
論 説

フランス契約法における 各種契約の一般理論の形成と展開 (3・完)

——非典型契約論の考察に向けた予備作業——

都 筑 満 雄

一 はじめに

- 1 本稿の目的
- 2 我が国の議論への対応
- 3 考察の射程

二 問題状況

- 1 問題の由来
- 2 解釈の方向性と新たな視座

三 各種契約の一般理論の形成に関する議論

- 1 概 説
- 2 具 体 例
- 3 各種契約の一般理論に関する諸見解

4 小 括

(以上, 36 卷 1 号)

四 各種契約の一般理論の形成が及ぼす影響

- 1 緒 論
- 2 性質決定論に及ぼす影響
- 3 契約の分類論からのアプローチ
- 4 各種契約の一般理論の形成が及ぼす, 契約の一般理論と
各種契約の法との関係への影響 (以上, 前号)
- 5 近時における一般法と特別法の関係に関する議論
- 6 類推適用の正当性

五 考 察

- 1 総 括
- 2 我が国の非典型契約論への示唆
- 3 今後の課題

(以上, 本号)

四 各種契約の一般理論の形成が及ぼす影響

[承前]

5 近時における一般法と特別法に関する議論

(1) 既に4において検討した Ch. Goldie-Genicon の見解のように近時とりわけ契約法の分野においては一般法の再生が説かれ、そして各種契約の一般理論の構築もこの再生に資し、その一部をなすものと見ることができた。しかしこうした特別法の増加を背景とした一般法と特別法との関係を問い直す試みは契約法に限られるわけではなく、法の全分野にわたるものである。そこで以下においては、より一般的に一般法と特別法との関係について考察する近時の学説をいくつか検討し、今日における一般法と特別法の区分の意義、すなわち一般法の意義を明らかにし、各種契約の一般理論の形成を含む契約法における一般法の再生の試みを概観する。

まずその前提として両法の関係についての一般的な理解を確認しておこう。この一般法と特別法との関係についてこれを主題的に扱った文献として、近時における法の細分化が強く問題視される以前に著された R. Cassin の論稿によれば、一般法と特別法との関係はおおむね次のようにまとめられる¹⁾。すなわち伝統的に特別法とは特定の場合に一般法に反する特別の規律をなすものであり、特別法とされるためにはその適用領域が限定されていることのみでもって十分であり、またある特別法は他の法との関係では一般法とされうようにこの概念は相対的なものである。そして特別法の適用領域においては一般法は排除されることになり、こうした特別法が現代法において主要な地位を占めていることはすべての法律家の認めるところである²⁾。そのうえで、このように一般法の例外をなしている特別法は、一般法が非常に広範囲に適用されるのに対して、限定解釈の原則によりその適用領域が限定され、また頻繁な改正等により短命でもある³⁾。他方で特別法が一般法に

組み入れられ昇格することなどによって特別法が一般法を創造し、これによって一般法が修正されるという事態も生じうる⁴⁾。

(2) ところで、既に契約法において見たような法規範の細分化と特種化は法分野全体にわたるものである。すなわち、ある法分野が細分化され、これによって法典が増加し、これらがさらに特種化され、また絶えずこれらの境界に関する争いを生じさせている。学説はこうしてできた特別法についてその独立性如何を延々と問い、そしてここではこうした特別法の独立性の希求によって必然的に侵害される一般法とその威光とが問われることになるのである⁵⁾。また 20 世紀の終わりには既存の諸法令を集成する形で多くの現代型の法典が編纂されたが⁶⁾、このような法典化にもこうした特種化の動きは現れている⁷⁾。法典化は望むと望まざるとにかかわらずある法の分野の存在とその独自性を認めるものであり、この法典化された分野に一定の独立性を与える効果を必然的に有しているのである⁸⁾。このような事態を背景にして、今日の一般法と特別法との関係は論じられるのである。

そこでまず、この高まる特別法の独立性の是非を検討し、一般法と特別法の区分そして一般法の意義を明らかにする F. Grua の見解を紹介する⁹⁾。Grua は、規範の集合体が増え続ける法全体を区分する仕方として、対象や機能ごとにつまり法を分野ごとに区分する方法と法をその一般性および抽象性のレベルの異なる層によって区分する方法とがあり、このうち後者に対応するのが一般法と特別法の区別であるとする。そしていかなる事柄も特別な規範だけでは解決しえず、常に一般的な規範によって埋められるべき隙間があり、それゆえに一般法によることは不可欠であり、一般法は各個別の分野における一定の支配を維持しているとする¹⁰⁾。そのうえで法分野の独立性について以下のようにいう¹¹⁾。まずこの独立性をその内部の論理により他の法から生じた規範を免れうることを説明する概念であるとし、言葉に他の分野とは異なる意味を与えられているだけでは、例えば同じ分野でもこれは異なりうるなどのゆえに、その法分野の独立性を意味しないとする¹²⁾。次にそれが規律対象とする活動の特殊性もその分野に独立性を与えるのに十分

ではない。このような特殊性は一般法に対する例外がどのようなものであるのかを説明することはできてもその存在自体を説明することはできない。ある規律がある分野で不適切であっても直ちにそれが法源の一部をなさないこととなるのには不十分である。逆説的ながら法律は悪しきものと感じられたときに、すなわち現状にそぐわないときにこそその拘束力を主張する必要があるのである。しかしそれでもしばしば裁判官は例外となる規範を作り出す。これに対し、裁判官のこうした行為はある規範の不適用をたやすく認めることでこれにより生じた空白を埋めることがしばしば困難になることで制約される。こうした空白のおそれこそが裁判官の逸脱に対する最良の砦となりうるのである¹³⁾。さらに、様々な例外は法が全体として一貫しているとの希望を打ち砕くものであるが、少なくとも法分野の独立性は各分野内部での一貫性を認めるものである。そのうえで法全体はこれらの集合体の総和であるとの考え方に対して次のように反論する。まずこうした集合体は対象が共通であることなどによってはこれを統合するのに不十分であり、法全体同様不均質である。次にこうした見解はある法分野が異なる規律を有することの根拠をその対象やその領域に求めるものであるが、法はこうした領域だけでなく層によっても、つまり一般性と抽象性の程度の相違によっても区分され、相違は領域よりもむしろこの層の違いに由来するものである。もっとも、一般的抽象的な法と裁判官の扱う具体的な事件との間にはその段階を異にする規範があり、この一連の規範においては次第に具体的になる状況に規範が合わせられていく。そしてこうした相違が蓄積されることはカオスを想起させるが、法がこうした相違を有することは必要なことであり、受け入れなければならない。ますます細分化された特別な法の総和ではすべてを覆うことはできず、最も抽象的な法は、常に少なくともこれらによつてはカバーされない部分について有用性を失うことはないのである¹⁴⁾。加えてこうした法を独立した法の総和とする考え方によれば、各法領域の間でその境界をめぐる問題が無限に生じ、また紛争の解決のためにはこれらを組み合わせる必要があるため、その組み合わせに由来する問題が増加し、このように観念

される法は存続しえないのである¹⁵⁾。以上のように Grua は独立した法の総和との法のとらえ方に反対し、これにより法の区分としての一般法と特別法の区別の意義を明らかにし、その中で一般法の意義としてとりわけ法の空白を埋める意義を強調し、また一般法と特別法による区分の方が領域によるそれよりもより本質的なものであると主張するのである。

次にこの一般法の意義についてさらにこれを明確にするため、F. Pollaud-Dulian の次のような見解を簡単に紹介する¹⁶⁾。Pollaud-Dulian は一般法の意義について、これが果たす次の機能を挙げる。すなわち第一に、どこでも利用可能な原則を提示し、基本となる技術を作り出す一般法には、これによることで例えばある特別法の分析から正しいと考えられる解決を正当化しうるなど説明的な機能を果たす。第二に、一般法によることで、各分野に独自性は必要だとしても、法の一定の一貫性や単一性が確保される。第三に、一般法の承認はいわゆる法的空白を排除する本質的な有用性を有する。第四に、一般法は法の創造や適応また新しい技術の確立において特別な役割を果たす¹⁷⁾。そして一般法は法の各分野を補完し、超える役目を果たすものであるが、法の統一化や画一化の手段をなすものではない。多様性を消すただ一つの法があるわけではなく、一般法によれば多様性の中に一貫性をもたらしうるのであり、またこのことがその有用性の限界を示している¹⁸⁾。このように Pollaud-Dulian は一般法の意義を明らかにしている。

(3) 以上のように今日までの高まる特別法の独立性の主張にもかかわらず、一般法と特別法の区分が本質的なものであり、また一般法は如上の意義を有していたわけであるが、こうした特別法の独立性如何の問題に加えて、とりわけ今日においては次のような一般法と特別法との錯綜も問題にされている¹⁹⁾。この点について D. Mazeaud は次のような見解を示している²⁰⁾。すなわち我々の今日の法は一般法と特別法を分かつ境界の流動性とさらには両者の混線によって特徴づけられ、こうして一般法と特別法との重なり合い、交錯が生じ、重要な両者の区別の存在が否定されるのでなければ、区別の基準と境界が問われることになる²¹⁾。そして Mazeaud はこうした一般法と特

別法との交錯の事象として以下を挙げている。まず一般法と特別法とが共存している場合がある。これには一方で、例えば損害賠償法の分野における被害者への賠償を強化する特別法の行き過ぎに抗するために、または反対に被害者の権利を制約する特別法を抑えるために一般法を利用するというように、一般法が特別法に抵抗する場合がある。他方で、例えばある特別法だけでは不完全なゆえに十全な規律のためには一般法によることが必要になる、または特別法があまりに機械的に適用されることで生ずる逸脱を避けるために一般法が利用されることがあるというように、特別法が一般法によって（またはその反対も）補完される場合がある²²⁾。次に実定法の多くの規律が一般法と特別法というラベルにもかかわらず類似し、両規律群の間に思考の類似性が見られ、特に債務法において次のように両法が収斂する事象が見出される。このうち一方で、特に民事責任法においてとりわけ契約責任（特別法）と不法行為責任（一般法）との境界がなくなり、契約当事者か第三者かを問わずにすべての被害者を単一の賠償制度に服させるという傾向が生じており、ここには構造における両法の収斂が見出される。他方で次のような両法の内実における多くの収斂も見出すことができる。これは特に契約法において弱い一方当事者を契約の締結や解消に由来するリスクや不当条項などによる不均衡から保護するという共通の要請に由来するものであり、とりわけ契約の一般法たる民法と特別法たる消費者法との間において、消費者法がその適用領域を超えて消費者保護の手法を広め、反対に契約法に由来する保護のための規律が消費者法にも移植されるという両規範群の混交に見出される²³⁾。Mazeud は、以上のような債務法における一般法と特別法との重要な収斂から、法へのアクセスと分かりやすさを損なうこのように複数の法典に同一の規律が散在することへの反省が生まれ、そしてこうした収斂を構造の見直しつまり債務法における再法典化の動きによって承認しようとの考え方が生じているとし、この再法典化はこうした収斂の動きの具体的な現れであり、これに由来する規範の混合の反映であるとする。そして契約法については、この再法典化の中心となる考え方の一つが、一般法に属するものは一般法に

