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（４）

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（第二項第一まで、85巻２号および同４号）
　　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、86巻1号）
　　　第二項　民事責任構成の展開とその克服
　　　　第一　民事責任構成の受容
　　　　第二　民事責任構成の克服
　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
　　　第一項　情報提供義務違反に基づく損害賠償
　　　　第一　完全賠償原則の適用としての「機会の喪失」法理
　　　　第二　完全賠償原則の適用としての「現実賠償」承認論
　　　第二項　「情報の拘束力」の法理
　　　　第一　概略
　　　　第二　批判と応接
　　第二款　契約内容の形成をめぐる法状況一班――実務的考察
　　　第一項　契約法の領域
　　　　第一　判例の動向
　　　　第二　判例の分析（以上まで、本号）
　　　第二項　法定債権関係の領域

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

### 第二款　外観法理の考察

#### 第二項　民事責任構成の展開とその克服

前項**第二**では、テーズにみられた議論を主たる対象として、20世紀初頭の学説において外観法理がどのように形成されたかを考察した。その後、1930年代を終えたころには、外観法理に関する大型の論稿はみられなくなる。本項では、こうして議論が一定の落着きをみるに至った時期の一般的な学説状況を追跡する。

前項での考察によれば、既に1930年代には、法理の一般的な根拠として民事責任を掲げる主張に対する異論が有力に展開されていた。それにもかかわらず、学説状況に関する認識として、「外観法理は民事責任法理によって基礎づけられてきた」という理解を維持することはできるのか。本項では、同時代の概説書において外観法理がどのように論じられたかを考察し〔**第一**〕、次いで、その後の発展を追って、民事責任構成への批判が高

まり、1960年代に至ってそれが克服される経緯を観察する〔**第二**〕。

## 第一　民事責任構成の受容

### 一　要件論

契約法における外観法理の要件を論ずる概説書は少ない[(329)]。まず、サヴァティエによって説かれる1382条への基礎づけを採り上げ、次いで、民事責任構成とは距離を置くようにみえるジョスランの所説に及ぶ。

#### (一)　1382条による基礎づけ（サヴァティエ）

サヴァティエは、概説書において最も体系的に民事責任構成を主張した論者といえる。概説書における著述を考察する前に、まず、外観法理を1382条に基礎づける彼の初期の見解として、1922年の判例評釈を採り上げよう[(330)]。

**1**　被用者による署名の濫用によって締結された契約の効力が争われた事案において委任者の履行責任を認めた判決に対する評釈のなかで、サヴァティエは次のように論じている。

「虚偽の外観を作出した者がこの外観によって欺かれた第三者に生じた

(329)　この時期の体系書・概説書として、以下のものを参照した。A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 4e éd., 1924 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3e éd. 1939 ; PLANIOL et RIPERT, t. 6, 2e part., 1re éd., 1932（*id., Trairé pratique de droit civil français*, t. 11, 2e éd., 1954）; Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. 7, 2e éd., 1947. これらを対象として「契約法」における外観法理（主に表見委任を念頭に置いている）に関する論述を調査したが、プラニオル＝リペールのものが詳論するほかは（著者はサヴァティエであり、その内容は後述のとおり）、ブダン＝ルルブール・ピジョニエールが、表見委任を認めることは、「契約についても、民事責任と同様に、混乱や損害の原因を生じさせる状況を創り出した者にはリスクが課せられる」という「実定法の流れ」に適うといった論評を残すのみである。「教育用」と評されるプラニオル、コラン＝カピタン等の概説書（碧海純一ほか編『法学史』（東京大学出版会、1976年）202-203頁（山口俊夫執筆部分）を参照）には、立ち入った論述はみられなかった。ただし、ジョスランについては後述する。

(330)　Req. 20 févr. 1922, D. H. 1922, I, p. 201, note R. SAVATIER.

損害を賠償すべく義務づけられるのは、1382条から派生する一般原則である」。こうした原則の存在は、民法典自身、仮装行為に関する1321条において認めているところであり、判例も、「委任者は、実際に与えたよりも大きな権限の外観を受任者に与え、またはこれを放置した場合には、受任者の越権行為によって義務を負う」旨を既に認めてきた。本判決は、署名の偽造に関するものであるが、これもまた「不正確な外観を作り出した者の負担において存するこの責任原則の新たな適用の一つ」として位置づけられる(331)。かかる前提に立って、サヴァティエは、この原則の適用によって実現される損害賠償の内容につき、虚偽の署名について責任のある者は、これによって欺かれた者に対し、当該契約が有効に締結されたならば得られたであろうすべての利益を得せしめる責任を負うという。つまり、外観を作り出した者は、契約によっては拘束されないが、「外観の効力により、当該契約を履行する責めを負う」べきだとするのである(332)。

**2**(1)　このサヴァティエの評釈は、民事責任構成を提示した初期の試みとしてしばしば引かれるものであり、後の彼の基本構想の萌芽も既にここに現れている(333)。しかし、以上の限りでは、「フォート」「現実賠償」という定式は示されていない。この点が明確にされるのは、その10年後にプラニオル＝リペールの体系書においてなされた、表見委任に関する次の叙述においてであった。すなわち、「私の信ずるところ、表見委任というこの責任について、判例は、当然のことながら、準不法行為的な根拠を与えている。実際、……第三者がその外観（つまり委任者自身）によって錯誤に陥れられることを防ぐために必要な措置を講ずる責任は、委任者に属する。これらの警告を行わないならば、委任者は、他人に損害を惹起し、損害が生じた場合には彼がそれを賠償すべき軽率（imprudence）を犯すものであ

---

(331)　*Id*.

(332)　*Id*.

(333)　*V*. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, 1e éd., LGDJ, 1939, n° 599, pp. 185 et 186.

る。委任者に課しうる最も自然な損害賠償は、委任の外観によって欺かれた第三者に対し、あたかも委任が現実のものであったかのように委任者を義務づけることである(334)」。

⑵　それでは、ここで問題とされるフォートは、サヴァティエにおいてどのように理解されたのか。委任契約を対象とするその叙述からはこの点は明らかではない。しかし、彼は、後年、民事責任法の浩瀚な体系書において、「概して、他者に避け難い錯誤を生ぜしめたときには、不正確な外観を作出する者はすべて、彼のみが責任を負うべきところのフォートを犯すものである」と述べている(335)。この記述に照らすと、サヴァティエにおいても、第三者の正当な錯誤を惹起するような外観を作出したならば、その行為自体がほとんど直ちにフォートと評価されると解されていたことが窺われる。つまり、彼のフォート理解も、少なくとも外観法理に関する限りでは、レヴィ、ドゥモーグらに連なるものとして把握され得るのである。

㈡　民事責任の定式を援用しない見解（ジョスラン）

以上に反し、民事責任構成を媒介せずに外観法理を承認しようとする議論は、概説書にもみられる。その適例として、若干の小論および概説書において断続的に示されたジョスランの所説を指摘することができる。

ジョスランは、1934年の判例評釈において、「原則として、外観上の状況を作り出した者はそれによってある種の囚われ（prisonnier）になり、外観がその虚像・幻想を作り出すところの真実の状態に対して法が与える帰結に服しなければならない(336)」との考え方を示している。ここで、彼は、

---

(334)　M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, 1re éd., (par R. SAVATIER), Paris, 1932, nº 1500, pp. 857-859 (2e éd., 1954, p. 949). 後述のとおり、サヴァティエは、その後、自身の『民事責任概論』において取引的不法行為における現実賠償を詳論している（SAVATIER, *op. cit*. [note 333], nos 593 et s., pp. 181 et s.)。

(335)　SAVATIER, *op. cit*. [note 333], nº 480, p. 41.

(336)　L. JOSSERAND, D. H. 1934, 1, 7.

委任者の責任を認めるにあたって直截に外観の存在に着目しており、1382条を掲げず、また、民事責任的な定式化も行っていない。これをもって、外観法理の民事責任からの独自性を示唆する態度だと解し得るとすれば、そのような態度は、さらに、彼の概説書においても明瞭に展開されている。すなわち、ジョスランは、表見委任について、委任者のフォートと目されるべき各種の事情を挙示した後、「より一般的には、第三者が『受任者が委任の範囲内で行動したと信ずるについて真摯な理由（sérieuses raisons）』を有する」場合に、1998条 2 項の例外が認められるとする(337)。ここでは、たしかに形式的にはフォートの存否が問題にされているものの、サヴァティエよりもいっそう民事責任的な色彩に薄く、また、「現実賠償」という定式も与えられていない。むしろ、「信頼の正当性」を端的に問題とする点で、外観法理の独立性をより強く認めているとみられよう(338)。

---

(337)　JOSSERAND, *op. cit.* [note 329], n° 1418, p. 870.

(338)　もっとも、ジョスランが、その独創によって、「自らに対する責任」という観念を提唱していたことには注意してよいだろう（L. JOSSERAND, *La responsabilité envers soi-même*, D. H. 1934, Chron. p. 73）。すなわち、彼は、不法行為において、加害者の責任が否定される一定の場合は、被害者が自らに対して責任を負っているという理解によって説明することができるとし、たとえば、未成年者が詐術を用いた場合に取消の主張が禁じられるのは、詐術を用いたことに対するサンクションとして、訴権の行使が禁じられるからであると論じた。先述のヴアンは、これを受けて、外観法理の不法行為的基礎づけに論及する際、ジョスランの上の構想の適用として同法理を基礎づける可能性に触れている（R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse Paris, 1939, préf. J. BONNECASE, n° 237, p. 441）。ヴアン自身は、必ずしもこうした責任概念に賛意を表するわけではないが、民事責任構成から派生する構成としては、目下のところ最も矛盾なく外観法理を基礎づけ得るものであるとして、この構想に比較的高い評価を与えている。

　他方、ジョスラン自身は、この構成を外観法理に及ぼす議論を展開してはいない。しかし、仮に彼が「自らに対する責任」への基礎づけを予定していたとしても、そのことは、彼の所説を民事責任構成として位置づける理由にはならないだろう。というのは、「自らに対する責任」という観念は、伝統的な民事責任の規範内容とはおよそかけ離れており、これを単純に民事責任構成の一類型とみることには問題があると思われるからである。むしろ、「自らに対する責任」を一般的な利益

### ㈢　小　括

以上のとおり、契約法における外観法理の法的構成は概説書においてはほとんど論じられていないから、当時の学説状況一般を問題にすることは難しい。ただ、資料が少ないという事実は、それ自体、この時期における学説が外観法理に対してあまり関心を払っておらず、外観法理の積極的基礎づけが一部で試みられていたにすぎないことを明らかにするものといえよう。しかも、そのわずかな議論においてさえ、民事責任構成による基礎づけの内容は、信頼の裏切りを直ちにフォートという法的評価に結びつける点で、レヴィ、ドゥモーグら先学の説くところと大差ないものだったのである。

## 二　効果論

外観法理の民事責任構成においては、「損害〔発生〕以前の状態を回復することによって行われる賠償」[(339)]、すなわち現実賠償の観念が、不法行為の要件を法律行為の効果に架橋する役割を果たしている。この点につき、まずは一般的な観点からの考察を加えてみよう[(340)]。

---

調整原理として用いる彼の発想は、直截に外観を信頼した者を保護する構成の可能性を示す点で、民事責任構成からの乖離の一形態とさえ位置づけられよう。

(339)　CORNU, *Vocabulaire juridique, v°* Réparation, p. 803.

(340)　フランス法における現実賠償の観念一般については、山口俊夫『概説フランス法　下』（東京大学出版会、2004年）217頁を参照。取引行為との関係では、背信的悪意につき、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書⒃・仏蘭西民法〔III〕財産取得編⑵』（有斐閣、1956年）313頁（谷口知平執筆部分）、七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研64巻12号（1991年）195頁（特に216頁以下。ボワソナードの所説に即した研究であるが、その論理構造はここでの考察との関係でも興味深い）、表見委任につき、個別に言及する諸論稿のほか、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書⒅・仏蘭西民法〔V〕財産取得編⑷』（有斐閣、1956年）98頁（川上太郎執筆部分）を、不法行為との関係では、浜田稔「不法行為の効果に関する一考察――不法行為の効果としての原状回復について」私法15号（1956年）91頁以下、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察⑶、⑷」法協103巻8号140頁以下、同11号86頁以下（1986年）を、それぞれ参照。

㈠　現実賠償の可否をめぐる議論

**1　概　略**　現実賠償という観念それ自体は判例によって古くから認められていたものであるが[(341)]、1930年代の概説書においては次のように説明されている[(342)]。すなわち、現実賠償が問題になり得る類型として指摘されるのは、①違法状態（état de chose illicite）の停止を目的とする場合、②破壊された状態の回復を目的とする場合、③現実賠償的性格の金銭賠償（被害者自らが講じた回復措置に要した費用の賠償）、ならびに、④無効な法律行為の有効化および有効な行為の無効化の四類型である[(343)]。このうち、①は、正確には賠償ないし責任の問題を生じさせない（違法状態から損害が生じた場合に、従として賠償の問題を生じるにすぎない）。これに対し、②については、瑕疵修補請求、名誉毀損の回復措置等が、③については、実際に受けた治療に要した費用を請求する場合が、それぞれ想定されている。他方、取引行為に関して論じられるのは④であるが、その詳細は、**第二**で検討することとしたい。

現実賠償に関する一般的な留意点としては、さらに二点を指摘すること

(341)　*V*. Req., 6 décembre 1869, S. 1870, 1, 104 ; D. 1871, 1, 56. 1382条の文言は金銭以外の態様によって賠償がなされることを妨げないというのが、その理由である

(342)　**一**において考察した民事責任構成と平仄を合わせるため、主として1930年代の概説書による。主として参照したのは、前掲注(329)所掲の概説書のほか、責任法に関する体系書として、H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, 2e éd., 1934, nos 2302 et s., pp. 347 et s. ; SAVATIER, *op. ct*. [note 333], nos 593 et s., pp. 181 et s. である。現実賠償については、これらに先立つ論述として、DEMOGUE, *Traité*, t. 4, nos 489-508, pp. 160-184等がある。もっとも、取引的不法行為に対する現実賠償の適用について体系的な論述を行うのはサヴァティエの体系書のみである。「賠償」の観念に関するその後の代表的研究、M. È. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, préf. P. HÉBRAUD にも、外観法理と現実賠償との関係を窺わせる記述は存しない（同論文刊行時には、外観法理の民事責任的基礎づけが過去のものとなっていたためか）。こうした事情から、以下での検討はサヴァティエの所説を基調としているが、このことは、もとより、彼の見解をもってフランス法の標準だとする趣旨ではない。

(343)　SAVATIER, *op. cit*. [note 333], nos 593-598, pp. 181-185.

ができる。

第一に、現実賠償においても、その要件は金銭賠償の場合と異ならない。ただし、「損害」の要件との関係では、特に、現実賠償という名目で損害以上の救済を与えてはならないとの注意が喚起されている。また、その効果については、債権者平等原則との関係で問題を生ずる余地があるとされる(344)。同原則は、とりわけ、現物の給付を効果とする取引行為に対する適用（類型④）において破られることが多いといわれる。

第二に、賠償方式の選択、つまり、現実賠償を与えるか金銭賠償を与えるかの選択は、事実審裁判官の専権に委ねられる。したがって、裁判官は、たとえ現実賠償を認めることができる場合であっても、金銭賠償を命ずることを妨げないし、その選択について判決において理由づけをする必要もないとされている。

**2**　現実賠償否定論と反批判　　ところで、1930年代には、現実賠償という観念自体を否定する主張が現れ、若干の論議を生じた。否定論者は、要するに、責任訴権の効果として認められるのは金銭賠償のみであり、現実賠償を認めるのは責任訴権と民事責任外の領域に属すべき他の訴権（差止め、民事罰等）との混同であると論難した(345)。しかし、多数学説は、賠償を目的とするものではないにせよ、« condamnation en nature » は可能であるし、また、否定論者は「原状に復し得ないものについては現実賠償はなし得ない」と説くにすぎず、1382条による基礎づけを批判しこそすれ、他の理論構成によって同じ結論に至り得ることを争うものではないなどとして、結局、これを認めるか否かは単なる言葉の問題に帰すると応接した(346)。

---

(344)　同旨、VOUIN, *th. préc*. [note 338], n° 234, pp. 436-438.

(345)　L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle,* thèse Paris, 1933, n$^{os}$ 33-55, pp. 37-61.

(346)　MAZEAUD, *op. cit*. [note 329], t. 3, 2$^{e}$ éd., 1934, n° 2303, pp. 348-350 ; SAVATIER, *op. cit*. [note 333], n° 593, p. 181.

この点につき、各見解の当非を論定することはここでの課題ではない。さしあたり、現実賠償の観念を否定する者はその後は見受けられず、「損害状態を残存させる等価賠償によるよりは、損害状態を払拭する完全な原状回復 remise des choses en état による現物賠償〔＝現実賠償〕が、理論的には修復の理想とされる」(347)との理解が次第に一般化したことを指摘するにとどめて、いまは考察を先に進めることにしたい。

㈡　取引行為における現実賠償

先述のとおり、取引行為において適用される現実賠償の内容には、有効な行為の無効化と、無効な行為の有効化とがある。本論文の関心からは、後者が重要である。

**1**　構　成　　⑴　無効な行為の有効化という現実賠償は、無効惹起者に対する責任追及の方法の一つと捉えられ、次の二段の論理によって構成される。①当事者の一方の事情が、相手方の予期に反して契約の取消原因をなす場合には、これは義務違反として評価され得る。②したがって、それによって生じた損害を賠償しなければならないのであるが、それに最も適合的な方式は、フォートがなければ実現したであろうところに従って契約を有効化することだとされるのである。

以上の観念は、取引行為との関係ではもともと外観法理の基礎づけたることを想定して提唱されたもののようであり、代表例である表見委任のほかにも、事実上の後見人、名板貸などに適用されている。さらに、仮装行為（1321条)、「対抗不能」の根拠としても、この観念がしばしば援用された。また、これら三当事者間の法律関係のみならず、二当事者関係においても、既述のとおり、宥恕されざる錯誤、未成年者の詐術、申込の拘束力などが、現実賠償として基礎づけられるようになった(348)。

---

(347)　山口俊夫『概説フランス法 下』（東京大学出版会、2004年）217頁。

(348)　SAVATIER, *op. cit.* [note 333], n° 599, pp. 185 et 186. なお、既に19世紀末から「有効化」という定式を用いる論者が存したことについては、前掲注(320)（本誌86巻 1 号（2010年）198頁）を参照。

⑵　ところが、民事責任に基づく契約の「有効化」を認める議論に対しては、当時から既にいくつかの疑問が提出されている。

まず、先にみたとおり、現実賠償としての契約維持という構成が「賠償」の観念に反するのではないかとの問題が提起されていた[(349)]。すなわち、契約が無効になったことによって生ずる損害は、事理の性質上当然に、契約が無効になって初めて生ずるのであるから、救済を求める段階――そこでは契約の無効はいまだ確定していない――においては損害が生じていないといわざるを得ず、したがって「損害賠償としての契約維持」という構成は背理だとされたのである。批判論者は、ここでの問題は賠償ではなく、無効が確定すれば生じるであろう損害の予防だとする[(350)]。

このように、何をもって「賠償」と呼ぶかについて解釈論上の重要な問題が存することは否定し得ない。しかし、いまはこの問題には立ち入らない。民事責任と同様の要件のもとに「予防」が認められる余地があるならば、それを「賠償」と呼ぶか否かにここで拘泥する必要はないからである。本論文にとってより重要と思われる問題は、むしろ次の二点にある。すなわち、①ほぼ同時期にフランス法学において知られるに至った「消極的利益賠償論」との関係において、現実賠償による契約実現という基礎づけをどのように理解するか、また、②サヴァティエが指摘する現行法との齟齬、とりわけ「債権者平等の原則に違反する」との指摘をどのように理解するか。予め結論を示すならば、これらの点を跡づけることによって、民事責任構成の前提とする「民事責任」が、効果の面でも民事責任の標準的な規範内容から逸脱していることが明らかにされよう。

**2**　消極的利益賠償論　⑴　先述のとおり、イェーリングの提唱にか

---

(349)　前款第三項**第一**（ゲスタン）（本誌86巻１号（2010年）151頁）、前項**第二**（ヴァン）（同200頁）。

(350)　この旨は、P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Paris, 1911, p. 218によって指摘され、MARTY et RAYNAUD, t. 2, n° 129, p. 122 もこれに従っている。

かる契約締結上の過失論の移入とともに、フランス法においても消極的契約利益論が知られるようになった。「契約締結上の過失」という法理そのものは、直ちに全般的な支持を得たわけではない。けれども[351]、消極的利益賠償論が取引行為における現実賠償の可否をめぐる議論に何ら影響を与えなかったのかとの疑問は、当然に生じ得るところであろう。

(2)　もとより、消極的利益賠償論の受容に積極的な論者は、現実賠償の適用を否定する。この旨を先駆的に指摘したのは錯誤に関するビュフノワールの議論であるといわれるが[352]、その前後から、消極的利益賠償論の導入を正面から企図した論稿においては、この問題がしばしば議論の対象とされるようになっていた。

フランス法における「契約締結上の過失」論の嚆矢は、ボドリー・ラカンティヌリー＝バルドの所説に認められる[353]。彼らの試みを先駆として、20

---

(351)　契約締結上の過失は、統一的な不法行為要件をもたないドイツ法の特殊性に根差した法理であり、これをそのままフランス法に導入する意味はないという批判が広く知られている。この旨は、既に BUFNOIR, *op. cit*. [note 109], p. 596によって指摘されている。詳細につき、北川善太郎『契約責任の研究―構造論―』（有斐閣、1963年）216頁以下、平野裕之「フランスにおける『契約締結上の過失』理論素描―わが国の議論へのプロローグ」法論61巻 4 ・ 5 号（1989年）663頁を参照。

(352)　C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN, nº 214, p. 136 texte et note 252は、「契約の維持は、無効な行為が履行されることによる利益に相当するものであるが、これは、ほとんど必然的に、無効原因が存するゆえに無効とされた契約締結に対して与えられる損害賠償を超える」と述べ、その旨を説く者としてビュフノワールらを引く。Cl. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 604は、「著名画家に絵画の製作を依頼したつもりが実は無名画家だったという場合において、その画家としては依頼者の真意に基づいて自分が選ばれたと信じていた」というような事案を念頭に、錯誤者の過失に基づく損害賠償として1382条によって画家に与えられるのは絵画の〔客観的な〕金銭的価値であるが、それは、著名画家の絵であるとして約定されたところの価格〔著名画家の絵画であればもつと考えた価格〕よりも低いものであるから、1382条によって与えられる賠償〔無名画家の絵画がもつ金銭的価値の賠償〕と契約維持〔著名画家の絵画であればもつと考えた価格での履行〕とは均衡を欠くとする。

(353)　G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique*

世紀以降には、ドイツ法の影響を受ける幾人かの学者によって、「無効な法律行為の効果」としての消極的契約利益論の体系的な導入が図られるようになった[(354)]。もちろん、各論者の見解は細かな違いを含んではいるが、少なくとも、法律行為が無効になった場合には、履行を求める権利が存しない以上、契約が提案されなければあったであろうと同様の状態に服せしめることを目的とする損害賠償が認められるにすぎないということは、一致して認められた[(355)]。しかも、その論拠としては――契約成立が挫折した事例についてではあるけれども――、①締約交渉は契約自由のもとになされるから、合意の強制はなし得ないこと、および、②合意が存しない以上、両当事者に契約締結を義務づけることはできないことが挙げられ、したがって、契約の締結を内容とする現実賠償を認める余地がない旨も指摘されていた[(356)]。要するに、一部の解釈論においては、後に瞥見する今日の議論にお

---

*de droit civil, Des obligations*, t. 1, 3e éd., Sirey, 1906, no 362, pp. 407 et s. 次のような説例が挙げられる。ある物を買う旨の申込みがなされ、これに承諾したところ（第一売買契約）、その後により有利な条件で同じ物を買う旨の申込みを受けた（第二売買申込み）。その後、買主の側から第一売買契約が取り消された。ボドリー・ラカンティヌリー＝バルドは、この取消しによって、売主は、第二申込みに承諾すれば得られたであろう利益を取得することができなかったのであり、これが、取り消された契約を締結しなかったならば得たであろう利益の内容をなすとする。そのほか、錯誤、詐欺、目的物の不存在、他人物売買等によって契約の効力が否定された事案への適用可能性が説かれる（*id*., pp. 408 et 409）。なお、その論理構成として、彼らは、契約の締結を申し出る者は、事の性質上当然に、その契約が有効であることまでも約束していると説く（*id*., p. 410）。

(354)　R. SALEILLES, *Théorie générale des obligations*, nos 153 et s., pp. 164 et s. ; A. LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900, pp. 41 et s., pp. 280 et s. ; ROUBIER, *th. préc*. [note 350], pp. 185 et s. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, réimpr. Dalloz, 2004, pp. 195 et s.

(355)　その旨を特に明瞭に指摘するものとして、*v*. GAUDEMET, *op. cit*. [note 354], p. 196.

(356)　A. COHÉRIER, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, thèse Paris, 1939, no 93, p. 187. もっとも、コエリエは、契約によって得べかりし利益の取得が確実であるならば、フォートと損害の間に因果

いて提示されているのとほとんど変わらない認識が、既に示されていたのである。

もっとも、先にみたとおり、ドゥモーグら[357]、消極的利益賠償論の導入はフランス法には不要であり、また、消極的利益に損害賠償の範囲を限る点で「完全賠償原則」に反するため、理論的にみても不当であると主張する者もみられた[358]。この点には、「履行利益・信頼利益の区分を知らない[359]」といわれる際のフランス法流の理解が、端的に反映されているといってよいだろう。

(3)　このように、消極的利益という観念を導入するか否かについては、既に当時においても見解の相違がみられ、消極的利益賠償論の立場からは、現実賠償の可能性は明確に否定されていた。にもかかわらず、当時においては、この対立が学説上の争点として顕在化されることはなく、双方の立場の論拠を見据えたうえでの応接が行われるようになったのは、ようやく1990年代に至ってのことである[360]。したがって、民事責任構成に関しても、消極的利益賠償論の観点からの明確な批判が加えられた形跡は、見受けられない[361]。

---

関係が存するといえるから、履行利益の賠償も認めてよいとしている。

(357)　その他の論者につき、GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*. [note 352], n° 208, p. 132 note 235を参照。

(358)　DEMOGUE, *Traité*, t. 1, n° 36, p. 99. 本誌86巻 1 号（2010年）183頁以下をも参照。さらに、外観法理が「無効な法律行為の効果」の問題として論じられていたことをも想起されたい（*v*. aussi ROUBIER, *th. préc*. [note 350], pp. 191 et s.）。

(359)　星野英一「瑕疵担保の研究―日本」『民法論集　第三巻』（有斐閣、1972年）228頁〔初出：比較法研究23号（1963年）〕

(360)　ゲルフュッチ・ティビエルジュのテーズに至るまで、体系的な議論はほとんどみられない（*v*. not. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*. [note 352], n$^{os}$ 200 et s., pp. 129 et s.）。

(361)　なお、履行利益と信頼利益に相当する規律が意識されつつある現在では、損害論こそが民事責任構成の最大の難点であるとの指摘がなされるに至っている（A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. VINEY, n° 598, pp. 366 et 367）。履行利益と信頼利益とを区別するという前提に立てば、この指摘

**3**　債権者平等の原則に対する違反　⑴　取引行為における現実賠償につき、サヴァティエは、現実賠償としての履行責任を認めると、競合債権者に対する優先権を生ぜしめることになるから、金銭賠償が認められる場合と比べて不均衡が生ずると指摘した。「無効行為の有効化は、実際、責任を負うべき者が支払不能に陥っており、他の債権者の損失においてその者の財産を減少させ得るような場合であっても、被害者との関係で加害行為を完全に賠償する」というのである(362)。この疑問点は、不法行為に基づく損害賠償であるにもかかわらず、いわば「物権的な」効力までもが承認されるのはなぜかという問題につながっている。そして、もし実際に「不法行為」たる外観法理の効果として物権的効果が与えられるというのであれば、こうした疑義が提出されたこと自体はもっともなことといえよう。

⑵　しかし、本論文の関心にとって重要であるのは、この批判自体ではなく、債権者平等原則違反を問題にする際、サヴァティエが、現実賠償がなされる場合には効果が分割され得ないとの前提に立つことである。民事責任においては、賠償方式の選択および賠償額の算定は事実審裁判官の専権に委ねられることになるのだから、不法行為という法的性質からの演繹によれば、外観法理の効果を過失相殺等の法理を通じて分割することも、一応は可能なはずである。にもかかわらず、あえてそうした演繹を回避して、金銭による割合的な賠償の可能性を否定するならば、外観法理の法的性質と効果との間に明確な齟齬を来しているとの評価を受けざるを得ないだろう。

このように、過失相殺をはじめとする「割合的解決」が外観法理におい

---

は正鵠を射たものといえよう。民事責任の効果として履行利益の等価物を与えるならば、契約と民事責任という基本的なカテゴリーが越境されることになるからである。ただし、M. BOUDOT, *Rép. civ. Dalloz, v°* Apparence, 2003, n° 151, p. 18のように、依然として、「侵害された他人の保護は、損害の塡補というよりは損害の予防と説明され得るのであるが、将来の損害を現実賠償するという観念は維持されるべきである」とする者もある。

(362)　SAVATIER, *op. cit.* [note 333], n° 599, p. 186.

