

民事契約・商事契約・消費者契約の位置づけに関する覚書

—— フランス法における契約の特種化論を参考として ——

馬 場 圭 太

目次

- 一 はじめに
- 二 日本法における民事契約・商事契約・消費者契約
- 三 フランス法における契約の特種化論と商事契約・消費者契約
- 四 まとめに代えて

一 はじめに

本稿は、商法の総則および商行為、とりわけ商行為の規定の現代的意義に関する序論的考察を行うものである。その際にとりうるアプローチとして、例えば、実質的な改正が施されないまま放置されてきた商法総則・商行為法の規定が近い将来改正されることを見据えて、商法総則・商行為法の現代化、すなわち法改正に向けた研究を行うという方針がありうる¹⁾。これに加えてまたは併行して、商法総則・商行為の現代化から照準をいったん外し、商法総則・商行為法を含む商取引法全体を、隣接領域との関係を意識しつつ捉え直すというアプローチをとることもありえよう²⁾。本稿では、再法典化よりもむしろ契約に着目し、この概念

1) 例えば、民商法雑誌に掲載された特集「商法総則・商行為法改正の理論的基礎」の「企画趣旨」を参照（清水真規子・民商法雑誌158号（2022年）1頁）。

2) 民法典、商法典、そして、狭い意味での法典ではないが、消費者契約法は、それぞれが定める基準に従って規範群の適用範囲を画しており、それには歴史的、理論的、そして実務上の理由がある。しかし、法典の改正を考察の軸に定めると、それらの基準から離れた発想をすることが難しく、考察の視野が狭まるおそれもある。

を軸として民法、商法、さらに消費者法との関係を整理する視点を得ることを目指す。

二 日本法における民事契約・商事契約・消費者契約

日本法では、民事契約、商事契約、そして消費者契約に関する規律が別個の法典または法律の中に比較的判別しやすい形で整理されている。以下では、各領域における契約に関する規律の現状を確認することから始めよう。順序が前後するが、まず本研究班の中心的な研究対象である商事契約を、次に、民事契約、消費者契約をとりあげる。

1 断片化し空洞化する商事契約法

日本の商法は、商人の概念と商行為の概念を採用し、これらを適宜組み合わせることによってその適用範囲を画している（いわゆる商人主義と商行為主義の折衷主義）。商行為概念によって商法の適用範囲が画定される以上、どのような行為が商行為にあたるかが明確でなければならない。このため、商法は、特に501条と502条において商行為の具体例を限定列挙した。その反面、商行為の一般的・包括的な定義を置くことを放棄している。

このように、日本の商法の中には、商行為の性質を明らかにする定義規定は存在しない。しかし、学説によれば、商行為のうち、基本的商行為の法的性質は法律行為であるとされる³⁾。

もっとも、商行為の概念は、単に商法の適用範囲を画することのみを目的として採用されたわけではないであろう⁴⁾。商法は、「第二編 商行為」において商行

3) 西原寛一『商行為法〔第3版増補版〕』（有斐閣、1983年）62頁。

4) 高田晴仁は、実質的意義の商法について論じる文脈において、「現在、わが国の商法典が解体傾向にあることは否めないが（脱法典化）、もともとこのような一つの法典をつくるのには何か統一的な目標があったはずである。ただやみくもに雑多な法規をあつめるということ」

為一般と8種類⁵⁾の各種商行為(売買、交互計算、匿名組合、仲立営業、問屋営業、運送取扱営業、運送営業、寄託)について規定を整備している(以下、前者を「商行為法総則」、後者を「商行為法各則」、両者を合わせて「商行為法」と呼ぶ)。このような規定の配置から、商法には、商行為概念を中心に据えることによって、商取引全体を把握しようとする意図が垣間見える。

しかし、商行為法の構成全体を眺めると、次の点に歪みがあるように見える。

第1に、商行為総則について、総則規定であることを考慮したとしても、そこに含まれる条文の数がかなり少ない。加えて、数少ないそれらの規定も、断片的な内容の寄せ集めにすぎない。これは、そもそも商法が制定された際に、民法の中で定めるべき規定は民法で定める方針がとられたこと⁶⁾、さらに、その後の改正、とりわけ平成29年(2017年)の民法改正の際に、複数の規定⁷⁾が削除されたことで断片化がより一層進んだことの結果である。現状において、「第二編 商行為 第一章 総則」が、その後続く各則に対する真の意味での総則となっているかは⁸⁾、相当に疑わしいといえよう。

第2に、各種の商行為について、商行為ごとの規律の不均衡が顕著である。すなわち、商法の制定以来、「第二章 売買」にかかる規定はわずか5カ条にとどまるのに対して⁹⁾、「第八章 運送営業」や「第九章 寄託」にかかる規定は内容が

↘はありえ(ず)…そこには、「商法」という名にあたいる実質をもった法規があつめられていたはずであろう」と述べている(北居功=高田晴仁編著『民法とつながる商法総則・商行為法〔第2版〕』(商事法務、2018年)9頁[高田晴仁])。

5) 平成20年の改正までは、保険を含む9種類であった。

6) 青竹正一『商法総則・商行為法〔第3版〕』(信山社、2023年)165頁。

7) 平成29年法律第45号により、商行為総則に含まれる23カ条のうち、①対話者間における申込み(旧507条)、②商事法定利率(旧514条)、③有価証券(旧516条2項および517条から519条まで)、④取引時間(旧520条)、⑤商事債権の消滅時効(旧522条)、および⑥準商行為(旧523条)に関する規定(計8カ条)が削除された。

