

## 論 説

# 契約締結過程における「正当な信頼」 と契約内容の形成（3）

山 城 一 真

## 序 論

### 第一章 フランス法の考察

#### 第一節 同意法理および外観法理の形成過程と構造

##### 第一款 同意法理の考察

第一項 20世紀初頭までの法状況と「意思表示」理論：序論的考察

第二項 同意法理の形成と展開(一)：同意の確定性

第一 同意の確定性の観念の生成と展開（以上まで、85巻2号および同4号）

第二 同意の確定性と留保——相手方の信頼の取扱い

第三項 同意法理の形成と展開(二)：内心の意思と表示された意思

第一 フランス法における議論の発展

第二 欧州契約法・国際契約法の影響

##### 第二款 外観法理の考察

第一項 外観法理の形成過程

第一 外観法理の提唱

第二 外観法理の研究史（以上まで、本号）

第二項 民事責任構成の展開とその克服

#### 第二節 契約締結過程の行為による契約内容の形成

第一款 契約締結過程論と契約内容の形成——序論的考察

第二款 契約内容の形成をめぐる法状況一斑——実務的考察

第三款 契約内容の形成と「正当な信頼」——理論的考察

### 第二章 日本法の考察

#### 第一節 実定法の分析

第一款 契約の成立

第二款 意思表示の解釈

第二節 解釈論の提案

第一款 契約締結過程の行為による契約内容の形成

第二款 提案の再検証と補論

総 括

## 第一章 フランス法の考察

### 第一節 同意法理および外観法理の形成過程と構造

#### 第一款 同意法理の考察

##### 第二項 同意法理の形成と展開(一)：同意の確定性

##### 第二 同意の確定性と留保——相手方の信頼の取扱い

第二では、オペールの寄与によって現在の支配的見解が確立した時期以降の学説を対象として、留保に関する二つのテーズが提起した議論を検証する。すなわち、第一は、セリスの手になる「留保」の総合的研究であり、第二は、ロードの手になる、契約の成立に対して裁判官の及ぼす作用に関する総論的研究である。<sup>(149)</sup>これらは、同意法理との関連において「相手方の信頼」を顧慮する可能性をそれぞれの仕方で論じたものであり、通説的理解を理論的に深化させた基礎研究である。

##### 一 法律行為における留保（セリス）

セリスのテーズ、『法律行為における留保および意思不存在 (non vouloir)』は、厳密にはオペールに先立つ業績である。しかし、オペールが従前の法的規律の分析・総合を行ったのに対し、セリスは、留保に正面

---

(149) B. CÉLICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, préf. J. CARBONNIER; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, préf. J. MESTRE. なお、一・二における本文中の文献参照は、これらの文献からのものである。

から光を当てて、従前の議論を革新する視角を示すことを企図した。そして、その成果は、今日、「判例と学説の協働による新たな一般理論の形成」を担うといわれ、時には「信義誠実の要請と並んで我々の現代契約法を活気づけている新たなイデオロギー<sup>(150)</sup>」とも形容される「一貫性原則（*principe de cohérence*）<sup>(151)</sup>」の提唱へと結実した。こうしたことから、彼の所説は、内容的にはむしろオベールの議論をも刷新するものと位置づけられる。

セリスの議論は、論理学、心理学等の隣接諸学の成果を広汎に参酌し、かつ、そうした考察に基づく厳密な概念規定および思弁の上に展開される<sup>(152)</sup>。以下では、その基本構想を念頭に置きつつ、本稿の考察課題に関わる問題を法学的な観点から考察したい。

(150) それぞれ、森田宏樹「契約」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）307頁〔以下、森田「契約」として引用〕、ドゥニ・マゾー（金山直樹、幡野弘樹訳）「現代フランスにおける契約法の発展」ジュリ1303号（2005年）81頁。なお、本稿の主題との関係では、P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2001, RTDciv. 2001, p. 904 をも参照。

(151) 《Cohérence》の訳語としては、「一貫性」（金山直樹「フランス契約法の最前線—連帯主義の動向をめぐって」野村豊弘先生還暦記念『21世紀判例契約法の最前線』（判例タイムズ社、2006年）588頁〔初出：判タ1183号（2005年）〕、ビエール・カタラ（野澤正充訳）「フランス民法典—債権法改正草案への動き」民法改正研究会（加藤雅信代表）『民法改正と世界の民法典』（信山社、2009年）378頁〔初出：ジュリ1357号（2008年）〕）、「整合性」（森田・前掲論文（前掲注（150））307頁、石川博康『『契約の本性』の法理論<sup>(10)</sup>』法協124巻11号（2007年）134頁、大村敦志『学術としての民法Ⅰ—20世紀フランス民法学から』（東京大学出版会、2009年）〔書き下ろし〕174頁）がみられる。本稿が「一貫性」の訳語を採用するのは、提唱者たるセリスにおいて、同原則は、時間的な先後における行為の無矛盾性を保障するものと観念されており、こうした意味をよく表現するのは「一貫性」の語だと考えたからである。

(152) J. CARBONNIER, *Préface de cette thèse* [note 149], p. VI は、セリスの研究を評して、「哲学的な余談（*excursus*）を含む法学の議論なのではなく、まさに哲学の議論であり、ただ、それが法へと至るのである」という。

## (一) 基本構想・概念規定

セリスの基本構想を一言でいえば、法律行為の問題領域に点在する留保の観念に共通項を見出し、これを「社会」の観点から加えられる「個人」における意思の限界づけの問題として扱うというものである (n<sup>os</sup> 10 et s., pp. 12 et s.)。ここではまず、「留保の定義」を扱うなかで基本構想と概念規定を明らかにする第一部を要約し、留保の背後にあるとされる観念を明らかにすることから検討を始めたい。

1 基本概念 セリスの考察は、まず、個人の意思の真の役割の論定に向けられる<sup>(153)</sup>。

周知のとおり、古典理論の公準によれば、あらゆる法的行為は意思の所産と理解される。そして、意思によっては解決し得ない局面が指摘されるに及び、古典理論は意思の擬制による解決を案出した。しかし、セリスは、それは所詮フィクションであって、そこには、意思の不存在、悪意および懈怠 (négligence) によって説明されるべき法律関係が混在させられているという (n<sup>os</sup> 44 et s., pp. 40 et s.)。

こうした認識に立ち、彼は次のような構想を提示する。すなわち、意思の真の役割を理解するためには、「単なる意思」、つまり「何が意欲されたか」を論ずるだけでは足りず、さらに、「意欲されなかったか」、「積極的に拒絶したか」といった、意思の多様な存在 (および不存在) 可能性を考察しなければならない<sup>(154)</sup> (n<sup>os</sup> 51 et s., pp. 44 et s.)。そして、この前提から、

(153) 以下での議論で、セリスは次のような用語法を採用している (CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>os</sup> 26 et s., pp. 27 et s.)。なお、各概念は前者が後者を包含する関係にある。

- ・行為 (comportement) : 個人における、行為 (acte) と社会状態との動態的な連関の総体。
- ・態度 (attitude) : 行為という一連の流れの中から一時点を切り出したもの。人の判断作用であり、主に肯定 (OUI) と否定 (NON) とに分かれる。
- ・留保 (réserve) : 態度の一種であり、肯定でも否定でもないもの (non-oui et non-non)。

(154) その内容は次のように四分される。①他者へのはたらきかけである「関与意

セリスは、何らの意思をも伴わない状態、つまり、「意思不存在の状態（état de non-volonté）」における法的規律へと考察を進める（n<sup>os</sup> 57 et s., pp. 47 et s.）。

２ 意思不存在の状態の法的規律 （１） 意思不存在の状態においては、意思の合致が存しない以上、契約が存在する余地はない。にもかかわらず、これまでの議論は、意思の擬制という手段を介することによって、時として契約が存在するかのような規律を実現してきた。セリスは、先述の前提に立つてかかる傾向を批判し、判決に現れた具体的事案を素材として「意思不存在の状態」の観念の適用による解決を論じてみせる（n<sup>os</sup> 99 et s., pp. 63 et s.）。ここでは、そのうちの一件を採り上げよう。

○ コルマール控訴院1931年4月21日判決<sup>(155)</sup>

判決の概要はこうである。ある者が、試用売買で無線装置を購入し、売主がこれを設置した。その後、買主が承認（agrément）をなしたにもかかわらず遅滞を繰り返したので、売主からの代金の支払請求がなされたが、買主が召喚に応じなかったため欠席判決が下された。これに対して、買主は故障申立をなし、ここに至って初めて装置の不具合を主張するに至った。

この故障申立を受けて、控訴院は次のように判示した。「かんがみるに、相当の長期間、その使用についての異議（protestation）なくそのような設備を日常的に使用していたことは、承認に相当するといふべきであり、これは単純な承諾（acceptation）と評価されなければならない」。

本判決に対してはドゥモーグの評釈がある。彼は、買主の沈黙を法的にどのように評価するかという点に本件の争点があるとしつつ、判決が採った理論構成に反対して次のように説いた。「私はむしろ次のように解すべきものと思う。とりわけ遅滞後に沈黙を続けたことによって、買主はフォートを犯した。裁判官は、金銭を与え、または契約が締結されたものとみ

---

思」（申込み）。これに対する反応としての②「当事者間において一致した意思」（承諾）と、③「反対の意思」（拒絶）。ならびに、③これに対して何らの意思も示さないという「意思の不存在」（無視）（CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>o</sup> 55, p. 46）。

(155) RTDciv. 1931, pp. 882 et 883, obs. R. DEMOGUE.

なすことによって、賠償をなさしめることができる。ある者が外観のみの表示 (*déclaration apparente*) の被害者である場合も同様であり、表示を真意によるものとみなすことによって「あたかも契約が成立したかのよう<sup>(156)</sup>な結果をもたらす」〔現実〕賠償を与えることができる」。

(2) それでは、本判決に対するセリスの評価はどのようなものか。彼はまず、本判決の論証に対し、すべてを意思によって説明しようとする古典理論の誤謬を免れていないとの批判を向ける。そして、彼は、ドゥモーグの理論構成こそが適切であると説いたうえ、さらに一步を進めて、これを次のように一般的に展開する。すなわち、「こうした理由づけの方法は、われわれにとって、ひとり本件において現実的かつ正当であるのみならず、より一般的に、偽りの意思推定を援用する代わりに用いられてよいもののように思われる。実際、現在の法律状態の存続を責任 (*RESPONSABILITÉ*) によって基礎づけるのが、より簡明だろう」(n° 101, p. 67)。また、以上の構想、つまり、「一定の状態を作り出した当事者が、事後に一方的にそれを撤回するとき、かかる態度は相手方に対するフォートと評価される」(*id.*) というこの構想は、「現代の潮流」に適うものであって、実質論としても正当である。「このようなフォートは、現代の法においてますます重要性を増している、虚偽の外観 (*apparence trompeuse*) を作出せしめるというフォート、情報提供義務 (*devoir d'information*) 違反というフォート、一般的に、行為の安定性に対する他者の信頼を裏切るというフォート、権利濫用というフォート等々の諸観念のなかにその根拠を有する」のである (n° 102, p. 67)。

以上の論証から、セリスは、「意思不存在の状態」であっても、「一定の事実状態を作り出す態度が他者の活動に影響を与えるや、その状態を正当な理由なく事後に変更することは禁じられる」と結論づける。いいかえれば、法的安全を保障するために、個人の行為には一貫性が要求されるので

---

(156) *Id.*

ある（n<sup>os</sup> 103-105, pp. 67 et 68）。そして、彼は、この一貫性を保持するために必要とされる態度が留保だとする（n<sup>os</sup> 106 et s., pp. 69 et s.）。すなわち、留保とは、目下の状況は「意思の不存在」であって、直ちには「肯定」も「否定」もしない旨を表明し<sup>(157)</sup>（n<sup>o</sup> 121, p. 76）、これによって、「法律状態の変更またはあり得べき展開に際して、法律関係の予期せぬ発生または消滅を警告する」ことを目的とするものである（n<sup>o</sup> 167, p. 95）。

３ 小 括 ここまでのセリスの議論の要点は、次のように整理され得る。すなわち、①「意思不存在の状態」においても法律行為と同様の効果が生じ得ることが実定法上承認されてきた。②このことは、意思の擬制ではなく「責任」の観念によって説明されるべきである。③「責任」を課する目的は、行為の安定性・継続性に対する第三者の信頼を保護することにある。そして、④他者の正当な信頼を保障するためには、留保によって警告が発せられなければならない。要するに、セリスによれば、内心の意思が存在しなくても法律行為と同様の効果に服せしめられるという効果は、留保を怠ったことのサンクションとして生じるのである。

このサンクションに関する考察は、「一貫性原則」の提唱へと結実する。以下では、同原則に関する議論を跡づけることにしたい。

## （二）一貫性原則

１ 一貫性原則の内容と留保の位置づけ セリスは、一貫性原則を、「いったんある行動方針を選択したならばそれを違えるようなことは許されないという、法の絶対的要請」と定義づける（n<sup>o</sup> 174, p. 101）。それは、第一部に提示された構想に従い、人の行為の継続性に対する信頼と、それを根拠づける「法的安全」の要請とに根差すものとされ（n<sup>os</sup> 175 et s., pp. 101 et s.）、その適用は、意思不存在の状態における「責任」法理の適用として位置づけられる。真に望んだのではない義務を負わせるという「この解決は、矛盾行為によって惹起された損害に対するサンクションとしてし

(157) ここでは「時間」の観念が重視される。V. CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>os</sup> 132 et s., pp. 79; n<sup>os</sup> 23 et 24, pp. 21 et s.

か理解し得ないからである」(n° 345, p. 183) (傍点原文斜体)。

一貫性原則の適用に関する説明をいまだし詳しくみれば、次のようである。法の領域においては、一定の行為の選択は確定的なものとして行われなければならない、「第三者がそれに関して行為した以上、もはやフォートを犯さずにその選択を覆すことはできない」(n° 182, pp. 104 et 105)。いいかえれば、「論理的には、撤回は可能である……。ただ、それは法の外に於けることである。つまり、撤回は、法的にはフォートとして峻厳に制裁されるのである」(*id.*, note 15)。そして、このフォートの制裁は、肯定または否定の択一的選択を即時かつ確定的になさしめること (OUI exclut NON définitivement, et *vice versa.*)、つまり「行為の絶対的無矛盾性」の回復によって行われる (n° 182, p. 105)。

一貫性原則をこのように性格づけたうえで、セリスは、その適用を免れるためには肯定か否定かの態度決定を延期しなければならないとする。先にみたとおり、それを可能にするのが留保である。

**2 留保の効果の理論的根拠** (1) それでは、「留保を付さないこと」が以上の効果を生ずる根拠はどこに求められるか。セリスは、これを「情報提供義務」および「外観」の各観念と関連づけて次のように説明する (n°s 266 et s., pp. 145 et s.)。

一貫性原則の適用を回避するためには、自己の権利・意図等を明らかにする必要がある。そのためには、行為者はそれを表明しなければならない。この「表明」は、一定の権利・意図を有することを明らかにし、その旨を相手方に認識させるために必要とされるにすぎないから、外観の堅固さを打ち破って相手方に疑いを抱かせるものでありさえすれば足りる。その意味で、ここで問題になるのはある種の「情報提供義務 (devoir d'information)」である。すなわち、沈黙は、情報提供義務違反であるがゆえにフォートと評価され、一貫性原則の適用によってサンクションされるが、留保を付したときには同義務が履行され、したがって同原則も適用されないのである。



要するに、留保は、「法的関係における情報提供者的役割を果たすことによって、虚偽の外観を破って責任を解消し」、もって一貫性原則の適用を免れさせる機能を果たす。そして、一貫性原則は、このような意味における「情報提供義務」への違反に対する制裁として理解される（n° 268, p. 146; n° 271, p. 147）。

（２） 以上のとおり、セリスは、留保を「一貫性原則」の概念によって説明するこの叙述において、留保に内在する観念として「外観」「情報提供義務」を想定する。ここで「情報提供」という観念が援用されることは、——《devoir》という表現が用いられていることを勘案しても——今日の理解からは奇異に映るかもしれない。しかし、「フランスでは……はじめに情報提供義務が措定されて、情報提供義務違反だから一定の効果が生ずるというやり方」は採られておらず、詐欺、不法行為等の判断の積み重ねによって形成された実定法のなかに情報提供義務という「考え方」が成立したのであって、「情報提供義務というのは、要件と効果というのが明確な形で存在するようなものとしては、考えられていない」との指摘を踏まえるならば、セリスの上記着想も決して奇抜なものではないと思われる。<sup>(158)</sup>

（158） 落合誠一ほか「座談会 消費者契約適正化のための検討課題(2)」NBL 622号（1997年）26頁（大村敦志教授発言）。

（159） なお、CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n° 269, p. 146 が挙げる諸議論のうち、「沈黙は承諾にあたるか」という問題を分析するヴォワランの判例評釈（P. VOIR-*IN*, note au Req. 29 mars 1938, D. P. 1939, 1, 5）は、本文に述べたこととの関係で特に示唆に富む指摘を行っている。すなわち、「一般的にいて、諸般の事情から語るべき義務（devoir de parler）、つまり意思を表明する義務が課される場合には、沈黙はフォートになる。その損害は賠償されるべきである。ところで、最も適合的な賠償は、非常にしばしば、沈黙についての若干の裁量的かつ技巧的な解釈によって与えられる。……不法行為または準不法行為の賠償が、沈黙についての次のような解釈によって与えられる一群の事例がある。すなわち、黙っているという過誤を犯した者の真の意図——それを侵すことはできない——が何であれ、第三者の正当な期待に適合する意味において行われる解釈である」。ここで損害賠償の原因とされている「語るべき義務」こそが、セリスのいう意味での情報提供義務の内容

3 同意に対する適用 既にみたように、「承諾がなされれば直ちに契約が成立する」ということは、申込みの概念の本質的内容である。申込みに対して付せられる留保は、この「直ちに」という即時性を延期するものであり、この点で留保に関する上の考察の一適用として位置づけられる(n° 331, pp. 175 et 176)。

(≡) 留保の限界——*Protestatio non valet contra actum* [ou *factum*].

以上のように、留保は、相手方の誤信を解くことによって責任を免れさせる効力をもつとされる。しかし、一方で留保がなされたにもかかわらず、同時にそれと矛盾する行為が行われた場合にまで、留保は一貫性原則の適用を免れさせるのか。この点につき、フランス法には《*protestatio non valet contra actum* [ou *factum*].》(行為に矛盾する異議は意味をもたない)の法格言が<sup>(160)</sup>あり、行為に矛盾する留保は、たとえそれが明示的なものであっても許容されないと解されてきた。すなわち、既にオブリー＝ローは、「法律が行為に付与し、または行為の本性から必然的に導かれるところの効果と相容れない場合には、異議(*protestation*)は無意味かつ無効である<sup>(161)</sup>」としており、また、19世紀の破毀院にもこれを適用したと解し得る判決が<sup>(162)</sup>みられる。セリスは、この法格言を精査することによって一貫

---

であると解されるが、こうした議論を可能にしたのは、本文に指摘した情報提供義務概念の柔軟性と、民事責任法理の柔軟性とであったといえよう。この問題については、馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(1)」早法73巻2号(1997年)73-74頁、ならびに87頁注(32)および(33)をも参照。

(160) H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, v<sup>o</sup> *Protestatio non valet contra actum*, p. 686.

(161) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1871, § 323, p. 334 texte et note 15. オブリー＝ローの叙述の特徴は、法的に許容され得ない矛盾が惹起される場合を、「法律が当該行為に与え、または当該行為がその性質上含んでいるところの効果との矛盾を含む場合」と定式化する点に認められるが、これは、フランス民法典を範として起草されたバーデン・ラント法(1809年)1108c条およびこれに対するブラウアーの註釈(その意義につき、石部雅亮「外国法の学び方——ドイツ法5」法セ225号(1974年)155-154頁を参照)にも符合している。

性原則の内容を彫琢しているから、最後に、これに関するセリスの所見に付言しておきたい。

セリスは、上記法格言に対し、たとえば純粹随意条件を付された行為が直ちに無効とされるように（民法典1170条、1174条）、実際には行為よりも留保が優先する場合もあるのだから、その射程は限られたものであるという。この基本認識から、彼は、行為に対する留保の意義を、①（現在の）意思の存在を打ち消し、行為の法的効力を奪う留保（行為の条件）、②行為

---

【バーデン・ラント法1108c 条】

行為に付せられた、当該行為が同意に適用されない旨の権利の留保は、法律が特に同意と明言している行為、又は、留保がなされればあらゆる合理的な態度（alle vernünftige Haltung）を失うような行為については、何らの効力も生じない。

以上につき、J. N. F. BRAUER, *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung*, Bd. 3, Karlsruhe, 1810, S. 10 f. は、「権利の留保（Rechtsverwahrungen）の有効性について」と題する款において次のように註釈している。「ここでは、権利の留保の有効・無効に関する学説について、いかなる場合にそれが無効であるかを規定した。すなわち、留保が、a) その本性（Natur）に従って合意され、同意として妥当すべき行為に付されたとき、および b) 留保が受け容れられることを欲すれば、直ちに、〔これと〕一貫せず（ungereimte）または法律に反する意味が与えられる場合である。併せて、逆側からは、次のことが規定されている。すなわち、権利の留保が妥当し得るのは以下の場合である。a) 行為が、法律行為の完成に関して二義的である場合であって、b) にもかかわらず、当該行為が、他の視点において一定の合理的な目的を保持するとき、または、当該行為が、同時に、権利の留保がそれに与える意味を受け容れるものであり、かつ、当該行為が法律によって同意の徴憑と規定されていないとき、である。これらの場合、行為時に付与された同意から生ぜしめられた法的不利益に対し、権利の留保は保持され得る。しかし、これは、相手方の表示または諸般の事情から同意なしに生じ得るもの、または、留保に先立つ承諾によって既に生じているものを一切変更しない」。

なお、ドイツ法における矛盾行為禁止の原則については、近時、平井慎一「信義誠実の原則に基づく信頼保護(1)-(3)—ドイツにおける矛盾挙動禁止の原則の検討を中心として—」法雑55巻3・4号949頁、同56巻1号88頁、同2号58頁（2009年）が詳細な考察を行っている。

(162) V. not. Cass. civ., 24 janvier 1872, S. 1872, 1, 23. 詳細につき、v. CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>os</sup> 371 et s., pp. 166 et s.

