］判決に評釈を付したボッファ（RBoffa）は、同判決による不可分性の判断の特徴を次のように指摘する。判例には、不可分性を認めるための客観的要素として契約期間や目的物の特殊性を挙げるものがあるが、同判決では、契約期間が異なっており、また、目的物であるガスも、ＡＹ間の契約でしか用いることができないという特殊な物ではなかった。それにもかかわらず、二つの契約の間に不可分性が認められたのは、二つの契約によって両当事者が追求した目的が契約領域（champe contractuel）に組み入れられたからである。実際、同判決では、ＸＹ間の契約の約定が、ガスがＡのために用いられることを記載しており、目的物の用途が契約領域に組み入れられたといえる。[17] これらのことから、ボッファは、不可分性が、客観的な要素によるのではなく、当事者の意思に結びつけられていると主張する。[18]

ところで、今日のフランスでは、複合的な契約において連続的消滅を避けるために、実務上、契約のひとつが無効である、または解除されたとき、他方の契約には影響を与えないことをあらかじめ約定する「可分条項」が置かれることがある。しかし、判例のなかには、この条項の効力を否定するものがある。[19] そのため、諸契約が不可分であるか否かを当事者の意思の探究により判断すると主張する見解では、可分条項が約定されているにもかかわらずその援用を認めない判例をどのように説明するかが問題となる。そこで、学説のなかには、判例において可分条項の援用が否定される理由につき、当事者の現実の意思に反するからだと指摘するものがある。[20] つまり、判事は、表示された意思ではなく、当事者の現実の意思を優先させなければならないのだという。[21]

たとえば、エルランジェ（GHelleringer）は、破毀院商事部二〇〇〇年二月一五日と、破毀院商事部二〇〇七年四月二四日とを挙げ、可分条項の効力が否定される理由を説明した。

［仏52］　破毀院商事部二〇〇〇年二月一五日[22]

【事案】　薬局Yが、広告会社Aとの間で、映像供給契約を締結した。同契約の履行に必要な機材がAからYに供給されるにあたって、Yは、リース会社Xとの間で、リース契約を締結した。映像供給契約とリース契約とは、同じ存続期間であった。また、YがXに支払うべきリース料は、YがAから受け取る広告料から支払われていた。なお、リース契約には、AY間の映像供給契約の解約等にかかわらず、Yがリース料の支払いをする義務がある旨の条項（可分条項）が置かれていた。その後、Aが債務を履行しなかったため、Yはリース料の支払いを中断した。そこで、Xは、リース料の支払いを求めてYを提訴した。

原審は、上記可分条項があるにもかかわらず、映像供給契約とリース契約とが相互依存的な関係にあるとして、Xの請求を棄却した。これに対し、Xは、当該条項の適用を否定することは民法典一一三四条[23]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、原審判決が、リース目的物がAの映像を供給するための物であることをXが知っていたこと、Xがその利用を認めていたこと、当該機材が特殊なものであったこと、そして、リース契約の唯一のコーズが映像供給契約によって形成されたことから、二つの契約が相互依存的なものであるとしたと確認した。これらに鑑みて、また、Xが主張する条項の文言が契約の一般的エコノミーに矛盾することから、原審判決が正当であったと判示した。

［仏53］　破毀院商事部二〇〇七年四月二四日[24]

【事案】　Yは、Aとの間で、飲み物の販売機等の供給、メンテナンス等に関する契約を締結した。同日、Yは、Xと

の間で、販売機等の供給、メンテナンス等に関する契約の実現に必要な機器について、長期のリース契約を締結した。その後、販売機等の提供およびメンテナンスに関する契約が履行されなくなったため、Yがリース料の支払いをやめたところ、Xは、Yに対してリース料の支払いを請求した。

原審は、リース契約がリース利用者にとってYの機器の利用という固有のコーズを有しており、これは契約締結時に評価されることや、本件リース契約には二つの契約が独立したものであることを示す条項が置かれていたことから、Yにはリース料の支払い義務があるとし、Xの請求を認容した。そこで、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、民法典一一三四条および民事訴訟法典一二条に鑑みて、原審判決が、リース契約とサービスの提供契約との締結による取引の一般的なエコノミーという観点から両契約の間に不可分性があるかを、また、その結果、条項の文言が、当事者の共通の意図から生ずる本件取引の目的に反するものであったかを探究することなく判断したことから、法的基礎を欠いていたとして破毀し移送した。

［仏52］、［仏53］判決は、契約の中に、複数の契約がそれぞれ独立したものである旨の条項が置かれていたにもかかわらず、それらの契約が不可分でありうると判示した。エルランジェは、これを、「当事者の共通の意図」から説明できるとする。すなわち、［仏53］判決により判示された「当事者の共通の意図から生ずる」という文言は、「黙示の」当事者の共通の意図である。したがって、「可分条項が、取引の一般的エコノミーの実体に、つまり当事者により明らかに意図された取引の経済的目的および諸契約を結ぶ関係の本質に明白に反する場合には、拘束力を有することができない」[25]という。

このように、主観的な基準により不可分性を評価し、かつ可分条項が否定される場合があることを認める学説によると、実際に表示された合意の内容ではなく、当事者が当該取引によって追求する目的を重視し、当事者の共通の意図を探求しているといえよう。

二　客観的な基準

主観的な基準に対して批判的な学説に目を転ずると、たとえば、オベール・ドゥ・バンセル（C.Aubert de Vincelles）は、不可分性を、複合的な契約により追求された経済的目的を客観的に評価することで判断されるものであると主張する[26]。彼女は、連続的消滅においてコーズを基礎とする学説が批判されるに至った経緯や、破毀院商事部二〇〇七年六月五日の評価を通じて、たしかにコーズ概念を基礎とすることには難点があるとする[27]。しかし、他方で、コーズ概念ではなく他の概念が用いられるべきだとしても、複合的な契約においてコーズを基礎とする学説が示していた連続的消滅をもたらす理由について批判されたわけではないと主張した[28]。

まず、破毀院商事部二〇〇七年六月五日の事案からみることとしよう。

［仏54］　破毀院商事部二〇〇七年六月五日[29]

【事案】　AY間で情報機器の保守契約等が締結された。その情報機器は、YからXが購入し、Aにリースすることになった。その後、Aが、Yに対してYの不履行を理由に保守契約等の解除を、Xに対してリース契約の解約を求めて訴えを提起したところ、Xは、Yに対して、XY間の売買契約の解除および代金の返還を請求した。

原審は、当該機器をAにリースするという条件でしかXはYから当該機器を買わなかったため、リース契約の解約に

より当該機器の購入のコーズが奪われたこと、また、これらの契約が不可分であるため、売買契約の解除が言い渡されなければならないことから、Xの請求を認容した。これに対し、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　一部破毀移送。

破毀院は、民法典一一三一条[30]および一一三四条に鑑みて、「リースおよび保守契約の解約は、それらの契約が複合的でかつ不可分な契約の総体（ensemble contractuel complexe et indivisible）を形成する場合には、売買契約の解除をもたらすのではなく、単に、〔売買契約の〕失効をもたらす」として、この限りで原審判決を破毀し移送した。

［仏54］判決について、オベール・ドゥ・バンセルは、適用条文として民法典一一三一条および一一三四条を挙げたにもかかわらず、破毀院の判示には、コーズという文言が示されていないことに着目し、次のように評価した。

まず、［仏54］判決が民法典一一三一条を挙げたことに対するありうる解釈として、同判決が複合的な契約における連続的消滅の基礎をコーズ論に置くことを示したものだという解釈がある[31]。つまり、破毀院が民法典一一三一条を挙げたのは、原審判決が示すように、買主の約務がリース契約の解約によりコーズを奪われた場合には、売買契約は、解除ではなく失効しなければならないという意味においてであったという解釈である。

しかし、オベール・ドゥ・バンセルは、［仏54］判決が示した文言のなかにはコーズという言葉が用いられていないこと、そして民法典一一三一条を挙げて法令違背があったとし原審判決を破毀していることから、以上の解釈を採用しなかった。彼女によると、同判決は、連続的消滅の基礎としてコーズが不適切であったこと、それゆえに原審判決が民法典一一三一条の適用を誤ったと判示したのだという。

ところで、オベール・ドゥ・バンセルの主張において重要な点は、コーズを基礎とすること自体は妥当でないとして

も、コーズを基礎とする学説が主張していたような、連続的消滅をもたらす客観的な基準までもが無意味なものとなったのではないという点である。すなわち、彼女によると、契約の総体の特徴は、同一の経済的取引のために締結されたさまざまな契約により追求される共通の目的にある。そして、この客観的な基準自体は、たとえ連続的消滅の基礎としてコーズ概念を置くことができないとしても、妥当なものだという[32]。これに対して、現実の当事者意思の探究により不可分性が判断されるとする学説については、可分条項の援用を否定した判例（前掲［仏52］、［仏53］判決）からすれば批判を免れないものであるとし、前述したエルランジェの解釈と異なる評価を下した。その理由につき、オベール・ドゥ・バンセルは、たしかに当事者の意思は必要なものであり、契約および債務を生ぜしめる息吹（souffle créateur）でなければならないが、そうであるとしても、この意思によりすべてを説明しようとすることは、虚構であり、そして予言的なものとなる（être fictive et divinatoire）危険があるという[33]。したがって、彼女によると、当事者の意思が経済的取引を生ぜしめる源ではあるが、当事者の意思と経済的取引の一貫性とは区別されたものであるとして、判事は、契約の総体における経済的取引の一貫性によって諸行為を捉えるべきであると主張した。

三　二つの見解の共通点

以上でみてきたように、連続的消滅の基礎であるとされる不可分性につき、その有無を、主観的な基準によって判断すべきであるとする学説と、客観的な基準によって判断すべきであるとする学説があった。複合的な契約に関する民法典新一一八六条第二項および第三項の新設によっても、不可分性の基準に関する議論が解消されたわけではなく、また、その評価もさまざまである。もっとも、それらの評価や、これらの二つの基準の関係に言及する学説を検討するならば、それぞれの基準を主張する見解から共通点を析出することができるように思われる。

まず、主観的な基準と客観的な基準との関係について言及する学説をみていこう。

たとえば、バカシュ（M.Bacache）やペレ（S.Pellé）は、契約が複数存在する場合に、それらがその性質上不可分であることはありえないと指摘する。つまり、ある共通の目的を有している諸契約のそれぞれは、法的には他の契約を必要とすることなく存在しうるのであり、このことは、他の契約とともに共通の目的を実現する場合であっても変わらない[34]。したがって、契約の総体について、不可分性の源は、常に当事者の意思に求められる。客観的に不可分であるというのは、契約の総体が当事者の意思により不可分であることの証明が客観的な状況によるという意味であり、これと不可分性の源の問題とを混同してはならないという[35]。

次に、民法典新一一八六条第二項および第三項の規定である。同条においても、主観的基準と客観的基準とが両立しうることが示されている。

> 新一一八六条「第二項　同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要な場合において、そのひとつが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約、および、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は、失効する。
> 第三項　ただし、失効は、それを援用される当事者が、その同意を与えた時に、総体としての取引の存在を認識していた場合でなければ生じない。」

民法典新一一八六条と主観的および客観的基準との関係につき、学説は、同条がそれらの基準の双方を明文化したと評価する。つまり、同条第二項によれば、複合的な契約の連続的消滅が認められるのは、諸契約の履行がある同一の取

引を実現するのに必要である場合のうち、そのひとつの契約が消滅したことによって、その他の契約の履行が不能となる場合と、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった場合であった。前者は、当事者の意思を考慮せずに判断されるため、客観的な基準による不可分性を示しており、それに対して後者は、当事者の意思を考慮しているため、主観的な基準による不可分性を示しているのだという[36]。

さらに、学説のなかには、主観的な基準と客観的な基準とを、当事者の意思のもとで説明しうると評価するものがある。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）は、一方で、不可分性の評価には当事者の共通の意図を探求することが必要だとし、他方で、当事者の意思において諸契約が不可分であるかは「客観的な考慮要素（たとえば他方の契約が消滅をした場合にその〔一方の〕契約が履行できない）や主観的な考慮要素による」とする[37]。つまり、客観的基準も主観的基準も、両当事者の共通の意図を明らかにするものだと位置づけている。

以上の学説や新一一八六条第二項に関する評価によれば、不可分性の評価に関する主観的な基準と客観的な基準とは、両立しえないものではなかったといえよう。つまり、主観的な基準による不可分性と客観的な基準による不可分性のいずれも、諸契約が総体としてあるひとつの目的を有する取引の実現に寄与しているかを示すものであったと評価できる。

要するに、主観的な基準と客観的な基準の双方において、当事者の意思を見出すことができる。そして、この当事者の意思の内実とは、両当事者が追求した目的であるといえるように思われる。

たとえば、不可分性概念を論じたスーブ（J.-B.Seube）は、「……二つの法律行為の間に不可分な関係を確認するというのは、実際には、当事者によって望まれた取引が不可分であることに起因している」、「われわれは、これ〔取引〕を、当事者の経済的目的であると定義することができる[38]」という。つまり、当事者が諸契約によってひとつの経済的目的を

追求しているのであれば、諸契約が不可分な関係にあると考えられている。

また、相互依存性概念を論じたペレは、諸契約が独立したものか、または相互依存的な関係にあるかを評価するにあたり、取引の一般的なエコノミーが基準となるとする[39]。つまり、諸契約の組み合わせによってしか当事者が追求した目的を実現できない場合には、取引の全体が相互依存的であるといえるという[40]。

このような契約の総体を通じて両当事者が追求した目的が、あるいは客観的な要素によって、あるいは主観的な要素によって判断されていると解することができよう。

（1）フランスの複合契約論を素材に、複合取引の構造を分析した日本の文献として、たとえば、都筑満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、二〇〇七年）がある。同書は、複合取引を、契約の連鎖と複合契約とに区別し、検討を行っている。本稿と関係するのは、このうちの複合契約についてであり、一八七頁以下で詳細に論じられている。また、小林和子「複数の契約と相互依存関係の再構成―契約アプローチと全体アプローチの相違を中心に―」一橋法学八巻一号（二〇〇九年）一三五頁は、複合契約について、それが意味をもつ場面が契約の消滅の場面だけでないことを指摘し、それらの詳細な検討を行なっている。

これらの先行研究に対して、本稿は、複合的な契約における連続的消滅の基礎とされる当事者の意思がどのような意義を有しており、無効という場面で複合的な契約における連続的消滅の問題と他の事案類型とを同様に扱ってよいかという視角から、複合的な契約における連続的消滅の問題を検討していく。

（2）本稿（三）〔六六巻六号〕注（41）も参照。

（3）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 76.

