

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（5）

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（第二款第一項まで、
85巻2号および4号ならびに86巻1号）

第二節 契約締結過程の行為による契約内容の形成

第一款 契約締結過程論と契約内容の形成——序論的考察

第二款 契約内容の形成をめぐる法状況一斑——実務的考察

第一項 契約法の領域（以上まで、86巻2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

第一項 契約内容の形成の理論的基礎づけ

第二項 契約内容の形成の体系的位置づけ

フランス法考察の総括（以上、本号）

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（以上、次号予定）

第一章 フランス法の考察

第二節 契約締結過程の行為による契約内容の形成

第二款 契約内容の形成をめぐる法状況一斑——実務的考察

第二項 法定債権関係の領域

前項では、契約締結過程の行為によって惹起された信頼による契約内容の形成の問題を、契約法の領域における実務的問題に即して考察した。これに対し、本項においては、同様の問題が法定債権関係との関係でも論じられていることを確認する。具体的には、広告のための富くじ (loterie publicitaire : 以下、「富くじ」と略す) をめぐって展開された準契約に関する判例法理 (破毀院混合部2002年9月6日判決⁽⁵⁵⁸⁾。以下、「混合部判決」という) に考察を加える。

これはかなり特殊な局面を対象とした議論であり、日本法の解釈論にとって直接に参考となることを含むとはいえない。にもかかわらず、この問題に立ち入るのは、次の二つの理由による。すなわち、第一に、この問題は、フランス法上、前款にみた議論と共通性をもつものと位置づけられており、かつ、前記混合部判決は、既に「重要判例」として一定の影響力を承認されている⁽⁵⁵⁹⁾。そのため、同判決の考察は、これまでにみた議論の意義・狙いを理解するのに役立つ。第二に、前項でみたのが「契約」法理の展開であったにもかかわらず、これと「共通性」をもつ議論が法定債権関係にも見出されるのはなぜかという、理論上の関心である。たとえば、ド

(558) Bull. Inf. C. cass., n° 564, p. 3.

(559) 本判決が、F. TERRÉ et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *obligations, contrats spéciaux, sûrtés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, p. 568に搭載されるに至ったことは、このことを端的に物語るといえよう。

ウニ・マゾーは、上記判決の登場を評して、「契約を原因とする債務と、故意不法行為・過失不法行為・準契約を原因とする債務という最も基本的な分類」を揺るがしかねないものであったという。⁽⁵⁶⁰⁾マゾーのこの評言は、本判決が債務発生原因の一般理論にも連なり得ることを示唆するものといえよう。そこで、まず、判決の位置づけを概観し〔第一〕、次いで、準契約法理をめぐる近時の状況を瞥見することにしたい〔第二〕。

第一 破毀院混合部2002年9月6日判決

「広告のための富くじ」は、富くじの存在によって消費者を誘引して、自らの商品等を周知させることをその経済的目的とする。これについては消費法典においても規制が⁽⁵⁶²⁾加えられているが、この関係で特に注意を要す⁽⁵⁶³⁾

(560) ドウニ・マゾー（金山直樹・幡野弘樹訳）「現代フランスにおける契約法の発展」ジュリ1303号（2005年）75頁（後述する破毀院混合部2002年9月6日判決に対する評価）。V. aussi, D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1999, D. 2000, somm. p. 357.

(561) 「富くじ (loterie)」とは、一般論としては、「(名称の如何を問わず) 公衆に向けて売り出され、抽選の結果一人または多数人に対して何らかの利益 (gain) または特典 (avantage) が与えられる取引」をいう (CORNU, *Vocabulaire juridique*, v^o Loterie, p. 562)。

(562) 主な規定は次のとおりである。①「書面でなされる公衆に向けられた取引であり、各参加者において利益を取得するかのような期待を生じさせる性質をもつものは、抽選の態様を問わず、それが消費者に何ら財産的対価又は支出を強いるものではない場合に限り、これを行うことができる」(L121-36条1項、傍点引用者)。その主たる趣旨は、くじへの参加の見返りとして商品の購入を要求すること（くじ参加権と商品購入義務との抱合せ）を防止することにあるとされている。②富くじの申込書は、商品注文申込書などの他の書面との混同が生じないように配慮されたものでなければならない、また、広告のための富くじ申込書にはくじについてのわかりやすい説明を付したうえ、「取引の規定書は、請求があれば何人に対してでも無償で送付される」旨の記載をしなければならない (L121-37条1-3項、傍点引用者)。なお、③刑事的制裁として、その違反には罰金刑が設けられている (L121-41条)。

(563) ただし、実際には、消費法典における規律は、その実効性について種々の限界を抱えていると指摘される。V. D. AUTEM, *Quel fondement pour la responsabilité des sociétés de vente par correspondance en matière de loterie avec pré-tirage?*, CCC 1999, Chronique, n^o 11, p. 4; Ph. BRUN, *Loteries publicitaires trompeuses, la foire aux qualifications pour une introuvable sanction*, in :

るのは、消費法典の規定が遵守されているならば、当選の期待が侵害されたとしても——当選を信じて特別な出費をしたような場合を除けば——財産的な損害は生じ得ないということである。にもかかわらず、契約の実現によって救済を与えようというのが、ここでの議論の内容である。

もとより、こうした特殊性をもつ規律を一般化することには、慎重でなければならぬ⁽⁵⁶⁴⁾。しかし、その理論動向をめぐっては既に夥しい論議がなされており、その考察を通じて、債務法の一般理論——とりわけ債務発生原因論——に対する重要な寄与がなされつつある。以下では、問題の特殊性に留意しつつ、本判決をめぐり解釈論の展開を追跡することで、本判決がなぜ債務発生原因論の再考を誘発したのかを考察する。

一 破毀院混合部2002年9月6日判決

本判決において、破毀院混合部は、一世紀以上も前になされた不当利得法理に続いて、新たな準契約類型を創造することによって問題解決にあたった（以下、第二款の論述においては、本判決を「混合部判決」と称する）。

○ 破毀院混合部2002年9月6日判決

【事実】 X1は、Y から、10万5750フランの懸賞金が当選した旨を知らせる郵便を受け取った。そこには、当選確認書を送らなければ当選金を獲得することができずと書かれており、添付されている当選確認書には、「私は、10万5750フランの懸賞金の当選者です。抽選終了次第、通知のうえ、上記金額を支払ってください」「当選していた場合には、賞金を送ってください」等と記載されていた。そこで、X1は、上記懸賞金に当選したものと信じてこの書類に要求された事項を記載し、署名の上これを Y に送付した。しかし、その後も Y からの返答はなかった。

そこで、X1は、主位的に、上記当選金の支払を請求するとともに、予備

Mélanges J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 191.

(564) また、結論の当否にも疑義を生じ得るであろう。ドイツ法における同旨の規律 (BGB 661a 条) につき、平田健治教授は、「いかなる当選『約束』を業者がしようと、それが法的効果としてそのまま履行義務を生じさせるという点に、手段として何か釣り合いの取れないものを感じてしまう」と指摘する (ハインリッヒ・デルナー (平田健治訳) 「当選通知の責任—ドイツ民法661a 条の国内法上と国際法上の諸側面—」 阪法53巻5号 (2004年) 219頁 (訳者あとがき))。

的に、確定的な当選金と抽選前の利益との混同を生じさせる虚偽広告を行ったことを理由として、上記当選金相当額の支払を請求した（併せて、消費者団体 X2が、Y に対し、消費者の集团的利益に対する侵害を理由として、10万フランの損害賠償を請求した）。原々審が、前記引用の記載において用いられている「当選していた場合には (si...)」との表現などを理由として、当選は不確定的なものであったとして X1の請求を棄却したのに対し、原審は、精神的損害を認定して、1382条（民事責任）に基づき、X1に対する5000フラン、X2に対する1フランの支払を命じた。本件破毀申立は、これをなお不服とする X1および X2からなされたものである。

【判旨】「破毀申立理由によれば、X2は、損害賠償を1フランに限定した控訴院に対し、次のような不服を申し立てた。すなわち、裁判官は、その専権によって、当事者の申立ての範囲内において損害賠償額を評価するとしても、必要があれば一切の有用な措置を命じた上で、自由に斟酌しうる諸要素に照らして損害を算定するのであって、損害額が不確実であることを理由として象徴的損害賠償 (*indemnité symbolique*) を与えるにとどめることは許されない。また、一群の消費者が被った損害の賠償を請求することを任務とする X2の主張によれば、本件においては、注文を得るために行われた Y の攻撃的かつ欺瞞的な方法によって、多額の富くじに当選したかのごとく消費者が誤信させられ、これによって消費者の集团的利益に損害が生じたのであり、X2としてはその損害額を10万フランと評価した。控訴院は、上記数额を損害と評価するために依拠する要素を何ら示さず、本件の事情に照らすと、損害賠償の名目で1フランを与えたことによって消費者の集团的利益は確かに賠償されたとするにとどめており、民法典1382条につき、判決の法的基礎を欠くものである。

しかしながら、控訴院は、その専権に基づいて自らの評価によって損害の存在を根拠づけたのであり、多様な要素を確認しなければならないものではない。よって、所論を容れることはできない。

「当事者に対する通知 (*avertissement*) を経て職権で採り上げられる、まったくの法律的な事由について。民法典1371条に徴するに、準契約とは、第三者に対する何らかの拘束を生じる、人の純粋に意思的な行為である。X1に対し、損害賠償の名目で一定額を支払うよう会社に命ずるにあたって、原判決は次のことを考慮している。すなわち、Y は、単なる偶然の可能性を積極的な仕方で広告することによって、多額の当選金を得たかのような誤信を生じさせるという不法行為法上のフォートを犯したのであるが、その損害は X1が獲得したと信じた額とは一致し得ない。

以上の判断によれば、射倖性 (aléa) の存在を明らかにせずに X1に当選を通知した富くじの主催者〔Y〕は、この純粹に意思的な行為によって、当選金を支払うべく義務づけられるにもかかわらず、〔これを否定した〕控訴院は上掲法条に違背したものである」。

二 法状況の概観

1 従前の法状況 本判決以前の法状況を考察するにあたっては、その間の判例・学説が、この種の事案に対する望ましい解決は消費者に当選金(相当額)を得させることだという共通理解に立って、この解決を矛盾なく導くために、種々の法律構成を論じてきたことを念頭に置いておく必要がある。混合部判決は、錯綜した法状況に整理を与えるべく、解釈の統一という目的をもって下されたものであり、実際、その後はこれに従う判断が主流を形成するに至っている⁽⁵⁶⁵⁾。

それでは、混合部判決以前に示された法律構成にはどのようなものがあったのか。大まかにいえば、それには、「表示された意思」に基礎を求めるもの〔(1)、(2)〕と、「現実の意思」に着目して契約意思の存在を否定するもの〔(3)〕とがみられた⁽⁵⁶⁶⁾。しかし、それらはいずれも難点を抱えているとされてきた。

(1) 契約 通信販売業者からの広告を申込みとみて、これに対して消費者がした引換券の送付を承諾とみるものである。この見解によったとみられる判例も、混合部判決以前には相当数存在した。

しかし、これに対しては、意思の捉え方に由来する次の批判がなされた。すなわち、①この種の事案において送られてくる書面は幾とおりにも読み得る性質のものであるから、申込みの各要件(明確性および確定性)を満たさない。②債務の発生には「現実の意思」を要するとみるならば、事業者が現実の意思の存しないことが明らかなこの種の事案において、契

(565) V. FAGES, n° 611, pp. 444 et s., texte et note 7-8.

(566) 事実関係に特性はないので、判決は逐一摘示しない。詳細につき、v. TERRÉ et al., loc. cit. [note 559], ; Avis de DE GOUTTES, Bull. Inf. C. cass., n° 564, p. 5.

約を観念することはおよそできないはずである。

(2) 一方的債務負担行為 事業者の表示を一方的債務負担行為 (engagement unilatéral) とみる判断も一部の判決によって採用されていた。契約と同内容の債務の発生を基礎づけられるものであるが、ここにおいては、「意思の合致」による基礎づけの困難さが意識されている。一方的債務負担行為の拘束力に関する説明においては、往々にして、表示受領者の信頼が強調される⁽⁵⁶⁷⁾。この点にかんがみると、本説の背景には、消費者の正当な信頼を保護するという狙いが伏在しているとみることができる。

この見解に対しては、基本的には契約構成に対すると同じく、事業者に現実の意思が存しないという批判が寄せられた。ただ、一方的債務負担行為の債務発生原因としての特殊性にかんがみて、ここにおいては、「他の場合以上に、約束者の同意は特に鮮明・明瞭 (net et claire) でなければならない」といわれることにもかんがみると、この点は、契約構成を採用する場合以上に困難な障碍となるように思われる。さらに、この構成に固有の批判としては、債務負担のコースを見出し難いこと⁽⁵⁶⁸⁾、そして、そもそも一方的債務負担行為を承認し得るか否かが長きにわたる論争的であったこと⁽⁵⁶⁹⁾を指摘しなければならないだろう。

(3) 民事責任 混合部判決以前に比較的多く採用されていた構成であり、本判決の原審もこの構成に依拠していた。これは、意思によらずに事業者の責任を基礎づけるものであるため、当然、(1)、(2)に向けられた批判を免れており、理論上の障碍の最も少ない解決策だということができる。

しかし、この見解に対しては、解決の実効性に対する批判がなされた。

(567) SÉRIAUX, n° 9, pp. 29-31. V. aussi *id.*, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, n° 11, p. 19 ; M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957, préf. J. FLOUR, pp. 168 et s.

(568) SÉRIAUX, n° 9, p. 30.

(569) BRUN, *art. préc.* [note 563], n° 15, p. 200.

(570) V. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n°s 51-54, pp. 59-65.

すなわち、消費法典の規定を前提とすれば、特別の事情がない限り、消費者に財産的損害が生じることはない。いかえれば、損害は期待を侵害されたことによって生じるにすぎないのであって、その賠償は慰謝料的な性格のものにとどまらざるを得ない。したがって、当選金を得させるという⁽⁵⁷¹⁾解決を導くことは、理論的には不可能だと解される。

(4) 以上のとおり、従来⁽⁵⁷²⁾の解決策のうち、(1)および(2)は、結果の妥当性 (opportunité) はあるが理論の正当性 (légitimité) を欠くとして、また、(3)は、正当性はあるが妥当性を欠くとして、それぞれ批判が加えられた。混合部判決は、消費者に当選金 (に相当する額) を得させることを可能にするとともに、事業者の意思に債務発生⁽⁵⁷³⁾の根拠を求めない構成を模索する苦心の結果として案出されたものである。

2 適用領域の拡大 次款第一項に詳述する⁽⁵⁷³⁾とおり、本判決を契機として、契約締結過程の行為によって惹起される正当な信頼をいかにして保護するかという問題に関する学理的分析が発展したのであるが、混合部判決の示した着想を「正当な信頼」の保護の問題として拡大ないし一般化する傾向は、学説のみならず、判例のなかにも窺うことができる。すなわ

(571) もっとも、民事罰 (peine privée) と構成する可能性があることは別論である (民事罰に関する研究として、廣峰正子『民事責任における抑止と制裁 フランス民事責任の一断面』(日本評論社、2010年) 35頁以下〔初出：同「民事責任における抑止と制裁(2)」立命299号 (2005年) 270頁〕を参照)。この旨を示唆するものとして、R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003, Defrénois 2003, p. 1169がある。たしかに、本判決が「罰」的考慮を含むことは否定し難いが、理論構成として民事罰に依拠し得るかについては、C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007, préf. Y. LEQUETTE, n° 124, p. 63が述べるように、ここでも、被害者に損害額以上の利得を帰属させることがいかにして正当化されるのかという批判を免れないだろう。また、仮に何らかのかたちでこの問題を解決したとしても、契約実現の場合と同等の状態を認めるべきであるという結論を基礎づけ得る理由は、なお存しないと思われる。

(572) GRIMALDI, *th. préc.* [note 571], n^{os} 125 et 148, pp. 63 et 71-72.

(573) V. TERRÉ et al., *op. cit.* [note 559], n^{os} 9 et s., pp. 575 et s.

ち、破毀判決ではあるけれども、混合部判決の定立した規範を富くじ以外の事案——締結された契約の内容確定が問題となった事案——に適用し、準契約の観念によって、相手方の抱いた信頼に即して契約内容を確定しようとする判断を示したものがみられる。

○ 破毀院第三民事部2006年3月15日判決⁽⁵⁷⁴⁾

Y夫妻は、自己所有の居住建物を売却することを決め、Z社との間で外装のリフォームに関する契約（本件リフォーム契約）を締結した。Yは、上記建物の買主であるXに対し、本件リフォーム契約を締結した旨を知らせていたが、その後、これを解除した。X・Y間の売買契約においては、リフォームについては何ら約されておらず、公証証書もこの点には触れていなかった。そこで、Xは、Yに対し、滞ったままになっているリフォームを行うべく、これに要する費用の支払を請求した。原審は次のように判示して、準契約を理由としてYの請求を認容した。すなわち、売買契約の締結に先立って本件リフォーム契約の締結について売主から買主に対して自発的な通知がなされたという事実は、1371条にいう「純粋に意思的な行為」に当たる。

これに対し、破毀院は、売主において、単に第三者との間の契約（本件リフォーム契約）の存在を通知しただけでは、買主に当該契約の履行を求める権利を認めることはできないとして、原判決を破毀した。

本件においては、第三者との間での取引（リフォーム契約）も問題になっているから、契約の相対効なども関わって顧慮すべき事情は複雑である。しかし、破毀院の判断が結論として妥当なものであることには、おそらく異論はないだろう⁽⁵⁷⁵⁾。このことを確認したうえでさらに注目したいのは、原審が準契約法理を用いた点につき、これを「正当な信頼」の観念の現れとみる評釈が現れていることである。こうした分析をいち早く加えたリプシャベールは、本判決には、準契約ないし「準約束（quasi-engage-

(574) Bull. civ. III, n° 69.

(575) V. PERRUCHOT-TRIBOULET, note au cet arrêt, D. 2007, p. 1582. FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n° 260, p. 691も同旨を説く。

(576) R. LIBCHABER, obs. sous cet arrêt, *Defrenois* 2006, art. 38433, p. 1229 ; PERRUCHOT-TRIBOULET, *op. et loc. cit.* [note 575]

ment)」の觀念の有効性を再確認させる意義があるけれども、破毀院が判決のなかで外観法理の新たな形態を承認しなかった点では惜しまれてよいと論じている。こうした理解は、本判決において示された解決が契約内容の確定のために相手方の正当な信頼を顧慮するという一般的な射程をもち得ること——したがって、その論理が前項にみた議論にも通じていること——を示している点で、重要なものといえよう。

3 以上のような法状況をみたとき、次には、既存の準契約類型に収まらない新たな類型を承認することがいかにして正当化され得るのが問題となろう。以下では、判決の採用した準契約概念の分析を通じてこの点を明らかにするとともに、本判決を機縁として展開された、債務発生原因に関する近時の議論状況に一瞥を加えることとする。

第二 債務発生原因論の考察

一 準契約概念の理解

1 拡張的な準契約概念 (1) 先にみた混合部判決は、次のような三段論法から成っている。すなわち、準契約とは、「第三者に対する何らかの義務を生じる、人の純粹に意思的な行為」をいう (1371条)。ところで、事業者の通知は「純粹に意思的な行為」である。したがって、これによって、消費者に対する準契約上の債務という「義務を生じる」。

以上をみると、たしかに、法典の文言に従う限り、判決が対象とする法律関係を「準契約」として規律する余地があるかにみえる。また、フランス法には、判例による法創造を介して法典の準契約概念を拡張することで、一般的不当利得法理という新たな準契約類型が承認されたという歴史的⁽⁵⁷⁷⁾事情があるため、準契約という概念それ自体は可変的なものとして捉え⁽⁵⁷⁸⁾られている。そして、実際にも、混合部が採用したような広範な準契約理⁽⁵⁷⁹⁾

(577) C. グリマルディの提唱する「準約束」理論については、次款第一項第一において詳論する。

(578) 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣、1986年) 740頁以下を参照。

論——事務管理、非債弁済および一般的不当利得のほかにも広く準契約を認めようというこの理解を、仮に「拡張的な準契約概念」と呼ぶ——は、既に一部の有力学説による支持を得ていたのである。混合部判決の採用した準契約概念の特質を理解するために、以下においては、その先駆的主張者であるオノラの所説に分析を加えることにしよう。⁽⁵⁸¹⁾

(2) オノラは、自らの狙いを次のように論じる。今世紀初頭、個人主義的法理論と団体主義的法理論の錯綜・拮抗がもたらした私法の変容によって、伝統的な諸概念を歪曲するか、さもなくば時代の要請により適合する新しい概念のために伝統的な諸概念を否認するかという選択が迫られ、これによって法の「均衡状態」が破壊された。そして、こうした状況は、とりわけ債務発生原因論において顕著にみられた。彼の主張は、過度の擬制によって債務発生原因が歪曲されることを防いで法の均衡状態を回復するとともに、あくまで妥当な解決を導くという解釈論の課題を二つながらに果たすために、準契約概念を「受け皿」として活用すべきだというものである。⁽⁵⁸²⁾ すなわち、彼はまず、裁判所によって契約または不法行為として解決されている事例の中には、「当事者が、真に契約外の第三者でもなければ、真に契約当事者でもなく、技巧を用いずしては契約関係や不法行為関係にあるものとして扱うことのできない」ものが含まれているゆえに、

(579) DE GOUTTES, *op. cit.* [note 566], pp. 11-13は、外観法理は三当事者関係に適用される法理であるとのファーブル・マニヤンの理解（本誌86巻2号（2011年）233頁）を引いたうえで、一般的不当利得法理を創設したブディエ判決を挙げて準契約概念の拡張可能性を説き、準契約構成がより妥当であると結論づける。

(580) 準契約をめぐる議論動向の概略につき、V. F. POLLAUD-DULIAN, *Le modèle du quasi-contrat*, in : Th. REVET (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 413.

(581) J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, RTDciv. 1969, p. 653. オノラの準契約理論に対する考察として、高畑順子『フランス法における契約規範と法規範』（法律文化社、2003年）108頁以下をも参照。

(582) HONORAT, *art. préc.* [note 581], p. 691.

少なからぬ事例において契約や不法行為という不適切な根拠に基づく解決がなされているとする。⁽⁵⁸³⁾ この脈絡で展開されている様々な主張のうち、契約と関わる若干のものを指摘すれば、「事実的契約関係」理論、「事実上の会社」⁽⁵⁸⁴⁾法理等が、新たな準契約類型として説明されるべきものとされて⁽⁵⁸⁵⁾いる。

次いで、準契約概念がこうした拡張に堪え得るほどに柔軟な性格を有していることを、オノラは次のように論証する。準契約は、何らかの契約的状況との類比 (analogie) ⁽⁵⁸⁶⁾によって正当化されるものであり、当事者間で合意がなされなかったにもかかわらず契約が締結されたと同様の効力を生じる場合は、一様に準契約と法性決定し得る。⁽⁵⁸⁷⁾ したがって、準契約に基づく債務の本質的性格は、ただ次の二点にのみ存する。すなわち、第一に、他に適切な債務発生原因が存しないが、債務を課される場合であること。第二に、その債務が契約によらない債務としての性格をもつこと。⁽⁵⁸⁸⁾ 要するに、オノラによれば、準契約の指標は、「当事者の一方に対し、法律が、契約によると同内容の義務を課する」という現象そのものに求められるのである。⁽⁵⁸⁹⁾

(583) *Id.*, n° 31, p. 685.

(584) フランスにおける事実上の会社法理については、大山俊彦「フランス法における事実上の会社(1)(2)」新報81巻4号1頁、5号55頁(ともに1974年)、森脇祥弘「近時フランス法における事実上の会社概念の展開」高岡25巻(2007年)219頁等を参照

(585) HONORAT, *art. préc.* [note 581], n° 32, p. 687. 判例は、会社設立後に形成された法律関係を遡及的に消滅させることが不可能であるゆえに、設立を無効とせず、合意によって拘束されていないはずの者についても会社法の適用を認めてきたとする。

(586) *Id.*, n° 23, pp. 673 et 674. なお、そのような準契約理解が既に DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 31, Paris, 1868, n° 53にみられたという歴史的事実は、拡張的な準契約概念を主張する論者の多くによって援用され、彼らの主張の拠りどころの一つとされている。

(587) HONORAT, *art. préc.* [note 581], n° 24, p. 674.

(588) *Id.*, n° 30, p. 674.

(3) 以上にみたオノラの議論は、法の発展に伴って「契約」と「不法行為」という二大債務発生原因に取り込まれるに至った夾雑物を「準契約」に放擲することによって、20世紀初頭以前の「法の均衡状態」を回復することを企図したものと評することができる。それゆえ、今日論じられるところとは文脈を異にするとはいえ、彼の示した理論的対応の試みには、新たな法状況によってもたらされる債務発生原因論の変容に臨むにあたっていかなる方法を採用すべきかという問題についての彼なりの解答が含まれている。

そこで、オノラの議論に即して混合部判決の読解を試みると、同判決が準契約構成を採用した意義としては、次の三点を指摘し得ると思われる。すなわち、第一に、契約および不法行為法理で対応することのできない問題について、契約および不法行為の擬制によらず、準契約法理によって解決しようとしたこと。特に契約との関係でいえば、これによって、契約法理を意思主義的に把握するという伝統が温存されていることに注目する必要がある。第二に、そのために、準契約の基本的性格を、法によって契約と同等の効果が生ぜしめられるという「現象」のみに求めたこと。この意味で、拡張的な準契約概念における「準契約」は、「法律行為類似の」行為という程度の意味に把握されているといえる⁽⁵⁸⁹⁾。そして、第三に、新たな問題解決にあたって既存の法理の「類推」という手法を用いたことである⁽⁵⁹¹⁾。

(4) 今日、拡張的な準契約概念は、ベナバン、ル・トゥルノーら有力学説によって支持されている⁽⁵⁹²⁾。特に、ベナバンの所説は、主席検事の意見

(589) D. MAZEAUD, *D'une source, l'autre...*, note au 6 septembre 2002, D. 2002, n° 11, p. 2966.

(590) このような理解を示唆するものとして、後述するドイツ民法661a条の法的性質を「法律行為類似の (*rechtsgeschäftsähnlich* : quasi-contractuelle) 行為」と説明する B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Terminologie contractuelle commune*, SLC, 2008, p. 63を参照。

(591) Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz, v° Quasi-contrat*, n° 42, p. 7.

書においても引かれており、混合部判決が準契約構成を採用するのに一定の影響を与えたことが窺われる。

ベナバンは、その教科書において、準契約を定義して「合意 (accord) または意思 (volonté) が存しないにもかかわらず、二当事者間に契約から生じるのに類似する法律関係を法律が創り出す場合」(傍点は原文ボールド)⁽⁵⁹⁴⁾とした。これは、まさに、準契約によって創り出される法状態に着目した定義であって、拡張的な準契約概念の構想を提示したものであることができる。それゆえ、ベナバンによれば、ここにはまず外観法理が加えられることになる。そのうえで、彼は、混合部判決に対し、不当利得および外観法理に続いて、「誤信の惹起」という新たな準契約類型を創造したものであるとの評価を与えるのである。⁽⁵⁹⁵⁾

2 準契約の本質 しかし、学説の大勢は、拡張的な準契約概念に対しては否定的な態度を採っている。その理由は、伝統的な準契約概念とはかけ離れたものまで準契約と認めることによって、準契約概念の統一性が損われるという点に求められている。これをいま少し敷衍すれば、次のよ

(592) BÉNABENT, n° 450, p. 315 ; LE TOURNEAU, *op. et loc. cit.* [note 591] 体系書としては、TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 1029-1, pp. 993-995がこれを支持するような口吻である。この立場からの詳細な議論として、A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE, *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, PUAM, 2004, préf Ph. DELEBECQUE, n°s 104 et s., pp. 112 et s. がある。混合部判決との関係では、v. E. TERRIER, *La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique*, D. 2004, Doctrine, n° 38, p. 1184 ; POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* [note 580], *passim.* ; M.-P. PIES-HITIER, *De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats*, PA 2006, n° 18, pp. 13 et 14.

(593) DE GOUTTES, *op. cit.* [note 566], p. 12.

(594) BÉNABENT, n° 450, p. 315.

(595) *Id.*, n°s 511-513, pp. 361-363.

(596) MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, n° 1019, p. 550 ; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Fait juridique*, n° 2, pp. 3 et 4 ; VINEY, *Intr.*, n° 193-1, p. 534.

うである。

従来の準契約類型は、判例によって創造された一般的不当利得法理を含めても、債権を取得すべき者（事務管理者、弁済者）の意思に基づく行為（適法行為⁽⁵⁹⁷⁾）を問題とし、財産的不均衡状態の是正を旨としている⁽⁵⁹⁸⁾。これに反し、混合部判決における準契約概念は、債務を負うべき者の、不法行為をも成立させ得る違法行為（誤信惹起行為）を問題とし、これにサンクションを課することを目的とするものである。この点で、両者はその性格をまったく異にするから、これらを同一類型に属せしめることは許され⁽⁵⁹⁹⁾ない⁽⁶⁰⁰⁾。

(597) 船田享二『ローマ法 第三卷』（岩波書店、1970年改版）323頁を参照。

(598) こうした認識は、M. DOUCHY, *La Notion de quasi contrat en droit positif français*, *Economica*, 1997, not. n° 77, p. 170において明確化されて以来、学説において広く承認されている。

(599) サンクションとしての性格を強調するものとして、次款第一項第一にて考察するC. グリマルディの所説を参照。そのほか、M. TCHENDJOU, *La responsabilité civile des organisateurs de loteries publicitaires, Propos sur les obligations et quelques autres themes fondamentaux du droit*, in : *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, n° 21, p. 324も同旨。また、TERRIER, *op. cit.* [note 592], n° 38, p. 1184は、書面を送付したことではなく、誤信を惹起したことこそが「意思的行為」の内実であるとの理解から、「債務発生原因は、錯誤に陥れようとする自発的行為、すなわち、利益取得を信じさせようとする意思のなかに存する」とし、その結果として、善意の信頼がそのままのかたちで保護されるべきものと論ずる。とはいえ、以上の諸学説に対し、LE TOURNEAU et ZABALZA, *JCP* 2002, 12, Chron., n° 22, p. 6のごとく、判決を字義どおりに解し、問題は意思的行為であるか否かであって違法か否かではないと強調するものもある。

(600) なお、判決文には明示されていないが、本判決は、責任を成立に導く本質的な要素として消費者の「信頼」をも要求している。実際、破産院混合部は、同じ2002年9月6日に混合部に係属した別件（出典も同じ）につき、原告が当選金を得られないと知っていたにもかかわらずこれを求めて訴訟を提起したことにつき、当該訴訟が濫訴であるとまで断じてこれを棄却した。この点を捉えて、1371条を「適用」という構成を維持する限りは、なぜ信頼が要件とされるかは直ちには基礎づけられないとの批判が加えられている（A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, *LGDJ*, 2004, préf. G. VINEY, n° 788, p. 471 ; TCENDJOU, *art. préc.* [note 599], n° 21, pp. 324 et 325)。もっとも、拡張的な準契約概念を採用する

このように、準契約の「本質」を「財産的不利益の是正」という交換的正義の実現に求める理解に立てば、本判決によって試みられた準契約という基礎づけの当否は疑わしいものとなろう。

3 政策的選択の必要性 以上のような観点から、シュヌデは、ここにおいて問題とされる法技術の選択は、法における伝統と革新との対立に帰せられるものであり、その背後には、与えられるべき賠償に関する「政策的選択 (choix politique)」が隠されていると指摘している⁽⁶⁰¹⁾。このようにみると、そこにいわれる「政策」の内容、および、「賠償」を「契約の成立」というかたちで実現するための理論的根拠は、どのように理解され得るだろうか。前者はいわば価値判断の問題であるが、この点を明らかにするためには、法理論の問題にとどまらない多面的な考察を要するから、後に若干の指摘を行うにとどめざるを得ない〔本款小括〕。以下では、さしあたり、法律構成の問題として、準契約に代わり得るより望ましい解決として提唱されているものを採り上げ、「契約」的債務の発生という結論を正当化し得る根拠を探究してみたい。

二 法的構成の提言

準契約による解決が十分な基礎づけを提供しないと解されるなかにあって有力な支持を得ているのは、外観法理および一貫性原則である。各々の詳細な内容は、次款第一項において考察される。そこで、以下では、その架橋の意をも含めて、それぞれの立場における代表的議論を採り上げて考察することにしよう。

1 外観法理 外観法理による解決の可能性をいち早く指摘したのは、ヴィネーであった。彼女は、その判例評釈において、「外観の観念は、

BÉNABENT, n° 512, p. 362は、外観法理との類比から、主観的要件としての「善意」を導出することはできるとしている。

(601) F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. GHOZI, n° 359, p. 340 texte et note 9.