ては適用され得ない旨を説く論者は、サヴァティエに限られない。たとえば、表見委任を民事責任によって基礎づけるべきことを力説したレオテも、民事責任による基礎づけを説く一方で、「不動産を半分だけ取得させるというような解決は不可能である」として、過失相殺の余地を否定しているのである。(363)

以上の諸議論にかんがみれば、民事責任構成の支持者においても、外観法理はあくまで現実的な履行責任を基礎づけるものとしてのみ捉えられていたことが窺われる。つまり、民事責任構成を採用する論者においても、外観法理は、民事責任の原則的規律をそのまま適用することによって説明されたわけではなく、むしろ実際にはその枠を超えるものとして捉えられていたと解されるのである。

## 三　小　括

以上、要件・効果の両面から、民事責任構成の意義を考察してきた。その結果、そこでの民事責任という観念が、要件・効果のいずれについても、その原則的な規範内容から逸脱したかたちで捉えられていたこと、したがって、民事責任構成の適否を論定するためには、基本概念の定義や規範内容の把握について、いくつかの争いを解決しなければならないことが明らかになった。特に焦点とされていたのは、以下の事項である。

**1**　フォート　　民事責任構成の採否を分かつ最大の論点は、フォートをどのように定義するかという点にあった。民事責任構成の支持者は、帰責の要素を排するレヴィの所説において特に明瞭なように、フォート概念をきわめて柔軟なものとして構成した。そうしなければ――つまり、「義務違反」という構成を厳格に適用したならば――、「動的安全の保障」という外観法理の制度目的を十全に果たし得ないと考えられたためであろう。民事責任構成が提唱された当初においては、いまだフォートの定義に関する共通の方向性が形成されていなかったことにかんがみれば、こうし

(363)　J. LÉAUTÉ, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la theorie générale de l'apparence*, RTDciv. 1947, n° 25, pp. 301 et 302.

た主張が生ずる余地も一応はあったのではないかと推察される。

しかし、民事責任構成がこうした独自のフォート概念を前提にしているとすれば、フォートの学理的定義が次第に確立していった後には、両者の間に齟齬を生ずることは避けられなくなる。そのためであろう、1930年代後半の論稿に至ると、実質的にこの点を衝く批判が相次いで提起されることになった。ヴアンが、表見委任につき、受任者を選任したことまでも義務違反とみるならば、一定の外観がありさえすれば何らかのフォートがあるというに等しいことになるとの批判を展開したことは先にみたとおりであるが、このように、民事責任構成に対しては、望ましい結論を導くために「フォートの存在を擬制する」という誤りを犯しているとの批判が繰り返されたのである。(364)

**2　賠　償**　　民事責任構成の適否に対する評価が対立する理由が、基本概念の選択の次元に存するという事情は、効果論についてもみられた。特に注意を要するのは、損害概念の捉え方、および、賠償方式の選択可能性の二点である。より重要と思われる前者について学説状況を再述するならば、20世紀初頭に消極的利益賠償論が論じられるようになると、その影響のもと、合意が存在しない以上、履行利益の賠償を認めることはできないとの理解がなされるようになり、その結果、「現実賠償としての契約成立」という法律構成に対しても疑義が提起されるに至った。しかし、この問題提起に対しては、十分な応接は尽くされず、こうした見解の対立が存すること自体が長らく意識されないままに放置されたのである。

**第二　民事責任構成の克服**

**一　通説の形成**

上述のような問題を抱える民事責任構成は、1960年前後に、学説・判例

---

(364)　民事責任構成を主張する論者の中にもこうした認識は浸透する。そのため、LÉAUTÉ, *art. préc.* [note 363] のように、他人の所為による責任に関する1384条を根拠として表見委任を基礎づけるべしとの主張を展開するものが現れたのである。

において相次いで克服される。まず、学説の転換を決定づけたカレ・オロワのテーズに考察を加える。(365)(366)

㈠　カレ・オロワにおける外観法理の基礎づけ

**1**　制度的根拠　　カレ・オロワによれば、商取引において外観法理の展開を促すのは、「動的安全」および「取引の迅速性」という分かち難く結びついた二つの要請である（n° 4, p. 17）。この点については、ドゥモーグの「法的安全」に関する分析がそのまま踏襲されており、権利取得者に法律行為を実現することについての安全を与えることで法律行為が促進されなければならないと説かれる（n° 26, pp. 35 et 36）。この「動的安全」による基礎づけは、彼において、外観法理の要件論を導く重要な正当化根拠とされている（*v.* n° 12, p. 24 ; n° 24, p. 34）。

**2**　法的根拠と判断枠組　　制度的根拠に関するこうした立場から、カレ・オロワは、まず、従前の見解を次のように批判する。すなわち、彼によれば、仮装行為やフォートに外観法理の根拠を求める見解は、外観に基づいて負わされる「義務」の説明のなかに、外観法理全体についての根拠を見出そうとする誤りを犯している。外観法理の正当化根拠は、義務を負

---

(365)　J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1959, préf. H. CABRILLAC. 以下、本文中の文献参照は同書からのものである。カレ・オロワの所説については、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）〔以下、武川「仮装行為」として引用する〕224-225頁に簡潔な考察が加えられている。

(366)　同書は、その標題から明らかなように、議論の射程を商取引に限定し、個別領域としては会社取引、商業証券、船荷証券といった問題のみを採り上げる。しかし、同書が後の学説・判例に与えた影響は私法一般に及んでおり（*v.* G. CORNU, obs. sous Cass. ch. réunies. civ., 13 déc. 1962, RTD civ, 1963, p. 574）、商取引を対象としない本論文の考察も、同書を無視して進めることはできない。そこで、以下では、その議論の射程を確認しつつ、それが私法一般に影響をもった理由を勘考しながら、同書を採り上げることにしたい。こうした関心から、以下では、序説（partie préliminaire）に説かれるところを中心に、彼の構想の総論部分を検討する。

わされる根拠と、権利を取得する根拠とについて、別個に考察されなければならない（n° 11, p. 23）。

以上は、民事責任も善意も単独では外観法理の基礎とはなり得ないとしたヴアンの分析を発展させたものとみられ、二つの根拠は、それぞれ次のように説かれる。

⑴　義務を負う根拠　　カレ・オロワによれば、動的安全の優先する商法においては、外観上の状況の原因を作った者は、取引生活に参加することによって「リスク」を冒したゆえに義務づけられる（n° 12, p. 25）[367]。それでは、彼はなぜ「リスク」を根拠とすべきだというのか。この点については、仮装行為やフォートが十分な理由を与えないという消極的な理由のほかには、動的安全の観念を掲げられるのみである。ここから窺われるように、カレ・オロワにおいて、リスクの観念は、偽造、無能力者の所為といった、委任者と無関係の行為によって外観が作出されたような限られた事例を外観法理の適用外に置く機能をもつほかには、仮装行為を行ったり、フォートを犯したりすることがなくても外観のみによって義務づけられ得ることを正当化するという消極的な意味しかもたない。もちろん、このような規律は「静的安全」を害する。しかし、それでもなお、商法は動的な財の法であって、取引の安全を保障することによって取引を促進することにその使命があるということから、リスクによる基礎づけが正当とされるのである。

カレ・オロワは、以上の理解を徹底し、さらに次のようにも説いている。すなわち、取引の促進こそがここでの関心なのだから、外観法理の根拠として最も重要なのは権利を取得する側のそれである。したがって、リ

⒇　なお、ここにいわれる「リスク」は、生じさせた「外観」について責任を負うべきであるとする結論を正当化するためのものであるから、生じさせた「損害」を賠償せよとの命題に結びつく民事責任におけるリスクの理論とは別個のものであるとされる。しかし、他方で、両者は個人の活動を促進することを旨とする点で共通するものであるとも解されている（CALAIS-AULOY, *th. préc.* [note 365], n° 26, p. 36, note 1.）。

スクという根拠は、「第三者の正当な錯誤（erreur légitime）」（これが権利を取得する根拠だとされることは次述）を審査する際に、その一要素として考慮されるにすぎない（n° 26, pp. 35 et 36）。かくして、フォートを独立かつ中心的な要件とする民事責任説は、完全に斥けられているのである。

以上のとおり、カレ・オロワもまた、民事責任構成の主な欠点として、それがフォートの擬制を伴わざるを得ないものであることをはっきりと意識していた(368)。そこで、彼は、判例のいう「フォート」が擬制されたものにすぎないならば、外観法理の真の根拠も、「フォート」と呼ばれるものの内実にこそ求めなければならないと説く。そして、彼は、判例に現れた外観法理の適用事例においては、フォートを制裁することではなく、外観によって欺かれた第三者を救済することこそが目的とされているとの認識に至った（n° 56, p. 60）。つまり、ここでの問題は、一つにかかって権利を取得する者における「錯誤」にあると解されたのである。

(2)　権利を取得する根拠　　以上のことから、カレ・オロワの構想する外観法理の規範内容は、権利を取得する根拠である「正当な錯誤」に関する議論において端的に示されることになる。

カレ・オロワによれば、外観法理の根拠は「正当な錯誤」である。この定式は、①単なる善意では不十分であることとともに、② *error communis*...によって問題とされてきた「一般的錯誤」（抗し難い錯誤）は不必要であることを意味する。「一般的錯誤」という要件は厳格に過ぎ、「動的

(368)　付随的には、次のような意味において、因果関係の存在が疑わしいことが指摘される。すなわち、表見委任が問題になる場合、第三者は受任者の不法行為責任をも追及し得るとの前提に立てば、第三者が損害を破るのは、表見受任者が無資力であることによる。そうであれば、受任者に資力がある場合に不法行為責任が成立するためには、第三者において、受任者の資力を当てにせず、委任者の状況のみを顧慮して取引を行ったということが立証されなければならない――さもなければ、因果関係が在しないことになる――はずであるが、そのようなことは判例においても要求されていない。このように述べて、カレ・オロワは、この点でも、民事責任法理のオーソドックスな適用は排除されているとする。

安全」および「取引の迅速性」を旨とする商法においてこの基準を維持することは、取引の迅速性、ひいては取引そのものを阻害することになるというのである。(369)

そのうえで、「正当な錯誤」の判断枠組は次のように説かれる。正当な錯誤の評価対象は、契約締結時の錯誤(370)（心理的要素、n$^{os}$ 20 et s., pp. 31 et s.）とその正当性（客観的要素、n$^{os}$ 23 et s., pp. 33 et s.）であり、後者は、さらに「真実」と「外観」という二つの側面から把握される。そして、これらの要件は、①「秘匿された真実」、②「可視的な外観」、および ③「心理的要素」（正当な錯誤）の順序で検討される。つまり、まず、客観的要件（①、②）が、通常人（un homme moyen）を誤信させるような性質を有していなければならない。他方、主観的要件＝錯誤（③）は、この客観的状況に基づいていることを要し、かつ、それで足りる。

**3**　適用領域　　カレ・オロワは、外観法理の適用領域の拡張をも、商取引の特殊性、つまり動的安全の観念によって正当化する。すなわち、民法典において、表見委任法理の適用は委任終了後の場合にしか認められて

---

(369)　錯誤が正当であるというためには、第三者においてなすべき調査を尽くす必要がある。ただ、商取引の迅速性を阻害すべきではないから、権利を取得する者は迅速になし得る調査を行えば足りるとされる（CALAIS-AULOY, *th. préc*. [note 365], n$^{os}$ 33-37, pp. 40-44）。ここでの議論の内容は、J.-Ch. LAURENT, *L'Apparence dans le problème des qualifications juridique*, thèse Caen, 1931, n$^{o}$ 100, pp. 252-257 に既にみられ、後の判例・学説にも承認される「調査義務」に対応する。カレ・オロワは「調査義務」という用語を避けているが、それは、「フォートによる不知（ignorance fautive）」といった場合、この「表現（expression）」は民事責任による基礎づけを想起させるものであるから是認し得ないと解されたからだと推察される（CALAIS-AULOY, *th. préc*. [note 365], n$^{o}$ 33, p. 40, note 4）。

(370)　また、そこでは、錯誤を要求せず、特に害意がある場合に限って保護を享受しえないとする方途も論理的にはあり得るが（こうした行き方が妥当するのは詐害行為取消権の場合であるという。詐害行為取消権と善意の関係についての詳細は、LAURENT, *th. préc*. [note 369], n$^{o}$ 107 et s. pp. 275 et s.）、これを一般化することは「フランス法の主観主義（idée personnaliste）に反する」ものとして首肯し得ないと説かれている（CALAIS-AULOY, *th. préc*. [note 365], n$^{o}$ 21, p. 32）。

いない。[371]これに対し、商法においては、外観の顕現する場合は多岐にわたるから、その適用領域は拡張されてよい。したがって、そこでは、受任者の外観を呈する者と取引をする場合にはいつでも、善意の第三者は委任者に対する請求をなし得る（n° 29, p. 37）。

**4　小　括**　カレ・オロワの提示する外観法理の基本枠組は、以上のとおりである。その特徴は、次の点に認められよう。すなわち、彼は、議論を商取引に限定することによって、「動的安全」および「取引の迅速性」が第三者の保護を要求するという実質論を前面に押し出し、これを直截に各個の結論に反映させた。[372]そのため、彼は、従前の争点であった「外観法理を民事責任によって基礎づけることができるか否か」という問題をもはや論じず、より直截に、外観法理が存在することを所与としたうえで、その判断枠組がどのようなものであるべきか、つまり、外観法理を援用する解決がどのような実質的考慮に支えられているとみるべきかという点へと関心を向けた。かくして、彼は、「判例が『フォート』と呼んでいるものの内実」、つまり「正当な錯誤」を、外観法理の唯一の要件とみるに至っ

---

(371)　なお、「上の各場合においては、善意の第三者に対しては義務を履行しなければならない」とする2009条において、冒頭の「上の各場合において（Dans les cas ci-dessus）」が何を指すかはあいまいであるが（DE QUENAUDON, *Juris-Classeur Code civil, v°* Mandat, fasc. 60, n° 104, p. 25もそう述べる）、それが2006条から2008条までを指すことは、立法過程に照らして明らかである。というのは、そこでは、第三者の保護が必要であるのは受任者の権限が消滅したあらゆる場合に同様だとして、委任終了に関する一連の規律（現在の2006条から2008条までに相当）の後に同条を置くべきだとされたからである（P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, réimpr. O. ZELLER, 1968, t. 14, pp. 578 et 579. それゆえ、「前条の場合」とする既成訳は、いずれも適切ではない）。そうすると、2005条があるのはなぜかが問題になるが、同条は、理論的には無用の規定と解すべきであろう。実際、たとえば、（註釈学派の）ロランの起草にかかるベルギー民法典改正準備草案は、2005条に相応する規定を削除している（F. LAURENT, *Avant-projet de révision du code civil*, t. 6, Bruxelles, 1885, p. 65-69）。

(372)　武川「仮装行為」（前掲注（365））225頁も、この趣旨の指摘と解される。

たのである。

また、外観法理を既存の法的根拠とは切り離して捉えた結果、カレ・オロワは、外観法理を既存の債務発生原因に還元することは断念しなければならないと説くに至る。「契約と並んで、契約外にその起源を有する一群の関係が存在し、そのなかに外観によって創り出された契約が整理されるということを確認する」にとどめなければならないというのである（n° 26, p. 35)、ここにおいて、外観法理の債務発生原因としての独自性が正面から確認されたということができよう。

かくして、カレ・オロワは、「民事責任」という理論構成を克服するとともに、ドゥモーグにおいて提唱され、続く学説において醸成された「動的安全を静的安全の優位におく」というテーゼを解釈論上の具体的規律に結実させるという、当時の解釈論が直面した要請を二つながらに達したのである。彼をもって「当時の学説の潮流を代表するもの(373)」とする評は、こうした文脈において理解されるべきものといえよう。

㈡　評　価

後述のとおり、カレ・オロワの所説は直ちに破毀院の支持を得るところとなり、今日の学説・判例上、この領域において確固たる地位を占めることになる。最後に、①民事責任構成との関係、②今日の学説状況との関係という二つの面から、彼の所説の意義を評価してみよう。

**1**　カレ・オロワ説の意義　　カレ・オロワの所説は、従前の民事責任構成と隔絶したものであるか、それとも、なお一定の連続性を有するのか。この点については、次のように考えるべきであろう。

先述のとおり、民事責任構成は、総論の次元では動的安全の観念に基づく抽象的評価を提唱しつつ、各論の次元では民事責任という具体的評価を旨とする規律を援用していたため、フォート概念が確立するにつれて両者の間の齟齬を顕在化させていった。カレ・オロワの所説は、端的に外観法

(373)　武川幸嗣「越権代理における信頼保護の法理」法研70巻12号（1997年）〔以下、武川「越権代理」として引用する〕547頁。

理を独自の債務発生原因とみることで、こうした齟齬を解消したものだということができる。しかし、他方、そうして形成された具体的規律は、実のところ、レヴィおよびドゥモーグの主張する民事責任構成とほとんど異ならない。「法的安全」の観念を中心に据えるという理解は、まさに彼らによって提唱されたものであるし、また、彼らにおいても、「フォート」は、端的に「正当な信頼の裏切り」と捉えられていたからである。

このようにみると、カレ・オロワ説の意義は、新たな法的解決を提言した点ではなく、「フォートをいかに定義するか」、あるいは「損害（賠償）という観念をいかに理解するか」という理論的問題を的確に整理することで、既存の外観法理の整序を遂げた点に認められよう。いいかえれば、彼の所説の最大の意義は、外観法理というカテゴリーを創造することによって民事責任というカテゴリーから外観法理という夾雑物を取り除き、それによって、民事責任というカテゴリーの歪曲を是正した点にあるものと解される。(374)

**2**　現代における評価　　カレ・オロワが外観法理を民事責任という桎梏から解放したことは、後述する破毀院判例の展開にも与って、後の学説においてもほとんど異論なく承認されるところとなった。その結果、彼以後の解釈論上の関心は、外観法理の要件をどのように把握すべきかという点へと移行することになる。こうした展開を念頭に置きつつ、現代にまで射程を拡げてカレ・オロワの所説――つまり、通説――に対する評価をみていくと、そこには、二つの対蹠的な反応を窺うことができる。

(1)　まず、比較的近時に至って、カレ・オロワ説に対し、動的安全と静的安全とは同じ重みを有するはずであるから、「リスク」という以上に

---

(374)　CALAIS-AULOY, *th. préc*.［note 365], n° 56, p. 59は、民事責任に仮託するという従前の方法論に批判を加えるなかで、H. MAZEAUD, *L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civil*, D. 1935, Cronique. p. 5によって提起された「民事責任法理による法規範の吸収」への批判に共鳴を示している（*v*. aussi VOUIN, *th. préc*.［note 338], n° 199, p. 366 texte et note 8）。

帰責性を顧慮しなければならないとの批判が展開されている。その旨を説くチェンの理解は、次のようなものである[(375)]。すなわち、代理人のみによって外観が創り出された場合には、本人もまた詐欺的な術策の被害者なのであり、第三者と本人の利益は同程度の重要性を有するというべきであるから、第三者を保護すべきであるとの結論が論理的に導出されるわけではない。それゆえ、本人に不利益を帰する根拠として「帰責性（imputabilité）」が要件とされるべきである。この帰責性とは、「法状態に関する意思的行為」と定義づけられるものであり、その本質は、信頼の対象たる「外観」を本人がその意思に基づいて作出したことに求められる。

この提言は日本法における解釈論に親しむように思われるから、これに対してフランス法がいかに応接するかは興味ある問題である。チェンの議論に対する正面からの応接はみられないが、彼の批判を受けてもなお、動的安全をもって外観法理の根拠とする理解は揺らいでいないように見受けられる。その理由は、おそらく、通説が、ドゥモーグ以来の次のような推論に依拠していることに求められよう。すなわち、チェンのいうように動的安全と静的安全とが同じ重みを有するとしても――むしろ、同じ重みを有するからこそ――、社会的・公的な利益に適う前者こそが保護されなければならない、というものである[(376)]。現在の学説も、少なくとも表向きには

---

(375)　C.-W. CHEN（陳忠五：国立台湾大学法律学院専任教授）, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, 2000, préf. J. GHESTIN, n$^{os}$ 213-220, pp. 109-112. 先駆的には、Ch. PAGNON, *L'apparence face à la réalité économique et sociale*, D. 1992, Chron. pp. 288 et 289の指摘がある。同内容の分析として、ハイン・ケッツ（潮見佳男ほか訳）『ヨーロッパ契約法Ⅰ』（法律文化社、1999年）435頁があるほか、わが国においては、つとに、武川幸嗣「フランスにおける表見代理法理の意義と機能」横浜市立大学論叢 社会科学系列47巻１号（1997年）143-144頁が、本人側の関与が希薄（皆無）であることを根拠に表見委任の適用を否定した諸判決を紹介し、「厳密に考えれば、信頼が正当か否かという判断は、専ら相手方の態様に関する問題であって、本人側の事情がどこまで有機的な関連を有するものなのか、疑問を禁じ得ない」としたうえで、「フランスにおける表見代理法理のいう『正当な信頼（croyance légitime）』要件とは、……『相手方の信頼を保護するに値する正当事由』の意に解釈できるのではないだろうか」との見方を示していた。

こうした理解を維持しており、信頼の正当性を判断する際にしか帰責性の有無は顧慮されないと解しているのである。(377)

⑵「帰責性」を不要とするというレヴィ＝ドゥモーグ以来の建前が堅持されていることは、チェンとはまったく対蹠的な問題提起がなされていることからも窺われる。すなわち、ルヴヌールは、動的安全が絶対的に保護されなければならないにもかかわらず、カレ・オロワがなおもリスクの観念によって責任の限界を画そうとしたのは適切であったのかとの疑義を提起する。取引生活への参加を通じてリスクを冒すことになるのであれば、第三者も同様にリスクを冒しているはずだから、第三者ではなく委任者に不利益が課される理由は、「リスク」という考え方によっては十分に説明し得ないというのである。(378)

それでは、ルヴヌール自身はどのように解するのか。彼は、委任者の責任の根拠を、事実状態（situation de fait）に対して法的効力を付与するという、法論理に内在する要素に求めている。(379)表見委任を例に彼の所説をみるならば、次のとおりである。無権代理が頻発すれば、代理という法制度の利用それ自体が停滞することになり、それによって代理法自体の機能不全がもたらされる。そこで、これを避けるために、表見委任を認めて法の「良好稼働」状態を担保しなければならない。このような見方からは、こ

---

(376)　L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, préf. M. GOBERT, n° 136, p. 158.

(377)　ただし、GHESTIN et *al., Intr*., n° 853, p. 844のように、「真の権利者が外観の作出にまったく無関係である場合に彼に外観の結果を負わせることは、自己の行為（フォートに限らない）によって誤信を惹起した場合に比べて難しい」と説き、事案類型として二つのものを区別する論者はみられる。

(378)　LEVENEUR, *th. préc*. [note 376], n° 126. p. 148.

(379)　ルヴヌールの「事実状態」論については、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）〔初出：「典型契約論⑷―民法における個人と社会―」法協112巻7号（1995年）〕253頁以下（特に255-257頁）が分析を加えている。ルヴヌールの鍵概念である「法の良好稼働（bon fonctionnement）」の訳語も、同書に依拠したものである。

こでの問題は、法の良好稼働に必要な犠牲を払うのはだれかという点にあるが、それは、代理法の良好稼働によって一般的に利益を享受している者に帰せられるべきことになろう。以上の理由から、ルヴヌールは、委任者こそがその犠牲を甘受すべきだという。

ルヴヌールの議論は、外観法理の基礎を動的安全の観念に求め、委任者の帰責性を不要とするというフランス法における外観法理を理論的に基礎づけるものとしては、カレ・オロワの所説よりも徹底した視点を示している。ドゥモーグによって唱道された「法的安全」の観念に基づく外観法理は、ルヴヌールの所説において真に完成させられたということができるだろう。

## 二　実定法の状況

**1**　破毀院民事聯合部1962年12月13日判決　　既に触れたとおり、カレ・オロワのテーズが現れた直後、表見委任に関する一連の破毀院判例が現れ、民事責任構成を排し、動的安全の観念に基づく抽象的評価のみを問題にするという方向性が決定的なものとされた。これによって、今日の実定法が形成されることになる。これらの判決については既に多くの紹介があるから、ここでは、その筆頭に位置づけられる民事聯合部1962年12月13日判決に簡単に触れておくにとどめたい。(380)

【事実】株式会社であるＹ銀行の代表者（président-directeur général）Aは、自らのする70万フランの借財のために、Ｙ代表者として連帯保証契約を締結した。Ｘが、同契約に基づき、Ｙに対して保証契約の履行を請求したところ、Ｙは、適法に公示された定款によって要求されている二人の業務執行者の署名がなされていないことから、Ａは定款に定められた権限を逸脱したものであり、したがって、ＸはＹに対して本契約を主張することはできないとして争った。

原判決は、Ｘは、Ａがその権限の範囲内において行動したと正当に信じていたのであるから、Ｙは表見委任による責任を免れないと判示して、請

(380)　Cass. réunies, 13 déc. 1962, D. 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY, JCP 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; RTDciv. 1963, p. 572, obs. G. CORNU［note 261］.