の本質的な目的に抵触せず、行為の射程を明確にする留保<sup>(164)</sup>（行為の補完）、そして、③行為の法的目的と内容的・時間的にみて相容れない留保（行為との絶対的矛盾）に分類している（n<sup>os</sup> 335 et s., pp. 177 et s., not. n<sup>o</sup> 340, p. 180）。①の場合には、行為が条件づけられたものであることが明示されており、また、②の場合には行為と留保が対象を異にするから、これらの場合には、原則として一貫性原則の適用は問題にならない。これに対し、③<sup>(165)</sup>の場合は、留保は、「行為の絶対的無矛盾性」の回復を旨とする一貫性原則によって無効とされるといっているのである（n<sup>os</sup> 341 et s., pp. 180 et s.）。

以上のように、この法格言の適用において問題とされているのは、留保

(163) その例として、セリスは運送人の責任の消滅に関する商法105条（旧法）を挙げる。同条は、運送人が特に重い責任を推定されていることにかんがみて、運送品の受領という行為に、事実面では占有移転を画する効果を、法律面では当事者間の法律関係を消滅させる効果を、それぞれ認めたものであるとされる。セリスは、荷受人が引渡時に留保を付することによって、引渡しで法律面で効果を免れることができるとする判例法理が形成されていることに言及して、「荷受人は、その態度〔＝留保〕によって、彼の行為（受領）を事実（引取り（*enlèvement*））へと減じ、法的次元における行為を経済的次元へと引き戻す」という（CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>o</sup> 355, pp. 188-190）。

(164) ここにおいて、セリスは、「旧債権の質権又は抵当権は、債権者が明示的に留保を付した場合を除き、旧債権に代置される債権には移転しない」とする、更改に関する1278条の規律等を想定している（CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>os</sup> 373 et s., pp. 200 et s.）。

(165) CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>o</sup> 405, p. 220 texte et note 102は、②の留保が「絶対的矛盾」を生じる場合も存ずるとして、前掲注（162）の事案を挙げている。また、①については、留保自体が有効である（留保によって意思不存在の状態が基礎づけられる）ことは認めつつも、損害賠償の問題が別途生じ得ることに注意を促している（*id.*, n<sup>o</sup> 353, p. 188 texte et note 44 [en citant M. FREJAVILLE, *Cours de droit civil, 1954-1955*, p. 99]）。「締約交渉は、将来契約当事者となるべき者による、契約を企図する行為からなるが、……その時点では債務を負う意図を伴わないものである……。しかし、締約交渉は、二つの観点から法の領域に入っている。一方で、ひとたび契約が締結されれば、その意味の明確化を可能にする。他方で、交渉の濫用的な破棄は、責任の発生原因となり得る」（傍点原文斜体）といわれるように、損害賠償責任は意思に基づいて生じるわけではないから、留保の効力を承認することとも両立し得るのである。

と行為が矛盾するということそれ自体ではない。セリスによれば、むしろ重要なのは、「留保、つまり個人によって表明された態度は、第三者が彼の行為（comportement）から推し量るであろう態度に矛盾するものであってはならない」（n° 315, p. 165）という観念である。

#### （四）小 括

「社会」の観念に導かれるセリスの考察は、その主観においては、法的態度および留保の観念の考察を通じて意思主義を克服することを目指すものであった。この企図が成功を取めているかについては様々な評価がある<sup>(166)</sup>。しかし、哲学的な次元で彼の見解を論評することはここでの関心ではない。本稿の分析との関係では、①責任の観念を通じて、一定の態度に対して意思によらない契約的拘束という効果を与えたこと、②そうした効果が、法的安全の観念に立脚する「一貫性原則」の適用として根拠づけられ、かつ、債務発生原因としては「契約」によらない責任との法性決定がなされていたこと、そして、③その狙いが、意思の作用の射程に合理的な限界を与える点にあったことに注目したい。

#### 二 裁判官による契約の存在の承認（ロード）

一貫性原則を説くセリスが主として当事者間の実体的な規律を問題としたのに対し、ロード<sup>(167)</sup>の『裁判官による契約の存在の承認』は、契約がその拘束力を承認されるに至る判断過程に対し、裁判官がいかにして関与するかという問いを出発点として、従前の諸見解の止揚を図ったものである。以下では、その基本構想を略説したうえで、同意法理と関連する議論をみ

(166) CARBONNIER, *op. cit.* [note 152], p. VII は、セリスの提唱する留保の理論は意思および意思主義を離れるものではなく、留保を表明することそれ自体が「決定を延期しよう」という意思の所産ではないかと評する。さらに、CARBONNIER, n° 936, p. 1957は、これを「望まない自由」と呼んでいる。

(167) もっとも、同原則は裁判所の役割を単純化するというすぐれて実務的な理由によっても支えられていると説かれることから窺われるように（CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n° 179, p. 103）、セリスは、留保が裁判所による法性決定の問題を伴うことを明確に意識している（*v. aussi id.*, n° 349, pp. 184 et 185）。

ていくことにしたい。

### (一) 基本構想

ロードの基本構想は次のようである (n<sup>os</sup> 1 et s., pp. 15 et s.). 契約法の学説史を顧みると、契約の根拠については、これを意思に基礎づける伝統的・支配的な理解と、これに批判的な理解とが対立してきた。<sup>(168)</sup>ところが、これらはいずれも契約の成立を「当事者」の側から基礎づける点では、実のところ問題設定を共有していた。これに対し、ロードは、「契約は、裁判官がそれを認めたから存在する」ということはできないかと問う。すなわち、私法の各領域において裁判官の干渉が高まっていることはつとに指摘されているが、契約の形成という主題に関しては、裁判官の関与についての体系的研究はなお少ないとして、彼女は、「裁判官は契約の締結を強制することができるか」、あるいは「契約の締結は賠償可能な損害の要素であるか」、さらに進んで、「法／非法の限界を画するのは当事者か、裁判官か」といった根本問題を提起する。この視点から、彼女は、実定法上の様々な規律を、①裁判官が「観察者 (observateur)」として契約の存在を確認する場合、および、②裁判官が契約の「創造者 (créateur)」として、当事者の意思に反する契約の強制に及ぶ場合の二つに分かって考察していく。

実定法の諸領域に点在する規律を対象に、それらに通底する裁判官の積極的判断作用を発見しようという議論の進め方に由来して、彼女の議論において扱われる論点は多岐にわたる。以下では、本稿の目的との関連の深い諸規律に考察を加えることにしたい。

### (二) 同意——観察者としての裁判官

ロードはまず、申込みと承諾の合致を判断する一連のプロセスにおいて、裁判官が契約の観察者として介在する局面に考察を加えている。彼女の論旨は、大別すれば、①各当事者の同意に関するもの、および、②申込

---

(168) 簡単には、次項冒頭を参照。

みと承諾の合致に関するものに区別することができる。以下ではそれぞれの内容をみることにしたい。

1 各個の同意 (1) 申込みに関する議論においてロードが示す着想は、一言でいえば、同意に付された留保に対する評価を通じて、裁判官が当事者の意思の「強度 (intensité)」をコントロールするというものである (n<sup>os</sup> 55 et s., pp. 55 et s., not. n<sup>o</sup> 71, p. 63)。彼女は、オベール以来の諸議論を踏襲し、留保が同意の確定性を失わせるか否かは留保の合理性にかかっているとしたうえで、この点の法性決定を通じて裁判官が一定の積極的作用を営んでいることを、意思の強度のコントロールという側面から把握しようと試みるのである。

それでは、そうしたコントロールがなされるのはなぜか。ロードは、かかる構想を明言したものとして、セリスの次の分析を引いている (n<sup>o</sup> 76, p. 65)。すなわち、「実際、経済事情それ自体が完全に安定的ではないため、法律家は、価格に関する売主の意思不存在の状態〔例、価格変動条項の挿入〕を適法と認めている。しかし、この留保が、善意で取引しようとする相手方の陥穽とな<sup>(169)</sup>ってはならない」。

(2) 意思の強度をコントロールするという以上の着想は、承諾についても展開されるが、そこでは、留保ではなく、むしろ「同意の存在を確実に認定し得ない場合」をどのように扱うかという問題に重点が置かれている。ロードは次のように説く。すなわち、こうした場合に裁判官が採り得る方途は、同意の存在を認定し得ないとするか、または、そうした状況に対処するための法技術を駆使するかの二つである。それでは、後者の場合における「法技術」とは何か。ここでロードは外観法理に言及し、同法理

---

(169) CÉLICE, *th. préc.* [note 149], n<sup>o</sup> 331, pp. 175 et 176. ロードはセルナのテーゼを指示するが、彼女の引用する一節はセリスのものである。なお、ロードが引用するのは以上であるが、セリスの主張は次のように続けられる。「裁判所がこの原則〔＝一貫性原則〕を認めて申込者による留保の使用をコントロールするのは、まさに以上の理由による」。



によると、実際には締約意思が存しないにもかかわらず、相手方の正当な信頼を理由として、同意がなされた場合と同様の拘束が生じることになるとする<sup>(170)</sup> (n° 96, p. 76)。そして、外観法理を適用することによって契約関係の存在が認められる背景には、「相手方が被った損害は賠償されなければならない」という、民事責任に通底する要請があると説く (n° 100, p. 79)。

2 意思の合致 加えて、ロードは、申込みと承諾との合致を判断する過程においても、裁判官の積極的関与が生ずると指摘している。

(1) 出発点として、ロードは、当事者間に契約書が交わされた場合を想定する。彼女はまず、「意思自律の原理」の帰結として、「その条項が契約書面 (document contractuel)<sup>(171)</sup> 中に現れているときには、当事者の署名は〔その条項にかかる〕同意の真実性 (la réalité) を証明する」という命題を提示する (n° 145, p. 106)。つまり、当事者が契約書面に記載した条項は、そのまま同意として当事者間を規律するのが「意思自律」からの原則的な帰結だ<sup>(172)</sup> というのである。

(2) そのうえで、ロードは、次の二つの方法によって裁判官の積極的判断作用が介在する余地があると説く。

第一に、承諾の範囲の認定。ロードは、上記の命題が、証書全体に対し<sup>(173)</sup> て真に同意がなされたか、あるいは、証書以外の事項に対しても同意がな

(170) 同旨を説くものとして、v. L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, 2008, préf. É. LOQUIN, n° 59, p. 38.

(171) 「契約書面」という観念は必ずしも明瞭ではないが、当面は、そこには契約締結にあたって作成される証書 (*instrumentum*) のみならず、附随的な事項が記載されたにすぎない書面も含まれるとされている (v. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN, n° 9, p. 7) ことを確認しておくにとどめる。

(172) この点もまた、契約書の記載を意思の反映とみるフランス法的な意思主義の発現だといえよう (前項第三 (特に、本誌85巻4号 (2010年) 86頁) を参照)。

(173) ここで扱われるのは約款の対抗可能性の問題である。ロードは、理念としては契約内容が自由な交渉によって決せられること、しかしながら、附合契約においてはそうした自由が事実上存しないことを確認したうえで、「承諾によって契約が成立し得るためには、……承諾者が、全条件、つまり当該契約の全条項を正しく認識



されなかったかという二つの方向から修正されるとする。本稿の課題に関わるのは後者であるが、この点につき、ロードは、次の二つの場合には契約書面外で表示された言明が契約内容になるとする。すなわち、①当該言明がそれ自体として申込みと評価されたとき、②言明が契約書面において参照（référence）・告示（affichage）されたとき（n<sup>os</sup> 152 et s., pp. 109 et s.）である。

第二に、何が前記命題にいう「契約書面」にあたるかの法性決定。ロードは、「広告書面（document publicitaire）」の急増を社会的背景として、「契約書面」の観念それ自体が次のように拡張されつつあると論ずる。すなわち、「広告書面が契約的効力を有するか否かを判断するために、裁判官は書面を受け取った者の正当な信頼（croyance légitime）がどのようなものであったろうかを探究するだろう。これらの書面が、申込みの一部をなすと承諾者が正当に信じるに足るほどに明確である（précise）ときには、裁判官はそこに契約的効力を認める傾向にある。裁判官が、しばしば、『広告書面が十分に明確かつ詳細であるときには、契約的効力を有しないことを明言した場合においてさえ、それを行いまは用いた者は拘束される』と認めているだけに、この傾向は意義深いものである」（n<sup>o</sup> 157, pp. 112 et 113）<sup>(174)</sup>。

３ 小 括 以上を要するに、ロードは、各個の同意との関係では、留保の適用、同意の存在を認定し得ない場合の外観法理の適用を通じて、また、申込みと承諾の合致を判定する局面に関しては、広告書面性の法性決定等を通じて、裁判官の積極的判断作用が同意の成立過程に介在するこ

---

していたのでなければならない」との原則論を示す（LAUDE, *th. préc.* [note 149], n<sup>os</sup> 143 et 144, p. 106）。そして、裁判官は、この認識の存在を推認するなかで、同意の合致に対するコントロールを行っているとする（*id.*, n<sup>os</sup> 147 et s., pp. 107 et s.）。

(174) もっとも、ロードは、以上が「判例の傾向」をなしていると断ずるのは拙速であり、判例はいまだ統一的方向性を示していないという。判例については、次節第二款第一項において詳論する。

とを明らかにした。想定される適用局面は様々であるが、いずれにおいても、善意で取引をしようとする者が、相手方の行為によって損害を被ることは避けるべきであるとの判断が通底していたといえることができる。その意味で、裁判官の積極的関与は、相手方の「正当な信頼の保護」を目的とするものであったとみる事が許されよう。

ところで、ここまでの議論でロードが扱ったのは、裁判官が当事者の意思の観察者として関与する局面だから、以上はあくまで同意法理の枠内での分析であったとみなければならない。しかし、たとえば同意の存在を承認するために外観法理が援用されると説く点をはじめ、彼女の所説の端々に「同意の確定性の存否は相手方の信頼には左右されない」とする伝統的な理解との緊張関係が窺われたことは確かである。そうであれば、裁判官による同意のコントロールという着想は、これをいま一歩進めれば、「当事者の意に反する契約の成立」が認められる場合さえあるという裁判官の「創造者」としての役割にも通じていると考えられる。そこで、以下に、この点に関する彼女の主張を一瞥することにしたい。

### (三) 当事者の真意に反する契約の成立——創造者としての裁判官

ロードは、契約締結過程の経緯に照らして当事者の真意に反する契約の成立が認められる場合として、具体的には、①予約がなされたとき、および、②契約交渉が破棄されたときに関する規律を考察している。これらはいずれも同意の確定性の観念と密接に関わる問題であるが、ここでは、何らの合意も存しない場合を扱う点で本稿の関心により近いと考えられる②に絞って、彼女の主張をみていくことにしたい。

1 不法行為に基づく「現実賠償」の可否   ロードの基本認識は、当事者がなお契約交渉段階にとどまっている場合であっても、裁判官は、これを不当に破棄した者に対しては、契約が履行されれば相手方において得たであろう利益の賠償を命じることがある、というものである (n° 787, p. 480)。すなわち、彼女は、下級審では、「機会の喪失」の法理に依拠し<sup>(175)</sup>つつ、契約が締結されなかったことによって生じた全損害の賠償を認容す

ることによって、契約が実際に締結された場合に達せられたであろうと同様の結果を実現させる解決が行われることがあると説き（n° 844, pp. 519 et s.）、こうした解決に適切な基礎を与えるべく、裁判官は、契約交渉の破棄に対し、「現実賠償（réparation en nature）としての契約成立」というサンクションを課することができないかとの問題を提起する<sup>(176)</sup>（n° 845, p. 21）。

**２ 契約締結上の過失論** これに答えるにあたって、ロードは、イエーリングの「契約締結上の過失」論を援用し、同法理のフランス法への導入を試みたルビエの議論から一定の示唆を得ることができると述べている（n° 846, p. 522）。ルビエの議論とは次のようなものである。すなわち、「契約関係に入ったという事実特有のもの、それは、義務の領域（le champ de ses obligations）が拡大されるということである。もはや一般人の義務という圏域にとどまらず、特別な義務を創り出すために一步を踏み出しているのである。そして、この行為は、意思に基づくもの（volontaire）である」<sup>(177)</sup>。

ルビエのこの議論に基づいてロードが導き出す示唆は、こうである。交渉が進捗するのに応じて、「le contractuel」と「le précontractuel」との区別は次第にあいまいになる（n° 847, p. 522）。そして、最終的に、契約の基本的部分（le principe du contrat）について十分に明確な合意が形成されたときには——そして、このようなときにのみ（n° 851, p. 525）——、

(175) 同法理については、次節第一款第一項において概観する。

(176) 指摘されるのは、Paris, 10 janvier 1990, Droit des sociétés, 1991 n° 32, p. 8, JurisData 1990-020670 である。しかし、本件は、企業の経営統合に絡む株式譲渡の事案であり、組織法的特性を有する点に注意を要する。なお、彼女が同所で掲げる他の判決も同種事案のものであり、本文で述べた解決が上記事案類型のほかに妥当するか否かは、慎重な検討を要するように思われる。

(177) P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Paris, 1911, p. 58. ルビエの所説（およびフランス法における契約締結上の過失論）については、次款第二項にて簡単な検討を加える。

交渉は契約の領域へと移り (basculer)、裁判官は、一方当事者による交渉破棄に対して現実賠償を課することができる (n° 848, pp. 522 et 523)。かくして、ロードは、その論稿の冒頭で提起した「契約の締結は賠償可能な損害の要素であるか」との問題提起に対し、契約締結上の過失に基づく損害賠償<sup>(178)</sup>の効果として、契約の成立が課され得ると答えるのである。

3 小 括 ここでのロードの主張を要約すれば、契約内容を確定することができるほどに交渉が進んだ場合には、契約成立を「損害」の内容とみることを通じて、民事責任の効果としての「現実賠償」に基づき、端的に契約の成立を認めるべき場合があるというものである。このようにして、彼女は、同意に確定性がなくても契約の成立を認める余地があるとし、その結果、場合によっては当事者の真意に反する契約の成立が認められると説くのである。

#### (四) 小 括

以上が、契約の成立に対する裁判官の役割を「観察者」「創造者」という二つの性格から考察するロードの所説のうち、同意法理を扱う部分の概要である。最後に、彼女の基本観について二つの側面から留意点を述べることで、同意法理の展開におけるその意義を明らかにしておきたい。

第一に、ロードの基本認識たる「積極的形成者」たる裁判官という視角について。当事者と裁判官との緊張関係という側面から契約の成立に関する諸規律を考察するというこの視角は、たしかに彼女の独創にかかるものであり、学説に新たな分析軸を加えたものとして積極的に評価することができる。

もっとも、「契約の成立」という主題を離れてみると、こうした考察は必ずしも新しいものではない。というのは、意思自律の原理の内容として、契約の拘束力の有無を当事者が自由に決められることに加えて、裁判

---

(178) ただし、現在では、以上の理解を否定する破毀院判決 (Cass. com. 26 nov. 2003, D. 2004, 869 note A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE) が現れていることに注意を要する〔次節第一款第一項〕。

官の関与の謙抑をも要請することは既に繰り返し指摘されていたからである。<sup>(179)</sup> そうであれば、ロードの所説は、契約の成立という、意思自律の原理が最も徹底されてきた局面においてさえ、上の古典的枠組が決して絶対のものではないことに注意を促したものとみるべきであろう。

第二に、債務発生原因の理解について。ロードの考察は、裁判官が契約の成立に積極的形成者として関与するという現象のみに向けられており、それら諸局面においてどのような法理が適用されているかについての考察は、厳密に言えば傍論に属せしめられている。とはいえ、とりわけ不法行為に基づく現実賠償という構成を媒介にして、交渉の進捗に応じて当事者間の法律関係の性格は曖昧になると指摘されること等、彼女が、債務発生原因の分類に一定の流動性があるとの認識を前提にしていることには、注意を払っておいてよいだろう。それは、裁判官の積極的作用を肯定するために、「契約」という法性決定を離れざるを得ないことを窺わせるものと思われる。

### 三 第一の議論との関係（本項の小括）

最後に、セリスおよびロードの議論が**第一**において追跡した通説的理解との関係でどのような意義をもつかについての所見を述べ、本項のまとめに代えることにしたい。

結論として、私見によれば、両説は、通説の批判を試みたものというよりは、むしろその論理を内在的に再解釈し、明確に意識されていなかった点に光を当てたものと解される。以下では、両説が通説的理解と共通の基盤に立っていることを、二つの面から論じたい。

**1 実質面での共通性** セリスおよびロードの論稿は、ともに、契約の成立において「意思」に決定的な役割が与えられてきたという通説的理解が過度に概念的なものであって、往々にして規律の実情と遊離しているとの批判を加えたものである。しかし、注意しなければならないのは、

---

(179) 前掲注(63)（本誌85巻4号（2010年）70頁以下）を参照。

「意思の不存在」という根拠づけを用いる通説的理解においても、いまだ表明されていない留保が「意思の不存在」をもたらすとまでは明言されていなかったことである。いいかえれば、内心では留保を付することを欲するにもかかわらずこれを怠った場合、通説的理解のもとでも、当該同意それ自体が確定性（の外観）を備えている限り、表意者はその表示に拘束されるとされており、したがって、「意思の不存在」たる留保は、「表明」という行為を媒介して初めて法的意義を獲得するものと解されていたのである。

通説的理解の構造をこのように把握すると、これとセリスらの議論との間には、実質的な差異は存しないといえることができる。というのは、こうである。通説的理解を上のように読み替えると、留保は、単なる「意思の不存在」にとどまらず、相手方の誤信を解くとともに、裁判官によって「申込み」という法性決定がなされることを回避するための積極的行為たる意義をもち得る——これを怠った場合には、当事者は、留保を付するという意思を有していた（したがって、行為時においては拘束意思を有しなかった）にもかかわらず契約に拘束される——ことになるが、こうした理解が、セリスおよびロードの企図に沿うことは明らかである。そうであれば、セリスの所説は、「意思の不存在」状態におけるこうした規律を具体化する場面ではたらくのが、責任、情報提供義務、一貫性原則、外観法理といった諸観念であることを明らかにすることで、また、ロードの所説は、実体法レベルでのこうした認識を共有しつつ、視軸を裁判官による「同意のコントロール」という側面に定め、法と非法との境界を設定するにあたって裁判官が重要な役割を果たしていることを明らかにすることで、いずれも通説的理解に伏在する論理構造を明確化したものといえるだろう。

2 理論面での共通性 のみならず、セリスおよびロードの所説は、理論構成の面でも伝統的理解との連続性を保っている。すなわち、彼らによっても、留保を付さなかったことによって生じる責任は、「意思不存在

の状態」、または、裁判官の「創造」的作用の所産として、つまり、同意法理に外在的なものとして把握されている。本稿の関心に即していえば、彼らもまた、前述の規律を「意思表示の解釈」、あるいは「表示された意思」から導かれる結果として基礎づけることはなかったのである。

３ 小 括 要するに、両説の意義は、①「確定的意思」という公準が、実質的には契約的債務の発生にとって唯一の基礎づけではないこと、そして、②その際の債務発生は、意思によらない「責任」によって基礎づけられ、その存否は裁判官の積極的干渉のもとで決せられるということを明らかにした点にあるといえよう。

ところで、上記②にかんがみれば、フランス法には、留保を付し、したがって相手方に真意を「表示」した場合にも、拘束意思の存否自体はあくまで「内心の意思」に即して決せられるという理解が存在していたといえることができる。このように、契約による拘束の存否があくまで「内心の意思」によって説明されるとすれば、さらに次のような疑問が生じ得るものと思われる。すなわち、これに対立する「表示された意思」という観念は、同意法理においてはまったく無視されていたのか。いいかえれば、同意法理において、「表示された意思」が「内心の意思」に優先することはないのか。

この点を明らかにするためには、意思表示の「内容」確定に関する諸準則を具体的に考察する必要があるだろう。そこで、第一項末において予示したとおり、次項においては、内心の意思（*volonté interne*）と表示された意思（*volonté déclarée*）の理論的關係がどのように把握されているかを検証することにした。

### 第三項 同意法理の形成と展開(二)：内心の意思と表示された意思

「意思表示としての同意」に関する第二の論点として、本項では、「内心の意思」と「表示された意思」との関係につき、学説がどのような理解を示してきたかを検討する。これは、「意思主義」「表示主義」の対立という



抽象的な問題に関わるばかりでなく、同意に関するフランス法の議論において、実質的にみて意思表示の解釈に対応する問題を扱った論点としても位置づけられている<sup>(180)</sup>。

以下では、フランス法学内部における議論の展開を跡づけた後に〔第一〕、近時の欧州契約法の流れのなかでどのような議論が現れているか〔第二〕を瞥見する。これによって、前項末に提起した問題に答えるとともに、「契約締結過程において当事者の一方が抱いた『正当な信頼』が契約内容の形成にいかなる影響を及ぼすか」という本稿の主題に対する考察を深めたい。

### 第一 フランス法における議論の発展

この問題に関するフランス法の伝統とされてきたのは、両者の対立を「内心の意思の優先」という準則によって解決する立場であり、これに符<sup>(182)</sup>

(180) F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, préf. C. WITZ, n° 106, p. 65.