われわれの法体系のもつ一定の厳格性を修正するために学説・判例が発展させてきた概念のひとつであり、その適用領域は、もともとはかなり狭かったものの、完全に一般的なものとなるべく次第に拡張されてきた」として、外観法理の適用領域は拡張され得るものと論ずる。そのうえで、富くじの問題に対する具体的な解決として、「送付された書面の文言から、そこに記載された賞金を得られるものと正当に信じたからこそ、消費者はその賞金を請求することができるのである。その正当な錯誤に基づく善意は、自らが信じた効果を与えるに足りるものである」と説いた。⁽⁶⁰²⁾

これに従って外観法理構成を支持する者は、いまや相当数に昇る⁽⁶⁰³⁾。この解決が支持を集めるのは、外観法理が、判例の定立する規範内容と同じものを、論理的な矛盾を犯すことなく導き得る一般法理だからであろう。

2 一貫性原則 他方、一貫性原則の適用を説く論者は一枚岩ではないが、ここでは、ドゥニ・マゾーの議論をみることにしよう。

マゾーは、同判決が消費者保護という関心に出たものであることは認めつつも、その実効性に対しては暗い見通しを示す。すなわち、本判決は、「射倖性の存在を明らかにせず、消費者に多額の当選金を得たかのような誤信を生じさせたこと」を問題にするものであったため、今後の紛争では、消費者に送付された文書が「射倖性の存在を周知させるに足りるものであったか」が争点となると推測される。その結果、今後の紛争においては、事業者から、通知の文面を盾にとって射倖性の存在が明らかにされているから準契約上の義務は成立していないのだとして、「心ゆくまで難癖

(602) 以上、G. VINEY, JCP G, 9 décembre 1998, p. 2156. 前節第二款の小括〔本誌 86巻 2号 (2011年) 209頁以下〕をも参照。

(603) DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 600], n^{os} 769 et s., pp. 450 et s. はその分析を精緻化したものである。さらに、TCHENDJOU, *op. cit.* [note 599], n^{os} 22 et s., p. 325 et s. ; TERRIER, *op. cit.* [note 592], n^o 19, pp. 1181 et 1182. 体系書として、TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n^o 1029-1, p. 995 ; FAGES, n^o 612, p. 446. なお、M. BOUDOT, *Rép. civ. Dalloz, v^o Apparence*, 2003, n^o 74, p. 10 は、「意思の外観」についての説明の中で、広告のための富くじの問題に言及している。

をつけ」られる事態に陥ることが予想される。さりとて、これを避けようとすれば、結局、民事責任説を採って最低限の損害を賠償することに甘んじることにならざるを得ない。こうした評価を下した後、マゾーは、自らの解釈論的提言として次のように説く。「破毀院は、あるいは、債務を負うことを避けるために前言を翻すことをためらわない業者を非難するために、一貫性原則の存在を認め得たのではなかろうか。そうであれば、消費者保護は保障されよう……」⁽⁶⁰⁴⁾。

三 小 括

以上、富くじの事案を契機として展開された債務発生原因の整序に関する近時の議論状況に一瞥を加えてきた。いま一度その様相を要約するならば、次のようにいうことができる。

ここでの問題は、月並みな表現ではあるが、形式論および実質論の両面に及んでいる。まず、前者については、債務発生原因の法性決定が論じられ、準契約概念の柔軟性をどこまで認め得るかが争われた。破毀院は、準契約による基礎づけを採用したのであるが、こうした立場が採られた背景には、まさに外観法理の民事責任構成についてみられたのと同じく、新たな問題に対処するにあたり、法典に根拠を有する法理を応用するのが穏当だという思考方法を看取することができるだろう。けれども、学説においては、本判決の解決を準契約として基礎づけることの論理的整合性に対する批判が強く、そのことが、新たな債務発生原因論の構想という機運を生じさせていた。

以上に対し、実質論としては、法律構成に関する立場の相違を超えて、事業者によってなされる不公正な取引慣行を掣肘するためにはいかなるサンクションが実効的であるかという関心から、契約責任の成立を認めることを「妥当」とする判断が前提にされていた。こうした判断は、マゾーの

(604) MAZEAUD, note préc. [note 589], pp. 2963 et s.

(605) 外観法理の民事責任が仮装理由であったと解されることにつき、本章注(394)および同対応本文を参照。

議論のなかに直截に現れていた。彼の主張は、自らの提唱する連帯主義の立場からのものと解されるが、この点を差し引いても、本判決に上述のような「政策的選択」を織り込もうとする多数学説の立場をよく代弁しているように思われる。

小 括

以上、本款においては、契約締結過程における正当な信頼と契約内容の形成の問題と関連するフランス法の近時の状況を、「契約」の内外に存する二つの問題領域に即して跡づけてきた。その成果を、理論構成に関する問題と、価値判断に関する問題とに分けて要言し、本款のまとめとしよう。

一 理論構成

1 契約の領域の確定 広告書面等の言明の内容を「契約の領域」に取り込み得るか否かという問題は、「合致した各当事者の真意がいかなるものか」という方向からではなく、「契約締結過程の行為がいかにして契約内容の確定に影響を及ぼすか」という方向から考察されていた。既に繰り返し述べたとおり、こうした問題の捉え方は、フランス法においては、「契約」の観念とは整合しないものと解されていた。契約内容とは、原則として、両当事者の作成にかかる「契約書」に規定された内容をいうのであり、契約締結前に取り交わされた事項は——いかに一方当事者の同意を決定づけようとも——、両当事者の合意によって契約内容に取り込まれない限りは契約内容にはならないのが原則だと解されていたからである。⁽⁶⁰⁶⁾「契約締結過程の行為がいかにして契約内容の確定に影響を及ぼすか」という問題が、表意者の意思決定への影響いかにを直に問うのではなく、

(606) 本款第一項第二・二〔本誌86巻2号(2011年)269頁以下〕。V. aussi Cl. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006, préf. D. FERRIER, Avant-propos Ch. ATIAS et R. CABRILLAC, n° 310, p. 294 note 306.

「契約書面」性の「法性決定」問題として論じられたこと、そして、その判断が「契約の変性」ないし「契約内容の強制」との相克を孕むものとして考察されていたことは、こうした理解を如実に表すものといえよう。

しかし、どのような場合に契約の領域への取り込みが認められるかについては、「相手方がその言明を信頼し、これに基づいて契約締結を決意したこと」を最低限度の要件とすること、および、「衡平」「信義誠実」によってこれを基礎づけることといった大まかな方向づけには一致がみられるものの、具体的な判断枠組等、細部についてはなお見解の一致をみない点が残されていた。

2 債務発生原因論 「契約締結過程の行為がいかにして契約内容の確定に影響を及ぼすか」という観点からの問題提起は、特に富くじに関する判例・学説上の議論において、債務発生原因の基本的理解に関する混乱を惹き起こし、学者をして「債務法のイロハを構成する分類の流動性と脆弱性」を嘆ぜしめるに至っていた⁽⁶⁰⁷⁾。

この間の議論は、契約・不法行為という二つの主要な債務発生原因が歪曲されることを避けなければならないという共通理解に立って、①準契約概念の拡張を肯定するか、②準契約概念が歪曲されるとしてこれを否定するかをめぐる争われた。多くの学説が前提とするように、準契約には「財産的不均衡の是正」という共通の核心が存すると解するならば、財産的不均衡の是正という枠組みで把握することのできない本判決の解決は、決して準契約と同化されてはならない。そこで、多くの論者は②の行き方を取り、この解決にあたり得る債務発生原因が探究されることとなったのであるが、これに対する一致した見解は、いまのところは見出されないままとなっている。

二 価値判断

1 価値判断の内実 以上のように、如上の法領域におけるフランス

(607) マゾー（金山・幡野訳）・前掲論文（注(560)）75頁。

法の近況には、理論構成の面ではなお不明確な点が多く残されている。しかし、これとは対蹠的に、価値判断の面では、諸見解のなかに共通の傾向を看取することができたといえよう。いずれの事案類型においても、結論として、契約締結に至るまでに提供された言明の内容を契約の領域に取り込むという方向性に沿った解決が試みられていたからである。⁽⁶⁰⁸⁾

このように、判例・学説が結論の面ではおおむね一貫した方向性を示してきた一つの要因として、事業者による（広い意味での）不公正な行為に対して然るべき「制裁」を与えるべきだとする価値判断が共有されていたことを指摘し得る。こうした解決は、立法的な手当てがなされれば難なく導入され得るものだが、⁽⁶⁰⁹⁾フランス法の現況は、——その当否は措くとしても——消費法が十分に機能していない以上、民法の一般理論を果敢に改変してでもその対処に当たらなければならないとの姿勢を強く示していたように思われる。⁽⁶¹⁰⁾

２ 政策的考量の可能性 ところで、ここで事業者の不公正な行為に対する制裁という考慮がはたらいているとしても、その内容を具体的にどのように決めるかは、多分に政策的判断の様相を帯びる。民法の一般法理によってそうした政策的考量を実現することができるかは、なお検討を要する問題だといえよう。これまでの考察の限りでは、その解決策を示すことはできない。しかし、ファーブル・マニャンの議論に対し、確定性の存しない表示に対して契約実現という「サンクション」を課することは同意法理の原則論と相容れないとして、そこでの問題解決は「競争法」に委ねられるべきだとする批判が⁽⁶¹¹⁾加えられていたことは、この問題を考えるうえで一定の示唆を与えるように思われる。今日では、競争法と契約法との混

(608) 結論の当否それ自体に正面から反論を加える議論としては、CHÉNEDÉ, *th. préc.* [note 601], n° 508, p. 471がある（そもそも精神的損害の賠償で満足すべきであるとする）。

(609) ドイツ民法典661a条（前注(564)を参照）は、その一例と解することができる。

(610) V. BRUN, *art. préc.* [note 563], not. n°s 1-4, pp. 191-193.

交、競争法による契約法の「浸食」という現象が生じているとの指摘もみられるが、一つの解釈としていけば、一方で、「民法の一般原則」との関連づけを図りつつ、他方で、契約実現という法的効果を「制裁」として活用するという二面的な性格は、これを民法と競争法の混交の一断面と捉えることによって理解し得るようにも思われる。

それでは、上の問題に関するフランス法の様相は、政策的選択が先に立ち、理論はこれを追認するばかりのものだとみるべきなのであろうか。次款においては、第一節における考察の成果をも踏まえつつ、如上の法状況に対応するために、契約内容の形成に関する近時の諸議論がどのような展開をみせているかを、学理的関心から追跡することとしよう。

第三款 契約内容の形成と「正当な信頼」——理論的考察

緒言

前二款に示された構想を実際に適用するためには、解釈論を展開するための前提として、理論的根拠および体系的な位置づけに関するさらなる整理が必要となる。そこで、本款においては、契約締結過程において惹起された正当な信頼を「契約内容への取込み」というかたちで債務内容に積極的に反映させていくことを内容とする法的解決が、理論的にどのようにして基礎づけられ得るか〔第一項〕、また、それが、隣接する諸法理との関係でどのような位置づけを与えられるか〔第二項〕を明らかにするための考察を行う。これによって、前二款に示された考察がフランス契約法におい

(611) F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, préf. Cl. WITZ, n° 250, p. 136.

(612) M. CHAGNY, *L'emportement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, RDC, 2004, p. 861. 併せて、ミュリエル・シャニイ（吉田克己訳）「競争秩序における債務法 フランス法からの考察」北法58巻5号（2008年）3961頁をも参照。

ていかなる意義を有するかを明確にすること、そして、その理解の上に、序論に述べた「内部の問題」および「外部の問題」に対処するための視座を獲得すること、以上が本款の考察全体を通ずる目的となる。

第一項 契約内容の形成の理論的基礎づけ

本項では、これまでの検討を引き継ぎ、契約締結過程において惹起された正当な信頼を契約内容への取込みというかたちで債務内容に積極的に反映させていくことを内容とする法的解決に対し、どのような理論的基礎づけが与えられるべきかを考察する。第一款末尾に示唆したとおり、その方向性としては、外観法理の応用と説くものと〔第一〕、一貫性原則の適用を説くもの〔第二〕とがみられる。以下では、理論的・体系的根拠、および具体的な要件・効果の差異に注目しつつ、各個の主張を立ち入って分析し、「正当な信頼」の原理が今日のフランス契約法において占めつつある位置づけを窺う。

第一 外観法理の応用

外観法理の研究は、今世紀に入って新たな展開を迎えている。その重要かつ共通の特徴は、表見委任などの三当事者関係における外観法理ではなく、債務発生メカニズムとしての「正当な信頼」の観念を支える法理として、二当事者関係において作用する外観法理が分析対象とされる点にある。第一では、外観法理の拡張という方向でファーブル・マニヤンの議論を推し進めた者として、ここでも先駆となったカレ・オロワの議論をみた後に、近時の重要なテーゼとして、ダニス・ファトムおよびC. グリマルディの議論を順次採り上げる。

一 正当な信頼と債務発生原因論（カレ・オロワ）

1 仮説 伝統的外観法理の完成者にして消費法学の大家であるという、本論文の課題にとって意義深い地位にあるカレ・オロワは、近時、債務法の全体構造を意識しつつ、「正当な期待」の観念について一つの「仮説」を提示し、この観念が現代において果たす（べき）役割を示唆す

る小稿を著した。⁽⁶¹³⁾ ここには、「正当な期待」の観念のもつ債務発生原因としての意義につき、示唆的な視点が示されている。

カレ・オロワの提唱した仮説とは、一言でいえば、「契約やフォートと並んで、正当な信頼 (croyance légitime) が特別な債権発生原因、したがって債務発生原因たり得るのではないか」というものである (p. 172)。こうした認識に基づいて、彼は、⁽⁶¹⁴⁾ 「集合体 (ensemble)」としての「正当な期待」原理の構想を次のように論ずる。すなわち、彼自らは、外観法理の制度的根拠を「商取引の迅速性」に認めた тезис を 1959 年に公刊したが〔第一節第二款第二項**第二**〕、そこでの主張は、正当な期待の観念の一面を捉えたものとして、今日でもその意義を失っていない。しかし、今日の見地から正当な期待を論ずるにあたっては、もう一つ、「事業者は、一般人に比べて、外観から利益を享受することを許されない」という観点を新たに「付け加える」必要がある (p. 173)。というのは、外観法理の要件である〔第三者における〕調査不可能性⁽⁶¹⁵⁾ および「信頼」というファクターがともに存在すると認められる場合の多くは、不平等な状況において、不利な状況にある者が救済されなければならない場合だからである (p. 179)。こ

(613) J. CALAIS-AULOY, *L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ? in : Aspects actuels du droit des affaires Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 171. 以下、一においては、同論文からの参照部分を本文丸括弧内に指示する。

(614) カレ・オロワは、「契約やフォートと並んで、正当な信頼が債務発生原因たりうるのではないか」という問題を提起しながら、既存の個々の法理を説明するためにしか——「原理」としてしか——この観念を援用しない。この観念の一般化に対して慎重な姿勢をとっていること、そして、「全構成要素の総和」でしかない「集合体」を踏み出て「法理 (principe)」的なものを構成しようとしなかったのは、そのためであると考えられる。彼は、「法律も、また判例も、フランス法において正当な期待という一つの一般法理が存在すると述べることを許すものではない」と断り、集合体としての「正当な期待」原理を定立することにさえ慎重しなければならないという。しかし、それでもなお、彼は、「それが生成途上にあるという仮説を立てることはできる」と論ずるのである (CALAIS-AULOY, *art. préc.* [note 613], pp. 178 et s.)。

うした新しい着想は、実定法上、広告書面の契約的効力の説明、広告のための富くじ、および本質的債務を侵害する条項の規制において既に適用されている。

以上のように述べた後、彼は、その仮説を次のようにまとめる。「こうした傾向は、おそらく、不利な状況にある者を保護し、これに損害の賠償を保障しようとする配慮に結びつけられるものである。この観念が展開されるならば、それはフランス私法の重大な修正をもたらすことになる。とりわけ、正当な期待は、現実の意思に対する表示された意思の優越、一方的債務負担行為に与えられる効力、さらには不予見による契約の修正さえも正当化し得よう。それはまた、契約条項の濫用的性格を決定することを可能ならしめる一つの指標ともなり得よう」（p. 181）。

2 「正当な期待」原理の判断枠組　それでは、こうした広がりをもつ債務発生原因としての「正当な期待」原理は、具体的にはどのようにして適用されるのか。この点につき、カレ・オロワは次のように説いている。まず、「期待」という心理的事実が出発点として要求され、次いで、その正当性が問題とされる。そのうえで、期待の正当性が認められるためには、互いに結びつきあった二つのファクター、すなわち「一方で、期待をした者が詳細な調査をする方途を有しなかったこと、他方で、彼が相手方を信頼したこと」が認められなければならない（p. 179）。以上を基本として、さらに、債務を負わされる側には期待の創出に参与したことが要求されている。

この枠組みは、一見して明らかなように、伝統的な外観法理においてみられる要件論〔第一節第二款第二項**第二**〕を前提とするものである。実際、彼自身も、外観法理をその論稿における考察の出発点におき、その理由として、外観法理が「正当な期待」原理の一つの「断片」であり、その最も古典的な形態であると説いている。こうしてみると、カレ・オロワの主張

(615) J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime*, JCP 1982, I, 3058, n° 124は、古典的な外観法理を中心とする論述でありながら、既にこうした方向性を示唆している。

の要点は、「正当な期待」原理が、古典的な外観法理と同様の規範内容を保持しつつも、次第に新たな制度趣旨を取り込みながらその適用領域を拡大しているとの認識を明らかにした点に認め得るだろう。

3 展 望 伝統的外観法理の完成者にして消費法学の大家であるカレ・オロワがこのような認識を示していることは、それ自体、一つの興味深い事実である。しかし、ここに採り上げた小稿においては、債務発生原因としての「正当な信頼」の構想の輪郭が素描されたにとどまり、列挙された問題に即して具体的な考察を深めていくことはさらなる課題として保留されている。

カレ・オロワと大筋において一致する構想は、ほぼ同時期に、これとは独立した観点から、ダニス・ファトムのテーズにおいて詳細に展開された。そこで、二においては、彼女による細密な基礎づけを検証しよう。

二 外観法理の適用領域の拡張 (ダニス・ファトム)

ダニス・ファトムのテーズは、これまで契約法の諸領域に点在させられてきた外観法理に対して総合的な考察を加え、その新しい像を描出することを目指したものである⁽⁶¹⁶⁾。以下では、彼女の議論の概略を追跡したうえで、本論文と特に関わりの深い議論に考察を加える。

1 契約と外観法理 ダニス・ファトムのテーズは二部からなっており、第一部は、現行法の整理・検討に充てられる。そこでの彼女の基本的視点は、実定法における外観法理の適用には、①「契約に代わる外観法理 (substitut du contrat)」と、②「契約を支える外観法理 (soutien du contrat)」とがあったというものである。①は、表見所有権法理、表見委任法理等、要するに、伝統的に外観法理として論じられてきた諸法理であって、その共通項は、そもそも契約自体が有効に成立していない場合に、これを全体として有効にすることにある。これに反し、②は、ファーブル・マニャンによって主張された情報の拘束力の法理、広告書面の契約的

(616) A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. VINEY. 以下、二における本文中の引用は、同書からのものである。

効力等に窺われるものであり、その特徴は、契約が有効に成立したことを前提としつつ、外観への信頼を根拠として、成立した契約に対して新たな契約内容を付加する点にある。ダニス・ファトムの創見——そして、本論文が関心を向ける点——は、②をも外観法理の適用として捉え、そこに属する諸類型を一括して「契約の外観上の内容がもつ拘束力 (l'effet obligatoire du contenu apparent du contrat)」と称したところにある。

続いて、第二部は、外観法理の新たな適用に向けて、その根拠および規範内容を再考したうえ、新たな適用領域を模索することに充てられる。根拠としては「衡平」の観念が考察され、新たな適用領域としては、広告のための富くじのほか、契約交渉の破棄の問題が採り上げられている。

以上のプランからみるに、ダニス・ファトムの狙いは、既存の外観法理を整序し、その根拠を再考することを通じて、契約法において外観法理がより広い射程を有し得ることを——とりわけ、契約内容の確定という問題に即して——論証しようとする点に向けられているといえよう。その構想は広範な法領域の再編に及ぶが、以下では、こうした全体の関連を意識しつつ、ファーブル・マニャンを批判的に承継しつつ論じられる「契約の外観上の内容がもつ拘束力」に関する議論を、ダニス・ファトムの説く「外観法理の根拠論」との関係を念頭に置きつつ考察する。

2 情報提供義務と外観法理 (1) 外観法理の根拠論を考察する場面において、ダニス・ファトムが出発点とするのは、そもそも外観法理のなかには「情報提供」という観点が内在化されているという着想である。その趣旨は、次のとおりである。

ダニス・ファトムは、まず、情報提供義務を論じた従前の学説において既に、情報提供義務と外観法理との連続性を窺わせる認識が示されてきたという。たとえば、「外観法理についてのあらゆる判例が、暗黙裏に情報提供義務を含んでいる。というのも、判例は、真実に反する外観を打ち消すことなく、作出させるがままにしたフォート⁽⁶¹⁷⁾を言外に匂わせているからである」との指摘がみられたことを挙げる。彼女は、こうした見方にはた

しかに行き過ぎた点もあるが、他面、情報提供義務と外観法理との間には、完全な情報を得ていることを信頼しており、かつ、信頼が契約内容に及んでいるという点、そして、外観に対する信頼と調査義務の免除という⁽⁶¹⁸⁾判断枠組を採用している点で、構造上の共通性も認められるという (n^{os} 394-397, pp. 249 et 250)。

(2) 以上の分析を踏まえて、ダニス・ファトムは、外観法理の「制度的根拠 (fondement)」あるいは「実質的法源 (sources reelles)」に考察を及ぼす。

こうした作業にいかなる意義が認められるのかにつき、ダニス・ファトムは、次のように述べている。⁽⁶¹⁹⁾「……外観法理がフランス法のいくつもの法原則に反するメカニズムであることを心に留めておかなければならない。例外的規範というその性質は、その適用領域を明確に画することを要請する。その制度的根拠を探求することは、適用領域を決するための重要な指針となると思われる」 (n^{os} 635 et 636, p. 386 et 387)。そして、彼女は、外観法理の「情報提供」を「動的安全」に代わる外観法理の制度的根拠と位置づけることによって、解釈論に対するより有用な視点が与えられると説くのである (n^{os} 685-704, pp. 410-418, not. n^o 697, p. 415)。

それでは、なぜ、「動的安全」に代えて「情報提供」という視点を導入

(617) J. ALISSE, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse dactyl., Paris II, 1975 n^o 4, p. 8, citée par DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 616], n^o 395, p. 249.

(618) 外観法理と調査義務との関係については、特に、上井長久「フランス法における表見理論の研究——権利の調査と正当な誤信——」明治大学社会科学研究所紀要 30巻 2号 (1992年) 121頁以下を参照。

(619) DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 616], n^o 593, p. 363 et 364は、ここでの « fondement » は外観法理の法的根拠——民事責任であるか、準契約であるか、法律であるか——ではなく、外観法理という制度の存在およびその適用領域を正当化する根拠を意味するものであると強調する。本論文ではこれを「制度的根拠」と訳した。他方、実質的法源とは、「法の発展を生じさせる、道徳的、経済的、社会的および技術的な所与の総体」をいう (CONRU, *Vocabulaire juridique*, v^o Source, p. 878)。

することが、適用領域の確定に重要な指針を与えることになるのか。この点につき、ダニス・ファトムは、まず、「動的安全」の観念はあまりに一般的に過ぎ、外観法理の適用領域を指導するのに何ら意味をもたないという（n^{os} 635 et 636, p. 386 et 387）。これに対し、「情報提供」を根拠とみると、伝統的な外観法理の適用はより整合的に説明することができる。その一例として、ここでは、民法典2005条に対する新たな基礎づけの試みをみてみよう。彼女によれば、従来、同条については、第三者の側で委任状に記載された事項が正確であるかの調査義務を負うかが問題とされてきた。しかし、このような調査を義務づけるならば、受任者という仲介者によって契約を締結することを可能ならしめた代理制度の効用を著しく減ずることになる（n^{os} 685 et 686, pp. 410 et 411）。こう述べた後に、彼女は、取引の促進を企図した立法者意思にかんがみるならば、同条は、一般的な調査義務を想定するものではなく、むしろ、委任者に対し、受任者の解任という情報を第三者に提供すべき義務を課したうえ、その不提供のサンクションとして外観のとおり履行責任を負わせたものと解すべきであると説く（n^o 693, pp. 414 et 415）。

以上のとおり、ダニス・ファトムは、外観法理につき、従来は第三者において「調査する（se renseigner）」ことが要求されてきたのに対し、それでは制度の本旨に反するとして、むしろ第三者に対して「情報を提供する（renseigner）」ことが要求されていると解すべきだとする。このように、彼女の構想する外観法理は、「調査」と「情報提供」とが表裏一体の関係に立つことに着目し、いわばその原則と例外を転換したものだといえる。

（3） さて、以上にみたダニス・ファトムの議論を伝統的な外観法理との関係で評価するには、次の二つの観点からの考察が必要になろう。

第一に、ダニス・ファトムは、動的安全を制度的根拠とみることを批判するが、外観法理がまさにこの理念に沿って彫琢されてきたことは、既に第一節第二款において確認したとおりである。にもかかわらず彼女が動的

安全の観念を批判するのは、この観念が明確性を欠いており、法技術的な有用性に乏しいという理由のほか、次のような要因があると推察される。すなわち、「外観法理」の射程は「契約の外観上の内容がもつ拘束力」にまで及ぶという彼女の構想によれば、「外観法理」は、情報の拘束力、広告書面の契約的効力等、「動的安全」の観念とは無関係な適用領域をも齊一的に説明し得るものでなければならないのである。もっとも、このように、伝統的な適用領域と「契約の外観上の内容がもつ拘束力」のような新たな適用領域とを統一的に把握すべき理由は、ダニス・ファトムにおいても十分には——両者においては等しく「正当な信頼」の保護が問題になっているという以上には——論証されていない。

第二に、ファーブル・マニャンが述べたとおり、外観法理の適用領域は三当事者関係に限られるとの認識が強固であった。にもかかわらず、ダニス・ファトムはこれを二当事者関係に適用している。この点については、断片的ながらも自覚的な分析がなされているから、以下では、まずこれを見ていくことにしよう。

3 二当事者関係と外観法理 外観法理の適用によって利益を受ける者が第三者であるか契約の相手方であるかは、法理の適用にあたって本質的な違いをもたらさないというのが、ダニス・ファトムの理解である。その理由として説かれるところは、次の二点に集約され得る。すなわち、第一に、外観法理の古典的適用である表見委任および表見所有権もまた契約法の問題であり、権限または権利の不存在によって害される契約当事者の「信頼」の保護が問題とされていることに変わりはない (n^{os} 403-405, pp. 253 et 254)。また、第二に、次のような勿論 (*a fortiori*) 解釈がなされている。すなわち、外観によって義務を負わされる者と外観を創り出す者が一致しない三当事者関係 (外観の作出に帰責性がない場合にも、責任を負わされうる) においてさえ、外観法理が適用され得るのであるから、両者が一致し、したがって、義務を負わされる者にフォートを認めることのできる二当事者関係に対してそれが適用されるのは、当然である⁽⁶²⁰⁾。さもなく

ば、「およそ外観〔法理〕の伝統的な適用を承認することについて、疑義が投げかけられよう」（n^{os} 817 et 818, pp. 493 et 494）。

４ 契約解釈と外観法理 (1) 以上のように、ダニス・ファトムは、外観法理を、契約法における一般的な信頼保護法理として再構成するのであるが、それは、最終的には、「契約の解釈準則としての外観法理」という構想へと結実され（n^{os} 952 et s., pp. 582 et s.）、「契約の外観上の内容がもつ拘束力」もそのなかへと取り込まれる（n^o 385, p. 244, texte et note 51 ; n^o 953, p. 582）。

近時、少なからぬ判決が、1134条3項を援用しつつ、客観的・目的論的な契約解釈を展開している。そして、契約の不明瞭性ゆえに、こうした解釈は変性に当たらないとされることが多くなっている（n^{os} 956-959, pp. 583-585）。ダニス・ファトムは、現代の契約法に関するこうした認識を共有したうえで、「外観上の契約内容」の法理をまさにその一例として位置づける。すなわち、それは、慣習による解釈についての規定である1159条、「作成者不利」の原則を規定した1162条等⁽⁶²²⁾といった客観的・目的論的解釈準則と並んで、契約解釈準則として位置づけられるべきものとされる。そうすることで、上にみてきた局面だけでなく、従来は他の解釈準則の適用として説明されてきた領域にも、より適切な解決が与えられるというのである。

(620) このように、ダニス・ファトムは、二当事者関係においては、三当事者関係におけるとは異なり、フォートが外観法理の要件とされるとの理解を採用している。その理由として、ある局面においては、「契約交渉の自由」が指摘されるが、広告書面の契約的効力の論証に関する限りは何も述べられていない。ここでは、「二当事者関係における誤情報の提供は、実際上はフォートがあるとの判断に結びつくことが多い」というほどのことが想定されているものと思われる。V. aussi A. DANIS-FATÔME, *Quasi-engagement et apparence, proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse)*, RDC 1/2009, n^{os} 5-7, pp. 34 et 35.

(621) V. e.g. L LEVENEUR, *Le forçage du contrat*, DP, n^o 58, 1998, p. 69.

(622) 1162条につき、上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』（日本評論社、2003年）167頁を参照。

(2) しかし、伝統的な外観法理は債務発生原因（実体規範）に関わるものであり、解釈準則ではない。それにもかかわらず、両者を統合することは可能なのか。「〔契約の〕⁽⁶²³⁾ 解釈と債務の創造」の関係の解明につながるこの問題につき、ダニス・ファトムは、「裁判官が契約のなかに存在しない債務を見出すとき、果たして裁判官はその解釈を行っているといえるのか」と問い、「構成的解釈（*interprétation constructive*：客観的解釈と同義で用いられている）」が問題になるとときには両者の区別は微妙になるとする。解釈準則としての外観法理は、外観に欺かれた者が契約内容であると考えたものを契約内容とするに際し、合意に新しい契約内容を与える原因（*source*）として、その者の信頼を援用する（n° 972, p. 594）。以上の理を詳言して、彼女はこう論ずる。「『解釈』という語は、一見したところ驚くべきものかも知れない。実際、この作業〔＝解釈〕は、伝統的には『曖昧な文言の真の意味を確定すること』を対象としているが、われわれの研究対象である〔外観という〕メカニズムは、契約を強制する機能によって、曖昧な文言の外観上の意味を優先させることになる。しかし、当事者の真意の探求を後景に退かせる構成的解釈という観念を明確に採用するならば、このパラドックスは克服可能である。外観というメカニズムは、正当に受け取られた意思（*volonté légitimement perçue*）、つまり外観上の意思、そのようなものとして優先させることになるのである」（n° 955, p. 583 note 316）。そして、彼女は、以上のような契約解釈準則を、「契約内容の強制」の一類型として承認するのである。⁽⁶²⁴⁾

5 考察 以上が、「契約の外観上の内容のもつ拘束力」に関するダニス・ファトムの議論のうち、本論文の主題に関する枢要部分である。

(623) DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 616], n° 972, p. 594 (“*Interprétation et création d’obligations*”).

(624) たとえば、当事者間の同意の合致によって、A、B、C という契約内容が確定されるのに加え、一方当事者において、D という契約内容を正当に信頼したときには、内容 D は、——「意思表示」の解釈ではなく——契約内容の強制によって、当該契約の内容に取り込まれることになると解される。

以下では、その意義を考察してみよう。

(1) まず、ファーブル・マニャンの所説と比較していえば、ダニス・ファトムの議論は、情報の拘束力の法理のもつ複合的性質からサンクションとしての側面を自覚的に切り離し、これを契約内容の確定のための法技術として純化したものといえる。そのうえで注目すべきは、それが、「同意」という契約成立段階の規律ではなく、契約解釈——構成的解釈——の問題として捉えられていること、そして、その背後に、次のような考え方が窺われることである。すなわち、「契約」の成立段階においては、あくまで当事者の主観的意思のみが顧慮されるから、相手方の「正当な信頼」に基づく契約内容の形成を同意法理の枠内において実現することはできない。これに対し、「契約」の解釈という内容確定段階においては、「衡平、慣習、又は法律が契約の本性に従って債務に与えるすべての帰結」（1135条）等、真意に還元し得ない諸要素を考慮することができる。それゆえ、これに相当する規律は、真意による拘束を基礎とする契約成立段階には属し得ないものの、内容確定段階でこれを実現することは可能である。そして、合意から導かれ得ない帰結を含むことから、それは「契約内容の強制」として構成されざるを得ない。

このように、ダニス・ファトムは、「外観上の契約内容」を「契約内容の強制」の新類型と位置づけ、そうすることによって、外観法理を契約内容の確定準則へと接合したのである。

(2) ダニス・ファトムは、以上のように、「成立」と「内容確定」を段階的に区別したうえで、後者において「表示された意思」を顧慮しようとする。このように、成立と内容確定を区別してそれぞれに妥当する規律を模索するという構想は、ダニス・ファトムに限らず、近時の学説によって有力に示されているものである。そうした傾向を網羅的に跡づけること

(625) FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n° 116, p. 276 et 277は、情報の拘束力の法理を契約締結の問題として扱う。

(626) 本章・注(3)および同対応本文および注(189)を参照。

はここでの課題ではないし、また、数ある主張の中から代表的なものを摘出して考察を加えることも至難である。けれども、彼女の所説を考察するうえで特に示唆的な議論として、ムリー・ギルモーによって主張される⁽⁶²⁷⁾ 1135条の解釈論を指摘することは許されよう。

ムリー・ギルモーの構想は、①契約成立段階においては内心の意思が問題となるのに反し、内容確定段階においては表示された意思が問題になる——なぜなら、1135条は、「合意は、そこに表明される (exprimé) ことだけでなく……」⁽⁶²⁸⁾ として、意思が表明されることを前提にしているから——、②このことは、1134条1項が《contenant》たる「契約」を対象とするのに対し、1135条が《contenu》、つまりその「内容」を規律するという、⁽⁶²⁹⁾ 両条の補完的關係によって基礎づけられる、というものである。このように成立段階と内容確定段階を峻別する結果、ムリー・ギルモーは、前者と後者とでは、問題となる「意思」の内容も異なり得るとの結論を導き出す。すなわち、契約成立段階における意思の合致は主観的意思の合致と解されるのに対し、⁽⁶³⁰⁾ 内容確定段階における両当事者の意思は、表示されることによって当事者間において客観化された意思だと解されなければならない⁽⁶³¹⁾ というのである。

(3) ムリー・ギルモー説の特徴は、アンセルによる《contenant》⁽⁶³²⁾ と《contenu》との区別に示唆を得て契約の「成立」と「内容確定」と

(627) MOULY-GUILLEMAUD, *th. préc.* [note 606]. 大村敦志『学術としての民法 I 20世紀フランス民法学から』(東京大学出版会、2009年)〔以下、大村『20世紀フランスの民法学から』として引用する〕171頁以下〔書き下ろし〕が、このテーマに対する論評を行っている。

(628) MOULY-GUILLEMAUD, *th. préc.* [note 606], n° 117, p. 125.

