

料 資 法 司

145

54

號 五 十 五 百 二 第

14. 5-54



1200501213209

ニボアイエ外十四氏

裁判官による契約の修正

〔禁轉載〕（昭和十四年七月）

司 法 省 調 査 部

始



同 部 寄 贈 本

裁判官は裁判を爲すに當り契約を修正し得るか？ このことは、特に契約當時豫見し得べからざりし事情が其後に發生し、給付と反對給付との間に著しき不均衡を生じた場合に問題となるのである。千九百三十七年巴里で國際法律週間 (Semaine internationale de droit) が開催せられ、比較法に關する此の國際會議は議題の一つとして前掲の問題を取扱つたのであつた。今次譯載する「裁判官による契約の修正」 (La révision des contrats par le juge) は同會議の報告書 (Travaux de la Semaine internationale de droit paris 1937) 中の一章であり、敍上の問題に對する諸國の法制、學說及判例が明らかにせられてゐる。好個の資料たるべきを信じ茲に筆寫に代へて排印する。譯者は法學士矢部金光氏である。



司法部 調査部



司法資料
第二五五號

ニポアイエ外十四氏
裁判官による契約の修正

目次

第一、豫め提出せられたる報告書

- 1. 一般報告 ———— パリ法科大学教授 デー・ペー・ニポアイエ氏……………一
- 2. ドイツ ———— ベルリン、司法大臣、法學博士 フォルクマル氏報告……………二
- 3. イギリス ———— ケンブリッジ大學比較法學教授 グッターリッチ氏報告……………四
- 4. フランス ———— パリ、カトリック法科大学々長 ラルー氏報告……………六
- 5. ハンガリヤ ———— ブタベスト、ピエール・パツマニ大學法學部民法教授 シヤルル・ドウ・ツラディット氏報告……………八
- 6. イタリヤ ———— バルム玉立大學教授、辯護士 アルベルト・モンテル氏報告……………一〇
- 7. リバニヤ ———— ベイルート・フランス法律學校教授、前破毀院長 シュークリ・カルダイ氏報告……………一三



8. ノルウェー ——— オスロー法科大学教授 アーノルム氏報告……………一五三

9. ポーランド ——— ルウォー大民法教授 ロマン・ロンシャン・ドゥ・ベリエ博士報告……………一六〇

10. スイス ——— スイス聯邦裁判所書記、法學博士 エミール・ティロ氏報告……………一八五

11. トルコ ——— 前イスタンブル辯護士 サレム氏報告……………二〇七

12. ユーゴスラヴィヤ ——— ベルグラード法科大学私教授、辯護士、法學博士 ヴィダン・オー・ブラゴエヴィッチ氏報告……………二二三

附録第一——日本——東京帝國大學教授 杉山直治郎氏報告……………二三九

附録第二——ルーマニヤ——クルヂ法科大学教授 オーレリアン・イオナスコ氏報告……………二五八

附録第三——スイス——パール法科大学教授 シモニユース氏報告……………二六七

第二、會議に於ける討論……………二八九

1. 一般報告者ニボアイエ氏の報告……………三〇〇

2. 杉山直治郎氏の討論參加……………三〇三

3. ヴィダン・オー・ブラゴエヴィッチ氏の討論參加……………三〇八

4. カルル・ウオルフ氏の討論參加……………三〇九

5. パナヨティス・ペルディカス氏の討論參加……………三〇九

6. ルヴァンステーナス氏の討論參加……………三一

7. スタール氏の討論參加……………三三

8. ロンシャン・ドゥ・ベリエ氏の討論參加……………三七

9. トラジャン・イオナスコ氏の討論參加……………三九

10. アブド・エル・ファーター・エル・サエドベ博士の討論參加……………三三三

11. アルベール・リシャル氏の討論參加……………三四

12. ライナッハ氏の討論參加……………三三九

13. ウイルブルグ氏の討論參加……………三三三

14. ルネ・カサン氏の討論參加……………三三五

15. フォルクマル氏の討論參加……………三三九

16. 議長リペル氏の結語……………三四二

第一 豫め提出せられたる報告書

1. 一般報告

パリ法科大学教授　ヂー・ペー・ニボアイエ氏報告

M. J.-P. Niboyet



古きフランス比較法學會は——それは此の種諸學會の鼻祖たるものであり過去に於ては實に名聲赫赫たるものがあつた——裁判官による契約の修正と云ふ研究をば自己の日程に上ぼすことによつて誠によく自己の傳統の要求に答へたのである。一八七〇年の事件の翌日に創立された此の學會は常に國民に奉仕して來たし、又このことを隠しはしなかつた。何となればそれは恥とする必要はないからである。此の學會が絶えず没頭してゐたところの諸法の比較對照は、フランス法のために、此の比較對照より有益な教訓を引出さしめることを唯一の目的としたのであつた。「法の國際週間」(La Semaine internationale de droit) は我が大家カピタン氏は之が鼓吹者であると共に之が中心人物でもある——明かにフランス法に對立する或る概念を含むところの諸概念を結合するための好機會であらねばならぬ。それ故に我々は我が「法の國際週間」の背景たるべく運命づけられたフランス法界に止まり、以

て我々に提出される問題を検討するであらう。

裁判官による契約の修正はラテン系國家群の概念と他國家群のそれとの間に根本的な相異を現出せしめてゐる。法制——それに就いての報告が我々の所に來てゐるところの法制は、フランスを除いては次の諸國の法制である(註)。イギリス(グッタリッチ氏)、ハンガリー(ドゥ・スラディッツ氏)、イタリヤ(アー・モンテル氏)、ノルウェー(アーノルム氏)、ポーランド(ロンシヤン・ドゥ・ベリエ氏)、スイス(ティロ氏)、シリヤ・リバニヤ(シュークリ・カルダイ氏)、トルコ(サレム氏)、ユーゴースラヴィヤ(ブラゴエヴィッチ氏)。凡てこれらの報告は刊行されたのであつて、かくて各人は巨細に互り適宜之を知ることが出来るであらう。調査の形式の下になされたこれらの報告は極めて貴重な調査の一資料をなしてゐる。不幸にも我々は、これら報告の包含してゐる凡てのものを、此の限りある若干の紙數に於て表はすことは出来ないであらう。我々はさうしようとしてさへも試みぬであらう。何故ならば我々は我が報告の興味を減殺せずしてはさうすることが出来ないであらうからである。より控目な我々の目的は、我々の問題に於けるこれら報告の雰囲気は假令既に極めて困難なことではあるが、單に再現することである。されば余の報告を明瞭ならしめるためには先づこれを制限することを宜しとする。我々は契約締結後に生じた事實のため裁判官によつて行はれる契約の修正に就いての、中心的にして根本的な問題に余の報告を止めるであらう。茲に我々が修正といふのは裁判官自身が初めに定められた目的とは多少異なる目的を此の契約に附與することによつて、契約に齎らされ得る變

更のことである。されば此の問題は一時的ではなく永久的な法律によつて裁判官に認められた權力を豫想するものであつて、此の權力は一定事情の存する場合には各國に於て通常適用さるべき法、フランスに於てはアンプレヴィジョン(imprevision)(不可豫見)と呼び習はされてゐるものから流れ出るところのものである。そのためには、多かれ少かれ混亂したる、且つは經濟上の重大事件に富みたる一時期を通過することが明かに必要である。所が此の状態は悲しいことには永續するやうに見えるのである。大戦前はフランスに於ては不可豫見と言ふことに就いては僅か許りしか、否殆ど語られはしなかつたのである。

(註) 我々は我が報告の印刷中に到着したフォルクマル氏の報告を斟酌することが出来なかつた。我々が三五頁に載せた氏の報告原文に就いて見られたい。

以上の如くであるから我々は裁判官の契約修正権の問題から種々の場合——これらの場合には重要でないわけでもなく又興味のないわけでもないが、一般的討論を我々には根本的に思はれる一點即ち不可豫見に向けることが有益であると信じたが故に、これら種々の場合を除外するに至つたのである。されば諸報告者の注意が、彼等が言及するを忘れなかつた點即ち一般的には簡單にレジョン(損害)と呼ばれてゐる當初的損害(Lesion initiale)に向けられてゐるけれども我々は此の當初的損害を除外するであらう。實際到るところ、そして又それが考慮される範圍に於て、此の「損害」は契約の無効を惹起するものであつて、裁判官の權力による修正又は變更を誘致するものではない。それ故、ドイ

ツに於ける如くスイスに於ても、「損害」は絶対無効とされるのであつて、スイスに於てはそれは違法の思想によるものであり、ドイツに於ては良俗の名によつて然るのである。他の國々に於てはそれは取消可能性しか惹起しない。されば「損害」に於ける制裁は一般的には修正の段階を過ぎて無効の段階に入るが故に、「損害」は充分なる比較上の興味を提供するやうには思はれぬ。我々は殆ど最近のポーランド法典——この法典の第四十二條は當初的損害の場合には事實上裁判官に給付の増減権を附與してゐる——しか擧げることが出来なかつた。我々は此の點に關してはロンシャン・ドゥ・ベリエ氏の詳細な説明に讓ることにする。同様の意味に於て、我々は更に債務に關する佛伊債務法草案第二十二條を指摘して置かう。(モンテル氏の報告)

我々は同様に高利事項に於て屢々ある様な一定の事情の存する場合に多少裁判官に、契約を修正する権限を附與し、時としては屢々見られる如く刑罰を伴ふところの民事的無効を確認する権限を附與するが如き特別法に就いても又論及しないであらう。實際これらの特別法に於ては、我々が説明するを有益なりと考へる唯一のものたる一般的な裁判官の修正権を論ずることは出来ぬ。

實際眞に興味ある場合は、裁判官が契約の修正をなす権限を全く永久的に法律から得、かくて契約の眞の作成者となる場合である。されば爾後茲に問題となるものは正に此の裁判官に就いてのみであらう。此の出發點は根本的なものである。實際裁判官が契約の修正権を受けてゐないところでは、立法者が急速に干渉して、或る契約者の救助に來たらざる限りは、如何なる事情にあつても、よしんば

最も好都合な事情に於てさへも裁判官は契約の修正を拒否しなければならぬ。反對に他の國々に於ては裁判官は或る状態を矯正する権限を常に有してゐるが故に、立法者が特に裁判官に資格を附與するを要しないであらう。これらの概念の分岐點は、國によつて立法者の特別な干渉を必要とするか又は必要としないかと云ふところにあるのである。この概念の分岐點は云はば先在點即ち契約の基礎自體に關する基本的な相異から來るのである。此の點に關して諸國の法制——これらの法制に就いて諸々の報告が送られて來たのである——が如何に分れてゐるかを見よう。

第一 ラテン群

ラテン群の法制は、少くとも現在のところ、凡ての者の反對にも拘らず、契約の尊重に結びつけられてゐる。「フランス(註一)、イタリヤ(註二)、シリヤ、リビニヤ(註三)」。「合意は拘束する」(Pacta sunt servanda)と云ふ原則は、これらの國家群にとつては、この原則の嚴格さを常に緩和し得る立法者に對する場合を除いては、依然として不可侵的な堡壘となつてゐる。實を云へば凡ての法制は此の原則から出發し且つ之を尊重してゐるのではあるが、此の原則に對して認むべき範圍から不一致が生ずるのである。この原則はその效果に於て無制限たるべきであらうか、それとも無制限たるべからざるべきであらうか、それともあの有名な「事情變更の原則」(clausula rebus sic stantibus)の攻撃の前に打負かざるべきであらうか? ラテン群にとつてはまだ制限は存しない。各人は自己の約束に就いては

損害を甘受しなければならず、若しもその力が及ばないならば亡んでも致方がないのである。これこそ名譽の原則が欲するところであつて敗北者に罪があらうとなからうと問ふところではないのである。

(註一) フランスに就いてはラルー氏の報告。ベルギーに於ては不可豫見は斥けられてゐる。Ch. Durand 氏の著「債務法」第五十六號以下。

(註二) ゼー・モンテル氏の報告。

(註三) チュークリー・デューラン氏の報告。

かくして生活は一種の決闘を提供するものであつて、此の決闘に於ては、總じて淘汰の法則が自然生活に於けると同様法律生活に於ても、満足的に行はるる多くの機會が結局に於て存するのである。破産法は法の此の倫理的理解の多くの様相を呈示してゐる。最近に至る迄破産者は、その復権が許される迄は、眞に信用を失つてゐたと言ふ時期があつたのである。さりながら此の破産者の側に常に必ずしも過失があつたと云ふわけではないのであつて、彼が自己に對して約束を守らなかつた人々の犠牲となつた場合など特にさうなのである。此の破産者の言譯など耳を藉されなかつたのである。彼の赤貧のみが客觀的に確認され、爾餘のことはそれに續いて起つたのである。

それ故にこれ迄ラテン群に於てなされた不可豫見の排斥は、我々の知つてゐる如く、動搖し始めてゐる全體の一部をなしてゐる。「合意は拘束する」といふ原則はどうあつても存續してゐて、ただ立

法者のみが當事者の一方を庇護するために時折干渉することが出来なければならぬ。然しながら然る時は立法者は此の干渉の理由を充分よく了解しなければならぬ。契約は法律的均衡——之は契約の原因である——に立脚するものであつて、必ずしも經濟的均衡に立脚するものではない。相互の給付を評價することは、契約することの自由によつて活氣づけられた契約者のなすべきことであつた。ただある場合に、此の純粹に個人主義的な概念が、社會的危険を生ぜしめると云ふことが起り得るのである。かかる時にこそ立法者は、全然個人に對する同情からではなくて、社會を防衛するために社會に代つて或る契約——之が履行は國民經濟に必要である——の修正を命ずるのである。若しも契約者が破滅に陥るならば履行は最早行はれぬであらう、而して履行を待焦れてゐる——之は例へばフランスに於てはファイヨール法の發布された大戦の場合——社會の將來は、そのために危くされるであらう。然るときは「合意は拘束する」の格言は社會的性質を有する打撃を蒙るのである。營造物の運営を繼續せしめるために契約の修正を認むるの餘儀なきに至つたフランスの行政裁判例を我々は對照することが出来る。私法上の契約に關する場合は、事は、裁判官の創意に依存せしむるためには餘りに重大であつて、立法者は契約修正の必要な場合を定むるであらう。右の場合を除いては、如何なる不可豫見も、如何に事情が好都合であつても——例へばフラン貨の下落が金錢債務者にとつて極めて有利であり債權者にとつては極めて破滅的である場合、又は契約の履行が今度は債務者にとつては甚だしく負擔の重いものとなり、久しい以前から暴落せる價格の利益を受けてゐる債權者にとつては甚だしく

有利である場合でも——裁判例の支持するところとはなり得なかつた。

フランスに於てもシリヤやリバニヤに於ても此の傳統的地位を覆すが如き草案は、少くとも現在のところでは示されてはゐない。これに反してイタリヤに於てはヴィヴァント案と名付られてゐる商法草案は(第五百十六條)、既に企業契約に於て不可豫見を認めてゐる。然しながら商法草案が此の特殊の場合に限つてゐると云ふ事實からして、我々は全體としては「合意は拘束する」といふ原則は依然として侵されずに居ると結論することが出来る。佛伊債務法草案は當初的損害に局限してゐる。

さりながら思想進化の地盤上に於ては、各國の内政が「合意は拘束する」と云ふ格言の堅固さに反動せざるを得ないことは、之を認めなければならぬ。イタリヤ國家の組合的形態は「契約者の利己的衝動を減殺し均等化し、且又より強力なる經濟團體の壓力と同盟とに對して各個人を保護する」傾向を必然的且つ常に益々有するに至るのである(註)。個人は最早團體生活に於ける一原子に過ぎず、オケストラに於ける音樂家の如く團體の利益のために服従しなければならぬ。茲では賛成したり又は非難することが問題ではなくて、單に事實を認證することが問題なのである。然るときは組合的精神と理想との日常の代表者たる裁判官が、凡ての者をして此の規律の下に服せしめ、此の規律から乖離する凡ての契約を修正することは正に正常的なことである。さればイタリヤは裁判官による契約の修正——この修正は現在のところ單に極く端初たるに過ぎぬ——の政策に正しく傾かねばならぬ。

(註) モンテル氏の報告を見よ。

フランスに於ては、これ迄人は依然として個人主義的理想に堅く結びつけられてゐる、然し罅隙が生じ、ここでも亦内政は法律上の政策に反響を及ぼす虞がある。これらの反響は現在の所組合的地盤——従つて之は裁判官に任せられた地盤ではない——の上に組合運動を通じて表はれてゐる。つまり自分等の負ふべき契約に署名した團體は、事實上の手段によつて契約を絶えず事情に再順應せしむるために用ゐ得る同盟罷業の威嚇と、その數の力とに頼ることになる。立法者の方でも反覆されたる干渉によつて、特に債務者に對して偏愛を示し、故意であるかの如く債權者を週期的に犠牲としたのであつた。それより議會の多數の左翼化が歸結されたことは勿論である。以前の諸政府は精々内金として記入される讓歩をなすことによつて此の左翼化を阻み得ると恐らく信じたのであらう。さりながら、これ迄は、少くとも法律上は契約の修正をなす裁判官の權限には觸れられる所がなかつた。人は恐らくは多少なりとも裁判官を信じないのであつて、裁判官に必要な獨立は政治團體には喜ばれないのである。それ故に我々はかう信ずる、即ち「契約は拘束する」の格言の打破が生ずるのは、寧ろ正に、此處彼處に散在的に存在し(註一)、或る自動性を以て作用する性質を有する法律文言によるものであるが(註二)、労働者と使用人との間に於ける關係に於ては又兇暴な組合運動によつて然るのであると。之は一事實に過ぎないが茲に指摘され得る一つの指數をなすものである(註三)。

(註一) 我々は我々が受取つた諸報告を基礎として單に一般的報告を作成するものであることを想起しよう。

(註二) 例へば一九三六年一月一日の貨幣法第十一條。該法律は生活費の騰貴のための賃銀の改訂を適法なりとしてゐる。

第二 裁判官の修正権の存在する國々

(一) イギリスの制度

その法制に關する報告が我々の手元に到達した(註)ところの國々に就いて概括するならば裁判官の修正権がドイツ、イギリス、ハンガリー、ノルウェー、ポーランド、スイスに於ては存在してゐることを我々は認める、尤もこれらの國々の凡てを一般的に思想に迄に導き來ることは出來ぬ。殆ど驚くにはあたらぬが、直に除外しなければならぬ國が少くとも一つはある、イギリス即ち之である。グッタリッチ氏は極めて明瞭に之を説明し、何よりも先づその經驗的性質を繰り返し述べてゐる。イギリスの裁判所は、商業國のそれに應はしく、依然として契約の神聖を固執してゐる。然しながら或る事情に當面して、これら裁判所は充分に明確な行動の規程なくして、この神聖さを歪曲しなければならなかつた。かかるイギリスの裁判所を理解するためには、イギリスの法に於ては不可抗力は大陸の法に於けるとは異なつて、債務者の義務を免れしめるものではないことを先づ思ひ出さねばならぬ。この不可抗力の場合はそれ丈で既に重要な場合であつて、この場合に於ては大陸の法は裁判官の保護を促がすことを必要としないのである。債務者は當然に債務を免れる。之とは異なるイギリスに於ては、裁判官は反響を及ぼすが如き事件に於て、目的物の消滅の結果、契約を維持することを躊躇し

た。それ故に裁判官は茲ではその履行が不可能或は不正となつた契約を修正したのであつた！ さればイギリス法は、少くとも或る例外の場合に於ては、特にフランス法と同一の結果に到達するのである。

(註) かくして我々はパリ法科大學に於ける工業法の教授にして居中調停人たるウーアリ氏の下した最近の仲裁判決に於ては次のことを讀むことが出来る、即ち勞働の團體契約の修正は『契約締結當時存在し、且又或る約款の原因たりし諸事情に付生じた深刻なる變化』によつて正當づけられると。且つ調停裁判は商工業に於て甚だ發達してゐるが故に、不可豫見に關する民事法規及判例は調停判事が公平なりと判斷する契約の修正をなすを妨げはしないであらうと云ふことはあり得る。それ故に不可豫見は司法裁判所に繫屬する訴訟に於てのみ排斥されることにならう。

目的物消滅の場合は裁判官が契約者の救済に來る唯一の場合ではない。目的物の破壊と云ふ前述の觀念だけでは不充分ではあるが、然し目的物の或は事件の存在が契約の存在に必要不可欠であつた場合には亦同じことになる。あの有名な戴冠式事件の時に下された判決が即ちそれである。この戴冠式事件に於ては王の病氣のために戴冠式が行はれなかつたため賃貸された室が利用されなかつたのであつた。裁判官達は、兩當事者が欲してゐると想像された契約の修正を認める暗黙なる約款が存すると云ふ敬虔な虚言によつて、うまく切り抜けるのである。グッタリッチ氏は注意深くも一つの言拔——それは嚴格なる法の要求に沿ふて進むためにローマの貸主が採つたあの迂廻した方法を多少思はせる——なることを指摘してゐる。つまりこれらの裁判官達は契約者の意思の解釋の地盤に立つてゐるのである。大戰の結果生じた履行遲滞が種々の矯正をなすことを許したのも亦同一の思想の光による

ものである。此のイギリスの地位は誠に獨自なものである。不可豫見が裁判所によつて排斥されてゐるラテン群に於ては、裁判官はそれを契約の解釋から進り出でしめねばならぬとは信じなかつた。而して反對に不可豫見を認めてゐる國々に於ては、人は意思の地盤の上には立たずして、もつと高度なものを採上げ、契約の強制的修正主義の一般原則を作出したのであつた。意思はそこではとるに足らぬものなのである。

(二) 大陸の修正制度

契約の修正が極めて廣く認められてゐるドイツ、ハンガリヤ、ノルウェー、ポーランド、スイスに於ては誠に凡ては誠實 (Ja bonne foi) と云ふ觀念の抱懷に基つてゐるやうに見える(註)。此の誠實と云ふ觀念は確かにどの國にも存在してはゐるが、凡ての國々に於て同一の意味を有つてはゐない。これらの國々に於ては契約維持の要求は、或る一定の事情にあつては誠實の一發露と考へられ、従つて裁判官のみが契約をして現前する諸事情に應せしむることが出来るやうに見える。「合意は拘束する」の格言と此の誠實とが衝突する場合に於ては、この後者が前者に優越しなければならぬ。何故ならば此の格言自身は茲ではこの格言を破壊するために之に手向ふところの誠實そのものの適用以外のものではないからである。

(註) かくして、ドイツに於ては、裁判例が不可豫見の多くの適用を示したのは正に特別の條文によつたのではなく誠實に

基いてゐたのである。

(a) スラディッツ氏の言ふところによればかくしてハンガリヤにあつては判例は次の三つの指導原理を反映してゐる、即ち第一、不可豫見の場合に於ける「事情變更の原則」、第二、經濟的不可能、第三權利の濫用之である。これら三原則は一の中心規範——之は誠實であり、人は之を是認しなければならぬ——より放射する諸形態に過ぎぬ。スラディッツ氏によれば、契約は物神ではなくて生活の物力の一要素である。契約は生活の守護者であつて破壊者ではない。「合意は拘束する」の觀念と「事情變更の原則」との間に於ける如く、かくも相對立する二つの勢力間に於ては、これら二者中に於ての言はば選擇を決定するものは誠實と云ふ要素である。秤皿は誠實の命ずる方に傾く。道德も亦それを欲する。スラディッツ氏は云ふ、フランス人が不可豫見に對して懐く不安、特にヂョルチュリペル氏が民主主義制度と民法とに就いてものした氏の良著に於て誠によく書表はしてゐる不安を、何故に共にしなければならぬのか？ フランス人は自分等こそ永遠に誠實に奉仕してゐると信じてゐるのに、反對に此の報告者は彼等フランス人こそ此の誠實を契約の信仰の犠牲に供してゐると信じてゐる。されば誠實は多くの刃を有する武器の如くに見える。

(b) スカンデナビヤ法に關するアーノルム氏の報告の反映してゐるものも亦同一の思想である。契約に關するノルウェー法第三十六節乃至第三十八節は、公平に基く權力を裁判官に與へてゐる。之は又保險に關する一九三〇年の法律に於ても發見されるところである。

(c) ポーランドに於ては、最近の債務法はロンシャン・ドゥ・ベリエ氏がその報告に於て誠によく明かにしてゐるやうに、不可豫見(第二百六十九條)と誠實とに重要な地位を與へた。この報告に於ては、新法典とこの新法典がその成果たる進化と、尙又法典が指示すところの方向との深い研究が見出される。ポーランドの法典は、特にポーランド・マルクの下落に關し此の國の諸部分に於て、既に大戦終了以來、確認された判例を繼續せしめたに過ぎぬ。さりながらこれらの諸部分は地方的な立法上の支分權に服してゐるのであり、而してこれら立法上の支分權は、この問題に就いて支配してゐるところの極めて各種の學說によつて支配されてゐるのである。法典の第二百六十九條は「合意は拘束する」の原則を拋棄しないで單に之を合理的な限界内に導き來たつてゐる。それは修正の諸條件(極端なる困難を誘致し且つ當事者が豫見するを得なかつたやうな性質を有する異常な事件)を指示してゐるが、凡てのもの、これらを生命と法律的現實とによつて活氣づけることの出来る唯一のものたる誠實と云ふ東光線の中に一括して置かれてゐる。報告者の云ふところによれば此の誠實への移送は「法の諸規範だけでは充分ではなく道徳的諸規範によつて之を補はねばならぬと云ふ確信を表はすものである」。

(d) スイスに於ては我々は、最後にはいつでも誠實の觀念に遭遇する。この國に於ては聯邦裁判所の書記なるティロ氏が、確かに賞讃されるであらうところの極めて豊富な判例の説明を我々になしてゐる。不可豫見に關する條文がないので聯邦裁判所は、レジョンのために定められた基本條文(第二

十一條)を不可豫見の場合に擴張することを躊躇しなかつた。「合意は拘束する」の原則は依然として存在し續けてゐる。このことは之を肯定しなければならぬ(諸判決が之を言つてゐる)。「事情變更の原則」は例外的にのみ許容され得るに過ぎぬ。裁判官は種々の事情に動かされて契約を修正する、かかる事情とは無過失による履行不能或る契約(例へば勞働契約、企業契約)——ここでは正式の條文が例外的事情を斟酌することを許してゐる——に類似すること、長期の非射倖的契約の特別事情、豫見不能の事情、終りに誠實の觀念によつて適當なりと認められた凡てのもの即ち之である。この誠實は如何なる權利の行使に於ても遵守さるべきものであり、立法者は之をば燈臺として法典の第二條に置いたのである。

然る後は、裁判官は當事者達が原因を知つたときに彼等自ら契約を締結したであらう如くに契約を改造するであらう。

一九三三年迄に下された凡ての判決は、契約の履行が如何にしても當事者一方の破滅を誘致することを必要にして缺くべからざる要素の一と看做したのであつた。之は、一見して誠實に反する。然しながら一九三三年以後はティロ氏の指摘するところによれば一進化が起つた、そして、甚だしく過重に失した條件は緩和された。債權者又は債務者の破滅は毫も必要ではない。そこ迄行かなくとも給付間に於ける懸隔が甚だ大であり、明白であり、過度であればそれで充分である。さりながら履行を強制せんと欲することこそは、言葉の廣義に於ける高利的精神を招來することであり、高利的不正を犯

すことである。neminem laedere, suum cuique tribuere (何人をも害するな、各人には各人のものを返せ)といふ格言はティロ氏には彼の國に於ける判例の全發展の終局的な準則であるかに見える。スイスはキリスト教的道徳が十中の八九、信者達に強いたところの原始的教訓によつて勵まされたのである(註)。

(註) サレム氏がトルコに關する彼の報告に於て注意を喚起してゐるやうに、スイス債務法はトルコに行はれてゐるが故に茲でも確かに同様な解釋が生ずる可能性があるのであらう。現在迄はまだ判例はない。スイスの判例はトルコに於て採るべき解決に確かに強い影響を及ぼすであらう。

結論

若しもイギリス法——之を通常の範疇に入れるには適當でなく、それは自己獨特の歩みによつてではあるが同一の目的を達せんと努めてゐる——の必然的に極めて特殊な見地を捨象するならば、我々は結局次の二つの群を認める。今日隣接諸國の取る修正主義的理解の影響を少し許り受けてゐるかに見えるラテン群と、それとは反對に裁判官の修正權力の方へ明かに傾いてゐる群とが即ち之である。然しながら誠實の觀念と云ふ此の同一の法律上の裝飾が、かくも異つた解決の背景に役立ち得るかを如何にして説明するのか? 一方の絶對的誠實を他方の相對的誠實に對立せしめんとすること程我々の考からかけ離れてゐるものはない。之は不愉快にして且つ不正なことであらう。事我々の管轄

範圍外にある内政、即ち最も簡單に言へば政治に關しないならば種々の文明諸國——茲に問題となつてゐるものは我々がその報告を解析しなければならぬ國々若くは他の國々——は確に誠實に就いて常に甚だ高級にして相等しき概念を懷いて居るのであつて、私法關係に於ける道徳は明かに立法者や裁判官の主たる専心事となつてゐる。「合意は拘束する」の格言を正當づけるためには基督教に訴へる必要はない——何故ならば前者は後者よりも舊いのであるから——又ローマ法が充分且つ正當に實行してゐるところの誠實に就いても之を正當づける爲に基督教に訴へる必要はない。加之、基督教の光波は、我々が今その法制を解析しなければならぬところの凡ての國々を照してゐるのである。さりながら諸國間に對立の存することは之を否定することは出来ないが、この對立は、その根本に於ては不變である誠實と言ふ地盤の上にあるのではない。裁判官の權力の認識の仕方の上にこそ區別が存するのであつて、このことは我々を全く別個の地盤の上に移導するものである。

事實フランスの裁判官は外國の裁判官と同様に誠實を斟酌する權限を有つてゐる。ナポレオン法典は明文を以て、然るべきことを指示してゐるのである。契約は誠實に履行される(第千百三十四條第三項)。さりながら此の誠實は、裁判官に契約を修正すること、換言すれば裁判官の意思を當事者の意思に代へることを許さぬ、かかることは或る目的に就いての兩意思の合致と言ふ契約締結思想そのものが反對するのである。裁判官が契約を改訂し得る日から最早眞に契約は存在せずして、既存の義務に代るところの法律上の義務が存する。人の欲すると否とに拘らず、生命の火花が、一點に集

中する諸意思の結合から逆り出づることなくしては、契約は決して存しないであらう。事物をば率直にその名で呼ばう。即ち修正された契約は契約の名だけしか有つてゐないのであつて、その残骸の眞直中に於てこそ裁判官の法規制定が確立されるに至るのである。固より我々は此の法規制定の社會的效果に就いては異議を挟まぬ。さればフランスに於て不可豫見に反對したものは契約の技術であり、基礎そのものに如何なる性質を附與するかと言ふことである。このことは、契約が常に履行さるべきものであることを意味するものではない。然しながら契約上の義務をば爾後純粹に法律上の義務に更改することに——この更改は特殊の事情によつて正當とされ得ることなのである——干渉するは立法者の權限に屬することであり、裁判官は立法者の思想の履行者たるの責任を此の立法者によつて負擔せしめられるのである。然しながら此の更改は極めて重大であり、且つは、これらの事情は甚だ稀有なものであつて、かくの如き權限をば裁判官に永久に附與することは望ましくないのである。されば誠實なる觀念は何處に於ても同一又は類似のものではあるが、契約の改正をなす機能を有する人々は國々の組織と共に變化するものであり、茲では立法者であり彼處では裁判官である。實際上の見地からすれば、裁判上の概念は、一時期——我々が二十年この方經驗してゐる如く痙攣が相次いで起り、爾來亂されてゐた安定性が再び確立すべきであるかには見えない時期——に於ては、比類なく柔軟性に富んで居り、より速かであり、錯雜せる法律生活によりよく順應するものである。特別に道德的な見地からすれば他の方法は、(誠實といふ道德概念による方法) 兎も角此の方法をより高次な地盤即ち

犠牲地帯の上に据ゑるところの權力の階級制度の社會的規律と感覺とを豫想するものである。軍事上の比喩をなすことを許して欲しい。戦闘に於ては勝利は固守せんとする、絶對的意志を有する人々、特に彼等が、その敗北は彼等を救済し得べからざる状態に陥れることを知つてゐる時に、屢々かかる人々の側に來たるものである。然るときは彼等は退却命令を受けぬ限り元の場所に留つてゐる。それと反對に若し彼等が退却し、又若しもの場合には逃亡し得ると言ふ底意があるならば、彼等のエネルギーは特別に弱められ、彼等の抵抗力は甚だしく減殺されるのである。それと同様に契約者も亦より輕卒に契約を結ぶであらう。