8) 商行為法総則と各則(各論)の体系的不完全性は、古くから批判されてきた(西原寛一『商行為法〔初版〕』(有斐閣、1960年)18頁以下を参照)。

9) その理由は、「一つには、売買については、民法において比較的詳細な規定がおかれていることである(民法555条以下)。また一つには、売買は最も強く当事者の私的自治に委ねら

相対的に充実しているが、平成20年（2008年）改正前の「第十章 保険」は、社会情勢に対応する現代化のために商法から切り離され、単独の法典を持つに至っている。すなわち、売買のように、民法その他の法典や法律が充実しており、実質的な規律がそちらに吸収された結果、商法の規律内容が貧弱なものとなっている商行為類型もあれば、商法の中で抱えきれなくなり、商法の外へ飛び出した商行為類型もある。このような極端な振れ幅が確認される状況は、商行為法の廃止を主張する立場¹⁰⁾に有力な論拠を与えることになるだろう¹¹⁾。

落合誠一は、2000年代初頭に、商行為法を含む実定商取引法の現状を、実務に相手にされていない時代遅れの規制であって、商法の存在意義そのものが今や問題となっていると言わざるを得ないと厳しく指弾して、商行為編の現代化の必要性を説いていた¹²⁾。それから20年が経過し、債権法改正とともに実施された平成29年の商法改正を経た今もなお、商行為法を取り巻く状況は基本的には変わっていない。むしろ、平成29年改正の実施によって商行為法の真の現代化が遠のいたと考える立場からすれば、状況はむしろ後退したとさえいえるかもしれない。

2 商化する民事契約法

平成29年の商法改正では、商行為法に定めるいくつかの規定が削除されるとともに、それらの規定が民法の中に吸収された¹³⁾。これにより、いわゆる民法の商

ゝれるべき領域であって詳細な規定をおく必要がなく、これがかえって取引の自由な発展を阻害するおそれがあるからである」と説明される（森本滋編著『商行為法講義 第3版』（成文堂、2014年）16頁〔小栴徳武〕）。

10) 藤田友敬「総論：商法総則・商行為法の現状と未来」NBL935号（2010年）11頁の「積極的破壊主義」を参照。

11) とはいえ、「商行為総則の規定を一挙に廃止するという方向性が多数の理解を得られるかといえ、これもそう簡単にはいかないというのが実感である」とも指摘される（山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学71巻1号（2019年）94頁）。

12) 落合誠一「商取引法の意義」法学教室290号（2004年）54頁以下。

13) 債権の消滅時効（改正民法166条、商法旧522条の削除）、法定利率（改正民法404条、商法旧514条の削除）、有価証券に関する規定の新設（改正民法520条の2以下）、承諾の期間の定めのない申込み（改正民法525条3項、商法旧507条の削除）など。

化現象¹⁴⁾が一段と進んでいる。これがさらに極限まで推し進められたとき、形式的な意味における商行為法は消滅する可能性がある。しかし、そのような状況においても、事実としての商行為が存在し続ける以上、実質的な意味での商行為法が消滅するとは考えにくい。仮に、商行為法が消滅し、民法の規定を適用することによって商行為を規律することになるとすれば、商行為に関する規範は、民法の中に定められるサブ規範として存続する可能性がある。あるいはそれとは全く逆に、消滅した商行為法に代わる規範群を民法の外に定めるという方向性もありうる。その場合、商行為法が解体され、それとともに商行為概念も放棄されるのであれば、それに代わる規範群がどのように設計されるべきか、あるいは少なくともどのような可能性があるかを検討しなければならないであろう。

3 各則規定を欠く消費者契約法

平成12年（2000年）に成立した消費者契約法は、消費者と事業者の間で締結された契約、すなわち消費者契約を対象とする包括的で具体的な民事ルールとして立法化された。同法の目的は、非常に深刻な状況にある消費者契約関連紛争に対する緊急の処方箋であると同時に、市場メカニズムをより重視する経済社会システムへ転換するための環境整備の一環でもあった¹⁵⁾。

同法は、制定当時、契約締結過程に関するルール（第二章）と不当条項規制（第三章）の二本柱から構成されていた。これらの規定は、民法上契約の取消しまたは無効を導く制度の一部、すなわち民法総則規定の一部（民法95条、96条、および90条）を特別法化したものであって、契約類型にかかわらず適用されることか

14) 大隅健一郎によれば、民法の商化には2つの現象が含まれるとされる。1つは、商法に属する原理または規定が一般法である民法に取り入れられることであり、もう1つは、これまで民法に属していた制度や法律関係が漸次商法の支配に服せしめられることである（大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（有斐閣、1978年）48頁以下、服部栄三『商法総則〔第3版〕』（青林書院新社、1983年）45頁以下など）。西原寛一は、前者と比較して、後者の意義は軽微であるとみる（西原・前掲注3）10頁）。

