

《資 料》

翻訳：ジョナス・クネチュ「契約の自由」

成 嶋 隆（訳）

参照条文・判例

●民法典

6条 公の秩序及び善良の風俗に関する法律は、個別的な合意によってその適用を除外することができない。^{〔訳注1〕}

1134条 1 項 適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる。^{〔訳注2〕}

●1789年人及び市民の権利宣言

4条 自由とは、他人を害しないすべてのことをなしうることにある。したがって、各人の自然的諸権利の行使は、社会の他の構成員にこれらと同一の権利の享受を確保すること以外の限界をもたない。これらの限界は、法律によらなければ定められない。^{〔訳注3〕}

●憲法院2000年12月19日判決（n°2000-437）

判決理由37：〔……〕一般利益に係る動機に基づくこのような〔措置〕は、人及び市民の権利宣言 4 条から導かれる契約の自由による違憲的な侵害をもたらすものではない。

●契約法、債務に関する一般的規律及び証拠法の改正に関する2015年2月25日のオールドナンス案

1102条 各人は、法律の定める限度において、契約し又は契約しないこと、その相手方を選択すること、並びに契約の内容及び方式を定めることについて自由である。

ただし、契約の自由は、公の秩序に関する準則に反すること、又は、正当な利益の保護の為に不可欠でかつ意図された目的に見合うものでない限り、私人間関係に適用されうる法令により認められた基本的な権利及び自由を侵害することを許すものでない。^{〔訳注4〕}

論 点 解 説

基本的権利・自由のうち、契約の自由は矛盾をはらんでいる。契約する自由とは、拘束される自由 (la liberté de s'obliger)、すなわち他者に対する自己拘束を創設する自由を、したがって、自律を全面的に放棄するという選択を意味するのではないだろうか？ そうであるとするなら、契約の自由は、労働の自由と同じく、一つの内部矛盾をはらむという特徴を有することになる。この矛盾は、民法典が契約という形式に優越的な地位を与えていることにより一層増幅されている。「適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる」(1134条1項)と規定されるとおり、あらゆる契約の締結は、強制的な規範の創設を意味するのである。

諾成主義 (consensualisme) の帰結として、契約の自由は、契約法の柱であり、民事法に由来するものと特徴づけることができる。しかしながら、民事法における契約の自由の重要性に比べると、人権法の分野においてそれが果たしている役割は、さほど大きなものではない。人権に関するEU諸法および国際法において規定されているわけではなく、また憲法的根拠も不確かなことから、契約の自由は、まさしく**基本的諸自由のなかの日陰者的存在** (le parent pauvre des libertés fondamentales) と思われているのである。基本的権利・自由に関する著作では、契約の自由にまったく触れられていないわけではない

が、この自由について詳述しているものはわずかである¹⁾。

しかし、ここ10年、契約の自由をめぐる行政訴訟と憲法訴訟が実際に提起されるようになった。そして、拡大傾向にあるこれらの争訟により、契約の自由の規範的地位と他の基本的自由との関連を明らかにすることが可能となってきた。この点について下された数多くの判決をみれば、将来、契約の自由がより重要な役割を果たすであろうことが予測される。そのことは、とりわけ契約の自由が営業の自由ときわめて緊密な関係を有しているという理由からいえることである。契約法改正法案が、契約の自由を、契約法の「前置規定」(《Dispositions préliminaires》)に含めるというかたちで、民法典のなかに正式に位置づけていることもまた、驚くにあたらない²⁾。

契約の自由は、その基となっている契約法に依拠するならば、**自己が選択する者との間に法的合意を自由に創設する諸個人の能力**(*la capacité des individus à créer librement des accords juridiques avec les personnes de leur choix*)と定義することができる。契約の成立時に焦点を当てるこの定義は、しかしながら、履行過程にある契約(*contrat en cours d'exécution*)を公権力の干渉から保護するということにも等しい関心を払うという見地からすれば、克服されねばならない。基本的権利・自由の体系における契約の自由の今日の地位を把握するために、以下では、まず、契約の自由が現在の実定法によりどのように規定されるに至ったかを検討する〔Ⅰ〕。次に、契約の自由の規範的地位を明らかにした後、この自由のおよぶ範囲という問題に取り組む〔Ⅱ〕。同様に、契約の自由に対して正当に課せられうる制限の問題についても検討する〔Ⅲ〕。

I－契約の自由はどのようにして定式化されたか？

現在の契約の自由の観念は、契約をめぐる2つの見解の対立により特徴づけられる歴史的展開の所産である〔A〕。この対立は、契約の自由の規範的地位およびその粗雑な法認のされ方に表れている〔B〕。