（4）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 76 et 77.

（5）一方でテレ＆シムレール＆ルケットと同様の区別をし、他方で「契約群」ではなく「契約の総体」と称する学説として、

参照：Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 9.

（6）Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969, n° 171.

（7）Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 1957, n°s 502 et s.

（8）「連続的消滅」という訳語をあてた理由については、本稿（三）〔六六巻六号〕注（42）を参照。

（9）たとえば、参照：J.-B.Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Litec, 1999, n°s 265 et s ; F.Mauger, La qualification d'indivisibilité entre les contrats, in *Etudes offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p.203, spéc. p.213 ; 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° 2617.

また、複合的な契約による諸効果に関するフランスの議論につき、参照：小林・前掲注（1）「複数の契約と相互依存関係の再構成」一五五頁以下。

（10）たとえば、不可分性という語は、不可分債務など、複合的な契約に関する事例以外でも用いられる。

（11）複合的な契約における連続的消滅の問題の論点のひとつとして、コーズ概念が連続的消滅の基礎となりうるかというものがある。次のような議論がそれである。

たとえば、複合的な契約の連続的消滅にあたりコーズ概念を基礎とする学説として、ティシエ（B.Teyssié）やマゾー（D.Mazeaud）がいる。以下では、簡単にティシエの見解をみていこう。なお、ティシエのテーズ（B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse, LGDJ, 1975.）については、既に、日本においても紹介されている（たとえば、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、一九九四年）四〇二頁以下、都筑・前掲注（1）『複合取引の法的構造』二二四頁以下、松浦聖子「フランスにおける契約当事者と第三者の関係及び契約複合理論」法学研究七〇巻一二号（一九九七年）五六一頁以下、野澤正充「枠組契約と実施契約 ―『契約の集団』論の新たな展開」日仏法学二二号（一九九九年）一七二頁以下を参照。また、複合契約とコーズ概念との関係を指摘する近年の判例と学説については、都筑満雄「複合契約中の契約の消滅の判断枠組に関する序論的考察 ―フランスにおけるコーズの主観化に関する判例の分析を中心に― 複合契約論考・その一」松久三四彦ほか編『民法学における古典と革新』（成文堂、二〇一一年）二九三頁、同「複合契約中の契約の消滅の判断枠組みと法的根拠に関する一考察 ―複合契約論考・その二―」南山法学三三巻一号（二〇〇九年）一頁を参照。）。

ティシエは、複合的な契約においては、諸行為が共通の経済的な目的を達成するために存在し、それらの間に機能的統一を見出す。そこで、諸行為に固有の債務のコーズとは別に、それらに共通の目的が契約のコーズであるとして、複合的な契約における連続的消滅の基礎としてコーズ概念の有用性を説いた。すなわち、ティシエによれば、「諸合意が各自、それを特徴づけ、その集合の内部で〔諸合意に〕独自性を与える異なる近因（causa proxima）を有するとしても、これら〔の諸合意〕は、同一の遠因（causa remota）により結びつけられる。単なる結びつき（un simple ciment）というよりも、これ〔遠因〕は、全体として計画された、契約上の複雑なものに関するコーズに相当する」とされる（B. Teyssié, *op.cit.*, thèse, n° 176.）。

しかしながら、このようなコーズを基礎とする学説に対しては、学説上、批判があった。学説は、主に、コーズの不存在を理由とするサンクションについて、また、コーズの捉え方について、批判をする（たとえば、参照、S.Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois 2002, art. 37505, p.355.）。

第一に、コーズの不存在を理由とするサンクションについてである。コーズが不存在であった場合、課されるべきサンクションは無効であり、遡及的効果が生ずることとなる。このようなサンクションが課されるならば、複合的な契約においては、不都合となることが多い（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 21.）。また、判例においても、たしかに無効が課される場合もあるが、契約の解約、解除または失効という、さまざまなサンクションが課されており、この点に鑑みれば、連続的消滅の基礎がコーズの不存在にあるとは言いがたいとされる（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 22.）。

第二に、コーズの捉え方についてである。複合的な契約におけるコーズ概念は、伝統的な客観的コーズ概念と乖離したものとなっている。この点は、コーズを基礎とする見解においても自覚されていた。つまり、客観的コーズ概念においては、コーズは、契約の成立要件のひとつであり、契約の成立時に問題とされるべきものであった。そして、コーズの存在が問題とされるとき、債務のコーズの有無が問題とされる、つまり、有償契約においては反対給付の有無が問題とされる。また、当事者の有する具体的な動機については、コーズの存在ではなく、コーズの合法性の評価においてのみ問題とされるものであった。これに対して複合的な契約におけるコーズが履行段階においても問題とされる点で、また、諸行為間における共通の経済的目的という動機が合法性の評価以外においても考慮される点で、伝統的な客観的コーズ概念とは乖離したものであった（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 21.）。

また、ゲスタン（J.Ghestin）は、コーズ概念に頼る学説が引用する判例を分析し、判例の解釈の仕方としてもコーズを基礎に置く学説は誤っていると批判する（J.Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat,* LGDJ, 2006, n^os^ 934 et s.）。

（12）たとえば、不可分性による解決を主張するものとして、J.-B.Seube, *op.cit.,* thèse, n^os^ 265 et s ; J.Maury, De l'indivisibilite entre les obligations et entre les contrats, R.T.D.civ. 1994, 255 ; S.Amrani-Mekki, op.cit., Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois, 2002, art. 37505, p.355 ; J.Ghestin, *op.cit., Cause de l' engagement et validité du contrat,* n^os^ 954 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^os^ 2612 et s.

（13）M.Cottet, *Essai critique sur théorie de l'accessoire en droit privé,* these, LGDJ, 2013, n° 440 ; S.Amrani-Mekki, op.cit., n^os^ 24 et s ; J.Ghestin, *op.cit., Cause de l'engagement et validité du contrat,* n° 960 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2611.

（14）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2616 ; 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.354 et s ; F.Ghénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats,* Dalloz, 2016, n° 23.491.

（15）S.Amrani-Mekki, op.cit., n^os^ 24 et s ; J.-B.Seube, op.cit., thèse, n^os^ 405 et s ; J.Ghestin, *op.cit., Cause de l'engagement et validité du contrat,* n° 953 ; 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^ 2618 et s ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations,* 4^e^ éd, Defrénois, 2009, n° 839.

（16）Cass.civ.1^re^, 4 avril 2006, Bull.civ.I, n° 190 ; D.2006, 2641, obs. S.Amrani-Mekki ; D.2006, 2656, note R.Boffa ; R.T.D.civ 2007, 105, obs. J.Mestre et B.Fages.

（17）R.Boffa, op.cit., note sous Cass.civ.1^re^, 4 avril 2006, 2657 et 2658.

（18）R.Boffa, op.cit., note sous Cass.civ.1^re^, 4 avril 2006, 2658.

（19）ただし、可分条項につき、それを有効であるとする破毀院判決もある（Cass.civ.1^re^., 28 octobre 2010, J.C.P.2011, 303, note C. Aubert de Vincelle ; D.2011, p.556, note D.Mazeaud ; D.2011, p.622, chron. C.Creton.）。

また、改正後の民法のもとで可分条項の効力を否定する判例の理論が維持されるかにつき、議論が分かれている（たとえば、維持されるとする学説として、参照、S.Bros, Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, in *Libre propos sur la reforme du droit des contrats*, LexisNexis, p.93, spéc. p.95. 維持されないとする学説として、参照、O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *op.cit.*, pp.360 et 361.）。

（20）複合的な契約における連続的消滅を否定する旨の可分条項の適否については、二〇一三年に、破毀院混合部によって、これまでの判例や学説の議論とは異なる特徴を有する二つの判決が出されている（Cass.mix., 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.768 et pourvoi n° 11-22.927, D.2013, AJ 1273, obs.X.Delpech ; J.C.P.2013, 673, note Fr.Buy ; J.C.P.2013, 674, note J.-B. Seube.）。

［仏］　破毀院混合部二〇一三年五月一七日（Pourvoi n° 11-22.768.）

【事案】　YとAとの間で、Yの店に通信ネットワークサービスを導入し、広告を流す代わりに、AがYに対して毎月負担金を支払う旨の契約が締結された（広告パートナー契約）。広告パートナー契約に必要な機器について、Yは、Bとの間でリース契約を締結した。その後、Bは、当該機器をXに譲渡した。

広告パートナー契約で導入されたシステムが機能しなくなったため、YはXに対するリース料の支払いを停止した。そこで、Xは、Yのフォートに基づくリース契約の解除を通知し、その未払い金として約一〇二万ユーロの支払いを求めてYを提訴した。

原審は、Aの過失（tort）に基づくものとしてAY間の契約の解除を、次いで、XY間の契約の解除を言い渡した。そこで、Xは、本件リース契約には、本件リース契約とAY間の契約とが別個の契約である旨の条項が置かれており、原審が当該条項の適用を拒否したことは民法典一一三四条、一二一七条、および一二一八条に反するとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、「リース契約（location financière）を含む取引に組み入れられた、同時に、または続けてなされた諸契約（les contrtas concomitants ou successifs）は、相互依存的である（interdépendants）。この相互依存性と相いれない契約の条項は、書かれざるものとみなされる」と判示し、Xの破毀申立てを棄却した。

［仏］ 破毀院混合部二〇一三年五月一七日（Pourvoi n° 11-22.927.）

【事案】 Yは、Aとの間で、電子ファイルの遠隔バックアップに関する契約を締結した。そして、同契約に必要な機器につき、Yは、Bとの間でリース契約を締結した。その後、Bは、Xに対して契約上の地位を譲渡した。Yは、Aの債務不履行を理由にAY間の契約を解除する旨をAに通知し、Xに対するリース料の支払いも停止した。そこで、Xは、Yの過失に基づくリース契約の解除、未払い金の支払い、およびリース物件の返還を求めて提訴した。原審は、両当事者の共通の意図において、一方の契約の履行が他方の契約の履行に依拠していないこと、いかなる要素もリース契約中に置かれたこれらの契約を別個の契約とする旨の条項の適用を退けるものではないことなどを理由に、AY間の契約とXY間の契約とは不可分なものではないとした。これに対して、Yが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀移送。

破毀院は、「リース契約を含む取引に組み入れられた、同時に、または続けてなされた諸契約は、相互依存的である。この相互依存性と相いれない契約の条項は、書かれざるものとみなされる」と判示して、原審判決を、民法典一一三四条に鑑みて破毀し移送した。

第一および第二判決は、ある契約Aとリース契約とを相互依存的なものであると判断するにあたり、個別具体的な考慮要素を摘示して判断するという方法を採らず、抽象的に判断した点で特徴的なものであった。すなわち、両判決は、諸契約が、「リース契約を含む取引に組み入れられた、同時に、または続けてなされた諸契約」であることから、相互依存的であるとして、契約Aとリース契約とを別個のものであるとする旨の主張を認めなかった。

これらの判決の意義について、学説によれば、破毀院混合部は、①諸契約が同時に、または続けてなされたものであるということ、および②契約がリース契約を含む取引に組み入れられたものであること、という二つの客観的な要素から、諸契約の相互依存性を認めたものであると評価されている。そして、この基準というのは、本稿が検討する、不可分性の主観的な基準および客観的な基準に関する議論とは、考慮されるべき要素が異なっていると指摘する（Fr.Buy, op.cit., note sur Cass.mix., 17 mai 2013, p.1157.）。

もっとも、これらの二つの判決が出されたことにより、本稿が検討している学説の意味がなくなったのかというと、そ

うではない。第一に、本判決の射程につき、学説は、破毀院混合部が、契約がリース契約を含む取引に組み入れられたものであることを相互依存性が認められる要件として挙げていることを強調し、リース契約を含む取引に限って、両判決の射程を限定すべきだと指摘する（Fr.Buy, op.cit., note sur Cass.mix., 17 mai 2013, p.1157 ; J.-B.Seube, op.cit., note sur Cass. mix., 17 mai 2013, p.1160.）。第二に、学説のなかには、これらの判決につき、不可分性の評価に関する基準に言及しているのではなく、特定の契約類型における裁判所による強行規定をつくったに等しいと評価するものがある（Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, 2017, n° 839.）。第三に、後述するように、複合的な契約に関する規定である民法典新一一八六条第二項および第三項は、本稿が取り上げる学説が主張する基準にかかわる。

本稿は、複合的な契約における連続的消滅につき、性質決定の問題と無効の問題との関係に関心があるため以上を注記するにとどめ、これらの判決を含めた不可分性の基準等に関する詳細な検討は今後の課題としたい。

(21) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2618.

(22) Cass.com., 15 fevrier 2000, Bull.civ.IV, n° 29 ; JCP 2000, IV, 1590 ; RTD.civ. 2000, p.325, obs. J.Mestre et B.Fages ; JCP 2000, I, 272, obs. A. Constantin.

同判決については、契約の一般的なエコノミーに矛盾する条項の適用の拒否と一部無効とがどのような関係にあるものかという問題も重要である。もっとも、本稿は、無効原因が法律で定められた規定に反するものである場合を前提に分析を行っているため、この問題は今後の課題としたい。

(23) 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。」

［筆者注：二〇一六年のオルドナンスによる民法典改正によって、一一三四条がいかに変ったかについては、本稿（五）［六八巻一号］以降の当該条文を参照。以下、再掲条文については同様である。］

(24) Cass.com. 24 avril 2007, RDC 2008, p.276, obs. D.Mazeaud.

(25) G.Helleringer, *Les clauses du contrat : essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n^{os} 311 et s.

(26) C.Aubert de Vincelles, Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, RDC 2007, 983, spéc. n^{os} 3 et s.

(27) コーズ概念を連続的な消滅の基礎とする学説については、本文中ではその詳細を扱わない。この学説やそれに対する批判等については、前掲注（11）を参照。

（28）C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n° 7.
（29）Cass.com. 5 juin 2007, D.2007, 1723, obs. X.Delpech.
（30）一一三一条［再掲］「コーズがない債務、または虚偽のコーズもしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」
（31）このような解釈をするものとして、X.Delpech, op.cit. obs. sous Cass.com. 5 juin 2007, 1723.
（32）オベール・ドゥ・バンセルによれば、「不可分性」に代わり、「相互依存性」が連続的消滅を基礎づける基礎となるであろうことも指摘する（C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n° 7.）。
（33）C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n° 8.
（34）S.Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle : Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse, Dalloz, 2007, n° 109.
（35）M.Bacache, v° Indivisibilité, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2011, n^os 10 et s ; S.Pellé, op.cit., thèse, n° 109.
（36）O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *op.cit.*, pp.355 et s ; F.Ghénedé, *op.cit.*, n^os 23.493 et s.
（37）Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n° 839.
（38）J.-B. Seube, *op.cit.*, thèse, n° 261.
（39）S.Pellé, *op.cit.*, thèse, n^os 266 et s.
（40）S.Pellé, *op.cit.*, thèse, n° 285.

