

論 説

強迫の法理の史的考察

—英米契約法の強迫理論の前提として—

及 川 光 明

1 は じ め に

契約を締結する者が身体的（肉体的）強制という不法なおどしの威圧のもとで契約を締結する場合、その者は、「強迫」（duress）を理由に契約を取消することができる。しかし、当事者の一方が、実際に、彼が締結した契約を締結する以外の選択権を何らもたなかったような経済的に危機的状况にあったということを、他方が知っている場合、「強迫」事由が存在するかどうかは問題がある。その者は、「経済的強迫」（economic duress）を理由にその契約の取消を請求することができるか。

大陸法では、強迫は直接的な身体的（肉体的）強制—例えば、署名の際に手を無理やり動かすこと—を含まない。すなわち、この場合には、取消することができるような意思表示が存在していない。むしろ、およそ意思活動が欠けているのである。強迫は精神的強迫すなわち心理的強制のあらゆる行使のみに関するものと理解される。

大陸法は、強迫と差し迫った状態とを鋭く区別する。このような区別は、英米法には知らないところである。これは、狭義の意味において、コモン・ローは身体的暴力または拘留のおどしのもとに、人が約束をするところの事件のみを、強迫として取り扱ったからである。英米法では、大陸の民法

典における強迫の概念のもとで取り扱われる事件は、エクイティ裁判所が、徐々に発展させてきた「不当威圧」(undue influence)の概念のもとで取り扱われる。

それゆえに、この分野に取り組む(比較法)学者は、「不当威圧」の法理もまた研究しなければならない。この「不当威圧」なる用語は、主として両親と子供、後見人と被後見人、弁護士と依頼人、医者と患者そして悔悟聴聞者と悔悟者との間に存在するような特別の信頼関係の乱用の場合に用いられるけれども、BGB 第138条第2項のもとで暴利(Wucher)として、ドイツ法において取り扱われる「人の財政困難な状況につけ込む不当な暴利」の事件はまた、「不当威圧」の事例として、英米法においては取り扱われる。

イギリス契約法においては、社会的・経済的变化・発展につれ、交渉力の不均衡(inequality of bargaining power)という理由から、社会的・経済的弱者たる人々を社会的・経済的強者から保護するため、非良心性(unconscionability)の問題が重要性をもち論じられるようになってくるにつれて、一時は、ほとんど重要視されなくなった強迫(duress)の法理および不当威圧(undue influence)の法理が再び脚光を浴びはじめ、一部の学者により強迫の法理の拡張として経済的強迫(economic duress)の法理が論じられてきたのである。⁽¹⁾また、裁判上も、この問題が論じられ、発展してきているが、アメリカでは、いくつかの判例は、経済的強迫を理由に契約を取消すことができる⁽²⁾と判示する。この場合、裁判所は、契約を「非良心的」(unconscionable)と判示することによって取消を容易にする。イギリスでは、貴族院はアメリカの主張を一般的に受け入れることを示してきたが、しかし原告の意思は強制されたに違いないので、彼が契約を締結したのは任意の行為ではないから、無効とされねばならないという事実の認定の重要性を強調⁽³⁾している。イギリスで特に重要な判決例として注目しなければならないのは、Lloyds Bank, Ltd. v. Bundy [1975] QB 326である。本件におけるデニング(Denning)卿の見解は、二つの事件でスカーマン(Scarman)⁽⁴⁾

卿により拒否されてしまったが、デニング卿が述べた一般原則、すなわち、「……交渉力の不均衡によって、イギリス法は、公平無私の助言もうけることなしに、非常に不公平な条項にもとづき契約を締結し、またひどく不十分な約因により財産を譲渡する人に救済を与える。つまり、その場合、彼自身の窮迫や欲望あるいは彼自身の無知や性格的弱点が他人のために彼に加えられた不当威圧または圧迫と結びつくことによって彼の交渉力がひどく害されるからである……」⁽⁵⁾は、いぜん注目されている。⁽⁶⁾

英米契約法におけるひとつの潮流をみると、今後、さらに非良心性の問題、交渉力の不均衡の問題等が重要性を増してくるであろうということを想定すれば、これらの問題の一環としても、強迫の問題、とくにその拡張した法理としての経済的強迫の法理を考察する必要性があるといえようし、また、⁽⁷⁾以上のごとき問題意識に立ちつつ、ささやかな考察を、これまでもしてきた。⁽⁸⁾しかし、その原則（法理）自体がはたしてなにに由来し、どれだけの意味を持っていたか、持つべきかという、より根本的な問いを發することがあまりにも少なかった、という認識に立って、本稿は、ダウソン（Dawson）が論じている強迫の法理と価格の不均衡に関する法理を沿革的・比較法的観点より素描し、もって英米契約法における強迫理論の展開としての経済的強迫の法理を考察するための前提としようとするものである。⁽⁹⁾

- (1) John P. Dawson, *Economic Duress, An Essay in Perspective*, 45 Mich. L. Rev. 282-289 (1947). 木下毅「英米契約法における強迫」(立教法学第14号) 参照。拙稿「英米契約法における強迫理論の展開(-)」(亜細亜法学第10巻2号) 参照。なお、本稿は、この論稿の不十分な点を補足しながら一部論述していることを附記しておく。
- (2) Dawson, *op. cit.*, p. 256. また、契約法のリステイトメントは同じ趣旨の準則を提出する (Restatement of Contracts (2nd) §176)。
- (3) Pao On v. Lau Yiu Long, [1980] AC 614. at pp.635-6.
- (4) National Westminster Bank v. Morgan [1985] 1 All E. R. 821; Pao On v. Lau Yiu Long, [1980] AC 614.

- (5) [1975] QB 326, 339.
- (6) John Cartwright, *Unequal Bargaining* (1991), p. 216 et seq.; P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, (1989), p. 319 et seq.
- (7) 拙稿「イギリス契約法における非良心性に関する一考察」(内田力蔵先生古稀記念所収)。拙稿「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向」(早稲田法学第61巻3・4合併号)。
- (8) 星野英一「民法論集」第3巻79頁参照。
- (9) 本稿は、1979年ロンドン大学高等法学研究所にて調査した資料等を引き出し、主として、John P. Dawson, *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, XI T. L. Rev. 345に依拠しながらまとめたものであるが、調査できなかった資料(特に *Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*)は、本論文に負うものである。

2 強迫の沿革的・比較法的考察

経済的強迫の問題は、公正な交換というより大きな問題と密接不可分の関係にある。この経済的強迫と公正な交換に関連した問題は大陸法においては、長い歴史を有しており、それは、英米の判決の発展を説明するのに大いに役立つであろう。以下、強迫と価格の不均衡について、豊富な経験と支配的な影響力を有してきた、近代フランス法とドイツ法におけるその歴史を中心に素描してみることにする。

(1) 沿革史——序——

ヨーロッパ大陸の法体系にはじめて現れた強迫の概念は、原始法の第一次的機能、すなわち、私的暴力の抑制と密接に関係があった。物理的力のより残酷な形式によってひきおこされる取引の無効・取消は、犯罪と不法行為⁽¹⁾の法に必然的な補足であった。より狡猾なかつ間接的な形式の強制が、私法の法理の範囲外に残ったし、また他の力によってコントロールされたのであった。19世紀になってからはじめて、強迫の概念が、社会的かつ経済的

不平等を直すための重要な装置になったが、その時でさえ、それは、その初期の起源の痕跡のいくつかを留めたままであった。

ところで、ローマ法の影響は、ヨーロッパ大陸法における強迫の法理の発展を大いに遅らせる原因となったのであった。ローマ法大全を通して中世ヨーロッパに移入された強迫の概念は、学説類集 (Digesta) に宣明されたように、二つの重要な観点に制限された。その一つは、強迫による取引の取消や修正に関しては、圧迫は「最も普通の」人を抑圧するに十分なほど強いものでなければならないということ⁽²⁾、第二は、強迫は物理的暴力の形式をとらねばならないということ⁽³⁾であった。そしてさらに、強迫が存在するためには、人間の安全または身体的危害についての危険がなければならないというローマ法大全の特別の陳述が、あらゆる形式の経済的圧迫を排除しようとする意図をなお一層明らかにしたのであった。

ローマ法大全の用語は強迫についてのローマ法の完全な陳述であったかどうかは疑わしい。しかし、学説類集に採録された学説は、契約に関するローマ法が原始形式主義の段階からはるかに進む以前の、比較的初期の時代に導入された法務官訴訟 (pretorian actiones) および強迫訴訟抗弁 (exceptiones quod metus causa) に言及したし、これらの法務官の救済方法の範囲内の取引は絶対的に無効であったといういくつかの証拠があり⁽⁵⁾、これらの取引は、善意の第三者に対してさえ無効とされうるということが、かなり明らかなように思われる。強迫に関する要件が緩和され、新しい型の強迫が認められたのは、更に後の返還請求訴訟 (conditiones)、特に詐欺返還請求訴訟 (condictio doli) と不当利得返還請求訴訟 (condictio ob turpem causam) ⁽⁶⁾によってであった。

ローマ法研究の復興の後、数世紀の間、ローマ法大全の用語は、強迫による救済の制限を定めるものとして認められた。注釈学者達、すなわちバルトルス (Bartolus) とバルズス (Baldus) および16世紀のより批判的法学者達は、法務官の救済である強迫訴訟 (quod metus causa) をめぐって発展した法理をくり返し述べた。17世紀におけるドマ (Domat)、18世紀におけ

るポチエ (Pothier) は、強迫に関する要件の緩和について、そして特に圧迫の程度をはかるための基準としての「最も普通の」人という要件の廃棄について論じた。⁽⁷⁾ ドイツにおいても同様に、もっと柔軟な基準が、18世紀に現れた。もっともローマの伝統は19世紀の中頃まで留まっていたけれども、18世紀における司法的決定の過程に関してのより適切な証拠がないために、これらの要件が実際にどこまで維持されたかをいうことは不可能であるが、ある程度の柔軟性は達せられたと考えられうる。⁽⁸⁾ しかし、法律家達や裁判所の判決の中に、強迫の概念の中に他のいくつかの型の圧迫を包括することや、またローマ法の法理からの急進的離脱を求める何らの強い要求もなかったように思われる。この発展は、19世紀の法典化まで延ばされた。

(1) See James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 84.

(2) D. 4. 2. 6. Cf. D. 4. 2. 7.

(3) D. 4. 2. 2. D. 4. 2. 9. pr.

(4) C. 2. 19, 4. 7.

(5) ローマ法源におけるこの点についての抵触する陳述は、Buckland, *Textbook of Roman Law* (2d ed.) 416-417によって言及される。なお、船田享二「ローマ法 第三卷」448頁以下参照。

(6) See Dawson, *op. cit.*, p. 348.

(7) Ibid.

(8) Ibid.