A 意思自律と実証主義の間の契約の自由

契約の自由の歴史は、大きく2つの時期に分割することができる³⁾。契約の自由の起源は、意思自律の原理 (le principe de l'autonomie de la volonté) の下地を作った17世紀の啓蒙哲学に見出される。この自由を人間の特性であると主張した当時の法学者たちは、そこから、人は契約を締結することも、他人に対して義務を負うことも自由であると説いた。1689年の『法律概論』において、ドマ (Domat) が次のように断言したのも、このゆえである。——「債務能力を有するすべての者は、あらゆる種類の合意に随意に拘束される自由、ならびに、合意案件の性質上のいろいろな相違および経済状況や周辺事情がもたらす合意案件の限りなく多様な組み合わせに応じてその合意を変容させる自由を有する。」⁴⁾

このような自由主義的な考え方は、20世紀初頭まで、フランス契約法において支配的なものであった。正真正銘の教条 (véritable dogme) に仕立てあげられた意思自律の原理は、契約の拘束力および自らに自らの法を課す人間の能力を説明することを可能にした。自らが選択する人と契約を結ぶことも、その契約の内容を決定することも自由であり、諸個人は、ただ自らが欲したがゆえに、また、自らが欲した範囲においてのみ、義務を負うことになる。

産業化の進展と人間の不平等の自覚に伴い、契約観は大きく変容する。たしかに、契約の自由は、その原理的な価値を毫も失っていない。しかし、法学者たちは、あまりにも不平等な一定の契約関係の不均衡を是正する矯正のメカニズムについて、今まで以上に力説するようになった。権利の濫用、信義則、情報提供義務および安全債務、濫用条項 (clauses abusives) の統制のような諸法理は、意思の全能を制約し、そのことを通じて契約の自由に制限をもたらす。この新しい、**より平等主義的な契約観 (vision plus égalitariste du contrat)** は、契約についての実証主義にも依拠している。契約についての実証主義とは、その主唱者であるハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) が主張したように、もし契約が義務を課すとするならば、それは契約当事者がそれを欲したからではなく、「上位規範 (法律または慣習たる規範) が契約主体による下位規範の創設を (委任により) 許している」⁵⁾ からである、という考え方である。

B 契約の自由の断片的な承認

契約についての2つの相反する見方の狭間にあって、フランス実定法における契約の自由の承認は曖昧さを伴わざるをえなかった。国内法および国際法のいかなる法条も、契約の自由の原理を明確には規定していない。ヨーロッパ人權裁判所や破毀院も、それぞれの判例において契約の自由に言及してこなかった。憲法院およびコンセイユ・デタが、どの範囲まで容認するかについて疑問を漂わせつつも、**契約の自由の規範価値** (la valeur normative de la liberté contractuelle) を認めたのは、**じつに20世紀末のことにすぎない**。

実際、憲法院は長きにわたって、契約法の基本的諸原理に憲法上の保護をおよぼすことをいっさい拒否してきた。1994年の判決でも、憲法院はなお「憲法的価値を有するいかなる規範も、契約の自由の原理を保障するものではない」⁶⁾と判示していた。憲法院が最初の判例変更を行ったのは、同院が「立法者は、適法に締結された経済的合意ないし契約に対し、1789年の人及び市民の権利宣言4条から導かれる自由（すなわち個人的自由）を明白に否認するような重大な侵害をもたらすことはできない」との判断を示した1998年のことである。そして、憲法院が「**1789年の人及び市民の権利宣言4条から導かれる**」(découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) 自由として「**契約の自由**」という表現を初めて用いたのは、ようやく2000年12月19日判決においてであった⁷⁾。

コンセイユ・デタもまた、行政立法権は、法律による委任がある場合⁸⁾ か、または公の秩序を維持するうえで不可欠である場合⁹⁾ でなければ、契約の自由を侵害することはできないと述べて、この自由について判断を下した。実務的な観点からは、コンセイユ・デタが、契約の自由を、行政裁判法典L521-2条にいう「基本的自由」(《liberté fondamentale》)として性格づけたことが興味深い。同条は、コンセイユ・デタの管轄権限に服する者が、基本的自由に対する重大かつ明白に違法な侵害を防止するために、基本的自由急速審査 (référé-liberté) ^{〔訳注5〕} を行政裁判官に付託することを認めている¹⁰⁾。

Ⅱ 契約の自由はいかなる側面を有するか？

契約の自由がいかなる場合に援用されうるかを理解するためには、この自由の事項的（A）および人的（B）な範囲を検討する必要がある。

A 契約の自由の事項的範囲

憲法院判例の分析によれば、契約の自由の適用は2つの場合に識別できる。伝統的な理解では、契約の自由は、将来における契約締結の可能性を保護する目的で援用されうる。この第一の援用においては、契約の自由は、ある場合は契約の内容に、またある場合はその形式に関係するいくつかの「副次的自由」（《sous-liberté》）に分割することができる。

