
翻 訳

ジャン=ルイ・アルペラン
「フランス契約法に
いかなる改正がなされるのか？」

訳：都筑満雄

- 一 対立が生じている 12 ものテーマについての技術的な議論
- 二 学説の論者の間でのフランス法における学説の役割についての議論
- 三 ヨーロッパにおけるフランス法の独自性に関する議論

法制史の同僚の一人が「使い古された 200 周年」¹⁾と呼んだ、2004 年のフランス民法典 200 周年記念は、19 世紀のナポレオン民法典の輝きと比較して現在のフランス民法典の状態が「古くなっていること」について、1904 年の 100 周年のときに既に開始されていた議論を再開する機会であった。この記念式典は、姦生子に対してフランス民法典のある規定が差別的であると判断してフランスを批判したヨーロッパ人権裁判所のマズレク判決（2000 年 2 月 1 日）の少し後に行なわれた。折しもドイツ人の法律家であるクリスティアン=フォン・バール氏は、パリの破産院での講演（2002 年 4 月 12 日）において、近い将来特に契約について単一のヨーロッパの法典が諸国の法典に取って代わるであろうこと、またフランス法とこれをモデルにして構築された法制度の経済的な非効率性を強調した *Doing Business* と題する世界銀行の最初の報告書が 2003 年に発表されることを、(英語で) 予告していた。こうした問題提起にしばしば衝撃を受けて、フランスの法律家、とりわけ民法の教授たちは、特にヨーロッパ連合内での法の調和の議論において最も重要になったこの債務法改正の分野について逆に影響を与える必要性を感じていたのである。既に、ヨーロッパ契約法原則（英語の略号では PECL, フランス語では PDEC）の発表（とフランス語への翻訳）を受けて、このテーマについて 1998 年と 2001 年に

コロックが開催され、また特にフィリップ・レミイ教授の協力によって、2003年にパリ第11大学で開催されたコロックは、民法典の債務に関する条文（300条より少し少ない、そのうちの250条以上が1804年に起草されたものと同じ）の改正の草案を検討するグループの結成を早めたように思われる²⁾。

私もその一人である素人だけが、2004年3月のソルボンヌでの民法典200周年記念のコロックのときに、ジャック・シラク共和国大統領による債務法の再法典化の公式の計画の開始の発表に驚きえた。実際には、共和国大統領は、この任務の検討を既に開始していた法律家に、このように言うようにおそらく働きかけを受けていたのであろう。そして、フランスや日本、その他の多くの国々で、ますます増大する国際的な競争という文脈の中で行なわれている、法の「現代化」のプロセス（その理念までも同じであるとは言えないものの）と同じく安易に組み込まれようという考え方もまた現れえた。確かに、オランダやケベック、ロシア、ブラジルの新しい民法典や2001年12月26日の法律によるドイツ民法典（BGB）の債務法改正において様々な形で例証されている「再法典化」の一般的な傾向は存在する³⁾。

しかしながら、こうした債務法の現代化と、政府や議会の主導で近年に行なわれたフランス民法の改正、例えば、相続に関する2001年12月3日の法律（これについてはカタラ教授の影響力が決定的であった）や担保に関する2006年3月23日のオルドナンス（これはグリマルディ教授によってもたらされた）、時効に関する2008年6月19日の法律（これは、2005年のカタラ委員会の成果に基き、これを修正した元老院の主導によるものである）とは、最初から、大きな違いが存在している。債務法に関する近時の議論は、3年の間に互いに競合する複数の草案を生み出した。またこれについてはむしろ不満を述べるべきであるが、こうした喧噪は、性急な起草により印刷上の誤植、さらには誤った表現（ローマ法学者や歴史家を驚かせたものの一つに《*jus mercatoria*》が挙げられる）がしばしば見逃された草案にも、現れている。

分かりやすい順序で述べ、後の話を進めやすくするために、この複雑なプロセスを6つの段階に分けて取り上げよう。2005年9月にカタラ準備草案が国璽尚書に提出された。これは37名（そのほとんどは大学教員で民法の教授であり、3名は退職した破産院の裁判官である⁴⁾）から成る「非公式な」グループ（つまりその構成員と任務とを明らかにする公式の組織ではない）によって準備され、このグループは2003年から活動し、2004年3月のシラク大統領の演説以来公権力によって援助されてきた。この草案は民法典の1106条から1386条（契約と民事責任）および

[翻訳] ジャン=ルイ・アルペラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか？」

2234 条から 2281 条（時効）について新たに起草するものであり、契約法について（この分野のこれまで維持されあるいは修正された全部で 406 の条文について）特に 84 もの刷新を提案している。

第二段階として、この草案は議論され、複数の作業グループの修正提案の対象になった。特にパリの商工会議所は 2006 年 10 月にこれに反応して対案を出し⁵⁾、また破毀院（ピエール・サルゴス院長が主催する委員会）の見解はこれより後の 2007 年 6 月に知られるところとなった。

