

## フランス契約法改正における「附合契約」概念： 契約内容形成における「一方性」

著者	大澤 彩
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	116
号	2・3
ページ	410(1)-362(49)
発行年	2019-02-22
URL	<a href="http://doi.org/10.15002/00023120">http://doi.org/10.15002/00023120</a>

# フランス契約法改正における「附合契約」概念

— 契約内容形成における「一方性」 —

大 澤 彩

## 1. はじめに

「契約法、債務一般及び証明法の改正に関する 2016 年 2 月 10 日のオルドナンス第 2016-131 号」(以下、「2016 年オルドナンス」とする)<sup>(1)</sup>により、フランス民法典に「附合契約」<sup>(2)</sup>の定義および附合契約を適用対象とした濫用条項規制が設けられた。具体的には、民法典 1110 条 1 項において、「交渉を経た契約 (les contrats de gré à gré)」が定義されるとともに、同条 2 項において「附合契約」の定義が導入された。この 2 つの概念の区別は学説では存在したものの<sup>(3)</sup>、民法典に規定が設けられたのは今回の改正が初めてであり、今回の改正の目玉の 1 つと言われている<sup>(4)</sup>。さらに、この「附合契約」に適用範囲を限定する

---

(1) Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO 11 février 2016).

(2) 「附合契約」とは、「事前に一方当事者が準備している定型的な契約条件を一括承認することによって締結される契約」であると一般には定義される (山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会, 2002 年) 16 頁)。本文で述べるように、必ずしも約款による取引とバラレルな概念ではなく、その意味では日本の約款論や定型約款規定をめぐる議論と完全に同一とは言えないが、契約内容形成における「一方性」に見られる問題を検討する上では格好の素材であると考え、本稿の主題とした次第である。

(3) 例えば、ベルリオーズ (Berlioz) はテーズにおいて、討議の有無によって「交渉を経た契約」と「附合契約」を区別することができるとし、また、これによって「合意」と従属を区別することができるとしている (G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, n°371 et s, pp. 173 et s.).

(4) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, et Philippe Stoffel-Munck, *Droit des obligations*,

形で民法典1171条に濫用条項規制に関する条文が設けられた。

ところが、これらの規定は附合契約をどのようなものとしてとらえるか、および、濫用条項規制の対象をいかに画するかという観点から議会および学説における激しい議論の対象となった。その結果、2016年オルドナンスで設けられた民法典1110条2項および1171条の基準が、2016年オルドナンスを追認する2018年4月20日の法律第2018-287号<sup>(5)</sup>（以下、「2018年法」とする）によってさらに修正されることになる。2018年法による修正に至るプロセスはまさに、契約条項が一方当事者によって一方的に定められる取引（典型的には約款を用いた取引）のうち、特にどのようなものから契約条項内容における「濫用」が生じるのかをめぐる立法者および学説の模索といえる。また、理論的な観点から見ると、「附合契約」と「交渉を経た契約」の区別が民法典に導入されたことによって、契約内容及び当事者の意思が弱い場合には裁判官の介入が正当化されたという指摘<sup>(6)</sup>にも現れているように、契約内容形成に対する相手方当事者の意思が脆弱、または存在せず、裁判官の介入が認められる場合というのはいかなる場合なのか、という根本的な問題を提起している。

本来、契約内容は当事者の両方によって形成されるのが原則であるところ、大量定型取引契約や流通契約の発展に伴い、附合契約のように一方当事者のみによって契約内容が形成されるといった現象が見られるようになり、このような契約内容形成における一方性<sup>(7)</sup>によって当事者間の権利・義務間に「著しい不

<sup>9</sup>éd, LGDJ, 2017, n°427, p.223.

(5) Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (JO 21 avr. 2018).

(6) Romain Boffa, *Article 1108 : le contrat d'adhésion*, RDC 2015, p.736, n°3.

(7) 附合契約に見られる契約内容作成の一方性のほか、日本の定型約款規定をめぐって問題となっている契約内容の一方的変更のように、契約内容形成に見られる「一方性 (unilatéralisme)」ゆえに生じる問題点は多々ある。本稿はそのうち附合契約概念という限られた素材に基づいた検討にとどまる。一方的変更等、契約内容形成に見られる「一方性」については今後複数に分けて検討する。なお、フランスにおいて「一方性」という観点から様々な債務法の問題点について分析する刺激的な研究成果として、Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

均衡」が生じることになった。<sup>(8)</sup>このような「不均衡」に対して、フランスでは消費法に代表される特別法による対処がなされてきたが、今回の改正によって民法典においても正面からこの「不均衡」に向き合うというスタンスが採用された。その一方で、経済的合理性ゆえに約款等であらかじめ契約内容を一方的に定めておく必要があることは認めざるをえない。そのことから、契約内容に他方当事者が「附合」するだけであるといえる場面を民法典上いかに画定し、いかなる場面であれば裁判官による契約内容への介入が許されるかを考える必要がある。

以下、2016年オールドナンス制定に至るまでの附合契約概念をめぐる議論を、具体的に民法典改正が検討され始めた2005年公表の債務法改正に関するカタラ草案以降に絞って紹介し<sup>(2)</sup>、2016年オールドナンスによって設けられた1110条2項と1171条の内容、および、これらの規定に対する学説の反応を分析する<sup>(3)</sup>。さらに、2018年法に至る議会の議論および学説の反応をふまえた上で<sup>(4)</sup>、2018年法に至る附合契約概念の変遷を参考に契約内容形成における「一方性」が特にどのような場合に問題となるのかについて検討し<sup>(5)</sup>、今後の課題を述べて結びとする<sup>(6)</sup>。

## 2. 2016年オールドナンスに至るまで

### (1) 概要—カタラ草案に至るまで

附合契約概念は、周知のように20世紀初頭にサレイユが、大企業の労働契約、輸送契約といった契約で用いられる、一方当事者によってあらかじめ作成され、多数の相手方向けに提示される契約を附合契約と呼んだことに由来する。<sup>(9)</sup>

---

(8) Thierry Revet, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, n°4, p.69. 同教授は契約内容形成における一方性について本稿で引用する複数の論文も含め、多くの著作で検討し、刺激的な見解を提示している。

しかし、附合契約という名前こそ付けられたものの、その具体的な内容は明らかではなかったため、附合契約概念の詳細はサレイユ以後のフランスの学説によって発展していく<sup>(10)</sup>。その際、附合契約を契約というよりは法規範のようにとらえていたサレイユとは異なり、その後の学説は附合契約を契約ととらえた上でその特徴について論じるようになる。このような附合契約では、相手方は一方当事者が作成した契約に附合するしかない点で、一方当事者の意思のみが契約に反映している点に特徴がある。しかも、契約内容が一方的に定められており、それが手書きではない限り、今後内容が変わることがない点も特徴的である<sup>(12)</sup>。

しかし、それでも附合契約を具体的にいかなる基準で定義するかは学説上も必ずしも明確とならず、その結果、附合契約概念は立法化や発展に至ることなく衰退していく<sup>(13)</sup>。むしろ、附合契約の特徴である多数契約性から生じる濫用を直接規制するという形で、交渉を経ない多数契約の典型例である労働法、保険契約、消費者契約を対象にそれぞれ特別法で濫用条項規制を行うといった形での対処がなされ、附合契約概念自体を一般法に規定するという姿勢はとられな

(9) R.Saleilles, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p.229 et s. サレイユの附合契約理論およびその後の学説、立法による附合契約概念の発展については、François Chénéde, *Raymond Saleilles, Le Contrat d'adhésion*, RDC 2012, pp.241 et s. (1<sup>er</sup> partie), RDC 2012, pp. 1017 et s. (2<sup>er</sup> partie) を参照。本稿では2018年法に至るまでの民法改正論議における附合契約概念に焦点を当てることから、これまでの学説・立法による附合契約概念については概要にとどめる。

(10) Chénéde, supra note 9, p.241, n°1. 学説の例として、V.Pichon, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature*, thèse Lyon, 1909 ; G. Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, thèse, Dijon, 1909, p.110 ; G. Dereux, *La nature juridique des contrats d'adhésion*, RTDciv. 1910, p.503 et s. ; Berlioz, supra note 3 ; François Xavier Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, J.C.P., éd. G. 1993, doc. 3637.

(11) Thierry Revet, *Les critères du contrat d'adhésion : article 1110 nouveau du code civil*, D. 2016, chr. 1771, n<sup>os</sup> 2 et s. もっとも、附合契約の法的性質についても本稿ではこれ以上触れない。

(12) Nathalie Blanc, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, RDC juin 2018, hors-série, n°2.

(13) Malaurie, Aynès et Stoffle-Munck, supra note 4, n°427, p.224.

(14)  
 かった。

再び附合契約概念に光が当てられるのは1970年代に公表されたベルリオーズの博士論文による<sup>(15)</sup>。ベルリオーズによれば、附合契約とは、その契約内容が契約締結前に抽象的かつ一般的な形で全部または一部固定された契約を言い、附合契約を特徴付けるのは、当事者間での討議があらかじめなされていないこと、および、契約条項が一方的に定められていることである<sup>(16)</sup>。その一方で、実務上は小さな文字で書かれた契約書は相手方に提示されていない場合には効力を有さないという判例がある一方<sup>(17)</sup>、附合者が認識できた条項を裁判官が排除することはできないとした判例があるのみであった<sup>(18)</sup>。そのような中、実務上、附合契約が大量取引ゆえに交渉になじまない契約の発展と共に発展するとともに、より強い立場にある契約当事者（主に事業者）が相手方の脆弱な状況や、相手方が附合契約中の契約条項を必ずしも熟読しないという点につけ込んで不当な内容の契約条項を課すようになる。このように附合契約は契約両当事者の交渉の結果ではないことから、交渉を経た契約よりも「濫用」が生じやすいという意識が広がる。しかし、それでもフランスでは附合契約そのものを適用対象として附合契約を定義した上で立法が介入するというスタンスではなく、消費者契約のように一方当事者の脆弱性に着目して濫用条項を排除するための立法による介入がなされてきた（例えば、1978年1月10日に制定された「製品および役務の消費者の保護および情報に関する1978年1月10日の法律第78-23号」<sup>(19)</sup>）。すなわち、例えばドイツ法とは異なり、附合契約に適用対象を限定する

(14) Chénéde, supra note 9, n°7, p.1022.

(15) Berlioz, supra note 3.

(16) Berlioz, supra note 3, n°41 et s., pp.27 et s.

(17) Cass 1<sup>re</sup> Civ., 3 mai 1979, D.1980, inf.rap.262, obs. J. Ghestin.

(18) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 janv. 1982, Bull.civ.1982, I, n°29.

(19) Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (JO 11 janvier 1978, p.301). 1978年法等の特別法や一般法による附合契約への対処については、Chénéde, supra note 9, n°7 et s., pp. 1022 et s.; Testu, supra note 10, n°13 et s.等を参照。また、1978年法については拙著『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010年）で詳細に検討した。

形で濫用条項規制を行うという態度はとってこなかった。その理由の1つとして、やはり附合契約を厳密に定義することが困難であったということがあげられる<sup>(20)</sup>。

今回の附合契約概念の民法典への導入は、サレイユによる附合契約という言葉の誕生から一世紀を経て、実務上もよく用いられるこの契約概念を民法典にいれ、法典の現代化をはかったものである。民法典があらゆる合意の形態をカバーし、また、附合契約という学説上の概念を維持するためには、附合契約から生じる諸現象について特別法のみ<sup>(21)</sup>に任せておくというのではなく、民法典に規定を設けることが必要だからである。しかし、その一方で、今回のフランス契約法改正は脆弱な当事者の保護をもその目的の1つとしており、その目的に基づく規定の1つが濫用条項規制である。そこでは「附合契約」が規制対象を画するものとして定められている。それでは、附合契約における附合者（契約条項を一方的に課される方の当事者）であることがすなわち脆弱な当事者ということなのか、仮にそうであるとして、具体的にどのような場合に「附合」したに過ぎない当事者、すなわち脆弱な当事者であるとして附合契約に附合した者として保護されるのか。この問題を考える上では「附合契約」概念の民法典への導入をめぐる模索が参考となる。

## (2) 債務法改正準備草案（カタラ草案）<sup>(22)</sup>

2005年に公表された債務法改正準備草案（カタラ草案）においては、以下のように附合契約を定義する規定案<sup>(23)</sup>が設けられていた。

(20) Testu, supra note 10, n<sup>o</sup>6 et s.