契約の自由は、まずもって**契約締結の自由**（*libre choix de contracter*）、すなわち契約を締結するか、または逆にその締結を拒否するかを自由を意味する。さらにこの自由は、**契約締結者の選択の自由**（*libre choix du cocontractant*）をも意味する。とりわけ、予測の行為である契約は、他から強制されることなく、自ら締結者を選択した者により締結されるものでなければならないのである。これら契約締結の自由、締結者選択の自由に加え、当事者には**契約内容決定の自由**（*liberté de déterminer le contenu contractuel*）、すなわち契約の内容を意のままに決定し、新たな契約内容を付加する自由も保障される¹¹⁾。最後に、契約の自由は、**諾成主義の原理**（*le principe du consensualisme*）においても見いだされる。この原理の下では、契約の締結は、原則としてなんら特定の形式に服することはないのである。

契約の自由についてのこのような伝統的な見方は、民事法学説により長い間その衰退傾向が指摘されているが、その一方で、憲法院は、とりわけ**履行過程にある契約の保護**（*la protection des contrats en cours d'exécution*）の必要性を強調している。たとえば憲法院は、「契約の持続性」（《pérennité contractuelle》）¹²⁾を保護する必要性を説く。その意味するところは、契約当事者が第三者とりわけ国家による契約関係への干渉から保護されねばならないということである。実際、憲法院は、2003年の判決以来、「立法者は、適法に

締結された契約に対し、十分に一般的な利益（*intérêt générale suffisante*）を擁護するという動機により正当化されないような侵害をもたらすことはできない」¹³⁾と繰り返し判示している。

B 契約の自由の人的範囲

契約の自由は、なによりも、自然人であれ法人であれ、**私人**（*personnes privées*）のためのものであり、当該私人の契約締結能力や、当該私人がその私的利益を満たすために締結した契約に対する公権力からの干渉に対して保護を与えるものである。その反面として、契約の自由の領域を私法の境界を超えて拡大することについては、躊躇がありうる。

コンセイユ・デタは、公法人を契約の自由の人的範囲に含めること、および行政契約にも保護を拡大することには躊躇を示している。実際、基本的自由についての伝統的な考え方は、その保障を国家を代表する法人に拡大することを禁じている。しかし、国が道路を建設または学校を改修する場合、国は一般利益を目的として契約を締結するが、その際、公権力はその時々¹⁴⁾の公益判断に基づいて自由に契約を締結できるはずである¹⁴⁾。

従来の古典的なアプローチと決別するかたちで、憲法院は最近、1789年宣言4条と、地方公共団体の自由な行政活動の原理を認める憲法72条に基づいて、**公法人の契約の自由**（*liberté contractuelle des personnes publiques*）を認めるにいたった。2006年11月30日の判決において、同院は、地方公共団体内におけるガスの供給に係る契約につき、立法者が当該地方公共団体に対し特定の契約締結者を指定しようとする際には、十分な一般利益が存することを証明しなければならないと判示したのである¹⁵⁾。ただし、この契約の自由の拡大は、今のところ、将来締結される契約の保護のみに関するものであり、履行過程にある契約に係るものではないように思われる¹⁶⁾。

Ⅲ 契約の自由に対しいかなる制限を課することができるか？

契約の自由は、そのすべての側面につき制限の対象となる。これまで常にそうであり、自由主義的な契約観が支配的であった時期や、意思自律の原理が契

約法の不動の基礎をなしていた時期でもそうであった。1804年民法典6条は、「公の秩序及び善良の風俗に関する法律は、個別的な合意によってその適用を除外することができない」と規定してはいないだろうか？ 同法典の象徴的な規定である1134条1項は、「適法に形成された (*légalement formées*) 合意」のみが、「それを行った者に対しては、法律に代わる」としてはいないだろうか？

不平等な状況が増大するにつれ、立法者および裁判官は干渉主義、さらには、ますます大きな支持を得ている**契約に関する統制主義**(*dirigisme contractuel*)の態度を、契約の全局面について示すようになった。まず、契約の成立については、契約締結義務の強化¹⁷⁾、「契約内容の強制」(《*forçage du contrat*》)¹⁸⁾、契約における要式主義の復活¹⁹⁾、内容が法令により定められた契約の出現²⁰⁾などがみられる。次に、契約の履行については、履行過程にある契約に対する法規制を、経過措置を伴わずに変更する²¹⁾、というものがある。

契約の自由に対するこれらの厳しい制限にもかかわらず、これらの制限はごくまれにしか裁判所により違憲と判断されることはないといわざるをえない。この事情は、契約の自由がしばしば他の権利・自由に譲歩せざるをえないこと (A)、あるいは、これらの制限が一般利益により正当化されるということ (B)を示している。

A 他の諸自由を尊重した契約の自由の行使

ある契約が他の基本的自由を根底から侵害するものとなりうる場合、それを防ぐために契約の自由になんらかの制限を課す必要があることは明らかであるといえる。この侵害の危険性は、**契約当事者の一方が不利な立場に置かれており**、極端に厳しい拘束関係を受け容れざるをえなくなるような場合は、なお一層重大なものとなる。契約の自由に対する制限の例は、労働法の分野では数多くある。たとえば、労働の自由を保護するために、判例は競争排除または排除条項に対して厳格な有効条件を課している。表現の自由に対する侵害を制限するために、守秘義務条項には限定が付されている。移動の自由や正常な家族生活を営む権利に対する侵害を制限するため、労働法典は移動条項にきわめて限定的な枠をはめている。