(181) なお、以下で採り上げる《croyance》、《confiance》および《attente》の訳語についてここで一言しておきたい。この領域において用いられる法的概念としては《croyance》および《confiance》が古い。《croyance》は真実らしさに対する信頼、《confiance》は契約から引き出される利益に対する期待を意味するとの区別を説くものがみられるが（e.g., P. NGUIHÉ KANTÉ, *La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé*, RRJ 2009-1, p. 320, note 21）、他方では、かつては特に区別なく用いられてきたとの指摘もみられる（S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, préf. D. TRUCHET, n° 321, p. 586）。本稿では、訳の上ではいずれも「信頼」とし、必要の都度、看取され得た限りでそのニュアンスに言及する。これに対し、《attente》は比較的近時に至って用いられるようになったものであり、契約法全般に関する理念として位置づけられることが多い。この語に対しては「期待」の訳を充てる。

(182) A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1948, par L. F. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, n° 42, p. 31. V. aussi Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. 4, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1942, par E. BARTIN, § 343, p. 424 note 5 bis.



合する理解はなお多くの概説書において示されている。<sup>(183)</sup>「個人が拘束されるのは、自ら欲したからであり、自ら欲した限度においてである。拘束されようという真意のみが重要である」<sup>(184)</sup>とするのはその典型であり、これによれば、真意が立証される限りは、相手方がどのように理解していても「同意」は不存在と解されることになる。

しかし、こうした理解に対しては、往々にして次の二つの「ただし書」が付されてきた。それは、①内心の意思も表示されなければ何ら意味をもち得ない、②内心の意思のみならず「表示された意思」にも相応の重要性がある、というものである。この①と②はもとより密接に関わり合うものであるが、次の点では性質の異なる問題だから、区別して論ずる必要がある。すなわち、二つのただし書は、①が意思と表示が一致する場面を前提とするのに対し、②は両者が齟齬を来す場面を前提とするというように、念頭に置く局面を異にするのである。

①が19世紀以来論じられてきたこと、そうした意味での「表示主義」がフランス法にも存在することは、既に繰り返し述べてきたとおりである。これに対し、本項では、内心の意思と表示された意思との間に齟齬のある局面を対象として、「表示された意思の優先」というかたちでこれを解決しようとする②の命題を考察したい。具体的には、二つの意思概念の対立が同意法理の枠内においてどのように扱われているかを、この点を比較的詳しく論じ、かつ、②の命題に積極的な意義を認める今日の議論——ゲスタン〔二〕およびラルメ〔三〕——に即して分析する。<sup>(185)</sup>ただ、その前提と

(183) V. aussi MARTY et RAYNAUD, n° 104, p. 99 ; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 93, p. 109 ; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Acte juridique*, n° 120, p. 85 ; FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n° 116, p. 275. なお、契約の解釈との関係では、MAZEAUD et CHABAS, n° 343, p. 334.

(184) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *loc. cit.* [note 183]

(185) そのほか、同様の問題を論ずる概説書として次のものがある。CARBONNIER, n° 952 p. 1983は、フランス法の伝統が内心の意思の尊重にあることを確認したうえで、「民法典が、1108条において同意の観念を際立たせることで、主観性の過大視

して、簡略ながら現代に至るまでの学説の流れを確認することによって、議論の一般的な背景を確認しておくことが有益であろう<sup>(186)</sup>〔一〕。

### 一 フランス法における「正当な信頼」の観念

「表示された意思」がフランス法において占める位置に関する自覚的な考察を行ったのがサレイユであったことは、既にみたとおりである。以下では、同意法理に関する個別の学説の検討に入る前に、彼以後の議論の流れを確認しておきたい。

1 グノー<sup>(187)</sup> サレイユ以後の論者としては、まず、グノーを逸してはなるまい。グノーは、フランス法における意思主義の伝統に対する批判者の一人であるが、「正当な信頼 (confiance légitime)」の観念の意義を理解するにあたっては、「法律行為の構成要件」に関する議論において、彼と同時代に意思主義を批判した論者であるエマニュエル・レヴィの所説に対して次のように応接していることが多くの示唆を与える。

(1) レヴィ説の詳細は後に述べるとおりであるが、いまここでその特

---

を助長し、契約に対してより客観的かつ社会的な方法で契約を取り扱おうという、言葉の用い方についての義務の研究から民法学者を遠ざけてきたことは、嘆かれてよい」とする。この文脈で、ドイツ法系の信頼理論にも触れられている。また、MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, n° 749, p. 358 は、商法においては表示された意思に重要な意義を与えられていると指摘したうえで、より一般的に、表示された意思の尊重は相手方の信頼の尊重を要請すると説き、これを現代法における信義誠実義務の展開の一面とみる。なお、この問題に関する論文としては、さらに、J. BOULANGER, *Volonté réelle et volonté déclarée [sic]*, in: *Liber amicorum Baron Louis FREDERICQ*, Gent, 1966, p. 199; J.-J. BIENVENU, *De la volonté interne à la volonté déclarée*, *Droits*, 28/1999, p. 129 がある。

(186) この点については、A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. VINEY, n°s 843 et s., pp. 506 et s. の分析が参考になる。

(187) E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912. グノーの構想については、西山井依子「グノーの法律行為論(1)、(2)」大阪経済法科大学論集 2 号、3 号 (1974-1975 年)、坂本武憲「『意思自律の原則』についての一考察—フランスのグノオ学説とカント哲学の関係を中心に—」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題 上』(有斐閣、1996 年) 467 頁を参照。

徴を簡単に述べるならば、それは、契約および不法行為はいずれも「正当な信頼の裏切り」という一つの根拠に基づいて成立するのであり、したがって、両責任の間には、「契約責任においてはこの信頼は約束によって生じるのに対し、不法行為責任においてはこの信頼は状況から生じる」という相違しかない、とするものである。<sup>(188)</sup>グノーは、この主張に対し、ドイツ法における表示主義でさえ、表示意識まで不要とするものではなかったと説き、これをも不要として心理的意思を社会の反映としかみないレヴィの議論は、法学の理論という以上にデュルケムの社会理論に類するものだと<sup>(189) (190)</sup>評する。

(188) E. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, Rev. crit. 1899, p. 361, not. p. 387. レヴィは、フランス法における「正当な信頼」の観念の提唱者と目されている（e.g. D. TALLON, *L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif*, Droits, 12/1990, *le contrat*, p. 81）。しかし、彼の所説は独特な思想的背景をもっており、また、外観法理の始原的主張としても位置づけられているため、同意法理の主流の追跡を目的とする本款においては、これに対する考察は差し控える（次款第一項で改めて採り上げる）。

(189) E. GOUNOT, *th. préc.* [note 187], p. 148 note 1. もっとも、「法律行為」と「法的事実（fait juridique）」との区別については、グノーもまた次のように説いていることに注意を要する。すなわち、彼は、ある行為が「法律行為」であるといえるためには、当事者がそのすべての効果を自分の好きなように整え得るのでなければならぬとの前提に立ち、契約においても、その効果の一部が公序等によって付与される場合には、もはやこれを法律行為と認めることはできないとする（*id.*, pp. 240 et s.）。彼のこうした理解に対しては、J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951, n<sup>os</sup> 16 et 17, pp. 25-27 により、「その効果を生じさせるために、法的な効果を実現しようとする意図が絶対に必要不可欠である」ものをもって法律行為とする定義が提唱された。「債務の発生」と「内容確定」とを区別し、法律行為における意思の要素を前者の局面に集約させるマルタン・ドゥ・ラ・ムットのこの理解は、本章注(3)（本誌85巻2号（2010年）72頁）に指摘した学説の原基をなすものと解されよう（v. F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. CHOZI, n<sup>o</sup> 67, p. 71 note 6）。

(190) レヴィとデュルケミアン（特に彼の甥であるマルセル・モース）との交流は、J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2004, p. 118によっても指摘

(2) 以上の認識から、グノー自らは次のように説く。たしかに、実定法上も、正当な信頼によって債務の発生が説明されるべき局面がみられるが、それらはいずれも例外的な場合である。また、形而上的な意思の合致によって契約が成立するとみる意思の全能性の観念は支持し得ず<sup>(191)</sup>、その意味で、意思自律の原理が次第にその地位を「正当な信頼」の原理に譲りつつあることは事実だとしても、第三者に生じる正当な信頼が法によってサンクションされるということは、信頼が「意思」の表明によって惹起されたということによってはじめて説明され得る。というのは、こうである。「意思の外観の背後には、通常、それに効力と意味を与えるところの真意が存する。この疑いようのない原則によって導かれるからこそ、したがっ

---

されている。しかし、カルボニエは、レヴィにおいては、個人の内心における信頼の役割が強調されており、この点で、デュルケミアンとは一線を画する主観主義の立場が採られているとする（同旨の評として、野田良之「フランス法学—デュギ、レヴィ、オーリユー、リペール」『法社会学講座 1 法社会学の形成』（岩波書店、1972年）50頁）。

(191) グノーの тезис において、正当な信頼に最初に言及されるのは、為替手形について錯誤無効の主張が制限される場合等である。「このような場合には、法が契約の名において保護し制裁するのは、意思ではなく、意思の外観が生じさせる正当な信頼である。それゆえ、法律行為論においては、社会の強行的な諸要請、とりわけ、人々の取引が良好に推移するのに必要とされる安全の原則によって、意思の原則が補われ、修正されなければならない」（GOUNOT, *th. préc.* [note 187], pp. 145 et 146）。なお、「(法的) 安全」の観念については、次節第一款第二項において考察を加える。

(192) その典型として、グノーはドゥモロンブの所説を指摘する（GOUNOT, *th. préc.* [note 187], pp. 137 et 138 note 3）。しかし、ドゥモロンブにおいても、単なる形而上的な意思に法的効力を与えていたわけではないことは前述のとおりである（前掲注（53）および同対応本文を参照）。グノーの研究は、概ねジェニーの所説に即したもののように見受けられるが、「意思自律の原理は、19世紀末に至って、それが衰退する時期に、法的個人主義ないし意思主義に対する批判者達によって構成されたものであるという認識は、現在の学説において共有されている」との指摘（森田「契約」（前掲注（150））312頁注（19））にかんがみれば、必ずしも実証的なものではなかったとみるべきであろうか。

(193) *Id.*, pp. 145-147.

てまた、真意を法的効力の原則的な条件とみなすからこそ、われわれの法意識は、意思の外観を尊重されるべきものとみなすのである。……法律行為が信頼を生み出すのも、外部に現れた行為……によってではない。それは、法律行為が通常であれば表現するところの内心の事実に対する信頼であり、法律行為によって表現されたとみなされるところの内心の意思の表象である」。ただ、こうした信頼を生ぜしめるためには、意思は、「正統的な法律家において唯一の関心対象とされる心理的な意思または内心の意思ではなく、表示された意思である」<sup>(194)</sup>ことを要するのである。<sup>(195)</sup>

（３）以上にみたグノーの理解は、本稿の検討にとって二つの意義をもとう。第一に、彼によれば、「正当な信頼」が顧慮される理由は、それが表意者の意思を表象することに認められるのであり、したがって、意思が法を形成する力をもつということは何ら否定されない。この点で、彼の所説は先のレヴィ説とは一線を画している。第二に、「表示された意思」の意義を承認する際、グノーは、「表示」それ自体ではなく、それに対する相手方の「信頼」に価値を見出している。このように「信頼」という心理的事実が出发点とされる点でも、彼は、当事者の「意思」を重視していたといえよう。この点で、グノーは、「契約の規整」に意を用いたサレイユとも異なる地平に立っているのである。

２ スイス法における信頼理論 （１）上の第二点に符合して、表示された意思と内心の意思との対立は、その後の支配的傾向によれば、「表意者の内心の意思」と（表示された意思によって惹起された）「相手方の正当な信頼」との相克として考察される。こうした傾向を形成するのに大いに力をもったのは、スイスの法学者パトリーの手になる仏語の学位論文であ

(194) *Id.*, p. 162.

(195) V. aussi R. SACCO, *Liberté contractuelle, volonté contractuelle*, RIDC, 2007/4, p. 757. サッコは、外観法理の展開を追ったうえで、フランス法においては「相手方の表示を信頼することはできない」けれども、「表意者の契約意思の外観を信頼することはできるのだろうか」と論じる。

ったと解される。<sup>(196)</sup>それは、その論稿の前半部分において契約の成立に関する仏独の意思自律原理と表示主義理論との対立を扱ったうえ、後半部分においてスイスにおける信頼主義 (système de la confiance : Vertrauenstheorie) を論じるものであり、彼以後のフランス法学説は、ここに描出された信頼主義を「正当な信頼」を論じる際の一つの標準型とみなしてきた。<sup>(197)</sup>

(2) パトリーは、マイヤー・ハーヨーズの見解に依拠して信頼主義を描出するとともに、<sup>(198)</sup>フランス法に対しては、意思主義理論をその最大の特徴とみる一方で、<sup>(199)</sup>スイス法における信頼主義と類似の観念として外観法理が存在すると指摘する。彼の議論は、次のようなものである。

まず、パトリーが準拠したマイヤー・ハーヨーズの信頼主義であるが、その内容は次のように要約され得る。「契約締結のさいの利益衝突の解決のために可能な原理をたてるべく、二対の対偶概念を考える。すなわち、客観性 (Objektivierung) と主観性 (Subjektivierung) (法律行為の構成要件で外部要素・内部要素いずれに重点がおかれるか)・一般性 (Generalisierung) と個別性 (Individualisierung) (法律行為の構成要件が一般の立場からか、そ

(196) R. PATRY, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, thèse Genève, 1953, not. pp. 155 et s. スイス債務法の概説書としては、P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> éd., Stämpfli, 1997, n° 46, pp. 213 et s., not. pp. 216 et 217<sup>カ</sup>、「意思主義」「表示主義」「信頼主義」の内容を簡潔に解説している。

(197) パトリーの所説は、たとえば、CARBONNIER, n° 952, p. 1983; GHESTIN, *Formation*, n° 387, p. 346 texte et note 83によってドイツ=ゲルマン法的理解の典型を示すものとして参照されている。さらに、彼の信頼主義に示唆を得た具体的考察として、v. A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse dactyl. Nice, 1977, n°s 46 et s., pp. 73 et s.

(198) A. MEIER-HAYOZ, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag*, Zurich, 1948. 彼の見解については、北川善太郎『契約責任の研究—構造論—』(有斐閣、1963年) 277頁注(8)、磯村哲「スイスにおける信頼理論的錯誤論—構造と問題の所在を中心として—」同『錯誤論考』(有斐閣、1997年) 159頁〔初出：民商93巻5号、同6号(1986年)〕を参照。

(199) PATRY, *th. préc.* [note 196], pp. 82 et s.

れともそれに関与する者の立場から判断されるか、による区別）。……主要な類型として、客観性＋一般性＝表示主義、主観性＋個別性＝意思主義と規定し、第三に客観性＋個別性＝信頼主義を抽出する<sup>(200)</sup>」。

このように、「意思自律と表示〔主義〕という対立する二大ドグマの間に」位置づけられ、「客観性と個別性の両原理を調和させる」信頼主義<sup>(201)</sup>は、パトリーによれば、契約の成立段階の諸規律を中心にスイス法に対して重要な影響を与えている<sup>(202)</sup>。しかし、それは、ひとりスイス法の傾向であるにとどまらず、フランス法における外観法理にも看取されるものである。すなわち、「現代のフランス法学説は、外観または善意の一般理論（THÉORIE GÉNÉRALE DE L'APPARENCE OU de la BONNE FOI）を構築した」のであって、外観法理を論じた代表的学説の示す議論の内容は、まさにスイス法にいう「善意・信義誠実」の観念に適合する。かくして、彼は、「現代の私法の一般的傾向の一つとして、信頼という法原則——または、善意もしくは外観——を、一般的な適用領域をもつ原則としようというものがある」と結論づけるのである<sup>(203)</sup>。

3 小 括 以上に簡単に跡づけたように、サレイユにおいて「意思主義（意思自律）」対「表示主義（意思表示）」と定式化された問題は、フランス法においては、いわゆる表示主義理論の諸帰結を否定したうえで、むしろ「内心の意思」対「（表示された意思に対する）正当な信頼」という対立軸のもとに論じられた。パトリーの議論が頻繁に参照されることから窺われるように、今日の学説もまた、同意法理との関係で「正当な信頼」の観念に論及する際には、この前提を引き継いでいるとみられる。

こうした経緯を念頭に置きつつ、以下では、この問題を明瞭に論じる前述の二つの議論を採り上げて、考察を加えることにしたい。

(200) 北川・同前（注（198））。

(201) PATRY, *th. préc.* [note 196], pp. 155 et 156.

(202) *Id.*, pp. 268 et 269.

(203) *Id.*, pp. 273 et s.



## 二 ゲスタン

ゲスタンの所説は、契約法理論に関する基本構想<sup>(204)</sup>の展開として論じられる。そこで、この構想に一瞥を加えてから、同意法理におけるその具体的展開の考察に及ぶこととしたい。

### (一) 「契約」概念に関する基本構想

1 ゲスタンの基本構想は、既存の諸議論の批判的分析の上に成ったものである。特に、法的安全の構想に具体化される、相手方の信頼に契約の拘束力の一端を認める立場は、ルエットの比較法研究に対する立ち入った分析の成果として主張されている<sup>(205)</sup>。すなわち、ゲスタンは、ルエットの所説の特徴を、①ケルゼンによって示される規範主義の思想に基づき、契約の締結過程とそこから生ずる契約規範とを区別すること、および、②債務者の意思ではなく、法 (*droit objectif*)こそが契約の拘束力の根拠をなすことにあると認めたうえで、この構想の一環として、ルエットが、契約の拘束力の根拠の核心を約束が承諾されたことによって生ずる信頼<sup>(206)</sup> (*confiance*) のなかに求めたことに着目する。

2 この点につき、ルエット自身は、大略次のように論じている<sup>(207)</sup>。すなわち、契約の拘束力の根拠は、債務者の自己拘束ではなく、むしろ、債務者の約束に対して債権者が寄せる信頼に求められる。このように、拘束力の要件を債権者の事情に即して評価することは、契約に関して實際上生ず

(204) 須永醇「ジャック・ゲスタン『契約における有用性と正義適合性』」志林82巻 3・4号(1985年)115頁以下の紹介を参照。

(205) GHESTIN, *Formation*, n<sup>os</sup> 184 et s., pp. 164 et s.

(206) *Id.*, n<sup>os</sup> 191 et s., pp. 172 et s.; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl. Paris, 1965, n<sup>os</sup> 109 et s., pp. 394 et s. 「正当な信頼」に関する主張との関係では、これに先立つ G. GORLA, *La contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Turin, 1958 にも重要な意義が認められている。

(207) GHESTIN, *Formation*, n<sup>o</sup> 191, pp. 172 et 173.

(208) ROUHETTE, *th. préc.* [note 206], n<sup>o</sup> 114, pp. 409-413. V. aussi GORLA, *op. cit.* [note 206], § 17, pp. 89 et s.



るのがサンクションの問題、つまり、債権者がいかなる要件のもとに約束の不履行に基づく救済を求め得るかという問題であることに照らして、自然である。とはいえ、以上のことも、意思の役割を完全に否定することまでは意味しない。というのは、約束が法的性格をもつためには、依然として法的に拘束されるという債務者の意思が伴わなければならない、その限りで、意思は、法が債務を生じさせるための端緒としての役割をなおも果たし続けるからである。しかし、ここでの意思は、あくまで法が定める「客観的状況（situation）」を生じさせる端緒にすぎないのであり（したがって、それは債務発生が必要十分条件ではない）、契約の拘束力の根拠である「状況」は、本質的には債権者の「信頼」に基礎を置くものと観念される。

３ 以上のように、ルエットの主張の力点は、正当な信頼の観念による契約関係の形成を認めることではなく、意思を端緒として成立した契約の拘束力の根拠を、意思それ自体ではなく法規範に求めることに置かれている。つまり、ルエットの主張は、内心の意思と表示された意思との相克に関心を向けていたわけではなく、「契約に拘束力が認められる」という現象を、思想的・理論的観点から記述するものであったと解される<sup>(209)</sup>。

にもかかわらず、ゲスタンは、ルエットらのこの考察を彼独自の仕方ですべて「法的安全」に関するその構想に採り入れ、それを基礎として、「内心の意思」に対して「表示された意思」を重視する考え方を展開した。

## （二）同意に関する所説

ゲスタンの基本思想は、「内心の意思」と「表示された意思」との関係性を扱う叙述において展開されており、その適用は、彼が最初に手がけた問題である錯誤論において論じられている。論稿の時間的な順序からすれば、後者の具体的議論が前者の構想に総合されたというべきであろうが、

(209) 以上のような主張は、ルエットに限って主張されているものではなく、近時では、たとえば、L. AYNÈS, *À propos de la force obligatoire du contrat*, RDC 2003, p. 324 においても、契約の拘束力の根拠として信頼を重視する見解が唱えられている。

ここでは、前記基本構想の一般から個別への展開という論理の流れに即して、彼の所説を総体としてみていくことにしたい。

1 「内心の意思」「表示された意思」 ゲスタンは、「内心的意思」と「意思表示」との対立を解決するにあたっては、いずれも社会的有用性によって基礎づけられる三つの観念（「契約法の指導原理」と呼ばれる）、すなわち自由、責任および法的安全の各観念の調和が問題とされなければならないとし、「意思表示」の尊重を要請する観念として、「責任」および「法的安全」<sup>(210)</sup>を採り上げる。各々の根拠をみると、「責任」の観念との関係では「約束 (parole donnée) を尊重せよ」との命題が、「法的安全」との関係では相手方の信頼とその正当性が、それぞれ掲げられている。もっとも、責任の観念について指摘される「約束の尊重」という命題は、「法的安全」<sup>(211)</sup>の要請の正当化にも関わるとされているから、「責任」と「法的安全」は、決して峻別されてはおらず、むしろ相互に重なり合うものとして捉えられているとみることができる。

それでは、意思表示を尊重すべきとする考え方の背後にあるとされるこれらの観念は、同意法理との関係ではどのように適用されるのか。ゲスタンはまず、契約の拘束力に関連して次のように論じている。<sup>(212)</sup>契約が拘束力を欠けば、社会的に有用な諸々の活動の基礎にある信用 (crédit) が損なわれることになる。それゆえ、契約の拘束力は、当事者の自由を尊重するためだけでなく、債権者の「信頼」およびより一般的な「信用」のためにも必要とされる。そして、実定法が法的安全の必要性を端的に承認している例として、彼は表見委任 (mandat apparent)<sup>(213)</sup>を指摘する。というのは、

(210) GHESTIN, *Formation*, n<sup>os</sup> 385-388, pp. 345-348.

(211) *Id.*, n<sup>o</sup> 249, p. 223.

(212) *Id.*

(213) 「表見委任」という表現がなされる背景には、委任と代理の関係についてのフランス法的理解が控えているが、この文脈においてはわが国にいう「表見代理」を想定すれば足りる（ゲスタン自身の議論としては、v. J. GHESTIN, *Mandat et représentation civile et commerciale en droit français*, in : H. G. LESER (Hrsg.),

その背景には、「契約の締結については、債務を負う者の内心の意思がいかなる場合においても絶対に必要だというわけではな<sup>(214)</sup>く、「内心の意思と債権を取得する者の正当な信頼とが合致しない場合には、法的安全の要請により、一定の条件のもとに後者が優先する」という考え方を認めることができるからである。

2 錯誤論 さらに、ゲスタンによれば、相手方の正当な信頼は、同意の瑕疵が問題になる場合にも、宥恕されざる錯誤<sup>(215)</sup> (erreur inexcusable) の観念を通じて実現されている。この点は、彼のテーゼにおいて詳論されているから<sup>(216)</sup>、以下ではこれをみていくことにしたい。

(1) 宥恕されざる錯誤に関するゲスタンの基本観は、同法理によって、錯誤法理と信義誠実 (bonne foi) の観念との調整が図られるというにある。この点に関する彼の議論は、おそらくは後述する《bonne foi》という概念の含意に即してであろう、大きく分けて二つの事柄に及んでいる。すなわち、第一に、彼は、《bonne foi》が「行為・言葉と思想・意図との合致」を意味し、「不誠実 (déloyauté)」の対として用いられることを前提に、錯誤法理の適用は、両当事者に「信義誠実」の要請を課することで「衡平」を実現することを目的とするものだ<sup>(217)</sup>とみる。第二に、彼は、《bonne foi》の含意は以上に尽きないとし、一定の局面においては権利を創造する積極的作用を営むと説く。「時として、錯誤もまた、行為

---

*Wege zum japanischen Recht : Festschrift für Zentaro KITAGAWA zum 60.*, Duncker & Humblot, 1992, p. 317)。

(214) GHESTIN, *Formation*, n° 249, pp. 223 et 224.