(2) フランス法における強迫 (violence)

スコラ学派の学理によって影響されたローマ法は、強迫が無効原因であるためには、最も頑強な勇気を害う性質のものであるということを要求するが、フランス古法時代に、ドマは、最も弱く、最も臆病な者をも保護しなければならないと主張し、やがて、1804年のフランス民法典は、このローマ法の嚴格さを、特に和らげた。⁽¹⁾ 同時に、民法典は、強迫 (violence) に関する規定の中で、当時施行されていた法理を超える重要な進歩を表明し

た。それは、第1112条の条文であって、その趣旨はつぎのごときものである。すなわち、「強迫ありとは、それが普通人を刺激する性質のものなるとき、而してそれが其の者をして其の身体又は財産を著しき且現在の害惡に曝す惧れを抱かしめ得るときとす。この事項に関しては、人々の年齢、性別及条件を考慮す⁽²⁾」という趣旨の条文である。この民法典1112条は、かうじて調停しうる二つの表示を含んでおり、一方は客観的なローマ法の伝統を、他方はドマやポチエにより用いられた主観的なフランス古法を感得させるもの⁽³⁾である。この条文により、経済的侵害のおどしが強迫を構成しうるとすることが主として認められたのみならず、後段では、裁判所は圧迫が加えられた当事者の特別の事情や感情を考慮するように、明示的に指示された。最初は、第1112条の前段に規定された「普通人」(une personne raisonnable)の認定基準について困難な問題に直面したが、この前段との間の明らかな矛盾は、民法典の起草者達が主として依拠したポチエの見解に、あまりにも忠実に、それを書換えた結果として生じたものであった。これ⁽⁴⁾らの二つの規定を融合しようとするいくつかの巧妙な試みが、注釈学者達によってなされたのであったが、しかし、実際には、「普通人」への言及は無視され、そして純粹に主観的な試みが採用されたのであった。かくして、民法典の用語は、無効原因として、強迫の急速かつ有意義な発展への道を開いた。

やがて、フランスの裁判所は強迫による救済制限を定めるにあたって、基本的な難しさの一つに直面した。契約当事者の自由な選択が、重大な不便さや経済的損失の危険によって制限されたということを、ひとつの事実として見出すことだけで十分であったのが、個人意思の完全なる自由ということが、法の目的として思考されるようになりつつあった。しかしながら、これは、人間の選択を抑制するすべての勢力からの完全なる自由を意味しえないということが、すぐさま明白になった。大部分の法律上の取引は、不便さの間の選択から結果として生じたものであるからである。強制が無効の原因として認識されるためには、相手方の行為に違法性の要素が

必要とされねばならない。強迫が身体に加えられた強制というおどしに制限される限り、被強迫行為は刑事法や不法行為法のもとで、独自に違法なものとされたから、問題は烈しいものではなかった。だが、新しい型の強迫の承認は、全く異なった方向に許されうる圧迫の限界を定めることを必要とした。

ところで、フランス法はそれ自体、強迫者の行為の正当性を測定するための基準を何ら規定しなかったが、しかし、強迫は、それが不正 (injuste) である場合のみ同意の違法を構成する。ローマ法時代、強迫は、刑事制裁を受ける犯罪行為とされていたから、そこでは必然的に違法な行為としての強迫のみが考慮されていた。これに対し、フランス古法時代、強迫が民事上でも、合意の瑕疵の原因として考えられることになったのに伴い、強迫の正当性・不当性を問わず、合意の自由を奪うものとして民事上では制裁をうけるべきものではないかと考えられた。これがドマの思想であったが、彼はとくに、債権者が自力救済に訴えるのを阻止しようと考えていたようである。⁽⁵⁾ 反対に、ポチエは、ローマ法的概念に立ちもどり、無効の理由になる強迫は、不適法 (illegitime) なものでなければならないということ⁽⁶⁾を正式に要求したし、またすべての注釈学者達は、それに同意した。民法典は、沈黙したけれども、民法典起草者は、両親・尊属に対する子の畏敬 (crainte révérencielle) という特殊の場合については、強迫の不正または違法と考えられない場合の一例とし、合意の瑕疵を構成する強迫と考えられない場合であるとして、合意の瑕疵を構成する強迫とはならないと定めた (1114条) ことからすれば、かような制限の必要性は明白であったので、黙示にそう読まれた。⁽⁶⁾ 強迫は、それが不適法な場合のみ契約の無効の原因である。⁽⁷⁾

判例は、ローマ法的伝統に従い、精神的強迫が正当な権利行使にすぎない場合には、合意の瑕疵をもたらしえないとする。例えば、債権者の訴訟提起の威嚇により、債務者がその財産の売却または不動産上への抵当権の設定を承諾した場合において、裁判所は合意の瑕疵を認めなかった。⁽⁸⁾ また、

合意がストライキというおどしのもとに締結されたからという理由で、使用者は高い賃金を支払うという合意からのがれることはできないが、しかし、船員組合がブローニュ(Boulogne)の港の船を占拠し、そして役員を閉込めた場合のように、ストライキが重大な強迫によって伴われる場合には、その立場は異なる。⁽⁹⁾この種の正当なおどしには二つの制限があり、そのいずれもが、権利濫用の法理の一面として考えられる。

一般に、適法な強制の形式であると推定された刑事訴訟のおどしによって、その問題が顕著に提起された。⁽¹⁰⁾刑事上の手続が債権者の請求を強めるために用いられる場合には、債権者の特権の濫用による強要の危険のため、当局に完全かつ正確に事実を開示しなければならないという制限がまず加えられた。⁽¹¹⁾身体的強制を加えるものは、権利の逸脱として常に違法であるとされるときに、権利を逸脱するときは単なる精神的強迫も合意の瑕疵を構成するとされる。権利行使をもって威嚇する者は、みずからその権利の名義人でなければならないとされ、また、さらには、強制が正当なものでありうるためには、その行使を威嚇する権利者の権利と、この威嚇によって取得する権利の間に直接的な関係がなければならない。その後の判決において、権利者は正当に取得しうるものを取得するために強制を行使することはできるが、その権利を逸脱して状況を利用し、無関係な約束を得たり、最初の約束から度外れた新たな約束をとりつけたりするために権利を行使することは、権利濫用になるとされる。例えば、夫が不貞を理由に妻から存在しない債務の承認を引き出すために、刑事訴訟というおどしを用いることは正当でないということが認められた。⁽¹²⁾また、他の事件において、交渉力の不均衡は、債権者のしつこい要求によって増大され、債務者が債権者の要求に同意する以外の何らの選択をも有しない「やむをえない状態」⁽¹³⁾を創り出すと判示された。また、債権者は債務者から利益を得るために、訴訟というおどしを用いることはできるが、債務者の親族からかような利益を得るために、かようなおどしを用いることはできない。第二の制限は、主張された権利と得られた利益との間に適正な割合が存在しなけ

ればならない。これは、パリ控訴院の事件により説明される。ある婦人が Monoprix の支店で万引をしたところを見つけれ、そして、その会社に訴訟手続をとらないようにさせるために、償いとして、5000フランを支払うことに合意した。これは和解であり、したがって、一応、有効であると考えられたが、しかし5000フランは会社の損失額よりも大きい額であるから、⁽¹⁴⁾ 権利の濫用であると考えられた。最も極端な見解は1908年の判決に示唆された見解であった。⁽¹⁵⁾

強迫に関する基準についての同じような緩和が関係当事者の特権がなお一層明らかである民事訴訟のおどしの中に現れた。⁽¹⁶⁾ この型の最も重要な事件は、早くも1879年、破毀院によって判決された Gueydan frères c. Guérin 事件であった。本件における論争は、フランスからブエノスアイレスに物品を運送することを要求した傭船契約のもとで船舶の所有者に支払われるべき金額について生じた。荷受人は、彼が当然支払うべきであると考えた金額を算定し、その船舶の船長にそれを支払った。船長はフランスの通貨からアルゼンチンの通貨への外国為替相場は誤って計算されたと主張した。そしてまた、輸送中の破損賠償高や漏損の控除額の荷受人の請求に抵抗した。船長は、ブエノスアイレスの領事と共に拒絶証書を提出した。そこで、荷受人はアルゼンチン裁判所に訴を提起し、船舶が航行することが予定された前日に、その船舶を差押えた。この差押えという圧迫のもとで、船長は彼の拒絶証書を撤回し、そしてまた、荷受人の要求にもとづき、アルゼンチンのある慈善事業に一定額の金銭を供与した。その後、マルセイユの商事裁判所に提起された訴訟において、外国為替相場は、被告すなわち荷受人によって正確に算定されたが、しかし、破損賠償高や漏損の請求の根拠は何らないと認定された。それ故に、下位裁判所は、破損賠償高や漏損を理由に被告によって差引かれた額の請求を認める判決を下し、またアルゼンチン慈善事業に対して支払われた金額の返還請求を認める判決を下した。破毀院は、その判決をくつがえすことを拒絶し、そして船長が「強制と抵抗し難い強制力の圧力のもとで」取引を締結したというこれらの事

実にもとづき決定した。⁽¹⁷⁾

刑事訴訟や民事訴訟のおどしに関連のある、これらの類似の諸事件において、下位裁判所の広汎な権限が、さらに柔軟性の要素を導入した。破毀院による再審理の範囲は、ともかく、はっきりと制限されたが、しかし強迫の事件においては、それは、異常な自制を示した。その結果として、下位裁判所は、債権者の行為の妥当性を評価するにあたって、かなりの程度⁽¹⁸⁾の自由裁量を行行使することを許された。

さらにもっと有意義な発展が他の型の強迫において生じた。そこでは、破毀院は下位裁判所の活動に対してより効果的な抑制を加えた。相手方は彼の被害者の困窮状態をつくり出すにあたって何らの役割をも演じたのではなかったけれども、経済的困窮または身体上の無能力という特別の事情は、選択の自由を制限し、またおどしを圧制的なものにする。契約法の一般原則はそのような特別の困窮状態の意図的な利用をどこまで禁止したか。初期の事件は、債務者はその財政状態が現金で即金払の必要をつくり出していた債権者に不利益な支払を完全に自由に押しつけることができる⁽¹⁹⁾ということを示唆した。1853年に判決された他の二つの事件において、破毀院は、従業員が彼らの貧困と欠乏の不正な利用により指図されたと主張した賃金契約の改訂を許可することを拒否した。⁽²⁰⁾

ところが、1887年に、これまでとは非常に異った態度が、その指導的判例である、Lebret c. Fleisher 事件における判決において、破毀院により表明された。本件は、荒しの中で座礁し、破壊という切迫した危険の中にあった汽船の船長がその船を安全に曳航するための引き船の船長に1800フランの代価を約束した事件である。本件において、下位裁判所は、その仕事は重大な危険や不便に関係なく、したがって、4190フランがかような情況のもとで海難救助のために支払われるべき相当なる金額であると認定し、その海難救助契約は、強迫のため取消しうるものであると判示し、そしてその仕事の相当な代価である、4190フランで判決を下したのであった。この判決を不服として、本判決の破棄を求める訴が提起されたが、破毀院は、

これを否定し、その船の船長は「……やむをえずその契約に従うように強制され、またしいられた」ということ、また引き船の船長は「座礁した船の船長の絶望的な状況を不当に利用した」と説明したのであった。⁽²¹⁾

この Lebrete c. Fleischer 事件で到達された解決は、その後、海法の原則として制定法 (1916年 4 月 29 日法、現行法はこれを改正した 1967 年 7 月 7 日法) によって採用され、その制定法は、裁判官に危険の影響のもとでなされた合意を修正する権限をも与えた。⁽²²⁾それは、海上取引における海難救助に関する特別の原則の結果として説明された。しかしながら、破毀院の理由づけは、その適用において一般的なものであった。下位裁判所は、海難救助を含む、その後の一連の事件においてそれを適用したのみならず、註釈学者達は、この判決は契約法の重要な新しい原理を発展させたと結論したのであった。⁽²⁴⁾Lebrete c. Fleisher 事件の効力は、契約当事者の特別の困窮が不均衡な収益を上げるために利用されたところの、他の場合にも感じられた。例えば、従業員が使用人の債権者のために義務を履行する契約を締結しないならば、使用人が従業員を解雇するとおどした場合、それは契約違反のおどしを含むという理由で、そのおどしを不法なものとして性格づけることは可能であった。⁽²⁵⁾同じことが、劇場の上演開始直前になされた音楽家によるストライキというおどしについてもいわれた。⁽²⁶⁾しかし、消費者が家屋の前占有者の負担を支払わないならば、公共事業会社が彼に水を供給することを完全に拒否するという場合、そこに強迫を見出すためには、いくぶんより広汎な理由を確定することが必要であった。⁽²⁷⁾同様に、世界大戦中またはその後の家屋不足の間に、住宅財産の所有者による立退きというおどしにおいて、強迫を認定する判決を説明することは困難であった。⁽²⁸⁾