返すというものであり、これは具体的には消費法典や商法典に存在する一定の規律を民法典に再統合するという形をとる。こうした再法典化を正当化する目的は法へのアクセスと分かりやすさという憲法的な価値を有する要請に結びつく²⁴⁾。また同様のことは損害賠償法にも当てはまるとする²⁵⁾。以上のように Mazeaud の見解は、今日における一般法と特別法との交錯、とりわけ両法の収斂の事象をふまえて、特に契約法について法典へのアクセスのしやすさと分かりやすさという重要な価値のために、一般法に属するものは一般法に戻すという形での再法典化によりこれを承認しようというものであり、債務法における再法典化を通じての一般法の再生を志向するものといえよう。

(4) 以上のフランスにおける近時の一般法と特別法との関係に関する学説の検討は次のようにまとめられよう。フランスにおいては、契約法のみならず法全体において法の細分化特種化が生じ、法分野の細分化、その法典化、特種化により、各分野の独立性が主張され、伝統的な一般法と特別法の区分が問われるに至っていた。しかしこうした各法分野の独立性を認め、法全体を独立した法の総和とする考え方は、法分野の独立性を根拠づけるのに十分ではなく、一般法の法の空白を埋めるとの役割によって制約され、また規律の相違はこうした分野の違いよりもむしろ一般性抽象性の程度のそれによるなどとして否定され、なお一般法と特別法の区分の意義が認められていた。そして一般法の意義について、法に一貫性を与え法の空白を埋める等の役割が認められ、法の統一化をなすものではなくとも多様性の中に一貫性をもたらすものとされていた。また近時においては、特に債務法の分野において一般法と特別法が交錯し、とりわけ両法が収斂する事象も見られたところ、こうした事象を、一般法に属するものは一般法に戻すとの指針のもとに、再法典化により承認すべしとの見解も説かれ、債務法における再法典化を通じた一般法の再生の志向も見られたのである。したがって、以上のような全法分野にわたる法の細分化特種化およびそれによる各法分野の独立性の志向の中での一般法の意義の再確認と、特に債務法における再法典化を通じ

てのその再生の試みとによって、如上の契約法における一般法の再生の試みは基礎づけられるのである。

そして特別法の概念は相対的であり、最も一般的抽象的な規範を頂点として段階的に具体化する規範が層をなしている中で、いうまでもなく各種契約の一般理論も各種契約の法との関係では一般法をなし、同規範は既存の各種契約のカテゴリーには含まれないが、その射程に入る契約を規律しうる点で一般法の法の空白を埋めるという機能を果たし（もちろんより上位の規範もこの機能を果たしうるが、より抽象的である分、規律が具体的妥当性を欠くことになる）、かつ各契約カテゴリーの本質に基づくものを除き規律を収斂することで法に一貫性が与えられ、ある契約をいずれの契約と性質決定するかによって不当な相違が生ずることが回避されることになる。したがって今日における各種契約の一般理論も上記の一般法としての意義を有し、その形成も一般法の全法分野にわたる再生に加わるものであるといえる。

6 類推適用の正当性

(1) 最後に各種契約の一般理論の形成のその手法に注目する。既述のように、判例その他における様々な局面での契約をまたいだ中間理論の形成においては、複数の契約で同じ解決がなされるに際しいくつかの手法の存在が認められており、なかでも類推の手法は複数の論者がこれにふれている²⁶⁾。

このうちP. Puigはこうした手法について比較的詳細な記述をしている²⁷⁾。まず、ある契約に関する主として民法典のルールが一般法となるには至らなくても他の契約にも及んでいると見うる場合に、こうした共通法の形成に用いられてきた手法として模倣 (imitation) と類推 (analogie) が挙げられる。このうち模倣はある契約において採用されている規律を踏まえて他の契約においても、その規律の適用によるのではなく、解釈により同様の規律が行われることをいい、一部において採用されている解決を一般化するための方法の一つである²⁸⁾。これに対し、こうした模倣により二つの同様のルールを作

り出すよりもより単純で一貫性をもたらしうる手法が、ある契約の規定を他の契約にも類推適用することで単一の制度による類推の手法である。ここでは制度適用は性質決定に由来せず、この作業の安心感のある厳格さとの関係が断たれるがゆえに、類推は一般に警戒感を持たれている。それでも中間理論の形成に最適な手段である限りは、堂々と現れることになるであろうし、いずれにせよこの手法によって今後もこうした共通法が現れることになるであろう²⁹⁾。そしてこの類推による推論の適用は無名契約においても有名契約の間においても見出され、この手法は混合的な性質決定の失敗や従物理論による変性的な単純化をつくろう最良の手段である³⁰⁾。こうした契約間の類推の発展は新たな共通法を引き出すことで契約カテゴリーの隔壁の除去を進め、契約規範の散逸のリスクを限定することになるのである³¹⁾。以上のように Puig は、各種契約の一般理論の形成とこれらの複雑な無名契約の規律のための活用とを説く中で、同中間理論の形成においてこの類推適用の手法が、その頻用への警戒感を踏まえながらも、そのための最適な手法であり、今後も最も用いられ続けていくであろうことを予測している。

(2) それではこのように各種契約の一般理論の形成の第一の手段である類推適用が今後もますます行われることに問題はないであろうか。そこで以下においてはこの類推適用の意義とその正当化についてのフランスの民法学における代表的な見解をごく簡単に検討し、その参考としたい。

まずこの類推適用の意義等について、フランスの民法の代表的な教科書類の中でも G. Cornu の教科書によれば³²⁾、類推とはある場合について表明されている規範を明示の解決が与えられていない類似すると認められる他の場合に拡張するという比較の知的な操作であり、立法理由に鑑みて行われる比較である類推は解釈の限界に位置する。こうした類推は法律自体が類推による法的推論を認めている場合もあるが、理性のみによって導かれた類推適用は貴重である。そして類推は進歩の元であり、立法を節約する要素であり、法律をその存在理由に忠実なままに修正することなく適合することを可能にするものである。しかし実際に裁判所により類推による法的推論が使用され

る場合は非常に稀であり、類推に魂を吹き込むことが望ましいとする。ところでこうした破毀院の消極姿勢の原因について、J. Carbonnier は次のようにいう³³⁾。民法において類推を思いとどまらせるものは何もなく、それは不可欠なものでさえありうる。しかしそれでも類推がおそれを抱かせるのはそれが刑法の領域で残した痛ましい思い出による。19世紀の初頭からヨーロッパの大半の国においては、刑事裁判においては類推によることが禁じられていた。罪刑法定主義の論理的な帰結である。しかしその後1917年にロシアで、続いて1933年にドイツで全体主義が権力を奪い、類推は彼らの刑事哲学の一部をなした。ここでいかにしてこの単なる解釈技術と思われていたものが慈悲のない政治的弾圧の道具となったかを知らぬ者はないし、そしてこの類推にのしかかり続けている不運が無垢の民法の領域においてこれを再開したいという願望を思いとどまらせているのである。

(3) 以上を踏まえて、類推に関する論文の中でも最も引用される代表的な G. Cornu の論文を検討する³⁴⁾。Cornu は主として家族法を題材にして類推の意義とその正当化について検討をし、これにより類推が多くの者に生じさせるためらいが和らげられ、また発想の源として深く根をおろしていることが示されるとする³⁵⁾。

まずその意義等について次のように述べる。一方で解釈による類推について、法分野の中には刑法のように罪刑法定主義により類推適用が禁じられる場合もあるが、こうした例外を除いて類推は法分野全体で行われ、原則としての価値を有している。また類推は社会の発展に合わせて法の欠缺を埋める役割を果たし、既存の法に新しいものを統合することでこれを適合させる。あらゆる近い規律の間には衡平の論理が働いているのである。しかしこうした帰結は知的な操作を介してのみ導かれる。類推適用は規範の直接的な適用ではなく、ある規律から原則を導き出す帰納とこの原則から新しい帰結を引き出す演繹とから成る。類推が解釈である限りは、この帰納は、この規範の拡張が基礎のない自由な学説の行為であり、解釈による解決であり、法律によらない思考の自立的な飛躍であるという特徴を示している³⁶⁾。他方で

類推には法律によるもの、すなわち法律に類推適用が規定されている場合もある。典型的には例えば、民法典 509 条は保佐が成年者の後見と同一の仕方
で開始され、終了すると定め、また同 1578 条 2 項は、後得財産分配参加制
の清算に相続財産および共通財産の裁判上の分割のための規則を理由がある
限りで適用すると定めている。そしてこのような類推は法規範の型を規格化
してその数を減らし、法文そして法を節約するという機能を果たしているの
であり、また同時に法に一貫性をもたらしめているのである³⁷⁾。

次にその正当化について以下のように述べる。法律による場合も解釈による
場合も類推を正当化する根拠は衡平に存する。衡平は理由 (raison) の同一
性を要件に、同じものは同様に扱うべしと命ずるのである。そしてこの法規
範の拡張を支える理由はこの規範の理由そのものである。なおこの理由を歴
史的な立法者意思と限定的に理解してしまうと類推はあまりにも狭いもの
になってしまう。法規範の理由はより広く立法者意思だけでなく法律の目標や
目的などにも存するため、立法者意思のみによるものではない³⁸⁾。しかし類
推を正当化する理由は規範から帰納される原則にのみ存するわけではない。
理由は、理論的な理由つまり引き出される上位の原則だけでなく、実際のな
理由つまり類似する状況の存在でもあり、規範の各々の場面での適用を正当
化する。理由の同一性は引き出された共通の原則から各々の適用に下ること
で初めて実現されるのである。そしてそれぞれの適用の対応性は各場面の類
似性に立脚しているのである。こうした類推適用により同じ規範が適用され
る各場面の類似性をそれらの性質の同一性に還元することも考えられる。し
かし多くの場合、類推を正当化する理由は実際には状況の類似性のみ
に立脚している。例えば婚姻の無効と裁判所による準正は親権の行使方法につ
いて離婚によっているが、これは単に家庭の状況が同じであるとの理由による
ものである。ここには制度の性質の同一性はなく、類似に扱われるべき類似
した法的状況が存在するだけである³⁹⁾。