第二款　不可分性概念の役割

前款で検討したとおり、たとえば、不可分性概念を通じて複合的な契約における連続的消滅の問題を検討したスーブや、相互依存性概念を通じて検討したペレは、これらの概念で考慮される当事者の意思とは、取引の目的ないしエコノ

ミーであるという。ところで、「契約のエコノミー」という意味での当事者の意思は、前節で確認したとおり、無効というサンクションの観点から不法性の範囲を画定する際などに考慮されうるものでもあった。

では、契約における特定の条項の無効の問題と複合的な契約の連続的消滅の問題において、当事者の意思が同様の内実を有することや、連続的消滅の問題が無効の場面でも生じていることから、これらの問題を共通の枠組みのもとで扱ってよいのだろうか。連続的消滅を基礎づけている概念のひとつである不可分性概念の議論を子細に検討するならば、連続的消滅の問題における当事者の意思は、無効というサンクションの観点から考慮されているものと位置づけるのは妥当でないように思われる。

このことを明らかにするために、本款では、まず、不可分性概念に関する議論をたどり、不可分性概念と無効との関係を明らかにする（一）。結論を先に述べると、私見は、この検討から、不可分性を判断するために考慮される当事者の意思を、契約の性質決定の問題に関連するものであると理解しうると考える。それでは、当事者の意思が無効というサンクションの観点から考慮されているのではなく、契約の性質決定の問題において考慮されるとすることに、どのような意味があるのか。この問いに、契約の性質決定と公序との関係を検討することで答えていこう（二）。

一　不可分性概念の位置づけ

まずは、不可分性概念が、連続的消滅の問題においてどのように位置づけられるかを検討する。この検討にあたり、ブーランジェ（J.Boulanger）とテレ（Fr.Terré）の見解の比較からはじめることにしたい。それぞれの見解の内容は後述するが、はじめに、不可分性概念における両者の見解の位置づけを確認し、その理由を示しておく。

二〇世紀中葉より以前の学説は、諸行為が不可分であると考えることを原則として否定していた(41)。このような学説に

対して、法律行為が可分または不可分であることが判例などにおいて見出されることを指摘したのは、ブーランジェであった[42]。ブーランジェは、無効と不可分性概念との関連性を示すにあたり、複合的な契約が問題となる場合のみを対象としていたわけではない。つまり、無効と不可分性との関係が問題となる場合として、ひとつの行為を特定する場合と、複数の行為が連続的に消滅する場合とを挙げる。そして、後者はさらに、契約の性質決定の問題と、無効の問題とに分けることができるという。これに対し、後者の区別に疑問を呈し、これらが単純に区別されるものではなく、ブーランジェが無効の問題だとする事柄を性質決定の問題と関連したものであると主張したのが、テレであった。

そこで、このブーランジェとテレの見解を比較し、その後の学説の議論を検討することにより、不可分性概念が複合的な契約の連続的消滅の問題においてどのように位置づけられるべきものかを考察していこう。

（一）不可分性概念と無効、性質決定との関係

複合的な契約の連続的消滅の問題において、不可分性概念は、一方で、無効の問題を解決する概念であるとされ、他方で、性質決定の問題にかかわるものであるとされる。もっとも、このように不可分性概念の位置づけが争われていることからも窺えるように、これらの違いは、一見して明白なものではない。そこで、ブーランジェの見解とテレの見解とを、やや詳細にみていくことにしよう。

(1) ブーランジェによる無効と性質決定それぞれにおける不可分性概念の役割

ブーランジェは、法律行為における不可分性概念には、①与えられた法的な行為（opération juridique）[43]を特定する（spécifier）ための不可分性と、②区別された二つの行為の関係を明らかにするための不可分性とがあることを、また、

それぞれについて無効と一定の関連性を有することを指摘する。

① 行為の特定化と不可分性概念

まず、行為を特定するための不可分性についてである。これには、行為の目的（objet）や性質（nature）に由来する場合と、当事者の意思による場合とがあるという。

第一の、行為の目的や性質に由来する不可分性が問題となる例として、相続権者の相続の承認または放棄を挙げる。相続権者が相続の承認をするか、または放棄をするかを選択するとき、相続という行為の目的から、相続人は、相続財産すべてについて承認または放棄しなければならず、部分的な選択は認められない[44]。

第二の、当事者の意思による、行為の特定化のための不可分性が問題となる例として、和解を挙げる。和解は、いくつかの別個の論点に関する合意が組み合わされて形成されうる。このとき、当事者は、さまざまな要素を切り離せないものとして和解を締結しうる一方で、切り離す自由も有している。つまり、和解において、和解の対象とされたいくつかの項目が不可分であるのは、そうすることが当事者の意思だからである。したがって、和解における不可分性は、契約の解釈の問題を想起させるものである。さらに、要素のひとつに無効原因が存する場合には、それがすべての無効をもたらすかという無効の問題にもかかわるとする[45][46]。

このように、ブーランジェは、ある行為の特定化と不可分性との関係につき、不可分性が、行為の目的や本質に由来する場合と、当事者の意思による場合とがあるとする。そして、前者の不可分性は当該行為により生ずる効果を決定するのに役立つものであるのに対して、後者の不可分性は無効の範囲を画定するのに役立つものであるとして、両者を区別した[47]。

② 複数の区別された行為と不可分性概念

不可分性と無効との関係につき、ブーランジェは、複数の区別された行為についても、不可分性を見出すことができると指摘する。そのなかには、第一に、複数の行為が法律により結びつけられ、ある独自の行為へと形成される場合と、第二に、当事者の意思により複数の行為が結びつけられ、それらが従属的なもの（subordination）となる、または相互依存的なもの（solidaire）[48]となる場合があるという[49]。

まず、複数の法的な行為が法律により結びつけられ、ある独自の法的な行為へと形成される場合についてである。この例として、贈与分割（donation-partage）を挙げる。贈与分割とは、被相続人が推定相続人に対して行う財産の無償処分と分割とを不可分なかたちで含んだ行為である恵与分割（libéralités-partages）の一種である[50]。つまり、贈与分割では、被相続人の生前に、被相続人が推定相続人らに贈与を行うだけでなく、受贈者間の分割にも関与する[51]。贈与と分割とが贈与分割であると性質決定された場合には、その一部に無効原因が存するとき、当該行為のすべてが無効になる[52]（一九七一年七月三日の法律による改正前の民法典一〇七七条[53]〔以下、単に「旧」とする。〕）。これに対して、分割のみを無効にしうるとすれば、そこでは、贈与分割という性質決定が採られていない[54]。

続いて、当事者の意思により複数の法律行為が結びつけられ、それらが従属的または相互依存的な関係にある場合についてである。この例として、破毀院民事部一九四九年一一月二二日を挙げる。

［仏55］ 破毀院民事部一九四九年一一月二二日[55]

【事案】 AとXは、ある不動産の共同所有者であった。なお、Aは、Xの推定相続人であり、Xは、禁治産の宣告を受けていた。当該不動産は、会社Yに貸与されていたのであるが、Aは、XおよびXの法定代理人に無断で、Yとの間

で、当該不動産に関する賃貸借を三〇年間更新する予約と、当該不動産を含むいくつかの財を売却する予約をした。その余の事情は明らかではないが、この二つの予約について、民法典一一三〇条第二項で禁止されている将来の相続財産に関する行為（pacte sur sucession future）に該当し無効となるか否かが争われた。(56)

第一審は、一方で、売買の予約について、AがXの推定相続人であり、Xの死後にしか不動産の所有者になりえないことをYに伝えていたことから、将来の相続財産に関する行為であるとして無効を言い渡した。他方で、賃貸借の更新の予約については、AがXの推定相続人であることをYに伝えていなかったことから有効であるとした。

原審も、目的とされる財が売買の予約と賃貸借の更新の予約とでは厳密には異なること、および賃貸借の更新の予約ではAがXの推定相続人であるとの言及がないことを理由に、賃貸借の更新の予約を有効であるとした。そこで、Xが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、これらの二つの予約がXの死によってしか実現されないこと、賃貸借の更新の目的物が売買の予約の目的物に含まれていたこと、Aが、Xの相続人の資格でのみ、売買の予約の目的物の、特に賃貸借の更新の目的物ともなっていた不動産の所有者となると認識していたことから、賃貸借の更新の予約が将来の相続財産に関する行為の特徴を有するとした。そして、原審判決を、民法典一一三〇条に違反したとして破毀し移送した。

［仏55］判決は、原審では売買の予約のみが将来の相続財産に関する行為に該当し無効となり、賃貸借の更新の予約はそれに該当せず有効であると判示されたのに対して、当該事案のもとでは賃貸借の更新の予約についても将来の相続財産に関する行為にあたり無効であるとした。なお、その判決文には「不可分」といった文言が用いられていないが、

ブーランジェは、これらの二つの予約が不可分な総体であるために無効となると指摘する。そして、ここでの不可分性は、無効の問題を解決するために用いられるものであると位置づけた[57]。

以上のように、ブーランジェは、複数の区別された行為に関する不可分性のなかには、一方で性質決定の問題の解決に向けられたものがあり、他方で無効の範囲の問題の解決に向けられたものがあるとして区別した。

③　ブーランジェの見解における不可分性の位置づけ

ブーランジェの見解の特徴として、不可分性概念が、①行為を特定するために用いられる場合と、②区別された二つの行為の関係を明らかにするために用いられる場合とに区別した点、そして、それぞれの場合において無効と不可分性との関係を見出した点を挙げることができよう。もっとも、彼の見解において、不可分性が無効の範囲を画定するために用いられる概念として位置づけられるのは、非常に限定的な場面であった。

まず、①行為を特定するために不可分性が用いられる場合のうち、不可分性が当事者の意思により生ずる場合において、ブーランジェは、これを無効の範囲の問題であるとしながらも、契約の解釈を想起させるものであると指摘していた。実際に、そこで挙げる例は、和解であり、ひとつの和解契約に含まれる内容がどこまでかを特定するにあたって、不可分性に言及していた。つまり、ここで用いられる不可分性は、何が当事者の合意したひとつの契約であったかを特定するためのものであったと解することができよう。

続いて、②区別された二つの行為の関係を明らかにするために不可分性が用いられる場合のうち、当事者の意思による不可分性が問題となる場合として、ブーランジェは、独自の性質決定が与えられない二つの行為が不可分な関係にあるか否かが問題とされる場合を挙げ、このとき、不可分性が、無効の範囲の問題を解決していると指摘した。つまり、

ここでは、ブーランジェは、無効の範囲の問題が、不可分性という概念を介し、当事者の意思を考慮して解決されると考えているといえよう。

しかしながら、不可分性という概念は、無効の範囲の問題を解決するために存在するものなのであろうか。たとえば、②区別された二つの行為の関係を明らかにするための不可分性には、二つの行為が法的に独自の行為として形成される場面があった。このとき、ブーランジェは、二つの行為が別個の行為であるか、それとも独自のひとつの行為であるかにより、無効の範囲が異なるとするものの、この問題を、行為の性質決定の問題とし、無効の範囲の問題を解決するものとはしていなかった。この問題と先の問題について、一方を性質決定の問題であるとし、他方を無効の範囲の問題であるとして区別する理由はあるのだろうか。

このような疑問に答えるために、ブーランジェがこの問題を無効の問題であるとしたことに対して批判を展開する、テレの見解をみることにしよう。

(2)　テレによる性質決定と不可分性概念との関係

テレは、ブーランジェのように不可分な複数の行為に独自の性質決定が付与される場合とそうでない場合とを性質決定の問題と無効の問題とに区別するのではなく、いずれの場合も性質決定の問題と深く関係するものであると指摘する。つまり、いずれにおいても、不可分性が、性質決定の起源となっているという(58)。

①　性質決定の帰結としての不可分性と、起源としての不可分性

テレによる性質決定と不可分性との関係を検討するにあたり、彼が、性質決定の帰結と、性質決定の起源という二つ

の場面に分け、それぞれにおいて不可分性が用いられるとすることを確認しておこう。この点は、テレにおける性質決定と不可分性概念との関係の捉え方の土台を形成しているだけでなく、その後の学説との比較をするうえでも重要となる。

さて、まずは、性質決定の帰結と不可分性との関係である。テレは、「不可分な」という形容詞それ自体が、ある性質決定の帰結になっている場面があるという。たとえば、可分債務、不可分債務の区別がそれである[59]。ここでは、可分、不可分という区別が、性質決定の帰結を示している。

これに対して、不可分性が、ある性質決定が付与される起源となる場合がある。つまり、諸要素が不可分な関係にあることによって、その結合した総体に、ある性質決定が付与される場合であり、贈与分割がその例である[60]。このとき、当事者の意思は、明らかに、性質決定の形成にかかわっているという[61]。

もっとも、不可分な諸要素の総体に対して、必ず、独自の性質決定が付与されるわけではない。たとえば、賃貸借と売買の予約とが、不可分な関係として締結されうる。それらが不可分である場合には、そのなかのひとつの要素が無効であるときに、その総体の無効がもたらされうるものの、その総体に対し、独自の性質決定が与えられるわけではない。つまり、それらの諸要素は、無効といった共通の法制度（régime juridique unique）に服するにとどまることになる[62]。

このように、不可分性によって、その総体に対してある独自の性質決定が付与される場合もあるが、独自の性質決定が付与されない場合もある。もっとも、独自の性質決定が付与されない場合であっても、不可分な諸要素は、共通の法制度に従属する。テレは、この性質決定の問題と法制度への従属という問題との関係について、たしかに理論的には区別されうる問題であるが、これらは非常に近接していると指摘する[63]。

② 独立した性質決定の付与と共通の法制度への従属との近接性

ある物の賃貸借とともに当該物に関する売買の予約が合意された場合を例に、テレは、独立した性質決定が付与される場合と、諸要素が共通の法制度へ従属する場合とが近接していることを、次のように説明する。