(21) Blanc, supra note 12, n<sup>o</sup>3.

(22) なお、カタラ草案、テレ草案における濫用条項規制規定案の内容については、拙稿「事業者間契約における不当条項規制めぐる立法論的視点（1）」法学志林108巻4号（2009年）21頁以下で論じた。

(23) Pierre Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Documentation française, 2006, p.81.

1102-5 条 1 項 附合契約は、（そこに含まれる契約）条件が、討議を経ずに他方当事者があらかじめ一方的に確定した通りに当事者の一方によって承諾される契約である。

この規定案は、「契約および合意による債務一般」というタイトルが付された箇所の冒頭の定義規定の 1 つとして提案されている。実務上重要性の高い附合契約の定義を明確にすることが必要であるという理由による。とりわけ、附合契約において一方当事者によって交渉も経ずに課される部分と交渉を経て付加される部分とを区別するためである。<sup>(24)</sup> 具体的には 同条 2 項で、「ただし、附合契約には交渉に基づく特別な条項を付け加えることができる」と定められていることから、交渉を経ていない条項が含まれている契約を附合契約とし、交渉を経た条項を別途定めることがありうることを前提としていることがわかる。

もっとも、カタラ草案では 2016 年オールドナンスとは異なり、濫用条項規制の対象を附合契約に限定しておらず、「交渉を経ていない」条項でさえあれば、当事者の一方を犠牲にして「著しい不均衡」を契約にもたらす条項を当事者の一方の請求によって修正または削除することを可能にしていた<sup>(25)</sup>（1122-2 条）。

### (3) 契約法改正草案（テレ草案）

これに対して、契約法改正草案（テレ草案）では「附合契約」の定義は存在せず、「約款（des conditions généraux）」の組み入れ規定を設けているのみであった<sup>(26)</sup>（23 条）。また、濫用条項規制に関する規定も、カタラ草案同様、「交渉を経ていない条項」であれば対象となると定めていた（67 条）。

(24) Gérard Cornu, *Source des obligations - définitions (art.1101 à 1103)*, in Catala, supra note 23, p.27.

(25) Catala, supra note 23, p.92.

(26) François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, p.14. 他方でカタラ草案ではこの規定に相当する規定案は存在しない。

(4) 2015年のオルドナンス案<sup>(27)</sup>

一方で、2009年に公表された司法省による契約法改正草案においては、附合契約を「本質的な約定が討議を経ずにあらかじめ一方的に確定される契約である」と定義する規定案(11条2項)<sup>(28)</sup>が提案されていた。その後、2015年に公表されたオルドナンス案においては、次のような規定案が提案されている。

1108条1項 交渉を経た契約とは、その約定が当事者間で自由に交渉を経た契約をいう。

1108条2項 附合契約とは(そこに含まれる)本質的な約定が自由な討議を経ずに、当事者の一方によって確定された契約である。

以上の規定案によって、契約の中には「交渉を経た契約 (contrat gré à gré)」と「附合契約」という分類があることが示された点だが、2015年オルドナンス案の重要な点の1つであると評価されている<sup>(29)</sup>。もっとも、附合契約が「本質的な約定」の討議の不存在を問題としていることから、本質的な約定は討議を経ているものの、付随条項は討議を経ない契約は「附合契約」にあたらぬことになる。しかし、附合契約において附合者を保護すべきなのは、むしろ附合者が付随条項については無意識に受け入れてしまうことにある。そのことから、附合契約概念を定義する際に「本質的な約定」のみの交渉不存在を問題<sup>(30)</sup>にしていることに対しては学説で強い批判が加えられる。

また、「自由な」という文言にも批判が向けられる。その理由として、附合が問題となるのは強制される、言い換えれば自由が奪われるという点ではなく、

(27) Projet d'ordonnance rendu public le 25 février 2015.

(28) Projet de la Chancellerie date de mai 2009, art.11.

(29) Revet, supra note 8, n°10, p.75.

(30) Boffa, supra note 6, n°5, p.737 : François Chénéde, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, J.C.P., éd. G.,2016, p.1335.

そもそも交渉が存在しない点にあるということがあげられている。<sup>(31)</sup>

以上のように、「附合契約」自体はこれまでの学説でも知られていた概念であり、この文言を導入したこと自体は目新しいものではないものの、それを定義するために用いられている文言、例えば「本質的な約定」「自由な討議」といった文言に解釈の余地があるため、「附合契約」の定義を民法典に設けることによる変化があるのかどうかは定かではないという評価もあつた。<sup>(32)</sup>

その一方で、2015年オールドナンス案では、以下のように濫用条項規制の規定を民法典に入れることが提案されている。

1169条1項 契約当事者の権利と債務の間に著しい不均衡を生じさせる条項は、その条項によって犠牲となっている当事者の申し出によって裁判官によって削除されうる。

このように、契約において生じうる当事者の権利義務間の「著しい不均衡」を一般法において是正しようという姿勢は、まさに「著しい不均衡」が生じやすい場面である「附合契約」とそれと区別される「交渉を経た契約」という概念を導入した点とも調和したものである。<sup>(33)</sup>

しかし、附合契約の定義を設けているにもかかわらず、2015年オールドナンス案は濫用条項規制の範囲を附合契約にも交渉を経ない契約にも限定していない。この点については、実際には裁判官が附合契約に相当する契約における条項のみを濫用的な条項と判断するのではないかという期待も示されつつ、<sup>(34)</sup>交渉を経た契約においては当事者間で契約内容の均衡が確立された以上、当該契約内容に介入することはかえって法的安定性を脅かすものであり、それを防

---

(31) Chénéde, supra note 30, pp.1335 et s.

(32) Thomas Genicon, *Notion nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, RDC 2015. 625, n°3, p.626.

(33) Revet, supra note 8, p.76, n°12.

(34) Revet, supra note 8, p.76, n°12.

ぐためには濫用条項規制の対象を附合契約に限定するか、あるいは、交渉を経ていない契約における条項に限定するか、どちらかの修正を行うのが合理的ではないかとの指摘が見られた。<sup>(35)</sup>

これらの指摘からわかることは以下の2点である。第1に、2015年オールドナンスが濫用条項規制の範囲を限定していないこと、第2に、交渉を経ていない契約における条項と、附合契約における条項をパラレルにとらえているという点である。

### 3. 2016年オールドナンスによる契約法改正

#### (1) 「交渉を経た契約」と「附合契約」の区別（民法典1110条）

2016年オールドナンスにより、次のように附合契約の定義を定める規定が設けられた。

#### 1110条2項

附合契約とは、（そこに含まれる）約款（conditions générales）が、交渉を経ずに当事者の一方によってあらかじめ確定された契約である

1110条2項は契約の分類を定める1105条から1111-1条のうち、「交渉を経た契約（les contrats de gré à gré）」（1110条1項）と対をなす概念として「附合契約」を定義している。カタラ草案では「附合契約」の定義のみが定め

---

(35) François Chénéde, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, RDC 2015, p.659, n°10. 交渉を経ていない契約条項のみに規制対象を限定すべきであり、それができないのであれば1169条自体を削除すべきだと批判するものとして, Frederic Bicheron, *N'abusons pas de la clause abusive*, Gaz.Pal., 30 avril 2015, n°119 à 120, pp.24 et s., n°11. 同じく附合契約に規制対象を限定すべきであり、そうでないと濫用条項規制を民法典に設けることはかえって危険であるとする Romain Boffa, *Juste cause (et injuste clause) : Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats*, D. 2015, chr.335, n°21 et s.

られていたが、2016年オールドナンスでは附合契約と「交渉を経た契約」を併記している。もっとも、後に述べるように2016年オールドナンスでは、「附合契約」となるために「自由な」交渉があったか否かを問うておらず、1110条1項の「自由な交渉を経た契約」と完全に対をなしたものと言えるのかは問題が<sup>(36)</sup>残る。この点は「附合契約」において、交渉の「自由」性を要するか否か、そもそもここでの「交渉」とは何を意味するかどうかにも関わる問題であり、後述する。

2016年オールドナンスによって導入された1110条2項は以下のように、「約款」の存在という形式的な要件と、「当事者の一方によってあらかじめ確定され」、かつ、「交渉を経ずに」という裁量の余地がある要件によって附合契約を定義づけている。<sup>(37)</sup>以下、順次検討する。

#### (a) 「約款」の存在

まず、2015年案と異なり、2016年オールドナンスによって設けられた民法典1110条2項は附合契約となるために「約款」の存在を要求している。前述したように、2015年のオールドナンス案では「約款」ではなく、「本質的な約定」という文言が用いられており、それに対しては、前述したように附合契約で条項の濫用性等の問題を生じさせるのがむしろ付随条項であることや、「本質的な約定」という文言が不明確であり、法的安定性を害することを理由に批判が加えられていた。これに対して、2016年オールドナンスでは「約款」という、比較的形式的な文言を用いることで、2015年のオールドナンス案に対して指摘されていた以上の問題点を克服し、また、附合者は主要な条項に注意を向けるが、他の条項には目を向けないという現実を考慮に入れることができる点でも

(36) 対をなしているわけではないと端的に批判するものとして、*La réforme du droit des contrats : commentaire article par article*, Gualino, 2016, p.46, par Anne-Sophie Chone-Grimaldi.

(37) Sophie Gaudemet, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil*, CCC 2016, dossier 5, n°6.

望ましい結論をとったかのように見える。しかし、実際には「約款」という概念自体への疑問、および、「約款」の存在を要件としていることに対する以下の疑問点も残されていることがわかる。

まず、そもそも「約款」とはどのようなものを指すのが問題となる。約款はドイツの概念であり、フランスでは十分に定義がなされている概念ではないという認識ゆえの疑問である。<sup>(38)</sup> 「約款」は、一般には同種多数の契約を締結する当事者があらかじめ作成し、相手方ごとに個性を反映することなく反復継続して用いる条項のことをいうとされているが、<sup>(39)</sup> 2016年オルドナンスによって「約款」の定義自体が設けられたわけではなく、「一方当事者によって引用される約款は、相手方がその約款について認識し、それを承諾したという場合のみ、相手方に対して効力を有する」と定める1119条で「約款」という文言が用いられているに過ぎない。同条では「約款 (conditions générales)」と「特約 (conditions particulières)」とが区別されていることから、約款には責任制限条項等の付随条項が個々の契約を問わない内容で定められており、価格や給付の内容は個別の契約ごとに追加的に定められる特約によって補足されるというのが1つの解釈である。<sup>(40)</sup> また、約款は一連の契約で反復して用いられる標準化された契約条項であると考えられるが、1110条2項を見ると「交渉を経た条項」と対峙するものとしてとらえられているようにも思われ、この点はやはり明確ではない。さらに言えば、商法典L.441-6条にいう約款と同様なのか、<sup>(41)</sup> といったように、他の条文や法典との関係も指摘されている。<sup>(42)</sup>

(38) Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, supra note 4, n°427, p.224. 過去には Alain Seube, *Les conditions générales des contrats*, in *Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, pp.621 et s. があるものの、「約款」概念をめぐる研究は確立した定義があるわけではない。

(39) それゆえに、相手方が内容の修正等なくこの約款に合意したと言える場合がいくつある場合なのかについて要件を定めたのが1119条である。また、1119条では「約款」と「特約」の内容が抵触する場合についての規定も設けられている。

(40) Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p.120.

(41) Eva Mouial Bassilana, *Abus de dépendance et clauses abusives*, in Mathias Latina (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p.61, n°17.