(629) *Id.*, n° 112, p. 120.

(630) *Id.*, n°s 152 et s., pp. 149 et s.

(631) *Id.*, n°s 156 et s., pp. 154 et s.

(632) P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDciv. 1999, n° 5, p. 774. アンセル説については立ち入った検討を要しようが、他日を期することとしたい。

を峻別し、前者における「内心の意思」の優先性を保持しつつ、後者において「表示された意思」の優先性を承認する点にある。彼女の議論に対しては、既にわが国の議論状況との関係で、「補充的契約解釈論や典型契約論、さらには『契約の本性』をめぐる最近の議論と切り結ぶ視点を含む」との⁽⁶³³⁾評価がなされている。しかし、上にみたとおり、彼女の主張は、契約の類的性格の強調に尽きるわけではなく、「表示された意思」によって契約内容が基礎づけられ得るかという側面をも有しているから、その射程は、ダニス・ファトムが念頭に置く各規律にも及び得るものと解される。そこで、以下では、本論文で明らかにしてきた事柄を踏まえて、ムリー・ギルモーおよびダニス・ファトムの主張を比較考察してみたい。

(4) ムリー・ギルモーは、契約の成立と内容確定とに対応して《contenant》と《contenu》とを区別し、さらに、それぞれにおいて要求される「意思」の内容を区別した。彼女の分析は、アンセルの視角に依拠しつつ、成立段階と内容確定段階の差異を際立たせ、両者を切断して捉えたものということができよう。他方、ダニス・ファトムの所説は、たしかに、両段階を区別し、契約成立段階においては真意の合致のみが問題になると解する点では、ムリー・ギルモーと理解を共にしている。けれども、その一方で、外観法理という、従前は債務発生原因として把握されてきた法理に想を求めている限りにおいては、第一節において考察した契約⁽⁶³⁴⁾形成原理との連続性をなおも保持しているといえる。このように、両者の

(633) 大村『20世紀のフランス民法学から』（前掲注(627)）172頁。

(634) FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n° 100, p. 241が、ダニス・ファトムの тезис を「契約の成立における外観の役割について」参照していることは、本文に述べた理解を裏書きするものといえよう。それはまた、ダニス・ファトムが、外観法理による補正を説く一方で、原則論としては「内心の意思」を中核とする同意法理をあくまで堅守する立場を採ったこと——その限りで、彼女がなお意思主義的理解に立っていること——を意味する。こうした二元的な理解に対しては、S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, préf. D. FENOUILLET, n° 335, pp. 350 et 351によって、「正当な信頼」を契約の一元的な根拠と把握すべきだとの批判が展開されている。しかし、本稿の分析によれば、ダニス・ファトムの提唱する二元的把握は、前節に考察したフランス法の伝統に根差したものであり、オブリアン

議論から、成立段階と内容確定段階との結節のさせ方に関する二様の理解が導かれ得るとして、以下では、二つの可能性を念頭に置きつつ、各々の方途をどのように整理・把握すべきかを考えてみたい。

ムリー・ギルモアが両者を峻別して捉えたのは、①契約の内容確定においては「当事者の共通の意図」に解消し得ない考量がはたらくという理解を前提としつつ、②契約成立段階においては「真意の合致」しか問題になり得ないため、それ以外の契約の内容は、1135条の「衡平」から導かれなければならないと解するからである。しかし、第一節の考察において示したように、契約形成原理に二元性を認めるならば、①の要請を満たすために②の結論を採る必然性は存しない。のみならず、次のことを考えるならば、少なくとも契約締結過程における言明の契約内容への取込みを基礎づける際には、内容確定段階の規律と契約形成原理との連続性を切り離すことは相当ではないと思われる。すなわち、契約締結過程における言明の契約内容への取込みが問題になる場合には、契約の「成立」段階における一方当事者の個別具体的な行為態様が、両当事者の間における「契約内容」に対してどのような影響を及ぼすかが問題になるのだから、成立段階と密接に繋留された内容確定法理こそが要請されているというべきである。もちろん、これを「衡平」へと読み込むことは可能であろう。けれども、ダニス・ファトムのように、「外観上の契約内容」という定式を与えるほうが、規律の実質的な内容——つまり、何が「衡平」であるか——をより具体的に把握し得ていると思われる。

6 さて、以上のように、「正当な信頼」を契約内容へと取り込む際の構成として、契約成立に関する規律と内容確定に関する規律との連続性を保持する理解が採られるべきだとすれば、近時に至って、契約締結過程の正当な信頼を独自の債務発生原因として位置づけようとする議論が現れていることには、特に注目しておく必要がある。契約の成立に関する規律

又の批判によってその意義が揺らぐものではないと考える。

は、まさに契約という債務発生原因を作動させるための要件を規律するものにほかならないからである。新たな債務発生原因を志向する議論が準契約に関する判例法理に胚胎していたことは既に確認したが、三では、それに学理的基礎を与えることを企図したシリル・グリマルディの独創的な議論に考察を加えることにしたい。

三 外観法理を基礎とする法形成（C. グリマルディ）

『私法における準約束（quasi-engagement）および約束（engagement）、債務発生原因の研究』⁽⁶³⁵⁾という標題に端的に現れているように、C. グリマルディの論文は、「準約束」「約束」の二編から成り、それぞれの債務発生原因としての特性を明らかにすることを全体の課題とする。このうち、「約束」はそのまま「法律行為」ともいいかえられており、具体的には契約と一方的債務負担行為がここに属するものとされる。これに対し、外観法理との関係で重要な提言を含んでいるのは「準約束」である。以下では、その内容を明らかにすることを通じて、彼の債務発生原因論構想の一端を窺うことにしたい。⁽⁶³⁶⁾

1 債務発生原因論と準約束理論 C. グリマルディの独創性は、債務発生原因の分類に端的に現れている。彼は、債務発生原因の分類に関する従前の学説を跡づけた後（n^{os} 6-26, pp. 3-11）、これを五つの類型に分かつ自らの構想を示す。その最大の特徴は、「準約束」を、独立の債務発生原因の一つとして位置づける点に認められる。

(635) C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007, préf. Y. LEQUETTE. 以下、三における本文中の引用は、同書からのものである。

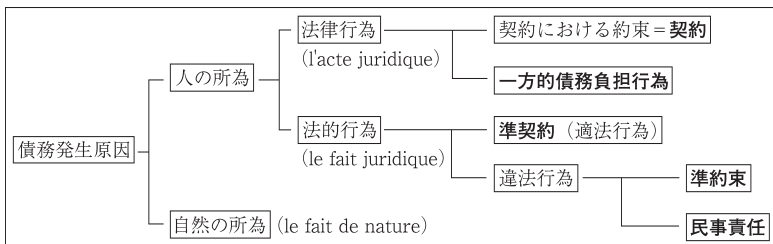
(636) もっとも、債務発生原因論が考察対象とされているため、C. グリマルディの論稿においては、ファーブル・マニャンの議論には直接には触れられていない。しかし、「準約束」理論に「情報の拘束力」の法理との類似性が認められることは、ファーブル・マニャンの強調するところである（FABRE-MAGNAN, *Contrat*, n^o 260, p. 691 ; *id.*, *Resp.*, n^o 190, p. 425）。それゆえ、C. グリマルディの議論をこれまでの考察の延長線上に位置づけることも許されると考える。

C. グリマルディのいう準約束とは、「意図的に (sciemment)、外観の上で (en apparence) しか合意しない者は、正当にそれを信頼した相手方に対し、相手方がそれと信じたところのものを給付しなければならない」という観念 (n^{os} 67 et 503, p. 33 et 247)、または、「自らのフォートによって第三者に抱かせた正当な信頼を理由として、その者に対して『衡平』に基づいて課される約務」(n^o 200, p. 97) などと定義される。このように、準約束は、法的行為 (fait juridique) でありながら、なおも法律行為の実現に等しい効果をもたらすものとされるのである (n^{os} 252 et s., pp. 114 et 115)。

ところで、前款においてみたとおり、そのようなものとして、民法典は既に「準契約」という類型を用意しているが、これと準約束との関係はどのように理解されるのか。この点につき、C. グリマルディは二つの債務発生原因の差異として、次の三点を指摘する。第一に、準約束は、契約ではなく一方的債務負担行為にその対応物を見出す。第二に、準契約は不当利得 (l'enrichissement injuste) を根拠とするのに対し、準約束は外観と民事責任とを根拠とする。そして、第三に、準約束は「違法行為」である (n^{os} 67 et 68, pp. 33 et 34)。

2 外観法理と準約束 それが違法行為に分類されることからわかるように、C. グリマルディは、準約束には「責任を負わせる (responsabiliser)」という観念が通底しているという。そして、彼によれば、こうした要請を汲むためには、民事責任の根拠が借用 (emprunter) されなけ

(637) 以上の構想は、C. グリマルディによって次のように図示されている (GRIMALDI, *th. préc.* [note 635], n^o 68, p. 34)。



ればならない。つまり、要件として、フォート（またはリスク）が再導入されなければならない（n° 217, pp. 101 et 102）。このように、彼によれば、準約束は「制裁」としての性格を有している点で（*le contractuel à titre de sanction*）、帰責性を不要としてきた伝統的な外観法理とも区別されている（*id.*）。

3 理論的根拠 それでは、C. グリマルディは、帰責の要素が独立の要件として採り上げられるべきことをどのように論証するのであろうか。彼は、その究極的な理由を、外観法理の適用対象が三当事者関係から二当事者関係へと移行し、それに伴って制度の根幹的部分が見直されたことに求めている。

(1) C. グリマルディは、伝統的な三当事者関係における外観法理を次の二つの特徴によって基礎づける。

第一に、三当事者関係における外観法理は、「静的安全と動的安全のいずれを保護するか」というかたちで提示された問題を、動的安全が静的安全にア・プリオリに優越するという序列づけを行うことによって、抽象的な次元で解決する。そこにおいて追求される目的は客観的である。それゆえ、外観を創り出した者の側の態様は、考慮の外に置かれる。彼は、こうした伝統的観念のひとつの完成型を、カレ・オロワによって提唱された「リスク」の観念による外観法理の基礎づけのなかに見出している（n°⁶³⁸ 222 et 223, pp. 103 et 104）。

第二に、このように、外観法理が、責任成立の「上流において（*en amont*）」、フォートに基づく責任からリスクに基づく責任へと移行したことに伴い、少なくとも「民事」においては、責任の成立に合理的な限定を付する必要を生じた。そこで、伝統的な見解によれば、その「下流において（*en aval*）」、「一般的錯誤」という厳格な要件が採用された（n° 218, p. 102）⁽⁶³⁸⁾。

(638) C. グリマルディの以上の事実認識は、おおよそカレ・オロワの所説（本誌 86巻 2号（2011年）195頁以下）に依拠したものとみられるが、そうした認識は、

(2) これに対し、二当事者間関係においては、もはや静的安全と動的
安全との調和は問題とされない。そこでは、具体的な事実関係に即して、
自ら創り出した外観を尊重せよという考慮から、外観に一定の効力を与え
るか否かが問題とされる。この意味で、問題は「衡平 (équité)」の実現に
ある。こうした違いから、二当事者関係においては、三当事者関係におけ
る外観法理とは異なって、当該外観を創出した責任を帰することができる
かというサンクションの問題が前面に現れるのであり、その結果、帰責の
根拠としてのフォートが再び要件とされることとなる (nº, 225, pp. 104 et
105)。なお、ここでの「フォート」は、「外観を意識的に創り出したこと」
と定義されている (nº 237, p. 109)。

4 民事責任と準約束 以上の所説には、かつてみられた外観法理の
「民事責任」構成の痕跡が窺われる。実際、C. グリマルディもフォートの
要件の「再」導入という言葉を用いているから、このことを明確に意識
していたと解してよいだろう。しかし、そのことのみをもって、彼の所説
が外観法理の民事責任構成へと回帰するものであるとみることは、即断に
すぎるといえよう。というのは、彼の構想は、準約束と民事責任それ自体
とをあくまで区別し、準約束に対して「違法行為」という体系的な位置づけ
を与えることによって、民事責任から「帰責」の契機を摘出する一方、準
約束を独立の債務発生原因として位置づけることによって、民事責任概念
の歪曲、特に完全賠償原則——過剰賠償の禁止——との抵触を回避してい
るからである。

5 小 括 新たな債務発生原因論を探究して、外観法理を根拠の一
端に有する「準約束」という観念を創案したC. グリマルディの議論は、
外観法理の応用に関する今日の議論状況を考察するうえで三点の重要な示
唆を含んでいる。

第一に、C. グリマルディは、二当事者関係と三当事者関係の差異は、

理念型としてであればともかく、実際の法理の発展に照らしてみればいささか図式
的に過ぎる憾みがある。

制度的基礎の相違に結びつくとの理解を示した。すなわち、三当事者関係においては取引の安全の保障が問題となるのに反し、二当事者関係においては衡平の実現が問題になるというのである。表示された意思の重視を説いたかつての学説が示すように、取引の安全は二当事者関係においても顧慮されなかったわけではないから、この議論にはたしかに図式的にすぎる面もある。しかし、伝統的に外観法理の適用として説明されてきた局面が三当事者関係であり、かつ、そこでの制度的根拠がもっぱら動的安全に求められたこと、および、今日、外観法理の応用が論じられているのが二当事者関係であり、そこには動的安全の保護という一元的な制度的根拠が妥当しなくなっていることという、過去および現在の外観法理のもつ諸特徴を統合的に見通す可能性を示した点で、彼の分析は一定の説得力をもっているように思われる。

第二に、外観法理の二当事者関係に対する適用においては、民事責任法理との連続性が強調される。この点は、二当事者関係と三当事者関係の構造上の相違に関する分析と不可分に関わっているから、第一の示唆の意義を理解するうえでも重要な視点だということができる。

そして、第三に、外観法理による同意法理の修正は、従前の同意法理とは異なる新たな債務発生原因論の一環として論じられている。外観法理が、契約（同意）によっても民事責任によっても基礎づけられないことは、第一節でみたとおりである。そうであれば、民事責任構成を離れた後に、外観法理が債務発生原因のどこに分類されるかは、当然に生ずべき疑義であった。⁽⁶³⁹⁾この点につき、準約束なる新たな構想を定立し、（準）契約、（準）民事責任および法律という民法典上の債務発生原因の歪曲を防ごうとする彼の議論は、フランス法における外観法理の特質をも端的に現しているようにも思われる。

(639) なお、学説上、これを準契約に分類する議論（拡張的な準契約概念）が有力となったこと（*e.g.* BÉNABENT, n° 450, p. 315）は、既に述べたとおりである。

四 小括——外観法理の応用をめぐる諸議論の評価

1 以上においては、正当な信頼という観念の契約法への導入をめぐるて交わされたフランス法における近時の議論の一端を追跡してきた。もちろん、そこには定説とみるべきものはいまだみられないから、以上の考察は決して完結したものではなく、今後の展開に即して再検討される余地を残している。しかし、そうした浮動性を認めてもなお、本款の議論からは次のような示唆が得られると考える。

2 ファーブル・マニャンが示した外観法理の類推という方向性は、ダニス・ファトムおよびC. グリマルディによって、契約内容確定原理または債務発生原理へと発展されている。二つの試みがどのような関係に立つかについてはダニス・ファトム自身による詳細な分析がなされているが、⁽⁶⁴⁰⁾両者に多くの共通点が認められることは一見の限りでも明らかだから、微々たる違いを詮索して「互いに論駁し合うよりも、一致点を強調する」こと、つまり、両者がともに拠って立つ基本観が伝統的見解の採用するそれとどのように異なるかを見定めることこそが、これらの試みの建設的な理解につながるといえよう。⁽⁶⁴¹⁾本論文の理解によれば、二つの議論の際立った一致点は、以下の点に認められる。

ダニス・ファトムおよびC. グリマルディは、契約内容の強制という理論構成を採るか、債務発生原因論に考察の重点を置くかについての態度の違いを含みつつも、⁽⁶⁴²⁾正当な信頼を中核として生じる責任を、〈同意法理＝意思主義＝契約〉という民法典の原則たる単線的規律のうえで捉えることなく、むしろこれとは異質の原理によって基礎づけようとしている。それは、端的には、外観法理に対し、厳格法たる同意法理の帰結を緩和する衡

(640) DANIS-FATÔME, *art. préc.* [note 620]

(641) C. GRIMALDI, *Présentation de l'article d'Anne Danis-Fatôme*, RDC 1/2009, p. 31.

(642) ただし、債務発生メカニズムの独自性は、DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 616], n° 855, p. 517でも強調されている。

平法的性格を与えることによって、意思自律の原理に対する修正原理を構想したものと評し得よう。実際、彼らはいずれも、契約法の修正原理としての「衡平」を強調しているのであり、このことは単なる偶然とはいえないように思われる。

ダニス・ファトムは、「外観法理が一般的な例外を形成する法規範である」ことを根拠づけるために衡平を援用し、この観念の内実を次のように説いた。⁽⁶⁴³⁾ 個別・具体性を本質とする衡平は、抽象的・一般的である法規範（*règle de droit*）に対置されるものであるから、それ自体としては法源たり得ない。⁽⁶⁴⁴⁾ しかし、フランス法には、不当利得や権利濫用のように、衡平の観念に発して一般法理として確立された法規範が存在する。そこで、彼女は、外観法理もまた、これらと並んで「衡平の客観化」を通じて法規範性を獲得した観念だと説くのである。⁽⁶⁴⁵⁾ 他方、C. グリマルディは、衡平という観念のもつこうした規範論理よりも、むしろ、契約法の指導原理としての意味合いのほうに多くの視線を向けている。⁽⁶⁴⁶⁾ 契約法の指導原理の問題については、フランス法の考察をまとめる箇所ですら立ち返って論じることにしよう。

以上みてきた両者の原理的な共通点は、法理の適用という場面においては、この構想を具体化する要件論として、あるいは「情報提供義務違反」を見出し、あるいはフォートの要件を再導入することによって、「責任」の観念に重要な意義を与えるという共通性を生み出している。彼らに

(643) DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 616], n^{os} 574-583, pp. 352-358.

(644) V. aussi Ph. MALAURIE et P. MORVIN, *Introduction générale*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n^o 36, p. 36.

(645) 利益衡量論が「『衡平』の技法としての」普遍的な価値をもつという大村敦志『民法総論』（岩波書店、2001年）131頁の指摘になぞらえていえば、二つの「衡平」の対比は、同『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）205頁に示される利益衡量論における「事例＝問題指向型」と「規範＝制度指向型」との対比に類するといえよう。

(646) GRIMALDI, *th. préc.* [note 635], n^{os} 423 et s., pp. 191 et s.

においては、初期の外観法理の主張にみられたような、緩やかな意味での「責任」の観念が、当事者間の衡平を調整するための契機として捉えられているのである。この点には、二当事者関係において論じられる「外観法理」の特性を見出すことができるだろう。

3 これらの主張がフランス契約法において支持を得られるか否かは、今後の展開を俟たなければ論定し得ない。しかし、それでもなお、両見解が、第一節に考察した二つの契約成立原理に即応する内容をもっており、したがって、給付を内容とする債務発生に関する機制を把握するための視点として、フランス法の伝統から必然的に提唱され得べき一つの理念型を提示するものだと結論づけることは、許されるだろう。そして、このような意味において、以上の議論は、同意法理と外観法理（に包蔵される「正当な信頼」および「責任」の着想）とを契約法の支柱をなす二つの原理として把握するという第一節に描出した構想を、一つの終着点に至らしめたものと解される。

さて、以上の展開は、契約形成原理の二元的な構成を引き継いでいるという意味において、まさにフランス法内在的なものと解され得るのであるが、今日の注目すべき状況として、さらに、以上と同様の帰結が比較法的な知見によってももたらされていることを指摘することができる。その一側面として、**第二**において、一貫性原則に関する近時の法状況を追跡することにしよう。

第二 一貫性原則の適用

行為態様の非難可能性を中核的要件とする新たな契約内容形成原理の構想は、ファーブル・マニャンの議論を批判的に承継しつつ「一貫性原則」の新たな展開を論ずる者によっても示されている。そこで、**第二**では、一貫性原則の近時の展開を追跡することにしたい。すなわち、まず、一貫性原則のフランス法における生成・展開と近時の活況を窺い、これによって、現代の契約法において一貫性原則が占める位置づけを明らかにする。そのうえで、本論文の課題に焦点を絞って、この原則に関する研究の到達

点をなすウシエフの議論と、これに対する評価をみることにする。

一 法状況の概観

「矛盾行為は禁じられなければならない」という観念が、《 *protestatio non valet contra factum.* 》の法格言によって古くから知られていることは、既に述べたとおりである。⁽⁶⁴⁷⁾ もっとも、その具体的適用を「一貫性原則」という定式のもとに論じたのはセリスが最初だから、同原則がフランス法においては歴史の浅い観念であるということは否定し得ない。とはいえ、セリス以降、同原則に対する考察は着実に蓄積を重ねており、特に、本論文の扱う問題領域におけるその後の展開には目覚ましいものがある。そこで、まず、一貫性原則の生成・展開の過程を略説することから検討を始めよう。

(一) 学説の展開

1 ゲスタンによる受容 セリスの議論の約10年後、一貫性原則を解釈論において具体的に適用した初めての試みとして、広告書面の契約的効力を基礎づけに関するゲスタンの議論が現れた。⁽⁶⁴⁸⁾ 彼は、今日では広告書面によって明確な情報が提供され、これによって相手方の同意の内容が決められることが間々あること、そして、判例も、こうした書面に契約的効力を与える傾向にあることを指摘したうえで、セリスの論稿を引きつつ、仮に契約的効力を有しない旨の明示的な留保が付されている場合であっても、こうした留保は、広告書面の内容および目的との矛盾を含んでいることから、一貫性原則の適用によってその法的効力を排除されなければならないと論じた。このように、一貫性原則の解釈論的な活用は、まさに本論文の問題領域において生じ、かつ、それが一定の支持を集めたのであ

(647) 本章・注(161)および同対応本文〔本誌85巻1号（2010年）124頁〕を参照。

(648) 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, p. 229 ; *id.*, *Formation* , n° 412, p. 371.

た。

2 メストル=ファージュによる展開 (1) 以上と性格を異にする傾向を生じたのは、1980年代後半であった。この時期になると、メストルが、契約当事者から複数の相容れない主張がなされた場合に、そうした一貫性のない主張は意味をなさないとの判断を下した諸判決に対し、積極的に評釈を付するようになる。彼は、それらの解決を「一貫性原則」の適用として説明することによって、⁽⁶⁴⁹⁾「法律行為に対する留保」以外の局面における同原則の適用を承認した。こうして、一貫性原則の適用領域が同意法理の外側に及ぶことが確認されたことによって、同原則が後に契約法ないし民法一般に関する基本法理として展開するための素地が整えられることとなった。

(2) その後、メストルの流れを汲むファージュが、「契約当事者の行為 (comportement)」を論じたそのテーズにおいて、故意の条件不成就 (1178条)、本質的債務論など、当事者の行為が契約上の規律に矛盾する局面を考察するとともに、「一貫性義務 (devoir de cohérence)」の観念それ自体に対する分析を行い、同原則が契約法の諸領域においてさまざまなかたちで適用されていることを例証した。⁽⁶⁵⁰⁾一貫性義務についていえば、彼は、まず、一貫性義務それ自体を承認する比較法的な具体例として、ドイ

(649) 請負契約において、報酬を受けるために契約の存在を主張するとともに、契約上の債務を免れるために契約の存在を否定することはできないとした、Cass civ. 3^e, 13 avril 1988, RTDciv. 1989, p. 743, obs. J. MESTRE が先駆である。「一貫性原則」という呼称を明確に用いたのは Cass civ. 3^e, 7 juin 1989 et Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1989, RTDciv. 1990, pp. 473 et 474, obs. J. MESTRE であり、本件もまた解除と履行請求との非両立性が問題となった事案である。さらに、争点をほぼ共通する Cass. com. 21 février 1995, RTDciv. 1995, p. 618, obs. J. MESTRE においても同旨の分析がなされている。なお、この観点から一貫性原則を詳論するものとして、v. L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, 2004, préf. J. MESTRE, n^{os} 140 et s., pp. 154 et s.

(650) B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. MESTRE, n^{os} 592 et s., pp. 320 et s.

ツ法における信義則（ドイツ民法典242条）の下位類型としての矛盾行為禁止の原則、および英米法における禁反言（estoppel）法理を簡潔に考察している。そのうえで、フランス法における一貫性義務の判例における現れが、①態度を急変させることによって生じる矛盾行為の事案類型と、②複数の態度が両立し得ないものである事案類型とに分かって考察された。⁽⁶⁵¹⁾⁽⁶⁵²⁾

（3） 以上のとおり、メストルおよびファージュによって、一貫性原則は、同意に対する留保の局面に適用されるにとどまらず、当事者の矛盾行為を制裁するものとして、契約法の諸領域に一般的に妥当し得るとの認識が示された。これによって、セリスの独創にかかる同原則には、当初想定されていた以上の豊富な内容が盛り込まれることになった。のみならず、ファージュによって広範な比較法的考察が試みられたことにより、一貫性原則には、矛盾行為禁止の原則に対応する規律をフランス法に導入する際の「受け皿」として機能する素地が与えられたといえることができる。⁽⁶⁵³⁾ オブリー＝ローによってその存在を示唆されて以降、フランス法においてはほとんど顧みられることのなかった矛盾行為禁止の原則は、ここに至って、ようやく本格的に論じられるようになったのである。

3 ウシエフによる総合 以上の諸論稿によって一貫性原則に対する考察が深められつつあった2000年、同原則そのものを主題とする浩瀚なテーマにおいて、ウシエフがそれまでの研究を集大成する総合的な考察を⁽⁶⁵⁴⁾ 行う。これは、一貫性原則に関する一つの到達点をなす業績であり、同原

(651) FAGES, *th. préc.* [note 650], n^{os} 633 et s., pp. 345 et s.

(652) *Id.*, n^{os} 639 et s., pp. 349 et s.

(653) もともと、セリスの議論は、矛盾行為禁止の原則に関する一般的な考察からは孤立したものと捉えられていたようであり、たとえば、ファージュ以前に執筆されたO. MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse dactyl., Lyon III, 1990は、フランス法の規律に言及する箇所でもセリスの議論を採り上げない。

(654) D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. H. MUIR WATT. 以下、二本文中の引用は、同書からのものである。

則に対する学説の関心を飛躍的に高めたものである。彼の議論は、二以下において子細に検討することにし、以下では、いまして現在の法状況を跡づけてみよう。

(二) 現況

一貫性原則をめぐる議論はなお活況にあるといつてよい。その顕著な傾向として指摘し得るのは、第一に、禁反言法理に関する研究の充実である。同法理に関する研究は、1990年代以降、まずは英米法、次いで国際私法の領域において現れたが、⁽⁶⁵⁵⁾ ファージュ以後には民法一般を射程に収める研究も存する⁽⁶⁵⁶⁾。第二に、外国法研究とは異なった背景をもつ動向として、マゾーの議論を指摘することができる。彼は、その高唱する「契約における連帯主義 (solidarisme contractuelle)」の立場から、諸局面における同原則の適用を論じている。⁽⁶⁵⁷⁾

(655) その先鞭をつけたのはモレトーの浩瀚なテーズであったが (MORÉTEAU, *th. préc.* [note 653])、これは純然たる英米法研究としての色彩が強い (契約上の義務の発生と禁反言法理との関係を論じた *id.*, n^{os} 535 et s., pp. 533 et s. が本論文に関連するが、フランス法の解釈論に関わるところが少ないため、ここでは採り上げない)。解釈論的考察としての最初の業績は、おそらく、国際私法の観点からのミュイル・ワットの小稿である (H. MUIR WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français*, in : *L'internationalisation du droit, mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303)。

(656) このテーマに関するクロックの報告集として、V. M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 ; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007がある。

(657) D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuel?* in : *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999 ; *id.*, note *préc.* [note 589], pp. 2963 et s. ; *id.*, *La confiance légitime et estoppel*, RIDC 2/2006, p. 363. (最後の論文は、FAUVARQUE-COSSON (dir.), *op. cit.* [note 656] に収録されている。) マゾーの議論については、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る」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)〔以下、金山「最前線」として引用〕558頁〔初出：判タ1183号(2005年)〕558-560頁、石川博康「『契約の本性』の法理論」(有斐閣、2010年)〔以下、石川「『契約の本性』の法理

このように、内発的・外発的要因に基づいて議論が展開していく様子は、同原則が、今日のフランス契約法全体を代表するような重要な動向をなしていることの例証といえよう。^{(658) (659)} 加えて、実定法の動向をみると、判例においても、一貫性原則の適用はますます頻繁に見出されるようになって⁽⁶⁶⁰⁾ いる。

二 契約締結過程の行為に対する一貫性原則の適用（ウシエフ）

以上にみた学説状況を念頭に、広告書面の契約的効力を論ずるにあたって一貫性原則に依拠すべきことを体系的に説いたウシエフの見解を検証⁽⁶⁶¹⁾ する。

論』として引用) 442頁以下〔初出：『『契約の本性』の法理論⁽¹⁰⁾』法協124巻11号(2007年)〕が、いずれも本質的債務論との関係で考察を加えている。A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, préf. E. LO-QUIN, n^{os} 627 et s., pp. 411 et s. は、連帯主義の問題提起を承継しつつ、一貫性原則をその支柱をなす法理の一つと位置づける。

(658) 金山「最前線」(前掲注(657)) 547頁以下を参照。

(659) なお、後述する債務法改正事業との関係でも、一貫性原則には重要な意味が認められている。V. P. CATALA, *Présentation générale de l'avant-projet*, in : *Avant-projet de la réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Ministère de la justice, 2006, p. 15 (石川『『契約の本性』の法理論』(前掲注(657)) 454頁以下を参照) ; F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, Proposition de réforme du droit des contrats, art. 6, al. 1, p. 12.