塹壕に居つた者が、死ぬか又は最後迄守り通すかしなければならぬことを知つて居つたが故にのみ、歐洲大戦中、如何に多くの塹壕が維持されたことか！ 固守することだ！ 契約の餘りにも自由すぎる修正と少くとも同じ程度に社會的利益に役立つ準則が契約者のために右の點にありはしないだらうか？ 立法者が責任ある軍隊の指揮官の如く、固守することを契約者に命ずる限りは、契約を守ることが契約者にとつて如何に犠牲が大きからうとも決して破約せぬことは、彼等の生活上の名譽になることである。若し責任ある唯一の社會權力たる立法者が干渉すべきであると信じないならば、裁判官は契約者達が自由に之が履行を約したものを一方の利益のために、とは言ふものの結局に於ては社會の損害に於て——「事情變更の原則」は常に必ずしも社會の利益に役立はしない——改正すべきではなす。

我々は此の結論を辯解しよう。我々は本會議に必ず開かるべき討議を完全なものたらしめることを願望するものであつて、その討議に對して資料を供給するために之を書いたのである。詳細なことを述べてゐない此の結論は絶頂——我々は敢て絶頂と言ふ——を極めるときに興味を有するであらう。何故ならば不可豫見に就いては甚だ深い窪地によつて引離され上部には人の住んでゐる二つの峻嶺があるからである。これら二つの峻嶺は二つの命題即ち修正主義と契約の不可侵性との象徴的表現である。問題の眞の根本は結局鼓動の問題に過ぎざるを得ないであらう。各國が自己特有の方法で追及する事物があるものである。法の理想は國際的齊一主義にあるのではなくて、反對に各國に固有な生活力の表現にあるのである。不可豫見を認めてゐる諸國は自己の見地からすれば確かに正しいのである。之を排斥してゐる諸國も矢張り理由があるのである。法の比較對照は我が「法の國際週間」が可能ならしめてゐるところの比較對照と同様、各國の法律書著述家達が彼等の法制の根強いだが結局望ましい不同の眞直中にあつてお互に拂ひ得る極めて大きな尊敬を得させる完全な可能性の一證據であるであらう。

2. ドイツに於ける裁判官による契約の修正

ベルリン、司法大臣、法學博士 フォルクマル氏報告
M. Volkmar

かくの如き表題の問題は、輓近の法律上の發展の結果であるところの、最も興味あり且つ最も現實的なものの一である。それはドイツにとつては特別な重要性を獲得した。實際一方それは戦後の二つの經濟的危機より生じた法律上の諸困難の眞直中にある、これら二つの危機とは一つは戦争の終了から始まつてマルクの安定（一九二三年）迄繼續し、益々災害的となつたインフレーションを伴つた危機であり、他の一つは、外觀的繁榮時代の後、一九三〇年に現はれ、そして國民社會主義運動によつて初めて徐々に克服されたところの危機である。他方此の問題は全く變化せしめられてしまつたドイツの法律的概念——世界に就いての國民社會主義的概念から生じた概念——に極めて密接に依存してゐるのである。これら變更された法律概念は、尙ほ未だ萌芽状態にあるところのドイツ法の革新に到達したのであつた。

その問題は、あらゆる附屬問題——よしそれらが如何に興味あるものであらうとも——をば思ひ切つて遠ざけることによつて、研究をば主たる問題に制限するに非ざれば、茲には殆ど取扱ひ得ない程

に極めて廣汎に互るものである。

主たる問題は次の如き問題以外のものたり得ない。即ち一契約のそれ自體明白な内容當事者の合意せる内容に代ふるに新なる内容を以てすることを如何なる條件に於て裁判官に許すべきかと言ふこと之である。それ故に裁判官が契約の文言から遠ざかりはするが、彼は當事者双方の意思が契約文面に正確に言ひ表はされてゐなかつたことを認めるが故にのみ、かくの如き處置をとる場合は之を除かせねばならぬ。又給付の決定が契約者の一人に委ねられ、且つ此の決定が公正に適合してゐるかどうかを審査する適格が民法第三百十五條の文言によつて裁判官に與へられてゐる場合も亦除外されるであらう。かくすることによつて裁判官は當事者の合意せる契約の内容を變更しはしない。彼は契約の如何なる内容が當事者双方の意思に最もよく適合するかを調査する。更に消滅原因が契約中に豫見されてゐなくとも、裁判官が契約上の義務を消滅せるものと看做す場合も亦除外されるであらう。何故ならばかくの如き場合は、裁判官は契約を修正するのではなく、自由にそれに加工するのでもない。彼は或る法律上の理由のため、契約の履行義務が終了したことを（例へば契約の基礎の全部的變更に關する場合がさうである）單に確認するに止るのであるからである。最後に裁判官が、債務者の保護を目的とする法規に動かされて期間と期限を與へ、特に内金拂を許す場合も亦除外さるべきである。かくの如き方法は事實上にしか債務者の義務に影響しないのであり、權利上に於ては何等影響するものではない。直に支拂ふべき義務は存續してゐるが、判決の執行が不必要なる嚴格を避けるため許り

でなく、契約の履行を可能ならしめるために延期されるのである。

契約の明確に定められた内容を法律上修正する權限を、如何なる條件に於て裁判官に與へるかと言ふ主たる問題に關しては、ドイツ法については戰爭の終了迄續いた事情と戦後の事情とを區別しなければならぬ。

一九〇〇年に施行された民法典は、此の點に就いては明白なる規定、第三百四十三條しか含んでゐない。此の條文によれば裁判官は損害に比例しない違約罰 (clause penale) を適當な額に迄減額することを許されてゐる。歐洲大戰迄はドイツに於ける裁判上の實際は、既に成立せる契約に對しこれ以外の干渉を許すべき緊急なる必要を現はしはしなかつた。

大戰中事情は變化した。長期の供給契約に關しては、契約締結時に存在し、契約の基礎に役立つところの事情は、原料の缺乏と連續的な物價の騰貴とにより深刻な變化を受けたために契約の正常的な展開は亂されるに至つた。然しながらその場合に問題となつたことは、總じて給付義務を有する當事者がその給付の全部的免除を要求せる場合であつた。ところでこれらの諸場合は此の研究に於ては我々の注意を捉ふべきものではない。加之、最高判例は、此の時期に於ては、かくその當事者から引渡義務を免除することを拒否したのであつた。これと異つた解決を許すことは、實際、長期契約に於ては、經濟事情の深刻なる變化の危険は専ら之を債權者の負擔であるとするのであつた。かくの如き場合に於ては帝國最高法院（「官集」第八六卷三九八頁、及び第八八卷一七六頁）は、契約——こ

ここでは契約者の財産状態が契約締結の暗黙の基礎となつてゐる——のためにドイツ民法第三百二十一條と第六百十條とに於て豫見されてゐる「事情變更の原則」の擴張を許さなかつた(註)。

(註) 上に引用された判決の一つは、一曲馬事業者に關するものであつて、彼は曲馬のために使用する建物を長期の賃借をなしたものであつたが、戦争のためその事業は損失せずしては之を經營することが出来なかつたので、此の賃貸借契約の繼續を拒んだのであつた。他の一つに於ては極めて長期の商品引渡契約を締結し該商品の購買價格が契約締結當時には豫見することが出来なかつた程の相場に騰貴したことを主張せる一當事者に關するものであつた。

戦後インフレーションがマルク貨の急速且つ全面的な價值下落を惹起した時には事情は異つてゐた。即ち供給契約に於ては、引渡義務を負擔せる當事者は、商品をば契約締結當時にあつては正常な價格で、然し引渡時期に於ては全く不十分な價格で、引渡さなければならなかつた。之は契約締結時と引渡時期との間に生じた貨幣價值下落のためなのである。

インフレーションの初期に於ては、判例は、長期の双務契約の場合には貨幣價值の下落を法律上顧慮し得ざるものの如く思はしめるところの二つの原則を固執した。援用された原則は次の如きものであつた。即ち「合意は拘束する」と價值上に如何なる變化が生じようとも「マルクはマルク」なりと言ふ原則とであつた。従つて價值下落せる貨幣を以てする辨濟は、法律上原初の契約に適合せる給付と看做され、従つて反對給付は、價值下落にも拘らず定められた價格に於て實行さるべきものであつた。此の論法は價值下落が甚だしき率に達し、マルクで定められた價格が引渡後に於ては、初めに定

められた價格の極小の一部分を代表するに過ぎなくなつた時には維持し得ないものとなる。判例の變更は一九二〇年九月二一日附の帝國最高法院の判決——之は甚だ有名となつた——に於て最も明白に現はれてゐる(「官集」のC卷一二九頁以下)。高等裁判所の推論はかうだ、即ち明白に確定された場合のために民法典に規定された「事情變更の原則」を擴張適用することは出来ぬと。さりながら戦争の思ひ掛なき終了から生じた經濟的混亂のため一つの除外例を設けることは適當なことであらう。此の事情からすれば、全く變更してしまつた事情に於て一當事者に契約の履行を強制することが經濟的に不可能となつた以上は、この當事者の契約義務を免れんとする希望は正當であるやうに見える。帝國裁判所は此の點に關して民法第二百四十三條と第三百二十五條との規定に依據した。此の裁判所は次の如きことを述べたのであつた。即ち第二百四十二條の文言によれば、誠實は債務者の義務履行に於て支配してゐなければならぬ。その代り、同様の誠實が債權者の履行請求權に於ても支配してゐなければならぬと。之、事情が全く變化してしまつたために契約上の給付が當事者の最初に思考し欲求したものと全く別なものとなつた時には契約の履行は最早負擔され得べきものでもなければ又請求され得べきものでもない所以である。加之、若し第三百二十五條が給付の不能を契約の免除原因と看做すならば此の不能は單に物質的たり得るのみならず又經濟的たり得るものである。原則としては、此の論法は、インフレーションのため、一定の形式に於て履行し得ざるに至つた契約の解除のみを正當となし得るに過ぎぬ。さりながら帝國裁判所は、上記の判決に於ては極めて長期に互り定期的繼續

的に履行さるべき契約のために更に一步を進めた。帝國裁判所は、若し當事者が貨幣價值下落にも拘らず依然として契約の履行を繼續するならば、裁判官は新事情を斟酌した上で反對給付を變更するの権限を有することを認められた。それは特に次のことを表明した。即ち、裁判官の第一にして最も高貴なる義務は法律を述べて生活の不可避的要求を満足せしめることである。インフレーションより生ぜざる全く新しき事情は、裁判官の干渉なかりせば人は誠實、正義、公正に反する解決、一言にして言へば堪え難き解決に到達するに相違なき時は、裁判官をして既存の契約に干渉せしめる。かくの如く契約全體の解除が正常なものとなされるならば、當事者が契約の履行を繼續することに意見の一致を見たとさき、又誠實、正義、公正が契約を變更することを裁判官の義務なりとなす時には、一定の約款又は約定を變更することは尙更許さるべきであるかの如くに思はれる。さりながら契約上の基礎の或る變更が裁判官の干渉を突如として正當なりとなすことは出来ぬであらう、此の干渉はインフレーションの場合に於ける如く契約締結當時豫見し得べからざる深刻なる混亂に關するときにのみ可能である。干渉は契約の繼續から損失を蒙つてゐるもの、又は蒙つた者の利益の爲にのみ行ふことを得ないことも亦同様に認めなければならぬ。將來に於てより重要な又は異なる給付をなすべき契約の相手方の利益も亦斟酌しなければならぬ。損害は兩當事者間に公平に分配されねばならぬ。此の點に關しては帝國裁判所の他の判決を茲に述べることは興味あることである（『官集』第一〇三卷三二九頁以下）。それは土地と營業財産との取得を目的として一九一九年五月に締結された一契約が一九二二年に履行さる

べきか、若し履行さるべしとすれば如何なる條件に於て履行さるべきかと言ふことに關してゐた。訴訟中に起つた唯一の問題は被告は價格暴落にも拘らず契約を守らねばならないかどうかと言ふことであつた。然しながら帝國裁判所は、裁判官が契約を變更することによつて如何なる範圍内に於て該契約に干渉し得るかと言ふ問題をも亦検討したのであつた。此の事件に於ては前の場合の如く、價格下落にも拘らず當事者間に依然として意見の合致せる契約に關するものではなくして、帝國裁判所は裁判官に對し法律行爲の内容に、權利を創造する判決によつて干渉するの一般的な權利を、與へることを拒否した。然し該判決は次の點を強調した、即ち給付の價值の不均衡のために契約から脱退する債務者は、反對給付に付ての相當なる増加に同意する旨を述べる機會を豫め債權者に與へなければならぬと。債務者は、契約を變更された内容に於て維持せんとする此の試みが失敗に終つた時に、初めて此の契約から手を引くことが出来るのである。

先づ双務契約の場合、特に供給契約から引出されたこれらの原則は、判例によつて漸次に他の契約に擴張され、遂に一方行爲特に價值下落せるマルクに於てする貸金の辨濟に迄擴張された。抵當貸の辨濟に關しては帝國裁判所は次の如く述べた（『官集』第一〇七卷七八頁以下）。『現行ドイツ法特に民法第二百四十二條によつて抵當付債權の價值吊上をなすべき法律上の可能性を認むべきである』若しも少くとも紙幣マルクに於て計算されるならば、債務者はその不動産の價值増加に於て一の補償を得たことを、抵當付債權のために斟酌しなければならぬ。債務者が慣習によつて定まつた當事者の共通意

向と誠實との要求する如く履行すべき給付は、第二百四十二條に従つて各場合場合について吟味される。當事者達の利益を勘定に入れるならば、凡ての抵當付債權の價格を吊上ぐべきであるとか、又は凡ての債權のために價格の吊上を同一率に例へば紙幣マルクと金マルクとの間の關係に則つて行ふべきであるとかを、原則として確立することは公正には思はれぬであらう。されば不動産の増大せる價格の外に、債務者の經濟的能力に従つて此の種の他の諸事情をも亦考慮し、且又農業不動産、工業不動産又は都會の不動産に關するかどうかを検討しなければならぬ。終りに不動産上に課せられ、その生産力を減殺する性質のものであるところの租税特に公課を斟酌しなければならぬであらう。貸借借される不動産については、之は貸借人を保護するための諸規定の場合となるであらう。

帝國裁判所は又「マルクはマルクに等し」と言ふ原則に對しても態度を決定し次の如く述べてゐる。紙幣マルクの崩壞以來貨幣法規と他の法規——これら法規の目的は債務者が誠實に反してその債務を辨濟せんことを妨げんとするにある——との間に抵觸が存する。此の衝突に於てはこの後者の規定、特に民法第二百四十二條に於て表現されてゐるところの規定を優越せしめることが大切であらう。貨幣法規はこれらの規定と接觸する場合には遠ざけなければならぬ。

要するにインフレーションに引續いて起つた經濟的混亂から生じた判例上の進歩は、遂に裁判官の干渉が誠實の觀念によつて強制的に課せられると云ふ範圍内に於て、契約に干渉する權限を裁判官に與ふることになつたのである。此の干渉は主として此の種凡ての事情を勘定に入れ、誠實と慣習との

觀念が命ずる範圍内に於て紙幣マルクで契約された給付を増加することにあるのである。

近時同様の問題は、反對給付がドイツ國內取引に於ける長期の供給契約又は之に類似の他の契約のために外國貨幣——これは契約の通常の展開以前に明らかに價值下落をなした——にて支拂はれた時に起つたのである。そこでも亦ドイツの判例は、損害の全部を商品供給義務者の負擔に歸せしめることは誠實の觀念に一致しないと考へた。價格引上に就いての上記の判例が——固より之は價值下落が既に甚だしく進んだ時に初めて開陳されたのであつた——ドイツに於ける價值下落に就いては初めはマルクの「災害的」價值下落を固執してゐるのに、事外國貨幣の價值下落に關しては前程臆病ではなかつた。一九三五年四月二日付の帝國裁判所の一判決は（「官集」第一四七卷二八六頁）特に此の傾向に於て特徴的である。帝國裁判所は次の如く述べてゐる。判例は金錢給付の價值の三分の二の減少のため、次いで半分の價值減少、最後には單に三分の一の減少のために、價格の引上を許したと。然しながら遂に判例は給付と反對給付との間に於ける不均衡——之は價格引上の基礎である——は嚴格に且つ數字的に決定さるべきではないと言ふ思想に左祖した。價格の引上は價值の適度の減少のためにも正當なるものとして表はれるであらう。帝國裁判所は以上のことから次の如き結論を引出したのである。即ち給付履行義務當事者は、弗貨の價值減少の結果十三パーセントの損失を蒙つた時に於て誠實の觀念に基いて補償を、換言すれば此の種の場合の事情に従つての危険の公正なる分配を、主張することが出来るのである。

一九三〇年この方經濟的危機は益々切迫して來た。以前の時期に於ては明かに繁榮してゐた多くの企業は、倒れるか又はその資本の著しき損失とその取引數の減少とを記録してゐる。これらの企業にとつては、契約の裁判上の改正の問題は、これらの企業がその高級被傭人と結んだ長期の契約の場合には焦眉の急となつてゐる。明白なる繁榮期に於てはかくの如き被傭人は長年間に互り莫大なる報酬を屢々與へられてゐる。これらの俸給と報酬とを支拂ひ續けることは企業の存在又は少くともその生産的經營を危険に陥らしめることである。これらの場合の大部分は我々の研究の範圍外に出る。雇傭契約が存續してゐた限り——新しき事情に應じて——起つた唯一の問題は、被傭人がその俸給の減額に同意しなかつた時に傭主は民法第六百二十六條（重大な理由のため）によつて契約の解除を通告する權利があるかどうかと言ふことであつた。舊被傭人の取得した死亡の時迄の退職年金、又はその權利者に支拂はるべき手當に關しては、問題は右と異なつてゐる。この種の場合のためには帝國裁判所は、その一九三五年四月三〇日の判決に於て（「官集」第一四八卷八一頁）これらの報酬を變更して契約上の報酬を決定する權利を裁判官に認めた。權利に就いての國民社會主義的新概念を既に明白に表示してゐるところの此の裁決は、就中次のことを表示してゐる。即ち「合意は拘束する」の古い原則は、民法第二百四十二條より生ずる全く當然の制限内に於てのみ有效である、即ち給付の内容はその種類に於てもその範圍に於ても誠實の觀念と慣習の觀念との作用である。此の誠實の觀念の要求するところのものを、凡ての契約のために齊一的に決定的に確立することは不可能である。事、商業上の

契約に關するか、それとも契約當事者間に於ける身分的な關係によつて特徴づけられた契約に關するかに従つて評價は異り得るのである。特にかかる場合に於ては、契約の文面通の履行は誠實の觀念に衝突する場合が起り得るのである。確かに特に雙務契約に於ては、給付の決定事情からすれば文面通の履行は公正であるかに思はれる。然しながら此の見地は契約締結の時に於て初めて絶對的に正確たり得るに過ぎぬ。後來的事情の突發は、金額の支拂を目的としない給付の請求權を誠實に反するものと見えしめると同様に、一定の金額を目的とする給付に就いても同様な結果を想像することは可能である。勿論若し特別の場合でないならば、當事者の合意した契約の内容から、かく遠ざかることは殆ど許さるべきではない、ところで雇傭契約は特別の契約である。提供さるべき勞務は商品ではない、賃銀が専ら通貨から成つてゐる時でさへも、特に勞務が債務者の全活動を吸収し盡すときには、賃銀は或る扶養的な特質を有する。かくの如き契約は、當事者間に於ける契約上の關係に單純に分解されはしないであらう。反對にそれらの契約は、多少の程度に於て、人間の權利に固有な性質を示してゐる。ここでは當事者の相互的權利と義務とを評價するに特に重要な當事者の相互的忠實義務が問題なのである。此の見地の歸結はかうだ。即ち特によい報酬を受けてゐる被傭人は、その企業との緊密なる結合感情を有すべきことである。事情が全く變化してしまつた時には彼は或る主張——若しもこれらの主張が充分に満足されるならば企業の存在そのものを危殆に陥しめる虞あるものである——を提起することを得ないであらう。もしもこれらの思想から出發して契約關係の全面的停止に到達し得

るならば、同じくその全部的満足が、誠實の觀念に最早一致しない様な主張につき之を變更することも亦可能でなければならぬ。然るときは結局次の如く言ふことに歸著する、即ち契約の文言に適合する履行は、誠實の觀念によつて許容される範圍内に於てのみ要求され得るものであると。かくの如き解決は、現に尙ほ效力ある契約、それ故に、解約の申入のなされ得る契約に最早關するものではなくて、帝國裁判所に附せられた事件の場合の如く退職年金に關するときに強行されるのである。

かくの如く年金の減額に終るためには、此の年金が現在の事情から見て餘りに大に失すると見える丈では足りぬ。その上に権利者の特別なる忠實義務——この義務は又等しく相續人にも押しつけられる——に應じての、約定率による退職年金又は退職手當の支拂が企業の破滅を招來する性質のもの、又は少くともその存立を危くする性質のものであつてはならぬことが必要である。加之、此の減額の計算に於ては、企業も亦その被僱人に對して忠實義務を有してゐることを斟酌しなければならぬ。従つて僱主も亦犠牲を拂はねばならぬ。例へば彼は一時的には、その利潤又はより高い利潤を斷念しなければならぬ。帝國裁判所の此の裁決は、それ故、長期雇傭契約に於ける勞銀引下の權能をば、ただに第二百四十二條の原則から許りてなく、契約の特質から、特に特殊の忠實義務——これは被僱人については此の契約に發してゐる——から引出してゐる。

此の判例は、契約上の給付の變更をば民法第二百四十二條にその根據を置きながらも、少くとも外觀上は自から契約の變更をなさなかつたことを、尙ほ注意しなければならぬ。即ち此の判例は、ただ單に契約の合意された内容が誠實の觀念を斟酌しつつ如何にして定められるかと言ふことを決定したのであつた。然しながら、ここでは問題はただ裁判官の修正權を成文法に適合せしめんとする欲求から生じたる表現方法に關してゐることは明かである。此の判例は、裁判官のために、當事者双方の合意から離れて、或る一定の條件の下に契約を修正する權利を認めることに、實際的にも經濟的にも等しいのである。

判例が契約修正權を裁判官に許容するに至つた他の一聯の場合がある。それはドイツ國民の現實の觀念に従へば良俗に反する契約に關する場合である。國民社會主義の概念は良俗の觀念を權利の觀念に適合せしめんと努めることによつて、此の觀念の重要さを大ならしめた。國民社會主義は一つの原則——この原則によれば一般的利益は特殊の利益に優先する——を社會生活の基本的な原則と爲したのである。従つて或る約款の不道德性が如何なる範圍内に於て契約全體の上に影響するかと言ふ問題は、最近ドイツに於ては特殊の重要さを得たのである。此の點に於て實際的に最も重要な場合は高利約款の場合である。民法第三百三十八條はその第一項に於て良俗に反する法律行爲は無効であることと規定してゐる。その第二項は「損害」を取扱ひ次の如く述べてゐる、『法律行爲ニヨリ或者ガ他ノ者ノ困窮、輕率又ハ無經驗ニ乗ジテ自己又ハ第三者ノタメニ、給付ノ代償トシテコノ價値ニ甚ダシク超過シ、事情ニ從ヘバコノ給付ト著シク不均衡ニ失スル利益ヲ約セシメ又ハ與ヘシムルトキハ該法律行爲ハ之ヲ無効トス』。此の法律の文面は双務契約に就いて次の如き問題を生ぜしめる。即ち、給付と

反對給付との間に於ける明白なる不均衡は一契約をして良俗に反するものと見えしめるに充分であるのか、それとも第三百三十八條第二項の特別規定を理由としてかくの如き法律行為は他の者の困窮、輕率又は無經驗の利用を豫め是認するの條件の下に於て初めて無効であるのかどうかと言ふ問題である。此の困難は帝國高等法院の民事部大會議による一九三六年三月一三日附の原則決定に機會を與へた、此の大會議は次の如き原則を定立した。即ち法律行為に於て給付と反對給付とが明白に不均衡ではあるが、レジョンの他の條件が（民法第三百三十八條第二項）缺如せる場合は、此の法律行為は、若しも此の給付間に於ける不均衡の外に、法外な利益を熱望する當事者に於て、かう言ふ思考——即ち其の法律行為は、その内容、その動機及びその目的からすれば民衆の健全な常識（gesunde Volksempfinden）に反する思考——が確認される場合は、第三百三十八條第一項に因つて無効である。或る場合に於ては不均衡の確認は此の思考の存在を推測せしめる。惡意によつて又は甚だしき不注意によつて、一當事者が困窮せる其の相手方をして負擔の重い條件に於て契約せしめると言ふ事實が給付の不均衡に結び付いてゐる時は、此の事實は、此の當事者に對しては契約の無効を正當付けることが出来る。

此の原則は次の如き結果に導く。即ち双務契約の場合に於て、當事者の一方が他方をして自己の給付に比して不均衡な利益を約束せしめた時には、他人の困窮を利用する意識がなくとも當然無効である。無効の存するためには、契約の相手方が自己にとつてかくも不利益な契約は事態の壓迫の下でな

ければ締結しはしなかつたであらうことを、少し許りの注意を拂へば契約者が知り得たであらうと言ふことで充分なのである。實を言へばこれらの考察は契約の廢棄に至るものであつて、修正に赴くものに非ざるが故に、茲に取扱はれてゐる問題にとつては無關係である。然しながら事實上契約の或る條款のみが良俗に反する場合が屢々起るであらう。然るときは契約は全體として無効と看做さるべきか、それとも良俗に反する條款のみを廢棄又は變更することによつて、全體として此の契約を維持する權限を裁判官に與ふべきかと言ふ問題が起るのである。此の後の見地を許容することは事實上契約の裁判上の修正に再び立戻ることである。現行法は此の點に就いて民法第三百三十九條に於て支持を提供してゐる。例へば消費貸借につき法外の利子を承認せしめた債權者に關する場合、債務者は危急の場合であつたからこそ、その利子の約束に同意したのであるときは、此の契約は第三百三十九條によつて之を維持し得るであらう。『法律行為は無効とさるる部分なくしてもなされたであらう』と認めらるべきことを條件として、利子債權は單に普通の利率を超える部分のみ無効とされるであらう。國民社會主義の登場以前に支配してゐた法の自由主義概念によれば、債權者が消費貸借に同意したのは正しく甚だ高い利子を得るためであつたと言つて反對することが出来たであらう。第三百三十八條の文言は同様の論理を正當づけてゐるかに見える、何故ならば此の條文の文言によれば『一部分ニ付キ無効ナル法律行為ハ該法律行為ガ無効ナル部分ナキモ爲サレタルベシト推定スベキニアラザル限り全部ニ付キ之ヲ無効トス』であるからである。然しながら國民社會主義者の見地からすれば、無効な條

款なくとも契約が締結されたであらうかどうかと言ふ問題に對する答は、専ら契約者の專斷的評價に依存することは出来ないであらう。債権者が適當なる利息の消費貸借の維持に反對するために、その高利貸的意向を主張することは許さるべきではないであらう。かかる場合を評價するためには、かくの如き場合正直にして理性ある契約者が爲したであらうことを考察するをよしとする。若しも此の見地に於て良俗に反するものとして法律行爲を無効としないで、假令利子の減額を爲しても消費貸借の維持を債権者に強要することが合理的であるやうに思はれるならば、裁判官は利子率に適合せしめられた減額を行ふことが出来るであらう。

一九三〇年以前の明かなる繁榮期に締結されたときは適當な利率ではあつたが、經濟的混亂の後は此の利率は債務者にとつては餘りに高く見えるが如き消費貸借については、之を如何に處理すべきであるかと言ふ問題が今や起つて来る。民法第三百三十八條は此の新なる困難のために何等の助とはならないであらう、何故ならば法律行爲の道徳性又は不道徳性に就いての評價は、該法律行爲の行はれた時に於てのみ之を爲し得るからである。その代り第二百四十二條の規定が正に新に干渉するに至るであらう。かくの如き場合に於ては新經濟事情を斟酌せずして舊利率を維持することは債権者にとつては誠實に反することになり得る。ザールブリュッケン地方裁判所は此の問題に關し一九三六年三月三〇日次の如き判決をなした。即ち『凡ての權利はその限界を誠實の觀念に見出すことを確信して、裁判所は權利——よし之が契約上の權利であらうとも——の行使は、社會的經濟的概念と事情とが全く

變つてしまつた時期に追求されるときは許すべからざるものとなると考へる。年十二パーセントの利率が一九二八年に於て當時の經濟事情に適合し得たとしても此の利率がその後も維持されるべきであることにはならぬ。本裁判所は一九二九年のためには十パーセント、一九三一年乃至一九三三年のためには八パーセント、一九三四年からは六パーセントの利率を許すことが正當であるとの結論に到達した。それ故右の場合は判決が修正と言ふ方法によつて契約に干渉した場合なのである。

右と類似の問題は他の多くの契約についても起り得る、例へば貸借契約又は抵當付貸借契約に挿入された特に嚴格な解除約款の場合がそれである。又供給契約に於て經濟的弱者たる企業家が強者なる集團の一般的條件に服しなければならず、然も該條件が明かにその集團の經濟的優越を利用する約款を包含する場合も亦さうである。これらの場合に於ては、現に第三百三十九條の諸原則が上述の解釋に於て適用され得るであらう。而して裁判官はその契約を良俗に反するものとして全部無効とすることを避け得るであらう。彼は良俗に反する約款を廢棄し又は誠實の觀念の命ずるところに従つて之を修正するであらう。

上述の諸方策は多くの裁判權のなす原則の解釋が不統一であると言ふ危険を残した。判例は價格引上の要求を餘りにも自由に受容れはしまいかと言ふことが特に恐れられる。かくてはドイツ經濟界の全體がその被害を蒙るに至る。之帝國の立法が此の領域に干渉せざるを得なかつた所以である。之は先づ一九二四年二月一四日の第三財政令——之はその後一九二五年七月一六日の價格引上法によつて

代られた——の目的物であつた（「報知」第一版一一七頁）。抵當の價格引上は此の法律によつて、原則として金マルクに於ける額の二十五パーセントと定められた。特別の條件に於ては、土地所有者は、特に公平を期するといふ緊急な理由のために、十パーセント迄への減額を要求することが出来た。此の當の基礎となつてゐる債権は或る事情に於ては二十五パーセント以上に引上げることが出来た。此の法律は又負債、地代、工業債務、抵當證書、保險の價格引上を規定した。この法律によつて規定されなかつた債権は依然として、判例によつて明かにされた諸原則に服せしめられてゐる。價格引上法の適用範圍に關する諸困難は非訟事件裁判權手續により區裁判所によつて解決された。裁判官の修正權はかくして法律上決定された。價格引上率に何等の制限を有せざるより廣汎な權限が、一九二三年八月一八日の扶養年金に關する法律により既に區裁判所に與へられた（「報知」第一版八一五頁）。成る程この法律はインフレーションによつて生ぜしめられた諸困難に干渉したのではあるが、それは價格引上問題のみには限られぬ。之裁判例が一般的にこの様な意見——即ち若しも以前に定められた扶養年金が、その後起つた經濟危機のために、不公正であると判断せられなければならないならば、此の法律は等しく適用されると言ふ意見を採用した所以である。世襲農園引渡の場合に於て、引渡契約中に定められる扶養年金のために、一つの特別な法規制定が豫見された。此の問題に關して、一九三六年一月二一日日附の命令第三十六條は（「報知」第一版一〇六九頁）世襲農園に關する争を決定するために設けられた特別裁判所に對して、若しも利害關係人の一人が之を要求するならば、約定され

た扶養年金をば、此の年金の變更が双方の事情と公正とに適合する限り、變更するの權限を賦與してゐる。同様に、賃銀が、その契約による決定後に生じた經濟的危機の結果、餘りに高すぎるやうに思はれる場合に於て、此の賃銀の減額は、或る種の企業のために、立法手續によつて規定されたのであつた（一九三一年一月六日の命令第五部第三章、「報知」第一版五三七頁——五五七頁）。

