

資 料
〔翻 訳〕

ジャンーバティスト・スーブ
「裁判官と契約の成立」

山 城 一 真 訳

1 契約の成立段階は、裁判官が最も慎重であり、また消極的であるべき段階だといわれる。いったん契約が成立すれば、裁判官は、その性格上当然に、これに干渉していくこととなる。つまり、裁判官の役割は、契約を解釈する、その内容を確定する、本旨に従った履行がなされたか否かを確認する、その規制を行う、あるいは解消させる、といった事柄に及ぶ。これに対して、契約の成立段階においては、裁判官の権限は最低限にとどめて、法律行為のただ一つの原因力である当事者の意思に、その効力を挙げて委ねるべきだとされる。契約を創り出すことは、常に、裁判官の決定ではなく、契約の成立の真の動因である当事者の意思にかからしめられるのである。

2 とはいえ、契約成立段階においては裁判官の果たすべき役割はないと考えるのは、誤りであろう。むしろ、次の二つの要因から、契約の成立段階における裁判官の役割は、ますます高まっている。

第一の要因は、契約交渉段階が濃密になったことである。1804年には、契約の成立は、あたかも稲妻のように即時にもたらされるものだと考えられていた。目的物と代金とについて合意するだけで、当事者は、瞬く間に、何もなかったところから契約関係へと移行すると考えられていたのである。しかし、こうした旧来の一面的な見方は、今日では廃れてしまった。何年も交渉が継続することもあるし、その途中で中間的合意が取り交わされることも少なくない。このように、契約交渉段階が濃密なものになると、即時的な契約成立というイメージは、⁽¹⁾継続的な契約成立プロセスというイメージによって取って代わられるようになり、これに伴

(1) A. Rieg, La « punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p. 593 et s.; J.-M. Mousseron, La durée dans la formation des

って、裁判官にも多くの干渉の余地が与えられるようになるのである。

第二の要因は、方式主義の発展である。それは、契約当事者を保護するためのものであることも少なくない⁽²⁾。つまり、当事者の合意があるだけではもはや不十分だとされ、これに加えて、合意を書面化したり、法定の記載事項を付加したり、公署証書を作成したりすることが求められるのである。こうした新しい要求は、予期せぬかたちで裁判官の役割を高める。立法者が意図した厳格さを緩める際には、裁判官が規制の効果を緩和し、方式要件が満たされていなくても契約は有効であると判示するのが通例だからである。これを予期せぬ役割だというのは、この場合には、裁判官は、立法者の企図に真っ向から反することとなるからである。

3 以上のとおり、裁判官は、契約成立段階に対しても、まさに積極的に干渉するのである。とはいえ、そのはたらきを30分足らずで論じることではできないから、本報告は、完全ではない、萌芽的なものとならざるを得ないだろう。

出発点とされるべきは、おそらく、裁判官が果たしている主な職務であろう。この点からみると、裁判官は、契約の有効性を保障する者だといえる。合意は、それが「適法に形成された」ものであり（民法典1134条）、かつ、公序良俗に反しない（同6条）場合にのみ、これをなした者にとって法律に代わる。このように、裁判官は、法律行為の有効性の判断主体なのである。この点に関して生じる紛争は、枚挙に暇がない。それは、同意の存在と瑕疵、反対給付の存在、目的の適法性、代金の決定、公序良俗適合性等の判断に及ぶ。さらに、契約が無効となった場合に、原状回復の範囲についてきわめて難しい問題が生じることは、改めて指摘するまでもないだろう。

もっとも、契約成立段階における裁判官の職務は、契約の有効性のコントロールにとどまるわけではない。裁判官はまた、契約の有効性に関する問題が生じるのに先立って、二つのレベルで契約関係に干渉する。

まず、裁判官は、契約締結交渉の適正性を保障するために、契約関係に干渉す

contrats, Mélanges Jauffret, 1974, p. 509.

(2) J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Études Ripert, 1950, t. 1, p. 93 et s.; X. Lagarde, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP 1999, I, 170.