以上のように、「約款」の定義が法律上確立していないことから、1110条2項の「約款」を、契約給付の実現のために設けられている責任制限条項や解除条項などの条項の総体としてとらえるしかないという見解もある<sup>(43)</sup>。

また、本条では附合契約と性質決定されるための要件として、「約款」の存在を要求しているように文言上は読める。そのことから、大量契約 (contrat de masse) において用いられる標準化された約款のみを想定しているかのようにも読むことができ、すべての契約相手方に一律に提示される約款がない場合には、当事者の一方によって作成され、相手方のあらゆる交渉可能性を奪う形で相手方に課されたものであっても、附合契約にはならないことになる。例えば、事業者間の分配契約のように約款を用いないが契約内容が一方当事者のみによって作成されるという契約は附合契約にあたらぬことになる<sup>(44)</sup>。このように形式的に「約款」というものが存在しない場合にはただちに「附合契約」でなくなってしまうのか、それとも、「約款」という形式にとらわれず、実質的に見て「約款」相当のものが含まれている場合には附合契約にあたと解すべきなのかが問題となる。立法者が「本質的な条項」という解釈の幅のある概念ではなく、「約款」という形式的な判断を可能にする概念を導入したとみれば、「約款」が存在しない場合には附合契約にはあたらぬという形式的な判断を行う方が法的安定性の要請にはかなうとも言える<sup>(45)</sup>。しかし、この見解によ

(42) Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p.14.

(43) Mustapha Mekki, *Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, J.C.P., N, 2016, Actualités, 1190, p.6.

(44) Thierry Revet, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, D. 2018, chr.124, n°4. もっとも、ルヴェ教授は本稿で後述するように大量定型取引契約のみに「約款」概念を限定すべきとしているわけではない。また、後述する2018年法成立をめぐる国民議会第1読会案をふまえると、2016年オールドナンスによる「約款」概念も形式的には大量定型取引契約に限定しているわけではないとしている。

(45) Philippe Malinvaud, Dominique Fenouillet et Mustapha Mekki, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup>éd, LexisNexis, 2017, n°75, p.69.

(46) Chone-Grimaldi, supra note 36, p. 47 : Gaudemet, supra note 37, n°7.

(47) Deshayes, Genicon et Laithier, supra note 40, p. 65.

ると約款という形式こそとらないものの、一方当事者によって契約内容が定められ、相手方がそれを交渉することなく受け入れるという場合には「附合契約」とならず、したがって1171条による保護も受けられないことになる。

(b) 「当事者の一方によってあらかじめ確定された」

次に、附合契約となるためには、そこに含まれる約款が「当事者の一方によってあらかじめ確定された」ものでなければならない。ここでは「あらかじめ」と「確定された」という文言ゆえに次の2点が問題となる。

第1に、ここでの約款は、約款を相手方に提示している一方当事者自身が作成した約款でなければならないか否かが問題となる。例えば、事業者が事業者団体によって作成された契約ひな形をそのまま相手方に提示する場合や、公証人や弁護士と言った法律専門家が契約内容作成に関与した場合のように、当事者の一方と約款作成者が異なる場合にも「附合契約」にあたるのが問題となる。これについては、一方当事者自身が約款を「作成」することまでは求められておらず、一方当事者が約款を相手方に交渉の余地を与えることなく「提示」すれば足りるという見解が有力である。<sup>(48)</sup> 「作成」ではなく「確定 (determination)」<sup>(49)</sup> という文言が用いられていることによる。そのことから、第三者が作成した契約ひな形を一方当事者が「採用」してこれをあらかじめ契約約款として相手方に交渉の余地を与えずに課す場合にも附合契約になりうる。おそらく2016年オールドナンスの起草者はあらかじめ定められたモデルに基づいて契約を締結し、それが一連の契約に適用される場合を想定しているというのがこの有力説の理由であるが、1110条の文言と有力説が合致する<sup>(50)</sup>のか、条文上は明確ではない。少なくとも、単にひな形を採用しただけで要件を満たすわけではなく、それによって相手方が契約内容の交渉・修正の余地を与えられていない<sup>(51)</sup>という場合でなければならない。

(48) Malinvaud, Fenouillet et Mekki, supra note 45, n°366, pp.326 et s.

(49) Mekki, supra note 43, p.6.

(50) Chone-Grimaldi, supra note 36, p.47.

第2に、「あらかじめ」確定されたものであることが要件とされているが、契約では常に特別な条件が追加されることもあり、これらは含まれないのか<sup>(52)</sup>が問題となる。

約款が「当事者の一方によってあらかじめ確定された（ここでは有力説に従って、「作成」ではなく、この文言を用いる）」という特徴は、伝統的な附合契約論における特徴的な基準であるが、1110条は後述するようにこの特徴のみで直ちに「附合契約」にあたるのではなく、後述するように当事者間の交渉の有無を問題としていることから、単に契約が標準化されていることのみを問題にしているのではなく、交渉を経ていないことによる当事者間の契約内容形成における不均衡を問題にしていることがわかる<sup>(53)</sup>。「約款」があることで直ちに当事者間の債務・権利の間に「著しい不均衡」が生じるわけではなく、当事者間で契約内容に関する交渉が不可能であることが問題となる。約款はコスト削減のために契約を標準化および統一化したいという要請から用いられる<sup>(54)</sup>に過ぎず、それによって直ちに交渉不可能となるわけではないからである。

第3に、約款が一方当事者のみによってあらかじめ確定されるということは、対等当事者間であっても取引の便宜のために行われるものであり、これを基準<sup>(55)</sup>として濫用条項規制の適用範囲を画することは正当なのか、という批判もある。

### (c) 「交渉を経ずに」

さらに、約款が当事者間の「交渉を経ずに」確定されたものでなければならぬ。附合契約が一方当事者によって相手方に交渉の余地を与えることなく課される点に特徴があることをふまえれば自然な文言にも思われるが、この文言

(51) François Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n°23.364.

(52) Dissaux, supra note 42, p.14.

(53) Deshayes, Genicon et Laithier, supra note 40, p. 66 : Chénéde, supra note 30, p.1337.

(54) Dimitri Houtcieff, *Le nouvel équilibre contractuel*, in Sarah Bros (dir.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, LGDJ, 2018, p.68.

(55) Malaurie, Aynès, et Stoffel-Munck, supra note 4, n°427, p.224.

には解釈の余地が残されている。具体的には大きく分けると以下の2つの解釈の余地があるとされている。<sup>(56)</sup>

第1に、実際の交渉の有無ではなく、交渉「可能性」の不存在が要求されているという解釈である。この解釈によれば、理論上は交渉の自由があるが、実際には交渉されていないという場合には、「交渉を免れ」ているとはいえないことから、附合契約にはあらず、交渉を経た契約と附合契約の中間に存在するカテゴリーにあたり、「グレーゾーン」が生じる。しかし、この場合には裁判官は実際には交渉の自由がなく、それはあったとしても幻の自由に過ぎないという結論を下す傾向にあるように思われるとの見解もあることから、当事者は実務上、真の交渉があったという明白な証拠を作りだせるよう実務を変更することが求められる。

第2の解釈（より広い解釈）によれば、交渉の自由の有無は問題とならず、交渉がなかったことさえ示されれば附合契約となる。裁判官の裁量の余地を減らすために慎重を期するのであればこちらの解釈の方が望ましいと言える。<sup>(58)</sup>しかし、なお問題が残されている。例えば、約款の一部のみが交渉された場合にはどうなるのか。この場合には自動的に交渉を経た契約に分類されるのか、それとも、交渉を経た契約にも附合契約にもあたらない契約になってしまうのか、解釈の余地が残されている。また、当事者間で交渉がなされないというのは対等な当事者間で約款が用いられる場合でもよく見られることである以上、交渉の実質的な不存在だけで基準たり得るのかという疑問もある。<sup>(59)</sup>

いずれにしても、本条では1110条1項とは異なり、「自由な」交渉という文言が存在しない。そのため、真の交渉とはいえないような場合、例えば、郵便でやりとりしたに過ぎず、約款の内容について討議していない場合についても

(56) 両者を整理しているものとして、Malinvaud, Fenouillet et Mekki, supra note 45, n°366, pp.326 et s.

(57) Mekki, supra note 43, p.6.

(58) Mekki, supra note 43, p.6.

(59) Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, supra note 4, n°427, p.224.

交渉があったとして附合契約と性質決定することを拒む、ということは避けなければならないとされている。すなわち、裁判官が交渉の実態を評価することが期待される<sup>(60)</sup>。その際、交渉は質的な交渉の余地で判断されるべきであり、量的な交渉の余地ではないとされている。すなわち、何パーセント交渉されたかどうかという基準ではないということである。ただし、修正された箇所があまりに取るに足らない場合は交渉不存在と同視すべきである、また、交渉が表面的なものに過ぎない場合、例えば、約款の中に、当事者がそれによって交渉することができ、約款を評価した場合には内容も受け入れたと見なすという条項がある場合や、詐欺によって相手方に約款を受け入れさせた場合には附合契約との性質決定を免れないとされている<sup>(61)</sup>。これを踏まえると、1110条の附合契約を、主要な文言（価格、量等）については自由に交渉されているが、（たとえその中にいくつかの付随条項しかないという場合であってもそれらについては）交渉を経っていない約款に基づいて締結された契約と解すべきというのが1つの解釈である<sup>(62)</sup>。

また、「約款」とは別に当事者間で特約が結ばれることがあり、この特約については当事者の交渉がなされている場合がある。この場合には附合契約になるのかどうか、不明確である。仮に「約款」が交渉不可能である場合には、特約の有無を問わずその契約は附合契約にあたることになるが、そうすると特約も「附合契約」中の条項である以上、濫用条項規制の対象となるのか、問題となる。しかし、裁判官による濫用条項規制が交渉を経していない場合にのみ正当化されるという見解から見ると、また、通常特約が契約の目的物や対価に関するものであるため、「著しい不均衡」のコントロールを免れることをふまえると、附合契約がある場合には、約款のみがコントロールに服するという結論をとるのが賢明である<sup>(63)</sup>とされている。

---

(60) Houtcieff, supra note 54, p.68.

(61) Xavier Lagarde, *Questions autour de l'article 1171 du code civil*, D.2016, éd. G., p.2178.

(62) Chone-Grimaldi, supra note 36, p.48.

(63) Lagarde, supra note 61, p.2178.

(2) 附合契約に限定された濫用条項規制（民法典 1171 条）

以上のように、2016年オールドナンスは「自由に交渉されていない場合であっても、附合契約は拘束力を有する<sup>(64)</sup>」としてその意義自体は疑われていない附合契約の定義を導入したが、実際に附合契約概念に依拠した規定は濫用条項規制に関する1171条と契約の解釈準則を定める1190条のみである。このうち、後述する2018年法制定過程においてその要件が二転三転することになる1171条は、濫用条項規制について以下のような内容を定めた条文である。

1171条 附合契約において、当事者間の権利および義務の間に著しい不均衡を生じさせる条項はすべて書かれざるものとみなされる。

著しい不均衡の評価は契約の主たる目的にも、価格の適切性にも及ばない。

一見してわかるように、2015年のオールドナンス案とは異なり、濫用条項規制の適用範囲が附合契約に限定されている。これは、2015年のオールドナンス案の濫用条項規制の範囲が附合契約にも「交渉を経ていない条項」にも限定されていなかったことに対して法的安定性が害されるといった批判があったことによる。

(3) 小 括

以上の2016年オールドナンスによる1110条2項および1171条によれば、たとえ当事者の立場が同等ではあっても、一方当事者のみによってあらかじめ確定された契約条項に附合する以外の選択肢がないような契約であれば「附合契約」にあたり、その中に「著しい不均衡」をもたらす条項があれば濫用条項規制が及ぶことになる。そのことから、これらの条文は契約当事者の属性ではなく、<sup>(65)</sup>契約締結の状況が附合者の保護を正当化するという考え方に基づいている。

(64) Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1982, JCP 1984. II .20215.