契約の修正に就いての他の領域は、抵當付債權の、法律上又は契約上の辨濟期日に關して、抵當付債務支拂猶豫に關する諸條文によつて、區裁判所に付て開かれてゐるのである（一九三二年一月一日の條令「報知」第一版五二五頁。一九三四年一月二〇日の資本流通に關する第二の法律「報知」第一版一二五頁。一九三五年一月一三日の資本流通に關する第三の法律「報知」第一版一四六七頁。一九三六年一月二〇日の價格引上の滿期を規定する命令「報知」第一版一一二頁）。契約に於ける裁判官の最も廣範圍に互る干渉は農業負債に關する一九三三年六月一日の法律によつて許可された（「報知」第一版三三一頁）。此の法律は區裁判所の附近に設けられた特別事務局と協力して、農業、森林又は園藝の企業所有者の債務の完全なる規定を豫定してゐる。干渉は、特に期間と期限との附與、滿期抵當（Fälligkeitshypothek）の償却抵當（Tilgungshypothek）への變更、債權又は利率の著しき縮小から成立つことが出来る。別に抵當利子に關する一九三六年七月二日の法律（「報知」第一版五三三頁）は、立法者の欲求した利率の引下に關して債權者と債務者との間に意見の不一致ある場合には、區裁判所は、契約上の和解に至らしめるため彼等に協力し、若しも此の契約上の和解成立

せざる場合は、裁判所は職権を以て干渉し、此の目的のために與へられた指示の範圍内に於て適當なる利率を決定すべきことを規定したのである。賃借人の保護に關する法律第四十九條(a)は——之は法外の賃料の支拂を要求する行爲に刑罰を課するものである——餘りに高すぎる、率で定められた契約上の賃料を引下げることがを又裁判所に許してゐる。

より廣い意味に於て、我々は、契約の解約告知に關する保護規定 (Kündigungsschutzvorschriften) を契約の裁判上の修正の觀念の中に包含せしめることが出来る。これらの諸規定は元來企業委員會法に含まれてゐた。それらは一九三四年一月二〇日の國民労働保護法中に取入れられたのである(「報知」第一版四五頁)。此の法律の文言によれば、同一企業に一年以上従事してゐる被傭者又は労働者は、雇傭契約によればそれ自身適法なる解雇を受けた場合、此の解雇が嚴酷さに於て公正に反し、企業の状態によつて止むを得ず課されたものでないときは、この解雇に對して抗告を申立てることが出来る。かくの如き場合、労働裁判所は、使用者が該契約に従つてなした解約告知にも拘らず、傭主は雇傭契約を繼續しなければならぬかどうかを判断する。裁判權が契約の繼續の方向に意思を表示した時には、傭主は解約の告知を撤回するか又は適當な損害賠償を支拂ふべしとの判決を受けるのである。かかる判決は確かに契約關係の裁判上の修正を爲すことになる。

以上の説明は、戦争の終了後ドイツの判例と立法とは裁判官の契約關係への干渉の場合を増加せしめたことを、明かに示してゐる。そこで問題となつてゐるものは法律的觀念と概念との適性一致と云はんよりも寧ろそれらの漸次的進化である。それ故に上に検討された問題はドイツに於ける來るべき債務法の改正の場合には最も重要なものの一となるであらう。

此の點に關しては次の如き豫備的考察を爲すことが適當である。債務法に就いて民法典の特徴は、契約の履行中に於ける新事情の突發にも拘らず契約は決定的な事實を構成すると言ふことであつた。契約の履行中に生じた諸困難は、これらの困難が契約の履行を絶對的に不可能ならしめる理由となる範圍内に於てのみ初めて斟酌され得た。かくの如き場合に於ては當事者は反對給付を拒絶することが出来るであらう。反對に非絶對的不能に關する場合に於ては、債務者はその給付も無制限に履行しなければならなかつた。それ故に之は「凡てか然らざれば無か」と言ふ制度であつた。相衝突せる利益の和解は、法中に規定されてゐなかつた。契約が或る條項——この條項が誠實の觀念に適合してゐるかどうかわからない——を包含してゐる時も亦同様であつた。即ち契約は全部無効であるか又は全部有効であるかであつた。契約の或る條項のみを無効とすることの可能は、當事者の推定された意思に依存する或る條件の下に於てのみ、民法第三百三十九條に於て認められてゐた。

民法がかくの如く嚴格な規定を設けたことは、此の原則の缺陷が知られる以前に於ても、實際、諸困難の源泉であつて、裁判所は、既に、實際の要求と調和し、正義の感情に基く結果を得さしめる諸方法を探究するの必要に迫られてゐた。かくして正に不能の觀念が、初めに立法者によつて豫見された制限外に擴張されたのであつた、即ち現實的不能と道德的不能とが同一視されたのであつた。價格

引上の諸問題に就いての説明は、民法第二百四十二條に記載されてゐる誠實觀念の判例上の擴張を、既に明かにした。加之、給付不能又は債務者遲滞の場合に契約の解除を許してゐるところの民法第三百二十四條乃至第三百二十六條の法規は、債務者による契約の目的違反の場合（所謂契約の積極的違反）に迄擴張された。民法第三百三十九條のためには、部分的無効に就いての「全部か又は無か」の主義は回避された。無効をば當事者の現實的意思に繫らしめないで、判例は、正しく且道理のわかつた當事者の有すると推定された意思を參考としたのである。

何故に民法は嚴酷にして、實際には實現不可能な概念にかくも左袒したのか？ 民法典は、各個人の個別的意思と利己主義との、契約に於ける最も自由なる活動を目標とする自由精神の一產物であつた。當事者間の合意は彼等の權利關係の終局的決定と看做された。契約の履行困難の場合に、民法典が、全部的解除か又は債務者の側に於ける全部的履行かしか規定しなかつたのは、正に此の精神に從つたのである。裁判官による契約の修正は當事者の意思萬能の教理に違反することであつたらう。不道德の場合に、民法典が、原則として全部的無効とするか又は全部的有効とするかに止まつたのは正に同一の理由のためなのである。

新ドイツは自由主義的思想に代へるに國民社會主義的集團の觀念を以てした。當事者は、法律によつて劃せられた限界内に於て、自己の利己主義を自由に流露せしめ得るところの敵手として、最早現はれるのではなくて、ランゲが「契約の忠實 (Vertragstreue)」に關するその研究に於て既に説明せ

る如く（一九三四年版、ドイツ法、三五頁以下）、全員一致によつて定められたる一目的を實現するために結合された仲間として現はれる。かくの如き一致から「忠實義務 *devoir de fidélité*, (*Treupflicht*)」が流れ出るのであつて、此の義務は雇傭契約の如き或る契約のためには強化されるのである。此の忠實義務の違反は損害賠償の義務のみならず契約の廢棄をも誘致する。當事者の相互的忠實義務上に立脚せしめられたる將來の債務法に於ては、我々は「契約の積極的違反 *violation positive du contrat*, (*positive Vertragsverletzung*)」と言ふ觀念なしにやつて行くことが出来るであらう。此の觀念に含まれてゐる多くの事情は遲滞の場合と同様に、全く單に忠實義務違反と同種類の場合として現はれるであらう。

勿論相互的忠實義務は第一に約束の嚴格なる尊重を要求する。「事情變更の原則」を原則として許容することは、國民社會主義の精神に適合しないであらう。何故ならば國民社會主義は市民の各人に對して、その活動は純粹に利己主義でなく集團精神によつて活氣づけられることを要求しなければならぬけれども、國民社會主義も亦同じく人格の價值思想の上に立脚してゐるが故に、決して個人的獨創性の價值を輕視するものではないからである。當事者の個人的責任性が又正しく此の見地に適應してゐるのである。契約の締結以後その履行をして失敗に終らしめ得る諸障礙をば豫め熟考することは原則として當事者の責任なのである。而して大抵の場合、機會變更の結果を、給付義務者に負擔せしむることは正當なことであり、且つ契約の目的に適合することであらう。當事者が事件の結果を誤

算したことが確認された以上、國家は當事者に右の危険を免れしめ、又彼等の義務を變更することによつて、彼等を保護することは出來ぬ。さればかくの如き場合には、各當事者は契約の全部的履行に到達するために犠牲——それが假令大きなものであらうとも——を拂ふことは此の忠實義務より結果することである。

然しながら、忠實義務は相互的である。債権者も亦その債務者に對して尊敬を拂はねばならぬ。然しながら事情の變化が深刻にして且つ豫見し得ざるものである場合——これは戦後インフレーションが起り最近各國に起つた貨幣價值下落の場合がそれである——は債務者に課せられた犠牲は、甚だしく、ために契約文言の絶對的尊重は債権者によつて債務者の負擔せる忠實義務に違反すると言ふことが起り得るであらう。かくの如き場合のためには、將來の債務法は、原則規定として、裁判官のために契約に干渉するの權利を考慮し、且つそれと同時に此の特權をば明確に制限しなければならぬ。

ドイツに於ける諸事件がそれに向つてゐるところの此の改造に於ては、民法典の精神と國民社會主義的ドイツ精神との間に原則上の相異の現はれるのが看取される。民法典の概念は何よりも先づ靜的であつた。それは完了せる事情を出發點として採用し、それを終局的なものと看做した、それとは全く反對に動的な概念は實體に立脚しないで諸々の力の上に立つ、それは法律關係をば將來の、そして固定しない視角から凝視する。

此の動的な概念を法律生活殊に契約法の第一線に置くことは、余が既にドイツ法學士院に於て開陳した如く（「ドイツ法學士院の定期刊行物」一九三五年、四七三頁以下）、國民社會主義の思想に適應してゐる。之、義務關係をば、當事者の約定によつて、曲げ難きものとして終局的に決定された全體としてではなく、新事件の結果發展をなし得る有機的な事實として凝視することが正しい所以である。かくてこそ其後價值下落を來たした外國貨幣による價格の決定と言ふ二九頁に前述せる問題に於ては、此の價格決定は函数的價值——函數價值は給付と反對給付との間に於ける關係を表現する——を有するに過ぎぬと言ふことになる。されば價值下落の場合に於ては、初めに約定された給付と反對給付との間に於ける關係をば、契約上決定された金錢給付の名目的數額に修正を加へることによつて改正すべきである。問題がかく定置されるならば、契約の裁判上の修正と言ふ問題は「合意は拘束する」の原則を拋棄するがよいか又は制限するがよいかどうかと云ふ問題とは無關係である。何故ならば若し契約上の關係は例外的な事情の支配の下に於ては修正を受け得るものであることが認められるならば、該事情の斟酌を裁判官に要求する者は、契約に違反するものではなくて、それとは全く反對に、その履行を要求するのであるからである。

將來の法に於ては、我々の上述せる見解よりすれば裁判官は唯一當事者の經濟的利益に關するとの如く、確かに重大なる例外的場合にしか修正權を附與されないとしても之とは逆に契約が集團的利益の見地に對して疑はしく見えるときには此の修正權は、もつと廣汎に組立てられねばならぬこと

にならう。未來に於ては、契約の有效性は甚だしく良俗に反する極めて稀な場合にのみ疑問とさるべきではなく、契約の締結に際して個人的意思が民族感情 (Le sentiment populaire, Volksempfinden) に衝突した時、又かくの如き態度の一般化はドイツの集團生活の基礎を危くする性質を有する時亦さうでなければならぬ。債権者が資本の缺乏を利用して一般的經濟にとつて堪え難き程の法外に高き利子に同意せしめるとき、又は或る契約——雇傭、抵當貸又は供給契約——に於て、經濟的に強力な當事者が、民族感情によれば不正であり、反社會的であるやうに見える約款を相手方に押付けるときには、右の如き考察を考への中に入れて入れなければならぬ。然しながら契約の相手方の態度を制裁するに契約の無効を以てすることは、弱者を害することにならう。例へば法外に高い利子付貸付に關すると債務者はその借金を即時返還しなければならぬであらう。將來の法律は、國民社會主義的革新が立ててゐるところの道德的目的をば、不道德性によつて害せられてゐる約款を専ら廢棄する權限を裁判官に與へることによつて、又は約款の内容を健全な民族觀念に一致せしめるやうに變更することによつて、初めて達するであらう。民法第三百三十九條の現實的解釋とは反對に、契約の全部的無効は例外となるであらう。それは部分的無効が當事者にとつて甚だしく重大なものとなり、殘部の維持をその當事者には公平には押し付け得ないといふ場合に於て初めて起り得るであらう。

それ故に爾後次の如く言ふことが出来る、即ち未來の法制は、最近の法律とこの法律を制限しながら契約に就いての裁判上の修正權を増大しつつある判例とによつて指示された道に従つて進むであら

う。これは又ドイツに於ては、人は裁判官に歸屬する使命についての新概念に到達するに至ることを示すものである。自由法はこの種の場合には推理によつて實定法を適用することを裁判官に要求した。裁判官は要求を受諾するか或は拒絶するかそれ以外にはなし得なかつた。新に法律的地位を創造する和解的判決は例外であつた。新時代は、訴訟の解決を、單に抽象的に法律的視角から許りではなく、經濟的集團の見地からも探求することを裁判官の義務と爲す。契約に建設的に干涉する可能性を、常に益々増大する範圍に於て裁判官に與へることによつて、人はもとの裁判官——その活動は本質的には法規の解釋と適用とにあつた——に代ふるに新裁判官——活動的且つ建設的に經濟生活に干渉するやう要求されてゐる——を以てした。

3. イギリス法に於ける裁判官による契約の修正

ケンブリッジ大學比較法學教授

グッターリッチ氏報告
M. Gutteridge

大陸の法律書著述家達が「損害」及び「不可豫見」と呼んでゐる事情に比すべき事情に關し、イギリス法の従つてゐる諸原則は、判例的慣習を通じてなされた一進化の結果である。能力者に關して

は、初期の「普通法」は、契約が當事者の一方を、肉體的ではないとしても、精神的に於てでも他の當事者の思ふが儘にさせるところの諸事情の下に於て締結された時に存する巧妙なる強制形態に對しては、何等の保護規定も設けなかつた。それから又普通法は契約締結後に生じた諸障害のためにその履行が思ひ掛けなくも餘りにも犠牲多きものとなり、又は不可能とさへもなつたところの債務を果たすことを強いられた契約者の地位の嚴酷さを緩和しようとは試みなかつた。さりながら此の態度の嚴酷さは拋棄されてしまつた。而して「普通法」の舊規定は、今日に於ては第二次的重要さのものである。

イギリスの裁判所は現今に於ては、その中にあつては意思が自由でなかつた諸事情に於て債務を負担した契約者に援助の手を差しのべることは屢々可能なのである。それから又裁判所は債權者が契約當時に考慮した諸條件と本質的に異なる諸條件に於て債務者に對して債務の履行を要求するときには、原則として此の債務者を債務から免れしめることが出来るのである。此の變化は、英、米の法律制度に獨特な經驗的方法によつて完成されたのである。一般的な原則が表明されはしなかつた。然しながら事情が生ずるごとに各事情に對して處置がとられたのであつた。従つて諸規則は均齊を缺いて居り、或る問題は解決されなかつた。然しながら、終局的解決方法を提供しようとはせず且又その後の發展を受け容れ得る所の此の法制は、此の點に於て或る種の利益を示すものであることは之を認めざるを得ない。

余の目的は、此の問題に於けるイギリスの諸規定を根本的且つ詳細に研究することではない。余は寧ろイギリス法によつて採用された諸解決の大體を指摘し、且つイギリスの法律上の原則がローマ法の承繼國に於て採用されたそれに相應する諸原則と著しく異つてゐる相異點を明かならしめるやうに問題を提起せんことを企圖してゐる。之、余がイギリスの諸規則を作り上げた判例を分析せんと試みない所以であり、これは又更に余をして各イギリス規定の淵源を引用せずして解決を提出せしめるに至つた所以である。此の方法は余に要求された報告に最も適合するやうに思はれるのである。

第一 大損害 (Lesio enormis) の理論

イギリス法は「大損害」の理論によつて影響されはしなかつた。イギリス法は全く異つた方法によつて不平等契約問題に著手したのである。指導原理は、契約者の一方は他の當事者の無能力又は貧窮を利用することは許され得ぬと言ふことであつた。

イギリス法規の研究は歴史に一瞥を興へずしては之をなすことは出来ぬ。何故ならば(1)未成年者の契約、(2)強迫の瑕疵を有する契約、(3)高利契約に關する場合を除いては、初期の普通法は、當事者間に干渉することを拒み、頑として「合意は拘束する」の原則を維持してゐたからである。詐欺の場合に於てさへも、王國裁判所は契約を修正し又は無効とすることを拒否してゐた。それは被害者に賠償せしめることによつて不正を避けようとした。未成年者によつて締結された契約のためには初期の法

は先づ初めは絶對的無効を宣言した。然しながらその後、それは未成年者の意向に従つて援用され得るところの相對的無効と言ふより柔軟な制度を採用した。その上裁判所は、未成年者にとつて利益でない契約の履行を命ずることを凡ての場合に於て拒否した。此の場合と上に引用された諸例とを除いては、「普通法」は、損害を與へる契約又は先見の明を缺いた契約によつて苦しんだ個人を保護するために干渉することは常に之を拒んだのであつた。普通法の過度な嚴酷さを緩和するために使用された唯一の方法ではないとしても最も屢々用ゐられた方法は、衡平 (EQUITY) の原則 (此の言葉はイギリス法に於てはその技術的意味に使用されてゐる) であつて、此の衡平の原則とは、若しも法定の権利の行使から裁判所側に被告に對する詐欺の試みを助長する様な必然性が公然ではないとしても、隱然にでも生ずるならば此の権利の行使は許さるべきではないと言ふことである。此の原則はこの事實——一八七三年迄はイギリスには二つの竝立せる裁判權即ち「衡平」と名付られた法律制度を適用した所の衡平裁判所 (The Court of the Chancery) と普通法を適用した所の王國裁判所とが存在したと言ふ事實によつて優勢な勢力を獲得したのであつた。長期に互る鬭争の結果衡平裁判所は、王國裁判所に於て開始された訴訟手續が衡平の諸規則——その中にはただ今我々が指摘した許りのものも含まれてゐる——を害するときには、これらの手續を妨げる権利を獲得した。従つて衡平裁判所の判例は損害と言ふ瑕疵を有する行爲に關するイギリス原則の大半の根源である。

イギリス法の現状は之を次の如く要略することが出来る。

(A) 未成年の契約

理論上に於ては、未成年者は成年者と同資格に於て、賣買、賃貸、又は贈與によつて、その財産を處分することが出来る。實際に於ては、これら行爲の有効性は常に異議を挾まれ得るのである。未成年者は自己の所有に屬する不動産に就いて契約を締結することは出来ぬ。動産に就いては、その未成年期中は或る例外——その中最も重要なものは、通常の生活過程によればその生存を確保するために必要なものの購買と、明かに彼の利益であるところの勞働契約の如き或る契約——を除いては、彼はその契約を拋棄することが出来る。他方裁判所は、明かに未成年者に損害を及ぼす契約の履行を許可することを拒んでゐる。同時に「普通法」の法規と、未成年者の利益のために衡平裁判所の與へた特別保護と、一法律 (一八七四年の未成年保護條令) とから結果する右の事情は、未成年者によつて締結されたものにして彼に損害を及ぼし得る凡ての契約に對して、彼に完全なる保護を與へてゐる。實際未成年者に附與された保護は、甚だしき點迄擴張されてゐるのであつて、未成年者は、刑罰法規に打のめされざる間は何等の罰を受けることなく、眞の組織的な詐欺戦を行ふに至る程なのである。

(B) 高利

金錢の利子付貸付は初期の「普通法」からは常に輕蔑の眼を以て見られた。ヘンリー八世の治世か

ら一聯の議會の條令は利率を規定することをその目的とした。これらの條令は、善意の商業行爲に不便を齎らすと言ふ理由のために、一八五四年に廢止された。然しながら、條令の廢止は立法者が干渉するの止むなきに至つた程高利貸者の食欲に拍車をかけた。現今に於ては一九〇〇年より一九二二年に至る迄に通過した金貨條令は凡ての事情を考慮して、利率を相當額迄に減ずることを裁判所に許してゐる。

(C) 「勢力濫用の理論」 (undue influence)

イギリスの法律術語によれば、既述せる諸事情とは異なる所の裁判所をして不平等契約を修正せしむるに至る諸事情は勢力の濫用と言はれてゐる。「普通法」とは反對に「衡平法」は、當事者の一方が他方より利益を得るところの凡ての行爲はよし詐欺がなくとも、之を詐欺と看做してゐる。給付の不等は衡平法の見地からすれば詐欺の一構成要素と看做されるけれども、普通法は本質上給付の不平等を吟味しはしない。普通法は、契約がその中に於て締結された諸事情を寧ろ考慮し、當事者の一方が自由に決定する能力を奪はれる如くに他方の勢力を受けたと推定すべきか否やを見出すために、先づ當事者間に於ける法律上の連絡を吟味する。親權の關係、後見人關係、法律上の辯護人のその依頼者に對する關係、教會の上位者の下位者に對する關係、醫師の患者に對する關係がかくの如きものである。これらの凡ての場合に於て兩親、後見人、法律上の辯護人、司祭又は醫師は、契約の締結を招來

するために他の當事者に勢力を及ぼし、以て不正な壓力を加へたものと推定される。従つてこれら凡ての場合に於ては、契約の履行を要求する者は勢力濫用の不存在を證明しなければならぬ。妻はその夫の行つた不正な強制によつて義務を負擔するに至つたことを主張して常に凡ての責任を拒否することが出来るのに、右の推定が配偶者間に於ける契約には存在せぬことを認めることは誠に奇妙なことである。勢力の濫用理論は、實際に於ては、裁判所をして最も頻繁にかくの如き契約を無効と看做さしめる。但し、他の當事者の勢力を受けたがために同意したところの當事者が、契約締結以前に第三者から受けた忠告を契約締結以前に利用しなかつた——之は此の當事者が行爲の性質を充分よく知つてゐたことを示すものである——場合は別である。若しも給付間に大なる不平等が存在するならば勢力濫用の推定は甚だしく有力化されるのである。

物理的暴力又は暴力の脅迫 (duress) は我々が取扱つてゐる見地からすれば別の範疇をなすものである。「普通法」はそれらを常に無効と看做した。然しながら勢力濫用の理論と密接に結び付けられた、衡平の他の理論を引用しなければならぬ。裁判所は、驚かされたがために同意を與へた人、「威嚇」 (duress) を受けたがために契約を締結した人とその義務から免れしめることが出来るであらうと——尤も此の原則は決定的には確定されてはゐないのであるが——言ふことが出来る。然しながら我が若しこの判例を仔細に検討するならば「驚愕」 (surprise) と言ふこの技術的名稱で示された此の要素は、それだけでは決して充分ではないことを我々は認める。此の要素には常に逼迫せる窮乏、精

神耗弱等の如き或る他の要素が随伴してゐる。さればこれらの加重事情なき場合「驚愕」といふことが、驚かされたが故に同意した當事者の利益のために裁判所をして活動せしめるところの要素をなすかどうかは疑問たり得る。

さりながら「衡平」といふ理由のために干渉することを裁判官に許してゐる他の場合がある。「詭計の契約」(Catching bargains)といふ名で知られてゐる場合である。推定相続人がその相続権を處分するため、又は入質するために締結せる契約に關する場合がそれである。これらの場合は社會的慣習が變化せるために、今日に於ては稀ではあるが併し原則は今尚ほ残つてゐる。この原則は、此の種の不當な契約は被相続人——相続人はその希望を此の被相続人から引出すのである——に對する詐欺を構成するといふ思想に立脚してゐる。従つて公の秩序はそれに反對する。それは又相続人が窮迫に壓せられてその相続財産を處分し又は入質するに至らしめられ、従つて彼は劣勢状態にあるといふ推定にも根據を置いてゐる。契約が正當であることの立證責任は相続人との契約締結者にあるのである。一定の時に裁判所が、問題となつた當該財産の商業的價值に比較して公正な價格を認容せざる、推定相続人との凡ての契約を無効とせることを見出すのは、比較的地見地からは興味あることである。然しながら兎も角經驗の證明するところによれば、公正な販賣價值を決定することの困難さのために弊害が生ずるのであり、之は特にその契約が締結後暫く後に、異議を唱へられたときに然るのである。今日では一九二五年の「財産條令法」の第七十四條が相続人による價值以下の財産の賣却はただそれ

だけでは契約を無効ならしめるに充分ではないと決定してゐる。

勢力濫用の理論がレジヨンに就いての大陸の理論と殆ど無關係であることは人の認めるところであらう。價格の不充分さが重要な要素であるとの事實にも拘らず、この理論はレジヨンの場合とは異なる考察の上に立脚してゐる。それは「騙取 (captation)」に關するフランスの原則を思ひ出させる或る特質を示してゐる。此のことに就いて次のことを述べて置くのは興味あることである。即ちフランス法がイギリス法に於て引用された珍しい事件の一はホーム對ライオン事件の判決であつて(一八六八年) (L. R. E. 63q. 六七二頁)、そこでは騙取の理論が被告の辯護士——彼はその辯論の根據としてダゲッソンの諸著述を援用してゐる——によつて援用された。然しながら勢力濫用の理論は詐欺的契約に關する諸原則が衡平裁判所によつて作り上げられた諸事情にその存在を負ふてゐるのである。このことに就いては所謂イギリス法の詐欺 (fraude) と大陸の法律書著述家達の詐欺 (dolus) との間に於ける類似は、一見類似があるやうに思はしめるけれども、實は人を迷はすものであることを思ひ出さねばならぬ。

第二 履行不能の理論 (Frustration)

イギリス法は不可抗力の、又は偶然事故の觀念がその上に立脚するところの原則を決して認めなかつた。イギリス法は、それに獨特のものであつて一般に「履行不能の理論 (Frustration)」と名付ら

れ大陸法のこれに相當する原則とは著しく異つてゐるところの理論を作り上げた。そこにこそ比較法の見地からして問題の重要性があるのである。

大陸の法律書著述家達は不可抗力に相當するものを天災 (act of God) の觀念の中に見出さうと屢屢試みた。それは正に誤である。天災の觀念は颱風、吹雪、地震、颶風、雷、噴火、その他この種の現象の如き超人間的性質の災害的事故の突發と結び付けられてゐるのであつて、海事契約の領域を除いてはこの觀念は、契約の履行を妨げる諸原因が吟味される時には、極めて制限された役割を演ずるに過ぎないのである。不可豫見に關する諸原則は、英國法に於ては、大陸法の之に相當する原則とは、殆ど共通な特質を示すことなき一過程に従つて作り上げられたものであることを、茲に注意することは大切なことである。是非とも此の事實を認める必要がある。何故ならば我々は債務法の一章——ここでは立法上の統一が最も望ましいことではあるが此の統一を特に困難ならしめる諸問題で蔽はれてゐるところの債務法一章に當面してゐるからである。イギリスの法律書著述家達は、契約法の此の部分が全面的な進化の途上であり、之に終局的な一形態を附與せんとする前に深い研究を必要とするであらうと考へてゐる。一九一四年以來、諸々の事情は、以前に於ては決して考慮されたことのない諸事態——大戰以前にあらゆる國に存在して居つたやうな法が之を解決するには或る困難を感ずる——を生み出したのであつた。

英米の、又は大陸の法律書著述家達が、その問題に付、考慮された諸困難の終局的な解決であると看做され得るやうな仕方では之を解決してしまつたとは、吾々は言ふことは出来ぬであらう。さりながら不可豫見に關する諸原則を統一することは不可能であると言ふ結論を以上のことから導き出すべきではない。ただ統一の任務は異常な困難を呈してゐると推論すべきである。法律書著述家達が實業家達に訴へることによつて、有益な結果に到達し得るであらうと言ふことは殆ど不可能である。何故ならばこれらの場合に於ては商品販賣者の利益と購買者の利益とは衝突してゐるのであり、そして法律書著述家の任務は、豫見せられなかつた事情が生じたときに契約當事者一方の特別事情を考慮することなくして、偶然的な不正を最小限に止め得る實際的解決を發見せんと努めることにあるからである。

「普通法」は、その初めは曲げ得ざるものであつた。それは、契約がその履行を希望することが不合理であるやうな場合を除いては、契約義務不履行のためのあらゆる辯明を拒否したのであつた。

此の原則は、初期の社會の法律的要求には恐らく適合してゐたものではあらうが、最早現代の要求には明かに調和しなかつた。此の原則が裁判上の決定によつて變更されるに至つた。その方式は新問題に當面してのイギリス判例の柔軟性の一例を示してゐる。余は此の點に就いて之以上述べる必要はない。此の點は「イギリス法に於ける契約の不履行 (Inexécution du Contrat dans le Droit Anglais)」に關しての、我が友レヴィー・ウルマン (Lévy-Ullmann) 教授のあの立派な論文のお蔭で大陸の法律書著述家達によく知られてゐるのである。然しながら余は沿革は之を引用しなければならぬ。何故なら

ば現在の諸原則の完成に迄到達した進化を敘述せずしては履行不能に關する諸原則を説明することは出来ないからである。

履行不能理論の研究の出發點は、第十九世紀の中葉迄維持されてゐた「普通法」の古い原則である。此の原則は、嚴格であり曲げ得ざるものである。豫見されなかつた事情のために契約を物理的又は商業的に履行し得ざる状態にあつた債務者は、契約の條項中に於てその事情の偶發性を豫想し得たであらうが故に尙ほその約束に拘束されてゐた。その事件を豫見することが債務者にとつて不可能であつたであらうとか、又は當事者の一方も又他方もそれを考へなかつたといふことは大したことではない。その結果堪へ難き結果が生じた、而して一八六三年有名なコールドウェル對テラー事件の判決 (3 B. & P. 326) は、音樂會のために賃貸された室が、その開催以前に焼けた場合に於て右の原則に對する最初の抵觸を示してゐる。衡平裁判所は賃借人は賃料の支拂を免除さるべきであるとの判決を與へた。此の裁判の理由を述べることは重要である。その裁判は、黙示の約款——これによれば契約の履行は契約の目的物の物質的存在に依存する——の存在に基礎を置いてゐる。かくしてアンブレヴィジョンに關する英國法規がその上に打立てられた一原則が現はれたのである。その發展の第一段階に於ては、此の原則は或る物體を目的物とする契約に限られてゐた。例へば事物の破壊の如き又は音樂家にとつて音樂會に於て歌ふべき義務の如き人格的性質を有する債務の履行が、物理的に不可能の如きものがそれである。此の原則は、契約がその締結後履行中に生じた立法上の變化のために履

行し得べからざるものとなつた場合にもさしたる理由はなかつたが擴大されたのである。此の場合に於ては不履行は、當事者の意思が妨げられたがためではなくて、法の成文規定を理由として恕されるかに見える。

黙示の合意の理論は「アストン對ニコル」事件の判決 (1901年) (2 K. B. 126) を以て更に一步を進めた。此の判決に於ては衡平裁判所は破壊された物が契約の目的物でなくとも、若しその存在が履行に必要不可欠であるならば、不履行は許容され得ると裁決した。當時迄は或る物體の契約に制限されてゐた一原則の此の拋棄の結果は、その後一、二年の後に裁判所に現はれ「戴冠式に於ける場所事件 (Coronation nat. cases)」としてイギリス法律書著述家達に知られてゐる一聯の場合に於て現はれた。エドワード八世王の戴冠式の鹵簿拜觀場所の賃貸を目的とする多くの契約が締結された。陛下は病氣になられて鹵簿は延期された。賃借人が場所の賃料の支拂を拒んだため又は先拂した賃料の返還を要求したために訴訟が起つた。イギリス裁判所は、或る物體が契約履行の時迄存在する場合に於て許容された黙示約款の理論をば、その判決に於て、鹵簿の如き特別な事件——之は契約締結時に於ては當事者間の本質的な目的物と看做された——の履行期迄の存在の場合に擴張した。戴冠式に於ける場所事件の解決は、實際的には「事情變更の原則」なる理論の承認に迄導くところの諸事情に於ける暗黙的條件の許容に道を開いた。諸結果は重大であつた。一九一四年乃至一九一八年の戦争によつて生ぜしめられた異常な状態から結果する履行困難に關する判例に於て反響があつたことが感ぜられ

る。茲では或る物體の破壊にも關係しなければ、又豫め考慮された事物の状態の不實現にも關係しなかつた。問題は、契約の履行が敵對行為によつて甚だしく延期せしめられ、此の履行といふ言葉の嚴密な意味に於ては、平和克服後に履行することは可能ではあるけれども、履行がその中に於てなされるべき諸條件は、契約締結當時に存在してゐた諸條件とは全く異つてゐると言ふことの結果生ずるのである。換言すれば契約者の一方の過失から結果するのではなく且又履行の性質を全く變更してしまふ延長された期間は、契約不履行の責を免るべき理由たるべきか否かと云ふことが問題とされたのである。イギリス裁判所は、一聯の判決に於て、これらの諸事情は、當事者のため契約のその後の履行を免れしめる不能を構成するものであると考へた。この説は、若しも當事者が此の異例の期限とその結果とを豫見したならば彼等はその偶發事故の存するに於ては契約の中止に同意したであらうと言ふ考に根據を置く。不可豫見に關するイギリスの判例を綜合し得る範圍内に於て下し得る結論は次の如くであるやうに思はれる。即ち或る物體を目的とする契約に於ては、その目的物が契約の締結後に破壊された場合には不履行は許容されると。當事者が契約締結當時考慮した事物の状態の維持を目的として契約を締結したことが證明せられる場合にも亦不履行は許容せられる。尙ほ履行が契約の締結當時豫見せられなかつた一原因によつて延期せられ、而も此の延期は履行の性質を全く變更してしまふやうに長びくならば當事者は又此の契約から免れしめられる。然しながら履行が前よりも困難になつたと言ふこと、又は此の履行は債務者を破滅に陥らしめるであらうと言ふことでは充分ではない。終