ることがある。交渉が次第に長期に及ぶようになってきていることは、先に述べたとおりであるが、この問題については民法典に規定がなく、ルールのある部分判例法によって形成されたものであるため、裁判官の役割が特に注目されるのである。

次に、裁判官は、契約が真に存在するに至った時点を確認するために、契約関係に干渉することがある。⁽³⁾ 一見したところ逆説的ではあるが、契約の存否が不明確になる場合はきわめて多い。そのため、裁判官は、契約の存在を確認したり、あるいは、これを否定したりしなければならないこととなるのである。

4 以上を要するに、契約の成立段階における裁判官のはたらきを理解しようとするならば、裁判官は、三つの異なる権限を行使すると考えることができるだろう。すなわち、第一は、責任付加権限であり、これは契約締結交渉をめぐる紛争において顕在化する。第二は、確認権限であり、これは契約の成否をめぐる紛争において顕在化する。そして、第三は、制裁権限であり、これは契約の無効をめぐる紛争において顕在化する。

責任付加（Ⅰ）、確認（Ⅱ）、制裁（Ⅲ）。以上が、契約の成立における裁判官の役割を考察するにあたって、本報告を導く方針である。

I 裁判官による責任付加

5 裁判官の責任付加権限は、契約締結交渉をめぐる紛争において顕在化する。民法典は、この問題については何らの規定も設けていないから、これに関する規律は、裁判官が少しずつ創り上げてきた。契約交渉の法は、一つの原理の表明によって約言することができる。すなわち、交渉当事者は、契約を締結するか否か（したがって、交渉を開始するか否か）の自由を有するのである。もっとも、この原則には、直ちに一定の制限が付される。交渉当事者の自由が認められるのは、交渉の不当破棄というフォート⁽³⁾を犯さない限りにおいてだからである。この場面での裁判官の職務がどのようなものであるかを言い当てるのは、容易であろう。ここでは、裁判官は、まず、フォートがあるか否かを判断し（A）、次いで、その結果生じた損害を賠償させるのである（B）。

(3) A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat, Thèse Aix, 1992.

A フォート

6 契約交渉におけるフォートは、不法行為責任の問題に属する。というのは、この場合には、契約はいまだ締結されていないからである。したがって、裁判官は、フォートを基礎づける事実として、通常人の果たすべき注意に適合しない行為を認定しなければならないこととなる。訴訟において大きな位置づけを占めているフォートは、次の二種類のものである。

7 第一は、承諾の意思表示をするか否かを判断するに足りる期間を与えずに申込みを撤回することである。破毀院の理解によれば、申込みは、相手方が承諾し得るように、一定期間、維持されなければならないことがある。たとえば、まず、承諾期間が明示的に約されている場合がそうである⁽⁴⁾。また、約定が存しない場合であっても、慣習と諸般の事情を考慮して、信義に従った合理的期間⁽⁵⁾を裁判官が定め、その間は申込みの撤回が禁じられるものとされることがある。この点は、一つにかかって衡量の問題である。たとえば、買受けを検討している交渉の相手方に対してなされた不動産売買契約の申込みに、「直ちにご回答願います」と付記されていたとする。しかるに、買受人が返答するまでに5週間ほどかかってしまったため（買主は会社であり、取締役会の意見を聴かなければならなかった）、申込者は、申込みは失効したと考えた。以上の事実関係において、破毀院は、次のように判断した。「特定人に対して、承諾期間を定めずになされた売買契約の申込みについて承諾をなすべき合理的期間は、当該事案における全事情に従って判断されるべきものであり、その際には、買受人の事情も考慮されなければならない⁽⁶⁾」。このように、一定の事情のもとでは、あまりに早い時期に申込みを撤回する⁽⁷⁾という行為は、フォートと評価されることがあると解されるのである。

(4) Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, JCP 2008, éd. G, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. Serinet ; Contrats, conc., consom. 2008, comm. n° 194, note L. Leveneur ; RDC 2008, p. 1109, obs. Th. Génicon et p. 1239, obs. F. Collart-Dutilleul. 本判決において、破毀院は、相手方と与えた期間が経過する前に申込みを撤回したことが、申込者のフォートとなるものと認めた。

(5) Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier ; RTD. civ. 2009, p. 524, obs. B. Fages. 期間が合理的なものであるかを判断することなく、申込みから5年後になされた承諾によって契約が成立したとする判決を破毀した。

(6) Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, D. 2005, p. 2837, note S. Amrani-Mekki ; RDC 2005, p. 1071, obs. F. Collart-Dutilleul ; RTD civ. 2005, p. 772, obs. J. Mestre, B. Fages ; JCP 2005, éd. G, p. 1747, obs. P. Grosser ; RDC 2006, p. 311, obs. D. Mazeaud.