求を認容した。これを不服としたＹは、①控訴院は帰責されるべきフォートの認定をしておらず、また、②Ｘは権限の範囲についての調査を怠ったものであるとし、表見委任の成立を争って原判決の破棄を申し立てた。本件は破毀院第一民事部に係属したが、評決が同数となったため、民事聯合部の審理に付された（1947年７月23日法律41条に基づく招集）。

【判旨】上告棄却。聯合部は、以上二つの破毀申立理由のうち、①については次のように判示してこれを斥けた。「破毀申立によれば、表見委任は、第三者の錯誤の基礎にある委任者の責に帰すべきフォートを前提とするものであるところ、原判決はかようなフォートを明確に認定していない……と主張される。しかし、かんがみるに、委任者は、たとえ非難されるに値するフォートが存在しなくても、受任者の権限の範囲に関する第三者の信頼が正当であれば、第三者は権限の正確な範囲について調査しないことを諸般の事情から許されるため、表見委任に基づいて義務づけられる」。他方、②については、事実審の専権に属する事実問題の審理を要するとして、判断をしなかった。

本判決は、これに評釈を加えたコルニュによって、「表見委任の法理、ひいては外観法理が、民事責任法理の適用から独立した債務発生原因である旨を確認した原理的判決」であり、ここに外観法理に固有の規範が確立されたと評された[(381)]。その後、1969年４月29日の三件の破毀院判決によって、判例による法形成は一つの頂点に達したとされる[(382)]。すなわち、聯合部判決においては代表取締役の権限逸脱行為が問題となっていたのに対し、これら三判決においては完全な無権限行為が問題とされたため、「代理権の範囲に対する第三者の信頼が正当である場合」に関する聯合部判決の射程が及ぶかには争いの余地があった。これに対し、破毀院は、聯合部判決

(381)　G. CORNU, obs. sous Cass. ch. réunies. civ., 13 déc. 1962, RTDciv, 1963, p. 572. ただし、*id*., p. 574は、民事責任におけるフォートとは次元の異なる帰責性を要求する可能性（信頼理論）を指摘している。なお、信頼理論については、第一款第三項**第一**（本誌86巻１号（2010年）138頁以下）をも参照。

(382)　G. CORNU, obs. RTDciv. 1969, p. 804. 各判決については、織田博子「フランスにおける外観法理―判例における表見代理理論の検討を中心として―」駿河台２号（1988年）161頁に詳しい。

が示した定式を「受任者の権限に対する第三者の信頼が正当である限度において」と修正し、聯合部判決の射程を拡張したのである。(383)

もちろん、個別にみれば、これに反するかのような判決はその後も散見される。(384)しかし、上の判例法理が今日の議論をなおも規定し続けていることは、外観法理の規範内容・適用領域として概説書に説かれるところを確認すれば、直ちに明らかになる。

**2**　外観法理の概略　　今日の概説書は、一様に、外観法理を独立の法的根拠として承認したうえで、およそ次のように説いている。(385)

(1)　規範内容　　第一に、外観の被害者の信頼が要件とされる。これに関しては、正当な信頼で足りるか、一般的錯誤を要するかという問題設定がいまだに行われているけれども、近時においては、そうした抽象論の

---

(383)　*V*. LEVENEUR, *th. préc*. [note 376], n° 119, p. 135.

(384)　詳細は、武川「越権代理」（前掲注(373)）547頁以下、およびCHEN, *th. préc*. [note 375], n$^{os}$ 452 et s., pp. 210 et s. に譲る。近時の例として、Cass. com. 25 novembre 1997, Bull. civ. 1997, IV n° 302 ; RTDciv. 1998, p. 361, obs. J. MESTRE がある。連帯保証人（債務者たる会社の取締役）に対する保証債務の履行請求がなされた事案であり、保証人の署名が偽造にかかるものであったにもかかわらず、債権者が善意であったことを理由として、原判決は原告の請求を認めた。これに対し、破毀院は、1134条違反を理由としてこれを破毀した。この判決を評して、メストルは次のように述べている（*id*., pp. 361 et 362)。「偽造された署名は、約定を正当に信じた善意の第三者の利益のためにであっても、契約による法律（loi contractuel）を生み出し得ない」というのがこの判決の一般的定式であるが、これは、ある種の « consensualisme » を賞揚するものと解される。しかし、こうした考えを過度に強調する結果、法律行為の成立要件が厳格化されることは望ましいことではない。それゆえ、この判断は、「信頼の正当性」をコントロールしたものと位置づけるべきである。

(385)　なお、この間、民法の領域において外観法理を扱う特に重要なテーズとして、J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé, contribution à l'etude de la protection des tiers contre les stuations apparentes*, thèse dactyl. Nice, 1974 ; A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, thèse dactyl. Caen, 1989が現れている。後者は、表見委任に特化した議論を展開するものであるが、外観法理を準契約の一類型と理解した点が特徴的である。なお、外観法理と準契約との関係は、次節第二款第二項において再述する。

実益をはっきりと否定する者もみられる[386]。この点は興味ある問題であるが、本論文が「契約法」の問題として扱う領域に関する限り、「正当な信頼」で足りるとすることに争いはないから、これ以上の詳論は差し控えよう。多数の学説は、「正当な信頼」を要求する立場から、聯合部判決の定式に従い、信頼の正当性の存否を「調査義務」の問題として把握している。すなわち、第三者において必要な調査を尽くしたと認められるときには、信頼の正当性が認められると解されているのである[387]。調査義務の存否ないし程度は、諸般の事情に照らして決せられるとするのが通例であり、いかなる要素を重視するかが詰めた考察に付されているといってよい[388]。

第二に、既に示唆したとおり、少なくとも建前としては、義務を負わされる者の帰責性を不要とするのが大勢である[389]。

⑵　適用領域　「外観法理は、原則として無限定な適用領域を有するが、補充的性格を有する[390]」。このうち、補充性が認められることに争いはみられない。すなわち、外観法理を適用するのと同様の解決が他の法理によって実現されるならば、外観法理は適用されないとされるのである。その背景には、「厳格な法適用を修正する他の法理と同様に、外観を考慮することは、法秩序を覆すおそれを含んでいる」との考慮がある[391]。

---

(386)　LARROUMET, n° 175, p. 147, note 2. 詳細な批判として、DANIS-FATÔME, *th. préc*. [note 361], n° 855, pp. 538-540.

(387)　DE QUENAUDON, *op. cit*. [note 371], n° 67, p. 20は、「受任者の権限の範囲に関する第三者の信頼が正当であれば」の部分と「第三者は権限の正確な範囲について調査しないことを諸般の事情から許される」の部分とを別個の要件とするかにみえるが、本文のように解すれば両者を区別する意義は特にないというべきだろう。

(388)　LEVENEUR, *th. préc*. [note 376], n° 121, p. 139. 具体化の試みとして、*v. e. g*. J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime*, JCP I 1982, Doctrine, 3058, n° 40.

(389)　LARROUMET, n° 175, p. 150 ; MALINVAUD, n° 95, p. 71 ; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 177, p. 180. 同旨の理解は、「契約各論」の概説書においては枚挙に暇がないから、ここでは逐一指摘しない。

(390)　GHESTIN et *al., Intr*., n° 856, p. 846.

(391)　*Id*.

もっとも、外観法理と、効果を異にする他の法理との間に競合が生じた場合にまで、外観法理の適用が排除されると解する者はみられないようである。たとえば、民事責任によって金銭賠償を認めることはできても、履行責任を認める方途がほかに存しないならば、外観法理はなおも適用され得ると解されている(392)。その限りでは、外観法理の補充的性格は部分的に否定されているとみることもできよう。

他方、外観法理の適用領域に限定はないとの理解も、外観法理を主題的に論ずる者においてはおおむね共有されている(393)。

## 小　括

以上、20世紀初頭から1960年代までの半世紀あまりを主な対象として、外観法理の展開を通観した。その成果に基づき、以下では、外観法理の生成・展開を学理的観点からどのように評価すべきか、そして、それが契約形成原理としてどのような特性をもつかにつき、本論文の所見を示したい。

**1**　学説史理解の正当性　「外観法理は民事責任として構成されてきた」という認識は、「判例が民事責任の条文を援用しつつ問題解決にあたってきた」という意味に解する限り、まったく疑いの余地がない。けれども、以上は、学説史の理解としては完全に正確なものとはいえない。実際、既に1930年代には、少なからぬ論者が外観法理そのものを独立の法的

---

(392)　このような場合にまで外観法理の適用を否定すべきであるとする仮想の理解に対する批判として、LEVENEUR, *th. préc*. [note 376], n° 161, p. 182 note 99 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II, 2001, n° 2302, p. 1298.

(393)　LEVENEUR, *th. préc*. [note 376], n° 136, p. 157も、「それが正当化されないような行為を除けば、原則として、その適用を免れる法律行為はない」という。*V*. aussi RABAGNY, *loc. cit*. [note 392]; G. VINEY, JCP G, 9 decembre 1998, p. 2156（ヴィネーの所説は、次節第二款第二項**第二**（次号掲載予定）で考察する）。

根拠とすべしとの主張を展開するに至っており、また、外観法理の規範内容は、要件・効果の両面において民事責任法理とは相容れないと解されていた。このように、民事責任構成は、形式的には1382条を媒介とするものでありながら、その実、民事責任規範との齟齬を含んでいたため、1960年前後に至ると、学説・判例によって相次いで否定されることになった。

以上に照らすと、民事責任構成は、今日にいわれるような厳密な意味での民事責任というカテゴリーへの包摂を企図したものではなく、ある種の特殊な「責任」観を前提としつつ、むしろ契約法に内在する狭隘性を埋め合わせることを目的とするものであったということができる。その意味では、「民事責任」という構成は「仮装理由」にすぎず[(394)]、したがって、これを現時点における解釈論として支持することはできないといわざるを得ない。

**2**　学説史の分析から得られる示唆　　とはいえ、民事責任構成に関する以上の所見は、次のような意味では、前節において素描した今日の学説状況を建設的に理解するうえでの一つの手がかりを与えるように思われる。というのは、上にみたような特殊な「責任」の観念は、「民事責任」構成を棄てた今日においてもなお、民事責任とは異なる内実をもつ「責任」という着想が外観法理に残存しているのではないか、という問いを可能にするからである。こうした見方に立つとき、次に必要となる作業は、本款全体での考察の成果を参考として、かつての民事責任構成のうち、今日では克服されてしまった部分から、今日の規律においてもなお息づいている部分を摘出し、現代の解釈論に活かし得る着想を見定めていくことであろう。この点につき、以上にみた議論の展開からは、次のような認識を導くことができると考える。

民事責任という法的構成が否定された後にも、「正当な信頼の裏切り」

---

(394)　いみじくも、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）338頁注(6)は、まさにフランス法における表見委任の民事責任構成をもって「仮装理由」の適例としている。

「法的安全」という抽象的理念は、外観法理のなかにその命脈を保っていた。むしろ、最大の批判点であったフォートによる基礎づけを放棄するとともに、外観法理それ自体を債務発生原因と捉え、「正当な錯誤」を中心とする要件論を構築することによって、法的構成における桎梏が取り払われ、これらのパラダイムを最大限に活かし得るかたちに法理が刷新された。かくして成立したのが今日の外観法理であると考えるならば、民事責任として構成された外観法理と今日の外観法理との間には、なお一定の連続性を認めることができるだろう。すなわち、今日の外観法理も、厳密な意味におけるフォートの制裁という観念からは乖離するにせよ、レヴィ、ドゥモーグらがいうように、正当な信頼の裏切りに対するサンクションとしての性格をなお留めていると解される。これに照らしてみれば、前節において提示した「正当な信頼」の原理に顕現する「責任」の着想も、まさに以上のような内容をもつものとみることができよう。

**3**　同意法理との関係　　最後に、次節における考察への足がかりとして、外観法理が同意法理の修正原理として援用されるのはなぜかを、外観法理の援用を必要とする理由、および、これを許容させる理由、ならびに、外観法理を援用することの問題点に分けて述べてみることにしよう。

⑴　同意法理の修正原理として外観法理を援用すべきであるとされる理由は、次のように考えられる。外観法理は、契約締結過程の一方的な行為によって惹起された外観に対する「正当な信頼」を保護することを目的とする。すなわち、民事責任構成において採られていた「フォート」の理解は、一連の行為によって信頼が惹起され、かつ、それが裏切られたことを基礎とする。また、現代の外観法理も、相手方の行為に対する他方当事者の「信頼」を問題にする点では、契約締結過程における一方的な行為を基礎とするものといえる。このように、契約締結過程の一方的行為に法的評価の焦点を当てている点で、外観法理はまさに同意法理と同様の領域を捕捉し得るものである。

⑵　外観法理を援用することができると考えられた理由については、

論理的な要因よりもむしろ事実的な要因が大きいと考える。本款で述べてきたとおり、外観法理は、*error comunis*…等の個別的諸法理を糾合しつつ、次第にその適用領域を拡張し、一般化への途を辿ってきた。このように、法形成の産物であり、しかも、時代とともに一般性を獲得してきたという歴史的事実が、「同意」という契約法体系の基幹をなす一般法理を修正するにあたって外観法理を参照することを可能にしているように思われる。

(3)　もっとも、以上のように推論するには、なお疑問とすべきところが残っている。というのはこうである。外観法理においては、抽象的に把握された「動的安全」の保護が問題とされていたが、これは、前款でみた「正当な信頼」の観念が具体的な事案における利益衡量を問題とするものであったことと整合しない[(395)]。とりわけ、動的安全の理念から、外観法理の適用においては帰責性は不要であるとの帰結が導かれていたことは、外観法理を同意法理の修正原理として直接適用することを妨げるといえよう。こうした解決は、当事者間における衡量を硬直化させるものにほかならないからである。したがって、仮に(1)および(2)に掲げた理由から、同意法理に一定の修正をもたらすために外観法理（あるいは、そこに具体化される着想）を援用するとしても、以上のような齟齬を自覚し、これに対して必要な補正を加える用意をしておかなければならない。

## 中間総括

**1**　本節においては、「同意法理」および「外観法理」という、契約による（と同内容の）債務を発生させる二つの機制の発展過程を跡づけ、「意思自律」の原理と「正当な信頼」の原理の相克を描出するとともに、それぞれに含まれる着想を「契約形成原理」として定式化することを試みた。そこから導かれる示唆は、第一款の小括において既に述べたとおりであ

(395)　たとえば、第一款第三項**第一**におけるゲスタンの議論（本誌86巻 1 号（2010年）140頁以下）を参照。

り、第二款においては、その示唆をより明確にするための考察を行った。以上の考察を終えたいま、第二節の考察へと移行するに先立ち、それらの内容の枢要部分を改めて強調しておくことにしよう。

**2**　本論文は、フランス法においては、契約による債務の発生、すなわち、「契約の形成（formation du contrat）」を基礎づけるための原理として、①「意思自律」の原理、および、②「正当な信頼」の原理が存在するとの理解を提示した。それぞれの特徴を述べるならば、前者は、厳密な意味での真意の合致を前提として契約の成立を基礎づけるものであるのに反し、後者は、真意の合致によらず、「責任」等、「衡平の準則」に根差す衡量によって「契約」の成立（より正確を期するならば、契約による（と同内容の）債務の発生）を基礎づける、ということができる。ここからわかるように、両者の差異は、まずもって、« contractuel » と形容されるという意味では同じ内容を有する債務の発生を基礎づけるにあたって、異なる機制を作動させるという実体法の平面においてに認められるのであるが、それに付随して、各原理の適用過程における裁判官の関与の程度にも、次のような相違がもたらされる。

「意思自律」の原理のもとにおいては、「確定的な合意」こそが重視されるのであり、契約形成に向けての過程の最終段階である「契約書」を中心として債務の発生が検討されることになる。また、その内容確定においては、既に規範として成立した「契約」のみが対象とされ、「意思表示」には独立の法概念としての位置づけは与えられなかった。つまり、「意思表示の解釈」という問題領域は存在しなかったのである。以上に対し、「正当な信頼」の原理のもとにおいては、契約と不法行為との連続性を強調するレヴィの所説からも窺われるとおり、債務の発生は、自ずから、広汎な事実関係の考慮によって基礎づけられるべきことになる。そこには、相手方の理解という要素も含めて、「意思表示」の過程全体を捉えようとする視点を看取することができたといえよう。

**3**　ところで、以上を「契約**内容**の形成」という本論文の主題に即して

展開するならば、これらの契約形成原理の各々が、契約内容の形成に対してどのような影響を与えているかが考察されなければならない。そして、本論文の企図に沿って、この問いを通じて序論に述べたわが国の課題に答えるためには、契約形成原理の多元性を認めることにどのような「実益」があるのかが、上述の理論的特性との対応関係を見定めつつ考察されなければならない。次節では、これまでの考察の成果を可能な限り具体的な場面を念頭に置いた解釈論へと展開することによって、この課題を果たしたいと思う。

## 第二節　契約締結過程の行為による契約内容の形成

**1　目　的**　　第二節の考察は、前節において提示した二つの契約形成原理を、具体的な解釈論上の問題に即して、契約内容の形成原理として彫琢することを目的とする。より具体的にいえば、本節は、契約締結過程における当事者の「正当な信頼」がいかなる要件のもとに契約内容に取り込まれるかを個別の解釈問題に即して考察し、これによって、わが国においては「意思表示の規範的解釈」によって実現される「当事者が当該事情のもとにおいて合理的に考えるならば理解されたであろう意味に従った解釈」が担う解釈論上の意義の一斑を明らかにすることを目的とするものである。なお、「正当な信頼」という観念は様々なかたちで受容されているが(396)、ここでは、上の関心から、その最も古い形態といわれる「契約による拘束の発生根拠」たる側面(397)に注目して考察を進める。

(396)　契約法一般との関係では、V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008. 消費法に関しては、É. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, préf. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, n$^{os}$ 562 et s., pp. 251 et s.

**2**　検討の視角　　本節における検討は、①同意法理そのものが有する内的構造に照らして債務発生の理論的機制を考察するという、前節での議論を承継した分析軸と、②同意法理が他の法理との関係において有する体系的位置づけに照らして、契約内容の積極的形成という法的解決がもつ「実益」を探究するという分析軸を、いわば縦軸と横軸として併せもつ。それぞれの視角を敷衍すれば、こうである。

第一に、本節においては、契約形成原理に焦点を当てるという前節の関心を承継しつつ、契約締結過程の行為によって惹起される「正当な信頼」が契約内容に取り込まれるのはいかなる場合かを探究する。いいかえれば、契約内容の形成に視軸を移しつつも、その視線は、前節と同様、契約締結過程の行為によって債務の発生を基礎づける機制に向けられる。

第二に、序論および前節においても示唆したとおり、上のような意味における「正当な信頼」の保護は、特に消費法の領域において論じられている。本節では、この点に着目して、契約締結過程の適正化という実践的課題を担う諸法理との関連性を意識しながら、諸法理の機能分担を解明したい。

**3**　構　成　　以上の視角から、本節の議論は次のように進められる。

まず、考察の端緒として、契約締結過程の手続的適正を保障する手段として、契約締結過程に交わされた情報を契約内容へと取り込むことが提唱されるに至った1980年代以降の議論動向を素描する〔第一款〕。次いで、第一款にみた理論動向が念頭に置いている実定法の状況を、若干の判例と、それをめぐる議論状況に即して検証する〔第二款〕。最後に、そうした議論の理論的基礎、ならびに体系的・機能的位置づけを論定するための考察を行う〔第三款〕。

---

(397)　P. LOKIEC, *Le droit des contrats et la protection des attentes*, D. 2007, Chron. p. 323.

## 第一款　契約締結過程論と契約内容の形成――序論的考察

### 緒　言

消費法の領域における「正当な信頼」の観念に対する論及は、契約締結過程の手続的適正の保障という実践的課題を背景に、特に1990年代以降に至って如実にみられるようになった。本款では、次款以降の考察の序論を提示する意味で、契約締結過程の規制としてフランス契約法において論じられてきた「情報提供義務」論に関する若干の考察を行う。

具体的には、まず、情報提供義務論において論じられてきたサンクションの内容を、契約関係が維持される局面を念頭に置いて――したがって、主に民事責任法理を対象として[398]――整理する〔第一項〕。次いで、その内容を踏まえて、民事責任法理による契約的規律の調整という、前節に考察したのと同様の構造を有する構想に基づいて、「正当な信頼」の観念を、契約締結過程における手続的適正の要請と関連させつつ論じる議論がみられることを明らかにする[399]。本款では、その端緒として、一連の議論に先鞭を付けたファーブル・マニャンの所説を採り上げて分析する〔第二項〕。

### 第一項　情報提供義務違反に基づく損害賠償

本項では、契約締結過程において問題となる損害賠償による救済の、効果論上の特徴を描出する。具体的には、まず、フランス法において原則的

---

(398)　情報提供義務論のもう一本の柱ともいうべき同意の瑕疵の法理は、ここでは直接の考察対象とはせず、第三款第二項（次号掲載予定）にて別に採り上げることにしたい。

(399)　なお、この分野については既に著しい研究の蓄積があるため（特に、後藤巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002年）〔以下、後藤『法理論』として引用する〕2頁以下、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)、(2)」早法73巻2号（1997年）55頁、同74巻1号（1998年）43頁）、本款の考察の少なからぬ部分は、それらの議論に依拠して進められる。ただ、これまでの議論の関心は主に要件論に注がれていたように思われるため、効果論（救済の種類・態様）に重点を置いた整理を行うことにはなお若干の意味があるものと考える。

な損害賠償手段として承認されている、「機会の喪失」をめぐる議論状況を一瞥する〔**第一**〕。同法理は、機会の実現可能性の程度に応じた割合的解決を旨とするものであるが、これに対しては、損害賠償の効果として契約実現（履行利益賠償を含む）の可能性を承認する学説がみられるから、次いでこれに検討を加えることにしたい〔**第二**〕。以上の手順で議論を整理することによって、本項では、フランス民事責任法の大原則たる「完全賠償原則」の取引的不法行為における適用を考察する。(400)

**第一**　完全賠償原則の適用としての「機会の喪失」法理

**一**　「機会の喪失」法理の内容

不実の情報提供に基づいて契約が締結された場合には、フランス法においてもしばしば損害賠償による救済が行われており、この解決は、実質的には対価調整の機能をも果たしているといわれることがある。(401) しかし、こうした解決に対しては、適切な情報提供がなされたからといって、被害者が損害の発生を回避し得るような方向に行為を修正したとは限らないため、因果関係の立証が常に不確実性にならざるを得ないとの問題が指摘されてきた。(402) この問題に対処するために「機会の喪失（perte de la chance）」法理の適用という手法が案出された点に、フランス法の独創性がある。

既に19世紀末の判例にその端緒を現した機会の喪失法理の内容は、破毀院刑事部によって繰り返し示されてきた、「機会の実現が決して確実ではないことは事理の性質上当然であるが、不法行為の結果として有利な事柄の起こる可能性を喪失させた以上、機会の喪失を内容とする損害は、それ自体として直接かつ確実な性格(403)を有する」との定式によって的確に表現さ

(400)　完全賠償原則については、加藤雅之「19世紀フランス法における損害賠償範囲論」法政論究51号（2001年）398頁を参照。また、同「損害要件の再定位(1)―フランス法における賠償原理と損害概念の関係―」神院38巻３・４号（2009年）405頁以下は、完全賠償原則の歴史的沿革を描出する。

(401)　B. PETIT, *Juris Classeur, Code civil*, art. 1116, fasc. 5, 2006, n° 44, p. 17.

(402)　VINEY, *Condition*, n° 369-1, pp. 227 et 228.

(403)　直接性および確実性は、いずれも一定の不利益が民事責任法上の損害と評価さ

れている。その適用によって、被害者は、期待していた利益の一部の賠償、つまり、「期待していた利益の価値に、もし当侵害行為がなかったら期待していた利益が生じたであろう可能性のパーセンテージを乗じた[(404)]」額の賠償を受けることになる。

現在では、こうした解決は、情報提供義務違反関連の事案にも広く適用されていると評されている[(405)]。この局面において、機会の喪失の法理の特長は、とりわけ次の二点に認められよう。すなわち、第一に、この法理によれば、所期の利益を得られなかったことではなく、「整備された環境の下で意思決定をすることによって、損失を回避したり、利益を取得する『機会』を失ったことを最終的な損害と捉える[(406)]」ことになる[(407)]。したがって、利益を得べかりしことの立証を課される場合に比べて、因果関係の立証が格段に容易になる[(408)]。第二に、同法理によって賠償される「機会」は、適切な情報のもとに意思決定をする機会であるが、損害賠償の範囲をこれに限定することは意思自律の原理とも整合する[(409)]。

---

れるための要件である。

(404)　澤野和博「機会の喪失の理論について(1)」早研77号（1996年）123頁。*V*. BÉNABENT, n° 679, pp. 485 et 486.

(405)　VINEY, *Condition*, n° 369-1, p. 227.

(406)　小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論(下)」ジュリ1088号（1996年）94頁。

(407)　「機会」そのものが「財産化（patrimoinialisation）」して把握されるため（この表現は、C. RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, RRJ 1999/3, n^os 50 et s., pp. 753 et s. のものである）、加害行為によってこの機会を失ったことが損害賠償の要件とされる――いいかえれば、次述のとおり、加害行為と最終的に被った損害との間の因果関係は問題とされない（*V*. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN, n^os 601 et s., pp. 477 et s.）。

(408)　BACACHE-GIBEILI, n^os 388 et s., pp. 432 et s.

(409)　Ph. LEMY, *La force obligatoire du contrat, sommaire de la discussion, in* : D. TALLON et *al*. (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaies*, LGDJ, 1987, n° 31, pp. 83-85 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, préf. P. JOURDAIN, n° 94, p. 114. わが国においても、

もっとも、「機会の喪失」法理の解決の理論的な正当性についてはなお疑念も絶えない。主なものだけでも、①実際上、どのように賠償されるべき機会と偶然の損害とを区別するかは困難である[(410)]、②機会の喪失に対する賠償を与えることは実際には将来の損害を賠償することにつながり、損害の一般理論に反する、③被害者が多額の財産的損害を被った場合、機会の喪失の賠償はむしろ被害者の利益に反する結果になるといった批判を指摘することができる[(411)]。とはいえ、これらはいずれも「機会の喪失」法理を承認することに必然的に伴う困難だというほかなく、結局は外在的批判たるにとどまるといえよう。そのためであろう、情報提供義務違反の事案類型における解決の少なからぬ部分が同法理の適用に委ねられているという状況そのものには、いまもって変更はみられないし、おそらく、今後も変わらないのだろうと思われる。

### 二　現実賠償の不可能性

**1**　現実賠償への疑問　　ところで、前節にみた諸議論に照らしていえば[(412)]、不実の情報提供に基づく契約の締結に対する救済は、以上のような賠償方法には限られないのではないかとの疑問も生じ得よう。というのは、契約の成立を否定しつつ、現実賠償によって契約を実現させ、あるいはこれと等価の利益を賠償させることも、理論的には考えられるからである（以下、便宜上、両者を併せて「現実賠償」と呼ぶ)。

しかし、こうした見解に対しては、現在、二つの観点から批判が提起さ

---

つとに小粥・同前（注(406)）の指摘がある。こうした関連づけにかんがみると、機会の喪失の法理には、わが国における信頼利益賠償論と同様の考慮――評価矛盾の回避――を読み取ることもできるだろう（信頼利益賠償論と契約法理との整合性を明確に意識するわが国の議論として、高橋眞『損害概念論序説』（有斐閣、2005年）105頁以下〔原型：「履行利益と信頼利益」加藤一郎ほか編『民法の争点Ⅱ』（1985年、有斐閣）30頁〕を参照)。

(410)　BÉNABENT, n° 679, p. 486 ; BRUN, n° 227, p. 116.