1171 条の濫用条項規制および 1110 条 2 項は 2016 年オールドナンスによる民法改正の目的の 1 つである脆弱な当事者の保護の象徴であるとともに、当事者が対等な立場で交渉を経て契約を締結するというモデルが終わりを迎え、むしろ交渉がなされない約款が用いられ、当事者の一方が経済的に従属する関係にあるという契約関係が持続していることを示すものである。<sup>(66)</sup>

しかし、「交渉」といってもその程度に応じて様々な段階があることや、「約款」という名のつくものを用いてはいないが当事者の一方の交渉の余地がない場合のように、特に経済的従属契約（流通契約等）では 1110 条 2 項の「附合契約」にあたるかどうか不明確な場面があり、経済的従属契約ではあるが 1110 条 2 項の「附合契約」にも 1110 条 1 項の「交渉を経た契約」にもあたらない「交渉を経た契約と附合契約の中間に位置する契約」が残ってしまうとの危惧が示されている。<sup>(67)</sup>

このように事業者間契約や個人間の契約にも広く対応できる広大な概念である一方<sup>(68)</sup>で、条文の文言には不明確な点も多く、特に事業者間契約ではかえって法的安定性を害することになるという懸念の声も多かった。そこで、これらの不明確な点が 2018 年法で明確化されることになる。

## 4. 2018 年法による修正

### (1) 修正に至る経緯

2016 年オールドナンスを追認するための法律成立に向けて、元老院では 2017 年 6 月より議論が開始される。当初公表された法案（2017 年 6 月 9 日付）で

---

(65) Gaudemet, *supra* note 37, n°7.

(66) Mustapha Mekki, *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus prerandi pour les professionnels du droit ?*, *Gaz.Pal.* 10 mai 2016 n°17, p.11.

(67) Gaudemet, *supra* note 37, n°7.

(68) Mouial Bassilana, *supra* note 41, n°18.

は2016年オールドナンスを有効にするという一文を入れることのみが提案されていたが、これでは無味乾燥にすぎるとの批判が元老院議員からなされ、むしろこの機会に2016年オールドナンスによる改正の内容自体を見直すことが試みられる。そのため、この法律が可決されるに至るまでの議論では単に2016年オールドナンスを追認するのではなく、2016年オールドナンスによって改正された民法典の条文をさらに修正する提案もなされている。最終的に成立した2018年法では、基本的には2016年オールドナンスの内容が踏襲されつつ、2016年オールドナンスによって改正された条文の明確化や修正もなされている<sup>(69)</sup>。そのことから、2016年の民法典改正を根本的に修正する「改正の改正」(réforme de réforme)ではないが、2016年オールドナンスでは不明確なままであった条文についての議論が活発になされ、それらについて踏み込んだ改正もなされた「単なる追認」と「実質的な修正」の中間にあると言われている<sup>(70)</sup>。しかし、他方で、附合契約概念という従来の契約法モデルを革新する概念についても修正がなされていることから、「改正の改正」であるとする指摘もある<sup>(71)</sup>。

附合契約概念を定める1110条2項および1171条はその中でも最も活発な議論がなされた条文である。前述したように、2016年オールドナンスで導入された1110条2項はその基準が不明確なままであることから物議も醸していたが、2018年法では2016年オールドナンスに基づく1110条2項の文言をそのままにして判例による解釈にゆだねるといった方法や、附合契約概念は放棄して個別の解釈原則や濫用条項規制で対応するといった方法ではなく、1110条2項の

(69) 2018年法成立に至るまでの経緯については本稿では附合契約に関する限りでのみ言及する。経緯については注(70)や(71)で引用した論文を参照。

(70) Mustapha Mekki, *La loi ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ?*, D.2018. 900, n°6 ; Antoine Tadros, *La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires*, D. 2018, chr.1162, n°1 ; Claire-Marie Pégliion-Zika, *Présentation de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, RLDC 2018, juillet-août 2018, p. 11, n°1.

(71) Denis Mazeaud, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, D. 2018, chr. 912, n°2.

不明確な箇所を明確にするという方法がとられた。<sup>(72)</sup>しかし、2018年法成立に至る議会での議論においては、端的に言えば、広い附合契約概念を採用しつつ、濫用条項規制の規制範囲を2016年オールドナンスよりも狭めることを主張する元老院側と、附合契約概念自体を限定しつつ、濫用条項規制の適用範囲は2016年オールドナンスによる1171条と同様のものとする国民議会とで対立が見られた。最終的には、2016年オールドナンスによる1110条2項の附合契約概念を若干狭めた元老院案が採用され、また、濫用条項規制の適用範囲も「交渉不可能な条項」に限定されることになるが、<sup>(73)</sup>以上の対立には、いかなる契約を「附合契約」として保護の対象にするかをめぐる様々な考え方が表れている。

そこで、以下ではそれほどまでに活発な議論の対象となった附合契約概念につき、2018年法成立に至るまでの概念および要件の変遷、さらにはそれらに対する学説の反応について分析する。それによって2016年オールドナンスで導入された1110条2項や1171条の趣旨や内容を改めて理解することが可能となる。具体的には、どのような場合に一方当事者の意思が介入しない「附合契約」と言うことができるのか、また、いかなる条項が濫用条項規制の対象となるべきなのかについての示唆が得られる。

## (2) 修正の経過

### (a) 元老院第1読会

元老院第1読会2017年10月17日では、以下のような修正案が提案されて<sup>(74)</sup>いる。

案2条 1110条を次のように修正する。

---

(72) Lionel Andreu, *Le nouveau contrat d'adhésion*, AJcontrat 2018, p.262, n°2.

(73) 附合契約概念は解釈原則を定める1190条でも規制の適用範囲を画するものとして用いられているが、1190条は2018年法で修正されていない。

(74) Texte de la commission n°23 (<https://www.senat.fr/leg/pj117-023.html>), Amendement, présenté par M.Pillet, rapporteur, ([https://www.senat.fr/amendements/commissions/2016-2017/578/jeu\\_complet.html](https://www.senat.fr/amendements/commissions/2016-2017/578/jeu_complet.html))

1項における「交渉された」という文言を「交渉可能な」に置き換える。

2項における「約款が、交渉を経ずに」という文言を「交渉不可能で、一方的に定められた条項を含む」に置き換える。

この修正案によれば、修正後の1110条1項は「交渉を経た契約」を当事者間での「交渉可能性」があった契約であると定義することになり、実際の交渉の有無ではなく「交渉可能性」の有無を問題にしていることが明白である。また、1110条2項は「附合契約とは、交渉不可能で、あらかじめ当事者の一方によって確定された条項を含む契約である」という条文に修正されることになる。ここでの修正点は第1に交渉可能性がなかったことを基準とし、第2に、約款ではなく「条項（ただし複数形である）」という文言を用いている点である。

修正案の目的は、2016年オールドナンスによる改正後1110条の「交渉を経た契約」と「附合契約」が厳密には対照的なものではなく、それぞれの概念に不明確な点や曖昧な点があることから、これらの曖昧さ、不明確さを解消するというものである。現行条文が1110条1項において実際に交渉があったことを問うているかのように読める一方で、1110条2項では「約款」という概念の定義もなされておらず、また、実際上の交渉の不存在を判断することが不確実なものであることを考慮していない点を問題視している。そこで、これら2つの契約概念をより明瞭にするために、「交渉可能性」の有無で両者を区別することにしたのである。すなわち、交渉を経た契約を「すべての条項が交渉可能であった」契約とし、その一方で附合契約を「当事者の一方によってあらかじめ定められた、交渉不可能な条項を含む」契約としている。

この修正案はそのまま可決された。

三八九

その一方で、附合契約概念によって適用範囲が画されている濫用条項規制(1171条)については、以下のような修正案<sup>(75)</sup>が出されている。

(75) Texte de la commission n°23 (<https://www.senat.fr/leg/pjl17-023.html>).

1171 条 1 項の「条項」という文言の後に、次の文言を挿入する。「交渉不可能で、当事者の一方によってあらかじめ一方的に定められた」

以上の修正案が出された理由は以下のようなものである。<sup>(76)</sup>すなわち、2016 年オールドナンスによる 1171 条は附合契約に含まれる条項のうち、交渉の余地がない条項のみならず、あらゆる条項、言い換えれば、実際上は交渉可能であった条項にまで適用されることになる。しかし、交渉不可能な条項ゆえに著しい不均衡が生じ、その不均衡を是正するというのが規制の趣旨であること、および、1110 条の定義が交渉可能性を軸としたものに修正されたことの一貫性をもたせるためには、濫用条項規制の対象を当事者の一方によってあらかじめ一方的に定められた交渉不可能な条項に限定することが望ましい。

もっとも、以上の元老院第 1 読会案に対しては、学説から以下の 2 点を疑問視する見解が出されている。第 1 に、約款という文言を用いるのをやめたことで、契約ひな形を超えて附合契約の範囲が広がる可能性がある。第 2 に、「約款」という文言を基準とせず、かつ、交渉不可能性という基準のみにしたことで、そこでの不可能性は抽象的に判断されるのか、それによって全く交渉されることのない、標準化された契約のみが対象となるのか、それとも、相対的に判断されるのか、すなわち、当該当事者が相手方との関係で脆弱であるゆえに交渉できない場合も含むのかという不確かさが残るという疑問である。そうすると経済界から噴出していたあらゆる契約が附合契約とされることへの懸念を本当に払拭できるものなのか、という疑問が残るといえる。<sup>(77)</sup>

---

(76) Rapport de M. Francois Pillet, au nom de la commission des lois, n°22 (<https://www.senat.fr/rap/17-022/17-0228.html#toc60>) : [https://www.senat.fr/amendements/commissions/2016-2017/578/jeu\\_classe.html](https://www.senat.fr/amendements/commissions/2016-2017/578/jeu_classe.html)

(77) François Chénéde, *La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres*, AJ Contrat, janvier 2018, p.25.

(b) 国民議会第1読会

以上の元老院第1読会案に対し、国民議会第1読会では附合契約概念を大幅に修正する定義が提案される。それは以下のような修正案である。

国民議会第1読会 2017年12月11日

<sup>(78)</sup>  
案2条

民法典1110条を以下のように修正する。

1号 第1項における「自由に交渉された」という文言を「交渉可能な」という文言に置き換える。

2号 「当該契約（原文では「celui」）の文言の後、2項の最後を「1119条という約款を含む」といった文言に修正する。

また、2号で用いられている「約款」という文言を定義するため、1119条について以下のような修正案が提案されている。

案3条の2 民法典1119条1項の冒頭に、以下のような文章を挿入する。「約款とは、交渉不可能で、多数の人または契約に適用されることを目的として当事者の一方によってあらかじめ確定された約定の総体（un ensemble de stipulations）である」。

国民議会では、まず、元老院が「交渉された」を「交渉可能な」という文言に修正したことについては、附合契約で問題となるのは実際の交渉の有無ではなく交渉可能性の有無であるという理由で歓迎すべきとしつつ、<sup>(79)</sup>「自由な」という文言を削除している。その理由として、契約上の自由についてはすでに

(78) Texte de la commission n° 429 (<http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta-commission/r0429-a0.asp>).

(79) Revet, supra note 44, n°2. 同論文は国民議会第1読会案を受けて公表された論文であり、同案を強く批判している。

1101条および1102条で言及されているという点、および、「交渉可能」という文言の中に「自由」が含意されていることがあげられている。<sup>(80)</sup>

その一方で、元老院の定義によれば附合契約概念は著しく拡大し、それは元老院の意図に反するものではないかと疑問を呈している。具体的には元老院の定義では「条項」という文言が用いられていることから、当事者の意思ゆえにわずか1または2の条項が交渉不可能であったという場合でも、当該契約は附合契約になり、極端な場合には1つの条項が交渉不可能であるという場合でも附合契約になってしまう、というものである。しかし、政府が規制の対象としようとしているものは、一方当事者によって契約条項がひとかたまりとなって提示されることで交渉の可能性がない条項ではないかというのが疑問の趣旨である。

また、「約款」という文言を削除した元老院案とは異なり、「約款を含む」という文言を追加し、改正案1119条の「約款」概念に依拠する形を取っている。形式的な判断が容易な「約款」概念を用いる以上、「約款」の定義を明確にする必要があることから、一連の契約や大量定型取引契約で用いられる「標準化された契約条項の総体」を約款と定義する学説の理解に従って定義を設けたというのが国民議会案である。

その背景には、経済界の強い危惧がある。具体的には株式譲渡制限条項や国際契約における仲裁条項で交渉不可能なものまでも附合契約になり、濫用条項規制を受けることになるといった危惧である。このような不安を受けてそれでも附合契約概念を民法典に入れるのであれば、「約款」の定義を設けた上で「約款」を附合契約の定義に盛り込むべきであるというのが国民議会案である。これによって、実務上、附合契約の定義にあてはまるか否かの判断を容易にすることが目的である。

1119条における「約款」の定義で特徴的なのは、「多数の人または契約」に

(80) Rapport de M.Sacha Houlié, au nom de la commission des lois, n°429.