第三段階は、2008 年初めの契約共通原則の発表に由来する。これは、ヨーロッパ契約法原則の改訂草案であり、共通の法のための共通のネットワークの一環である。なおこのネットワークは、ヨーロッパ委員会に支援されたフォン・バル氏のグループの作業に由来する、共通参照枠草案（英語で DCFR）に連なるものである。この契約共通原則は、ベネディクト=フォバルク・コンソン教授とドゥニ・マザー教授の指導のもと、二つの影響力ある学術協会である、アンリ・カピタン協会と比較法制協会の支援を受けて、作成された。かくしてヨーロッパレベルの諸草案、フランス人によるこれらを修正するための提案、そしてフランス民法典の改正の主導権との間の関係が明白になった。

第四段階は、2008 年の夏の間に立て続けに二つの版で（むしろ内密に）伝えられた司法省（Chancellerie）の準備草案である。すぐに、この草案が、時の国璽尚書ランダ・ダティ氏の十分な了解のもと、4 名の裁判官と同僚であるパリ第二大学の民法学者ベネディクト=フォバルク・コンソン氏らによって作成されたことが分かるであろう⁶⁾。この草案は契約法に限られ——時効の改正は可決されたばかりで、民事責任の改正は先送りされた——、194 の条文から成り、カタラ準備草案とは異なり、民法典の伝統的な番号は踏襲されていない。この草案は続く数ヶ月のうちにパリ商工会議所と全国弁護士会評議会による支持を得る。

より驚くべきことに、第五段階は、2008 年 11 月にある草案（その主たる責任者であるフランソワ・テレ教授の名前からテレ草案と呼ばれている）が発表されたことである。この草案は、人文社会科学アカデミーによって、そして大学教員や「実業界」、「司法界」の法律家から構成される「私的な」新しい作業グループによって、司法省に送られ、次いで公表された⁷⁾。これにより 100 条以上の、同じく民法典の現在の条文とは別の番号を振られた、条文の新たな提案がなされているのである。

1 年以上前から我々は第六段階にいる。この段階は、とりわけ 2008 年の終わり

においては、いずれかの草案に対し多かれ少なかれ批判的な新しい視点が公表されたことや、時期を待って司法省が沈黙をしていることにより特徴付けられる。2010年の初めにおいては、司法省が草案を廃棄するか、それとも国会に対して近々提出をするのかについて、語ることは困難である。現状では議論はいくつかの少ないポイントに収縮した。以下では、フランスの法律家の小宇宙の中の、続いてヨーロッパの調和の問題に支配された法領域においての、議論を分析する前に、まずはこれらに言及しよう。

一 対立が生じている 12 ものテーマについての技術的な議論

法の改正は、2008年以來契約の領域に限定され、また、一般的な意見によれば、今日において時代遅れになりあるいは欠けていることが明らかな民法典の諸規定のみを現代化するものであるべきだとされる。このなお十分に広い枠組みにおいて、大部分が提出された草案に関する議論やこれらの違いに関わりのある——互いに近しいルールの新たな起草に関する専門的な——12ものテーマを特定することができた。これらテーマは、このプロセスの少なくとも二つの段階において議論の対象になってきた。これらは、生じさせた多かれ少なかれ特徴的な異論の性質に応じて、その重要性は異なる。

例えば、民法典の新しい版に提示された順で言えば、最初の議論は債務の発生原因の定義に関するものであった。カタラ準備草案は、この部分はジェラルム・コルニュ氏の起草によるものであるが、「法律行為」と「法律事実」の区別に基づいた「観点に立つこと」を提案している⁸⁾。司法省草案の第1条も、とても控えめながら、同じ考え方を採用している⁹⁾。これに対して、テレ草案の起草者達は、このドイツ由来の法律行為論を借用することに反対し、契約を中心からずらすあらゆる構成を避けようとしている¹⁰⁾。この後者の点には誰も異論はなく、またこのプロセスの他の参加者もこの問題に反応していなかったのに対して、この前者のテーマは学術的な論争を引き起こしているように思われる。

第二の場面である新たに民法典における諸原則を表明することについては、議論はもつと盛んである。まずカタラ準備草案は単に諾成主義の原則を明言することを提案しているだけである¹¹⁾。これに対して、商工会議所（ベネディクト＝フォバルク・コソン教授も参加している）や、契約共通原則¹²⁾の起草者、司法省、テレグ

〔翻訳〕 ジャン=ルイ・アルペラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか?」

ループは、民事手続法典をモデルに、いくつかの（3または4の）指導的な原則に賛成した。起草にあたり若干の対立はあるものの、自由、安全、信義誠実（あるいはさらに契約当事者間の一貫性の原則を含む契約における忠実）に関する一般条項を置くことが挙げられる。ここで本当に対立があるのは、特に裁判官がこれら指導的な原則を使うことができるのかという点であり、カタラ準備草案だけはこの点に対する批判とは無関係である。

第三のテーマは、契約締結前の段階に関わる。これは今日の民法典の起草において埋められるべき欠缺であると誰もが考えている。カタラ準備草案は次のような大きな変更を行っている。すなわち、承諾の受領によって（判例である発信によってではなく）、契約の成立を認め、また何より申込者が契約を締結することを強制される場合があることを予定している。それはつまり、明確な期間の定めがある申込みがなされた場合には、申込者の撤回も死亡も契約の成立を妨げることはできず、そのうえ優先買受条項は、約束者が拒絶してもさらには第三者と同じ内容の契約を締結しても強制されるということである¹³⁾。これらの申込者の「署名を強制する」方法は商工会議所によって批判され、司法省草案においては放棄された。同じくテングループは優先買受条項について〔約束者が〕他の競合する申込みの情報を受益者に対して提供する義務を負うことに反対した。改めてカタラ準備草案は他の法案によって反対されていることが窺われる。