(411)　PRADEL, *th. préc.* [note 409], n$^{os}$ 193 et 194, pp. 241-243.

(412)　*V*. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.* [note 352], n° 208, p. 132 note 235.

れている[413]。すなわち、①こうした解決を認めれば、損害賠償法を通じて裁判官に契約改定権を与えることになる[414]、また、②こうした解決は完全賠償原則に反する、というものである。以下では、民事責任という構成の当否のみに関わる②の批判を検討しよう。

**2**　完全賠償原則の帰結　　完全賠償の原則は、「損害賠償は、すべての損害を補わなければならない」という側面と、ただ「損害のみ」が補われなければならず、「被害者を利得させてはならない」との側面からなる[415]。以下では、仮に、前者を「過小賠償の禁止」、後者を「過剰賠償の禁止」と呼ぶ。

ドゥモーグら現実賠償に積極的な論者は、先に述べたとおり、賠償範囲を消極的利益に限定するときには過小賠償の禁止に反するとの議論を展開した。しかし、契約の履行を前提とする賠償（積極利益の賠償）を認めるためには、その前提として、「有効な契約の成立が妨げられた結果、履行請求権が失われたこと」を損害として扱い得るのでなければならない。近時では、この点についてドゥモーグらは矛盾を犯していないだろうかとの疑義が提起され、むしろ、積極利益の賠償可能性を認める彼らの所説こそ、「過剰賠償の禁止」という意味での完全賠償原則に違反しているとの指摘がなされるに至っている。

この旨を明瞭に指摘するゲルフュッチ・ティビエルジュは、次のように論じている。「契約締結上のフォートの被害者たる当事者は、不履行を補

---

(413)　VINEY, *Intr*., n° 199-2, p. 561.

(414)　この指摘の背景には、特に違約罰の金額に関してのみ契約の改定を認めた1152条２項、1231条の存在が念頭におかれている。両条の背景については、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(4)」法協102巻10号（1985年）68頁以下、および大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010年）192頁以下〔初出：同「不当条項規制の構造と展開（３）」法協126巻３号（2009年）〕を参照。さらに、裁判官の解釈権限に関する謙抑的な理解につき、大澤・同書362頁以下〔初出：同「（６）」法協126巻６号（2009年）〕の考察が示唆的である。

(415)　その定義につき、CORNU, *Vocabulaire juridique, v°* Réparation, p. 803.

償する損害賠償を請求することはできない。逆に、他の契約の不履行の被害者たる当事者および履行の等価を請求する者は、契約締結によって被った損害を同時に請求することはできない。この二つの訴権は、相互に排斥し合う」。この見地から、彼女は、履行利益（積極的利益）と信頼利益（消極的利益）の区別を認めたうえで、「消極的」利益という名称は、たしかに賠償額を制限しているかのような誤解を喚起しかねないけれども、実際には、その賠償こそがここでの完全賠償に一致すると述べる(416)。そして、金銭賠償は、①完全賠償原則の要請を満たし、民事罰の観念を放棄する点で、損害賠償法理の要請に適うのみならず(417)、②契約の解消そのものはあくまで認め、なおかつ適法な法律状態を回復させようとする点で、無効法理の要請にも適うと論じ、金銭賠償のみが妥当な解決であり、現実賠償としての契約成立は不適切だとするのである(418)。

**3**　判例の動向　　(1)　前節においては、消極的利益論が20世紀前半のフランス法に定着しなかったことをみた。かかる伝統は現在もなお強固であり、実際にも、フランス法学説の大勢はなおゲルフュッチ・ティビエルジュのような理解には立っていないという見方がいまだにみられる(419)。とはいえ、欧州法の影響を背景として、消極的利益論がフランス法においても次第に支持を得つつあること自体は、疑いないように思われる。こうした動きのなかで注目されるのは、近時の破毀院判決を契機として、契約交渉の破棄に関する損害論の分析が飛躍的に発展したことである。ともに機会

---

(416)　GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.* [note 352], n° 201, p. 130. 取消原因のある契約の締結によって生じた損害に関する指摘であるが、問題の現れ方は情報提供義務違反の場合と同じだといえよう。

(417)　*Id.*, n° 219, p. 139.

(418)　*Id.*, n° 220, p. 139.

(419)　Y.-M. LAITHIER, *La distinction entre « intérêt positif » et « intérêt négatif » à l'épreuve des avant-contrats, in* : O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, pp. 153 et 154.

の喪失法理が活用されるためであろう、情報提供義務違反による損害賠償においても、「金銭賠償の評価の問題は、契約交渉の破棄についてとほとんど同様のかたちで生じる」と指摘されているから[420]、ここでこの問題を採り上げることには意味があろう。

○　破毀院商事部2003年11月26日[421]

本件の事案は、単純化していえば、合意要項（projet d'accord）が作成され、さらにその後も 2 か月弱にわたって交渉が重ねられたにもかかわらず、売主 Y が最終的に目的物（株式）を第三者に売却したというものである。原判決は、フォートによる交渉破棄によって買主 X が被った損害を被ったことを理由として、Y に対する請求を認容したが、契約が成立し、株式を運用したならば X が得られたであろう利益については賠償を認めなかった。これに対し、X から破棄申立がなされた。

破毀院は、交渉破棄それ自体は、「利益を実現する機会の喪失からなる損害の原因」をなすものといえず、したがって両者の間には因果関係がないとしたうえ、「確定的かつ最終的な合意が存在しないのであるから、原告の被った損害は、交渉および予備調査によって生じた費用を含むにとどまり、契約が締結されたならば……得られたであろう利益および当該利益を得る機会の喪失はこれを含まない」と判示した。

⑵　本判決につき、メストルらの評釈はその論理を次のように分析し、大方の支持を得ている[422]。すなわち、各当事者には契約を締結しない自由（droit）があるから、交渉を破棄する自由もまた認められる。したがって、フォートは、交渉を破棄する行為自体にではなく、この自由を行使し

---

(420)　VINEY, *Intr*., n° 200, p. 562.

(421)　Bull. civ. IV, n° 186. *V*. aussi F. TERRÉ et *al., Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûrtés*, 12e éd., Dalloz, 2008, numéro des arrêts 142, p. 1.

(422)　J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous cet arrêt, RTDciv. 2004, pp. 83 et 84. この問題に関する損害論の分析については、O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, RTDcom. 2004, p. 187 ; J. GHESTIN, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers*, JCP 2007, I, 157 が参考になる。*V*. aussi, *id., La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers, in* : *Études offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, p. 455.

た際の「諸事情」（＝契約締結の期待を抱かしめたこと）に求められなければならない。しかし、問題の損害（契約が締結されたことを前提とする、契約による利益を実現する機会）を惹起するのは、まさに「契約を締結しなかったこと」、すなわち「交渉を破棄する行為それ自体」なのであって、この諸事情ではない。それゆえ、フォートを構成する諸事情と当該損害との間には因果関係がない。

また、以上の論理は、他の評者によって、積極的利益と消極的利益の区別をいい表したものだとも評されている。すなわち、本判決における損害賠償は「交渉が行われなければそうあったであろう状態に被害者を置くこと」を目的とするものであり、イェーリングのいう「消極的利益」、フラー＝パーデュのいう「信頼利益」と等質のものだなどとされるのである。(423)

**4　小　括**　もとより、このような判決が現れたからといって、消極的利益賠償論が今後フランス法に定着すると確言することはできない。しかし、20世紀初頭の状況に比べれば問題の所在自体は広く認知されており、これに好意的な議論も増えていることは確かである。2003年の破毀院判決が、少なくとも結論においては消極的利益賠償論の立場と符合する判断を下したことに照らしても、契約成立を否定しつつ、履行利益賠償または現実賠償としての契約成立を認めることは、「評価矛盾」を避けることができないゆえに、基本的には不可能(424)だと解されつつあるとみるのが正当

---

(423)　O. DESHAYES, obs. sous Cass. civ. $3^{e}$, 28 juin 2006, JCP 2006 II, 10130, p. 1511. また、G. VINEY, obs. sous cet arrêt, JCP 2004 I, 163, $n^{os}$ 18 et s., pp. 1633 et 1634は、破毀院商事部もまた履行利益・信頼利益の概念を区別するという比較法的知見に無関心ではいられなかったのだろうと評する。もっとも、両者を区別するという見地が実は新しいものではないことは（VINEY *op. cit.*, p. 1632 ; GHESTIN, *Les dommages réparables*... ［note 422］, $n^{o}$ 17, p. 22）、わが国ではつとに池田清治『契約交渉の破棄とその責任—現代における信頼保護の一態様—』（有斐閣、1997年）133頁および140頁ならびに各所注によって指摘されている。

(424)　もっとも、ゲルフュッチ・ティビエルジュは、消費貸借にあたり、廃疾・死亡保証（garantie invalidité-décès）が付されている旨を過失によって誤信させた貸主がいかなる責任を負うかという事例を念頭に、有利な条件で契約を締結したであ

だと思われる。

## 第二　完全賠償原則の適用としての「現実賠償」承認論

### 一　現実賠償承認論とその変容

以上に対し、近時の学説においても、誤情報の提供が問題となった事案につき、提供された情報が契約内容に取り込まれたかのような「完全賠償」を承認しようとする議論はみられる。その代表的論者としては、ゲスタン（旧説）およびファーブル・マニャンを挙げることができる。時間的な順序が前後するが、行論の都合から、はじめにファーブル・マニャンの議論を採り上げよう。

**1**　「リスクへの曝露」　　ファーブル・マニャンは、情報提供義務違反が問題となる事案に特化して、機会の喪失の法理の適用を細密に分析した。その議論の大部分は従前の法状況にみられる混乱を解くことに充てられているが、その過程で、彼女は、この領域に固有の問題として、機会の喪失と「リスクへの曝露（exposition à un risque）」とは区別されるべきであるとの主張を展開している(425)。その論旨は次のようなものである。

ある機会を「喪失した」というためには、機会が「財産」として評価されるのでなければならないが、そのためには、加害行為に先立って機会の存在を認識している必要がある。すなわち、たとえば、交通事故に遭ったために受験の機会を失った学生は、事故当時、「合格の機会」を有していたということができるから、機会は「財産化」されている。ところが、適切な情報提供が行われなかったために自らの利益に適合する行為を選択し得なかった場合には、情報を受ける以前には自らに有利な機会を知らないのだから、そもそも機会を活用する可能性すらない。以上のように、機会

---

ろう「蓋然性（provabilité）」がきわめて大きい場合には、例外的に現実賠償を許与する余地があると説く（GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*. [note 352], n° 226, pp. 143–145）。

(425)　FABRE-MAGNAN, *th. préc*. [note 407], n^os^ 620 et s., pp. 493 et s. *V*. aussi *id., Resp*., n° 41, pp. 119–121.

が「財産化」されていない場合には、機会の喪失の法理を適用を問題とする余地はない。このように述べて、ファーブル・マニャンは、この場合にも賠償を認めるならば、それは、機会という財産を失ったことではなく、情報提供義務違反によって被害者がリスクに晒されたこと、そして、後にそのリスクが現実化したことに対して与えられるのでなければならないとする。(426)

リスクの現実化を損害とみる解決の特性は、主に次の点にあるとされる。すなわち、機会の喪失法理によれば、機会の現実化可能性の割合に応じた一部の賠償が行われる。これに対し、リスクへの曝露の法理によれば、リスクが現実化したときにのみ、ただし、生じた全損害が賠償される。というのは、フォートが犯されていないならば、その者は何らリスクに晒されることはなかったのであり、したがって損害を被ることもなかったといえるため、生じた損害をすべて賠償してこそ、完全賠償が実現されるからである。(427)

**2**　ゲスタンの旧説とその改説　　第二に、有力学説にみられる興味深い動きとして、ゲスタンがその体系書の旧版において展開した議論と、それが新版において改説された経緯を確認しておこう。

ゲスタンは、『契約の成立』第二版において、巻末に「無効の効果」と題する一章を設けて次のように論じていた。(428)「損害賠償請求が無効訴権に付随して行使される場合には、請求は消極的利益の限度で認められる」。というのは、「取消を求める者が同時にその不履行を制裁する損害賠償を求めることは、必然的に矛盾に陥る」からである。しかし他方、「責任訴権が取消とは独立して行使される」場合には、このような矛盾は生じない。よって、この場合には、損害賠償の範囲は消極利益に限られず、完全賠償、つまり積極利益の賠償を求めることができる。こうして、ゲスタン

---

(426)　*Id*., n° 620, p. 493.

(427)　*Id*., n° 625, pp. 496-497.

(428)　GHESTIN, *Formation*, 2$^{e}$ éd., 1988, n° 943, p. 1088

は、特に理論的な問題性を意識することなく、契約関係の維持を前提として損害賠償を請求する場合には、積極的利益の賠償までも認められる余地があると解していた。

ところが、ゲスタンは、同書第三版においては「無効の効果」の章を削除し、以上の議論を撤回するに至る[(429)]。もっとも、このことは、彼が「履行責任」の承認という結論そのものを否定したことを意味するものではない。というのは、ゲスタンは、「無効の効果」に置かれていた叙述を、第三版において新設された「情報の拘束力（effet obligatoire de l'information）」の法理に関する記述の中にそのまま移し替えることで、従前の議論を維持しつつ、ただ、その法的根拠のみを改めているからである。

この「情報の拘束力」の法理とは、ファーブル・マニャンが、自らの独創に基づき、そのテーズの「リスクへの曝露」に続く部分において詳説した構想である。彼女は、その内容を、当事者の「合意の成立」に影響を及ぼすべき事項について不適切または不完全な情報提供がなされた場合に、当該内容を信じた相手方に対し、契約の領域（champ contractuel）の拡大を通じて、提供された情報どおりの履行を義務づける法理と定式化する。ここで注目すべきは、情報提供義務違反のサンクションが、「賠償」ではなく、「契約の領域」への取込みによって与えられるとされている点である。

**二**　「完全賠償」承認論の許容可能性

本項全体の小括の意味をも含めて、ここで、完全賠償としての「現実賠償」に関する新たな基礎づけを説く二つの試みが成功しているかを検証することにしよう。

**1**　フランス法において、情報提供義務違反の制裁として損害賠償を与

---

(429)　GHESTIN, *Formation*, $n^{os}$ 666-674, pp. 647-657. その理由は明言されていないが、この間に、彼の指導のもと、ゲルフュッチ・ティビエルジュが前記テーズを公刊していることにかんがみると、消極的利益賠償論を受け容れたものと解することも不自然ではないように思われる。

えるという解決は、「機会の喪失」の法理によって行われている。この法理を用いることのメリットの一つとして、近時では、意思自律の原理との抵触を避けられることが指摘されているが、これと歩調を合わせるように、契約締結過程における情報提供義務違反を理由とする損害賠償は契約の実現によってもたらされる利益には及ばないとの理解、つまり消極的利益賠償論も、前世紀に比べて正確に理解され、かつ、学説上有力な位置を占めるに至っている。

これに対して独自の議論を展開するのが、ファーブル・マニャンである。彼女は、①「リスクへの曝露」、および、②「情報の拘束力」という二つの法理を提唱することで、「過剰賠償」に陥ることを回避しつつ、提供された情報のとおりに契約を維持することを内容とする救済を体系化しようと試みた。

**2**　それでは、ファーブル・マニャンの所説はどのように評価されるべきか。

まず、「機会の喪失」と「リスクへの曝露」とを区別するという着想について。これら二つの事案類型が、「財産化」の有無という点で、ファーブル・マニャンの指摘する差異を含むことは否定し得ないだろう。しかし、リスクへの曝露という着想に立って、不法行為法という枠組みを媒介しつつ、望まれた契約によって得べかりし利益の実現を直ちに認めることには、なお次のような理論上の困難があると思われる。すなわち、第一に、ここでも、損害発生の直接の原因は、情報適用義務違反によるリスクへの曝露ではなく、あくまで事故の発生なのだから、「フォートが犯されていないならば、その者は何らリスクに晒されることはなかったのであり、したがって損害を被ることもなかった」という論法にはなお飛躍があるように思われる。また、第二に、あくまで当事者間において有効な合意が成立していないことを考えれば、「リスクへの曝露」と「適切な内容で契約が締結されていたならばあったであろう法状態」との間の因果関係も、なお仮定的なものたらざるを得ない。

これに対し、情報の拘束力の法理は、提供された情報の内容を基準として「契約の領域」を拡大することを内容とするものであり、理論的には、損害論に関わる難点を避ける可能性をもっている。また、実際にも、この提言は学説に対して一定の影響を与えているようにみえる。そこで、次項では、この議論を立ち入って検討することにしたい。

## 第二項 「情報の拘束力」の法理

### 第一　概　略

ファーブル・マニャンの「情報の拘束力」の法理の規範内容は、いくつかの判決にみられる解決を整合的に説明することのできる「読み」を通じて、帰納的に析出されたものである。以下では、彼女が判例分析の結果をどのような規範命題に定式化しているかを確認したうえ、そこに抽象化を加えつつ、同法理の理論的意義を汲み取ることを試みる。(430)

#### 一　規範内容

**1**　定義・前提　「当事者の『合意の成立』に影響を及ぼすべき事項について不適切または不完全な情報提供がなされた場合に、当該内容を信じた相手方に対し、契約の領域の拡大を通じて、提供された情報どおりの

---

(430)　ファーブル・マニャンの情報提供義務論は、既にわが国の先行研究において繰り返し採り上げられている。特に、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理―制度間競合論の視点から』（有斐閣、1996年）110頁（特に119頁注(24)ならびに120頁注(52)および同対応本文）、小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論(下)」ジュリ1088号（1996年）94頁、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(2)」早法74巻１号（1998年）74頁、後藤『法理論』（前掲注(399)）２頁以下、山下純司「情報の収集と錯誤の利用(1)、(2)―契約締結過程における法律行為法の存在意義―」法協119巻５号（2002年）１頁、法協123巻１号（2006年）１頁を参照。もっとも、横山論文が今後の検討課題とするほかには、情報の拘束力の法理についての言及はみられない（ただし、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）64頁の指摘は、ファーブル・マニャン説を意識したものか）。なお、本項において本文中に示す文献参照は、ファーブル・マニャンのテーズ（前掲注(407)）からのものである。

履行を義務づける法理」というその定義からわかるように、ファーブル・マニャンが情報の拘束力の法理の適用局面として念頭におく事案類型は、①当事者の「合意の成立」に影響を及ぼすべき事項に関する情報提供について、②何らかの情報が提供されたが、それが不正確・不完全なものであった場合である（n° 586, p. 465 ; n° 637, p. 507)。②のような限定が付されるのは、情報の拘束力の法理が「(積極的に）提供された情報どおりの効果を生じさせる」法理であるという、その性質に由来する。もっとも、沈黙が表示と評価される余地はあるとされるから[(431)]、誤情報の提供と情報提供の懈怠との差異はなお相対的なものだということができよう。

**2**　要　件　　ファーブル・マニャンによれば、同法理適用の要件は、①（情報提供についての）債権者が、提供された情報が契約内容に取り込まれていると正当に期待し得たこと（以下、この要件を「正当な期待」という)、②情報提供義務者において、情報の存在について影響を及ぼす手段を有していたこと（以下、この要件を「実現可能性」という)、である（n° 656, p. 517)。それぞれの内容は次のように説明される。

(1)　正当な期待　　提供された情報につき、その内容の真実性に対する信頼を抱いたこと。当該情報は、契約締結の意思決定に影響を及ぼしたのでなければならない（n° 657, p. 517)。要するに、情報内容の虚偽性について善意であり、それに基づいて契約締結を決意したことが求められる。したがって、契約締結時が情報提供の時的要素となる。

(2)　実現可能性　　提供された情報の内容が実現不可能なものであるときには、情報の拘束力の法理を適用する余地はないとされる。ファーブル・マニャンは、その理由を、情報の拘束力の法理が契約の実現を目的と

(431)　FABRE-MAGNAN, *th. prêc*. [note 407], n° 654, p. 516 は、「相手方を欺くわけではなくても、当事者が自らに有利な外観から利益を享受するときには、当事者の沈黙は、事実審裁判官によって、専権的に、契約内容について積極的な役割を果たす言明・情報として、つまり、拘束力を与えられるものとして解釈される」と述べる（原文斜体)。なお、誤情報提供に関しては、後藤『法理論』（前掲注(399)）23頁の説明を参照。

するものだからだと説明する。すなわち、「債務者において、約された性質の存在を保証することが不可能であるならば、錯誤を理由として、また時には詐欺を理由として、契約の取消しが宣告されることになる。これに対し、完全に取得する可能性のあった性質について債務者が約したならば、この性質は、情報の拘束力の法理によって契約の領域に取り込まれる」（n° 668, pp. 524 et 525）。

**3**　責任の性質・効果　　上記各要件を満たす場合、当該情報は、情報提供義務違反の効果として、契約の領域に取り込まれる。ここにいう「契約の領域」とは、「争いのある要素――たとえば、ある債務――が、当事者間において真に合意されていたか」が問題となるときに用いられる概念であり、「当事者（les parties）がその合意の領域のなかに取り込もうと欲した要素の総体」を指す(432)。つまり、当事者は、明示的に契約の領域への取込みを合意することによって、本来であれば契約外にある要素を契約内容に取り込むことができるというのであるが(433)、情報の拘束力の法理は、合意のない局面においてこれと同様の解決を実現しようとするものである。具体的には、当該情報が債務内容化されるため、その不履行に対しては契約責任の規律が適用され、現実の履行、契約上の損害賠償、または、その要件を満たす限りで契約の解除を求めることができる。ファーブル・マニャンは、こうした多様な効果ゆえに、情報の拘束力を承認することこそが、情報提供義務違反に対する「最も実効的なサンクション」だと説く（n°

(432)　FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n° 116, pp. 275 et 276. この観念を提唱したカピタンの所説については、竹中悟人「契約の成立とコーズ(2)」法協127巻 1 号（2010年）1 頁を参照。

(433)　わが国の先行研究においては、この観念への言及は錯誤論との関係でみられた（たとえば、森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(1)」NBL482号（1991年）25頁）。実際、ファーブル・マニャンも、上記の説明に続く箇所では、この観念が動機の錯誤において果たす役割を論じている。契約内容への取込みを基礎づける場合と、動機の錯誤を基礎づける場合とで、この観念がそれぞれどのような役割を果たすかは、きわめて興味深い問題であるが、この点については、後に若干の所見を示すにとどめ、詳細は他日の考察に委ねることとしたい。

640, p. 508)。

## 二　具体例

以上が規範内容の概略であるが、議論を明確にするために、ファーブル・マニャンが引く具体例をここでみておくことにしよう。

○　事　案(434)

不動産賃貸借。X（賃借人）とY（賃貸人）は、1981年、Yの代理人を介して通知された提案に従い、１平米あたりの賃料262フランとする賃貸借契約を締結したところ（翌年以降の賃料は契約書面では定められなかった)、1982年には、従前よりも50％程度高い賃料が提示された。Xが新賃料の支払いに応じないため、Yから、未払い賃料および利息にかかる弁済催告がなされた。Xは、Yが詐欺をしたことは明白である、Xの同意には錯誤がある、X・Y間において、賃料は１平米当たり262フランと定められたとして、弁済催告の無効を主張して本件訴訟を提起した。

○　パリ大審裁判所1984年11月19日判決

パリ大審裁判所は、詐欺、害意の存在を否定した後、賃貸人の受任者によって提供された不完全な情報による「賃料の額についての本質的錯誤ゆえに、Xは1981年７月23日の賃貸借には同意を与えていない」としたうえで、「XからYへと支払われるべき賃料は〔錯誤によって示された額である〕１平米あたり262フランである」として、Xの請求を認容した。

○　パリ控訴院1985年７月９日判決

上訴審であるパリ控訴院もXの主張を認めた。しかし、もはやそれを同意の瑕疵によっては基礎づけなかった。控訴院は、「Xによってなされた情報提供（renseignement）の求めに対し、Yは、その受任者を通じて、明確な数字をもって答えたのであり、それに基づいて同意が形成されたのである。この同意は１平米あたりの賃料の数字として当事者間の法律をなす……」とした。

ファーブル・マニャンは、両判決を対照して、まず、解決の根拠が異な

---

(434)　事案は、GHESTIN, *Formation*, 2e éd., n° 476-1, pp. 527 et 582のものが参照されている（適宜単純化を加えた)。判決原文は、控訴院判決（JurisData 1985-024526）のみ、ジュリス・クラスールのオンライン・データベース（http://www.lexisnexis.com/fr/droit/）から閲覧することができた。

ることに注目する。すなわち、大審裁判所は、X は Y の受任者によって告知された不正確な情報提供に基づいて賃料に関する錯誤に陥っていたとした。他方、控訴院は、X の同意の瑕疵を認めず、賃料の額について Y の受任者によって示された明確な数額に従って契約が成立したとして、それが「当事者間の法律」になるとした。

次いで、以上の比較を前提に、ファーブル・マニャンは、大審裁判所の判断には二つの問題点があると指摘する。第一に、本件においては、錯誤の「本質性」の要件を満たすといえるかが疑問である。だからこそ、控訴院は、誤った言明を契約内容に取り込みつつ、契約の有効性を維持したのだとみる（n° 648, pp. 512 et 513）。第二に、効果の点でも問題がある。大審裁判所は、錯誤によりながら、提示された数額で同意を与える義務を Y に負わせ、控訴院と同様、受任者によって示された数額で賃借すべしとの結論を導いた。彼女は、こうしたかたちで同意の瑕疵をサンクションすることは興味深いが、理論的な説明としては首肯し得ないとする（n° 649, p. 513）。

以上の整理から、ファーブル・マニャンは、本件は、情報の拘束力の法理のもたらす結論――受任者によって提示された情報を基準として本件契約に積極的改訂を加えることによって、契約期間中の賃料を減額すること――の有用性を例証し、かつ、これを情報の拘束力の法理によって説明すること――受任者によって提示された情報が契約の領域に取り込まれたとみること――の適切性を裏書きする事例だと解するのである（n° 650, p. 513）。

### 三　根　拠

情報の拘束力の法理の概略として説かれるところは以上である。次いで、こうした解決がどのような理論的根拠によって正当化されているかを考察しよう。

この点に関するファーブル・マニャンの基本的立場は、「情報の拘束力の法理は、まったく外観法理との類比によって成り立っているように思わ

れる」というものである（nº 685, p. 538)。詳言すれば、外観法理の規範内容と情報の拘束力の法理とを比較して、彼女は次のように説く。外観法理は、①可視的な事実、②これに対する第三者の正当な信頼をその本質的要素とするが、情報の拘束力の法理にもまた、この二つの性格に対応するものを見出すことができる。というのは、①については、相手方に対して提供された情報がまさに可視的な事実を構成しており、また、②に対しては、相手方の「正当な期待」要件が対応するからである（nº 683, pp. 536 et 537)。情報提供義務違反に基づく情報の拘束力の法理と外観法理とのこうした類同性を要約して、彼女は、「情報提供義務者は、誤った外観を放置しない義務を負い、そして、もし相手方の錯誤を知ったならば、正当な情報によって錯誤を防止する義務を負う(435)」（*id.*）と結論づける。

しかし、以上の共通性にもかかわらず、ファーブル・マニャンは、「情報の拘束力の法理が契約の相手方を保護する法理であるのに対し、外観法理は第三者の保護を目的とする法理である」から、両法理は区別されなければならないという（nº 685, pp. 538 et 539(436))。要するに、「情報の拘束力」の法理は、規範内容においては外観法理と共通であり、その適用領域が二当事者関係に限られる点でのみこれと異なるものとして理解されているということができる(437)。

---

(435)　なお、これに先行して、HAUSER, JCP., 1990 II, 21458に同旨の指摘がある。

(436)　この認識は、契約法の領域に適用される外観法理に関する現象面での説明としては正鵠を射たものと思われ、同旨を説くものとして、BÉNABENT, nº 502, p. 354 ; BOUDOT, *op. cit*. [note 361], nº 18, p. 4 などがみられる。これに対し、CHEN, *th. préc*. [note 375], nº 208, p. 107 note 10などは、二当事者関係にも外観法理が適用されてきたとし、ベナバンらの分析は一部不正確であると批判する。しかし、チェンらが挙げる事例は商人性、婚姻、能力、国籍、住所の問題であるから、ベナバンらの分析を契約法に関するものとみる限り、この批判は当たらないというべきだろう。

(437)　D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. H. MUIR WATT, nº 531, p. 447 note 2147.