(7) 申込み維持義務の根拠につき、学説は、前契約、民事責任、一方的債務負担行為、信義誠実の原則のいずれによるかに躊躇を示している。最近の論稿として、J. Antipas, *De la*

8 第二は、契約交渉の不当破棄である。破毀院は、契約交渉が破棄された際の事情がフォートとなることもあるとした。つまるところ、ここでの状況は、婚約とよく似ている。婚約がなされたからといって、婚姻を強制することはできない。これと同じように、交渉当事者は契約締結を強制されることはない。しかし、婚約を不当に破棄することが許されないのと同じように、交渉当事者は、契約交渉を不当に破棄してはならないのである。以上の二つの場合においては、有責と評価されるのは、婚約ないし交渉を破棄したことそれ自体ではなく、これらが破棄された際の諸事情である。

この場合には、裁判官は、交渉破棄がフォートによるものであることを基礎づけるために、様々な行為を認定する。たとえば、交渉が突然に破棄されたこと、第三者との間で既に契約が締結されていたにもかかわらず、交渉が継続されるかのごとく相手方を欺いていたこと等である。いずれの場合にも、フォートと評価されるのは、実際には交渉をまとめる意思がなくなってしまったにもかかわらず、依然としてそのような意思を有しているかのように相手方を誤信させることである。さらに、こうして交渉破棄が不当と認められると、裁判官は、その賠償を命ずべきこととなる。

B 賠償

9 不当な申込みの撤回または交渉破棄にかかる賠償は、契約締結の強制によってはなされ得ない。これを認めると、契約締結の自由が害されることとなるからである。したがって、かりにフォートが犯されたとしても、その賠償は、金銭によってしかなされ得ない。もっとも、賠償額をどのように確定すべきかは、問題である。

交渉を破棄された者は、契約を締結する機会、および、その契約から獲得されるものと期待された機会の喪失について、賠償を得ることができるだろうか。破毀院は、次のように判示し、これは認められないと考えた。「契約交渉を一方的に破棄する自由を行使する際に犯されたフォートは、契約が締結されたならば得られたであろう利益を実現する機会を内容とする損害との間に因果関係を有しな

bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre dans le délai indiqué, RTD. civ. 2013, p. 27 を参照。

- (8) たとえば, Cass. com. 26 novembre 2003, RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; D. 2004, P. 869, note A.-S. Dupré et p. 2922, note E. Lamazerolles.

⁽⁹⁾ い」。以上のことから、判例は、消極的利益（つまり、交渉がなされなければ失わなかったであろう利益）の賠償のみを認め、積極的利益（つまり、契約が締結されたならば得られたであろう利益）の賠償は認めていないと解されている。

この解決には、申し分のない根拠がある。契約交渉は自由に破棄することができるという原則が想起されなければならないからである。いずれの交渉当事者も、原則として、いつでも交渉を破棄することができ、それがためにフォートと評価されることはない。だからこそ、契約が締結されなかったという事実それ自体は、賠償されるべき損害とはならないのである。これに対して、賠償の対象となり得るのは、別の交渉を断ったこと、イメージに対して生じる可能性のある侵害、無益に終わった交渉に要した費用等の事由である。

10 以上の解決へと導くために、裁判官は、まさしく責任付加権限を行使する。そして、これらの帰結は、債務法改正草案においても採用されるところとなっている。このように、裁判官は、民法典が何らの規定も置いていないところに、契約交渉の法を創り上げてきたのである。こうした責任付加権限に加えて、裁判官は、確認権限というべきものを行使することもある。

II 裁判官による確認

11 裁判官の確認権限は、契約の存否をめぐる紛争において顕在化する。長期に及ぶ交渉を経て、段階的に契約が成立させられるときには、契約が既に成立したか、あるいは、さらに特別の要件が満たされなければならないかは、当事者自身も確知し得ないことがしばしばある。その場合には、契約の成否をめぐる訴訟が提起され、裁判官がその判断をすべきこととなる。正確にいうと、この場合における裁判官の干渉は、二重の性格をもつ。すなわち、裁判官は、まず、何らかの契約が存在するかを問い、次いで、それがどのような契約であるかを問うのである。契約が存在するか (A)、どのような契約か (B)。裁判官が確認すべき