15) 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）i頁。

ら、実質的に、消費者契約法の「総則」に相当するといえよう。

消費者契約法は、数次にわたる改正を経たことに加えて、判例および裁判例が蓄積された結果、次第にその内容を充実させていった。しかし、同法の基本構造は制定以来大きく変わってはならず、消費者契約総則にかかる規定が数多く追加されたのとは対照的に、消費者契約各則にかかる規定は何も置かれていない。確かに、消費者契約法以外の各種の消費者保護立法の中には、消費者契約の各則に相当するように見える規定が存在しないわけではない。例えば、特定商取引法は訪問販売、電話勧誘販売、通信販売、連鎖販売取引、特定継続的役務提供等、そして割賦販売法は割賦販売を対象とする個別の取引にかかる規律を含んでいる。しかし、それらの立法は、副次的に民事上の効果を定めることはあるとしても、本来の性質はいわゆる業法であって、民法の特別法であるところの民事ルールと性格づけることは難しい。少なくとも、これらの立法を単純に消費者契約法の各則とみなすことは躊躇われる。

消費者契約法が制定された理由は、それまでの消費者保護法制が「業法を中心とした別業種細切れ・行政規制依存法制であり、消費者保護の隙間が生じやすいという欠陥を孕むものであり、包括的民事ルールを制定することによりこのような隙間をなくすということであり、したがって、「消費者契約法が包括的な適用対象をもつことは理論的な帰結であった¹⁶⁾。そして、消費者契約法の制定過程の議論から、消費者契約法各則を付加し発展させるという方向性を読み取ることはできないことも確かである。しかし、裏を返すと、消費者契約法の上記のような方針は、その時代に固有の背景にある程度依存しており、そのような背景事情から解放された状況では必然的なものとはいえないのではないか¹⁷⁾。

16) 山下友信「消費者契約法諸規定の位置づけ」河上正二ほか『別冊 NBL54号 消費者契約法—立法への課題—』（商事法務研究会、1999年）214頁。

17) 実際、制定後の議論には、消費者契約法各則の可能性に言及するものも見られる。例えば、潮見佳男は、EUの1999年消費者物品売買指令を引き合いに出して、「わが国でも消費者取引における給付障害、とりわけ瑕疵担保・不完全履行に焦点を合わせて、新しい規律を作っていくということになれば、契約締結過程と契約内容の不当性を扱う今回の消費者契約法

4 民事契約と商事契約あるいは消費者契約を架橋する理論はありうるか

民法、商法、消費者法の現代化を論ずるとき、冒頭で述べたように、法典の機能分担、すなわち法典の適用範囲や法典の統合・縮小・廃止に焦点が当てられる傾向がある。これらの点について議論することにはもちろん意義がある。しかし、これらの議論は、現実の取引が日々刻々と変化していく中で、取引の実態から離れた、抽象的で形而上学的な議論に囚われてしまうおそれがないとはいえないのではないのか。

以上のような問題意識から、本稿では、法典の機能分担にかかる議論からはやや距離を置いて、より抽象度が低い契約の概念に焦点を当て、この概念を横軸として、民法、商法、消費者法を貫く視点ないし理論を整理する道を探る。そのための素材として、フランス法で展開している「契約の特種化 *spécialisation des contrats*」に関する議論に着目する。というのも、この議論は、契約の概念を通じて、契約の一般理論と各種契約の法との関係をダイナミックにかつ分野横断的に整序する理論を構築しようとする試みであり、上記の問題意識に対する示唆を与える可能性があるからである。

三 フランス法における契約の特種化論と商事契約・消費者契約

フランスでは、近時、契約の特種化について活発に論じられており、日本でもこれを紹介し、詳細に検討する一連の研究が既に存在する¹⁸⁾。本稿では、これら

↘とは別に、消費者契約の履行・不履行問題を扱う消費者契約法も議論する必要はあるのではないかと述べている（落合誠一ほか「座談会 消費者契約法の役割と展望」ジュリスト1200号（2001年）21頁 [潮見発言]）。また、山下友信が検討している、消費者契約法が特定契約類型において適用除外される可能性も興味深い（山下・前掲注16）234頁以下）。というのも、ある特定の契約類型について消費者契約法総則の規定が適用除外されるということは、逆説的に、当該契約類型が消費者契約法各則に位置づけられていることを示唆するからである。

18) とりわけ、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）↗

の先行業績に依拠しつつ、契約の特種化論における商事契約および消費者契約の位置づけについて検討を進めていく。

1 フランス法における各種契約の特種化論の展開

フランスにおける各種契約の特種化に関する議論は、民法典制定以降、各種契約が飛躍的に発展拡大し、契約の一般理論 *théorie générale du contrat* と各種契約の法 *droit des contrats spéciaux*（以下、「各種契約法」という）の関係に変容が生じる中で展開された¹⁹⁾。

民法典制定後、立法、実務または判例を通じて、民法典に定められていない新たな契約が出現した。それに伴って、契約の分裂増殖現象による枝分かれが生じた。すなわち、生物学の分類に準えれば、民法典の設計では、最も抽象的かつ一般的な契約が「属 *genre*」であるとする、民法典によって名前が与えられた各種契約（典型契約）はその「種 *espèce*」に位置づけられる。ところが、各種契約のさらなる細分化が生じることにより、その下位に「亜種 *sous-espèce*」が形成され、それぞれの亜種は固有の制度に服することになる²⁰⁾。売買を例に挙げて説明すると、民法典に定める売買契約は、民法典制定当時は一体性を持った契約類型であったが、その後、売買の制度は、性質（民事売買か商事売買か民商混合売買か）、目的物（有体動産、無体動産、農産物、不動産、建築予定不動産のいずれを対象とするか）、当事者の属性（事業者か消費者か）、渉外的要素（国内売買か国際売買か）等によって枝分かれし、適用される規範群が変化していった。

↘303頁以下、都筑満雄「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（1）～（3）完」南山法学36巻1号（2012年）77頁以下、2号 135頁以下、3・4号（2013年）293頁以下、同「各種契約の一般理論と日仏の契約法改正—役務提供契約について—」近江幸治先生古稀記念『社会の発展と民法学（下巻）』（成文堂、2019年）431頁以下（以下、[2019]として引用する）、同「役務提供契約共通法の序論的考察—フランスにおける役務提供契約の共通規定を参考に—」法律論争93巻6号（2021年）151頁以下を参照。

19) P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022, p. 41 et s.

