資 料

イギリス法と欧州共同体法 (一)

—— 契約および不法行為における対比 ——

M. A. ミ ル ナ ー

矢 頭 敏 也 訳

目 次

訳者はしがき

序 文

契約および不法行為における対比	8
民法と商法	9
約因と原因	11
典型契約	14
第三者の為にする契約	15
法律行為	16
申込, 承諾, 撤回	17
契約締結上の過失	19
信義則と関係概念	20
定型契約	23
権利の濫用	24
契約の目的の達成不能	25
欧州経済共同体条約に反する契約	27
民事責任: 過失と厳格責任	28
制定法および条約の規定の違反	31

Current Legal Problems 1963

A Symposium on

English Law and Common Market

Edited by George W. Keeton and Georg Schwarzenberger

Copyright © 1963 by Stevens and Sons Ltd.

This Japanese translation is published in Japan by the Institute of Comparative Law, Waseda University, by direct arrangement with Sweet and Maxwell Ltd., London.

二二八

訳者はしがき

英国は1973年1月1日EC＝欧州共同体に加盟した。このことはいわゆる「共同体法」(community law)が英国内において国内法として効力を有することを意味する。(European Communities Act 1972, s. 2 (1). この法律については、矢頭・八木「英国の1972年欧州共同体法」比較法学13巻2号(1979)参照。)

ところで、イギリス法とヨーロッパ大陸法とは、その基盤にあるものを異にする。そして、当然のことながら、欧州共同体の原構成国である、ベルギー、フランス、ドイツ連邦共和国、イタリア、ルクセンブルグ、オランダの諸国の下で作られた「共同体法」は、ローマ法を継受したヨーロッパ大陸法を基礎にして成り立っているといつてよいであろう。したがって、英国の欧州共同体加盟によって、ゲルマン法系のイギリス法の諸分野に対する共同体法のインパクトは、強弱の差はあれ避けられないことになる。逆に、共同体法あるいはヨーロッパ大陸法へのイギリス法のインパクトも当然考えうるであろう。

ここに訳出しようとするシンポジウム「イギリス法と共同市場(English Law and the Common Market)」は、原著序文にあるように、欧州共同体加盟に先立って、「イギリスの加盟がイギリス人の生活と制度におそらくもたらすであろう影響」を考へて、共同体法とイギリス法との調整、調和をはかるための最初のころみとして行なわれたものである。このシンポジウムで取り上げられなかったその他の法的側面については、原著を第16巻とする、ロンドン大学ユニヴァーシティ・コレッジ法学部の年刊機関誌 *Current Legal Problems* のその後の巻において逐次取り上げられている。このような研究は、比較法学の観点からみて、われわれにとつても極めて興味深いものがあるところから、本書の訳出が計画されたのである。

この翻訳は、はじめ数名の比較法研究所研究員によって行なう予定であったが、実際に作業にとりかかった1976年から以後の状況が、全体を1963年刊行の原著のまま訳出する意義を少なからず低下させた。そのために、やむをえず、

比較的内容の変化が少ないと思われる部分を分別して発表することにした。ここに訳出した「M. A. ミルナー：契約および不法行為における対比」(M. A. Millner, *Contrasts in Contract and Tort*) はその第一のものである。

この部分の訳出は、1976年当時早稲田大学法学部助手あるいは大学院法学研究科院生であった次の諸氏(カッコ内現勤務先)の参加をえた研究会で行なった。

浦川道太郎(早稲田大学)
執行 秀行(国土館大学)
清水 元(東北学院大学)
塚本 孝(国会図書館)
長谷川光一(国学院大学)
堀田牧太郎(共立女子大学)
室町 正実(弁護士)
八木 保夫(富山大学)

今回このような形式で発表するに当って、矢頭が再び検討を加えた。なお、この訳稿の整理等については、大学院法学研究科在学中の平田雅子さんの協力をえた。

昭和58(1983)年10月

矢 頭 敏 也

序 文

本書は、ベンサム・クラブへの G. W. キートン教授の会長演説に加えて、1962—1963年度中にロンドン大学ユニヴァーシティ・コレッジ法学部において行なわれた公開講演を、その内容とするものである。これらの講演は、*Current Legal Problems* の第16巻としても出版されているが、本書を単独で希望するかもしれない読者及び図書館のために、当学部は、本書を単行本で出版したいという発行者の要請に快く応じた次第である。

当法学部が、1962—1963年度の *Current Legal Problems* に関するその定例連続講演のテーマとして「イギリス法と共同市場 (English Law and the Common Market)」を選択することに決定したのは、ヨーロッパの三共同体への連合王国の加盟問題が広く論議されていた時点において熟慮のうえでそうしたのであった。欧州共同体へのイギリスの加盟が、イギリス人の生活と制度におそらくもたらすであろう影響に関する人々の論議に対して、たとえ限られた、また不十分なものであっても、かかる論点をめぐる本シンポジウムによって貢献することができるであろうというのが、当学部のメンバーが感じていたところなのである。

いずれにせよ、欧州共同体へのイギリスの加盟問題は、当面はこれに対して消極的な態度が採られてはいるが、いずれそう遠くはない将来において、ふたたび提起されることになろう。さらに、欧州自由貿易連合 (European Free Trade Association) をヨーロッパ六か国の共同体に匹敵し得るほどの共同体に発展させることが望ましいとされるならば、本シンポジウムにおいて提起されたのと同様の諸問題が生ずることになろう。また、ヨーロッパ大陸のあらゆるグルーピングとのいかなる公式の連携にかかわりなく、西ヨーロッパは既に、西ヨーロッパの諸法の調和という問題を現下の法律問題とするために、事実上の調整を十分なほど行なってきているとさえ考えられるのである。以上の理由から、*Current Legal Problems* の将来の号において、本シンポジウムで取りあげられなかった、ヨーロッパにおける調整の他の法的側面についても、細心の注意が払われることになるものと思われる。

最後に、共同補助編集者である、ともに当学部の E. D. ブラウン氏及びビン・チェン博士、ならびに寄稿者、発行者、印刷者に対して、一致協力しかつ無私の御尽力により本書の迅速なる出版が可能となったことにつき、感謝の意を表する。

編 者

ロンドン大学ユニヴァーシティ・コレッジ

1963年3月

契約および不法行為における対比

M. A. ミルナー

共同市場の構成国であることから生ずるさまざまな結果のうち、そのより曖昧なものの一つが、国内法の分野に存在している。本論文は、主に契約及び不法行為を取り扱うものである。

昨年共同市場審議の際に、大法官は貴族院に「通常の契約法及び不法行為法に対する影響は、とるに足らないものであろう」⁽¹⁾と報告したのであるが、それが厳密に的確なものであったかどうか、疑っても良いかもしれない。

欧州経済共同体条約は、共同体業務に関する諸事項における法の統一化という明確な目的を、まさに伴っているのである。⁽²⁾ 債務に関する通常の法が主要な点においてはこのような政策によって影響を受けないであろうことは、ごく当然であるかもしれないが、加盟諸国の発展の経済的及び政治的調整として、その影響は増大してゆきそうである。それは、最初においてさえもとるに足らないものとはいえない。というのは、その国が欧州経済共同体に加盟すると直ちに新加盟国における法となる競争に関する規則⁽³⁾といったような諸規定は、それ自体、契約に関する国内法を僅かばかり変化させたものとははるかに異

(1) 243 H. L. Deb. 5 s., col. 420 (August 2, 1962). Lord Denning は、Campbell and Thompson, *Common Market Law* (1962) の彼の序文において、より冷静な見解を述べている。*The Listener*, August 23, 1962, p. 268 における Sir Henry Slessor も参照せよ。

(2) EEC Treaty, Arts. 3(h) and 100.