(9) Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, D. 2006, p. 2963, note D. Mazeaud ; RDC 2006, p. 1069, note D. Mazeaud ; D. 2006, p. 2639, note B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2006, éd. G, II, 10130, note O. Deshayes et I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck ; adde, S. Menu, *Réflexions sur le préjudice précontractuel*, Les petites affiches 2006, n° 23, p. 6 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 janvier 2009, RDC 2009, p. 481, obs. Y.-M. Laithier ; et p. 1108, obs. J.-B. Seube ; RTD civ. 2009, p. 113, obs. B. Fages ; Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-19629 ; Cass. com., 18 septembre 2012, JCP 2012, éd. G, I, 1151, n° 6, ob. G. Loiseau ; RDC 2013, p. 98, obs. O. Deshayes ; RTD. civ. 2012, p. 721, obs. B. Fages.

事項は、以上の二点である。

A 契約が存在するか

12 契約が締結されたか否かを知り得ない状況には、様々なものがある。契約の存在が確定されると、それに従って強制履行が命ぜられることとなるから、この問題はきわめて重要な意味をもつ。ここでの裁判官の職務は、契約の要素についての合意が成立したか否かを明らかにする点にある。もっとも、当事者には、特に一定の事項を要素として扱う自由がある。つまり、当事者は、通常であれば付随的であるにすぎない事項について合意が取り交わされるまで、契約の成立を遅らせることができるのである。その具体的な事案を示すとともに、そこでの裁判官のはたらきを明らかにしてくれる例として、三つのものを挙げることができる。

13 第一の例は、商取引契約（contrats d'affaires）の交渉である。交渉当事者は、必ずしも意図していなかったにもかかわらず、たちどころに契約関係に拘束されてしまうことがあることをよく知っている。裁判官は、電子メールのやりとりのなかに要素についての合意を見出そうとすることもあり得るのである。このような不都合を避けるために、交渉当事者は、様々な技術を用いる。たとえば、交渉段階においては、取り交わされた草案は「拘束力のない合意」であると確認されることがある。また、契約書を起案する段階においては、いわゆる完結条項（clauses dites des « quatre coins »）が挿入されることがある。これは、最終的に署名された契約条項のみが拘束力をもつものとする条項である。つまり、その目的は、交渉過程において交わされることのある中間的合意を、法律行為の内容から排除することにあるのである。

14 第二の例として、不動産売買契約においては、不動産所有権の移転を公署証書が作成される日まで遅らせる旨の条項が挿入されることが少なくない。そこで、この場合には、契約は、目的物と代金とについての合意が成立した日に存在するのか、あるいは、公署証書に署名がなされた日まで先延ばしにされたとみるべきなのかが問題となる。破毀院は、これを完全に契約自由に委ねている。つまり、当事者は、公署証書によって合意内容が再確認されることをもって合意の要素とすることもできるし、これを単に所有権移転⁽¹⁰⁾を遅らせる効果をもつ方式にすぎないものとして扱うこともできるのである。ただし、その趣旨が明らかでない場合には、公署証書での再確認を定める条項は、契約の成立時期ではなく、所有権の移転時期を遅らせるにすぎないものと解されている。

15 最後に、第三の例は、データ通信によって締結される契約であり、これによって、隔地者間契約という、いささか古めかしい問題に新たな様相が与えられることとなった。インターネット利用者が真に意図したわけではない契約に拘束されることを防ぐために、立法による手当てがなされた。この立法は、インターネットによる契約成立の全プロセスに及んでいる⁽¹¹⁾。まず、事業者による申込み。これは、1369-4 条所定の様々な情報を含んでいなければならない。次に、申込みの相手方によってなされる注文。また、この（ダブル・クリックによってなされる）注文の確認。もし注文に錯誤があれば、ここで正されることになる。さらに、注文確認の受取通知⁽¹²⁾。とはいえ、この立法の趣旨は素晴らしいものであるが、契約がいつ成立するかという点については、大きな疑義が残されているといわざるを得ない。幸いにして、問題となる金額がごく小さいため、訴訟に至ることは稀である。しかし、訴訟が提起されることとなれば、裁判官は、契約の成立時点⁽¹³⁾を確定するのに難儀することであろう。