りに若しも契約が履行を不能ならしめた偶然事故を豫見してゐるならば履行不能の理論を適用すべきではない。イギリス裁判所は商業社會の裁判所に適合する如くに、契約の健全性に固く密著してゐることを示した。イギリスの一裁判官は次のやうに述べた、『一契約が當事者の一方のためには不幸な投機であつたといふことを示すだけでは、彼の義務を免れしめるには足らぬ』。契約が豫め偶然に對して保證することを目的とするのは屢々あることであり、かかる契約を裁判所が修正することは契約がそのために締結された目的を破壊するの傾向を不可避的に有つのである。

イギリス裁判所の解決は、此の極めて微妙な問題を經驗的な方法によつて解決せんとする試みである。看做することが出来る。此の解決がイギリス商業界に満足を與へたかどうかは疑問たり得る。此の解決が活用する原則は通常人の理解を越えてゐる。従つて商人達は法規よりも時としてはより曖昧な約款——之はこれらの法規に取つて代ることを目的としてゐるものである——を用ゐて自からを保護せんと試みた。實を云へば一契約が或る物體を目的とし、この物體が履行以前に破壊された時には當事者達は義務を免れしめられなければならぬ。然しながら不能が物質的ではなく契約の基本的事情に於ける豫見せられなかつた變化から生ずる時には問題は尖鋭化する。契約特に商業上の契約が引續きその機能を果たし得るためには債務者は、履行が彼の豫見したよりもより困難となり、より犠牲多くなつたと言ふただそれ丈の理由でその義務から免れることが出来てはならぬ。その代り、事情が契約の締結後全く變化してしまつた時には法律は干渉することが出来ねばならぬ。實を言へば、此の場

合に於て、若し裁判所が新條件の下に於て契約の履行を要求するならば、裁判所は實際當事者間に新なる契約を創出するものであらう。此の種の状態の一例は、ディック・カー對メトロポリタン・ウォーター・ボード事件に對する上院の決定（一九一八）（A. C. 119）によつて與へられてゐる。被告は原告のために或る時期——この時期に於ては一九一四年の大戦による諸混亂は豫見されなかつた——に貯水池を建設することを約束した。工事は始められたが戦争の宣言があつたために、被告は豫見しなかつた困難に遭遇した。彼等の労働者は戦争に召集され、彼等の原料は戦争のために徴發された。戦争が終了して工事の再開始が要求された時に事情は全く變つてゐた。労働者は分散してしまひ、賃銀と材料費とは甚だしく騰貴し、必要な裝備器械は實際見出すことが出来なかつた。換言すれば履行は契約の締結時に考へられてゐたものと全く異つてゐた。

凡ての不可豫見の場合に適用し得る原則にして、且又これらの原則がその矯正を目的とする他の諸原則の所に新なる不正を生ぜしめない所の原則を作り上げること困難が横はつてゐる。商品の賣主と買主との利益、船舶所有者と備船者との利益は同一ではなく、一方を満足せしめる原則は他方にとつては不正たり得る。例へば商品の後日の引渡を目的とする契約を締結した者は、急速なる引渡の目的を以て實業家の凡ての投機事業を行ふことが出来る。契約を締結するに際しては、賣主はその契約を充分尊重することをよく知つてゐるけれども、思ひ掛けない事情がその義務遂行を單に出費多きものたらしめる許りでなく、彼を破滅に陥しめるものたらしめる。契約者の何れが、犠牲を拂はねばなら

ないか？ かくの如きが、契約の履行につき豫見されなかつた障礙によつて、生ぜしめられた困難の正しく且つ合理的な解決を探求する人々に、提出される永久の問題である。

イギリス法によつて採用された黙示條件の理論は人爲的であるとの批難に暴されてゐる。契約締結當時、當事者の意思が何であり得たかを決定せんとし、そして當事者の推定された意思に效力を生ぜしめるために一つの約款を假定せんとするあらゆる試は、諸困難を招來し得るのである。何故ならばこれらの場合に於ける意思を判断する規矩は常に客觀的でなければならぬからである。換言すれば黙示條件の承認は必然的にスコットランドの裁判官が「敬虔なる虚言」と呼んだものを構成する。他方實際的規矩の適用を固執せんと欲するならば、此の擬制は不正には終らなかつたと言ふことを認めなければならぬ。

同時に、イギリスの實業家は、イギリス法によつて採用された黙示條件から生ずるところの免除よりもより廣汎な免除を不可豫見の場合に要求してゐるやうに見える。「合意は拘束する」といふ原則は、他の大部分の原則の如くに之を商業上の契約に適用することは屢々困難である。イギリスの法律書著述家達の大半は、不可豫見の、又は履行不能の觀念によつて惹起された問題は極めて困難であり、これらの問題を解決するために案出された諸原則はイギリス法に於てはまだ決定的な形態に到達してゐないと考へるだらうと余は思ふ。新事情は人事關係の絶えず増大してゐる複雑性から生じ、而して此の事項は注意深き研究特に異なる法律制度の専門家達の間における意見の交換を要求する。

結びとして申せば、余が語れば語り得たであらうが、此の報告を合理的な限界の埒外に擴大することを慮れたがために等閑に附した或る諸點が存する。このことは、何故に余が、大戦後の時期に於ける住宅の拂底によつて惹起された家賃の騰貴を妨ぐるを目的とした借家法に觸れなかつたかを説明する。余は又、イギリス法が法律上の利己主義の數多くの現れに關する手段を全く講じながらも、權利濫用に就いての一般的理論を有つてゐないことから生ずる奇妙な状態と、權利濫用とに就いての興味あり且つは微妙なる問題にも觸れなかつた。イギリス法はレジョンと不可豫見との觀念から生ずる不正を妨げるために、經驗的にして非論理的方法によつてではあるが、契約に對して有益な干渉をなしたとはいへ、この契約への干渉を輕蔑の眼を以て見ることに就いての一例は正に右のところにあるのである。此の干渉の行はれた方法は他の法制の法律書著述家達に提供さるべき模範とは看做し得ないではあらうが、それでもそれは、次の如き確實な事實——即ち種々の法律制度に於ける債務法間の相異が如何様であらうとも、追求された目的と獲得された結果とは著しい類似を示してゐると言ふ事實——の説明に貢獻し得るのである。

4. フランス法に於ける裁判官による契約の修正

パリ、カトリック法科大学々長 ラルー氏報告

M. Lalou

裁判官による契約の修正は、二つの原則——約束の遵守と契約上の正義——の衝突より生じた一問題を定立する。

債務者が約束——固き誓約——を守る義務を有してゐるとしても、契約の嚴格且つ完全なる履行が不正に見え得る時には債権者も亦正義を守る義務を有つてはゐないだらうか？ 裁判官は、社會秩序にとつては等しく必要不可欠ではあるが事情によつて衝突するところのこれら二原則を調和せしめる權力を有つてゐるであらうか？

此の問題に關して次のものは如何なる教訓を與へるか？

(一) 昔の著述家達

(二) フランスの民法典

(三) 現代のフランス判例

(四) 現代の法律

此の研究範圍を適當に制限するために、次の事を明確にしておかう。即ち契約の成立と弱者の保護とに於ける裁判官の役割は茲に問題としないことである。即ち問題となるは専ら一度正當に成立せしめられた契約は、裁判官が公平から生ずる諸理由のために之を矯正し又は修正し得るかどうかと言ふことである。

第一 昔の著述家達

此の裁判官の權力に就いて積極な教訓をばローマ法に於て見出さんとすべきではない。ローマ法の教訓は寧ろ否定的であるだらう。確かにローマの裁判官は除外例(詐欺恐怖等)と全部的(in *integram*)原状回復との活用によつて弱者の救済に乗出した。然しながらこれらの手段は契約締結の時に於て公正が無視されたことを前提する。加之それらは無効を惹起するのであつて契約の修正を來たすのではない。我々は辛じてローマ法の二つの制度——この制度に於ては初めには正しく締結された契約の修正が裁判によつて齎される——を指摘し得るのみであらう。これらの二つの制度とは債務者の負債をその資力に迄制限するところの管轄の利益と、その世襲財産をしてその身に代へることを許す財産讓渡である。然しながらこれら二つの制度は、特別の場合に於て、債務者のために契約不履行の効果を制限することに限られてゐる。即ちそれらはその契約の不正を矯正する結果を有つてはゐない。人類間に存する同朋關係 (*vinculum fraternitatis*) は、債務者のためには誓約に對する忠實義務を、

債權者のためには正義の尊重義務を生ぜしめると、最初に教へた者は正に基督教著述家達である。正義を考慮することによつて契約の強制力を緩和することかくの如きことが契約問題に於ては、教父達——サン・アンブロウズ、サン・オーガスタン、サン・トーマ・ダカン——の不變の教義である。

契約上の正義は給付間に於ける均衡を要求する。各人にはその義務を返すといふことこれが契約上の道德に就いての裁判官の義務を要約するところの準則である。アリストートルに依存しつつサン・トーマは明らかに此の種の思想を書表はした、『彼(哲人)曰く、正しきものは我々にとつて有利なものと不利なものとの中間にある中庸に横はつてゐるが故に、人々が此の中庸が何處にあるかを疑ふときは彼等はいつでも裁判官に依頼するのである。それは彼等が公正そのものであるところのものに依頼すると同一事である。何故ならば裁判官は眞に全く正義に取憑かれてゐる程に、此の正義によつて勵まされてゐる人の如き者たるべきであるからである』(サン・トーマ著、ニコマティクスの倫理註解 第一〇卷、第五部第六課の末尾)。

利子付消費貸借の禁止——何故ならば貸主に支拂はるべき利子は借主にとつては利益に對應しないであらうから——正當な價格 (*lucrum moderatum*) 理論、正當な報酬理論、特にレジョン(損害)理論を生ぜしめたものは正に此の教義なのである。ただに契約の成立と同時に存した損害のみでなく、契約成立後に發生した損害も、實際、寺院法學者にとつては、契約の完全な履行を妨げ得るものであつた。此の解決を正當化するために中世紀の法律書著述家達は契約中に、「事情變更の原則」——こ

これによつて當事者は豫見されなかつた事情より生じ得べき不均衡を豫め不都合なものとなし、契約をこれらの事情に適合するやうに修正することを認めたと推定される——を暗に包含せしめると言ふことを案出したのであつた「ヴェセルベスロ (V. Serbesco) 著「契約の履行上に及ぼす戦争の効果 (Effets de la guerre sur l'exécution des contrats)」一九一七年「民法三ヶ月誌」(Rev. trim. dr. civil.) 三五二頁」。

此の點に關し、古代制度の末期に於ける法の状態はどうであつたか？損害に關しポティエ (Pottier) は「全集、プーネ版、第二卷「債務論 (Traité des Obligations)」第三三號乃至第三四號」先づ公平が契約に於て支配しなければならぬことを思ひ出させてゐる。契約者の一方が與へ又は爲すところのもの代價として或る別個のものを與へ又は爲す契約に於て、契約者の他方が一方を欺くために何等の詭計に訴へぬ時でさへも、契約者の一方の蒙る損害だけでこれらの契約を瑕疵あるものたらしめるに充分であると言ふ結果が以上のことから生ずる。何故ならば取引に於ける公平は平等にあるのであつて、此の平等が害せられるや否や、又契約者の一方が自己の受けるところのものよりも多くを與へるや否や、契約は、彼がそこに支配すべき公平に反する行をなすが故に瑕疵あるものであるからである。次いでポティエは附言し結論して言ふ。

『凡ての損害 (Lésion) は、よしそれが如何なる損害であらうとも、契約を不正ならしめ、又それによつて、契約を瑕疵あるものたらしめるけれども、而して又良心は正常な價格に迄補ふことを強ふる

けれども、それにも拘らず社會道德に於ては成年者は損害が甚大でない限りは、損害を理由として契約に就いて不平をこぼすことを許されぬ。之は賢明にも取引の安全と自由とのために確立されたことであり、後日に至つて契約者が容易に契約に反對し得ざらしめるものである。然らざれば我々は、我々が契約を結んだ人が損害を蒙つたと考へ其の結果我々に對して訴訟を提起しはすまいかとの懸念から、敢て契約を締結しないであらう。正常な價格の半分を超過する損害は甚大なものと通常考へられてゐる』。

されば裁判官は、損害が甚大である時、公平の理由のために換言すれば半分以上の損害のために契約を修正することが出来る。如何なる「詭計 (artifice)」も他の當事者を欺くために契約締結時に用ゐられなかつてもさうなのである。ポティエが、その著「債務論」の他の場所 (プーネ版、第二卷第三四五號) で、『債務不履行の場合に定められた罰は、それが過度に失する時は裁判官が之を減少し緩和することが出来る』と教へてゐるのも亦同一の思想の適用によるものである。「事情變更の原則」に關して言へば、公平は、裁判官が此の約款を契約中に暗黙の中に包含せられてゐるものとするを許したやうに、或る著述家には思はれた。かくて我々は、デヌノー・ドゥ・シャルナデュの著書「時効論」一七五三年パリ出版第三卷第十一章三九頁) に於て世人周知の如く、昨今の問題にあらざる問題に就いて次の如き意見を讀むことが出来る。

『貨幣が甚だしき變質を蒙つたが故に、金錢で定められた規定貨銀、約束された報酬は最早適當で

ないと言ふことが時として起り得る。例へば余は、勞役者の食糧のために舊金位によつて數ドニエを支拂ふことを約束したのを見た。これらのドニエは約束された當時にあつては充分であつた、勞役者は自費で働く約束はしなかつたのではあるが、現在に於ては然しながらさうすべく餘儀なくされるであらう。此の場合に於ては衡平は、規定貨銀又は報酬を時の経過——この時の経過は契約そのものよりも尙のこと影響がないわけではあるが——のために増加することを要求する。蓋し此の契約そのものに付ては、若しも豫見せられなかつた變調によつて不正となり且つ餘りに犠牲多きものとなつた時には、衡平の見地より之を修正することを爲し得るからである。』

然しながらデヌムランとポティエとは、判例が『次の如き原理の上に立脚せしめられてゐること』を想起した。その原理とは即ちかうである——『貨幣に於てはその物體や小片が考量されるのではなくて、ただ君主がそれに附著せしめた價值が考量されるのである。』されば『支拂の時に流通してゐる貨幣が品位の低いものであらうとも又重量の少ないものであらうとも或は、又これら貨幣片上に品位又は重量の増加が生じたがために借主が此の價值を作るために、その受け取つた數よりも少しの數しか要しないとしても、兎に角借主は此の價值を返すことによつてその債務を果たすのである』（ポティエ「全集」ビュローネ版、第五卷、「消費貸借論（"Traité du prêt de consommation"）」五五頁第三六號）。

フランスに於ては「事情變更の原則」が認められたとは見えないことを確認せざるを得ざる所以は

以上の點にあるのである。セルベスコ氏の指摘せる如く（前掲書の同じ場所）グジャスとドノーとは、此の事情變更の原則が大に尊重されてゐたときに書を著はしたのであるが、彼等は之に就いては何等語らず、ポティエも亦それに就いて少しも記載してゐない。

第二 フランス民法典

衡平はそのために損はれることがあらうとも、民法典は裁判官が舊法に於て有してゐた專斷權を制限し、契約の安定性を確保せんことを期した。損害に關する舊法と傳統と絶縁して、第一千百十八條は『損害ハ一定ノ契約ニ於テノミ又ハ一定ノ人ニ對シテノミ契約ヲ取消シ得ベキモノタラシム』と規定してゐる。されば舊法に於ては成年者間に於ける凡ての契約は半分以上の損害のために取消し得べきものであつた時に於ても、民法は、損害より引出さるる手段を最早次の場合にしか認めぬ。（一）不動産の賣却であり、然も被害者は賣却者であり損害が十二分の七以上なる場合（第六百七十四條）、（二）四分の一以上の損害のため諸分配に於て（第八百八十七條）。裁判官が過度の違約罰を縮小する可能性に關する我が舊法の同様の傳統と絶縁して、第一千五百二十二條と第一千三百三十一條とは、裁判官が違約罰を變更することを明かに禁止してゐる。最後に貨幣の價值下落の場合に關しては第八百九十五條は次の如く規定することによつて前記のポティエの論綱を確認してゐる。即ち『支拂期以前ニ金銀貨ノ増加又ハ減少アリタル場合ニ於テハ、債務者ハソノ借受ケタル數額ヲ返還スベキモノニシテ、

此ノ數額ハ支拂時ニ於ケル流通貨幣ニヨルモノトス』或る著述家達は此の規定を内部的公序の規定と看做してゐる。「コラン (Colin)、カピタン (Capitant) 共著「フランス民法要綱」(Cours élém. de dr. civil français) 第七版第二卷第二九三號」。

要するに民法典は第千三百三十四條によつて『適法ニ締結セラレタル契約ハ締結者ニトツテハ法律ニ代ルモノトス』と宣言せられたる、契約の嚴格を誠に固執してゐるかに見える。さりながら若干の或る條文は、契約の調和を變更し得るが如き事件の結果、種々の場合に於て、契約の修正を許してゐる。我々は次の如き條文を引用することが出来る。即ち、

『債務者ノ状態ヲ考慮シ且ツ重大ナル留保ノ下ニ此ノ權力ヲ行使シ、以テ支拂ノタメニ相當ノ期間ヲ附與シ、且又凡テノモノヲ原狀ニ留メツツ訴訟ノ執行ヲ猶豫スル』ことを裁判官に許してゐる第千二百四十四條(一九三六年八月三日乃至二〇日の法律による修正以前に編纂されたもの)。

債務者破産の場合又は契約によつて債権者に提供された擔保の、債務者の行爲による減少の場合に於ける期限の失效を規定する第千八百八十八條。

買主の破産又は家資分産(非商人の場合)の場合、支拂のために一定の期限を與へた賣主に引渡義務を免除するところの第千六百十三條。

偶然の事故によつて先の收穫によつて償はるるに非ざれば收穫の全部又は少くともその半分を失つた場合、小作料の免除を小作人に許すところの第千七百六十九條及び第千七百七十三條。

抵當に入れられた一個又は多數の不動産が滅失し又は債権者の擔保のためにそれを不充分ならしめる程の毀壞を受けた場合『債權ノ辨濟ヲ要求シ又ハ抵當ノ増加ヲ得ル』權利を債権者に認めてゐるところの第千三百三十一條。

これらの條文によつて豫見された場合を除いては民法典は裁判官による契約の修正を許すを欲しなかつたかに慥に思はれる。

第三 現代のフランス判例

然しながら契約の原則の此の嚴格さは、或る場合には不公平に到達することがあり得るのである。て、繼續的契約、換言すれば當事者のために連續的給付を認容する契約に於て特にさうなのである。賃借人が商業を営み、賃貸人は千フランの租税しか負擔しなかつた時に、一年に付一萬フランの賃料で一九一三年に締結された五十年期限の不動産賃貸契約を假定してみよう。動員を受けた賃借人がその商業を中止したためその賃料を減額するか、又は經濟事情が所有者の租税を加重したために賃料を引上げるかすることは正當なこととなり得ないか？ 更に又相場の安定せる時期たる一九一三年に締結された十年間繼續すべき引渡契約を假定してみよう。供給者は契約締結の當時豫見されなかつた事情のために、約定價格の修正を要求することが出来ないであらうか？

これらの問題を衡平の方向に於て解決するために所謂不可豫見のための修正なる理論が作り上げら

れた。此の理論によつて裁判官は、豫見されなかつた、又は豫見し得ざる事情の結果契約の履行が當事者の一方にとつて、より困難となり又はより犠牲多きものとなつた時に、此の契約を修正する権限を有つに至るであらう。

(一)此の理論の基礎は何か？ — (二)それは法上正當とされるか？ — (三)破毀院はそれに如何なる運命を與へたか？ かくの如きが此の理論が提出する三つの主たる問題である。

(一)此の理論の基礎は、或は不可抗力の擴張されたる概念の中に、或は契約中に暗黙のうちに包含せしめられた「事情變更の原則」中に、之を探し求めることが出来る。契約の履行を當事者の一方にとつてより犠牲多きものたらしめる豫見されなかつた事情は、不可抗力の場合をなすものであると言ふことが出来ないか？ 當事者は彼等の契約の調和を全く覆すところの事情をではなくて、彼等が豫見し得る事物の状態を考慮してのみ契約を締結したものであると考へることは、『契約ハ誠實ニ之ヲ履行スルコトヲ要ス』と民法第百三十四條に於て定められた原則に適合してはゐないか？

(二)これら二つの考察が不可豫見を理由とする契約の修正といふ理論を私法上正當付得ざることは、之を論證するに難くはない。

先づ不可抗力から引出された議論は捨てよう、それは次の二つの理由からである。即ち、第一の理由は一事件は、二つの特質——豫見し得ざるものであることと債務の履行を絶対に不可抗力ならしめるものであること——を示すとき初めて不可抗力を構成する。債務の履行を單により犠牲多からしめ

又はより困難ならしめる同盟罷業、戦争、債務者の病氣は不可抗力を構成しないと、如何に多くの裁判が判決したことか「ドゥモグ Demogue 著「一般債務論 (Traité des Oblig. en général)」第六卷第 五九二號。コラン カピタン前掲書、第七版第二卷第八一號。プランニオン (Planio)・リップル (Ripert)・エスマン (Esmein) 共著「フランス民法の實際論」(Traité pratique de dr. civ. français) 第七卷、第八一號以下)、第二の理由は不可抗力の唯一の効果は、債務者をして過失から免れしめて債務者を債務から解放するけれども、裁判官が契約を修正することは之を許さぬと言ふことである。民法第百四十七條と第百四十八條は不可抗力に唯一の結果即ち遲滞又は不履行の場合に債務者に損害賠償支拂義務を免除することしか生ぜしめぬ。

「事情變更の原則」に就いては、若しも此の條款が國際條約に於ける様式の條款に則つて契約中に暗黙のうちに包含されてゐるとするならば、又、それが行政契約に於ては、此の公用——そのために此の契約が締結された——の執行を何よりも先づ確保しなければならぬと言ふ理由からして正當なものとされるならば(クロッセ氏の、一九二一年一月二五日、一九二三年三月二日、一九二四年二月二九日、三月二八日、七月一八日、八月八日、一九二五年六月二八日の論文、一九二五年 D. P. 13. 12. 一九二五年五月八日、一九二六年三月二七日の同氏の諸論文、一九二七年 D. P. 3. 17)、それは次の如き反駁の餘地なき、二つの考察に衝突する。第一の考察は、民法第百三十四條の文言によれば、適法に締結された契約は契約の締結者にとつては法律の代となるものであつて、裁判所はこの契

約を適用すること又は出来るが之を修正することは出来ぬと言ふことである。次に第二の考察とは、立法者自身も亦、裁判官は原則として殆ど契約の修正権を有つてゐないと考へたのであつて、十分に確定された特別の場合に於てのみ裁判官に此の権力を與へるために、大戦後に多くの法律を制定したと言ふことである。若しも裁判所が不可豫見を理由として修正をなし得たとするならばこれらの法律は無用であつたらう（一九一八年一月二一日の法律の適用に關する種々の裁判下に附した余の註を見よ、一九一九年 D. P. 249）。

同様に又「事情變更の原則」の作用を實體上に就いての錯誤の上に基礎づけることは出来ぬ、この條款は契約締結後に發生する事件を豫想するのに、錯誤は契約締結當時の事實に關するものである。それは又損害（レジョン）の上に基礎づけることは出来ぬ、損害は約款の前提する如き契約締結後に發生せる事情によつて惹起された不均衡ではなくて、契約締結時に存在せる不均衡を前提する。それは又條件の上にも基礎づけることは出来ぬ、條件は法律行為に明示的に挿入された様式であつて、不確實ではあるがその實現は可能であると豫想された一事件に關するものである、然るに此の條款の作用のためには、豫想を妨げるところの結果を招來する事件が問題なのである。それは又目的の理論の上にも基礎づけることは出来ぬ、何故ならば「事情變更の原則」は契約が目的を缺くことを豫想するのではなくて、契約締結後の事情が目的の實現を妨げることと前提とするからである。契約中に暗黙の中に包含されてゐるとされる「事情變更の條款」は、それ故、フランス私法によつ

て許容された如何なる法律原則にもその基礎を見出すことは出来ぬ。

(三)之、司法裁判所の、特に破毀院の判例が所謂ボルドー・ガス事件と言はれたあの有名な事件の判決（一九一六年三月三〇日の參事院。一九一六年 D. P. 326）——之は行政問題に於て不可豫見を理由とする修正の理論を準則化し、適用したものであつた——によつて左右されなかつた所以である。戦前よりこの方、破毀院は、私法に於ける此の理論を、一事件（クラボン運河事件、一八七六年三月六日の民事判例、D. P. 76. 1. 193）に於て、一判決——之は十六世紀に締結された契約によつて三ソルと定められた灌漑料を、豫見し得ざる事情を顧慮して〇、六フランに上げたものである——を破毀して、以て既に非としたのであつた。大戦後破毀院は、或は家畜賃貸契約（一九二二年六月六日の民事判例、一九二二年 D. P. 1. 73）、或は扶養年金の譲渡に就いて（一九二六年一月一八日の民事判例、一九二七年 D. P. 1. 101）、或は古い契約（一八四五年に締結された契約の如き種類のもの）に就いて、給付が餘りに負擔の重いものとなつたことのために不可豫見を理由として契約を修正すべしとの理論をば數次に互り不正であるとしたのであつた（一九三三年一月一五日の民事判例、一九三四年の裁判所新聞集 I. 17 及び我々の註）。

最も明白にこれらの諸判決は原則として次の如く定置した。即ち「若しも契約が明確であるときは、衡平に就いての如何なる考慮も、裁判官が此の契約が包含する約款を解釋すると言ふ口實の下に該契約を修正することを許すものではない」（一九二二年六月六日の前記判決の冒頭に於ける此の例

文を見よ)。この論綱こそ民法學者の承認するところのものである〔特にヂョッセラン (Josserand) 著「監督された契約 (Le Contrat dirigé)」一九三三年の「週刊ダロツズ」八九頁、カピタン著「契約違反制度 (Le régime de la violation des contrats)」一九三四年「週刊ダロツズ」一頁を見よ〕。

裁判所の左袒してゐるものは正に此の論綱である。かくして事業の危機は、労働者雇傭の廢止の必要に迫られた僱主をして一定期間の労働契約に規定された違約金の支拂から免れしめるところの不可抗力の場合に相当しないと云ふ判決が下されたのであつた(一九三四年五月二日の裁判所新聞)。

「事情變更の條款」は外國の判例特に戰前戰後に之を適用したイタリヤの判例「セルベスコ (Serbesco) 著『契約の履行上に及ぼす戰爭の效果 (Effets de la guerre sur l'exécution des contrats)』一九一七年の民法三ヶ月誌 (Revue trim. de dr. civil) 三四九頁」及び「偶然事故による踏倒」と云ふ理論を樹立することによつて、此の條款の適用より生ずるであらうところの制度に近づいたイギリスの判例とに於て、より大なる成果を收めたかに見える(「リッペル著『民事債務に於ける道德規範 (La règle morale dans les obligations civiles)』一三八、一三九頁を見よ)。

我々は辛じてただ一つの事項——この中に於て、判例が「損害」に就いての特別概念のお蔭で不可豫見を理由とする修正の理論を我が民法に導入するに至つた——を引用することが出来る丈である。それは不動産賣却の一方的約束事項である。此の事項に於ては約束の目的物たる不動産の價值を評價するため如何なる時期に據るべきかと言ふ問題が實際起つた。それは約束のなされた時であらうか、

それとも反對に受益者が、實際に於ては二者擇一の解除と呼ばれる行爲によつてその約束を利用する意思を表示した時であらうか? 例へば不動産の所有者甲が一九一三年、乙に十萬フランの價格で、十年の期間内にその不動産を賣渡すことを約したと假定してみよう。一九一三年に於ては十萬フランは略々此の不動産の價值に相應してゐたであらう。然し一九二三年に此の約束の受益者がその利用を表示した時には、約束當時豫見不可能であつた多くの事情(フラン貨の下落、地代の變動、街路の開通等)の結果二十五萬フランに値するであらう。約束者は損害を主張することが出来るであらうか? 若し約束のなされた時たる一九一三年に立つならば否である、然し若し二者擇一の解除の時期たる一九二三年に立つならば然りである。ところで破毀法院の判例はいつもの通り「損害」があつたか否かを知るために立たねばならぬ時期は第二の時期であると判決した。(一九二二年 D.P. 289、一九二五年の D.P. 123、一九二六年の D.P. 286、一九一八年の D.P. 2113 に於ける吾々の論文、一九一六年一月一四日の民事判例、一九二一年の D.P. 134、一九二四年八月一日の趣意書、一九二五年の D.P. 123 を見よ)。さりながら反對説の味方は、損害は賣主——彼はただ必要に迫られて初めて賣渡したのであつて取消の中に必要な法律的保護を見出す——の同意を汚すところの主觀的瑕疵であると主張する、これは多少理由あるやうに思はれない譯ではない。かくの如き考方によれば損害があつたかどうかを知るために立つべき時期は瑕疵の表はれた時期即ち約束の時である。判例の解決はそれとは全く異つてゐた。判例にとつてはレジヨンと言ふ瑕疵は、適言すれば暴力詐欺又は錯誤と同一

性質の同意の瑕疵ではない、之は専ら給付の不均衡によつて特質付けられた客觀的瑕疵である。ところで此の不均衡は賣却が行はれた時、即ち受益者が自己の利益に於てなされた一方的約束を實現する時に於て初めて之を評價することが出来るのである。若し此の時に於て賣買の目的物たる不動産が約束當時豫見不可能であつた諸事情の結果著しく價値を増大したとすれば、賣主は損害のために廢罷を要求し、買主が正當價格よりも十分の一だけ少ない追加を支拂ふのでなかつたならば此の廢罷を得るであらう。されば間接には原契約は修正される。然しながら此の特別な事項に於ては此の結果に到達するためには、損害の瑕疵の主觀的又は客觀的特質に關する論争を利用しなければならなかつた。

第四 現今の法律

司法裁判所の判例が、不動産賣渡の一方的約束事項に於て、民法典の原則によつて初めて認められたところの不可豫見を理由とする修正の理論は、その後下記の様き多くの法律によつて多くの特別事項に於て認められた。

『戰爭狀態ノタメ契約者一方ノ債務不履行ガ負擔ヲ惹起シ又ハ契約締結當時正當ニナシ得タ豫見ヲ遙カニ越ユル大キサノ損害ヲ該契約者ニ生ゼシムル事ガ證明セラレタル場合ハ』契約の修正許りではなくその取消を許すところの一九一八年一月二一日の法律（ファイヨの法律と呼ばれるもの）、

戰爭の、豫見し得ざる歸結の結果として、賃料の免除と、契約期間の延長とを創設するところの賃

料に關する一九一八年三月九日の法律、

戰爭中に發せられた多くの支拂猶豫令、

長期間の賃貸契約の修正に關する一九二五年七月六日の法律、

賃貸借延期に關する一九二六年四月一日の法律及び一九二九年六月一九日の法律、

長期の小作契約の修正に關する一九二七年六月九日の法律、

『病院設立ニ於ケル建設税ノ輕減ヲ許ス』一九二七年七月二一日の法律「此の法律と此の法律が不可豫見を理由とする修正の理論に就いてなした適用とに關しては週刊ダロツズ (Dalloz hebdomadaire) に於ける我が論文を見よ。一九二七年譜六九頁」、

『一九三二年七月一日以前ノ賃貸契約ノタメニ減額ヲ得ル目的ヲ以テ賃料改正ノ訴權ヲ行使スルコトヲ商人、工業家、工匠ニ許ス目的ヲ有スル』一九三三年七月一三日の法律、

營業株の賣價に對して支拂はるべき利子の、その株の取得者——一九二六年七月一日と一九三三年七月一日との間に於て購買し且つ最近二ヶ年度の事業數は取得に先立つ二ヶ年度のそれに比して三十パーセント方減少したことを立證した——への完全なる交付を認めてゐる一九三五年六月二九日の法律、