(3) *Ibid.* Arts. 85 and 86, and implementing Regulations 17, 27, 59, and 153.

なっているからである。

欧州経済共同体の、現在及び将来の立法的改革とは全く別個に、また英国の共同体構成国としての地位とは関係なく、現代を特徴づけている諸国間の経済的相互依存及び文化的交流の発展の故に、イギリス法と大陸法系の諸国法との間の相互的影響が増加せざるを得なくなっている。欧州経済共同体は、この過程を促進させるものではあるが、それを創り出しはしなかった。そして、共同市場の内たると外たるとにかかわりなく、イギリス法及びイギリス法学者の大陸法及び大陸法学者からの孤立は、弱まらざるを得ないのである。

精密に検討してみると、コモン・ローと大陸法体系との障壁は基本的なものではないことがわかる。ある優れたアメリカの比較法学者は、かつてコモン・ローと大陸法の相違は歴史の偶然であると述べた。⁽⁴⁾ しかし、このことはコモン・ローと大陸法体系との型の上での顕著な対照を除去するものではなく、理論的及び実際的理由からも検討を要する。ここでは、契約と不法行為の領域において素描以上のことを行なうのは可能ではないし、また不完全で恣意的になることは必至であろう。

民法と商法

ローマ法における公法と私法との間の区別は、ヨーロッパ大陸諸国の法典において、更に進められている。私法は、それ自体、いくつかの独立した諸部門に細分化されているが、それらの部門は、単に便宜的な区分であるばかりではなく、別々の原則が適用され、しばしば別々の裁判所を通じて運用される、それぞれ独立した法の部分を示しているのである。私法におけるさまざまな区分の中で、民法と商法との

二二二

(4) R. B. Schlesinger, *Comparative Law* (1960), p. 189.

間の区分は、コモン・ロー法律家にとって特に未解決のままである。というのは、彼らは、マンスフィールド卿の時代以来、あらゆる法律行為を、それが商事に関するか否かにかかわらず同様に扱うことに慣れ親しんでいるからである。マンスフィールド卿時代における商慣習法のコモン・ローへの同化は、ヨーロッパ大陸諸国の法と似てはいなかった。それ故、商法典に規定がない範囲においてのみ通常の民法典によって規律される商行為に適用する為、別々の法典が導入されたのである。その違いは些細なものであるとはいえない。契約能力、更に、(売買、賃貸借、動産質及び保険といったような)一定の契約類型においては、効力、証明、解釈及び法的効果の諸問題が、民法典の諸規定とは異なるのである。例えば、ドイツ法では、違約金の効力及び申込と承諾に関する原則は、民法典の影響を受けている。⁽⁵⁾ 商法典の諸規定により規律されているのは、代理の効果及び代理人の代理権の範囲がこれにあたるであろう。⁽⁶⁾

この二つの法典間にこのような規定の相違が存することから、先ず最初取引行為を性格づけることが必要となる。更に、別々の裁判所が「商事」紛争を処理する為に存在する限りにおいては、そのような性格づけは、多くの場合において実体法上必要とされると同様に訴訟法上も必要とされる。不幸にも、問題となる契約の性格を決定する為に用いられる基準は、大陸法系諸法にあって一定ではない。そして、とにかく、どのような基準であっても、かなりの異議をさしはさまれざるを得ない。その区別は、その参加する当事者の性質によって、即ち、彼等が「商人」又は「企業」の定義に合致するか否かをはかってなされる。このいわゆる《主体による》決定は、ドイツ法によって採

二
三
二

(5) ドイツ民法典第343条とドイツ商法典第348条を対照せよ。更に、商法典第362条を参照せよ。

(6) フランス商法典第63条及び第64条第11項を参照せよ。

用されている。他方、その区別は、行為の性格若しくは性質によって、即ち、その行為が何等かの形でなされた定義において「商行為」であるか否かによって決せられる。このいわゆる《外部に現われた行為》の基準 (*objective test*) は、フランス法によって採用されている。⁽⁷⁾ この種の区別は非常に多くの不確実さとこじつけを生み出してきているので、この結果として、この区別を今後もずっと維持してゆくことに今や厳しい疑問が提示されている。⁽⁸⁾

少なくとも実際には、それらの困難はイギリスの法律家にとってはなじみのないもう一つの制度の存在によって緩和されている。即ち、すべての商人若しくは企業が登記され得るか、或いは幾つかの国の法のもとではその登記が義務づけられるところの、一般の閲覧に供されている公的記録簿である《商業登記簿》がその制度である。その登記簿への登記は、当該当事者が商人である旨の決定的⁽⁹⁾ 証拠であるか、或いは少なくとも推定的⁽¹⁰⁾ 証拠である。商業登記簿は、善意の第三者の保護の手段として大陸法により好まれている公示の政策の一手段である。これに対して、コモン・ローは、私的なものと思われることからの黙秘と秘密を好む傾向がある。

約因と原因

フランス革命は、それ以前の制限的な身分に縛られた封建制秩序を

(7) フランス商法典第632条における “*actes de commerce*” の定義を参照せよ。

(8) 1942年イタリア法典は商法を民法に合併しており、オランダもフランスも、伝統的な区別の放棄を考慮中である。1949年に、フランスの商法典改正委員会は、私法の単一法典に賛成する暫定的決議案を採択した。

(9) ドイツ商法典第5条参照。

(10) 1953年に修正されたフランス商法典第61条。

打破し、ナポレオン法典の形で革命運動の諸目的に法的表現を与えた。この諸目的の最前部に、契約の自由があった。かくして、フランス民法典は、契約はこれをなした者に対し法としての力を有する (*tiennent lieu de loi*, 法に代わる) (第1134条) と規定している。

ここまでは、英米・大陸両契約法は、細部で異なっても、原則的には歩を共にしている。しかしながら、こと約因 (*consideration*) の問題に関しては、両者は決定的に袂を分かたず。イギリス人は、約束をしたからではなく、取引をしたから拘束されるのだと言われている。⁽¹¹⁾ ここで、商慣習法と一般のコモン・ローの二重性の犠牲になったのはイギリス法であり、大陸法系の諸国法にあっては、民法典と商法典の分離という形を採っている。約因法理は、しばしば無用の歴史的遺物であると攻撃され、⁽¹²⁾ 法律改正委員会によって25年前にその廃止が勧告されたものの、⁽¹³⁾ 今なおイギリス契約法を苦しめ続け、挑戦的な或いはまた弁解的な擁護者に事欠かないのである。⁽¹⁴⁾

他方、大陸法系の幾つかの法体系も、「原因」(*cause*) の必要性に関し論争すべき自身の問題をかかえている。例えば、フランス法は、「原因なき又は虚偽の若しくは不法の原因に基づく債権債務関係は、何等の効果をも有することを得ない」(民法第1131条) と規定している。この要件は、大陸法で最も争いのある論題の一つである。原因は、確かに約因とは異なっている。例えば、ある約束の契約性は、単にそれが無償であったからといって排撃され得ない。原因の意味に最も近

(11) Cheshire & Fifoot, *Law of Contract* (5th ed., 1960), p. 21. Hamson, "The Reform of Consideration," 54 L. Q. R. (1938), p. 233, at p. 234 も参照。

(12) 例えば, Lord Wright, 49 Harvard L. R. (1936), p. 1224 を参照せよ。

(13) Law Revision Committee, *6th Interim Report* (1937).