ところでこの類推は想像のように自由になされるものであり、創意に富む
直感的なものである。そして重要なのは、この繊細な類推は特に選択的なも

のであることを理解することである。類推とはひらめきによって幾多の違いの中から決定的な妥当な共通点を浮かび上がらせることであり、決定的な一致を際立たせるものなのである。またこの類推適用が判例において頻繁には行われないことは驚くに値しない。改正によってその多くが法律に統合されて埋めるべき隙間が減少したからである。学説上の類推は法的なものとなりうるのであり、法的な類推は解釈によるそれを減少させる機能を有している。しかしそれでも類推は解釈による矯正機能を有していることを否定することはできない⁴⁰⁾。

(4) 以上の検討を次のようにまとめることができる。まず Puig によれば、共通法の形成に用いられてきた手法である模倣と類推適用のうち後者の方がより単純で一貫性をもたらしうる手法であり、各種契約の一般理論の形成に最も適した方法であった。

この類推適用の意義について、Cornu によれば、一方で解釈による類推は帰納と演繹とから成り、法原則としての価値を有し、社会の発展に合わせて法の欠缺を埋め、また法をこれに適合させる機能を果たし、他方で法律による類推は法を節約し、その一貫性を保つ機能を果たしていた。そして既述の様々な場面での各種契約の一般理論の形成は、その多くが判例により解釈による類推の手法によって行われていたうえに、民法典 1792 条の 1 のように法律による類推の手法によっても行われていた。続いて類推の正当化について、いずれの類推についてもその正当性は同じものは同様に扱うべしとの衡平の観念に求められ、これは理由の同一性を要件としていた。そしてこの理由は拡張される規範の理由であり、これはより広く法律の目的などに見出された。加えて理由は理論的な理由つまりこのような規範から帰納される原則だけでなく、実際的な理由つまり類似する状況の实在でもあった。ここではそれぞれの適用の対応性は各場面の類似性に立脚していた。そしてこうした類似性は各場面に性質の類似性が存在する場合だけでなく、状況の類似性が存在する場合にも認められていた⁴¹⁾。

ところで類推は以上のような意義を有していたにもかかわらずとりわけ解

釈によるそれについて裁判所はこれを用いることに慎重であった。この原因の少なくとも一部は、Carbonnierが指摘したように、かつてこれが刑法の分野において濫用されたという歴史的な理由によろうが、それだけではなく、特に解釈による類推については、法律によらない学説による自由な解釈であり、また創意に富む直感的のものであり選択的なものであるとのその性質も類推を躊躇させる要因であったであろう。それにもかかわらず類推は、各種契約の一般理論、すなわち共通法、一般法の形成のための有力な手段であり、法の欠缺を補充しこれに一貫性を与えるものであり、こうした性質から一般に抱かれるこれに対する警戒を踏まえながらも、上記の要件を満たすうへは正当なものとして、躊躇なくこれまで以上に積極的に行われるべきであるというのが、フランスにおいてPuigのように各種契約の一般理論を論ずる者だけでなくCornuのような民法における類推一般を論ずる論者の志向であることは、以上の類推に関するごく簡単な検討から確認することができたのである⁴²⁾。

五 考 察

1 総 括

(1) 以上本稿においては近時のフランスの各種契約の法の分野において最も重要な問題の一つとなっている各種契約の一般理論に関する議論について検討を行ってきた。そこで本章においてはこれまでの検討をふまえてフランス契約法における契約の一般理論への回帰の一事象としての本議論の諸特徴を明らかにし、同議論の我が国の非典型契約論への示唆となりうることを引き出し、さらに今後の課題にふれて結びに代えたい。

まず以下においては、本議論の諸特徴を明らかにするために、これまでの検討を簡単にまとめる。フランスにおいて契約法の展開は一面で契約の一般理論と各種契約の法との関係から描かれるが、近時においては各種契約の法

が細分化特種化し、特種な規範が増殖し、契約法の重心がこれらに移行する一方で、契約の一般理論の適用領域が減少する事態が生じていた。そしてこれら規範の多くは特別法として民法典外に散らばり、素人にとっての見通しの悪さだけでなく、ときに一貫性を欠き、全体として秩序を欠くという不都合を生じさせていた。またこうした各種契約の法規範の増殖は不断の新たな契約の出現と承認を背景とし、こうしたしばしば複雑な新たな契約は、いかなる契約と性質決定し、どのような制度を適用するかという問題を生じさせ、またこれを規律する特別な契約法規範をどのように整序するのかという問題を生じさせていた。こうした現象を受けて現れたのが契約法の新たな一般化ともいべき各種契約の一般理論であった。

この各種契約の一般理論とは問題ごとに共通の性質を持つと見られる同系類の契約にも及ぶ規律をいい、契約の一般理論と各種契約の法との中間に位置づけられた。実際に民法典中の基本的な典型契約間において、とりわけ売買と請負の相互において、また寄託から請負その他の契約へ、さらに委任から請負その他の契約へ、それぞれ規律が及んでいることが判例において見出され、またこれを及ぼすべしとの主張がなされていた。まず L. Cadet は契約法の発展の方向を自律的な契約社会を導く方に見出し、これが各種契約の法を犠牲にして一般法の発展を求めるとして、主として各種契約の一般理論の形成による新しい契約の一般理論への回帰の必要性を説いていた。そのうえで、一方で A. Bénabent は、同様の問題には契約の性質決定の相違にかかわらず同じ規律がなされるべきであり、ある種類の債務の目的と機能に結びついたひとまとまりの規律を定める契約横断的な理論が構築されるべきであるとし⁴³⁾、他方で Puig は、こうした中間理論の構成単位を基本となる共通の目的（例えば所有権の移転や利用の移転、財産の創出、役務の提供、保存、代理）のために集められたしばしば双務的な債務の集まりである基本的な作用とし、そしてともにこれら構成要素を契約カテゴリーから抽出し対応する制度を結びつけこれらを組み合わせることで新しい複雑な契約を規律することを意図していたのである。またこれを実際に用いるには、有償か無償か、財産の性

質の違い、画一化された役務か否かなどによって区別がなされることが必要であるとされていた。

こうした各種契約の一般理論は契約各論の一般理論の諸議論に影響を与えていた。

まず契約の性質決定に次のような影響を与えていた。すなわち従来契約の性質決定は、無名契約では適用される規範に困難を生ずることから、まず統一的な性質決定、次いで混合的な性質決定が試みられなければならなかった。これらは複数の構成要素から成る複雑な契約について、当該合意のある契約への無理な当てはめにより、規範の過小と過剰とを生じさせるところ、この各種契約の一般理論の形成が進むことにより、まず中心となる部分に対応する統一的な性質決定を行っても、その余の部分について類推適用を通じてこれに対応する各種契約の一般理論が適用されることで、次に等価の構成要素から成る場合に無名契約との性質決定を行っても、同じく類推適用を通じてそれぞれに対応する同理論を組み合わせることで、無理に混合的な性質決定による必要がなくなることで、こうした性質決定の難点が回避された。そしてこれにより後者の場合にはとりわけ、同理論の適用が増えるほどに契約の性質決定は制度適用から切り離されることになったのである。

次に視点を法規範そのものに移せば、各種契約の一般理論は契約の分類論と一体ともいうべき強い関わりを有し、特に近時の新しい分類論は各種契約の一般理論の形成に向けて分類論の側からアプローチをするものであった。これには、目指す各種契約の一般理論についておおよそ、一段抽象的な契約または取引（例えば不動産開発）を観念し、これに関する具体的な諸契約において、各契約カテゴリーによる規律を前提としながらも、ここで一方当事者に同等の保護をもたらすために特別法の強行法規をすり合わせることで、各契約の法制度の緩やかな再編調和をなすことを目指す E. Gavin-Millan の見解と、とりわけ複雑な無名契約一般について、構成要素ごと共通の法制度を民法典等から抽出してこれらを組み合わせるとの Puig や B. Bergmans の見解が存在した。そしてこの点についての相違から契約の分類論や契約の性

質決定と法制度適用について、前者は契約の性質による分類をなお第一、不動産の用途等法制度の再編調和をもたらす基準を第二の基準とし、その結果契約の性質決定と法制度適用とがなお相当程度の結びつきを保つこととなったのに対し、後者は少なくとも複雑な無名契約については契約の法的性質から法制度を導かないため、契約の性質決定と法制度適用とは結びつきを失うこととなっていた。また後者のうち Bergmans はさらに典型契約規定を実体的なものを見ず、もはや契約の新しい分類ではなく新しい分析方法を提示するに至っていた。以上のように想定する各種契約の一般理論のあり方に応じて二つの分類論の姿とまた性質決定と法制度適用の結びつきのありようが示された。

さらに視点を契約法の体系に移すとき、各種契約の一般理論の形成は、契約の一般理論と各種契約の法より成る契約法秩序の壊乱要因とはなりえなかった。両規範の関係について、契約の一般法の危機を示し、その再生を目指す Goldie-Genicon の見解によれば、各種契約の一般理論の形成は、同理論が解決を与えないのであれば契約の一般法が参照されることになるため、その補充性の機能を害さず、また契約の一般法と同様に契約間の制度の相違を和らげ、契約の制度適用における性質決定の重要性の低下をもたらすため、どの契約に属するかという争いも少なくなり、よって契約法に一貫性を与えることに資するとされ、むしろ一般法を中心とする契約法秩序の再生に向かうものであった。

加えて各種契約の一般理論が契約法における一般法の再生の一環をなすものであるとするならば、この試みは、法分野全体における法の細分化特種化とこれによる各法分野の独立性の主張に対する一般法と特別法の区分と一般法の意義の再確認、さらに債務法の再法典化による一般法の再生の試みの中に位置づけられた。そして具体化する規範の層の中での相対的な一般法としての各種契約の一般理論は、新たな契約を規律することで法の空白を埋め、契約間の不当な規律の相違を減少させることで法に一貫性を与えるがゆえに、一般法としての意義を有し、その形成は一般法の再生に加わるものであ