20) P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2019, n° 8, p. 7.

同様のことは、賃貸借契約、請負契約などにも当てはまる。このように、属から種へ、種から亜種へと重心が移行し、亜種である超各種契約 *contrats très spéciaux* に自律性が与えられていった²¹⁾。

新たな各種契約に関する法規範が形成されその内容が拡充されていく中で、各種契約に関する規律の中から、すべての契約に共通するわけではないが、一定の共通性を有する複数の各種契約に妥当するものを見だし、それらを契約の一般理論と各種契約法の間位置づけられる中間的理論（いわゆる「各種契約の一般理論」）とする見解が現れた²²⁾。

この議論は、経済活動の発展に伴って契約が多様化し、枝分かれし、それによって各種契約相互の関係が複雑になる中で、あらゆる種類の契約を、契約の一般理論、各種契約の法、そして各種契約の一般理論という道具立てを用いることで理論的に整序することを可能にしようとするものであり、その帰結は法典の再法典化に活用することができるものであるとされた²³⁾。

2 商事契約と消費者契約

ここで、フランス法において商事契約および消費者契約の概念がどのように捉えられているかについて触れておこう。

まず、フランスでは、固有の意味における「商事契約 *contrats commerciaux*」は存在しないとされる²⁴⁾。商事契約という概念を裏付ける法制度があるわけでは

21) *Ibid.*, n° 8, p. 8.

22) 詳しくは、森田・前掲注18) 317頁以下および都筑・前掲注18) [2019] 434頁以下を参照。

23) A. Bénabent, *Les difficultés de la recodification: les contrats spéciaux*, in *Le Code civil 1804-2004—Livre du Bicentenaire*, Dalloz / Litec, 2004, p. 245 et s. および森田・前掲注18) 326頁以下を参照。実際、2016年/2018年の契約法改正の際に、枠契約、附合契約、役務提供契約などの抽象的な契約類型が定められたこと、役務提供契約に関する契約をまたいだ規律（民法典1163条）が見いだされることなど、各種契約の一般理論の影響が看守される（都筑・前掲注18) [2019] 442頁以下を参照）。

24) 例えば、D. Houtcieff, *Droit commercial —Actes de commerce, Commerçant, Fonds de commerce, Contrats commerciaux, Concurrence Instruments de paiement et de crédit—*, ↗

なく、あくまで説明の便宜のために用いられているにすぎない²⁵⁾。それにもかかわらず、重点の置き方に差はあれ、概説書や論文の中で商事契約に言及され、あるいはその存在を前提とした叙述が見られる。その起源は明らかでないが、民事契約と商事契約は、古くから区別されてきたとされる²⁶⁾。

次に、「消費者契約 *contrats de consommation*」の概念も、法律によってほとんど用いられておらず²⁷⁾、定義されてもいない²⁸⁾。消費者契約は、各種契約として確立しているとはいえないが、現在では、学説によって日常的に使用されるに至っており²⁹⁾、少なくとも新たな法的カテゴリーとして確立されていると主張する者もいる³⁰⁾。消費者契約は、事業者間契約³¹⁾や対等当事者間契約³²⁾と対置され

↳ Sirey, 5^e éd., 2022, n° 961, p. 553; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 20, p. 28.

25) Houtcieff, *supra* note 24, n° 961, p. 553.

26) 民事と商事の区別が法システムの中に深く刻み込まれているフランスでは、民事契約と商事契約の対比は自然に受け入れることができるものであり、当然視されてきたという側面もあろう。

27) 唯一の例外として、しばしば消費法典 L. 211-2条が挙げられるが、ペザンは、これを不注意によるものであるとする (Gilles Paisant, *Droit de la consommation*, PUF, 2019, n° 83, p. 110)。

28) フランスを含む EU 加盟国の消費者法は、現在、EU 消費者法 (EU 指令など) の強い影響を受けているが、EU 消費者法は、消費者契約という表現を好まず、むしろ「消費者が締結した契約 *contrats conclus par les consommateurs*」あるいは「消費者と事業者の間で (締結された契約) *entre les consommateurs et les professionnels*」といった表現を用いている。

29) Paisant, *supra* note 27, n° 83, p. 110. 実際、最新の教科書や概説書のほとんどにおいて、消費者契約について説明または言及され、さらには表題に用いられている。

30) この点は、論者によって評価が微妙に食い違っているように見える。例えば、ピコは、「消費者契約」という呼称が法律上用いられていないことは確かであるが、既存の各種契約を超越する契約—すなわち、事業者と消費者の間で締結され、消費法が規律する特別規定に従う契約—の存在を適切に示しているという (Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 5^e éd., 2020, n° 213, p. 166)。また、ル・ガック・ベックは、消費者契約は、契約のカテゴリーというよりもむしろ、様々な種類の各種契約を統合する一種の契約であるという (S. Le Gac-Pec, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 25)。