## 四　小　括

以上が「情報の拘束力」の法理の大略である(438)。他の論者による評価をも交えつつ、以下にその内容をまとめよう。

まず、情報の拘束力の法理は、提供された情報を信頼した者によってしか援用し得ず、また、所定の要件を満たす限り、情報提供義務者の意思如何を問わずに課される。この点で、それは「まさにサンクションである(439)」。しかし、同法理は「契約の領域」の修正をその直接の効果としており、この点では、「サンクションである以前に、契約による債務を確定する法技術である(440)」。そして、この意味において、同法理は、契約内容の確定に関する法技術を内在的に取り込んだものであり、民事責任に基づく現実賠償という構成とは異なった基礎に立つということができる。

以上のように、情報の拘束力の法理は、一方で民事責任法理と共通の「サンクション」としての性格を有するとともに、他方で同意法理と共通

---

(438)　情報の拘束力の法理との関係では、さらに次の二つの議論が提起されているから、ここで補足しておきたい。第一は、情報の拘束力の法理が認められる事案類型として重要視されている、保険契約における情報提供義務違反の問題である（その概略につき、*v*. VINEY et JOURDAIN, *Effet*, n° 88, p. 175 et 176）。すなわち、被保険者が適切な情報提供を受けなかったために、自らに有利な内容の保険契約を締結することができず、その結果、事故が発生した際に十分な保険金を得ることができなかったという事案につき、破毀院は、しばしば、被保険者が適切な情報提供がなされたならばいかなる内容の契約が締結されたかを問題とし、当該契約の保険金が支払われたと同様の状態を実現するような損害賠償の支払を認める解決を行ってきた。これは機会の喪失によって補足し得る損害の範囲を超えたものだから特別な正当化を要するが、ファーブル・マニャンは、これを情報の拘束力の法理によって基礎づけるべきだとする。概略につき、*v*. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 112, pp. 311 et 312.

第二に、広告書面の契約的効力が問題になる一定の場合につき、情報の拘束力の法理に重畳するかたちで、一貫性原則の適用が論じられることである。この点は後に考察する。

(439)　F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN, n° 174, p. 117.

(440)　DANIS-FATÔME, *th. préc*. [note 361], n° 385, p. 244.

の「契約の領域を確定する法技術」としての性格を有するものとして[(441)]、重層的に捉えられるのである。

**第二**　批判と応接

以上のファーブル・マニャン説に対しては、どのような反応が寄せられたのか。以下、これに対して寄せられた批判を整理するとともに、批判への応接の可能性につき、若干の見通しを述べることにしよう。

**一**　批　判

ファーブル・マニャンの所説に対しては、前記の重層的性格に対応して、二方面からの批判が加えられた。

**1**　民事責任からの逸脱　　第一は、その「サンクション」たる性格に向けられた批判であり、次の二つのものに細分することができる。

①　ファーブル・マニャンの議論もまた、外観法理の民事責任構成と同様、完全賠償原則に対する違反——過剰賠償の禁止——を免れていない[(442)]。

②　判例の現状にかんがみて、限られた事案に対しては情報の拘束力の法理が妥当し得ることは認められる[(443)]。しかし、それを情報提供義務違反のサンクションとして一般化することは妥当でなく、あくまで機会の喪失の賠償を原則とすべきである[(444)]。

**2**　契約からの逸脱　　他方、第二は、契約の領域を確定するものとしての性格に向けられた批判である。この旨を説くリンバッハは、次のようにいう。現行法の体系を前提とする限り、確定的でない表示に対して契約

(441)　なお、提供された情報が契約内容に取り込まれることの根拠として情報提供義務を援用する分析として、さらに、F. COHET-CORDEY, *Document publicitaire et obligation de renseignement du vendeur*, Act. Jur. PI 10 novembre 1996, p. 894などがある。その詳細は、次款第一項**第二**において考察する。

(442)　PRADEL, *th. préc*. [note 409], n° 94, p. 114.

(443)　批判者たるヴィネーが例外的場合として言及するのは、保険契約である。その趣旨につき、VINEY et JOURDAIN, *Effet*, n° 88, p. 176 ; VINEY, *Intr*., n° 200, p. 562を参照。

(444)　VINEY, *Intr*., n° 200, p. 562. 同じく、PRADEL, *th. préc*. [note 409], n° 95, p. 114も、こうした解決はなお一般化されてはいないとの理解を示す。

内容形成的な性格を与えることは不可能である。ここでは競争法による対応がなされるべきであり、民法の問題としては、民事責任の追求を考え得るにとどまる。というのは、「確定性がまったくないにもかかわらず、広告に記載された文言に従って契約を締結するよう義務づけることによって作成者を『サンクションする』のは、同意のメカニズムと相容れない(445)」からである(446)。

**3**　これらの批判はそれぞれ次のことを意味しよう。第一のうち、①の批判は、損害概念の軽視ないし無自覚を批判するものである。他方、②は、限られた事案においては「情報の拘束力」の法理が妥当し得ることを認めているから、情報の拘束力の法理の適用領域の広狭を問題にするものといえる。これに対し、第二の批判は、情報の拘束力の法理が、同意法理と同じく、契約の領域を確定するものである点に着目して、情報の拘束力の法理の適用によって同意法理の内容が馴化されてしまうことを問題にする。この点に関する問題解決を「競争法」に委ねるべきであると指摘は、既存の民法理論による対応の可能性を見定める必要性を改めて意識させるものとして、重要といえよう。

**二**　応　接

次いで、以上の諸批判に対する応接の可能性を検証しよう。

---

(445)　F. LIMBACH, *Le consentment contractuel à l'épreuve des conditions générales : De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, préf. C. WITZ, nº 250, p. 136.

(446)　なお、LABARTHE, *th. préc*.［note 439], nº 175, p. 117も、責任を「サンクション」と構成する必然性はなく、端的に契約の成立として論ずべきであると批判する。ただ、その反面、彼女は、ファーブル・マニャンが「サンクション」という構成を採用したことに大きな利点を認める（*id*., nºs 174 et 175, 180 et 187 pp. 116-117, 120 et 123)。サンクションという構成によれば、①広告の契約的効力を主張し得るのは表示受領者だけであること（さもなければ、「不意打ち条項」の援用を認めることになる)、および、②「この書面は契約とならない（ce document n'est pas contractuel)」旨の文言がある場合にも契約的効力を認め得ることを容易に基礎づけられるというのである。

**1**　まず、三つの批判のうち、第一①は当たらないと考えられる。たしかに、ファーブル・マニャンは、その提唱する「情報の拘束力」の法理を情報提供義務のサンクションの一態様と位置づけている。しかし、同時に「情報が契約の領域に取り込まれる」という説明を用いることによって、理論的には、あくまで契約内容の次元で問題を捉えているからである。

**2**　その余の批判に応えるためには、それらが、ファーブル・マニャン説を、あるいは民事責任法理の範疇のみで捉え（第一②）、あるいは同意法理の範疇のみで捉えている（第二）ことに注目すべきであろう。というのは、彼女の所説が民事責任法理からも同意法理からも独立して基礎づけられ得るならば、両批判の前提も崩されるからである。

⑴　そこでまず、彼女の構想が文字どおりに「民事責任」法理の適用だと解さざるを得ないものであるかという点から考察を加えると、次の二つの理由から、こうした理解には必然性がないものと解される。

第一に、「情報提供義務違反」に対するサンクションは、一般法によれば、民事責任法理または同意の瑕疵の諸法理の適用によって与えられるから、情報提供義務違反に基づき、契約関係を維持したうえでサンクションを与えるという法的解決は、民事責任としてしか説明し得ないと考えるのは自然である[(447)]。しかし、「情報提供義務」という観念は、もともと « devoir » と表現されていたことからもわかるとおり、高度に道徳的な含みをもつものであり、また、特定の規範内容を備えた「法理」との結びつきを有するわけではない。それゆえ、情報提供義務違反の効果を民事責任および同意の瑕疵以外の法理と結びつけることで、情報提供義務論の中に「情報の拘束力」の法理のような新しい考え方を盛り込むことも不可能ではないと解される。実際、前節でみたとおり、意思表示の解釈という問題領域を有しないフランス法は、「外観」「責任」等のさまざまな観念を援用することによって相手方の信頼を顧慮しようと試みてきたが、そのなかには、「情報

(447)　契約の一部を無効とし、または、ある条項を「書かれざるものとみなす」可能性は、さしあたり考慮の外に置く。

提供」という観点を打ち出すものもみられたのである(448)。

第二に、ファーブル・マニャン自身、これを「サンクション」ないし「責任」の問題とみているのだから、ここでの解決は、語の正確な意味における「民事責任」法理によって説明されなければならないと考える余地があろう。しかし、これも前節でみたとおり、外観法理の根底にも「相手方の正当な信頼を裏切ってはならない」という意味での「責任」の観念は存在するから、そのように解することにも必然性はない。実際、彼女もまた、情報の拘束力の法理の背景には、フランス法が「表示された意思」に与える意義が増大してきたという「契約法の現代的展開」が控えていると述べているから(449)、自らの提言を契約法理の枠内で捉える可能性を意識していたことは明らかである。

(2)　次いで、同意法理との関係であるが、この点についても、前節において既にみたとおり、債務発生の根拠を、両当事者の真意の合致ではなく、一方当事者の相手方に対する情報提供義務違反に求める以上、ファーブル・マニャンの所説を同意法理の枠内で捉えることはできない。

**3**　以上のとおり、ファーブル・マニャンの議論が、同意法理からも民事責任法理からも独立した性格をもつと考えることが許されるとすれば、次には、そうした独立の法理が債務の発生を正当化し得るか否かが明らかにされなければならない。そして、そのためには、彼女の扱う具体的な問題において、外観法理の（類推）適用という基礎づけが説得力をもつか否かを検証していく必要があろう。しかし、ファーブル・マニャンの議論は、この点についてはいわば問いを開くにとどまり、それ以上の考察を留保している。この点は、彼女の所説の肯否の論定とともに、後学の課題と

---

(448)　前節第一款第二項**第一**（本誌86巻 1 号（2010年）122頁）。セリスの所説のほか、特に、ヴォワランの所説（前掲注(149)）を参照。

(449)　FABRE-MAGNAN, *th. préc*. [note 407], n° 686, pp. 539 et 540. このような観点からファーブル・マニャンの所説を評価するものとして、H. MUIR WATT, Reliance *et définition du contrat, in* : *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 65 texte et note 41.

されたのである。

### 小　括

**1**　以上をもって、「情報の拘束力」の法理につき、ファーブル・マニャン自身の所説に即して明らかにし得ることを述べ終えた。彼女の主張を要約すれば、それは、契約締結過程の行為によって生じる相手方の正当な信頼を契約内容に取り込むために、一方では、民事責任法理を起点としつつ、情報提供義務違反に対する「責任」という観念との接合を図ることによって、また、他方では、外観法理との接合を図ることによって、伝統的な同意法理を修正することを目指したものだということができる。

**2**　ところで、ファーブル・マニャン説を承継し、契約内容の形成にあたって契約締結過程における「正当な信頼」を顧慮すべきだとする議論は、その後、二つの方向に展開している。一つは、まさにファーブル・マニャンが示したとおり、外観法理の射程を問うという方向であり、いま一つは、セリスを祖とする「一貫性原則（principe de cohérence）」の適用可能性を説く方向である。これらの研究成果を追跡することは、ファーブル・マニャンの提言に理論的基礎を与え、その射程を見定めるために不可欠な作業となるが、それは第三款の課題とする。これに先立ち、次款では、ひとまず彼女以前の法状況に目を向けてみることにしたい。すなわち、判例・裁判例に現れた具体的事例を対象として、彼女の議論を支持するような傾向が看取されるかを検証し、これによって、彼女が克服しようとした実践的課題を現実の素材のなかに確認することにしたい。

## 第二款　契約内容の形成をめぐる法状況一斑――実務的考察

### 緒　言

本款では、契約締結過程の行為によって惹起された「正当な信頼」と契約内容の形成という問題に関する具体的な法状況を、判例・裁判例に現れ

た題材に即して跡づけていく。議論は次のように進める。

まず、契約法に属する広告書面の契約的効力（la valeur contractuelle des documents publicitaires）の問題を考察し、契約締結過程の行為を契約内容へと反映させるという理解が契約法の領域においてどのように適用され、いかなる意義を認められているかを考察する〔第一項〕。次いで、破毀院混合部2002年 9 月 6 日判決を採り上げ(450)、同一の解決が法定債権関係にも見出されていることを明らかにするとともに、これに伴って提起された学説状況の混線に付言し、契約成立時における正当な信頼の保護を企図する議論の狙いを論定する〔第二項〕。

ところで、以上のように、契約関係および法定債権関係において同一の解決が適用されていることは、この解決が、既存の債務発生原因類型と正確に符合しないものであることを示唆するといえよう。本款にみる新しい問題状況が、既成の債務発生原因論にどのような歪みをもたらしているかを考察することは、契約締結過程における「正当な信頼」が契約内容の形成に対してどのような影響を与えるかを理論的な視点から理解するうえでも、重要な作業となるだろう。

### 第一項　契約法の領域

売主が、純然たる性質保証約束に署名したわけではないが、契約締結過程において、自らの責任において、当該売買契約の目的物につき、それが特定の性質を備えたものであることを確言したとする。かかる場合に、与えられた情報が誤ったものであれば、同意の瑕疵が問題になるとともに、当該情報の内容に従って契約内容が形成され得るか否かが問題になり得ること、これがまさにファーブル・マニャンの取り組んだ問題であることは、前款において縷言したとおりである。

情報内容に従って契約内容が形成されるのがいかなる場合であるかとい

---

(450)　Bull. Inf. C. cass., n° 564, p. 3. さしあたり、*V*. TERRÉ et al., *op. cit*. [note 421], numéro des arrets 242, p. 568.

う問題は、フランス法においては、主として「広告書面」が提示されている場合において、それがどのようなときに契約内容を決定する効力を有するかというかたちで論じられてきたといえる。そこで、本項では、この「広告書面の契約的効力」に関する問題を扱う判例の展開を跡づけたうえ〔**第一**〕、現在の法状況を「実務的」研究に基づいて考察する〔**第二**〕。

### **第一**　判例の動向

はじめに判例法理の展開の輪郭を素描したうえで〔**一**〕、個々の判決を概観し〔**二**、**三**〕、最後に、全般的な特徴を指摘する〔**四**〕。

#### **一**　輪　郭

全体の見通しを得るために、まず、この問題に関する判例の流れとして一般に認識されているところを一瞥しておこう(451)。

**1**　「許される詐欺」としての許容　　通例、「判例は、当初は契約的効力を否定していたのが、後にこれを肯定する傾向を有するようになった」と分析される。すなわち、当初、破毀院は、広告書面に記載された内容を履行しなかった場合、広告書面に契約的効力を与えることはせず、民事責任または詐欺（1116条）によって対応してきた。しかも、多くの場合、広告書面は「許される詐欺（*dolus bonus*）」の範疇にあり、何らの制裁をも生じないとされた(452)。その代表的判決としてしばしば引かれる破毀院予審部

(451)　この点に概観を加える論稿として、LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n$^{os}$ 137 et s., pp. 101 et s. ; O. AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. Ph. DELEBECQUE, n$^{os}$ 271-277, pp. 212-217 ; M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pourvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, préf. J. MESTRE, n$^{os}$ 472-485, pp. 528-541. 判例の動向に関する見方は、大方の論者において本文に述べるところに収れんしているが、そうした理解は、B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, *Le droit des contrats face à l'évolution économique, Études R. HOUIN*, 1985, pp. 9 et 10によって明確化されたもののようである。

(452)　あらゆる虚言（mensonage）が直ちに詐欺になるわけではなく、単なる誇張のような非難すべからざるものは、「許される詐欺（*dolus bonus*）」として伝統的に許容されてきたというのが、フランス法における一致した理解である（GHESTIN, *Formation*, n$^{o}$ 564, pp. 533 et 534 ; MAZEAUD et CHABAS, n$^{o}$ 191, p. 183）。

1862年 7 月11日判決は、株式引受けを告知するための案内書（prospectus）においてなされた虚偽の事実告知は、それがなければ契約を締結することもなかったというほどに引受人の精神に決定的な影響を与えたのでない限り、引受けの無効原因とはならないとしたものである(453)。もともと、広告書面とは、「物または役務の需要を刺激するために事業者から不特定人に届けられるメッセージ」と定義づけられるとおり(454)、それに拘束されるという確定的な意思を表象するものではないから、こうした解決が行われたことは至極自然なことと思われる。

**2**　契約的効力の承認　　こうした傾向は20世紀中葉まで続くが、おおよそ1960年代以降に至ると、広告書面に契約的効力を承認する判例が現れ始めた。消費社会の展開がその社会的背景をなしていることは疑いがないが、法理論的には、「消費者法および情報提供義務論の進展によって、許される詐欺の領域が縮小している」旨の指摘に注意を払うべきだろう(455)。

もっとも、以上の傾向を生じた後も、当初は、法的救済として構想されていたのは相変わらず同意の瑕疵の諸法理の活用であって、広告書面に契約的効力を承認しようという動向はあまりみられなかった。そのような状況にあって、附合契約を論じたテーズにおいて、ベルリオーズが、判例の傾向を論じて、約定の内容を明確に記述する広告には契約としての効力が

---

近時の判決として、*v*. Cass. com. 13 décembre 1994, CCC. 1995, comm. 48, p. 4, note L. LEVENEUR. なお、比較法的状況を考察するオーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ｉ・II』（法律文化社、2006年）237頁をも参照。

(453)　Req. 14 juillet 1862, D. H. 1862, I, 429 ; S. 1862, 1, 849. 本判決の詳細および理論的意義につき、山下「情報の収集と錯誤の利用(2)」（前掲注（430））19頁の紹介と分析を参照。

(454)　J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7$^{e}$ éd., Dalloz, 2006, n$^{o}$ 125, p. 139.

(455)　GHESTIN, *Formation*, n$^{o}$ 429, p. 464. もっとも、専門家責任としての助言義務を論ずるものは古い。*V*. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 1$^{e}$ éd., LGDJ, 1939, t. 1, n$^{o}$ 46, pp. 59 et 60.

与えられているとしたことは、後の論調を先取りしたものとして注目に値する。(456)

その後、1981年には、アンリ・カピタン協会が宣伝広告（publicité propagande）を主題とするコロックを開催した。そのなかで、ペダモンは、フランス法の状況につき、詳細な広告によって消費者の同意が決定づけられることにかんがみれば、これが契約の領域へと取り込まれるのは当然であって、判例も既に繰り返しその旨を指摘しているとの報告を行っている。(457)この指摘を嚆矢として、1980年代以降、広告書面に契約的効力を付与する傾向が判例にみられるとの理解が次第に定着していくことになるのである。

## 二　判決の紹介と検討

さて、以上の素描を念頭に置いたうえで、個々の判決を具体的に採り上げつつ、判例の全般的な傾向を辿ってみることにしたい。(458)

### ㈠　肯定判決

【1】破毀院第一民事部1965年2月9日判決(459)

---

(456)　G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, préf. B. GOLDMAN, n° 176 et 183, p. 95 et 97. ベルリオーズの上記分析に理論的基礎を与えようとしたものとして、A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel,* thèse dactyl., Nice, 1977, nos 18 et s., pp. 32 et s. ; nos 362 et s., pp. 488 et s. があり、同旨の分析を示したものとして、O. TOURNAFOND, *La publicité mensongère en matière immobilière*, JCP N, 1984, I 353, nos 28 et s., pp. 361 et s. がある。

(457)　M. PÉDAMON, *Rapport francais, in* : *La publicité propagande*, Trav. AHC, 1981, Economica, 1983, pp. 120 et 121. 同旨を述べるものとして、F. PEREIRA COELHO, *Rapport général, in* : *La publicité propagande*, Trav. AHC, 1981, Economica, 1983, p. 19.

(458)　以下で採り上げる判決は、概説書ならびに前款および本款で検討した（する）論稿に挙げられているものの一部であり、頻回に参照される判決を重点的に採り上げている。破毀院判決を中心とするが、注目すべき内容の下級審判決も含む。判例集に搭載されていない判決は、ジュリス・クラスールのデータベース（前掲注(434)）に掲載された判決文を用い、裁判機関、判決年月日および破毀申立事件番号（下級審判決については JurisDate の番号）によって事件を特定する。なお、隅付き括弧内の通し番号は、判決のなされた時系列順に付されたものである。

動産（セラミック製の対凍結性瓦）の売買契約。広告（prospectus）においては「雹に堪え得る」とされていたにもかかわらず、凍結に耐えなかったため、X（買主）が、Y（売主）に対し、瓦の瑕疵を理由として契約解除を主張した。本件約款には、瑕疵があっても瓦の交換には応じない旨の免責条項が挿入されていたが、控訴院は、①当該免責条項は請求書（facture）に挿入されていたものであるところ、X が売買契約締結時に約款の内容を知っていたことは立証されていない、②不明瞭な約款は、Y が広告でした約束を無効とし、または制限することができないとの理由で、免責条項の効力を認めなかった。これに対し、Y は、①免責条項は適法であって Y には不可欠なものである、② X は事業者であって、約款の内容を知らないことなどあり得なかった、③広告に述べられたことを請求書に記載されたことに優先させるのは商慣習に反するとして、原判決の破毀を申し立てた。破毀院は、控訴院の判断はその専権に基づく契約解釈の結果であるとして、Y からの破毀申立を棄却した。

【2】破毀院第一民事部1966年 5 月18日(460)

動産（製粉のための風車設備）の売買。X（買主）が、養豚に用いる燕麦を挽くために当該設備を用いたところ、製粉の性能が悪かったため、豚が嚥下するという損害を被った。控訴院は、X の Y（売主）に対する解除および損害賠償の請求を認容。燕麦の製粉は目的物の本質的な客観的性質をなさないとする売主からの破毀申立に対し、破毀院は、Y によってなされた広告上の表明に反すると指摘し、製粉の性能が悪いことをもって瑕疵とした原判決の判断を正当とした。

【3】パリ控訴院1967年 3 月 3 日(461)

動産（自動車）の売買契約。広告書面に記載されていた燃油の消費量が実際の消費量とかけ離れていたことを理由として、X（買主）が解除（1184条）を求めた（ただし、X の主張は、裁判所によって売買契約解除訴訟（action rédhibitoire）に修正（rectification）された）。パリ控訴院は、広告書面の契約的効力に特に言及することなく、燃油消費量の齟齬は瑕疵に当たるとして、損害賠償請求のみを認容した。

【4】パリ控訴院1970年 6 月11日判決(462)

---

(459)　Bull. civ. III, n° 103.
(460)　Bull. civ. I, n° 308.
(461)　Gaz. Pal. 1967, 2, p. 34.

【3】と同種の事案につき、同旨の判決。

【6】パリ大審裁判所1977年３月９日判決(463)

売買契約においてＹ（売主）の引渡しが予定より約２週間遅滞したため、Ｘ（買主）から解除の訴えが提起されたという事案。パリ小審裁判所は、Ｘの宣伝文句である「信頼できる契約（contrat de confiance)」との文言に契約的効力を認め、これを理由として、引渡しの遅滞を契約不履行だとした。

【7】破毀院第三民事部1979年１月23日判決(464)

戸建住宅の売買契約。広告において「私生活の保護（sauvegarde de leur intimité)」を謳っていたにもかかわらず、売主（不動産開発業者）が、隣接地に、同住宅を見下ろすことのできる６階建ての建物を建築した。破毀院は、「各買主に交付された広告書面および住宅の建築のために用いられる建築技法は、買主の関心を特に私生活の保護へと惹きつけるものであった」などとして、瑕疵担保責任を理由として売主に損害賠償責任を負わせた。

【8】破毀院第三民事部1979年４月２日判決(465)

完成前順次移転売買（vente en l’état futur d’achèvement）による不動産売買。コンクリート舗装がなされていなかったために建物に浸水が生じたとして、Ｘ（管理組合）から、Ｙ（建設販売民事会社）に対し、不完全履行の主張がなされた。広告書面上は「コンクリート舗装」がなされている旨が明示されていたのに対し、売買契約証書によって参照された仕様書にはその記載がなかった。Ｙが、契約内容を確定するにあたっては売買契約証書によって参照される仕様書のみを顧慮すべきであるにもかかわらず、説明広告を参照した原判決の判断は変性に当たると主張したのに対し、破毀院は、「セメント舗装されていると広告されたガレージの地面の性質について、詳細な言及が広告の記述においてなされている場合には、Ｙは、法律上、一般性のある内容の記述から、不明確性を除去しなければならない」と判示して、広告書面の契約的効力を承認した。

---

(462) Gaz. Pal. 1971, I, somm. p. 47.

(463) RTDciv. 1978, p. 150, obs. G. CORNU.

(464) D. 1980, p. 412, note F. STEINMETZ ; JCP, 1979, II 19241, obs. B. STEMMER ; RDI 1979, p. 477, obs. J.-C. GROSLIÈRE et Ph. JESTAZ.

(465) Gaz. Pal., 8 avril 1980, p. 7, note A. PLANCQUEEL ; Defrénois, 1980, 32363, p. 953, obs. SOULEAU ; RDI 1979, p. 477, obs. J.-C. GROSLIIÈRE et Ph. JESTAZ.