(14) Edwin W. Patterson, "An Apology for Consideration," Col. L. R. (1958), p. 929 参照。

い一般的近似概念はといえば、合意の動機が法的に十分であるという概念であるように思われる。従って、錯誤、不能、適法性といった問題は、総じてこの原因の問題の範囲内に持ち込まれるのである。⁽¹⁵⁾ しかし、これらはいずれも別個の分析の主題たる諸問題であり、原因の理論が契約法において何か独立の目的に奉仕するということは、納得し難い。⁽¹⁶⁾

約因及び原因の法理の有用性に関し、解明の光が南アフリカで起きた裁判上の論争によって投げかけられている。ケープ最高法院 (Cape Supreme Court) は、かねがね原因 (*justa causa*, 正当な原因) と約因とは同一の概念であると判示し、一方、トランスヴァール高等法院 (Transvaal High Court) は、約因法理をローマン・ダッチ・ローと相容れぬとして拒絶していた。この判例の不一致は、南ア連邦最高法院上訴部 (Appellate Division of the Supreme Court) によって、約因、原因両者を契約法から事実上排除する判決において解決された。⁽¹⁷⁾ 即ち、「真剣に且つ熟慮して」 (*serio ac deliberato animo*) なされた合意は強行可能契約であると判示された。この判決が下されて以来経過した45年間に、契約法における公正や安定性への回復できない害が生じたという如何なる形跡も、判例集の中に見つけることができない。そして、法律家は幸福にも、或る大事な原理が放棄された

(15) Nicole Catala, "The Cause of Obligations in French Law," 32 Tulane L. R. (1958), p. 475 参照。R. David は、法における「原因」(cause) をその一般に使われている意味と同一であるとみなしている；"c'est le motif pour lequel une personne s'engage" — *Mélanges Jacques Maury* (1960), p. 134. 「十分な原因」(sufficient cause) の詳細な分析の為に、Gino Gorla の研究論文、*Il Contratto* (1955) を参照せよ。

(16) それにもかかわらず、フランスの改正民法典の為の諸提案は、原因の要件を保持している；the *Avant-Projet de Code Civil* (1955), p. 379, Sec. 5 参照。保守主義は、イギリスの専売特許ではないようである。

(17) *Conradie v. Rossouw*, 1919 A. D. 279.

ということに気づいていない。約因・申込・承諾という「不可分の三位一体」は上首尾に分割され、契約法の独立の要件としての約因及び原因の放逐は、歴史的不用品の廃棄にすぎないことが証明されている。

典型契約

大陸法系の諸国法において、合意 (agreement or *consensus*) を契約の十分な基礎として承認することは、ローマ法により承認された諸典型契約の維持を不必要にするように思われる。その為、大陸諸法典が売買・賃貸借・組合・委任・消費貸借・寄託・保証のようなローマ法の諸典型契約の幾つかを受け継いできている事実は、一見すると、驚くべきことである。しかし、明確な形を持つ契約類型というローマの法律家によるこの労作は、合意原則という一般原則の中に沈んでしまうには価値がありすぎた。「特定した型の固定した輪郭の中に可能な限り多くの取引行為を調和良く包摂することができるようにする為に、これらの諸類型を適切に選別し、構成することは、ローマ人の思考の最も顕著な功績の一つであった。」⁽¹⁸⁾ かくして、大陸法の法律家は、この知識の多くを保存した。諸典型契約における副次的な原則の型の豊かさは、コモン・ローにおけるその乏しさと対照をなしている (もちろん、1893年動産売買法におけるように、立法府が裁判所のばらばらの結論をうまくまとめあげた場合は別である)。⁽¹⁹⁾

(18) Buckland and McNair, *Roman Law and Common Law* (1952), p. 268. 前掲註(18)論文において、Gorla は、「裸の契約」(*pactum nudum*)の充足という単なる同意の理論は、「着衣契約」(*pacta vestita*)という複雑な体系として示されている現代市民法の現実と矛盾するものであると主張している。

(19) コモン・ローでは十分に発達しヨーロッパ大陸法では不十分である財産法においては、その反対となっている。Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1955) 参照。

第三者の為にする契約

契約の相対効 (privity of contract) の概念は、コモン・ロー体系と大陸法体系との間に大きな一致がある領域である。即ち、両体系においては、通常は、自己がその当事者でない合意によって利益を得或いは負担を負うことはないということである。しかしながら、現代の大陸法は、この点におけるローマの法律家のドグマティックな態度を克服し、相対効の原則からの重要な例外を認めている。受益の第三者が直接に強行し得る第三者の為にする契約 (*stipulatio alteri*) は、大陸法系の諸国法では広く認められている。しかも、このような成果は必ずしも民法典の明示の規定によって達成された訳ではない。例えば、フランスでは、関連法律規定⁽²⁰⁾ は厳格な相対効原則を強く暗示しているにもかかわらず、それは第三者の為にする契約を有効にするような意味に、判例は理解してきた。この法理は、特にフランスにおいては、受益の第三者を指定する生命保険契約に関して作り出されてきた。⁽²¹⁾ このようにすれば、制定法の規定が存在しないイングランドにおいては、たとえ可能だとしても、信託の概念或いは代理法という厄介な手段によってしか達成できない法的効果を生じさせることが可能となるのである。

「第三者の為にする契約」の法的根拠については、問題が存する。一つには、フランスのように、受益者が受益の意思表示をしない限り要約者 (*stipulator, i. e., promisee*) による取消を認めることによ

二
一
六

(20) フランス民法典第1121条。

(21) コモン・ローにおける指定受益者の敗訴と比較せよ。 *Vandepitte v. Preferred Accident Corporation* [1933] A. C. 70.