經濟危機のために或は賃料又は或る抵當付負債の利子の十パーセント方の減額、或は商業、工業、手工業用家屋の賃料の出來得る限りの修正を命ずる一九三五年七月一七日の法令。

かくの如く不可豫見を理由とする契約修正理論は、地歩を占めてゐる。確かに之を認めるに難色を示してゐる。若干の現はれが今尚ほ存在してゐる。例へば營業株賣却價の規定に關する一九三五年六月二十九日の前記の法律を制定するときに際して、下院は此の事項に就いて明白に此の理論を認めようとしたのであらうが上院は之を拒否した。それは經濟的危機の結果生ぜる、賣渡後の價値減少たる營業株價値減少のための價格の引下を認めなかつた。上院は營業株の無形的要素に基く三十三パーセントの損失のための引下だけを認めた。エスマン氏の指摘したやうに『一九三五年の法律による營業株賣渡價格の規定』(Le règlement du prix de vente de fonds de commerce) 一九三五年七月八日の「バレー」誌「不可豫見を理由とする修正と損害を理由とする減額との間には次の如き相異が存する。即ち前者を評價するためには要求の日に立つのに、後者を評價するためには契約締結の日に立つのである。

然しながらこれらの現はれにも拘らず裁判官の契約修正權は益々増大するやうに見える。かくして契約不安定の制度が徐々に成立する。かくして契約は當事者の法律となると言ふ原則は徐々に消え失せる。此の消失の原因は或は正義の思想であらうとも、或は民法上に於ける民主主義的思想の影響であらうとも(リペル氏著「民主主義制度と現代の民法」第九十二號以下)或は更に同時にそれらの二つであらうとも、此の徐々にして然も累進的な傾向の中には一つの法律的現象——その進化を辿ることとは興味あることであつた——がある。約束の遵守と衡平との間に於ける、此の研究の冒頭に於て指

摘された争に於ては、民法典にあつては勝利者であつた前者はその地歩を失つてゐる。それを遺憾に思つて次の如き有名な言葉『神よ議會の衡平を守り給へ』を繰り返すべきであらうか？

5. ハンガリヤに於ける裁判官による契約の修正

ブタベスト、ビエール・パツマニ大學法學部民法教授

シャルル・ドゥ・ツラデイト氏報告

M. Charles de Szalits

契約の修正てふ題目の下に於ては、その問題は、相互的給付の均衡と言ふ共通の原則上に立脚するところの體形的に異つた二つの制度を包含してゐる。

體系的には「損害」は遡及效を有する契約の無効(無効又は取消)の範疇に入るのであるが、不可豫見は、或は有効に成立せる契約の將來に向つて消滅すると言ふ形態としてか、或はその契約條項の修正として表はれる。「損害」と言ふ名目での無効の場合には、契約は、前存事情を原因として無効と看做される。従つて當事者間には、他日修正されるかも知れぬ契約關係は存在しない。他方不可豫見は、正規に成立せる契約を、後に生じた事件のために修正する權限を裁判官に與へるのである。實際「損害」の場合に於てさへも、法律は裁判官に、或は契約無効とする權限、或は修正された形

態の下に之を維持する権限を附與することも有り得る（一九三三年のポーランド債務法第四十二條）。かくの如き法制に於ては無効と修正とが並存する。ハンガリヤの法律（高利に關する一九三二年の法律、第五）は例外の場合に於ては、利用された債務者とその受取つた價値の一部的又は全部的返還義務から免れしめることを裁判官に許してゐる（上述の法律第二條第五第六項）。それは正しく又一の修正ではあるが、正確に言へば、かくの如き場合に於ては裁判官によつて修正されるものは取消された契約ではなくて、寧ろ不當利得を返還すべき（契約外の）法律上の義務つまり契約の無効より生ずる義務であると言はねばならぬであらう。

第一——「損害」に就いては、我々は相異なる立法制度に於て主たる二つの群を區別することが出来る。即ち一は相互的給付の不均衡と言ふ丈のことを基礎として「損害」の名目で無効を許す客觀的の制度であり、他の一は此の不均衡の外に、損害を蒙れる當事者の個人的境遇の不當な利用を要求する主觀的の制度である。ハンガリヤ民法は、これらの形態の中の第一の下で、然しながらただ例外的な場合に於て損害を理由とする取消を認めてゐる。オーストリアの民法典は、その現在の編纂では此の二つの制度を結合してゐる。即ち一方それは取得された價値の半分を超過する損害を理由として、契約の取消を認めてゐる（客觀的ローマ制度、第九百三十四條第九百三十五條）他方他の契約者の弱みに乗ずる契約を無効にして存在せぬものと宣言してゐる（主觀的の制度一九一四年の現行法第三號第九十條によつて修正された第八百七十九條）。スイスの債務法（第二十一條）、ドイツ民法（第四十二

條）は主觀的の制度を採用し、債務者の境遇の不當な利用によつて惹起された明白な不均衡の凡ての場合に對して、一般的レジョンの名目で無効とすることを許してゐる。ハンガリヤ法が高利に關する最近の法律に於て、原則として左祖してゐるのは正に此の最後の群である（前記一九三二年の法律第六によつて改正された一八八三年の法律第二十五）。

（一）ハンガリヤの法律は「損害」の二つの型を區別してゐる。即ち第一の型は固有の意味に於ける高利であつて、刑罰的結果を課せられるものである。第二の型は民法上の結果しか認容せぬところの所謂利用契約によつて代表されてゐる。固有の意味に於ける。高利は理論上では信用に於ける高利と呼ばれてゐるが、利用契約は現實的又は同時的高利と呼ばれてゐる。二つの型の共通な特質は、當事者の一方による他方の窮境、輕卒、精神耗弱、無經驗、從屬、又は、利用者が後者に於て博してゐる信用的地位の利用である。然しながら此の共通點を越えては、事實の分れ目がある。單純なる不當利用の場合に於ては、全く被害者に甚だしき損害を加へることによつて、自己又は第三者のために無償の利益又は法外の利益を契約し、又は取得しただけで充分なのである。例へば辯護士がその依頼者をして、彼に不動産の贈與をなさしむるか又は捨値で賣らしめる場合。一傭主が窮迫せる勞働者とその勞働の價値と全く不均衡な嘲弄的賃銀を支拂つて傭ふ場合等。……單純な不當利用は普通、給付の同時的交換によつて行はれる。それに反して固有の意味に於ける高利は、凡ての場合信用行為——貸與行為、或る給付の前貸、債務履行のために與へられた期間、債權の變更又は停止——を前提する。

高利的利益は、高利貸の給付即ち信用開始の價値を明白且不均衡的に超過する物質的利益の中に常に存する。或る者をして、給付と交換に不動産を拾値で賣らしめることは單純な不當利用に過ぎぬ、然し商品を窮乏せる買主に後日拂で賣渡し支拂の猶豫のために信用の名目で正しく法外な價格を無理に押付けることは、これぞ法律の意味する固有の意味に於ける高利である。

(二) 「損害」の二つの型は等しく無効を課せられる。高利契約 (Contrat usuraire) の場合に於ては此の無効は絶對的である (第一條)。即ち此の無効は第三者さへ之を援用することが出来、裁判官は職權を以て之を確認しなければならぬ。之に反して單なる利用契約 (contrat exploitant) の無効は相對的である。即ち利用當事者及び利害關係人たる第三者は被害者たる當事者が以前に自己の利益のために無効を主張した場合、換言すれば彼の方で無効より生ずる權利を行使した場合にのみ、此の無効を援用することが出来る (第九條)。被害者たる當事者は、兩當事者による契約の履行の時より起算して一年内に於てのみ訴により無効を主張することが出来る。利用者の主張に對しては、例外として何時にてもその權利を主張することが出来る (同條)。

(三) 無効の結果は二つの場合とも、相互に受取つた給付の返還である。裁判官は請求に基いて被利用當事者に、返還のために猶豫期間を與へることが出来、又此の當事者に不急的に支拂ふことを許すことが出来る。此の場合に於ては同一の猶豫期間は他の當事者にも與へなければならぬ (高利の場合に於ては與へることが出来る) (第二條第五項、第十條)。

原狀回復の義務は多くの見地に於て、高利貸の方からは、他の凡ての契約者の方よりも嚴しい。高利貸は、中間に於て、過失によらずしてその高利の利益を失つたとしてさへも、返還しなければならぬ。然るにそれと反對に「損害」の恩恵に浴した當事者は、かくの如き場合に於ては凡ての返還を免除される。若しも被害者たる當事者の給付が契約に基いて受取つた價値を超えるならば、高利貸は超過に對して利子——給付の日より法定利率によつて計算される——を割戻さなければならぬ。

高利貸は又第三者が契約締結に基いて、又はその締結の時に受けたものを返還しなければならぬ。而してそれは不法行爲の場合なるが故に、高利貸は被害者たる當事者に對して損害賠償の義務を負はねばならぬ。原狀回復が被害者たる當事者の破滅を惹起し得るが如き例外的場合に於ては、此の當事者は全部又は一部の免除を要求することが出来る。これは高利貸契約と言ふ事實のために損害を蒙れる被害當事者への損害賠償義務の論理的歸結に他ならぬ。

(四) ハンガリヤの法律は「損害」又は高利に先立つ契約を修正された形態に於て維持する權限を裁判官に與へてゐない。それは裁判官に修正に終るべき契約の修正權を與へてゐない。さりながら判例中には、裁判官が被利用當事者の給付を減少して契約を維持した判決が (新法が施行される以前の判決に於て) 存在してゐる。此の種の規定は (ポーランド法第四十二條のそれに類似の) ハンガリヤ民法の舊草案 (一九一三年の草案の第七百八十二條) に於ても發見される。最後の草案 (一九一八年のそれ) に於てこの規定が拋棄されたことは遺憾である。若し甚だしく過度となつた給付を不可豫

見の名目で減ずることを許すならば、法律制度の調和は當初的利用の場合に於ても同一のことを要求するであらう（ポーランド法律が、次の二つの場合に於て修正を許してゐるのは正に此の方向に於てなのである。二つの場合とは「損害」の第四十二條と不可豫見の第二百六十九條とが即ち之である）。

(五) 利用行為を理由としての取消は、正しく新法以前ハンガリヤの判例によつて仕上げられた、而して此の新法自體は、此の取消を革新として導入したのではなくて、全く單に、その規定は『現行私法ニ於テ認メラレタル』利用契約の無効に何等の影響を及ぼすものではないと規定してゐる（第九條）。判例は此の種の契約を道徳の規範に反するものとして、又は不正な勢力の場合として取扱つた。新法の條文を超えての、判例による此の種無効の擴大は、それ故に何等不可能事ではない。實際裁判所が事故によつて傷害せられた人がなした損害賠償の拋棄を斟酌しなかつた場合が存する。裁判所は又一被拘禁者の妻が一辯護士に與へた極めて多額の謝禮金を認めなかつた。この場合こそ正に不正な勢力の場合であり、人の變則的狀態の利用の場合である（オーストリア法典第八百九十七條、感情の激動（Gemütsaufregung）參照）。

(六) 以上のことによれば我々は、ハンガリヤ法に於ては、固有の意味に於ける「損害」に就いて語ることが出來ぬ。給付の初めからの不均衡は、それ自體にては契約取消の基礎たることは出來ぬ。ハンガリヤの法は、不正、不當、不誠實な換言すれば不道徳な勢力が給付の不均衡と結付いた時に初めて給付の不均衡に對して反動するのである。

契約當事者の他方の弱點を利用することに對する此の反動は、ハンガリヤの理論と判例とに根を下してゐる、而して余には正にさう思はれるのである。之、ハンガリヤ民法の（一九二八年の第九百七十七條の）草案が此の「損害」の形態を、多少簡單な形ではあるが、維持して居る所以である。且つその草案はドイツ民法典の如く、固有の意味に於ける高利と、當事者の他方の利用契約との間に區別を設けない。それは此の後者の方を、そこに結果として相對的無効を附著せしめることによつて、一般化してゐる。それ故に裁判官は、被害當事者の請求なくしては、此の無効を豫定することは出來ないが、若しも有罪者が此の契約に基く訴訟を提起するならば、裁判官は、被害者が、契約成立當時原告によつて利用された事情の下に今尚ほあると考へるときには、此の被害者のために財産管理人を任命することが出来る。

第二——高利的利用は、ハンガリヤ法に於ては久しき以前から、契約無効の原因として認められてゐるのに、不可豫見の觀念は最近のものである。

(一) 「事情變更の原則」の痕跡は契約の豫約に就いて（ハンガリヤの判例及び一九二八年の法典草案第千五百五十條第二項によつて採用されたオーストリアの法典第九百三十六條參照）、或は又雙務契約に於ては前履行（ハンガリヤ草案第千三百三十條第四項）に就いて見出される。然しながらこれは、之が一般化は夢想だにもされなかつたところの一原則の特別且つ散在的な適用に過ぎぬ。

さりながらドイツ理論に於ては事情の變更を理由とする契約の取消を正當づけるための二つの主

要點があつた。一は豫想 (Voraussetzung) に關するヴィンドシャイドの理論——之は固よりドイツ法典に於ては認められなかつた——であり、他は豫見されなかつた事情によつて惹起され、債務者に歸せらるべき犠牲の程度を超える債務の加重化 (überobligationsmassige Schwerkheit) に存するところの所謂經濟的不能の議論であつた。この後者の議論は誠實を契約履行の指導精神としてゐるところのドイツ法典の第二百四十二條に立脚せしめられてゐる。此の考方によれば債務は、給付を保障する債務者の絶對的責任にあるのではない。誠實の範圍内に於て約束を果たすために出來得る限りのこと凡てを爲すと言ふ義務のみが債務者に歸せられる責任なのである。同一の原則は一九二八年のハンガリヤ草案第八十四條に於て、債務者には更にもつと都合な條文に於て有する。『債務者ハコノ種ノ諸事情及ビ生活ノ一般的概念ヲ考慮シテ公正ノ要求スルトコロニ從ヒソノ債務ヲ履行スルコトヲ要ス』。

(二) 世界戦争の結果として契約の履行に付現出せる諸困難を回避するために、ハンガリヤの判例が用ゐたものは正に契約の此の觀念なのである。機會はいくばくもなくしてやつて來たのであつた。

戦争の初めにはハンガリヤの大製粉工場は破滅の危機にさらされた。通常、大製粉所は粉を定期的に賣捌いてゐた、而してそれをカバーするために麥の買埋めをなしてゐた。ところで大戦が勃發したので麥は外國から來ず自國の麥は軍隊のために徵發された。麥の価格は突然騰貴した。麥粉の引渡を果し得るためには、大製粉所は麥を二倍の價格で買はねばならなかつたであらう。これらの製粉所は

全部の資本を失はねばならなかつたであらう。ブタベストの取引所の仲裁裁判所が初めて製粉業者に對する訴訟を取扱つた。此の裁判所は經濟的不可能のため、自然形態に於ける麥粉の引渡義務を債務者のために免除し、履行されなかつた引渡をば示談的に規定するために、取引所の組合會議によつて確定された清算價格に相當する公正な賠償のみを強制したのであつた。此の裁判——[Hitejogi Döntvényár (商法判決集) に發表された (第八卷第一六三號)]——とその裁判に附著する科學的な議論とは、今度は通常裁判所をして同様の判例をなすに至らしめた。

(三) ハンガリヤの裁判官を動かしてゐる公正と中庸とからすれば、これらの判決そのものは大きな困難をかもし出しはしなかつた。困難は、契約に於ける信仰を動搖せしめることなくして、これらの判決を理由づけることであつた。

これらの場合は凡て次の如き共通な特徴を有つてゐた。即ち(a)何人も豫見することが出來ず、且つ不可抗力の性質を有するところの事情即ち、當事者の凡ての打算、豫見を覆し、當事者の考慮し得た危険を遙に超える事情の發生、(b)従つて一方の當事者は豫見されなかつた。そして又法外に大きい損失を蒙つたのに、他の當事者は同様に豫見せられなかつた。そして又法外に大きい利益を收めることによつて生じた相互的給付の不均衡、(c)誠實と公平とに反する此の不均衡の利用。

以上の諸條件に於て裁判所は、餘りに犠牲多きものとなつた契約を拋棄する權利を債務者に與へるか、又は給付の均衡を再び確立しつつ契約を維持することを債權者に許すかその何れかをなしたので

あつた。時としては裁判官は債務者をして、尙ほ堪え得る如くに見える危険の限度に於て、損害賠償の支拂を強制することによつて、相反する利益間に公平な分配をなしたのであつた。此の點に關し通常裁判所が取引所の仲裁裁判所が初めて與へた例に充分に從はなかつたことは遺憾である。

不可豫見に關する最高法院 (Curia Regia) の裁判は次の通りである。

『債務者は、その履行が債務者の責に歸すべからざる理由によつて不可能となつたところの債務を免除せらる。ただに履行を妨げる原因が人力によつて回避され得ざる場合のみならず、債務者が債務を負担するに際して、非常な慎重さを以てしてさへも豫見し得なかつた經濟事情によつてその履行が妨げられる場合にも亦、履行は債務者の側に過失なくして不能となる。右の經濟事情とは、履行をしかくの如き犠牲即ち債權者には法外の利益を得せしむるも債務者の破滅に終るところの犠牲にかからしめる諸事情である』(一九一七年の C. 四三九一、原則の決定、第六四三號(註二))その後最高法院は債務者の破滅の暗示を捨てて次の如く述べた『給付が經濟的に不能となるためには、その給付が債務者の破滅を惹起することは必要ではなくて、その給付とその反對價值との間に、公平と誠實なる取引とに反する明白なる不均衡が存在しさへすればそれで充分である』(一九二〇年の C. 一〇六三 M.D.(註三)第八卷)。而して更に一層明白に述べて曰く『給付と反對給付との間に明白なる不均衡——この結果によつて契約者の一人は他の者に損失を與へて法外な利益を得、ために給付の請求は債務者の、過失なくして生じた境遇の無慈悲な利用に相當するものであり、それ故に權利の濫用とし

て表はれるものである——があれば、經濟的不能があるのである(一九二一年の C. 一九四五 M.D. 第一五卷一七)。

(註一) C なる文字は Curie Royale (王國元老院の裁決) を意味する。

(註二) これらの數字は最高法院の民法の、原則的判決官集の號數に據つてゐる。これらの裁決は、完全なる裁決即ち強化された特別部の所謂統一的裁決によつて修正される迄は法院の各部を拘束する。

(註三) M.D. = Magánjogi Döntvénytar 即ち私法裁決集。

これらの原則は初めは戦争前に締結された契約にのみ適用された。その後それらは、後に發生せる給付の經濟的不能が慎重なる商人によつて豫見され得ざりし限りは、戦争中に締結された契約にも亦擴張された(一九一七年の C. 七四八、原則的裁決第六四五號)。

此の經濟的不能を採用することによつて債務者は契約を拋棄することが出來た。さりながら債務者は、他の當事者の損害に於て、此の拋棄から利益を引出すべきではなす(一九一八年の C. 二八四四、グレル集第一七卷第三八九號) 契約の解除より生ずる損害は二人の契約者間に平等に負擔さるべきである(プタペスト控訴院、一九一六年の第七二八四號、M.D. 第一一卷第九六號)。

契約の單なる解除は、凡ての要求に適應しないことがやがて認められた。之、最高法院がその經濟的生存の動搖なしには債務を果すことの出來ない當事者に對して、他の當事者が契約關係の維持を固執する場合は、公平の範圍内に於て經濟的均衡を回復して以て契約の條項の修正を要求するの權を場合によつては認むる所以である(一九一五年の C. 一〇四九五、原則的裁決第六四六號)。此の場合に

於てその給付が経済的に不能となつた當事者は他の當事者に反對給付の（前記第六四六號）、例へば電流引渡のために單位價格の適当な引上を要求することが出来た（一九一六年の C. 三四三三、M.D. 第一卷九七、第一二卷一七六）。

これら凡ての原則は、その後、最早戦争によつてではなく、戦後の混乱によつて惹起された憂ふべき結果に迄擴張された、『内部的混乱による不安定性の増大は、契約の自然的前提の變化として現はれ、此の條件の變化が契約者の一方の危機を著しく増大せしめた時は契約拋棄の理由として之を援用することが出来た』（一九二〇年の C. 三三七二、M.D. 第一四卷二二）。

(四) この戦時判例は三つの指導的原則の綜合を表はしてゐる。

(a) 第一の原則は誠に「事情變更の原則」ではあるが制限的な性質が與へられてゐる。事物の状態の顛倒混乱は豫想外のものでなければならぬ（不可豫見なるフランスの名稱はそこに由來する）。又それは總じて單に若干の個人のみならず國民經濟の經濟的條件を害するものでなければならぬ。變化は當事者達が考慮に入れる危険を超えなければならぬ。要するにこれは契約中に暗黙の中に含まれた基礎の崩壊でなければならぬ。

(b) 定立される第二の原則は所謂經濟的不能である、即ち相互的給付の明白なる不均衡、凡ての雙務契約の基礎に横はる經濟的均衡の破裂、裁判所は初めには壓倒的な又は破壊的な不均衡のみを斟酌する。その後裁判所は、債務者に合理的に課し得る努力と犠牲との限界を超える不均衡で満足する。こ

の原則は債務者の責任の制限以外の何物でもない。

(c) 第三の原則は權利濫用の制裁の原則と名付ることが出来る（若しもフランス理論の一部がなしたやうに權利濫用の觀念の中に矛盾せる觀念を見るならば、權利の制限に就いても同様なことが言はれ得るであらう）。債權者の主張は誠實と公平とに反しなければならぬ。債務者の利用——若し契約の締結に際して起るならば高利を貪ることと名づけられる——に關はらねばならぬ。不可豫見の場合に於てはリベル氏が爾後の高利に就いて語つてゐるのは極めて正しいことである。實際その基礎の崩壊によつてその本來の意義を奪はれた合法的強制の利用は、誠に契約成立の際に於ける債務者の窮乏又は他の個人的事情の利用に等しい。

要するにこれら三つの原則は債務法の總體を指導してゐる中心規範即ち誠實と言ふ規範の三つの放射線に他ならぬ。ハンガリヤの判例は、不可豫見の凡ての結果をば、ハンガリヤ民法典の草案（一九一三年の條文第八百五十五條）から借り來つた原則から演繹した。これによれば債務者は公平と誠實との範圍内に於てその債務を果たすことが要求されて居り、又此の原則は債權者の主張に迄及ぶのである。此の原則はドイツ民法典の第二百四十二條に對應し、ドイツの判例と理論とが、戦争と經濟的危機とのあの災害的な結果を矯正するために使用したものは、正當にも正に此の條文なのである。

(五) 我々はハンガリヤの判例に於ける『經濟的不能』と言はれる不可豫見理論の根源を述べた。その後の發展を追究することは恐らく有益であらう。

債務者の地位を甚だ悪化せしめたものは、初めに於ては、實際、戦争の結果たる輸出の障碍、原料の缺乏、價格の騰貴であつた。貨幣の價值下落が漸次それに加はつて來た。そのことは長い間世人には殆ど知られなかつた。人は價格の騰貴特に不動産のそれのみしか見なかつた、そして經濟的不能の原則を適用することによつて、價格の騰貴から生ずる紛糾から免れんと試みたのであつた。

最高法院が買取の選擇の場合に於て（強化された部の裁決第二六號に於て、官集第七六五號）次の如く宣言してゐるのは正に此方向に於てなのである、即ち『若し不動産に對する選擇權行使のために定められた時期に於て、その不動産の價格が經濟事情特に貨幣の購買力に生じた豫見し得ざる事情のために法外に騰貴したならば、その所有者は賣渡の義務を免れ、且つ又選擇權者が契約に於て定められた價格の代りに選擇時に於ける不動産の價值に相當する金額を支拂ふ用意のある場合に於ても、選擇權は最早之を行使することは出來ぬ』。總じて凡ての裁決に於て、『若しも契約の成立した時期とその履行のために定められた時期との間に經過せる日時中、貨幣の價值が著しく下落し、又不動産の商品價值に於ける大きなひらきが現はれるならば、賣手は有効に經濟的不能を援用することが出来る』（一九二二年の〇七五七六 M.D. 第一六卷第六十條）。

此の原則は動産賣買にも擴張され、若し買手が契約の履行を固執するならば彼は商品の時價を支拂はねばならぬと、最高法院は附言した（一九二二年の〇三九二六、一九二一年の〇五二五三、一九二二年の〇六九二八、M.D. 第一五卷四八と八九、第一六卷六一）。

然しながらインフレーションが發展し、貨幣の價值下落が金價值の一萬四千五百分の一に迄進んだ時に、人は所謂經濟的不能の埒外に出る一問題に當面してゐることを認めた、價格引上の問題が起つたのである。重壓する負債から債務者を庇護することは最早問題ではなかつた。債權者を彼の財産を奪つてしまつたところの嘲弄的な支拂から保護してやらねばならなかつた。人は一紙幣價值は一金貨價值に等しいと言ふ法律上の擬制に衝突したがために問題はより無限に困難であつた。正しき解決は國家の破産と經濟全組織の破滅とを齎らす恐れがあつただけそれ丈問題は解決し難いものであつた。經濟的不能と貨幣價值下落とは大部分に於て、特に雙務契約の領域に於て一致した。さりながら不可豫見の觀念は後方に押しやられて、利用の問題は最早存在しなかつた。均衡の原則はその領域を支配し、公平な規整の鍵を與へた。

然しながら貸借、損害賠償、扶養年金等の片務債權に於ては、事情は全く異つてゐた。全く價值の下落してしまつた貨幣の名目的價值を維持する法律上の擬制が齎す災害的な結果を矯正するための手段を探し求めなければならなかつた。場合は漸次分岐して行つた。單なる金錢債務と特別目的を有する金錢債務との間に區別が設けられた。

第一群の債務に就いては裁判所は、債務辨濟の遲滞中に生じた貨幣價值下落を債權者に補償することを強制した。第二群のものに就いては判例は、價格の騰貴に連れて補償を引上げることによつて、例へば扶養年金を生活費に比例して引上げることによつて、債務の金額を債務の特別目的に適合せし

めた。

判例——『經濟的不能に就いては發展せしめられた諸原則は金銭債務には之を適用することは出來ぬ』（一九二五年の C. 一二六八）。『給付に生じた價值下落によつて惹起された損害は惡意の遲滞の結果として債務者の負擔に歸さなければならぬ』（一九二二年の C. 五五〇四、M. D. 第一五卷九六及びその他）。『損害惹起者は損害を生ぜしめた行爲の時期に於ける物の價值に、此の行爲の時に於ける貨幣の價值と賠償の時に於ける貨幣の價值との間の差額だけを附加して返還しなければならぬ』（一九二三年の C. 六〇二五、M. D. 第一七卷一〇二及びその他）。『事故のため或る者に與へられた終身年金は貨幣價值の著しき變動に應じて或は引上げ又は引下げることが出来る』（Dec. plénière, 第八十七號）。『或る者が他の人を扶養することを約束した時、生存條件に起つた變化の結果扶養年金の額が不充分である場合には、権利者が此の年金の割増を請求することを妨げることは出來ないが、此割増が餘りに重き負擔を義務者に課するのを監視しなければならぬ』（一九二二年の C. 四五三〇 M. D. 第一六卷九三）。

判例は貨幣の價值下落によつて惹起された損失を、多くの場合此の方法によつて輕減することに成功した。さりながら大半の場合に於て、特別の目的を有せざる金銭債權の債務者がその辨濟期にある債務を辨濟した時には債權者は、無防禦の儘であつた。

『若しも債務者が遲滞してゐないならば、債權者をして、價格の引上げられた負債金額より生ずる

債權を請求することを得せしめる法律又は判例の原則は、現在に於ては、存在してゐない』（一九二四年の C. 四三三、M. D. 第一八卷二三及びその他）。

それ故にこれは年金者の破滅であつた、即ち抵當、公債證券、交互計算、銀行への預金は凡て無に歸せしめられた。最後に判例がこれらの憂ふべき結果を矯救するために無力な試をなした時に、立法が干渉して來た。或る私的債權の價格引上に關する一九二八年の法律第十二は、判例のその後の發展を簡略にし、それ迄に獲得された結果を改鑄した。

『債權の割増（價格の引上）の基礎は、債務者の遲滞にあるのではなくて、經濟事情の破滅状態と、之より生ずる貨幣價值下落——これらの結果債權者はその名目的な金額を回收することによつて不當の損失を蒙り、債務者は不正な利益を得る——にあるのである』（一九二四年の C. 六六〇五）。

『債務者がその借入金を價值の不動な對象に投資せる場合に於ては、貨幣價值の下落を名目として貸借債權の價格引上をなさねばならぬ』（一九二五年の C. 四七一〇 M. D. 第一九卷七一）。

一九二八年の法律第十二の第四條『以下ノ場合ハ價格ノ引上ヨリ之ヲ除外ス、（一）銀行預金ヲ含ム金銭貸借（二）交互計算ノ差引高（三）爲替手形、小切手、商業證券（四）土地債務及ビツノ他一定ノ收穫ニ對スル證券等』或る例外殊に遲滞の場合を除いて全部。

價格引上に關する法律は、解決し難きものを解決するため、換言すればインフレーションの專斷に論理を導入するためになした判例の努力をして終局を告げしめた。或る點迄は判例は貨幣價值下落の

有する諸困難を相互的給付の均衡、經濟的不能、不可豫見の原則によつて、又法律制度の一般的原则——契約の目的論的解釋、誠實の要求、不當利得の禁止——によつて克服することが出來た。然しながら結局判例は、打ち勝ち難き障礙に突當つた、即ちインフレーションは法律制度に於ける變則即ち立法によつては一部分しか除き得ざる變則を表はす。それ故に裁判上の價格引上は、或る程度、裁判官による契約の修正として現はれる、何故ならば大部分にとつては、それは擬制と現實との衝突によつて惹起された混亂に於ける立法的救済の試みに過ぎぬからである。

價格の引上と不可豫見との有する共通點は、債務者の責に歸すべき犠牲を制限し、債權者に支拂はるべき賠償を決定するために、債務の効果の到達範圍の尺度としての誠實に訴へることである。

(六) 事件の經過中、貨幣の購買力に生じた變動は、物價の下落と比較しての貨幣の内部的價値の騰貴によつて一度ならず感ぜられた。そのとき金錢債務者は彼等の負擔の輕減を要求した。恐慌の際に於ける立法は、干渉し以て小作料の小作人の利益への調整、地方の所有權の負擔の輕減等を命じた。凡てこれらは茲では取扱はぬ。我々の興味を惹くものは長期の賃借人が賃貸契約の解除又は堪え難き程に重くなつた賃料の減額を何等の特則がなかつたのに、全く單に『經濟的不能』を主張して懇願したと言ふことである。實際此の懇願はただ時偶行はれたのであつた。醫師、技術家、商人は賃貸料が著しく下落したこと、彼等の収入が甚だしく減少したこと、従つて彼等は繁榮の時代が豫測されたときに長期のために定められた一定の賃借料を支拂ふことは不可能であることを主張したのであつた。

裁判所は、時としてはこの主張を認めたけれども、總じて此の點に關しては或る留保を示したのであつた。實際かくの如き判例は經濟的不能の原則の極度の緊張に等しい、即ち賃借人は常に諸條件の變化を顧慮しなければならぬ、彼はその収入の減少の危険を忍ばねばならぬ（若しも干渉主義を採用する立法が重大な理由と言ふ名目で長期契約の解除を命ずるならばそれは別であらう）。不可豫見を名目とする契約の修正は、餘りに廣きに失する擴張の危険を招來すると言ふことと、その條件を極めて慎重に定めることによつて此の危険に備へなければならぬと言ふことが以上のことから理解される。

(七) 經濟的不能のため又は貨幣價値下落のため變化せしめられた諸條件への裁判官による契約の調節は、眞に例外的ではあるが一般法の一救済手段たることを表はしてゐる。戰爭中又は戦後の例外的立法は、その上、他國に於ける如くハンガリヤに於ても、或る群の契約のために特別の修正を導入した。されば一九二三年の法令六一四〇號及び一九二三年の法令一四〇〇號は或るときは農産物の甚だしき價格下落によつて堪へ難き程重くなつた一定額の自作料の負擔を輕減して自作人を救ふために、或るときは小麥價格の下落のために貧窮に陥つた賃借人の利益のために自作契約の修正を規定した。此の場凌ぎの立法は茲に定置された問題の埒外に出でてゐる。それは法の一般的原则に歸著されない、従つて將來のためにそれから結論を引出すことは出來ない、然るに不可豫見の理論は同様に恐慌の時にしか作用しないのではあるが、それは法の内在的思想の中にその起源を有し、立法者の助な