第四のテーマである同意とこれに影響を与えるその瑕疵については事情が異なる。カタラ準備草案は、他方の契約当事者に対する情報提供義務を宣言し、かつこれを拡張し、また詐欺によってもたらされた価値または動機についての錯誤を、脆弱状況の濫用的な利用に由来する「経済的強迫」と同様に、制裁することを提案している¹⁴⁾。これらの提案はむしろ他の草案でも受け入れられ、繰り返されている。しかしパリ商工会議所だけは、制限のない情報提供義務と、経済的強迫の様々な状況についての一つの規律（ケースバイケースの解決ではなく）を懸念している。

目的とコース、非常に議論のある第五のテーマである。カタラ準備草案は、1995年以來、目的（特に代金）は、枠契約においては、これに続くこの同じ二当事者間での諸契約〔実施契約〕において補われるのであれば、不明確なままでもよいと考える破毀院の判例を承認している。同草案は、ナポレオン法典が与えたコースの二つの機能（そして二つの定義）を維持している。すなわち、各契約当事者の約束の現実の反対給付の存在と契約の「決定的原因」の適法性である。商工会議所は、もはや適法な原因には触れず、また「現実のコース」を「契約における約束の正当

化」なる概念に置き換えることを提案することで、火蓋を切った。次いで、比較法あるいはヨーロッパ法上これに匹敵する概念が存在しないことを明らかにした契約共通原則の沈黙の後に、司法省草案は明確にコーズの放棄（そして契約における利益なる概念による代替）を選択し、これはテレグループ¹⁵⁾および学説の一部の支持を得た。ここには、ヨーロッパ基準に加わろうと心がける刷新者達と——特にカタラグループの構成員の一人であるゲスタン教授の著作を通じて——今日まで非常に豊かな学術的な思考を生み出してきた伝統の擁護者とを対立させる固定膿瘍のようなものが存在しているのである。

第六の不予見理論の場面については、各提案はそれぞれとても似ている。実際フランス民法¹⁶⁾を契約の改訂に解放することについては合意が存在している。微妙な違いは次のような手続に関するものである。すなわちカタラ準備草案では単に契約の再交渉が奨励され¹⁷⁾、商工会議所は仕組みを「洗練」し、契約共通原則ではこの点についての指導原則が認められ、司法省草案によれば裁判所による改訂は当事者の合意に服し、何人かの論者によれば裁判官の介入に権威が与えられる¹⁸⁾。

様々な種類の債務の定義については（為す、与える……手段債務と結果債務の区別など）、——「利用を付与する債務」という新しい類型を追加して、与える債務を維持することに好意的な——カタラ準備草案や——与える債務も為す債務にも言及しないが、暗黙の債務¹⁹⁾に言及する——司法省草案、——与える債務に対しても、手段債務と結果債務の区別に対しても攻撃的な——テレグループ²⁰⁾の間で、より明白な対立が見受けられる。この第七のテーマについては、第一のテーマと同様にとかく学説の論争が語られる。為す債務の不履行については、実際、議論は、民法典の現 1142 条を覆して、現実履行を原則、解除そして損害賠償を例外と提示する方法についてのごくわずかな違いに限定されるのである。

同じく現 1184 条の裁判上の解除に代わって一方的解除の手法を導入する点についても意見の一致がある。これは 1990 年代半ばからこれを主張する当事者が危険を冒すことでこうした解除が認められてきた判例に影響を受けている。この一方的解除はカタラ準備草案において提示され²¹⁾、次の理由から、債務者に対してあらかじめ期限を付与する通知を為すことが必要とされている。すなわち商工会議所によれば債務者が義務を履行するため、司法省草案においては債務者のレフェレ裁判官への提訴を導くため、さらにテレ草案の論者によれば、債務者の「重大な」不履行の根拠として（債権者が行った通知に理由づけは必要ではない）よりどころとするためである。

〔翻訳〕ジャン=ルイ・アルペラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか?」

第十と第十一のテーマについては議論はさらに限られている。すなわち、契約の第三者への効力——これにはカタラ準備草案よりも司法省草案が明確にすることを望む対抗力と相対効との区別も加えられる——と債権の取引である。後者について司法省草案は、契約の譲渡を認めながら、カタラ準備草案が提案し、ほとんど反対もなかった、債権譲渡の単純化を、将来の条文案に押しやっている。準契約については次のような不一致が見受けられる。すなわち、カタラ準備草案が権利なく受け取った利益の共通の根拠とともに「概念」としてこれを維持しているのに対して、テレ草案は、ヨーロッパ共通参照枠草案がしているのと同じように、事務管理に関する規定と不当利得に関する規定を分離することを提案して、これを批判している²²⁾。

たとえ私の図案化が単純化するものであるように見えても、以上の不一致の列挙を見るに、5つのテーマは起草のささいな違いに関わり、他の3つは純粋に学問的な論争に関するものであり、4つのテーマについてだけは（指導原則や契約締結前の交渉、同意の瑕疵、コース概念）正面切つての対立が行われており、これらはこの議論が外見上學説に支配されているというその性格を示しているように思われる。