って、契約の相対効からはずれないようにすることは可能である。²²⁾
他方、契約或いは受益者の承諾とは全く無関係に、単独行為の法的結果として扱うこともできよう。²³⁾

法律行為

法律行為 (acte juridique, Rechtsgeschäft) の概念は、コモン・ローの法律家にはなじみの薄い一般概念であって、それは、法律上、法的諸関係の発生・変更・消滅、例えば、契約締結、遺言作成、契約の取消、代理権の授与、財産権の移転、オプションの実行を可能にするすべての意思表示を包含する。法律行為 (Rechtsgeschäft) の概念はすべての法律行為 (juristic acts) に適用される一般諸原則を生むもので、²⁴⁾ それは、大陸法の陥る高度の抽象を例示するものである。²⁵⁾

申込と承諾は双方行為であり、それによって結ばれる契約が債務の通常の原因である。しかし、債務を発生させることが可能なものとして認められている若干の単独行為が存在するが、²⁶⁾ そのようなことにおいてまで執拗に《合意》(consensus) の存在を要求するのは、古い法秩序の時代錯誤的遺物であり、権利を付与し又は債務を免除する趣

22) 第1121条。同様に南アフリカ法については、*Mutual Life Insurance Co. of New York v. Hotz*, 1911 A. D. 556, 567 を見よ。

23) T. B. Smith 教授は、スコットランド法のこの根拠に疑問を示しているが、スコットランド法は「第三者の権利」(*jus quaesitum tertio*) という名の同一の法理を認める。“*Pollicitatio — Promise and Offer*,” *Acta Juridica* (1958), p. 141, at p. 148 参照。

24) 例えば、ドイツ民法典総則編。

25) フランス法はそれほどでもない。Amos and Walton, *Introduction to French Law* (1963), p. 141 参照。

26) 例えば、ドイツ法における財団の設立 (ドイツ民法典第80—82条)、懸賞広告 (第657条)、有価証券の受領 (第784条)。

旨の一方的意思表示が、なぜ十分な効力を有しないかについては、原理上、何等の理由もないとする有力な議論がある。一体、完成信託 (executed trust) は単独行為以外の何であろうか。

単独行為は、大陸法系の諸国法では依然として例外的であり、大方は、法典上の特定の規定に属するとみなされているようである。しかしながら、その拡張の余地があることは明らかであって、そうでなければ、承諾の擬制とかその他の無理な構成に依存させられる法命題の可能性ある理論的根拠として使えるのである。従って、《第三者の為にする契約》、拘束力ある懸賞広告及び撤回できない申込は、法律行為として最も十分に分析されるべきものと思われる。

申込，承諾，撤回

申込と承諾の観点からの契約の分析は、コモン・ロー体系及び大陸諸国の法体系に基本的には共通しているが、発生する個々の問題は、必ずしも同じ様に解決されている訳ではない。理論的相違及び大陸法系の諸国法における商事契約と非商事契約の異なった取り扱いが、種々の結果をもたらす原因となっている。例えば、フランス法においては、申込は、それが撤回されない限り、定限なく効力が存続すると考えられているのであるが、²⁷⁾ 商事契約においては、イギリス法と同様に、申込は、相当な期間の経過後は効力を失うという重要な留保が存在する。ドイツ法では、この「相当な期間」の原則を、すべての種類の契約に適用している。²⁸⁾

けれども、申込の撤回の方が、大陸法系の諸国法においてむしろ異

²⁷⁾ Ripert et Boulanger (4th ed., 1952), p. 126.

²⁸⁾ ドイツ民法典第147条第2項。

なっている。約因の法理が存在しない為に、無償の売買予約を強行することに対する理論上の異議が排除されてはいる。しかし、予約の申込に対する承諾は、しばしば一種の擬制であり、売買予約の実際上の効力を単独行為に帰することによって除去され得る技術的要素を導入している。更に、申込の撤回不能は、必ずしも売買予約に限られる訳ではなく、次のような申込にも拡張される。例えばドイツ民法典は、申込人が撤回権を留保する場合（いわゆる「非拘束」(frei-bleibend) 条項)を除いて、《すべての》申込は撤回することはできないと定めている。²⁹⁾ これらの場合の撤回不能は、申込が、その撤回が被申込人に伝えられる前に、現実には彼のもとに到達することを条件としている。フランス民法典には、この撤回の問題については規定が設けられておらず、原則的には、コモン・ローにおける如く、承諾前に被申込人のもとに到達した撤回は有効であるが、申込人は一定の期限によって拘束されるのであって、違法責任の理論または期間による擬制的帰責論、或いはより現実的に単独行為の理論を採用することによって、「確定的申込」に法的効力を与える傾向がある。³⁰⁾

コモン・ロー上では、約因の法理が、申込の撤回不能を認めることを理論的に不可能にしている。大陸法において撤回不能が認められる限りでは、その目的は、外観的には商業取引に望ましいと考えられる信頼性を多少とも確保することである。他方、それは不正に利用されて、それにより身動きのとれなくなっている申込人に損害を与えることにもなるのである。従って、ここには、二つ以上の法的メカニズム

29) ドイツ民法典第145条。しかし、面前において (*in praesenti*) 又は電話でなされた申込は、「その場所その時においてのみ承諾され得る」という趣旨の第147条第1項に注意せよ。

30) Colin et Capitant (10th ed., 1948), pp. 35-36 を見よ。民法典改正委員会が、申込は、明示された又は「事案の状況から結果する」期限が存在しない場合は、撤回し得る、という規定を勧告していることに注意せよ。—*Travaux préparatoires* (Vol. IV, 1949), p. 705, Art. 11.

の用意を必要とする利益衡量が存在するのである。商慣習としての「確定的申込」は、申込の一定の確実性を予定したものであるが、現在のところ、コモン・ロー上の法原則に適切に反映されておらず、禁反言の法理によってもこの隙間を埋めることはできずにいる。

隔地者間における (*inter absentes*) 承諾の問題に関しても、ドイツ法は、承諾が申込人に現実に到達するまでは効力は発生しないという原則を採用している。⁸¹⁾ この承諾の問題についてのフランス法は、不確定のままの状態である。民法典には規定が存在せず、破毀院も、この問題を事実問題として確定し得る当事者の意思にゆだねることでより、対立する諸理論のいずれかを適用することを回避している。⁸²⁾

契約締結上の過失

契約の成立段階は、大陸法系の諸国法のいくつかでは、《契約締結上の過失》(*culpa in contrahendo*) 論によってもまた影響を受ける。交渉過程においては、コモン・ローは、開示義務が生ずるといわれている《最高信義》(*uberrimae fidei*) と言い表わされる契約類型のみを除いて、契約当事者に対し当事者が誠実であることを要求しても、注意深いことや率直であることを要求してはいない。《契約締結上の

81) ドイツ民法典第130条。しかし、時宜に適して承諾を与えないということは、必ずしも問題を単純に決定づけるものではない。即ち、そうした時宜にはずれた承諾が過失による場合は、訴えられる損失は、民法典第2条に基づいて当事者間において配分されるのである。—これは、コモン・ローの法律家の観点からはもっぱら契約に関する問題とされるところに、不法行為責任を介入させるものである。

82) 民法典改正委員会は、「発信」(*expédiation*) 理論を採用している。即ち、承諾の効力は、発信の時と場所において生じるとする。*Travaux préparatoires* (Vol. IV, 1949), p. 706, Art. 13, 及び Amos and Walton, *op. cit.* (前掲註82) at p. 157 を見よ。

過失》論は、契約の交渉が両当事者に通常の相互的注意基準の遵守を義務づける信頼の関係を発生させることを、承認している。⁶³⁾ それ故、たとえ契約が発効しないとしても、過失不実表示及び不開示を原因とする損害は、賠償請求が可能である。この法理は、ドイツ民法典の中では一般原則として結実することはなかったが、ドイツ民法典のいくつかの特別規定の基礎となっている。⁶⁴⁾ (買物客が油を塗った床で滑った事例の如く) 過失により生じた身体傷害さえも、不法行為とはみなされず、この半契約的基盤に根拠を置く訴訟を可能とする。⁶⁵⁾ この法理論は特にドイツ法的産物であり、フランスの学説により受け容れられてはいるが、フランス民法典には類似規定がない。⁶⁶⁾ それは、確かに、コモン・ローの法律家にとっては漠然とした主張であり、不明確な概念である。(詐欺の分野以外の) 交渉当事者間に存在する特別の関係の不認識は満足を以てみることができず、そして、法改革委員会の最近の報告書が過失不実表示の事例における一定の救済方法の導入を唱えている事実は、注目に値する。⁶⁷⁾

信義則と関係概念

《契約締結上の過失》論は、多分、一定の関係内に生ずる信義 (good faith) という道德的義務の法的承認を一層拡張する大陸法体系一般の、特にドイツ法における一般的傾向を反映している。信義則 (*bona*

二
一

⁶³⁾ *P. v. S.*, 6th Civil Senate, March 1, 1928, 120 ERG (Z) 249, 251.