(81) <http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r0429.asp>

適用されることを目的とするものであることを要件としている点である。すなわち、約款が多数の相手方との契約を可能にするために複製して用いられるものであることを念頭に置いている。また、「多数の人」という文言ゆえに、契約の相手方が多数である場合、すなわち、契約書が複数交わされる場合のみならず、インターネットのプラットフォーム上の当事者を拘束している約款もカバーしている<sup>(82)</sup>。ただし、これに対しては、多数の「契約」と「人」を区別している理由は依然として不明確であるとの批判も見られる。また、そもそも「多数」の顧客を相手に用いられる約款でないと「附合契約」にならないという国民議会議案に対しては、通常「多数」概念が非常に多くの者を想定したものであろうことをふまえ、顧客が少数ではあるが濫用条項が用いられている場合に規制の対象とならないことへの批判や、従来の附合契約概念が必ずしも顧客の多数性を要求したものではないことを理由に批判する学説も存在した<sup>(83)</sup>。さらに言えば、多数の契約や人に限定することで「附合契約」にも「交渉を経た契約」にもあてはまらない契約が存在することも問題視されている<sup>(84)</sup><sup>(85)</sup>。

その一方で、国民議会は附合契約の定義を以上のように厳格にかつ明確にするとともに、著しい不均衡を生じさせる条項であれば交渉可能性の有無を問わずすべて濫用条項規制の対象とすべきといったように、元老院で可決された1171条の適用範囲の制限を撤廃することを提案している。結局、元老院第1読会における1171条修正案は削除される。

### (c) 元老院第2読会

元老院第2読会では、まず政府より、国民議会議案第1読会で可決された「約款を含む」という文言に代えて「当事者の一方によってあらかじめ確定された、交渉不可能な条項の総体を含む」という文言を用いることが提案される<sup>(86)</sup>。その

(82) Chénéde, supra note 77, p.25.

(83) Revet, supra note 44, n°5.

(84) Revet, supra note 44, n°6 et s.

(85) Revet, supra note 44, n°6 et s.

理由として、「約款」という文言を用いることに対してはこれまでも学説や実務で批判があることや、いわゆる「約款」とは言えないが部分的にあるいは本質部分についての交渉が不可能な条項を含む契約が「附合契約」とされないことをあげている<sup>(87)</sup>。また、約款が用いられる取引といえば大量定型取引契約であるとのイメージが存在するが、そもそも大量定型取引契約のみに適用範囲を限定することも時宜にかなうものではないとしている。そこで、「約款」という言葉を用いず、また、1119条を参照するといった文言も削除することを提案している。その結果、1110条2項は以下のような条文となる。

附合契約とは、交渉不可能で、あらかじめ当事者の一方によって確定された条項の総体を含む契約である。

このように、交渉不可能性と当事者の一方によってあらかじめ確定された点を基準としている。「交渉を経た契約」の定義においても「交渉可能性」を基準とすることで、「交渉を経た契約」と「附合契約」の対称性をわかりやすくしている。また、「条項の総体」を基準とすることで、裁判官の裁量の余地は残るものの、「約款」という文言よりも不明確さは減少するとしている。その一方で、「条項の総体」であることが要求されているため、いくつかの条項が散在しているというだけでは附合契約にはならない、ということになる。

また、この定義の修正に合わせて、1171条の適用対象を「交渉不可能で、あらかじめ当事者の一方によって確定された」条項に限定する元老院第1読会案と同じ内容の提案がなされている。

他方で、国民議会が1119条改正案で大量定型取引契約のみに約款の範囲を

(86) [https://www.senat.fr/amendements/commissions/2017-2018/154/jeu\\_classe.html](https://www.senat.fr/amendements/commissions/2017-2018/154/jeu_classe.html)

(87) この点につき、Gaël Chantepie et Mathias Latina, *Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat*, D. 2018, chr. 309, n<sup>o</sup>6 et s.によれば、国民議会第1読会案の定義では、「交渉を経た契約」と「附合契約」のどちらにもあてはまらない契約が存在することになる。

限定していた点には批判的である。その理由として、大量定型取引契約であることを約款となるための要件とすると、附合契約にも「交渉を経た契約」にもならない第三の類型が出てくることになり、その第三の類型にはどのような濫用条項規制が適用されるのかが不明確であること、および、何人以上の顧客を相手に用いる契約条項であれば「大量定型取引契約」といえるのか、不明確であることがあげられている<sup>(88)</sup>。

以上をふまえ、法務委員会において1110条2項を修正する修正案2条が可決され、同時に1119条を修正する国民議会第1読会案3条の2は削除された<sup>(89)</sup>。

(d) 国民議会第2読会

まず、「交渉を経た契約」と「附合契約」の定義を定める1110条については元老院第2読会案が踏襲される。

その一方で、附合契約の中でも「交渉不可能な条項」に濫用条項規制の範囲を限定する1171条をめぐる元老院第2読会案に対して、「交渉不可能な条項」への限定を削除し、「著しい不均衡」を生じさせる条項であれば濫用条項規制の対象になるという2016年オールドナンスによる1171条へと回帰することが提案されている<sup>(90)</sup>。

(e) 両院同数部会

附合契約の定義については国民議会第2読会までに元老院・国民議会で合意に達していたため、残された論点は1171条の適用範囲を「交渉不可能な条項」に限定するか否かであった。最終的には1171条の適用範囲を「交渉不可能な条項」に限定する元老院第2読会案の通りで可決され、そのまま2018年法の内容となった<sup>(91)</sup>。

(88) <https://www.senat.fr/rap/l17-247/l17-2472.html>: Chantepie et Latina, supra note 87, n°10.

(89) <https://www.senat.fr/leg/tas17-054.html>

(90) [http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r0639.asp#P99\\_19588](http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r0639.asp#P99_19588)

### (3) 2018年改正による新1110条2項の特徴

特徴は以下の3点である。第1に、2016年オールドナンスによる1110条2項の「交渉を経ずに」という文言が「交渉不可能」という文言に変更されている。第2に、2016年オールドナンスによる1110条2項同様、「当事者の一方によってあらかじめ」確定されたものでなければならない。第3に、「約款」という文言ではなく、「条項の総体」という文言が用いられている。以下、順次検討する。

#### (a) 交渉不可能性

新1110条2項が「交渉不可能」という文言となり、これに対して「交渉を経た契約」の定義（新1110条1項）が「その約定が当事者間で自由に交渉可能な契約」という定義に変更された。2016年オールドナンスで定められた1110条2項は「自由に交渉を経た (sont librement négociées)」という文言であった。しかし、前述したように、この文言ゆえに交渉可能であったにもかかわらず、交渉していない場合には附合契約にあたるのか否かをめぐって、論争が生じることになった。すでに、2016年オールドナンスによる改正を受けた学説においても、ここで考慮されているのは交渉の不存在ではなく、交渉の不可能性であるとの見解が存在したことも前述した通りである。そこで、2018年法は交渉が不可能であったことを附合契約となるための要件の1つとした。これによって、「交渉可能であったが実際には交渉されていない」契約は「交渉を経た契約」ということになり、2016年オールドナンスによる1110条に対して学説で指摘されていた「グレーゾーン」が生じるのを防ぐことになる。<sup>(93)</sup>

(91) <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20180312/cmp.html#toc2>

(92) Andreu, supra note 72, n°5 : Blanc, supra note 12, n°9 など。

(93) Gaël Chantepie et Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup>éd, Dalloz, 2018, n°146, p.133 : Mekki, supra note 70, n°31.

交渉可能性を基準としたことについては、「交渉を経た契約」と「附合契約」の対称性をうまく示したものであるという点で好意的な評価がなされている<sup>(94)</sup>。また、この対称性ゆえに、交渉を経た契約と附合契約の違いは契約作成時の交渉力の違いから生じることが2018年法で強調されたとも指摘されている<sup>(95)</sup>。

もっとも、なお問題は残されている。まず、「交渉不可能」であることや「交渉可能であった」ことを誰がどのように証明するのが問題となる<sup>(96)</sup>。一般法の原則によれば、附合契約の存在およびその中の条項の総体が交渉不可能な状態で課せられたことは、附合契約の存在を主張する者が立証しなければならない。そうすると、ここでの基準の変更は重要である。すなわち、証明しなければならないのは実質的な交渉の不存在ではなく、交渉が一切不可能であったということになる<sup>(97)</sup>。しかし、これを証明するのは簡単なことではない。まず、交渉できなかったということをもどのようにして証明するのだろうか。例えば、契約上の支配関係や従属状態を証明するだけで十分なのか、また、当事者の属性に基づく主観的な基準に依拠するほかないのだろうか<sup>(98)</sup>。あるいは、条項交渉のための会議が何回開催されたのかといった実質的な判断をすることになるのだろうか、仮にそうであるとしても、交渉の程度には様々なものがあるのではないか、という疑問も提起されている<sup>(99)</sup>。仮に証明責任を契約作成者に転換すると仮定しても、同様に難しいだろう。交渉可能であったということを証明しなければならないからである<sup>(100)</sup>。

(94) Mekki, supra note 70, n°31.

(95) Thierry Revet, *L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général*, RDC juin 2018, hors-série, p. 6, n°5.

(96) Mazeaud, supra note 71, n°16.

(97) Mekki, supra note 70, n°31 : Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, Dalloz, 2018, p.32.

(98) Mekki, supra note 70, n°31.

(99) Emmanuel Brochier, *Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification*, RDC juin 2018, hors-série, p.38. 同氏は銀行や弁護士には守秘義務が課されていることをふまえ、交渉の具体的な内容を証明の際に示すことは困難なのではないかとも指摘している (p.39)。

また、具体的にどのような場合であれば「交渉不可能」だったと言えるのか、不明確である。例えば、携帯電話利用契約のように、一対不特定多数の多数契約の場合には交渉不可能であると言いやすが、それ以外の場合にどのような場合であれば交渉不可能だったと言えるのかは必ずしも明確ではない。特に契約条項に関する交渉が一切無かった場合はともかく、契約中の1つの条項だけが交渉されたという場合には残りの条項についても交渉可能だったと言えるのだろうか。そうすると、交渉可能性は実務上は個別事案毎に判断せざるを得ず、<sup>(101)</sup>そうであるとすれば国民議会第1読会案のように「附合契約」を多数契約に限定するという方が証明の困難さがなかったのではないかという指摘もある。<sup>(102)</sup>むしろ「交渉不可能」性が要件とされることで、「交渉可能ではあったが、実際には交渉しなかった」という場合には附合契約ではないとなることから、「自由に交渉されなかった」だけで附合契約になりうるとしていた2016年オールドナンスによる1110条2項よりもむしろ附合契約概念を狭くしたものと言える。しかし、交渉可能であったが交渉しなかったという者は果たして保護に値しないのか、疑問が残る。<sup>(103)</sup>

いずれにしても、「条項は完全に交渉可能である」旨定める条項が契約に含まれていたというだけでは、交渉可能であったというには不十分であるとされ<sup>(104)</sup>ている。

(b) 当事者の一方によってあらかじめ確定されたもの

第2に、当事者の一方によってあらかじめ確定されたものであることを要求している。「当事者の一方によってあらかじめ」という文言は2016年オールドナンスによる1110条2項の文言を維持したものである。このことから、契約が

---

(100) Blanc, supra note 12, n°17, p.23.