二 学説の論者の間でのフランス法における 学説の役割についての議論

「法律家とだけ話をする」法律家の共通の場での、大多数の市民の意見の外にある国会の外での議論は、この契約法の改正について4年もの間展開され、そしてこれは疑いもなくフランスにおいて大学教員の学説が占めている（あるいは占めたいと思っている）特別な地位を示している。イギリスにおけるよりも明らかに認められているのであるが、ではフランスの学説は、ドイツの大学教員に伝統的に認められ、また2001年のドイツ民法典改正において確認されたかに見えるそれと比肩しうる重要性を得ようと努めているのであろうか。2004年の共和国大統領による奨励および国会での仮の議論へ向かうための司法省の当然の介入にもかかわらず、明らかに主導権は公式に委任されたわけではないが（少なくとも議論には）影響力のある大学教員のものである。こうした特徴と、諸草案においてはほとんど言及されていないが²³⁾、例えば二つの世界大戦の間の仏伊共通債務法典草案の準備や国土解放時の民法典全体の改正におけるように、最初から公権力によって公式の委員会

が設けられていたという歴史的な状況と、この両者の違いを想起する必要がある。こうした学説による主導という考え方は、複数の人々を通じて、近年の相続法の改正（2001年から2002年にかけて）または担保法の改正（2006年）におけるカタラ、グリマルディ両教授の果たした役割に結びつけられる。また民法の教授達の間で共有されている確信、すなわち契約の問題は、「債務の理論」に基づく、専門家の分野であり、ここで彼らは、ピエール・ブルデューが重視したところの、法律家の間の影響力をめぐる戦いのなかで「支配者」であると自然に認められなければならないことでも説明できる。この分野は、伝統的に数多くの博士論文が現れ、そしてこのうちのいくつかはこの議論でも引用され、また専門的な雑誌論文も現れている分野ではないか（特に2003年以降の *Revue des contrats* 誌）？ またフランソワ・テレ氏が明確に述べていたことであるが、民法改正草案起草の権限を独占し²⁴、特に家族法については法律家以外の（とりわけ社会学の）専門家に頼ろうとした、国立行政学院出身の「官僚による専制」の時代を経て、巻き返そうとする意思も存在する。ナポレオン法典の200周年記念のとき、民法の教授達は結局のところ「彼らの」改正を離すまいと考えていたように思われる。ここでは彼らは個々のまたは全体としての自分の学説を勝利させることができたのである。

こうした戦闘的な学説はまた全体として、20世紀の初め、そしてサレイユやジェニー（ジェラルム・コルニュ氏が使った「創造的法源」という表現は引用するまでもなくジェニーを想起させる²⁵）、エスマン（1902年の *Revue trimestrielle de droit civil* 誌の創刊時の）らの著作の時代から全く変わっていない法源の観念を守っている。確かに、学説は民法典が必然的に不完全であることを認識して、立法者が全て細部までは予見し得なかった状況を規律するための判例による解決の重要性を認めてはいる。とはいえ法学の教授達にとって判例は学説によって導かれなければならない、裁判官に、たとえ破毀院の裁判官であっても、意のままに我がもの顔な振り舞いをさせておくことなど問題外である。故カルボニエ学部長の立場に従って、契約法改正諸草案の作成者達は——あらゆる明白な事実に対して——、判例は新しい法規範を作ることも、また一つの自立した源として、民法典の改訂を実現させることもできないと思わせている。ジェニーが言うように、判例は「慣習法」の形成に寄与する一つの要素として現れ、そして、ここでは他の主体すなわち弁護士（ただし言及していないが）ととりわけ判例となる判決を選定する教授の介入が想定されている。またこれら様々な草案には、判例は学説の鏡を通してはじめて影響力を持つというフィリップ・ジェスタズ氏の考え方を見出すこともできる²⁶。

〔翻訳〕 ジャン＝ルイ・アルベラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか?」

このような考え方は、1804年以來隣接する民事責任の分野で生じてきた多くの判例法規範の創造を考えれば驚くべきものであるが、ここ数十年の判例の方向づけにあたり大学教員が行った選別と体系化の作業の根拠にはなる。しばしば、代金の決定や経済的脅迫、一方的解除、さらには契約の本質に対する侵害（有名な1996年10月22日のクロノポスト判決）についての革新的な判例を承認するかが問題になると、このうちのいくつかの判決に反論し、また判例の進取性を不適当であると判断してこれに反対することも考えられる²⁷⁾。法律に付与されている安定性や明確性は判例のスタンダードの曖昧さや変動性よりも好ましいのである。「裁判官の権限が及ばない事項が存在し、そこでは法律だけが法を創りまたはこれを変更することができる²⁸⁾と、ピエール・カタラ氏は、法律はむしろ学説の「臆見」を再生するべきものだとの確信とともに主張する。こうした学説による判例の枠付けは、場合によっては、一般条項により裁判官に与えられた広すぎる解釈権限に対する畏れ²⁹⁾、民法典の注釈者の著作からサレイユの附合契約に至るまでのフランスの学説史を参照したことに基づくものである³⁰⁾。