⁶⁴⁾ ドイツ民法典第122, 179, 307, 309条参照。

⁶⁵⁾ U. K. Foreign Office, *Manual of German Law* (1950), Sec. 229.

⁶⁶⁾ Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1955), p. 173.

⁶⁷⁾ Law Reform Committee, 10th Report (1962), Cmd. 1782.

fides) というファクターは、コモン・ロー及び大陸法系の諸国法に共通ではあるが、その適用範囲は決して同じではない。ガッターリッジの指摘するように、³⁸⁾ 信義則の性質と特徴とに関する大陸法の見方は、イギリス法において割り当てられた任務よりも広い分野をカバーして、「信義則」が我がイギリス法に占める区域を越えて、重過失及び信頼の関係から生ずる義務の領域にまで及んでいる。「信義則」(*Treu und Glauben*) は、ドイツ法においては契約の解釈に適用されるが、³⁹⁾ 信義則はまた契約の趣旨に合致した履行の基準でもある。⁴⁰⁾ 従って、信義則については、「それは今や非常に重要となっているから、ドイツ私法のその他の原則の個々のケースへの適用を——良かれ悪しかれ——修正するファクターとみなされねばならない」⁴¹⁾ と言われているのである。それは、契約に明示的に含まれない義務を生じさせながら、明示的に定められた権利を無効にする場合もあるだろう。その結果として生ずる契約内容の変更は、イギリス法でそれに対応するいかなる力も及ばないところである。この原則を適用した劇的な例は、第一次世界大戦後のドイツ通貨の下落時における債務の増額評復 (*revalorisation*) であった。旧通貨で示されている請求は、正義と衡平と矛盾しないレートで新貨に切り替えられた。この原則は、その請求が無価値の通貨で支払われた債権者による抗弁として、或いはレート変更の確認請求として働いたわけである。⁴²⁾

この原則が、大陸法系の諸国法に広く行きわたっている結果、信義則は、コモン・ローの法律家には奇妙と思われるような状況において

³⁸⁾ *Comparative Law* (1949), p. 97.

³⁹⁾ ドイツ民法典第157条。

⁴⁰⁾ ドイツ民法典第242条；フランス民法典第1134条。

⁴¹⁾ U. K. Foreign Office, *Manual of German Law* (1950), p. 59.

⁴²⁾ ライヒ裁判所の有名な判決を参照せよ。Fifth Civil Senate, November 28, 1923, 107 ERG (Z) 78.

も、関連する法原則として現われる。例えば、経済的・社会的現実が、契約理論の基礎である交渉力の理論的平等を漫画化する場合に、「信義則」は、弱い立場の当事者を助けることもあろう。⁴³ 換言すれば、経済力による強制は、契約を無効にする理由として認められるのである。⁴⁴

《善良の風俗》(*boni mores*)及び《権利濫用》(*abus du droit*)のような経済的・社会的或いは倫理的指針の広い基準から引き出された概念、例えば「信義則」、はイギリス法ではもちろんのこと、大陸法でも、むやみに徘徊することは許されていないが、けれども、コモン・ローでは考えられない程の大きな自由と一般性とを備えている。従って、関連する概念のトリオ、「信義則」(*bonne foi, Treu und Glauben*)、《善良の風俗》または公序良俗 (*public policy, Gute Sitten, Sittlichkeit, bonnes moeurs*)及び《権利濫用》、これらすべてはコモン・ローの裁判官が用心深く取り扱うところだが、大陸法の裁判官を脅えさせることはないのである。「《善良の風俗》という基準は、ドイツ法の発展においては現実的且つ強大な力であって、ドイツの裁判官に執政官 (*praetor*)にも似た権限を与えている」⁴⁵と、ガッタリッジは述べている。例えば、合意の一般的優位という支配原則を捨てることなく、契約当事者間の交渉力の実際的不平等を考慮に入れるもう一つの方法として、公道徳がある。例えば、過失責任から免れることにより、その独占的或いは準独占的立場を利用しようとした倉庫業者と運送業者の試みは、「その現実的独占の不道徳的な利用」⁴⁶を理由として、それ故、民法典の意味内における《良俗に反するもの》(*contra bonos mores*)

(43) Cf. *Lebret v. Fleischer*, Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, April 27, 1887, D. 1888. I. 263 (note).

(44) フランス民法典第1109, 1111-1115条；ドイツ民法典第123, 138条。

(45) “Abuse of Rights,” 5 *Camb. L. J.* (1933), p. 22.

(46) *G. v. ST.*, 1st Civil Senate, October 26, 1921, RGZ 103, 82.

として、大審院によって無効とされたのである。⁽⁴⁷⁾

定型契約

同様の論争が、現代において益々特徴的となっている定型契約 (standard form contracts. 「附合契約」 “contracts of adhesion”) の問題全体から生じている。

ここで取り扱おうとするものは、現実には決して合意ではないのであって、強者による弱者への契約約款の指定であるということがしばしば指摘されてきた。大陸諸国の裁判官は、随時、そうした附合契約において課せられる全く不当な約款を認めることを拒否することによって、この現実には到達することができる。イギリスの裁判所は、定型契約の本質的に非契約的な性格を認めることを拒否しているため、實際上、これらの取引行為の規制は立法府に委託されている。⁽⁴⁸⁾ フランスの裁判所も、イギリスのそれと同様、立法府に対して経済力の乱用を統制することを期待する傾向がある。ドイツ法はこの点に関してより明確であり、連邦通常裁判所は入念な判決文の中で、附合契約は厳密には真正の契約と考えることはできないのであり、むしろ既存の制定法の体系に従うものである、と率直に認めている。⁽⁴⁹⁾ 従って彼らは、

(47) ドイツ民法典第 138 条。この判決は、ドイツにおける取引制限の合意を無効とする法律の存在に先立っていた。同様な発展は、アメリカの幾つかの州においても存在したが、イギリスの裁判所はそこまでは進んでいない。

(48) アメリカの幾つかの州では、公序良俗および「不当性」(unconscionability) をより大胆に援用している。*Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32 N. J. 358 (1960); *Campbell Soups Co. v. Wentz*, 172 F. 2d. 80 (3rd Cir. 1949) を見よ。また、裁判所に不当な条項或いは契約全体を無効とする権限を認める統一商法典の第 2-302 条の規定に注意せよ。

(49) *Bundesgerichtshof*, October 29, 1956 (II Civil Senate, 22 BGHZ 90, 96) を見よ。