当事者間において、ある物の賃貸借契約とともに当該物の売買の予約が付されることがある一方で、賃貸借のみを対象とした特別法がある。たとえば、一九一八年三月九日の法律五六条では、賃貸借につき、その法的な更新が規定されていた。そして、かつての判例には、賃貸借と売買の予約とが、性質上、異なる合意であるため、一九一八年の法律で規定された賃貸借の更新が、売買の予約とは無関係であるとしたものがあった(64)。

しかし、その後、賃貸借と売買の予約とが当事者の意思において不可分なものであった場合に、それらの効力を一体的に扱う次のような判例や裁判例が現れた。

［仏56］ 破毀院予審部一九二六年四月二七日(65)

【事案】 一八九九年二月、Aは、Bに対して、一九一六年一二月三一日までを期限として不動産を賃貸した。また、Aは、賃貸借の期間中、またはその満了時に、Bに対して定められた額で当該不動産を売却するという売買の予約をした。賃貸借の期間を経過してからも、Bは、Aの同意のもとで不動産を占有し、一九一八年九月に、賃貸借の更新を求めた。さらに一九二〇年四月に、Bが、Aに対して、売買の予約を実現するよう催告したところ、売買の予約の効力が消滅しているか否かが争われることになった。

原審は、売買の履行を実現するよう命じた。これに対して、Aは、Bがいかなる資格で賃貸借期間の満了後も占有しているかを判断しておらず、売買の予約は賃貸借の満了後は存続しえないとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、当事者が賃貸借と売買の予約が全体として不可分なものと意図しており、Bが解約の申し入れを受け取ることなく賃料の支払いや不動産の使用を続けていたことから、Bが賃借人として売買の予約の実現を請求することができたことなどを理由に、原審判決に法令違背はなかったと判示した。

［仏57］　アンジェ控訴院一九四九年一一月九日(66)

【事案】　賃借人Xと賃貸人Yとの間で、家の賃貸借契約が締結された。また、Yが当該家を売却しようとする場合、Xが優先権を有する旨、XY間で売買契約が締結される場合には、その代金は、あるいは仮に競売にかけられたとすればそれによって最終的につけられるであろう代金である、あるいは終身年金である旨の合意がなされた。

Xは、家の用益を開始した後すぐに、賃貸借契約の賃料が当時定められていた適法な賃料価額を超えているとして、当該条項の無効を言い渡すよう請求した。

【判旨】　Xの請求棄却。

控訴院は、本件行為によると、Xが不動産の用益とは別の利益を受け取っていたことを、つまり、Xが売買の優先権を有しており、売買が行われた場合の代金に関する約定が、交渉し高い代金で売却する機会を所有者から奪い、賃借人を利するものであったことを確認した。そして、本件行為の報酬は、Yが合意した負担の不可分な総体に相当するものであったとして、本件では適法な賃料価額を超えていないと判示した。

諸行為が不可分であることを理由に、［仏56］判決は、更新されていない売買の予約に基づく請求を当初の賃貸借期

間の満了後であっても認め、［仏57］判決は、賃貸借に適用されるはずの規定を、諸行為を総体として捉え適用しなかった。これらの判決を踏まえ、テレは、不可分であることを理由に、その総体が共通の法制度に従属するのであり、これは独自の性質決定が付与される場合と近接しているという(67)。

さて、テレの見解の特徴として、次の二点を挙げることができよう。第一は、ブーランジェが性質決定の問題と無効の問題とに分けていた事例につき、これらを明確に区別することの難しさを指摘した点である。第二は、それを指摘するにあたり、不可分であっても独立した性質決定が付与されない諸行為の総体につき、共通の法制度への従属がなされると指摘し、それと性質決定の問題とが近接していることを説いた点である。さらに、第二の特徴においては、この近接性を説明するにあたり、無効の範囲という問題ではなく、特別法の規定の適用可否の問題などにも言及している点が興味深い。なぜなら、不可分性の問題は、無効の範囲を画定するためだけに向けられたものではなく、諸契約が不可分であることがより広範な場面に影響しうることを窺わせるからである。

（二）不可分性概念に関する近時の学説とその共通点

以上のように、テレは、別個の性質決定が付与される諸行為が不可分である場合を、性質決定の問題として解決しようと試みた。もっとも、その後の学説の議論をみるならば、テレのように不可分性概念を位置づける見解が趨勢となったわけではない。多様な見解が存在し、不可分性概念の位置づけについて混乱がみられる。しかしながら、それらの見解には、以下でみるように、ある共通の特徴を見出すことができるように思われる。

(1)　スーブによる批判

テレの見解に対しては、テレのように不可分性概念を捉えるならば、不可分性概念が曖昧なものになると批判する学説がある(68)。

たとえば、スーブは、第一に、性質決定において不可分性が何ら意義を有さないという点で、第二に、諸要素が不可分であることによって独立した性質決定が付与される場合と、独立した性質決定が付与されずに無効という共通の法制度に従属させる場合との間には、共通点を見出せないという点で、批判する。

第一の、不可分性という概念は性質決定においていかなる意義も有さないという点についてである。不可分性が性質決定の起源として役割を果たしているとき、この不可分性は、性質決定の過程においてではなく、性質決定の作業の前に置かれる。つまり、ある行為を性質決定する前に、当該行為に含まれた債権債務が別個の行為ではなく、統一的なものであることを確認する必要があるが、不可分性は、この統一性を示しているにすぎない。また、これらの債権債務が双務的である（réciproque）ことを示す際に不可分性を用いる場合、これは、コーズや牽連性（connexité）に対してオリジナリティを有するものではない。したがって、スーブは、後に検討するモウリー（J.Maury）の言説を引き、不可分性は、性質決定の過程で意義を有するものではないという(69)。すなわち、モウリーによると、「不可分性は、性質決定に対し独立した実体を有しておらず、われわれは、それらを分離することはできない。ある性質決定の基礎として結合が必要である諸要素のひとつがないということは、単に、しかし、いやおうなく、当該性質決定の採用を妨げる。要は、これらの諸要素が切り離せないとき、不可分性という概念を参照することは、決して、性質決定に固有の構造に属するものに何かを付け加えることはない(70)」。

第二の、性質決定の問題と法制度の問題との間には、共通点を見出せないという点である。性質決定が法制度への従属を要請するのであるから、両者は同列に論ずべき問題ではないという(71)。

このようにスーブは、不可分性が性質決定において問題となる概念ではないとする。その一方で、彼は、不可分性が無効の問題において意義を有することを認める。もっとも、このスーブの主張を理解するには、彼の見解の全容を把握する必要があるように思われる。

まず、スーブが不可分性をどのように説明しているかをみてみよう。スーブは、「二つの目的（objet）、一方当事者が負担する二つの債務または二つの法律行為との間の不可分な関係を認めることは、実際には、両当事者により望まれた取引の不可分性に起因する」[72]という。つまり、彼によると、「取引」とは、当事者によって追求された経済的目的のことであり、これを達成するために、当事者は自由に法律行為を道具として用いる。このとき、取引の特徴が、それを実現する道具に影響を及ぼす。取引が不可分なものであれば、この不可分性が、それを実現する法的道具にも影響を及ぼすのである。したがって、取引の不可分性は、取引が全体として実現されることを求めることになる[73]。

そして、スーブは、このような不可分性が有する影響（influence）として、無効や履行の場面に言及する[74]。つまり、スーブの見解においても、不可分性とは、無効の範囲という特定の問題を解決するための概念ではない。実際、諸要素が不可分な関係であることは、契約の履行の場面で、契約の内容や履行方法[75]に、不履行の場面で、解除の範囲に影響を与える[76]。また、無効への影響についても、そこでスーブが論じるのは、諸要素のうちのひとつの無効が、不可分な総体に影響するという問題だけではない[77]。つまり、不可分性概念の無効への影響として、個別の行為としては有効であってもそれらが不可分であることによってその全体が不法なものとなる場合や[78]、その総体のうちのひとつが個別の行為としては無効であるものの他と不可分な関係にあることにより有効となる場合を論じる[79]。

以上のスーブの見解の全容をみるならば、不可分であるか否かというのは、当事者が取引によって追求した目的の実現のために諸行為の全体を必要なものとして考えていたか否かであり、この当事者の意思が無効や履行といった場面で

影響を与えているにすぎないと理解することができよう。このように、当事者の意思により諸行為を不可分なものとして考えるという段階と、それが影響を及ぼす場面とを区別するという理解は、表現の違いこそあれ、そのほかの学説でもみられる。これを確認するために、モウリーと、マルマユ（J.-M. Marmayou）の見解をみていこう。

(2)　モウリーによる「総体」と不可分性

時系列が前後するが、スーブにも引用されていたモウリーの見解をみる[80]。モウリーは、その総体に独立した性質決定が付与されず、別個の行為の間で不可分性が問題となる場合、この不可分性は性質決定の起源として問題となるわけではないと指摘する。しかし、ここで注意を要するのは、モウリーが、不可分性とは別に、「不可分な総体（ensembles indivisibles）」という性質決定の存在を指摘していることである。

モウリーは、テレが不可分性と性質決定との間で見出した二つの段階を踏まえ、性質決定の起源としての不可分性に独自性はなく、性質決定の帰結に際してのみ不可分性が意義を有するという。ただし、それぞれで想定される事例が、テレとは異なっている。

まず、性質決定の起源としての不可分性が問題となる場合である。その例として、贈与分割や信用貸借（crédit-bail）[81]を挙げ、これらの性質決定をするにあたっては、贈与と分割といった諸要素の結合が必要であり、そのひとつを欠く場合には、当該性質決定を採ることができない。この意味で、不可分性は、性質決定の構造を示すものでしかない[82]。つまり、ここでモウリーは、テレが性質決定の起源として挙げた事例のうち、不可分な総体に独立の性質決定が付与される場合のみを例として挙げ、不可分性は、性質決定の構造を示しているにすぎないためにその独自性はないと説明する。

これに対し、テレによると性質決定の起源として扱われていた、独立した性質決定が付与されず共通の法制度に従属する事例について、モウリーは、テレとは異なる説明を与える。つまり、モウリーは、たとえば賃貸借と売買の予約との間の不可分性や、ガソリンの提供と減摩剤の提供との間における不可分性を、性質決定の帰結としての不可分性であるという。なぜ、この不可分性を性質決定の帰結として位置づけるのか。モウリーは、次のように述べる。

「ある総体に与えられる不可分性という性質決定は、定められたかれこれの法的カテゴリーへの分類をもたらすのではなく、ある独自のカテゴリー、つまり不可分な総体というカテゴリーへの分類をもたらす。……法制度の適用は、あらゆる性質決定の帰結であるから、この〔不可分な総体という〕カテゴリーへの帰属は、それに固有の制度を要求する。この制度というのは、ひとつの制度、つまり原則として総体という性質決定に相応する状況〔がひとつであるというの〕ではなく、この不可分性という性質決定の対象となっている総体の諸要素に部分的に共通した制度である……。」(83)

この言説から、モウリーが不可分性を性質決定の帰結であると位置づける理由を次のように理解することが可能であろう。

まず、ある独自の性質決定が付与されない場合、その総体に含まれるそれぞれの要素には、個別の性質決定が付与されうる。この各要素に個別の性質決定が、モウリーのいう「性質決定の帰結」、「性質決定の起源」という表現における「性質決定」が指している内容であろう。それに対し、「不可分な総体」という性質決定は、以上の厳格な意味での性質決定とは同列に扱われていないように思われる。というのも、個別の性質決定を有する諸契約が不可分であるとき、そ

れぞれの性質決定が与えられた契約に適用される規定が、必ずしもそれらが不可分であることによって適用が否定されるわけではないと指摘しているからである。[84]

もっとも、モウリーによって性質決定の帰結として位置づけられた不可分性は、性質決定としての役割を完全に失っていないように思われる。モウリーは、不可分性の意義につき、「この〔不可分性という〕性質決定は、両当事者がその帰趨を結びつけようと欲した諸要素が自立性を失うということを示している。……それぞれの構成要素が固有の構造や規定を保持しながら、不可分性という性質決定がもたらす制度に共通のものとして確認されるのは、単に、総体の構成要素の無効や解除〔の拡張〕だけではなく、全体として理解された、構成要素の帰趨である」[85]という。この指摘を踏まえると、個別の性質決定が付与されるわけではないという意味では、不可分性は、個別の性質決定に影響するものではない。しかし、この個別の性質決定の後に、不可分な総体という性質決定がなされる場合には、その総体が、消滅し、または存続することになる。モウリーの見解を、このように理解することが可能であるように思われる。

(3) マルマユによる「連結のための枠契約」という性質決定とその役割

最後に、マルマユの見解をみることにしよう。[86]

マルマユは、まず、二当事者間の合意に含まれた契約の個数に着目をし、それを明確にすべしと指摘する。その理由として、たとえば、マルマユによると、当事者が追求する目的に対して自由に用いることのできる方法の範囲であれば、ある目的の実現にあたり複数の契約に分けることも、反対に、複数の目的の実現を一つの契約で行うことも可能である。つまり、当事者には契約を単一とするか、または複数とするかについて一定の自由があり、当事者は、可能な範囲で、性質決定に影響を及ぼすことができる。それゆえ、適用される法律について選択することができるので

ある。[87] たとえば、居住の用に供する不動産の賃貸借契約については、一九八九年七月六日の法律が、契約期間の下限を三年と定め（一〇条第一項）、黙示の更新を認める（同条第二項）。もっとも、家具付き賃貸借は、同法の適用を受けず（二条第二項）、民法典一七五八条によって規律され、年、月または日を単位として契約期間が定められることになる。このとき、貸主が賃貸借の対象物をすぐに取り戻す可能性を残しておきたいのであれば、契約を単一とする、つまり家具付き賃貸借契約とすることが望まれる。それ対し、貸主が借主に対し安定した居住を提供しようとするのであれば、契約を複数とする、つまり不動産に関する居住用賃貸借契約に、それとは区別された家具の賃貸借契約を伴わせることが望まれるという。[88]

では、契約の個数という観点から、マルマユが、複数の行為が不可分な関係にあり、それに対して独自の性質決定が付与されない場合をどのように扱っているかを確認するならば、契約が複数あるとしながらも、次のように整理する。