フランスの大学教員ら学説は、契約法改正の第一の責任者であると「自任」して以降、準備をするのに、さらには分裂を避けるのにより苦勞するようになった。ヨーロッパの他の国々におけるような国の法律家協会にあたるものが存在しないため、フィリップ・ジェスタズ氏とクリストフ・ジャマン氏の表現するところの³¹⁾、「フランスの学説の実体」は、比較法制協会やアンリ・カピタン協会のような有名な協会が担ってきた。これによりこれら協会の責任者たちは（ベネディクト＝フォバルク・コソン教授やドゥニ・マゾー教授のように）、比較法に通じていることや実業界との接触によって強化された、要となる立場にあるのである。例えばパリ商工会議所はベネディクト＝フォバルク・コソン氏を作業グループの一員とし、またドゥニ・マゾー氏を加えている。これにより学説の影響力は厳密な意味での大学教員による草案を超えて広がることになっている。

早くもカタラグループの結成時から「少数の民法学者³²⁾から「正統性」についての問題が提起された。最近では、ドゥニ・マゾー氏が、このグループの結成時に、同僚の誰を選び、反対に誰を排除するのかという議論があったことを「暴露」している³³⁾。草案が複数あることは、これもこれ以前に行われた「排除」にその原因の一つがあるわけであるが、このことは、学説がカタラグループの30人の大学教員に限られるとの印象を部分的ながらも修正した。その他の立場を示すこともでき（さらに双方の譲歩を通じて対立する見解の中から一つの解決に至らなければ

ならなかったグループのそれぞれにおいても複数の見解があった)、また最も目立つパリの大学教員にその著作や大学で責任ある地位にあること(元学部長や元全国大学評議会の民事法部門の長)で知られている地方の同僚が加わった。それでも、著名な人物が欠けており³⁴⁾、またパリ第一大学と第二大学の教授(現役または名誉教授)が相当重んじられている——このことはフランスの学会の中央集権化が法の分野において真に衰えてはいないことを示している——。またこの分野の「大家達」の強い影響力は故カルボニエ学部長の「相続人達」において大変顕著である。草案の起草以降に亡くなった故ジェラルム・コルニュ氏や故ジャン・フォワイエ氏、また対立する二つの草案のリーダーであるピエール・カタラ氏とフランソワ・テレ氏が挙げられる。構成員間の学説のそれぞれの系統は複雑で、また幾人かの個性が「陣営」間の対話を維持することに成功しているが、ヨーロッパの問題について見られるように、世代間のアプローチの違いが挙げられることは驚くに値しない。すなわち、「フランスの法的伝統」を尊重し、穏やかな発展を望んでいる「年輩いた見張り」と、むしろ比較法に示唆を得て変革を志向しているより若い革新者(このうちの幾人かはむしろ異端といってもいい立場にある³⁵⁾)とがしばしば対立し、議論が生じてきた。

他の法律家の人々の立場は、学説が任務を自認しているため、周皮的であるが、もちろん無視できないものである。裁判官達は、破産院の作業グループによって控え目ながら、決定的に司法省草案の起草に関わっている。より消極的ながら、弁護士達もこの草案を支持した。このことは間接的にカタラ準備草案よりもこの草案が好ましいことを意味している。消費者団体は雑誌『何を選ぶか? (Que choisir?)』の2007年2月号で存在を示したのに対して、実業界はパリ商工会議所をとっても強力なスポークスマンにしていた。また雇用者の組合であるフランス経営者組合の非公式の活動もここに含まれる。この経済危機の時期に改正の実現を急ぐ必要はないとの不満をほのめかしている³⁶⁾。大学教員ら学説は、こうした法律実務家達の議論への不可避の参加を、商工会議所と協力したり、「実業界」の法律家をテレグループに参加させたりすることで、考慮しなければならなかった³⁷⁾。現状では——学説の活動は改正の仮の成果により同じようには評価されないであろうが——、学説は、議論を「外人」の間に限定すること、そして好みの見解を押しつけることに部分的にしる成功したように思われる³⁸⁾。この中には実業界を不安にさせる「連帯主義」や「社会正義」といった概念に依拠することも含まれている。またこれらとは反対の方向で、世間では一般的な新自由主義、さらには裁判官の権限に関する

[翻訳] ジャン=ルイ・アルペラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか？」

保守的な立場への多くの学説の賛同（実のところ驚くべきことではないのだが）を引き出すこともできる。この観点から見ると、裁判官と司法省はより当事者の不平等を均衡させることを望むであろう³⁹⁾。こうした状況のもとで今後は政治に依存するプロセスを学説が徹底的に支配することができるかは不透明である。

三 ヨーロッパにおけるフランス法の 独自性に関する議論

比較法学者であるドゥニ・タロン氏が「フランスのフランス語」⁴⁰⁾での交流と書いた交流においても、ヨーロッパにおける法の調和と各国の私法の未来の影は、重苦しいとは言わないまでも、確実に存在している。1989年と1994年のヨーロッパ諸国の民法の調和のためのヨーロッパ議会の決議やランドー委員会と（ガンドロフィ教授の主導する）パヴィア法律家協会の作業、2004年のヨーロッパ委員会の発表、共通参照枠の作成プロセス以降、フランスの民法学者は、これについて不平を言うにせよ、これを歓迎するにせよ、契約法に関するヨーロッパレベルでの諸草案を考慮に入れる必要があることはよく承知している。加えてフランスで進行中の改正プロセスに加わっている少なくない教授がこれらの議論に熱心に参加し、またその口調はしばしば攻撃的であった⁴¹⁾。