(101) Revet, supra note 44, n°4.

(102) Andreu, supra note 72, n°6.

(103) Blanc, supra note 12, n°9.

(104) Mekki, supra note 70, n°31.

「あらかじめ」作成されたわけではなく、契約締結時にその場で直ちに作成された場合は附合契約にならないということになる<sup>(105)</sup>。また、2016年オールドナンス制定直後にも指摘されていたように、第三者によって契約が作成された場合は附合契約になるのか否かは依然として問題となる。前述したように、附合契約にあたるという見解も有力であるが、そうすると「一方当事者」という文言を用いている条文に反するとして慎重な見解も見られる<sup>(106)</sup>。しかし、公証人等の第三者が一方当事者の希望によって濫用条項を定めた場合は、当該条項が交渉不可能なのであれば附合契約にあたるべきとされている。また、契約ひな形をそのまま採用した場合にも交渉可能性がないのであれば附合契約にあたるべきであろうとされている<sup>(107)</sup>。

### (c) 条項の総体

第3に、「条項の総体」という文言に変更されている。この変更については好意的な評価がなされている。前述したように「約款」概念自体に不明確さが残されていたことがその理由の1つである<sup>(108)</sup>。また、「約款」概念は抽象的かつ標準化された、かつ、不特定多数の契約で用いられる条項というイメージをもたらすものであり、一方当事者によって作成され、相手方と全く討議されることのない条項をすべてカバーする概念ではないという理由により「条項の総体」への変更を支持する見解もある<sup>(109)</sup>。たしかに2016年オールドナンスによる1110条2項の趣旨をふまえると「約款」はあくまで討議を免れた条項という意味でしかなく、それが不特定多数の顧客を相手にした契約で用いられることは要求されていないが、「約款」という文言が以上のイメージをもたらすものであるとすれば、「条項の総体」という文言を基準とすることで限定的な解釈

(105) Andreu, supra note 72, n°4.

(106) Andreu, supra note 72, n°4.

(107) Blanc, supra note 12, n°18.

(108) Mekki, supra note 70, n°31.

(109) Dissaux et Jamin, supra note 97, p.31.

がなされるのを避けることができるからである。<sup>(110)</sup>

また、いくつかの条項のみが交渉不可能であったという契約を附合契約と性質決定するリスクを回避することもできる。<sup>(111)</sup> 逆にいくつかの条項のみが交渉可能であったというだけで附合契約と性質決定されなくなるということを回避することにもなる。<sup>(112)</sup>

もっとも、他方で「約款」という形式的な基準を用いなくなったことに対する危惧も示されている。<sup>(113)</sup> 「約款」概念がヨーロッパではある程度なじみのある概念であり、「条項の総体」よりも形式的な判断を可能にするということからも残念であるとの声もある。<sup>(114)</sup> これらの批判的な論者が指摘している問題点として、<sup>(115)</sup> 具体的には以下のようなものがある。

まず、「条項の総体」という文言に疑問が残る。具体的には、「条項の総体」には中心条項も含まれるのか、また、どのぐらいの数の条文であれば「条項の総体」と言えるのか、<sup>(116)</sup> 例えば、わずか2つの条項でも「総体」と言えるのか、<sup>(117)</sup> という疑問である。結局「総体」という文言以上に明確な基準は示されていない

(110) Blanc, supra note 12, n°8 ; Revet, supra note 44, n°5.

(111) Mekki, supra note 70, n°31.

(112) Dissaux et Jamin, supra note 97, p.31 ; Andreu, supra note 72, n°5.

(113) Dimitri Houtcieff, *Loi de ratification de l'ordonnance de réforme de droit des contrats, de la preuve et du régime générale des obligations : le droit shizophrène*, Gaz.Pal.2018, 17 avril 2-18, n°15, p.16.

(114) Phillipe Stoffel-Munck, *Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens*, RDC juin 2018, hors-série, p.54, n°21. 他に、実務家の観点から、「約款」という基準が消滅したことで形式的な判断が困難になるとの危惧を示すものとして、Brochier, supra note 99, p.38.

(115) 本文で指摘した問題点以外に、2018年法による1171条が2018年法10月1日から適用される一方で、2016年10月1日から2018年9月30日までの間に締結された附合契約には2016年オールドナンスによる1171条が適用されることから、両者の文言および解釈の違いによって「過渡期にある」(transitoire) 契約の附合契約の性質決定や濫用条項規制について問題が生じることも多々指摘されているが、本稿ではこの問題には触れない(この問題を主題とした論文として、例えば、Jean-Christophe Roda, *La loi de ratification du 20 avril 2018 : aspects de droit transitoire*, AJContrat 2018, juillet, pp.313 et s.)。

(116) Andreu, supra note 72, n°6.

(117) Mazeaud, supra note 71, n°17 ; Antoine, supra note 70, n°7.

(118) いが、「総体」という文言が用いられていることから、少なくとも2つ以上の条項でなければならず、かつ、それらの条項が構造的に結びついたものである必要があるかのようにも読める。<sup>(119)</sup> 以上のように、「総体」であるか否かを量的に評価、すなわち、条項の数や構造で評価するのか、それとも、問題となっている条項の重要性といった質的な評価を行うべきかが問題となる。<sup>(120)</sup> これについては、当事者の一方によってもたらされた交渉不可能な条項の総体は、交渉可能な条項と比べて契約上優越するものでなければならず、そうでないかぎり、附合契約と性質決定するのは不当だろうといったように、質的な評価を行うべきという見方が示されている。すなわち、本質的に交渉可能な契約は交渉を経た契約となる。<sup>(121)</sup>

また、交渉不可能な条項の総体とともに交渉可能な条項が含まれている場合にはどうなるのかが問題となるが、これについては、交渉不可能な条項が含まれている以上、附合契約となる。<sup>(122)</sup>

さらに、2016年オールドナンスによる1110条2項では「約款」という文言が用いられていたことで、「特約」に対峙する意味でのいわゆる「約款」が用いられているとは言えない会社の定款や区分所有規約、株式譲渡制限条項は、少なくとも文言上は「附合契約」から排除されていたが、これらは加入者にとって「交渉不可能」な条項の総体を含んでいると言えることから、新条文によれば「附合契約」であるということになり、1171条の濫用条項規制が及ぶことになる。<sup>(123)</sup> しかし、これらも「附合契約」であるとした場合に、定款や区分所有規約等で誰が「一方的に確定した」者にあたるのかを特定することは困難である。仮に「附合契約」という文言によって二当事者間で直接やりとりがなされる契約を念頭に置いているとしても、その点は新定義からは不明確ではない。

(118) Dissaux et Jamin, supra note 97, p.31.

(119) Andreu, supra note 72, n°6 : Blanc, supra note 12, n°16.

(120) Blanc, supra note 12, n°16.

(121) Andreu, supra note 72, n°6.

(122) Blanc, supra note 12, n°16.

(123) Tadros, supra note 70 がこの問題を扱っている。

以上のように、「条項の総体」という文言にかわり、しかも、交渉不可能性を証明しなければならない点については、そもそも約款のようにひとまとまりになっている条項が使われることが実務上通常である以上、かえって不明確さを残したものという見方も示されている。この論者によれば、附合契約の性質決定にあたって契約当事者の経済的地位や、条項の不意打ち性、違反性に依拠せざるを得なくなるのではないかとのことである。また、「条項の総体」概念<sup>(124)</sup>を実質的に「約款」と同様のものと考えて適用せざるを得ないとの声もある<sup>(125)</sup>。

#### (4) 2018 年法による 1171 条の改正

他方で、2018 年法では以上のように附合契約概念が修正されたのと同時に、1171 条の適用範囲は「交渉不可能な条項」のみに限定されるという修正が加えられた。具体的には以下のような条文である。

1171 条 附合契約において、交渉不可能で、当事者の一方によってあらかじめ確定されたすべての条項は、契約当事者間の権利と義務の間に著しい不均衡を生じさせる場合には、書かれざるものとみなされる。

(下線部が修正部分)

その結果、実際に交渉を経た条項や交渉可能な条項には濫用条項規制が適用されないことになる。具体的には、1171 条によって「著しい不均衡」をもたらす条項を排除するためには、当該条項があらかじめ一方当事者によって定められ、交渉不可能であったことを示さなければならない。すなわち、裁判官は契約が一方当事者によって定められた交渉不可能な条項の総体を含んでいることを確認し、その上で、これらの条項の 1 つによって著しい不均衡が生じてい

(124) Houtcieff, supra note 113, p.16.

(125) Stoffel-Munck, supra note 114, n°21.

ることを確認しなければならない。契約条項を課す側の当事者としては、条項を交渉可能なままにしておきつつ附合契約を締結することで1171条による規制を免れつつも契約条項の標準化の利益を享受することができる。ただし、この仮定は同一多数の契約に当該係争条項がある場合にはあてはまらない。<sup>(126)</sup>

「交渉不可能」な条項への1171条の適用範囲の限定は、前述した1110条2項の附合契約概念を（2016年オールドナンスよりは狭いとはいえ）限定しなかったことにはかなうものであると言われている。<sup>(127)</sup>しかし、誰が「交渉不可能性」の証明を負担し、また、どのようにして証明するかという問題は残されている。また、そもそも交渉不可能な条項に濫用条項規制の適用範囲を限定すること自体への疑問も提起されている。すなわち、実際に著しい不均衡を当事者間の権利・義務間にもたらしているにもかかわらず、当該条項が交渉されたものである、または、交渉可能であったという理由で書かれざるものとしないうのは正当化されるのかという批判である。また、交渉不可能な条項の濫用性のみしか判断できないと定めていても、その条項の濫用性を判断するにあたって他の交渉可能な条項の内容を考慮することになるのであれば、間接的には交渉可能な条項についての内容審査をすることにもなるのではないだろうか。<sup>(128)</sup>さらにいえば、そもそも交渉可能性の有無を問うのであれば附合契約という要件を設ける必要はあるのかも問題となる。<sup>(129)</sup>すなわち、附合契約自体、契約条項の交渉不可能性を基準として定義づけられているものであるため、濫用条項規制が附合契約中の条項に限られる以上、それはまさに契約条項の組み入れの際に交渉出来なかった条項のはずであり、1171条の交渉不可能性の要件と1110条2項の交渉不可能性の要件を二重に課す必要が疑わしいからである。<sup>(130)</sup>

2018年法によって、契約条項の濫用性を主張する当事者としては、当該条

(126) Chantepie et Latina, supra note 93, n°446, p.394.

(127) Andreu, supra note 72, n°9.

(128) Chantepie et Latina, supra note 93, n°446, p.395.

(129) Mekki, supra note 70, n°31.

(130) Mazeaud, supra note 71, n°18.

項が「附合契約」中の条項であることおよび当該条項によって「著しい不均衡」がもたらされていることを示すだけでなく、当該条項があらかじめ定められた、交渉不可能な条項であることも示さなければならない。これは言い換えれば、条項が交渉可能な条項であった場合には当該条項を拒絶することができたはずだから、保護はなされないということであり、濫用条項規制の対象が条項によって生じる「著しい不均衡」ではなく、契約内容の交渉自由の不存在となっているに等しい。ただし、このように分析する論者も、「著しい不均衡」の存在が「交渉不可能性」を推定することを可能にするという考え方はあり得ないわけではない<sup>(131)</sup>としている。

## 5. 分析—附合契約概念と大量定型取引・従属性

以上の議論は一見、1110条2項や1171条の解釈問題に過ぎないようにも思われる。しかし、これらの議論の背後には、より根本的には附合契約をどのような契約としてとらえるかについて、特に取引の大量性や当事者間の従属関係といった、附合契約概念を構成する一要素にもなりえ、かつ、現代の取引関係の特徴との関係を意識した問題意識が存在する。以下では、取引の大量性および当事者間の従属性という観点から附合契約概念について論じる学説について紹介・分析し、附合契約において問題となるのはどのような点なのかについて、一般に当事者間の交渉力や経済力に不均衡が見られる場合との相違点を中心に検討する。また、これらの特徴をふまえて、附合契約に濫用条項規制の適用範囲を限定していることの意義についても一言する。

### (1) 附合契約＝大量定型取引契約（contrat de masse）？

2016年オールドナンスによって設けられた1110条2項、および、同条の2018年改正に至るまでの議論を見ると、附合契約というのは多数の顧客を相手とす

(131) Mazeaud, supra note 71, n°18.