(10) Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 1994, Bull. civ. III, n° 229 ; JCP 1995, éd. G, II, 22491, note C. Larroumet ; D. 1996, somm. p. 9, obs. O. Tournafond. 本判決は、次のように判示する。「目的物と代金に関する当事者の合意を認めたにもかかわらず、当事者が公署証書において売買仮契約を再確認することをその同意の構成要素としたことを示す事情を認めなかったものであって、強制履行の訴えを棄却したことは、法的根拠を欠く」。

(11) O. Cachard, *Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rev. Lamy droit civil, septembre 2004, p. 5 et s. ; Ph. Stoffel-Munck, *La réforme des contrats du commerce électronique*, Communication-commerce électronique 2004, chron. n° 30 et JCP 2004, éd. E, p. 1341 ; L. Grynbaum, *Après la loi économie numérique, pour un code européen des obligations ... raisonné*, D. 2004, chron., p. 2213 ; J. Huet, *Le code civil et les contrats électroniques*, Bicentenaire du Code civil, Dalloz 2004, p. 2004, p. 540 ; RDC 2005, n° 2 Débats avec les interventions de M. Vivant, D. Ferrier, J. Huet, P.-Y. Gautier... ; M. Mekki, *Le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte pas la neutralité axiologique*, RDC 2007, p. 681.

(12) 1369-5 条は、次のように定める。「契約が有効に締結されるためには、申込みの相手方は、承諾を発するためにこれを確認するに先立ち、注文の詳細と代金総額を確認し、かつ、あり得べき錯誤を訂正する可能性を有しなければならない。申込者は、不当な遅滞なく、電子的方法によって、自らに宛てられた注文の受領を通知しなければならない。注文、申込みに対する承諾の確認および受領通知は、それらが宛てられた当事者がアクセスすることができるようになった時に到達したものとみなされる」。

(13) E. Grimaux, *La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique*, Communication, commerce électronique 2004, chron. n° 10 ; L. Grynbaum, *Contrats entre absents : Les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation*, D. 2003, chron., p. 1707.

当事者間で契約が締結されたという心証を得たときは、裁判官は、さらにその法的性質を決定すべきこととなる。締結された契約は、はたしてどのようなものなのであろうか。

B どのような契約か

16 この問題については、契約の法性決定をめぐる紛争をみなければならない。契約の法性決定は、きわめて重要な問題である。というのは、それによって、契約に対して特定の法的取扱を当てはめることができるようになるからである。もっとも、ゼロから法性決定を行うのか、あるいは、当事者によって決定された法的性質について再法性決定を行うのかに応じて、裁判官の職務の内容は異なってくる。

17 法性決定を行うことで、裁判官は、審理の対象となっている契約を、既存の法的カテゴリーに包摂することができるようになる。包摂の技術には、様々なものがある。すなわち、裁判官は、排他的法性決定や、混合的法性決定を行い、適切な法的性質を見出さないときは、審理の対象となっている契約を独自の契約（*contrat sui generis*）⁽¹⁴⁾として扱うのである。独自の契約という取扱いがなされる場合には、法性決定という作業はうまくいかないわけであるが、その場合であっても、契約に関する一般規定が適用されることには注意しなければならない。たとえば、貸金庫契約（*contrat de coffre-fort*）につき、銀行がその代金を150パーセント増額したからといって必ずしも濫用になるとは限らないと判示する際には、一般法の規定に従って代金額が決定されたのである。⁽¹⁵⁾

18 再法性決定の問題は、裁判官のはたらきをいつそう明確に示してくれる。当事者が一定の法性決定を行ったにもかかわらず、裁判官は、当事者を別の法的性質に従わせることができる。こうした裁判官の権限は、民事訴訟法典12条にその根拠を有する。同条によると、「裁判官は、当事者がそれについて提出した呼

(14) たとえば、建築予定不動産売買は、売主が不動産を建築することを主たる債務とするものであるから（民法典1601-1条）、その給付内容は、売買というよりは、むしろ役務提供契約のそれによく適合する。

(15) たとえば、破毀院は、写真用フィルムの現像を目的とする契約は、請負の側面とともに、売買の側面（これによって、濫用条項に関する規制が適用され得ることとなる）を有するものと判断した（Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, JCP 1991, II, 21594, note Th. Hassler）。

(16) たとえば、貸金庫契約は、時間を分割して不動産を収益する契約である。

(17) Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, CCC 2004, comm. n° 151, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2004, p. 749, obs. P.-Y. Gautier ; D. 2005, p. 1828, note D. Mazeaud.