まず、契約法草案においてフランス法の歴史さらにはフランスの伝統に繰り返し準拠がなされる時、ヨーロッパの参照は暗黙になされるかあるいは「内容の伴わないもの」である。ポルタリス（より一般的には「民法典の父」）の諸原則や民法典を改正するための故カルボニエ学部長の手法は誰も異論のない共通の遺産をなしている⁴²⁾。契約法の「フランス的観念」や、ある特殊な規律（コースについてだけではない!）、「フランス的解決」、「フランス法的特質」、「フランス式庭園」のモデル、これらによるとき、ナポレオン法典が世界に影響を及ぼしていた時代への隠しようのないノスタルジーがつきまとう⁴³⁾。こうしたナショナリスティックな反応から、今日の民法学者でさえ先人達の成果にも貢献したその後のドイツやイタリア⁴⁴⁾の影響について全く触れないままなのである。

これら草案の起草者達によれば、フランスの民法の輸出国の中でも第一級の地位を保つためにこそ、契約法改正は行わなければならない。それゆえ比較法へ向かう足取りは第二の段階で生ずるものでしかなく、「偉大な伝統」を擁護し、証明するというこの目的への反応として生ずるものである。さらに比較法的志向は草案に

よっても等しくはない。こうした志向は、カタラ準備草案では非常に限定されているが（同草案でのこの志向は主にドゥニ・マゾー氏によるものである⁴⁵⁾）、契約共通原則では明らかに認められ、また商工会議所や司法省、テレグループの提案でも、これがよく窺える⁴⁶⁾。ヨーロッパレベルでの草案については、ランドー原則やヨーロッパ契約法典「ガンドルフィ」草案（フィリップ・レミイ氏が参加していた）が明らかにフォン・バルグループの作業および共通参照枠に優位している。後者のフランス語版が出版されていないことは、フランスでは警戒感を持たれるその主導性が声高には語られない口実になっている。そして、可能であると考えれば、例えば一方的解除や契約締結前の段階について、フランスの民法学者は比較法あるいはヨーロッパレベルの諸草案に、しばしば判例においても現れている、これらにおける発展を支持するための補助的な論拠を見出している。ある意味で裁判官はこうした接近を「先取り」しているのである。かくして、ヨーロッパレベルでの解決とフランス法で提示されている規律との間の違いの数は、前者自体が各国の諸観念についての歴史的な「共通財産」に依拠していることから、とても少なくなっている。またフランスの民法学者は、ローマの遺産や、19世紀の学説の20世紀の学説への影響、例えば国際動産売買に関するウィーン条約で承認されたいくつかの規律の統一法としての性格を完全には無視することはできない⁴⁷⁾。

最近の議論からは、2004年の民法典200周年記念のときとはとても異なる印象を受ける。すなわち、ヨーロッパレベルでの諸草案やこれらが伝える法の調和という考え方に反対する陣営はその重要性を減らし、またその幾人かは離反する傾向にある。イヴ・ケット教授とアラン・ゴツィ教授は、司法省草案について、裁判官の権限や基本的な法準則の位置づけに関して、ヨーロッパをモデルとしているため、我々の「法的伝統」との間に断絶があることを見だし、これを批判するほとんど唯一の者であった⁴⁸⁾。またレミー・カブリヤック教授は、この同じ草案が、——特にコーズについて——「定着したフランス法」と外国からの影響に開かれていることとの一貫しないカクテルのような印象を与えることが残念だとしている⁴⁹⁾。これに対し、ドゥニ・マゾー氏は、改正がヨーロッパレベルの諸草案の方向に進むように自身がコミットしているのは疑いないとして、親しげに応じている。またこの同じドゥニ・マゾー氏が「動かない人々の陰謀」と「フランスの学説に広く残っているヨーロッパ契約法への反発」を心配していることも確かである⁵⁰⁾。

親ヨーロッパと反ヨーロッパという対峙する両勢力について主観的な評価を免れることはとても難しいように思われる。しかしながら、今日ベネディクト=フォバ

〔翻訳〕ジャン=ルイ・アルベラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか？」

ルク・コソソ氏とドゥニ・マゾー氏の担っている要となる役割や、テレ草案によって、より現状に対して愛着を持っているカタラ準備草案の立場に対してもたらされた、よりヨーロッパ的な解決（コースの放棄のような）を進めるカウンターウェイト、さらに司法省が擁護するこちらの方向性から、天秤はヨーロッパの国々との間の対話を支持する者達の方へ傾いている。とはいえ、このことは、フランスの民法学者の多数が一定の解決について独自性を主張することをあきらめることまで意味するわけではない。さもなければ民法典改正草案には意味がなく、ありうるヨーロッパレベルでの調整を予期して規律を考える方がよいであろう⁵¹⁾。さらに、フランス法モデルに経済的な魅力を再び与えたいと、また国際的な交渉の場で「フランスの声」を理解させたいと主張しながら、隣国の法に幾分歩み寄ることを支持する両義的な形態もある。こうした両義性は、明確にフォン・パール氏の草案に反対しながら、ヨーロッパの共通参照枠の作成のプロセスには参加している比較法制協会やアンリ・カピタン協会のとる戦略にも見いだされる。したがって、ヨーロッパ契約法に賛同することはこのヨーロッパ法からフランス法を守ることになるのである！