る大量定型取引契約 (contrat de masse) に限られるのか、それとも一方当事者が契約条項を確定し、それを相手方に一方的に課すものであれば足りるのか、という論点が重要な論点の1つとなっていることがわかる。

この論点に関しては、2016年オールドナンスで設けられた1110条2項は、「約款」という形式的な基準を用いていることから、附合契約を多数の顧客を相手にする契約とパラレルなものにとらえる考え方と一貫性を有するものであったとの指摘がみられる。<sup>(132)</sup> 前述したように、2016年オールドナンスによる民法典改正の段階では約款の定義は定められておらず、民法典1119条で約款の組入要件が明記されたのみである。これに対しては、約款の定義がないことで附合契約概念自体が曖昧なものとなっているという批判もあった。そこで、国民議会第1読会で、約款の定義について「約款とは、交渉不可能で、あらかじめ当事者の一方によって確定され、かつ、多数の人または契約に適用することを目的とした約定の総体である」といったように、直接的に大量定型取引契約に用いられる約定の総体を約款と定義する提案がなされたのも前述した通りである(ただし、これも前述したように国民議会第1読会では、濫用条項規制の対象を「交渉不可能で、あらかじめ当事者の一方によって確定されたすべての条項」に限定する元老院第1読会案ではなく、これらの限定がない「すべての条項」を濫用条項規制の対象とする2016年オールドナンスによる1171条に戻すという提案が可決されている。すなわち、大量定型取引契約に適用される約款を含む附合契約におけるものであればすべての条項を適用対象にするというスタンスである)。

以上の国民議会第1読会案のように、附合契約を交渉不可能であらかじめ確定され、標準化された約款を含む大量定型取引契約に限定しようという姿勢は学説の一部でも主張され、より広く当事者が従属関係にある場合に附合契約の規定を適用させるべきとする学説と対立する。後述するように、フランソワ・

(132) Denis Mazeaud, *Le nouveau droit des obligations : observations conclusives*, RDC hors-série, juin 2018, n°14, pp.65 et s.

シュヌデ教授は附合契約を標準化された約款を含む大量定型取引契約のことであったとして、当事者の一方が相手方に対して従属関係にある経済的従属契約とは異なるとしている（経済的従属契約と附合契約の関係については項を改めて論じる）。これに対しては、国民議会第1読会案を痛烈に批判するティエリ・ルヴェ教授によって次のような批判がなされる。すなわち、多数向けの契約でないと附合契約にならないという見解は、これまでの附合契約の歴史と齟齬を生じさせる。附合契約は一方当事者によって契約内容が定められるという特徴を有しており、多くの取引においてみられたものである。このままだと今後は契約内容決定における一方性に対して一般法で規制される範囲が制限されることになる。また、以上の要件では、当事者の一方によって約定が定められるゆえに著しい不均衡が生じうるにもかかわらず、大量定型取引契約で用いられる約定ではないという理由で保護が受けられないことになる。<sup>(133)</sup>

多くの学説によれば、2018年法はこのような大量定型取引契約のみに附合契約を限定していないことは明らかである。すなわち、「約款」という大量定型取引契約向けの標準化された形式的な概念を基準としていた2016年オルドナンスによる1110条2項とは異なり、2018年法改正による1110条2項は約款概念に依拠していないことから、附合契約概念は大量定型取引契約のみを念頭に置いたものではない。<sup>(135)</sup> また、現に議会において大量定型取引契約に限定することは厳格に過ぎるとして、このような制約を設けないことが述べられていたのも前述した通りである。そのことから、流通契約やフランチャイズの利用権設定契約といった経済的従属関係にある契約や、個人間の契約（例えばプラットフォーム上の契約や個人間の賃貸借契約等）のように、いわゆる約款が用いられるわけではないが強い立場にある当事者が一方的に相手方に対して契約条項を課す場合であっても附合契約になり得る。<sup>(136)</sup>

(133) Revet, supra note 44, n°7.

(134) Mekki, supra note 70, n°31; Andreu, supra note 72, n°5.

(135) Mazeaud, supra note 132, n°14-15, pp.65 et s. : Revet, supra note 44, n°5.

(136) Mekki, supra note 70, n°31.

## (2) 附合契約と「経済的従属契約」

次に附合契約の特徴について、前述したように「附合契約」と「経済的従属契約 (contrats de dépendance)」の違いをふまえて分析するシェヌデ教授の見解を参考に検討する。この見解によれば、経済的従属契約というのは、消費者契約における大量取引（電気供給、保険、銀行取引、携帯電話）ではなく、当事者の一方が経済的従属状態にある流通取引・製造取引のことである。これに対して、附合契約を特徴付けるのは一方当事者の経済的・技術的優位性と、契約内容が一方的に定められ、標準化され、「塊として (en bloc)」相手方に課せられる点にあり、そのほとんどが大量定型取引契約である<sup>(137)</sup>。その結果、附合契約で問題となるのは附合者の合意が自由ではない点ではなく、合意が完全に明瞭ではない点、言い換えれば条項をあまり読まずに無意識に附合する点である。特に、相手方の意識が及びにくい付随条項が相手方の注意が及ばないうちに詳細が「隠されたまま」相手方に受け入れられ、その結果として相手方を犠牲にして約款作成者に不当な利益をもたらす「濫用」的な条項を生じさせる点<sup>(138)</sup>が特に問題となる。このような附合契約の例として、水道供給契約、インターネット契約、携帯電話契約、衛星契約、保険契約、引っ越し作業の請負契約、遠隔監視契約、不動産信用契約、消費者信用契約、自動車賃貸契約といった契約のほか、事業者の銀行口座契約、金銭貸借、保険契約、情報メンテナンス契約<sup>(139)</sup>をあげることができる。

これに対して、経済的従属契約では従属者が不利な条件を受け入れざるを得ない点、言い換えれば、無思慮で合意したのではなく、強制された合意である点に問題がある。この見解によれば、附合契約の問題点は約款が確定的かつ一

(137) Chénéde, supra note 9, n°6, p.1021. この論文で、シェヌデ教授は以上の見解をサレイユ以来の学説の分析を元に提示している。Chénéde, supra note 51, n°23.362 et s. でも同様の分析がなされている。

(138) この点を同教授は従来の学説の分析、特に Pichon の тезыや Dereux の論文の分析から導いている。Chénéde, supra note 9, n°13, p.1025 et s.

(139) Chénéde, supra note 51, n°23.363.

方的に定められ、そのことから附合者が契約を締結したいのであれば条件を拒むことができないという点、すなわち、交渉が自由だったか否か、十分だったかどうかという点にはなく、一方当事者が経済的に優位にあることから相手方にとっては交渉不可能、あるいは、交渉自体存在しない点にある<sup>(140)</sup>。一方で、経済的従属契約における条件には付随契約のみならず主たる目的物や価格も含まれる。実際にも消費法典の適用に当たっては交渉の欠如を証明することが要求されていない一方、商人間契約における濫用条項規制を可能とする商法典L.442-6-I条2号<sup>(141)</sup>の適用にあたって商事裁判所が実際の交渉の有無を問題にしている<sup>(142)</sup>ほか、付随条項のみならず主たる給付や価格を定める条項も問題とされている。さらに言えば、学説・判例上、フランス契約法において承認された「経済的強迫」および、経済的強迫概念を限定とする形で今回の改正で導入された「従属性の濫用」<sup>(143)</sup>概念が中心条項の問題である点とも対照的なものである。これら2つの違いから、そこでの濫用は同様に扱われるべきではない。

シェヌデ教授の以上の見解は、一般には消費者契約のみならず経済的従属関係にある当事者間の契約であって、かつ、条項の一部又は全部が交渉力が同等では無い当事者によって課せられる契約であれば広く附合契約であるととらえられているのに対して、不均衡な契約にもさらにいくつかのバリエーションが

---

(140) Chénéde, supra note 30, p.1336.

(141) 次のような規定である。

商法典 L.442-6-I 条

すべての製造者、商人、職人、手工業者名簿に登録された者による次の行為につき、行為者に責任を負わせ、生じた損害の賠償責任を負わせる。

……

第2号 当事者間の権利および債務において著しい不均衡を生じさせる債務を商行為の相手方に対して負わせる、または、負わせようとする事。

この規定については、拙稿・前掲注(22)1頁以下を参照。

(142) Com.3 mars 2015, n°13-27.525, D.2015.1021, note F.Buy ; D.2015.943, obs.D.Ferrier ; D.2015.996 ; RTDcom.2015.486, obs.M.Chagny ; Com.27 mai 2015, n°14-11.387, D.2015.1204 ; D.2015.2526 ; RTDciv.2015.606, obs.H.Barnier ; RTDcom.2015.486, obs.M.Chagny.

(143) Chénéde, supra note 35, n°10.

あるとし、それぞれのバリエーションに応じた保護の在り方を模索することを示唆している。すなわち、一方当事者による約款に無意識に附合することは、流通業者または供給者の約款に強制的に従うこととイコールではないと考えているのである。従属契約では、合意が無意識にされたのではなく、強制された合意であるという捉え方である。この解釈に対しては、1110条2項の文言のみならず、1171条を「脆弱な当事者の保護」という今回の改正の目的の1つの現れとし濫用条項規制適用範囲を拡大しようとした立法者意思に合致するの<sup>(144)</sup>かも疑わしいとの批判がなされている。また、そもそも経済的従属契約という<sup>(145)</sup>概念自体、まだ十分に確立したものではないとの批判もなされている。むろん、今後、裁判官が以上の区別をふまえて前者にのみ1171条を適用するといった<sup>(146)</sup>ことになるのかも疑問の余地が残されている。

しかし、本稿の関心はシェヌデ教授の説の当否よりは、この説が、契約内容形成段階における一方性が見られる典型例である附合契約概念を大量定型取引契約や契約内容が標準化されている場合（典型的には約款が用いられている場合）に限定すべきかどうか、また、経済的従属関係が存在する場合における契約内容形成の一方性とパラレルに見ることができるかどうかといった問題が残されていることを浮き彫りにした点にある。また、附合契約は当事者間の権利義務に著しい不均衡をもたらしうる契約の1カテゴリーにすぎないという点を改めて示すものと言える。一方的な契約条項作成が問題となる場面には、消費者契約のほか、経済的従属関係があり、それは単に消費者・事業者といった当事者の属性のみによって決まるのではなく、例えば経済的従属関係のように交渉の自由が制限されている（むしろ強制されている）場面と、そもそも交渉自体想定されていない、あるいは不可能である消費者契約とは当然に違いが生じるのではないだろうか。むろん、シェヌデ教授自身が引用している1143条の

(144) Mustapha Mekki, *Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, J.C.P., 2016, éd. N, actualités 1190, p.6.

(145) Chantepie et Latina, *supra* note 87, n°8.

(146) Mouial Bassilana, *supra* note 41, n°19 et n°30.