31) コラルル・デュティユール=ドゥルベックは、「事業者間契約 *contrats d'affaires*」とは、事業者間で締結される契約であって、紛争や過大な課税を回避するために最も確実な方法を用いて関係を組織しようとするものをいうと説明する (Collart Dutilleul et Delebecque, *supra* note 24, n° 28, p. 36)。

る概念として用いられている。

以上のように、一般的には、商事契約と消費者契約は、その下位に位置づけられるさらに特種化された契約を包摂しうる上位の契約カテゴリーであって、そのカテゴリーに特別に適用される規範群を画する概念として理解されている。しかし、いずれも、既存の各種契約の上位に位置づけられるという特徴を有していること、そして、立法等による制度的な裏付けが明確でないことなどから、その位置づけは、その他の既存の各種契約とは異なっている。

ここで注目すべきことは、フランスでは、商事契約や消費者契約といった概念を、ある規範群の適用範囲や裁判管轄を画定する基準として機能させることに加えて、その契約の性質に着目し、それを契約の各種化に関する議論の中に組み込んで、他の各種契約との関係を整理しようとする傾向が見られることである。

3 学説による商事契約・消費者契約の位置づけ

以下では、フランスの諸学説が、契約の特種化論との関係で商事契約と消費者契約をどのように捉えているかを概観する。まずはじめに、契約の特種化論をリードする代表的論者の1人であるベナバンの見解を見てみよう。

(1) ベナバンの見解

ベナバンは、概説書の中で、契約の特種化論について詳細に説明しており、その中で、若干ではあるが、契約の特種化論と商事売買の関係について言及している。ベナバンの見解を紹介することは契約の特種化論の理解に資すると考えられるので、ここで少し紙幅を割く。

32) テレ=シムルール=ルケット=シェヌデは、「対等当事者間契約 *contrat égalitaire*」とは、事業者間または消費者間で締結される契約のことをいい、この契約は、附合契約または依存契約 *contrat de dépendance*（事業者間契約であるにもかかわらず、当事者間に構造的な不均衡が存在する場合）と性質決定されない限り、一般法の領域に属するとする（F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil: Les obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2022, n° 112, p. 116）。

(a) 有名契約と各種契約の関係

ベナバンによれば、契約は有名契約と無名契約に区別されるが、当事者は、ある契約をある有名契約に自由に割り当てることができるわけではなく、その際に考慮されるのは、当事者の意思ではなく、契約のエコノミーおよび内容であるとされる³³⁾。ある契約が既に知られている契約の型に当てはまるかどうか判断され、一度当てはめられれば、当該有名契約に適用される固有の規範群がその契約に適用される。そして、各種契約とは、本来、そのような有名契約を指す。ここにいる固有の規範群の中には、任意法と強行法のいずれも含まれる。確かに、民法の基本原則として契約自由の原則が採用されていることを考慮すれば、ある種の契約に適用される規範群は任意法であるとする見方が自然であるが、それらの中には強行法が含まれることもあり、近年はむしろそのような場面が拡がりつつある³⁴⁾。

実務上確立し定着している無名契約であっても、法定されることによって承認されるまでは正式な名前が与えられない。しかし、ベナバンは、そのような契約であっても、それが規範群の適用を始動させるものであるときは、これを有名契約と見なすべきであるとする³⁵⁾。したがって、ベナバンによる有名契約と無名契約の区別では、形式的に名前が与えられているか否かではなく、実質的な意味で契約類型として機能しているか否かが基準とされている。

(b) 有名契約であることの意義

ベナバンは、ある契約を、上記のような意味での有名契約にすることには、2つの意義があるとする³⁶⁾。

33) A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2017, n° 2, p. 20.

34) *Ibid.*

35) *Ibid.*, n° 3, p. 20.

36) *Ibid.*, n° 4, p. 21.

1つは、その契約について当事者が想定しなかった、または定めなかった事項について、その機能と効果を明確にすることである。これによって、契約当事者は、毎回詳細な契約書を作成する必要がなくなり、法定の契約モデルを参照すればそれで事足りることになる。つまり、ある契約が有名契約となることで、その契約に適用される規範群が、補充法（任意法）として機能する。

もう1つの意義は、その契約類型にとって本質的であると考えられる規範をその契約に課し、それによって、契約条項の濫用、すなわち不当条項の挿入を防ぐことである。これは、当該契約の本質に反する条項を排除する形で、有名契約が強行法として機能することを意味する。

しかし、このように契約に着目して、ある契約に適用される規範群を区分することには、そのような区別を行うしつかりした理由がないにもかかわらず、機械的な分類を行った結果として区別が行われてしまうという不都合もある。それゆえ、最新の学説の中には、契約類型ではなく、債務類型（例えば、所有権の移転、使用権の移転、役務提供、有償か無償かなど）の目的と機能に、適用される規範群を結びつけることを提案するものが現れている³⁷⁾。

(c) 下位特種化

契約の特種化が進むにつれて、ある契約の種の中に様々な変種または亜種が出現するという現象が生じた。例えば、賃貸借契約という種の下位に、商事賃貸借、農事賃貸借、居住賃貸借という3つの変種が、寄託契約の下位には、旅店寄託と病院寄託という変種が、金銭消費貸借契約の下位には、消費者信用と不動産信用という変種が生じたといった具合である。ベナバンは、この現象を捉えて、各種契約法は「亜特種 *sous-spéciaux*」契約の法へ向かっていると評している。