法の歴史家として、ポルタリス以来単一かつ永続するものと認識される、フランスの伝統や法文化を、我々の「モデル」（ここでは民法の法典化のときの）の諸外国やヨーロッパの国々の法に対する優越性を自慢するため、讃える論拠にしばしば驚かされる。実際、契約法の実定法規範に固有の色や特別な独自性を与える、この言われるところのフランス法の本質の具体的な内容とは何であろうか？ 少なくとも草案は、非法典国の体系に対する安定性という面での法典化の優越性を持ち出している——ここではめかされているのは間違いなくコモンローであり、幾人かのフランスの法律家の抱く民法を持つ国々への英米法の侵入に対する強迫観念に行き着く⁵²⁾——。では、民法典を経済的社会的な変化に適合させるためになされた判例の成果を挙げることで、一種の立法的補強によってこれら「前進」を承認することと、法典化された法だけを遅れて気にかける素人は理解することができるかと主張することとは、矛盾しないのであろうか？ しかしフランス民法の法典化の歴史からは、反対に民法の国々の判例とコモンローの国々の判例の接近に、非法律家による法規範の「理解しやすさ」というものについてより慎重であるように、より注意を向けることになるであろう。

正義や連帯主義の観念により均衡のとれた契約法を志向する、ナポレオン民法典に必ず遡れるというわけではないフランス「共和国の」伝統をよりどころとするこ

とは、これもまた、歴史と比較法を軽視し、ナショナリストの偏見を維持することになる。信義誠実の原則や消費者法を強化するためのドイツやスカンジナビアの国々での発展を忘れたのであろうか？ 片やイギリス法は常に「超自由主義」の解決に賛成し、片やフランス法は長い間（コーズの理論や公序の位置づけ、一定の契約における国の介入の重視によって）正義と有用性を両立させるべく不規則ながら配慮をしてきたという単純な対比を信じさせたいのであろうか？ これらはかつてあるいは同時代にフランスという空間に存在する法文化のまじめな検討というよりはフランス法の神話に属するように思われる。フランスはもっぱら法を輸出する国であると考えことに慣れているため、多くのフランスの法律家は、今日のグローバリゼーションに特有である考え方や規範が激しく行き交うことによって、「数世紀にわたる精神」が宿ったフランス法の独自性と統一性を擁護することがほとんど説得力を失っていることを知って、気を悪くする。今日の債務法改正の議論から、むしろ反対に、私は、法に付与される国のアイデンティティというそれ自体非常に異論の余地のある概念についての現実主義者の「幻滅」に思いを致すのである。

【訳者付記】本稿は、2010年2月25日(木)、午後1時30分より南山大学にて行われたジャン＝ルイ・アルペラン氏（高等師範学校教授）による同一題名の講演の原稿を、同氏の承諾の下に訳出したものである。訳文中の〔 〕で括られた文は訳者が挿入したものである。なお本稿のつたない原稿をお読みいただき、貴重なご指摘を賜った田中実教授に心から御礼申し上げる。

原注

- 1) Alain Wijffels, «Un Bicentenaire fatigué?», *Le Monde*, 17 mars 2004, p. 19.
- 2) François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1.
- 3) *Avant-Projet de réforme du droit des obligations*, Rapport à Monsieur Pascal Cément Garde des Sceaux, 22 septembre 2005, p. 11（以下〔注では〕*Avant-projet Catala*として引用する）。〔訳者注：草案の邦訳として、上井長十「〔資料〕フランス債務法及び時効法改正草案構想（avant-projet）——カタラ草案——試訳（1）（2）」三重大学法経論叢 26巻2号145頁以下、27巻1号21頁以下を参照。関連する論稿の邦訳として、ピエール・カタラ（野澤正充訳）「民法典から債務法改正草案へ」ジュリ 1357号136頁以下を参照。〕
- 4) John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (eds.), *Reforming the French Law of Obligations*, Oxford-Portland, Hartn 2009, p. 9.

- 5) *Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'Avant-Projet « Catala » et propositions d'amendements.*
- 6) John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (eds.), *op. cit.*, p. 18; Denis Mazeaud, « Réforme du droit des contrats: haro, en Hérault, sur le projet », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2675.
- 7) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 2.
- 8) Avant-projet Catala, p. 25–26, 1101 条, 1101-1 条, 1101-2 条。
- 9) « Les obligations naissent d'actes, de faits juridiques ou encore de l'autorité seule de la loi. 「債務は、法律行為と法律事実の他には、法律の権威のみによって発生する。」
- 10) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 62–63, 91, 111–112.
- 11) Avant-projet Catala, p. 43, 1127 条。
- 12) *Projet de Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 25–198.
- 13) Avant-projet Catala, p. 29.
- 14) *Ibid.*, p. 30–33. おおよそ判例の解決を採用している。
- 15) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 200–201.
- 16) 第一次世界大戦以降不予見理論を認める行政裁判官とは異なり、1 世紀以上前から契約条項を改訂するための民事裁判官の介入を拒んでいる。
- 17) Avant-projet Catala, p. 47–48, この再交渉が失敗した場合には、各当事者は費用負担、損害負担なく契約の解約を請求する権利を有する。
- 18) « Réforme du droit des contrats: “un très bon projet”. Entretien avec Muriel Fabre-Magnan », *JCP* 22 octobre 2008, n° 43, p. 15.
- 19) Rémy Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP* 1^{er} octobre 2008, n° 40, p. 20 は、この英法の「黙示的条項」を想起させる提案を批判する。
- 20) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 69, 188 et 250.
- 21) Avant-projet Catala, p. 53–55.
- 22) Avant-projet Catala, p. 75–76; François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 77 et 98.
- 23) 国土解放時の民法典改正委員会については、Avant-projet Catala, p. 65.
- 24) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 38.
- 25) Avant-projet Catala, p. 21.
- 26) Philippe Jestaz, « Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996, p. 299.
- 27) Avant-projet Catala, p. 39 et 73.