「従属性の濫用」規定とも比較しつつ、「従属」という意味についての検討は残されているが、この説は「附合契約」概念を単純に契約内容が一方的に定められている場合と定義すること自体を再検討する必要性、ひいては、契約内容が一方的に定められる場面のうち、特に問題となるのはどのような場面であるかという問題を考える上で大いに参考になる。

### （3） 附合契約を対象とした濫用条項規制の意義

以上の経済的従属関係や大量定型取引契約といった観点も踏まえた上で、フランス法が当事者間の経済力・交渉力の不均衡や当事者の従属関係、当事者の属性と言った指標ではなく、附合契約を適用対象として濫用条項規制を行うというスタンスを採用したことの意味について検討したい。

従来の学説では、民法典における濫用条項規制の規定の適用範囲として、「交渉を経ていない条項 (clause non négociée)」に限定するという見解が有力に主張されていた。カタラ草案、テレ草案はその現れである。ところが、2015年オルドナンス案は以上のような適用範囲の限定を一切設けておらず、批判の対象となった。その批判を要約すると、当事者間の力の不均衡が生じている「交渉を経ていない条項」や附合契約においてのみ、濫用条項規制は正当化されるのではないかというものである。そこで、2016年オルドナンスでは濫用条項規制の対象が「附合契約」に、さらに、2018年法では「附合契約」に存在し、かつ、「交渉不可能な」条項に限定された。

附合契約に当該条項が存在するということが濫用条項規制を正当化するという考え方自体はこれまでも見られた考え方であり、実務上も附合契約の存在を前提として濫用条項であると判断した判決が存在した。<sup>(147)</sup>同様に、2016年オルドナンスは、附合契約という形式において構造的に条項による「著しい不均衡」が生じるとの立場をとったことになる。その上で、2018年改正ではさら

(147) Cass. 1<sup>re</sup> Ch. Civ. 6 janvier 1994, Bull. Civ. I. n°8. この判決については、拙著・前掲注

(19) 267頁以下を参照。また、Gaudemet, *supra* note 37, n°5も参照。

に条項の交渉可能性を問題にしていることから、立法担当者は一般法においても契約内容について自由に交渉できないような力関係における濫用条項の排除を目指したものと言える。すなわち、契約内容について交渉していない場合にのみ契約内容への介入がなされるという伝統的な立場に依拠し、契約内容について交渉するという手続上の正義が確保されていない場合には介入するという立場である。<sup>(148)</sup>これに対して、消費者契約や商人間の契約は附合契約に限定されず、特別法によって濫用条項規制がなされる。

では、なぜ附合契約を対象とした濫用条項規制がなされるのか、さらに言えば、なぜ附合契約であれば介入が認められるのか。附合契約においては、相手方である当事者は単に承諾するか拒絶するしかなく、そもそも相手方の意思が不明確である。書面が長大で言葉巧みに作成されていることも多いことから、正確に内容を理解できているとも限らない。また、拒絶した場合、例えばその業界で特定の有力業者が力を有している場合には、取引自体ができないということになる。このように、附合契約が用いられる場面では意思自律の原則が幻想でしかないからである。<sup>(149)</sup>

また、附合契約で問題となるのは価格や目的物ではなく、数多く存在し、明瞭ではなく相手方にほとんど読まれることのない付随条項が濫用的な条項となりうる点である。当事者間に著しい不均衡をもたらす契約には事業者間で他方当事者が従属関係にある契約（経済的従属契約）や消費者契約、附合契約などいくつかに分類できるとしても、その中で附合契約に特徴的な点が付随条項の不明瞭性および相手方にほとんど読まれないという点である。<sup>(150)</sup>

それでは、このような状況を打開するために契約自由への介入の適用範囲を画している「附合契約」概念をめぐるフランスの議論は、以上の状況および介入の正当性をどのように反映しているのだろうか。これについて、2016年オールドナンスの定義に対しては辛辣な批判も見られた。例えば、実質的な交渉の

(148) Chantepie et Latina, supra note 87, n°445, p.392.

(149) Malinvaud, Fenouillet et Mekki, supra note 45, n°227, p.203.

(150) Chénéde, supra note 30, p.1334.

不存在や約款が「あらかじめ確定され」ているという点は、対等当事者であっても当事者の便宜のために見られることがあることから、これだけでは当事者間の不均衡を理由にした濫用条項規制等を行う理由として正当化できないというものである。<sup>(151)</sup> すなわち、問題は契約内容が約款として標準化されていることのみが存在するのではなく、それらが交渉不可能である点（交渉不存在ではない）にあるという批判である。2018年法による改正はこの批判にまさに対応したものである。また、1171条は2項で契約の目的物および価格に関する条項については濫用条項規制の対象外であるとしているが、この点は前述したような、附合契約で特に問題となるのが付随条項であるという指摘にも合致する。

以上のように契約内容が約款として定められていること、すなわち、標準化されていること自体ではなく、それらが交渉不可能である点、すなわち交渉力の不均衡に問題を見出す姿勢は、「約款」を用いて契約内容が標準化されていることによって相手方に修正の余地がないという点や、約款が用いられる大量定型取引契約のみを規制の対象とするという考え方とは一見重なるようで実は異なるものである。標準化されていること自体ではなく交渉不可能である点に問題を見出す場合には、「約款」という形式が採用されている場合のみならず、当該条項がたとえ1つだけであっても一方的に課された場合には契約内容形成における濫用が生じうると見ることになる。この点で、2018年法によって採用された1110条2項の定義自体は一定程度筋が通ったものと見るができる。もっとも、以下の課題が残されている。

第1に、2018年法の（一定の）正当性は、あくまで濫用条項規制の適用範囲という観点から導かれるものに過ぎず、例えば同じく附合契約を適用対象として規制の範囲を隠している作成者不利の原則（1190条）の適用範囲としても正当性を有すると言えるかどうかは検討の余地が残されている。この問題は、「附合契約」概念を民法典に設けることの意味にも関わる。単に契約類型の1つとして総論的に設けているわけではなく濫用条項規制やその他の契約内容規

(151) Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, supra note 4, n°427, p.224.

制の適用範囲を画するために設けていることをふまえると、附合契約を標準化された大量定型取引契約に限定することは契約内容規制の適用範囲を限定することになるが、およそ附合契約とは何かということを概念として民法典に定義する際に、相手方である顧客の多数性や契約内容の標準化を軸に展開することは完全に妨げられていないように思われる。また、実務上「交渉不可能」であることを証明することが困難であることは前述した通りであるが、そうすると結局は大量定型取引契約のようにおよそ交渉が想定されていない契約のみが「交渉不可能」であった、すなわち、附合契約となるという事態になることも考えられる。さらに、濫用条項規制の適用範囲との関係で言えば、附合契約概念の定義付けは民法典以外における濫用条項規制の規定がどこまでの規制範囲をカバーしているかという点とも連動せざるを得ない。フランスでは消費者契約を適用対象とした消費法典L.212-1条、および、商人間の契約における濫用条項規制を可能にする商法典L.442-6-I条2号が存在するため、これらの規定ではカバーされない範囲（例えば個人間契約や商人以外の事業者間契約）を対象とした濫用条項規制を可能にする1171条には期待が寄せられている。そうすると、大量定型取引契約および約款が用いられる契約に附合契約を限定することは、消費法典、商法典でカバーされてない取引のすべてをカバーできないどころか、むしろ、これらの法典の適用範囲と大部分重なることになる。このような事情もふまえて、フランス法における附合契約概念および1171条を評価する必要がある。

第2に、附合契約を規制対象とした濫用条項規制に一定の正当性があるとしても、附合契約の中でもさらに交渉不可能であった条項のみを濫用条項規制の対象とするという2018年法の規制の在り方自体には議論の余地が残るとする学説も少なくない。交渉を経た条項、あるいは交渉可能な条項であれば、たとえそれが当事者の権利・義務の間に「著しい不均衡」を生じさせる条項であっても、内容規制の対象としないという姿勢はいかにして正当化可能なのか、問題が残されている。附合契約の中でもさらに交渉可能な条項（あるいは交渉を経た条項）と交渉不可能な条項を区別して後者にのみ濫用条項規制の網をかけ

るという姿勢は、1190条の解釈原則が附合契約における条項すべてを対象としていることと比較しても、いかにして正当化できるのか。<sup>(152)</sup> いずれにしても、「著しい不均衡」の存在のみならず「交渉不可能性」も証明しなければならぬことで、1171条による濫用条項規制は十分行われず、結局のところ特別法による濫用条項規制が中心になるだろうという見方が強い。<sup>(153)</sup>

## 6 おわりに

2016年オールドナンスによる民法典改正によって、フランスでは民法典の中に附合契約と「交渉を経た契約」という新たな区別が導入されたことになる。この新たな区別の導入によって、民法典における契約概念は変容を迫られている。すなわち、契約の中には一方当事者が契約内容の作成者とはならない、あるいは、少なくともそうみなされない契約があるということが法的にも認められたことになるからである。<sup>(154)</sup> さらに言えば、契約の中に、当事者の意思が必ずしも伴うものではない契約があることも認めたことになる。<sup>(155)</sup> その際に、一方当事者が契約内容の作成者とはならない以上、作成者とならない一方当事者の利益となるように、後から契約内容への裁判官の介入や規制が及ぶことが認められる、というのがフランスの附合契約および濫用条項規制である。<sup>(156)</sup>

しかし、本稿の検討からは、附合契約といっても、附合契約となるための要件として「交渉不存在」を要求するのか、それとも「交渉不可能性」があることが問題であるのとらえるのかといった点や、また、約款概念を大量定型取引契約に限定的なものととらえるべきか否かといった点によって、その内実は一枚岩ではないことがわかる。また、より根本的には一方当事者が他方当事者に

(152) 以上につき、Blanc, supra note 12, n°13.

(153) Houtcieff, supra note 113, p.16.

(154) Thierry Revet, *Une philosophie générale ?*, RDC avril 2016, hors-série, p.9, n°10.

(155) Mazeaud, supra note 71, n°16.

(156) Revet, supra note 154, p.9, n°11.

従属しているということと契約内容に一方的に「附合する」というのが同じものと言えるのかどうかという問題も残されている。これらの問題に対する回答如何によっては、交渉力が対等では無い当事者間における不当条項規制の対象をどのように画するかが変わってくる。

この点に関連して、日本の民法改正によって導入された定型約款概念は、いわゆる不特定多数の顧客を相手に用いられるもので、かつ、契約条項の内容が一切交渉を経ないものであることを想定したものと言える。このような限定された概念に限定した形でその中に存在する不当条項を排除する（日本の民法では「合意しなかったものとみなす」という効果が定められている）ということになると、それ以外の一方当事者が他方当事者に「従属」している関係における不当条項規制の対象はどのように画するのか、例えば消費者契約のみに限定されるべきなのか、それとも、フランス商法典のように商人間であっても当事者間に従属関係が存在する場合には不当条項規制が及びうると考えるべきなのか、再考の余地がある。

これらの問題を今後検討する上ではフランスにおける1171条や「従属」概念についての検討といった課題が山積している。その際には、本稿でも触れたフランス民法典1143条の「従属性の濫用」規定の意義の探求も不可欠であろう。本稿は契約内容形成における「一方性」が見られる一場面である附合契約概念を対象に、「交渉不可能性」によって契約内容形成における一方性が生じると一般的には言えるとしても、そのような契約内容形成段階における交渉力が対等ではない当事者間の関係にもバリエーションがあること、そのことから、（日本の「定型約款」概念が民法に導入された際の議論が示すように）立法化に当たって「一方性」の内実を具体化する際には克服すべき様々な論点が生じることが示すにとどまるものである。以上の残された課題については続稿にゆだねたい。

※岸井大太郎先生には筆者の本学着任以来の約9年間にわたり、研究室が隣同士であることもあって日頃より温かいお言葉をかけていただき、時には長時間にわたってお話

フランス契約法改正における「附合契約」概念（大澤）

を聞いていただくこともありました。特に民法・消費者法と競争法の関係に関心を持っている筆者にとって、競争法のご専門でいらっしゃる岸井先生のご研究およびご助言はこの上なく貴重なものであり、先生と研究室が隣同士であったことを喜んでおりました。本稿で言及した当事者の経済的従属関係については本来であれば競争法の検討が不可欠であるところ、筆者の能力と時間の限界もあり、本稿では触れることができませんでした。今後、競争法の検討にも取り込むことを決意しつつ、先生のご冥福をお祈り申し上げます。

※脱稿直前に、ソフィー・ゴドゥメ（酒巻修也（訳）・斎藤哲志（監訳））「民法典新1171条による濫用条項規制」論究ジュリスト26号（2018年）188頁以下に接した。

※本稿は科学研究費（基盤研究（C）17K03478「契約法・消費者法における『不均衡』概念の理論的・立法論的可能性」：研究代表者：大澤彩）による成果の一部である。