強迫による救済についての重要な制限は、この種の事件を討論することなしに、ほとんど仮定された。フランスの裁判所はこういう事情で、取消は公平に要求されうる額を超過した額に関してのみ許されうる、と一貫して判示してきた。例えば、刑事訴訟や民事訴訟というおどしによって、債権者がすでに支払われるべき金額を超える額を入手した場合、その取引は、

そのような超過額に関しても⁽²⁹⁾っぱら取消された。途方もない金額がサービスの拒絶により入手された場合、サービスをする当事者はその相当な価格を表わす金額を保有することを許された⁽³⁰⁾。強迫による救済に関するこの制限は、ローマ法の中に前もって示され⁽³¹⁾、そして、ポチエによって別の形式で示唆された。ポチエは、裁判官に約束の金額を減じることを許した。そして、何よりも重要な結果は、強迫の法理と私的契約における価格の公正な交換を確保するというより広汎な目的との間に、かくして確立された関係であった。

かくして、その適用において制限されたが、強迫の概念は、強迫者が為すべき「法律上の権利」を有するところのことを為し、また、強迫者が法律上為すべき義務のなかった仕事をさしひかえるべきおどしを含むほどにまで拡大された。強迫者の行為に違法性なる要素が存在することがいぜん必要とされうるけれども、その違法性を、単に民事または刑事責任の用語で実践する必要はなかった。また、おどしを、権利濫用として記述することは、ある場合には有益であったし、この方法によって、強迫の法は、フランスの法学者が「権利の濫用」の近代的理論の中に一般化しはじめた理念によって高められたのであった⁽³³⁾。すなわち、裁判所や注解者等の用語によって大いに示唆されたこの類推でさえ⁽³⁴⁾、必ずしも強迫の法理の発展に制限を課すことはなかった。そして、不法行為法の近代的拡大である「権利濫用」の理論は、通常は、損害賠償責任を負わせることになったが、強迫に関する法律の目的は取消であり、その取消でさえ、すでに示唆されてきたように、現実にまた相当に支払われるべき金額を超える額に関してのみ許されたのであった。損害賠償救済の制裁をのがれうるであろう行為でも、それ故に、不均衡な収益を手に入れるという目的のためにおどされたときには、不当なものとなったであろう。

フランスの強迫に関する法律は、刑法と不法行為法との境界を超越して、今では、私的契約の価格の公平な交換を確保するために、ある状況において用いられうると結論してもさしつかえない。部分的には、フランスの裁

判制度における下位裁判所の権限が裁判上の自由裁量という重要な要素を提起するが故に、また部分的には、控訴院の意見の簡潔な報告がその動機について不十分な記録を供給するが故に、その限界を定めることは困難である。しかしながら、何といってもその困難は、その内容がこれまでは完全に理解されてきていないところの発展する道徳的価値を、法の領域に注入することによること大であるといえる。⁽³⁵⁾ イギリス法における不当威圧の推定を生ぜしめるような信頼関係というような特別の関係がある場合をフランス法はどうとりあつかうか。例えば、年老いた未亡人が彼女の仕事の代理人により圧迫された場合とか、⁽³⁶⁾ 寝たきりの農夫が、彼の分作小作人として耕作する小作人が彼の面倒をみつづけなくなるであろうという恐怖に屈した場合は、⁽³⁷⁾ ローマ法的伝統に従った合意の瑕疵としてとりあつかわれるようであるが、他の関係では何ら明確な一線はない。しかし、近時、一方当事者の選択の自由が経済的必要性から制限される場合には、⁽³⁸⁾ 契約は強迫のため無効であるという原理を適用する判例が存在する。しかしながら、破毀院の態度は、制限的であるように思われる。例えば、パリ控訴院は、自動車の配送店が Audi-NSU により付与された契約の変更は、両当事者が配送者の「経済的服従」のため平等の立場になかったという理由で、自由に認められなかったと判示した。⁽³⁹⁾ 破毀院商事部は、これらの事実にもとづき、どんな点で、Audi-NSU の行為が不法であったかを示すことなくして強迫を認定することはできないという理由で、⁽⁴⁰⁾ その判決を破棄した。換言すれば、民法典で要求されるある種の行為があったのでなければならないし、またその行為は不法なものでなければならない。

- (1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XI, 1897, n° 74.
- (2) 現代外国法典叢書「仏蘭西民法」訳による。V. Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 8^e éd., 1975, n° 21; Georges Ripert et Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, *Obligations et droit réels*, 1957, n°s 190-194.

- (3) Planiol et Ripert, *Traité pratique et droit civil français*, t. VI, 1952, n° 192. 民法典の規定によれば、強迫は「普通人を刺戟する性質のもの」であれば十分である。それでも、結果として強迫の重大性は、この原則（普通人を……）についての抽象的方法について考慮しなければならないということになると思われるが、この原則は、＜この事項に関しては、人々の年齢、性別及条件を考慮す＞と規定する条文の後段の部分によってこわされたとはいわないまでも甚だしく和らげられた（Baudry-Lacantierie et Barde, *op. cit.*, n° 74 参照）。Req. 27 janvier 1919, S. 1920. 1. 198 ; Req. 17 novembre 1925, S. 1926. 1. 121.
- (4) 第1112条の条文に存在する不一致は、この条文の後段を導き出した変遷を、不注意に除去して、民法典の起草者達がポチエの二つの文を結びつけたという事情により説明されると考えられる（Baudry-Lacantierie et Barde, *supra*）。ポチエは、ローマ法の強迫の法理について簡単な陳述を与え、更に、彼が拒否されるべきであるといった「普通人」の基準を除外して、その法理を全て認めると宣明した（Pothier, *Traité des obligations*, t. I, 1761, Sec. 1. Art. 3, sec. 2 ; Baudry-Lacantierie et Barde, *supra* 参照）。民法典の起草者達は、ポチエによれば、勇気のある（*courageux*）という言葉に代えて普通の（*raisonnable*）という言葉をもってくことにより、ローマ法の規則を再現した。しかし、彼等は、すぐに、「この事項に関しては人々の年齢、性別及条件を考慮す」ということを付け加えた。彼等は、かくして、ポチエがその間に対立をつくりだした二つの規定を統合することに注意しなかった（Baudry-Lacantierie et Barde, *supra*）；Domogue, *Traite des obligations*, t. I, 1923, n° 313 参照。
- (5) 山口俊夫「フランス債権法」31頁以下参照。
- (6) V. Pothier, *op. cit.*, Sec. 1. Art. 3, sec. 2 ; Baudry-Lacantierie et Barde, *Traité de droit civil*, t. XII, 1906, n°s 80-85.
- (7) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 196.
- (8) Civ. 25 février 1879, S. 1879. 1. 273, D. P. 1879. 1. 158.
- (9) Soc. 8 novembre 1984. n°, 368.
- (10) Paris, 27 juin 1881, S. 1881, 2, 243 ; Civ. 31 décembre 1913, D. 1917. 1. 143, S. 1914. 1. 267 ; Cass. civ., 30 juin 1954 ; Bull. cass., 1954 Janvier

189 ; v. Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., supra note (6), n^{os} 80-82 ; Demogue, op. cit., n^o 308 ; Josserand, Cours de droit civil positif francais, t. II, 3^e éd., 1939, n^o 86.

- (11) Req., 17 août 1865, S. 1865. 1. 399.本件では、訴の提起が、原告が当事者間の一連の取引における勘定書を偽造したという理由で被告により開始された。破毀院は、被告は原告にたいする責任の重大性を誇張し、そして彼が裁判所に与えた疑わしい情報源を注意深く隠したので、その訴追は「治安判事が知ることなしに、またその意思に反して、不平をいだいている証人により巧妙に利用された威嚇の手段」になったという下位裁判所の認定を強調した。なお、権利濫用一般の問題として論ぜられる訴の事件として、Civ. sect. com. 9. novembre 1954 ; Bull. civ. 1954. 3. 254参照。
- (12) Req. 6 avril 1903, D. 1903. 1. 301.本件は、夫が妻から、実際には、夫は支払わなかった 1 万 3550 フランの受領証を、姦通を理由とした訴の提起のおどしという手段によって確保した事件である。
- (13) Req. 9 avril 1913, D. 1917-1918. 1. 103.本件では、大きなパリのデパートの所有者が、1 年以上にわたってその店に供給された商品に欠陥があると主張して、小さな卸売業者に対する訴追でおどした。破毀院は、その店の所有者が相手の「破滅を生ぜしめる」ことができるという下位裁判所の認定を朗読し、そして、実際に支払われるべき金額を超える額の回復を認める判決を正当化するであろう「道徳的強制」があったと結論した。
- (14) Paris 31 mai 1966, Gag. Pal. 1966. 2. 194.
- (15) S. 1909. 1. 76.文書偽造罪のかどでの訴の提起が被告により原告に対してはじめられた。そして、被告は、原告が 5 万フランを被告等に支払わないならば、彼等の訴を取り下げを拒絶した。被告等がうけた実害は、わずか 4 千フランにすぎないと下位裁判所は認定した。そして、破毀院は、その額を超える額について、原告の義務を無効にすることが適当であると判示した。
- (16) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., supra note (6), n^o 80 ; Civ. 25 février 1879, D. P., 1879. 1. 158.
- (17) Req. 19 février 1879, D. 1879. 1. 445, S. 1880. 1. 62.

- (18) Civ. 31 décembre 1913, D. 1917. 1. 143, S. 1914. 1. 267.において、破毀院は、債務者が破産という差し迫った危険にあるときに提起された債務取立訴訟から圧迫が成る場合、強迫の認定を取消することを拒絶した。明らかに、本件においては、債権者の行為の違法性が、債務者が自主的に関心をいだいた会社の再編制計画にたいする債務者の反対をおさえることができた行為の動機から推論された。
- (19) Du 9 avril 1845, D. 1845. 2. 76.
- (20) Civ. 20 décembre 1852, S. 1853. 1. 101 ; Civ. 12 décembre 1853, D. 1854. 1. 20.この両事件は、洋服仕立業において、職人に支払われるべき金額を増加するにあたって、労働裁判所 (conseils des prud'hommes) によって下された判決に関係のあるものであった。両事件において、破毀院は、賃金協定の司法上の改訂は、フランス民法典1134条により神聖視された「契約の自由」の原理に違反したと宣明した。両事件とも、裁判所は、公益 (l'ordre public) という理由にもとづき判決を下したことを注目すべきである。
- (21) Req. 27 avril 1887, D. 1888. 1. 263, S. 1887. 1. 372.
- (22) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 195.において論ぜられている。本法の原文は、1910年のブラッセル国際会議からとられた。すなわち、同様の規定が他のヨーロッパ諸国の中に見出されう。V. Breton, *La Notion de la Violence*, 1925, pp. 200-206.
- (23) V. Demogue, *op. cit.*, n° 320 ; Breton, *op. cit.*, p. 188.
- (24) この問題についての議論への言及については、Demogue, *op. cit.*, n° 320に見出される。V. Breton, *op. cit.*, pp. 179-199.
- (25) Du 6 août 1892, D. 1893. 2. 359.近時の立法は、使用者に理由なしに従業員を解雇することについて損害賠償の責任ありとしたということ、また、本件は、その理由にもとづき部分的に説明されうということ、が判例の中で指摘される。しかしながら、裁判官の意見は、この要素へ何ら言及することなく、代りに、従業員によって署名、捺印された金銭債務証書に明示された虚偽の原因に言及することによって補足された強迫に関する一般的規定にもとづいている。
- (26) V. Demogue, *op. cit.*, p. 510.
- (27) V. Demogue, *Revue trimestrielle de droit civil*, 444, 1911.