るといいえた。

以上の契約各論の一般理論に及ぼす様々な影響に加えて、同理論形成の有力な手段である類推適用の多用が問題を生じさせるかも問われた。実際に同理論の形成において解釈による類推も法律による類推も用いられてきたわけであるが、歴史的な経緯から、また特に解釈による類推の法律によらない学説の自由な解釈であるとのその性質から、判例におけるその利用は極めて慎重になされていた。しかしそれでも代表的な見解によれば、同じものは同様に扱うべしとの衡平の観念から、理由の同一性の要件を満たす以上は、その性質を踏まえたうえで、これまで以上に利用されるべきであるとされ、これによれば各種契約の一般理論、すなわち一般法の形成の手段であり、法を補充し一貫性を与える意義を有するこの類推をますます多く用いることは問題を生じさせなかった。

（2）本稿のフランスにおける各種契約の一般理論に関する検討は以上のようにまとめられるが、その由来となる法状況からその形成そしてこれが契約各論の一般理論の各議論に及ぼす影響に至るまで、次のような同議論の諸特徴を指摘することができる。

まずその由来について、同理論は、各種契約の法の細分化特種化、分散そしてこれによる同法分野への重心の移行と、こうした事象の背景ともなっているしばしば複数の契約の性質を併せ持つ不断の新たな契約の登場という法状況に由来していた。そして一方においては、複数の性質を持つ新たな契約や売買などの民法典中の典型契約であっても特種化されたその規律にあたっては、制度適用において民法典中のいずれの契約と性質決定をするかはときに重要性を有さず、むしろ現代において重要なのは経済的取引の結果であり成果であるとされたように⁴⁴⁾、契約の性質にかかわらず問題ごとに共通の制度を構成し適用することが適していることがある。他方においては、各種契約の法の肥大化により同法分野へ契約法の重心が移行し、反面で契約の一般理論が後退し、契約に主として適用される規範がこうした特殊化細分化された各種契約の法となる。こうした状況の背景には全法分野における法

の細分化と特種化そして各法分野の法典化と相まった独立性の主張による一般法の意義の問い直しがある。そしてこれら分裂し散らばった規範はしばしば一貫性を欠き、同様の問題状況にもかかわらず契約の性質決定によって異なる制度が適用される可能性が増大することになる。そこで同系類の契約間の制度の調和をもたらす、問題ごとに共通の契約をまたいだ中間理論たるこの各種契約の一般理論の形成を進めることで、各種契約の法の制度間の一貫性が高められることになる。またこの各種契約の一般理論は、既存のカテゴリーに収まらない新しい契約を部分的にしる規律しうること法空白を埋めるとい点でも、一般法としての役割を果たす。したがってこうした試みも近時の契約の一般理論への回帰の動向の一つに位置づけることができるのである。さらに契約法の発展を国家が社会を規律する方式ではなく契約が社会を規律する方式である自律的な契約社会を導く方に見出し、これが一般法の発展を求めるがゆえに、主に各種契約の一般理論の形成による新しい契約の一般理論への回帰が必要になるとの見解も主張されていた⁴⁵⁾。以上のような同理論の由来する法状況には次のようなフランス法の特質を看取することができる。すなわち一方で各種契約の法の細分化特種化は、数多くの契約が民法典にそれ以上に特別法において規律されるに至っていることがその原因となっている。そしてその背景には全法分野における法の細分化特種化があり、各法分野はとりわけこうした契約に関する特別法も含めて法典化されることでその独立性を強め、こうして法全体において一般法の意義が問われているのである。他方で契約法において各種契約の法への重心の移行と契約の一般理論の後退とがこれほどに議論を呼んでいるのは、契約の一般理論と各種契約の法の両分野の自立性が講学上も教育上も我が国よりもさらに高いことを背景に、これまで両規範の関係そして一般法を中心とする契約法の体系が議論され、契約法の今日までの展開が両規範の関係を少なくとも一つの重要な観点として論じられていることによる。したがってこうしたフランス法的特質は、この理論の由来となった各種契約の法の増大と一般理論の後退という法状況の一因となり、また両分野の関係にまつわるこの問題をより深

刻なものとしているといえよう。さらに以上に検討した各種契約の一般理論の議論が契約の分類論と契約の一般法と特別法との関係に関する議論の交差点上にあることから、後二者の議論がフランス法とりわけ契約法においてかくも重要であることが示され、本稿で検討した議論にもフランス法の特徴が表出しているといえないか⁴⁶⁾。

次に、こうした状況を受けて形成されつつある各種契約の一般理論について、第一に判例などにおいては、ときに複数の性質を有する契約にその性質決定にかかわらず他の契約の規範が及んでいる実例が見られた。ここでは民法典の売買や請負、委任、寄託などの典型契約間においてある契約の規律が、他の契約の規律を解釈等を通じてまねることで、または他の契約の規律を当該の契約に直接類推適用することで及びあっていた。そしてこうした契約間に共通の規律が形成されるにあたっては、とりわけ類推適用の方法が、単一の制度によるためにより単純で一貫性をもたらさうる法の欠缺を補充する方法として、その形成の有力な手段であるとされていた。これにより契約間の共通法が引き出されてその間の隔壁が除かれていき、契約規範の散逸が減少することになるのである。なおこのように共通法である各種契約の一般理論を形成し、法を補充し一貫性を与える手段である類推適用自体は、民法の分野においてもこれまで慎重に用いられてきたが、その要件を満たす以上はこれまで以上に積極的に行われるべきであるとされていた。第二にこうした実例をふまえたこの各種契約の一般理論のあり方について、有力な学説によれば、おおそ債務または基本的な作用がその構成単位とされ、これに結びつけられた規律が性質決定にかかわらず無名契約についてはこれらが組み合わされて適用され、またこれに有償無償などの区別が加えられていた。以上が今日までに示された各種契約の一般理論の実例であり、またそのあり方であるが、いうまでもなく判例等による同理論の形成も、また学説によるその総合も理論化もその端緒についたばかりである。しかしそれでも、後述のようにここから我が国の非典型契約論への一定の示唆を引き出すことはできよう。

さらに、こうした契約の一般理論の形成が契約各論の一般理論の各議論に対して様々な影響を与えていたが、これらについて次のことを指摘することができる。契約の性質決定について、各種契約の一般理論の形成により契約の性質に関わりのない共通の規範の適用が進められることで、とりわけ複数の性質を有する契約において、統一的な性質決定についてはこれが生じさせる規範の過少が回避されるため、第一順位の同性質決定がより優先されるのはもちろん、ある典型契約に相当する中心となる部分を欠く場合には無名契約としても法規範の適用に従来よりも困難がなくなり、これまで回避されていた無名契約の選択もなされうようになるとも考えられ、これにより第二順位であった混合的な性質決定を無理に選択することは不要となり、これが生じさせる規範の過剰も回避されることになった。そして一方で統一的な性質決定がなされる場合には従たる部分について共通の規範の適用がなされ、他方で無名契約であっても規範の適用に困難が減少することで、これにより性質決定と制度適用との分離が進むことになった。

これに加えてこうした契約の性質に関わりのない共通の規範の形成の進行は、契約の一般理論と各種契約の法との間の関係という契約法の体系にも次のような関わりを持っていた。すなわち Goldie-Genicon によれば、この各種契約の一般理論の形成が進むことにより、契約法において共通法のウェートが高まり、契約間の制度の違いがその分減少し、反面で制度適用における性質決定の重要性が低下し、その結果契約法内により一貫性もたらされた。またこの各種契約の一般理論は既存のカテゴリーに取まらない新しい契約を部分的にしる規律しうるがゆえに、各種契約の法に対する関係では一般法として法の空白を埋めるとの役割も果たしていた。そして危機にある契約の一般理論の再生および契約法秩序の再構築それ自体は、主に契約法において一般法と特別法との競合を規律する抵触準則を確立し本来の強制力のある一般法を回復することで、さらには契約の一般理論を充実化する契約法の再法典化により図られるとしても、この各種契約の一般理論の展開も契約の一般理論に連なる各種契約の法との関係での相対的な一般法を形成すること

で、契約の一般理論を中心とするこうした契約法秩序の再生に向かう契約の一般法への回帰の一環をなすものと見ることができる⁴⁷⁾。また視野を広げれば、こうした各種契約の一般理論の形成を含む契約法における一般法の再生は、全法分野における法の細分化特種化そして各法分野の法典化と相まった独立性の主張の中での一般法の再評価とその再生の動向に裨差すものと見ることができよう。

また契約の分類論について、近時の契約の分類論は各種契約の一般理論の形成に向けて分類論の側からアプローチするものであったが、この中には上記の学説の主張するそれとは別の各種契約の一般理論のあり方を主張するものもあった。これは、一段抽象的な契約ないし取引（不動産開発）を観念し、これに関する諸契約の法的性質による制度の違いを前提にしながらも、この契約ないし取引について一方当事者の保護を目的とする特別法がこれらに適用されて同等の保護がもたらされ、またはそのように解釈されることで各種契約の一般理論が形成されるというものであり、契約の性質による分類をなお第一の基準とし、そのために一定の修正を受けながらもなお契約の性質決定に対応する法制度の一体の適用がなされていた。なおこの見解においても、不動産開発取引を行う新しい契約が登場した場合には、当該の不動産が住居の用に供されるならば、これに関する各種契約の一般理論が当該契約に固有の規定とともに適用されることになるというように、新たな契約の出現にも、これがこの包括的な契約ないし取引類型に含まれるならば、対応するものである。そして、上記の特に Puig などの見解がもつばら新たな契約に対応することを目的に主として民法典の典型契約の規定から規範を抽出して組み合わせ、こうした契約の規律を創出するものであったのに対し、この見解は、一段抽象的な契約ないし取引を観念し、これに関する具体的な諸契約について、各契約の性質決定に対応する民法典などの典型契約の規定がそれぞれに適用されるとしたうえで、一方当事者を保護することを旨とする特別法の適用またはその解釈によりこれらに関する規律の一部を調和するものがあり、ここには両立する二つの各種契約の一般理論のあり方を見出すこと

ができる。そしてこれらから新種の契約の出現を受け止めうる各種契約の一般理論の次のような理念系としてのタイプを引き出すことができよう。すなわち一方で各種契約の一般理論には、作用などの契約のある構成要素に共通する規律を組み合わせるタイプのもの（構成要素型）と、一段抽象的な契約類型とこれに共通する規律を観念し受け皿となるタイプのもの（受け皿型）とがあり、他方でこれらにはそれぞれ、民法典の典型契約の規定などから規律を抽出するまたは包括的な典型契約類型の規律を設けることで当該新種の契約における当事者の合意を補充する（主として任意規定から成る）規律をなすもの（補充型）と、こうした一次的な規律を前提に包括的な契約類型や作用などに共通する特別法の（主として強行規定から成る）規律によりこれを矯正するタイプのもの（矯正型）とが観念できるのである。