契約が複数ある場合であっても、それらが、ある一つの目的を実現するために関係づけられていることがある。マルマユによると、このとき、当事者は、個別の契約を締結するだけでなく、それらの契約の間に「連結のための枠契約（contrat-cadre de liaison）」[89]を選択しているのだという。[90] この連結のための枠契約は、不可分性を含む、広い場面を想定して用いられている。つまり、連結のための枠契約は、次の三つの諸契約間の関係をその目的（objet）とする。第一は、ある契約の債務の発生が他の契約の成立を条件としている場合のように、条件関係にある場合である。第二は、諸契約が一方的な依存関係にある場合である。そして第三は、諸契約が相互に依存している場合、つまり不可分な関係にある場合である。[91]

このように「連結のための枠契約」という概念は、不可分性概念を含んだ、より広い概念であり、先の三つの場合に共通の事柄が論じられていることに注意を要する。もっとも、本稿の関心からは、マルマユが、「連結のための枠契約」

という概念をどのように位置づけているかが重要である。この点を明らかにしていこう。

マルマユによると、当事者は、意思自治の原理および契約自由の原則により、複数の契約を結びつけることも、そうしないことも可能である。複数の契約を結びつけることにより、連結した契約が消滅の場面などで自律したものではなくなるという効果が生ずるため、黙示的にであれ、契約間の連結に関する当事者の意思の合致が必要である[92]。マルマユは、この諸契約を連結させる合意のことを「連結のための枠契約」と呼び、他の契約と同様、その有効性が問題となるとする[93]。つまり、連結のための枠契約に関する同意に瑕疵がないことが必要であり[94]、また、連結のための枠契約は、公序による制限を受ける[95]。さらに、連結のための枠契約それ自体の目的やコーズが問題となる。連結のための枠契約の位置づけは、連結のための枠契約におけるコーズに関する判例と、それに対するマルマユの理解から見出すことができる。

たとえば、売買契約において、形式的にはある物に対する代金が設定されているが、代金を欠いているに等しいものであったとする。このような売買契約は、学説や判例によると、コーズまたは目的を欠くなどを理由に無効となる[96][97]。しかし、当該売買契約においては一方の反対給付を欠くに等しい場合であっても、それと当事者によって結びつけられた他の契約に当該売買契約の反対給付を見出せる場合には、その総体は、無効ではない[98]。コーズまたは目的が、個別の契約ではなく、その総体において評価されているのである。ここで、マルマユによると、法律行為の性質決定がコーズと目的により基礎づけられることからも[99]、連結としての枠契約におけるコーズや目的に関するコントロールは、総体としての取引という性質決定によってなされていると指摘できるのだという[100]。

つまり、マルマユは、諸契約を総体として認識することを、新しい種類の性質決定として位置づける[101]。連結のための枠契約という性質決定は、たしかに売買契約や賃貸借契約といった性質決定と同等ではないとしながらも、この性質決定が、当事者が諸契約を連結させることによって望む諸効果を、つまり、関係する契約の発生や消滅についての諸効果

を生じさせるとする。[102] このように、マルマユの見解においては、不可分性を含んだ「連結のための枠契約」という、取引を総体として把握するための性質決定が必要であると説かれているのである。

（三）各見解に共通の特徴

不可分性概念に関する学説の議論は、以上で検討してきたように多様である。しかし、これらの各見解からは、次のような共通の特徴を指摘することができよう。

不可分性概念は、非常に広範な場面でその影響が指摘されているものの、それ自体は、諸契約を結びつけ、合意を総体として扱うための概念であったといえる。

たしかに、諸契約の総体に対して独立した性質決定が付与されるわけではないため、これは、通常の契約の性質決定と同様のものではない。したがって、学説のなかには、不可分性概念を性質決定の問題として位置づけることに否定的なものがあった。しかし、厳格な意味での性質決定ではないにせよ、諸契約が不可分な総体であることによって、無効の問題に対する影響のみにならず、法律の適用の可否や合意の解釈、解除の問題など、多くの場面で影響が生じることが確認されていた。つまり、不可分性概念は、無効の範囲に関する問題を解決するために向けられた概念ではない。

以上の特徴を踏まえれば、モウリーの見解から見出すことができたように、また、テレやマルマユが指摘するように、諸契約を不可分な総体として捉えることは、通常の契約の性質決定ではないにせよ、性質決定の作業に近いものであるといえるように思われる。

ところで、結局のところ、不可分な総体であるという性質決定が無効の範囲に影響を及ぼすのだから、無効の問題として捉えてもよいのではないかという疑問も生じよう。その一方で、特に公序との関係が論じられる際、ある性質決定

が与えられた行為に対する公序の問題と、ある性質決定を採用することの可否に対する公序の問題は、学説によると異なるものであると指摘されており、後者の場面では無効との相違が見出されるように思われる。そこで、本節の最後に、この問題を検討し、複合的な契約における連続的消滅の無効の問題を、無効というサンクションの問題として扱うことの是非を明らかにする。

二　性質決定の選択に対する公序の影響

契約と公序との関係が問題とされるとき、一般的にここで想定されるのは、ある性質決定が付与された行為に、公序に関する規定に違反した約定が含まれている場面である。たとえば、マロリー（Ph.Malaurie）によると、「公序の発動は、法律行為の性質決定に本質的に依存している」[103]、法律行為の有効性を評価する前提として「判事は、行為の法的性質を決定する」[104]のだという。

しかしながら、複合的な契約といった複雑な契約関係を前にすると、性質決定をした後に公序に関する規定が問題となるというように、厳格に時系列で捉えることができなくなる。テレは、性質決定の選択と公序との関係を論ずる際に、マルマユは、契約の個数の選択と公序との関係を論ずる際に、その旨を指摘する。そこで、以下では、性質決定の選択に対する公序の影響は、公序に関する規定の適用とどのように異なるか、次いで、無効というサンクションといかなる点で異なるかを検討していこう。これらの検討は、複合的な契約や不可分性概念それ自体の検討ではないが、複合的な契約における連続的消滅の問題を、無効というサンクションの問題としてではなく、性質決定のレベルで議論をすることの意義を明らかにするうえで重要な作業となろう。

（二）性質決定の選択に対する公序の影響と、公序に関する規定の適用との区別

先に指摘したとおり、マロリーによると、公序に関する規定の適用の前段階として、性質決定は位置づけられていた。そして、公序に関する規定は、性質決定の後でのみ、その適用というかたちで作用することになる。

しかしながら、テレやマルマユは、当事者によって採用された性質決定それ自体に対しても公序が影響する場合があると指摘する。

(1)　テレの見解

テレによると、ある契約の性質決定を選択するならば公序に関する規定の適用がある場合、当該規定の適用を回避するために、当事者は、合意に対して、他の有名契約の性質決定を、または無名契約という性質決定を選択することがある[105]。もっとも、このような性質決定が必ずしも許容されるわけではなく、テレは、性質決定の選択にあたって当該規定が影響を及ぼすという[106]。つまり、当事者が選択した性質決定が当該規定の詐害（fraude）[107]に基づくものである場合、当該性質決定は認められない。いかなる場合に詐害と評価されるかは後にみることにし、ここでは、性質決定に対する公序の影響を、具体例をもとに確認していこう。

当事者が公序に関する規定の適用を回避するために別の性質決定を付与しようとする例として、暴利（usure）の規制が挙げられる。

一八〇七年九月三日の法律によると、一方で、民事では五パーセント、商事では六パーセントを超える利率が暴利であるとされていた。他方で、同法の適用対象は貸借（prêt）であった。そこで、契約を締結しようとする者によって、他の性質決定を用いることで、暴利の貸借を隠そうと試みられることがあった。

たとえば、破毀院民事部一八九九年三月一三日（不動産の売買において、代金の支払いが複数回に分けられ、二回目以降に支払う代金に、一八〇七年の法律で定められた利率を超える利息が付されていたという事案である。）は、当該不動産売買に一八〇七年の法律が適用されるか否かにつき、一八〇七年の法律の諸規定は「代金が複数の履行期で支払われる売買契約において約定された利息に拡張しえない」と判示した[108]。また、破毀院民事部一八九七年三月八日（銀行が貸付けにあたって利息とは別に手数料を受け取っており、この手数料が利息に含まれるか否かが争われた事案である。）は、金銭の消費賃貸契約において貸主が利息のほかに手数料を受領していた場合、当該手数料が現実になされたサービスによるものか、その額がなされたサービスに比例したものかを探求しなければならないと判示した[109]。これらの判決につき、テレは、たとえば貸借を隠すために売買契約を締結した、利息を隠すために手数料を受け取っていたなど、詐害に基づく偽装がなされていた場合には一八〇七年の法律が適用されうるが、現実に売買契約があったといえる、またはサービスがなされたといえる場合などでは同法律は適用されないと評価する[110]。

当事者が採用する性質決定により公序に関する規定の適用を回避する可能性は、無名契約という性質決定によっても生ずる。テレによれば、これは、農業賃貸借法（statut des baux ruraux）からよく理解できるという。

農業賃貸借法は、一九四五年一〇月一七日のオルドナンスによって制定された[111]。同法は、定額小作賃貸借（bail à ferme）と分益小作賃貸借（bail à métayage）について規定し、その規定の多くが公序に関するものであった。そこで、当事者が同法の適用を回避するために無名契約として契約を締結することが可能か否かが問題とされた。たとえば、サヴァティエ（R.Savatier）は、「〔一九四五年のオルドナンスが〕定額小作賃貸借と分益小作賃貸借という二つの種類の契約を規制しているため、現行の立法が、厳格に、特定の条項を含んだ他の契約をつくることを禁じていると認めることは不可能である[112]」という。しかし、彼はまた、「強行規定である農業賃貸借法の諸規定は、これらの規定を回避する

ために、法定されたいかなる類型にも属さない契約を練り上げるという非常にたやすい詐害を認めない」[113]と指摘する。

テレも、細部には違いがあるものの、サヴァティエと同様の主張をする[114]。つまり、当事者の合意内容と近い契約類型が強行規定によって規律されているという事実は、無名契約を排斥するのに十分ではないとしながらも、無名契約は、類似の契約類型を規律する強行規定に対する詐害がないことを一つの条件として認められなければならない。そして、判例もこのような立場にあると評価する[115]。たとえば、一方で、破毀院社会部一九五三年七月二日では、放牧に関する契約につき、原審判決が定額小作賃貸借ではないとして同数裁判所(juridiction paritaire)の管轄権を否定したのに対して、破毀院は、当該契約が農業賃貸借法に従属するか否かを問わず、農業の財に関する賃貸借であれば管轄権を有するとした[116]。つまり、農業に関する賃貸借のなかに、定額小作賃貸借でも分益小作賃貸借でもない、無名契約を認めた。他方で、破毀院社会部一九五二年一二月一九日では、原審判決が、農業賃貸借法の規律に服さない、既存の契約類型とは異なる農業開発契約（contrat d'exploitation agricole sui generis）が締結されたと判示したのに対し、破毀院は、当事者が付与した呼称が何であれ事実審判事には契約の本当の特徴を見出す義務があるとし、原審判決の評価を誤りだとした[117]。これらの判決からは、事案によって、農業賃貸借法の対象とならない無名契約を認める場合がある一方で、当事者によって無名契約として締結された契約のすべてが同法の適用を回避しうるわけではないことがわかる。

このように、テレは、公序に関する規定に鑑みて、当事者は合意に対して自由に性質決定を付与することができるわけではないと指摘した。

(2)　マルマユの見解

マルマユは、契約の個数という文脈においてであるが、テレと同様の指摘をする。つまり、ある性質決定を採用し公

序に関する規定が適用されるのを避けるために、あるいは契約をまとめて一つにし、あるいは契約を複数に分けることが考えられる。このとき、この契約の個数に関する当事者の選択が公序に関する規定に対する詐害に基づく場合には、判事による性質決定それ自体への介入が生ずる。(118)

すなわち、当事者によれば一つの行為として、または別個の行為であるが不可分に結びつけられたものとして捉えられている場合であっても、それが特定の契約類型や諸行為の総体に含まれた一つの契約に向けられた公序に関する規定に対する詐害に基づく場合には、判事は、それを複数の契約として性質決定する。その最たる例は仮装行為(simulation)に関する事案である。(119) たとえば、破毀院民事部一九五五年七月四日（売買契約を締結すると同時に、本当の売買代金を隠すために秘匿行為として売主から買主に対する融資を行っていた事案で、売主が融資の債権者として買主が行った不動産の処分に対し詐害行為取消権を行使したところ、融資が有効か否かが争われた。）は、秘匿行為である融資は一九一二年二月二七日の法律により禁止され無効である一方で、表見行為である売買契約には無効原因がないとし、売主には貸主たる資格がないとした原審判決を正当であったとした。(120)

また、判事が、当事者によれば複数の契約としてそれぞれに性質決定が付与されている行為につき、それが公序に関する規定に対する詐害に基づく場合には、それらを一つの行為と再性質決定する。その例として、マルマユは、動産の売買と不動産の売買が将来の相続財産に関する行為に該当するか否かが争われた破毀院民事部一九六三年一一月二七日を挙げる。

［仏58］ 破毀院民事部一九六三年一一月二七日(121)

【事案】 Aが、Yに対して、所有していた家と備え付けられた動産について、用益権を自身に残して虚有権（nue-

propriété）を売却した。代金は、家につき三〇万フラン、動産につき一六万フラン、そのほかに終身年金として九万六〇〇〇フランとされた。なお、契約書には、契約の目的として「売主の死亡時に、いかなる抗弁も留保もなく存在するすべてのもの」が対象となると約定されていた。Aの死後、相続人Xは、この合意が将来の相続財産に関する行為であるとして無効を言い渡すよう請求した。

原審がXの請求を認めたところ、Yは、動産の売買と不動産の売買とは区別された契約であり、動産の売買については将来の相続財産に関する行為として無効であっても、不動産の売買についてはそれに該当しない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、全体として計画された契約の目的がAの死亡時に存在する物であったことから、原審判決が将来の相続に関する行為であるとしたのは正当であったと判示した。

マルマユは、このような場合には、規定されたサンクションを根拠づけるのに適した性質決定を採用しているのだと説明する(122)。もっとも、マルマユの説明は抽象的なものにとどまり、［仏58］判決を例に挙げてはいるが、その解説がなされているわけではない。そこで、以上の説明を踏まえ同判決を整理するならば、次のようにいうことができよう。まず、将来の相続財産に関する行為が禁止される旨を規定した民法典一一三〇条第二項に照らし、判事は、当該事案で当事者が別個の契約だと選択することが詐害に基づくものか否かを評価し、これを一つの、または不可分な売買契約であるという再性質決定をした。次に、再性質決定によって一つの、または不可分な売買契約とされた合意が、一一三〇条第二項の適用によって無効となった。このように二つのレベルに分けて考えることができるように思われる。