(215) 「宥恕されざる錯誤」の観念については、野村豊弘「意思表示の錯誤(2)―フランス法を参考にした要件論―」法協93巻1号(1976年)85-86頁、山下純司「情報の収集と錯誤の利用(2)―契約締結過程における法律行為法の存在意義―」法協123巻1号(2006年)10頁以下を参照。

(216) J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963, préf. J. BOULANGER, n°s 83 et s., pp. 97 et s.

(217) *Id.*, n° 84, pp. 99 et 100 ; n° 86, pp. 101-103. なお、信義誠実の観念につき、ゲスタンはゴルフの分析〔次款第一項〕を参照している。

を害する瑕疵があるにもかかわらず、無効とし得べき行為〔の有効性〕を維持することを正当化する。これは『一般的錯誤は権利を生ずる (*error communis facit jus.*)』の法格言の適用であり、より一般的には、外観法理の適用である<sup>(218)</sup>。こうした「権利を創造する錯誤」は、同意の瑕疵としての錯誤を論じる際には射程に入らない。しかし、「各々の状況において、ある者が、一定の利益を得るために自らが被害者であるところの錯誤を主張する」という限度では、二つの問題には共通点もあるとされている。

(2) それでは、ゲスタンは、以上のような信義誠実の観念の根拠をどのように解するのか。この点につき、彼は、信義誠実の観念の根拠を、行為の誠実性に関する道徳的要請のなかに求めている。すなわち、行為と意図とを合致させるよう要請する点で、信義誠実の観念は「責任」の観念に近いものであり、具体的には、①相手方の不誠実性、②被害者の行為態様、③いわゆる共通錯誤論等、錯誤判断の様々な局面において、当事者間における道徳性ないし衡平性を実現するための法的解決を指示する役割を果たすものとされるのである。<sup>(219)</sup>

(218) *Id.*, n° 85, p. 100 note 7. この法格言につき、詳細は後掲注 (265) を参照。なお、《*communis: commun*》を「一般的」と訳した理由をここで述べておきたい。*Error communis...*は、当事者双方に「共通」する錯誤という意味をもつものではないから、「共通(的) 錯誤」などの訳語は適切ではないと解される。むしろ注意すべきは、この語が、「そのような錯誤 (=善意) に陥ったとしても仕方がないと評価される事情があることを指している」ことから、《*erreur commun*》は「無過失の錯誤」と訳すべきであるとの指摘がなされていることであろう(金山直樹『時効における理論と解釈』(有斐閣、二刷補訂、2009年) 147頁〔初出: 同「時効」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣、2006年)〕)。これに反し、本稿が「一般的錯誤」との訳を採用するのは、フランス法においては、*error communis...*の法格言の流れを汲む《*erreur commun*》と、これよりも程度の緩和された《*erreur légitime*》(本稿では「正当な錯誤」と訳す)とを区別して理解するという議論が根強いから、両者を用語のうえで区別する必要があるからである。もっとも、後述のとおり、両者が截然と区別されているとはいいいえず、LARROUMET, *Formation*, n° 175, p. 147 note 2のようにその区別を認めないものもある。その意味で、「無過失の錯誤」という表現が実状に即することは否定し得ない。

(219) *Id.*, n° 86, pp. 102 et 103. 錯誤における相手方の不誠実性の評価につき、後藤

(3) 以上の基本観に則って、ゲスタンは、宥恕されざる錯誤の法理の具体的適用を次のように論じる。

意思のみが債務の発生を基礎づけるという見地から、錯誤を「意思を変質させる瑕疵」とみる伝統的理解は、宥恕されざる錯誤の法理を、「錯誤、つまり同意の瑕疵の法理にとってはまったく外在的な緩衝物<sup>(220)</sup>」として位置づけた。というのは、内心の意思に錯誤がある以上、錯誤者の態度が宥恕されざるものであるかによらず、債務を基礎づける意思そのものには瑕疵<sup>(221)</sup>があるからである。この立場からは、宥恕されざる錯誤は次のように基礎づけられる。すなわち、錯誤がその主張をする者自身のフォートの結果である場合、錯誤者は契約を無効とすることによって生ずる損害を賠償しなければならないが、その最も適切な手段は端的に契約を維持することにある<sup>(222)</sup>、と。

しかし、以上の理論構成に対しては、無効が確定することによって初めて「損害」が発生するのだから、既発生 of 損害を賠償するという説明は矛盾しているとの批判が加えられた<sup>(223)</sup>。そこで、こうした認識に立ちつつ、なおも錯誤が宥恕され得るものであることを要求するならば、意思を変質させる瑕疵のすべてが錯誤となるのではなく、それが宥恕され得るものであることもまた錯誤を主張するための内在的要件をなすと解さざるを得ない。ここに至って、宥恕されざる錯誤の法理は、端的に、各当事者の態度が信義誠実に適うものであるかの評価を錯誤法理に取り込む機能を果たす

---

巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002年）57頁以下〔初出：「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務(2)」民商102巻3号（1990年）〕を参照。

(220) *Id.*, n° 130, p. 159.

(221) *Id.*, n° 120 [*sic*]\*, p. 159. V. aussi F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 15, n° 509, p. 585.

\* 原著のニュメロは120だが、前後の対応から129の誤植とみられる。

(222) GHESTIN, *th. préc.* [note 216], n° 130, pp. 159 et 160.

(223) *Id.*, n° 132, pp. 161 et 162. 同様の議論は、民事責任による契約維持という解決一般について指摘し得る〔次款第一項を参照〕。

ことになるのである。つまり、宥恕されざる錯誤は、一方で、自らの懈怠によって錯誤に陥った者の不誠実性 (*mauvaise foi*) をサンクションし、他方で、その相手方に不誠実性がある場合には、無効主張を許容せしめることによってこれをサンクションするものとして把握される。「要するに、宥恕されざる錯誤の観念は、あらゆる領域を支配する信義誠実の原則の個別的な一適用をなすものである。裁判官は、錯誤主張者の内心に対して錯誤が及ぼした影響を審理するだけでなく、錯誤主張者が保護に値するかも探究するのであり、錯誤が宥恕されざるものだと解されるときには、保護を拒むのである」<sup>(224)</sup>。

以上のように、宥恕されざる錯誤の法理が適用されると、錯誤者は、内心の意思には錯誤が存するにもかかわらず契約に拘束されることとなり、これによって、その表示に対する相手方の信頼が保護されることになるのである。

(4) さて、宥恕されざる錯誤に関するゲスタンの主張から、同意法理における「正当な信頼」の観念の全般に及ぶ含意を付度するならば、次の二点に着目すべきであろう。

第一に、ゲスタンは、錯誤が純粋に心理的な事実であることを出発点としつつ、「錯誤は、契約を無効とすることが道徳に反するにもかかわらず、契約の無効を正当化し得るだろうか」という問題提起を出発点とする<sup>(225)</sup>。ここで注目すべきは、「信義誠実」、あるいはその基層にある「正当な信頼」を理由として古典的錯誤法理を修正するという議論が、「道徳」的な——つまり、非法の領域に属する——考量による「法」の修正という枠組みに則って主張されていることである。この角度からみれば、「正当な信頼」を保護するという彼の構想は、元来は法外の問題として捉えられてきた観念を契約法になかに取り込み、契約法の規律を多層化することを企図して提唱されたものと解されよう<sup>(226)</sup>。

(224) *Id.*, n° 136, pp. 165 et 166.

(225) *Id.*, n° 83, p. 97.

第二に、同意法理における「正当な信頼」の観念は、具体的事案における両当事者の利益状況、保護の必要性を考量するための要素とされている。その意味で、ここでは、「責任」「法的安全」等の観念を援用しつつ、衡平の観念に根差した判断が端的に行われているとみることができよう。

### 三 ラルメ

以上のゲスタン説に対し、ラルメの議論は純然たる解釈論的主張という性格をもつ。ラルメもまた、同意の瑕疵という具体的場面を念頭に置きつつ、正当な信頼の保護という要請を一般化可能なかたちで捉えている。

ラルメは、同意に関する款の冒頭において、表示に対応する意思がない場合についての考察を進め、これを表見的同意（consentement apparent）<sup>(227)</sup>の問題と捉えて次のように論じている。「契約関係の存在の第一要件である同意とは、各当事者が契約を通じて相手方と相互に拘束する意思をいう」。たしかに、契約とは意思の所産であるから、「同意なくして契約はない」。しかし、外観法理が適用される場合には、「契約を締結するという意思が存しないにもかかわらず、外観を信頼した者の正当な信頼に基づいて拘束されることになる」<sup>(228)</sup>。たとえば表見委任がそうである。このように、「外観が、存在しない委任を有効となし得ることからすれば、確かに例外的にはあるが、表見的同意に信頼が与えられたその他の場合にも、このことを認めない理由はない」。したがって、たとえば同意に瑕疵がある場合であっても、正当な信頼を理由として相手方が救済されることがあるとするのである。<sup>(229)</sup>

### 四 小 括

#### 1 以上のように、近時のフランス法には、内心の意思に第一義的な重

(226) この点については、フランス民法典における一般条項の位置づけに関する小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早法70巻3号（1995年）141頁の分析が示唆的である。

(227) LARROUMET, n° 231, pp. 205 et 206.

(228) V. *id.*, n° 175, pp. 149-152.

(229) *Id.*, n° 323, p. 285 texte et note 1.



みを与える伝統を堅守する一方で、これを補うものとして、相手方の「正当な信頼」に適切な役割を認めようという議論を看取することができる。<sup>(230)</sup> 契約の拘束力の基礎を重層的に捉える姿勢は、契約について多元的な指導原理を掲げるゲスタンの所説に端的に現れているように思われるが、ラルメの所説をみても、内心の意思の尊重を唯一絶対の原理とする議論がもはや力を失っていることは窺い知られよう。<sup>(231)</sup>

とはいえ、こうした理解そのものは、ゲスタンの構想が比較法研究の所産であることからみてもわかるとおり、法体系いかに問わず、ある程度は普遍的にみられるものと解される。それでは、以上の議論のなかに、フランス法の特殊性を見出すことはできないのか。私見によれば、フランス法の議論の最大の特徴は、やはり、次のような理論構成が採用されていた点にあると解される。

すなわち、フランス法においては、「意思」を語るべき局面では「内心の意思」が強調される一方、「正当な信頼」がこれを補い得ることの基礎づけとしては外観法理が援用されていた。換言すれば、——たとえばスイス債務法においては「信頼主義」が同意法理の原則として位置づけられているのに対し、<sup>(232)</sup>——フランス法においては、同意法理の原則としてはあくまで「内心の意思」が指摘され、これをいわば外的に補完するものとして「外観法理」が論じられる。このように、フランス法の規律の特徴は、表示に対する相手方の信頼の保護を、「意思表示」としての同意という枠組みで汲み取ることはせず、表意者の意思はあくまで存在しないとの出発点に立ったうえで、外観法理等、契約法のいわば外延部分に存在する諸法理を迂回して実現する点にあると解される。

(230) 以上の認識は、わが国においても繰り返し説かれている（森田宏樹『『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(1)』NBL 482号（1991年）26-27頁、沖野眞已「契約の解釈に関する一考察(3)」法協109巻8号（1992年）23頁注（140））。

(231) なお、法律行為論における客観主義学説の影響につき、v. aussi DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 186], n<sup>os</sup> 851 et 852, pp. 513 et 514.

(232) ENGEL, *op. et loc. cit.* [note 196]



２ 以上の理解をさらに明確にするためには、「意思」と「表示」の相克がどのように解決されるかを具体的な規律に即して考察する必要がある。欧州契約法に関する近時の議論を瞥見することは、その便宜に適用とともに、これまでに論じてきた事柄を補強するとも考えられるから、第二ではこの点の検討に及びたい。

## 第二 欧州契約法・国際契約法の影響

１ 第二では、欧州契約法・国際契約法の影響との関係でフランス契約法の状況を考察する。<sup>(233)</sup>もとより、条約や近時の契約法草案そのものに関する立ち入った考察はなし得ないが、二つの理由から、若干の規律に触れておくことにはなお意義があると考ええる。すなわち、第一に、これら諸規律の影響下にある近時のフランス法の動向は、フランス法における「同意の客観化 (objectivation)」として、より端的には、「正当な信頼」の觀念のフランス法への移入として特徴づけられており、<sup>(234)</sup>したがって、本稿の関心に緊密に関わっている。第二に、欧州契約法を「参照枠」とすることは、フランス法の規律を比較法的文脈から理解するうえでの重要な手がかりになると考えられる。<sup>(235)</sup>

２ 以上の観点から採り上げる規定は、①意思表示をはじめとする当事者の行為の解釈に関する国際物品売買契約に関する国際連合条約（以下「ウィーン条約」という）８条、②契約内容に関して、「契約上の債務を生じさせる表示」について規定するヨーロッパ契約法原則 6：101条である。

---

(233) 一般的には、H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, 2002, préf. A. GHOZI. 特に本稿の主題との関係では、E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ, 2003, préf. Ph. REMY ; G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivation*, PUAM, 2007, pref. P. CHAUVEL. 前者はウィーン条約との関係を、後者はヨーロッパ契約法原則との関係を、それぞれ扱う。

(234) V. FRANÇOIS, *th. préc.* [note 233], n<sup>os</sup> 23 et s., pp. 46 et s.

(235) 以下では、いくつかの具体的規律を採り上げるにとどめ、正当な信頼の觀念と欧州契約法との関係それ自体の考察は、本章末等で逐次補論を付するにとどめる。

これらはいずれも、契約締結過程において一方当事者が一定の表示をなし、かつ、相手方がこれを信頼した場合を念頭に置く点で、本稿の関心に適合するものである。

## 一 ウィーン条約 8 条における「意思表示」の解釈

1 規定の性格 意思表示の解釈に関して、フランス法の規律と他国のそれとの齟齬が明確に意識されるようになった一つの契機は、ウィーン条約の締約であり、特に同 8 条の準則であった。この準則は、①「意思表示の解釈」を含めた一方当事者の行為を対象として、②それが相手方の理解に従って解釈されるべきことを明らかにするとともに、③相手方の信頼には「合理性」がなく、または、相手方が表示と表意者の意思の不一致を知っている場合には、表意者の意思が優先する（その限りで、②の原則が制限される）という内容をもつ。要するに、それは、意思表示の<sup>(236)</sup>いわゆる規範的解釈に相当するものといえよう。同条は、しばしば「信頼主義」と称され、「正当な信頼」の原理の一承認と解<sup>(237)</sup>されている。

2 フランス法との関係 (1) それでは、この規律はフランス法といかなる関係に立つものと解されているのか。この点については、フランス法においてはこの種の規律は知られていなかったと解するのが大勢とってよい。たとえば、比較法学者であるヴィッツは次のように述べている。フランス民法典との関係におけるドイツ民法典の特徴は、意思表示概念を受容したことにある。そしてまた、「〔ウィーン条約〕 8 条の解釈準則は、ドイツ法学説によって策定された解釈準則の反映である」。しかし、今日では、「ウィーン条約を介して、意思表示はフランス法へと取り込まれた」。ドイツ法とウィーン条約によって導かれる議論は、ひいては、「意思

(236) 曾野裕夫「CISG における契約の成立と解釈に関する規律」民商 138 卷 1 号 (2008 年) 28 頁は、本条との関係で、「CISG は『契約』の解釈について規定を有さず、意思表示等の『当事者の行為』に関する第八条を有するのみである」と指摘している。

(237) LAMAZEROLLES, *th. préc.* [note 233], n° 14, pp. 20 et s.; FRANÇOIS, *th. préc.* [note 233], n°s 31 et 32, pp. 50 et s.

表示がその最大の部分であるところの契約締結過程の再構築」へと至るものである<sup>(238)</sup>、と。

(2) それでは、上記規律の導入は、フランス法に対していかなる影響を与えるのか。この点に定説があるとは到底いえないけれども、あり得べき一つの評価として、ウィーン条約とフランス法とを対照するラマゼロールの所説を参照することは許されよう。

ラマゼロールは、意思表示解釈について、意思主義という原理をもつにとどまり、格別の準則をもたないフランス法において、主観と客観の均衡を保持すべく努めてきたのはもっぱら裁判官であったという。しかし、その一方で、問題解決の指針が示されないために、裁判官が両者の調和を誤ることもあったとみる。こうした認識から、彼は、従前の法状況の抱える理論面での不合理性を次のように分析する。

ラマゼロールによれば、上記不合理性には二つのものがある。第一は、ロードが表示受領者の信頼の保護を外観法理によって基礎づけたように、「申込者の締約意思が存しないにもかかわらず」契約の成立を認めるという構成を用いることで、意思による拘束という基本理念を犠牲にすること<sup>(240)</sup>。第二は、逆に、主観主義に過度に捕らわれていること。後者について論じられるのは、留保に関する規律である。すなわち、従前の学説は、同意の確定性と矛盾する留保とそうでない留保とを区別し、前者の場合に申込みという法性決定が阻害される理由を「意思の不存在」として基礎づけてきた<sup>(241)</sup>。これに対し、ラマゼロールは、申込みの法性決定にあたって留保

---

(238) C. WITZ, *Préface*, in : LIMBACH, *th. préc.* [note 180], pp. v et vi. また、B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. MESTRE, n° 156, p. 99 texte et note 405も、ウィーン条約 8 条の規律がフランス法には存しないものであることを強調する。ただし、ファージュは、この準則はイギリス法に近いものだとして述べている。

(239) LAMAZEROLLES, *th. préc.* [note 233], n° 22, pp. 28 et 29.

(240) *Id.*, n° 23, pp. 29 et 30.

(241) *Id.*, n° 25, pp. 32 et 33.

を顧慮してよいかは、表意者の主観のみならず、受領者の合理的理解をも斟酌して決せられるとみたほうがフランス法の実態に即していると説く。そして、ラマゼロルは、以上の不都合を二つながらに解消する直截かつ簡明な解決を導くためにも、ウィーン条約 8 条にみられるように意思表示の解釈という問題を承認し、これを「相手方の合理的な理解地平からする表示価値 (valeur déclarative) の評価」の問題とみるべきだとするのである。

(3) 以上にみたラマゼロルの分析は、これまでにみてきたフランス法の特徴を再確認させるとともに、「意思表示の解釈」という準則が、まさにそれに妥容を迫るものであることを確認させよう。すなわち、フランス法の特徴は、ウィーン条約 8 条における「相手方の行為の解釈」という規律に代えて、これを「意思の不存在」における法的責任の問題として扱い、かつ、そこでの解決が往々にして裁判官の自由裁量に委ねられてきた点に認められている。「意思表示の解釈」の導入は、この意味において、フランス法に新たな分析視角を加えるものだといえることができる。

## 二 ユーロッパ契約法原則 6 : 101 条における契約の内容および効果の確定

1 規定の性格 次いで、ヨーロッパ契約法原則 6 : 101 条に考察を加えていく。同条は、「契約の内容及び効果」に関する第六章の冒頭に規定されるものであるが、「契約上の債務を生じさせる」表示を扱うという性格上、契約の解釈に関する第五章との連続性をもつと解されている<sup>(242)</sup>。また、章の冒頭に定められるに条文に相応しく、同条「1 項に定められた準則は、EU の法体系に共通する核心部分の 1 つである」として、その普遍的性格が強調されている<sup>(243)</sup>。

ヨーロッパ契約法原則については、エクス・マルセイユ第三大学の研究

(242) G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in : P. RÉMY-CORLEY (dir.), *Les concepts contractuels français*, Dalloz, 2003, n° 7, p. 158

(243) 『ヨーロッパ契約法原則』293頁。

グループによる注釈があるから、二では、その解説をもとにして、同条がフランス法においてどのように捉えられているかを考察したい。初めに結論を述べれば、この注釈では、同条に含まれる規律は、「フランス法においても知られていないものではないが、フランスの実定法との間にはいくらか差異がある」と評されている<sup>(244)</sup>。以下では、この評言が何を意味するかを<sup>(245)</sup>説明したい。

２ 第一項 ヨーロッパ契約法原則 6 : 101条 1 項につき、注釈者は三点にわたって重要な理解を示す。すなわち、①同項は、契約成立に関する 2 : 101条を効力の面から規定し直したものである<sup>(246)</sup>。②同項は、合理的な信頼などの「スタンダード」を要件とすることによって、契約内容の確定を裁判官の広範な裁量に委ねる側面を有する<sup>(247)</sup>。そして、③同項の要件として、「表示は名宛人の決定に影響をもつものでなければならない。いいかえれば、この表示は、少なくとも部分的に受領者の締約意思を決定づけた<sup>(248)</sup>のでなければならない」。

それでは、以上に対応するフランス法の規律として、いかなるものがあるか。注釈者は、次のように論じる。たしかに、フランス法にはこの点を規律する法律はないけれども、判例が広告書面に契約的効力を与える傾向にあることから、既に同様の解決が採用されているとみることはできる<sup>(249)</sup>。

(244) J.-M. MARMAYOU, *Commentaire de l'article 6 : 101 PEDC*, in: C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 319.

(245) なお、ヨーロッパ契約法原則に対するフランス法からの応接としては、アンリ・カピタン協会および比較法制協会による評価作業が公表されている (B. FAUVARQUE-COSSON et al. (dir.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, SLC, 2008)。これについては、次章においてヨーロッパ契約法原則の規律を再整理する際に扱いたい。

(246) MARMAYOU, *op. cit.* [note 244], p. 320. V. aussi WICKER, *op. cit.* [note 242], n° 7, p. 158.

(247) MARMAYOU, *loc. cit.* [note 246]

(248) *Id.*, pp. 320 et 321.

(249) *Id.*, p. 321. 前掲注 (174) および同対応本文、ならびに次節第二款第一項を参照。

また、「学説も一致してこの解決に賛同している。たしかに、法的根拠については見解が一致していないように思われるが、それは、不一致の証左というよりは、フランス法が潤沢な可能性を提供している（外観法理、申込の法理、正当な期待（*attente légitime*））ことによるものである<sup>(250)</sup>」。

このように、6:101条の規範は、結論としてはフランス法においても承認されていると解されている。しかし、ここで注意すべきは、その「潤沢な可能性」として提示されている外観法理、申込法理等の諸法理が、ヨーロッパ契約法原則におけるこの規範の位置づけ——「契約の内容確定および効果」——と齟齬を来しているように思われることである。その理由はどのように解されるか。この問題を考えるにあたっては、ヨーロッパ契約法原則 6:101条に関するストフェル・マンクの次の指摘が重要な示唆を与える。彼は、債務発生原因に関する考察において、次のように述べている。すなわち、「〔欧州契約法諸草案においては〕一方的な原因も顧慮されている。それは、時には契約との関連性をもつ。その場合には、一方的な原因がもつ自律性はきわめて弱いから、おそらくはこれを特別な債務発生原因としては存在しないものと解することが許されよう<sup>(251)</sup>」。このように、ストフェル・マンクによれば、ヨーロッパ契約法原則において「契約」に関する規律として捉えられている同条は、フランス法の観点からは、その一方的行為たる性格ゆえに、理論的には契約とは同化し得ないものと解されるのである。ヨーロッパ契約法原則 6:101条の規律が、契約の前段階に属する申込法理や、そもそも契約とは異質な外観法理によって基礎づけられているのは、こうした理由によるものとみられよう。

3 第二項 他方、同条 2 項も、やはり申込みの規律に対応すると解されている<sup>(252)</sup>。ここでは、規定の意味内容に対し、①同条は専門的供給者対

(250) *Id.*, p. 322.