(660) 判決文中に「estoppel」の語を用いた Cass. ass. plén., 27 février 2009, D. 2009, p. 1245 note D. HOUTCIEFF の登場は、民事訴訟法に関する判決ではあるが、一貫性原則がいかにフランス法に定着しつつあるかを例証する。

(661) 既に石川『『契約の本性』の法理論』(前掲注(657)) 436頁以下において、「整合性の原理」を論ずるものとしてウシエフの議論が採り上げられ、子細に検証されている。もっとも、石川論文の基本構想は、「契約の補充と規制という二つの法作用を統一的に——『契約の本性』による契約規範の類型的『規整 (Ausgestaltung)』として——把握する」点にあり(石川博康『『契約の本性』の法理論』私法68号(2006年) 181頁)、この視点から、ウシエフの議論についても「類型的『規整』」に関わり得るものが考察されている(この点は、大村『20世紀フランス民法学から』(前掲注(627)) 174頁においても同様である)。これに対し、本論文においては、既定の方針から、「行為」の次元に属するものとして、広告書面の契

(一) 一貫性原則の概念規定、問題の体系的位置づけ

1 基本構想 本論文において取り扱う「広告書面の契約的効力」に関する議論が、彼の全構想においていかなる位置づけを与えられているかを、まずはそのプランに即して考察しよう。

(1) ウシエフの分析は、一貫性原則を①契約内容の確定に資するもの(第一部)と、②当事者の行為規範(一貫性義務)を設定するもの(第二部)とに大別することを出発点とする。そのうえで、①においては、契約の解釈において当事者の意思を探究するにあたって一貫性原則がどのように適用されるかが考察された後(第一章)、約定の射程を画定するにあたって同原則がどのように適用されるかが考察される(第二章)。他方、②の考察は、ファージュと同じく、態度を急変することによって生じる矛盾行為の事案類型(第一章)と、複数の態度が両立し得ないものである事案類型(第二章)との区別に従って行われる。

以上のプランから看取されるのは、ウシエフが、契約の存在を前提として作用する一貫性原則と、契約とは独立に作用するそれとを区別していることである。この点につき、彼は、「一貫性原則は、行為または規範的体系(système normatif)の矛盾を非難し、その一貫性の回復へと導く」と述べている(n° 57, p. 65)。この定式に即していえば、契約との関係で考察される一貫性原則は「規範的体系」の矛盾を制裁するものであり、契約と独立に考察されるそれは「行為」の矛盾を制裁するものだと、一応は位置づけることができよう⁽⁶⁰²⁾。

(2) さて、本論文の課題である広告書面の契約的効力等の問題は、①のうち、約定の射程の画定に関わるものとして採り上げられている。この関係での「矛盾」は、さらに、契約という構成物の内部において、そこに

約的効力に関する議論とその関連論点を採り上げる。ただし、両者を截然と区別することができないというのがウシエフの構想であることは、後述のとおりである。

(602) 後者の意味の一貫性原則は、「矛盾行為禁止の原則」といいかえられている(n°s 27-29 et 49-52, pp. 41-43 et 61-64)。

において引き受けられた義務を空洞化するような矛盾が潜んでいる場合（第一章）と、そうした矛盾が契約の外部において、契約上の義務を免れさせるようなかたちで行われる場合（第二章）とに分かたれる。前者において扱われるのが、本質的債務論を中心とする、契約の意味（économie）を侵害する矛盾であり、ここにおいては、契約に内在的な一貫性（整合性）が論じられる。これに対し、後者においては、契約的効力を否定する書面の有効性が問題とされる。広告書面の契約的効力の問題はここに属するものであるが、こうした位置づけに関しては、さらに次の点に注意しなければならない。すなわち、ここでは、契約の存在を前提としつつも、「広告」という、契約の外部における行為との間の一貫性が問題になる。その限りで、ここには、契約そのものとは区別される「行為」の矛盾を制裁するという性格が併存するのである（*v. p.* 428）。

2 原則の単一性 以上にみたとおり——また、先行の諸研究においても強調されるとおり⁽⁶⁶³⁾——、ウシエフの分析は、規範的体系の矛盾と行為の矛盾との区別を出発点とする。こうした理解によれば、約定の射程を画定する二つの一貫性原則の間には、次のような差異が認められることになる。すなわち、本質的債務論、「契約の意味」論のように、契約に内在する規範相互間の矛盾が問題となる場合には、一貫性原則はもっぱら「規範的体系」の矛盾をサンクションするものとして作用する。これに対し、本論文の考察課題たる局面は、契約締結過程の先行行為と証書における契約内容との齟齬を扱う点で、「行為」の矛盾にも関わり得る。

しかし、以上の相違を認めたいうえでなお注意しなければならないのは、ウシエフが、両者を「約定の射程の画定」の問題という一貫性原則の同じ適用形態として把握していることである。そして、この関係では、前出【13】判決（クロノポスト判決）に対して次のような位置づけが与えられることが特に重要である。すなわち、同判決は、免責条項の効力を否定した

(663) V. COURDIER-CUISINIER, *th. préc.* [note 262], n° 343, p. 219. 石川『「契約の本性」の法理論』（前掲注(657)）436頁以下、444頁以下をも参照。

ものとして考察されるが、この判断は、「迅速かつ確実な運送のスペシャリスト」であるという広告の内容に従って、24時間以内に配送義務を負うという債務が形成されていたことを前提としている。それゆえ、ここには、契約の意味の侵害をサンクションする一貫性原則のみならず、広告書面に契約的効力を付与することを目的とする——つまり、行為の矛盾をサンクションすることを目的とする——一貫性原則の適用をも認めなければならない (n° 584, p. 475)。いいかえれば、本件において問題となった「24時間以内に配送義務を負う」という「本質的債務」ないし「契約の意味」は、契約そのものからではなく、元来は契約外にある広告書面によって形成されていたのであり、したがって、同判決の真義を明らかにするには、契約の内的整合性に先立ち、契約の領域がどのように確定されるかを問題にしなければならない。

このように、【13】判決において二つの一貫性原則が同時に作用することを、ウシエフは「原則の単一性 (unité du principe)」と表現している (*id.*)。このことから端的に窺われるとおり、彼の構想は、契約の内容面——規範的体系——に着目する規制と、その手続面——行為——に着目する規制との構造的な相違を前提としつつ、コース概念の主観化傾向を一つの媒介項として、二つの規制が協働的に作用する局面を認めようとするもの⁽⁶⁶⁴⁾だということができよう。

(664) 併せて、「契約当事者が正当に期待する反対給付」の保障を旨とする本質的債務論を、契約締結過程における忠実性 (fidélité) の要請の帰結として捉える。M. MEKKI, *Intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. GHESTIN, n° 1231, p. 778 texte et note 749を参照。このように、コースの主観化をめぐる議論動向は、契約規範の内的整合性の観点からだけでなく、契約締結過程の手続的適正性との関係においても考察される余地があるように思われる。この点については、併せて、前出【14】判決に対する J. MESTRE, obs. sous Cass. com. 17 juin 1997, RTDciv. 1998, p. 364が、同判決とクロノポスト判決 (【13】) を比較して次のように論じていることにも注目することが許されよう。「かくして、〔【14】判決において、〕破毀院は、明らかに、相手方の広告に感化されやすい当事者の正当な期待を重視しようとしたのであ

3 ウシエフの所説の全体構想、およびそれが本論文の関心に対して与える示唆は、以上のとおりである。それでは、「約定の射程」の画定は、いかなる根拠・要件に基づいて行われるのか。以下、さらに彼の所説を跡づけていくことにしよう。

（二） 広告書面の契約的効力の分析

1 先行学説の批判と自説の位置づけ ウシエフは、まず、広告書面の契約的効力の論証において、それを契約意思に基礎づける見解（ラバルト）および相手方の正当な信頼（情報の拘束力の法理）に基礎づける見解（ファーブル・マニャン）に対し、細密な批判を展開する。提起される論点は多岐にわたるが、その内容は二つの観点に集約され得る（以下、それぞれを「第一の批判」、「第二の批判」と呼んで区別する）。

（1） 第一の批判 第一の批判は、ラバルトおよびファーブル・マニャンが、いずれも、「この書面は契約的効力を有しない」との文言が挿入されている場合にも広告書面の契約的効力を肯定すべきであるとし、その根拠として一貫性原則を援用している点で、自説を貫徹し得ていないというものである。各々に対するウシエフの批判は、こうである。

まず、ラバルトの見解について。彼女は、一貫性原則の適用を次のように説明した。すなわち、広告をなす者は、「広告を見た結果、契約を締結して欲しい」という意思をもって広告を行うのであるから、当該広告の内容はまさに「現実の意思」に基づくもの⁽⁶⁶⁵⁾だということができる、と。これに対し、ウシエフは、「契約的効力が存しない」旨の留保が付せられている以上、前記の解決を現実の意思に基礎づけることは擬制にすぎないとす

る。このメッセージは、おそらく、かの著名なクロノポスト判決において既に現れていたものである。迅速かつ確実な運送のスペシャリストであることを公然と謳ったために、クロノポスト社は、その責任を著しく縮減する条項によって債務の範囲を減ずることを法的に許容されなかったのである」（傍点引用者）。

(665) F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN, n^{os} 188 et s., pp. 123 et s. ラバルトの議論については、本節第二款第一項第二〔本誌86巻2号（2011年）256頁以下〕をも参照。

る。

次いで、ファーブル・マニャンの「情報の拘束力」の法理について。ウシエフは、意思の擬制を避け得るという点では、ファーブル・マニャンの所説は卓見であると評する (n° 528, p. 445)。しかし、情報の拘束力の法理も、次のような意味での擬制をなお免れていない。すなわち、「広告に『契約内容とならない書面』だと明示されているのにもかかわらず、〔情報提供義務〕債権者において当該書面が契約内容に取り込まれると信じる事が許されるとすれば、それはいかにしてであろうか」との疑問を拭うことができない (n° 532, p. 448)。こうした不合理を認めるからこそ、ファーブル・マニャンも、かかる事態が生じる限りでは、——「正当な信頼」の保護ではなく——「書面の真の目的を害するような留保を排除すること」を目的として、一貫性原則が適用されるべきことを認めているのである⁽⁶⁶⁶⁾ (n° 534, p. 448)。

(2) 反論の可能性 以上が第一の批判の骨子である。しかし、これに対しては、なお次のような反論の可能性が残されているといえよう。

前出【13】判決(クロノポスト判決)が、第一段階として広告書面の契約的効力の承認したうえで、第二段階として免責条項によってその効力を奪う可能性を否定していたのと同じように、広告書面の契約的効力を基礎づける法理と、留保を排除する法理とは、論理的には区別することができる。このように、上の規律を段階的に把握すると、ラバルトおよびファーブル・マニャンの主張は、上記第一段階をどのように基礎づけるかのみに関わり、したがって、第二段階、つまり「契約内容に関わらない」旨の留保の効力を奪うことを目的とする規律は、これとは切り離して考えなければならないと解することができる。そうであれば、ファーブル・マニャンおよびラバルトが、たとえ後者の部分(上記第二段階)について一貫性原則の適用を問題にするとしても、そのことをもって直ちに矛盾だとするこ

(666) M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN, , n° 678, p. 532.

ともできない。

以上の観点から整理すると、ファーブル・マニャンおよびラバルトの所説は、次のような二段階の構造をもつものとして把握されるべきことになろう。すなわち、規律の第一段階として、内容の明確な広告書面によって相手方の意思決定に影響を与えた以上、当該広告の内容は契約の領域に取り込まれる。次いで、第二段階として、この契約的効力を否定する旨の明示的な留保が付されたときには、その書面の契約的効力を一方的に奪うことが許されるかが、留保の正当性、つまり一貫性原則の適用という観点から問われる。

（3）第二の批判　これに対し、ウシエフは、一貫性原則に対してこのような補充的な意味しか認めない学説の態度を、次のように批判する（第二の批判）。

広告は、契約締結過程に属せしめられ、契約内容を決定するものとしては意図されていないがゆえにこそ、広告たり得ているのである（n° 506, p. 429）。そうであれば、当該書面が広告だというその性質からして既に、広告には、「契約内容に関わらない」という留保が例外なく「黙示」されているとみななければならない（n° 536, pp. 449 et 450）。したがって、留保が付されている場合に一貫性原則が適用されなければならないのであれば、およそ広告書面に契約的効力を与えるという解決自体が、一貫性原則の適用として説明されなければならないはずである（n° 537, p. 450）。

こうした認識から、ウシエフは、一貫性原則の適用による解決を次のように説明する。すなわち、債務者が、自ら行った契約締結への誘引によって利益を受ける一方で、いったん契約が締結されればその帰結を被ることを避け得るという矛盾は、たとえ留保が明示されていたとしても認められるべきではない。いいかえれば、将来締結されるべき契約につき、その内容を記述したならば、それが「契約内容に関わらない」と明示したか否かを問わず、当該記述には合意そのものと同様の重要性が与えられなければならない（n° 546, p. 456）。したがって、その記述がたとえ「微弱な意思

(velléité)」に基づくにすぎないものであったとしても、上の要請を惹起する限り、合意の不履行と同様のサンクションが与えられなければならないのである。⁽⁶⁶⁷⁾

(4) 以上にみたウシエフの議論は、次のように要約することができるだろう。

「契約締結過程の書面」たる広告書面の性質からして、広告書面を「現実の意思」に基づくものと解し、あるいは、これに対する信頼を「正当」なものと認めることは、許されない。それゆえ、広告書面に契約的効力を認めるといふ規律は、一方で給付内容を詳述しながら他方でその効力を否定するという行為の矛盾それ自体を理由として基礎づけるほかない。このような意味において、上記「第一段階」と「第二段階」の規律は、いずれも矛盾行為を理由とする「単一の」法理の適用として説明されなければならないのである。

2 判断枠組 ウシエフは、以上の視点を基礎として、一貫性原則の要件をも詳論している。彼の定立する要件は、①行為の客観的性格に関わるものと、②行為者の主観的性格に関わるものとに大別することができる。以下、各々に考察を加えよう。

(667) HOUTCIEFF, *th. préc.* [note 654], n° 553, p. 460は、広告書面の契約的効力の承認と同様の論理に基づくものとして、富くじの事案に対する一貫性原則の適用を次のように論じる。「実際、裁判官にとっては、矛盾をサンクションすることが問題になっている。その際、裁判官にとって、矛盾とは、あらゆる法的属性 (juridicité) を奪いつつ、同時にそこに義務を負うかのような外形 (aspect) を与えようとする債務者の行為にほかならない。……一貫性原則は、かような微弱な意思に異議を申し立てるものである。自発的に宣伝パンフレットを送付した場合、それを行った者はその効力を避けることができない。留保、つまり個人によって表明された態度は、第三者が彼の行為から推し量るであろう態度に矛盾するものであってはならないのである (protestatio non valet contra factum)」(傍点原文斜体。なお、最後の一文は、本文においては « protestatio... » の法格言のみが記載されているが、訳出にあたっては、HOUTCIEFF, *th. préc.*, n° 3, p. 23 にみられるこの法格言の定義 (B. CÉLICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, préf. J. CARBONNIER, n° 315, p. 165からの引用) と置き換えた)。

(1) 客観的性格に関する要件 これについては、①提供された情報と債務内容との矛盾、②提供された情報の明確性の二点が論じられる。

① 提供された情報と債務内容との矛盾 既にラバルトは、広告書面の契約的効力を論ずる前提として次のような指摘を行っていた。すなわち、「広告書面はそれ自体としては契約的効力をもつ (contractuel) わけではない。というのは、契約〔の締結〕がそれに続くとは限らないからである。広告書面は、後に契約が締結されて初めて契約的効力をもつに至るのである」⁽⁶⁶⁸⁾。ウシエフもまたこの分析を正当と認め、契約において合意された給付内容と広告の内容とを区別したうえで、両者の齟齬を問題とすることを議論の出発点とする。

その分析のための素材として、ウシエフは、前出【9】【12】【14】の諸判決を採り上げる。前述のとおり、広告書面に契約的効力を与えた【9】【14】の両判決に対し、【12】判決がこれを否定したため、学説においては、各判決を整合的に理解し得るかがつとに争われていた。この点につき、ウシエフは、一貫性原則の適用という自説に即して、「広告をなした者が契約によって義務を負う者と一致すること」、つまり、「広告内容と給付内容との齟齬を自らの矛盾行為によって生じさせたこと」が、契約的効力承認の決定的要件だとする。たとえば、【14】判決は、「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」(傍点引用者)としてYの名を二度指摘することで、彼が広告書面を提示した者であるとともに(事後に締結された)契約の当事者でもあることを明示している。ウシエフは、判決のこの箇所を、同一の当事者が、互いに両立しない態様で給付内容を記述していることを問題にしたものと読むのである (n° 545, pp. 455 et 456)。

ところで、以上のとおり、ウシエフは、矛盾行為が問題となる際には契

(668) LABARTHE, *th. préc.* [note 665], n° 166, p. 113. [citée par HOUTCIEFF, *th. préc.* [note 654], n° 538, p. 451.]

約の存在が前提とされるのが原則だという。しかし、彼はまた、一貫性原則の適用にとって本質的なのは矛盾行為の存在であるから、究極的には、一つの証書 (acte) のなかに矛盾を見出すことも可能であると述べている。その例として指摘されるのが、富くじに関する前述の判例法理〔前款第二項〕である (n° 548, pp. 456 et 457)。彼は、判例法理の展開を支持したうえで、この傾向を一貫性原則の自律的展開と評している (n° 556, p. 461)。

② 広告書面の明確性 第二に、広告書面に明確性が備わっていること、つまり、給付内容を具体的に想定し得る程度に詳細な言及がなされていることを要する (例、【13】【14】判決)。これは、「許される詐欺」(取引慣行の域を出ない、単に商品価値を誇張するにすぎないような言辞) との境界を設定するための要件だと解されている (n° 568, p. 467)。

(2) 主観的性格に関する要件 以上に対し、主観的性格に関する要件としては、①給付の実現に対する影響力、②情報提供の自発性の二点が論じられる。

① 給付の実現に対する影響力 ここでウシエフが念頭に置くのは、【15】判決において、「Y が影響力を有する土地については約務を負う」との説示がみられたこと、および、ファーブル・マニャンが給付の「実現可能性」を情報の拘束力の法理の要件としたことである。ファーブル・マニャンと同様、ウシエフにおいても、この点は同意の瑕疵との限界づけの問題として論じられているから (nos 573 et s., pp. 470 et s.)、詳細の検討は、契約内容への取込みという解決と同意の瑕疵との関係を論ずる次項に譲ることとしたい。

ただ、ファーブル・マニャンの所説との関係で、「実現可能性」と「影響力」とが次の点で異なった内容をもつ概念であるとされることは、ここで確認しておく必要があると考える。すなわち、客観的事実としての「実

(669) ただし、彼の тезис が、2002年判決以前に公開されたものであることに注意を要する。

現可能性」とは異なり、給付の実現に対する影響力の判断においては、債務者がした約束の実現に不確実性（aléa）を伴うか否かが重視される。それゆえ、給付の実現がまったく債務者のみに依存しているような場合には、彼の責任は容易に認められるのに反し、給付の実現を左右する方途がない場合には、債務者が引き受ける負担はより小さいものとなる。いいかえれば、「ここでは……、債務者が結果債務を負うか、手段債務を負うかが問題になるのである」（n° 581, p. 474）。このように、客観的な実現可能性そのものが問題でないことから、ウシエフは、たとえ実現可能性がなくても、それがあつたように装っていた場合には、一貫性原則の適用はなお妨げられないと説く⁽⁶⁷⁰⁾（n°s 582 et s., pp. 474 et s.）。

② 情報提供の自発性 情報提供が強制によらずになされたものであれば足り、意思（volonté）に基づくことを要しない（n°s 586 et 587, pp. 476 et 477）。

（3）以上によれば、ウシエフの主張は次のように定式化することができよう——自らの自発的な行為によって、明確な内容を備えた情報（広告書面等）を提供し、その後に当該情報に関連する給付義務を生じさせる契約の当事者となった者は、当該情報の内容の実現について影響力を有していた限り、これを履行する義務を負う。

3 法的根拠 最後に、ウシエフは、以上の解決を基礎づけるという一貫性原則の根拠に及ぶ。彼は、一貫性原則の独自性を主張し、これを他の法理と同化することはできないと解するのであるが⁽⁶⁷¹⁾、このように説くにあたっては、次の二つの法理との関係が特に立ち入って論じられている。

（1）まず、信義誠実の原則（1134条3項）との関係につき、ウシエフはこう述べる。同条項は、契約と法性決定されたものに対して適用される

(670) 例として、【13】【14】の両判決〔本誌86巻2号（2011年）247頁以下〕を参照。

(671) この点については、履行過程における一貫性原則の考察において、契約の拘束力との関係で詳細な分析が加えられているため、以下では同所における記述（HOUTCIEFF, *th. préc.* [note 654], n°s 929 et s., pp. 715 et s.）をも参照した。

規範である。これに対し、一貫性原則は、契約外の領域に存するものを契約化する (contractualiser) 法理である。それゆえ、両者は区別されなければならない (n° 509, p. 432 ; no 599, p. 483)⁽⁶⁷²⁾。

(2) 次に、外観法理あるいは「正当な信頼」の観念との関係については、次のように説かれる。たしかに、一貫性原則の適用は「正当な信頼」に向けられている (n° 601, p. 484 ; n°s 935-937, pp. 717 et 718)。しかし、両者の間には次のような差異が認められる。すなわち、第一に、一貫性原則によってサンクションされるのは行為そのものの客観的な性質に由来する矛盾であるから、主観的態様たる第三者の信頼それ事態は同原則の適否を左右しない (n°s 566, 932 et 933, pp. 466 et 716)。つまり、表示受領者が悪意であっても、一貫性原則の適用は妨げられない。第二に、外観法理は、外観と真実との齟齬を問題とするにすぎず、行為相互の矛盾を制裁するという視点を含まない (n° 978, p. 744)。そして、第三に、効果についても、一貫性原則は権利行使を禁ずるのみであって、積極的に権利を付与するわけではないから、権利の創造を内容とする外観法理とは同視し得ない⁽⁶⁷³⁾

(672) もっとも、このように1134条3項の射程を限定的に捉えることが果たして適切であるかについてはさらに問題がある。というのは、現在の破毀院が、善意による契約締結義務を課するために契約の履行に関する1134条3項を顧慮しているとみられていることに加え、沿革的にも、同条のもとになった共和暦八年草案中の「契約および合意による債務一般」に関する32条が、「合意は、信義誠実をもって締結され、履行されなければならない」(傍点引用者)としていたからである (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, réimpr. O. ZELLER, 1968, t. 2, p. 163. その詳細については、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〕183頁以下の考察のほか、TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 43, p. 47 note 2をも参照)。草案から「締結され」という文言が削除されたのは、この点は、前条までにおいて既に規定されているから、重ねて規定するには及ばない旨の削除提案がボルクリスからなされ、これが容れられたためであるが (FENET, *op. cit.*, t. 13, p. 54)、このことを踏まえるならば、契約の成立段階にも信義誠実の要請が及ぶということ自体は、起草者においても異論なく承認されていたとみる余地があろう (後藤・前掲書もこうした理解に立っている)。

(673) 広告書面の契約的効力との関係でも、正確に言えば、「契約責任は……、矛盾

(n° 979, p. 745)。

4 小 括 以上が、ウシエフの議論の概要である。ここまでの彼の議論については、次のような評価を下すことができる。

ウシエフの出発点は、広告書面そのものは契約内容を確定するために発せられるものではないとの理解であったが、それは、同意法理に関する原則として第一節において検討した伝統的理解〔第一節第一款第二項**第一**〕に符合するものといえよう。というのは、広告に記載された内容は、まさに「許される詐欺」たることを意図したものであって、それに拘束されようとする確定的な内心的意思を含むものとは解し難いからである。いいかえれば、契約締結過程の行為によって直ちに契約内容が形成されるわけではないという理解が、彼の主張の根底にある認識であったと解される。

以上のように、ウシエフは、「le contractuel」と「le précontractuel」の峻別を前提として、同意法理の原則的な規律を忠実に踏まえる一方で、今日の法発展を、一貫性原則の適用によってこの原則が変容を被っている状況にあるとみた。それは、元来は非法の領域に属する後者を契約内容に取り込むことによって、契約の道義性を保障することを目的としたものであるとも評し得るだろう。そして、このように、同意法理の原則と正面から向き合ったうえで、これを克服しようとした彼の所説は、従前の規律とは大きく異なる次のような提言へと結実した。すなわち、彼は、一貫性原則が適用される局面については、伝統的な同意法理の核心を形成していた「確定的意思」か「微弱な意思」かによって契約への拘束の有無を区別するという理解を放棄した。この点には、伝統的な理解からの二重の逸脱が含まれていたとみることができる。その第一は、同意の確定性という要件に重大な変容をもたらすことそれ自体であり、第二は、その際、表示された意思の優先性の基礎づけとして、当事者の内心における「信頼」を起点とするフランス法の伝統的理解に反し、相手方の「正当な信頼」という主

行為を制裁する不受理事由を導入するための間接的な手段にすぎない」(n° 556, p. 461)。

観的要件を設定しないことである。⁽⁶⁷⁴⁾

(三) 評価

最後に、以上にみたウシエフの所説が、フランス法においてどのように評価されているのかを確認しておくことにしよう。

1 疑問点・限界 ウシエフの分析に対しては、まず、次のような疑義が提起された。

第一に、最も根本的な問題点として指摘されるのは、一貫性原則が、フランス法において、「原理」たるにとどまらず、それ自体として独自の規範内容を有する「法理」といえるまでの理論的・実務的な確信に支えられているのかという問題である。この点に対しては否定的な見通しを示す者も少なくない。⁽⁶⁷⁵⁾ したがって、上述の解決を適用するにあたって、「法理」としての一貫性原則が一般的なかたちで適用されていると解すべきかは、少なくともいまの段階ではなお不確かな状態にある。⁽⁶⁷⁶⁾

第二に、仮に「法理」とみるとしても、権利の取得をどのように基礎づけるかという問題がある。「失権」という構成によっては、相手方の信頼した内容に沿って契約を成立させることまでは説明し得ないからである。とはいえ、この点は、ウシエフにおいても十分に意識されており、彼も、この場合のサンクションが「契約の実現」だとは限らないことを認めている。⁽⁶⁷⁷⁾

(674) 以上のように、伝統的な同意法理の枠組みを解体する試みは、申込みの拘束力との関係でも展開されている (HOUTCIEFF, *th. préc.* [note 654], n^{os} 712 et s., pp. 581 et s.). ウシエフは、そこでの問題は広告書面の契約的効力に類するとする一方で、契約締結過程の行為の法的評価に関わり、契約内容の確定とは異なった次元に属することから、別異の取扱いが必要であるとも述べている (*id.*, n^{os} 760 et 761, p. 617)。

(675) M. BEHAR-TOUSCHAI (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *Economica*, 2001に寄せられた諸論稿も、民法関連のものは一様にこうした疑義を表明している。

(676) V. DANIS-FATÔME, *th. préc.* [note 616], n^o 420, p. 262

(677) HOUTCIEFF, *th. préc.* [note 654] は、一貫性原則違反のサンクションが信

２ 積極的意義 　とはいえ、今日のフランス契約法において、一貫性原則を援用することに一定の有用性が認められていることは確かである。同原則の真価は、ミュイル・ワットの次の評価によって余すところなく表現されているように思われる。すなわち、「たしかに、一貫性原則（*principe de cohérence*）自体が『法理（*principe*）』たり得ないとすれば、それは皮肉な矛盾である。しかし、一貫性原則は、それ自体、法的安全という双子の兄弟を有するし、長子として信義誠実をもつ。信義誠実とのインセスト的結合からは、信頼（その後、正当な〔信頼〕）〔という法概念〕が生まれた。それゆえ、矛盾行為禁止の原則がむしろ矛盾（*incohérence*）を体現しているということのみをもって、それを批判しなければならないように思われない。要するに、豊かな帰結を生み出す力をもつに足りるほどの一般性を有するならば、それで十分だと思われるのである」⁽⁶⁷⁸⁾。

さて、ミュイル・ワットのこうした認識に従うならば、前記の各解決は、次のような重層的な規律によって実現されるべきことになろう。すなわち、一貫性原則という「原理」は、他の「法理」を糾合し、よって、諸法理の適用に斉一性を与えるために機能するのであり、直接に適用されるのは、そうして方向づけられた個々の法理である。以上の理を指摘して、彼女は、一貫性原則が作用するとしても、直接に適用されるのはその「下位原則（*sous-principe*）」だと述べるのである。⁽⁶⁷⁹⁾

それでは、この「下位原則」として、いかなるものを想定することができるのか。今日の学説においては、「矛盾行為禁止の原則」との関係では、⁽⁶⁸⁰⁾フォート、外観法理、信義誠実、権利濫用、フロードといった多様な法理

頼利益賠償にとどまる余地を認める。

(678) H. MUIR WATT, *Rapport de synthèse*, in : M. BEHAR-TOUSCHAI (dir.), *op. cit.* [note 675], p. 178.

(679) 「下位原則」(*sous-principe*) という見地につき、*id.*, p. 178 を参照。

(680) 矛盾行為禁止の原則という文脈を離れて、契約内容の確定という問題に即していえば、一貫性原則は、典型契約論、コーズ論、目的 (*objet*) 論、契約の意味 (*économie*) 等、契約規範の内的整合性に根差した諸法理によって具体化されている。

の適用可能性が検証されている。この点につき、諸説の取れんに向けて一定の方向性を見出すことは、目下のところではできないようである。ただ、ここでの考察との関係では、ウシェフの認識に反して一貫性原則と外観法理との連続性を指摘する者が多くみられることには、注意しておいてよいだろう。⁽⁶⁸²⁾

3 さて、このように、一貫性原則が一つの「原理」として把握され、したがって、そこに糾合される諸「法理」の彫琢こそが解釈論の課題とされているのだとすれば、これまでに得た認識をさらに深めるためにも、契約締結過程の適正性を保障することを旨とする諸法理の相互関係を明らかにすることが必要となろう。また、同じことは、一貫性原則との関係のみならず、「情報提供義務」という「原理」⁽⁶⁸³⁾の存在形態を明らかにするためにも、大きな意味をもつと解される。

ところで、以上のような観点に立って、契約内容の形成に関わる関連諸法理に考察を及ぼすにあたっては、前款において素描した判例の状況が、一つの指針を与えるように思われる。というのは、こうである。判例においては、契約内容への取込みを媒介する契約の「解除」が、同意の瑕疵の諸法理と併せて主張されることが間々みられたのであるが、両者は、契約関係を解消するという最終目的——訴訟によって得られる結果——こそ共有するものの、実体的には、ある一定の事柄を契約内容に取り込むことを

(681) E.g. R. VATINET, *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit de l'entreprise*, in : M. BEHAR-TOUSCHAI (dir.), *op. cit.* [note 675], p. 99.

(682) V. e.g., Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. BOUT, n° 99, p. 92 ; LE TOURNEAU et al., n° 3712, p. 3714. 最も明確には、A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, p. 20 が、イギリス法におけるエストッペル、ドイツ法における権利失効 (Rechtsverwirkung) のフランス法における対応物を、信頼 (confiance ; croyance) ないし期待 (attente) の観念に求めている。

(683) 情報提供義務という観念の「原理」としての性格については、本章・注(158) および同対応本文を参照。

前提とするか否かという点において、まったく異なる論理的前提に立つものである。両者の関係は、より大きな視点からみれば、契約の「実現」と「解消」とがいかんにして基礎づけられるかという問題に連なるものというべきであろう。

そこで、次項においては、こうした全体的連関を意識しつつ、諸法理を体系的に位置づけるための方途を探究することとしたい。

第二項 契約内容の形成の体系的位置づけ

1 前項では、契約内容への取込みという法的評価を、契約締結過程の適正化を要請する法理の一環として捉えるという構想を提示した。この構想に基づき、前項にみた諸法理の具体的適用を検証するには、契約内容への取込みという解決が、とりわけ錯誤を中心とする「同意の瑕疵」の諸法理とどのような関係に立つかを考察する必要がある。

そこで、本項では、「契約内容への取込み」という解決が、契約からの「解放」を目的とする「同意の瑕疵」の法理といかなる関係に立つかという大きな関心に基づき、契約不履行（1184条、1142条以下）および瑕疵担保責任（1641条以下）（以下、場合によっては「契約不履行等」として両者を一括する）と、錯誤（1110条）の関係を比較検討する。

2 ところで、この問題に関するフランス法の議論の特徴を予め指摘しておくならば、特に次の二点に注目すべきであろう。すなわち、第一に、フランス法においては、錯誤と瑕疵担保責任、債務不履行と瑕疵担保責任といった二制度の比較検討にとどまらず、錯誤・債務不履行・瑕疵担保責任という三制度の比較が一つの論点として論じられてきた。ともすると「錯誤と瑕疵担保責任」「債務不履行と瑕疵担保責任」が個々別々に論じられてきたわが国の状況と比較して、こうしたアプローチは、契約の「実現」を目的とする制度と契約の「解消」を目的とする制度との相互関係を鮮やかに映し出す可能性をもつといえよう。また、第二に、より実質的な問題として、フランス法においては、この問題領域は、特に1960年代以

降、買主の救済手段の多様化が解釈論の課題とされるに至ったことによつて発展・深化させられたと指摘される⁽⁶⁸⁴⁾。したがって、その背景を考察することは、これまで成果を再考証するうえでも重要な意味をもつものと解される。

3 とはいえ、これらいずれの点についても、既にわが国には細密な研究があるから、本項においては、学説全般を逐一追試するには及ばないだろう。以下では、契約の「実現」と契約の「解消」の関係を究明するという大きな関心に立って、債務内容への取り込みと契約の解消という二つの法的解決がもつ理論的・実際の意義を探究することに注力する。本項においては、そのために必要と解される限りにおいて、この問題の解決を目指した諸学説を追跡したいと考えるが〔第二〕、それに先立ち、はじめに、これに関する実定法の状況を素描する〔第一〕。学説の展開は、実定法の錯綜に規定されたところが大きいと考えられるからである。そのうえで、最後に、それらの分析を踏まえて、前二款における学説を考察・評価することとしよう〔第三〕。

(684) V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2004, n° 325, p. 293. このように、諸種の法的解決が「買主保護」という一つの法政策的要請に向けられていることは、契約締結過程の言明を契約内容へと取り込むという解決が、同意の瑕疵の諸法理との機能的な連続性を有するとする本論文の理解にとっても、きわめて意義深いものといえよう。

(685) 錯誤と瑕疵担保責任との関係を考察する論稿として、野村豊弘「錯誤と瑕疵担保責任について」学習院11号(1976年)33頁、川村泰啓「性状瑕疵保障序説(1)-(17)一民法570条への比較法制度史的アプローチ」判時869号2頁、872号3頁、878号3頁、894号3頁、898号3頁、901号3頁、904号3頁(以上、1978年)、907号3頁、908号3頁、929号3頁、930号3頁、933号3頁、934号3頁、936号3頁、937号3頁、940号3頁(以上、1979年)、948号(1980年)3頁、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(3)」法協108巻5号(1990年)〔以下、森田「基礎的考察(3)」として引用〕103-107頁(判例)、160-829頁(学説)、野澤正充『民法学と消費者法学の軌跡』(信山社、2009年)〔以下、野澤『民法学と消費者法学の軌跡』として引用する〕95頁がある。これに対し、錯誤と債務不履行との関係が正面から考察されることは、相対的にみて少なかったように思われる。

第一 規範競合に関する実定法の状況の素描

第一においては、実定法の状況として、法典および判例における規律を通観することによって、訴権の競合、ひいては諸規範の競合の解決のあり方に関する一般的・基本的な視角を設定したい⁽⁶⁸⁶⁾。その際には、証明に関する準則をも一応の考察対象に含めることとしたい。というのは、それによって、各制度の機能的意義をより明確に把握することができるからである。

一 民法典による規律の概観

はじめに、民法典およびその解釈の結果として一般に認められている要件の相違を、証明の問題も視野に入れつつ概観する。証明に関する問題は、子細にみれば、①法律要件事実の確定と、②証明責任の分配とに段階づけすることができるが⁽⁶⁸⁷⁾、①は実体法上の要件を前提にするから、まずは実体法の問題と絡めてこの点を検討し、次いで、②の検討に及ぶこととする⁽⁶⁸⁸⁾。

(一) 実体的要件および証明の対象

まず、錯誤・契約不履行・瑕疵担保責任を主張する際に証明すべき事実が何であるかにつき、一般的な理解を順次確認していこう。

1 錯誤 ⁽⁶⁸⁹⁾ (1) フランス法において、錯誤は、表意者の内心におけ

(686) なお、これらの問題を概観する近時の論稿として、以下に掲げる諸論稿のほか、O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001, préf. J. GHESTIN, n^{os} 828 et s., pp. 319 et s.; J.-P. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilière*, LGDJ, 2009, préf. J.-L. BERGEL, n^{os} 212 et s., pp. 229 et s. がある。

(687) V. F. FÉRRAND, *Rep. pr. civ. Dalloz, v^o Preuve*, 2006, n^o 79, p. 28.