このような理解は、公序に関する規定に鑑みて当事者が選択した性質決定が詐害に基づくと評価される場合において、必ずしも無効といったサンクションが生ずるわけではないというマルマユの指摘からも窺えよう。例として、当時の労働法典L．一二二－三－一〇条第一項により[123]、連続して締結された期間の定めのある労働契約が、期間の定めのない一つの契約に再性質決定されることがある。これは法定の再性質決定という点でこれまでの事例とは異なるが、ここでは、再性質決定のみが行われ、無効などの他のサンクションを伴わない点に特徴がある[124]。つまり、再性質決定それ自体が、意味を有するのである。

以上のように、マルマユは、当事者による契約の個数の選択が公序の規定に対する詐害にあたる場合には、判事が契約の個数の選択に介入し、再性質決定を行うのだと指摘した。

このように、テレやマルマユの指摘によれば、公序に関する規定の適用を回避するための性質決定が当事者によって選択されたという場面では、公序に関する規定の適用の場面と異なり、当該規定に対する詐害があったか否かを問題としていた。このようなテストは、無効というサンクションにおいては行われていなかったものである。最後に、テレやマルマユが、いかなる場合に詐害となると評価しているかを概観し、その特徴を明らかにしていきたい。

（二）性質決定における公序に関する規定への詐害

先に検討したように、当事者による性質決定の選択に対し公序が影響するかという場面では、それが公序に関する規定への詐害にあたるか否かが問題とされていた。性質決定の問題と、無効というサンクションの問題とを区別すべき理由として、以下では、先送りしていた問題に立ち戻り、いかなる場合に公序に関する規定への詐害にあたるかに関する判断基準の特徴の析出を試みる。

(1)　テレによる無名契約とその基準

テレは、いかなる場合に当事者の選択した性質決定が公序に関する規定への詐害にあたるかを直接に扱ってはいない。しかし、テレは、無名契約について論じる際、当事者が無名契約という性質決定を選択するには、いくつかの条件が必要であると指摘しており、参考になろう。

まず、法が、明確に当事者がある性質決定の選択をする権限を制限する場合がある。たとえば、民法典八九三条は、財を無償で処分する方法につき、生存者間での贈与、または遺贈によってのみ可能である旨を規定する。したがって、同条により、死因贈与は禁止される[125]。また、条文によって明確に選択可能な性質決定が定められていなくとも、類似の性質決定に関する規定が、当事者による無名契約という性質決定の選択を妨げる場合もある。先に確認をした、農業賃貸借法に関するものが、その例である。

続いて、無名契約であるというためには、法律または判例によって是認されている契約類型に比して、当事者による合意が新しいものである必要があるという[126]。テレは、裁判例によって無名契約と性質決定されている展示契約（contrat d'exposition）をもとに、いかなる場合に無名契約とされるかを指摘した。展示契約とは、次のようなものである。ある芸術家が、非営利社団に対して作品を展示するよう依頼する。非営利社団は、展示品を保管し管理する義務を負う。リジュー民事裁判所一九二九年二月二六日は、このような展示契約が賃貸借か否かが争われた際、当該契約では、委任、寄託、貸借が一度になされ、その目的も物の場所の提供（logement de la chose）ではないことから、作品の賃貸借ではない特殊な契約であると判示した[127]。テレは、このような裁判例から、複数の既存の契約類型に関する規定をそれぞれの約定に適用すると契約の統一性や契約当事者の意思が害される場合には、無名契約という性質決定がなされると指摘する[128]。

以上のように、テレは、ある合意を無名契約と性質決定しうるための諸条件を挙げた。無名契約という性質決定が可能であるというためには、公序に関する規定の影響のほかに、既存の契約類型との関係を指摘していた点が興味深い。公序に関する規定から直截に、当事者による性質決定の選択の認否を判断できるわけではないことを示しているからである。

(2) マルマユによる契約の個数の選択とその正当性

マルマユの見解に移ろう。マルマユによると、当事者は、必ずしも、公序に関する規定の適用を回避しようという動機のみから、契約を単一に、または複数にしてその内容を複雑にするわけではない。強行規定の適用の回避とは別の利益を考慮して選択していることもある。そこで、判事は、一方で、当事者が当該規定の適用の回避を唯一の目的として契約の個数を選択している場合には、当事者の詐害の意図を確認しなければならず、他方で、当事者が当該規定の適用の回避とは区別された利益により契約の個数を選択し、かつ、その利益が正当なものであれば、当事者の選択を認めるのだという[129]。具体例をもとに、マルマユの主張を確認していこう。

まず、買戻特約付きの売買と賃貸借契約とが二当事者間で締結された場合をみる。つまり、一方で、買主が売主から、買戻特約付きの物を取得し、他方で、売主は、買主との間でその物の賃貸借契約を締結し、それを使用する。これらの契約の組み合わせは、いかなる強行規定も侵害しない。しかし、マルマユは、場合によっては、これらの契約が暴利に関する強行規定への詐害と評価されることがあると指摘する。たとえば、次のようなケースを挙げる。一方で、買主が通常の価格で売主から物を購入し、他方で、売主がその物を使用するにあたりかなりの賃料を買主に支払い、かつ、買戻しの際には売買代金の少なくとも同額を支払わなければならないとする。このとき、このような契約の組み合わせそ

れ自体を規制する規定がない。しかし、これらは、暴利に関する規定への詐害を認めるのに十分であり、性質決定の段階で、これらを一つの貸借であると再性質決定しなければならないという[130]。

次に、出版社による連続した売買（vente par série）のケースをみる。出版社と消費者との間で、一方で、通常よりも安価な代金で一セットの本やカセット等の売買がなされ、他方で、消費者が、一定の期間の経過後、通常よりも高額な代金で、指定された数の本やカセット等を購入する義務を負うという合意が、実務においてしばしば行われている。このとき、この合意を一つの契約とみるならば、消費法典Ｌ．一二二－一一条第二項により禁止されている抱き合わせ販売に該当する[131]。その一方で、この合意を複数の契約とみるならば、第一の売買が、競争を制限する行為として商法典Ｌ．四四二－二条により禁止されている投げ売り（vente à perte）に該当する[132][133]。しかし、このような合意の有効性が争われた際、ヴェルサイユ控訴院一九九三年五月二七日は、それを有効とした。

［仏59］ヴェルサイユ控訴院一九九三年五月二七日[134]

【事案】Ａとビデオクラブｂとの間で、Ａが、通常よりも安い価格で二つのカセットを購入し、その後、二年の間に、他に六つのカセットを購入するという契約が締結された。これが投げ売りに該当するか否かが争われた。

【判旨】（不明）

控訴院は、これらの取引の不可分性に鑑みて、投げ売りがあったとは認められないと判示した。そして、本件取引では、八つのカセットの売買がなされており、二年間で行われたこの一つの取引（opération unique）において、八つのカセットの売買代金がこれらの製品の価格よりも廉価であったとの証明も主張もされていないとした。

［仏59］判決に対するマルマユの評価を、性質決定の問題と、それと公序に関する規定との関係に分けてみていこう。

まず、性質決定についてである。マルマユによると、［仏59］判決は、当事者によってなされた合意を、一つの売買と性質決定せず、したがって抱き合わせ販売に該当するとはしなかった。また、その合意を、複数の売買であると完全に区別し、第一の売買を投げ売りに該当するともしなかった。つまり、同判決はその合意を「一つの取引（opération unique）」という文言で表しているが、これは、諸契約が不可分であることを示しており、このことが、投げ売りに関する規定の適用の回避を可能にしているという[135]。要するに、諸契約の不可分な総体という性質決定は、一つの売買契約という性質決定とも、また、複数の売買契約という性質決定とも異なるものであり、抱き合わせ販売にも、投げ売りにも該当しない。

次に、公序に関する規定の適用を回避する以上の性質決定を採ることがなぜ認められるかである。マルマユによると、「アプリオリには投げ売りがあったであろうが、しかし、そこでは競争に対する制限が問題となりえなかった。これは、通信販売で用いられる一般的なやり方であり、カセットの売買に関する一般的な販路を侵害するものではない[136]」。したがって、同判決が本件取引を有効としたのは正当であったとした。

以上のように、マルマユは、当事者によって選択された契約の個数に対し、それが公序に関する規定の適用を回避しようという詐害の意図のみから選択された場合には、再性質決定を必要とすると指摘した。それに対して、当該規定の目的を害することがなく、経済的な便宜さといった正当な利益が存する場合には、当事者による選択を是認すべしとした。

（三）小括

以上では、当事者による性質決定の選択に対する公序の影響をみてきた。テレやマルマユによると、この問題は、無

効というサンクションとは異なる特徴を有していたといえよう。すなわち、当事者による性質決定の選択に対して、別の契約類型に向けられた公序に関する規定が影響を及ぼすと判断される場合というのは、当事者による当該規定の適用を回避しようという意図を、つまり当該規定に対する詐害の意図を見出せる場合であると指摘されていた。無効においては、客観的なサンクションとしての性格から、このような詐害の意図が必要とされていなかったことは、前章でみたとおりである。

それでは、なぜ、公序に関する規定への詐害の意図の有無というテストを必要とするのか。マルマユは、その理由につき、サレイユ（R.Saleilles）の言説を引用し、説明する[137]。すなわち、「ローマ法、イギリス法、その他あらゆるところにおいて、すべての法的な進化は、法律を免れるための変形、偽装、フィクションによって作り出されてきた[138]」。そして、マルマユは、当事者による契約の個数の選択が公序に関する規定の適用を回避する目的だけによるのであれば詐害の意図が認められるのに対し、それとは異なる正当な利益によるのであればそれは当事者に認められた権限であるとしたのである。この理由からも、性質決定の選択に対する公序の影響という問題は、公序に関する規定の違反による無効が問題となる場面とは異なる状況を想定しており、無効というサンクションの問題とは性格を異にしているといえよう。

三　小括

本款では、複合的な契約における連続的消滅の問題を、契約における特定の条項の無効の問題と同様の枠組みで捉えてよいかを検討するために、第一に、不可分性概念で考慮されている当事者の意思が性質決定の問題において役割を果たしていると考えられることを、第二に、性質決定の問題に対する公序の影響に関する議論に鑑みると、性質決定の問題と無効というサンクションの問題とは区別して論ずべきことを明らかにした。

まず、不可分性概念における当事者の意思の役割を振り返ろう。不可分性概念を論ずる学説のなかには、無効の範囲の問題を解決するために当事者の意思による不可分性が考慮されると指摘するものがあった。しかし、各学説を子細に検討するならば、当事者の意思による不可分性それ自体は、諸契約を結びつけ、合意を総体として扱うための概念であった。そして、その影響が、無効のほか、契約の解釈や規定の適用の可否、解除など幅広い場面で生じていた。いくつかの学説によれば、このように合意を総体として扱い、その総体に対して共通の制度に従属させるという作用は、性質決定と近いものであることが指摘されていた。つまり、当事者の意思によって、合意に対し、不可分な総体という性質決定が与えられていた、または、この不可分な総体は、厳密には性質決定でなくとも、それに近い位置づけにあった。

次に、不可分な総体というのが、無効の範囲を解決するためではなく、性質決定またはそれに近いものであると指摘することがいかなる意義を有するかについて、性質決定に対する公序の影響に関する議論をもとに検討した。テレやマルマユによると、性質決定に対する公序の影響という問題は、公序に関する規定の適用の問題とは区別される。そのように指摘する理由として、当事者が選択した性質決定に対して、別の性質決定に向けられた公序に関する規定が影響を及ぼすと判断するには、詐害の意図を必要としていたという点を挙げることができた。つまり、彼らは、当事者により選択された性質決定が認められるかを判断する際には、公序に関する規定の適用を回避するほかに当事者が当該性質決定を選択したことにつき正当な利益があるか否かや、既存の契約類型の異同などが考慮されると指摘しており、これらは、公序に関する規定の違反が問題となる場合とは異なる要素である。そして、これらの要素が考慮されるのは、当事者には、原則として既存の契約類型とは異なる契約を創出する自由があるからだといえよう。

（41）複合的な契約における無効の範囲を画定するにあたって不可分性概念が影響していることが指摘されるようになったのは、およそ一九五〇年前後のことであった。法律行為の分野でも不可分性概念が意義を有することが学説で定着するにあたって、本文で取り上げるブーランジェの見解が大きな影響を与えた。それ以前の学説においては、複合的な契約のひとつが無効であるとき、たとえそれらの間に密接な関係があるとしても、それらが独立の性質決定を付与されるものであれば、他の行為は依然として有効なままであるとされていた。

たとえば、ドゥモンテ（Demontés）は、賃貸借契約（bail à loyer）の特徴を考察する論稿のなかで、一九三二年の破毀院判決を例に挙げ、複数の行為それぞれに対し独立した性質決定が与えられうる合意が当事者間で経済的にはひとつの取引であると考えられる場合について言及し、諸契約間相互の影響を否定する（Demontés, Quels sont les contrats ayant le caractère de baux à loyer?, Rev.crit. lég. jur. 1934, p.13 et s.）。

［仏］　破毀院民事部一九三二年七月二八日（Cass.civ., 28 juillet 1932, S.1933, I, 20 ; D.H. 1932, 522.）

【事案】　鉱山開発会社（société minière）Yが、Xに対して、スラグの山を使用する権利（droit d'exploiter des crassiers）を譲渡すると同時に、その利用のための工場に必要な土地を賃貸した。前者の契約については、スラグから抽出された物質やその他の得られた利益に応じて使用料がXからYに支払われ、後者の契約については、定められた賃料を毎年支払うことが合意されていた。両契約の期間は、五年であった。期間の満了にあたり、Xが両契約を更新しようとしたところ、Yがこれを拒否した。そこでXは、一九二六年六月三〇日の法律により営業賃貸借に関する更新権が認められていることを理由に更新権を主張し、更新が認められない場合には追奪補償（indemnité d'éviction）を支払うよう請求した。これに対して、Yは、同法が本件契約には適用されないとして争った。

原審は、賃貸借契約の部分について一九二六年六月三〇日の法律の適用を認めた後、使用する権利の譲渡に関する合意と賃貸借の合意との間の牽連性を指摘し、両契約が、同法律により保護される全体としてひとつの賃貸借を構成すると判示した。そこで、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、原審判決が、授権範囲を越えてしか、開発する権利の譲渡に関する合意を賃貸借であると判示することはで