契約の自由と他の基本権との間に不可避的な軋轢があることを法的に確認したうえで、憲法院は、2013年6月13日の判決で、「立法者には、1789年宣言4条から導かれる契約の自由に対して、**憲法上の要請に基づく制限** (limitations liées à des exigences constitutionnelles)²²⁾ を課す自由がある」と明示した。以後、契約の自由は、たとえば、「適切な住居を得る権利」(《droit à un logement décent》)の保障という憲法的価値を有する目的のために制限されうると解されている²³⁾。

B 一般利益により正当化される契約の自由に対する制限

さわめてしばしば、契約の自由に対する制限は、一般利益が命ずる**意思自律への当然の枠づけ** (l'encadrement naturel de l'autonomie de la volonté)として受け入れられる。公序良俗に反する契約の禁止(民法典6条)、あるいは、未成年者や弱い立場にある成年者を保護しなければならないという規範から導かれる諸制限(民法典1124条)を、それらが契約の自由に対する侵害をなすとの理由で問題視するなどということは誰もしないであろう²⁴⁾。裁判所は、これらの制限を、当該規制が追求する一般利益の実現という目的によって正当化することに、なんら困難さを見いださないであろう²⁵⁾。正当な理由なく消費者に売買や役務の給付を拒否することを禁ずる法規の場合はとくにそうである²⁶⁾。このような制限は、事業者と消費者との間の均衡を回復したり、差別的な商行為を防止するといった動機に基づいているからである。

この問題をめぐる争訟は、なによりも、**履行過程にある契約への介入** (ingérences dans les contrats en cours)ということに関係している。立法者が、一定の類型の契約に対する規制を変更したり、履行過程にある契約に新たな規制を課すといったことを自由になしうるとしても、憲法院が明示するように、「立法者は、適法に締結された契約に対し、十分に一般的利益を擁護するという動機により正当化されないような侵害をもたらすことはできない」のである²⁷⁾。このような「十分に一般的利益」の存在は、とくに、その第1条で、労使代表が部門別の協定により補完的な健康保険への強制加入のための共済組織を指定することが、すでにこのような措置の恩恵に浴している部門に

属する企業についても認められねばならないと規定する、雇用の確保に関する2013年6月14日法の審査の際に否認されている。

事例演習

論題：民間会社の管理職の報酬に上限を設定することは基本的権利・自由に反することを主張せよ。

導 入

論題の素材：最近10年間における管理職の報酬の増額を示すあらゆる文章または統計資料。たとえば、20世紀中に拡大した管理職の報酬と労働者の賃金との格差に関するT・ピケティ（T.Piketty）の著作（『21世紀の資本』）に言及することもできる。CAC40^{〔訳注6〕}に属するある会社の管理職の報酬は、150SMIC^{〔訳注7〕}に相当する。

——会社管理職の報酬やそれに関連する次のような諸問題をめぐる国民的議論を想起せよ：財政危機、企業の競争力、雇用調整計画（plans sociaux）、購買力の低下。

——この議論を、基本的権利・自由という問題領域に位置づけ、次の諸論点に即して展開せよ：

- ・ 企業の契約の自由と管理職の契約の自由（会社代表、管理協約、労働契約）。
- ・ 関連会社の企業の自由（「市場相場」《tarifs du marché》）に応じた経営者（managers）の給与決定、国際的規模の競争市場）。
- ・ 管理職の財産権（法定上限を超える者についての先取控除の場合）。

——なぜ契約の自由が強調されるのかを論証せよ：そもそも、会社の企業の自由や場合によっては管理職の財産権に対する侵害をなすものは、企業とその管理職との間の契約に対する干渉となる。

——すでに2012年7月26日のデクレが、公企業（entreprises publiques）の管理

職の報酬について規制措置を設けたことを想起せよ²⁸⁾ [この問題について正確な表題を与えるには、同デクレを参照するとよい]。

——公企業（商工業的公施設法人（les établissements publics à caractère industriel et commercial）、公私資本混合会社（les sociétés d'économie mixte）および国が唯一のまたは主要な株主である株式会社）に関する措置と、私企業を対象とする措置との違いを強調せよ。

——国との直接的な関係をもたない両契約当事者に一定の経済的見通しを受け入れさせるようになった私企業界における報酬水準を規制すべきことを主張せよ。

設問：国は会社管理職の給与につき「適正な」（《juste》）水準を決定する専権を有しうるか？ 契約の自由と経済・社会政策上の要請とをいかに調整すべきか？

[以下の論理構成は、ある弁護士が申立趣意書（conclusions）において行った法的推論に着想を得ている。その課題設定のしかたは、講学上のルールを意に介する必要を感じさせない。]