(688) 以下の叙述は、Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse dactyl. Paris I, 1996, [1^{re} et 2^e partie] を基礎とした（なお、このテーゼは、かねてから LGDJ 社の叢書 « Bibliothèque de droit privé » 288巻として出版予定とされているが、本論文執筆時に至るも出版は実現していない）。

(689) SERINET, *th. préc.* [note 688], n^{os} 186-192, pp. 206-218.

る表象と現実との間の齟齬と定義され、そのうち、特に「本質的」な目的物に関するもののみが契約の解消を基礎づけるものとして顧慮される(1110条)。ここにいう「本質的」の意義は、かつては物自体の属性に即して客観的に把握されていたが、次第に当事者の具体的意図が考慮されるようになり、現在では、「当事者の同意を決定づけるものであった」ことを要するという、主観的把握が一般に受け容れられているといわれる。

したがって、抽象的にいえば、錯誤無効の中核的な要件は、①「錯誤者において、物につき、一定の性質の存在または不存在を誤って信じたこと」、②「それが同意の決定的な理由になったこと」の二点だということになる。⁽⁶⁹²⁾

(2) ところで、以上のように、錯誤を、「事実に対する誤った表象によって、一方当事者の同意が決定づけられたこと」と定義するときには、錯誤の存否は、平均人ではなく当該当事者を基準とする具体的評価によって確定されなければならない。「同意の瑕疵」は、まさにその当事者の同意に存するからである。しかし、このことは、平均人を基準とする評価が

(690) いいかえれば、錯誤が「表示行為の意味と内心的効果意思との齟齬」というかたちで定義されないことに注意を要する(大村敦志『消費者法』(有斐閣、第三版、2007年)76-77頁を参照。意思表示という概念を用いないことの帰結といえよう)。後にみるとおり、フランス法においては、契約不適合と錯誤とが、その定義上、排他的関係に立たないとされるが、このことを理解するためには、錯誤の定義に意を用いる必要がある。

(691) R.-J. POTHIER, *Traité des obligations ; Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et législation actuelle par M. BUGNET*, t. 2, 2^e éd., Paris, 1861, réimpr. Schmidt Periodicals, 1993, n° 18, pp. 13 et 14は、物自体ではなく、性質に関する錯誤も合意の瑕疵となり得ると説くにあたり、「銀の燭台を買ったつもりが、銀メッキされた銅の燭台であった」という例を挙げる。

(692) もっとも、後述のとおり、①については「共通錯誤」をめぐる議論もみられるが(この問題については、山岡真治「錯誤論の再検討—フランス法を手がかりとして—」神戸51巻3号(2001年)29頁(特に61頁以下)山下純司「情報の収集と錯誤の利用(2)—契約締結過程における法律行為法の存在意義—」法協123巻1号(2006年)2頁以下を参照)、これによると、一定の性質の存在が「約された(*convenu*)」と評価されることまでもが要件とされよう。

意味をもたないということ直ちに意味するわけではない。というのは、こうである。内心の意思という心理的事実をそのまま把握することはできないから、錯誤の存否は、外部から覚知し得る事情から推認しなければならない。そして、その証明においては、両当事者の共通錯誤、さらには一般人に等しく妥当する通念が有力な手がかりとなる。要するに、判断基底に入れられるのはあくまで行為者の表象した事実であるが、相手方あるいは一般人の認識が判断資料として重要な意義をもつのだといえよう。

2 契約不履行 一般法上の契約責任に基づく損害賠償を請求するための要件として、伝統的理解⁽⁶⁹³⁾は、「フォート」「損害」「因果関係」の三要件を掲げてきた。この理解による限り、契約不履行の責任の追及は、不法行為責任の追及と同様の枠組みに服することになる。しかし、実際には、次の二つの意味において、契約責任の追及においては合意内容を無視し得ない。

第一に、フォートの判断はしばしば不履行の判断と交錯する。このことは、結果債務において特に顕著である。たとえば、売買契約においては、「有用な物の引渡し」が結果債務と観念される結果、フォートの存否に関する判断は、実質的には目的物の契約適合性の判断に解消される。すなわち、売主は「有用かつ利用者の需要に適する製造物を供給する債務」を負うから⁽⁶⁹⁴⁾、「引き渡された製造物につき、一定の性質が欠けており、または売買の目的とされた使用に適しないような瑕疵が存在するときには、この

(693) プラニオルに胚胎する、契約不履行と不法行為とを（広義の）「民事責任」と総称する見解である。もっとも、近時では、周知のとおり、「契約責任」の観念を否定し、損害賠償の請求は端的に不履行の効果として観念されるべきであるとの見解が有力な支持を得ている（v. Ph. RÉMY, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, RTDciv. 1997, p. 323. 平野裕之訳「フィリップ・レミィ『契約責任』、誤った観念の歴史」法論74巻2・3号（2001年）271頁）。この間の議論は、白石友行「契約不履行に基づく損害賠償における『帰責』と『実現』—契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデルと『帰責事由』の要否—」法政論究72号（2007年）383頁に詳論されている。

(694) V. Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 1978, JCP G. 1979, II, 19139, note G. VINEY.

事実のみをもってフォートが存在する」と解されているのである。

第二に、損害についても、不履行によって所期の給付を得られなかったという結果それ自体が直ちに損害だとみられるのが、契約責任においては通例だとされている⁽⁶⁹⁵⁾。

3 瑕疵担保責任 瑕疵担保責任は、一般法上の契約不履行責任との比較において、次のような特徴を有している。すなわち、①瑕疵担保責任においては、合意内容の確定ではなく、もっぱら「瑕疵」の存在が問題となる⁽⁶⁹⁶⁾。また、売主は、瑕疵について「保証する債務 (obligation de garantie)」を負うのであるが、これは、売主が瑕疵を認識していたことを要件として生ずるものとされる。しかも、瑕疵は、「重大な」⁽⁶⁹⁷⁾「隠れた」⁽⁶⁹⁸⁾「危険移転以前に存在した」ものであること要する。また、②瑕疵担保責任においては、フォートと損害との間の因果関係ではなく、瑕疵から通常生じる結果の証明が要件とされる⁽⁶⁹⁹⁾。つまり、「瑕疵ある物がその粗悪な性質の結果 (par suite de) 滅失した」ことが要件とされるのである⁽⁷⁰⁰⁾。契約不履行

(695) 以上、SERINET, *th. préc.* [note 688], n^{os} 193 et 194, pp. 219 et 220.

(696) 厳密に言えば、瑕疵は、通常の使用に適しないという結果ではなく、その結果を生じさせた原因に存する。しかし、実際には、通常の使用に適しない、あるいは物から損害が生じたという結果が、物に内在する瑕疵の存在を推認させるといことができる。そこで、フランス法においては、当該結果が他の原因から生じ得ないことが「消去法的に」立証されれば足り、瑕疵の存在を積極的に立証することは要しないとされている (*id.*, n^o 200, pp. 227-229)。これらの諸点は、主に製造物責任との関係において発展してきた準則である。この問題については、特に、浜上則雄「フランスにおける製造物責任の理論(1)-(3)」民商63巻6号3頁、64巻2号55頁、同4号3頁(1971年)、平野裕之『製造物責任の理論と法解釈』(信山社、1990年)9頁以下を、その後の製造物責任立法の展開については、後藤『法理論』(前掲注(672))246頁以下をそれぞれ参照。

(697) V. SERINET, *th. préc.* [note 688], n^{os} 203 et 204 et, pp. 232-235.

(698) V. *id.*, n^o 202 et, pp. 230-232.

(699) SERINET, *th. préc.* [note 688], n^o 195, pp. 220 et 221.

(700) これは、1647条1項が物自体に生じた損害につき、「瑕疵ある物がその粗悪な性質の結果滅失した場合には、損失は売主に帰するものとし、売主は買主に対して価格を返還し、前二条に規定された他の損害を賠償しなければならない」とするこ

責任と瑕疵担保責任との相違は、両制度が異なった観点に立つことに由来するものといえるが、フォートを要件としないことを除けば、後者のほうが総じて複雑な要件に服せしめられているといえよう。⁽⁷⁰¹⁾

以上のように、各訴権の実体法上の要件は、それぞれの制度の趣旨に即して様々である。けれども、これらの差異が実際にどれほどの意味をもつかを明らかにするためには、証明の問題をも視野に入れた考察を加えて置くことが有用であろう。そこで、次に、証明責任の分配に関する規律を概観する。

（二）証明責任の分配

1 総説 証明責任の分配一般に関しては、異論なく承認されている二つの準則がある。すなわち、第一は、証明責任を負うのは「債務の履行を要求する者」「〔債務からの〕解放を主張する者」だとする準則（民法典1315条1項、2項）、⁽⁷⁰²⁾第二は、「外形的に存在する事実については、これに反する事実を証明する者が証明責任を負う」という準則である。⁽⁷⁰³⁾

第一準則を厳格に適用すれば、たとえば買主が契約の有効性を前提としてその履行を求める場合には、契約にあらゆる瑕疵が存在しないことを証明すべきこととなる。しかし、このような理解は20世紀初頭には既に批判されてお⁽⁷⁰⁴⁾り、いかなる事実を立証すべきかは、具体的には、主に第二準則

とに由来する。J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990, n° 744, p. 802は、損害が他の物に生じた場合にも、これと同様の解決が適用されると説く。

(701) SERINET, *th. préc.* [note 688], n°s 199 et s., pp. 225 et s.

(702) この規律は、「*Actori incumbit probatio*」（原告は挙証の責任を負う）を具体化したものだとされる（法格言の訳は、山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）635頁による）。なお、契約による債務の証明の問題については、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頁を参照。

(703) V. GHESTIN et al., *Intr.*, n° 647, p. 619 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n° 174, p. 135 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n° 592, p. 481.

(704) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., par E.

によって決せられてきた。以上の枠組みに即して各訴権の証明責任に関する規律を確認すれば、次のようにいうことができる。

2 錯誤 上述のとおり、契約の有効性の要件たる錯誤については、上記第二準則が適用される。その結果、法律行為が成立した以上、それは有効であるのが原則であり、瑕疵があるのは例外だと解される。⁽⁷⁰⁵⁾したがって、契約の有効性を争う者において、錯誤の存在を主張・立証すべきことになる。

3 契約不履行 売主は、自らの債務の弁済として、目的物の引渡しを証明しなければならない。しかし、上記第二準則を理由に、引き渡された物には瑕疵がないのが常態であるから、物が約定に適合する性質を有することまで証明する必要はなく、むしろ、債務不履行を主張する買主において、契約に適合しないことを証明しなければならないとされる。⁽⁷⁰⁶⁾

4 瑕疵担保責任 瑕疵担保責任においても、基本的な発想は契約不履行と同様である。⁽⁷⁰⁷⁾ただし、実体法上の要件が複雑であることにより、買主が立証すべき事実も細分化して捉えられている。すなわち、買主は、売主の責任を追及するために、①瑕疵の存在、②それが危険移転に先立って存在すること、⁽⁷⁰⁸⁾③（損害賠償を主張する場合には）瑕疵と損害との間の因果関係、⁽⁷⁰⁹⁾ならびに、売主の悪意または事業者性を証明しなければならない。

BARTIN, t. 12, Paris, 1922, § 749 *bis*, note 19 *bis*.

(705) SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 209, pp. 241 et 242. なお、「詐欺は推定されず、証明することを要する」(1116条2項)。

(706) *Id.*, n° 210, pp. 242 et 243. V. aussi MALAURIE et MORVAN, *op. et loc. cit.* [note 703], ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd. révisée, Defrénois, 2005, n° 317, p. 203 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^e éd., Montchrestien, 2006, n° 192, p. 130.

(707) SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 211, pp. 243 et 244.

(708) この点については、間接事実を広汎に採り入れることで立証の緩和が図られているという (*id.*, n° 202, p. 232 et 233 *texte et note* 97)。

(709) 職業的売主は、自らの善意を主張して責任を免れることができないとされている。

これに対し、売主は、④瑕疵の表見性（＝買主における瑕疵の認識⁽⁷¹⁰⁾）をもって抗弁することができる⁽⁷¹¹⁾とされる。

（三） 期間制限

民法典の規定上、錯誤ならびに債務不履行に基づく解除および損害賠償は、いずれも五年の時効に服する（1304条1項、2224条）。これに対し、瑕疵担保責任訴権は、瑕疵を発見した時から二年以内に提起されなければならない（1648条1項）。

（四） 要 約

以上にみたところに基づき、「契約の解消」と「債務内容への取込み」の関係を問うという関心から——したがって、錯誤と他の法理とを比較の中心として——、各制度の要件上の異同として特に注意すべき点を挙げるならば、次のようになろう。

1 錯誤と債務不履行 錯誤は、「当事者の同意を決定づけるものであること」を要する。これに対し、債務不履行を生じる場合には、それが合意されていることが必要十分条件であって、「同意を決定づけた」か否かは問題にならない。他方、債務不履行（解除）は、不履行につき被解消者にフォートがあることを要件とするが、錯誤においては、被解消者の態様は、要件のうえでは問題にならない⁽⁷¹²⁾。

るため（*v. Cass. civ., 1^{re}, 16 avril 1996, Bull. civ. I, n° 188*）、売主の事業者性の立証をもって、悪意の立証に代えられる。

(710) SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 204, p. 233. 買主が事業者である場合には、瑕疵の認識は推定される。ただし、この推定を覆すことは可能である（前注の場合と対比）。

(711) BÉNABENT, n° 233, p. 166. また、*Cass. com. 25 octobre 1961, Bull. civ. III, n° 380 ; D. 1962, p. 290 note J. BIGOT ; RTDciv. 1962, p. 514, obs. A TUNC* は、引渡しがなされ、かつ、買主が商品を使用・保持している以上、買主は、予定していた使用に不適とするような瑕疵の存在を立証しない限り、代金を支払わなければならないとする。

(712) もちろん、「惹起された錯誤」の問題を生じる余地はあるが、これはまた別の問題である。

2 錯誤と瑕疵担保責任 錯誤においては表意者の内心の意思が、瑕疵担保責任においては物の瑕疵が、それぞれ立証対象とされる。したがって、錯誤においては、錯誤者(買主)において自らの錯誤を証明しなければならないのに対し、瑕疵担保責任においては、買主は、ひとまずは瑕疵の存在を立証すれば足り、瑕疵の秘匿性は売主の側で証明しなければならない。

なお、瑕疵担保責任においては、売主は、瑕疵の存在を自認するときには、自ら瑕疵を修補して、契約の解消を妨げることができる。⁽⁷¹³⁾

二 判例の状況

以上まで、各訴権ごとに、民法典の規律およびこれに対する一般的な解釈論の状況を素描してきた。次いで、各訴権相互の関係につき、判例の状況をみていくこととしよう。^(713a)

(713) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣、2002年)〔以下、森田『帰責構造』として引用する〕211-213頁を参照。森田論文以後の破毀院判例には、部品交換によって機械の瑕疵が除去された以上、「機械に存する瑕疵は、もはや予定された使用に適しないものとはならない」として、瑕疵担保責任が除去されるとする Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, Bull. Civ, I, n° 351 ; RTDciv. 1998, p. 397, obs. P.-Y. GAUTIER がある。もっとも、Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 1998, D. aff., 1998, p. 1810 のように、1997年判決と同旨を示した原審の判断を破毀して、買主による訴権の自由な選択を承認した例もみられる。

(713a) 以下における概観は、フランス法学説において、この問題に関する判例の展開がどのように捉えられてきたかを明らかにすることに主眼を置くものである(なお、その検討にあたっては、次述するゴルディ・ジュニコンのテーゼにおける分析を広汎に参照した)。このような方針を採ったのは、本項の考察が、フランス法の帰趨を見定めることそれ自体ではなく、契約の「実現」と「解消」の理論的關係につき、どのような学理的理解が存するかを明らかにすることを目的とするものであるため、それら学説からみた判例の評価にこそ着目すべきであると考えからである。それゆえ、以下に採り上げられる判決は、従前の法状況に一定の変化をもたらしたと目されるものに限定される。また、それら判決を考察する際には、判決が提示した法規範命題を主たる対象とすることとしたい。こうした方針ゆえに、以下では、事実関係の細密な分析等、個々の判決のもつ射程を厳密に確定するために必要となる考察は行い得ていないが、この点については、いずれ主題的に検討する機会をもちたい。

（一） 錯誤と債務不履行

錯誤と債務不履行との関係については、長きにわたって《1》破毀院民事部1958年1月28日判決が指導的地位を保ってきた。⁽⁷¹⁴⁾ 本判決は、両制度の競合を否定し、⁽⁷¹⁵⁾ その区別の指標として、契約の目的物に「性質の違い」があるにすぎない場合には契約不履行が、「本質的な不一致」までもが認められる場合には錯誤が、それぞれ問題になるとしたものである。しかし、次項において立ち入ってみるとおり、この基準の法技術的な有用性につき、学説は一様に懐疑的であり、判例もまた、《2》破毀院第三民事部2003年3月25日判決⁽⁷¹⁶⁾によって従前の立場を変更するに至っている。

《2》は、中古車売買において、車体証が事前に知らされていた自動車の特徴に合致しなかったことを理由として、買主から、自動車修理業者たる売主に対し、契約解除の主張がなされた事案である。控訴院が、買主の主張し得るのは引渡義務違反だけであるとしたのに対し、破毀院においては、1110条および1604条に徴して、買主の訴えは、「一方で、売買の目的物の契約への不適合によって、他方で、この物の本質的な性質についての錯誤によって根拠づけられる」とされた。この判示を受けて、学説においては、引渡義務の主張は錯誤の主張を排除せず、したがって錯誤に陥った買主は両訴権を自由に選択して主張することができるとするのが、現在の判例の立場だとする理解が示されている。⁽⁷¹⁷⁾

（二） 錯誤と瑕疵担保責任

以上に対し、錯誤と瑕疵担保責任との関係は、両者が一般法・特別法の関係に立つために、債務不履行の場合よりも複雑な様相を呈してきたよう

(714) 《1》 Cass. comm. 28 janvier 1958, D. 1958, Jur. 531.

(715) V. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. LEQUETTE, n° 114, p. 158, note 15.

(716) 《2》 Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2003, JCP G. 2003, I 170, n° 6, obs. Y.-M. SERINET ; JCP E. 2003, 1667, note Y.-M. SERINET.

(717) SERINET, note préc. [note 716], n° 3, p. 1920.

である。この問題については、一般法・特別法関係に立つ訴権——より一般的には法規範、法制度——の関係のあり方を、①競合の否定、②一般法の特別法への適合、③特別法による一般法の排除、および、④特別法の一般法への編入という四種に類別して考察するゴルディ・ジュニコンのテーマが有益な分析枠組を提供している。⁽⁷¹⁸⁾そこで、以下では、彼女の検討を祖述しつつ、両訴権の関係を「適合」および「排除」の二面から追跡してみたい。⁽⁷¹⁹⁾

1 適合 物の通常の使用を妨げるような隠れた瑕疵が存するにもかかわらず、これが存しない旨を誤信していた場合、買主は、錯誤無効訴権と瑕疵担保責任訴権を選択的に行使し得るか。この問題につき、古い学説・判例は、特段の疑義を呈することなく訴権の自由な選択を認めてきた(「競合の否定」)。

ところが、⁽⁷²⁰⁾《3》破毀院第一民事部1960年7月19日判決は、「買主は、本質錯誤たるべき瑕疵の結果を主張しても、通常の使用に適しないものとする物の瑕疵を理由として1968条によって課される売買無効の訴えを短期間に提起する義務を免れることはできない」とし、「錯誤のみを理由とする訴えも、短期〔の制限〕に服する」ことを認めた。これによって、競合の解決をめぐる対立が破毀院内部に生じることになる。《3》に続いて、第三民事部が、両訴権の選択的行使の余地を承認しつつ、一般法たる錯誤法の期間制限を、特別法たる瑕疵担保法の期間制限へと適合させるという解決を承認したのに対し、⁽⁷²¹⁾商事部は、なおも買主に純然たる訴権選択の余地を承認する立場——競合の否定——を堅持したのである。^{(722) (723)}

(718) GOLDIE-GENICON, *th. préc.* [note 715], n° 113, p. 157.

(719) *Id.*, not. n°s 122 et s., pp. 165 et s. ; n°s 152 et s., pp. 196 et s. ; n°s 405 et s., pp. 513 et s.

(720) 《3》 Cass. civ. 1^{re}, 19 juillet 1960, Bull. civ. I, n° 408 ; RTDciv. 1961, p. 332, obs. J. CARBONNIER.

(721) 《4》 Cass. civ 3^e, 11 février 1981, Bull. civ. III, n° 31 ; D. 1982, Jur. p. 287, note J.-L. AUBERT.

こうした状況にあった1988年、第一・第三民事部の立場は反転する。両民事部は、相次いで、「〔錯誤〕無効訴権は、民法典1648条の特則には服しない。この点につき、錯誤が、物を予定された使用にとって不適切ならしめる瑕疵の結果であったとしても問題ではない」旨の判決を下し、両訴権の関係を再び「競合の否定」という相で捉えたのである。

2 排除 ところが、その後、両民事部の立場は三転する。民事部は、「競合の否定」から「排除」へと三たび解決の方向を転じたからである。

この転換の先鞭を付けたのは、《6》破毀院第一民事部1996年5月14日判決であった。本件は次のような事件である。対凍結性瓦の買主が、瓦の瑕疵を理由に引渡義務違反を主張したのに対し、原審は、買主の主張にかかる欠陥が「隠れた瑕疵」に当たること、および、1648条所定の短期出訴期間が経過していたことをそれぞれ認定して、この請求を棄却した。これに対し、買主が、原審は（職権で）損害賠償を与えることについて理由があるか否かを審理すべきであったとして破毀申立をしたのであるが、この申立てを棄却するにあたり、第一民事部は次のように判示した。「瑕疵担保責任のみが行使し得る訴権であるから、控訴院は〔破毀申立人が〕錯誤訴権に基づく損害賠償を主張したか否かを審理しなかったのである」。

(722) 《5》 Cass. com. 8 mai 1978, Bull. civ. IV, n° 135 ; JCP G. 1982, II 19758, note J. GHESTIN.

(723) GOLDIE-GENICON, *th. préc.* [note 715], n° 125, pp. 168 et s.

(724) 《6》 Cass. civ. 3^e, 18 mai 1988, Bull. civ. III, n° 96 ; D. 1989, Jur. p. 540, note Ch. LAPOYADE DESCHAMPS ; 《7》 Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1988, Bull. civ., I, n° 211 ; note Ch. LAPOYADE DESCHAMPS, *préc.*

(725) GOLDIE-GENICON, *th. préc.* [note 715], n° 127, p. 171.

(726) 《8》 Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 213 ; D. 1997, somm. comm. 345, obs. O. TOURNAFOND ; D. 1998, Jur. 305, note F. JAULT-SESEKE ; Defrénois 1996, p. 886, note Y. DAGORNE-LABBÉ. 本判決を契機として執筆された論稿として、D. BOULANGER, *Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion*, JCP N. 1996, I, 1585 ; Ch. RADÉ, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés*, JCP G. 1997, I, 4009がある。

この説示を受けて、学説においては、そうした論理によると、瑕疵担保責任と錯誤の両訴権が競合する場合には、錯誤訴権は不受理となるのではないかとみる論調が生じた。⁽⁷²⁷⁾この理解は、その後、《9》破毀院第三民事部 2000年 6 月 7 日判決が、「瑕疵担保責任のみが、売買の目的物を通常の使用法に適しないものとする欠陥を理由として行使される訴権の根拠となる」⁽⁷²⁸⁾と判示するに及んでいっそう明確にされた。両民事部は、その後も同旨の判断を重ねている。^{(729) (730)}

(三) 小 括

以上に素描したとおり、錯誤と債務不履行・瑕疵担保責任との関係をいかに理解するかにつき、判例の態度を一筋に描き出すことはできない。のみならず、ある一つの時代においてさえ、錯誤と債務不履行の関係の理解と、錯誤と瑕疵担保責任の関係の理解との間において、矛盾する方向性が示されることさえあった。すなわち、錯誤と債務不履行解除との関係について、両者の競合関係を否定する《1》判決がリーディングケースとしての地位を保っていた1960年代には、錯誤と瑕疵担保責任との関係については両規範を「排除」関係とみる判例法理が打ち出されており、また、現在では、瑕疵担保責任との関係では錯誤の主張が排斥されるのに反し、錯誤と債務不履行解除は——かつては競合が否定されていたにもかかわらず——自由⁽⁷³¹⁾に選択し得ると解されている。このように、判例の解決は決して

(727) もっとも、本件においては、買主が破毀院では錯誤の主張をしなかったため、判決の射程が錯誤の存否についてまで及ぶか否かについてはなお疑義が残った (GOLDIE-GENICON, *th. préc.* [note 715], n° 153, p. 196 texte et note 269)。

(728) 《9》Cass. civ. 3^e, 7 juin 2000, D. somm. comm. 1002, obs. O. TOURNAFOND ; CCC. 2000, comm. 159, note L. LEVENEUR.

(729) *V. e.g.* 《10》Cass. civ. 3^e, 17 novembre 2004, Bull. civ. III, n° 206 ; DP 2005, n° 3649, obs. P. CHAUVEL.

(730) GOLDIE-GENICON, *th. préc.* [note 715], n° 153, p. 196 et s.

(731) この点につき、瑕疵担保責任は錯誤の特則であるのに反し、錯誤と債務不履行とは一般法の競合であるという区別を立てることは可能であろう (*v.* GORDIE-GENICON, *th. préc.* [note 715], n° 114, p. 158 note 15)。とはいえ、破毀院は、同

齊一的に理解し得るものではなく、むしろ多分に場当たりのなものであったということができる。

とはいえ、このように複雑極まるフランス法の帰趨を見定め、錯綜する法状況について将来の方向性を予見することは、本論文の課題ではない。むしろ重要なのは、そうした混沌に解決を与えるために提唱された種々の理解を精査し、各々の解釈論としての特性を探ることであろう。第二では、この作業に取り組むことにしたい。

第二 規範競合に関する学説状況

第一において描出した実定法の状況を踏まえながら、各訴権の関係についての錯綜した法状況に整理を与えようとする学説の試みに検討を及ぼすことにしよう。はじめに、その方針を述べておきたい。

1 ゲスタン説の検討 前二款および前項にみた学説の多くは、訴権の競合を解決するにあたり、ゲスタン説の影響のもと、訴権の選択は自由になし得ると解していた。⁽⁷³²⁾ そうであれば、ここまでの議論を理解するためにも、その所説を踏まえておく必要がある。彼は、そのテーズ、次いで『売買における適合性と担保責任』において、錯誤、債務不履行および瑕疵担保責任の各制度の関係につき、「機能主義」と呼ばれる見解を展開しているから、まずこれに一瞥を加えていく〔一〕。

じく一般法と特別法の競合関係においても、詐欺と瑕疵担保責任との間では自由な競合を認めているから（Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2002, CCC. 2003, comm. 38, note L. LEVENEUR）、こうした観点のみから競合問題を解決するための準則を説明することにも難がある。

(732) ラバルトおよびウシエフは、ゲスタンの所説を明確に踏襲していた。加えて、ファーブル・マニャン、ダニス・ファトムのように、ここでの解決を「情報提供義務」の観念に関連づけて理解するときにも、債務内容への取込みと同意の瑕疵とは自由に選択し得る関係に立つことになると思われる。

(733) J. GHESTIN, *Conformité et garantie dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ, 1983. ゲスタンの瑕疵担保責任論の詳細な考察として、森田「基礎的考察(3)」（前掲注(685)）75頁がある。錯誤論との関係では、野村豊弘「意思表示の錯誤(4)―フランス法を参考にした要件論―」法協93巻3号（1976年）18頁以下をも参照。また、平野裕之「ジャック・ゲスタン教授の瑕疵担保責任論(1)、(2)―ゲスタン、

2 その後の学説の追跡 ゲスタン以後の議論は、この機能主義理論に対する応接を行うなかで深められた。彼に続く論者としては、次の二人を重視すべきであろう。⁽⁷³⁴⁾すなわち、第一はトゥルナフォンである。⁽⁷³⁵⁾主に不動産（建物）売買に関してではあるが、彼は広告書面の契約的効力をめぐる判例法理の展開について積極的に発言しており、彼の議論は、上の問題を採り上げるうえで避けて通ることのできない意義をもっている〔二〕。第二はスリネであり、特に、ゲスタンの指導のもとに執筆された『売買契約における錯誤、瑕疵担保責任および引渡義務のサンクションの規範内容の比較』と題する浩瀚なテーズである。⁽⁷³⁶⁾ゲスタン説の影響力にかんがみれば、その門下にあつて彼の所説を承継・発展させたと言われるスリネの議

デシェ著『契約概論・売買』より一] 法論64巻1号197頁、同2号93頁 (1991年) は、ゲスタンの所説がフランス法において強力な支持を得ているとして、その瑕疵担保責任論を詳細にフォローする資料的論稿である。以上に対し、近時の破毀院判決の変遷に照らしてゲスタン説を批判的に分析するものとして、野澤正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」法時80巻8号 (2008年) 38頁〔その後、同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）に収録〕がある。

(734) 以下に採り上げる議論に先立って分析の基礎を与えた重要な業績として、V. not. M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, 1972, préf. P. CATALA, not. n^{os} 131 et s., pp. 222 et s.

(735) O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'actions (erreur, défaut de conformité, vice caché) et la vente d'immeuble à construire*, RDI 1988, p. 37 ; *id.*, *Les prétendus concours d'actions (erreur, défaut de conformité, vice caché)*, D. 1989, chron. p. 237. 前者は、*id.*, *L'obligation de délivrance dans la vente d'immeuble à construire*, thèse dactyl. Paris XII, 1987の要約である (v. p. 37 note en bas de page)。これに対し、後者は、その内容からみて、このテーズを前者よりもさらに圧縮したものと推察される。以下では、もっぱら前者に基づいて考察を進める。

(736) SERINET, *th. préc.* [note 688] その考察を発展させた論稿として、*id.*, *Erreur et vice caché : variations sur le même thème*, in : *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, n^o 4, p. 789 ; *id.*, obs. sous Cass. civ. 3^e, 25 mars 2003, JCP G 2003, I 170, n^o 6をも考察対象とする (なお、ゲスタン説との関係を窺うという意味では、J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *Rép. civ. Dalloz, v^o Erreur*, 2006の存在に注意)。

論を考察することは、現在の議論状況を客観的に認識するための重要な作業といえよう〔三〕。

また、これら両説は、それぞれが訴権の競合に関する代表的議論の影響を反映している点でも重要である。すなわち、既にわが国でも詳論されているように、⁽⁷³⁷⁾訴権の競合に関する解決の方向性には、「古典理論」「概念主義」と呼ばれる立場と、ゼラーが先鞭を付け、⁽⁷³⁸⁾ゲスタンによって展開された「現代理論」「機能主義」と呼ばれる立場が対峙する。古典理論の再構成を企図したトゥルナフォンと、ゲスタン説を発展させたものと目されるスリネは、それぞれの立場において重要な位置づけを占める論者ということができよう。

一 現代理論（ゲスタン）

はじめに、ゲスタンによる要約を通じて当時までの学説状況を瞥見し、次いで、彼の主唱にかかる現代理論の概要を示すことにしたい。錯誤と債務不履行との関係、および、錯誤と瑕疵担保責任との関係を順次みていこう。

(一) 錯誤と債務不履行⁽⁷³⁹⁾

1 ゲスタンの考察は、「錯誤は、それが約された性質 (qualité convenue) に及ぶときにのみ無効原因となる」という命題の正当化を目的として、次の疑義に応接することから始められる。すなわち、錯誤無効をもたらすのが「約された性質」に関する錯誤に限られるならば、錯誤無効とは、債務不履行解除の適用にすぎないのではないか。つまり、錯誤にお

(737) 森田「基礎的考察(3)」(前掲注(685)) 76頁以下。

(738) R. ZÉRAH, *Théorie générale du vice rédhibitoire dans les ventes de marchandises*, in : J. HAMEL (dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 339.