(251) Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les sources des obligations*, in : F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 77, texte et note 33.

(252) MARMAYOU, *op. cit.* [note 244], p. 323.

消費者の関係にのみ適用されるか、あるいは事業者間の関係にも（拡張して）適用されるべきなのか、②諸種の救済の選択的主張が認められるのかといった解釈論上の問題提起がなされているが、いまはこれらの問題に立ち入ることは差し控えたい。

それでは、この点に関するフランス法の状況はどうか。契約内容の確定に関して、専門的供給者と事業者との関係に特化した記述はみられない。欺瞞的広告に対する消費法典上の救済については立法措置が講じられ、学説にも議論がみられると指摘されているが、しかし、これは私法上の救済ではない。ただ、１項で言及された広告書面の契約的効力の問題が大方これに相当する規律であることにかんがみると、注釈者は、２項の規律を１項と連続性のあるものとして捉えていると推量することができよう。

### 三 小 括

以上が、欧州契約法および国際契約法をめぐる展開されたフランス法の議論の概略である。これらの動向に対するフランス法の反応は、フランス法における「意思表示としての同意」法理が、意思表示の規範的解釈との関係でもつ特徴を明らかにするものということができる。多分にくり返しになるが、その内容を要約すれば、次のとおりである。

まず、意思表示としての同意において問題とされる「意思」は、あくまで内心の意思として把握されていた。したがって、相手方の信頼は、理論上、同意法理の枠内で顧慮されることはない。また、そもそも契約締結過程において一方当事者からなされる表示行為という観念自体が、一方的な意思に基づく行為であるという理由で、契約とは理論的に異質なものと解されていた。これら二つの理由から、「意思表示」の「規範的」解釈という準則はフランス法においては採用されていなかった。

しかし、以上のことは、「意思表示の解釈」、特にその「規範的解釈」に

---

(253) この問題については、馬場圭太「フランスにおける広告規制法の新たな展開—2005年不公正取引方法指令の国内法化にともなう消費法典の改正—」甲法50巻2・3号（2009年）47頁を参照。



相当する規律がフランス法に欠けていることを直ちに意味するわけではない。というのは、契約締結過程の正当な信頼は、「意思の不存在」における「責任」という契約法外在的な観念によって、実質的に契約法に取り込まれていたからである。このように、意思表示の規範的解釈に相当する規律が、契約による規律とは切断され、「意思」と「その不存在」「責任」という理論構成上のアンチノミーのなかに位置づけられることは、第一において確認したフランス法の特徴にも符合するといえよう。

## 小 括

以上によって、同意法理の展開に関する検討を終える。以下では、本稿がどのような視点から考察対象を切り出し、それをどのように解釈したかを再述することによって、本款における考察をまとめるとともに、続く考察の方向性を示すことにしたい。

1 本款の要約 まず、本款の考察の骨子は次のようである。

(1) 「意思表示としての同意」に関する規律は、ドイツ法学から意思表示論が流入する20世紀初頭までは存在せず、その後も十分に定着したわけではなかった〔第一項〕。しかし、意思表示論の流入は、いわばフランス法学からの反作用を呼び起こし、フランス法における規律のあり方を対自化する契機となった。その結果、次のような理解が確立した。

(2) まず、同意の存否の確定に関しては、同意の本質を「内心における意思」として把握する「確定性」の観念が、フランス法の意味主義という自己理解のもとに生成された。その核心的内容は、確定的な意思表示がなされたか否かによって、いまだ法的意味をもたない《précontractuel》の領域と、既に法的意味をもつものとして把握される《contractuel》とを截然と区別する点にある。その反面、相手方において抱いた信頼は、意思表示の効力を何ら左右しないとされた〔第二項第一〕。

こうした理解は、1930年代には大筋で確立し、その後30年あまりを経て今日のかたちに整えられたものであり、いまなお基本線たる地位を保って

いる。しかし、これに対しては、特に近時では、裁判官の積極的な関与のもとに、正当な信頼の要請を、不法行為に基づく現実賠償、外観法理、一貫性原則等の構成によって汲み取るべきだとする主張も現れていた〔第二項**第二**〕。

（3）同様の構図は、同意の内容確定についても窺われた。そこでも、同意は内心の意思によって構成されとの理解が維持されていたが、その一方で、今日では、信義誠実の原則等を根拠として、相手方の正当な信頼に対して一定の配慮をなすべきであるとする主張が次第に力を得つつあった〔第三項**第一**〕。しかし、後者の諸規律は、理論構成の面では、あくまで同意法理にとって外在的な修正原理たる位置づけにとどまっていた。この意味で、フランス法はなお「意思主義」を堅守しており、それゆえに、比較法的にみて特殊な位置づけにあると評されている〔第三項**第二**〕。

**2 フランス法の特性** 以上の事実から、フランス法の特性として、次のような理解を導くことができると考える。

（1）契約形成原理の二元性 まず、「契約的債務」を発生させる原理には二つのものがある。①真意の合致を要素とする「同意法理」、および、②真意の合致がない場合に同様の効果をもたらす諸法理（民事責任に基づく現実賠償、外観法理等）である。各々は、図式的にいえば、「意思自律の原理」と「正当な信頼の原理」とに対応させられるものであり、学説においてもそのように描出されることが多い。これらを試みに「契約形成原理」と総称すると、それぞれの特徴は次のように整理し得るものと考えられる。

①「同意」の存否および内容の確定という次元では、「内心の意思」と「表示された意思」に齟齬がある場合には、あくまで「内心の意思」が優先するものと解されていた。

契約は、このような意味における各当事者の意思が合致をみることによって成立するものと観念されるから、その内容は、「両当事者の共通の意図」（1156条）に従って確定され得るものとなる。いいかえれば、各当事

者の「同意」が、「意思主義」という理論的前提を媒介することによって、「内心の意思の合致」として把握されるがゆえに、契約の内容も、「両当事者の共通の意図」を探究することによって確定されることになる」と解される。以上の意味において、フランス法においては、「同意」と「契約解釈」とが単線的に結びつけられていると考えられる。

② 内心の意思の優先性は、「他害禁止」「信義誠実」「責任」等の一般理念を仰ぎつつ、各当事者の行為の過程に生じた具体的事情に基づく衡平判断によって、緩和され得る。ただし、これらはいずれも「共通の意図」に支えられたものではないから、契約とは原理的に区別される。つまり、契約の内容を確定するために各当事者の行為の過程——「意思表示」の過程——に目を向けることは、「契約」を離れることと理解される。

なお、②の具体的適用領域として、今日では消費者取引の局面がしばしば指摘されていた。

(2) 各契約形成原理の特性 以上に述べた各契約形成原理は、次の二点においてその特徴を明確にする。

① 裁判官の関与のあり方について。意思表示としての同意の意味が、もっぱら表意者の主観的意思に即して確定されるとすれば、第三者的な視点から同意の内容を把握するための「解釈」を施すということは、論理的に想定し得ないことになる。<sup>(254)</sup>これに対し、相手方の正当な信頼が斟酌される場合には、当該事案における合理的な理解がどのようなものであるかを裁判官が判断しなければならないことから、裁判官による広汎な干渉が予定されることになる。

② 債務発生の機制について。内心の意思に基づかない債務発生は、たとえ契約と同等の効果を生じさせることを目的とするものであれ、契約によるものとは構成され得ない。そこで、この間隙を埋めるために活用されてきたのが、民事責任による現実賠償であり、外観法理であったと解され

---

(254) もっとも、実際にはこの場合にも裁判官の関与を避けられないことは、ロードの所説においてたびたび指摘されていたとおりである。

る。

（３） 契約と意思表示の区別 最後、フランス法においては、「契約締結過程」と「契約」とは峻別され、前者は——不法行為責任の発生原因となり得るほかは——原則として独立の法的意味をもたないとされており、かつ、「意思表示」に関する諸規律はそこに位置づけられていた。この見地からすると、等しく契約内容の確定を問題にするにあたって、意思表示を対象とする法理と、契約を対象とする法理とでは、それぞれの特質に応じて異なった考察が要請されると解される。しかし、この点は、契約の内容形成を論じる次節の課題とせざるを得ない。いまは、両者の区別がいかなる基礎をもつものであるか、また、両者のうち、本稿の課題である「意思表示」に基礎を置く内容形成原理がどのような局面においてその有用性を発揮すると解されるのかにつき、若干の整理を与えるにとどめよう。

① まず、以上の見地は、「解釈」に関する諸規律の基礎をなす考え方だと解される。フランス法においては、解釈の対象としてはもっぱら「契約」が論じられたのであるが、これは、法的意義をもつのは「契約」のみであり、これに先立って各当事者が一方的になす「意思表示」ではないとする理解に定位したものである。そして、以上の理解から、「解釈」によって当事者間にいかなる規律が妥当するかを確定するためには、「両当事者の共通の意図」が探究されなければならないとの命題が導き出されるのである。<sup>(25)</sup>

② 次に、以上の見地は、同意によらない契約的効力の承認がしばしば消費者契約の領域において論じられる要因につき、社会の情報化、取引方法の多様化等に伴って「契約締結過程」に法的分析が向けられるに及び、契約の内容形成面でも「意思表示」が果たす役割に注目が集まるようになったのではないかと推測を成り立たせよう。

### ３ 次款の課題 「意思表示」としての同意をめぐるフランス法の規

---

(25) こうした知見が、わが国の先行研究において既に明らかにされていたことは、繰り返し指摘したとおりである。

律が有する以上の特徴を、意思表示のいわゆる規範的解釈を採用する構想と比較するときには、まず、何をもって「契約」と捉えるかにつき、法制度および基本的法観の相違に応じて様々な理解が成り立ち得ることが再確認されよう。わけても、契約法の狭隘さを補うために、「衡平の準則」たる不法行為法を活用するという手法を普通法以来一貫して用いられてきたことは、フランス法の一つの特徴であったといえる<sup>(256)</sup>ことができる。

契約法を真に把握するために、固有の意味での契約法と、これと関連しつつその内容を補充する諸規律とによって形成される重層性な規範群を総体として捉える必要があることは、一般論としては異論なく承認されよう。そうであれば、「契約的債務」発生論の論理構造を把握するためにも、上述の修正原理の内実を解明することが課題とされるべきであろう。そして、そのためには、特に 2 に述べた理解を踏まえて、「意思の不存在」において生じる「責任」ないし「衡平」という観念それ自体をさらに考察する必要があると考える。

そこで、次款においては、「責任」「外観」といった諸観念を直接の考察対象として、これらのもつ理論的意義を検討することにしたい。

## 第二款 外観法理の考察

### 緒 言

1 問題関心 前款の考察からは、契約締結過程における「正当な信頼」を顧慮するために、外観法理に具体化される着想がしばしば援用されてきたという認識を得た。本款では、その具体的内容を明らかにするために、フランス契約法における外観法理に検討を加える。

---

(256) 実際、「責任」「他害禁止」「衡平」という柔軟な法準則を梃子にして契約法理の狭隘さを補うという手法の適用領域は、きわめて広汎にわたっている。たとえば、契約の成立段階の規律としては、申込みの撤回、宥恕されざる錯誤、偽装行為、外観法理等において、さらに、契約責任の領域にも視野を拡げれば、瑕疵修補請求権、現実履行等、様々な局面において、こうした手法が活用されてきたのである。

「契約形成原理」を探究するという既述の関心からすれば、外観法理の考察も、それが「同意によらない契約的債務の発生」を正当化し得るのはなぜなのかという問題意識に導かれなければならない。<sup>(257)</sup>こうした観点から外観法理を採り上げるにあたり、まずもって注意を惹くのは、フランス法における外観法理が、かつては民事責任によって基礎づけられていたという事実である。<sup>(258)</sup>このことは、外観法理の展開と構造を跡づけることによって、「正当な信頼」と「責任」の各観念の相互関係を明瞭に把握するための手がかりを得られるのではないか、との予見を抱かせよう。以下、本款における議論は、主にこの点に照準を合わせて展開されるものである。

2 外観法理に関する本稿の認識      ところで、わが国の観点からすれば、同意法理と外観法理とは対称性を有しないのではないかという疑問が提起され得るように思う。これに対する応接は、究極的には本論の検討を俟って行われなければならないが、議論を先取りして、フランス契約法における外観法理に関する認識をここで提示しておくことは、検討の方向性を明確化するために有益であると考ええる。

（1）本稿の認識によれば、フランス法における外観法理の特質は、次の三つの次元において現れている。

第一は、外観法理が「正当な信頼」を中核的要件とするという、いわば現象面での理由であり、この点は前款において既に繰り返し述べたとおりである。

(257) もとより、表見委任、表見所有権といった個々の適用領域に即して第三者保護の諸相を考察することも、外観法理の特性を把握するためには不可欠である。諸法理の規範内容ないし判断枠組に着目して外観法理の形成過程を細密に論じた研究としては、既に武川幸嗣「フランスにおける外観法理と仮装行為法理の関係—民法94条2項論のための基礎的研究として—」法政論究16号（1993年）209頁〔以下、武川「仮装行為」として引用する〕、同「越権代理における信頼保護の法理」法研70巻12号（1997年）527頁等がある。一般的には、*v. M. BOUDOT, Rép. civ. Dalloz, v° Apparence*, 2003.

(258) このことを強調した先駆的論稿として、浜上則雄「表見代理不法行為説」阪法59・60号（1966年）66頁を参照。

第二は、フランス法における外観法理が、「善意の第三者保護」の問題としてのみならず、債務発生原因論の一環として考察されてきたという、理論面での理由である。既に述べたとおり、一般的な学説史理解によれば、外観法理は、元来は民事責任法理の一適用として展開されたのであるが、その後の判例・学説の展開を経て、いまや同法理は「独立の債務発生原因」<sup>(259)</sup>をなすに至ったといわれる。このように、外観法理が、契約と同様の効果をもたらすものでありながら、これとは債務発生レベルでの機制を異にすると解されてきたことは、外観法理に具体化される「責任」の観念が、契約の成立を基礎づける「同意」との間にいかなる相違を含んでいるかを考察するにあたって、重要な視点を供するといえよう。「意思の不存在」において生じる「責任」の内実を明らかにするための機縁として、本稿が外観法理に着目するのは、前述のとおり、直接にはこの点を意識してのことである。

そして、第三は、外観法理が「法」と「非法」との限界確定の問題に関わるという、原理面での理由である。外観法理に関するフランス法の議論は、同法理の各適用領域における規範内容（「外観」「信頼」「帰責性」といった個々の要件の意味の確定）に関心を向けるにとどまらず、<sup>(260)</sup>「事実状態が法的状態を破る」という一般的性格に即して展開されてきた。このこと

(259) F. TERRÉ et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, obligations, contrats spéciaux, sûretés, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, numéro des arrêts 281, n<sup>os</sup> 2 et s., pp. 780 et s. は、直接には表見委任のみを対象としてであるが、「外観」が独立の債務発生原因になるとの理解を示している（既に、G. CORNU, obs. sous Cass. ch. réunies. civ., 13 déc. 1962, RTDciv, 1963, p. 572）。より一般的には、v. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* [note 251], p. 72. (序論・注 (39) (本誌85巻2号 (2010年) 84-85頁))

(260) 外観法理を「法と事実」という観点から考察する最も包括的な論稿は、L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, préf. M. GOBERT であろう（その後、A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II, 2001; *id.*, *L'image juridique du monde*, PUF, 2003も現れている）。この問題については、古くは後掲注 (271) および同対応本文にみるローンのような議論もみられたが、L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*



は、外観法理の萌芽をなすとされる *error communis*...が「法規範に対する一般的次元における例外」と形容されていることに端的に象徴されているといえようが、このゆえに、外観法理は、単に諸法理の集合体たるにとどまらない、一つの「法原理」をなすものと認識されるのである<sup>(261)</sup>。

(2) 以上のように、本稿は、フランス法における外観法理を、各個の法理の集積に尽きない、それら諸法理が一つの像を切り結ぶことによって成り立つ一般法理という性格をも併せもつものとして把握し、かかる視点から、同法理の有する債務発生に関する独自の機制に考察を加えるものである。

3 考察の順序 以上の関心から、本款の考察は次のように進める。まず、外観法理の形成と展開の輪郭を、20世紀初頭から1930年代までの個別の研究に即して跡づける〔第一項〕。次いで、それが1930年代の学説に

---

*français*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1938, n° 1550, p. 859による「法の有機体は、その良好稼働のために安全弁を必要とするのであり、それがなければ壊れてしまう。*error communis*... は、衡平と純粋な法とについての逃げ道、開かれた展望の一つを表すものである」との議論を契機として、R. SAVATIER, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques*, in: *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges G. RIPERT*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 75 ; J. NOIREL, *Le droit civil contemporain et les situations du fait*, RTDciv. 1959, p. 456等、事実状態が法を破ることを認める議論が現れる。さらに、1957年には、アンリ・カピタン協会がこれを主題とする大会を開催している (*Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 11, Dalloz, 1960, p. 320. R. HOUIN, *Les situations de fait*, RIDC. 1958, p. 81はその要旨)。

(261) H. MAZEAUD, *La maxime « error communis facit jus »*, RTDciv. 1924, p. 959.

(262) このことは、外観法理が『法学入門』（その意義については、大村敦志『法源・解釈・民法学』（有斐閣、1995年）4頁〔初出：「フランス民法総論研究ノート」法協108巻10号（1991年）〕において扱われていることから窺われよう（たとえば、GHESTIN et al., *Intr.*, n°s 838 et s., pp. 828 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, n°s 463 et s., pp. 378 et s. 特色あるものとして、J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2003, n°s 280 et s., pp. 322 et s. ; *id.*, *Méthodologie juridique*, PUF, 2004, pp. 387 et s.)。

においてどのように受容されたか、そして、その後、どのようにして克服されたかを考察する〔第二項〕。これらを通じて、「外観法理は民事責任法理によって基礎づけられてきた」という学説史理解を可能な限り客観的に検証し、「同意によらない契約的債務の発生」という機制の意義と射程を明らかにしたい。

## 第一項 外観法理の形成過程

1 端 緒 外観法理を民事責任によって基礎づける試み（以下、「民事責任構成」という）は、萌芽的には、表見相続人法理の基礎づけとして、既に19世紀半ばにジョゾンによって説かれ、20世紀初頭には、クレミューが「社会的リスク」の観念に基づく表見所有権法理を提唱する際に採用された<sup>(263)</sup>。このように、外観法理がまず表見相続人法理および表見所有権法理において展開したのは、《*error communis facit jus.*》の法格言が既に知られていたことのほか、当時の社会事情が特にこの法格言の適用を要請したためであると推察される<sup>(264)</sup>。これに対し、表見委任に相当する事案に

(263) P. JOZON, *Des aliénations consenties par l'héritier apparent*, Rev. pratique, 1862, p. 378. 表見相続人においては、真正相続人が、自らの懈怠によって、自己の財産が他人によって奪われたことを放置し、これによって第三者を欺いたとみられるとする。そして、これを真正相続人のフォートとみて、1382条・1383条により、最も適切な賠償として、第三者の権利取得の無効主張が禁じられると説く。

表見所有権理論に関する論稿は多い。各所に引いたもののほか、特に伊藤昌司「表見相続人による譲渡行為と譲受人の保護」法雑26巻3・4号（1980年）441頁、金山・前掲書（注（218））140頁（特に146頁以下）を参照。

(264) L. CRÉMIEU, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, RTDciv. 1910, p. 39. クレミューは、真正所有者も集团的利益（l'intérêt de la collectivité）に服すべきであり、表見所有権法理はその具体的適用として社会功利的理由——その法的表現が「社会的リスク」——によって基礎づけられると説く。そこには「法の社会化」の影響が強くみられる。クレミューの議論については、中川善之助「表見相続人の譲渡行為と *error communis facit jus* の適用——フランス法律学の経験——」穂積重遠編『春木先生還暦祝賀論文集』（有斐閣、1931年）247頁に詳しい。

(265) この法格言の沿革は、A. LONIEWSKI, *Essai sur le rôle actuel de la maxime*

対しては、普通法以来、特にポティエにおいて一定の解釈論の対応が図られており、<sup>(266)</sup>註釈学派の諸家においても、ポティエの二つの『概論』をいかに解説するかを競うかたちで表見委任に相当する解釈論が展開されていた

---

error communis facit jus., Paris, 1905のほか、上井長久「フランス判例法における表見所有権について—不動産取引における第三者保護の法理—」法論46巻4号（1973年）101頁、武川「仮装行為」（前掲注（257））212-221頁によっても明らかである。その展開を略述すれば、こうである（H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 1992, pp. 229 et 230）。

（1）この法格言は、一般に、誤って法務官に選任された逃亡奴隷、バルバリウス・フィリップスが、法務官として告示や判決の形式で宣言したことについて、世上一般がその有効性を信じた以上、その効力は維持されるべきであるとしたウルピアヌスの判断（D. 1, 14, 3）に由来するものとされる（*contra.*, LONIEWSKI, *op. cit.*, pp. 21 et 22）。もっとも、古典期ローマ法の法文に *error communis...* の字句が見出されるわけではなく、その真の生みの親は学説遺纂の記述の中にその精神を見出した中世のローマ法学者であるとされる。すなわち、最初にこれを *error communis facit jus.* として定式化したのはアックルシウスであり、その後、バルトルスに承継される（バルトルスの所説については、碧海純一ほか編『法学史』（東京大学出版会、1976年）111-113頁（佐々木有司教授執筆部分）を参照）。このように、法格言の沿革をめぐる理解には対立があるようであるが、フランス法それ自体にとってより重要と思われるのは、この法格言が、その後、高等法院によって採用されるところとなり、法典編纂後も破毀院によって繰り返し援用されたことである。そうした歴史を経て、この法格言は、いまなお、現行法的な効力を有する法格言の一つに数え挙げられている（v. P. SARGO, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation, les garde-fous des excès du droit*, JCP 2001 I 306, n<sup>os</sup> 15-19, pp. 591 et 592）。

（2）20世紀に至って、これが「法理」として定着するに至るまでの展開は、次のように説かれる（E.-H. PERREAU, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, RTDciv., 1911, pp. 246 et 247 ; LEVENEUR, *th. préc.* [note 260], n<sup>os</sup> 93 et 94, pp. 111-113）。普通法下における *error communis...* は、バルバリウス・フィリップスの事例が示唆するとおり、公的機関の活動についてのみ適用されてきた（その名残は、この法格言が適用されるためには「titre coloré」、すなわち「権能の属する者によって与えられた権原」を要するとする、P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonne de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd, t. 14, Bruxelles, 1826, v<sup>o</sup> Ignorance, § II, p. 176に看取される）。このように、この法理は、私法上の行為の有効性に関して論じられていたものの、むしろ公法的な色彩を強く帯びていたのであり、それが真に私法一般に通ずる議論として意識されるようになったのは、表見

ため、少なくとも19世紀の間の学説においては、これを外観法理等の一般的形式において考察する必要性は意識されなかったようである。<sup>(267)</sup>

このように、今日、契約法における外観法理の代表例とみられている「表見所有権」と「表見委任」の各法理は、もともとは別個に展開し、20

---

相続人法理、さらには表見所有権法理の基礎づけとしてこの法格言が援用されるようになってからである。この法格言が表見所有権者一般に対して適用され得るかという問題を生じた直接の契機は、1901年7月1日の法律の適用によって生じた、国の承認のない宗教団体の財産の清算に関する問題であったが（詳細につき、上井・上掲論文159-166頁）、さらに進んで、実際にこれを表見所有権者にまで拡大したのは、表見所有権者が行った抵当権設定に関する破毀院審理部1910年7月20日判決（D. 1910, p. 392）であったとされる。その後しばらくはこれに反する判例も散見されたものの、20世紀後半になってそれは確定的な判例法理となったと評されている。

(266) R.-J. POTHIER, *Traité des obligations ; Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et législation actuelle par M. BUGNET*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1861, réimpr. Schmidt Periodicals, 1993, n° 79, p. 43 ; *id.*, t. 5 [*Traité des contrats de mandat*], Paris, 1847, réimpr. Schmidt Periodicals, 1993, n° 89, p. 207. V. aussi *id.*, *Pandecta justinianeae, in novum ordinem Digestæ*, t. 6, Paris, 1821, pp. 8 et 9. 特に『委任概論』における議論が著名である。ポティエによれば、受任者が、自己と契約した者に対して委任者を義務づけるためには、相手方に知られていない理由によって受任者が権限の範囲を越えた場合であっても、受任者が第三者との間で締結した契約が、委任者が与えた委任状に含まれていれば足りるとされる。その具体例として、300リーブルの借用について委任状を交付された受任者が、この事務（第一貸主との間の消費貸借）を終えた後に、さらに別の者から300リーブルを借用した（第二貸主との間の消費貸借）場合、委任者は、第二貸主に対して義務づけられると説明される。

(267) 民法の註釈に限って代表的な論者を示せば、R. Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. 16, Paris, 1846, n° 604, pp. 567 et 568 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. 4, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1874, n° 415, p. 650, texte et note 2 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. 8, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1877, n° 1064, pp. 604 et 605 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 28, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles et Paris, 1878, n° 56, pp. 57 et 58 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement de la transaction*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1899, n° 780, pp. 376 et 377.