契約の自由は実業界における原則であるので（Ⅰ）、会社管理職の報酬に上限を設定することは明らかにこの自由を侵害し（Ⅱ）、一般利益という理由によっては正当化されえない（Ⅲ）。

Ⅰ 企業とその管理職との関係における契約の自由

——契約の自由にはいくつかの側面があることを想起せよ。また、場合によっては会社管理職の報酬の上限設定の問題に直接関係しない側面は除外せよ：

・ 契約を締結するかしないかの自由：直接関係しない；

・ 契約相手方選択の自由：企業には原則としてその労働者と管理職を選択する自由がある；会社と管理職との間で締結される労働契約については、なお一層の自由が認められる。会社とその株主は、会社の運命を管理職の手に委ねる

ことになるのであるから、この契約は人的考慮 (*intuitu personae*) に基づいて締結されねばならないのである；

・ 契約内容決定の自由：管理職と会社は、契約内容を自由に決定できなければならない；労働法は、いくつかの強行規範（労働時間、休暇など）を、管理職との間で締結される労働契約について緩和したり、会社管理職についてはその適用を除外することにより、契約内容決定の自由を尊重している；そのうえ、報酬はさまざまな形をとりうる（固定報酬、利益参加、保険料、株主権、ストックオプションなど）；

・ 履行過程にある契約の保護：このことは企業とその管理職との間に締結される契約についても同様にあてはまる。

——憲法院およびコンセイユ・デタの判例における契約の自由の規範的地位の発展について略述せよ（前述 I.B.参照）。

II－契約の自由の制限としての管理職給与の上限設定

——会社管理職の報酬の上限設定は、なによりも契約内容決定の自由に対する一つの制限であることを強調せよ：

・ 報酬は、企業と管理職との間に締結される契約（会社代表委任契約または労働契約）の核心部分である。これに制限を課すことは、契約当事者から契約条件を決定する自由を奪うことになる。

——このような措置が契約の相手方を選択する自由をも侵害することを指摘せよ：

・ 報酬の制限は、会社管理職の選択を制限することにもなりうる。なぜならば、フランスの法律が定める〔報酬の〕上限は、他国における報酬の水準と同じではないからである；それゆえ、外国人の上級管理職にとって魅力的な報酬条件を提示することはより困難である。

——報酬に上限を設定することは、もし立法者が、法定された報酬の上限を当該法律の発効前に締結された契約について適用する場合は、履行過程にある契約をも侵害することを明らかにせよ。

Ⅲ－契約の自由への正当化されない (*injustifiée*) 制限としての管理職給与の 上限設定

——（広義の）比例原則に反しないためには、制限は以下のような諸条件を満たさねばならないことを想起せよ：

- ・制限は、立法目的を実現するうえで適切なものでなければならないこと（適切性）；

- ・立法目的を達成するうえで、より制限的でない他の選択肢が得られなかったこと（必要性）；

- ・制限は、追求された目的との関係で過度な不都合を生じさせてはならないこと（[狭義の]比例原則）

——立法目的について考察せよ：

- ・報酬に関する労働法の諸規範に照らし合わせよ：SMICは、労働者を保護し、使用者と被用者の労働関係における均衡を回復することを目的とするものである。

- ・会社管理職の報酬に上限を設定することは、上記の措置と同じ目的に対応するものではない。この措置は、それ以上に、実業界の「道德化」(《moralisation》)と富の再分配という政策のなかに位置づけられるものだからである。

——これらの目的を達成するために、次のような代替措置が存在することを強調せよ：

- ・高額所得者に対する所得税を引き上げる。
- ・連帯富裕税（ISF）または相続税を引き上げる。

——履行過程にある契約についての上限設定によりもたらされる不利益は、管理職にとって測り知れないものとなるであろう（報酬の一部が削減されることになるであろう）ことを明らかにせよ。

論題：契約の自由と銀行口座開設の権利

導 入

立論の素材：通貨金融法典L312-1条1項（「預金口座を持たない、フランスに住居を有するいかなる自然人または法人も、自己の選択する金融機関に当該口座を開設する権利を有する」）または、私たちの社会において銀行が果たしている経済的・社会的役割を説得的に示すあらゆる資料を引用せよ。

——契約の自由のさまざまな側面（契約締結の自由、締結者選択の自由、契約内容選択の自由）を想起せよ。

——銀行口座開設の権利（le droit au compte bancaire）についてその概略を説明せよ：私人は、フランス銀行に、基礎的な銀行サービス（小切手の現金化、統一的に認可された支払カード、自動天引きまたは振替業務）の提供と口座の開設を義務づけられた金融機関（un établissement de crédit qui est contraint d'ouvrir un compte）を指定してもらうよう申し込むことができる。