きず、法律の誤った適用をしたと判示した。

この判例を題材に、ドゥモンテは、それぞれの契約が独立の法律行為として認められるものである以上、両者を不可分なものとして扱うべきではない旨を主張する。

すなわちドゥモンテは、まず、本判決において、二つの合意が物的つながり（lien matériel）にあるか、つまり、二つの合意が同一の書面上に存するかは重要ではないと指摘する。合意の本質（la nature des conventions）によって、それらを性質決定することが可能だからである。つまり、山を使用する権利の譲渡は売買に相当するため、営業所有権（propriété commerciale）に関する一九二六年六月三〇日の法律が適用されえない（一九二六年六月三〇日の法律における「営業所有権」制度とは、次のような制度である。商人がその営業財産を経営している場所を賃借している場合において、賃貸借契約が満了した時に、賃借人たる商人は、賃貸借契約の更新権を有することになる。もっとも、同法律のもとでは、賃貸人が更新を拒絶しうるという原則自体は否定されなかった。それゆえ、もし賃貸人が更新を拒絶したならば、賃借人の更新権を侵害することとなる。そこで、更新が正当な理由なく拒絶されたときには、一定の条件のもとで、場所の喪失により生じた損害に相当する追奪補償をする義務が、賃貸人に課されることとなる。営業所有権をはじめとするフランスの商事賃貸借法制については、吉田克己「フランス商事賃貸借法制 ―『営業所有権』とその動揺」私法四三巻（一九八一年）二八三頁以下、同「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開（一、二）」社會科學研究二九巻（一九七八年）六号一頁、三〇巻（一九七八年）一号一頁以下が詳細な検討をしている。）。

もっとも、これらの契約はたしかにそれぞれ別個に把握されうるものではあるが、しかし、両者は経済的に不可分なものであるということができるために、これらの契約を別個のものとして扱うことが望ましくないという疑問を抱かせる。しかし、両者を不可分なものとすることについて、ドゥモンテは、独立した法性決定が与えられる行為の意義という観点から、次のように否定した。すなわち、本件のような、同一の経済活動を実施し発展させるためになされた、同一の当事者間において締結された異なる契約の結合的関係は、民法上、存在しない。それぞれの契約は、原則として独立した法律行為であり、つまり少なくとも裁判官や注釈者にとって手段ではなく、固有の目的を有するものである。たしかに、契約自由の原則は、同一の当事者間においてさまざまな債務を組み合わせることを可能にし、それら諸債務は、ひとつの法律

行為にまとめられうる。この場合において注釈者は、当事者の共通の意思において様々な債務および権利間に不可分性を見出すことができよう。しかし、当事者間で独立した法律行為として形成され別個の契約として把握される場合においては、それらが不可分な関係にあるというのは、非常に疑わしい。そして、ドゥモンテは、いくつかの債務や権利が不可分な関係にあるというには、コーズの同一性（l'identité）に起因する不可分性が必要とされなければならないと主張する（Demonté, op.cit., p.15）。

このように古い学説によれば、当事者の意思により諸行為が不可分とされる可能性が判例により退けられているわけではないが、しかし、それぞれの行為に独立の性質決定が付与されるような場合にはそれらが不可分な関係にあるということはできず、それゆえ不可分性概念が認められる場合は非常に限定的であるとされていた。

（42）J.Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilite des actes juridiques, R.T.D.Civ. 1950, p.1.

（43）《operation》の訳語について注記する。

複合的な契約に関する議論において、学説には、諸契約の全体を示す語として、《operation》を使うものが多い。このような文脈では、複数の契約の存在を含意させるために、《operation》という語を用いているのであり、《operation》に、単一の契約を想起させる「行為」や「契約」という語を当てることは適切でないであろう。

もっとも、ブーランジェの見解に限れば、《operation》は、複数の契約の総体を示す意味で用いられていない。つまり、ブーランジェは、《operation》を、「特定の性質決定に通ずる技術的手法によって、特定の効果を生ぜしめる意思表示である」と定義している（J.Boulanger, op.cit., n°3）。

そこで、本稿は、《operation》を、ブーランジェの見解を説明する場合には「行為」と訳し、それ以外では、つまり複数の契約の総体を示すために用いられている場合には「取引」と訳出する。

（44）J.Boulanger, op.cit., n°4.

（45）J.Boulanger, op.cit., n°4.

（46）当事者の意思による不可分性の例として、ブーランジェは、契約における付随的な条項が無効である場合も取り上げる（J.Boulanger, op.cit., n°4.）。もっとも、この場合については、前節ですでに検討をした。また、ブーランジェの見解に対する本稿の関心は、彼の見解の是非を問題とすることではなく、どのような文脈で不可分性概念を論じていたかにあるため、

本論では取り上げていない。

（47）J.Boulanger, op.cit., n°. 4.

（48）《solidaire》の訳語について注記する。

通常、《solidaire》は、「連帯債務（obligation soridaire）」、「連帯保証人（caution solidaire）」、または「連帯主義（solidarisme）」と訳されるように、「連帯的」という訳があてられる。

ところで、ある二つ以上の契約の関係のなかには、今日の学説によれば、一方が他方に対して従属的な関係にある場合と、相互が依存的な関係にある場合があることが指摘されている（たとえば、参照、Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n°. 77.）。それゆえ、今日では別の語（たとえば《interdependant》）が相互依存的な関係を示すために用いられていることに留意しなければならないが、ここでは文脈に即して、「連帯的」ではなく「相互依存的」と訳出した。

（49）J.Boulanger, op.cit., n°s 4 et s.

（50）二〇〇六年六月二三日の法律による改正前は、この種の行為は、尊属から卑属に対する行為に限定されていた。それゆえ、尊属分割（partages d'ascendants）と称されていた。しかし、同法律によって、尊属から卑属に対する行為に限定しないといった改正がなされ（民法典一〇七五条以下）、現在では、恵与分割と称されている。

（51）贈与分割に関する規定は、民法典一〇七六条以下に置かれているが、一九七一年七月三日の法律や二〇〇六年六月二三日の法律による改正を経ている。ブーランジェの論稿が公表された当時の規定は、一九七一年七月三日の法律以前のものである。

（52）V. Marcadé, *Explication du code civil*, tome 4, 8e éd., Paris. 1892, n°. 268, note 2.

（53）旧一〇七七条「死亡した時点で生存している子と、既に死亡した者の卑属との全員の間で分割がなされなかった場合で、かつ分割に含まれなかった財産にして割当分を受けなかった相続人の相続分を構成するのに十分な財産が相続開始の時に存在しない場合には、分割は、全部を無効とする。（以下略）」

（54）J.Boulanger, op.cit., n°. 5.

たとえば、分割のみの無効を問題とするにあたり、なされた行為が尊属分割（尊属から卑属に対する恵与分割）ではなかった旨を判示した次の破毀院判決がある。

［仏］　破毀院予審部一八七二年六月二四日（Cass.req. 24 juin 1872, D.1872, I, 472）

【事案】　一八五一年四月二日に、Aが、子Yらに対して、財を包括的に贈与した。同日、Yらは、協議による換価処分（licitation amiable）をするためにAから受けた財を売却した。この売却について、Aは知らなかった。

Aの死亡後、相続人Xが、本件尊属分割の無効および取消しを請求した。なお、正確なAの死亡時およびXの請求時は不明であるが、Xの請求は、本件売買から一〇年が経過した後で、かつAの死亡から一〇年が経過する前であった。そのため、尊属分割か否かにより、無効訴権が時効によって消滅しているか否かが異なることになる。この点が争点となった。

原審は、本件行為を尊属分割ではなく、通常の分割であったとして、Xの請求が当該行為の時から一〇年を経過した後になされていることから、時効によって無効を請求しえないとした。これに対し、Xは、尊属分割に対する無効および取消訴権の時効はAの死亡時から進行するため、原審判決が時効について定める民法典（旧）一三〇四条に反しているとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、本件売買の無効請求が本件売買から一〇年を経過した後であったことから、原審判決は民法典（旧）一三〇四条に従ってなされていると判示した。

（55）Cass.civ., 22 novembre 1949, J.C.P.1950. 5322, note Becqué.

（56）フランス法上、将来の物（chose future）は、債務の目的になりうる（民法典一一三〇条第一項）。しかし、未だ発生していない相続を放棄することや、同様の相続について約定する、または何らかの同意をすることはできないとされる（民法典一一三〇条第二項）。

なお、現在では、民法典一一三〇条第二項につき、「法律により規定された条件のもとで〔放棄等をすることができる〕」という文言が追加されている。

（57）J.Boulanger, op.cit., n°. 5.

（58）Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 1957, n^{os} 480 et s.

（59）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n°. 480.

（60）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n°. 514.

（61）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 481.
（62）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 482.
（63）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^os 482 et 483.
（64）この旨を判示した破毀院判決として、破毀院民事部一九二四年四月八日（Cass.civ. 8 avril 1924, D.P. 1924, I. 48.）がある。
（65）Cass.req., 27 april 1926, D.H.1926, 281.
（66）C.A.Angers, 9 novembre 1949, JCP 1950, II. 5242.
（67）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^os 502 et s.
（68）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 316.
（69）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 310 et s.
（70）J.Mauly, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ., 1994, p.255, spéc. n° 6.
（71）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 314 et s.
（72）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 261.
（73）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 261 et s.
（74）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 265 et s.

不可分性がもたらす影響それ自体の検討も重要な作業である。しかし、本稿の主眼は、とりわけ複合的な契約における連続的消滅の問題を、契約における特定の条項の無効の問題と同一の枠組みで論ずることの是非にあり、そのためには、不可分性概念が無効や性質決定との関係でどのように位置づけられるものかを探ることが重要である。スーブの見解に対する本稿の検討は、このような視点からのものである。

不可分性がもたらす影響に関するスーブの見解については、都筑・前掲注（1）『複合取引の法的構造』二二七頁以下を参照。

（75）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 318 et s.
（76）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 343 et s.
（77）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 284 et s.

(78) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^{os} 280 et s.
(79) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^{os} 291 et s.
(80) J.Mauly, op.cit., De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ., 1994, p.255.
(81) 動産の信用貸借を例に挙げると、動産の信用貸借とは、一定の期間、貸主が借主に対して有償で設備等を貸し、かつ、この貸借の終了時に、借主が物を返還するか、あらかじめ定められた額で取得するか、または契約の更新をするかを選択するという契約である（G.Cornu, *Vocaburaire juridique*, dir. de Association Henri Capitant, PUF, 2015, v^{o} Crédit-bail.）。
(82) J.Mauly, op.cit., n^{o} 6.
(83) J.Mauly, op.cit., n^{o} 7.
(84) J.Mauly, op.cit., n^{o} 27.
(85) J.Mauly, op.cit., n^{o} 28.
(86) J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties*, thèse, PUAM, 2002.
(87) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{o} 63.
(88) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{o} 72.
(89)「枠契約（contrat-cadre）」の多様性につき、参照、中田裕康「枠契約の概念の多様性」日仏法学二二号（一九九九年）一三一頁、野澤正充・前掲注（11）「枠組契約と実施契約 ―『契約の集団』論の新たな展開」一六四頁。
なお、「連結のための枠契約」でも「枠契約」という語が含まれているが、想定する事案は、これまでの「枠契約」が想定していたものとは異なるように思われる。
(90) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 553 et 554.
(91) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 573 et s.
(92) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 555 et s.
(93) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 560 et 587.
(94) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 561 et s.
(95) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 587 et s.

諸契約を不可分とすることがある公序に関する規定との関係で許されるかについては、本文で後述するように、当事者が当該規定を回避することを唯一の目的として諸契約を不可分なものとしたか否かが問題となるという特徴がある。

（96）不動産売買では、売主は、不動産の価格の一二分の七を超える損失を被った割合には、レジオンを理由に取消しを請求することができる（民法典一六七四条）。これに対して、代金を欠いているに等しい場合には、当該売買契約は無効となる。なお、この場合、不動産売買のレジオンによる取消しの請求が売買の日から二年経過すると受理できない旨を規定する一六七六条の適用はない。

（97）たとえば、参照：J.Ghestin, *op.cit.*, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, n° 240 et s ; Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y.Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 214 et 215.

この旨を判示する破毀院判決として、破毀院予審部一九一一年五月一日（Cass.req. 1 mai 1911, D.P. 1911, I, 353）がある。

［仏］ 破毀院予審部一九一一年五月一日

【事案】 Aは、Bに不動産を売却した。代金は、当初六〇〇〇フランであったが、即座に終身年金として四〇〇フラン、およびその不動産上の建物の二部屋に居住する権利に変更になった。その後、Aの娘Xが、Bの利害関係人Yに対して、本件売買契約は代金を欠くとして、その無効を請求した。

原審がXの請求を認めたため、Yが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、代金は売買の本質的かつそれを構成する要素であり、買主が自身の金銭からいかなる犠牲も払うことなく目的物の収益から売主に対する約務の履行を十分になしうる場合には、事実審裁判所はその売買を代金を欠くものとみなさなければならないとした。そして、本件事案においては、事実審によれば当該不動産が約一万九〇〇〇フランの価値を有するところ、本件売買が代金を欠き無効であるとした原審判決を正当であったとした。

（98）Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y.Gautier, *op.cit.*, *Droit des contrats spéciaux*, n° 215.

また、この旨を判示する破毀院判決として、破毀院第三民事部一九九三年三月三日（Cass.civ.3e, 3 mars 1993, Bull.civ. III, n° 28 ; JCP 1994, I, 3744, n° 1, obs. M.Fabre-Magnan）がある。

［仏］　破毀院第三民事部一九九三年三月三日

【事案】　A社は、B社から、B社の瓦礫工場やその機材を一七五万フランで購入し、B社の株主であるC（後に死亡）から、工場が建っている土地を一フランで購入した。また、A社は、B社の負っている負債一八八万五〇〇〇フランの債務引受をした。この土地には、A社がY社に負っている債務を担保するために抵当権が設定された。その後、A社が強制清算手続きに入ったため、Y社が抵当権の実行をしようとしたところ、Cの相続人であるXは、AC間の売買契約はきちんとした代金（prix sérieuse）を欠くために無効であると主張した。

原審が土地の売買契約の無効を認めなかったため、Xが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、煉瓦工場の事業に関する売買の総体が不可分なものとして形成されており、土地の売買契約は工場の売買や債務引受と分離しうるものではないことなどを理由に、契約の一般的なエコノミーの枠組みにおいて、土地の売買が反対給付を有するとした原審判決を正当であったと判示した。

(99) たとえば、参照、D.Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7e éd., Dalloz, 2010, n° 11 ; J.-F. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, thèse, LGDJ, 1969.