世紀に至ってようやく統一的な「外観法理」として把握されるようになったものである。本款では、これら「契約法における外観法理」の構造をその発展に即して跡づけることで、前項にみた同意法理との関係において理解するための考察を行っていく。<sup>(268)</sup>

2 外観法理と法学方法論の展開 ところで、「契約法における外観法理」は、科学学派・自由法論の時代に生成されたものであり、実際、この法学方法論上の転換の影響を大きく被ったといわれている。<sup>(269)</sup> こうした認識を前提としてよいか、また、具体的にいかなる影響が認められるかについては、もとよりそれ自体としての考証を要しよう。ただ、さしあたり、「註釈学派の学風を最も論理的に精緻に展開した」<sup>(270)</sup>とされるロランが残した次の言を参照するだけでも、外観という観念が——単に「法文にない」という以上に——註釈学派の法典中心的方法と結びつきにくいものであ

(268) 物権変動における意思主義を採用するフランス法においては、表見所有権法理（および表見相続人法理）も契約法の問題として考察される。しかし、本稿においては、契約法における外観法理としては主に表見委任法理を想定して議論を進める。というのは、表見所有権法理については、フランス法のもとでも「物の法」との関連を欠くことができないのに反し（*v. F. DERRIDA, Rép. civ. Dalloz, v° Apparence, 1970\**, n° 11, p. 2; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 2° éd., Defrénois, 2005, n° 652, p. 196）、表見委任法理は、純粹に「債務発生」の問題に関わっているため、いわばより純度が高い題材だと考えるからである（前款第三項第一における各議論が、いずれも表見委任法理との比較を行っていたことを想起されたい）。

\* メストルによる補訂が加えられた1986年の版が最新のもののようであるが、入手し得なかった。

(269) BOUDOT, *op. cit.* [note 257], n° 6, p. 3. 科学学派の学風については、碧海純一ほか編『法学史』（前掲注（265））203頁（山口俊夫執筆部分）を参照。なお、用語の問題に限って言えば、「*théorie de l'apparence*」という表現を初めて用いたのは CRÉMIEU, *art. préc.* [note 264], p. 39 であるとされ（J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime*, JCP I 1982, Doctrine, 3058, n° 106）、それが概説書にまで浸透するのは1950年代に至ってからのことだとされる（BOUDOT, *loc. cit.*）。

(270) 野田良之「註釈学派と自由法」尾高朝雄編集代表『法哲学講座 第三巻』（有斐閣、1956年）223頁。

ったことは了解され得ると思われる。すなわち、彼は、フランス法において普通法以来広く妥当してきた *error communis*... に対し、その首肯されざる所以を次のように述べている。「……私は、錯誤に法的な力を与えるようにみえるその法格言に対して、法の名において異議を申し立てる。法とは永遠の真実の表明である。錯誤はいかにしても真実と同化され得ないのではなからうか。……世界を統治するのは事実ではない、それは法、つまり正義なのである」<sup>(271)</sup>。ここから窺われる外観法理と註釈学派との非親和性にかんがみると、外観法理の抬頭という法状況は、いわゆる註釈学派を克服すべく、当時生成しつつあった新たな思潮と結びつけて理解されるべきであるということも許されよう。

それでは、何が「法典の樹てた秩序と体系」に代わろうとしたのか。本稿においては、外観法理の提唱者として、契約およびフォートの古典的概念の刷新を説いたレヴィの所説、および、「法的安全 (*securité juridique*)」<sup>(272)</sup>の観念の提唱者として知られるドゥモグの所説に注目したい。

(271) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 13, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles et Paris, 1878, n<sup>o</sup> 281, p. 321.

(272) 彼らは、旧来の法学の刷新を企図したものではあるが、科学学派に属するわけではない。かえて、彼らはともに個人主義に対して批判的な論陣を張り、「法の社会化」ないし「連帯」の観念を高唱したことによって、科学学派からの厳しい批判の対象とされたといわれている（彼らの基本的法観と外観法理との関係については、**第一**の最後に簡単な所見を述べたい）。

(1) レヴィ (1870-1944) レヴィは、「社会主義的法学」の陣営に属する私法学者の筆頭に位置づけられる。その人物・思想に言及する論稿は少なくないが（邦語で接し得る文献としては、前掲注 (190) のほか、ギュルヴィッチ（潮見俊隆・壽里茂訳）『法社会学』（日本評論社、1956年）特に142頁以下を参照）、ここでは、特に包括的なものとして、『法と社会』誌 (*Droit et société*, n<sup>o</sup> 56/57, 2004, pp. 73 et s.) の特集を指摘するにとどめる。ただ、これらの扱いから窺われるように、彼の解釈論上の業績に対する評価は概ね冷淡である（岡松参太郎『無過失損害賠償責任論（学術選書3）』（有斐閣、改版、1953年〔有斐閣書房、1916年〕）515頁注(5)には、彼の不法行為理論に関する「勿論此説ニハ賛成者ナシ」との評がある）。しかし、「正当な信頼」の観念に関するその主張は、フランス法において「信頼」に基づく責任を考察する際には第一に指摘されるものであり、外観法理の生成を考察す

## 第一 外観法理の提唱

以下、レヴィおよびドゥモグの所説を順次検討し、それらがどのような特徴を有し、どのような意味において外観法理の生成・発展に寄与したかを考察する。

### 一 レヴィの債務発生原因論と外観法理の萌芽

1 概 略 (1) レヴィの議論は、ローマ法的・古典的な説明を脱して、当時の社会生活を支えることのできる責任（成立）原理——契約およびフォートの新たな原理——を開拓しようという提言によって始められる。当時は、不法行為の領域におけるフォート概念の分析が緒に就いたばかりのころであり、それに関する学理的把握はいまだ浮動的な状況にあ

---

るうえでも欠くことのできない重要な業績である（前掲注（188）をも参照）。

(2) ドゥモグ（1872-1938）ドゥモグの方法は、A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 177によれば、比較法的考察を行う点で新規ではあるが、基本的には註釈学派のそれに親しむと評される。しかし、このような位置づけに一致をみているわけではなく、Ch. JAMIN, *Demogue et son temps, réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2006. 56, p. 5は、判例の噴出に逢着し、註釈という方法を維持し得なくなった当時の法学において、これらを体系的に整序しようとしたのが科学学派であったのに対し、ドゥモグは、これをそのままに受けとめて「諸観念のコンフリクト」と把握した点で独創的であったとする。この対立のゆえに、ジェニーは、ドゥモグの所説を「ニヒリズム」と批判したのである（F. GÉNY, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1911, p. 110 [not. p. 125]）。ジャマンの上記論稿は、サレイユ宛のジェニーの書簡を引証しつつ、ジェニーがドゥモグの所説に対して自説を根本から否定しかねないとの危機感を抱いていたことを活写する。

(23) 以下では、E. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, Rev. crit. 1899, p. 361を主に考察する（特に断りのない限り、本文中の引用頁は同書からのものである。同論文は、*id.*, *La vision socialiste du droit*, Paris, 1926に収録されている）。レヴィ説については、公法の論稿ではあるが、CALMES, *th. préc.* [note 181], n<sup>os</sup> 319 et s., pp. 585 et s. が詳細に分析している。このテーゼは、正当な信頼という観念をフランス法に継受することに対して周到な批判的分析を加えており、民法の問題を考察するうえでも参考になるところが多い。

(24) その概略を示すものとして、v. A. SOURDAT, *Traité générale de la responsabilité*, t. 2, Paris, 1911, n<sup>os</sup> 643 et 644, pp. 570 et 571.



<sup>(275)</sup> った。こうした状況にあって、レヴィは、不法行為における古典的要件論とともに契約における約束の拘束力の意思主義的説明を解体し、両者に共通する新たな責任原因として「正当な信頼の裏切り (*confiance légitime trompée*)」という概念を提唱した。以下、この観念がいかなる意義を有するかを、契約および不法行為との関係で描出する。

(2) まず契約についてみると、レヴィは、正当な信頼の観念の適用として、「契約を構成するのは、債務者の約束が債権者に抱かせる信頼である」(p. 383) という契約の一般原則を提唱する。つまり、約束の拘束力は意思によって基礎づけられるのではなく、相手方に生じさせた信頼によって基礎づけられるべきだという。そして、彼によれば、この「正当な信頼」は、相手方の主観における信頼に尽きるものではなく、「その立場にあればだれもが有したであろう」ものであることを要する (pp. 394 et 395)。このように、契約によって生ずる債務の基礎に「社会の意思」というべきものを見出す立場から、レヴィは、信頼に正当性が存するか、つまり契約による債務が生ずるかは、終局的には契約の当事者ではなく裁判官によって決せられるとみる。<sup>(276)</sup>

他方、不法行為についてはこう論ずる。ローマ法においては、訴権的利益が付与された特定類型の行為による被害のみが訴訟による救済の対象とされていたのに対し、今日では、権利・自由が一般的に保護の対象とされるため、もはや硬直に過ぎるその古典的要件 (①権利なくして行われた行

---

(275) DEMOGUE, *Traité*, t. 3, n<sup>os</sup> 269 et s., pp. 449 et s. は、当時提唱されていたフォートの定義に関する九の新説を検討している。そのなかには、レヴィ説のほか、もちろん、プラニオルの著名な試みも含まれている。なお、この間の議論を考察する邦語文献としては、学説史につき、新関輝夫『フランス不法行為責任の研究』(法律文化社、1991年) 132頁以下を、また、同時代の不法行為法理論の略説として、岡松・前掲書(注(272)) 508頁以下、ジュリオ・ド・ラ・モランディエール(石崎政一郎訳)『仏国法に於ける民事責任に就て』『現代法の諸問題』(岩波書店、1938年) 231頁以下をそれぞれ参照。

(276) V. aussi E. LÉVY, *La confiance légitime*, RTDciv. 1910, p. 717.

為、②他人の権利を侵害する行為、③フォートまたは害意）を維持することはできない。それゆえ、現在では、「絶対権が侵害されたか否か」という問題を立てるのは誤っており、より直截に、各個人間に相対的に存するところの「競合する自由を限界づけ、調停する関係の本質」をこそ考察しなければならない（p. 366）。そして、レヴィによれば、この「本質」とは、絶対権の侵害ではなく「フォート」であり、かつ、フォートとは、「信頼によって生み出される義務によって人は拘束される」という観念、「正当な信頼が裏切られた場合にフォートが認められる」という責任原理であるとされる（p. 373）。

（３） 以上のように、レヴィは、契約および不法行為の成立根拠をいずれも「正当な信頼の裏切り」であるとし、責任成立の局面において両者の差異を相対化する。すなわち、「不法行為責任と契約責任とは、正当な信頼の裏切りという共通の起源を有する。ただ、契約責任においてはこの信頼は約束によって生じるのに対し、不法行為責任においてはこの信頼は状況から生じる」<sup>(277)</sup>（p. 387）。そして、「信頼」が重視されるべき理由はこう説かれる。「われわれが正しく行動しているという正当な感情を有する場合、必然的に（nécessaire）<sup>(278)</sup> 生ずべき信頼が惹起される限度で、われわれに権利があり、〔その反面として〕他者に責任があるのでなければ、自由があるとはいえない」（*id.*）、と。

（４） 以上の基本構想に定位して、レヴィは次の解釈論的帰結を導いて<sup>(279)</sup>（pp. 383-387）。①契約締結に必要な能力・資格を有しない者について

---

（277） それゆえ、「状況」によって責任を基礎づける外観法理の適用事例は、不法行為の領域に属する。たとえば、「小切手については、被害者たる第三者が署名が偽せられたことがこの者の『フォート』によるものであるということを証明した場合には、署名していない者についても、偽造について責任を負わせている」との分析が示されている（*id.*, p. 379.）。

（278） その含意は、「正当な（légitime）」と等しいと思われる（*v.* CALMES, *th. préc.* [note 181], n° 321, p. 587）。

（279） 「事實的」不法行為責任に関する彼の法理の適用については、岡松・前掲書

て、第三者にとってその能力・資格があるように見えたのであれば、契約は成立する。<sup>(280)</sup>②申込みは撤回可能であるが、それが相手方に信頼を惹起した以上、申込みを撤回した場合であっても契約は成立する。③物権法においては、表見相続人法理、善意取得が基礎づけられる。

2 評 価 以上にみてきた、レヴィによる「正当な信頼」の構想およびフォートの定義は、主にそのあいまいさゆえに厳しい批判に晒された。たとえば、「フォートの観念をさらに不明確なかたちに抽象化したにすぎない」<sup>(281)</sup>、あるいは、「法と道徳の混同である」<sup>(282)</sup>などと批判され、果ては、「法律家によってなされた膨大な仕事を、正当な信頼の裏切りという単純な魔法の定式に置き換える」<sup>(283)</sup>ものだとまで痛罵されたのである。また、契約の拘束力の基礎づけに関しても事情は同様であることは、先にみたグノーの批判から窺われよう。要するに、「正当な信頼」を核心とする彼の「信頼主義 (fidéisme)」<sup>(284)</sup>の構想は、総体としてはほとんど支持を得なかったといえることができる。<sup>(285)</sup>

とはいえ、以上の批判は、「正当な信頼」という法観念が一定の場合に存在し得る可能性までも否定するものではない。実際、レヴィの主張は、すぐ後にみるドゥモグによって発展的に承継され、今日の外観法理の礎石を築くことになる。このように、「正当な信頼」の観念を外観法理の中

(注 (272)) 515-516頁を参照。

(280) 具体的に想定されるのは、詐術を用いた未成年者、表見受任者、事実上の会社等である (*id.*)。

(281) B. JONESCO, *Les effets juridique de l'Apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927, pp. 92-97.

(282) CRÉMIEU, *art. préc.* [note 264], p. 79.

(283) P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1951, p. 175.

(284) *Id.*, p. 172.

(285) V. CALMES, *th. préc.* [note 181], n<sup>os</sup> 326 et s., pp. 594 et s. より一般的には、v. aussi J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Quadrige/PUF, 2001, n<sup>o</sup> 125, p. 188.

心に据えたこと自体は、後の学説一般においても広く受け容れられており、たとえば、民事責任構成に対しては批判的な論者においてさえ、レヴィの所説は、「外観法理の本質的要素、すなわち、外観上の権限を有する者によって遂行された取引（opération）の適法性に対する信頼<sup>(286)</sup>に関しては、注目するに値するものである」と評されているのである。

３ 小 括 以上がレヴィ説の骨子である。民事責任構成の意義を探究するという本稿の目的からこれをみると、特に注意を惹くのは、彼の主張するフォートの観念が現代のそれとは内容を異にすることである。彼によれば、フォートは、個人への帰責の契機としてではなく、社会的有用性の調整の契機として捉えられる<sup>(287)</sup>。こうした民事責任理論が存在したこと、そして、外観法理の民事責任構成がまさにそのようなものから出発したことは、一口に「民事責任構成」といっても、そのなかにはフォート等の基本的観念の多様性に応じた複数の理解が存し得ることを窺わせる。それゆえ、民事責任構成に関する考察は、「民事責任」の内実がどのようなものであったかに慎重な注意を払いつつ行われなければならないものと考えられる。

## 二 ドゥモグによる法的安全論とその解釈論における展開

続いて、ドゥモグの議論をその基本観および解釈論に即して跡づける。それぞれの考察は、彼の二つの代表的著作、『私法の根本的諸観念<sup>(288)</sup>』および『債務法概論<sup>(289)</sup>』に則って行う。前者は「債務法研究への序として」との副題を冠せられる綱領的著作であり、刊行時期からみても、『諸観念』の基本構想が『概論』に反映されているという関係が認められる。

(286) E.g. DERRIDA, *art. préc.* [note 268], n° 25, p. 4.

(287) V. N. M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968, préf. J. CARBONNIER, n° 267, pp. 232 et s.

(288) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'Introduction à l'étude des Obligations*, Paris, 1911, réimpr. MD, 2001. 以下、*Les notions* または『諸観念』と略す。

(289) 以下、『概論』とも略す。

## (一) 一般論：法的安全論

1 法的安全論の内容 (1) ドゥモグは、『諸観念』において、レヴィ説に言及しつつ「権利の合理的な外観は、第三者との関係では、権利それ自体と等しい効果を生ずべきである」と主張し (*Les notions*, p. 68)、レヴィによって萌芽的に示されていた外観法理の着想を押し進めた。ドゥモグのこの所説は、外観法理の制度的基礎を定立したものとして、後の議論に圧倒的な影響を与えた。

ドゥモグの「法的安全」論の大枠は、わが国における「動的安全」「静的安全」の観念とほとんど異ならない。<sup>(290)</sup>それゆえ、いまはその内容を細説することはせず、わが国での理解との異同に留意しつつ、ドゥモグ自身の言葉に即してその要点を紹介するにとどめる。それは次のようなものである。

(2) まず、一般的にいて、「安全」の観念は、西欧近代の法制度を支えている根本的な理想である。すなわち、「確実性」を理想とする近代の法典編纂事業は、まさに「各人の安全を保障する」ことを目的としたものであり、それは、政治原理として、1789年の人権宣言における個人主義・自由主義に結実している (*Les notions*, p. 64)。

これを受けて、民法においても、安全の観念は次のように発現している (*Les notions*, pp. 67 et s.)。すなわち、西欧の立法の精神は、「取引のもつ諸々の理想によって、つまり、多くのものを生み出すこと、多くのものを製造すること、多くの物を売ること、享受する利益を増すこと、より多くの需要をより多く満たすこと等の目的によって、支配されている」。取引の安全の保障は、この精神をよりよく実現することを目的とするものであ

(290) ドゥモグの提唱にかかる「法的安全」の観念が、わが国の学説に「継受」されたことによるものと解される。鳩山秀夫「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955年) 1 頁、特に18頁以下〔初出：牧野英一編『穂積先生還暦祝賀論文集』(有斐閣書房、1915年)〕、さらに、牧野英一「信義則の三つの見方」同『民法の基本問題 第四卷』(有斐閣、1936年) 101頁、103頁注(3)を参照。

る。そして、外観を信頼して取引を行った者に対して、取引の有効性をできる限り保障し、よって、取引をなそうとする意向を促進することは、まさにこの目的に適う。以上のように捉えられた安全の観念を、ドゥモーグは「動的安全」と呼ぶ。しかし、動的安全には、「権利を有する者は、第三者の行為によってそれを奪われてはならない」という意味での安全、つまり「静的安全」が対立する。これは、「何人も、自己の有する以上の権利を他人に移転することができない (*nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet.*)」という法格言に具体化されるものである (*Les notions*, p. 72)。

ドゥモーグは、二つの安全の観念の対立を以上のように描き、両者の理想的な調和を実現することが近代法の課題であるとする。しかし、彼によれば、二つの安全は根本的に両立不能であるため、両者の一方の選択を迫られる西欧の立法者は、往々、諸々の活動を促進するために、静的安全を排して動的安全を保障する途を選択している (*Les notions*, p. 74)。つまり、「結局のところ、静的安全に動的安全と同程度の価値を与えるために、最も賢明なのは、おそらく、それぞれを別個の制度の次元に位置づけるか、または、西洋近代の観念のように、静的安全の観念を動的安全の側面にすぎないと理解するかである。実際、静的安全は、一定の方向性をもつ活動により自由に専心し得るための拠り所にすぎないとも考えられる。たとえば、工場主は、顧客を拡大することにいっそう専心することができるよう継続的な従業員を雇い、彼の工場において〔静的〕安全をもつことを望むのである」 (*Les notions*, p. 85)。

2 法的安全論の特徴 以上にみたドゥモーグ説は、動的安全に基礎を置く活動を、静的安全に基礎を置く活動に対してア・プリオリに優位するとみる点にその特徴を有するといえよう。彼は、二つの法的安全の観念を、個別の事案における利益衡量のファクターとはみない。いいかえれば、彼の議論は、「……法的安全を保障するだけでなく、法的安全の中で、動的安全と静的安全の間に、前者を上位に置くヒエラルヒーを定立するこ

とをも目指すもの」であつた。<sup>(291)</sup>そして、外観法理に関する限り、こうした理解が後学にも承継されることとなるのである。<sup>(292)</sup>

## (二) 解釈論

1 *Error communis facit jus.* さて、『諸観念』の基本構想は、『概論』における解釈論へと引き継がれる。ドゥモーグは、*error communis...* の法格言を採り上げ、その基礎にある観念を次のように論じる。すなわち、事実を調査したとしても全てを知ることは到底望み得ないから、取引に際しては、一定の外観・真実らしさを信頼せざるを得ない。それゆえ、慎重に行動した者は、たとえ誤信があつたとしても保護されなければならない (*id.*, n° 282, pp. 462 et 463)。「*error communis...* の基礎づけは、取引の必要性、つまり動的安全のなかに存する」のである (*id.*, n° 279, p. 457)。

ところで、ドゥモーグは、以上の議論を意思表示の錯誤の論述に採り入れている (*Traité*, t. 1, n°s 276 et s., pp. 452 et s.)。 *Error communis...* の沿革にかんがみて、これを「意思表示の錯誤」として扱い難いことは明瞭であるが<sup>(293)</sup>、にもかかわらず、ドゥモーグがあえてこのように説くのは、彼の

(291) C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007, préf. Y. LEQUETTE, n° 222, p. 103.