くしても日常の要求に自動的に順應し得るのである。

(八) 戦争と危機とのこれら凡ての判例から教訓を引出すためには契約を修正する裁判官の権限を、契約の安固確定性を要求する民法の中心原則と如何にして調和せしむるかといふ問題が定置されねばならぬ。合意は拘束する（契約は法律に匹敵す）。契約に手をつける権限を裁判官に附與することによつて、民法の全構造の安全性を動搖せしめるに至りはしないだらうか？ 此の點に關しては不安が表示された。余は良著「民主主義制度と現代の民法」（一九三六年）に於けるジョルジュ・リベル氏の極めて感銘深い諸詳述にだけ依據したい。余としては嚴密に確定された範圍内に於て、不可豫見の名目での契約の修正は契約の安全性と兩立し得ず、又かくの如き方策は契約の信用に害を加へるものであるとは信じなす。

實際契約は經濟的變動より生ずる危険に對して債權者を保護することに貢獻する。然しながら確かに此の點に關しては限度がなければならぬ。契約の嚴酷さを、契約を利用の手段たるに至らしめる迄に押し進めてはならぬ。確かに契約は特に複雑と困難との時代に於ては確固不動でなければならぬ。債權者が債務者滅亡の場合に受けるところの損害に對して、彼を保護することは必要である。然しながら憂ふべき損失から保護さるべきであるといふことと、他人に損害を與へて自己を富ましめるために一般的危機を利用するといふことは別である。經濟的諸條件の正常な波動に投機することは正當な豫見であるが、法外な利益を得るために他の契約者の破滅上に投機することは最早道德的ではな

い。契約は誠に經濟生活の保護者ではあるが、それを偶像神としてはならぬ。ドイツの理論に於て新に作り上げられた新種類の語 *Opfergenze* 即ち責に歸し得べき犠牲の限度といふ言語には極めて深い意味が存する。思慮分別ある裁判官は此の限度を容易に辨別するであらう。裁判官は、理性ある當事者がこれらの極端な結果を基礎として契約を締結したであらうかどうかを考へればよいのである。或は裁判官は債權者の不義な勢力によつて拘束された債務者がそれによつてかくの如き犠牲を約束した契約を、利用契約、高利契約と名づくべきかどうかを自問するであらう。ハンガリヤの判例に於ては、債務者が不可豫見の名目で自己を免責して呉れる判決から利益を得た場合は殆ど起らなかつたと余は信ずる。

此の判例は全中部ヨーロッパに於て、ただに世界戦争の犠牲國に於て許りでなく、スイスに於てさへも、一般に採用された (*Tullr.* のスイスの債務法第二の四九五、五六五頁参照)。それ故に、それは一般に感ぜられた欲求によく適合してゐるに相違ない。

確かにこれら原則の餘りに廣汎な適用がこれら原則の力を弱めるところの法の軟弱化に終ることとは之を避けねばならぬ。之嚴格なる法律の條文に於てこれらの浮動的にして柔軟な原則を定めるに際しては、極めて慎重でなければならぬ所以なのである。

凡てこれらの理論は、ハンガリヤに於けるが如くドイツに於ても、權利は誠實に行使しなければならぬといふ原則、これらの國の法典と草案とに於ても亦定置された原則にその根源を有する。此の原

則が最近の危機中に受けた諸適用をば將來のために細則的に法律化することなくして、一般的な規範で満足すべきや否やは此の共通的な根源を考量すれば疑問たり得る。

ハンガリヤの新民法草案（一九二八年）は右とは別の決定をなした。一般的規範の餘りに廣きに失する使用を堰止めるためには、判例が大なる苦心の結果作り上げた諸原則を保持し固定しなければならぬと考へられた。之該草案の第千百五十條が、不可豫見に關する殆ど凡ての種類判例を次の如き文面に要約した所以である。

『若しも雙務契約の締結後、通常、運、と言はれるものを越え、兩當事者が豫め正當に考慮し得なかつた根本的變化が一般的事情に突發した場合、又かくの如き變化の結果當事者の考慮せる相互的給付の經濟的均衡が覆された場合、又は契約の基礎となる他の假定が缺如しかくして一當事者が誠實と公平とに反し、豫想外の法外な利益を得、他の當事者がそれに相當する損失を蒙る場合（經濟的不可能）は、裁判官は當事者の相互給付を公平に従つて變更し、又は當事者の一方が場合によつては、損害を公平に分配して以て契約を拋棄することを許すことが出来る』。

草案は慎重且適正なる制限内に止つてゐることが看取される。不可豫見の効果を『經濟的不可能』として特質付けることによつて、此の條文は極端な場合にしか修正權を行使せぬ様裁判官に命じてゐる。さりながら此の條文は原則のあらゆる可能的適用を包含することは出来ぬ。同様な救濟手段を要求する片務契約の場合が起り得るけれども、それはただ雙務契約に就いてしか語つてゐない。價格引上

の凡ての場合、そこに救濟手段を見出してはゐない。加之一般公衆に關するものではなく、或る種の債務者にしか打撃を興へないところの經濟事情に於ける變化が起ることがあり得るのである。それ故に完全たるがためには此の條文は餘りに狭すぎる。

ポーランド債務法（一九三三年の債務法第二百六十九條）の方では又不可豫見の觀念を雙務契約に制限することなく、それを擴張して凡ての異常な事件就中不作又は災害の場合にも及ぼした。此の制度に於ては、それ故、個人的災害も亦斟酌することが出来る。之は論理的ではあるが契約の安全性のために多少懸念されることである。

終りに、ヨーロッパに於ける不可豫見理論の形成を刺戟したところのドイツの法律學は、全く最近、完全に明確な一條文を提出した。「ドイツ法學會（Akademie für deutsches Recht）」の一委員會の著名な覺書——チュービンゲンのシュトレン（Stoll）教授によつて提出された『契約履行の諸障礙』に關する覺書「指導潮流論」（Die Lehre von den Leistungstörungen）一九三六年——は此の問題に就いて法律案の形式で、ドイツ民法の改正のための新ドイツ派の要求を要約してゐる。草案は、その緒言に於て不可豫見のため次の如き基準を設定してゐる。即ち『債務を引受けた者は、その名譽の點を、困難な條件に於てさへも義務を果たすと言ふことに置かねばならぬ。契約に對する信用は法律制度及び健全なる經濟の基礎である。之を犯す者は共同體を害するものである。然しながら、若し債權者が目的と意味とを失つた債務の文字通りの履行を頑として要求するならば、彼も亦誠實に反した振

舞をなす者である。かくの如き場合に於ては當事者も、事件を受けた裁判所も、債務が契約の合理的な意味に適應した方法で實現され得るやう資するところがなければならぬ。契約は、かくの如き調整が不可能なる場合に於て初めて取消さるべきである。『事情ノ全面的變化ノ結果』誠實に合する履行の不可能となつた契約の修正を規定する草案の第十一條と第二十四條とは、これらの諸制限の下に於て、契約の安全性に危険なる性質を大に失つてゐる。これらの條文を説明することは余の務ではない。ただ此の簡單にして明確な文面を引用すれば事足りるのである。これらの條文は雙務契約と同様片務契約にも適用され得る。それらは貨幣の價值下落の場合に於けると同様『經濟的不能』の場合に於ても活動することが出来る（シニトル氏の前記の覺書、三八頁參照）。それらは一般的危機も個々の場合にのみ影響を及ぼす異常な事情をも、同様に包含してゐる。

一言にして之を蔽へばこれらの條文はハンガリヤの前述の草案——それは、それとしてより具體的であるといふ長所を有してゐる——よりも、一層含蓄的であり、より融通の利くものである。

第三、——要約すれば一方損害の名目での契約の無効と、他方不可豫見を理由とするその修正とは、ハンガリヤ法に於ては、正しく且つ公平なる均衡の原則によつて支配された調和的制度を構成してゐると余は信ずる。この制度は危機の試練に堪へた、所謂經濟的不可能の原則が時としては思ひ切つた擴張を生ぜしめたとしても、それは概して契約に對する信用に害を加へなかつた。レジョン（高利と不當な利用）に對しては、全く最近の立法があるがこの立法に觸れる必要はない。不可豫見に就

いては、法典の草案に於けるその編纂は、よく發展せしめられた判例の實際的結果を採用してゐる。

兎もあれ余は不可豫見の全理論がそれから流れ出でるところの準則を保持しておきたい、そして債務の履行も債權の行使も共に誠實と公平との要求に従つてなさねばならぬと、單に言つて置くだけに止めるであらう。單にこれらの中心的原則を參照することは、或る困難な場合に直接裁判官を促がし契約を修正せしめるところの詳細に互る規定よりも、契約の安定性を害することが少ないやうに余には思はれる。余の考によれば、契約の修正は全く例外的な事情に於てのみ作用して、以て法律制度の安全瓣として止るべきであるのに、かくの如く修正を促すことは、修正をして日常生活の一手段たらしめる。戦争、危機に就いての經驗は、それが如何に廣い幅員のものであらうとも、一時的たるに過ぎないのに、誠實といふ原則は永久的な指針である。明日には如何なる新形態の下に危機が現はれ、如何なる法律手段によつて之を防ぎ得るのかを誰が知つてゐようか？ 昨日の判例は世界的危機によつて惹起された前代未聞の窮迫の中にその道を發見した、過去の時代の例に富める明日の判例も亦等しくその道を發見するであらう。判例は法の北極星たる誠實によつて指示された方向を辿りさへすればそれで充分なのである。

6. イタリアに於ける裁判官による契約の修正

パルム王立大学教授、辯護士 アルベルト・モンテル氏報告

M. Alberto Montal

裁判官による契約の修正問題は多くの場合に之を考へることが出来るが、特にそれは契約者の一方に損害を惹起した約款、並に契約締結時には損害を生せしめはしなかつたが、その後、豫見せられなかつた又は豫見し得ない事情の實現といふ事實によつて給付の均衡が著しく變ぜしめられてしまひ、かくて損害を惹起したところの約定に就いて起り得るのである。

これら二つの場合とも、問題は實際給付の初めからの、又はその後の不均衡の場合に於ける契約の修正に關する、より一般的な問題の一樣相でしかないことは人のよく知るところである。此の第一の問題が一度肯定的に決定せられるや契約の修正のための裁判官の干渉の必要性と此の問題に就いての裁判官の権力の制限とに關して他の諸問題が起る。且つこれら凡ての諸問題が現行法の領域に於けると同様又將來の法 (de lege ferenda) の領域に於ても現はれることは明かである。

この報告に於ては、これら種々の問題はイタリア法の見地から簡單に検討されるであらう。従つて我々は比較法からする凡ての考察はなさないことにしよう。

第一 實定法に於ける問題

第一——イタリア民法に於ては、適法的に成立せる契約は、當事者にとつては法の效力を有する (民法第千二百二十三條) と言ふ原則は特に嚴格に確立されたのであつた。給付間に於ける不均衡が契約の當初からのものにして、或はその後に生じたものにして、此の不均衡を輕減するためになすべき契約の修正に好都合な一般的原则は存在してゐないと言ふ結果は右のことから生ずる。

當初的損害に關しては、法律は單に、特に重大であるやうに見えた或る場合を規定してゐる。それは特に莫大な損害が不動産の賣渡又は分割の中に存する場合である。此の場合に於て法律は賣主又は共同分割者に、短期間に行使さるべき取消訴權を與へてゐる (民法第千三十八條及び第千五百二十九條)。給付の甚だしき不均衡を對象とする他の規定は次の如きものである。(一) 組合員の一人に全部の利益を與へる契約、並に一人又は數人の組合員によつて組合になされた出資又は資本が損失の分擔に付ては總て除外される旨を述べてゐる契約を無効とする第千七百十九條の規定。(二) 配偶者の一人が夫婦共有財産の資産に於て割當てられる割合より大きな割合で負債に於て割當てられねばならぬことを規定する約款を無効とする第千四百四十條の規定。(三) 家畜賃貸契約に於て、家畜が不可抗力によつて死亡せる場合、賃借人が此の死亡の半分以上を負擔することを規定する約款、又は賃借人が利益に與る部分よりも大きな部分に於て損失に與らねばならぬこと、又は賃貸人がその貸與へたより

も多くのものを満期に於て先取することを定めてゐる約款の約定を禁止し、若し之に違反するときは無効とするところの第六百七十七條の規定(註)。

(註) 民法第七百十九條、第四百四十條、第六百七十七條の此の方向に於ける正當付のためには、アスカレリ (Ascarelli) 著「Appunti di diritto commerciale」L. 一五八頁、エンリエッティ (Enricetti) の「イタリヤ・フランス草案第二十條」商業上の權利と實際」(Dir. e prat. comm.) 九三六頁、拔萃九頁、反對ナヴァルリニ (Navarini) 著「概論」(Trattato) 第四、二二二頁。

これらの凡ての場合に於て、法律は裁判官に如何なる臨機處分權も與へてはゐないが、損害を蒙れる契約者には、直接、取消訴權又は無效訴權を許してゐるといふことをここに指摘して置かねばならぬ。

契約締結後の損害 (La lesion subsequente) に關する規定がないので、制限された權限が、特別の場合に於て、裁判官に與へられてゐる。當事者の一方が他方の不履行を理由として契約の解除を要求するときには、『事情に従つて一定の期限を被告に與ふことが出来る』(民法第六百六十五條)。違約罰付の債務に於ては、『主たる債務が一部分的に履行されたときには、裁判官はこの違約罰を緩和することが出来る』(民法第二百二十四條)。同様に裁判官は債務の態様が許すとき又は履行日が債務者の意思に任せられてゐる場合には適當な期限を與へることが出来る』(民法第七百七十三條)。

第二——學說と判例とは早くから、これらの規定の不充分さを指摘し、少くとも重大な場合に於ては社會科學の要求によりよく適合する結果を得せしめる理論を建設しようとした。我々は、別々に當

初的損害と契約後の損害とを取扱ふであらう。

(A) 當初的レジヨン (損害)

第一千三十八條と第五百二十九條との明確な規定があるために、これら豫見された場合以外への取消訴權の擴張を圖らんとする如何なる試もなされなかつた。學說は此の事情の活潑なる批判にのみ限られてゐたのである(註)。これに反して、社會的見地からして特に危険であるところの一種の偏頗な契約即ち高利契約 (Les contrats usuraires) に對しては、判例に於ても學說に於てもあらゆる手段を以ての攻撃がなされたのであつた。

(註) 特に一九三七年の「フォロ・イタリアノ」(Foro it.) 二八九頁に於けるボラフィオ (Boraffio) 氏の論文。モンテル (Montel) 氏の論文「イタリヤ・フランス草案第二十二條に就いての諸考察」、一九三〇年の「フォロ・シュバルペノ」(Foro schalpe.) 以下の拔萃の一〇頁以下、バラシ (Barassi) 著「債務」(Obbligazioni) 一九三四年ミラノ版、五八六頁以下を見よ。

高利に關しては、イタリヤ民法は間接的な一規定即ち第八百三十一條のそれだけしか含んでゐないのであり、この規定に於ては立法者は、約定利子自由の原則を確立した後、これら利子の大きが法定利率を超えるときにはその約定は文書にて之をなすことを要すとなし、此の文書による約定なき場合は何等の利子も支拂ふことを要しないと決定してゐる。人は此の規定から次の如き結論を導き出さんと欲した。即ち、利子の自由な約定を許し、法定利率を超える利子に就いては單に文書形式による

こと強制してゐるに止る民法は、他に何等の制限を設けず従つて暗黙の中に高利貸利子の約定を認めたとであると(註)。

(註) ロトンディ (Rotondi) 著「高利の禁止への新舊傾向」(Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura) 一九二二年の「民法誌」二二七頁、フナイオリ (Funaioli) 氏著「暴力論」(La teoria della violenza) 一九二七年版二五〇頁以下、一九二九年六月二十四日の王國破毀法院、一商法誌一九二七年第二號三三三頁、一九二六年七月三日の王國破毀法院、同誌第二號三四二頁、一九二五年二月二十五日カタニア控訴院、一九三五年の判決集一〇九頁。

或る者は承諾の自由に就いて確立された諸原則を援用し、又債権者によつて乗せられた債務者の窮迫状態を暴力と同一視することにより、民法そのものに基いて右の解釋に反對した(註一)。終りに他の者は、更により道理あることではあるが、高利債務は法律と良俗と公序とに反するものであり、従つて無効とさるべきであるが故に不法原因を有するものと看做さるべきであると斷定した(註二)。

(註一) 一九〇八年二月三日のナポリ裁判所、一九〇九年の「教義的法律的評論誌」(Riv. crit. dottr. e giur.) 第二號五五頁。

(註二) 一九〇七年六月二日のナポリ裁判所、一九〇八年の「教義的法律的評論誌」第二號一頁、一九一〇年九月九日の同裁判所、一九一一年の「商法誌」第二號七九頁前二誌ともデニ (Deni) 氏の註あり、一九三〇年一月二八日ミラノ裁判所、一九三一年の「商法誌」第二號一六六頁、一九一〇年の同誌第二號九五四頁、一九二七年の同誌第二號三三一頁、一九三一年の同誌第一號一〇頁に於けるデニ氏の諸論文を参照せよ。

然しながら民法に於ける高利契約の不法性を疑ふことが出来たとしても、かかる疑問は一九三〇年の刑法典第六百四十四條——それは高利をば財産に對する犯罪であるとし(註一) 民事的見地からして

さへもそれは不法性を有するものであることが暗に認められた(註二)——の前には爾後は最早不可能である。

(註一) 高利犯を經濟犯の中に入れてゐる將來法の類別については、一九三五年の「裁判界」三三三頁に於けるフロリアン (Florjan) 氏の論文を見よ。高利犯によつて生ぜしめられた個人的損害と社會的損害との間に於ける關係に關する考察に就いては、一九三七年の「フォロ・イタリアノ」第八號に於けるミラノ裁判所の一九三七年二月二日の判決に對するモンテル氏の批判的註釋を見よ。

(註二) 一九三二年の「民法誌」八九頁と四〇四頁に於けるアスコリ (Ascoli) の論文、一九三三年の「フォロ・イタリアノ」第一號一七〇七頁に於けるモンテル氏の論文、一九三一年の「民法誌」第二卷三〇七頁に於けるデニ氏の論文、エンリエッチ (Enrietti) 著「イタリア・フランス草案第二十二條」「商業上の權利と實際」九三六頁抜萃一〇頁、一九三〇年一月二八日のミラン控訴院の判決、一九三一年の「私法誌」第二號三〇七頁、一九三四年一月五日のバリ控訴院の判決、一九三五年の「バリ裁判所」二六六頁、一九三四年一月八日のミラン控訴院の判決、一九三四年の「フォロ・ロンバルダヤ」三〇三頁、一九三五年一月二二日の王國破毀法院の判決、一九三五年の「フォロ・イタリアノ」八〇三頁、一九三六年六月九日の王國破毀法院の判決、一九三六年の同誌四〇三頁を見よ。

それ故にイタリア法の現行制度に於ては、高利契約に對する一般的救濟手段が存する(註一)。さりながら此の手段は無効訴權にあるのであつて、それ以上裁判官の側よりする契約の修正も、又此の裁判官への如何なる臨機處分權の附與も含んではゐない。契約の無効の宣言は、犯罪の構成要素の存在が證明される場合は常に裁判官に強制されるのであつて(註二)、それは法律が或る關係を無効とする他の凡ての場合に於けると同様なのである。裁判官は、單に當事者の義務の範圍を變更することによつ

て此の關係を維持することは出来ないのである。

(註一) 刑法の第六百四十四條がただに貸借のみならず、不均衡なる利益(非金銭的なものでさへも)を給付の受領者に與へしめる一切の行爲を罰することは茲に述べる必要は殆どない。一九三三年アレクサンドリヤ出版パチストニ(Battistoni)氏著「高利と損害」(Usura e lesione)八九頁以下、一九三四年の「商法誌」第一號二七二頁に於けるフリキセ(Pugliese)氏の論文前記の雜誌に於けるエンリエッティ氏の著を参照せよ。

(註二) 従つてそれは高利が約定される凡ての場合に於てではなくてただ債権者の詐欺の結果此の高利が同意される場合であり債権者が債務者の窮迫状態を利用した場合であり、或は利子が貨幣市場價值に比較して甚だしく高い場合である(一九三六年六月九日の王國破棄法院の判決を参照せよ)。

成る程裁判官は、單に利子の大き許りでなく、彼をして、債権者が債務者の窮迫状態を濫用したかそれともしなかつたかを定めることを得せしめるところの事實の種々の事情をも考慮に入れなければならぬのであつて、事實を評價するための或る自由を常に有してゐるのである。然し、それは、契約を無効とすることに就いて裁判官が臨機處分権を有つてゐることを毫も意味するものではなくて、債務者の窮迫状態の濫用が、契約が高利契約であるか否かを決定するために、高利の構成要素の一つであるかどうかを専ら探求すべきことを意味するのである。

(B) 契約締結後のレジョン即ち不可豫見

契約の修正又は債務履行の免除の原因として、契約締結後のレジョンといふ觀念を認容せしめるた

めに拂はれたイタリヤの學說と判例との努力は、夥しい數にのぼつてゐる。それは、實定法がその障礙となつてゐるにも拘らずさうなのである。

一方客觀的絶對的不可能を、主觀的相對的不可能換言すれば經濟的不可能及債務の負擔過重性と同一視することによつて、債務を消滅せしむべき不可能の觀念を緩和せんと努めた人々の理論の立て方がある。彼等は債務者の義務を、通常の注意を拂ふ單なる義務として定義し得ると信じたのであつた(註)。

(註) バラッシ(Barassi)著「民法制度」(Istituz. dir. civ.)九三頁、一八九九年の「法律古文書」(Arch. giur.)三三三頁、ヤー・ボードリ・ラカンティネリ(G. Baudry-Lacantinerie)ロカチオニ二世(Locazioni II)のイタリヤ譯(の附録五六四頁以下、ゴリオロ(Gogliolo)著「色々の契約書」(Scritti vari)第二卷一二五頁以下、「戰時立法」(La legislaz. di guerra)第一卷二〇頁以下を見よ。

他方或る者は義務的契約の内容の分析によつて、主觀的相對的障礙に、免除力を認めなければならぬと主張して、法律の嚴格を緩和せんと努力した。

此の第二の意見によれば、當事者が何等の意思表示をなさざる限り、所謂「繼續的」契約又は期限付契約に於てはその契約が締結された時に存在せる事情に類似する一般的事實の永續的存在を以て要件と看做すべきであらう。従つて契約締結當初の事實状態を變ずるところの、契約に於ける豫見せられなかつた事件は、當事者の債務上に影響せざるを得ないであらう。此の第二の意見の基礎として

或る著述家達は、契約者の意思については、その意思の形成せられたる所に従へばそれは、豫見されなかつた又は豫見し得ない事實従つて意思形成の時には考慮され得なかつた事實に迄推及されることを拒むと云ふ意味に解したのである(註一)。他の著述家達は、それと反對に、豫見し得ざる變化の實現後直に此の意思の到達範圍を熟考しないで、此の變化そのものによつて相互的給付間に於ける均衡が變化せしめられた時に觀察點を置いたのであつた(註二)。終りに、更に他の著述家達は、契約締結後のレジョンの理論に於て、契約の履行に於ける公平と誠實との觀念、債務が契約當事者の一方にとつて餘りに犠牲多きものとなつたときに、此の債務を解除するか又は少くとも反對給付の増加を請求する權利を許すかすることを裁判官に強要するところの觀念の説明を見たのである(註三)。

(註一) 推定意思の見地に於ては、一九一三年の「民法誌」四七一頁と六六四頁に於けるオステイ(Ostei)の論文、一九一六年の「商法誌」第一號一九四頁以下、錯誤の見地からしては一九二二年の「商法誌」第一號一五五頁と一七五頁に於けるデオヴェネ(Giovene)の論文、一九二七年の「同誌」第一卷五二五頁を見よ。

(註二) バルサンティ(Barsanti)著「法律記録」一八九九年版一七頁、デオルヂ(Giorgi)著「債務論」(Obbligazioni)第四卷二〇七頁の其二、法律百科全書に於けるエル・コヴィエロ(L. Covello)著「豫備契約」(Contratti preliminari)第六十三節を見よ。

(註三) デフランチスチ(De Francisci)の「註解付民法」(Cod. civ. annotato)第千二百二十四條第六項、一九一六年の「フオロ・イタリアノ」第一號一二七頁のペスタロッツァ(Pestalozza)の論文、一九二二年「商法誌」第一號六五頁のラメラ(Ramella)の論文を参照せよ。

我々は、これらの意見を支持するためになされた種々の論證の検討に停滯することなく、これらの

意見が實定法に反するものとして、正しくも排斥されるに至つた理由を簡単に述べるであらう。

單に相對的主觀的であるところの不能を絕對的不能と同一視せんと欲し且「努力を致すの義務」に就いて論ずるところの學説は、民法第千二百二十五條及び第千二百二十六條の明確なる規定に牴觸する(註)。

(註) この問題の詳細な検討のためには、一九三〇年パドヴァに於て出版されたモンテル氏の著「債務者の道徳」(La Moria del debitore)二三七頁以下を見よ。

第二群の學説に就いて云へば、契約者の暗黙の意思に立脚する説には人は容易にかう答へることが出来る。即ち此の推定意思は契約當時に於ける兩當事者の共通利益の上のみ依據することが出来る、その當時存在せる事實の状態は契約の履行期迄變化することなく尙ほ存続するものであると。

契約者——その意思表示とその後の債務とを、實際存在せざる事情の出現の上に打ち樹てたであらう——の側の錯誤に就いて論ずる人々にも亦容易にかう答へることが出来る。即ち人が錯誤——技術的意味に於ける瑕疵——に就いて語り得るとしてさへも、問題となるものは常に動機に關する錯誤であつて茲に我々に關係する問題には何等の効果も生ずるものではない。

終りに、給付の經濟的等價值に基礎づけられた議論に關しては、何よりも先づ次のことを指摘しなければならぬ。即ち此の等價值は有償契約の一條件として法律によつて要求されはしないこと、且つそれは當事者達によつて欲求されたものとは推定されないといふことである。かかる推定は契約の經

濟的理由そのものにさへ矛盾するものであらう。

同様に公平と誠實とは別の結果を導き出さぬであらう。イタリア法にはかくの如き議論を許す一般的原则は存しないのである。論證の根據たらしめられると思はれる諸規定は、又實際全く特別な場合に關係するものであつて、従つて我々の事項に迄は擴張することは出来ないのである(註)。

(註) 總じて此の問題に關しては、一九二四年の「商法誌」第一號二九七頁に於けるオシリア(Ostia)の論文と、一九二五年の同誌第一號一頁以下に於けるプリゼ(Pugliese)の論文、特に公契約問題に關しては一九一八年の「フォロ・イタリアノ」第一號一一三頁に於けるピアモンテ(Biamonti)氏の註、一九一八年の「イタリア法」第一號三四七頁に於けるドウ・マルベリ(de Marbelli)氏の論文と一九二六年の「國家徵稅新評論」(Nuova riv. dei pubblici appalti)第一號三三四頁に於けるマテウッチ(Matucci)氏の論文を見よ。判例に關して言へば、それは先づ法律の嚴格さを軽減せんとした(一九一四年三月三日のフロレンス控訴院の判決、一九一五年の「商法誌」第二號二四八頁以下、一九一八年三月二十六日のトリノ破毀法院の判決、一九一八年の「トリノ裁判所」六三六頁、一九一六年五月二七日のミラノ裁判所の判決、一九一六年の「フォロ・イタリアノ」一一二七頁以下、一九一八年二月五日のトリノ破毀法院の判決、一九一八年の「トリノ裁判所」二八九頁、一九一七年四月二四日のローマ控訴院の判決、一九一七年の「フォロ・イタリアノ」第一號一〇二二頁、一九一五年八月二二日のパルマ控訴院の判決、一九一七年の「フォロ・イタリアノ」第一號五〇頁、一九一六年三月一六日のトリノ裁判所の判決、一九一六年の「商法誌」第二號六三三頁、一九一八年四月六日のアスチ裁判所の判決、一九一九年の「商法誌」第二號九二頁)。然しながら今や判例は、客觀的絕對的不能のみが債務免除の原因たり得るものであり、「事情變更」の條款は契約中に暗黙の中に包含せられてゐるとは看做し得ぬと言ふ方向に決定的に向つたのである。(最近では一九三六年三月二六日のカタリヤ控訴院の判決八九九頁、一九三五年五月二三日のトリノ控訴院の判決、一九三五年の「トリノ裁判所」一一七四頁を見よ。又公契約に就いては一九三六年六月一八日の仲裁裁判判決、一九三六年の「國家徵稅新評論」三三四頁を見よ。

第二 將來法の問題

今や我々は法律草案に豫見された諸規定を検討しよう。

債務と契約との共通法典の草案たる佛伊草案は、他國の法制に存在する標準(例へばドイツ民法第三百三十八節、スイス聯邦債務法第二十一條、一九一六年三月一九日の憲法、オーストリア一般法典第九百三十四節を見よ、又エリトレヤ殖民地のための民法第三百三條を参照せよ)に影響されて、債務不均衡の場合には、契約の無効のための一般訴權を導入した。草案第二十二條は次の如くである。

『契約者ノ一方ノ債務ガ契約ヨリ引出スベキ利益又ハ他ノ契約者ノ給付ニ比シテ著シク均衡ヲ失シ、事情ニ從ヘバ該契約者ノ同意ハ充分自由ナルモノニアラズト推定サルベキ場合ニ於テハ、裁判官ハ損害ヲ蒙レル當事者ノ請求ニ基キテ契約ヲ取消シ又ハ債務ヲ減少スルコトヲ得。コノ無効訴權ハ契約締結後一年以内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス。コノ訴ハ他ノ當事者ガ裁判官ノ充分ナリト認ムル追加ヲ提供スルコトニヨツテ之ヲ斥クルコトヲ得、以上ハ一定ノ契約ニ於ケル「レジョン」ニ關スル特別規定ノ適用ヲ妨ゲズ』。

而して一九三五年の修正に於ては(竝にイタリア民法第四篇の草案に於ては)、貸借に於ける利率に關する特別規定は尙ほ效力を維持する旨が確定され、次の如き規定が附加された。

『但シ無効ノ訴又ハ縮少ノ訴ハ損害ガ履行サレタ給付ノ價值ニ比シテ、契約締結當時ニ評價サレタ

ル價值ノ半ヲ超ユル場合ニアラザレバ之ヲ許サザルモノトス』。

草案は尙ほ或る場合に於て裁判官の權限を著しく増大した。茲に我々の興味を引かぬ諸規定（例へば第二十五條と第七十六條）は之を措き、我々は第百二條第三項によつて裁判官に附與された權能、即ち、法定利子以上の損害を證明する債權者に追加的損害賠償を與へる權能と若しも強制が裁判官には過度に見えるときには此の強制を輕減する權限（第百六十六條）と債務者とその債務の全部又は一部の辨濟のために適當な期間を與へ、且つ訴追の執行を猶豫する權能（第百七十八條）とを茲に思ひ出して置かう。

さりながら、これらの規定は、不可豫見を理由とする契約の修正權をも許すことが出来るのであるが、然し不可豫見を理由とする修正の一般的權限に就いて述べてゐる規定はないのである。

さりながら同様の規定はヴィヴァンテ（Vivante）の草案と呼ばれてゐる商法草案に於ては企業契約のために考慮されてゐる、而して此の商法草案の第五百十六條は次の通りである。

『事業ノ執行ガ、異常ナル又ハ豫見シ得ザル事情ノタメニ著シク困難トナリ、且費用増大セルトキハ裁判官ハ公平ナル評價ニ基キテ企業家ニ價格ノ増加ヲ許與スルコトヲ得、但シ企業家ガカクノ如キ危険ヲ負擔スル旨明示シタル場合ハコノ限ニアラズ』。

我々は當初的レジヨンに關する規定と契約締結後のレジヨンに關するそれとを別々に検討するであらう。

A 當初的レジヨン

(a) 一般的無效訴權

佛伊草案の第二十二條は、イタリヤの學說に於ては——フランスの學說に於ても亦同様に——その草案の基礎となつてゐる觀念のためにも、はたまた此の觀念が前記の規定に導入された形式のためにも、種々の取扱を受けた。

(a) 學說の一部は、此の觀念は社會通念の状態を完全に表はしてゐると明言して無條件に之を承認し（註一）單に特殊點に關する修正を提案するに止めた（註二）。反對に或る者は、裁判官に付與された權限を餘りに過大なりとなし、又他の者は契約の基礎自體を危くする虞ある規定に對して明かに敵意を表明した（註三）。

(註一) 一九二五年の「Studi senesi」(學說研究)に於けるフナイオリ(Funaioli)の論文抜萃二四頁、一九二七年の「Nuova Antologia」(新文粹)八三頁に於けるダメリオ(D'Amerio)氏の論文、一九二八年の「Riv. dir. civ.」(民法誌)六二頁と一九二九年の「Mon. Trib.」(裁判界)一頁以下とに於けるアスコリ(Ascoli)の論文、一九二八年モデナ出版マロイ(Maroi)著「Il progetto italo-francese delle obbligazioni」(債務法のイタリヤ・フランス草案)第八節、一九三一年メシナ出版アスコリの「Scritti in onore」(名譽に於ける契約)七八四頁に於けるデルデロ(De Ruggiero)の論文「Il progetto del codice delle obbligazioni, e dei contratti dianzi alla critica」(批判寸前の債務と契約との法典草案)、一九三一年の「Riv. dir. priv.」(私法誌)第二號三〇七頁に於けるデニの論文、モンテル氏の著書「Considerazioni sull' art. 32」(第二十二條に關する諸考

察)、一九二四年の「In Nuova legislaz. ital.」(イタリヤ新法に於て)五四頁に於けるクニコ氏の論文、エンリエッチ(Barietti)氏著「L'art. 22 del progetto italo-francese」(佛伊草案第二十二條)、一九三六年の「Dir. e prat. comm.」(商業上の權利と實際)抜萃九頁。

(註二)特に前述のモンテル氏の著書同所を見よ。

(註三)一九三〇年の「Annuario di studi legisl. e dir. comparato」(法律研究と比較法との年鑑)第四一第五卷二一九頁に於けるスカドローチー(Scaduto G.)氏の論文、一九三三年の「Studi urbinati」(都市研究)その抜萃の二九頁、三四頁以下に於けるサリス(Salis)氏の論文。

第一の點に關しては我々は既に我々の意見を述べる機會を得た(註)。而して我々はただそれを確認すればよいのである。社會正義に就いての新しい考へ方が現時の契約制度に導入され、常にも増して今日に於ては、契約者の意思の絶對自由の原則の如き嚴密に個人主義的な諸原則は時代後れとなつたと考へられてゐる。いつの時代よりも今日に於ては、個人の自由に、制限と社會的内容を興へ、且又個人的權利に、制限と社會的内容とを有する權利の本質を賦與せんとする傾向が示されてゐる。

(註)前記の同所。

舊制度に對するこの反動運動は、イタリヤに於ては常に組合主義的立法によつて鼓舞されてゐる。團體契約者の行爲と同業組合の合法的活動とは常により一層契約者の利己主義的衝動を滅殺し平準化し、より強力なる經濟的同盟と團體との壓力に對して個人を保護する傾向を有し、又有するであらうことは明かなことである(註)。草案第二十二條によつて定置された原則の如き原則はこの制度と正に完

全に適合してゐるのである。

(註)アスキニ(Asquini)著「Dir. del Lav.」(労働法)一九二七年版九一五頁、「Atti. I.º del Congr. giur. ital.」(第一回イタリヤ法會議の活動)第一冊一九頁以下に於けるグレコ(Greco)著「Dir. sindacale e corporativo」(組合法)と一九三四年の「Riv. dir. comm.」(商法評論)三三四頁以下、バラシ(Barassi)著「Obbligazioni」(債務論)一九三四年ミラノ出版五七七頁、一九三五年の「Arch. giur.」(法律記録)二二頁とその抜萃とに於けるマロイ(Maroi)著「Diritto civile e fascismo」(民法とファシズム)、グレキ(Grechi)著「Proprietà e contratto nella evoluzione sociale del diritto del lavoro」(労働法の社會的進化に於ける所有權と契約)一九三五年フロレンス出版一〇三頁以下を参照せよ。

(b)他の反對論は、原則がその中に於て法令化された形態に關するものである。

ただに給付間に於ける不均衡許りでなく、此の不均衡がその指標であるところの濫用をも斟酌しなければならぬといふことを確立したのは適當であらうか? 契約を維持する可能性を興へることの方がより望ましいことであらうか? それとも凡ての場合に於てその無効を表明する方がよりよいであらうか? 終りに、裁判官にかくも廣汎な權限を附與することは適當であらうか、それとも契約が維持されるべき場合と失効する場合とを法律自身が定める方が好ましいことではないであらうか?