定型契約について判決を下すために、いわゆる「白地規定」(blank norms)⁶⁰ を援用するのである。⁶¹

権利の濫用

害意のある、或いは反社会的な権利の行使は争い得るとする権利濫用の法理は、ドイツ法におけるように特別に規定されるか、⁶² フランス法におけるように単に争い得る不当な行為若しくはフォート (faute) として扱われる。⁶³ この法理は、権利を創設する各規定は、その行使をその権利が創設された目的に限定するものとして《解釈》されねばならないという基礎の上に立っている。この社会的目的の侵害は、それ故、抗弁にも訴訟原因にもなり得る。大陸法系の裁判官たちがイギリスの裁判官と殆ど同じ位不承不承で動機について過度に慎重な検討をすることからも、この概念は注意深く適用されているように思われるであろう。しかし、その原則は現に承認されて《いる》が、ガッターリッジがイギリス法を非難するという「無制限のエゴイズム精神の神聖化」⁶⁴ と同視されるべきではない。

「信義則」、公序良俗、権利の濫用に関する幅のある定式の欠除のために、イギリス法が、多くの問題において、大陸法系の諸国法において到達したものと同一解決に到達するのを妨げるものではないこと

60) 即ち、善良の風俗 (Gute Sitten) に反するすべての行為を無効にするドイツ民法典第138条、及び契約は「信義」則に従って解釈されることとすると定める第157条である。

61) 一般的には、Lenhoff, "Contracts of Adhesion," 36 Tulane L. R. (1961-2), p. 481 を見よ。

62) ドイツ民法典第226条—「シカーネ禁止」(Schikaneverbot).

63) フランス民法典第1382条。

64) Gutteridge, *loc. cit.* (前掲註45). *Bradford Corporation v. Pickles* [1895] A. C. 587.

は勿論である。しかしながら、我々は別に、禁反言 (estoppel)、懈怠 (laches)、有名不法行為、公序良俗の明確な適用等のより厳密に定義された諸準則及びエクイティ上の救済における自由裁量の要素を利用しなければならない。それらは明らかに大陸法系の諸原則が行なっているのと国じ基礎的な考察より生じているにもかかわらず、これらのすべてが一般化されたカテゴリーや大陸法系の諸法典の規定の中に見出されるような「白地規定」に凝集するものではないし、またそれ故に新たな状態にたやすく拡張されるものでもない。

契約の目的の達成不能

当事者には予期されなかった事情の契約に対する効果についての比較検討は、異なった法体系が満足のゆく解決を探し出す為に採用する実にさまざまなアプローチを示している。コモン・ローは、この件の処理に当たって契約の目的の達成不能 (frustration) の法理を進展させたのであって、その法理に従って、当事者は契約の基礎が消滅したことを理由として契約関係から離脱するとみなされるようになった。裁判所はこの結論の根拠を推測される当事者の意思におくことを避けたのであり、当該法理は、正義がこれらの事例について要求すると思われるものを示す為の司法的立法作用として創造されたものであると考えても差し支えないであろう。

大陸法は、この問題とさまざまに異なったアプローチをもって取り組んだ。例えば、錯誤、権利の濫用、不能（ここでは、経済的不能は物理的不能と同視される）、「信義」の欠如（ここでは合理性の欠如と同じ意味で理解される）、契約基礎 (Geschäftsgrundlage) の消滅及び（当事者意思の）「補充的解釈」の法理等である。これらの異なったアプローチの仕方の受容については、大陸法系の諸国法の間でも明

らかに統一性を欠き、また、実に、同一国内においても、異なった法の分野を運用する別個の裁判所の間でも画一性を欠くことが知られている。例えば、フランスにおいて、行政法に関してコンセイユ・デタが適用する「予見の法理」(doctrine d'imprévision)——これはイギリスの契約の目的の達成不能の法理に似ている——は、民事裁判所では否定され、民事裁判所ではこの種の問題を《不可抗力》の概念、⁶⁵⁾即ち、履行の「絶対的不能」を生ずる予見し得ない事情変更の概念に基づいて解決している。

従って、フランス民法には、契約の目的の達成不能に類する事案についてかなり狭い法則があるのみである。更に、驚くべきことではないのだが、この種の問題を裁判所が取り扱う根拠を広げるのに役立つことができ、或いは役立つべき他の多くの法原理——例えば、信義則、経済的意味での不能、不当利得及び要素の瑕疵——があると考える一群の反対論者がいる。これらの理論の大部分は、破産院により否認された。けれども、民法典が契約は信義に則って履行されるべきことを要請している限り、⁶⁶⁾ 契約条項の修正ではなく、契約の間隙を補完する為に何等かの処置を採る権限を授与する為に、民法典を適用する余地がある。⁶⁷⁾ このことは、事実上、ドイツの裁判所で採用された(当事者意思の)「補充的解釈」の法理となるだろう。この法理は、信義則、即ち当事者が客観的な合理性の基準に従って行為しなければならないことを要求している。当事者意思の補充的解釈の法理と文理解釈は必ずしも決定的ではないという原則を複合することにより、⁶⁸⁾ ドイツの裁判所は、典型的な契約の目的の達成不能の事案について、

⁶⁵⁾ フランス民法典第1147条及び第1148条参照。

⁶⁶⁾ 第1134条。

⁶⁷⁾ Hans Smit, "Frustration of Contract," 58 Col. L. R. (1958), p. 287 参照。

⁶⁸⁾ ドイツ民法典第133条(1956)。

契約の文言が必ずしも維持されるとは限らないことを理由づけることができる。つまり、当該約款にはギャップがあり、それは、裁判所が合理性と公正な処理に適合するように補完しなければならないということである。更に、インフレーションの事件の反映として、ドイツの裁判所は「契約基礎」の法理を発展させた。契約基礎とは、各当事者に、ある特定の事実の存在の予測、或いは、ある特定の状況が継続するであろうという予測があり、かかる予測が当事者の契約目的の根幹そのものであることをいう。もし衡平の上からの考慮が要請するならば、かかる推測が裏切られたときには、当事者に当該合意を終了せしめる権利が与えられる。⁶⁹

欧州経済共同体条約に反する契約

欧州経済共同体の設立は、関連する諸条約の条項に違反して締結された契約の効力に関する加盟国の法を複雑化した。条約の規定に反する契約は、当該条約に定められている制裁を誘引するか、或いは恐らく不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を基礎づけるであろう。しかしこのような契約自体が当然に無効であるとは推定し得ないのである。ある種の場合には、条約自体がそうした契約に関する法的効果を明示している。即ち自由競争の阻害を規制する規定がそうである。例えば、欧州経済共同体条約第85条のもとで禁止されている合意は「無効」と宣言されている。⁶⁰

⁶⁹ この注目すべき法理の理論的根拠はドイツ民法典第242条「信義則」に見られ、その法理の類推的拡大は同第779条に見られる。U. K. Foreign Office, “*Manual of German Law*” (1950), p. 51.