——銀行口座開設の権利は、金融機関の契約の自由を強く制限することを説明せよ。

——立法者が契約の締結を強制する他の場合（強制保険、職能団体への加入など）を想起せよ。

——私たちの社会における銀行口座の重要性を強調せよ（現金での商取引の衰退；銀行カードおよび銀行間の振替の発達；銀行小切手の強さ）。

——口座名義人の適性（口座開設権の停止、定期的所得の欠如）を重視すると同時に、銀行とその顧客との間の信用が果たす役割（資産寄託；「貸（借）越」（《découvert》）の処分）を強調せよ。

設問：何らの信頼関係もない顧客のために口座を開設することを銀行に命ずることは正当化されるか？

銀行業の分野では、契約の自由は社会の一部の者を銀行サービスから排除するという結果をもたらしうる（I）。それゆえ、一般利益の見地からは、銀行業者の意思を無視し、契約の観念そのものが問題視されるという危険を冒して

までも口座の開設を銀行業者に命ずることが要請される（Ⅱ）。

I 銀行サービスからの排除の原因としての銀行の契約の自由

銀行は、原則として、銀行口座開設を希望する者と開設の契約を締結することを義務づけられていない（A）。しかし、銀行が特定の顧客を拒絶することができるとなると、最も弱い立場にある人々（les personnes les plus vulnérables）が銀行サービスから排除されるという結果になる（B）。

A 顧客選択の自由

——締結者選択の自由は、契約の自由の重要な側面の一つであることを想起せよ。

——口座開設の契約は私法上の契約の一部をなすものであり、契約の自由に属することを明らかにせよ。

——銀行が、ある場合は公然と、ある場合は内密にその顧客を選別しているのは明白であること（例：資産・収入規模が限定されている系列民間銀行への照会）を指摘せよ。

——無収入の者、債務超過者あるいは小切手の発行を禁じられている者が、自己の名義で口座を開設できるような金融機関を見つけることは困難であることを説明せよ。

中間まとめ：銀行によって行われるこうした消極的選別は、不可避免的に銀行サービスからの排除という状況をもたらす結果となる。

B 最も弱い立場にある人々の銀行サービスからの排除

——市場経済システムの基本原則を想起せよ：経済活動は原則として私的行為者（opérateurs privés）により行われる。

——契約の自由の厳格な適用から生じる、このシステムの限界を強調せよ：基本的な財産および役務は、原則として、理由を示さずに契約の締結を拒否することのできる私企業により供給されるのである。

——銀行のもたらす利益と他の必要不可欠なサービスとを比較検討せよ：電気、水道、保険、交通など。

——銀行サービスからの排除がいかなる程度で日常生活に不利益をもたらすかを指摘せよ。たとえば、以下の点について：

・一定額を超える給与の銀行口座からの支払い（口座がなければ給与が得られない）。

- ・家族手当の振込支払いによる受領。
- ・小切手の有用性および迅速な振替。
- ・非物質化された資産の譲渡の安全性。
- ・現金支払いの法的規制（通貨金融法典L122-6条）。

中間まとめ：私たちの社会における銀行口座の普及に伴い、銀行サービスからの排除はますます許容されないものとなっており、契約意思（volonté contractuelle）の制限に向けた立法的対応を要請してきた。

Ⅱ－契約の自由の否認としての口座開設の権利

銀行サービスからの排除をなくし、最も弱い立場にある顧客を銀行を通した流通の場に再び参入させるため、立法者は強制的な性質をもつ契約の締結を義務づけている（A）。この変化が、口座開設契約の観念自体にも変容を余儀なくさせたのは明らかである。この契約はもはや信頼関係に基づく契約ではなくなったのである（B）。

A 一般利益により正当化される契約の締結強制

——フランス銀行は、金融機関に対し、口座をもたない者の名義で口座を開設することを強制できることを想起せよ（通貨金融法典L312-1条2項）。

——さらに、銀行は、当該顧客に対して基礎的な銀行サービスが無償で提供することを法律により義務づけられていることを想起せよ（「導入」参照）。

——銀行の契約の自由に対するこのような厳しい制限（締結者選択の自由の否認、基礎的銀行サービスの無償提供の強制）の正当化事由を強調せよ：

・銀行からの排除と社会的排除との関連（雇用者、一定の商人および行政機関との関係における人の同一人性の確認手段としての銀行口座）。

・他の基本的諸自由（営業の自由、労働の自由）を行使するうえでの銀行口座の必要性。

・一般利益が目的とする資産移転の安全性の確保（小切手を盗むのは、紙幣の詰まったバッグを盗むよりは金にならない）。

——規制措置は、このように一般利益目的に応ずるものであり、必要かつ均衡のとれたもの（nécessaire et proportionnée）であることを論証せよ。

中間まとめ：口座開設の権利を認めることは、たしかに、銀行の自由に対するきわめて重大な制限である。しかしそれは、社会の結束（*cohésion sociale*）を強化し、貧困と闘う（*lutter contre la pauvreté*）ことに貢献する。ただ、その代償はいったい何か？ 口座開設契約は、なおも信頼関係に基づく契約といえるのか？