称にかかわらず、係争事実 (faits) および証書 (actes) に正確な法性決定を与え、または、これを修正しなければならない」。したがって、当事者は一定の法的性質を提案することしかできず、裁判官こそが適切な法性決定を行うのだと解されているのである。そのほかにも、再法性決定をめぐる紛争には非常に多くのものがある。

当事者は、立法者によって与えられた法的取扱があまりに硬直であると考えるときには、立法による規制の対象とされたものとは異なる法性決定をすることによって、規制の適用を免れようとするのが少なくない。たとえば、期間の定めのない雇用契約を締結するのではなく、期間の定めのある雇用契約を反復するような場合や、商事賃貸借に関する法規制を免れようとして、一時的賃貸借や短期の賃貸借を締結する場合、あるいは、保証 (cautionnement) に関する規制を免れようとして、「損害担保 (garantie) 契約」と命名する場合等がそうである。ところで、これら諸例の背後には、一つの傾向を確認することができる。すなわち、法が定める取扱いがある種の吸引力をもつことがしばしばあり、裁判官は、そこから逃れようとする当事者の淡い期待を再法性決定によってサンクションする傾向にある。当然のことながら、法律の適用を免れるために、黒を白と言いくるめるようなことはできないのである。

III 裁判官による制裁

19 裁判官の制裁権限は、望まれない契約が締結された場合 (en cas de malformation du contrat) に問題となる。というのは、民法典1117条は、「錯誤、強迫または詐欺によって締結された合意は、法律上当然に無効とはならない。それは、無効または取消し (rescision) の訴権の原因となるにすぎない」と定めているからである。つまり、無効という制裁を適用する権限を有するのは、裁判官だけなのである。この場面における裁判官の役割のすべての側面を論じることはできないから、ここでは、特に重要な二つの問題を掲げるととめよう。それは、無効の種類の選択 (A) と、方式主義の緩和 (B) である。

A 無効の選択

20 無効の種類の選択は、きわめて重要である。無効訴権は、それが相対無効とされるか、あるいは絶対無効とされるかに応じて、異なる様相を呈するからである。その相違は、時効期間 (2008年以前)、出訴権者、追認の可否といった点に及んでいる。このように、裁判官がする無効の法性決定によって手続の内容は

まったく異なるものとなるから、裁判官の職務は決定的な意味をもつ。加えて、どのような瑕疵がどのような無効を導くかが民法典によっては明らかにされていない点でも、裁判官の干渉は非常に重要である。適用領域の区別には可塑性があり、裁判官の役割が中心的な意味をもつこととなるのである。

21 絶対無効と相対無効の区別については、対立する二つの理論がある。

旧理論（les classiques）によれば、無効は、契約の病態ともいうべきものである。この理論は、手際よい擬人化によって、契約を生き物になぞらえた。すなわち、特に重要な部分に瑕疵がある場合には、契約は死産であり、これを生かす術はない（同意、目的またはコーズの不存在）。したがって、この場合には、契約は絶対無効となる。これに対して、契約が病気に冒され、不完全なものであるにすぎない場合には、恢復の余地がある。したがって、この場合には、瑕疵は、契約の有効要件の一つを欠くものとされ（同意の瑕疵、無能力、レジオン）、契約は相対無効となる。

これに対して、ジャビオを嚆矢とする新理論（les modernes）⁽¹⁸⁾によれば、無効は、契約の病態とは解されない。それは、一定の者に対して付与される、無効な行為に対するある種の攻撃権（un droit de critique）だとされる。この攻撃権は、その法律行為が有効であることによって生じることとなる効果を免れさせるものである。かくして、無効は、契約から不適法性を除去することを旨とするものとされる。したがって、絶対無効と相対無効は、違反があった法律の性格によって決せられる。すなわち、法律が公益の保護を目的とするものであるときは、絶対無効の問題となる。これに対して、法律が私益の保護を目的とするものであるときは、相対無効の問題となるのである。⁽¹⁹⁾

22 裁判官は、これら二つの理論のいずれか一方を明確に選択することはせず、状況によって両者を使い分けてきた。反対給付の欠缺を原因とする無効の性質に関する近時の二件の判決を援用することで、この点を理解することができる。

2007年10月23日の判決において、破毀院は、「真摯な対価を伴わずに合意され

(18) *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon 1909.