- (28) V. Breton, *op. cit.*, pp. 219-222.このような状況においては、結局、立法部は借家人保護のため介入した。
- (29) 前掲, 註(13) (14) (15) 参照。
- (30) 前掲, 註(17) 参照。V. Demogue, *op. cit.*, n° 317.ブルトン (Breton) は用いられた手段が、それ自体、身体的強迫のおどしの場合のように、「不道徳的」なものである場合には、かようにして得られた支払、譲渡あるいは約束義務は、強迫者の他の点における公正さを顧慮することなしに取消されねばならないという立場を維持した (Breton, *op. cit.*, pp. 147-152)。しかしながら、彼の議論は、ドイツの理論法学者の議論にほとんど全くもとづくものであり、フランスの判決においては、何らの支持をも見だせないように思われる。たとえこの見解が正しくとも、それは、実際、重要でない条件を導入する。ブルトンの議論の主な大意は、たいていの場合、強迫者の行為の「不道徳」は、過度の返却が確保されたということを論証することによってのみ確立されうということを示す方向へむけられるものである (See Dawson, *op. cit.*, note 37, p. 355)。
- (31) See Buckland, *Textbook of Roman Law* (2d ed.) pp. 584-5.
- (32) V. Pothier, *op. cit.*, Sec. 24; Planiol et Ripert, *op. cit.*, n°s 195; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n°s 77-78; Demogue, *op. cit.*, n°s 320-321.
- (33) See Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 *Cambridge L. Jour.* 22 (1933); Allen, *Legal Morality and the Jus Abutendi*, 40 *L. Q. Rev.* 164 (1924); Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativite* 2° éd., 1939; Mazeaud/Tune, *Traité de la responsabilite civile* 6° éd., t. I, 1965, n°s 568-81.
- (34) Req. 10 novembre 1908, D. 1909. 1. 16, S. 1909. 1. 76; Civ. 31 décembre 1913, D. 1917. 1. 143, S. 1914. 1. 267.
- (35) Dawson, *op. cit.*, p. 357.
- (36) Civ. 3. novembre 1959, D. 1960. 187.
- (37) Req. 27. janvier 1919, S. 1920. 1. 198.
- (38) Soc. 5. juillet 1965.
- (39) Paris 27. septembre 1977, D. 1978. 690.
- (40) Com. 20. mai 1980. J. C. P 1980. IV 285.

(3) ドイツ法における強迫 (Drohung)

1874年から1896年にかけて編纂され、19世紀最後の年、1900年1月1日に施行されたドイツ民法典は、19世紀ドイツ法律学概念のさまざまな要素とその矛盾を示しているが、強迫 (Drohung) に関する規定の中に、19世紀中に遂げられた進歩が反映されている。その重要な用語は、第123条のそれである。すなわち「詐欺によりまたは違法に強迫により意思表示を為すべく決定せしめられたる者は、その意思表示を取消すことを得」⁽¹⁾。

この規定のもつ広汎な範囲は、その意義ある省略により示されている。圧迫の程度を測定する手段としての「普通人」という仮想上の判断基準は、熟慮の上、放棄された。すなわち、形式については、何らの制限も記述されなかった。裁判上の解釈により、強迫の概念は、新しい方向に自由に拡大されるままにまかされたのであった。⁽²⁾

この拡大にたいする最も重要な制限は、取引が違法に (widerrechtlich) 強迫により引起されたに違いないという要件であった。この制限は、明示規定が欠ける場合に、裁判所や註解者達がフランス民法典の中に読みとったのと本質的に同じものであった。その意味はただちに論争の主題となった。

第123条にいう「違法に……」とは、強迫者が他人をして強迫に因り意思表示を為すの決意を為さしめたことに違法が存するを以て足る。即ち強迫に因る意思の屈服が違法なることを要する、⁽³⁾ ということであり、違法性は手段の違法性である。

問題は、刑事訴追のおどしとの関連においてしばしば生じた。すでに述べたフランスの事件の場合と同様に、ドイツの判決においても刑事訴追のおどしは、民事責任をしいる正当な手段であると考えられた。⁽⁴⁾ それにもかかわらず、刑事訴追の危険にさらされる人は、特別の不利益をうけるということが、やがて明らかになった。強迫により意思の自由を冒されることになるのであって、刑事訴追すると強迫して意思表示を決定せしめた者は、被強迫者をして意思表示をさせるにつき権利を有する場合といえども、違

法に強迫を為したる者というべきである。恐怖がおどしの言葉または敵意ある態度によって増大せしめられた場合に、裁判所は干渉しはじめた。

1900年の民法典以前でさえ、人が現実におかしたより以上に重大な犯罪⁽⁵⁾に対しても、債権者は刑事訴追でおどすことはできないと判決された。

やがて、考えられた手段が違法なものであったという理由か、あるいは強迫者が、実際、権限がなかったところの法律上または経済上の利益を確保するという違法な目的のために法的手段を用いたという理由か、いずれかの理由で、おどしは違法なものであったという一層広汎な理由が採用された⁽⁶⁾。

ドイツの裁判所が、刑事訴追は公益の擁護のために意図されるのであって、民事上の賠償のために意図されるのではないから、刑事訴追というおどしは、それ自体、不当なものであるというアメリカの判決を受容することからはじめたならば、そのような徹底的な提案は、要求されなかったであろう⁽⁷⁾。この見解は、註釈学者等により、また時には裁判所の判決の中で、示唆された⁽⁸⁾。アメリカ法でさえ、それは、許される圧迫の制限を定めるにあたつてのすべての難しさを決して取り去っていない。また、アメリカにおける現代の裁判慣行は、アメリカの諸判決により表明された倫理的基準に調和しなくなっている⁽⁹⁾。しかしながら、議論の前提として、アメリカ法は強迫者の行動の妥当性に関する疑問を示唆し、そして苦しむ債務者の救済のために便利な説明を与えるといえる。この説明を用いることができなかったために、ドイツの裁判所は、現実の判決において、いくつかの不一致をもたらした⁽¹⁰⁾、そして強迫の原理の適用のために、一層広汎な理由を採用するように強いられたのであった。

しかしながら、このより広汎な理由は、圧迫が民事訴訟というおどし、または物品やサービスを全く与えないでおくというおどしから成り立つ場合に、いや応なしに必要とされた。フランス法におけるように、民事訴訟というおどしは、法律上正当と認められた圧迫の最も明確な例であると考えられた⁽¹¹⁾。しかし、このような場合でさえ、強迫の原理により、債権者の

特権の濫用を防ぐことが必要となった。例えば、原告が、ある人物と被告の娘との間で取り決められた婚姻の直前に、民事訴訟である人物の身柄を拘束した。結婚式の時までにはその人物の釈放を確保するために、被告は、その人物に対し原告により主張された請求の支払を保証した。裁判所は、民事手続にもとづきその人物を拘束すること、さらに彼を極端に不便にさせるであろう時と場所を選ぶことさえ完全に適法であるが、しかし、彼がその請求を満たすために利用できる資金を何ら持ちあわせていないということを、原告が、その時、知っていた場合には、第三者である被告に圧迫を加えるところのこのような手段を用いることは不法である、と述べた。また、一定の制定法上の形式に従うことなしに、早期に譲渡抵当受戻権喪失のための訴訟手続を開始することは強迫である、と判示された。⁽¹²⁾ 同様に、遺言書の作成を誘発するためになされた年寄りや弱者を遺棄するおどしは、同法典の採用の後すぐに判決された事件において不当である、と判示された。⁽¹³⁾ 1910年に判決された事件において、金銭を支払うことを単に拒絶したということだけでも、不当な強制の手段となりうるということが原則として認められた。⁽¹⁴⁾ また、所有者が譲渡すべき何らの法的義務を負っていない他の土地を市に譲渡させるために、市の役人が土地の所有者に建築許可を拒絶するという場合でも、強迫の認定は正当化される、と判示された。⁽¹⁵⁾

これらの異った状況を包含するために適当であると思われる唯一の一般化は、おどしの「違法性」は、強迫者が、事実上、権限がなかった利益を確保するという目的から演繹されうるという、刑事訴追の事件について、すでに示唆された一般化であった。⁽¹⁶⁾ このことから、強制された当事者が、取引が結果として実質的、経済的損失になったということを示すことができるならば、實際上、圧迫が単に存在するということだけで、強迫による取消を正当化することになった。このような徹底的な一般化に含まれた危険は、すぐさま明白になった。すなわち、社会的あるいは経済的圧迫の要素は、最も法律的な取引の中に見出されうる。したがって、経済的利益を確保する目的のために圧迫が加えられたということが示されると、その取

引行為は強迫による取消の対象となるということから、取引の安全が重大な危険にさらされてしまうことになる。さらに、この事態は、ドイツ民法典第123条により用いられた条項と同様の条項で刑法典の中に定義された犯罪である恐喝に関する刑事責任の可能性によって悪化した。⁽¹⁷⁾

そこで、ライヒ最高裁判所 (Reichsgericht) は、第一次大戦後の判決で、強迫に関する法律は、通常の商取引につき慎重に用いられるべきであるということを明確にしたのであった。その一つの事件として、所有者の要求にもとづく船の引き渡しを拒絶することは、主張された請求の有効・無効を顧慮することなしに、修繕代の請求を主張する可能な手段であった、と判示された。⁽¹⁸⁾ また、他の事件において、物品の売主は、売買契約により要求される引渡をなすことを拒絶し、買主が問題とした契約の解釈を黙諾するよう買主を強いることができる、と判示した。⁽¹⁹⁾ これらの注意深く理由づけされた判決で、裁判所は、経済的圧迫の存在を否定したのではなくて、商道德の一般的基準が真に有効であると信じられたところの請求方法の主張を禁じなかったという理由で救済を拒絶したのであった。

ドイツ法における強迫に関するこれらの判決の効果は、全体として評価するにはいくぶん難しい点があるが、ライヒ最高裁判所は、強迫者の主観的状态を強調することによって、一般化された基準に重大な制限を加えた。裁判所は、強迫を用いる当事者は、もし彼が事実上その存在について知っているならば、その圧迫の「違法性」を知る必要はない、と判示し、下級裁判所により用いられた「不誠実」の概念を批判したが、結局、ライヒ最高裁判所は、売買契約のもとでの引渡の拒絶は、たとえ購入者がそれにより経済的圧迫に従わせられたということを売主が知っていたとしても許される、と結論した。⁽²⁰⁾ それにもかかわらず、圧迫の「違法性」は、用いられた手段からか、また強迫者が独自にその権限のない支払、譲渡、あるいはは約束を確保する目的からか、いずれかの結果として生ずるということがいぜん認められた。