⁶⁰ 欧州経済共同体条約第85条第2項、第86条と対比せよ。また、欧州石炭鉄鋼共同体のバリ条約第65条第4項を参照せよ。

諸共同体条約に明示の定めがある場合は別として、諸条約の規定に違反した契約締結の結果としては、恐らく加盟各国の法が適用されることになるであろう。異なった法原則及び異なった解釈方法は、適用される各国内法によって、同じ条約違反に異なった法的効果が生じるという結果を生むこともあるであろう。例えば、欧州石炭鉄鋼共同体の最高機関の定める価格規程に反してなされた鉄鋼企業と買主との間の売買契約は、フランス法に従えば無効であるであろうが、ドイツ法による場合は、適法な価格の範囲内において有効であるであろう。⁶¹ 条約の規定の違反に基づいて損害賠償請求訴訟が維持され得るか否かは、別個の問題であり、これについては後に検討することにする。

民事責任：過失と厳格責任

我々は、契約及び不法行為 (delict) が、大陸法系の諸国法において、債務法に属する分野として取り扱われていることを見てきた。それ故、英米法において伝統的である、契約と不法行為の取り扱いの峻別は、大陸法系の諸国法においては、債権債務関係一般に適用される規定により緩和されている。不法行為、即ち、民事上の違法行為 (民事責任 *responsabilité civile*) に関する法は、ローマ法、特に「不法損害」(*damnum injuria datum*) という不法行為に、その起源がある。そして、その不法行為は、既にユスティニアヌス時代にはかなりの程度一般条項化していた。法典化に先立つ数世紀の間に、大陸法の法律家たちにより、これらの概念は一層洗練され、ナポレオン法典の中に、

⁶¹ すなわち、その違反が善意であることが推定される場合である。Bebr, *Judicial Control of the European Communities* (1962), p. 232 を参照せよ。

極めて簡潔且つ整然とした形で、民事上の違法行為に対する責任の原則として規定されることとなったのである。そして、それは、英米法及びローマ法の非常に雑然且つ複雑な有名不法行為と極めて驚くべき対照をなしている。⁶²⁾ フランス民法典は、有名な第1382条が、その基石である短かいわずか5ヵ条⁶³⁾に、全事項を要約した。第1382条は、次のように規定する。即ち、

「ある者の行為が、他人に損害を惹起せしめ、その損害がその者の過失によって生じた場合にあっては、その者は常にその損害を賠償する責を負う。」

このように極めて抽象的である為、裁判所が法を完成させる職務を負わされるということは避けられない。そこで、その法の主要な内容は、フランスの《判例》の中に求められなければならない。フランスの例により、おそらく予め用心していたドイツ法は、ナポレオン法典のような極端な要約を避け、法をより多くの詳しい条文に規定し、特に、責任の範囲及び保護される諸利益の性質を述べることを試みた。そのようにしてさえ、ドイツ民法典の条文は僅か31ヵ条⁶⁴⁾にすぎず、刷り上り4～5ページを占めるにしかすぎないのである。

ある特定の場合を除けば、大陸法体系における責任の一般的な基礎は被告の過失 (*fault* [*dolus aut culpa*. 悪意または過失]) である。ネグリジェンスというコモン・ロー上の不法行為内部に形成されている「注意義務」 (*duty of care*) という要素は、大陸法系の諸法典の中に明示的には現われていない。それにもかかわらず、イギリスの裁

⁶²⁾ Lawson, *Negligence in the Civil Law* (1950) は、ローマ法が行為の基準を主として提供したヨーロッパ法の発展におけるゲルマン的要素を強調する。自然法学派は、過失が損害を賠償する当然の義務を発生させるという理論的基礎を提供した。

⁶³⁾ 第1382条から第1386条まで。

⁶⁴⁾ 第823条から第853条まで。

判官たちが直面し、部分的には注意義務という方法で処理されてきているネグリジェンスにおける責任の限界づけを行なうという問題は、大陸の裁判所においても解決を迫られているのである。不作為に対する責任、金銭的損害のみを生じた場合の責任、更には制定法上の規定の違反に対する責任という問題は、避けることができないのである。もっとも、これらの諸問題をドイツ及びフランスの両裁判所は、コモン・ローが、とりわけ注意義務の理論を用いて到達している解決方法と、それほど異なっていない解決方法を、ほとんどの場合、採るに至っている。例えば、身体又は財産に物理的損害をもたらす《不作為》の問題に関するドイツ法は、特定の法律上の作為義務がある場合にのみ責任が生ずるものと解釈されている。⁶⁵⁾ また、更に《金銭的》損失は、悪意 (malice) の場合にのみ賠償請求をなし得るのであって、単に過失による場合には回復し得ないと判示されている。⁶⁶⁾ 同様に、フランス法にあっては、フォートは過失ある行為という意味における過失 (culpa) であるだけでなく、事情によっては《不法行為になる》過失とも考えられている。「不法行為性」を有するとされる過程は、本質的には、ネグリジェンスという不法行為における義務違反があったとする過程と同様である。注意義務がイギリスの裁判所において法律上の問題であると全く同様に、フランス法におけるフォートも法律上の問題である。それ故、両法体系においては、裁判官たちは合理的注意を以て行為をなさなかったことから生ずる損害に対する責任の範囲を規制し得るのである。⁶⁷⁾

大陸法系の諸法典における過失責任の絶対視に直面して、英米の法

65) ドイツ民法典第823条。

66) 金銭的損失の場合には、ドイツ民法典第826条が適用されるものとして取り扱っている。

67) Lawson, *Negligence in the Civil Law* (1950) 29頁以下を参照。ここでは、異なる法体系間の類似点が極めて明確に示されている。

律家たちは、厳格責任が現代大陸法においてそもそも存在しているか否かについて、当然疑問視するであろう。その解答は、現代の必要性、特に産業及び交通と関連する、我々の時代の定型的危険状況下における必要性が、過失の要件の修正を迫っているということである。もっとも、その修正の方法と程度は、国々によって非常に多様である。この厳格責任の展開は興味深い歴史ではあるが、その詳細については、ここで触れることはできない。⁶⁸ 最後に、制定法上の義務違反、特に欧州共同体の諸条約上の義務違反に基づく不法行為責任についての困難な問題に言及して、この小論の結びとしたい。

制定法および条約の規定の違反

欧州共同体の諸制定法（即ち条約の規定、理事会若しくは委員会の規則または欧州石炭鉄鋼共同体の最高機関の諸規則等）の諸規定に抵触することの私法における法的効果は、条約の規定に違反する契約の効力の問題に関しては、上述した。共同体の諸制定法違反の結果、侵害された当事者に損害賠償請求権が与えられるか否かという、より広範な問題の検討が残されている。

コモン・ローは、かねてから制定法上の義務違反に基づく不法行為訴訟を認めてきている。それ故、仮に英国が欧州経済共同体に加盟した場合、その条約または規則で、イギリスの裁判所を拘束してイギリス法の一部となる限り、訴え得る事件でこの救済方法が認められない理由は、原則的にないといつて良い。ある特定の事件が「訴え得る事件」であるか否かという問題は、イギリス法では、立法当局が損害を受けた当事者に民事の訴権を与えようとするか否かにかかっている。

⁶⁸ Von Mehren, *The Civil Law System* (1957) Bk. 3 を参照。

しかし、この立法者の意図の探究の不自然さは、通常あまりに明白であり、またその基準が矛盾することが多いので、この種の事件における判決は、事実上、政策的理由に基づく司法的法創造の過程とみなすべきである。⁶⁹ おそらく、同様のアプローチが共同体の立法の規定違反に基づく訴訟に適用され、その結果は同じく曖昧なことであろう。