以上から、フランスにおける各種契約の一般理論は、特別法において多くの契約が規律され、細分化特種化された各法分野がこうした特別法を含めた法典化によりさらにその独立性を主張し、また契約の一般理論と各種契約の法との関係が重要な問題とされてきたというフランス法の特徴からより深刻なものとなっている、各種契約の法の特種化と増大そしてこれによる一般理論の後退、およびその背景ともなっている不断の新たな契約の登場という法状況に由来し、もっぱら類推適用の手法により判例等において民法典の典型契約間で規範が及びあっていることなどに見出され、例えば新種の契約に対応するためにこれら共通の規範を組み合わせるこれを規律するものと理論化された。そしてその形成は契約各論の一般理論に対し、一方で契約の性質によらない規範適用を進めることで性質決定と制度適用との分離をもたらし、他方で各種契約の法に対する一般法としていくつかの契約に共通の規律をなして契約法に一貫性をもたらし、新種の契約に部分的にしる規律を与えて法の空白を埋めるものであった。またこの各種契約の一般理論には、一段抽象的な契約類型を観念し、これに含まれる各契約のそれぞれの規律を前提に、同契約類型に共通する特別法の規律によりこれらを部分的にしる修正することでこれら契約に関する規律の調和をなすものであるとのもう一つのあり方

も主張されており、このことから各種契約の一般理論には理念系として構成要素型と受け皿型、さらにそれぞれについて補充型と矯正型というタイプを観念することができた。したがってフランスにおける各種契約の一般理論の形成とは、以上の特徴を備えた現代の契約法における一般法への回帰のためのその一つの有力なあり方であり、法における一般法の再評価とその再生の動向に棹差すものなのである。

2 我が国の非典型契約論への示唆

(1) 以上のように、本稿の近時のフランスにおける各種契約の一般理論の形成と展開の検討はまとめられ、また上記のごとき同理論の諸特徴を抽出することができた。それでは、近年のフランス契約法の最も重要な動向の一つであるこの議論の検討から我が国のとりわけ非典型契約に関する議論にどのような示唆を引き出すことができるであろうか。

ところでこの議論が由来する法状況である、各種契約の法の細分化特種化と契約の一般理論の後退とが多く議論を呼んだのは、フランスにおいて数多くの契約が民法典や特別法において規律され、また法全体において法が細分化特種化し各法分野がこうした特別法を含めた法典化によって独立性を主張することで一般法の意義が問われていることと、両分野の自立性が我が国よりも高いことを背景に⁴⁸⁾、両法規範の関係が契約法の展開の一つの重要な観点として論じられてきたことというフランス法の特質もその一つの要因となっていた。それでは本理論の由来するこの法状況はもっぱらこうしたフランス法的特殊性によるものであり、コンテクストを異にする我が国においては同様の問題は生ぜず、これに対するリアクションである本理論は我が国に何らの示唆も与えないのであろうか。それでもこうした事情がこの問題をより深刻なものにしているとしても、同様の問題は我が国においても潜在し、また今後重要なものとなりうる。というのも一方で各種契約の法の細分化特種化については、とりわけ近年では我が国においても契約に関するもの

も含めた特別法の立法が活発になされており、また不断の新たな契約の出現とそれへの法的対応の絶えざる要請という同事象の背景を同じくするがゆえに、我が国においても今後も各種契約に関する立法がなされ、少なくとも現実類型として判例などにおいて契約の類型とその規律が定型化され続けるであろうし、他方で契約の一般理論の後退については、フランスのように各法分野の法典化がなされないとしても、法全体における各法分野の細分化特種化そして独立化の傾向は程度の差はあれ同様であろうし⁴⁹⁾、両規範の関係がフランスほどには我が国において論じられていないにしても、我が国においても今後も契約の法定類型や現実類型とこれらに固有の法規範が蓄積されていき、同じく契約法規範の一貫性と見通しのよさは少なからず問題となりうるからである。

以上に加えて、本稿において検討した各種契約の一般理論から示唆を得るにあたっては、フランス契約法と我が国の契約法との条文構造の差異も考慮しなければならないことも指摘される⁵⁰⁾。すなわちパンデクテンシステムを採用する我が国の民法典においては、判例や学説の展開、あるいは再法典化を待つまでもなく、既に条文においてある程度ある種の契約に共通の規定が存在している。例えば我が国の契約総論には双務契約に共通の規定として同時履行の抗弁（533条）や危険負担（534条から536条）の規定が置かれているのに対し、フランスにおいては少なくとも条文上は、同時履行の抗弁については売買契約（1612条）など個別の契約に関する規定が置かれ、危険負担についてはこのうち債務者主義に関しては民法典のいくつかの条文（賃貸借に関する1720条など）においてこれが示されているように、一般的な規定がない⁵¹⁾。とりわけ本稿において検討した売買の瑕疵担保責任については、我が国においては559条によりその性質が許す限り他の有償契約に準用される。しかし以上のような条文構造もフランスにおける各種契約の一般理論の形成の一因であったとしても、本議論はこうしたフランス契約法においてのみ生じうる議論というわけではなく、次の理由から、これを我が国において参照する価値はなお少なくないと考える。まず同時履行の抗弁や危険負担な

どのように本議論が登場する前に既に判例により解釈によってすべての双務契約に適用されるなど一般化がなされている制度も少なくない。次に我が国の民法典には、売買の規定の他の有償契約への準用を認める 559 条以外にも、例えば委任の規定の寄託への準用を認める 665 条などいくつかの契約間について規律の共通化をなす規定が存在しているが、規律の共通化が考えられる場合はもちろんこれらに限られるわけではない(本稿で挙げたようにこれには様々な場合がありうる)、むしろこうした規定は例えば作用などを単位とする共通の規律を形成する出発点となりうる。また 559 条は売買に関する規定が他の有償契約に準用される根拠を提供するものではあっても、当該の契約にどのような規定が準用されるのかを示すものではなく、新種の契約に対応するために共通の規律を形成する意義は減殺されないのである。

したがって本議論からは、こうしたフランス法的特質をふまえながらも、我が国のとりわけ非典型契約論に対し、次のような示唆を引き出すことができるものと思料する。

(2) まずこの議論は我が国の非典型契約論、とりわけ混合契約論に次のような示唆をもたらすであろう。前記のように Bénabent や Puig は、新種の複雑な契約の規律を念頭に置いて各種契約の一般理論のあり方を示していた。すなわち、その有力な手段である類推適用を用いることで、契約の性質決定の相違にかかわらず、問題ごとに共通の規範を債務または基本となる共通の目的のための債務の集合である作用を構成単位として抽出し、これら構成要素に結びついた制度を組み合わせ、またこれに有償無償、財産の性質、役務の画一性如何などの区別を加えることで、こうした契約を規律することを意図していた(構成要素型、補充型)。またこれによれば性質決定との関係で、一方で当該契約において構成要素間に主従がある場合には、主たる部分に対応する性質決定が行われ、この契約の制度が適用されたうえで従たる部分にはこれに対応する共通の規範が類推適用され、他方で中心となる構成要素がない場合には、たとえ無名契約とされても各構成要素に対応する共通の規範がそれぞれ類推適用された。

ところで、これまで我が国の混合契約論において、最も主要な構成分子を要素とする典型契約の規定を適用する吸収主義は契約自由の原則が行われている近代法のもとでは意味がないとして、また典型契約に関する規定を構成分子ごとに分解しこれを結合して混合契約に適用しようとする考え方である結合主義も典型契約の規定が契約の内容全部を基礎として定められたものが多いがゆえに法典の趣旨に反するとして退けられ、混合契約は法律によって規定されていないとし、契約各則の規定はたかだか類推的に適用になるだけだとする消極的な類推適用説に収斂し、その後の展開を断たれていた⁵²⁾。しかし前記のように、比較的近時において再びこのドイツ由来の混合契約論に、新種契約を見る視座と方法を求めて、その帰結はともかく特に前二者の見解を含めた思考のスタイルに注目をする見解も現れている⁵³⁾。

このこともふまえるならば、現代のフランスにおいてもこれに対応する、すなわち構成要素の主従をふまえて、特に類推適用を通じて、これらに対応する規律を組み合わせ、これに有償無償などによる区別も加える、構成要素型かつ補充型の各種契約の一般理論が有力に主張されていることは参照に値しよう。ここにはこうした新種契約に対する類似した方法が見出されるばかりか、とりわけ各種契約の法の細分化特種化による規律の一貫性の後退という現象をふまえた、各典型契約の規定の中からあるまとまりの機能と目的ごとに規律を抽出して共通法を形成するという典型契約の規律の再構成という新たな視座を見出すことができる。たしかにフランスにおいてもこの各種契約の一般理論はいまだその発展の途上にあり、具体的な各種契約の一般理論の形成もこれからであり、またこれをふまえた同理論のあり方についての理論的洗練も十分とはいえない。しかしそれでもその一部（構成要素型かつ補充型）が混合契約論に対応し、さらに現代において契約法が多様化、分散化していることをふまえるならば、新種契約に対する新たな視座を与えるフランスのこの各種契約の一般理論は、新種の契約の規律、これへの法規定の適用のあり方を考える上で、我が国の混合契約論そして非典型契約論にとって一定の参考になるであろう。すなわち新種の無名契約の規律にあたり典型契約

の規定が類推適用される場合にも、いかなる規定がどのような契約に類推適用されるかを決定するにあたっての一つの基準として参照に値するのではないか⁵⁴⁾。またこのように契約の一般理論ではなくより具体的な新種の契約を受け止める規範が典型契約規範から作られることで、その分だけこうした契約を無理にある典型契約に押し込むことが回避され、その典型契約の規範のうち当該契約に適しない部分が適用されることが避けられることになる。さらにこのような各種契約の一般理論は各典型契約規範に対する相対的な一般法をなすこととなるがゆえに、特別法がない場合には一般法が適用されるとの法の一般原則により、ある典型契約の規定が当該の新種の契約に類推適用されるときに、とりわけ両契約が重なる部分を有しているとしても両者がその姿を異にする場合には、これを正当化するに資するものである。