この事態は、別の方向の議論によってさらに複雑なものになった。もし

強迫による救済の目的が個人意思の自由を守ることであるならば、その取引が、その自由が害された当事者に対する経済的侵害を結果として生ぜしめたかどうかは重要ではないであろう。たとえ債務者がすでに支払期日が満期になっている負債を支払い、また買主が譲渡することに合意したところの財産に全く相当するものを受けとったとしても、その取引は、理論的には強迫のため取消しうるものであるであろう。そのために、純理論的に問題が論じられたのであったが、一般に、ドイツの法学者はつぎのような意見に傾いたといえる。すなわち、用いられた手段がそれ自体、不適當である場合、強迫による取消は、圧迫のもとで当事者がうけた利益または不利益を顧慮することなしに認められると。この見解は、裁判所の判決にあらわれた。⁽²¹⁾すなわち、組合が実際の価格よりも高いことを示されない価格で鉱業権を購入した事件で、裁判所は、第123条の目的は「意思の自由」を保護するのであって、「財産の保全」ではないから、強迫の認定は正当化されるであろう、と判示した。裁判所は、用いられた手段は組合が問題の株を購入しない場合には、組合の差し迫った再編に対する同意を取消すというおどしから成るにすぎないが、この手段は不法であると仮定したことは明らかである。その主要な結果は、正当（適法）な手段と不当（違法）な手段との区別、すなわち、ドイツの法理論がそれ自身のために保存する⁽²²⁾のに懸命にその困難とたたかったところの区別、の保存であった。強迫の体系的理論を構成しようとする努力の中で、ドイツの法学者は手段の問題に大いに関心をいだいた。大いにもてはやされた区別は、プランク(Planck)によって示唆された区別であった。その区別は、(1)それ自体、不法な手段、(2)強迫者が、法律上、用いる権利を有する手段、そして(3)強迫者がその特権を与えられているにすぎない手段、との区別であった。また、これらの区別を一覧表付で、おどろくべきほどに細分化した構造に入念につくりあげはじめた学者もいた。⁽²³⁾

強迫理論のまわりに築かれたところの精巧な分析的構造のため、強迫の原理が果すようになった機能はあいまいになった。

ライヒ最高裁判所によって行使されたより厳密なコントロールは、破毀院がフランスにおいて認めたほど裁判所の自由裁量の余地を残さなかった。ライヒ最高裁判所の意見は、第一次大戦後の時期においてさえ、不満足な結果ではあったが、一般的法理の体系的陳述に、主として関係があった。それにもかかわらず、ドイツの判決は、19世紀及び20世紀のフランスの判決に現われた傾向と同じ傾向を示してきた。強迫に関する法律は、主として私的契約における価格の公正な交換を確保する手段となった。しかし、その範囲は、部分的には、精巧な法理論の効果により、そして、部分的には、より広い条項に同様の原理を表明したドイツ民法典の他の規定との競合により、フランスにおけるよりも制限される。⁽²⁴⁾ いな、むしろ利息の概念のもと、138条により補われている。強迫に関する民法典の規定は、「違法性」というその明示的条件により、はじめは犯罪と不法行為の法との関係を示唆するように思われたが、この関係は、司法上の決定が法典の一般化された用語につき、新しい内容を発展させるにつれて、さらに曖昧なものになった。刑法と民法の二つの法領域の差異を見損うことなく、しかも刑法と民法の不法の共通性を引き出すことは学問の課題であるが、⁽²⁵⁾ 30年ほどの裁判上の経験の後に、「違法性」は不当利得を確保するための社会的、経済的圧迫の意図的な行使として定義されるようになった。

(1) 現代外国法典叢書「獨逸民法」訳による。

(2) 実際、ライヒ最高裁判所の判決は、法典の採用以前すでに、ローマ法の法理の人為的制限をかなり越えて進んでいた。1883年、解雇された従業員が、財政状態が非常に弱い会社を、その財政状態と結果として生ずる信用の減損をあばくとおどすことは強迫である、と判示した (RGZ. Bd. 10, S. 186)。ローマ法のテキストにおいて必要とされる強迫のより厳しい形式は、特定の事件を包含するに十分のなほどの広い一般的原理の単なる説明にすぎない、と裁判所は述べた。刑事訴追にかかわりのある事件において、ローマ法の諸準則は、強迫に対する現代の態度と調和しないし、またもはやコントロールされていない、と裁判所は宣明した (RGZ. Bd. 31, S.156)。

- (3) 現代外国法典叢書 前掲 194頁参照。
- (4) RGZ. Bd. 59, S. 351 ; RGZ. Bd. 102, S.311 ; RGZ. Bd. 110, S. 382 ; RGZ. Bd. 112, S. 226.
- (5) RGZ. Bd. 31, S. 156において、火災保険会社の役員が、保険金受取人の重過失により引き起された損失につき、集金人に対し放火を理由とする刑事訴追でおどした。裁判所は、放火を理由とする刑事訴追のおどしは、さらに「何年も刑務所に投獄される」見とおしであるから、保険金受取人の単なる過失だけで正当化されるものではないので、会社の役員はその特権を限度を越えて行使したと述べた。
- (6) JW. 1900, S. 418 ; JW. 1909, S. 11 ; JW. 1913, S. 638, 1033 ; JW. 1917, S. 459.
- (7) 例えば, Morse v. Woodwarth, 155 Mass. 233, 29 N. E. 525 (1891); Heaton v. Norton County Bank, 5 Kans. App. 498, 47 Pac. 576 (1897); Clifford v. Great Falls Cas Co., 68 Mont. 300, 216 Pac. 1114 (1923) 参照。また Williston, Contracts (1930) §§ 1612-1616により引用されている諸事件を参照。
- (8) Rehbein, Kommentar Zum B G B, § 123 ; Niemann, Zur Lehre von der Drohung, 1908, S. 52参照。また、特に, Levy, Note, JW. 1925, S. 1484, JW. 1917, S. 459 ; WarnJb. 1917, S. 365を参照。
- (9) Roboson v. De Hart, 134 Mo. App. 633, 114 S. W. 1122 (1908); Clement v. Buckley Mercantile Co., 172 Mich. 243, 137 N. W. 657 (1912); Posey v. Lambert-Grisham Hardware Co., 197 Ky. 373, 247 S. W. 30 (1923); see Dawson, op. cit., p. 359.
- (10) 例えば RGZ. Bd. 102, S. 311及び RGZ. Bd. 112, S. 226.の判例とこれまでに引用された判例のいくつかと調和することは不可能であるように思われる。
- (11) Planck, Kommentar zum B G B, 1913, § 123, II 4. b ; Manigk, Note, J W. 1924, S. 1589; Saleilles, De la Declaration de Volonté, 1901, pp. 55-60; Meynial, Book Review of Salleilles, De la declaration de volonté, 1 Rev. tri. 545, 556 (1902).
- (12) WarnJb. 1913, S. 228, n° 186 ; JW. 1906, S. 82.
- (13) Deutsche Juristen zeitung 1903, S. 55. ; JW. 1902, S. 286.

- (14) WarnJb. 1911, S. 8.
- (15) JW. 1911, S. 27.
- (16) JW. 1906, S. 82; JW., 1923, S. 367; WarnJb. 1911, S. 8; WarnJb. 1913, S. 228. また, 註(13)の事件参照。
- (17) §253 StGB.
- (18) JW. 1923, S. 367.
- (19) RGZ. Bd. 104, S. 79; RGZ. Bd. 108, S. 102.
- (20) S. RGZ. Bd. 108, S. 102.
- (21) Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1926, S. 436-437; Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. I, 1906, S. 498. See Dawson, op. cit., p.362.
- (22) Planck, op. cit., supra note 11, § 123, II 4, b.
- (23) Munk, Die widerrechtliche Drohung, 1911, S. 11-14, S. 132-133.
- (24) 利息に関する BGB 第138条。
- (25) 五十嵐清「比較民法学の諸問題」128頁参照。

3 価格の不均衡の沿革的・比較法的考察

ローマ法の「重大な損害」(laesio enormis)の法理は、不公平な取引をより直接的に攻撃する手段を与えた。この「重大な損害」の法理は、単に価格が不均衡であるという理由で契約の取消を認めた。この法理はそれ自体、その範囲の点で制限されたけれども、契約法の理想として公正な価格の交換を提案する一つの道徳的理念からその啓示をうけたのであり、中世の注釈学者達は、熱心にこの法理を受け入れ、彼らの手により、この法理は、中世契約法の基本的原理になり、広汎な種々の法律取引に利用されたのであった。中世の法学者達によりなされたこの法理の拡張と発展は、奇妙にもローマ法の強迫の法理の無批判的反復とよい対照をなす。そして、その衰微は、経済的個人主義の復興と中世的思索により構成された倫理的体系の結果として生じる衰退と一致するのである。

(1) 重大な損害 (laesio enormis) の沿革史——序——

中世の「重大な損害」の概念は、ディオクレティアヌス帝の勅法に由来するものであった。古典期ローマ法においては「重大な損害」を根拠とする訴権は認められず、せいぜいのところ、25歳未満の成熟者のみに対して法務官の命令による「原状回復」(restitutio in integrum)の一般的救済措置を認めたにとどまり、法務官は、25歳以上の成熟者の労はとらない。自身を守るのは25歳以上の成熟者の仕事であるからである。しかし、その後、「重大な損害」の概念を、ユスティニアヌス法典の編纂者達は、その法典の中に採録した。そして、「重大な損害」の概念は成年者間の一定の契約についても導入され、勅法類集は、土地の売買における代金が正当な価格の半額以下の場合には、売主は代金を買主に返却して売買を取消すことができ、買主は正当な価格との差額を支払うことによって、その取消を防ぎ、その土地を保有することができるという重要な修正を附加したのであった。⁽¹⁾つまり、その時代の経済的不安定が、この解決法を要求していたのである。

ところが、近代の法学者は、この概念がその法典の中に現われる形式につき、その採録の確実性に関し重大な疑問を提起した。それは、単に特定の事件の決定に関する準則を定立すること（大土地所有者の圧迫に対して小土地所有者を保護するためのもの）を目的とするが、しかし、この範囲の限られた形式においてさえ、学説類集に採録された学説とテオドシウスの法典に現われる後期帝国期の立法と抵触する。そして、不適切な文体と調和を欠く内容から、その規定は、主としてユスティニアヌス法典の編纂者の作品であるとも想像される。⁽²⁾

もしこの説明が正しければ、「重大な損害」の概念は古典期ローマ法の個人主義の体系にユスティニアヌス法典の編纂者が添えた広汎なキリスト教的道德観念の産物であったということは、ほぼまちがいないところである。ある学者は「重大な損害」の概念は、専主政時代の大地主、その他の有力者の政治的、経済的圧迫に対し小土地所有者を守るという目的のために作

られたと主張したが、この説を支持するために提供せられた証拠は、説得的であるが、間接的なものにすぎない。⁽³⁾専主政国家の政策に何か非常に特別な動機が存在したかどうかにかかわりなく、「重大な損害」の概念は、ユスティニアヌス法典の編纂物のほかの多くの項目にその足跡を残したところの一つの発展的道德的理念を明らかに反映したように思われる。中世の世俗法は、限定された先例(25歳未満者間の重大な損害の理論)に捕われることなく、「重大な損害」に関する教会法理論を大幅に迎え入れた。教会法は、契約当事者の双方は当該契約から正当な利益だけを引き出すべきことを準則にする。もしそうでなければ、正義が破られることになる、というのである。したがって、契約当事者の一方が理に叶った利益を得たのではないときは、「重大な損害」が存在することになる。この場合には、被害者側は裁判所へ出向いて、均衡を取り戻すべき差額利益を、または、その不利益な契約の完全な無効を、勝ち取りうる。⁽⁴⁾

これらの倫理的理念が中世思想の奥底まで侵入していったため、「重大な損害」の概念は、その発展の道を進んでいった。中世の思想家があらかじめ仮定した道德的秩序は、人間の活動のすべての面における人類の責務を明らかにすることを意図した道德秩序であった。その経済的側面においては、この制度の中心は、共同社会の熟知した立派なメンバーの共通の評価(communis aestimatio)によって決定された「正当な価格」の概念であった。売買物は、経済事情に応じて、「正当な価格」で売却されたものでなければならない。そして、神学者や教会法学者は、一般諸原則を定型化するのに努力して、「正当な価格」以上の不当な要求は、人間が一般に、私用に供するために、神が意図した物品の公平な分け前以上の私的充当として禁じられた。⁽⁵⁾「正当な価格」の概念は、部分的には、価格の自由な変動を大いに制限した取引規制の無数の形式に服したところの、主として農業的な特質を具有した中世社会における社会的、経済的事情の反映であった。⁽⁶⁾かような背景の中で、キリスト教倫理のもつ意味が十分に理解され、まずしい人々の生活の中に深く浸透しえたのである。中世の「重大な損害」の理論は、