また、コーズや目的概念と契約のエコノミーとの関係については先に指摘したが（本稿（六）［六八巻四号］二〇頁以下）、ベナバン（A.Bénabant）は、契約のエコノミーによって性質決定が区別されると指摘する（A.Bénabant, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, 2015, nos 18 et s. なお、改正後でも同様の指摘をしている（A.Bénabant, *Droit des obligations*, 15e éd., LGDJ, 2016, nos 20 et s.））。

(100) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 591.

(101) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 594.

(102) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 661.

(103) Ph.Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse, Matot-Braine, 1953, n° 156.

(104) Ph.Malaurie, *op.cit.*, thèse, n° 240.

(105) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 525.

なお、当事者の合意内容に対し有名の性質決定が付与される場合であっても、たとえば、当事者が合意内容のどの部分を強調するかによって性質決定が異なることや、当事者がある合意内容と他のそれとを組み合わせるか否かによって、性質決定が異なることがある（Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 526.）。

（106）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 666.

（107）詐害については、本稿（五）〔六八巻一号〕一六七頁を参照。

（108）Cass.civ. 13 mars 1899, D.P. 1900, I, 5, note A. Boistel.

（109）Cass.civ. 8 mars 1897, D.P. 1897, I, 321, note P.L.P.

（110）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 531.

（111）農業賃貸借法が一九四五年のオルドナンスによって制定される前にも、農地に関する賃貸借の規定として、定額小作賃貸借（bail à ferme）に関する民法典の規定と、分益小作賃貸借（bail à métayage）に関する一八八九年七月一八日の法律による規定があった。もっとも、当時、当事者には、これらの規定で定められた事柄に修正を加える、または新しい類型の契約を締結する大きな自由があり、上記規定が適用されない無名契約として当事者が合意することも容易に認められていた（Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 598.）。

（112）R.Savatier, note sous Cass.soc. 27 mars 1952 et 15 mai 1952, D.1953, p.19.

（113）R.Savatier, op.cit., note sous Cass.soc. 27 mars 1952 et 15 mai 1952, p.19.

（114）たとえば、サヴァティエは、分益小作賃貸借と、賃金（salariat）による賃貸借との間に無名契約を認めることはできないとうが（R.Savatier, op.cit., note sous Cass.soc. 27 mars 1952 et 15 mai 1952, p.19.）、テレはこれを認める（Fr.Terré, *op.cit.*, n° 610.）。

（115）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^{os} 601 et 602.

（116）Cass.soc. 2 juillet 1953, D. 1953, jur. 693, note R.Savatier.

（117）Cass.soc. 19 décembre 1952, D. 1953, jur. 333, note R.Savatier.

（118）J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 319 et s. et 411.

（119）J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 147.

(120) Cass.civ. 4 juillet 1955, D. 1956, jur. p.19, note Ph.Malaurie.
(121) Cass.civ. 27 novembre 1963, Bull.civ. I, n° 520.
(122) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 413 et 414.
(123) 労働法典L．一一二一－三－一〇条第一項「労働契約関係が契約期間の満了後も継続する場合、契約は、期間の定めのない契約となる。」
［筆者注：現在では、労働法典L．一一四三－一〇条第一項に同様の規定が置かれている。］
(124) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 147 et n^{os} 415 et s.
(125) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 597.
(126) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^{os} 604 et s.
(127) Trib.civ. Lisieux, 26 février 1929, R.T.D.civ. 1930, p.125, obs. Demogue.
(128) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^{os} 605 et s.
(129) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 346.
(130) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 351 et 352.
(131) 消費法典L．一一二一－一一条第二項「同様に、ある製品の売買を一定量の購入に、または他の製品もしくはサービスの同時購入に従属させる行為、およびあるサービスの給付を他のサービスの給付もしくは製品の購入に従属させる行為は、この従属がL．一二一－一条の意味において不誠実な商業行為に相当する場合には、禁止される。」
［筆者注：マルマユのテーズの公刊時には、L．一二一－一条第一項が抱き合わせ販売の禁止を規定していた。当時の規定では、抱き合わせ販売の規定が、事業者による正当な理由のない売買等の拒否とまとめて規定されていた点や、「この従属が……不誠実な商業行為に相当する場合には」という限定がなかった点などの違いがみられる。抱き合わせ販売の定義については現行の規定と同様であるため、現行法の規定を挙げている。］
(132) 商法典L．四四二－二条第一項「すべての商人による、実際の取得価格よりも廉価な代金によって現状有姿で製品を転売する、または転売の広告をする行為は、七万五〇〇〇ユーロの罰金によって処罰される。（以下省略）」
［筆者注：マルマユのテーズが公刊される少し前の規定（二〇〇一年末まで有効であった規定）では、罰金の額が五〇万

フランであった点などの違いがみられる。投げ売りの定義については現行の規定と同様であるため、現行法の規定を挙げている。]

(133) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 493.

(134) C.A. Versailles 27 mai 1993, JCP E. 1994, I, 310, n° 6, obs. Ph.Devesa.

(135) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 494.

(136) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 494.

(137) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 345 et 346.

(138) Cité par M.-C.Belleau, Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du 20^{e} siècle en France, Les cahiers de droit, vol. 40, N° 3, 1999, p.507, spéc. p. 531.

第三款　本節のまとめと補足

本節では、複合的な契約における連続的消滅の問題を、主に不可分性概念に関する学説の議論を通じて、契約における特定の条項の無効の問題と同様に無効というサンクションの観点から扱うべきかについて検討した。

まず、複合的な契約において、その取引全体が消滅するかを判断するにあたり、両当事者がどのような目的を追求しており、その目的を達成するためには諸行為の全体が必要かという意味で、当事者の意思が考慮されていた。このような当事者の意思の内実は、伝統的な一部無効論におけるそれとは異なる。ただし、前節で検討したように、両当事者が契約によって追求した目的を考慮することは、無効というサンクションの観点から不法な範囲を画定する際などに考慮

されうるのであり、必ずしも排斥されるものではなかった。

もっとも、不可分性概念に関する学説を子細に検討するならば、複合的な契約における連続的消滅の問題で考慮される当事者の意思は、無効というサンクションの観点から考慮されていたとはいえないように思われた。すなわち、当事者の意思による諸行為の不可分性とは、諸行為を取引の総体として結びつけ、無効の範囲や契約の解釈、法律の適用の可否、解除など、一定の場面で共通の制度に従属させるための概念であった。この作用は性質決定と近いものであり、学説によって表現の違いはあるものの、不可分な総体という性質決定が与えられている、またはそれに近い位置づけが与えられていると理解できた。そして、不可分性を性質決定の問題として捉えることの意義の一つとして、当事者が選択した性質決定が別の契約類型に関する公序の影響を受けるかを判断するにあたり、当該規定の適用を回避することを目的としてなされたか、つまり詐害の意図があったかという主観的な要素を考慮している点が挙げられた。これは、客観的なサンクションとしての無効では考慮されていなかった点である。当事者は既存の契約類型とは異なる契約を創出する自由を有するため、詐害の意図というテストを必要とすると考えられた(139)。

ところで、複合的な契約における連続的消滅の問題を以上のように位置づけることは、二〇一六年のオルドナンスによって民法典に新設された条文からも窺えよう。最後に、本節で行った検討と、複合的な契約における連続的消滅に関する民法典新一一八六条、一一八七条との関係を補足しておきたい。

民法典新一一八六条第二項は、「同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要な場合において、そのひとつが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約、および、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は、失効する」と規定する。「失効」とは、有効に成立した契約が、その後の新たに生じた事情によって本質的要素が消滅し、履行が不能となった、または利益がなくなった場合に、当該契約を消滅させることである(140)。

かつての判例には、諸契約が不可分である場合に、一方の契約の無効が他方の契約の無効をもたらすとするものがあった[141]。しかし、その後、一方の契約の無効によって、他方の契約が無効となるのではなく、失効すると判示する判例が現れた[142]。学説でも、一方で、たとえばコーズ概念を基礎として連続的消滅の問題を解決しようとする見解には、一方の契約の無効によって、他方の契約はコーズを奪われ無効になるとするものがあった[143]。他方で、スーブは、それぞれの契約は不可分であっても自律したものであり、一方の契約が無効であっても他方の契約は成立時には有効要件を満たしており、それゆえ無効というサンクションは適切でないと指摘した。そして、この契約は、取引全体の実現が意図されていたにもかかわらず、一方の契約の無効によってその本質的要素を失うことになり、失効するのだという[144]。

このように、不可分な関係にある諸契約のうち、一方の契約の無効によってその他の契約が無効となるか、または失効となるかについて議論がなされていたところ、二〇一六年のオルドナンスは、失効というサンクションを採用した。失効に関するこれまでの議論が、民法典新一一八六条、および失効の効果について規定する新一一八七条の新設によってすべての解決をみたわけではないと学説によって指摘されているところであり、今後の議論の蓄積を待たなければならない部分が多い[145]。しかし、複合的な契約の連続的消滅について失効というサンクションが採用されたことは確かであり、それが無効の範囲の問題としては捉えられなくなった。このことは、複合的な契約の連続的消滅においては、当事者の意思を考慮して無効の範囲の問題を解決しているのではなく、当事者の意思によって不可分な総体という性質決定またはそれに近いものが与えられ、それらの帰趨等につき共通の制度に服させているという本稿の理解と通底しているように思われる。

(139) テレが無名契約に対する公序の影響を論じていることからも窺えるように、本節での分析は、単一の契約においても当てはまるであろう。つまり、前節で検討した特定の契約条項の無効の問題は、ある特定の契約類型であることを所与とし、展開される議論であった。それに対して、当該契約類型とは異なる性質決定を当事者が付与し公序に関する規定の適用を回避しようとした場合には、当事者が付与した性質決定が許容されるかが問題となる。

(140) 新一一八六条第一項「有効に成立した契約は、その本質的要素のひとつが消滅した場合には、失効する。」

また、参照、A.Bénabent, *Droit des obligations*, 16e éd., LGDJ, 2017, n° 332.

(141) たとえば、破毀院商事部一九八五年一二月一七日（Cass.com., 17 décembre 1985, R.T.D.civ. 1986, 595, obs. J. Mestre.）がそれである。

［仏］　破毀院商事部一九八五年一二月一七日

【事案】　Aは、Bとの間で、潤滑剤の排他的な供給契約と、気化燃料の排他的な供給契約とを締結した。その余の事実関係は不明であるが、その後、潤滑剤の供給契約については、代金が、引渡し時にBの売買に関する約款によって決定されることになっていたため、これらの契約の無効が争われることになった。

原審は、潤滑剤の供給契約につき、代金が定められていないものとみなし無効であり、それによって気化燃料の供給契約も無効となるとした。

【判旨】　（不明）

破毀院は、これらの二つの契約が近接したものであり、当事者が負っている約務が切り離せないものであることに鑑みて、潤滑油の代金を気化燃料の代金から独立させることができないとして、潤滑剤の供給契約の無効が気化燃料の供給契約の無効をもたらすとした原審判決を正当であったと判示した。

(142) たとえば、破毀院第一民事部一九九七年七月一日（Cass.civ.1re, 1 juillet 1997, Bull.civ.I, n° 224 ; D.1998, 32, note L. Aynès.）がそれである。

［仏］　破毀院第一民事部一九九七年七月一日

【事案】　一九八六年一〇月二七日、公証人証書（acte notarié）により、Aは、Bから、ラジオ放送に関する営業財産を取得した。同日付けの証書により、Xらは、Aに対し、総額一五万フランを貸与した。この消費貸借契約にあたっては、Aが取得した営業財産が商事質の対象となり、Yの不動産に抵当権が設定された。その後、営業財産の売買契約が無効となり、Aは、消費貸借契約の債務の弁済をやめた。そこで、Xらが、抵当不動産の差押え（saisie）に基づいて抵当不動産の売却を求めたところ、Yが、差押前支払い催告（commandement）に意義を唱えた。

原審は、本件売買契約と本件消費貸借契約とが密接な関係にあり、抵当権の設定が売買契約の無効により失効するとして、Xらの差押えに基づく押収（poursuite）を無効であると言い渡した。これに対して、Xらは、売買契約が無効であっても消費貸借契約のコーズがなくなるわけではないことや、たとえ消費貸借契約が失効するとしても担保は有効であることを理由に破毀申立てをした。以下では、第一点についての判旨を取り上げるが、破毀院は、後者の破毀申立て理由について理由があるとしたため、破毀移送となった。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、原審判決によって、本件売買契約と本件消費貸借契約とが、同日に、また、同一の公証人により締結されていることから密接な関係にあることが確認されていたこと、これにより、両当事者が貸借の存在を売買の実現に従属させる意図であったとし、両契約が共通のコーズ（cause unique）に答えるものであったとされたことを確認した。そして、破毀院は、借主の債務がコーズを欠いたとしたのではなく、売買契約の無効が貸借の失効をもたらしたとした原審判決を正当であったと判示した。

（143）B.Teyssié, *op.cit.*, thèse, n° 302.

（144）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 290.

（145）たとえば、エプスタン（A.-S. Epstein）は、新一一八六条や一一八七条の新設によって、これまでの連続的消滅や失効の効果に関する議論に決着をつけることができたわけではないと指摘する。連続的消滅についていえば、合意によって取引を複数に分けることができるかについて、新一一八六条の規定では不十分である（A.-S.Epstein, Art.1186, in dir. Th.Douville, *La réforme du droit des contrat ; Commentaire article par article*, Gualino, 2016, pp.162 et 163.）。また、失効の効果について、伝統的に、失効は、判事の介入なくして当然に生ずるものであり、かつての学説では失効が遡及効を有

するか争われていたところ、新一一八七条は、遡及効が生ずる場合があると明記せずに、しかし原状回復義務が生じうることを規定した。しかし、原状回復は、遡及効を有し、また、判事の介入なくして当然に生ずるものではないという（A.S. Epstein, Art.1187, in dir. Th. Douville, *op.cit.*, *La réforme du droit des contrat ; Commentaire article par article*, p.166.）。したがって、新一一八六条および一一八七条についてはこれからも議論が続くことが予想される。

新一一八七条「第一項　失効は、契約を終了させる。
第二項　失効は、第一三五二条ないし一三五二―九条で定める条件に従って原状回復を生じさせうる。」

〔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。