その結果、契約にかかる法規範は、最上位層に亜特種契約法、中位層に各種契

37) *Ibid.* この点について、本稿では深く立ち入らない。詳しくは、森田・前掲注18) 328頁以下および都筑・前掲注18) [2019] 437頁以下のベナバンおよびピュイグの見解を参照。

約法、最下位層に契約一般法が位置づけられる（ベナバンは、これを「垂直的重層 superposition verticale」と呼ぶ）。したがって、ある契約に適用される規範を把握しようとするときには、この3つの層に対応した規範の重層が意識されなければならない。

しかし、現代法においては、個別立法が増加することで、契約の枝分かれ現象が加速しており、上記の3層構造を超える多層構造が生じている。このような状況において見通しを得るために、学説は、各種契約の一般理論を確立することによって、契約法の重層構造を再構成することを提案している³⁸⁾。

(d) 売買契約の特種化と商事売買

ところで、現代の売買法は多様化によって特徴付けられており、売買契約についても多種化が生じている³⁹⁾。

売買に関する一般法は民法典の中にのみ定められており、売買目的物ごとに異なる規範群がこれに接ぎ木されてきた。例えば、営業財産の売買に関する法律⁴⁰⁾が定められ、これが後に商法典に統合された（商法典 L.141-1条）。また、建築不動産売買に関する法律⁴¹⁾も民法典に統合されている（民法典1601-1条以下）。さらに、EU 指令に由来する消費者売買法が消費法典の中に組み込まれた。このように、現在の売買法は、売買目的物によって区切られ、とりわけ、不動産売買に適用される規範と動産売買に適用される規範が乖離する傾向を有している。

商事売買についてはどうか。当初は、売買に関する制度はすべて民法典の中に

38) *Ibid.*, n° 7, p. 22 et s.

39) *Ibid.*, n° 14, p. 31 et s.

40) 売買及び営業財産の価格規制に関する1935年6月29日の法律（Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce）。

41) 建築予定不動産売買及び建築物の瑕疵に基づく担保債務に関する1967年1月3日の法律第3号（Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction）および建築分野における責任及び保険に関する1978年1月4日の法律第12号（Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction）。

含まれていた。そして現在も、商法典の中に商事売買に関する規定は含まれていない。しかし、その後生じた商事特別法の自律的發展によって、状況に変化が生じている。例えば、代金および競争の自由に関するオルドナンス⁴²⁾が制定され、また、商法典に商事売買の約款に関する規定（商法典 L. 441-1条以下）が挿入されている。

以上のように、ベナバンは、商事契約と契約の特種化論の関係について多くは述べていないものの、商事売買について、一応、これを特種化の一現象と見ているようである。

(2) マンギの見解

マンギは、概説書において各種契約の史的展開について詳述しており⁴³⁾、その中で商事契約に言及している。

(a) 契約の特種化の方法と商事契約の特徴

経済活動の拡大・発展の帰結として、19世紀以降、契約が利用される数が増大するのみならず、契約類型も多様化していった。これにより各種契約の特種化が生じ、各種契約法が登場するに至った。契約の特種化が生じた結果、規範の複雑化がもたらされている。一般的な法規範と特別の法規範は錯綜しており、整理することは非常に困難であるが、マンギは、客観的方法と主観的方法をとることができるという。

客観的方法とは、法規範が適用される客体の性質による区別を意味する。例えば、不動産売買と動産売買の区別、通常の寄託、必要的寄託、旅店寄託の区別、

42) 代金及び競争の自由に関する1986年12月1日のオルドナンス第1243号 (Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence)。このオルドナンスは、価格統制を撤廃したものである。

43) D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13^e éd., 2022, n° 8 et s, p. 16 et s.

委任における一般的委任、委任契約、名板貸し、共通利益委任、代理商契約、旅行代理契約、事務代理委任の区別などがこれにあたる。このような区別は以前から存在するものであるが、最近では、それぞれの領域を規律する自律的な規範が定立される傾向があるとされる⁴⁴⁾。

これに対して、主観的方法とは、契約当事者の属性によって契約を区別する方法である。例えば、使用者と被用者、運送人と荷送人、賃貸人と賃借人、医師と患者、行政機関とその利用者、金融機関と預金者といった当事者の属性に着目した契約の特種化が考えられるが、マンガは、ここで、事業者、非事業者、そして消費者の区別に着目している。というのも、現代のほとんどの契約は、実際には事業化 *professionnalisé* されており、そのような契約は、画一化 *massifié* され、かつ匿名化 *anonymisé* されているという特徴を帯びているからである。この現象は、消費者契約に顕著にあらわれるが、必ずしも消費者契約に限定されるわけではなく、ビジネス契約や商事契約の領域においても生じるものであるという⁴⁵⁾。

一方、商事契約では、画一化や匿名化といった一般的な現象とは別の次元で、特種化により形成された固有の規範が重要かつ複雑なものとなっており⁴⁶⁾、その結果、契約一般法と各種契約法のいずれに対しても、次の2つの影響が生じているという⁴⁷⁾。1つは、危険な契約を規制しようという考え方に基づくものであり、消費法や労働法がその典型である。もう1つは、各種契約法に固有の影響であり、契約を迅速かつ有用な制度と捉えて、これを促進しようという考え方に基

44) *Ibid.*, n  11, p. 22 et 23.