（3）次に本理論は新たな契約類型の生成のあり方の点でも注目すべきものである。典型契約類型には新たな契約類型の創造を補助する機能もあり、新たな契約類型は関連する契約類型とその構成要素を利用して形成された⁵⁵⁾。混合契約論が働くのはこの場面であり、いうまでもなく典型契約の構成要素を組み合わせたものがそのまま当該新種契約類型の規律となるわけではないにしても、少なくとも新種契約類型の確立に向けて典型契約とその構成要素はこれらを基礎に規律が形成されていくための出発点となりうる⁵⁶⁾。ここには契約の一般理論によるよりも具体的妥当性のある規律を与えうる各種契約の一般理論の特に構成要素型かつ補充型の一般法としての法の空白を埋めるとの機能が見出される。またこのように典型契約とその構成要素を基礎としてその規律を形成することで、合意内容の補充にとどまらず、これを合理的な内容へと導くことも期待されていた⁵⁷⁾。そして既述のように新種の契約を受け止める各種契約の一般理論にはその他の形態もあり、これらは契約の一般理論（抽象）から各種契約の法（具体）の間の階層においてその抽象性の程度を異にしつつ併存しえ、したがって例えばある作用に関する規律を中心に、契約の一般理論やある包括的な契約類型に関する特別法による規律などが累積することで、過渡的にしろ、新種の契約を受け止

めうる少なくとも部分的な規律が形成されることになるのである。

これに加えて各種契約の一般理論はこの新種契約類型の形成について次のような観点をもたらしうる。いうまでもなく同理論の構成要素型かつ補充型は契約をまたいだ共通法の形成、すなわち典型契約の規定をある目的、機能ごとに抽出して統合することをその中心とするものである。そして新種の契約に典型契約の構成要素に結びついた規律を適用する前提として、その構成要素とこれに結びついた共通法を導き出すこうした典型契約規範の再構成が行われることで、同様の問題については契約類型間で同様の規律がより行われることとなり、契約法により一貫性もたらされることになる。そしてここには、新種の契約が法定類型や現実類型へと向かい類型が形成されるにあたり、日々生み出されていく新種の契約のありのままの固定化ではなく、契約の法的な再構成に加えて、このような典型契約規範それ自体の再構成による類型の固定化により、同じく我が国においても、現代における契約法の多様化分散化という法的状況ゆえに重要なものとなろう、契約法の一貫性そして見通しのよさの回復をもたらし、ひいては契約法秩序そして体系の再構築への一助となるかもしれない新しい観点を見出すことができないか。したがって各種契約の一般理論は新たな契約類型の生成にあたってこのような新しい重要な視座を与えうるのである。

(4) ところで現在我が国において行われている債権法改正論議においては、以上の本稿において考察した各種契約の一般理論の一形態である受け皿型かつ補充型の採否、すなわち民法典にある種の包括的な契約類型に関する規律、具体的には役務提供型契約の受け皿となる規定を設けるか否かが議論されていた⁵⁸⁾。これまでも同契約類型については、契約類型としての役務提供契約との概念やその中での分類、物の取引と対比されるその特徴、特に対象が役務であるがゆえに生ずる問題点などが検討され⁵⁹⁾、さらにこれを典型契約として民法典に規定すべきであるとの提案もなされていたが⁶⁰⁾、民法（債権法）改正検討委員会は特に以下のような提案を行っていた。その債権法改正の基本方針の第3編 債権、第2部 各種の契約、第8章 役務提

供 (3.2.8.01) 以下には、請負、委任、寄託、雇用を包摂する上位のカテゴリーである役務提供契約に関する一般規定が設けられており、これによればこの一般規定は、請負、委任、寄託、雇用といった役務提供契約の総則的規定として、各契約類型に関する諸規定が修正ないし排除しない限度において、これら契約に適用されるとともに、請負と準委任の定義について、純粹な無形請負(例、運送)は請負に含まれず、第三者との間での事務の委託以外のもの(例、医療)は準委任に含まれないとしたうえで、これらのいずれにも当てはまらない役務提供契約については、一般的な受け皿となる規律として適用されるとの意義を有する⁶¹⁾。もともと我が国においては準委任を事務処理契約一般に関する規律であると広くとらえることによってこうした役務提供契約をこれに含めてきたが、このように準委任と構成することは準委任に関する規定のすべてがこれらに適合するわけではないがゆえに種々の問題を生じさせてきた。とはいえ現代におけるこうした契約の重要性に鑑みこれらを無名契約として処理することも適切ではないがゆえに、準委任に代わる受け皿としてこうした役務提供契約の一般規定を民法典の中に典型契約として設けることとした。そしてこれらの規定は、「現民法の役務提供契約の規律を再編してその内容の整序と合理化をはかるものであって、雇用、請負、委任、寄託といった各種の役務提供契約に関する現民法の規律のなかで、当該契約類型を超えて広く役務提供契約一般に妥当すると考えられる規律を役務提供の総則規定として括り出したもの」であり⁶²⁾、本稿において検討したフランスにおける各種契約の一般理論の受け皿型かつ補充型に相当するものである⁶³⁾。そしてこれによって、「現民法のもとでは、役務提供契約について、請負と委任または準委任のいずれに性質決定されるかという二分的思考で論じられてきたものが、役務提供契約の再編によって、役務提供者の義務内容は何か、役務提供とそれに対する報酬はどのように決定されるかなどの具体的に問題となる事項ごとに、本章が定める規律の組み合わせによって現実の各種の契約類型に柔軟に対応しうる多様な規律を導くことが可能となる」のである⁶⁴⁾。そこでこうした役務提供契約の規律として、

具体的には、役務提供契約の定義(3.2.8.01)、役務提供者の基本的義務の内容(3.2.8.02)、役務提供契約の総則性(3.2.8.03)、事業者の報酬請求権(3.2.8.04)、有償役務提供における報酬支払方式(3.2.8.05)、役務提供と具体的報酬請求権との関係(3.2.8.06)、報酬の支払時期(3.2.8.07)、役務提供が途中で終了した場合における既履行部分の具体的報酬請求権(3.2.8.08)、役務提供が不可能な場合における具体的報酬請求権(3.2.8.09)、役務受領者の任意解除権(3.2.8.10)、役務提供者の任意解除権(3.2.8.11)および役務受領者についての破産手続の開始による解除(3.2.8.12)の規律が挙げられている。その後法制審議会民法(債権関係)部会による「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」においても以上のような準委任に代わる役務提供契約の新たな受け皿規定を設けることが提案され、また具体的な規律として上記の役務提供契約の規律のほとんどが挙げられていた⁶⁵⁾。

このような役務提供契約の一般規定を設けるとの提案については、おおむねこれを評価する見解が少なくないものの⁶⁶⁾、同中間的な論点整理において引用されているように、「単に役務提供型の契約に共通する規定を、独立の典型契約としての名称のない総則として取り出すのであれば、民法全体の中で他の契約類型とは異なった形になるので妥当ではない」、「既存の典型契約を含め役務提供型の契約全てに適用される最大公約数的な規定を設けようとすれば中身のないものになるおそれがあり、対象を特定した方が有益である」、などとしてその意義を疑問視する意見も存在する⁶⁷⁾。しかし役務提供契約についてこのような一般規定を設けるとのここでの具体的な提案を超えて、このような受け皿型かつ補充型のそれを含む各種契約の一般理論は、ここにおいてそれ自体が次のような意義を有するものである。すなわち、これまでは新種の契約はこれを例えば請負や委任(準委任)などの受け皿となる契約に押し込むかこれを無名契約として処理することとなってきたところ、前者によればこれら典型契約の規律のうち当該契約に適合しない規律までも適用されることとなり、後者によれば、契約の一般理論と当事者の合意に委ねられ、その結果非典型契約の明示的な合意を合理的な内容へと導くとの

とりわけ今日において喫緊の要請に答ええないこととなり、また、ある典型契約の規定を類推適用するにしてもとりわけ両契約がその姿を異にするほどこの契約の規定を適用する根拠が問われることとなる。これに対し、ここで本提案もその一つのタイプである各種契約の一般理論によるならば、まずは当該契約が包摂される広い契約類型の最大公約数的ではあれ適合的な規律が適用されるため、既存の具体的な典型契約の規定がワンセットで適用されることによる当該契約に適合しない規定が適用されることも、当該契約が無名契約とされてその規律が契約の一般理論と当事者の合意に委ねられることも回避され、また仮に当該契約がこの契約類型に含まれない作用を有する場合でも、典型契約の規律から抽出された当該作用に共通する規律が類推適用という形でこの部分に適用されることによって当該契約の一応の規律をなしうることとなろう。さらに、たとえその数種の典型契約に適用される相対的な一般法との地位から規律が一般的なものとなるにしても、基本的な事柄について方向性を示し、解決の基準を示しうるとの利点を有し、当該契約を契約の一般理論と当事者の合意に放逐することに比べ、その有用性は明らかであろう。以上に加えてこの各種契約の一般理論は、一定の契約類型について共通法を導き出すことで、同様の問題については契約類型間で同様の規律がより行われることになり、とりわけ契約法が多様化し分散化している今日においては、契約法の一貫性と見通しの良さの回復をもたらすものであり、契約法秩序の再構築（とりわけその一般法の回復）の一助となりえ、さらにこのように民法典に新種の契約の受け皿となる規律が明文によってまたは解釈によって形成されることにより、これら契約の多くの部分が最終的には当事者間の特約や特別法によって規律されることになるにしても、少なくともある部分はこのような民法典において形成された規律に係留されることになり、民法典（一般法）の回復の一助ともなりうる。したがって本提案は各種契約の一般理論の一つのタイプ（受け皿型かつ補充型）として、少なくともそれ自体以上のような意義を有していたものといえよう。

3 今後の課題

(1) 本稿の考察の結果は以上のようにまとめられる。本稿では各種契約の一般理論の形成という近時のフランス契約法における最も重要な動向の一つを紹介するとともに、あわせてここから我が国の非典型契約論への示唆を引き出すことを試みたが、我が国の議論の検討を欠くがゆえに後者についてはもちろん、前者についても今後課題を残している。

(2) まず本稿においては、このフランスにおける各種契約の一般理論について、これ自体に関する議論がいまだに発展途上にあることもあって、その諸特徴を明らかにし、立体的な紹介をなすために、いくつかの議論への影響を含めて一通りの検討を行ってきたため、反面で具体的な各種契約の一般理論の形成については、判例などにおけるいくつかの共通法の形成の例を除いてまとまった検討をなしえなかった。それゆえに本稿においてマクロな視点から同理論を紹介した後にも、たとえそれが意識的に論じられていないにしても、具体的な個別の契約間における同理論の形成を発見しこれを検討することは、とりわけその具体的な形成のあり方を考察するために、またさらなる同理論の理解とその含意の導出のためにも、少なからぬ意義を有し、今後に残された本稿の第一の課題といえる。