これらの道徳的理念が部分的に実現された主要な経路の一つであった。⁽⁷⁾つまり、中世以降、「重大な損害」の理論は教会法のもとで急速に発展し、教会法学者は道義的考慮により、ことに「正当な価格」の概念をもって、契約上⁽⁸⁾で一方が他方を搾取して暴利を収奪することを違法としたのである。このようにして、「正当な価格」は、生活必需品に関しては、厳格に決められたのである。

ローマ法の学問的研究がボローニヤ学派においては始められる前にすでに、デオクレティアヌス帝の勅法の採録は、土地売買にその救済方法を制限しけれども、「重大な損害」による取消が動産の売買においても審判の上で授与されうるということが認められた。⁽⁹⁾同様に、少なすぎる金額を受領した売主に対してと同様に、多く支払いすぎた買主に救済が与えられうるとい⁽¹⁰⁾うこともやがて認められた。そして、間もなく、救済は、単に売買契約のみならず、また為替、組合それに賃貸借契約を含むほどに拡大され、居住のための不動産は、正当な価格で賃貸されねばならず、その所有者は、自身の欲求を無暗に大きくするのに有利な環境から利得すべきではない、とされ、さらにまた、雇傭契約および贈与をも含むほどに拡大されたので⁽¹¹⁾あった。この発展は、註釈学派と後期註釈学派との論争の中で、まず学究的なレベルの段階で生じたが、しかし同じ傾向が、やがて裁判所の判決と慣習法の中⁽¹²⁾にあらわれた。契約当事者は、形式的否認条項により、宣誓の使用により、そしてまた交換価値間の矛盾が完全な贈与を表わしたという事実の説明部により、「重大な損害」に関する準則の効果を回避しようと試みたが、これらの試みは、法学者や裁判所からの強い抵抗に遭遇したため、⁽¹³⁾ほとんど効果のないものとされた。⁽¹⁴⁾

16世紀になってはじめて反動がはじまった。その後、フランスとドイツにおける発展の過程は、異った方向へと進んだ。フランスにおいては、専制王制時代に入ると、価格と賃金は王令や職業団体などによりかなり厳格な制限に服することとなったため、實際上、「重大な損害」を理由とする契約の取消は困難となり、⁽¹⁵⁾法理論および裁判所の決定の傾向は、「重大な損害」

の適用をデオクレチアヌスの採録により定立された範囲に限定することになった。16世紀の後半に著作活動をしていたデュムーラン (Dumoulin) の偉大な人的影響でさえ、その潮流を食い止めることはできなかつた。⁽¹⁶⁾デュムーランの見解は、18世紀に最終的に確立された法理への推移を表わすものであり、彼は売買契約にその救済方法を制限しようとした。そして、彼は、通常の売買契約における救済方法の拒否を論じた。売買契約以外の種々の取引による場合には、「重大な損害」の法理の適用範囲から除外されたのであった。すなわち、救済方法は完全に制限され、そして動産売買は、徐々に、この間接的価格規制の制度から解放され、自由競争の制度にもどされたのであった。⁽¹⁷⁾そして、17・18世紀においては契約自由の思想の昂揚とともに、取引の安全の見地から、「重大な損害」の法理に対しては否定的な立場が有力となった。⁽¹⁸⁾

しかしながら、ドイツは、中世的伝統にひとり忠実であった。もちろん一般庶民にとっては、法律家や国家哲学者の意見よりも事実の力の方が重要であり、ポリツァイ条例、フント条例、勅令、命令、訓令の中に現れる領邦君主の法行政的な命令の方が目についたのであり、法行政の手段としての法命令と古い形の法やローマ法を含む法律との間の境界線はあいまいになっていた。たとえば、16世紀に、暴利と詐欺の防止のため、パン・穀物・家畜の取引が「ポリツァイ的」な規制を受けたとしたなら、実体的な売買法も「重大な損害」が無効・取消原因にまでされるということによって、その影響を被らずにはいなかった。⁽¹⁹⁾かくして、1900年の偉大な法典化に至るまで、中世の「重大な損害」の法理の拡張は、普通法の確立された部分として維持された。古典ローマ法の学問的研究の、おそろしいほどの進歩でも、後期註釈学派から「継受」され、そして慣習法の中に固守された法理の一体をひそかに侵食するのに役立たなかった。理論上、「重大な損害」による取消権は、等価交換を目的としたすべての契約において利用できた。⁽²⁰⁾理論上、実際には、価格査定の難しさのため、通常、物品売買契約における救済は拒絶されることになったけれども、土地の売買と同様、物

品売買は、「重大な損害」を理由に攻撃されうるということが、同様に認められた。⁽²¹⁾ 司法上の売却での買主の場合に、便宜上という強い理由により指向された例外もあるけれども、救済方法が、明らかに売主と同様買主にも利用できた。⁽²²⁾ 通常、商取引に従事している者からこの救済方法を取り上げるべきであると主張した法学者もいたけれども、このような制限は、ローマ法のテキストからも、ロマネスク式伝統からも、何らの支持も引き出せなかったし、また少くともある裁判所においては、明らかに拒絶されたのであった。⁽²³⁾

中世の大部分および近世を通じて「重大な損害」と同様の目的のために利用できる他の法理との間の関係について、混乱が存続した。中世の討議では「重大な損害」は、錯誤と関係し、そして価格の不一致は、錯誤の結果であると推定された。この説明は、重要な結果を生ぜしめた。不十分な収益しか受けなかった者が、その不一致を知っていたということが、明らかであるときっぱり云える場合には、救済は、通常、否定された。⁽²⁴⁾ 同様に、重大な損害による救済方法が、契約において明白に否定され、また超過価格が、形式的に、贈与であると宣明された場合には、推定された錯誤にもとづく法理の適用は、非常に困難であるとされた。16世紀に、教会法学者であるコバルヴィアス（Covarruvias）は侵害された当事者は契約を締結するための必要性により強制されたということをその代りに推定することにより、⁽²⁵⁾ これらの困難をのがれようと企図した。時がたつにつれて、この説明は法学者の中で一般的になっていった。ポチエは、18世紀フランス法の中に生きつづけた「重大な損害」の法理の主要な基礎としてその説明を採用し、その結果ポチエは、遺言執行者の作成する書面のすべての条項や贈与の宣明を無効と宣言した。しかし、ポチエは、救済理由として、錯誤を完全に放棄したのではなく、ある場合には錯誤もありうるということを認めている。⁽²⁶⁾ 19世紀ドイツの諸事件をみるに、少くとも、一つの判決は、錯誤の推定がその不一致を知っていたという肯定的証拠によってくつがえされる場合には、その救済方法を否定する強い傾向を示したが、他の判決で

は、現実の、または推定上の経済的必要性からくる圧迫が二者択一的救済理由として認められ、そして等価の問題が経済的強迫の問題にとって、その最も重要な関係において具体的にはっきりと描かれたという⁽²⁷⁾。

「重大な損害」の原理の歴史的過程をごく簡単に述べてみたが、この過程は、「重大な損害」のその後の歴史に重要な影響を及ぼした。フランスにおいては、「重大な損害」の原理が、着実に一定の範囲に限定され、その目的は再定義されながら、1804年の民法典に受容される道が準備されていった。しかしながら、ドイツにおいては、中世の苦心の作である「重大な損害」の原理は、19世紀末まで、首尾よく保存され、多くの訴訟を生ぜしめ、そして法理論に混乱を増加せしめた。そして、長期間、その存続をめぐる論争が継続されたのであったが、基本的には、規定の一般性によって、私的自治の意味での真理性を基礎づけようとしたドイツ民法典は、「正当な価格」(iustum pretium)の理論の拒否、「事情変更の原則」(clausula rebus sic stantibus)の全面的採用の拒否とともに、最後には、「重大な損害」の法理は、生きながらえるには不相当であると断言され、1900年の民法典では取り除かれたのであった。ヴィアッカー(Wieacker)は、私的自治の重要な内容をなすものとして、「正当な価格」ないし「重大な損害」の法理に代表されるところの、いわゆる「実質的秩序原理」(materiale Ordnungsprinzipien)⁽²⁸⁾の否認を挙げているが、もとより、法が「倫理の命ずるところを実行する」ものではない以上、「実質的秩序原理」の実現は法の領域の外に追放される。サヴィニー(Savigny)は、すでに1802年の「法学方法論」において、「契約の神聖」(Heiligkeit der Verträge)なる観念を援用して、「重大な損害」の法理を有償契約一般に拡大しようとする試みに反対した⁽²⁹⁾。しかし、サヴィニーが、「神聖」なる契約の下で反倫理的な利益が追及されることを是認していたと解することはできない。「法の領域の外の倫理的目的」もまた、しだいに普遍的要素としてフォルクスレヒトに取り込まるべきものとされるのであり、そのようなものとして、主体的、自覚的に形成された倫理的秩序、自己規律の秩序こそが、サヴィニーにおいて自律性を認め

られている、と考えるべきであろう。⁽³⁰⁾

ところで、オーストリア一般民法典は、第934条において、「重大な損害」の法理を有償契約一般について実定化する。⁽³¹⁾ オーストリア一般民法典の起草者、フランツ・フォン・ツァイラー（Franz von Zeiller）は、一方において契約を個別的意思の合致としてとらえ、したがって、有償契約における価格の決定も、当事者の合意にゆだねられるべきものとするが故に、「正当な価格」ないし「重大な損害」の法理を否定しているように見えるが、ツァイラーは、すべての国民に対し必要な生活の糧を与え、営業と取引を保障してやるために、立法者により決定された価格がある場合には、価格は、⁽³²⁾ 法定の基準を超えるや否や、違法になる、という。ツァイラーは、「実質的秩序原理」を一方では維持しつつ、第934条を定立したのである。ちなみに、経済過程の自律性を信頼する私的自治（契約自由の原則）の絶対視は、ヘーゲルにあってはみられず、ヘーゲルは、契約を共通的な意思としてとらえながらも、「実質的秩序原理」を維持していることを付加しておこう。

- (1) C. 4. 44. 2 (anno 285 A.D.)
- (2) See Dawson, op. cit., pp.364-365.
- (3) V. Monnier, Etudes de Droit Byzantin, Nouvelle Revue Historique de Droit Francais et Etranger t.24, 1900, pp.37, 169, 181-185.
- (4) Fr. オリヴィエーマルタン著、塙 浩訳「フランス法制史概説」417頁参照。
- (5) See Dawson, op. cit., p.365.
- (6) See Ashley, Introduction to English Economic History and Theory, 1894, pp.126-148.
- (7) 「重大な損害」の理論は、これらの問題で苦勞していた中世の学者達に利用できる唯一の手段ではなく、教会法学者は私法の他の法理の中でも有用な法理として、「重大な損害」の法理と親密な関係にある利息の法理を適用した。
- (8) 山口「フランス債権法」36頁参照。
- (9) V. Mémin, Les Vices du Consentement dans les Contrats de Notre