(739) J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963, préf. J. BOULANGER, n^{os} 181 et s., pp. 213 et s. ; *id.*, *op. cit.* [note 733], n^{os} 193 et s., pp. 175 et s. 両著の関係につき、森田「基礎的考察(3)」(前掲注(685)) 78頁注(7)を参照。

ける「約された性質」の欠如とは、債務内容となった「性質」の欠如にほかならないのではないか。

ゲスタンによれば、こうした疑問は、つとにビュフノワールによって提起されていたものである。そこでまず、ゲスタンの分析に即して、ビュフノワール以来の議論の経緯を簡単にたどっておこう。⁽⁷⁴⁰⁾

2 学説史理解 (1) ビュフノワール ビュフノワールが問題にしたのは、無効となる錯誤は共通錯誤に限られるかということである。彼は、一方当事者の本質錯誤によっても契約の無効はもたらされ得るとする伝統的立場を擁護し、錯誤が「考慮に入れられた」ことを要求する見解に対して次のような疑義を示す。すなわち、「そのような構想は、錯誤無効理論を消滅させるものである。その性質が両当事者によって考慮されたならば、それは黙示の約束となり、この性質を欠くことは解除訴権の原因となる。そうであれば、両当事者が考慮に入れた性質がどのようなものであれ、つまり、それが本質的であると否とにかかわらず、この点に関する合意さえあれば、錯誤の影響は承認されなければならないだろう」。⁽⁷⁴¹⁾

こうした認識に立ちつつ、なおも錯誤によって不慮の契約解消が招来されることを防ぐために、ビュフノワールは、本質性は当事者の具体的意思とは無関係に「通念 (l'opinion commune)」に従って決せられるとの解釈を提唱する。この立場からは、錯誤を認めるための指標として「両当事者の意思」を掲げる裁判例は、次のように評されることとなる。「この両当事者の意思は、……当該性質に本質的性格を与えるに足るものではない。しかし、それは契約において明示的に約定された性質をなし、それを欠くときには合意の一部不履行を構成する」。⁽⁷⁴²⁾要するに、彼によれば、錯誤における本質概念を両当事者の意思に即して主観的に把握することは、錯誤と債務不履行との区別を曖昧にするものであり、これを避けるためには、

(740) Cl. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, pp. 601 et s.

(741) *Id.*, p. 602.

(742) *Id.*

錯誤の客観的な定義が堅守されなければならないとされたのである。

ビュフノワールのこの疑義に対する応接としては、ジョスランの議論が知られている。ジョスランは、錯誤が「共有された (partagé)」ものであることを要求する立場から、一方、錯誤は契約「成立」段階の規律であって契約の有効性を障碍し、他方、解除は契約「履行」段階の規律であって有効な契約の存在を前提とするから、両者は明確に区別され得るとした。⁽⁷⁴³⁾ 「成立」「履行」という体系的区分に即したこの指摘は、それ自体としてはもっともなものであろう。しかし、「錯誤において当事者の合意を考慮するならば、あらゆる規律は『履行』段階の問題に解消される」というのがビュフノワールの根本的な問題意識であることを思えば、そもそもある規律が「成立」「履行」のいずれの段階に属するかをどのように決するかを明らかにしないことには、彼の疑義に応えたことにはならないともいえよう。⁽⁷⁴⁴⁾

(2) モリーー 錯誤と契約不履行がそれぞれ「成立」「履行」段階に位置づけられるということのより実質的な意味を探究した業績としては、ビュフノワールと同じく共通錯誤を要求しない見解を支持するモリーーによって展開された分析が重要である。モリーー説は、錯誤の定式を明確化する

(743) L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, réimpr. Dalloz, 2006, n° 66, pp. 85 et 86.

(744) ビュフノワールの提起した疑問が未解決のままにされていたことは、20世紀後半に至ってなお、同旨の疑義が示されていることから窺い知られる。すなわち、Ph. MALINVAUD, *De l'erreur sur la substance*, D. 1972, Chron., n° 11, pp. 216 et 217は、目的物の性質について合意がなされ、かつ、引き渡された物がその性質を備えていないときは契約の不履行が問題になるのだから、「約された性質」について錯誤が存するというのは一種の二律背反だという (MARTY et RAYNAUD, n° 140, pp. 140 et 141も、これと同旨と解される立場から、錯誤においては相手方の認識が問題となるにすぎないという)。こうした認識から、マランヴォーは、錯誤が問題になるのは、目的物に関する約定に不明瞭性がある——したがって、債務内容を形成することができない——場合だとする。マランヴォーによる問題提起を受けて、GHESTIN, *op. cit.* [note 733], n° 193, p. 175は、両制度の区別可能性はなおも「興味ある問題」であると評している。

という「直接の実益」と、錯誤概念の考察を通じて債務発生を正当化する意思の在りようを探究するという「間接の実益」とを意識しつつ、「有償契約における本質錯誤」の問題を——より具体的には、1110条にいう「本質」とは何かという問題を——論じたものであり、その内容は次のようである。⁽⁷⁴⁵⁾

モリーはまず、実定法の状況を次のように描出する。すなわち、本質錯誤とは、それがなければ一方当事者は契約を締結しなかったであろうという性格の事項にかかる錯誤であること、つまり「決定的な錯誤」であることを意味するという見解は、正しい。⁽⁷⁴⁶⁾ けれども、一方当事者にとって決定的な錯誤が常に本質錯誤になるわけではない。この点は、学説においては共通錯誤の問題として論じられてきたが、錯誤が約されたものとして「共有」⁽⁷⁴⁷⁾されていることまでも要求するジョスランらの見解は、判例の実情に適さない。しかし、だからといって、錯誤の成否を決めるために錯誤者の相手方の主観を考慮してはならないのではない。実際、「裁判官は、買主が骨董に与えた決定的重要性 (importance primordiale) を売主が知りまたは知るべきときでなければ、無効を認めない」⁽⁷⁴⁸⁾のである。

それでは、以上の理はいかにして整合的に説明され得るか。ここでモリーは、ヴィントシャイドの「前提」理論を援用して次のように説く。モリーによれば、ここで問題になるのは、「約された性質」ではなく「前提とされた (prévu) 性質」である。つまり、一定の性質が明示されて債務内容には取り込まれて (条件とされて) いなくても、当事者が一定の性質を信頼し、想定していたときには、相手方がその旨を認識してさえいれば、

(745) J. MAURY, *De l'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux*, *Etudes H. CAPITANT*, Paris, 1939, p. 491.

(746) *Id.*, n^{os} 3-6, pp. 493-497.

(747) *Id.*, n^o 7, pp. 498 et 499.

(748) M. FOURNIER, *De la protection des parties dans les ventes d'antiquité et d'objets d'art*, thèse Dijon, 1936, p. citée par MAURY, *art. préc.* [note 745], n^o 9, p. 500.

それは錯誤の本質性を基礎づけるものとして法的意義をもつ（「前提」となる⁽⁷⁴⁹⁾）。このように、モリーは、「前提とされた性質」と「約された性質」との間に質的な差異を認めることによって、ビュフノワールらによって提起された上記疑問に答えようとした。

（3）以上にみたところが、ゲスタンの念頭に置かれていた学説の展開である。モリー説の要点は、一定の性質が「共有される」場合とは異なり、「前提とされる」場合には、単に相手方が当該性質の重要性を認識していたことをもって足りるとした点に認められる。これは、契約の「実現」と「解消」の要件に関する明確な区別を提示した一つの重要な見解といえよう。

ゲスタンは、もちろん、このモリー説に対して一定の応接を行っている。しかし、この点をみるに先立っては、ゲスタンが、錯誤に関する1110条と契約不履行に関する1184条の関係をどのように把握していたかを踏まえておく必要がある。

3 錯誤と債務不履行の区別 ゲスタンは、「当事者の一方が、正当に期待し、かつ、その同意を決定づけたところの反対給付を契約から受け取らなかったことを理由として、その債務を免れさせる⁽⁷⁵⁰⁾」ことを共通の制度目的とする点で、本質錯誤（1110条）と解除（1184条）との区別が実際には微妙であることを認めつつも、民法典が両制度の間に種々の法技術的な相違を予定していることを考えれば、それらは理論的には区別されな

(749) MAURY, *art. préc.* [note 745], n° 9, p. 500 et 501.

(750) GHESTIN, *th. préc.* [note 739], n° 181, p. 214.

(751) *Id.*, n° 185, pp. 217 et 218. ゲスタンは、前記《1》判決を引合いに出して、「注文したのと異なる性質の商品が引き渡された買主について、解除訴権が棄却される理由は不可解である。逆にまた、引き渡されたその商品が本質的な性質を欠いているならば、買主は1110条の適用によって取引の無効を追及し得るはずである」とする。のみならず、不履行ないし錯誤を主張しようとする者は、二つの訴権の選択をなし得るし、また、要件が満たされる限り、一方を主的に行使し、他方を予備的に行使することも可能であるとされてきたと指摘する。

ればならないと説く。そして、このことは、とりわけ、解除においては契約当事者のフォートが要件とされる点に現れているという。⁽⁷⁵²⁾ こうした認識から、彼は、錯誤の適用において「約された性質」が問題とされるとしても、それは、錯誤を契約の不履行に基づく解除へと解消させることを意味するものではなく、1110条と1134条とが次のような関係に立つことに基づくものであると説いた。⁽⁷⁵³⁾

1134条の基礎にあるのは「約束の尊重」という「道徳原理」であるが、人間生活における交渉にしてこの原理と無関係なものは存しない。それゆえ、錯誤に関する規律も「約束の尊重」に調和するものでなければならない。ところで、同意の瑕疵たる錯誤は、「実際の目的物と心理的表象との間の齟齬」と定義づけられるように、相手方によっては了知されていない事情に関しても存し得る。このことから、「その定義よりして二人の当事者が利害関係をもつものである契約の有効性を、いずれか一方のまったく個人的な心理的表象の正確さにかからしめてよいのか」という問題が生じる。もし一方当事者の錯誤から常に契約の無効が招来されるとすれば、取引の安全が害されることは必定だからである。

こうした危険を避けるためには、まず、(ピュフノワールがそうしたように) 錯誤の対象となり得る目的物の性質を客観的な仕方限定することが考えられる。無効の対象となり得る事項が客観的に定まっていれば、相手

(752) *Id.*, n° 183, p. 216.

(753) ゲスタンは、——いまはその当否には立ち入らないが——この点について次のように論じている (*id.*, n° 182, pp. 214-216)。判例は、フォートに基づかない「危険負担」に基づく解決をも1184条の適用の問題としてきたが、これは誤りである。すなわち、解除は、損害賠償を随伴することが通例であるように、一種のサンクションである。そうであれば、「何も帰責することができないのに、一方当事者に対し、ある種の罰として契約の解除を課する理由はない」。したがって、危険負担を同条によって基礎づけることはできない。もっとも、結果債務の場合のように、フォートが推定されることによって、實際上、フォートの要件が意味を失っている局面もある。しかし、ここでもフォートが要件とされていないわけではない。

(754) *Id.*, nos 187 et s., pp. 219 et s.

方の予見可能性は十全に保障されるからである。しかし、相手方の不意打ちを防止することだけが目的なのであれば、このような過剰な方法による必要はない。というのは、そうした目的は、「当事者の共通の意図に従い、目的物に関して契約によって確定されたこと（*définition contractuelle de l'objet*）を考慮」しさえすれば達せられるからである。このように考えるときには、「錯誤が契約の無効を基礎づけるのは、それが実際の目的物と契約によって確定されたこととの齟齬と評価され得る場合である⁽⁷⁵⁾」との結論が導かれる。のみならず、この趣旨をさらに保障するためには、「錯誤主張者が約定をなすことを決意させたところの性質を相手方に知らせず、その結果、相手方がその本質的重要性を知らなかったときには、錯誤は宥恕されざるものと解すべきである」。つまり、両法理においては、「約束を正当に信頼した相手方の不意打ちを避けようという配慮」が通底している⁽⁷⁶⁾のである。

4 債務内容の形成と相手方の認識 以上のように、ゲスタンは、錯誤において「約された性質」が要求される趣旨を、信義誠実の要請に求めた。この立場からすれば、当該性質を契約内容に取り込むことを目的とする合意が成立している場合と、一定の性質を期待していることを相手方に知らせることとの間の差異は、相対的なものとして把握されることになる。つまりこうである。たしかに、次のことにかんがみるならば、理論的には両者を同視することはできない。「無効を主張する者の態度を考慮するにあたっては、契約の目的物に対する本質的な関心（*préoccupation*）を相手方に知らせたか否かを探究しさえすればよい。これに対し、裁判官が両当事者の共通の意図を探り出そうとするときは、欠けている性質が決定的なものであることを相手方において認識していたということだけでな

(75) 以上、*id.*, n° 187, pp. 219 et 220.

(76) *Id.*, n° 188, p. 220. 両者は、錯誤者の行為に関する「単一の要件」であるとも説かれる（*id.*, n° 189, p. 222）。なお、「宥恕されざる錯誤」については、前節第一款第三項第一〔本誌86巻1号（2010年）149頁以下〕を参照。

く、相手方の承諾までもが考慮されなければならない。いいかえれば、裁判官は、相手方が同意を決定づけた性質を得せしめるよう約した (s'engager) と認定するのである⁽⁷⁵⁷⁾。こうした相違に着眼するからこそ、モリーは、「前提とされた性質」と「約された性質」との区別を説くに至ったのである⁽⁷⁵⁸⁾。しかし、ゲスタンとはといえば、「〔一方当事者の個人的な〕関心が相手方に知られた以上、両当事者による共通の合意による意図的な排除がなされない限り、その関心が必ず契約の領域に取り入れられるということ、つまり、目的物に関して契約によって定められたことに取り入れられるということは、モリーも認めているとおりである」と述べ、相手方に「知らせる」ことと「合意する」こととの間には、規範論理としては重要な差異が存するものの、^(758a) 実際上の相違となれば大きなものはないと強調したのである。

(二) 錯誤と瑕疵担保責任⁽⁷⁵⁹⁾

以上に対し、錯誤と瑕疵担保責任との関係についてみると、ゲスタンは、瑕疵担保責任の有する「ハイブリッド」な性格を、要件・効果の両面から考察している。ここでは、要件面に絞って、錯誤と瑕疵担保責任との関係をみていくことにしよう。

1 瑕疵担保責任と錯誤との関係については、古くから、瑕疵担保責任と「本質錯誤」がいかなる関係に立つかが問われてきた。すなわち、瑕疵担保責任は、本質錯誤に当たらない場合の救済を定めたものか、あるいは逆に、本質錯誤に当たる場合の特則を定めたものか。また、「予定された

(757) *Id.*, n° 188, p. 221.

(758) *V. id.*, note 291.

(758a) さらに錯誤における「要素化」の規律につき、GHESTIN, *Formation*, n° 534, pp. 498 et 499は、「決定的または本質的な条件を考慮するにあたって、裁判所は、当事者の一方が当該性質を決定的なものと考えたことと同時に、相手方がこの事実を認識していること（まさにそれによって、契約の意味 (économie) へと取り込まれているのである）を確認するにすぎない」と述べていることにも、併せて注意を払うべきであろう。

(759) GHESTIN, *th. préc.* [note 739], n°s 275 et s., pp. 321 et s. ; *id.*, *op. cit.* [note 733], n°s 195 et s., pp. 183 et s.

使用に適しない」(1641条)ということと、「意思に決定的な影響を与える」(1110条)ということとは、いかなる関係に立つか。こうした一群の問題につき、ゲスタンは次のように説いている。

両者の差異は、一見したところ明瞭である。つまり、①1641条は、瑕疵が「隠れた」ものであることを要求するのみであり、内心における錯誤を問題としてはいない。また、②瑕疵担保責任においては、隠れた瑕疵がある以上、買主がその瑕疵について善意であることは推定され、担保責任を免れようとする売主の側において、買主が契約締結時に瑕疵の存在を知っていたことを証明しなければならないとされているから、錯誤の存在を買主側の要証事実とする1110条とは区別される。さらに、③1110条においては内心の意思のみが問題にされているのに反し、1641条以下は「用法」との兼合いで瑕疵の存否を決せられるという相違を認めることもできる。

しかし、ゲスタンは、問題をより実質的・具体的に捉えるならば、以上のように割り切ることは速断に過ぎるといふ。すなわち、①についていえば、買主が瑕疵の存在を認識していたときには担保責任の追及は許されない。また、②についてみても、買主が自らの懈怠によって瑕疵の存在を知らなかったときには、瑕疵担保責任の主張は認められないとされているのだから、瑕疵が隠れたものであるか否かは、買主の態度ないし不知の正当性をも考慮しつつ決せられている。さらに、③に関しても、両制度において同様の考慮がはたらいっていることは、疑い得ない。すなわち、一方、本質錯誤においては、同意を決定づけた性質を相手方に知らせることを怠った場合、錯誤者は自らの錯誤を主張し得ない。他方、瑕疵担保責任においても、「契約は意思の合致なのだから、契約の効力 (efficacité du contrat) に対して影響を及ぼし得るのは両当事者によって考慮された性質のみである」とされる結果、売主は、交渉過程で言及されることによって「両当事者の共通の意図」をなすに至った性質についてしか責任を負わないのである。⁽⁷⁰⁾

2 以上のようにみると、「隠れた瑕疵」の存否を認定する際にも買主

の不知の正当性が問われざるを得ないために、瑕疵担保責任を追及する際に実質的な争点となるのは、「担保責任を追及する者に立証責任が課される、宥恕され得る錯誤」の存否だということがわかる。それゆえに、ゲスタンは、「売買契約解除訴権の行使を正当化する隠れた瑕疵とは、買主によって追及される目的の実現に対して売買目的物がもつ適性についての、⁽⁷⁶¹⁾ 決定的かつ宥恕され得る錯誤である」と述べるのである。

かくして、瑕疵担保責任が、性質に関する錯誤を内容とする点において、まさに錯誤の特則としての地位を有するものとして把握されるのだとすれば、錯誤と瑕疵担保責任との間には、要件面での差異は存しないと解さざるを得ないであろうか。この問題に対し、ゲスタンは、両者の相違を錯誤の時的要素に求めた。すなわち、同意の瑕疵としての錯誤は、契約締結当時における——したがって、契約締結に先立ち、あるいはこれと同時に存在する——錯誤を要件とするものであるのに反し、瑕疵担保責任は、履行認容 (*agréation de l'exécution*) 時点における錯誤を要件とする。この一点において、両制度は区別されるというのである。いわゆる「時的区分 (*répartition chronologique*)」説である。⁽⁷⁶²⁾

(三) 小 括

以上にみてきたゲスタンの基本認識は、次のように要約され得よう。

1 理論上の関係 まず、上記三訴権の理論上の関係は、次のように区別して把握されている。

錯誤と瑕疵担保責任とは、民法典における体系的な位置づけ、とりわけ契約解消の際のフォートの要否という規範内容の相違によって区別される。他方、瑕疵担保責任は、要件面では錯誤に属し、効果面では債務不履行に属するという特異な規範内容を有しており、この点で両訴権と区別される。このように、ゲスタンは、理論面においては、三訴権を区別するとい

(760) GHESTIN, *op. cit.* [note 733], n  197, pp. 187-189.

(761) 以上、GHESTIN, *op. cit.* [note 733], n  196, pp. 184-187.

(762) その詳細につき、森田『基礎的考察(3)』(前掲注(685)) 160頁以下を参照。

う枠組みをはっきりと維持している。

2 要件の相違 それでは、いかなる場合に契約不履行が認められるかという要件面は、どのように理解されたのか。少なくとも1980年代までのゲスタン説においては、次のような理解が看取される。すなわち、錯誤と債務不履行との区別は、一は契約の「成立」、他は契約の「履行」に関わるという体系的位置づけの相違によって基礎づけられる。ところが、モリー説への応接から窺われるとおり、「契約の領域への取込み」という要件面では、むしろ両者の差異の相対性が強調された。すなわち、錯誤においては、契約解消が錯誤者の相手方にとって不意打ち的なものとならないかという観点が重視されるから、「認識させる」ことと「合意する」こととの間には、実際上の差異は認められないとされたのである。

3 実際上の関係 以上の結果、各訴権は、実際上の適用領域において重複を含んでいる。

まず、錯誤と債務不履行についてみると、要件面での区別の不明瞭性に起因して、いずれが適用されるかについて一貫した解決をもたらすことは難しい。他方、瑕疵担保責任は、そもそも一定の意味における「錯誤」の存在を前提とするものだから、錯誤との間に本質的に重複を孕んでいる。こうした認識から、ゲスタンは、「実際上の問題の同一性が、同一の解決を導くのは自然である」⁽⁷⁶³⁾との結論を引き出したうえ、その基礎に、「約束の尊重」という道徳原理を見出す。彼は、この道徳原理を介して、両当事者の共通の意図を尊重するという契約解釈に妥当する一般的判断枠組を錯誤主張の可否の判断枠組に接合し、よって、「契約締結に先立つ交渉過程における錯誤者の態度に対する道徳的評価は、相手方の保護を保障する趣旨に出た解決と軌を一にする」⁽⁷⁶⁴⁾と論じるのである。

4 その後の学説 以上の論旨は、要するに、各制度の要件面における区分を維持することは実際には難しいというものであるが、こうした認

(763) GHESTIN, *op. et loc. cit.* [note 761].

(764) *Id.*, n° 189, p. 222.

識は、彼以後の学説によっても概ね共有されたようである。⁽⁷⁶⁵⁾

(1) たとえば、アルテルは、「成立」「履行」による理論上の区別可能性を承認しつつも、実際には、同意に瑕疵があるのか、あるいは提供された物が合意内容に適合しないにすぎないのかの区別は容易ではないとして、目的物の本質的性質に対する共通錯誤は同意の瑕疵であるとともに契約不履行である⁽⁷⁶⁶⁾と述べている。

(2) また、ナナは、錯誤と契約不履行の区別に関するマランヴォーの分析を基礎に、次のように説いている。⁽⁷⁶⁷⁾ 錯誤と契約不履行との競合はあらゆる場合に生じるわけではなく、売買契約における売主の「表示」と厳密な意味における「約定」とを区別し、前者の場合にのみこれを認めるべきである。というのはこうである。両者はいずれもそれをなした者を拘束する。しかし、「表示」は、自らの責任において、物が一定の性質を有するとか、瑕疵がないと述べることであるのに対し、「約定」は、いまだ具体的な特定がされていない種類物の引渡しに関する約束であり、物が両当事者によって考慮されたような用法に適するあらゆる性質を含んでいることを意図してなされる。この区別を前提に、ナナは、当事者はまさに相手方のなした「表示によって (en fonction de)」契約を締結するのだから、そこに誤りが含まれているときには、その同意には必然的に瑕疵があることになり、かかる場合には、当事者は錯誤と不履行の双方を主張することが

(765) 以下での議論については、森田「基礎的考察(3)」(前掲注(685)) 165頁をも参照。なお、同163-166頁は、ゲスタンの所説が「成立」「履行」の区別に定位して錯誤と瑕疵担保責任「の理論的区別を保つ」見解とし、アルテルおよびナナの所説を「この区別をより相対化して捉えることが可能ではないか」とみた議論として位置づける。しかし、ゲスタンも、錯誤と契約不履行との関係については実際上の区別困難を認めているのであり、その限りでは、各論者の立場には大きな相違はないように思われる。

(766) ALTER, *th. préc.* [note 734], n° 135, p. 229.

(767) G.-J. NANA, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, LGDJ, 1982, préf. J. GHESTIN, n°s 75 et 76, p. 72. マランヴォーの分析については、前掲注(744)を参照。

できるとする。

ナナの所説においてさらに注目すべきは、いかなる場合に「表示」が認められるかにつき、次のような理解が示されていることである。すなわち、彼によれば、「表示」は、明示になされ得るのはもちろんのこと、信義誠実の原則または民法典1135条からも帰結され得るといわれる。このようにみるならば、錯誤と契約不適合との競合の存否は、多分にカズイステイクによって決せられるものとなろう。

(3) ゲスタンによって示された以上の理解に対しては、しかし、一部の学説によって有力な批判が提起された。既に予告しておいたとおり、その代表的論者として、以下では、トゥルナフォンの見解を採り上げることにしよう。

二 古典理論の再構成（トゥルナフォン）

大量生産と消費法の出現に伴って買主保護の要請が高まった結果、上記各訴権の適用領域が著しく拡張され、それらの競合が困難な法律問題を生じさせたことは、既に繰り返し指摘したとおりである。トゥルナフォンは、この問題を解決するために、各制度の古典的理解に立ち返るという構想を提示した。以下に、錯誤と契約不履行（および瑕疵担保責任）との関係を主な対象として、彼の議論を追跡することにしよう。

(一) 学説史理解

既述のとおり、この問題に関する学説の展開は、大づかみにみれば、古典的理解から機能的理解への変遷として素描され得る。トゥルナフォンは、この学説史に対する自らの解釈を提示することから議論を始めて⁽⁷⁶⁸⁾いる。

先にもみたとおり、古典的理解は、⁽⁷⁶⁹⁾①買主がある物を買ったと信じたが

(768) V. aussi, TOURNAFOND, *th. préc.* [note 735], n^{os} 36 et s., pp. 39 et s.

(769) ここで想定されるのは、G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, 3^e éd., Paris, 1908, n^o 414, p. 422である [cité par TOURNAFOND, *art. préc.* [note

実はそうでなかった場合が錯誤、②買主が買った物を受領しなかった場合が債務不履行、③買主がある物を買ひ、それを受領したが欠陥の存在によって予定していた用途に適合しないものとなり、かつ、瑕疵を知っていればその物を買わなかつただろうという場合が瑕疵担保責任であり、①と②③とは、問題となる事態が契約の「成立」と「履行」のいずれについて生じているかによって明確に区別されるとした。⁽⁷⁷⁰⁾ところが、それ自体としては間然するところのないようにみえる以上の区分も、各訴権の限界を十分に画することができなかった。以上を確認したうえで、トゥルナフォンは、その原因を「錯誤」の定義の曖昧さに認める⁽⁷⁷¹⁾。すなわち、民法典は、錯誤をごく省略的なかたちでしか定義せず、判例・学説も、「物の性質に関する譲受人の誤信」、「期待し、約束した性質を欠いていたこと」といった曖昧な定義しか与えてこなかったため、物の性質が買主の予期にそぐわない——「期待し、約束した性質を欠いていた」——場合には、常に、債務不履行責任・瑕疵担保責任とともに錯誤の問題を生じることとなったのである。⁽⁷⁷²⁾

のみならず、無効訴権と解除訴権との区別を前提としてきた破毀院も、両者の間に明確な区別を設定することに成功したわけではなかった。すなわち、錯誤と契約不履行の関係については、《1》判決が「性質の相違」「本質的な不一致」という指標による区別を提唱したけれども、「性質」に関しても錯誤は成り立ち得ること、逆にまた、「本質的な不一致」を来す異種物の給付も債務不履行となり得ることから、この指標は法技術的な意味をもたなかつた。⁽⁷⁷³⁾また、錯誤と瑕疵担保責任との関係についても、錯誤を「期待し、約束した性質を欠いていたこと」と定義する以上、瑕疵担保

735], p. 39 texte et note 4].

(770) TOURNAFOND, *art. préc.* [note 735], p. 39.

(771) 同旨を説くものとして、【14】判決に対する G. PIGNARRE et G. PAISANT, note au Cass. comm. 17 juin 1997, D 1998, Jur. p. 248, not., n° 12, p. 250.

(772) TOURNAFOND, *art. préc.* [note 735], pp. 39 et 40.

(773) *Id.*, pp. 41 et 42.

責任との全面的な競合を生じることが避けられない。かくして、破毀院は、前述のとおり、「適合」の論理を用いて1648条所定の期間制限を錯誤にも適用するという混乱⁽⁷⁴⁾を導き入れた。

以上の経緯は、すべて、これまでに論じてきたとおりである。トゥルナフォンの学説史概観は、こうした状況に棹さして機能主義理論が台頭したことに触れて終えられる。

（二）自説の展開

それでは、古典理論における三訴権の区別を曖昧にしてきた錯誤の定義につき、トゥルナフォンはどのような理解を提示したのか。彼は、錯誤無効の根拠論を転換し、「錯誤が約定のコースについて存すること」に求めることによって、諸制度の相互関係の明確化を図る。その論旨は次のとおりである。

トゥルナフォンによれば、この立場から買主の錯誤が顧慮されるのは、買主において、売買目的物の重要な性質に関する錯誤がある場合である。そこには、同意を交わす時点で当該性質を欠いていたときのみならず、買主がこれを取得することができなかつたときも含まれ、かつ、後者については、取得不能の原因が、売主がそもそも履行義務を負わないこと（売主の債務内容に関する錯誤）、あるいは、給付の履行不能（「要素に関する錯誤（*erreur sur l'essence*）」のいずれであっても、錯誤の問題として扱われることに違いはない。というのは、いずれにおいても契約上の義務が存せず、したがって不履行が問題になる余地はないからである。⁽⁷⁵⁾要するに、ト

(74) *Id.*, p. 42.

(75) ただし、「売主の義務に関する錯誤」と「要素に関する錯誤」においては、無効が帰結される根拠が異なる。具体的にはこうである。売主の義務に関する錯誤の場合——たとえば、買主が100平米のアパートマンを買ったと考えていたのに対し、売主は80平米のアパートマンを売ったと考えていたとき——には、同意の不合致によって契約の無効がもたらされる（障碍錯誤）。これに対し、要素に関する錯誤において問題になるのは、「物の単一性もしくは存在、または、その物にオリジナリティを与えている特徴の総体」に関する錯誤——たとえば、絵画の真贋に関する錯

ウルナフォンによれば、「瑕疵または契約不適合……が存するためには、債務関係 (lien obligatoire) が存しなければならない。それは、いかなる場合であっても次の二点を前提とする。すなわち、売主の真の約定 (engagement véritable)、履行可能な (exécutable) 約定である⁽⁷⁷⁶⁾」。そして、「契約が無効であるならば、何らの効力も生じないことは当然であり、不履行の場合に問題となる隠れた瑕疵と契約不適合の問題が生じる余地もないのである⁽⁷⁷⁷⁾」。

(三) 自説の適用

かくして、トゥルナフォンは、不動産の完成前順次移転売買につき、錯誤無効と契約不履行の競合の具体的解決を提唱する。彼の所説を、先にみた二種の錯誤に即してみよう。

1 まず、売主の債務内容に関する錯誤について。トゥルナフォンは、契約締結をめぐって交わされる情報の量が増加するのに伴って、この類型の錯誤が問題になり得る局面が増加するとともに、契約の領域の拡大が問題とされている場合も増えているという。しかし、両訴権の適用領域は、当該情報の実現が売主の債務内容をなしているかどうかに従って明確に区別される。要するに、錯誤および契約不適合のいずれの訴権を行使すべきかは、契約解釈の結果に応じて定まることになる⁽⁷⁷⁸⁾。

2 次に、要素に関する錯誤について。判例の考察からも窺われるように、完成前順次移転売買において給付可能性が問題になるのは、建物それ自体についてよりも、むしろこれに付随する土地または環境についてのほうが多い。ここで錯誤と契約不適合とを分かつのは「不能」の観念であるが、不能については、絶対性が要求され、不能の原因が単に売主の個人的

誤——であり、目的の〔絶対的〕不能 (impossibilité [absolu] de l'objet) によって契約の無効がもたらされるのである (TOURNAFOND, *art. préc.* [note 735], p. 46)。

(776) 以上、*id.*, pp. 45 et 46.

(777) *Id.*

(778) *Id.*, pp. 50 et 51.

な事情に存するにすぎないときには、契約の有効性は左右されないという。たとえば、契約成立時に予定されていた建物の状況と実際のそれとが異なる場合、建物を再築して両者を合致させる余地がある限り、錯誤が問題になる余地はないと解されている⁽⁷⁷⁹⁾。

（四）小 括

以上にみたトゥルナフォン説は、次のようにまとめられよう。まず、彼の基本観は、三訴権は峻別して捉えられるべきだというにある。この前提から、錯誤と契約不履行は「欠陥が債務内容に関するものであるか否か」という指標に即して区別され、債務内容になっている事項については、契約不履行が優先するとされる。そして、問題の性質が債務内容になっているか否かは、目的が実現可能であることを前提として、契約の解釈によって決せられるものと理解されている。

しかし、以上のトゥルナフォン説についても、各訴権の関係が理論上は明瞭に区別される一方で、実際の適用においては、契約解釈の結果に応じた選択的な行使可能性を全面的には排除し得ていないことに注意を払う必要がある。すなわち、彼もまた、『『約定の存在』という観念は部分的には心理的なものであり、契約の解釈（その適用領域には拡張の余地がある）に依存する⁽⁷⁸⁰⁾」ため、錯誤と契約不履行のいずれを主張されるかは、契約解釈の結果に応じて選択することができると説く。このように、両者の区別が契約の解釈というカズイスティックに委ねられる結果、各制度の適用領域は、実際には必ずしも一義的に明確なかたちで導出されてはいない。そうであれば、古典理論の復興を企図したトゥルナフォンの構想も、少なくとも「解釈」の過程においてはある種の「機能的」考慮が介在する余地を避けられないのではないか、との疑義をなお免れないというべきであろう⁽⁷⁸¹⁾。

(779) *Id.*, p. 52.

(780) *Id.*, p. 53.