欧州共同体裁判所がこの問題を裁定する管轄権を有するであろうか。もしも加盟国の法が原則としてこのような救済手段を認め、且つその利用可能性を、違背されたと主張される制定法の解釈問題として処理するのであれば、欧州経済共同体条約の規定⁷⁰の中に、欧州共同体裁判所は同条約の解釈及び共同体の機関の行為の解釈に関する予備的決定をすることができるという条項を置いて良いことになる。何かこのような問題が加盟国の裁判所に提起され、その裁判所が判決を下し得る為には、その問題の決定が不可欠であると考えられる場合には、最終的には、このような問題の欧州共同体裁判所への付託が義務的なものになる。

ドイツ法は、特別に「他人の保護を目的とする制定法上の規定に違反する者は、この違反より生ずるすべての損害について賠償しなければならない」旨、規定する。⁷¹ この規定は、不法行為責任の一般原則に従って、責任 (fault) の要件、即ち故意若しくは過失による侵害、を意味するものと解される。⁷² 主な問題は、「他人の保護を目的とする制定法上の規定」という文言の意味を決定することであり、コモン・ローでの処理に含まれているものと本質的に類似し、また同じ位厄介

69 この訴訟が労働立法の分野以外で勝訴することは極めてまれである。Glanville Williams (23 M. L. R. (1960), p. 233) によるこれらの事件の克明な分析を参照せよ。

70 第 177 条及び欧州石炭鉄鋼共同体条約及び欧州原子力共同体条約の該当規定。欧州共同体に共通する若干機関に関する協定を見よ。

71 ドイツ民法典第 823 条第 2 項。

72 U. K. Foreign Office, “Manual of German Law” (1950), p. 102.

な解釈問題である。自由競争を規制している準則の違反は、おそらく共同市場における会社や企業に対する損害の原因となろうし、この点に関して自由競争の制限に関するドイツ法は民法典の一般規定を「回復し、拡張している。」⁷³⁾

従って、この特定分野における法の規定の違反の結果、被った損害を回復する為のドイツ法上の特別規定は存在するが、それは「他人の保護を目的とする」限りにおいてのみである。従って、解釈上及び政策上の問題がまだまだ最前線に残されている。ドイツの判例中に、欧州石炭鉄鋼共同体条約規定違反のカルテルによる訴訟では、被害者にドイツ民法典上の損害賠償請求権が認められるとする意見が存在していた。しかし最近のいくつかの事件では、パリ条約が規定するすべての禁止を、「他人の保護を目的とする規定」として扱うことを裁判所はしぼっている。⁷⁴⁾ 従って連邦最高裁判所は、欧州石炭鉄鋼共同体条約第4条(b)号及び第60条第1項に含まれる価格差別の禁止は、ドイツ民法典第823条第2項の意味での被害を被った顧客ないし競争者の保護の為の法律ではないと判示した。⁷⁵⁾

フランス法には、ドイツ民法典の第823条第2項に相当する特定の規定が欠けてはいるが、制定法上の規定の違反を、フランス民法典第1382条に含まれる「フォート」の一般原理を用いて処理することは可能である。これには、前に検討したように、制定法の有責的（すなわち故意または過失による）違背、及び法律問題としての違法性の証明

73) 1957年競争の制限に関する法律第35条。一般にこの問題に関しては Riesenfeld, "Protection of Competition," in *American Enterprise in the European Common Market* (ed. Stein and Nicholson) Vol. 2 (1960), p. 197 を見よ。

74) *Ibid.* p. 312.

75) 1959年4月14日判決。30 BGHZ, 74 (1959). なお, van Raay in *Nederlands Juristenblad* (1960), p. 437; Bebr, *Judicial Control of the European Communities* (1962), p. 236 参照。

の要求が必然的にともなることになる。このような制定法の違反が、この違法性の要素を備える場合には、イギリス法及びドイツ法において必要とされる、立法趣旨の厄介な究明を行なう必要はないであろう。この場合、フランス法における救済手段（また同様に、ベルギー、オランダ及びイタリアの諸法典においても恐らく）は、ドイツ法及びコモン・ローにおけるよりも広がる。

しかしもちろん、当面の問題に関して、欧州経済共同体条約の規定のすべてを全く同様に扱うことは不可能である。それらの性格は極めて多様であって、種々の程度に一般化された準則を通じて単に政策を宣言したにすぎないもの⁷⁶⁾から、まさに「イギリス」型ともいべき規定⁷⁷⁾にまで及んでいる。したがって、いずれの国家の法体系も、問題となる制定法上の規定の予備的性格付けを避けることはできないのであって、その規定が、(a)問題となっている時点で、当該国家の国内法の一部として効力があるか否か、(b)単なる政策の宣言ではなくて、明らかに適用できる原則又は原理として認め得るほどに充分詳密且つ明確なものであるか否か、及び(c)（少なくともドイツ法において）侵害を受けた利益について原告たる立場にあるような者を保護する趣旨であるか否か、を決定することに努めなければならない。

自由競争を規制している条約の諸規定の幾つかのものは、上記の三要件のすべてを或いは満足せしめるかも知れない。⁷⁸⁾しかし、前に触れたドイツ連邦最高裁判所の判決⁷⁹⁾は、条約の規定の解釈を巡る不確定性を例示している。このような不確定性は、異なった法体系によって示される当座の問題へのアプローチの不一致と相まって、契約と不

⁷⁶⁾ 例えば、欧州経済共同体条約第2, 3, 104条。

⁷⁷⁾ 例えば、欧州経済共同体条約第96条。

⁷⁸⁾ 例えば、欧州経済共同体条約第85条1項, 86条, 欧州石炭鉄鋼共同体条約第4条(b)号, 60条, 65条4項, 66条7項。

⁷⁹⁾ 前掲註⁷⁸⁾を参照。

法行為との両分野における条約違反の法的効果を極めて不均衡且つ不明瞭なままにしている。

この問題について共同体内部で統一する必要があることは、自明のことである。欧州経済共同体条約の「調和」規定⁽⁸⁰⁾に基づいて取られる措置により、各国の国内法を最終的に調和させて行くことは多少なりとも可能であり、しかも、欧州経済共同体条約第85条及び第86条に含まれる自由競争に関する諸原則に関して、「国内立法を、本条（第87条）の規定及びこれらに基づいて制定されるすべての諸規則といかにして調和させるべきかを決定する」規程又は指示について定めた特別規定⁽⁸¹⁾も確かに存在する。一方、欧州共同体司法裁判所は、共同体諸条約の意味の最終的決定者としての特権的管轄権を行使して、それら諸条約自体に含まれたると、共同体の諸機関の規則に含まれたると、従位的諸機関の制定法⁽⁸²⁾に含まれたるとを問わず、およそ欧州共同体の立法の一部分を構成する規定に対する違反が、私法上に及ぼす効果を、欧州経済共同体条約第177条の範囲内の解釈問題として処理することにより、これらの諸問題のあるものを国内法の領域から取り上げることができるであろう。これは、司法権の創造的行使であり、欧州共同体を出現せしめ、なおかつ共同体法の発展を予告する統合要因を象徴するものであろう。

(80) 第3条及び第100条から第102条まで。

(81) 第87条。

(82) 「かかる制定法がそのように定める場合には」（欧州経済共同体条約第177条(c)号）。