(292) ドゥモーグのこの構想をよりよく理解するためには、議論を先取りして、その後の学説の展開を示すことが有益だと思われる。

上の「ヒエラルヒー」は、後学において、次のような解釈論的帰結を演繹させる意味をもった。すなわち、動的安全の優位がア・プリオリに肯定される以上、法理を形成する段階、そして具体的に要件を定立する段階において、静的安全の契機を取り込むこともまた、やはりア・プリオリに拒絶されなければならない。このように、個別的な利益考量によらず、動的安全の保護という制度理解それ自体によって個々の事案の解決が基礎づけられるため、外観法理の要件は「信頼の正当性」のみに一元化され、「帰責性」は独立の要件としては顧慮されないという判断枠組が支持を得ることになった。これが、現代の学説においても基本的に踏襲されているのである (*v.* GHESTIN et al., *Intr.*, n° 849, p. 839)。

(293) 前掲注 (265) を参照。なお、いわゆる共通錯誤論とは別異のものであること



主たる関心が、*error communis*... という法格言をもって表示主義的な法律行為論を導入することに向けられていたことによって説明され得るだろう。この推測は、表示主義に関する彼の議論を参照することによって裏付けられ得るものと考ええる。

2 意思表示理論との関連性 (1) ドゥモーグは、意思主義と表示主義の対立を次のように説く。すなわち、近代法の大原則である意思自律の理論は、「真意の尊重」に基礎をおくものであり、それによれば、人は、自ら望んだときにのみ、そして自ら望んだ限度においてのみ義務づけられることになる。しかし、心理現象であるにすぎない意思は、その外観によってしか社会の人々に知られることができないから、第三者としては、意思の外観を信頼せざるを得ない。それゆえ、ここで選択されるべきは、意思自律の原理に基礎をおく「意思主義」ではなく、信用の必要性に依拠し、信頼に足る外観に依拠することを許す「意思表示主義」である。

(2) 以上の結論は、ドゥモーグによれば、二つの理由によって正当化される。第一は、「法の社会化」「契約の社会的理論」の理念である。静的安全に依拠する意思主義は、個人の意思のみを絶対的なものとして重視し、他者による意思の認識可能性を顧慮しない。このように社会を顧みない理論は、支持し得ない。意思表示主義こそが、「われわれの社会の傾向、われわれの経済状況によりよく適合するのである」。第二は、「あらゆる活動は、それを行った者に帰せられるのでなければならない」という観念である。意思表示をした者は、それが誤っていた場合であれ、自らの活動である意思表示から生じたリスクを引き受けなければならないというのである（*Traité*, t. 1, n<sup>os</sup> 27 et s., pp. 81 et s.）。

3 現実賠償による契約実現 (1) それでは、「意思表示主義」を採用入れるために、ドゥモーグはいかなる理論構成を用いたのか。彼もまた、前款にみたのと同じく、意思主義の枠組そのものを馴化させるのでは

---

にも注意（前掲注（218））。

(294) ドゥモーグ自身の見解は、前掲注（156）対応本文において示唆した。同評釈

なく、不法行為による現実賠償という構成を採用する。彼はまず、これによって心裡留保における表示主義的規律を実現しようとするのであるが (*Traité*, t. 1, n° 158, pp. 256-258)、ここではむしろ、契約締結上の過失との関係で、次のような独創的な議論が展開されていることに注意したい。

(2) ドゥモーグが契約締結上の過失に関する議論を展開した際の背景事情として重要なことは、その当時、イエーリングの著作のムラネールによる翻訳等を介して、契約締結上の過失論がフランス法に移入されられつつあったことである。こうした傾向に対し、ドゥモーグは、契約締結上の過失理論を導入する必要性に懐疑を示す論陣を張った。フランス民法典を前提とする限り、同1382条のような規定を有しないローマ法についてイエーリングが展開した理論を盲従的に模写すべきではなく、この責任は端的に同条に基礎づけることができるというのである。

しかも、ドゥモーグは、フランス法を前提とすれば、単に金銭賠償を認めるのみならず、現実賠償としての契約成立の可能性さえも承認することができるという (*Traité*, t. 1, n°s 34-39, pp. 95-104)<sup>(295)</sup>。すなわち、表意者と表示の受領者との間には、特別の関係に基づく誠実義務 (*obligation de diligentia*) が課される。そして、これに違反した場合には、イエーリングのように損害賠償の範囲を消極的利益に局限することなく、生じた全損害が賠償されるべきである。その際、損害賠償方法としては、金銭賠償に限らず、その最も自然な (*naturel*) 形式である現実賠償としての契約維持を選択することができるのであって、そうすることは、消極的契約利益賠償という結論に比べて遙かに明快であり、巧緻を極めたイエーリングの所説に優ると説く。<sup>(296)</sup>

---

は、以下にみる議論を援用しつつ展開されたものである。

(295) ただし、DEMOGUE, *Traité*, t. 2, n° 554, pp. 166-170 は、契約交渉が破棄された場合につき、「契約自由の原則との抵触」を理由に現実賠償の可能性を否定している。

(296) ただし、表示の受領者にフォートがある場合には、共同過失 (*faute commune*——過失相殺) を考慮することが正当だと考えられるから、表示の受領者に

以上を要言して、ドゥモーグは次の定式を提示する。「フォートは、契約に基づくのと類似の法状況を産み出し得る」（*Traité*, t. 1, n° 36, p. 101）。

４ 小 括 以上に跡づけてきたドゥモーグの主張は、総論としては、「法的安全」の観念、およびその背後にある「法の社会化」という構想に基づいて、動的安全と静的安全との間に抽象的な価値序列を設定することを目的とするものであり、各論としては、意思表示理論との関連において、現実賠償という構成によって表示主義の帰結を導入することを企図したものと評することができる。

ところで、このように、ドゥモーグの議論を「総論」「各論」という観点から捉えるときには、彼が、動的安全と静的安全との間の階層づけという抽象的な衡量を問題としながら、その一方で、これを実現する法理として、フォート概念を中核とする民事責任法理という具体的な衡量に依拠していること——つまり、総論と各論との間に齟齬を含んでいること——に注意を要する。これら二つの構想を整合的に理解するためには、レヴィのように、フォートの概念を、個人への帰責を根拠とするものではなく、社会的利益を調整するための契機と捉える立場を前提とせざるを得ないであろう。

それでは、ドゥモーグの所説からそうした理解を看取することはできるのか。彼自身は、直接には確たることを述べてはいないけれども、フォートの定義に関する次のような議論は、彼が大綱においてレヴィと同内容のフォート理解を採っていたことを窺わせる。すなわち、ドゥモーグは、フォートを定義するに際してはあくまで古典理論を出発点とし、客観的には権利侵害、主観的には侵害の認識または予見可能性を求めるのであるが<sup>(297)</sup>（*Traité*, t. 3, n° 223, p. 365 ; n° 242, p. 408）、この「権利侵害」につき、ある

---

フォートがないことも要件とされなければならないとされる。

(297) したがって、フォートがどのような意義をもつ概念であるかは、「権利侵害」という概念の意義いかんにかからしめられているといえる（F. GIRAUT, *Apparence, source de responsabilité*, thèse Paris, 1937, p. 124）。

行為が権利の行使として適法と評価されるのは、「その具体的適用において、社会秩序が保護しようと強いるところの社会的利益に反しない限りにおいてである」とする (*id.*, n° 231 bis, pp. 378 et 379<sup>(298)</sup>)。また、彼は、『概論』においてフォートに関する諸見解を検討するにあたり、レヴィ説を第一に採り上げ、「レヴィ氏は、フォートの古典的理論と断絶することなく、他者との関係における権利の限界についての展望を切り拓き、依然としてあいまいではあるものの（いかなる場合に正当な信頼の裏切りがあるのだろうか）、少なくとも一定の方向性を示してはいる実用的な観念を流布させるという功を立てた」と評するのである (*id.*, n° 269, pp. 449 et 450)。

### 三 小 括

1 以上によれば、外観法理の生成を促した二つの代表的学説は、①法理論的には、民事責任法理の柔軟な活用、および、「社会功利」の観念に支えられたフォートの定義を共通の特徴とし、②理念的には、ドゥモグの提唱にかかる「動的安全」の観念によって支持されるものであったといえよう。いま、これまでの検討をまとめるにあたっては、個々の議論の内容にはもはや触れず、以上の構想を導く彼らの基本的法観、つまり「連帯」「法の社会化」の思想が、外観法理の構想にどのように結実しているかにつき、若干の所見を述べてみたいと思う。

2 本項冒頭にて注記したとおり、外観法理の提唱者となったレヴィおよびドゥモグは、いずれも個人主義の批判者であった。契約法理および民事責任法理の刷新を企図する彼らの議論がこうした基本観に導かれたものであったことは、おそらく疑いのないところであろう。そのような意味において、外観法理の提唱を促した一つの背景に「連帯」「法の社会化」の観念をめぐる当時の法状況があったことは、否定し難いと思われる。

しかし、このことは、外観法理を提唱するためにこれらの構想を支持しなければならないということを直ちに意味するわけではない。その証左と

(298) 併せて、DEMOGUE, *Traité*, t. 3, n° 240 bis, pp. 402 et 403は、単なる「自由」の侵害もまた違法行為となるという。

して、ここでは、レヴィらに対する先鋭な批判者にして「保守的な実証主義」<sup>(300)</sup>の論者と評されるリペールにおいてさえ、次のような議論がなされていることを指摘してよいだろう。すなわち、リペールは、フォートの基礎をなす「義務」を「他人を害してはならないという義務（*devoir de ne pas nuire à autrui*）」と構成することによって、フォート概念の道德化を図ろうとした。この定義は、柔軟さにおいてはレヴィによるフォートの定義とほとんど変わるところがないように思われ、実際、現実賠償による契約の有効化という理論構成を基礎づける際にも援用されたのである。<sup>(302) (303)</sup>

以上の事実にかんがみると、外観法理の背景にある民事責任観は、たしかに「法の社会化」「連帯」の思想が動因となって提唱されたものではあるけれども、その反面、そうした党派的な価値判断を超えて、学説一般に受け容れられる素地をも有していたとみることができよう。そして、それを可能にした法理論上の要因としては、少なくとも、前款にも述べた、①民事責任法理の柔軟性、および、②これを媒介して契約法理の修正を行うという法的解決が広く用いられてきたという伝統の二点を看過し得ないも

(299) 前掲注(272)のほか、v. G. RIPERT, *Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy*, Rev. crit., 1928, p. 21 [本稿においては、E. LÉVY, *Le fondement du droit*, Paris, 1933, p. 103 所収のものを参照した]。

(300) HALPÉRIN, *op. cit.* [note 285], n° 127, p. 190.

(301) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1<sup>re</sup> éd., 1925, n°s 112 et s., pp. 188 et s. [46d., pp. 198 et s.]

(302) 管見の限りでは、A. PLAS, *La signature, condition de forme et manifestation de volonté*, thèse Paris, 1935, p. 135 ; R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse Paris, 1939 préf. J. BONNECASE, n° 199, p. 366.

(303) ここには、「連帯主義の支持者ではなかったが、道德律に訴えることによって完全に同じ解決に至った」、また、「[リペールのような] アプローチは、連帯主義(的な発想)と無縁だとは断じにくい」とのリペール評が妥当でしょうか(大村・前掲書(注(151))53頁。なお、前者は L. LEVENEUR, *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in : L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, pp. 180 et 181の指摘であるが、大村教授の論述から引用した)。

<sup>(304)</sup>  
のと解される。

3 その後、20世紀前半を通じて、1382条によって外観法理を基礎づけるという方向性は、判例においては確固たる支持を得ることになる。それでは、この民事責任構成は、学説においてどのような評価を得たのか。第二では、外観法理の研究史の追跡を通じて、この点に考察を加えよう。

## 第二 外観法理の研究史

本項においては、レヴィ、ドゥモーグ以後、1930年代に至るまでの外観法理に関する諸研究を通観し、民事責任構成が確立したとされる経緯を追跡する。具体的には、一般的外観法理に関する研究〔二〕、善意 (bonne foi) 論に関する研究〔三〕を扱うが、その前に、無効な法律行為の効果に関する研究〔一〕に簡単に触れておきたい。

### 一 無効な法律行為の効果

1 レヴィの論稿の後、契約法の領域において外観の観念を援用する具体的研究は、外観法理一般に関する議論の展開に先立って、1910年ころ、「無効な法律行為から生ずる効果」<sup>(305)</sup>に関して展開された。これが外観の観念に関わる最初期の研究とみられる。もっとも、それらの議論は、あるいは事実が法規範に対して影響を与えるという一般論の中で扱い、あるいは無効な行為から一定の法的効果が生ずることを説明する際の一考慮要素として扱うなど、<sup>(307)</sup>外観の観念を「原理」の次元で把握するにとどまっている

---

(304) なお、フォートの観念を柔軟なものとして把握し、これを利益調整のための弁として活用するという以上の着想との関係では、申込みの撤回につき、申込みの拘束力を現実賠償によって基礎づけようとしたポティエの所説に対して、中原太郎「フランス法における申込み及び一方予約の拘束力とその基礎(1)」法協123巻2号(2006年)115頁により、「ポティエのいう『衡平の規律』は、正確には、申込者に対する非難・帰責というよりは、当事者間の利益バランスを考慮するものであった」との指摘がなされていることが、きわめて示唆的である。

(305) その概観として、岡松・前掲書(注(272))312頁以下を参照。

(306) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, 1909, pp. 168-177.

(307) J. PIÉDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls, essai d'une théorie*

ようにみえる。

これらは外観法理の萌芽を窺わせる点ではたしかに重要であるし、その成果が<sup>(308)</sup>かたちを変えて他の論点に受け継がれていることも無視し得ない。しかし、上のような性格ゆえに、外観法理そのものの展開に直接に寄与したところは乏しいと思われるから、ここでの詳論は差し控えたい。

２ その後、1920年代中ごろまでは、判例研究などにおいて外観法理の適用を論ずるものが散見されるものの、これを体系的に論ずる研究は現れなかったようである。

## 二 外観法理研究

外観法理一般を考察対象とする論稿が現れ始めるのは、1920年代後半に至ってであった。ここでは、約10年のうちに相次いで公刊されたイオネスコ、<sup>(309)</sup>ロランおよびジローの тезис を時系列順に考察する。これらは、フランス法における外観法理の出発点をなす研究として相前後して現れたものでありながら、理論構成・結論の両面で少なからぬ対立点をみせる。そこで、外観法理の法的構成がどのように把握されていたのか、また、そこで

---

*d'ensemble*, thèse Paris, 1911, pp. 467 et s. 彼は、無効な法律行為が一定の効果を生ずる根拠は「善意」、「責任」、「外観」という三つの観念に帰し得るとする。このうち、一般的根拠として論じられるのは責任および外観である。なお彼の主張は後述するゴルフの善意（信義則）論に継承されるから、そこで再説する。

(308) たとえば、ジャビオの論稿は、対抗不能の一般理論を提唱した点で重要な解釈論上の寄与をなしたものと評される（片山直也「フランスにおける詐欺行為取消権の法的性質論の展開—20世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集26号（1987年）3頁、野澤正充「フランスにおける『対抗不能』と『相対無効』」立教40号（1994年）226頁を参照）。また、不法行為法理による無効主張の制限という議論がその後の一つの法理を形成することは、前款第三項において一言したとおりである。

(309) B. JONESCO, *Les effets juridique de l'Apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927; J.-Ch. LAURENT, *L'Apparence dans le problème des qualifications juridique*, thèse Caen, 1931; F. GIRAUT, *Apparence, source de responsabilité*, thèse Paris, 1937. 以下、二において、各論者の見解を考察する箇所における頁数等の引用は、上記各書からのものである。



の解決が「フォートを理由とする現実賠償」という判断枠組によって捉え得るものであったのかといった点に意を用いつつ、各見解の異同を跡づけ、外観法理の特質を解明するための素材を探ることにしたい。<sup>(310)</sup>

#### (一) 仮装行為法理 (イオネスコ)

1 根 拠 イオネスコは、「社会経済的な視点からの正当化」と「法的な正当化」とを区別する見地に立ち、前者については、ほぼ全面的にドゥモーグの所説を踏襲して、「契約取引の安全 (*sécurité des conventions*)」および「財貨の自由な流通」をその根拠とみる (pp. 115 et 116)。他方、後者については、1321条に顕現する「仮装行為」法理の類推による対応が図られる。<sup>(311)</sup>「1321条は、『他人間の行為は余人を害せずまた利せず (*Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.*)』という法格言の特別の適用にほかならない。同条は、外観上の状況を創り出した者のフォートを要求することなく、仮装行為がそれを創り出した限りで、仮装行為を一般的にサンクションする」(p. 120)。つまり、「1321条は、仮装されたあらゆる合意について、第三者に対するその効力を失わしめるという一般原則を立てるものである」(p. 118)。こうした一般性ゆえに、同法理の射程は1321条にとどまらないというのが、彼の理解である。

2 民事責任構成への対応 以上の立場から、民事責任構成は次のように評価される (pp. 118 et 119)。すなわち、イオネスコは、表見委任については、委任者にフォートの認められない事案は事実上ほとんど生じないとしつつも、「もし委任者が何らフォートを犯さなかったとすれば、どのように判決がなされるだろうか」と問い、仮にこのような事態が生じても、委任者はなお第三者に対して責任を負うべきであるとする。その理由

(310) 外観法理の研究史については、喜多了祐『外観優越の法理』(千倉書房、1976年) 318頁以下に、ドイツ法学がフランス法に与えた影響に焦点を当てた分析がある。本稿では、フランス法に内在的な観点から学説の評価を行う。

(311) 仮装行為法理については、武川「仮装行為」(前掲注 (257)) 143頁、中山布紗「民法94条2項の第三者—『法律上の利害関係』の再評価—」九法91号 (2005年) 115頁を参照。

はこうである。この場合、第三者に対して委任の虚偽性について認識するための手がかりがまったく示されなかったのであり、第三者はその立場にあればだれもがしたであろうことをしたにすぎないのだから、「外観の観念によって、虚偽の受任者によってなされた行為は第三者に対しては委任<sup>(312)</sup>は有効とされなければならない」。このように、イオネスコは、外観によって義務を負わされる者のフォートには理論的な意味を認めず、第三者の信頼を重視する要件を立てたのである。

３ 判断枠組 イオネスコは、権利の存在についての「単なる蓋然性」によって法律状態が破られてはならないという。彼は、「権利外観」を「外観上有効であるかのような法律状態という形でその虚偽性が隠されている、虚偽の事実状況」と定義づけるが（p. 108）、これは、単に権利が存在するという「蓋然性」を意味するものではなく、その「<sup>(313)</sup>確実性」までもが要求されるという趣旨であるといいかえられる。つまり、彼によれば、*error communis...* において適用されている「一般的錯誤」が外観法理<sup>(314)</sup>の要件とされるのであって、判例が用いる「一般的かつ抗し難い錯誤」という表現はこの趣旨を表すものとされるのである。

このように、イオネスコは、判例において用いられている外観法理の要

(312) もっとも、JONESCO, *th. préc.* [note 309], p. 123 は、1321条の適用による表見受任者法理の基礎づけとして、①受任者が外観を創り出したこと、②委任者が直接（懈怠により）または間接（選任の過誤により）にこれに寄与していることの２点を指摘している。「選任の過誤」を義務違反的に把握するとすれば、これが「フォートをサンクションする」という既存の理解とどう違うのかは、明らかではない。

(313) 抽象的ではあるが、イオネスコは、外観法理の適用が要請されるのは、「いかなる慎重さをもってしても、人間のいかなる予見をもってしても、その外形的な適法性の前に屈せざるをえない」ような場合に限られるとする（JONESCO, *th. préc.* [note 309], pp. 109 et 110）。たとえば、取り消し得べき行為は、「資格の遡及的無効を生じる原因は、だれでも知っているし、知っているべきである」から、なお「確実」というには足りないと言われる。

(314) ここでの「錯誤」概念の意義および整理については、上井・前掲論文（注（265））143頁以下を参照。

件をかなり厳格に解し、自らの解釈論としてもさしあたりこの見解を維持する。しかし、それはあくまで既存の法文を念頭におく限りにおいてであり、理想としては、むしろ、ドゥモーグの示したように、錯誤に陥ったことが「合理的」であれば足りる——信頼に値する外観に依拠することを許す——とすべきものと説く (pp. 111 et 112)。過度の注意を要求しては、商取引の要請である迅速性が阻害されるからである。

4 フォートを不問とする代わりに「抗し難い錯誤」を要求するというイオネスコの議論は、一言でいえば、*error communis...* によって形成された法理を債務法の諸領域に一般化することを企図したものである。いいかえれば、イオネスコは、いわば、「入口」において義務を負わされる者のフォートを問わない反面、「出口」においては、第三者の信頼の正当性に関する要件を厳格に捉えたといえることができる。

こうした議論がもつ意味は、他の構成との比較によってよりよく理解され得ると考えられるから、これに対する評価は、対蹠的な論旨を展開したロランおよびジローの議論、ならびに、善意論に関して展開される議論をみた後に、各説を比較するかたちで行うことにしたい。

## (二) 一般的外観法理 (ロラン)

1 根拠<sup>(315)</sup> ロランは、外観の観念を援用して解決される諸状況について、外観法理 (la théorie de l'Apparence) による解決という統一的な根拠を与えたうえ、それを客観的要素と主観的要素の両面から考察する。ただ、彼は、法的根拠に関する積極的な解釈論的提言には慎重であり、自らはいまだ外観法理の生成途上に立つものであるにすぎず、そうである以上、外観法理の「大まかな線を描き出す」ことこそが重要であるとの認識から、「航海で『現在位置 (point)』と呼ばれるものを示そうとした」という (n<sup>os</sup> 118 et 119, pp. 323-325)。そのため、法的根拠に関しては詳論を避けており、将来の課題として、外観の観念そのものを彫琢してそれ自体を

(315) なお、註釈学派のフランソワ・ロランだとする喜多・前掲書 (注 (310)) 330-331頁注(20)は、誤りである。

独立かつ自足的な法的根拠とすべきであると述べるにとどめている（n° 119, p. 328）。

２ 判断枠組 要件論につき、ロランは、外観法理の各個の適用領域に関する考察を行ったうえで、主観的要素のみを外観法理一般に共通する問題として位置づけて考察する。この点について、彼が最初に確認するのは、原則として「真実の不知」が要求されることである。もっとも、彼は、「真実の不知」が許容されるための基準を「一般的錯誤」「抗し難い錯誤」等の定式をもって表現することには懐疑的である。すなわち、解決を内容の固定された規範の中に完全に「枠づける」ことは不可能であるから、微に入り細を穿つ法性決定を行うことは避け、おおよその結論しか得られないような判断基準を定立することで満足すべきだといっているのである。その結果、「だれもが錯誤に陥ったことを要するか否か」といったような概念的な区別の確立よりも、むしろ直截に個々の事案において「いかなる場合に錯誤が宥恕されるか」という本質的な問題を考察すべきだと説く（n° 115, p. 312）。

以上の見地からロランが提唱するのは、第三者が自らの具体的な立場において講じ得べき手段を尽くして真実についての調査を行ったこと、つまり、第三者に懈怠（négligence）が存しないことを要するという解釈である。この判断は、あくまで第三者の人的要素を顧慮して具体的に行われる。もっとも、いかなる手段を講じ得たかをにわかに決することができない場合には、通常なし得べき調査を行ったかという観点からの判断を行わざるを得ない。しかし、この場合にも、当該第三者に具体的に期待し得る調査が何であったかが考察されなければならない（n° 117, pp. 316-322）。

かくして、ロランは *error communis...* の定式を踏襲せず、また、「錯誤」の類別に腐心することもなく、ただ個々の事案に即して外観法理の適否を決すべきだと説くのである。

### （三）民事責任構成（ジロー）

外観法理を主題とするこの時期最後のテーズとして、ジローの業績を指

摘することができる。表見委任を念頭に、1382条を媒介して外観を債務の発生根拠と位置づける彼は、ドゥモーグの立場を承継しつつ、外観によって生ずる「責任」の根拠および要件を詳論している。<sup>(316)</sup>

1 根 拠 まず、ジローは、上のような責任の認められるべき根拠を、法的根拠と経済的根拠に分かって考察する。経済的根拠に関する論旨はドゥモーグの議論を祖述したものであるから、もはや繰り返さない。他方、法的根拠としても、やはりドゥモーグ同様に「フォート」の観念が指摘される。そして、彼はこれを次のように広汎なものとして把握している。すなわち、彼によれば、「社会生活において命ぜられる、ごく一般的な単なる注意義務および誠実義務に対する違反」もまたフォートと評価されるに足るものであり、「なすべき警告を行わずになされた行為は、そのようなものとして責任を生じさせる不正な (*annormal*)、異常な (*exceptionnel*) 行為である」(p. 125)。そして、こうした要請に応じ得るフォートの定義としては、レヴィによって提唱された「正当な信頼の裏切り」が最も優れているとする (pp. 126-129)。レヴィによるフォートの定義は概念のあいまいさとその政治的性格のために激しい批判に晒されたが、外観法理に関しては評価されるべきものを含んでいるとして、ジローは、先にみたドゥモーグの言をほとんどそのまま繰り返している。「……彼の『正当な信頼の裏切り』説は、フォートの古典的理論と断絶せずに、実際の適用に堪え得る観念を提唱するという功を立てた。その観念はなおあいまいではあるが、少なくとも一定の方向は示している」(p. 129)。こうして、彼は、不法行為の「現実賠償」によって外観法理が正当化されるとしたのである (pp. 115 et 130)。