(781) トゥルナフォンが広告書面の契約的効力を承認する根拠を情報提供義務の観念との関係で考察していたことは、既に第二款第一項**第二**において述べたとおりであ

三 現代理論の展開 (スリネ)

次いで、ゲスタンの指導のもとに執筆されたスリネのテーゼおよび関連する諸論稿に考察を加える。彼は、各訴権の規範内容を精査することから検討を始めているが、その成果は既に第一での分析において広汎に参照したから、もはや繰り返さない。以下では、その整理を踏まえつつ、彼が各訴権の特徴をいかに把握し、その競合をいかに解決しようとしたかを考察する。

(一) 競合問題を解決するための視点

競合問題に臨むにあたって、スリネは、ここでの課題を、「法秩序 (ordre juridique)」と「裁判における自由 (liberté judiciaire)」という原則からの相反する要請を二つながらに満たすことにありと捉える。すなわち、一方、法秩序の整合性を確保するためには、諸制度の多元性、各制度のもつ特性を保持しつつ、各訴権の間に「十分に厳密な区別と選択をもたらす」ことが重視される⁽⁷⁸²⁾。他方、裁判における自由という観点からは、当事者は、自らの求める結果をよりよく実現する手段を選択して主張することを許される⁽⁷⁸³⁾。

以上のように、スリネの基本構想は、訴権の競合を実体法の問題としてのみ捉えるのではなく、訴訟法の次元における当事者の自由との関係でも考察し、それによって、いかなる訴権を行使するかは買主の自由な選択に委ねられるべきであるとの結論を導き出すことを特徴とする。以下では、各訴権の実体法上の規範内容に関する理解を確認するために、救済の態様に関するスリネの分析をみた後、いずれの訴権との関係でも共通に問題になる「裁判における自由」の要請に関する分析を考察していこう。

る (本章・注 (502))。この点をも考え併せれば、彼の所説においては、「情報提供義務違反」の存否に関する判断が、「機能的」な衡量の媒介項としての役割を果たし得るのではないかと解される。

(782) SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 7, pp. 9-11.

(783) *Id.*, n° 8, pp. 11 et 12. V. aussi *id.*, n° 1054, p. 1155 et 1156.

（二）救済の態様

1 効果に関する分析 (1) 検討に入るに先立ち、スリネが「救済」という切り口から問題を論じる理由に触れておくことにしよう。

スリネは、買主に与えられる救済手段が多様化しているという状況を念頭に置きつつ、それら多様な解決方法を把握することのできる唯一のアプローチとして、コモン・ローにおける「救済」の体系を高く評価する。⁽⁷⁸⁴⁾「規範内容の比較 (régimes comparés)」という視座の設定にも関わっている⁽⁷⁸⁵⁾のであろうが、彼によれば、「救済」に即した体系化は、満足を得なかった買主がいかなる処置を講ずることができるかという実践の関心を前面に立てたうえで、これに「体系的視点と適切な分類」⁽⁷⁸⁶⁾を与えることのできる有益なアプローチだとされるのである。

それでは、各訴権における救済の態様はいかなるものであるか。スリネは、これを「契約関係に関わる救済」と「損害賠償による救済」の二点から考察している。

(2) スリネの分析の第一の特徴は、契約不履行と瑕疵担保責任との間に効果面での「完全な同質性」を見出し、両者の差異を「適用領域」の相違にしか求めないことにある。このことから、①両訴権におけるサンクションの性質および内容は共通のものとして捉えられ、また、契約責任に基づいて与えられる損害賠償はいずれも現実賠償および等価賠償を内容とし、②損害の構成要素は同一の指標によって決せられ、賠償額の算定も同様の資料に基づいて行われるとされる。

(3) これに対し、錯誤のサンクションは大きく性格を異にする。すなわち、たしかに、錯誤の効果たる契約の無効からは、契約違反の場合と同じく、契約の遡及的消滅⁽⁷⁸⁷⁾がもたらされるし、民法典には規定はないけれど

(784) *Id.*, n° 1066, p. 1167 texte et note 64. V. aussi D. TALLON, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTDciv. 1994, n°s 21 et s., pp. 230 et s.

(785) かかる問題設定の意義につき、v. SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 12, p. 17.

(786) *Id.*

も、錯誤と併せて損害賠償を請求することも可能である。しかし、この場合には、①履行請求をなし得ないのはもちろん、相手方の履行請求に対する防御として、前二訴権においては同時履行の抗弁権を主張し得るのに反し、錯誤の場合には、同意の瑕疵を争う反訴請求を提起するという手続法的解決しか採り得ないし、さらに、錯誤の効果として「代金減額」を観念することができるかについても争いがある。のみならず、②上述の「損害賠償」は不法行為に基づくものであって、損害の確定方法は契約責任の場合とは異なる。

(4) 以上に掲げた相違点は、次のような意味において、両制度の本質的な相違に帰せられるべきものである。すなわち、契約不履行においては、諸種の救済はあくまで契約の実現へと方向づけられている。これに対し、錯誤は、与えられた同意の不完全性を解消すること、つまり、合意の意思的基礎を倒壊させる要素を解消することを問題とするものであり、したがって、その救済はもっぱら契約の解消に向けられ、履行の実現ないし履行過程の調整といった視点を含まない。それゆえ、スリネは、契約不履行および瑕疵担保責任との接近（ないし同化）を認めるのに反し、両訴権と錯誤との間に過度の共通性を見出すことは「理論上不自然で障碍が多いばかりか、實際上危険でさえある」として、成立段階と履行段階との間には乗り越えられない壁があるとするのである。⁽⁷⁸⁷⁾

(5) 以上のとおり、スリネは、ジョスランらによって既に認識されていた「成立」と「履行」という体系的区分に自説を定位させつつ、各規律の規範内容の正確な把握を目指した。それでは、一定の事実関係が「成立」段階の規範と「履行」段階のいずれの規範によって律せられるかは、いかにして識別され得るのか。これは、各訴権の規範内容の比較ではな

(787) ただし、解除の場合には遡及効は絶対ではないとの指摘もみられる (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. LEVENEUR, n° 23, pp. 17 et 18)。

(788) SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 1074, p. 1175.

く、適用領域の比較の問題であるが、この点は、錯誤と瑕疵担保責任との関係を扱う別稿において詳論されているから、以下ではそこでの議論を追試していこう。

2 適用領域の区別 (1) この論稿におけるスリネの基本構想もまた、ゲスタンの機能主義理論を合理的な限定を付したうえで承継するというものである。その結論は、①錯誤と瑕疵担保責任とは「性質に関する錯誤」を内容とする点では重なり合う、②「錯誤」の基準時として、一方は契約成立時、他方は履行認容時を問題にする点で区別され得る、そして、③両時点において錯誤が認められる場合には、いずれの訴権を行使するかは自由である、という三点に要言することができる。このうち、③の結論は、「裁判における自由」に関する分析から導かれているから、**第三**において改めてみることとし、以下では、前二者に関するスリネの分析を追跡することにしたい。

(2) 契約締結過程においてなされた表示が、一方で錯誤の原因となるとともに、他方で担保責任の内容を形成することはあり得るか、つまり、両者は競合の余地を含むのか。もしそれがあり得るとすれば、競合はいかなる範囲で生じるのか。これらの問題に答えるにあたって、スリネはまず、両訴権の分掌を確定するための決定的指標を「錯誤」に求めることはできないとの理解を出発点とする⁽⁷⁸⁹⁾。彼の論旨は、こうである。

ゲスタンも指摘するとおり、錯誤および瑕疵担保責任は、ともに目的物の性質に関する「錯誤」を内容とし、ただ、その時的要素が「同意」「履行認容」のいずれであるかによって区別され得るにすぎない。しかし、次のような事例を考えれば、両時点において同じ錯誤が存在する余地を認めざるを得ない。すなわち、第一に、そもそも現実売買においては、契約締結の時点で目的物を検査してこれを受領するのだから、二つの錯誤を区別する余地はない。また、特定物売買、および、契約締結時に目的物が特定

(789) SERINET, *art. préc.* [note 736], n° 10, pp. 794.

された種類物売買においても、同様の取扱いをせざるを得ない。⁽⁷⁹⁰⁾第二に、履行認容後に初めて瑕疵の存在を認識したとしても、引渡時の錯誤と契約締結時の錯誤とが常に無関係だとは限らない。⁽⁷⁹¹⁾

かくして、スリネによれば、錯誤が同意と履行認容の「いずれに存するか」という区別によって両訴権の適用領域を区別することのできない事例は、少なからず存在する。以上の分析から、彼は、「錯誤と瑕疵担保責任とは『性質に関する錯誤』を内容とする点では重なり合う」とする上記①の結論を導くのである。

(3) それでは、両者の区別を可能にする指標は、どのようなものか。この点につき、スリネの結論は、契約成立段階または履行段階のいずれか一方についてしか錯誤が存しない場合にのみ、訴権の競合は否定されるというものである⁽⁷⁹²⁾（これによって、前記結論②が導かれる）。このこと自体に異論はないだろうが、契約締結過程の言明が債務内容に取り込まれない場合につき、次のような検討がなされていることには、ここで特に注意して

(790) つとに同様の分析枠組を提示するものとして、ZÉRAH, *art. préc.* [note 738], pp. 391-393.

(791) たとえば、法史学に熱中している弁護士がドマの古版本を購入し受領したところ、1か月後に興味をもって見た頁が欠けていたことに気づいた場合、履行認容時に錯誤が存するのはもちろん、同じ錯誤は既に契約締結時にも存在したと解するはかないという (SERINET, *art. préc.* [note 736], n° 16, pp. 796 et 797)。

(792) *Id.*, n°s 25 et s., pp. 802 et s. スリネは次のような例を挙げる。第一に、錯誤の要件のみが満たされる場合 (*id.*, n°s 26-38, pp. 803-807) として、①契約締結時には錯誤があったものの、履行がなされるまでに目的物に必要な修補が加えられたとき (引渡以前に瑕疵を修補することは実際上の必要から認められるべきだという。 *Id.*, n° 30, p. 804)、また、②より重要な場合として、目的物受領前に契約締結時の錯誤を認識するに至ったとき。これらにおいては、目的物受領時には錯誤が解消されているから、成立段階でのみ錯誤が存すると解せざるを得ない。第二に、瑕疵担保責任の要件のみが充足される場合 (*id.*, n°s 39-46, pp. 808-811) として、たとえば、売主が将来取得する予定の物を売ったとき、そのような物を目的とするものとしてそれ自体は有効に (同意の瑕疵なく) 成立するけれども、目的物に瑕疵があったことが事後に明らかになれば、瑕疵担保責任の問題を生ずる余地は残されているという。

おく必要がある。

スリネは、有力学説——ファール・マニャンおよびトゥルナフォン^(792a)——が、錯誤と契約不履行との区別を契約成立時における「履行の絶対的不能」の存否に求めたことに注目する。この見解に対し、彼は、履行の絶対的不能の存否という区別は「過度に学理的な見方に立つ」ものであるとし、契約成立時における履行の可否にかかわらずに担保責任の成立を認める諸例を挙げて、「不能」という指標によって各訴権の適用領域が截然と区別される——つまり、競合が否定される——わけではないと反駁して⁽⁷⁹³⁾いる。

(792a) ファール・マニャンが両者の区別を履行可能性に求めたことについては、本節第一款第二項第一〔本誌86巻2号（2011年）229頁以下〕を参照。ここでの問題に即して彼女の論旨を敷衍すると、彼女は、ともに一定の性質が約されたことを要件とするという点では、錯誤と債務不履行解除との間には区別を認め得ないという。この限りでは、彼女はマランヴォーと理解を共にするのであるが、しかし、二つの制度は、契約締結時までには絶対的不能が存するか否かによって区別され得るとすることによって、両者の混交を否定する（FABRE-MAGNAN, *th. préc.* [note 666], n° 166, p. 131 texte et note 57; n° 668, pp. 524 et 525)。

(793) 具体的には次のように説かれる。既にローマ法における按察官訴権は、「契約締結時に物の性質または瑕疵の不存在に関する情報を与えること」を *dictum* と呼び、これを *promissa* と区別しつつも担保責任に関する規律に服せしめた。両者の区別は、按察官訴権のもつ特殊な歴史的背景に由来する。すなわち、ローマ法においては、「保証約束 (*garantie*) は、保証約束を含む契約の履行を完遂することのみを目的とするものであって契約そのものの直接の目的をなすわけではない」、つまり、「履行認容後に伸張された担保する債務 (*obligation de couverture*) であって履行請求権そのものではない」と解されたのである（瑕疵担保責任の発展史に関するわが国の研究として、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963年）1頁以下、および、渡邊拓「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸47巻2号（1997年）371頁を参照。フランス法の研究としては、MILHAC, *th. préc.* [note 686], nos 828 et s., pp. 319 et s. がある）。なお、こうした性格は、実定法上、履行認容後の瑕疵修補が、履行責任ではなく現実賠償として構成されていることにその痕跡をとどめているという（SERINET, *art. préc.* [note 736], n° 24, p. 802. この点に関する理論構成については、森田『帰責構造』（前掲注(713)）200頁以下のほか、SERINET, *th. préc.* [note 688], n° 339, pp. 366 et 367を参照）。また、不能によって契約責任の発生が妨げられるわけではないという理解は、①実定法上、1617

もっとも、スリネもまた、売主が履行可能性を左右する術をもたないことを買主が知っていたときには、売主に保証約束の責任を負わせることができないことは否定しない。そうすると、彼の所説もまた、原始的な履行可能性の存否が訴権の競合を否定する絶対の理由とはなり得ないことを確認する点に主眼を置くものであって、原始的な履行可能性の存否によって債務内容への取込みの有無を決する可能性を否定してはいないとみることができよう。つまり、絶対的不能に基づく類別が各訴権の適用領域を画するためには有効に機能し得る局面があることは、彼の立場と相容れないものではないし、実際、彼においてもこのことまでは否定されていないとみられるのである。

(三) 裁判における自由

さて、各規範の実体法上の性格に関する以上の分析と並んで、スリネは、各訴権の実体法上の要件が充足される限り、訴権の行使は錯誤者たる買主の自由に委ねられるべきだという前記③の結論を、「裁判における自由」の基本構想に即して導いている。それは、より具体的には、手続法政策的 (politique judiciaire) および実体法政策的 (politique juridique) 理由によって基礎づけられるとされ、各々、次のように説かれている。

1 手続法政策的理由⁽⁷⁹⁴⁾ 訴権の選択可能性を否定する見解のように、「原告 (買主) は最も不利な訴権を行使しなければならない」と解することには理由はなく、自らに最も有利な訴権を自由に行行使することを認めて何ら不都合はない。むしろ、他の訴権の行使が可能であることを理由として買主の主張を封ずることは、買主にとっては不意打ちであり、相当でない。ただし、その反面、行使すべき訴権の選択を誤り、ことさらに自らに不利な訴権を選択した場合には、買主は不利益を被ることになる。⁽⁷⁹⁵⁾

条 2 項を除けば、数量不足の場合についても、履行の原始的な可否にかかわらず売主が履行責任を負わされていること、また、②物の性質に関して虚偽の言明を行った場合、売主が1645条によってサンクションされることから導かれるという。

(794) SERINET, *art. préc.* [note 736], n^{os} 56-58, pp. 815 et 816.

2 実体法政策的理由 他方、実体法政策的理由を支えるのは、法の一貫性の要請、および、契約の「成立」と「履行」の体系区分との整合性である。

(1) 法体系の一貫性⁽⁷⁹⁶⁾ 法体系の一貫性という観点からすれば、複数の法制度が存する場合には、一方の適用領域が肥大化し、他方の適用領域を浸食してこれを死文化することは望ましくない。しかし、法制度の不備⁽⁷⁹⁷⁾について当事者が責任を負う理由はないから、このこともまた、買主の権利行使の余地を狭める根拠にはならない。さらに、行使期間の点では錯誤が有利であり、この点で制度間の不整合がもたらされるとの批判もあるけれども、その反面、瑕疵担保責任のほうが、救済の柔軟性、証明の困難性および追完可能性の点では利便性に富んだ解決を提供しているから、一概に両訴権のいずれか一方が有利だということとはできない。そうである以上、競合を認めることが瑕疵担保責任の深刻な死文化を直ちにもたらすわけではない。

(2) 「成立」「履行」の区別⁽⁷⁹⁸⁾ 錯誤と瑕疵担保責任とは「錯誤」の存在する時点によって区別され得るから、成立と履行の関係を崩壊させることはない。もっとも、契約締結時と履行認容時に同一の錯誤が繰り返された場合には、成立と履行の区別を徹底させることもできない。この場合には、両訴権は、手続法上、主位的・予備的主張の關係に立つと解すべきである。

（四）小 括

以上は、スリネの議論を精査するには到底及ばないものである。けれども、この限られた検討によっても、彼の所説に次のような意義を見出すこ

(795) なお、この点については裁判官の再性質決定による救済があるものの、スリネは、これが奏功するかは疑わしいと述べる。

(796) SERINET, *art. préc.* [note 736], n^{os} 60-62, pp. 817 et 818.

(797) この点につき、野澤『民法学と消費者法学の軌跡』（前掲注(685)）116頁注(40)を参照。

(798) SERINET, *art. préc.* [note 736], n^{os} 63-66, pp. 818-820.

とはできるだろう。

まず、各制度の体系的位置づけに関する分析としては、基本的には、従前の分析が踏襲されていた。すなわち、スリネもまた、「成立」と「履行」によって錯誤と契約不履行とを類別したうえで、錯誤と瑕疵担保責任とを錯誤の存在時点によって区分し——ただし、両者が重複する余地を認める——、契約不履行と瑕疵担保責任とを履行認容の有無によって区別する。ただ、以上のような実体法の次元における整序に加えて、スリネは、実体法の体系構成を貫徹することを妨げる手続法的な制約をも視野に入れた考察を行う。彼の所説の最大の特徴はこの点に認められよう。これは、従来議論が往々にして実体法レベルでの体系の整序のみを関心の対象としてきたのに対し、新たな問題の所在を提示するものであり、判例と学説の歩調が合わなかった要因を考察するうえでも、興味深い視点だといえる。

また、効果論についても、彼は、錯誤の救済内容が「同意の瑕疵」たるその性格に由来して狭隘であるのに反し、債務不履行の場合には、諸種の調整的救済が認められているなど、多様な解決の可能性が含まれていると指摘した。これは、機能的考察を導く実質論を探究するうえで重要な観点だといえよう。

四 学説の到達点

1 以上の各学説の検討によれば、現時の解釈論の到達点は、次のように表すことができるだろう。すなわち、①錯誤・契約不履行・瑕疵担保責任の三訴権は、その規範内容においては明確に区別され得るから、理論的には各別の訴権として理解することができる。⁽⁷⁹⁹⁾②しかし、各訴権の適用領域に著しい重複が存するため、實際上、この区別を維持することは困難である。⁽⁸⁰⁰⁾そして、③その背景には、法体系上の整合性と裁判における主張方

(799) V. aussi GHESTIN, *Formation*, n° 482, p. 448 et 449 ; MALAURIE, AYNÈS et GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 284, pp. 179 et 180 texte et note 9.

(800) J. CHEVALLIER, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1964, RTDciv. 1965, p. 340 は、各訴権の区別は「詭弁」だとまでいう。

法の選択の自由という背馳する二つの要請が存在する。

一方は債務内容への取込み、他方は契約の無効と、実体法的な位置づけをまったく異にするにもかかわらず、各訴権が実際の適用において密接に関わらしめられてきた要因は、結局、両者の区別に関する明確な指標を提示する試みがいずれも十分な成功を取めなかったという消極的理由に求められよう。のみならず、買主の救済手段を多様化するという実践的な関心が高まるに及び、各訴権の区別に関するこうした曖昧さがいわば戦略的に活用されたことも、各訴権の適用領域を買主の救済に資する方向へと拡大させ、区別の指標をますます不明瞭なものとしたといえることができる。

2 以上のとおり、これまでの考察は、各訴権の区別が実際には困難であることを明らかにしこそすれ、各々の性格を積極的に解明するための知見を与えるものではない。しかし、こうした消極的な結論からも、次のような意味においてはなお重要性をもつ認識がもたらされ得るものと考えられる。

錯誤と契約不履行とを類別する基準は、各々の規範内容に即していえば、ある事項が債務内容を形成しているか否かに認めることができ、このこと自体にはまったく争いはない。それゆえ、ここでの問題は、いかなる場合に、ある事柄の実現が「債務内容を形成している」といえるかに取れんされる。この問いに対し、「その点は契約の解釈によって決せられる」という、内包の説明による答えを与えることは、決して誤りではない。けれども、契約解釈の結果が多様であり得ることを考えると、そうした説明は、往々にして実用法学的な有用性に乏しいものとなりかねない。そうであれば、ここではむしろ、債務内容への取込みの限界をなすいくつかの指標に即して、諸法理の適用領域の外延を説明することこそが試みられるべきであろう。⁽⁸⁰¹⁾

(801) なお、この文脈における「内包」「外延」の意義については、広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』（創文社、2006年）141-142頁に展開される信義則論を参照。

3 それでは、そのために、いかなる指標に着目することが有益であろうか。これまでの検討からは、さしあたって次の二つの事柄を指摘することができると思われる。

第一に、錯誤と契約不履行の適用領域を区別する明確な基準を「意思」ないし「合意」の態様に求め難かったためであろう、学説には、契約締結時における履行可能性に両訴権の適用領域を区別する指標を求めるものがみられた。これもまた、絶対的な指標とは解されないが、それが比較的多くの学説による支持を得ていたことは、これまでにみた諸議論を再構成するにあたって意識しておいてよいだろう。

第二に、モリーおよびゲスタンは、単なる認識と合意とを区別し、契約の実現を求め得るのは後者の場合に限られると説いた。こうした理解は、規範論理としては批判の余地のないものであろうが、しかし、このことは、「認識」という事実から直ちに合意の存在が認定され得る場合があることを否定するものではない。この点を考えるにあたっては、いささか文脈を異にする議論ではあるけれども、決定的な動機がいかにして契約の領域に取り込まれるかを考察した、ゲスタンの近著『約定のコースと契約の有効性』における議論が示唆を与える。錯誤論とコース論とでは議論の文脈は異なるけれども、契約の領域の確定という問題に関する限り、錯誤に妥当することがコースにも妥当すると述べられているから、これらを比較することには十分な理由がある。⁽⁸⁰²⁾

同書においてこの問題に取り組むにあたり、ゲスタンは、「主観的事実 (fait subjectif)」たる一方当事者の動機と、「より主観的でないもの (le moins subjectif)」としての契約との関わりには種々のものがあるとしたうえで、約定のコースを構成するのはそれが「約された対価」たる場合に限られ、単に動機の存在を知っているだけでは足りない^(802a)と説いている。この

(802) J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006. n° 188, p. 132.

(802a) GHESTIN, *op. cit.*, [note 802], n°s 151 et 152, pp. 112 et 113. V. aussi *id.*,

論旨は、契約内容との関連づけの仕方において、「認識」と「合意」との間には種々の段階づけを觀念し得るとする趣旨であるようにみえるが、こうした認識は、両者の実際上の区別可能性を疑問視してきた従前の彼の理解とは必ずしも整合しない⁽⁸⁰³⁾。しかし、いまはゲスタン説の変遷を詮索することは差し控え、次のことを確認するにとどめたい。すなわち、近著におけるゲスタンもまた、黙示の等の觀念を媒介させることによって、相手方の認識から直ちに合意の存在を帰結し得る場合のあることを否定してはいない⁽⁸⁰⁴⁾。また、そもそも彼が「認識」と「合意」との区別に腐心していること自体が、両者の不明瞭さを示しているともいえよう。そうであれば、各制度の外延を画するという関心からすると、ここでも、「単なる認識」という一方当事者の事情によって「契約的なもの (le contractuel)」が形成

Validité-Cause, in : Avant-projet de la réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Ministère de la justice, 2006, p. 38. 前者のモノグラフにおけるゲスタンの議論については、森田修「フランスにおける『契約のエコノミー』論の展開」法協127巻10号（2010年）134頁、特に203頁以下を参照。

- (803) ゲスタンが、そのテーズにおいて、性質が約されることが求められる理由を、「宥恕されざる錯誤」においても問題になり得る「約束を正当に信頼した相手方の不意打ちを避けるという配慮」という意味での信義誠実の要請に求めたことは、先に述べたとおりである。これに対し、近著においては、「契約による法的効果の創設を特徴づける手続、つまり意思の合致は、各々の当事者が追及する利益——法律は、それに契約の有効性をかからしめている——の決定に対しても、等しく適用されなければならない」（原文斜体）との論証がなされている（GHESTIN, *op. cit.* [note 802], n° 200, p. 138）。近著においても法的安全の要請が顧慮されていないわけではないが（*e.g., id.*, n° 199, p. 138）、性質が約されるということの意味は、上のような意味における信義誠実ではなく、契約という法概念のもつ構造そのものに求められているとみるのが正当であろう。以上のゆえに、ゲスタンは、近著においてはモリーの所説に高い評価を与えているのである（GHESTIN, *id.*, n° 190, p. 133）。近著におけるゲスタンの契約観については、森田修・前掲論文（注（802a））203頁以下が細密な考察を加えている（なお、同論文222頁注（50）の指摘にも注意）。
- (804) GHESTIN, *op. cit.* [note 802], n° 169, p. 120 ; n° 201, p. 139. 後者の箇所において、ゲスタンは、相手方の認識または相手方への明示的な通知は、それ自体としてはなお不十分であり、あくまで黙示的に約されたことが必要とされるという。

され得る場合があるか、もしそれがあるとすればいかなる場合かが問われなければならない。そして、この判断は、合意の解釈という枠組みにおいて行われるのであるが、前款にみたことによれば、それを指導するのが、情報提供義務論、一貫性原則等によって媒介される価値判断であると解されるのである。

以上の見地に立って、本款における考察を総合することにしよう。

小 括

本款においては、「契約締結過程の行為がいかにして契約内容の確定に影響を及ぼすか」という問題に対して新たに試みられている法的解決の基礎づけを検討したうえで、そこに提唱された解決の体系的な位置づけを考察した。以下に、前二款までに考察したことをも踏まえつつ本款の考察を要言し、第二節全体のまとめに代えることとする。

一 根拠および要件

契約内容への取込みを基礎づける根拠の核心部分が、①正当な信頼、②帰責性の二点に存することには争いが無い。以下、各々の要件に即して考察を加えよう。

1 正当な信頼 (1) 大多数の論者においては、相手方において契約締結過程の言明を現に信頼し、かつ、その内容が正当なものであること、という意味における「正当な信頼」が要件とされていた。広告書面の契約的効力に関してラバルトによって主張され、判例においてもしばしば繰り返されてきた「相手方の同意に影響を与えたこと」という定式も、結局はこれと同じ意味をもつものと解される。要するに、正当な信頼を要求する見解は、同意の形成に一定の影響を与えたことをもって契約内容形成の根拠と捉えているといえよう。

信頼の正当性がいかなる場合に認められるかにつき、具体的な定式を示す論者は少ない。しかし、これまでにみてきたところを総合すると、次のような判断が前提にされていたと解し得るように思われる。すなわち、広

告書面の契約的効力を承認する背景には、情報提供義務の観念が存するとの理解が行われていた。ところで、調査義務と情報提供義務とは表裏一体の関係にあると解されていたから、信頼の正当性が認められるか否か、つまり、調査義務を尽くしたか否かは、相手方が情報提供義務を尽くしたか否かと同じ問題をいわば裏からみたものだということができる。したがって、信頼の正当性は、相手方が情報提供義務を尽くしたか否かの判断に解消されることになる。

（2）以上とはまったく異なる議論を展開したのは、ウシエフであった。彼においては、一貫性原則は行為それ自体の矛盾をサンクションするものであるとの着想が徹底され、主観的態様は一切問題とされていなかった。これはいわば、第三者に害意がある場合に限って特に保護を享受し得ないとする解釈だといえることができ、一つの方向性を徹底したものとして興味深い。しかし、主観的態様を問題にすることがフランス法の伝統だからであろうか、他の論者からの支持を得てはいなかった。

2 帰責性 帰責性に関する各論者の立場は、三つに大別することができる。すなわち、①情報提供義務違反（ファーブル・マニャン、ダニス・ファトム）、②外観を意識的に作出したこと（カレ・オロワ、C. グリマルディ）、③矛盾行為（ウシエフ）である。しかし、ここで規制の対象とされる事実関係は、①不適切な情報提供（または情報提供の懈怠）によって、②相手方に誤解を生じさせるような外観を作り出し、しかも、③かかる外観と矛盾する条項が契約に挿入されていた、という一連の事態なのであるから、以上の立場は力点を異にするだけであって、同一の事態を異なる角度から評価しているにすぎないものと解される。

もっとも、これらを総称して「帰責性」と呼ぶとしても、その内実は必ずしも明らかではない。学説は、総じて、「正当な信頼の裏切りと評価され得る、信義誠実の観念に反する行為」といった程度の茫漠とした定式に

（805） 本章・注（370）〔本誌86巻2号（2011年）199頁〕を参照。

よってこれを捉えるにすぎなかった。とはいえ、少なくとも、C. グリマルディがフォートを「再導入する」と説くことから窺われるとおり、民事責任における帰責と質的な相違をもたないものとして把握されていたことは明らかである。そして、その背景には、「責任」の観念を媒介しつつ従前の私法理論においては実現し難い考量を取り込もうとする企図を看取することができたように思われる。それを法的に定式化したのが「衡平」であり、その内実は、第一節にみた契約形成原理としての「正当な信頼」の原理に相当するものとする。

二 判断枠組

以上の各要件を判断する際の具体的な枠組みとして、これまでにみた議論からは、三つの点を問題にすることができる。第一に、給付の実現可能性（またはこれに対する支配可能性）の有無によって、債務内容への取込みによるか同意の瑕疵によるかを区別する見解をどのように評価するか。第二に、契約締結の意思決定に与える影響力の程度をどのように把握するか。第三に、契約内容への取込みの主張はいずれの当事者からもなし得ると解するか。以下、順次考察する。

1 実現可能性の有無 (1) 学説の多数は、具体的な定式こそ異にするものの、何らかのかたちで給付目的の実現可能性を考慮し、目的物の属性という観点から契約内容への取込みの可否に絞りをかけてきた。その方向性としては、①給付結果の実現可能性を要求するもの（ファーブル・マニャン等）、②結果実現に対する支配可能性を要求するもの（ウシエフ）がみられる。また、判例との関係でも、不動産の環境に関する瑕疵につき、広告書面の契約的効力を承認した判決に対し、目的物そのものとはいい難い環境については同意の瑕疵によるのが論理的であると指摘されるなど、⁽⁸⁰⁶⁾

(806) 不動産取引につき、広告書面の契約的効力を認めた判決に対しては、むしろ同意の瑕疵の法理によって解決されるべきではないかとの指摘がなされていた。その際に主な理由として指摘されたのは、そこにおいては、目的物そのものではなく、外在的な環境が問題になっているため、同意の瑕疵によるほうが整合的であるとい

概ね同様の傾向が看取された。以上に対し、ダニス・ファトムは、信頼の正当性さえ認められるならば、給付の実現可能性ないしそれに対する支配可能性がない場合であっても、広告書面に契約的効力を認めることは差し支えないと主張している。

(2) 契約成立時における給付の実現可能性をどのように位置づけるかは、「目的 (objet)」の観念にも関わり得る難問であり、ここで直ちに結論を下すことはできない。しかし、その検討を留保してもなお、次の二点を指摘することはできよう。すなわち、第一に、ダニス・ファトムのような要件論を定立するとしても、給付の実現可能性を顧慮することがまったく不可能になるわけではない。というのは、客観的にみて給付の実現可能性が乏しい場合には、實際上、信頼の正当性が認められない事例も多いと考えられるからである。その意味でも、「意思」「信頼」の解釈といった主観性のみを基準とするのではなく、給付の実現可能性という客観的要素を取り込んで契約内容化の可否を考察するという枠組みには、解釈論的な有用性があるといえる。他方、第二に、錯誤の主張が給付の実現可能性の有無に左右されないことは疑いない。したがって、この限りでは、錯誤のほう要件面でのハードルは低いといえることができる。

2 意思決定への影響の大小 ファーブル・マニャンは、拘束力を生じる前提となる情報は、契約締結に一定の影響を及ぼすものとしてそれが考慮されていなければならず、かつそれで足りるとして、同意の瑕疵をな

う理論的説明であった（【7】【12】につき、F. STEINMETZ, D. 1980, p. 412 ; L. LEVENEUR, CCC. 1997, comm. 4, p. 11, p. 12)。

(807) この点につき、大村『20世紀フランス民法学から』（前掲注(627)）165頁は、従前の議論は給付の目的に現実性が存することを重視してきた（「物の力」）とされるが、近時の学説にはこうした伝統から離反する傾向（「物ばなれ」）も看取されると評している。「目的」の観念については、伝統的には給付目的物（より正確には、これを実現させる「給付」そのもの）として把握されてきたが、近時、これを契約によって保持される「利益」として把握しようとする傾向が有力化していることも、同様の傾向に属するとみられようか。

すと認められるほどに決定的な影響を与えたことを要しないと説く。⁽⁸⁰⁸⁾ラバルトもまた、「広告書面の内容が意思形成に寄与したこと」のみを要求しており、それが契約締結という意思決定にとってどれほど決定的なものであったか——当該事実が存しなければ契約を締結しなかったというほどに決定的であることを要するか——は問わない。さらに、具体的な主観的態様を問題とせず、ただ矛盾行為がありさえすれば足りるとするウシエフは、「一方当事者が契約の目的物の実質的性質について抱いた心理的表象と現実との不合致」はそもそも問われず、また、提供された情報の内容が目的物の本質的な性質に関わること、および、それが同意にとって決定的なものであることは、いずれも必要でないとする。

以上のとおり、いずれの論者も、広告書面に契約的効力が与えられるためには、同意の瑕疵と認められる程度に重大な影響を意思決定に与えることまでは要しないとする点で、意見の一致をみている。それゆえ、この限りでは、契約内容への取込みのほうが同意の瑕疵よりも要件が緩いということが出来る。

3 主張権者 契約内容への取り込みという解決は、多くの学説によって、買主に付与される救済手段の一つとして位置づけられてきた。たとえば、ファーブル・マニャンは、契約内容への取込みが問題になるのは受領者に有利な情報のみであると説く。⁽⁸⁰⁹⁾彼女によれば、契約の領域への取込みは一種の「サンクション」として説明されるから、その主張をなし得るのはサンクションによる利益を得るに相応しい者のみだと解されることになろう。サンクションとしての性格を強調するウシエフおよびC. グリマルディも、同様の立場に至り得るものと思われる。

もっとも、主張権者を一方に限定するという立場は、サンクションという性格を認めずに同意法理の枠内から説明することも不可能ではない。というのは、広告を行った者から広告書面の契約的効力を主張することが

(808) FABRE-MAGNAN, *th. préc.* [note 666], n° 663, p. 521.