- 28) *Ibid.*, p. 14.
- 29) Rémy Cabrillac, *op. cit.*, p. 19.
- 30) 注釈を用いることはテレ草案でのフィリップ・レミイ氏に顕著である（氏は1980年代以来注釈を賞賛している）。また *Avant-projet Catala*, p. 22 で附合契約に言及がされている。
- 31) Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La Doctrine*, Paris, Dalloz, coll. “Méthodes du droit”, 2004, p. 139 et s.
- 32) *Avant-projet Catala*, p. 11.
- 33) Denis Mazeaud, *op. cit.*, p. 2675.
- 34) 個人的な対立という観点からの説明を試みなくても、外から観察する者として、マランポー氏やエネス氏、オーディット氏、アンセル氏、ジャマン氏、グリーンポー氏、ラルメ氏、ベザン氏、トゥルナフォン氏、ゼナティ氏が（民事責任については言うまでもなく）契約法について形成されたとのグループにも参加しなかったことに驚かされる。また *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2441, 2551 et 2607 で、ラルメ氏やマランポー氏、トゥルナフォン氏は自説（特にコースについて）を述べている。
- 35) フィリップ・レミイ氏のことが想起される。氏の発言はしばしば他の学説から「突出」している。またフランソワ・テレ氏も、フィリップ・シムレ氏とイヴ・ルケット氏とは共著で債務法の教科書を書いているにもかかわらず、立場を異にしている。
- 36) *Revue des contrats*, 2009, n° 1, p. 354 がアレンジした座談会で、フランス経営者組合の代表は、フランスの企業は契約に関する民法典改正のいかなる緊急の必要性も伝えていないと、断言している。
- 37) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 1-2.
- 38) 特にドゥニ・マゾー氏に代表される、「連帯主義者」の潮流は、近時の議論においても、これまで一部の民法学者や経済界の一部（たとえ中小企業の立場は弱い契約当事者の立場と切り離せないとしても）に強く反対されてきたが、様々な寄与をしていることがある種異論なく認められている。また「共和国の平等」（*Avant-projet Catala*, p. 12）に基づく共通の法として、民法典を賛美することは、それはそれとして、消費者が消費法典による特別の保護を与えられることを、脅かす可能性もある。
- 39) Muriel Fabre Magnan, *op. cit.*, p. 15 は、いつもはとても穏やかであるが、この議論で、「強い当事者の相談を受ける」者の利益について語ることをためらわない。弁護士ではなく、こうした相談に乗る者へそれとなくほめかしをするのは法学の教授のすることである。
- 40) John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (eds.), *op. cit.*, p. 11.
- 41) 特に（カタラグループの構成員である）イヴ・ルケット教授のことが想起される。《*Recodification civile et prolifération des sources internationales*》, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 159-196. [訳者注：関連する

〔翻訳〕 ジャン=ルイ・アルペラン「フランス契約法にいかなる改正がなされるのか？」

論稿の邦訳として、イヴ・ルケット（馬場圭太訳）「我々はヨーロッパ民法典へと向かうべきか」龍谷大学社会科学研究年報 35 号 96 頁以下を参照。]

- 42) Avant-projet Catala, p. 11, 15, 16; Rémy Cabrillac, *op. cit.*, p. 19.
- 43) Avant-projet Catala, p. 25–26, 37, 56; François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 165; Réaction de la CCIP, p. 18; Projet de la Chancellerie, p. 1–2.
- 44) 手段債務と結果債務の区別はイタリアの民法学者の文献からドゥモエグが発展させた。
- 45) Avant-projet Catala, p. 28.
- 46) Ole Lando, «La contribution française au droit européen du contrat», *Revue des contrats*, 2009, n° 2, p. 737 は、契約共通原則の比較法的志向を、「かつてのフランスの名残がここには見られない」として、喜んでいる。
- 47) これについてはカタラ準備草案で一度、契約共通原則ではより頻繁に言及されている。
- 48) Alain Ghozi, Yves Lequette, «La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie», *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2609–2613.
- 49) Rémy Cabrillac, *op. cit.*, p. 18.
- 50) Denis Mazeaud, *op. cit.*, p. 2680.
- 51) ここには草案を積み重ねてヨーロッパのプロセスを遅らせるというひんしゆくを買うような打算も含まれる。Ruth Stefan Green, «The DCFR, the Avant-projet Catala and French Legal Scholars. A Story of Cat and Mouse?», *Edinburgh Law Review*, sept. 2008, p. 351–373.
- 52) François Terré (dir.), *op. cit.*, p. 119; Réactions de la CCIP, p. 15.