(316) 同論文は、実定法の状況の描出に充てられてる第一部と、「体系化の試み」と題される第二部からなる。以下では、第二部において論じられる「責任の根拠」(第一章)と「責任の要件」(第二章)を考察する。なお、同書の学位審査にドゥモーグが審査員として関与していることも、ジローに対するドゥモーグの影響を窺わせよう。

２ 判断枠組 レヴィのフォート定義を採用することから予想されるように、ジローは、外観法理の要件の解説を第三者の善意から始める。特に注目されるのは、第三者の不知に加えて、「第三者にフォートが存しないこと」が要件とされるべきことを論証する中で、その具体的基準を「調査義務（obligation de se renseigner）」という観点から説き起こすことである（pp. 144 et s.）。もっとも、このような構成が採用されるべき理由の説明は甚だ手薄である。すなわち、独瑞の学説は、「第三者が本人に対して然るべく調査をすること」までも要件とするならば、法が第三者に与える救済は無きに等しいものとなるとして、第三者の調査義務を否定してきたけれども、その判例においては代理権を確認すべき義務が要求されている、と説かれるのみである（pp. 146 et 147）。

３ 以上にみたジローの民事責任構成は、制度理解等の大綱においてはドゥモーグの所説を祖述し、また、規範内容としては、レヴィのフォート概念、および、ロランにおいて既に示唆されていた調査義務の観念を踏襲するものであって、特に新規性はない。このことから、民事責任構成が、1930年代に至ってなお、先述した緩やかなフォート概念によって支えられていたことがわかる。しかも、フォート定義のあいまいさを批判するイオネスコに対しても有効な応接はなされていないし、また、将来的には独立の外観法理を形成すべきであるとするロランに対しても、民事責任構成を支持する立場からの応接は行われなかった。要するに、彼の所説をみる限りでは、民事責任構成に関しては、その提唱時からの目立った展開はみられなかったといわなければならない。

### 三 《Bonne foi》論からみた外観法理

一般に、《bonne foi》として問題になるのは、「信義誠実」の意味でのそれと、主観的・心理的態様としてのそれ、つまり「善意」とである。このうち後者は、具体的には誤信ないし真実の不知を意味し、外観法理と密接に関わるものと解されている。それゆえに、《bonne foi》を主題とする当時の論稿は、「信義誠実」の観念との密接な関連において、外観法理

についての詳細な議論を展開したのである。三では、「bonne foi」論に関する当時の代表的研究であり、外観法理について特に豊富に言及するものとして、ゴルフおよびヴアンの研究を考察する。<sup>(317)</sup>

#### (一) 民事責任構成 (ゴルフ)

ゴルフの論稿は、「bonne foi」概念を介して「法」と「道徳」の架橋を説くものである。その検討の前提として、はじめに二つのことを確認しておきたい。<sup>(318)</sup> 第一に、ゴルフが「bonne foi」に「法的」基礎を与えることを企図した背景事情として、当時においては、この観念が独立の「法的」観念であるか否かにつき、いまだ定説が存しなかったとの指摘がみられる。<sup>(319)</sup> また、第二に、そのためであろうか、今日では「信義誠実」の意味と「善意」の意味とが相互に区別されて認められている「bonne foi」につき、ゴルフは、両者を截然とは区別せずに議論を進める。そのため、彼の「bonne foi」論は、今日の意味では「信義誠実」にも「善意」にも含まれ難いような規律を実現する役割を担わされている。

#### 1 Error communis... ゴルフの議論の順序には反するが、まず、

(317) F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, 1928; VOUIN, *th. préc.* [note 302] 以下、三において、各論者の見解を考察する箇所における頁数等の引用は、上記各書からのものである。もっとも、「善意」論に関する論稿は以下に採り上げる二者に尽きない。以下での記述にあたっては、J. JAUBERT, *Des effets civils de la bonne foi*, thèse Paris, 1899; A. BRÉTON, *Des effets civils de la bonne foi*, Rev. crit. 1926, p. 86; A. A. VOLANSKY, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Paris, 1929; G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTDciv. 1946, p. 75 の各論稿をも参照した。

(318) 同書の紹介として、牧野・前掲注 (268)・94 頁がある。なお、同論稿のいう「三つの見方」はゴルフの行論から抽出されたものであり、①「法律上の行為の価値を評定する標準」である「信義誠実の標準」(GORPHE, *th. préc.* [note 317], p. 19)、②「法律関係における債務の内容」である「信義誠実の要請」(*id.*, p. 44)、③「信義誠実を全うした行動は、その錯誤について保護されるべきである」との要請である「善意の保護」(*id.*, p. 113)をいうものとされる(牧野・108 頁)。本稿においては、主に①および③の問題を検討する。

(319) V. GHESTIN, *th. préc.* [note 216], n° 86, pp. 101 et s.



外観法理と直接に関わる *error communis*... に関する議論をみた後、法律行為の解釈に論及するところをみる。

ゴルフは、「善意の保護 (La protection de la bonne foi)」の主要な問題として *error communis*... を採り上げる。彼は、まず、*error communis*... が《bonne foi》の一つの現れであること、および、その作用によって理論的には無効であるはずの法律行為が有効とされることを確認する。そのうえで、この法格言は「外観法理」の承認として基礎づけられるとする (p. 184)。なお、ここでの「善意」とは、道徳適合性を具体化するものでなければならないから、「ただ信ずるだけでは足りず、慎重にして思慮深い態度でなければならない」とされている (p. 239)。

２ 法律行為の解釈 また、ゴルフによれば、法律行為の解釈における「内心の意思」と「表示された意思」の対立は、《bonne foi》および「責任」という基本的観念の適用によって説明される (pp. 20 et s.)。ここでの《bonne foi》は、直接には「信義誠実」の意味におけるそれに対応するといえようが、*error communis*... および外観法理との関係を考察するうえでも重要な観点を含んでいる。

ゴルフは次のように説く。まず、内心の意思の重視は、次の考えによって正当化される。「債務法理論の根底には、あまねく、正当、真摯にして誠実な意思が見出されるのであり、それは、民事法以前に、道徳・自然法則によって承認された価値を有する」。ところで、このような考えは、家族法関係においてはよく妥当し得るけれども (p. 23)、商取引関係には妥当し得ない。というのは、そこにおいては、「行為の客観性、法律関係の広汎性・複雑性、法律関係の安全と取引の迅速」が通底しており、「相互の信頼 (*confiance réciproque*)」という客観的な要請が重視されるからである (pp. 23 et 24)。このように、内心の意思と表示された意思のいずれを重視するかは、個々の事案の性格に従って決められなければならないが、彼は、ここで意思と信頼のいずれの要素に重きを置くかを決するのが、《bonne foi》の理念であるという。つまり、ここでの《bonne foi》は、

当事者間の利益を調整する原理として理解されるのである。

次いで、「責任」の觀念の適用についてみると、ゴルフは、これを「«bonne foi»を補完・保障するもの」と位置づけて次のように説いている。すなわち、表意者は、自らが与えた表示が信頼を惹起したならば、その責任を負わなければならない。つまり、宥恕すべからざる理由によって不適切な表示行為を行った場合には、真意を主張して自らの«bonne foi»を主張することは許されない。以上は、「内心と表示という二つの要素の不一致を意図的に惹起し、または回避しなかった者に対して」課される、一種のサンクションである (p. 28)。その根拠は1382条に求められ、その効果としての損害賠償は、あたかも行為が適法になされたかのように取引を維持することによって実現される (pp. 30 et 31)。<sup>(320)</sup>

3 判断枠組 もっとも、「責任」の觀念の適用として民事責任の一般規定である1382条を援用するにもかかわらず、ゴルフは、実際には、外観の作出・維持に関するフォートの存否ではなく、関係当事者間における「責任」の程度の具体的衡量によって解決の内容を決している。彼は次のように説く。すなわち、表見委任につき、表見受任者の行為の効力を維持し得るかは「責任」の一般法の原則に従って決せられるのであるが、その判断は、①虚偽の外観を作り出し、または受任者の虚偽の権限に対して異議を述べなかったという委任者のフォート、②詐欺的な手段を用いて権限を濫用したという受任者のフォート、そして、③受任者の権限の範囲につ

(320) なお、既に JAUBERT, *th. préc.* [note 317], pp. 159 et 160は、「bonne foi」に基づいて与えられる救済に特徴的なのは、金銭による損害賠償に加えて、無効とする代わりに「維持する (maintenir)」という救済が用意されていることであると指摘している。ジョベールは、こうした救済を「有効化 (validation)」と呼んでおり、ゴルフもこの呼称を踏襲している (GORPHE, *th. préc.* [note 317], p. 183)。

(321) ゴルフは、結語において、「善意の保護」の觀念は責任の觀念に還元されえない、それ自体として独自のものであり、その内実は、むしろ「免責 (irresponsabilité) の原則」とみるべきであると述べている (GORPHE, *th. préc.* [note 317], p. 240)。

いての確認を怠ったという第三者のフォートの考量によって行われる。ここで問題にされる「フォート」が、帰責根拠の内実を何ら有せず、ただ、三者間の利害対立を調整するための媒介項として援用されているにすぎないことは、明らかであろう。ゴルフのこうした理解は、「〔プラニオルによるフォートの定義は〕ここでのフォートの意味として借用するには技術的に過ぎ、狭きに失する」のであって、責任の所在を決するには、端的に、だれが不利益を被るべきかを問題とすれば足りるとの議論を支持していることからも窺われるところである。<sup>(32)</sup>

4 以上によれば、ゴルフの主張は、基本線においてはレヴィのフォート理解を踏襲し、かつ、ドゥモーグと同様、1382条を媒介して表示主義的規律を採り入れることを企図したものだといえよう。ただ、彼の議論は、民法の道德化という指導理念の提示に重きをおくものであり、概念構成という意味での解釈論を多くは含まない。彼の主張の根本は、その論文を結ぶ「衡平は、根本的には、法のアルファでありオメガ（le commencement et la fin）であり続けているのである」との言（p. 244）にいい尽くされているといえよう。

## （二）一般的外観法理（ヴァン）

《Bonne foi》論の観点から、解釈論として洗練された外観法理を論じたのは、ヴァンのテーズであった。同書は、善意論の研究書でありながら、一章を割いて外観法理を詳説している。その議論は、外観法理の個別適用の描出に始まり、外観法理の根拠に及ぶものであり、後者においては、民事責任構成に対する細密な批判的分析が展開されている。

1 根 拠 （1）ヴァンは次のように説く。外観法理は、当事者の一方から剝奪した権利を他方に与えることによって成り立っているのだから、この移転を正当化する根拠こそが外観法理の根拠をなす。この点につ

---

(32) PIÉDELIEVRE, *th. prec.* [note 307], p. 474. 事実上の会社法理の基礎づけを念頭に、「責任」の存否を決するには、当事者の行動、相手方の信頼といった諸事情が考量されなければならないという（*id.*, pp. 481 et 482）。

き、従前の見解は、これを「権利を剥奪される者の行為」に求め、外観法理を民事責任法理の適用とみてきた。しかし、次の理由から、こうした理解はなお不十分である (n° 229, pp. 428-431)。すなわち、第一に、現実賠償として契約成立を認めるときには、「意思によらなければ義務づけられない」という大原則に対する重大な疑義を生じさせる (n° 233, p. 436)。第二に、仮にこれが外観法理にはあたらないとしても、不法行為・現実賠償という解決は、次のように、フォート、損害、賠償といった基本的観念との間に齟齬を来たす。

① 要件について。フォートがあるというためには「先在する義務に対する違反」が認められなければならない。ところが、単に正確な委任の文言を公示せず、ひいては受任者を選任したことをもって、そのような義務違反ありとし得るかは疑問である。結局、それは、一定の外観があれば何らかのフォートがあるというに等しく、望ましい結論を導くためにフォートの擬制を行うものにほかならない (n° 236, pp. 438-440)。

② 効果について。外観法理の適用が問題になる場合、損害は、無効な契約を締結したことから生ずるのではなく、契約が無効とされたこと、つまり、裁判官が契約の効力を認めなかったことによって生ずる。このように、ここでは、既に生じた損害についてではなく、将来損害を生じないために賠償が命じられることになっており、「賠償」の観念が歪曲されている (n° 235, p. 438)。

(2) しかし、他方、権利を取得する者の態様、すなわち「善意」によっても、外観法理は基礎づけられない。というのはこうである。外観法理は社会功利の要請するところであり、そこで問題となるのは個人の信頼 (croyance) ないし錯誤ではなく、社会的利益の要請するところの信用 (confiance) である。ところが、善意とは、普通、「単なる知らないし信頼」といった当事者の主観のみに関わるものとして理解されており、社会の観点からする「信用」の必要性を顧慮するのには適しない。<sup>(323)</sup> また、外観法理は、常に一定の物的・客観的事実に基礎をおく点でも、やはり単なる

心理的表象である善意とは性格を異にする。

（３） 以上のように、外観法理は、民事責任法理によっても善意の観念によっても基礎づけられない、判例による法創造とみるほかない。つまり、それは、その上位に位置する一定の原則（règle）、法理（principe）、あるいは法的推論（raison juridique）によっては基礎づけられないものと解せざるを得ない。

２ 適用領域——補充性 こうした（判例による）法創造たる性質を理由として、ヴァンは、外観法理には「補充性（subsidiarité）」が認められるべきことを説く（n° 199, pp. 365 et s.）。ここにいう補充性とは、権利濫用、不当利得について認められているそれと同様のものであり、外観法理の適用は、他の法理によっては同等の解決を導くことができない場合に限って正当化されるとの内容をもつ<sup>(324)</sup>。こうした解決は、彼によれば、「法的事実（fait juridique）たる外観法理を、法律行為または法から直接には生じ得ない効果を生じさせる場合にしか援用しない」フランス法学説の態度にも符合するものとされる。

３ 以上のとおり、ヴァンは、民事責任的構成に対する厳密な分析を基礎として、外観法理を独立の法理と位置づけるべきことを明瞭に説いた。彼の議論が外観法理の発展に寄与したところは大きく、その後の学説を扱

（323） 善意と外観法理との区別に関するこの視点は、後学にも引き継がれる（V. e.g. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, préf. H. MAZEAUD, n°s 216 et s., pp. 181 et s.）。しかし、この点には対立もみられる。武川「仮装行為」（前掲注（257））229-230頁を参照。

（324） 現代の学説においては、「外観法理は、問題とされている状況についての、明確かつ適切な他の規範に対して優先し（prévaloir）得ない」と定式化されるのが通例である（v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique* [note 262], p. 388）。GHESTIN et al., *Intr.*, n° 856, p. 846は、「裁判官は、法文の中に必要と思われる解決を正当化する適切な方法を見出しえない場合に限って、外観法理に依拠すべきである」とし、同法理は「当該状況に適用されることが確実な、明確な解決に優先し得ない」という。

う次項の検討でも、外観法理の根拠を「権利を取得する側」と「義務を負担する側」とに分けて分析するという視角、善意に関する理解、補充性の概念の分析等の各点において、ヴァンの議論がその後の民事責任構成批判の基礎となったことが確認されよう。

#### 四 研究史小括

以上をもって、外観法理の適用領域の全般にわたる学理的な分析が緒に就いた1930年代までの研究史の素描を終える。最後に、各論者の議論の比較・検討を行い、そこにおいて民事責任構成がどのように位置づけられていたかを確認することをもって、一応のまとめとしたい。

1 根 拠 (1) 各説を比較すると、まず、外観法理を構想する際に依拠した方法に違いがあることが目を惹く。すなわち、イオネスコが仮装行為 (1321条) の類推を説くのに対し、ロランは、外観法理そのものの一般化を将来の課題とした。外観法理は他の規範によっては基礎づけられないとするヴァンも、これと同じ方向を示しているといえよう。さらに、ゴルフおよびジローも、1382条のもつ包括性を一般条項的に活用する点では、外観法理の一般化を目指す方向性の一つだとみることができる。

(2) 以上のうち、イオネスコの議論は次のような批判に晒されることとなる。すなわち、まず、外観法理は何ら「仮装行為」と目すべき行為を行っていない者についても適用されるのだから、1321条は類推の基礎を欠く旨の疑問が示された。<sup>(325)</sup>これに応接すべく、イオネスコは、同条のなかに「〔当事者間の合意の〕第三者に対する効力を失わしめるという一般原則」を認めるのであるが、そのような一般原則は、内容からみてまさに外観法理を意味しており、そうであれば、イオネスコも、1321条を外観法理の一般規定と理解したのではなく、むしろ、同条を外観法理の一適用場面であ

---

(325) LAURENT, *th. préc.* [note 309], n° 119, pp. 326 et 327 は、外観法理の適用される諸場合のなかには (日常語の意味においても法技術の意味においても) 「仮装行為」と解し得ないものが含まれているという。同旨、GIRAUT, *th. préc.* [note 309], pp. 117-119.

ると理解しているのではないかと反批判が加えられる。たとえば、ジローは、同条の類推を介することなく、端的に外観法理そのものによる基礎づけを試みるべきであって、そうするほうが仮装行為概念の多義化を防ぐ<sup>(326)</sup>うえでも適切であるとする。かくして、仮装行為法理を類推するという構成は、フランス法においては支持を失うこととなった。

２ 民事責任構成への態度 それでは、判例において支持された民事責任という根拠に対し、学説はどのような評価を下したのか。

民事責任構成を説くゴルフおよびジローは、各当事者における帰責性の考量によって不利益負担者を決するという判断枠組を提示し、フォート概念も、これに見合った広汎なものと把握していた。つまり、先述のとおり、この時期における民事責任構成も、根本的には、旧来の立論を再述するにとどまっていたといえることができる。

しかし、これに対しては、フォートをそのように定義することが妥当であるのかという疑問が提起されるとともに、「賠償」という基礎づけに対しても批判が加えられていた。かかる見地から、既にヴァンは、外観法理はそれ自体として独自性を有するとし、民事責任構成の過渡的性格を強調<sup>(327)</sup>していたのである。

３ 判断枠組 外観法理の規範内容は、以上にみた根拠論との連続性

(326) GIRAUT, *th. préc.* [note 309], pp. 116-119.

(327) なお、ロランは、表見委任法理の現状につき、1384条と1998条とは抵触するが、前者のほうが第三者にとっての安全に適うゆえに、「1998条は、1384条を前にして、後退しつつあろう」とし（LAURENT, *th. préc.* [note 309], n° 58, pp. 151-152）、この無効がフォートによって惹起されたものである場合には、不法行為法の適用があり、最も適合的な賠償として行為が有効化されると述べる（なお、ロランの成果に多くを負う J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du code civil*, Dalloz, 1933, pp. 272 et s. も、表見委任と1384条の規範との親近性を強く意識している）。しかし、将来的には独立の外観法理が形成されるべきだとするロランの立場からすれば、以上のような解釈論の状況は、少なくとも将来においては改善を要するものと捉えられていたのではないかと察せられる。



を保ちつつ展開される。この点については、大きくいって、*error communis...* に適用される「一般的錯誤」の基準を維持するか、より緩やかな基準を用いるかについての対立が顕在化した。

一般的錯誤を要求するのは、仮装行為法理の類推を説くイオネスコである。彼は、判例の現状および法文 (1321条) に照らして、何人においても瑕疵を見出しえないような場合という厳格な抽象的基準による判断を維持した。その結果、その判断枠組みは、*error communis...* に関するそれと基本的に同様になる。表見委任について帰責性を不要とするのも、その反映といえることができる。

しかし、イオネスコの議論は、彼自身も認めるように、一般的錯誤の概念は厳格に過ぎ、外観法理の適用領域を不当に狭めるものであるとの理由から、支持を得なかった。結局、その後の議論は、民事責任構成を支持する者であれ、外観法理の一般化を当為とする者であれ、より緩やかな要件論の定立へと進む。その萌芽は、各当事者の帰責性を考量すべしと説くゴルフの主張に見出すことができるが、その後、ロラン、ジローによって「調査義務」という定式が説かれるようになったことが重要である。<sup>(328)</sup>

4 以上を要するに、外観法理に関する1930年代までの議論は、*error communis...* の硬直性を打破し、要件論の緩和を整合的に基礎づけられる根拠を模索しつつ展開されたといえることができる。既にレヴィらによって提唱されていた民事責任構成は、そうした要請に応えようとしたものであるが、これに対しては、既に1930年代には、ロラン、ヴァンらによる異論も提起されていた。このように、民事責任構成は、既に当時においても、上記の課題に対処するための唯一の方途とみられていたわけではなかったのである。

(328) なお、民事責任構成によりつつ、調査義務ないし信頼の正当性を因果関係要件に相当すると解する余地はあるだろう (因果関係概念の構成要件化は、既に進行していたと指摘されている (瀬川信久「因果関係」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣、2006年) 338頁以下))。

それでは、こうした問題を孕みつつも一応の確立をみたとされる外観法理、および民事責任によるその基礎づけは、以後の学説においてどのように受容されていくのか。次項では、この点を追跡することにしたい。

以下に、本稿で新たに参照した条文を列挙する。

#### 【フランス民法典】

##### 1170条

随意条件とは、いずれか一方の契約当事者の権限によって到来させ又は妨げることのできる事象に合意の履行を依存させる条件をいう。

##### 1174条

あらゆる債務は、債務を負う者の側の随意条件のもとに締結されたときは無効である。

##### 1321条

反対証書は、契約の当事者間においてしかその効力を生じず、第三者に対しては、何らの効力ももたない。

##### 1382条

他人に損害を生じさせる人の行為は、いかなるものであっても、それをもたらしたフォートのある者をして、当該損害を賠償するよう義務づける。

#### 【フランス商法典】

##### 105条1項（旧法）

運送の目的物の受領は、受領に続く三日以内に（ただし、休日を除く。）、荷受人が、運送人に対し、裁判外行為又は書留郵便により、理由を付した異議を通告しなかったときは、毀損又は一部滅失に基づく運送人に対するすべての訴権を消滅させる。

#### 【ウィーン売買条約】

##### 8条

(1) この条約の適用上、当事者の一方が行った言明その他の行為は、相手方が当該当事者の一方の意図を知り、又は知らないことはあり得なかった場合には、その意図に従って解釈する。

(2) (1)の規定を適用することができない場合には、当事者の一方が行った言明その他の行為は、相手方と同種の合理的な者が同様の状況の下で有したであろう理解に従って解釈する。

(3) 当事者の意図又は合理的な者が有したであろう理解を決定するに当たっては、関連するすべての状況（交渉、当事者間で確立した慣行、慣習及び当事者の事後の行

為を含む。)に妥当な考慮を払う。

【ヨーロッパ契約法原則】 (オーレ・ランドーニヒュー・ピール (潮見佳男ほか訳)『ヨーロッパ契約法原則 I・II』(法律文化社、2006年)の翻訳をそのまま参照した。)

6:101条 (3 項略)

(1) 契約締結前または締結時に当事者の一方によってなされた表示は、次に掲げる事情を考慮すれば当該状況において相手方が契約上の債務を生じさせるものであると理解するのが合理的であるとき、契約上の債務を生じさせるものとして扱われる。

- (a) 相手方にとってのその表示の明白な重要性
- (b) 当事者が取引を行う中でその表示をしたかどうか
- (c) 当事者の相対的な専門性

(2) 当事者の一方が専門的供給者であり、この者が役務、商品その他の財産の性質または用法に関する情報を、販売、広告の際に、またはその他の方法で契約締結前に与えたときは、その表示は契約上の債務を生じさせるものとして扱われる。ただし、表示が不正確であることを相手方が知りまたは知らずにいることなどありえなかったことが証明されたときは、この限りではない。