給付と反對給付との間に於ける關係に關して、價格と費用との間に於ける客觀的均衡と不均衡とに就いて論ずる人々は抽象的に議論してゐるやうに思はれる。商賣人はその交換に於ては、商品と貨幣とを、彼が得んと欲するものの必要と效用とを考慮する時に於て、眞に彼が右の商品又は貨幣によつて獲得し得るもののために、これらのものの價値を評價するのである。販賣と購買との個々の動機を

知らずして、損害の存在又はそのありさうなことに就いて論議することは、甚だしき空想家のみのなし得るところである！

従つて餘りに少な過ぎる給付と正當なる給付との間に於ける割合を定めることに限らるべきではなく又限ることも出来ぬ。一方給付間に於ける非常に大きな不均衡と他方一契約者が他方の窮乏状態、その浪費、その事業に就いての無經驗に就いてなした濫用とを斟酌しなければならぬ。損害はただ契約の不公平を表はす表徴と看做すことが出来る。然も此の不公平の——従つて又契約取消の——理由は、一当事者が他の当事者の境遇を利用したために後者の同意は自發的にして完全に自由であると看做され得ないといふことにあるのである(註)。

(註) 一九三七年の「Fero Ital」(イタリヤ會議所)二八九頁に於けるボラフィオ(Bolaffio)の論文を参照せよ。

(c) 確實且つ慎重な権限を裁判官へ附與するは、各場合に於ける無効の言渡に關して、彼をして、各種の場合に於て一つの解決——事實の種々なる諸事情の注意深き評價によつて勧められる——を採用することを得せしめるであらう。確かにかくして裁判官に指定される任務はデリケートにして困難なものではある。然しながら裁判官が、果たさねばならぬデリケートにして困難なる義務を有してゐることは此の場合に限つたことではない。債務法に就いてさへも極めてデリケートな性質の探究が如何に多く裁判官に委ねられてゐることか！加之或る場合に救済手段を實行に移すことの困難さは、立法者をして、その手段の一般的確立をば斷念せしむべきであらうか？

さりながら契約の無効は原告が法律の規定せる條件の存在を證明する場合に初めて言渡されるであらうといふことを考慮に入れずに以上のことが言はれるのである。若しも右の事を熟考するならばその救済手段を許容するための困難は著しく減殺されるであらう。實際裁判官が、被害者たる當事者の意思を首尾よく原狀に戻し得ないであらう度毎に、従つて若し此の意思が充分自由であると知り得ない場合は、常に契約を修正することは出来ないのであらう。従てレジヨン(損害)なくして契約を修正するといふ危険は充分に遠ざけられるか或は兎も角多くの他の關係よりもその危険が多いと言ふやうなことはないであらう。

尙ほ又我が裁判官は、各事件に於て、正當な要求の保護を表はすものを、健全な法律制度上に打樹てられた原則の公然の違反であるものから區別することが出来るであらう。デニ(Denning)氏(註)が次の如きことを指摘したのは誠に道理あることである。即ち契約に於て債務者の與へた同意は債権者が厚顔無恥にも利用し世間の恐懼と誹謗とを招いた様な事情の結果に基くものであることを、常識のある者だつたら誰でも之を認めるに躊躇しないであらうやうな契約が存する。所で此の常識が何故に裁判官には拒まれねばならないのか？と。

(註) 一九三二年の「Rev. dir comm」(商法誌) 第二號二四頁。

(d) 若しも「損害」を理由としての一般的無効訴権が導入されるならば、原則が多少の修正を受けることは望ましいことであるとは既に我々の述べたところである。

第一に異つた原則の上に打樹てられた二つの救済手段の共存は不合理なるが故に、莫大なる損害を理由とする買買の、又は分配の取消を廢止しなければならぬであらう(註一)。

(註一) 此の點に關しては屢々引用された條文に於ける我々の考察を見よ、拔萃二頁以下。

更に尙ほ上記の原則を、高利に就いて現はれてゐる原則と調整しなければならぬであらう(註一)、而して、單に貸借に於ける利率に關する諸規定を想起することに限らるべきではないであらう(註二)。

(註一) 引用された條文一三頁拔萃一四頁を参照せよ。より最近では、一九三五年の「Dritto e pr. commerciale」(商業上の權利と實際)第五號に於けるエンリエッチ(Enrietti)の論文「Considerazione critica sull'art. 22 del progetto italo-francese」(佛伊草案第二十二條に關する批判)を見よ。此の論文は、單に濫用的法律行為と高利的法律行為との區別を維持することを主張し且前者のためにはその不正を矯正する手段を要求し後者のためには同時に制裁と禁止との性質を有する原則規定を要求してゐる。

(註二) 前記四頁第三號。

最後に法律の規定せる諸條件の存在を確めた後裁判官が或は契約を取消さねばならないか、或は債務を減少せねばならぬかを明確にしなければならぬであらう。實際單なる權限に就いて規定してゐる現行條文によれば、裁判官にとつては單なる權能に關する問題であるかどうかといふ點に就いて疑が挾まれ得るのは誠に正常なことである(註)。

(註) 上記スカドット(Scaduto)の論文同所、上記モンテルの論文同所、上記サリス(Salis)の論文同所、反對、だが之は誤つてゐる、エンリエッチ著 第二十二條云々……拔萃の二九頁。

(b) 佛、伊、草案の他の諸規定

我々は、ナポレオン法典の猶豫期限を再び取り入れ且つ現在の社會的要求に適合しないやうに思はれるところの第七十八條の原則を承認し得ないとしても、反對に我々は、第二百二條と第六六條とに含まれてゐる新規定は賞讃すべきであると信ずる。

我々は又此點に就いては次のことを想起して置かう。即ち我々の先の諸研究(註一)に於て、我々はこれらの規定が如何にして學說と判例との要求を充分満足的に満たす方向に進んでゐるかを明かにせんと努力したのであつた。さりながら茲に於てさへも、裁判官に對し補充的な損害賠償を許與する義務と法律の豫見せる條件中に於ける強制を輕減すべき義務を確立せずして單に權能に就いて語つてゐることは誠に遺憾としなければならぬ。加之強制といふ形態の下で約定された違約罰の輕減にのみ關係するところの第二の規定はただ單にあらゆる形態の違約罰の輕減許りでなく、不適當と看做される違約罰の加重にも亦之を擴張することが時宜に適したことであり得たであらうに(註)。

(註) 反對前記同所に於けるサリスの論文、拔萃四十一頁。

B 契約後の「損害」に就いて。不可豫見

將來法 (lege ferenda) によれば、契約後の損害の危險に對する保護問題は當初的損害に對する保護

問題とは異つた條件の中に表はれる。この後者の場合（當初的損害の場合）に於ては、契約者の一方が、他方をして特に犠牲多き債務を約定せしめるために此の者がその中であつたところの諸事情に就いてなした濫用があり、而して問題は暴力に對する保護の問題と甚だ類似せる諸事情の下に於て定置されるのである。反之、契約後の損害に關しては、契約の締結中には何等の濫用もなく、債務は當事者によつて自由に契約されたのであつた。その代り、前の場合とは異つて、給付間には、豫見せられなかつた、又は豫見することの出來ぬ諸事情に歸因する後來的不均衡が存する。

従つて社會的見地からすれば、而して又或る様相の下に於ては、レジヨンに對する保護は不可豫見に對する保護よりも、より緊急であるやうに思はれるかも知れぬ。而して抽象的且つ理論的見地よりすれば、この後者（不可豫見）は當事者雙方が彼等の關係を市場の浮動の影響から免れしめることによつて、一定の期間中規律せんと欲した時には、その存在理由がないと言ふことが出来るかも知れぬ（註）。

（註） 就中前記同所に於けるオシリア（Osilia）の論文を参照せよ。

然しながら、あらゆる手段によつて、實定法の制度そのものに對する修正を許さしめんとする試みのための、上述の學說と判例との努力は、現制度が社會的通念に適合してゐないことの雄辯なる徴候である。

右のものと同等或はそれ以上に雄辯なる徴候は、或る條件の下に於て給付の變更を許す條項を繼續

的契約に挿入すること——之は政府との供給契約に於てさへも見られるのである——にあり、その後一般化された實際によつて示されてゐる。

上に述べられた正常な考察を有効に反對することは出來ぬ。修正の運命から免れんと欲する契約當事者は、事實上違法なる條項を契約に挿入することは出来るであらう。

修正條項を除外して不動である學說よりも、反對約款を許す修正の學說を採用する方が、他の様相の下に於てさへもより好ましいものであることを附言することが出来る。實際後説に對しては、當事者雙方は問題の存在を知つてゐないのではない、而してその問題を債務の不修正の方向に於て解決するとしても彼等はその引受ける危険を充分知つて之をなすのである。前説に於ては、沈黙は常に必ずしも修正を排斥すると言ふ意思によるのではない。契約の條件に於ける重要な變化の可能性を考へなかつたといふ事實によるものが誠にあり得るのである。後發的事件の大部分は、ただに豫見されなかつた許りでなく、平均型の人にとつても豫見し得ざるものであつた（反對の場合には此の平均型の人はいかにも長い期間の契約を締結しなかつたであらう）と言ふことを思へば、それ丈、右のことは更に正しいことであるやうに思はれるであらう。

それ故に我々は（第二次的性質を有する修正を除いて）ヴィヴァンテ草案の第五百十六條の原則の如き原則の導入に賛成するであらう、その點につきアスキンの報告に含まれてゐるその理由を以下に再録しよう（註）。

「此の報告は述べて曰く、問題は企業契約の根本原則——この原則によれば事業困難の危険は企業家の負擔であるとしてゐる——に齎らされた緩和に係つてゐる、我が國の民法のなした如く、企業契約を雇傭契約についてのローマ法の原則に基きて規律せる立法に於ては、此の緩和は知られてゐない、然し企業契約を現代の規範によつて規律した立法(例へばスイス債務法第三百七十三條)にはそれは知られてゐないことではない。委員會は此の緩和の公平なる性質に何等の疑念を挾まなかつた、何故ならば企業家が企業から引出すべき利益に就いて運命に露さるべきことは企業契約の性質そのものより生ずることであるからである。此の運をば企業家が犠牲とされる様な盲目的にして残酷なる武器とすることは正しいことではない。而してこのことは異常にして豫見し得ざる後來的事情のために此の運が特に重大な性質を取るならば、企業家がこれらの場合に於てさへも、此の運を自己の負擔とすると明白に示した場合を除いては、また正しくないのである」。

加之、その原則を凡ての商業契約と又一般的契約にさへも及ぼさねばならないか、それとも或る制限と、或る緩和とを加へて、一定の關係にのみ、然も尙ほ必ずしも一樣にではなく、適用すべきであるかは疑問たり得ることである。

又職權を以て債務を修正する權限を裁判官に附與しなければならぬのか、又は單に劣つてゐる境遇に居る當事者に契約修正の請求の可能性を與ふるに止むべきであるか、それとも又凡ての場合を一

様に規律するをよしとするかといふ問題があるのである。

後來的事件を斟酌しなければならぬことが認められる場合に於ては、裁判官に修正權を附與することの方が望ましいと我々は考へる。何故ならば此の解決は、我々が既に指摘したところの現代法の社會的傾向と、國家機關の權力のそれに對應する増大とによりよく調和するからである。裁判官にかくも大なる權限を附與することは理論上危険であるといふことに立脚する異論に對して、人は、債務に關するフランス・イタリヤ草案第二十二條に就いて既に我々が説明した考察を以て答へることが出来るであらう。

且つ又我々の確信は、イタリヤの實際が此の制度の、更にもつとデリケートな事項——この事項には甚だ大なる公共利益が附著する爲に——への適用に就いて示した優れた證據によつて強められる。つまり此の事項とは經濟的性質を有する團體的爭議であり、此の團體的爭議に於ては、人の知る如く、労働裁判官は公平に従つて判斷し労働者の利益と同様傭主の利益をも斟酌し、各場合場合に於て生産の有する最高の利益を擁護して新労働條件を定め既存の條件を變更することが出来るのである(一九二六年四月三日の法律第十六條第五百六十三號、一九二六年七月一日の王令第七十一條及び第八十七條第百三十號を參照せよ)(註)。

(註) 特に一九三二年一月三〇日のナポリ労働裁判所の重要な判決を見よ。一九三二年の「Foreo. II.」(イタリヤの會議所)第一號六六七頁、一九三四年ローマのファシスト労働出版所に於て出版された冊子「La Controversia collettiva dei tessili」

serai lombardi」(ロンバルディア絹織工の團體争議)に於ける争議文書と共に出版されたる一九三三年七月二日ミラノ労働裁判所の判決、同冊子に掲載された一九三三年六月五日のローマ労働裁判所の判決を見よ。

7. リバノ・シリヤ法に於ける裁判官による契約の修正

ペイルート フランス法律學校教授、前破毀法院長

シュークリー・カルダイ氏報告

M. Choucri-Cardahi

現代法律生活の二つの問題たる「損害」と不可豫見とは、これら二つに共通な内的紐帯によつて結び付けられてゐる。即ちそれらは二つとも當事者の一方が蒙つた莫大なる損害——これは社會生活の全活動が示さなければならぬ利益の均衡を破る虞あるものである——を前提する。然る時は、一定の契約に於て亂された権利の調和を再建する——ただ意思自由の原則を停止すればよいのである——ことによつて此の事物の状態を矯正することが、嚴格なる正義に於ては必要不可欠であるかといふ問題が起る。

さればこのことは、我々をして、レジョンを生ぜしめる契約 (les contrats lésionnaires) (我々は此の言葉にそれが法律上に於て有する意味を與へる)と、豫見せられなかつた、そして又豫見し得ない或る事情の結果その履行が甚だ負擔の重きものとなつた契約とが、公平の名目で取消さるべきか又は修正さるべきかどうかとの疑問を抱かしむるに至るのである。

第一の點は既にあらゆる時代に於て立法者の注意を喚起したとしても、第二の點に就いてはさうではない。昔は單に一瞥を與へられたに過ぎなかつた此の第二の點は、今日に於ては、戦後の經濟的困難のためにこの點を現實性のある第一のものたらしめた程最も探求された研究の對象である。

それ故我々はこれら二つの問題——といふよりは寧ろ同一問題の二つの様相、何故ならば「損害」と不可豫見とは既述の如く契約者の一方に蒙らしめる損害の中に於て相結合してゐるからである——に取りかかることとしよう。

第一 「損害」に就いて

「損害」は法律上に於ては、人が法律行為をなしたときでさへも受け得る凡ての損害に就いて言はれる(註)。

(註) コラン (Colin)、カピタン (Capitant) 共著「Cours élémentaire de Droit Civil français」(フランス民法要綱講義) 第二卷四四頁を見よ。

「損害」を生ぜしめる契約の運命を地方法の見地から考察する前に、我々は簡單に、現代の大陸法が此の問題によつて惹起された困難を如何様に解決したかを考へて見よう。何故ならば地方法的見地

から考察することは、尙ほまだ今のところ主題の實體ではないからである。かくして我々はリッパノ・シリヤ法が如何なる規律に服し、如何なる原則に依據するかを正確に知るであらう。此の點に關して我々は全く異なる考へ方、即ちフランス法のそれとドイツ法の、又は其の影響を受けた諸國のそれとに直面するのである。

現代のフランス法が舊來の學說——この學說から見れば莫大な損害は動産に關する契約に就いての若干の異論を除いては原則として凡ての契約を無効とする——を捨てるに至つたことを想起する必要があるであらうか？ ナポレオン法典後、今日に於て、勝利を占めてゐるものは、反對の原則なのである。原則として損害は、よしそれが莫大であり且つ明白であつても、此の損害が詐欺的性質を纏つてゐない限り、損害の重壓下に起つた行爲の效力を危くするものではない。實際第百十八條は明示して曰く、『損害ハ或ル契約ニ於テノミ又ハ或ル人ニ對シテノミ契約ヲ無効トス』。

例外として如何なる場合に於て損害は制裁を認容するのか？ 之は損害の犠牲者が未成年者であるか又は成年者であるかによつて異なる。

損害を蒙つた者が未成年者なるときは制裁は恒常的であり、『單ナル損害モ常ニ取消ノ原因タルモノトス』。

若しもそれが成年者であるならば、損害が同意を、従つてそれから生れた契約を無効とするのは例外的のみであり且つ或る一定の條件に於てである。

損害が成年者間に於て作用を及ぼし得る契約は、分配(第八百八十七條)、不動産賣買(第一千六百七十四條)、肥料の賣買(一九〇七年七月八日の法律)、海事救援救助契約(一九一六年四月二九日の法律第七條)である。

人の見る如く、斷片的にして脈絡のない此の制度に對して、ドイツ民法(註一)、スイス聯邦債務法(註二)、佛伊債務法草案(註三)はレジョンの理論を打樹て、このレジョンの理論をば廣大な基礎に立脚せしめ、且つそれに、充分に證據立てられた主觀的性質と同時に又著しき廣さとを附與した。即ち凡ての契約は正に無効となり得るものではあるが、ただそれは當事者の一方が故意に他の契約者の貧窮、窮乏、輕卒又は無經驗を利用したときのみである。

(註一) ドイツ民法第三百三十八條。

(註二) スイス債務法第二十一條。

(註三) 佛伊法第三十二條。

ドイツ民法が特殊の見地に立つてゐることは茲に亦注意しなければならぬ。それはレジョンを生ぜしめる行爲を良俗に反する行爲と看做し従つて根本的に無効と看做してゐる(第三百三十八條を見よ)、然るに反之フランス法はレジョンは同意の瑕疵であり、此の瑕疵を有する行爲は單に取消し得べきものと見てゐる。さりながらドイツ法は、時としては行爲の取消又はその修正、その改正に就いて規定してゐる。

以上が現代の大陸立法によつて此の問題に齎された二つの解決である。

今度はシリヤとリバニヤとがその法制に於てレジョン事項を如何に規定してゐるかを見よう。

此の點に關してはシリヤの法制とリバニヤの法制とを區別しなければならぬ。

諸君がやがて見るであらう如く、前者は回々教の影響を受けたものであるのに後者はドイツ的觀念に結付いてゐるのである。

之は我々がこれらの二點を詳述することによつてよく了解されるであらう。

(ii) 「損害」に關するシリヤの法制

シリヤに於てはこの事項は、トルコ民法たるメヂュラー (Medjallah) ——之はバレスチナやイラクに於ける如くシリヤに於ても現に行はれて居り、それは人の知る如く、市民生活の種々の活動に關するハナフィット (Hanafite) 回々教の一教誡集に過ぎないものである——の第六十四條乃至第三百五十八條以下、第四百四十一條、第四百二十八條以下によつて規定される。

ハナフィット回教徒法——メヂュラーは此の法の本格的代表である——は「損害」の効果を規定しつつ成年者に爲された行爲と未成年者と締結された行爲とを區別してゐる。

(一) 未成年者と爲された行爲に關する時——法外な損害は未成年者の損害に於て爲された賣買行爲の取消可能性を誘致する。

又法律は慈善基金 (Wakf) 國家、國庫 (Beitel-Mal) とを未成年者と同一視し、同様の利益を享受せしめてゐる (第三百五十六條) (註)。

(註) 此の方向についてはカドリ・パシヤ (Kadri Pachia) の著「Mourched el-Hayane」第二百條を見よ。

「損害」を生ぜしめる賣買に就いて述べた後メヂュラーは、その第四百四十一條に於て、貸借事項に就いて同一の原則を定めてゐる。それは未成年者の若は慈善基金の財産に關して、未成年者若は慈善基金の管理人によつて同意された貸借は解除され得る旨を明示してゐる。然しながら指摘して置かねばならぬ特殊性が存する。

第三百五十六條に於ては法律は「損害」の瑕疵を有する賣買行爲は取消し得べきものであることを宣言してゐる。然しながら貸借に關する第四百四十一條に於ては全く同一の言葉を用ゐて法律は、貸借人は眞の價值と思はれるものと、實際に於て定められた價格との間の差額を支拂はねばならぬと附加してゐる。若しも貸借人が上に明示された貸借價格の差額を支拂ふならば貸借はかくて維持され取消から免れることが出来るであらう。

然しながら行爲は何時「損害」を生ずる行爲と看做さるべきか？ 損害の分量如何。

茲で意見は別れる、或る者によれば損害はそれが二十分の一以上であるときには甚だしきものであると、他の或る者によればそれが不動産に就いては五分の一、動物に就いては十分の一、商品に就いては二十分の一以上であるときにさうであると。

メヂュラーが左袒してゐるものは前説であり従つてそれは地方法の従つてゐる意見なのである(註)。

他の理論家は更に一步を進めて、専門家の定めた價格以下の價格で約定された凡ての賣買は損害を生ぜしめるものと看做すにさへ至つてゐる。

之はイブン・アブ・デイス (Ibn Abidine) がその著「Radel Mouhtar ala Dourr Moukhtar」(註一) に於て支持し、カドリ・バシヤがその著「Mourched el Hayrane」(註二) に於て共にしてゐる見地である。

(註一) イブン・アブ・デイス著「Radel Mouhtar」第四卷二二二頁。

(註二) カドリ・バシヤ著「Mourched el Hayrane」第五百四十五條。又「Hachiet el Ramli ala Jarneh el Fossoukain」第二十章の末尾を見よ。

「損害」の法律上の性質如何？ それは同意に於ける瑕疵であるか？ 若しさうであるとすればそれは爲された凡ての行爲を害するものであらうか？

若しも「損害」を生ぜしめる行爲——これは或る性質のもの(賃貸借、賣買、分配)たることを必要とする——が未成年者の損害に於て爲されたならば、然る時は、この「損害」は成立せる契約を取消し、賣買と、分配とを無効とする結果を有する一つの瑕疵である。然しながら「損害」はそれ自身だけでは成年者間に締結された契約の效力に何等の影響をも及ぼすものではない。かくて、アブ・ハニファ (Abou Hanifa) によれば單なる代理人と雖も法外なる「損害」を以てしても、賣渡すこと

が出来るのである。それ故に尙ほ更所有者はその價格に於て甚だしき損害を受けても、その財産を賣却することが出来るのである(註)。

(註) 此の方向に於ては、シャフィク・シュハタ (Chaik Chehata) の著「Essai d'une theorie générale de l'obligation en droit musulman」(回教徒法に於ける債務一般理論に関する論文) 一一二—一二三頁を見よ。

(二) 成年者間に於ける契約に關する時——メヂュラーは特に賣買と分配とに就いて規定してゐる。

賣買——原則として、成年者間に於ては、第六十四條によつて指示された意味に於ける法外な「損害」そのものは、賣買行爲には何等の効果をも及ぼさぬ。

それは左の場合に於て初めて無効を誘致する。

(一) 行爲が詐欺を伴つてゐる場合、

(二) 詐欺は契約當事者一方の仕業であること、

(三) 詐欺による「損害」を原因とするこの無効訴權は「損害」の凡ての犠牲者の爲に存する、即ち買主のための如く賣主のためにも存する、

(四) 左の場合に於ては無効を請求する權利は存在しない、

(a) 買主が自己の受けた「損害」を知りたる後賣られた物の上に所有者の行爲をなしたとき、

(b) 賣られた物が滅失し若しくは消費されるとき、又は瑕疵若しくは新事實——例へば若し賣られた

物が土地であるならば此の土地の上に建築された建物の如き——が生じたとき、

(五) 詐欺に基く「損害」を理由とする無効請求権は被害當事者の相續人には移轉しない、

(六) 「損害」を生ぜしめる賣買は、若しもそれが大きな詐欺の存在とは無關係に、強制されて契約されたのであつたならば之を取消すことが出来る。

我々はもつと詳細に研究するためにこれらの命題の各々を再び取上げるであらう。

第一——詐欺から生ずる「損害」を生ぜしめる行爲。このことは我々をして、此の詐欺なる語に與へられる意味を明確ならしめる。

詐欺なる語は曖昧にして且つ彈力に富んだ觀念である、『他人を欺くためのあらゆる悪手段』とド・ドマツ(Domat)は言つた、『或る者が他の者を欺くために用ゐるあらゆる種類の策略』とポティエ(Pothier)は言つた。

傳統的には、それは第百十六條の要求する如く、他人の權利と利益とに對する故意の策略、奸計、企圖を包含する。然しながら之は絶對的に必要と云ふわけではない。虚言を言ふといふ單なる事實が時としては、ただそれだけで、詐欺となることがある。凡ては事情如何に係るのである。『凡ては虚言と日常生活との性質に係る』とコランとカピタンとは注意してゐる。それ故に例へば自己の商品を賞めちぎり、それは凡ての他のものよりも上等であると言明し、自分の凡ての競争者よりも廉く賣ると斷言する販賣者の誇張は詐欺を構成するものではない。實際商賣は、許された巧妙さに過ぎぬとこ

ろの或る偽りの技巧即ち善意の詐欺(dolus bonus)なくしてはやつてゆけるものではない。

以上がフランスの古典法の概念と實際とに於ける詐欺である。

それはイスラム教國の法律家によつても同様に理解されてゐるであらうか？

詐欺は賣買に就いてだけ而して此の行爲の機能に於てだけしか定義されて居らぬ。メヂネラーの第百六十四條によれば詐欺は物を偽りの様相に於て示すか、又はそれにその有つてゐない性質を歸屬せしめるのであらう。それ故に例へば賣主は買主に、彼の財産の價値は實際に於ては低いのに高いと斷言するか、又は買主が彼の得んとする財産の價値は要求された價値よりも少ないと賣主の前で主張する(註)。

(註) アリ・ハイダル (Ali Haidar) 著「Chah Medjellat el Ahkam」セリム・バズ (Selim Baz) 著「Chah Medjellat el Ahkam」。

かくの如き言葉を使ふ者は言葉による詐欺を犯す者である。

若しも當事者の一人がその相手方を唆かして契約せしめるために策略を用ゐるならば、その者は行爲による詐欺を犯すものである。

回々教の註解者たちが重さねがさね言つてゐるところの詐欺形態の典型的な場合を引用しよう。

乳が甚だ澤山にあると購買者に信ぜしめて甚だ高價で賣つけるために、數日の間牝牛又は牝駱駝の乳を搾らずに居るといふ事實が即ちそれである(註)。

(註) ヴァン・デル・ベルグ (Van der Berg) 著「Principes du Musman」(回教徒の原則) 八〇頁。

マレキットの碩學カールルは詐欺的事實として——これは奴隷がまだ許されてゐた時期のことである——購買者に奴隷が書くことが出来ると信ぜしめて高く賣るために衣服にインキの染をつけたといふ事實を引用してゐる(註)。

(註) カールル (Khalil) の「Jurisp. Musman」(回教徒の判例) ペロン譯第三卷三〇九頁以下。

詐欺は人の知る如く極めて範圍の廣いものである。

神法の解釋者達によつて與へられた詐欺の例を見るときは、此の詐欺はローマ人の所謂「dolus bonus」(善意の詐欺)をも含んでゐると考へさせられるであらう。それは勿論欺罔行爲のみではなく、今日では裁判所は廣く之を看過する傾を持つ様な通常世間一般に見られる單なる虚言にも適用されてゐるのである(註)。

(註) 一八八四年五月二日リオム (Riom) の判例を見よ——一八八五年の S. 117, 113。

第二——「損害」を生ぜしめる詐欺が賣買契約の無効を誘致するためには、此の詐欺が契約者の一方か又は此の契約行爲に参加した仲立人 (al-Dallal) から出づることが必要である(註)。若しも此の詐欺が第三者の仕業であるならばそれは何等の効果を及ぼさぬであらう。

(註) カドリ・パシヤ (Kadri Pasha) 著「Mourched el-Hayane」第五千四百五十條「Boustani Marfa el Toulab」一〇一頁。

買主の隣人又は共有者がその先買權 (Choufâ) を行使して、買主から不動産を獲得し以て彼の地

位に代つた時には、買主から「損害」を蒙らしめられたる賣主がなす無効の請求は、かくて特に許され得ないのである(註)。

(註) アリ・ハイダル「Char Medjellat el-Ahkam」。

茲には「損害」を生ずる賣買は存在してゐるが詐欺の張本人は買主であつて、この買主に取つて代つた先買權者ではない。

第三——詐欺の附著せる「損害」を生ぜしめる不動産賣買の無効訴權は、フランス法とは異つて、ただに賣主にのみ屬する許りでなく、若しも買主が此の權利行使のために要求された條件を満足するならば此の買主にも屬する。