- Ancient Droit, 1926, p,70 ; H. Furgeot, Actes du Parlement de Paris の中の14世紀の諸例, n^{os}, 204, 210, 294, 2985 (不動産売買) ; n^o 1645 (ブドウ酒および塩の売買) 参照。
- (10) V. Mémin, op.cit., supra note 9, pp.70-71.
- (11) 1254年から1258年に、パリ最高法院は、暴利を貪るような内容の賃貸借契約を無効とする (E. Boutaric, Actes du Parlement de Paris, n^o 213.)。
- (12) V. Mémin, op. cit., supra note 9, pp.73-83.
- (13) パリ議会は、早くも1317年に土地と物品の売買契約で「重大な損害」による取消を認めた (see Dawson, op. cit., p.366, note 80)。
- (14) 註釈学者及び教会法学者達は「重大な損害」に関する準則の利益を否定しようとする当事者によって宣誓が用いられる場合、特に当惑した。宣誓の尊厳を守ろうと切望して、彼等は、「重大な損害」の理論を含めて、いろいろな策略に訴えた。矛盾が大変大きい場合には、「重大な損害」の理論は、すべての否認を効果のないものにした。V. Mémin, op. cit., supra note 9, pp.89-122.
- (15) 山口 前掲書 36頁参照。
- (16) デュムーランは、雑貨と消耗品との双方に関しては、過大な訴訟は、特に一般人の間では妨げられるという理由で救済方法の拒否を論じた。この問題では、公の利益が確実かつ確定されるべき商品取引が訴訟により不確実にされかつ取引が妨げられないように、一般の利益が大いに考えられた。同時に、デュムーランは「重大な損害」の理由による取消は、関係物品が非常に価値のあるものである場合、例えば、宝石のごとき場合、また、所有者がその動産の全部または大部分を売却した場合には、認められるべきであると論じた。(See Dawson, op. cit., p.367, note 82)。
- (17) 16世紀後のフランスにおける「重大な損害」の発展の一般的説明については、Mémin, op. cit., supra note 9, pp. 122-134 参照。See Dawson op. cit., p. 367, note 83.
- (18) 山口, 前掲書, 36頁参照。
- (19) W.エーベル著, 西川洋一訳「ドイツ立法史」110頁参照。
- (20) しかし、交換価格の比較が不可能な場合には除外され、その後、判例は、非商事性格の取引は、「重大な損害」の準則に従わないというより

広汎な理由を採った（See Dawson, op. cit., p. 368, note 84）。

- (21) 絵画の売買，公共図書館の売買（Ibid., note 85）。
- (22) 買主が，「重大な損害」の理由により取消を確保できると判示された事件として RGZ. Bd. 10, S. 26。司法上の売却は一般の準則の例外を構成するとするのが大多数の意見であったが，司法上の売却につき，例外をもうけることを拒否する先例が存在したという（Ibid., note 86）。
- (23) 商人による物品売買においては，錯誤，または経済的必要性を断定的に示すことを要求するという（Ibid., p. 369, note 87）。
- (24) V. Mémin, op. cit, supra note 9, pp. 62-69.
- (25) Ibid., p. 115; see James Gordly, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, p. 102.
- (26) V. Pothier, Du Contrat de Vente, Secs. 352-354, Pothier, Oeuvres, t. III, 1847, pp. 148-149.
- (27) See Dawson, op. cit., pp. 369-370, note 84.
- (28) S. Franz Wieacker, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, 1966（auch in : ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974）。
- (29) S. Savigny, Juristische Methodenlehre, 1802/03, hrsg. von Wesenberg, 1951, S.44.
- (30) 村上淳一著「ドイツ市民法史」48—49頁参照。
- (31) See Ralph A. Newman, Equity and Law, 1961, p.114.
- (32) Franz von Zeiller, Das natürliche Privatrecht, §18.

(2) フランス法における価格の不均衡

フランス革命の諸々の出来事のため「重大な損害」の法理は，近代フランス法の中に生存しつつけることをきびしくおびやかされた。革命時代の紙幣の継続的過剰発行によって生み出された惨たんたるインフレーションは，土地売買の多くの契約における義務のバランスを破壊する結果となった。無利益な契約からの救出を求めた売主によるおびただしい数の訴訟に直面して，立法部が介入した。そして，「重大な損害」による取消は，将来

の取引に関して全体として廃止され、すでに提起された訴訟は無期延期された。すなわち、大革命後の中間法時代、貨幣価値の下落のため、「重大な損害」のケースは激増し、訴訟が輻輳したため、一時それを理由とする訴権は廃止された（共和2年実月14日法⁽¹⁾）。

しかし、経済情勢の沈静とともに、再びこの訴権は認められることとなった（共和6年花月19日法）が、さらに一層きびしいおどしは、通貨の安定後に発展した反対、すなわち革命時代の個人主義的思想によって鼓吹された反対、であった。やがて、民法典それ自体の中で大切にされるべき「契約の自由」の理念が、人間社会の再生を約束するように思われた。さまざまな方向から集った思想の流れは、個人企業の自由にたいする陳腐なかつ腹立たしい諸制限をとり去りつつあった。競争過程による価格決定への数学的制限を定めることを意図した「重大な損害」の法理は、直接的には、洪水のごとき流れの中にさらされたために、それを防ぐために、私的契約における等価に関する最小限の基準を要求するところの正義と政策が、一般的に考慮されるべきであると主張された。

この問題についての意見の抵触が、熱心な論争を生み出した。その最後の結果は、古い法理の範囲を、なお一層制限した妥協であったフランス民法典の最終案においては、重大な損害による救済は、土地の売買（第1658条）の場合を除き、明白に除外された（第1183条及び1313条）。土地の売買においてさえ、救済は、裁判所の権威のもとでなされた売買において否定された（第1684条）。そして、土地売買における「重大な損害」はもっぱら売主の利益のためにのみ認められるものであり、買主が通常の価格よりも高価で買ったとしても、それを主張することはできない⁽²⁾。救済は、売主に限られた（第1683条）。最初にローマ法に現れた2分の1の分数は変った。そして、売主が不動産の実際の価値の12分の7を超える「重大な損害」を受けたときは、売主は売買の取消を請求する権利を有する（第1674条）。「重大な損害」の評価時点は、原則として契約の成立時点である（第1675条1項）。そして、その間に取消訴訟が提起されねばならない期間、2年が定められ、売主に

よる取消請求は売買の日から2年間の除斥期間に服する（第1676条）。そしてまた、精巧な訴訟手続が3人の専門家の委員会による財産の評価額を規定した（第1677—80条）。なお、「重大な損害」は、売主の利益のために認められているものであるといっても、そこでまったく買主の利益が考慮されていないわけではない。買主はすべての場合に取得物を返還しなければならないわけではない。⁽³⁾ローマ法と同様、取消の訴が認められる場合においては、買主はその選択によって、目的物を売主に返還して支払った代金を取戻すことも可能であるが、また正当な価格に当る総代金からその10分の1を控除して残余の不足額を支払い、不動産を保有することができる（第1681条）。取消す売主への恩恵の唯一のしるしは、ポチエから採られたところの、売主が契約においてその取消を請求する権利を明示的に放棄したとき、および売買代金と実際価値との差益を買主に贈与する旨を表示したときであっても取消権の行使を防げないという趣旨の規定である（第167⁽⁴⁾4条）。

これらの複雑な諸規定により、公正な交換の理念は、そのより広汎な含畜を取り去られ、数学的正確さにできるだけ近いものにかえられた。この形式においてさえ、法律家は、それを民法典に表わされた個人主義の根底に横たわる思想と調和させるにあたって苦勞した。この変則の存在を錯誤や強制というような他の法理上の言葉で説明することが、いぜん、必要であるように思われた。⁽⁵⁾しかし、これらの説明は、何故、土地の売買が特別の取り扱いのために選ばれるべきなのか、また他の全ての型の取引が規制されずに、自由競争を許されるのか、を明らかにしなかった。また、何故売主が保護され、買主が無制限の搾取にさらされるべきなのか、が明らかでなかった。⁽⁶⁾これは、おそらく、種々の理由が土地と動産との区別のため示唆されるが、土地売買契約に「重大な損害」を制限するのは、継続的ローマ法の伝統の圧力とナポレオン個人の影響によるものであったろうし、ナポレオンが、起草委員会の討論に介入したことは明らかであり、彼は、一般土地政策の観点から問題を考えたからであろう。⁽⁷⁾そして更に、民法典

が「重大な損害」にもとづく取消を土地に限ったのは、動産ほどには価格の変動が大きいこと、および古い法諺＜res mobilis res vilis——動く物は価値なき物＞の適用によるものであるし、売主は経済的必要に迫られて売ることを余儀なくされるのに反し、買主は買うことを強制されるわけではない、というナポレオンの思想を反映したものといわれる。⁽⁸⁾ 売買において、売主が買主よりも常に有利な立場にあるということは必ずしも妥当しない。民法典は、この点につき、前述のごとく、第1674条で土地売買における「重大な損害」の原則を定め、第1602条2項の例外として、買主ではなく売主の保護をはかっている。これは衡平の立場にもとづくものである。

民法典の数学的基準は、適用におけるすべての難しさを取り除くものではなかった。その論理的帰結に至る間に、動産と不動産との間の区別をすることが、明らかに必要であった。その限界線は、定著物の売買や物的財産と人的財産の双方の混合売買におけるように、ある場合には、それほど明らかではなかった。⁽⁹⁾ しかしながら、根本的な難しさは、評価額の難しさであった。それは、遅かれ早かれ、司法上の価格コントロールのための計画にあらわれるに違いない。下級裁判所の有する広汎な事実を見出す権限のため、評価額の問題は、控訴院の意見には、表面上、現われなかった。そして、専門家による評価額についての法典の規定は、困難な仕事をかかえている裁判所さえも救済する助けとなった。

しかし、少くともある種の契約では、控訴院は、ある注意を評価額の問題に払うことをしいられた。民法典の裁判上の解釈により、射幸契約においては、この種の契約が、本来的に給付の不均衡のリスクを内包するものであること、および損害額の算定が不可能であること、また重大な損害を理由とする取消の原則は、もともと適用されないということが、早くから判示されてきた。典型的事例は、土地の権利を譲受け、買主が売主の生存中、対価として定期金を給付する契約であった。定期金受取人の平均予期命数が不確定であるために、土地の価格の12分の5以下のものが売主によ

って結果的に受領されるかどうかを、契約時に確かめることはむずかしかった。したがって、一連の初期の事件では、たとえ情況から代金が総額で土地の価格の12分の5と同量のものになりそうにないとしても、保険の危険の要素のため、「重大な損害」を理由とする取消は除外されるであろうと判示された。⁽¹⁰⁾しかしながら、19世紀の中頃に、裁判所は、仮定された保険の程度を、事実上、考慮しはじめた。たとえば、売却された土地からの収入が支払われた定期金を超過する場合、取消が認められた。⁽¹¹⁾かくして、土地売買において、代金がいったん総額で決定され、その支払が終身定期金の形式にされたものであって、かつ、この定期金の額がきわめて低額に定められているようなケースについて、判例は「重大な損害」の成立を認めた。⁽¹²⁾この考え方は、売却された土地の資本に関する利息の法律上の割合が、たとえその時の土地が、全体として非生産的なものであったとしても、定期金として支払われた金額を超えた場合の事件にまで拡大された。⁽¹³⁾それから、売主の年令と身体的状況がその人の将来の平均予期寿命を決定するにあたって、また、かくして、含まれた危険の実際の程度をはかるにあたって、⁽¹⁴⁾考慮されうることが判示された。判例は、今日では、一見射幸契約の外観を呈しながらも、給付の均衡性が算定され、かつ損害が確定されうものについては、「重大な損害」の適用を認めている。他の事件においても同じように、時々示された評価額のそのような実際的困難にもかかわらず、⁽¹⁵⁾19世紀を通じて判例は第1118条をかなり厳格に適用し、契約の自由の原則的立場を守ってきた。しかし、20世紀には、経済危機、貨幣価値の不安定の中で、「重大な損害」の法理はその根拠を契約瑕疵の主観的視点から、原因論、公序論の客観的視点に移して保存され、さらに、積極的に多様な分野にそれを拡大すべきであるという意見の強力な動きが示された。立法部は、一連の特別法により「重大な損害」の補正または防止の措置をとるにいたった。肥料および播種の売買において買主に4分の1を超える損害の生じた場合(1907年7月8日法——1937年3月10日法改正)、海難救助の際に結ばれた約定の内容が公正なものでない場合(1916年4月29日法7条、