(19) この理論に対する批判として、A. Posez, *La théorie des nullités, Le centenaire d'une mystification*, RTD. civ. 2011, p. 647を参照。

た売買は、契約の本質的要素を欠くことを理由として絶対無効となり、一般法上の30年の時効に服する」とした⁽²⁰⁾。この解決は、瑕疵の対象が本質的要素であることを強調するものであって、無効に関する旧理論の見方に影響を受けたものといえる。

ところが、2011年9月21日の判決において、破毀院第三民事部は、建築目的不動産賃貸借の賃料が著しく些少なものであるときは、相対無効と評価されるべきであるとし、その理由を、この場合には私益の保護が問題となるという点に求めた。「しかし、かんがみるに、控訴院は、正当にも、著しく些少、低廉な対価をもって締結された建築目的不動産賃貸借は、コーズの欠缺のゆえに無効となるものであって、不存在となるわけではないとしたうえで、適切にも、私益の保護に関わるこの契約無効訴権は、相対無効によるものとして、1304条の5年の時効に服すると帰結した⁽²¹⁾」というのである。

両者の違いは、裁判官によって適用された無効理論の違いによってうまく説明がつくように思われる。商事部は、「本質的要素の欠缺」を参照して、旧理論を適用した。これに対して、民事部は、その契約が違反する法律の目的を強調して、新理論を適用したのである。

こうした対立は、実をいえば、学説による理論構成がもつ意味が小さいことを教えてくれる。裁判所は、旧理論と新理論という無効の区別に関する基準にではなく、最終的に選択される法的取扱に注意を向けている。つまり、裁判所は、期待される結果をもたらすような無効を選択しているのである。絶対無効と相対無効との学説上の区別は、本質的には教育的意義をもつものであるが、裁判所は、はるかにプラグマティックな見方に立っているといえよう。とはいえ、この問題がもたらす実際上の利害にかんがみるならば、2008年の時効法改正にもかかわら

(20) Cass. com., 23 octobre 2007, Rép. Defrénois 2007, p. 1729, obs. R. Libchaber ; JCP 2007, éd. G, I, 104, n° 7, obs. R. Wintgen ; JCP 2008, éd. G, II 10024, note N. Roget ; D. 2008, p. 954, note G. Chantepie, CCC 2008, comm. n° 65, obs. L. Leveneur ; JCP 2008, éd. E, p. 35, obs. H. Lécuyer ; RDC 2008, p. 234, obs. Th. Genicon

(21) Cass. civ. 3^{ème}, 21 septembre 2011, RLDC novembre 2011, n° 4403, obs. A. Paulin ; G. Cavalier, RLDC mars 2012, n° 4572 ; RDC 2012, p. 47, obs. E. Savaux et p. 130, note J.-B. Seube ; JCP G 2011, 1276, note J. Ghestin ; D. 2011, p. 2711, obs. D. Mazeaud ; RDI 2011, p. 623, obs. M. Poumarède ; CCC 2012 comm., n° 252, obs. L. Leveneur

(22) 同旨, M. Mekki, Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires, RDC 2006, p. 679 et s.

ず、この点の解決が、単純な逆推論やカズイスティークに、さらにいえば、事件がどの部に係属するかにかからしめられていることは、惜しむべきことのように思われる。法的安全と法規範の予見可能性は、絶対無効と相対無効とを区別する基準の平準化を要請するのである。

B 方式要件の緩和

23 方式要件はますます多様化しており、公署証書、書面要件、手書き要件、法定の条項の挿入、といったものをその例として挙げることができる。一見する限りでは、ここでの裁判官の役割は、最低限にとどまるべきであるようにみえる。裁判官は、要件が満たされたか否かを確認するにとどめるべきであって、これが認められたときには契約は有効、これが否定されたときには契約は無効、と解されるのである。しかし、現実には、裁判官は、こうした二者択一的な選択を踏み越えている。そのことは、次の二つの例によって確認することができる。

24 第一の例は、立法者が書面要件を課するにとどめ、書面を欠いたことによって契約が無効となるかどうかを明らかにしていない場合である。たとえば、和解（民法典2044条）、仲裁（民事訴訟法典1449条）、保険契約、居住目的不動産賃貸借契約といったものを挙げることができる。