45) *Ibid.*, n  11, p. 23 et 24.

46) マンギは、特に重要な商事契約として、①企業の資金調達を行う契約（保証契約、銀行契約、債権譲渡契約、ファクタリング契約など）、②企業構造の組織化を行う契約（リース契約、ファイナンスリース契約、営業財産賃貸借契約、営業財産譲渡契約、組合契約、有価証券譲渡契約、管理権譲渡契約など）、③企業活動を行う契約（知的財産権を対象とする契約、流通契約、運送契約、製造契約など）を挙げる（*ibid.*）。

47) *Ibid.*, n  11, p. 25.

づくものであって、ビジネス契約がその典型である。

1804年民法典では、後者の考え方、すなわち契約に対する楽観的な観点が支配的であったが、2016年改正による契約法に代表される現代の契約法は第1の考え方、すなわち契約に対する懐疑的な考慮に支配されているとする⁴⁸⁾。

(b) 各種契約の一般理論と商事契約

マンガによると、契約一般法と各種契約法の関係は単純ではなく非常に繊細に絡み合っているが、その中で、特別法の一般法への跳ね返りというべき現象が生じている⁴⁹⁾。他方、契約の特種化がしだいに非常に広い範囲で観察されるようになると、契約一般法の後退現象、すなわち契約一般法が各種契約との関係で相対的に補充的な役割を果たすにすぎなくなる状況が生じた。そのような中で、各種契約の一般理論という仮説が語られるようになる。

この各種契約の一般理論は、立法によって変更・修正されるケースがある。そして、商事契約については、商法典の中に、限定的ではあるが、各種契約の一般理論にあたる特別制度が設けられているという⁵⁰⁾。例えば、商法典に定める、商事契約における交渉（商法典 L. 442-2条以下）、契約の不均衡（商法典 L. 422-6, I, 1° および 2°）、契約の中途破棄（商法典 L. 442-6, I, 4° および 5°）に関する規定がそれにあたる。

以上のように、マンガは、商事契約を、契約の特種化論における主要なカテゴリーとして位置づけており、さらに、商法典の中に、商事契約という各種契約の一般理論を基礎づける規定が置かれていると理解している。

48) *Ibid.*

49) ただし、この跳ね返りは非常に限られたもので、むしろ、契約一般法の中で導かれた議論が特別法に拡張されることの方が多いという (*ibid.*, n° 12, p. 26 et s.)。

50) *Ibid.*, n° 12, p. 29.

(3) コラール・デュティユール=ドゥルベックの見解

コラール・デュティユール=ドゥルベックは、その概説書に『民事契約および商事契約』という書名を付していることから分かるように、商事契約の存在を強調する数少ない論者の1人である。

コラール・デュティユール=ドゥルベックは、商事契約という契約類型が存在するわけではないが、すべての契約は民事契約か商事契約のいずれかであり、ある契約が民事・商事のいずれであるかは、契約当事者の属性と契約当事者が目指す目的によって決定されるという⁵¹⁾。具体例を挙げると、ある契約が商人によってその者の取引のために締結される場合、その契約は商事契約であり、少なくともそのように行動する当事者に対して、契約は商事性を帯びる。この性質は、契約当事者双方によって共有されると、契約全体が商事性を帯びることになるが、片務契約の場合には、民事と商事の双方の性質が混合する。

契約の中には、必ず民事契約になるもの（例えば、家族に関する契約や無償契約のように、投機的な要素を完全に欠く契約）がある一方で、立法者の意思により、または性質により必然的に商事契約になるもの（例えば、営業財産売買、フランチャイズ契約、利用許諾契約）もある。

商事契約は商取引に固有の規範に服し⁵²⁾、それらの一部は独自の契約として法律上定められた規定に服することになるが（例えば、運送契約（商法典L.133-1条以下）、これらの規範は必ずしも民事契約よりも寛容なものばかりでなく、より厳格なものもある。

このように、コラール・デュティユール=ドゥルベックは、民事契約と商事契約の対照を正面から取り扱いつつ、その一方で、消費者契約とビジネス契約の区

51) Collart Dutilleul et Delebecque, *supra* note 24, n° 20, p. 28.

52) 民法典1105条は、次のように定める。

「契約は、それが固有の名称を有するか否かにかかわらず、この小章の対象である通則に服する。

一定の契約に関する特則は、そのそれぞれに固有の規定において定める。

通則は、これらの特則〔が適用される場合〕を除いて、適用する。」

別については、各種契約の一般的な骨組みを形成することができるほど明瞭なものではないと評価している⁵³⁾。

(4) ウシェフの見解

商事契約という概念に着目して、契約理論の整理を試みようとする見解もある。その1人がウシェフである⁵⁴⁾。ウシェフは、商事契約を、商人が商業活動の枠内において締結される契約と定義している。この定義に当てはまる契約の範囲は非常に広く、商事契約の一般原則について語るならば、それは、契約一般法と商法に特有の迅速性・安全性の要請の交錯から生じるといえる。また、商事契約の概念は振れ幅が大きいため一般原則を発見することが難しく、むしろ他の法分野（例えば、消費者法、競争法）の影響を受けることにより商事契約の一貫性が侵害されるという状況が生じていると指摘する⁵⁵⁾。

商事契約に対するウシェフの理解を要約すれば、商事契約を觀念することは可能であり、実務上締結されている契約の多くの部分が商事契約に該当することは確かであるが、理論的には契約類型として十分な完全性を備えたものではなく、確立された制度枠組みも存在しないがゆえに、その内容が他律的に変化するものとなっているということになる。

53) Collart Dutilleul et Delebecque, *supra* note 24, n° 28, p. 36.