【9】破毀院第三民事部1982年１月13日判決[466]

商店街の１階にあって、営業に用いるために造成された賃貸用不動産を目的とする不動産売買契約。広告書面では、この建物のある商店街にカフェテリアとドラッグストアが開店されるとされていたにもかかわらず、これが実現せず、孤立した立地になったため、X（買主）が上記建物で営業していた店舗は閉店を余儀なくされた。そこで、X は、Y（売主・不動産開発業者）に対し、損害賠償を請求した。控訴審判決は、「ドラッグストアの開店についての広告書面は単なる意向を表明したものではなく、債務発生原因であると解される」として X の請求を容れたが、Y は、広告書面は売買証書において参照されていないものであるから、これに基づいて契約内容を確定した原審には違法があるとの破毀申立をした。破毀院は次のように判示して破毀申立を棄却した。「自らの事業者性を明言したことによって Y は、X が正確な調査を行うよう対処しなければならなかったというべきである。原判決は、売買契約証書に署名した当時、取得者が情報提供を受けたことを基礎づけることなしに、契約締結を勧誘することのみを目的とする広告においてなされた約束とは状況がまったく異なること、および、少なくとも曖昧さが X の精神に残存したことを認定した。以上の理由により、控訴院が Y は責任を負うと判断したことには、所論の指摘する齟齬および立証責任違背はない」。

【11】パリ控訴院1994年５月３日判決[467]

不動産売買契約。X（買主・豚肉加工業者）が、建築中の建物群の一角にある店舗を目的とする売買契約を締結した。当初の計画では、これらの建物は40店舗からなる商業施設として運営される予定であったが、実際には15の建物について商業化（commercialisation）がなされたにすぎなかった。そこで、X は、Y（売主）に対し、広告冊子において「活気に溢れる商業施設」である旨を強調していたことを主張して、契約の解除を主張した。なお、同冊子は、施設の内装を描いた表面（１頁部分）においては「契約内容とはならない（non contractuel）」旨を明記していたのに対し、商業施設の環境について記述していた裏面（２頁部分）においては、それが契約的効力を有するか否かを明記していなかった。

以上の事実関係につき、パリ控訴院は次のように判示した。「広告のための小冊子は、それが売買契約証書に付属させられ、または証書によって参照

(466)　JCP. 1983, II, 20026, note B. STEMMER.

(467)　D. 1996, somm., p. 11, obs. O. TOURNAFOND. なお、【12】は、本件の上訴審である。

されているのでない限り契約的効力を有しないのが、確立した原則である」。しかし、「当該小冊子が確定的かつ明確であるときには、事業者たる売主に課される情報提供義務を具体化しており、買主が同意を与えた際の文脈を詳述するものとなる」。これを本件についてみるに、「前記小冊子は、２頁の仕様書を明確に指示することによって、反対に（*a contrario*）、１頁の設計書には契約的効力を有しないという性格を与えるものであり、そのようにして、冊子自体と契約的効力のないものとを区別していた」。そして、「Xが事業者であることにかんがみれば、甘受すべき一定のリスクを警告されたという事実をもってしても、Yをして、Xと同程度の資格を有する（qualifié）ものとするわけではない」として、Xの請求を認容した。

【13】破毀院商事部1996年10月22日判決(468)

運送契約。Xは、Yに対し、競売への入札関係書類の配達を依頼した。Yは、配達物は発送の翌日正午までに配達される旨を広告に記載するとともに、その包装紙においても同旨を記載していた。にもかかわらず、実際に書類が配達されたのが翌々日であったため、Xは入札に参加することができなかった。そこで、Xが、Yに対し、損害賠償を求めたところ、Yは、本契約には、配達の遅延による損害賠償額の限度額を運送料の金額（本件では122ユーロ）とする旨の免責条項が挿入されているとして、上記金額を超える損害賠償の支払いを拒絶した。

以上の事実に対し、原々審は、Y自らが謳っていた性質を担保し、サーヴィスを保証することができなかったのであり、それらが本件契約の第一次的な利益であったとの理由から、Yの重過失を認定した(469)。しかるに、原判

(468)　いわゆるクロノポスト判決である。Contrat, concu, consomm. février 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; D. 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; D. 1997, sommaire, p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois, 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; JCP 1997, 1, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN et 4025, n° 17, obs. G. VINEY ; JCP 1997, 2, 22881, note D. COHEN ; RTVciv. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE. 簡便な解説として、TERRÉ et *al., Grands arrêts*, numéro des arrêts 157, p. 111がある。わが国での紹介として、特に、小粥太郎「フランス法における『契約の本質的債務』について⑴」早法76巻１号（2000年）22頁以下、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）559頁、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010年）33頁以下〔初出：「『契約の本性』の法理論⑴」法協122巻２号（2005年）〕を参照。

(469)　原判決が重過失の存否を判断したのは、免責条項の効力が否定されるのは重過

決は、上記不履行の事実をもってしてはなお債務者の重過失は認められないとして、原々審判決を破棄した。X からの破毀申立てに対し、破毀院は、「Y は、そのサーヴィスについて、迅速かつ確実な運送のスペシャリストであることを保証した（garantir）ことによって、X の書類を約定の期限に配送する義務を負ったのであり、この本質的債務に違反したことを理由として、引き受けられた約定（engagement pris）の射程と矛盾する責任制限条項は、書かれざるものとみなされる」と判示し、原判決を破毀した。

【14】破毀院商事部1997年 6 月17日判決(470)

動産売買契約。「偽造されない」という触込みのチェックライターを X（買主）が購入し、これを使用していたところ、同人は手形偽造の被害に遭った。X の損害賠償請求を認めた控訴院判決に対し、Y（売主）は、「いかに精巧に設計・製造しても、事務器機には、技術の実現に必然的に伴う一定の内在的不備が存するのであるから、ただ欠陥が確認されたということのみによって製造者に結果債務を負わせるようなことはできない」、「商慣行として通常の範囲内の誇張はあらゆる広告に存するのであるから、広告を行った者は、告知された条件を欠けば何でも制裁されるといったようなかたちで、広告内容に厳密に適合しなければならない義務を負わされるものではない」と主張して破毀申立をした。これに対し、破毀院は、「一方で、Y は、広告書面において、当該器機を用いて振り出された手形は偽造されない旨を保証しており、他方で、X は、Y から購入した当該器機を使用したにもかかわらず、手形偽造の被害に遭ったものである」として、Y の責任を認め、破毀申立を棄却した。

【15】破毀院第三民事部1997年 7 月17日判決(471)

不動産売買契約。Y は、X に対し、分譲住宅の 4 号棟が建築される予定の土地（本件土地）を売った。その後、本件土地の東側に隣接する土地一帯（もともと上記分譲地に含まれていなかった）が分割され、分譲住宅 1 号棟および 3 号棟と統合された。この一帯は、当初の計画では緑地とされる予定であった。そこで、X は、この一帯が緑地だという前提で本件土地を買ったと

失による債務不履行が犯された場合であるとの規律が確立していたためである（小粥・前掲論文（注(468)） 7 頁以下を参照）。

(470) JCP E. 1997 II 1022, p. 264, note F. LABARTHE ; D 1998, Jur. p. 248, note G. PIGNARRE et G. PAISANT ; CCC., 1997, comm. 177, obs. L. LEVENEUR ; RTDciv. 1998, p. 364, obs. J. MESTRE.

(471) D. 1997, IR, p. 207 ; RTDciv. 1998, p. 363 obs. J. MESTRE.

主張して、Yに対し、損害賠償を請求した。

原審が損害賠償請求を認容したため、Yは、次のように主張して原判決の破毀を申し立てた。「売主は、売買目的物を引き渡すことのみを義務づけられるのであり、また、契約条項のみが両当事者を拘束するのだから、本件買主は、売買目的物の完全な引渡しを得られなかったと主張するために、後になって契約外の書面を援用することはできない」。また、買主は、分譲地について定める全条項を理解していたのだから（契約書28条が分譲地に含まれる緑地の範囲を定めていた）、「東側一帯の土地が分譲地の一部でないことを知らなかったということはあり得ない」。それゆえ、原判決は、1134条および1693条に違背するものである。

以上に対し、破毀院は次のように判示して破毀申立を棄却した。「控訴院は、Xに交付された商業化計画（plan de commercialisation）および分譲地全体図において、実際に、係争の対象たる土地一帯が緑地として記載されていたこと、Xが、〔本件土地を購入することを〕決意するにあたっての直接の環境として考慮したことを認定した。これによって、控訴院は、対審の原則に違背することなく、次のように認めることができた。すなわち、全体図および商業化計画において、Xが購入した土地に沿って存在する緑地に関する言及を表示したことによって、Yは、Yが影響力を有する土地〔＝本件土地の東側一帯〕については義務を負っており、かつ、これを遵守しなかった」。

**【19】破毀院第三民事部2004年６月８日判決(472)**

不動産売買契約（完成前順次移転売買）。特に防音の設計に意を用いた旨を謳っていた広告書面が、X（買主）の同意を決定づけたとして、当該広告書面に契約的効力を承認した原判決を支持した。

**【21】破毀院第一民事部2010年５月６日判決(472a)**

私立学校の在学契約。子の職業訓練のために在学契約を締結した母が、宣伝用パンフレットおよびインターネット・サイト上でなされた、学生のために就職を見つける旨の約定に違反したとして、学費の支払を拒絶した。原審が、「宣伝用パンフレットはいかなる場合にも契約とは解されない」として学費の支払を命じたのに対し、破毀院は、「広告書面は、それが十分に明確

(472)　Pourvoi n° 02-19.739, 02-20.288.

(472a)　RTDciv. 2010, p. 580. obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP E, 2010, 1834, note F. LABARTHE ; RDC. 2010, p. 1197, obs. D. MAZEAUD.

で詳細であるがゆえに、契約当事者の同意に影響を与えるものであるときには、契約的効力をもち得る」として、この点についてさらに審理を尽くすべく原判決を差し戻した。

### ㈡　否定判決

【5】破毀院商事部1972年11月21日判決(473)

動産（キャンピングカー）の売買。折込み広告においては、「アコーディオン式の間仕切り」が設置されているとされていたのに反し、実際には単なる布のカーテンが付けられていたにすぎなかった。X（買主）が Y（売主）に対し損害賠償を請求。これを棄却した控訴院判決に対し、X は、次のように主張して原判決の破毀を申し立てた。① Y は、注文書において、目的物の仕様を変更する権利を留保しているが、これは純粋随意条件として無効である、② X が広告に記載された特徴をもつものとして売買契約を締結したことを看過したことは変性に当たる。しかし、破毀院は、破毀申立人（X）は、注文時に「アコーディオン式の間仕切り」について意思の合致があったことが証明されていないこと、および、X が、異議を述べずに目的物を受領したことを理由として、破毀申立を棄却した。

【12】破毀院第三民事部1996年 7 月17日判決(474)

不動産売買契約。事案は【11】を参照。【11】が、 1 頁部分の記載においては契約的効力が明示的に否定されているのに対し、 2 頁部分にはその旨の記述がないという事実関係を「反対解釈」して、 2 頁部分の記載には契約的効力が認められる旨を判示したのに対し、破毀院は、X（買主）がディーラーであることにかんがみると、控訴院の理由づけは広告書面の契約的効力を認めるにはなお不十分であるとして、原判決を破毀した。

【16】破毀院第三民事部2002年 4 月 3 日判決(475)

完成前順次移転売買による不動産売買契約。X（管理組合および一部の区分所有者）が、騒音公害を理由として、Y（建築者・売主）に損害賠償を請求した。控訴院は、強固な防音措置が講じられている旨が広告冊子に記載されて

---

(473)　Gaz. Pal. 1973, 1, p. 135.

(474)　Bull. civ. III, n° 197 ; Defrénois 1996, art. 36434, n° 147, p. 1366, obs. Ph. DELEBECQUE ; CCC. 1997, comm. 4, p. 11, obs. L. LEVENEUR ; RTDciv. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; DP 1996, n° 42, p. 76, obs. P. CHAUVEL ; D. 1997. som. p. 342, obs. O. TOURNAFOND.

(475)　Pourvoi n° 01-01.647.

おり、これがXの同意を決定づけたとして、請求を認容した。

しかし、破毀院は、次のように判示し、契約書面中に完結条項（clause d'intégralité[476]）が存するにもかかわらず、契約書面以外の書面に基づいて契約内容を認定した原判決には違法があるとして、これを破毀した。すなわち、「売買契約証書は、そこで参照される書面のみによって当事者の権利義務が規定されると明記しており、また、建築基準ならびに用いられるべき材料の種類および性質を明確にする説明書は、同様の目的を有するそれ以前の書面、および、一般的にいって、説明としてなされたあらゆる参照をすべて無効とし、更新している。にもかかわらず、上記のごとく判示し、控訴院は、明瞭かつ明確な契約を変性し、上掲法条〔1134条〕に違背したものである」。

【17】破毀院第三民事部2002年10月22日判決[477]

不動産（アパルトマン）売買契約。広告においては「素晴らしい海の眺望」と謳っていたにもかかわらず、実際には楢の木で眺望が塞がれていた。破毀院は、「予約契約も、公証証書による売買契約書面も、『素晴らしい海の眺望』、または売主のそのような眺望を保証する義務については何ら触れておらず、また、広告書面は売買契約証書に付属させられておらず、参照もされていないのであって、契約的効力を有しない」と判示して、X（買主）からの損害賠償請求を斥けた。

【18】破毀院第三民事部2002年11月６日判決[478]

不動産売買契約。パンフレット（brochure）に「贅沢の彼岸へと至る世界に達する」なる文言が挿入されていことを理由として、当該住居が高級な（haut-standing）なものであることが保証された旨が主張された。破毀院は、住居の環境に関する破毀申立人の主張は、売買契約証書から生ずる債務にも広告書面から生ずる債務にも関わらないものであるとして、「高級さ」が保証されたとはいえないとした原判決の判断を正当とした。

---

(476)　判決は「完結条項」という言葉を用いていない。しかし、本件契約書は、合意がすべてその書面で約されていること、および、契約締結過程においてなされた表示は考慮されないことが規定するものであるから、まさに完結条項が挿入された契約書だということができる。完結条項の効力については、さらに、**第二・二**をも参照。

(477)　RDI 2003, p. 153, obs. Y. JEGOUZO et F.-G. TRÉBULLE.

(478)　Pourvoi n° 01-11.427.

【20】破毀院商事部2005年２月１日判決[479]

運送契約。運送品の到着が〔通常より〕遅延する間に、商品の価値が下落した。そこで、X は、Y の広告が運送の適時・迅速性を謳っていたことを理由として損害賠償を請求した。破毀院は、到着の時期については、X から特段の指示がなされず、また、契約条項においても特段の定めはなされていないと指摘したうえで、控訴院が、到着の適時・迅速性を謳った Y の広告には契約的効力はないと判断したことは、その専権に属する両当事者の共通の意図の解釈の範疇に属するものであると判示して、破毀申立を棄却した。

## 三　留保の効力

ここで、以上とは区別して、広告書面ないし契約書面自体において、広告書面に契約的効力を認めない旨の留保が付されている場合に関する取扱いをみておきたい。この問題は、ゲスタンによって採り上げられたのを皮切りに、学説においては非常に盛んに論じられている。しかし、この点に関する判断を含む判決は公刊されているもののなかにはきわめて少なく、破毀院判決は見当たらない[480]。

【10】パリ控訴院1985年３月22日判決[481]

不動産売買契約。広告書面においては、「建物の外壁は、清掃、塗直し、修繕などを必要としない」旨が記載されていたにもかかわらず、実際の建物は、頻繁な修繕を必要とするものであった。そこで、X（買主）は、Y（売主）に対し、修繕に多額の費用を要したとして損害賠償を請求した。これに対し、控訴院は、「広告における通知は、明示的に言及されていたように、何ら契約効力を有しないものであった」とし、それに「商品の商業上の賛辞」としての意味しか認めず、X の請求を棄却した。

---

(479)　Pourvoi n° 03-16.773.

(480)　GHESTIN, *Formation*, n° 412, p. 371 note 117が４件の判決を引いているが、何らかのかたちで本文を閲覧し得たのは【10】のみであった。LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n° 192, p. 125は、破毀院判決は存しないと明言しており、その後も現れていないようである（【12】は事実関係からすればこの問題を含んでいるが、判断には踏み込んではいない）。ただし、関連問題として、完結条項に関する【16】がある。この点については後に論じる。

(481)　JurisData n° 022766.

## 四　判例法理の特徴と傾向

以上の概観をもとに、判例の傾向と、判例法理の前提をなす論理をみていこう。

**1**　判決の傾向　　広告書面の契約的効力を承認する判決は、この問題がはっきりと意識され始めた1970年代当初は、建設途中の不動産の売買に関する事案に比較的多くみられた（【7】～【9】）。建設途中の不動産については、目的物をめぐる環境が変化し、広告において述べられた見込みと契約締結段階の状況との間に齟齬を生じることが間々あるためだろう(482)。とはいえ、広告書面に契約的効力を付与するという判例法理は不動産取引に特有のものだというわけではない。実際、三判決以前における他の分野の肯定例（【1】～【4】)、動産取引に関する【14】においても、不動産売買の類型におけるのと同様の判断が適用されている。

こうしたことから、2000年ころには、肯定判決を挙げて、破毀院判決には広告書面に契約的効力を承認する傾向があるとする事実認識が広く浸透していた(483)。しかし、実際にはこれを否定し、あるいは肯定した原判決を破毀する判決も絶えず存在しており、そうした傾向は特に2000年以降に顕著になっている（【16】～【18】、【20】）。そこで、最近では、判決が広告書面の拘束力を認めるのに厳格な態度を採りつつあるかのように評価する評釈も現れ始めている(484)。

以上のように、判例に統一的な傾向を見出すことは困難な状況にある。

---

(482)　A. BELLACHE, *Le régime juridique des défauts de conformité dans le vente d'immeubles à construire, étude critique des décision de la cours d'appel de Paris*, JCP N. 1985, II, n° 5, p. 143は、次のように説く。伝統的な不動産売買（完成後の売買）の構造として想定されていたのは、はじめに目的物を見て、それから場合によってはそれを購入するというものであったのに対し、完成前順次移転売買においてはこのプロセスがまったく逆になる。それゆえ、両者においては、瑕疵の法的取扱いにも異なった考慮が必要とされる。

(483)　*V*. e.g. HOUTCIEFF, *th. préc*. [note 437], n° 507, p. 430.

(484)　【17】につき、JEGOUZO et TRÉBULLE, obs. préc. [note 477], p. 153.

しかし、一定の場合には広告書面の契約的効力が認められるのはたしかだから、今日の課題は、契約的効力を与えることの可否ではなく、それを前提として、その根拠と要件を明確化することにあるといってよいだろう。それゆえ、判例の傾向の観測は以上にとどめて、いまは議論を先に進めることにしたい。(485)

**2**　判決の論理　　判例の論理については、二点の特徴と一点の注意を指摘することが許されよう。

第一に、各判決は、証書たる「契約書」を対象として契約内容の確定が行われるという理解を本則としつつ、場合によっては、広告書面をも顧慮して契約の内容が確定されるとする。このような序列関係が存するがゆえに、広告書面を顧慮するという解決は、常に契約の変性との関係で考察されるのである。(486)

第二に、広告書面を顧慮し得るか否かを決する際には、広告という「書面」に契約的効力が認められるかが検討され、これが肯定されるときにはその内容が契約内容に取り込まれるとされる（【11】、【12】、【17】、【19】）。つまり、ある言明が契約内容になるか否かは、その言明がなされた書面が契約書面となるか否かという、ある種の「法性決定」の問題として論じられている。(487)

---

(485)　最近になって否定判決が増えているとされる理由については、学説上、広告書面の契約的効力に積極的な論者が増えつつあることを考えると、LAMOUREUX, *th. préc*. [note 451], n° 478, pp. 532 et 533 によって示されている次の推測に一定の説得力があるように思われる。すなわち、近時の判決に否定例が増えているのは、広告書面にも契約的効力が認められ得るとの認識が次第に浸透してきた結果、十分な基礎づけを伴わずにそうした主張がなされる機会が増えたためだというのである。実際、破毀院が決して従前の立場を撤回していないことは、【21】判決の登場によっても明確にされている。

(486)　なお、契約の変性に対する破毀院のコントロール権限との関係では、【12】によって、広告書面に契約的効力が付与されるか否かの理由づけにつき、破毀院のコントロールが及び得ることが明確にされたことに注意を要する。

(487)　*V*. FABRE-MAGNAN, *th. préc*. [note 407], n° 676, pp. 530 et 531. また、LAMOUREUX, *th. préc*. [note 451], n° 27, p. 59は、法性決定の問題として主に論

第三に、注意を要するのは、①広告書面はあくまで契約の外部の事情であり、証書を解釈するために参酌されているにすぎないのか（解釈資料）、それとも、②まさに広告書面そのものが契約の構成要素を組成すると解されているのか（解釈対象）が、必ずしも明らかでないことである。この点については、確言はなし得ないけれども、次の二点にかんがみれば上記②とみるのが素直な理解だといえよう(488)。すなわち、第一に、証書の解釈のために契約締結過程の事情を参酌することは、1161条に定める「行為全体(l'acte entier)」に含まれると解されてきたから(489)、これを解釈資料として用いてよいかという問題自体については、特に議論が生ずるとは考え難い。また、第二に、広告書面に契約的効力が認められたときには、契約全体の解釈を明示的に問題にすることなく、広告書面の記載内容に即して債務内容が確定されている。広告および契約書に顕出された「明瞭な文言」

---

じられるのは契約類型の決定であると断ったうえで、「当の契約」についての法性決定を問題にする以前に、そもそもある合意が「契約」となるか否かの法性決定がなされなければならないと指摘する。

(488)　これに対し、MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, n° 441, p. 217においては、広告書面は契約締結後には拘束力（valeur obligatoire）を失い、解釈において斟酌されるにすぎないと説かれている。

(489)　Ph. SIMLER, *Juris Classeur*, *Code civil*, art. 1156 à 1164, fasc. 10, 2005, n° 52, p. 15 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Effet du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 33, p. 46 texte et note 187（その根拠として、「前段階（préambule）において述べたこともまた顧慮されなければならない」とするJ. DOMAT, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvell édition reveuë et corrigée, Paris, Jean-Baptiste Coicnard, 1713, Liv. I, Tit. I, Sect. II, § 10, p. 22が指摘される）。とはいえ、同条の文言は、素直に読めば、「契約の不明確な領域における探究は、明確な領域、および、行為全体の意味（économie générale）、その契約の趣旨および目的に照らして行われなければならない」（TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 451, p. 455）というほどの意味に解され、「行為全体」に「契約交渉過程」という契約外の事情が当然にここに含まれるかは、疑義も生じ得るように思われる。そのためか、MAZEAUD et CHABAS, n° 345, p. 336は、第一次的には契約に内在的な要素に即して解釈が試行され、それが奏功しないときに契約締結過程の事情等の外在的要素を顧慮して解釈が行われるという序列を認めている。

に則って――したがって、解釈を要せずに――契約内容が確定されているものと解されよう。もっとも、そもそも解釈対象と解釈資料の区別を認めないものもみられるように[(490)]、上記二つの理論構成が具体的帰結としてどのような違いをもたらすかということ自体が明確ではない[(491)]ことにも、併せて注意を要する。

**第二**　判例の分析

以上を前提に、前述の判例を、実務的観点からの研究成果に即して整理・分析しよう。具体的には、まず、広告書面が契約的効力を有するとされる法的規律が同意の原則との関係でいかなる意義を有するかについて、実務的研究の成果を祖述し〔**一**〕、裁判官の法性決定権限との関係で「留保」の問題を論ずる〔**二**〕。次いで、これらを踏まえて、前款にみた個々の判決を分析したうえ〔**三**〕、最後に、今日の概説書がこれをどのように受容しているかをみる〔**四**〕。

**一**　「契約書面」の観念と広告書面の契約的効力

先述のとおり、判例は、ある広告が契約内容になるか否かという問題

---

(490)　AUDIC, *th. préc.* [note 451], n° 297, p. 231. 完結条項の効力につき、次のように説く。完結条項は、契約締結過程の書面に拘束力（valeur obligatoire）を認めることを禁ずるにすぎず、これを解釈において用いること、つまり解釈的価値（valeur interprétative）を否定するものではないと解されている。しかし、「裁判官が契約締結過程の書面を斟酌して証書を解釈することは、必然的に、契約締結過程の書面に対して契約的効力を与えることに帰するのであり、契約締結過程の書面の拘束力を一切否定することは、まさに解釈にあたってそれを用いることを禁ずることに帰する」（*id.*, n^os 299 et s., pp. 233 et s.）。つまり、契約の解釈にあたって契約締結過程の書面が斟酌されるときには、当該書面そのものに契約の構成要素たる拘束力が認められているとみざるを得ないというのである。

(491)　書証主義（民法典1341条以下）の適否については差異を生じようか。解釈対象たる行為の存在の立証には原則として書証を要するのに対し、解釈資料の立証には書証を要しないからである（GHESTIN, *Formation*, n° 388, pp. 347 et 348)。なお、書証主義については、齋藤陽夫「フランスにおける契約債務の証明」本郷法政紀要 8 号（1999年）311頁の簡明な考察があるほか、法曹会『ヨーロッパにおける民事訴訟の実情(下)』（1998年）33頁以下（野山宏裁判官執筆部分）も有益な指摘を含んでいる。

を、当該広告が「契約書面（document contractuel）」となるか否かというかたちで論じてきた。そこで、以下では、まず、契約において「書面」の果たす役割に注目する論稿を採り上げ、そもそも「契約書面」に着目することにいかなる意味があるかを明らかにしたい(492)。具体的には、①契約書面に関する優れた「実務的(493)」研究として広く参照されるラバルトのテーズ、②書面に関する最近の総合的研究であるオディックのテーズを採り上げる。これらはいずれも「書面」を分析の起点とし、広告書面の契約的効力の問題をも詳論するものであり、本論文の考察の参考になる事柄を多く含んでいるが、ラバルトのものが契約内容の確定との関係に重点を置いて書面の機能を考察しており、かつ、既に学説・判例に対して多大な影響を与えているから、以下の議論もその紹介・検討を中心に進めたい。

㈠　問題の位置づけ――契約締結過程における書面の機能

**1**　契約書面の観念　　まず、「契約書面」が契約成立において有する意義についてラバルトの説くところに検討を加えよう。契約のプロセスにおいては、種々の書面が取り交わされる(494)。そのうち、特に「契約書面」なるものに注目する意義は、この観念の内容を明らかにすることによって自ずと明らかになるはずである。

⑴　ラバルトは、契約書面と目されるものを列挙するのではなく、この語の定義と、そのような法性決定を受けた場合の効果を論じることで、契約書面という観念の内包を確定することを試みる。

ラバルトによれば、「契約書面」とは、「契約の成立および実現に寄与

(492)　この問題の重要性は、大村敦志「合意の構造化に向けて」同『生活民法研究Ｉ　契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）〔初出：「『合意』の構造化に向けて―『契約の成立』に関する立法論的考察を機縁として」山本敬三ほか『別冊NBL 51号 債権法改正の課題と方向―民法典100周年を機縁として』（商事法務研究会、1998年）〕123頁によってつとに指摘されている。

(493)　LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n° 1, p. 1.