この場合には、書面が有効性の要件であるのか、あるいは、証明の要件であるのかが問題となる。有効性の要件だと解すると、書面を欠く場合には、契約は無効となろう。これに対し、証明の要件だと解すると、書証の端緒があっても、あるいは、物理的にであれ、観念的にであれ、書面を作成することが不可能であったとしても、契約の存在を人証によって立証することはできないこととなる。

判例は、明白な傾向として、書面要件の不充足が法律上当然の無効をもたらすことを明言していないときは、方式は、証明の要件として課されるにすぎないと解している。しかし、そうすると、ある種の錯綜に行き着くこととなる。1341条が、一定額を超える法律行為については既に書証を要求しているにもかかわらず、立法者がわざわざ書証を要求するのは、なぜなのであろうか。まさにこの疑問こそが、裁判官が諾成主義の例外を最小限にとどめているのとは対照的に、書面を有効性の要件とする点に立法者の意思があったことを示唆している。⁽²⁴⁾

(23) 批判の詳細につき、Terré, Simler, Lequette, *Droit des obligations*, n° 137; Th. Revet, *La clause légale*, *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999を参照。

(24) たとえば、保険法典 L. 112-3 は、「保険契約は、書面によって、フランス語で、はっき

25 第二の例は、保証法に関するものである。立法者は、保証人が手書き記載を「怠れば無効となる」ものとし、かつ、手書き記載は、契約書に署名するのに先立ち、「次の文言によってなされることのみが許される」ものとされる⁽²⁵⁾。ここで用いられた条文の文言は、立法者がある単純な基準に依拠したことを示している。すなわち、保証人によって反復された記載事項が立法者の想定したものと異なるときは、契約の無効を主張することができるものとされたのである。

ところが、判例は、こうした教条的態度を離れることとなった。判例は、「立法者が要求した手書き要件の意味と射程を変更しない」限りは、立法者が想定するのとは異なる文言を用いることも妨げられないと判断したのである。これによって、裁判官は、方式主義の厳格さを緩和したものと解されている。こうした状況が生じている理由は、フルールが有名な論文のなかで次のように述べていたことによって説明され得よう。すなわち、大多数の状況について熟慮し、事前の干渉を行う立法者は、簡明さ、実効性の大きさといった、方式主義の積極面ばかりをみるのであろう。これに対して、個々の事案に干渉して、抜け目ない当事者が義務を免れるために方式要件の欠缺を主張するような場合に対抗する裁判官は、シカーネの意図や詭弁の援用といった、方式主義の消極面ばかりをみるのであろう。

* * *

26 交渉を整理し、契約の存在を確認し、場合によっては望まれざる契約を無効とすることで、裁判官は、契約の成立段階において重要な役割を果たす。もっとも、本報告のまとめとしては、契約の成立段階と履行段階との区別が絶対的なものではないことを強調しなければならない。のみならず、商品流通 (distribution) にかかる枠契約における代金決定の紛争が示すように、裁判官は、一方の段階から他方の段階へと行き来するようになっている。たとえば、代金の一方的決定は、かつては契約の無効によってサンクションされていたが、いま

りとした字体で作成される」と定めるが、Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1978, D. 1979, inf. rap., p. 193, obs. H. Groutel は、次のように判示した。「保険契約は、証明のために、当事者によって署名されることを要するものではあるが、保険者と被保険者との意思の合致によって完全なものとなる諾成契約である」。

(25) 消費法典 L. 341-2 条および L. 341-3 条。

(26) Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 12-18544 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-19094 ; Cass. com., 1^{er} octobre 2013, n° 12-20278.

では履行段階でサンクションされるようになっているのである。⁽²⁷⁾これらのことを指摘しておくことは、この後に続く報告にとって、恰好の橋渡しとなるだろう。

【訳者後記】

本稿は、2014年9月22日、23日に行われた、第2回アンリ・カピタン協会日仏特別研究集会（第5回日仏民法セミナー）「契約と裁判官——契約自由の比較考察」におけるスーブ教授の報告を翻訳したものである。なお、この研究集会における各報告の要旨は、法律時報87巻7号（2015年6月号）54頁以下の小特集にて紹介されている。併せてご参照いただければ、幸いである。

(27) Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, GAJC, t. 2, n° 152. 「代金決定における濫用は、解除または損害賠償の原因となり得るにすぎないのであって、代金の未決定は、特段の法律の定めが存しない限り、合意の有効性を害することはない」。