B 口座開設契約は信頼に基づく契約か？

——口座開設の権利を認めることがどのような帰結をもたらすかを、銀行の契約実務の観点から述べよ。

——普通の顧客と、その口座の開設がフランス銀行により命じられた顧客との相違を重視せよ。

——口座開設契約の複合的（hybride）な性格に言及せよ：この契約は、信頼に基づく契約（「貸（借）越」の処分、信用貸し）である場合もあれば、実際にはそうでない契約である場合もあるのである。

——契約概念自体の変容（「法規的契約」（《*contrat réglementaire*》）という形態の登場）という点を強調しつつ、討論を開始せよ。

[原注]

1) ただし、X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2014, Lextenso, n° 1478 et s. 参照。

- 2) 民法典1102条(契約法、債務に関する一般的規律及び証拠法の改正に関する2015年2月25日のオルドナンス案による改正規定)。
- 3) P.-Y. Gaudoun, *J.-Cl. Libertés*, Fasc. 1350 [2008], n° 5 et s. 参照。
- 4) Domat, *Traité des lois*, 1689, chap.V, 9^e règle.
- 5) H. Kelsen, 《La théorie juridique de la convention》, *Arch. phil. dr.* 1940, p.33.
- 6) 憲法院1994年8月3日判決 (n° 94-348) (「給与所得者の予備的な社会的保護に関する法律」の合憲性)。
- 7) 憲法院2000年12月19日判決 (n° 2000-437)。この表現は爾後、判例上定着している。とくに、憲法院2015年8月5日判決 (n° 2015-715) 参照。
- 8) 直近のものとして、コンセイユ・デタ2008年5月19日判決 (n° 305970, *AFORST*) 参照。
- 9) コンセイユ・デタ2001年3月19日判決 (n° 202349, *Snipag*)。
- 10) コンセイユ・デタ2001年3月23日命令 (n° 231559, *Sté LIDL*)。
- 11) 例として、ファイナンス・リース契約、ファクタリング合意のほか、なんらの規制も受けず、なんら特別な定めもない、いくつかの著作権契約を挙げることができる。
- 12) P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 208 et s.
- 13) 憲法院2003年1月13日判決 (n° 2002-465) (「給与、労働時間および雇用の促進に関する法律」の合憲性)。直近のものとして、憲法院2015年8月5日判決 (n° 2015-715) 参照。
- 14) コンセイユ・デタ(争訟部大法廷)2006年3月24日判決 (n° 288460, 288465, 288474 et 288485, *Société KPMG et autres*)。
- 15) 憲法院2006年11月30日判決 (n° 2006-543) (「エネルギー部門に関する法律」の合憲性)。
- 16) P.-Y. Gahdoun, 《La liberté contractuelle des personnes publiques et la Constitution》, *RDP* 2007, p.845.
- 17) 例として、原動機付陸上交通手段の所有者に民事責任保険加入を義務づけるというものがある(保険法典L211-11条)。
- 18) 契約の解釈という名目で、裁判官は、当事者が予期していなかった義務、たとえ

ば情報提供・助言義務や安全債務などを「発見する」ことができる。

19) たとえば、消費貸付(消費法典L311-1条以下)や住居の賃貸借(1989年7月6日法)に関する立法、参照。

20) その内容が労働法典により大幅に規定されている労働契約の場合はとくにそうである(Bernard,《Difficulté et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail》, *Dr. social* 2015, p.4 参照)。

21) たとえば、労働法が改正された場合、改正された新条項を履行過程にある契約に組み込むために、契約条項変更の付加文書を必要とすることなく、当該契約にそれが適用される。消費契約に関する改正の場合も同様である(貸付、移動電話など)。

22) 憲法院2013年6月13日判決(n° 2013-672)(「雇用の確保に関する法律」の合憲性)。

23) 憲法院2014年3月20日判決(n° 2014-691)(「住居の確保および新都市計画に関する法律」の合憲性)。

24) たとえば、破毀院第1民事部2014年10月29日判決(n° 13-19.729)(ビニールで覆った遺体の展示を中止することに伴う損失を補償することを目的とする保険契約が、違法目的の契約として無効とされた事例) 参照。

25) 前掲、憲法院2013年6月13日判決(「立法者には、……契約の自由に対し、……憲法上の要請に基づく制限または一般利益により正当化される制限を課す自由がある。ただしこの制限は、立法目的と比例的関係にないような侵害をもたらすこととなってはならない。」)

26) 消費法典L122-1条、R121-13条2項。——客が酩酊状態の場合や札付きの無銭飲食者である場合は、バーの支配人が酒類の提供を拒否することについての正当な理由となる。

27) 前掲、憲法院2013年6月13日判決。

28) 国により援助されているまたは経済危機を理由とする国の援助の恩恵を受けている企業の管理職、および公企業の責任者の報酬の条件に関する2009年3月30日のデクレ n° 2009-348も参照。

〔訳注〕

1 訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編(稲本洋之助訳)『フランス民法典——家族・

相続関係——』(法曹会・1978年) 2頁による。

2 訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編(稲本洋之助訳)『フランス民法典——物権・債権関係——』(法曹会・1982年) 67頁による。