(494)　その諸類型につき、*V*. AUDIC, *th. préc*. [note 451], n° 15, pp. 25 et 26.（57種の書面を列挙する。）

し、それによって契約の要素（élément）としての拘束力を生ずる」書面をいう[(495)]（n° 7, p. 6)。①契約の成立または実現に寄与するものであること、②契約の要素としての拘束力を生ずることという二つの指標は、それぞれ次の意義をもつ。まず、①からみると、契約の「成立」とは、「契約の起草段階、ならびに、合意の完成および債務の発生に必要な全条件について意思の合致をみることによって画されるその終結[(496)]」をいう。したがって、「契約の成立に寄与する」とは、契約書面が、契約の成立過程における意思形成ないしその結果としての意思の合致に寄与するということを意味する。しかし、このように、意思決定に寄与する書面が常に契約内容を形成する意義をもつわけではない。というのは、たとえば企業情報を記載した書面など、何ら契約内容となるべき事項を含んでいなくても同意を決定づける意味をもつものはあるからである（以上、n° 6, p. 5[(497)]）。そこで、「契約書面を決定する要（pivot）」として、さらに②が要求される。これは、「当事者の意思の表明」として発せられたこと、つまり、法律・慣習等によって確定される契約内容とは独立して契約の構成要素となり得ることをいう（n° 7, pp. 5 et 6）。

(2)　次いで、ラバルトは、契約書面の実体法的な意義を次のように説く。

契約成立時には証書（*instrumentum*）が交わされるが、この証書と契約書面とは同義ではない。というのは、契約書面は、附随的な事項しか含んでいないこともあるため、契約の要素についての合意が洩れなく記載され

---

(495)　なお、「書面」は、「証明および情報提供の用に供せられる、あらゆる書記的資料および情報データ（これに一定限度の視聴覚資料が加えられなければならない）」と定義される（LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n° 3, p. 3)。

(496)　CORNU, *Vocabulaire juridique, v°* Formation, p. 424.

(497)　なお、契約の実現に寄与する書面とは、契約が履行されたことを証する書面を指すものとされるが（LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n° 6, p. 5)、これは本論文の課題ではなく、また彼女自身もこれを主題的には論じていないから、ここでは採り上げない。

る「証書」よりも広い概念だからである。ところで、このことを、契約書面が「契約の成立に寄与し、かつ、契約の構成要素となる」ということと考え併せると、契約の内容は、証書のみならず、その周辺に存在する広範な契約書面を取り込みつつ確定されることがわかる（n° 9, pp. 7 et 8)。そこで、ラバルトは、契約書面を問題とすることには、必然的に、証書以外の要素に契約内容を確定する手がかりを求めようという着想が包まれていると説く。したがって、彼女によれば、契約書面という観念を考察することには次のような意義が認められることになるのである。「今日では、契約書面という観念の現実性を認めてこそ、契約という観念をより適切に把握することができる。契約は、一時点において結晶化された点（un point）というよりも、むしろ、周辺の要素ないし周辺の書面を伴う核（un noyau）という様相を呈する。契約〔締結過程〕における時間（durée）の観念は力説されてきた(498)。しかし、次のように付け加えることができる。すなわち、最終的には、契約は一つの広がり（un espace）という様相を呈し、ある種の空間的・時間的な広がり（dimension spatio-temporelle）をもち得る、と」(*id*., p. 8)。

⑶　以上にみたラバルトの基本認識は、次のようにまとめることができる。契約内容を確定するためには、契約の前中後に交付される（証書以外の）諸種の書面のうち、何が契約の成立に寄与し、契約の構成要素（élément）として拘束力をもつかを確定することが必要である。これは、理論的には、何が同意をなし、何に対する承諾がなされたかを確定する作業、つまり、契約解釈の対象を確定する作業である（n° 10, pp. 8 et 9)。その意味で、「書面が契約的効力を有するときには、それは契約としての効果を生ずる」ということができるのであり（*id*., p. 9)、「契約書面」性を問題とすることの意義も、まさにこの点に認められるのである。

---

(498)　ここで念頭に置かれるのは、J.-M. MOUSSERON, *La durée dans la formation du contrat*, Mélanges JAUFFERT, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 513の所説である。

**2**　契約書面の諸種　(1)　以上の理解を前提に、契約書面の諸類型と各々の特性を考察し、契約書面性の決定において原則とされるべき見地を確認しよう。

ラバルトによれば、あらゆる契約書面は、「契約の成立前に交付される書面／契約成立に伴って交付される書面／契約の成立後に交付される書面」という時的指標に即して分類され得る。この指標は、概括的ながらも、それが書面の契約的効力の存否の判断方法と対応する点に意義をもつ（n° 113, p. 97）。広告書面は、もちろん、契約の成立前に交付される書面、つまり「契約締結過程の書面（document précontractuel）」に位置づけられる。

契約締結過程の書面、およびその一種である広告書面についてのラバルトの所見をみると、まずもって、彼女は契約締結過程の書面の次のような性格を強調する。すなわち、契約締結過程の書面は、その性質上、契約に先立って交付されるものであり、また、契約内容の確定ではなく、顧客の関心を惹くなどの目的をもって交付される。したがって、これが直ちに契約的効力をもつと考えることには矛盾があるように思われる（n° 114, p. 98）。このように考えれば、この類型の書面を「契約書面」としないことも可能だと認めなければならない（n° 456, p. 278）。

(2)　さて、以上の見地からすれば、先述の判例の状況は、次のように評され得る。すなわち、判例は、一定の書面が契約的効力を有し得るか否かを、各個の書面を具体的に検討することによってアドホックに判断しているといわれてきた[(499)]。しかし、それはまったくの個別的衡量に委ねられるのではなく、①契約締結時ではなく契約締結過程に交付されるものであり、②それに拘束される意思をもって交付されるわけではない、という二つの理由から、広告書面は契約書面たり得ないという見地を出発点とすべきことになる[(500)]（not. n° 164 et 166, pp. 112 et 113）。前節での考察から得た知

(499)　GHESTIN, *Formation*, n° 407, p. 365 ; MAZEAUD et CHABAS, n° 132, p. 125.

見を加味するならば、この理は、次のようにもいいかえられよう。すなわち、広告書面は「確定性を欠く」表示にすぎないから、伝統的理解によれば、相手方の理解いかんにかかわらず契約的効力を有しない、と。

㈡　広告書面の契約的効力

**1**　契約的効力承認の根拠　それでは、以上のような性格をもつにもかかわらず、広告書面が特に契約書面となり得るとすれば、それはいかなる理論的・実質的根拠によるのだろうか。ラバルトは、上述の分析を基礎として、広告書面に契約的効力を認めるという解決を包括的に正当化し得る基礎づけを模索する。

ラバルトはまず、広告書面を「申込み」と評価する余地があるかと問い、次のように述べる（n$^{os}$ 151 et s., pp. 107 et s.）。たしかに、広告の内容それ自体が明確であり、注文票が添付されているなど確定的でもあるような場合には、広告書面それ自体を契約書面だと認めることは妨げられない（n$^{o}$ 157, pp. 109 et 110）。しかし、判例の状況にかんがみると、広告書面それ自体が申込みをなすとはいえない場合にも契約的効力が認められているから、これはなお包括的な正当化たり得ない[501]。

そこで、ラバルトは、広告書面が契約的効力を取得することの包括的な基礎づけとして、「広告が意思の形成に関わった」ことに着目すべきだという。その論旨はこうである。彼女によれば、判例の態度は、実質的には（彼女自身はその語を用いていないものの）当事者間の構造的格差への配慮によって説明され得る。すなわち、消費者は、広告によってその意思の大部

---

(500)　*V*. aussi TOURNAFOND, *art. préc*.［note 456］, n$^{os}$ 48 et s., pp. 366 et s.（契約と広告との混同を批判する）

(501)　前述の判例には、不動産取引を扱うものが多くみられたが、この種の取引においては、きわめて複雑な契約書が取り交わされたり、また、契約書以外にも様々な付属書面が取り交わされるのが常である。本文に述べたような理解に立つと、このような事案において、契約的効力をもち得る書面の範囲はきわめて限られたものとなろう。しかし、それは、判例の採る結論とは整合しないように思われる（*id*., n$^{o}$ 39, p. 364）。

分を決定されるのであり、また、取引が複雑なときには自ら的確な判断を行い得ない。したがって、広告書面の内容は、消費者の意思決定に寄与するものとして、そのまま契約内容をなすとみるべきである(502)（n° 163, pp. 111 et 112)。また、理論的にも、広告書面は、契約の要素たり得る事項について詳細に記述するものであり、その内容を念頭に置きつつ契約の目的物または役務に関する合意が形成されるのだから（not. n° 175, p. 117)、広告書面の契約的効力の基礎を「広告が意思の形成に関わった」ことに求めることは妥当である。

そして、ラバルトによれば、以上の理は、信義誠実の原則を顧慮しつつ行われる「契約の解釈」の問題として位置づけられる（n$^{os}$ 168 et 169, pp. 114 et 115)。それゆえ、「ここでは〔ファーブル・マニャンが説くように〕広告書面に含まれる情報を契約の領域に取り込まれたかのように扱うことが問題なのではなく、それがまさに契約内容に取り込まれるのである」(n° 175, p. 117. 傍点引用者)。けれども、ラバルトは、契約の解釈と広告書面の契約的効力の判断とは次の点で異なるとも指摘している。契約の解釈においては両当事者の意思の探究が問題になるのに反し、ここでは、広告の受領者の信頼のみが問題とされ、広告をなした者の意思は書面それ自体に現れているとみれば足りるというのである（n° 168, p. 114)。

**2**　契約的効力の存否の判断　　さて、そうすると、次に問題になるのは、「広告が意思の形成に関わった」か否かの判断が、具体的にはどのように行われるのかであろう。この点につき、ラバルトは、①広告の内容が契約内容の決定を可能にするほどに具体的であり、契約内容となり得るほどに客観的なものであるか否か(503)、および、②広告に表示された内容を信頼

(502)　トゥルナフォン（*id*., n° 41, p. 364）は既に同旨を説き、ここには、情報提供義務論と同じく、消費者保護という基調が存するという。

(503)　明確性がなければ、そもそも原告が請求原因を特定して主張することさえ困難になるためか、判例に現れた諸事例をみる限り、この要件を欠くものはほとんどみられない。【18】は、明らかにこの要件を欠いていたと解される比較的希有な事例である。【12】、【17】も、この観点からいささか問題があった事案だといえよう。

し、それが少なくとも部分的に当事者の同意を決定づけたか否か（n$^{os}$ 165 et 166, pp. 112 et 113）という指標を示し、②のように考える意義については、特に次のように述べている。「広告をなした者の意思は書面上に明確に現れている。それゆえ、真意が何であったかを問うことは、提供された広告が詐欺にほかならないことを証明する場合を除いては、無益である。広告書面は、一種の『約束（parole donnée）』を表現すべきものである。素朴な良識と信義誠実の要請に発するこの構想は、かくして契約実務を道徳化（moraliser）しようとするものである」（n$^{o}$ 166, pp. 112 et 113）。

㈢　小　括

以上が、広告書面の契約的効力に関するラバルトの論証である。本論文の関心からは、彼女の主張の意義は、契約内容を、証書に提示される事項のみに限らず、「空間的・時間的な広がり」をもつものとして把握した点に認められよう。

それでは、こうした理解を基礎づけるために主張された「意思の形成に関わった情報は、合意の内容としてそのまま契約に取り込まれる」という議論は、これまでに考慮してきたところとの関係でいかなる意義をもつのか。まとめの意味を含めて、以下に若干の考察を付しておこう。

**1**　第一に、ラバルトは、広告書面の契約的効力を承認する根拠として、その内容が契約として合意されたことではなく、契約締結過程における一方の表示が他方の意思形成に影響を与えたという点に注目する[(504)]。この定式は、彼女のテーズ以降、【16】の原判決、【19】、【21】などにおいて繰り返し援用されており、判例法理の定式化としては一定の成功を収めたといえる。そして、彼女は、これを「契約」解釈の問題の一環として位置づけていた。

しかし、広告書面の契約的効力の判断が、「一方の表示が他方の意思形

(504)　これに対し、AUDIC, *th. préc*. [note 451], n$^{os}$ 274 et 280, pp. 214, 218 et 219 は、広告書面の契約的効力を承認するということは、当該書面をもって両当事者に共通の意思と認めることであるという。

成に影響を与えたかどうか」という視点から行われるのであれば、ラバルト自身も認めるとおり、ここにおいては、契約の解釈にみられる「両当事者の意思の探究」という視点が欠けていることになる。そして、この点を捉えると、彼女の議論には、むしろ、契約締結過程において「意思表示としての同意」の形成に対して一方的に影響を与えたことが、当事者の共通の意図（1156条）とも慣習・衡平（1135条）とも別に契約内容の確定に影響を及ぼす、という視点を看取することもできるだろう。本論文の関心に即していえば、まさにこの点において、彼女の議論には、（「意思表示」としての）同意法理の次元において捉えられるべき視点が含まれていると解されるのである。

**2**　第二に、ラバルトの立場は、「意思表示」としての同意に関する基本原則の理解においても、受領者の「信頼」を強調する点で独創的である。(505) 彼女は、契約内容を決するにあたって重要なのは「約束の尊重」という理念だとしたうえで、広告作成者における意思を「表示された意思」として把握し、その「真意」を問題としない。したがって、たとえ広告作成者において現実の意思を欠くとしても、意思ないし合意の存在には何ら欠けるところはなく、あとはただ、そうして成立した「契約の解釈」が問題となり得るにすぎないとする。

しかし、このような論理は、「真意」を重視する通説のそれとは異なるものであるし、ラバルト自身、あえて「道徳化」を標榜することからも窺われるとおり、決してこれを同意法理の一般原則と同視してはいない。そうであれば、彼女のように同意法理に内在的な基礎づけを目指すとしても、そこでの規律原理が多層的なものであることを認め、そうした多層性

---

(505)　ラバルトは、「相手方の同意が決定づけられた」との定式を示しているが、広告の内容が契約に取り込まれるということを信じるからこそ、同意が決定づけられたということになるのだから、本文のように述べることに支障はあるまい。実際、LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n° 163, p. 111 にも、契約的効力は「広告書面を信頼させた（faire confiance）ことに由来する」との叙述がみられる。*V*. aussi AUDIC, *th. préc*. [note 451], n° 279, p. 218.

に基礎づけを与えるために、表示された意思に即して同意内容を確定するという例外的な解決を正当化する根拠がさらに考察されなければならないといえよう。そして、このように考える以上、ここでの問題も、実質においては「情報の拘束力」の法理の基礎づけにおけるそれと異ならないのであり、これを同意法理によって正当化するか否かという理論構成の相違は、相対的な意味をもつにすぎないと解される(506)。

二　留保の効力

【10】のように、広告書面上に「この書面は契約的効力を有しない」旨の留保が付された場合に、この留保が直ちに効力を認められ、広告書面の契約的効力を失わしめるかは、学説上、重要な解釈論上の課題として意識されている。そこで、第一節第一款で行った留保に関する考察をも踏まえつつ、この点に検討を加えたい。

㈠　留保による規制の限界

**1**　学説においては、上のような留保の効力を否定し、これを相手方に対抗し得ないと解するものが多数を占めている。こうした主張の嚆矢をなすのはゲスタンの所説である。はじめに、その内容をみていこう。

ゲスタンは、まず、広告書面に詳細な情報が記載されるようになった近時においては、判例も次第にこれに契約的効力を認める傾向にあるとの認識を提示する。そのうえで、彼は、セリスの所説を引いて次のように説く。「広告書面が十分に明確かつ詳細な情報を含んでいる以上、勧誘の意味しか有せず、契約書面とはならない旨を広告書面が明示している場合であっても、この解決が課される。このような留保は、実際、書面の内容と目的に矛盾するものであり、« *protestatio non valet contra factum*. » の

(506)　この点、ラバルトと同じく「表示された意思」への依拠を説くオディックは、表示された意思に即して同意の内容が確定され得る根拠として、広告のための富くじに関する破毀院判決の動向などを援用して、これを外観法理の適用として基礎づけるべきことを説く（*id*., n^os 279 et 281, pp. 218 et 219 texte et note 99, 100 et 104）。

法格言に表明される一貫性原則が、かかる留保を有効に主張することを禁ずる」[507]。ゲスタンは、こうした一連の傾向に対し、「商取引の道徳化（moralisation du commerce）は、買主の同意を決定づける情報の総体が契約それ自体に顕出されているか、さもなくば、それが契約的効力を有することを要請する」との所見を付している[508]。

**2**　以上のとおり、ゲスタンは、前節で考察したセリスの所説を適用して、留保の有効性が無限定に認められるわけではない旨を主張した。ゲスタンの議論は、一貫性原則を « *protestatio non valet contra factum*. » のもつ古典的意味に即して捉えて、「一貫性原則＝矛盾行為禁止の原則」というセリスの理解を踏襲し、留保を付した場合であっても、広告書面の「内容および目的」との矛盾が解消されない以上、当該留保には有効性が認められないとするものとして理解され得る[509]。

その後の学説は、ゲスタンのこの議論を踏襲しつつ[510]、広告書面の契約的効力の存否を決するための枠組みを明らかにしようと試みている。

㈡　裁判官の法性決定権との関係

先述のとおり、ある広告書面が契約的効力を有するか否かは、その広告書面を「契約書面」と法性決定するか否かの問題として捉えられている。この観点からみれば、契約的効力の存否は、狭い意味での実体法の次元における問題としてのみならず、「ある書面が契約書面になるか否かという法性決定を行うのは当事者か裁判官か」という問題としても考察すること

---

(507)　J. GHESTIN, *Force obligatoire des documents publicitaires, in* : *Le contrat d'adhésion et la protection du consommateur*, colloque organisé les 3 et 4 juin 1978 par l'association « droit et commerce », préf. E. DU PONTAVICE, pp. 229 et 230.

(508)　*Id*., p. 231.

(509)　この問題に関するセリスの論旨は、B. CÉLICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, préf. J. CARBONNIER, not. n$^{os}$ 335 et s., pp. 177 et s. に展開されている。

(510)　*V*. FABRE-MAGNAN, *th. préc*. ［note 407］, n$^{o}$ 678, pp. 532 et 533 ; LABARTHE, *th. préc*. ［note 439］, n$^{os}$ 188 et s., pp. 123 et s.

ができる。[511]

**1**　契約的効力を否定する見解　(1)「契約的効力を有しない」旨が明示されている場合には契約締結過程の書面に契約的効力を承認する余地は原則として存しない旨を明瞭に説くセドゥラは、その理由を次のように論じる。すなわち、たしかに、伝統的には、正確と思われる法性決定を優先させるために、裁判官が当事者の明示的な意思を無視してきた。しかし、いまや、民事訴訟法典12条によって、法性決定に関する当事者の明示の合意によって裁判官の判断を拘束する余地が承認されている。このことにかんがみると、裁判官が当事者の明示の意思に反する法性決定を行い得るのは、書面における当事者の法性決定が曖昧であるか、あるいは明白に誤っている場合に限られなければならない。[512]

しかし、新民事訴訟法典12条の解釈についていえば、以上のような見解が一致して承認されているわけでは決してない。たとえば、ラバルトは、むしろ同条２項において裁判官の法性決定権限が承認されていることを重視して、次のように説いている。すなわち、「両当事者（parties）の表示された意思は、この場合、契約による債務が存するか否かを判断するための決定的指標と解されているわけではない。したがって、裁判官は、以上のほか、本質的には、衡平〔の観念〕に導かれて、当事者の一方を保護するよう欲したときに[513]」、同条項によって再法性決定を行う。かくして、裁判官は、「濫用的と解され得るような実務慣行と戦うために、強力な武器を行使する[514]」のである。

---

(511)　なお、この問題については、前節第一款第二項**第二**の諸議論をも参照。同様の観点からこの問題に言及する近時の議論として、*V*. Y. GUENZOUI, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, préf. Ch. HANNOUN, n° 47, pp. 50-52.

(512)　J. CEDRAS, *L'obligation de négocier*, RTDcom. 1985, n° 14, pp. 27 et 278. この問題に関する近時の論稿として、E. RAWACH, *Le portée des clause tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat*, D. 2001, p. 233.

(513)　LABARTHE, *th. préc*. [note 439], n° 193, p. 126.

⑵　以上のとおり、ここでの問題は、民事訴訟法典12条における法性決定権の所在の問題として考察されている。しかし、ここでの関心からは、同条の解釈そのものに深入りする必要はなく[515]、むしろ、裁判官の法性決定の余地を承認する際にラバルトによって提示された「衡平」の観念をめぐる法状況こそが明らかにされるべきだといえよう。そこで、以下に、「衡平」の観念に基づく裁判官の介入という事実認識が、今日の学説によって共有されたものであるのか、また、もしそうであれば、そのことに対してどのような評価が与えられているのかを考察する。

**2**　契約的効力を肯定する見解――裁判官の介入の原則化　　⑴　現代の契約法において、「衡平」を理由として裁判官の介入が増大していることは、「契約当事者による裁判官の権限の修正」という観点からこの問題へのアプローチを試みた、ラムルーの研究によって詳細に分析されている。

ラムルーは、広告書面の契約的効力の問題と「契約の補充」の問題とを対置し[516]、これらは、いずれも「裁判官が衡平を付加する」場合である点で共通の構造をもっているという[517]。裁判官の作用という観点から、この二つの場合の共通点は次のように説明されている。すなわち、「これら二つの場合においては、……当事者の権能の領域を侵すにもかかわらず、正義、

---

⒁　*Id.*, n° 194, p. 126.

⒂　この点について一言すれば、民事訴訟法典12条3項の適用によって裁判官の法性決定権限が排除されるのは、その旨を両当事者が明示的に合意した場合であるから、同条項が適用されるためには、広告書面を契約書面と法性決定しない旨の明示の合意が必要だと解される。しかし、後述する完結条項をいかに評価するかという問題を措いて考えれば、そのような「明示の合意」は認められないのが常態だというべきであろう。それゆえ、セドゥラのような12条の解釈を一般化することには難があると思われる。

⒃　具体的には、1135条による「契約内容の強制」の問題、および英米法における黙示的条項の規律が比較考察される。

⒄　LAMOUREUX, *th. préc.* [note 451], n^os^ 448 et s., pp. 497 et s.（Chap. 1, *”Le juge ajoute l’équitable”*）.

衡平の感覚が、契約文言に対して付加を行うよう裁判官を駆り立てる。……今日、こうした現象が既に司法の作用（fonction juridictionnelle）に入り込んでいること、さらに、それが民法典1135条によって権威づけられていることは明白である。……そこで、これら二つの場合には、裁判官が明らかに衡平および契約正義の観念に導かれているのに対して、当事者の明示的な約定がその介入を排除し、またはこれに影響を与えることができるかという問題が提起される[(518)]」。

以上のとおり、ラムルーによれば、衡平の観念に基づいて広告書面に契約的効力を付することは、今日、もはや裁判官の権限をなすに至っている。それゆえ、ここでは、裁判官に再性質決定権を認めるか否かではなく、むしろ、契約当事者の付する留保によって裁判官のこの権限が修正され得るか否かという問題が設定されることになるのである。

⑵　さて、以上の構想から引き出される諸帰結のうち、本論文との関係で注目したいのは、ラムルーが、**【10】**および**【16】**を次のように比較考察していることである。すなわち、広告書面に留保が挿入されている場合と、契約書面に完結条項が挿入される場合とは区別しなければならない。というのは、「完結条項は、本質的に双方的であるというその性格上、当然に表示者の一方的な意思に基づいて発せられる広告書面上の契約的効力否定文言とは対蹠的であり、後者に比べて批判の余地が小さいものである。それゆえ、当事者は、当該条件での契約締結を承諾したならば、もはや広告書面の内容を主張することはできない」からである[(519)]。もっとも、これを内容的にみて濫用条項と評価することは、なお妨げられないとされている[(520)]。

---

(518)　*Id*., n° 448, p. 497.

(519)　*Id*., n° 485, p. 539. また、LE TOURNEAU et *al*., n° 3713, p. 917も、広告書面に契約的効力を認めることができるのは契約書に反対の定めがない場合に限るとする。*V*. aussi, A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, pp. 72 et 73.

(520)　LAMOUREUX, *th. préc*. [note 439], n° 485, p. 540. もっとも、ラムルーは、

このように、広告書面中の留保と契約書面（約款も当然に含む）中の留保とを峻別することは、いずれにしても相手方にとっては不意打ちとなることにかんがみれば、甚だ形式的にみえる。けれども、両者を区別するこの考えの基礎には、「契約」か「契約締結過程の一方的行為」かを軸として法的取扱いを峻別するという、前節にみたフランス法の伝統に即応するものを見出すこともできるだろう。

完結条項に関するこうした理解は、ラムルー以外の論者にも見受けられるものである。たとえば、オディックによれば、契約書に挿入された完結条項は、当事者の「共通の意図」に出たものだから、原則として有効であると説かれる。(521) しかも、彼女は、これとの対比において、契約交渉それ自体は当事者の意思を表明するものではないのだから、意思の探究を旨とする裁判官が契約交渉を顧慮することは原理的にはあり得ない、したがって、完結条項は、契約締結過程の書面が何ら意思を反映したものではないにもかかわらず、これに契約的効力が認められるリスクを回避するための

---

こうした立場はいまだ裁判所の採用するところではないとの見方を示している。ところで、濫用条項委員会は、上のような条項を濫用条項として扱うべき旨を繰り返し勧告している（*v*. not. BOCCRF 30 mai 2002（http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds _documentaire/dgcc rf/boccrf/02_09/a0090001.htm））。同所掲の報告においては、消費法典 L. 132‐1 条の適用につき、「契約内容に関する条項」として、広告における約束を撤回することができるものとする条項の効力が検討されている。結論として、濫用条項委員会は、「事業者に有利に、代理人または広告書面に含まれる告知によってなされる約定を尊重すべき債務を制限することを目的とし、またはそうした効果をもつ条項を禁ずること」を提案する（濫用条項委員会の活動一般については、大澤・前掲書（注（414））334頁以下〔初出：同「不当条項規制の構造と展開(5)」法協126巻 5 号（2009年）〕を参照）。また、消費法典改正に関するカレ・オロワ委員会も、「与えられた情報を尊重する義務」として、十分に明確な情報および広告を契約内容とする判例の傾向を確認し、これに支持を与え、かつ、これに反する条項を濫用条項として排除すべきとの提言を行っていた（J. CALAISAULOY, *Vers un nouveau droit de la consommation*, 1984, p. 24. 本報告書の紹介として、安井宏「カレ・オロワ『新しい消費者法に向けて―消費者法改革委員会報告書』」修道 9 巻 1 号（1986年）191頁、特に197頁を参照）。

(521)　AUDIC, *th. préc*. [note 451], n° 302, p. 235.