(809) *Id.*, n° 680, p. 534.

「不意打ち条項の援用」になると解される限りでは、広告書面の契約的効力を主張し得るのは受領者に限られることになるからである。⁽⁸¹⁰⁾

4 要約 以上の議論を要約すれば、次のとおりである。

① 根拠・要件 契約締結過程の行為によって惹起された相手方の正当な信頼が契約内容へと取り込まれる根拠は、情報提供義務論におけると同様、契約締結の手続的過程においてフォートが犯されたことに求められる。

② 判断枠組 その要件は、上記のフォート、および、相手方の行為が給付内容に取り込まれると正当に信頼したことの二点を基軸とし、後者の判断においては給付の客観的実現可能性が特に重視される。

③ 効果・主張権者 主張し得る効果は、解除、損害賠償、履行請求（代物給付）である。また、契約内容への取込みを主張し得るのは、情報提供の相手方のみである。

三 体系的位置づけおよび機能的意義

契約締結過程における「正当な信頼」をいかにして契約内容に反映させるかにつき、学説は、情報提供義務違反に基づく契約の領域の拡張（ファーブル・マニャン）、先行行為の主張禁止（ウシエフ）、契約内容の強制（ダニス・ファトム）、「サンクション」としての契約内容化（C. グリマルディ）と、具体的な基礎づけの方法こそ異なるものの、いずれも一様に「真意」（1108条、1134条1項）および「両当事者の意思」（1156条）との乖離を強調し、債務内容への取込みをある種の「救済」と捉えてきた。

契約の基礎となる意思は「真意」であることを要するという観点〔第一節第一款第一項の小括、および第一節の中間小括を参照〕を堅守するときには、上の二つの解決は、いずれも、合意に基づく責任ではなく、「誤った表象を抱いた当事者を救済する法理」⁽⁸¹¹⁾たる性格を呈することになる。これ

(810) LABARTHE, *th. préc.* [note 665], n° 179 et s., pp. 120 et s.

(811) GHESTIN, *th. préc.* [note 739], n° 85, p. 101が、同意の瑕疵としての錯誤と *error communis*...との間には、「一定の利益を獲得するために、自らが被害者であ

は、もう一方の救済法理である錯誤との関係では、次のように位置づけられるだろう。すなわち、錯誤は、誤った表象を抱いたことを理由として、契約からの離脱という救済を与えるのに対し、債務内容への取込みは、誤った表象に即していわば契約内容を強制するという救済を与える、と。

このように、ともに「サンクション」として位置づけられる同意の瑕疵の諸法理を通じての契約の解消と、債務内容への取込みを通じての契約の実現とは、体系的には、各々が「成立」「履行」のいずれの段階に属するかによって区別される。しかし、実際の適用においては、両者の区別はきわめて曖昧であると解さざるを得ない。そしてまた、こうして適用領域の重複を広汎に認めるならば、両制度をそれぞれの機能において連続的に捉えるという着想が生じてくることも、奇異ではないように思われる。まさにゲスタンが述べたように、「実際上の問題の同一性が同一の解決を導くのは、自然である」と解されるからである。

フランス法考察の総括

フランス法の考察を閉じるにあたり、これまでに十分に述べ得なかった点を補ったうえで〔第一〕、議論の成果をまとめることとしたい〔第二〕。

第一 補論

はじめに、「正当な信頼」という原理そのものに関する現時の理解〔一〕、および、債務法改正の動向〔二〕に付言しておこう。

一 契約法における「正当な信頼」の原理

本論文は、フランス法の考察として、第一節において、同意法理の枠内においていかにして相手方の「正当な信頼」を汲み取るかを理論的な観点から考察するとともに、第二節において、おおよそ1990年代以降に至って

るところの錯誤を主張する」という共通性があると指摘するのも、この趣旨であろう。

体系的に論ぜられるに至った、情報の拘束力の法理、外観法理、「準約束」の理論等から、「正当な信頼」の観念をめぐる具体的な議論状況を探ってきた。けれども、これらの議論はいまだ発展の途上にあり、その全容は必ずしも明らかにされていない。そこで、フランス法の考察を締めくくるに際し、これら諸法理に通底していた「正当な信頼」の原理そのものに若干の考察を加え、いささかなりとも議論の全体像を見通すことができるような手がかりを求めてみたい。

「正当な信頼」の原理が論じられる背景に、フランス契約法全体の動きに対応する外発的要因と内発的要因とが存することは、既に述べたとおりである〔第一節第一款第三項第二および第二節第三款〕。すなわち、一方では欧州法の流れを受けて、正当な信頼の原理に対していかなる態度を採るかが問われており、他方では契約法の自律的な展開のもとに意思自律の原理の間直しが進められるなかで、正当な信頼の原理に対していかなる位置づけを与えるかが論じられている。以下では、それらの議論の様相に若干の整理を加えていこう。

1 欧州法との関係 (1) 欧州法の影響との関係で問題になるのは、正当な信頼の原理がフランス法においてこれまでどのように位置づけられてきたかである。この点については、正当な信頼の原理とフランス法との「乖離」を指摘する議論がまず目を惹く。先述のとおり、カレ・オロワは、「正当な期待」という観念がフランス法において次第に重要な位置を占めつつあり、これによってフランス法にも重要な変容が及んでいると指摘していた。⁽⁸¹²⁾これと同様の認識は、マゾーによっても共有されている。彼は、フランス法においては、伝統的に、「意思自律の原理」および「裁判官に対する不信」が根強かったために、これまで「正当な信頼」の観念が顧みられてはこなかったと分析するのである。⁽⁸¹³⁾

(812) CALAIS-AULOY, *art. préc.* [note 613], p. 181.

(813) MAZEAUD, *Confiance légitime...*, *préc.* [note 657], p. 363. さらに、P. LOKIEC, *Le droit des contrats et la protection des attentes*, D. 2007, Chron., p. 323

(2) しかし、こうした理解に対しては、ニュアンスを異にする指摘も存する。ここでは、エレヌ・オブリーの分析を採り上げよう⁽⁸¹⁴⁾。

オブリーは、契約成立段階の規律に関して、正当な信頼を重視すれば、契約による債務の発生を検討する際には、相手方において、意思の外観を合理的に信ずることができたかを審理しなければならないという。そして、この限りでは、たしかに、「フランス法の意味主義」は重大な変容を被らざるを得ないという。しかし、同時に彼女は、既にレヴィなどによって、「表示された意思」に対して正当な位置づけを与えなければならないとの主張が対置されてきたことに注意を促している。つまり、如上の状況においても、これまでのフランス法にまったく存在しなかった議論が移入されようとしているわけではないというのである。

これと同じことは、契約解釈についても当てはまる。たしかに、古典的な学説によれば、契約解釈においては「当事者の共通の意図」が探求されていた。しかし、実のところ、既に民法典それ自体、慣習に照らした客観的解釈準則を有するのみならず、解釈のもたらす結果の有用性に着目し、「疑わしきは債権者の利益に」といった目的論的な解釈方法をも規定している。消費法典まで視野を拡げれば、より直截に「正当な期待」という精神を具体化したとみられる規定もある⁽⁸¹⁵⁾。のみならず、判例も、「当事者の

も、「bonne foi」を除いてはフランス法においてこの種の問題が論じられることはなかったとして、フランス法の比較法的な特殊性を指摘している。

(814) H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, 2002, préf. A. GHOZI, n^{os} 326 et s., pp. 321 et s. (*id.*, *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime*, RIDC 3/2005, p. 647.

(815) 消費法典 L. 133-2条が指摘される (MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, n^o 772, p. 382も同旨)。本条は、「疑わしきは消費者の利益に」という解釈準則を定める。邦語での紹介・検討として、武川幸嗣「消費者法改正—不当条項および契約上の表示と解釈ならびに各種経済活動に関する1995年2月1日の法律第96号(立法紹介)—」日仏22号(1999年)287頁、後藤『法理論』(前掲注(672))142-143頁、上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』(日本評論社、2003年)178-179頁を参照。

企図する目的]、「取引の趣旨 (esprit)」、あるいは「合意の意味」を参酌し、構成的解釈 (interprétation constructive) や補充的契約解釈に及んできたのである。

(3) 以上の二つの分析は、一見したところ対蹠的である。しかし、次のような見方に立つならば、これら二つの分析を矛盾なく理解することもなお可能であるように思われる。すなわち、マゾーの認識がフランス法の主流に着目するのに対し、オブリーの認識は、いわばその伏流に着目したものだともみるならば、両者は、フランス法における「正当な信頼」の原理のもつ二つの側面を各々の視点から捉えたものと解され得よう。そして、このようにみると、契約締結過程の言明に契約的効力が認められる旨を明定したヨーロッパ契約法原則6：101条に対する「フランス法においても知られていないものではないが、フランスの実定法との間にはいくらか差異がある」との評価〔第一節第一款第三項**第二**〕も、「正当な信頼」という原理そのものに対する評価を反映したものにほかならないとの感を抱かせる。

本論文においては、レヴィによるその提唱にまで遡って、フランス契約法における「正当な信頼」の観念の展開の一面を追跡してきたのであるが、以上に述べた認識こそが、本論文の捉え得た「正当な信頼」の観念の現時点における姿ということになる。

2 契約法学の動向との関係 他方、正当な信頼の原理の抬頭と影響を与え合う関係にある契約法学の内発的動向としては、「新たな契約の危機」と評される諸潮流を指摘すべきであろう。⁽⁸¹⁶⁾ 正当な信頼の観念をもって、意思自律の原理に対する「批判原理」と位置づける傾向は、過去・現

(816) そのほか、消費法との関係も重要な問題である。先駆的議論として、D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, RTDcom. 1998, p. 95, not. n° 26, p. 111. 近時では、É. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, préf. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, n°s 1082 et s., pp. 457 et s.

在を問わず強くみられる。すなわち、意思自律の原理はもはや絶対視し得ないものであるとの立場から、これを補完・修正する指導原理として、「⁽⁸¹⁷⁾「衡平」、⁽⁸¹⁸⁾「有用性と正義」、⁽⁸¹⁹⁾「連帯」、⁽⁸¹⁹⁾「忠実性 (fidélité)」などを掲げ、正当な信頼の観念をその一環に位置づける傾向である。

以上の各構想は、それぞれの表象する契約像をいわば結晶化されたかたちで表明しているという点で、契約法全体の流れにおける各論者の立ち位置を示すことを可能にしている。この点は、原理論のもつ明確さゆえの利点といえることができるだろう。しかし、その反面、そこには、割切りの良さに必然的に付帯する限界も含まれているように思われる。さしあたり、次の三つの問題性を指摘することができよう。

第一に、意思自律の原理と正当な信頼の尊重とは、必ずしも矛盾しない。たとえば、エネスは、契約の拘束力の根拠として「協調 (alliance)」の観念を掲げて次のように説く。すなわち、彼によれば、契約とは、互いに異なりながらも協力し合わなければならない二つの利益の合致点である。ここに拘束力の根拠を見出すときには、約束は義務づける根拠は、そう欲したことではなく、他者が期待してよい徴憑を作ったことに求められる。そうであれば、「この観点からは、拘束力と責任とは、それほど異なるものではない」⁽⁸²⁰⁾というのである。

(817) 「実定法規範の厳格性を修正する正義」(CORNU, *Vocabulaire juridique*, v^o Équité, p. 367 et 368)。Ph. JACQUE, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, préf. Fr. CHABAS, n^{os} 28-29, pp. 49-64は、「衡平」の概念に関する近時の諸学説の理解を子細に跡づけている。

(818) MEKKI, *th. préc.* [note 664], n^o 1231, pp. 776-778。ただし、メキは、忠実性の原則を、①約束は守られるべし (*pacta sunt servanda*)、②正当な信頼の尊重、③矛盾行為禁止の三つの原則に具体化しており、この原則と意思自律の原理とを単純に対置しているわけではない。なお、メキの論文については、吉田克己「紹介・ムスタファ・メキ『一般利益と契約』」新世代法政策学研究 1号 (2009年) 91頁の紹介がある(「忠実性」という訳語は、同119頁のものである)。

(819) V. GRIMALDI, *th. préc.* [note 635], n^{os} 485 et s., pp. 233 et 234。

(820) L. AYNÈS, *À propos de la force obligatoire du contrat*, RDC 2003, p. 324。契約に関する基本観の一端を披瀝した論稿として、ローラン・エネス(平野裕之訳)

第二に、意思自律の原理と正当な信頼の原理のいずれを重視するか、ひいては、個人主義的な契約観と「社会化」された契約観のいずれを採用するかという契約に対する「まなざし」の対立は、「特に目新しいものではなく、大局的に見れば、繰り返し現れる2つの潮流であるということができ⁽⁸²¹⁾る」。そうであれば、こうした対立につき、いずれが妥当かというかたちで最終的な結論を下すことはそもそも不可能だというほかないだろう。それらは、いずれも超時的に存在し得る契約法観の発現であり、いずれか一方の見方に偏するならば、一面的との誹りを免れ得ないように思わ⁽⁸²²⁾れる。

そして、第三に、正当な信頼を重視するという観念が、今日、欧州法からの影響という相においても語られていることを看過してはならない。正当な信頼という原理に対していかなる態度決定をなすかは、いまや、フランス法内部における契約観・契約思想の対立の問題たるにとどまらず、欧州法とどのように対峙するかという、別の意味で高度に政治的な態度決定にも関わっているといえよう。

3 以上の各点が今日の契約法の全般的傾向と軌を一にすることは、同様の様相が債務法改正論議のなかに看取されることによっても裏書きされる。以下では、その状況に付言することにした。

二 債務法改正の動向

2004年以降、フランス契約法は、抜本的な改正に向けた議論の途上であり、その準備作業として、既に三つの草案が公表されている。すなわち、

「契約自由について」慶法3号（2005年）61頁をも参照。

(821) 森田宏樹「契約」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）308頁。

(822) 実際、連帯主義に対して向けられる批判が、時として第三共和制期にみられた「法の社会化」論に対するそれと同内容であることに注意すべきであろう（*v. e.g.* TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n° 42, p. 46）。

(823) 欧州法からの影響の一斑については、大村敦志『フランス法』（信山社、2010年）158頁以下をも参照。

カタラを中心とするグループによるもの⁽⁸²⁴⁾、司法省の主導によるもの⁽⁸²⁵⁾、そして、テレを中心とするグループによるもの⁽⁸²⁶⁾である。以下、本論の叙述を補い、これを来るべき展開へと方向づけるために、①各草案が「意思表示」という観念をどのように扱ったか、②契約締結過程の適正化の要請との関係で契約内容の確定をどのように位置づけているかの二点に触れておこう。

(一) 意思表示 (法律行為)⁽⁸²⁷⁾

1 民法典改正委員会の事業 意思表示に関する規定を民法典に設けるか否かに関する立法論議には、前史が存する。1945年に設立された民法典改正委員会においても、「法律行為に関する総則を設けるか否か」という議論が交わされたからである。

同委員長、ジュリオ・ドゥ・ラ・モランディエールの報告によれば、法律行為に関する総則を設けるか否かについては、委員会において長きにわたって議論の対立がみられた⁽⁸²⁸⁾。肯定論者が規律の体系性を主張したのに対し、反対論者は、これを定めれば規定の繰り返しと矛盾を犯すことが避け

(824) P. CATALA, *Avant-projet de la réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Ministère de la justice, 2006. (以下、草案部分の引用にあたっては *Projet CATALA* と略す)

(825) 本草案は、<http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet%20DACS%20modifi%C3%A9%20mai%202009-num%C3%A9rot%C3%A9.pdf> から参照することができる。(以下、*Projet Chancellerie* と略す)。

(826) F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009. (*Projet TERRÉ* と略す)

(827) 法律行為に関する総則を設けるか否かに関する立法事業の態度については、Cl. WITZ, *Contrat ou acte juridique ? in : TERRÉ (dir.), op. cit.* [note 826], pp. 61 et s. が概観を行っている。

(828) その概略については、エル・ウーアン (山本桂一訳) 「民法典改正委員会の事業」ジュリ81号 (1955年) 39頁を参照。

(829) L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux Ministre de la Justice, in : Avant-projet de Code civil, 1^{re} part., Livre prélim., Livre premier*, Sirey, 1955, pp. 26 et 27.

られないと主張した。結局、委員会においては、「若干の矛盾」を自覚し⁽⁸³⁰⁾つつ、「物及び物権」に関する第三編と「契約及び債務」に関する第五編との間に「法律行為及び法的事実 (Des actes juridiques et faits juridique)」と題する一編を設けるといふ、微温的な肯定案が採用されたのである。

同編には、法律行為の成立に関する規律が置かれ、「法律行為とは、権利を発生、変更又は消滅させることを目的とする一つ又は複数の意思の表示 (manifestation de volonté) である」(第一条)、「意思が存しなければ法律行為も存しない。法律の規定又は反対の約定がある場合を除くほか、行為の成立に関与するすべての者の意思が必要である」(第三条)とする規定などが設けられた。しかし、意思表示の解釈については、特段の規定は設けられていない。

２ 三草案 (1) 意思表示ないし法律行為に関する総則的な規定を設けようという着想は、2004年以降に企図されている立法事業においても承認されている。前記三草案の様相を概観しよう。

① まず、カタラ草案は、債務法に関する第三款の序節において、債務発生原因に関する三か条の規定を設ける。その冒頭、つまり債務法に関する諸規定の冒頭に配される1101条1項は、次のように定める。「債務は、法律行為又は法的事実から生じる」(同条2項は、第三の債務発生原因として「法律」を掲げる)。そのうえで、法律行為に関する諸概念を定義する1101-1条は、その1項において、「法律行為は、法的効力を生じさせることを目的とする意思に基づく行為 (acte de volonté) である」とする⁽⁸³¹⁾。

② 次いで、司法省草案をみると、債務法諸規定の冒頭に債務発生原因

(830) *Id.*, p. 26.

(831) *Id.*, p. 27.

(832) *Projet CATALA* [note 824], art. 1101, al. 1, p. 77.

(833) *Projet CATALA* [note 824], art. 1101-1, al. 1, p. 77. 同条2項以下は、契約(2項)、単独行為(3項)、合同行為(4項)に関する定義規定、単独行為および合同行為が契約と同様の規律に服する旨を確認する規定(5項)からなる。なお、1101-2条は (*id.*)、法的事実に関する定義規定である。

に関する規定を設けること、そこに法律行為、法的事実および法律という三類型を規定する点では、カタラ草案と同様の立場を採っている⁽⁸³⁴⁾ (1条)。第2条が法律行為に関する諸概念の定義に充てられることも同様であるが、その文言には若干の変化がみられる。というのは、「法律行為は、法的効力を生じさせることを目的とする意思表示 (manifestation de volonté) である」とされているからである。⁽⁸³⁵⁾

③ 最後に、テレ草案をみると、同草案は、債務発生原因を三分するという上記二草案の構想に与せず、債務発生原因としては、契約、不法行為、不当利得 (avantage indûment reçu d'autrui) および事務管理を規定する⁽⁸³⁷⁾。それに伴い、法律行為一般に関する定義規定も置かれていない。

(2) 以上の概観は、三草案の特徴を確言するにはまったく不十分なものである。けれども、次の二つ事柄に注目することはなお可能であり、また若干の有益な認識をもたらすと考える。

第一に、三草案においては、債務発生原因を分類する方法に相違がみられる。すなわち、カタラ草案および司法省草案が法律行為と法的事実という、いわば質料因に着目した分類を行うのに対し、テレ草案は、こうした上位概念の存在を承認しつつも、契約、不法行為等といった作用因レベルに着目した分類を行っている⁽⁸³⁸⁾。後者の構想は、類型の内容こそ異にするものの、債務発生原因を「契約・準契約・不法行為・準不法行為・法律」という五つの作用因に類別する現行民法典の立場と本質的には同様のものだといえよう。これに対し、前者の構想は、「意思に基づく行為」(カタラ草

(834) *Projet Chancellerie* [note 825], art. 1, p. 2.

(835) *Id.*, art. 2, p. 8.

(836) Ph. REMY, *Commentaire de l'article 1^{er}*, TERRÉ (dir.), *op. cit.* [note 826], pp. 111 et 112.

(837) *Projet TERRÉ* [note 826], art. 1, al. 1, p. 11

(838) 同草案12条は、「契約を除く法律行為は、その理由のある限度で、本章の規定によってこれを定める」として、契約に対し、法律行為という上位概念が存することを予定している (*id.*, p. 12)。

案)、「意思表示」(司法省草案)を中核とする法律要件をもって法律行為とする点で、意思(表示)概念に現行法典より大きな位置づけを与えたものといえる。こうした分類方法は、債務発生原因を重層的に類別する可能性を示唆するものであり、作用因たる諸種の債務発生原因に対する斉一的な見通しを与える視点として重要といえよう⁽⁸³⁹⁾。

第二に、債務発生原因を質料因レベルで二分したうえで、法律行為の本質を「意思表示」と定義するか否かについても態度の相違がみられる。カタラ草案と司法省草案を比較すると、司法省草案は、先行するカタラ草案の文言に——おそらくは意図的に——変更を加え、「意思表示」をもって法律行為の要素とすることを明確に文言化したことがわかる。もっとも、これとは逆に、カタラ草案が意思表示という概念を明文化することを自覚的に回避したのかは、定かではない⁽⁸⁴⁰⁾。上記箇所の起草に当たったのはカタラであるが、彼自身はこの点について明確なことを述べていないからである。

(3) 以上のような基本構想を前提に、各草案における「契約の解釈」に関する規律を比較してみよう。特に注目に値するのは、司法省草案124条2項およびテレ草案136条2項が、ともに「当事者の共通の意図を発見することができないときには、契約は、合理的な者であれば同じ状況の下で与えるであろう意味に従って解釈される」と定め、規範的解釈に相当する規律を置いていることである⁽⁸⁴¹⁾。同条はフランス法にとっては新しい規律であり、ウィッツはその意義を次のように説いている。当事者の共通の意

(839) この点の考察は他日に期するほかないが(その考察が必要であることについては、本論文の総括において若干の私見を述べる)、かかる観点からの研究として、CHÉNEDÉ, *th. préc.* [note 601], n° 397 et s., pp. 377 et s., not. n° 442, pp. 411 et 412が特記に値する。

(840) WITZ, *art. préc.* [note 827], p. 63は、カタラ草案の定義は、むしろ「意思表示」を掲げた前述の債務法改正委員会の提案を忍ばせるという。

(841) *Projet Chancellerie* [note 825], art. 152, al. 2, p. 21; *Projet TERRÉ*, art. 136, al. 2, p. 31.

図を発見することができないとき、「裁判官は、恣意的な結果に陥るリスクを犯して、純粹に主観的な仕方をもって当事者の仮定的意思の探究に専心しなければならないのであろうか。草案は、法の統一を目指す諸草案〔ヨーロッパ契約法原則等〕において表明されている解決を承認する……⁽⁸⁴²⁾」、と。

他方、これら二草案に反し、カタラ草案は、フランス法の内的発展に根ざした種々の提案を盛り込んでいるにもかかわらず、当事者の行為に関する解釈準則を設けてはいない。

3 考察 以上に概観したところからは、まず、契約を法律行為という上位概念によって把握するという考え方がフランス法にも広く浸透しており、立法論においては、20世紀以来、いわば本流としての地位を占めてきたことが窺われる。そして、こうした構想においては、半ば必然的に、法律行為のなかに含まれる契約、単独行為等の諸行為に、「意思（表示）」という共通の中核的要素を認めるという途が採られてきた。

しかし、「意思表示」という概念そのものに対する態度は、なお区々であったように思われる。司法省草案がこの概念を正面から採用し、規範的解釈をも取り込むことは、今日のフランス法に対する欧州契約法の強大な影響を思わせる。これに対し、カタラ草案は、結果として「意思表示」という文言の採用を避けており、また、これに符合するかのように相手方の立場からする解釈も採用しておらず、フランス法の伝統に親和的な立場を堅守したようにみえる。このような見方が成り立ち得るならば、意思表示の規範的解釈、ひいては「正当な信頼」の原理に対してどのように対峙するかという理論的課題は、そのまま、立法論上の課題をもなしている⁽⁸⁴³⁾とみることができよう。

(842) Cl. WITZ, *Effets, interprétation et qualification du contrat*, RDC. 1/2009, p. 330.

(843) この点については、本小括のほか、前節第一款第三項**第二**〔本誌86巻1号(2010年)155頁以下〕をも参照。

（二） 契約締結過程の規律

さて、以上に対し、契約締結過程の手続的適正性の確保という課題に関して注目すべき規律を提示したのは、テレ草案である。同草案は、契約締結過程の言明によって生じた誤信惹起行為に関する法的救済が正面から規定され、その救済として、①契約解消、②契約適合（l'adaptation du contrat）、および、③損害賠償の三つを用意したといわれる。ここで注目すべきは②であり、これに関するといわれる52条は次のように定める。⁽⁸⁴⁾「詐欺および強迫の場合を除き、相手方（cocontractant）は、無効訴訟において、被害者が契約締結当時に考えていた内容での契約の履行を提案することによって防御することができる。当事者間に合意が存しないときには、裁判官がこれを決定する」。

同条は、端的にいえば、相手方からのイニシアティブによって、錯誤の内容を基準とする契約の訂正を認めたものである。この点につき、これまでの議論との関係で注目したいのは次の二点である。第一に、これに「契約適合」という位置づけを与えるレミー・コルレー＝フヌイエの上記説明は、「適合」の基準を錯誤の内容に求める根拠を論じていない点で、なお不十分だと解される。第二に、錯誤無効については、履行の提供をもって抗弁することはできず、この点で錯誤と債務不履行解除とは法的取扱いを異にするというのが、両訴権の関係についての伝統的な理解であった。この見地からすれば、錯誤についてもこの抗弁を認め、両訴権の差異を相対化する——つまり、両者の関係を「適合」という相において捉える——テレ草案52条は、ある種の機能主義的把握に基礎を置くものと評することができるだろう。

第二 結論——フランス法の分析から導き出される視点

以上をもって、フランス法の考察を終える。最後に、その成果を要言し

(84) P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, *Le consentement*, in : TERRÉ (dir.), *op. cit.* [note 826] pp. 164 et s.

(85) *Projet TERRÉ* [note 826], art. 52, p. 17.

ておこう。

本論文の基本的視点は、「意思表示」の解釈が、「契約」の解釈によっては捕捉し得ない一定の役割を果たしているのではないかというものである。この視点から、本章においては、まず、フランスでは意思表示の解釈ではなく契約の解釈が論じられてきたという先行研究の認識を出発点として、このような理解を支持し得るかを検証し、次いで、意思表示の解釈に相当し得る規律がフランス法にも存することを示し、かつ、これを理論的・実際の側面から追跡した。本章の考察は、以上によって、近時のフランス法の動態の一つの側面を跡づけることを目指したものである。

ところで、その結果として、仮に本論文がフランス法の現状の一端を捉え得ていたとしても、フランス法において、意思表示の解釈に代わる役割を役割を果たしてきた諸々の議論の様相は、端的に意思表示の解釈を問題にしさえすれば足りるわが民法の観点からみると、錯綜した、あるいは比較法上の趨勢に逆らう迂遠なものと解されるかもしれない。けれども、翻ってみれば、そこには、「意思表示」の解釈がいかにか「契約」の解釈とは異なるか、それが「契約」の解釈との関係でどのような意味をもち得るかを再確認させることによって、わが国の議論の意義を対自化させ、また、それを構造化させるのに有用な視点が含まれていたように思われる。とりわけ、1990年前後を境として、わが国においては「意思表示」の解釈をめぐる議論が低調になったのに反し、フランス法においては、契約締結過程の手続的適正性の保障という実践的課題を担いつつ、これに相当する（と解される）議論が提起されたことは、両法における興味ある対比をなしていたといえよう。

以上の認識に立って、序論で設定されたフランス法考察の課題、すなわち、①日本法における規範的解釈による本来的解釈の補正という議論のもつ意味を法理・原理上の観点から比較検証する視座を得ること（理論上の問題）、および、②消費法の領域を対象に、実際上の問題解決において以上の法律構成に示すところの実益を明らかにすること（実際上の問題）の

二点に即して本章全体の結論を要約し、わが国の議論に益するであろう視点を示すこととしたい。

一 理論上の示唆

第一に、本論文では、同意法理および外観法理を二つの「契約形成原理」の発現と位置づけ、各々の構造を分析した。その結果、次のような理論的視角が得られた。

契約が形成される経路としては、①両当事者の真意によるもの（同意法理）と、②相手方の信頼に依拠したもの（外観法理等）とがある。本章第一節は、これらをそれぞれ「意思自律の原理」「正当な信頼の原理」と定式したのであるが、両者は、次の二つの点で異質の原理だということができる。

実体的な法的構造の相違。①は、当事者の「適法に形成された合意」として、直ちに契約（およびその内容）をなすのに対し、②は、債務発生原因の次元において「契約」と区別されるか、あるいは、内容確定の次元において「契約内容の強制」として「合意」と区別される。各当事者による「意思表示」という観念を独立に論じることの意義は、それによって②の規律を契約内容へと架橋させる可能性を生じさせる点にある。

裁判官の関与の仕方の相違。①においては、両当事者の合意たる「契約」の内容は、両当事者の交わした行為＝証書が何を定めているかを出発点として確定されるのに対し、②においては、契約（書）を離脱し、契約書面の外側にある事情に対して「契約の領域」が開かれることによって、契約締結過程——それは、契約そのものとは異質なものと捉えられる——において一方当事者が抱いた信頼が契約内容へと取り込まれる。

二 実際上の示唆

第二に、以上のように二つの契約（内容）形成原理を区別することによって、次のような実際の帰結がもたらされる。

上記②による契約内容形成は、「契約内容の確定」のための原理であるとともに、契約締結過程において、不適切な表示を行い、あるいは適切な

表示を怠ったことによって相手方の信頼を裏切ったことにつき、「契約の領域への取込み」「給付義務の承認」というかたちで「サンクション」を課するという機能をもつ。のみならず、真意によらずして契約に拘束されるリスクを負わされた局面において与えられる「救済」という性格を有する点で、それは、理論的にも、同意の瑕疵に関する諸法理と連続性を有する。その意味において、情報提供義務論等、契約締結過程の適正性の保障に向けられた諸規律と共通の性格をもつものと理解することができる。

以上の視点がいかなる意味をもつかを、わが国における解釈論に即して考察することが、次章の課題となる。

以下に、本稿において参照した条文を一括して掲記する（前号までに既に参照したものは再掲しない）。なお、時効に関連する条文の翻訳にあたっては、金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言 別冊 NBL 122号』（商事法務、2008年）による翻訳を参照した。

【フランス民法典】

1159条

不明瞭なものは、契約が締結された地方において慣行とされるものに従って解釈する。

1162条

疑わしい場合には、合意は約定をなした者に対して不利に、また、債務を約した者の利益に解釈する。

1184条

- (1) 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。
- (2) 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。
- (3) 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。

1304条 1 項

合意の無効訴権又は取消訴権は、それが特別の法律によってさらに短縮されていないあらゆる場合において、5年間存続する。

1315条

- (1) 債務の履行を要求する者は、債務を証明しなければならない。
- (2) 同様に、解放を主張する者は、弁済又は債務の消滅をもたらした事由を証明しなければならない。

1371条

準契約とは、あるいは第三者に対する約定を生じさせ、時には当事者間における相互的な約定を生じさせる、人の純粋に意思的な行為をいう。

1583条

売買は、その物及び価格について合意がなされたときには、物がいまだ引き渡されず、又は、価格がいまだ支払われていなくても、当事者間においては完全であり、買主は売主に対する関係では当然に所有権を取得する。

1599条

他人の物の売買は無効である。買主において、その目的物が他人に属することを知らなかったときは、損害賠償義務を生じる。

1604条

引渡しとは、買主に対して売買の目的物の支配に移し、かつ、その占有を移転することをいう。

1641条

売買の目的物に隠れた瑕疵があることによってその物の予定された使用に適しないものとなったとき、又は、買主がそれを知っていたならばその目的物を買わず、若しくはより少ない代金しか与えなかったであろうほどにその使用を損なうときは、買主はその瑕疵を理由とする担保責任を負う。

1648条1項

売買の解除を為し得る瑕疵に基づく訴えは、その解除を為し得る瑕疵の性質及び売買がなされた地の慣習に従い、瑕疵を知った時から2年以内に買主がこれを行行使することを要する。

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。

2224条

人的訴権又は動産に関する物的訴権は、権利者がその権利の行使を可能とする事実を知り又は知るべきであった時から、5年で時効にかかる。

【ドイツ民法典】

661a条（本条の翻訳は、ハインリッヒ・デルナー（平田健治訳）「当選通知の責任—ドイツ民法661a条」の国内法上と国際法上の諸脚面—」阪法53巻5号（2004年）におおむね従ったものである。）

事業者は、当選約束又はこれと同種の通知を消費者に対して送付し、この送付の形態を通じて、その消費者に当選したという印象を惹き起こした場合には、消費者に対してその賞を給付しなければならない。