3 訳文は、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第3版〕』(三省堂・2014年) 276頁による。

4 本条は、「フランス債務法改正オルドナンス」(2016年2月10日オルドナンス131号)(Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)の司法省草案(2015年2月25日)の規定である。成立したオルドナンスでは、本条第2文が次のように簡略化されている。——《La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.》この経緯をふまえ、本条の訳出にあたっては、萩野奈緒=馬場圭太=齋藤由起=山城一真訳「フランス債務法改正オルドナンス(二〇一六年二月一〇日のオルドナンス第一三一号)による民法典の改正」(同志社法学69巻1号) 279頁以下を参考にしつつ、とくに第2文については訳者なりの翻訳を行った。

5 「*Référé-liberté* 基本的自由急速審理: 緊急の場合において、行政急速審理裁判官〔……〕に認められる手続。公共団体(または公役務〔……〕の任務を負う組織)が、その権限の1つを行使するにあたって、基本的自由に対して重大かつ明白に違法な侵害をもたらしたと思われる場合、基本的自由の保護に必要な措置を命じることができる。《後略》」(中村紘一・新倉修・今関源成〔監訳〕Termes juridiques研究会〔訳〕『フランス法律用語辞典〔第3版〕』(三省堂・2012年) 360頁「*Référé administratif*」の項)

6 CAC(Cotation Assistée en Continu): フランスの主要40銘柄。

7 SMIC(Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance): 「全産業一律スライド制最低賃金」。

〔訳者あとがき〕

本翻訳のテキストは、ロナン・ベルナール=ムノレ編『大口頭試問 基本的権利および自由』(エリプス社・2016年)(Ronan Bernard-Menoret (dir.), *Le grand oral. Les droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 2016)に収録された、ジョナス・クネチュ(Jonas Knetsch)教授の論稿「契約の自由」(*La liberté*

contractuelle) である。

著者のクネチュ教授は、1982年ドイツ・東ベルリン生まれの私法学者である。2004年にケルン大学、2006年にパリ第一大学をそれぞれ卒業した後、2011年にケルン大学およびパリ第二大学で博士号を取得した。次いで、2013年にアグレガシオン（教授資格試験）に合格し、同年、ラ・レユニオン大学に赴任した。2017年8月まで同大学に在籍した後、同年9月からはジャン＝モネ・サンテティエンヌ大学（Université Jean-Monnet Saint-Étienne）法学部に在籍している。クネチュ教授は、「フランス法とドイツ法の両者に通じる稀有な存在」であり、「ヨーロッパの法統一の試みを初めとして、両国法の関係が改めて問われる中で、フランス民事責任法学界における氏の存在は大変貴重」と評されている（ヨナス・クネチュ（ジョナス・クネシュ）「フランス民事責任法改正——2016年4月26日の司法省法律草案の比較法的検討」法学80巻5号86頁以下における訳者・中原太郎教授の「まえがき」より）。

本テキストが収録されている前掲書は、そのタイトルが示すとおり、フランスの弁護士試験の最終段階で実施される「大口頭試問」（grand oral）を受験する志願者のために編集された受験指導書である。同書は、口頭試問のテーマである「基本的権利・自由」に関する、全部で23の項目を立て、それぞれにつき、口頭試問の方式（「発表と討論」*exposé/discussion*）を念頭においた解説を行っている。クネチュ教授の論稿は、同書の「テーマ3 経済活動者の権利」に収められた6項目の解説のうちの1つである。（ちなみに他の5項目は、「所有権」「労働の自由と社会権」「健康に対する権利」「住居に対する権利」「健康な環境に対する権利」である。）

公法学（憲法学・教育法学）を専攻する訳者が本テキストを翻訳することになったのは、訳者が研究代表者を務めた科研費基盤C15K03089（「フランス法における『契約締結と平等取扱い』：民法の憲法化の理論的解明」）に基づく研究の過程で、クネチュ教授と研究交流のあった研究分担者・小柳春一郎獨協大学法学部教授からの勧めに応じたことによる。小柳教授には、クネチュ教授からの翻訳応諾のとりつけや、翻訳にあたっての資料の紹介など、多大な援助をいただいた。この法分野に疎い訳者にとっては、たいへん有難いことであり、

心より感謝申し上げたい。

最後に、表記上のことにつき、若干の指摘をしておく。

テキスト中、太字で表記されている箇所はゴシック体にし、さらにその後にフランス語原綴を併記した。次に、テキストの斜字体（イタリック体）表記については、訳文では下線を付した。原注については、著書・論文のタイトルはフランス語表記のままとし、判決や法令については適宜日本語表記を加えた。全体を通して、重要語句にはフランス語原綴を付記した。

〔追記〕本研究は、科研費基盤C15K03089（「フランス法における『契約締結と平等取扱い』：民法の憲法化の理論的解明」）によるものである。