単なる「防御措置」にすぎない、とまで論じている。[522]

けれども、同時に注意すべきは、オディックが次のような例外を認めていることである。すなわち、完結条項が存在するにもかかわらず、契約締結過程の書面において個別に附随的な取決めがなされたときには、それが当事者の共通の意図を反映していると解される限りで、当該取決めに契約的効力を認めることができる。[523] このように解することは、明瞭な契約書に反する解釈を許容するかにみえるが、これは完結条項の「有効性」に関わる問題だといえるから、明瞭な条項に対する解釈を禁ずる契約解釈の一般準則とも矛盾しないし、そもそも、真意に反する完結条項を尊重することは、法の命ずるところでもない。[524] このように、オディックもまた、結論としては、契約締結過程の書面と完結条項の挿入された証書のいずれが当事者の共通の意図を反映しているかを問題とすることによって、実際上、完結条項の適用が阻害される場合を認めるのである。[525]

⑶　完結条項の取扱いに関する議論は緒に就いたばかりであるが、留保の効力を否定すべしという主張に関する限りでは、学説には一定の方向性を看取することができる。すなわち、これらの見解は、ここでの問題を、契約書面性の決定という一種の法性決定に対する当事者・裁判所間の権限分配という次元において捉えたうえ、これを当事者間の「衡平」を実現するために裁判官が契約内容に積極的に関与していく局面だと捉えている。ラムルーの結論を繰り返して述べれば、まさにこの点で、契約内容の強制（forçage du contrat）が完結条項によって阻害され得るかという問題と、留保によって広告書面の契約的効力が排除され得るかという問題との間には、「裁判官の介入権限が当事者によって修正される」という共通性

---

(522)　*Id*., n° 303, p. 236.

(523)　*Id*., n° 304, pp. 236 et 237.

(524)　*Id*., n° 305, pp. 237 et 238.

(525)　なお、完結条項については、ヨーロッパ契約法原則６：101条に対するアンリ・カピタン協会の評価に興味深い視点がみられる。これについては、次章で補足的に触れることにしたい。

が認められるということになろう[(526)]。

三　判例の分析

判例法理に関する以上の整理をもとに、各事案における判断を具体的に考察し、そこから引き出され得る理論枠組を提示する。

㈠　契約的効力を承認する可能性

①広告書面が明確性および確定性を備えており、それ自体として申込みと評価され得る場合[(527)]、および、②契約書面において広告書面の内容が明示的に参照されている場合には、まさに当事者間に広告書面を契約内容とする旨の同意がなされていることから、広告書面の契約的効力は争い無く承認されている[(528)]。しかし、ラバルトも述べていたとおり、これらは肯定判決の包括的な基礎づけを与えるものではなく、判例には、上記①②の判断を経ずに広告書面の契約的効力を認めるものがみられる。各々との関係で判例の状況をみよう。

**1**　申込み　　広告書面に契約的効力が生ずるのは、それが申込みと評価される場合に限られるか。広告書面の契約的効力を否定した【12】に対する評釈は、この点について興味深い対立をみせる。

契約的効力が認められるのは広告書面それ自体が申込みと評価し得る場合に限られるとするのは、ドゥルベックである。彼は、広告書面が契約的効力を有するのは、それが契約の要素を含むとともに何らの留保を伴わない場合に限られるのであり、そうでない広告書面によって誤信が惹起された場合の救済は、民法上は同意の瑕疵の法理に限られるという[(529)]。これは、

---

(526)　なお、以上の議論の射程と狙いを考えるうえでは、LAMOUREUX, *th. préc.* [note 451], n$^{o}$ 531, p. 591が、契約内容に対する裁判官の介入が生じているのは、一部の局所的な規制を除けば、もっぱら消費法の領域だと指摘していることに注意しておいてよいだろう。

(527)　*V*. Cass. civ. 3$^{e}$, 28 novembre 1968, RTDciv. 1969, p. 555, obs. Y. LOUSSOUARN.

(528)　以下に述べる規律の概略は、ロードの議論を採り上げた際に既に述べた（本誌86巻 1 号（2010年）127頁以下を参照）。

同意法理の帰結に忠実なものであり、彼は、おそらくは批判の意を含めてであろう、同意法理の原則論を踏み越えた【12】原判決の立場を評して、「きわめてリベラル」なものだとしている。

しかし、ドゥルベックのように厳格な立場を採る者は、ほかにはみられないようである。単なる広告書面に契約的効力を認めた判決が現に多数ある（だから、この結論は正当化されなければならない）という認識を前提に、①不動産売買契約においては契約内容が子細に定められるため、広告そのものが申込みといえるほどに詳細な内容を含むことは考え難いこと、②不動産売買契約の成立には厳格な方式要件が課されているため、広告書面がこれを満たすことは事実上あり得ないこと等が考慮されたとみられる[530]。もちろん、その背景には、広告の内容に即して意思決定がなされる以上、事後にその内容を翻すことを認めるべきではないという価値判断が存するといえよう。

それでは、【12】が広告書面の契約的効力を否定した理由は、どのように解すべきか。この点については、学説においても様々な分析が示されているから、項を改めて考察することにしたい〔㈡〕。

**2**　「参照」　次いで、契約書において広告の内容が参照されていない場合をどのように扱うかをみよう。

広告書面に記載された事柄につき、契約書が何らの定めも置いていないという事実は、論理的には、契約書の不明確性を導くとも[531]、逆に広告書面の黙示的な排除とも解釈され得る。したがって、こうした事実につき、「契約の解釈」という判断枠組から一義的な解決を導くことは難しい。実際、判例も、この点については統一的な取扱いを確立しているわけではない。すなわち、【5】、【17】が、少なくとも表面上は、参照がなされていな

---

(529)　DELEBECQUE, obs. préc. [note 474], pp. 1366 et 1367.

(530)　*V*. F. COHET-CORDEY, *Document publicitaire et obligation de renseignement du vendeur*, Act. Jur. PI 10 novembre 1996, p. 892 note 1.

(531)　COHET-CORDEY, *art. préc*. [note 530], p. 893.

いことを理由として契約的効力を否定するのに対し、【7】～【9】は、参照がなされていない旨を主張する破毀申立を斥けて請求を認容しており、特に【8】は、契約書の記載が不明確である以上は広告書面の内容に従った拘束を生ずる余地があるとの含みをもたせている。

かくして、判例は、広告書面に契約的効力を認めるかを、参照の有無——つまり、同意の存否——のみにかからしめるのではなく、より細かな衡量によって決しているといえよう。

㈡　契約的効力承認の根拠・要件・効果

**1**　法的根拠　　以上のように、㈠の諸場合以外にも広告書面の契約的効力が承認され得るとすれば、この解決の根拠は、同意法理とは異なった次元に求められなければならない(532)。それでは、それはどこに求められるのか。はじめに、広告書面の契約的効力が、契約内容確定の原則である「当事者の共通の意図」（1156条）とも異なった基礎づけを与えられていることを再確認しておこう。

⑴「共通の意図」による基礎づけ　　広告書面の契約的効力の承認を、売主の担保約束によって基礎づける理解は、判例評釈にも多くみられる。そのなかには、ここでの担保約束を1156条からの帰結とみるかのような理解もたしかに存するけれども(533)、【6】について次のように述べるコルニュのように、これとは異なった基礎づけを援用する見解がむしろ多くみられる(534)。すなわち、コルニュによれば、宣伝文句を引渡期間遵守の明示的な約束と同視した【6】において、こうした厳格な拘束が認められるのは、「契約ではなく、X における自発的な引受けに」基づいて、広告および申込書の内容が契約の領域に取り込まれた結果だとされる。このように、コルニュは、本判決が広告書面に契約的効力を承認した根拠を、契約ではな

⑸32　このことは、前節第一款小括（本誌86巻 1 号（2010年）162頁以下）等において既に述べた。

⑸33　*V*. GROSLIÈRE et JESTAZ, obs. préc. [note 465], p. 477.

⑸34　CORNU, obs. préc. [note 463], p. 150.

く、債務者の一方的行為に求めるのであるが、そうした解決がなされる背後には、「およそ広告に挿入された優れた品質という虚言は、それを信用する者の陥穽になってはならない」という考えがあると示唆する。

これと同内容の分析は、同じく運送契約に関わる【13】との関係でも[(535)]、あるいは、【7】およびその類似事案との関係でも主張されている。たとえば、スタインメッツは、契約内容を確定するにあたって広告書面を参照する判決の論理は「果敢であるが衡平には適う」と述べ[(536)]、この解決の「衡平」的性格を示唆する。また、同じく不動産売買に関する【8】に対しても、スローによって、意思のみならず「衡平」にも根拠を求めるべきであるとの評釈がなされている[(537)]。さらに、【11】については、契約の領域の拡張は「契約内容の強制」として正当化されるとの分析も示されている[(538)]。

以上のとおり、多くの評釈は、広告書面の契約的効力の根拠を合意以外

---

(535)　【14】に関する評釈の中で、メストルがその旨を述べている（MESTRE, obs. préc.［note 470］, p. 364）。

(536)　STEINMETZ, note préc.［note 464］, p. 413. ただし、同意の瑕疵の法理を適用するほうが民法の論理に適うとも述べている。

(537)　SOULEAU, obs. préc.［note 465］, p. 956. その理由は、①建設途中の不動産の買主は、売買契約証書を見て契約締結を決意するのではなく、むしろ広告書面を見て契約締結を決意するということ、および、②広告の内容が売買契約証書に含まれていなければ（本件はそのような事例）、一般人である買主はこの欺罔行為によって害されることに求められる。

(538)　TOURNAFOND, obs. préc.［note 467］, p. 12. トゥルナフォンはまた、「契約不適合は、買主の正当な期待と物との間の齟齬のなかに存在する」ともいう（O. TOURNAFOND, *Les prétandus concours d'actions*（*erreur, défaut de conformité, vice caché*）*et la vente d'immeuble à construire*, RDI 1988, p. 44）。さらに、A. BELLACHE, *Le régime juridique des défauts de conformité dans le vente d'immeubles à construire, étude critique des décision de la cours d'appel de Paris*, JCP N. 1985, II, n° 4, p. 142は、完成前順次移転売買による不動産売買契約において引渡義務違反が生じるのは、①契約に明示された条項に違反する場合、②補充規定または慣習（1134条３項、1135条）に違反する場合、そして、③広告書面から黙示的に生じる義務に違反する場合であるとする（*id.*, note 10によれば、これはジェスタッツの理解を基礎とした叙述とされる）。*V*. aussi D.-R. MARTIN, *De la périphérie contractuelle*, PA 24 octobre 1997, p. 15.

の要素、より直接には「衡平」の観念に求めている。それでは、ここでの「衡平」の内実は、はたしてどのように解されているのか。

⑵　情報提供義務論との関連性　　この点について目を惹くのは、【11】が「情報提供義務の具体化」という判断を示したことを受けて、情報提供義務論との関連性を指摘するものが比較的多くみられることである(539)。これらの見解は、情報提供義務論に依拠して、情報に関する「債務者の認識」と「債権者の不知」という基本枠組を提示することを共通の特徴とする。子細にみると、①「債務者の認識」、すなわち、売主における悪意の存否が責任の成否の指標となっているとする見解（トゥルナフォン）と、②「債権者の不知」、すなわち、買主自身が広告の内容が契約の領域に取り込まれないことを知り得べきであったことを重視する見解（ショヴェル）とがみられる。

これら二つの見解は、【12】が広告書面の契約的効力を否定した理由を、【9】との関係において整合的に説明しようとする際に示された視点である。各々の論証をここで再現すれば、次のようになる。まず、トゥルナフォンによれば、【9】においては、売主は、ドラッグストアとカフェテリアが開店される見込みのないことを知っていたにもかかわらずこれについて沈黙したのに対し、【12】においては、売主は、購入希望者が現れないことを知っていたわけではないから、情報提供義務違反として責められるべきところがないとされる(540)。他方、ショヴェルは、【12】では買主自身が事

(539)　先駆的には、【9】、【12】につき、TOURNAFOND, *art. préc*. [note 456], n° 36, p. 363. また、【12】については、COHET-CORDEY, *art. préc*. [note 530], p. 894によって、「広告は、情報の要素を含んでいるがために法的な行為であり、情報提供義務の具体化と評価され得る場合には――情報提供義務を負う当事者によって提供された情報とまったく同じく――契約の構成要素となる」と判例法理を定式化する試みがなされており、TOURNAFOND, obs. préc. [note 474], p. 343の支持を得ている。

(540)　TOURNAFOND, obs. préc. [note 474], p. 343. また、【11】についても、同様の立場から、「広告の内容を信頼して契約を締結したこと」が必要だという（TOURNAFOND, obs. préc. [note 467], p. 12）。

業者であり、売主によって表明されたことが願望を表すにすぎないと知り得べきであったため、契約書面以外のものに契約的効力を認めることはできないとする。[541]なお、【12】自体は情報提供義務に直接に触れてはいないが、買主が事業者であるため、リスクの存在に通暁している旨を判示していることに注意しよう。

(3)　小　括　　以上を要するに、**第一**にみた場合のほかにも広告書面に契約的効力が承認される場合があることは、判例・学説において一致して認められている。問題はその根拠である。確言はできないが、三点の傾向を指摘することは許されよう。すなわち、①合意（のみ）によって基礎づけようとするものは少数である。②「衡平」の観念に言及するものが評釈にも多くみられる。そして、③比較的多くの者が、情報提供義務の観念を参照している。

**2**　当事者の属性　　先にみた判例の大半は、事業者と消費者との間の紛争に関するものである。しかし、数のうえでは例外的であるが、[542]事業者間取引において契約的効力を承認した判決もみられた（【13】、【14】）。以上の各判決によって示された法理の射程が、買主が事業者である場合にまで及ぶか否かを見定めるためには、買主が事業者であることを指摘して広告書面の契約的効力を認めなかった【12】に注意を払う必要があろう。

同判決と【13】等との間で肯否の結論が分かれる理由を考えるにあたっ

---

(541)　CHAUVEL, obs. préc. [note 474], p. 76. LEVENEUR, note préc. [note 474], p. 12もまた、本件は同意の瑕疵の法理によって解決されるべきだとの理解に立ったうえでのことであるが、買主が事業者であることからすれば、本件広告は「許される詐欺」の範疇に属すると説く。これに対し、LABARTHE, note préc. [note 470], p. 264は、広告書面に契約的効力が存するか否かの判断にあたっては「許される詐欺」という考え方は適用されないとする。ラバルトが広告書面の契約的効力の承認を情報提供義務の具体化とみることに懐疑的であったことは、先述のとおりである。

(542)　【14】判決につき、事業者間の取引において広告書面の契約的効力を認めた点が本判決の顕著な特徴だとする指摘がみられる（LABARTHE, note préc. [note 470], n° 3, p. 264 ; PIGNARRE et PAISANT, note préc. [note 470], n° 6, p. 249）。

ては、評価の対象となるのは当事者の属性自体ではなく、むしろ両当事者における「認識の状況」であるとの指摘がなされていることが目を惹く。(543) つまり、広告書面の契約的効力は、通例は事業者対消費者の取引において認められているが、事業者間取引が一律に除外されるわけではなく、事業者たる買主の置かれた具体的事情によっては、契約的効力を認めるべき場合もなお存すると解されるのである。もっとも、事業者については、広告内容の実現に関するリスクの存在を認識していることが事実上推定されるとの指摘がなされていることにも、併せて注意を要しよう。(544)

**3　効　果**　　契約的効力が承認される結果、以上の問題は、契約責任（ないし担保責任）法理の適用によって解決されることになる。その効果として、判例の多くは、解除、損害賠償を問題としている。理論的には、代物の給付等、履行請求の可能性も認められるものと解されるが、そのような事案は以上に考察した限りではみられなかった（**【5】**は代物の給付を主張したが請求が棄却された事案）。解除の主張が多いことは、「契約内容への取込み」という効果との関係では逆説的であるようにもみえるが、解除を承認することによって、実質的には、伝統的な同意の瑕疵の法理によっては対応することのできない局面をカバーする役割を果たしていると解するならば、こうした解決にも意義を認めることができよう。(545)

---

(543)　TOURNAFOND, obs. préc. [note 474], p. 343. もともとは G. PAISANT, obs. sous Cass. 1re civ., 4 mai 1994, D. somm. p. 236の指摘である（ただし、ペザンが扱うのは同意の瑕疵との関係で情報提供義務を扱った事案であり、広告書面の契約的効力に関する判断を含んではいない）。

(544)　LABARTHE, note préc. [note 470], no 3, p. 264.

(545)　ところで、このように解するときには、「契約内容への取込み」を媒介する解除と同意の瑕疵との間に評価矛盾が生じないかが問題になる。たとえば、ラバルトが、広告書面の契約的効力の根拠を、当該書面が「同意を（部分的に）決定づけたこと」に求めたこと、および、こうした理解がその後の判例にも見出されたことは既に述べたが、伝統的な見解は、そうした事柄をむしろ同意の瑕疵の問題として扱ってきた。この問題については、次款第二項（次号掲載予定）において若干の考察を加える。

### ㈢　小　括

以上を要するに、判例は、同意によっては基礎づけ得ない事項をも契約の領域に取り込むという解決を採用しており、これを基礎づけるために、情報提供義務論との接合を図ってきた。その判断にあたって重視されるのは、ある情報を一方当事者（買主）が知らないのに対し、相手方（売主）は知っているという状況の存否であり、また、こうした状況に由来して、買主が、契約締結過程に交付される書面に基づき、目的物の性質に関する一定の信頼を抱いたという事実であった。その意味で、ここでは、留保によって同意のコントロールが行われてきたのと同様に、契約締結過程の行為によって惹起された正当な信頼を、契約の実現というかたちで保護するという機制が採用されていたといえる。もっとも、その根拠・要件については、「衡平」的性格をもつことは窺われたものの、同意の瑕疵の法理との関係等、なお細部の詰めを必要とする状況にある。

### 四　学説一般における受容の状況

**一**から**三**までにおいては判例を考察してきたが、ここで、学説がこの問題をどのように扱っているかをみておこう。この問題を詳説する概説書は決して多くはないけれども、とりわけ近時においては、注目に値する分析を示すものも現れている。

**1**　広告書面に契約的効力を認めるという傾向を概説書において初めて明確に指摘したのは、【7】【8】判決などを挙げて、広告書面に契約的効力を承認するのが判例の一般的な傾向をなしていると指摘したゲスタン＝デシェであると思われる(546)。その後、ゲスタンのグループの手になる契約法の体系書においては、彼の指導の下にあったラバルトの分析が祖述されているようになっている(547)。

ラバルトの議論の影響は、ゲスタンの門下を超えて、広く学説一般に及

---

(546)　J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990, n° 241, pp. 283 et s.

(547)　*V*. GHESTIN, *Formation*, n^os^ 407 et s., pp. 364 et s.

んでいる。たとえば、ムスロンも、彼女の次の分析を引いて自説としている(548)。「広告書面が契約的効力を有すると認めたときには、裁判官はそれを参照し得ることになる。広告書面の契約的効力が、単にそれを参照することから導かれることもしばしばである。実際、契約不適合または担保責任は、広告書面の内容に従って判断されるのである。これは、広告書面が契約的効力を有することを暗黙の前提とするものである」。また、同じくラバルトに依拠しつつ、契約書面および広告書面の問題を詳細に扱ったものとして、ビゴらによる保険法体系書がある(549)。ビゴは、保険契約においては契約の解消は実効的な救済たりえないとの認識から、提供された情報の内容を契約内容に反映させることを可能にする「情報の拘束力」の法理をラバルトの議論と併せて高く評価している。そして、こうした解決を支える根本理念として、彼は、信義誠実の原則（1134条）に論及し、「契約は信義に従い誠実に締結され、また履行されなければならないのであり、こうした要請は、事業者に対し、広告から生ずべき期待に適合するように契約を履行する義務を」課すると説く。

以上のように、判例法理に「忠実性（fidélité）の尊重」という観念を看取する視点は、ル・トゥルノーによっても共有されている(550)。彼は、広告書面の契約的効力の根拠を一貫性原則の適用に求め、少なくとも消費者との関係では、広告書面には契約的効力は存しない旨の留保に効力を認めるべきではないとする。こうした解決は、彼によれば、道徳的義務の契約法における具体化の一例とみられている(551)。

---

(548)　J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2e éd., F. Lefebvre, 1999, no 329, pp. 145 et 146. もっとも、*id., L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, no 345, pp. 202 et 203では、広告書面に契約的効力が認められるのは、広告それ自体が申込みと評価され得る場合だとしている。なお、留保が付された場合には一貫性原則の適用があり得るとする（*id., L'avant-contrat*, no 346, pp. 203 et 204）。

(549)　J. BIGOT et *al., Traité de droit des assurances, t.* 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002, nos 424-431, pp. 314-322.

(550)　LE TOURNAUD et *al*., no 3713, p. 917.

**2**　以上のように、ラバルト以降の学説の傾向は、彼女の分析を大筋で踏襲するとともに、その基礎づけを信義誠実の観念に求める方向に進んでいるとみることができる[552]。こうした傾向の推移は、マロリー＝エネスの教科書の叙述に如実に表れているから、最後にこれに触れておくことにしよう。

マロリー＝エネスは、旧版においては、「契約の性質を有しないといっている場合でさえ、判決の多数は広告書面に契約的効力を認めている」としつつ、この結論を正当化する法的根拠として、「当事者がその約定の要素とした場合にのみ、広告書面は契約的効力を有する」と説いていた[553]。つまり、そこでは、広告書面の記載内容は、当事者の合意による「要素化」を介してのみ契約内容に取り込まれるという理解が前提とされていた。ところが、ストフェル・マンクを補訂者に迎えた新版では、以上の叙述は次のように改められている。すなわち、「広告書面は、たとえそれを否定する旨を明示する場合であっても、契約的効力を有する」のであり、「そこでの問題は両当事者の意思の探求ではなく、約定における誠実性（loyauté）である[554]」。この新版において、広告書面の契約的効力の根拠が「合意による要素化」から「約定における誠実性」へと転換されたこと、つまり、ここでの契約的効力を「意思の探求」によって基礎づける姿勢が否定されたことは、明らかだといえよう[555]。

---

(551)　*Id*., n° 3707, p. 914. さらに、BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, *art. préc*. [note 451], p. 10も、つとに道徳的観点を指摘している。

(552)　以上のほか、MALINVAUD, n° 121, p. 90も、特に理由を述べずに、「承諾をなした者の利益になる場合」には広告書面には契約的効力が認められる説いている。

(553)　Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, les obligations*, 8e éd., Cujas, 1997, n° 353, p. 205 note 54. この記述は、ラバルトの研究を受けて同版で付加されたもののようである。

(554)　MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, n° 441, pp. 216 et 217. *V*. aussi Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrat spéciaux*, 2e éd. réfondue, Defrénois, 2005, n° 360, pp. 221 et 222.

**3**　なお、以上に反し、契約的効力を一律に否定する叙述は、近時の概説書にはみられなかった。(556)

### 五　小　括

以上、**第一**では、広告書面の契約的効力をめぐっておおよそ1960年代以降に展開された議論を通観した。その内容は個々の箇所で述べたとおりであるから、もはや繰り返さない。ここでは、以上の全体を通じて一貫して窺われた特色として、二つのことを再確認しておこう。

第一に、契約という観念の実体法上の意義について。1960年代以前の法状況から窺われるとおり、契約締結過程において交付される書面は契約内容を形成する効力を有しないとするのが、フランス法の伝統的理解であった。しかし、フランス法においては、契約書という証書を契約内容の確定における起点として捉えるという考え方を原則としつつ、契約締結過程の書面をも「契約書面」と評価し、これを契約の領域に取り込むという法的解決が、信義誠実の原則の適用として、あるいは、契約実務の道徳化の発現としての「契約内容の拡大」として、広汎に展開されるようになった。以上の着想は、契約の「空間的・時間的な広がり」という着想を提示したラバルトの議論に端的に現れていたといえよう。(557)

第二に、裁判官による法の適用過程について。上に述べた判断は、フランス法においては、当該書面が「契約書面」に当たるか否かという枠組に

(555)　なお、補訂者ストフェル・マンクにおける「正当な信頼」の理解につき、*v.* Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. BOUT, n$^{os}$ 644-676, pp. 474-496.

(556)　わずかに、MAZEAUD et CHABAS, n$^{o}$ 132, p. 125 texte et note 4が、【12】判決を引きつつ、広告書面には契約的効力は存しない旨の原則を確認する程度である。しかし、マゾー＝シャバスも、実際に契約的効力が否定されるかは状況によると述べるから、この原則が貫徹されているわけではない。

(557)　それは、わが国の文脈においては、いわゆる「契約の熟度」論との連続性を想起させる議論だといえよう。なお、「契約の熟度」論のもつ含意（特に、それが次述の法適用の問題とも密接な関わりをもつ議論であること）については、次章第一節第一款第二項において考察する。

即して行われている。そのため、上の論点は、契約書面性の法性決定権が当事者と裁判官のいずれにあるかというかたちでも考察されていた。当事者と裁判官の権限分配が強く意識される背景には、書面のもつ形式性が裁判官の恣意――契約の変性――を抑止するという、メニアルによって示されたのと同様の着想をみてとることができよう。ただ、20世紀初頭におけるとは異なり、今日においては、「衡平」の観念に基づく裁判官の関与を認めようとする傾向が増していることが看取された。以上の状況をもって、一世紀を経て、フランス契約法にも、メニアルが素描した「解釈」の歴史的発展における「第三段階」への歩み〔前節第一款第一項**第三・二・㈠**〕を垣間見得る状況が兆しているのだと評し得るのかもしれない。

以下に、本文において参照した条文を一括して掲記する。

**【民法典】**

1116条

⑴　詐欺は、一方の当事者によって行われた術策が、これがなければ相手方が契約を締結しなかったであろうことが明らかであるようなものであるときには、合意の無効原因となる。

⑵　詐欺は推定されず、これを証明することを要する。

1161条

合意の全条項は、その行為全体から生じる意味を各々に与えつつ、相互に解釈される。

1184条

⑴　双務契約においては、常に、両当事者の一方がその約定を履行しない場合につき、解除条件が黙約されている。

⑵　前項の場合においては、契約は、法律上当然には解除されない。約定の履行を受けなかった当事者は、あるいはそれが可能であるときは合意の履行を相手方に強制し、あるいはその解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する。

⑶　解除は、裁判において請求しなければならず、被告には、状況に応じて期限を付与することができる。

1998条

⑴　委任者は、受任者が付与された権限に従って契約した義務について履行の責任を負う。

⑵　委任者は、権限を越えて行われた事柄については、明示的又は黙示的にそれを追認した場合でなければ、義務を負わない。

2005条

受任者のみに通知した解任は、この解任を知らずに取引をした第三者に対抗することができない。ただし、受任者に対する委任者の求償を妨げない。

2009条

上の各場合においては、善意の第三者に対しては義務を履行しなければならない。

**【民事訴訟法典】**

12条

⑴　裁判官は、それに適用される法の規定にしたがって紛争を解決する。

⑵　裁判官は、当事者がそれについて提出した呼称にかかわらず、係争事実及び文書に正確な性質決定を与え、又は、これを修正しなければならない。

⑶　ただし、裁判官は、当事者が、明示の合意により、かつ、自由に処分できる権利に関して、欲する性質決定又は法的観点に弁論を限定することによって裁判官を拘束する場合には、呼称又は法的理由を変更することができない。

⑷　発生した紛争の両当事者は、前項と同一事項につきかつ同一条件の下に、仲裁人として裁判する任務を裁判官に付与することがまた同様にできる。ただし、この場合にも、当事者は、その放棄を明確にしないならば、控訴できる。

**【付記】**

再校の段階で、S. AMRANI-MEKKI, *Panorama, Droit des contrats*, D. 2011, pp. 475 et s. に接した。破毀院第一民事部2010年 3 月 6 日判決（【21】として検討したもの）を採り上げ、同判決をめぐる近時の学説状況に対しても概観を与えている（学説状況については、本稿第一章第二節第三款（次号掲載予定）において立ち入った考察を行う）。