54) ウシェフは、概説書の第3部において、「商事契約」を最上位の概念として掲げ、その下で商事契約の一般原則と商事の各種契約を対置する。商事の各種契約は、①流通を組織する契約、②仲介契約、③販売促進契約に区別された後、さらにその下位分類として、様々な各種契約が位置づける。例えば、商事売買は、流通を組織する契約の下位に分類されている(Houtcieff, *supra* note 24, n° 1033 et s., p. 601 et s.)。

また、商事契約の独自性についてかなり消極的な評価を示すレジェも、ウシェフと同様、契約概念を軸に据えて説明しようとする点では共通しているようにみえる(D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, 30^e éd., 2023, n° 1005 et s., p. 569 et s.)。

55) Houtcieff, *supra* note 24, n° 961, p. 553.

(5) レナール=スーブの見解

レナール=スーブは、概説書⁵⁶⁾の中で契約の特種化論に言及している。しかし、商事契約を検討対象から除外しており、民事売買と商事売買の区別についても消極的な評価を下している。

レナール=スーブは、民事売買と商事売買という伝統的な区別が、証拠、裁判管轄、消滅時効、仲裁条項の効力等いくつかの点でなお意義を有していることを認めつつ、次に掲げる理由から、この区別は時代遅れなものになっているという。第1に、商法典の中で性質上の商事売買について定義されておらず、商事売買に当たるといえるかは契約当事者の属性や契約当事者が追求する目的から判断せざるを得ないこと、第2に、売買は、現代的な流通において特別なツールとなっており、取引実務の最も現代的な発展の中心に置かれていること、第3に、多くの外国の法体系も国際条約も、民法と商法の二元的構成を否定していること、第4に、消費者法の拡大がアカデミックな売買の分類を一変させていることである⁵⁷⁾。

(6) ピュイグの見解

最後に、契約の特種化論と消費者契約の関係に言及するピュイグの見解に触れておこう。

契約の特種化が進む中で、契約の目的物による分類に加えて、契約当事者の属性によって特別な制度を適用し、脆弱な契約当事者を保護するという発想が広がった。その結果として新たな法典が編纂されることもあり、その代表例が労働法典や消費法典である。そして、ピュイグは、消費法典の中で定められる契約、すなわち消費者契約も各種契約論の中で取り上げるべきであるという⁵⁸⁾。

56) J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10^e éd., 2019.

57) *Ibid.*, n° 21, p. 24.

58) Puig, *supra* note 20, n° 9, p. 8.

四 まとめに代えて

以上、フランスの学説の中から、契約の特種化論と商事契約・消費者契約の関係について述べている諸説を拾い上げてきたが、各論者の間に関心の違いや視点の微妙なズレがあり、かつ、そこで示される結論も多様であるため、学説の全体的な傾向を要約することは困難であると言わざるを得ない。それでも、これらの見解は、日本法に欠落している一定の視点を共有しているということができるようと思われる。すなわち、フランスでは、契約の一般理論と各種契約の関係を動的に捉えることを可能にする契約の特種化論が生じ、これにより、様々な種類およびレベルの契約を、契約概念を中心として整序する理論枠組みが構築されようとしていること、そして、その中に、商事契約や消費者契約を位置づけようとする姿勢が見られることである。

とはいえ、その姿勢の強弱は、論者により異なっている。商事契約と消費者契約は、契約当事者の属性によって性質決定される点に特徴があり、既存の各種契約の上位に位置づけられるカテゴリーであると解すると、各種契約と同レベルの類型として扱うことはできないということになろう。各論者の見解が分かれている原因は、商事契約と消費者契約のこのような特徴に原因があるようにも思われる。以上のような偏りはあるが、全体的には、商事契約の意義を強調する論者は少なく、むしろ商事契約と民事契約の区別を消極的に評価する論者が目立つ。これに対して、消費者契約を積極的に位置づけていこうとする兆しが見られる。

これらの見解の中でも、契約の一般理論と商事の各種契約の中間に位置づけられる、商事契約の一般理論の存在を仮定する見解は注目に値する。この発想が、各種契約法の一般理論の存在を示唆する契約の特種化論の影響を受けていることは明らかであろう。ベナバンがいう垂直的重層の最上位層に商事の各種契約が存在するとすれば、この各種契約と契約の一般理論の橋渡しをするものとして、商事契約の一般理論に存在意義が認められ、そうであれば、中間的なカテゴリーで

ある商事契約を観念することにも意義が認められることになろう。

* * *

冒頭で述べたように、本稿は、契約概念を中心に据えた理論枠組みを採用することによって、商事契約および消費者契約の位置づけを再構成することが可能であるかどうか、フランス法を参照しつつ序論的考察を試みたにすぎない。本稿のタイトルを「覚書」とした所以である。本稿が提示した仮説を検証するためには、さらに、契約の一般理論と商事の一般理論の関係、商事の一般理論と商事の各種契約の関係を探究することが必要となる。これらの点の検討は今後の課題としたい。

〈付記〉 本研究は、JSPS 科研費 JP21K01234の助成を受けたものである。