次に本稿ではこのフランスの議論から我が国の非典型契約論へいくつかの示唆を導き出しえたが、進んでこれに対応する我が国の議論には検討が及んでいなかった。本稿が一般的な新種の契約への法的対応のあり方についていくつかの新しい視座を示しえたとしても、従来我が国においてこうした非典型契約についての議論は具体的な特定の契約関係の検討の中で行われてきたとされることから⁶⁸⁾、我が国における非典型契約論の構築のためには、一般的なあり方の検討と合わせて、上記の第一の課題であるフランスにおける個別の契約に関する議論の検討をもふまえたうえで、こうした我が国における具体的な非典型契約の法的処理と類型形成に関する議論の検討を欠くこ

とはできないであろう。これが本稿の残す第二の課題である。

(3) そしてもっぱら今日のフランス契約法における最も重要な一つの動向とこれを通じたフランス契約法そしてフランス法の一面の考察に向けられた本稿を、非典型契約の考察のためのこれら諸課題の今後の検討を導くことで、今後の我が国の非典型契約論の考察に向けてのささやかな端緒としたい。

注

- 1) R. Cassin, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961 chron., p. 91 ets.
- 2) R. Cassin, *op. cit.* 1), p. 91 ets.
- 3) R. Cassin, *op. cit.* 1), p. 93 ets.
- 4) R. Cassin, *op. cit.* 1), p. 96 ets.
- 5) J.-P. Chazal, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 ets を参照。
- 6) フランスにおける民法典をはじめとする 19 世紀の法典とは異なる現代型法典の特色については、大村敦志『法典・教育・民法学』(有斐閣 1999 年) 81 頁以下を参照した。こうした法典は第五共和制以降において数多く作られ、その領域は民法、刑法、とりわけ行政法に及び、すべての国民に関連するものではない新しい社会問題を対象とし、法規範の法源として法律だけでなくデクレなども含むという特色を有している。こうした法典は担当行政庁と関係当事者(とりわけ職業団体)の便宜のために既存の法令を集積するという技術的性格を有するものであるが、他方で個別の利害関係を越えて法の使用者たる市民に分かりやすい法を提供しようとするものでもある。そしてこうした現代型法典と民法典との関係について、より一般的な規定は同時に民法典にも置かれ、同一の規定が二重に帰属する方式をとっているため、現代型の法典が増加しても直ちに民法典の貧困化を招くことにはならないが、それでも民法典中に多くの特種の規定が付加されることによって民法典は求心力を弱め断片化せざるをえないとされる。
- 7) この近年における既存の法の法典化とは、既存の法律や規則を集めることのみを目的とし、その内容を変更しない、純粋に行政的な作業である、形式的な法典化であり、新しい刷新された規範を一貫した総体に構成し、法秩序を設け、刷新する機会となる全面的な構築である、実質的な法典化と対比されるものである。この法典化は、このように法文を集成することで各所に散らばっていた多くの法文を認識することを容易にするものである。こうした既存法の法典化には第二次世界大戦後まもなく開始された第一波と 1990 年代からの第二波とがあるが、後者について、例えば 1999 年 12 月 16 日の法律第 1071 号は、政府に公衆衛生法典と農事法典、商事法

典、環境法典などの重要な九つの法典の法律の部をオールドナンスにより採択する権限を与えるものであり、これは国会によるこうした法典の法律の部の法案審議の遅れに由来するものであった。また続いて2003年7月2日の法律第591号は、オールドナンスにより、これ以前に行われた法典化の誤りや不十分さを修正し、また旅行法典や新司法組織法典などの新しい五つの法典の立法の部を採択する権限を新たに政府に与えている。なお注意すべきは、以上の法律がこうした既存法の修正において例外的に規範の階層の尊重や、集められた法文の編纂上の一貫性、法の状態の調和を確保するために必要な法文の変更を政府に認めていることである。以上の法典化については現在までに様々な文献が著されているが、ここでの記述は、主として教科書レベルでの記述、具体的には、G. Cornu, *Droit civil Introduction au droit*, 13^{éd.}, Montchrestien, 2007, p.125 ets; P. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil Introduction générale*, 2^{éd.}, Defrénois, 2005, p.90 ets; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6^{éd.}, Dalloz, 2003, p.348 に基づくものである。なおこうした既存法の法典化に対して、このうちCornu, p.127 etsは、国会の関与が形式的なものに過ぎず立法ではなく仮の法典化に過ぎないとし、またTerré, p.351 etsは、法典の急増をもたらす、偽の立法者たちが大急ぎすることは社会の真の要請に合致しないなどとしてこれを強く批判するのに対して、Malaurie, p.91は、法典は、たとえ不完全なものであっても、実務家に法律を扱うにあたってより多くの便利さを与えるなど格別の存在価値を有するものである、海外において法典の作成が流行となっている今日においてこれについてかけがえのないノウハウを持っているフランスが法モデルを伝播する最後のチャンスである、誤りや不十分さは修正しうるものであり、たとえ不完全なものであっても技術には改善の余地があり、法典化の失敗を皮肉ることがなんの役に立つのかとして、これを積極的に評価している。

- 8) F. Pollaud-Dulian, *Du droit commun au droit spécial-et retour*, in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.930.
- 9) F. Grua, *Les divisions du droit*, RTD. civ. 1993, p.59 ets.
- 10) F. Grua, *op. cit.* 9), p.60 ets.
- 11) 法分野の独立性に対する同じく批判的な分析として、J.-P. Chazal, *op. cit.* 5), p.300 etsも参照した。Chazalは、独立性の主張が特有の結論を導く強い理由の存在についての検証を欠き、それが独自の解決をもたらす事実として示されている。分割の行き過ぎは知的な近視、文化的な貧困、知識の欠如と同義であり、確かに特種化は法や社会の複雑化の結果であるとしても、この避け難い展開に抗しなくてはならないとする。
- 12) F. Grua, *op. cit.* 9), p.65 ets.
- 13) F. Grua, *op. cit.* 9), p.66 ets.
- 14) F. Grua, *op. cit.* 9), p.68 ets.

- 15) F. Grua, *op. cit.* 9), p.70 ets.
- 16) F. Pollaud-Dulian, *op. cit.* 8), p.925 ets.
- 17) F. Pollaud-Dulian, *op. cit.* 8), p.938 ets.
- 18) F. Pollaud-Dulian, *op. cit.* 8), p.950 ets.
- 19) 以下の D. Mazeaud の見解のほかにも、こうした一般法と特別法との交錯さらには特別法間の相互関係、影響関係も踏まえて、J.-P. Chazal, *op. cit.* 5), p.302 ets は、法体系のイメージとして、従来の樹形 (arbre) ないしは樹枝状に代えてこれと対比される非中心的なネットワークであるリゾーム (rhizome) を主張している。すなわち、これまで多くの学説が用いてきたイメージである樹枝状は各特別法が一般法に幹に対する枝のように結びつくものとされ、これによれば、これに反する特別な規定がない限り幹からこれらの枝に原則や規律が行き渡り、対して枝は相互に独立し、互いに無関係であるとされてきたところ、これでは一般法と特別法との関係さらに特別法間の影響関係をとらえるのに不適當であるとして、非中心的非階層的なシステムをなす様々な結びつきを伴う非対照の要素のネットワークであるリゾームを挙げ、これによれば、各法分野は接点と分岐点を増やし、また相互に影響しあうことができるようになるとする。
- 20) D. Mazeaud, *L'imbrication du droit commun et des droit spéciaux*, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p.73 ets.
- 21) D. Mazeaud, *op. cit.* 20), p.75 ets.
- 22) D. Mazeaud, *op. cit.* 20), p.76 ets.
- 23) D. Mazeaud, *op. cit.* 20), p.86 ets.
- 24) 大村・前掲注 6) 86 頁以下によれば、このように人々の法へのアクセスを容易にすることはとりわけ現代型の諸法典の編纂において重要視されている事柄である。
- 25) D. Mazeaud, *op. cit.* 20), p.96 ets.
- 26) 以下に引用する Puig のほかにも、例えば、A. Bénabent, *Les difficultés de la recondification: les contrats spéciaux*, in *Le Code civil 1804–2004*, Dalloz, 2004, p.251 が受寄者の保管義務を請負や委任にも類推した判決に触れている。
- 27) P. Puig, *Pour un droit commun spécial des contrats*, *Etudes en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.837 ets.
- 28) P. Puig, *op. cit.* 27), p.837 ets.
- 29) P. Puig, *op. cit.* 27), p.840 ets.
- 30) P. Puig, *op. cit.* 27), p.841 ets.
- 31) P. Puig, *op. cit.* 27), p.846.
- 32) G. Cornu, *op. cit.* 7), p.213 ets.
なお以下に引用するもののほかにも、類推について以下の民法の教科書等を参照し