1967年7月7日法15条), 文芸作品の利用実施権の譲渡において原著者の損害が12分の7を超える場合(1957年3月11日法37条), その他, 利息制限や消費者保護に関する各種の立法措置がそれである。⁽¹⁶⁾ 第1次世界大戦中またはその後の価格コントロールの諸制度は, フランスの法律上の意見を, 同じ目的のための直接的な政府の介入で世間にひろめた。⁽¹⁷⁾ なお, 経済力の不平等は, 経済的弱者から自由な選択を奪い, 経済的強者に契約条項を指令することを可能ならしめた契約, いわゆるサレイユ (Saleilles) のいう「附合契約」(contrats d'adhésion)の概念を生み出し, この概念は, 司法上の決定に対しては何ら直接的な効果を生み出さなかったけれども, それは理論上の討議に重大な貢献をしたのであった。強迫の分野においてすでに生じた発展は, 不公正なかつ不平等な取引の裁判上の修正に関連のある, より広い問題へ関心をむけた。⁽¹⁸⁾ かくして, 裁判所も, 基本的には第1118条を遵守しながらも, 受任者や商事代理人の過大な報酬や裁判所付属吏職の過大な譲渡価格などに対する減額のほか, 合意の瑕疵や原因の概念を利用して, 「重大な損害」の認められる契約の変更または無効の解決を引き出すにいたった。⁽¹⁹⁾ また, 第1次大戦後の一時的なインフレーションの時期に「重大な損害」の法理は, 極度の辛苦をやわらげるにあたって有用であることがわかった。インフレーションの事件に関する裁判上の決定は, 価格の不均衡による救済は錯誤や経済的圧迫の推定に依存するのではなくて, 法典は, もっぱら私的契約法の中にその位置を占めるに価するより広汎な原理に依存することを部分的に表明したということをも十分に明らかにした。⁽²⁰⁾

この意見の動きの主要な結果は, それが, 私的契約における均衡のすべての問題へ拡大されていったということであった。法典の規定における根本的变化についての立法的提案は, はげしい抵抗にあい, そして結果的に廃棄されたが,⁽²¹⁾ この提案は, 主として近代ドイツの利息法の中に具体化された。裁判上の価格コントロールについての実際の困難は, より広い見解をいだいている弁護士の中でさえ警戒を示唆した。彼らの結論は, 私的契約の媒介による公正な交換を保証する問題は, 社会がそれに無関心のまま

でありえないところの道徳的問題に関係があったということであったが、しかし道徳的価値を実定法の準則に移し変えることは、新たな実験と発展⁽²²⁾の経験を通してなし遂げられるだけであるということであった。

- (1) 中間法時代の「重大な損害」の法理の立法史については、Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Droit civil*, t. XIX, 1908, n^{os} 672-678 ; Planiol et Ripert, *Traité de Droit Civil*, t. X, 1932, n^o 235参照。山口, 「フランス債権法」 36頁参照。
- (2) 山口「前掲書」 37頁参照。
- (3) 山口「前掲書」 38頁参照。
- (4) 共有土地・財産の共有者間の分割契約（フランス民法典887条, 1079条に規定される）の事件で、ただの4分の1の価格の不一致につき取消が認められた。
- (5) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, supra note (1), n^o 674 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité de droit civil*, t. XII, 1906, n^o 124 ; Demogue, *Traité des Obligations*, t. I, 1923, N^{os} 394, 397. しかしながら、著者等によるこれらの示唆は、一部分は法典が、合意の瑕疵の中に、詐欺、錯誤、そして強迫とともに「重大な損害」を分類したという事実の結果であったということが指摘されるべきである。もっとも、法の抵触の見地からこの問題をとりあげる論稿は、「重大な損害」の準則の説明として、詐欺や錯誤というよりも道徳的強制(*contrainte morale*)を用いることを表明しているが、この説明も不十分なものである。Maury, *La Lésion dans les Contrats*, *Revue Critique de Droit International*, t. 32, 1936, p.334, pp.352—362.
- (6) 裁判所は土地の売主に対し、民法典により与えられた保護は、最終的には、土地所有権の保存のための特別の国家的政策の産物として説明する (V. Maury, *op. cit.*, pp.352-362).
- (7) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, supra note (1), n^o 678.
- (8) 山口, 前掲書, 37頁参照。また, v. Planial et Ripert, *op. cit.*, supra note (1), n^o 240.
- (9) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, supra note (1), n^{os} 680-681 ; Demogue, *op. cit.*, supra note (5), n^o 420.

- (10) V. Dalloz, *Jurisprudence Générale*, t. I, 1808, p.156, V° “Vente”, n. 2 ; S.31. 1 .217 ; S.31. 2 .278.
- (11) S.41. 2 . 560 ; D.71. 2 .213 ; D.87. 2 .194.
- (12) 山口, 前掲書, 40頁参照。
- (13) D. 1868. 1 . 344.
- (14) D. 1887. 2 . 194. 本件は, 英米法では, 不当威圧の法理により処分されたであろう事件である。See Dawson, *op. cit.*, p.373.
- (15) 例えば, 滝のある土地の売買に関する事件で, その価格は, 他の人々から河岸所有権を取得することと, その開発計画の行政当局による認可にかかっていた S.1911. 1 . 332, 及び D.H.1929.306 参照。なお, Dawson, *op. cit.*, p.374, note (106) 参照。
- (16) 山口, 前掲書, 39頁参照。
- (17) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 1952, n° 213 ; Ripert, *La Règle Morale*, 1925, n°s 64-65 ; Demogue, *Traité des Obligations*, t. I . 1923, n°s 421-438.
- (18) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 214 ; Demogue, *op. cit.*, sec 394- 5 ; Breton, *La Notion de la Violence*, 1925, pp. 28-38.
- (19) 山口, 前掲書, 39頁参照。
- (20) Planiol et Ripert, *op. cit.*, *supra* note (1), n° 244.
- (21) Planiol et Ripert, *op. cit.*, *supra* note (17), n° 216 ; Demontés, *De la Lésion dans les Contrats entre Majeurs*, 1924, pp. 189-196.
- (22) See Dawson, *op. cit.*, p. 375.

(3) ドイツ法における価格の不均衡

ローマ法大全の法的決定の集積というスタイルに別れを告げることになる新しい法律のスタイルは, ゲルマン=ドイツ法, 古典ローマ法のいずれをもその源とするものではない。その淵源は西洋の自然科学に由来する数学的, 演繹的思想であり, ⁽¹⁾これが法律学を, そして法律学を通じて法学をも征服することになる。そして, 一般概念が特殊概念に君臨しはじめ, 一般概念とともに法典編纂の時代も始まる。

「重大な損害」に関するドイツにおける長期間に亘る経験の結果、公正についての算術的基準を全く信じなくなった。民法典の仮草案を準備するにあたり、1881年に11人の構成員からなる準備委員会、すなわち第1次草案委員会に、草案の作成が委託された。この委員会の構成員の中でもヴィントシャイト (Windscheid) が、第1草案の精神および形式をその卓越した影響力のもとにおいたのであるが、共通の討論により第1草案ができ、1887年⁽²⁾に5巻から成る理由書とともに、この草案が公開された。この委員会は、「重大な損害」に対するすべての言及を省略した。その決定の理由は説得的であった。すなわち、「重大な損害」の法理は、近代的観点とは相容れないものであり、法律上の取引の安全にとって危険なものであり、したがって、その法理を立法上、いぜん認めている国々においても論駁され、全く様々に規定されている。それは、提案された法典の一般的原理の中に何らの基礎をもつものではないし、また、それは必要でもない。経験の問題として、この法理の利益は、当事者自身によって、大多数の事件において放棄される⁽³⁾」と。

この第1草案に対しては、ただちに、批判とこれに対する反批判とが起り、立法の仕事を担当していた帝国司法当局は、1890年に、第2次草案委員会を設置した。法典の仕事がこの委員会によって再び開始されたときにも、ついにこの決定の理由はくつがえされなかった。おそらく、その原因は、経済自由主義の影響が優位にあったこと、契約の自由を単純な技術的方式であるかのごとく装ってこれを信奉すること、そしてさらには、契約倫理の等価原則に反対しての決断であり、「重大な損害」の法理によって規定された価格コントロールのすべての方法は、その技巧により、またその無益により、そしてまた基礎的には競争経済との抵触により、非難されたように思われる。

「重大な損害」の法理は、実際に非難された。そして、ドイツ民法典の最終出版の前に、「重大な損害」の概念は、意外にも新しい形式ではあるが、非常に古い名のもとに再出現することになるのであった。それは利息の概

(4)
念であった。

- (1) W.エーベル著, 西川洋一訳「ドイツ立法史」125頁参照。
- (2) F.ヴィーアッカー著, 鈴木祿弥訳「近世私法史」567頁参照。
- (3) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd., II, 1888, S.321.
- (4) See Dawson, op. cit., p. 376.

4 むすびにかえて

以上, フランス法とドイツ法を中心に素描してきたのであるが, ここで簡単に, スイス法, イタリア法についてふれておくことにする。

強迫に関し, スイス法は, 畏怖させる違法な行為は, 契約の取消原因とされる。スイス債務法第30条は, 第29条で規定された類の, 畏怖をひきおこすおどしの場合には, おどされた者は, そのような情況においては, 重大で差し迫った危険が, 彼やその親族の生命, 人格, 名誉および財産上に, おどしを加えたということを, 信じたに違いないという場合に, その畏怖は十分に認定される旨規定する。

現代の強迫の法と同様, これは, 身体的侵害の畏怖を超えるものであるが, ヨーロッパ諸国の強迫についての考え方は, さらに, 優越的経済力に起因する圧迫に対して保護することなのである。

イタリアにおける強迫は, イタリア民法典第1447条において取り扱われる。それは彼自身または他の者を, 重大な身体上の侵害の現実の危険から守る必要に迫られて精を出し, かくして, 不公平な条件のもとで義務を負う当事者により締結された契約は, かような契約締結当事者の要請にもとづき取消されう旨規定する。

「重大な損害」に関し, スイス法は, ドイツ法, オーストリア法, そしてフランス法と同様, 利己的利用(搾取)が存在する場合には, 不均衡な約因は契約を無効にする。スイス債務法第21条は, 利己的利用に加えて, 約

因の不均衡を必要とする。すなわち、第21条は、利己の利用が存在しなければ、約因の不均衡だけでは十分ではないとする。

イタリア法においては、イタリア民法典1448条が、「重大な損害」の法理を認めている。⁽¹⁾

今まで、いくつかの視点から、強迫の法理、不当威圧の法理そして非良心性の法理の問題を考えてきたが、これまでは、あまりにも、「何々の原則」といったものを、誤りのない大原理のように前提して、そこから具体的結論を演繹したり、これと社会経済体制との関連の説明に腐心することのみ汲汲としてきたことを反省しつつ、これを機に、今後ともなお、試行錯誤を重ねつつではあるが、イギリス契約法における交渉力の不均衡（inequality of bargaining power）の問題から不公平な取引契約（unequal bargaining）の問題を考えていきたい。

（１） See Newman, Equity and Law, 1961, pp.111-114.

（２） 星野英一「民法論集」第3巻 79頁参照。