- た。P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.* 7), p. 319 ets; F. Terré, *op. cit.* 7), p. 365; M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique, Initiation à la logique et à l'argumentation*, PUF, 2001, p. 411 ets.
- 33) J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, 27éd., PUF, 2002, p. 318 ets.
- 34) G. Cornu, *Le règne discret de l'analogie*, in *Mélanges offerts à A. Colmer*, Litec, 1993, p. 129 ets.
- 35) G. Cornu, *op. cit.* 34), p. 130.
- 36) G. Cornu, *op. cit.* 34), p. 131 ets.
- 37) G. Cornu, *op. cit.* 34), p. 134 ets.
- 38) G. Cornu, *op. cit.* 34), p. 137 ets.
- 39) G. Cornu, *op. cit.* 34), p. 139 ets.
- 40) G. Cornu, *op. cit.* 34), p. 140 ets.
- 41) 小粥太郎『民法学の行方』(商事法務 2008 年) 103 頁以下によれば、この類推適用は契約法における法のカテゴリのヨコの関係における相互連関(典型契約カテゴリ間の運動)にあたり、タテの関係における相互連関(一般法と特別法とのフィードバック運動)とともに契約法を体系化するものである。なお Cornu によれば、類推は原則の帰納とその別類型への適用から成るとされるように、類推は純粋なヨコ方向への運動にはとどまらない、タテ方向の運動とヨコ方向の運動を組み合わせたものである。
- 42) Catala 草案の 1103 条 3 項は、無名契約が、その特性に反しない限度で、類推によりこれに近い契約に適用される規律に服する旨を規定し、無名契約について類似する契約の規定の類推適用によることを定めており、同規定は、近似する契約に固有の一定の規定の適用領域の拡張を認め、契約の系類の形成を促進するとも指摘されている。また司法省による契約法改正準備草案もその 14 条に同じ規定を置いている。以上について、Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit special des contrats*, LGDJ, 2009, p. 108 を参照した。なおフランスにおける無名契約(非典型契約)をめぐる議論については、邦語文献として、例えば、吉井啓子「フランスにおける非典型契約論」椿寿夫ほか編『非典型契約の総合的検討』(商事法務 2013 年) 88 頁以下も参照した。
- 43) その後、例えば、この Bénabent の見解をふまえて、各種契約の法の再法典化を論ずる中で、この分野を規律するために採られるべき方法として、契約の性質決定作業に内在する困難を回避するために、契約ごとに縦割りするのではなく、債務ごとに横割りするべきことを主張するシジル・グリマルディ(齋藤哲志訳)「典型契約法の再法典化に挑む」*新世代法政策学研究* 18 巻 213 頁以下が現れている。これは、具体的には、有償行為と無償行為とを区別したうえで、目的によって区別された債務(例えば、財の所有権の移転や財の引渡しなど)ごとに共通する規律を設けよう

とする。

- 44) P. Jestaz, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 134 の指摘である。また P. Rémy, *La jurisprudence des contrats spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil*, in *Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 111 は、今日貸借の一般法として何が残っているのか、債務者の注意義務を定める必要があるときに、請負契約との性質決定が何の役に立つのか、今日において寄託の一般法、委任の一般法、貸借一般の領域とは何か、と問うている。
- 45) このような個別の契約についての大量の立法による介入への否定的評価という点では、立法するなどして、契約法の発展を契約実務や判例の構築、学説の考察によってもたらされるとした、P. Rémy, *op. cit.* 44), p. 280 等の見解と方向性を同じくしている。
- 46) 小粥・前掲注 41) 83 頁以下において描出される、フランス法の思考の形式とは、「ひとまずは法のカテゴリ＝整理箱を事実から離れたものとして構想し、遊離された法の世界に諸カテゴリ＝整理箱を分類して整然と並べようとするものであって、そのこと自体に、一定の価値……があると信じようとするもの」である。
- 47) 各種契約の一般理論（債務を基準とするそれ）に基づいて各種契約の法を再法典化する試みについては、シリル・グリマルディ・前掲注 43) 213 頁以下を参照した。ここではこの分野の再法典化の特殊性として、その方法とともに、非常に多くの契約の中でどれを再法典化に含めるかというその外延が挙げられている。
- 48) この両法分野の自立性は、既述のように、例えば、両者が独立の概説書を有し、またカリキュラム上も独立に授業がなされることに表れている。なおこの点について、小粥・前掲注 41) 99 頁は、一般法の重視という点から、この契約法の一般法と特別法の区別の重視がゆるぎないように見るとする。
- 49) 大村・前掲注 6) 103 頁以下によれば、フランスのように法典化の動向が著しいとはいえない我が国においても、特に民法典中の所有権、契約、不法行為、担保といった具体的で実質的な部分においては、様々な特別法が制定され、これらは新たな法領域の一部を構成するものと観念され、その中には独立の法領域としての性格を強めているものもある。これに加えて民法はそれ自体が取引民法と生活民法とに分化しつつある。そしてそのうえで一つの思想としての民法を擁護することを説いている。
- 50) 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）303 頁以下を批評する金山直樹「民法学のあゆみ、森田宏樹「契約」」法時 81 巻 9 号 113 頁は、各種契約の一般理論を含む契約法の再構成についてフランスで得られた示唆は彼我の条文構造の差異から若干相対化せざるをえないとする。
- 51) 金山・前掲注 50) 113 頁は、我が国の民法典において同系類の契約について共通

- の処理がなされている例として、176条、177条や危険負担、瑕疵担保責任を挙げる。
- 52) これら三説の簡明な解説については、例えば鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論 下巻』(岩波書店 1924年) 743頁以下や我妻榮『債権各論 中巻二(民法講義Ⅴ3)』(岩波書店 1962年) 886頁以下を参照した。
- 53) とりわけ河上正二「混合契約論」についての覚書」法学 56巻 430頁以下は、「典型契約とその構成要素には、新種契約類型の固定化への過渡的狀態にあつて、判断の基準と推論の出発点を示すという重要な役回りが残されているのであり、混合契約論はその機能を引き出すための様々な工夫の積み重ねであつた」として、これに新種契約を見るための視座と方法を求め、また混合契約をめぐる諸理論について、「その帰結はともかく、典型契約の「類型」が有する意義についての問いかけ、「構成分子」の系統的分類・再構成によって手に入れようとした視座には、まだまだ学びとるべきものがあるのではないか」としている。
- 54) 例えば我妻・前掲注 52) 888頁は、混合契約の法律的取扱いについて、「われわれは、類推適用主義が理論としてはむしろ當然なものであることを認めながら、進んで各種の混合契約について、能う限り、類推適用の範囲を明らかにすることを努べきである」として、その課題を指摘していた。
- 55) 大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣 1997年) 354頁参照。
- 56) 河上・前掲注 53) 430頁参照。
- 57) 河上・前掲注 53) 412頁は、今日において非典型契約論には、不明確な合意内容を補充するための解釈ルールを探るためだけではなく、むしろ明示的な特約を合理的な内容へと導くための理論枠組みとしての役割を期待されているとの認識を示したうえで、これをふまえて非典型契約論の中で重要な位置を占めてきた混合契約論をあらためて見直す必要があるのではないかという。
- なお長坂純「混合契約と非典型契約」椿寿夫ほか編『非典型契約の総合的検討』(商事法務 2013年) 16頁以下は、混合契約と典型・非典型契約との関係およびその意義について、混合契約は、典型契約類型におけるトップダウン思考の限界付けを探るといふ、問題処理の仕方(判断枠組み)としての意義を有し、典型契約から非典型契約に至る思考プロセスの中で、典型契約性を限界付ける概念として評価されるとしている。
- 58) 後述の債権法改正の基本方針案のほかにも、例えば執行秀幸「民法に新たに取り入れるべき契約類型はあるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』(日本評論社 2008年) 321頁以下は、受け皿として一般的な役務提供契約に共通する規定を設けることが可能であればそのことは妥当であるとしたうえで、これらでは十分把握できないしかも現代社会で重要な役務提供契約類型(具体的には診療契約、福祉サービス契約、情報・助言提供契約)にあつても民法に規定すべきであるとする。

- 59) これらについては、とりわけ沖野眞巳「契約類型としての「役務提供契約」概念（上）（下）」NBL 583号6頁以下、585号41頁以下や河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵（上）（下）」NBL 593号6頁以下、595号16頁以下、中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣 2000年）159頁以下、松本恒雄「サービス契約」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向（別冊 NBL 51号）』（商事法務研究会 1998年）202頁以下を参照した。
- 60) 例えば山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向（別冊 NBL 51号）』（商事法務研究会 1998年）14頁以下は、労働の中で労働そのものとは別に労働の「結果」を考え、それと金銭の交換を考えるのが請負契約の特質であるとしたうえで、役務中心型請負では労働そのものと労働の「結果」をはっきりと区別すること自体が難しいとし、請負契約を物中心型請負に純化し、役務中心型はそこから切り離して、委任・準委任に統合し、これを役務提供契約とすることを提案する。また松本・前掲注 59) 235頁以下は、サービス（役務提供）契約について、次のような規定を置くことを提案している。すなわち、まずサービス契約の対象を従来準委任契約とされていたタイプの契約および従来請負、雇用、寄託のいずれにも該当しないとされていた労務給付型の契約とし、次にその規律として成立要件や内容・品質基準、契約終了権、中途解約権、即時解約権、契約改訂権、受領者の協力義務などを挙げ、そしてこれらの規定が他の労務給付型の契約にも準用されるとしている。
- 61) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 V 各種の契約（2）』（商事法務 2010年）3頁以下参照。
- 62) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 61) 15頁。
- 63) 実際、民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 61) 6頁の注7において、こうした規定がすべての契約に共通に妥当するものではないが、特定の問題に関して共通の性質を持つ「同系類の契約」に妥当する一般理論としての「各種契約の一般理論」と称されるものに対応するとされ、フランスにおけるその展開について検討する森田・前掲注 50) 303頁が引用されている。
- 64) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 61) 16頁。
- 65) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務 2011年）420頁以下。なおここでは基本方針で挙げられていた規律のうちの役務提供契約の定義（3.2.8.01）や役務提供契約の総則性（3.2.8.03）、役務提供と具体的報酬請求権との関係（3.2.8.06）を除くすべての規律が挙げられ、さらに基本方針では挙げられていなかった役務受領者の義務に関する規定やその他の規定が加えられている。

しかしながら脱稿後に公にされた「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」において、こうした役務提供契約の規律を設けるとの提案は、十分な支持を得られ

なかったとして、退けられるに至っている。その経緯等については、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務 2013 年）501 頁以下を参照した。

- 66) これまでに公にされた本提案を検討する論稿は基本的にはこれを評価している（例えば芦野訓和「請負契約——役務提供契約の一類型としての請負契約——」円谷峻編『社会の変容と民法典』〔成文堂 2009 年〕410 頁以下や長坂純「役務提供契約の性質決定と提供者責任」NBL 917 号 14 頁）。そのうえで例えば、様々な役務提供契約の受け皿となるためにはなお説明義務や報告義務に関する規定や医療契約の債務不履行に関する規定を設ける必要があることが指摘され（高橋真「契約総則——売買・役務提供」ジュリ 1392 号 99 頁）、また役務提供契約の定型化・標準化されない個別的・特殊的な有用性の確保という特性を示すため役務提供の定義について、役務提供契約の受け皿となる役割を持たせるため役務提供者の基本的義務について、それぞれ提案がなされている（坂本武憲「役務提供契約」法時 81 卷 10 号 64 頁以下）。
- 67) 商事法務・前掲注 65) 429 頁。
- 68) 河上・前掲注 53) 410 頁などの指摘するところによる。

【付記】 本稿は、平成 25 年度科学研究費補助金（若手研究（B））（課題番号 25780079）に基づく研究成果の一部である。