第四——若しも買主が「損害」の存在を知つた後、賣られた物に所有者の行爲をなすならば(註一)此の買主のためには賣買の取消權は存在しない、何故ならばかくの如く行動することによつて、彼は法律が彼に認めてゐる賣買の取消資格を抛棄したものと看做されるからである。他方法律の解釋者達によれば、若しも「損害」を蒙れる買主が原因を知つて不動産を第三者に賣渡したとき、又はそれを以て慈善基金を創設したとき(註二)、又は此の賣られた物が滅失し若くは消盡されたとき、又は賣買の目的物が土地である場合その地上に建物が建設されたときにも亦此の取消權は消滅する(註三)。

(註一) 「Medjellat」第三百五十九條——カドリ・パシヤ著、上記の著書第五百四十八條。

(註二) 「El Inkaronia」損害の章第二百五十九號の末尾。

(註三) 「Medjellat」第三百六十條——上記のカドリ・パシヤの著、第五百四十九條。

第五——解除訴権の不可讓渡性。詐欺的損害^{レジョン}を原因とする無効請求権は相續者に移轉しない(註)。
 (註)「Medjahat」の第三百五十八條を見よ。

此の原則は現今の法によつて認められてゐる原則に反する。さればフランス法の見地からすれば、人格に專屬する非財産訴権に非ざれば被相續人(De cuius)の死によつて消滅しない。「損害」を原因とする此の取消訴権は明かに此の特質を有つては居らぬ。故人の法律的延長たる相續人はその前主に代つて之を行使し得なければならぬ。

同々教の法律書著述家達は更に一步を進めさへもする。彼等は相續人が訴訟中死亡せる前主の提起したる取消の訴を續行し得ることを許さなす。

これは明かにフランス法に對立する。フランス法はかくの如き場合には、行使された訴権が非財産的性質を有する場合でさへも、それが例へば離婚の訴又は夫婦財産分離の訴の如くその當事者以外の者による續行を論理上概念し得ない程嚴密に人格的であるに非ざれば、之が相續人への移轉を原則として認めてゐる(註)。

(註)一九〇九年二月二十九日のポルティエ裁判所の判例、一九一一年のS. 二一四九。

前主によつて開始されたところのこれら財産的にして非人格的な訴権に就いてなされたる、相續人に對するこの除外は、現今の法律的概念から見てもほさら如何にも不合理に見えはしないか？

第六——強制を伴ふ無詐欺の「損害」。飢餓と寒氣に脅かされて、生存に必要な食物と氣候の不順に備へるための衣服とを購ふために物を廉價で賣る人は自由に賣つたものとは看做されぬ。

茲では此の強制がその同意を取消さるべきものとする(註)。「損害」は要するに此の強制の形態化に他ならぬ。何故ならば賣主がその財産をかくも言ふに足らぬ價格で賣つたのは、緊急な欲求に壓迫されたからである。

(註)イブン・アブデニス (Ibn Abidine) 著「Radet Monihar ala Douar el Moukhar」第四卷一四六頁を見よ。

此の理論は、若しも法外に擴張されるならば、眞に危険となるであらう。何故ならば強制といふことの陰にかくれて、要求の不足が當人の生命を危険に曝し又は危殆に陥らしむる程の不可抗的要求に基いた譯ではなく、單に、窮迫に基きて、爲したる總ての不利なる行爲を取消すに至るであらうからである。

このことは、同々教の註釋者の著書中に取集められた此の規定こそが、リバニヤに於ける凡ての例外規定の基礎となつたことを妨ぐるものではない。

戰爭中飢餓によつてその人口の十分の一を失つた(十萬人以上の死者があつたと計算されてゐる)。此の國に於ては、極めて多くの財産が、その所有者達が生活を確保するため嘲弄的な價格で賣ることを事情によつて餘儀なくされたので、甚だしき廉價で賣られたことは人の知るところである。このことが一九二一年に於ける當局を驅つて、強制のまに／＼締結された賣買契約(註)、遂には「損害」を生

せしめる凡ての賣買契約の解除を、或る事情の下に許すための特別規定を採用せしめるに至つたのである。

(註) 一九二二年三月三十一日の判決第七百九十七號を見よ。

如何に言はれようとも、此の法律は、實際に於ては寧ろ有益であつた。而してそれが或る人達に若干の怨恨を残したのは、趨勢に捉へられた裁判所が、實際には正常な条件の下で締結されたかに見える多くの契約を無効にしたからである。

分配——この事項の核心たるメデュラーの第千二百二十七條は次の如く規定してゐる、『分配ハ公平タルヲ要ス、即チ分割部分ハ「損害」ナク、各分割者ノ權利ニ應ジテ定ムルコトヲ要ス』。

従つて「損害」の附著せる分配を無効とする訴権は許さるべきである。此の訴権は若し分割者が自己の持分を受取つたときには停止する。

此の點に就いては次のことを注意しておかう。

(一) 茲に於ては單に莫大な「損害」のみで無効を惹起する。その「損害」が詐欺から生じたことを必要としない。

(二) 此の無効訴権は契約上の分配と同様に裁判上の分配をもその對象となすことが出来る(註)。

(註) パン著「Charh Medjelat」六二四頁を見よ。

(三) 此の訴権は「損害」を生ぜしめる持分を受けた共同分割者が分配を取消するための權利に訴へないで此の持分を受理したときには消滅する。此の共同分割者のかくの如き態度は無効訴権の行使の斷念を示すのであらう。

(b) 「損害」に關するリバナヤの法制

我々が今見て來た回々教法のこれらの原則は、最早リバナヤには適用することは出來ぬ。

嘗つてはこの國はそれらの原則によつて支配されてゐたが、今日に於ては、現行債務契約に關する法典以來この點に關してはリバナヤは現代法の膝下に入つたのである。

我々の研究の對象たる此の事項に關するリバナヤ法の特殊性は何であるか？

リバナヤ法は「損害」が損害の犠牲者の同意を無効とすることを原則として認めない。それとは異つて次の如き場合には契約は取消し得べきものとなる。

(一) 「損害」が未成年者によつて受けられたとき、

(二) 「損害」が成年者によつて受けられても、それが一般的な慣習の見地からして、厭むべく且つ常規を逸したものであり、犠牲者の窮乏、輕卒又は無經驗を利用する受益者の意思を表はしてゐるといふこれら二つの特質を示してゐるとき。

今茲に指摘した範圍内に於ては、射倖契約そのものは「損害」を理由として取消されべきもので

ある(註)。

(註) リバニヤの債務法第二百十四條を見よ。

此の文面からは次の如きことが生ずる。

(一) フランス法とは異り、ドイツとスイスとの現代的概念に従つて、リバニヤ法は成年者間に於ける損害は契約者の一人が他の當事者の窮境、輕卒、無經驗を利用したかに見える契約に於て作用することを規定してゐる。然しながらリバニヤ法は、損害を良俗に反するものとして本質的に無効な行爲と看做すのではなくて、契約を取消し得るものたらしめる同意の瑕疵と看做すといふ意味に於てドイツ法と分れる。

(二) リバニヤ法は次の意味に於てシリヤ法と異なる。

u) 「損害」は單に未成年者と締結された契約を無効とするのみであつて、慈善資金又は國庫と締結された契約を無効とはしないこと。

(b) 「損害」は回々教法に於ける如く單に或る契約ではなくて、或る一定の事情の下に於ては成年者間の凡ての契約に於ける同意を無効とすること。

(c) 「損害」はなほ詐欺が附著してゐるといふ條件では、そのみで、ただ單に或る契約ではなくて成年者間に於ける或る種の契約凡てを無効とすること。

(d) 「損害」の効果は、契約取消の可能性でありそれには當然取消の有する諸結果を伴ふ此の無効は

相對的であるとしても、シリヤ法に於ける如く行爲の目的物たる財産の讓渡によつて、又はその變更によつて妨げられるものではない。

第二 不可豫見(豫見せざることに就いて)

不可豫見は、債務の履行が豫見不可能にして異常な事件によつて妨げられたときに債務者はその債務から免れ得るといふ事實にあることは、之を想起しなければならぬ(註)。此の履行は絕對的不能となつたのではないが法外に負擔が重くなつたのである。

(註) カヒタン著「Cours elementaire de Droit civil」(民法要綱講義)第二卷七五頁を見よ。

不可豫見は次の二つの原因から生じ得る。即ち輕卒であり先見の明がないために、全く豫見し得ることを豫見し得なかつたこと、全く豫見不可能であつたものを豫見し得なかつたこと之である。理論は此の二つの場合の中ただ第二のもののみを目標とする。

かくの如く理解された不可豫見はリバノ・シリヤ法制によつて認められたか？
 リバニヤは新債務法即ち現代法によつて支配されてゐるのに、シリヤに於てはメヂュラー即ち回々教法が適用されてゐるのを我々は知つてゐる。

既に久しき以前から權利濫用の理論に賛成し、民事事項に於ける緊急必要を極めて明確に概念したが故に、他のところでは甚だ大膽であるやうに見える回々教法は、不可豫見の理論をば之を許容する

ためにしろ、或は攻撃するためにしろ、豫見しなかつたやうに見える。之、回々教法の状態に於ては、不可豫見は契約者をその自由に契約したところの債務から免れしめることが出来ないやうに、我々には思はれる所以である。

現代的概念から成立つてゐるリバニヤの法に就いても同様であらうか？

リバニヤの債務法も亦特別には不可豫見の場合を目標としてゐない。さりながら、不可抗力の場合に於ける契約の不履行に關する或る條文が存在してゐる。

第二百五十四條は明記して曰く、『契約上ノ事項ニ於テハ債務者ハ契約ノ不履行ガ第三百四十一條所定ノ條件ニ於テ不可能トナリタルコトヲ證明スルニ非ザレバ債務不履行ノ責ニ任ズルモノトス』。而して今度は第三百四十一條は附加へて言ふ、『債務發生後債務ノ目的タル給付ガ債務者ノ行爲又ハ過失ナクシテ自然的又ハ法律的ニ不能トナリタルトキニハ該債務ハ消滅スルモノトス』。

法制状態に於ては不可豫見の理論に市民権を附與することが出来るか？

之は我々には疑はしく思はれる。何故ならば前記の諸條文は履行を絶対的に不能ならしめる處の豫見せられず且つ打克ち難き障碍の存するときのみ契約者をその履行から免れしめるからである。契約の履行の負擔が重いといふだけでは足りないのであらう。しかるに不可豫見の理論がその活動を促される場合に於ては、履行は甚だしく負擔重きものではあるが物質的に不能ではないのである。

新法典は一九三四年より施行されてゐるが、裁判所は未だかつて此の事項に關して意見を表示する

必要はなかつた。然しながら新法典の諸條文は裁判所をして、不可豫見の理論が許容してゐるところの不可抗力の觀念の擴張を排除せしむるに至るであらうと思はれる。

加之、リバニヤ法典の淵源たるフランス民法は不可豫見を非としたかに見える。フランス破毀法院がその意思を表示したのは少くとも正に此の方向である。「クラボン事件に於てなされた判決（一八五六年一月九日の趣意書、一八五六年の D.P. 第一卷五三頁、一八七六年三月六日の趣意書、一八七六年の D.P. 第一卷一九三頁）」と家畜貸貸契約についての一九二二年六月六日の民事部の判決（一九二一年の D.P. 第一卷七三頁）を見よ』。

リバニヤの參事院の方では、此の問題に就いてその見地を明確するやうに未だかつて要求されたことはなかつた。我々がやがて見るであらう如く、戦前に認可された公益——戦後に於ける之が利用は、初めの入札心得書の條件に於ては費用倒れのものとなつた——の譲渡に關する諸困難を解決するの責に任じたものは、參事院創設以前に於ては行政部自身である。

以上のことは今や我々をして次の如き項目に於ける不可豫見に就いて語らしめる。

(一) 戦後の行政的實際に於ける。

(二) 一九一九年後の立法的適用に於ける。

(一) 戦後の行政的實際に於ける。

「ダマスク、ハマ間及びその延長の鐵道會社」、ベイルート電氣電燈會社に附與された免許證書は改訂された。舊運賃率は變更され新運賃率の決定に於ては、戦後五倍となつた經營費の増大が斟酌された。

これは免許契約に於ける不可豫見理論の適用ではないだらうか？

全く異つた經濟條件を基礎として樹立された舊賃率決定が維持されたならばこれらの諸會社は破産に迄追ひやられたことであらう。

(二) 一九一九年後の立法的適用に於ける

戦後に於ては、或は約定賃料の支拂を中止するため、或は賃借人の受益期間を延長するため、或は當事間に約定された諸條件を賃借人の利益になるやうに修正するために、賃貸契約事項への立法者の多くの干渉が見られた（特に一九一九年七月一日と八月二九日との判決を見よ）。

全く最近に於てさへも、リバノ・シリヤ貨幣と聯結するところのフランス・フラン貨の、一九三六年九月二八日の價值下落のために、高等委員會はトルコ・リーヴル——之はシリヤ・リーヴル（フランスの二十フランに相當する）と同一資格で、取引に於て認められてゐる貨幣である——で契約された賃貸契約を解除する權能を賃借人に與へるために、裁決の方法によつて、干渉しなければならなかつた。フランス・フランの價值下落の結果、平價切下以前に於ては百十フランの價であつた金トルコ・リ

ーヴルは今日では百七十八フランの價を有してゐる。之は又不可豫見理論の適用ではないだらうか？ 高等委員會は此の點を考慮して、フラン貨の平價切下の金リーヴルで約定された契約上に及ぼす致命的な反響を回避するために賃貸料事項へ干渉することには同意したけれども、金貨に基いて締結された他の契約のためには、右とは反對に、短期間の支拂猶豫以外には特別の處置を採ることを拒んだのであつた。茲では不可豫見の理論は勝利を占めないで、一般的な原則が覇權を握つてゐる。

8. ノルウェーに於ける裁判官による契約の修正

オスロー法科大學教授 アーノルム氏報告

M. Arnholm

第一——契約がその締結の瞬間から公平でないか、又は其後に介在する事情の結果公平でなくなる虞ある場合に於けるノルウェー法の地位を研究せんと志す時には、注意を先づ意思表示の解釋に關し裁判官のノルウェー法によつて享有する極めて大なる自由に向けなければならぬ。裁判官は、單に問題となれる意思表示又は契約を解釋する（此の語の狭い意味に於て）權利を有つてゐる許りでなく、意思表示を「補足する」の權利を有つてゐる。裁判官の此の自由は、實際に於ては、公益を圖ると言

ふ理由を有する監督要素を含んでゐる。解釋と「補足」といふ語によつて得る結果は、契約締結當時に於ける兩當事者の主觀的意見であつたと想像されるものに立脚するのではなくて、現に目前にある場合の型の最も合理的且つ最も適当な解決と客觀的に看做されるものの上に立脚してゐるのである。

然しながら、これらの實行方法が如何に有益であらうとも、それらは凡ての場合に於ける困難を排除するに充分でないことは明かである。問題の契約は明かに不正であり、この契約の修正が痛感されはするが契約の文面自身が明々白々であつて、解釋又は「補足」することによつては、困難の解決を望み得ないやうな場合が時々あるのである。これらの場合に於ては、意思の認定計畫に止ることを斷念し、眞實の干渉を許す法規を有たねばならぬ。

この種の多くの規定はノルウェー法に於て知られてゐる。それらは三つの主たる群に整頓することが出来ゝ。第一に、契約に關する法律（一九一八年五月三十一日の法律）の中には權利の濫用に關する諸規定がある。第二に、トラストに關する法の中には（一九二六年二月一日の法律）競争制限と不當に引上げられた價格との統制に關する諸規定があり、最後には猶豫の節と言はれる契約に關する法の諸節の下に入るべき場合がある。

余の説明に於ては、契約が第三者を不當に害するものとして、修正を受くべき凡ての場合には之を遠ざけるであらう。それ故に余は不正競争に關する法律（一九二二年七月七日の法律）中に見出される諸規定も將又トラストに關する法律中に存する特別規定も検討しないであらう。

第二——我が法律規定中にあつて直接濫用を目標としてゐる規定は契約に關する法律の第三十節に見出される。

『或ル者ガソレニ對シテ何等ノ代償モ與ヘズ又ハ與ヘタル代償ガ全ク不均衡ナルガ如キ利益ヲ得又ハソノ利益ヲ自己ノタメ留保センガタメニ他ノ當事者ノ困難ナル地位、輕卒、精神耗弱、若シクハ無知ヲ濫用シ又ハ從屬關係ヲ利用スル場合ハ、他ノ當事者ハソノ意思表示ニヨリ拘束サルルコトナシ。』

右ハ第三者ガ濫用ヲナシタル場合及ビ意思表示ノ相手方ガ之ヲ知り若シクハ知り得ヘカリシ場合ニモ效力ヲ有ス。

法律行爲ガ取消ヲ受ケタル場合損害ヲ蒙レル當事者ハ他ノ當事者ト同様受領セシ物又ハ之ニ相當スル價值ヲ返還スルコトヲ要ス。金錢ノ借入ノ場合ニ於テハ借入金受領ノ日ヨリ法定利子ヲ添ヘテ返還スルコトヲ要ス、同一ノ規定ハ受領サレタル物ノ交付ヲ受ケ且ツ事情ヲ知り又ハ知ルベカリシ第三者ニモ之ヲ適用ス。

此の規定は契約に關する法律の第三十三節に含まれてゐる無効に關する一般的規定によつて補足される、この一般的規定は次の如く記述されてゐる。『法律行爲ハ、法律行爲ノ相手方ガソノ成立ノ當時知リタルモノト推定サルベキ諸事情ノタメ、該法律行爲ヲ主張スルコトガ相手方ノ正直及ビ誠實ニ反スルトキハ無効トス。』

これらの規定によつて、人は、濫用の危険に曝された當事者を保護せんと欲したのであつた。社會は債務がかくの如き方法で契約されるのを放任することは出来ぬ。従つて意思表示は之をなした者を拘束すべきではない。彼は債務の履行を拒絶することが出来なければならず、又既に履行せる場合には之が回復を得ることが出来なければならぬ。若しも彼が満足してゐるならば社會はこの事件に干渉する必要はない。かくて損害を蒙れる當事者はその意思表示を認めしめる自由を有し、この意思表示はその缺點あるにも拘らず初めから (ab initio) 有效なものと看做さるる結果を得ることが出来るのである。第三十一節に關しては、それは濫用を制裁するのであつて法外な利益を制裁するのではないといふことを強調して置かねばならぬ。それ故に具體的主觀的な評價が決定的となるのである。

契約に關する法律の第三十一節の諸規定は、次の如く規定してゐる刑法第二百九十五節と聯關して之を検討しなければならぬ。

『一定ノ事情ニ於テハ其給付ニ對シテ全ク不均衡ナル利益ヲ得又ハ自己ノモノトシテ留保センガタメニ法律行爲ニヨリ他ノ者ノ困難ナル地位、輕卒、精神耗弱若クハ無知ヲ濫用シタル者又ハ之ニ協力シタルモノハ暴利ヲ理由トスル罰金刑ニ之ヲ處スルコトヲ要ス。』

コノ事情ヲ知リツツモ法律行爲ニヨツテ權利ヲ得テコノ權利ヲ援用シ若クハ他人ニ讓渡シタル者又ハ右ニ協力シタル者ハ同様ニ之ヲ處罰スルコトヲ要ス。』

前述の如く契約の無効に關する法律に含まれてゐる諸規定は、上記の刑法規定よりも甚だ廣汎であ

る。契約に關する法律はかく人的從屬關係より生ずる濫用の場合及びその外反對給付を與ずへして給付を受けた場合も包含してゐる。他方契約に關する法律は明白な不均衡しか要求せず、濫用があるかどうかを一般的評價に委ねてゐるのに、刑法は給付と反對給付との間に明白且つ甚だしき不均衡の存在することを要求してゐる。

第三——價格と報酬との不法引上に關するトラスト法の法規は、實際右と同一の利益の保護に役立つてゐる。而してそれは契約に關する法律の第三十一節が甚だ稀にしか援用されず、刑法第二百九十五節は尙ほ更稀にしか採用されない程度に於てさうなのである。然しながらトラストに關する法律の規定は、契約に關する法律の規定とは別な原則に立脚してゐるのであつて、それは又異なる原則に於ける法律的效果を有してゐる。

トラストに關する法律に於ては、これらの關係の下に於て特に重要なものは正に第十三節である。『營利ノ目的ヲ以テ價格若クハ報酬ヲ不當ナ高サニ決定若クハ要求スルコト、又ハ他ノ不正ナ條件ヲ設クルコトハ之ヲ禁ズ。』

これらの法規と關聯して第四節を述べておかねばならぬ。本節は法外な價格と利純とが提供され或は要求される凡ての場合、又は總じて便宜に反する諸條件が存する時には調整的決定をなす權利を行政官廳即ち監督委員會に與へてゐるのである。これらの決定は例へば最高價格を定めることが出来る。必要な權限を監督委員會に附與するために、トラストに關する法律第十節は、あらゆる所要の報

告をなす義務を同時に私企業に課することを許す廣汎な調査權を該委員會に與へてゐる。

トラストに關する法の法規の理由は公益を一般的に考慮すると言ふことである。報酬又は契約の他の條件が不當であると考へられるときには、社會はその利益を救ふために干渉することが出來又干渉しなければならぬといふこと、之はこの干渉がよしや他の契約者の望むところであらうとなからうとも、正當であると考へられる。此の原則から生ずる重要な歸結は、損害を蒙れる當事者がその後の是認によつて契約を救済し得ないといふことである。加之この反作用は、意思表示が全體的に無効であるといふことではなくて、不當と看做されるものを消滅せしめるやうに修正されるといふことである。それ故に若し不當な高價に基く利純を得て商品を買ふならば、この賣買は有効であつてただその利純のみが縮小されるのである。

剩へ此の違反は法律（トラストに關する法律の第二十七節、第二十八節）によつて處罰される。

その詳細なことに關して云へば、トラストに關する法律の第十三節はその任務を報酬又は他の不法な條件に限つてゐることが留意されねばならぬ。unlawful（不當なる）と言ふ語は法律の他の一聯の諸規程に於ける *unlawful*（誇張された）といふ語と相對立し、そして茲に問題となつてゐる諸事實は強い反對を生ぜしめるものであることを示してゐる。加之トラストに關する法律の規定は營利の目的を以てなされた活動に對してのみ效力を有する。これは、この法規は問題となつてゐる人の事業部門にのみ有効であることを意味するものではなくて、それは單にその目標を營利目的のために締結

された契約にのみ限るといふことを意味するのである。此の理由からして、制限は殆ど重要性を有つてゐないのである。

第四——主たる第三の群は、トラストに關する法律の第三十六節乃至第三十八節の規定から成立つてゐる。第三十六節によれば兩當事者が義務不履行の場合のために約した罰金は、その全額の支拂が明かに公平に反する場合に之を減額することが出来る。然し此の減額は罰金の留保なしに支拂はれたときには許すことは出來ぬ。第三十七節によれば同様の規定は、一契約者が契約の義務不履行によつて権利の、他の著しき喪失の危険に曝されるであらう場合にも效力を有する。第三十八節の規定は、契約者の一方が競争の理由から職を探さざること又は特殊の事業を爲さざらざることを約した場合を取扱つてゐる。これらの規定は若しもこの約束の理由が競争に基く場合、又はこの約束が契約當事者の有する經濟的活動の可能性を不當に制限する場合、又は競争を防ぐことにあるその目的を逸脱するものと看做されるべき場合には、此の契約を斟酌せざるを得る旨を述べてゐる。

これらの規定は、契約がその締結の當時便宜に反すると看做され得る場合だけを含んでゐない。この場合に於ては、契約に關する法律の第三十三節だけで充分であつたであらう。これらの規定は又、若しも兩當事者の利益が考慮されるならば、一契約がその締結後に起つた事情のために結果から見ると許し難きものとなつた場合にも干渉することを許してゐる。それ故に茲では、公益を考慮することによつて理由づけられた、契約の極めて廣汎な修正を行ふことが出来るのである。これらの規定は「恩

惠規定 (*régles de grâces*) と呼ばれた。然しながら、前述の如くこれらの規定は一定の極めて特殊の性質を有する場合のみを目標としてゐる。

これらの規定と密接に關聯して、保險契約に關する一九三〇年六月六日の法律の第三十四節に包含せられてゐる規定がある。『本法ニ規定サレザルモノニシテ保險契約ニ包含セラレタル條件ガ保險會社ノ善良ナル實務ニ反シ且ツ不正ナル結果ヲ導ク場合ハカカル條件ハ之ヲ斟酌セザルコトヲ得』。それ故に此の場合に於ては、締結された契約の修正のために甚だ大きな自由が裁判官に與へられてゐる。

契約と保險契約とに關係する法律の規定はそれに相應するデンマルク、フィンランド、スウェーデンの法律の規定と同一の基本點の上に立つてゐる。

9. ポーランドの民法に於ける裁判官による契約の修正

ルウォー大學民法教授

ロマン・ロンシャン・ドゥ・ベリエ博士による報告

Dr. Roman Longchamps de Berier

ポーランドの新債務法は「損害」の場合と契約締結後に生じた事情の變化の場合とに於ける裁判官

による契約の修正を廣く認めてゐる。これら二つの場合のためには一般的な原則があり尙ほその上に特殊な場合に關する特別規定が存する。この場合に於ては修正が簡易化される、換言すれば裁判官は一般原則の要求する一定の條件に適合しなくてもよいのである。法律は別な解決を豫想するが故に裁判官による契約の修正を排除するところの特別の規定も亦あるのである。

A 「損害」

第一 一般原則

第一——債務に關するレジョンの概念は、現在の債務法以前ポーランドに於て行はれてゐた諸法典に於ては、客觀的要素特に給付の不均衡の上、又は主觀的要素の上に立つてゐた。この最後の要素(主觀的要素)に就いては、或は損害を蒙れる當事者(同意の瑕疵)なるか、又は不道德な行爲、行爲の不法的若しくは高利的性質を理由として他の當事者なるか、或は同時に契約兩當事者(他方による一方の利用)がその對象とされた。

オーストリア民法第八百十一條は、純粹に客觀的な要素に立脚した半分以上の損害 (*laesio ultra dimidium*) の形式だけでレジョンを認めた。第九百三十四條によれば各雙務契約は、一給付の價值が他の給付の價值の半分に達しない時には之を取消すことが出來た。その理由は各當事者が自分の給付

に對してそれと等價值のものを受くることを要求する雙務契約に特有な性質であつた。給付の價値に於ける相異は、原則として不可避であり、且つ極めて當然である。何故ならば取引は多少の差こそあれ、何れも營利的であることが必要であるがためであり、更に契約當事者にとつて重要なものが市場の相場に於ける價値に相應せずして、使用價値に相當するといふことがあり得るからである。さりながら若し一給付の時價が他の當事者の給付の半分以下であつた場合は、法典は契約の實質に反する法外なものとなし、それは、この契約を損害を蒙れる當事者の請求に基いて無効とするに充分としたのであつた。契約の締結に伴ふ主觀的要素は無視すべきものと看做され、被害當事者の意思が全く自由であつたか、又は他の當事者はその契約の相手方の境遇を利用しなかつたかどうかといふ問題は特にさうであつた。

反之、ナポレオン法典は契約の取消を、單に給付の客觀的不均衡許りでなく、損害を蒙れる當事者の同意の瑕疵の上にも立脚せしめて、主觀的要素を斟酌した。相續權(第七百八十三條、第八百八十七條、第七百七十九條、第一千零八十八條)を除いては、未成年者と不動産の賣主(第一千三百五條、第一千六百七十四條)とだけがレジヨンの場合を主張することが出来る。法典の編纂者達の意見によれば、賣主のみが契約の締結を強制され得るものである。何故ならば彼は不定的な地位に居り、従つて、その同意の自由を一部分奪はれると考へられるからである。第六百七十四條の基礎をなしてゐる概念は、佛、伊草案によつて發展せしめられた。この草案は賣買に關する特別規定には觸れずに、第二十二條

に於ては、契約者の一方が負擔した義務と彼が契約から引出す利益との間に於ける不均衡の結果、彼の與へた同意が充分には自由でなかつたと推定されるべきときには、裁判官に此の契約を取消し又はそれから生ずる義務を輕減することを許してゐる。

ドイツ法典は、ナポレオン法典の推定する同意の瑕疵の概念と同様、オーストリア法典の半分以上の損害(*laesio ultra dimidium*)の概念をも排斥し、當事者の一方の責任たる他の當事者の利用のために良俗に反するものと看做される高利契約の概念を採用した。契約は當然無効ではあるが、此の不道德行為の責任者なる當事者は勿論この無効を主張することは出来ぬ。ドイツ法典は、以上の如く、又主觀的要素をも斟酌してはゐるが、損害を蒙れる當事者の共同契約者たるの見地から考慮せられた主觀的要素を斟酌してゐるのである。ドイツ法典の例は、民法典を修正してゐる一九一六年のオーストリア法が之を踏襲した(新編纂第八百七十九條)。

ポーランド新債務法はその第四十二條に於て、フランス法の採用せる概念とドイツ法の採用せるそれとの間に一種の折衷を試みてゐる。佛伊草案の如く、原則として、同意の瑕疵から出發し、損害を蒙る者は、錯誤、詐欺、暴力と同一章に收めることによつて、ポーランド新債務法は損害を蒙れる者に於ける同意の瑕疵を、意思表示の効果から免れしめるための充分なものとは看做さないが、詐欺のため如く、此瑕疵は他の當事者の咎むべき行為によつて惹起されたこと、特に此の當事者がその相手方を利用した場合にさうであることを要求してゐる。ポーランドの債務法の此の態度は法律的取引の安全

の要請に従つて條文化されたのである。若しも當事者がその法律行為締結中、彼の意思に影響を及ぼしたところの不安定な境遇に居つたと云ふ事實を單純に主張し得るならば、又は此の當事者が、その誠實には何等の疑もない他の當事者の損失に於て、その債務から免れ得るとするならば此の法律上の取引の安全は脅かされるであらう。

第四十二條は利用の觀念を決定する諸條件を次の如く限定してゐる。

(一) 給付間に於ける甚だしき不均衡。第四十二條は單に雙務契約たる賣買、交換、企業契約等に係する許りでなく、他の有償契約例へば消費貸借にも關係してゐる。裁判官は給付が契約締結の時に表はす價值によつて不均衡を評價する。

(二) 損害を蒙れる當事者の輕卒、魯鈍、無經驗又は窮境。これらは、自覺的意思を排除する知的能力の混濁又は無意識を確定し得るために必要な程度に達しないでも、それでも矢張り、充分に自由な決定には障礙を興へる性質のものであつた精神状態を惹起する。

(三) 他の當事者による上記の事態の利用。之は法律秩序の見地からすれば恰も詐欺の場合に起つたやうに彼の行為を咎むべきものたらしむるものである。

利用を、同意の他の諸瑕疵と同列に置くことによつて、法典は、錯誤詐欺、暴力に於ける同様な制裁を此の利用に課してゐる。損害を蒙れる當事者は他の當事者に對して通告することによつて契約の法律上の効果を免れることが出来る。然しながら損害を蒙れる者——この者のためには契約の完全な

る無効は常に必ずしも最良の解決ではない——の利益のために、法典は、取消権をば他の手段が缺如せる場合に適用さるべき極端な手段としてのみ之を許與してゐる。第一に損害を蒙れる人は、自己の給付を減少するか或は反對給付を増加するかして、給付間に於ける適當な關係の再確立だけしか要求することは出来ぬ。反對給付の増加は損害を蒙れる人の給付が不可分である場合は可能である。他方契約の取消権は給付の減少又は増加が不可能な場合に限られはしない。減少又は増加が、例へば増加に關して言へば他の當事者の不良なる財産状態の結果實現困難であればそれで充分なのである。

「損害」の規定は、契約の内容の決定に就いては、廣き適用範圍を裁判官に残してゐる。如何なる程度迄損害を蒙れる人の給付を縮小すべきか、又は他の當事者のそれを増加すべきかを決定することは裁判官の權限に屬する。次に損害を蒙れる人には契約を拋棄することしか残つてゐない程に減少又は増加が困難であるかどうかを評價することも亦裁判官の權限に屬する。尤も此の終りの評價は損害を蒙れる當事者の相手方が、損害のなかつたことを主張するか、又は彼によつて受入れられた若しくは約束された給付を縮小するか、又は更に彼の給付を増加しさへすれば、充分であるだらうと主張するならば、此の相手方によつて提起された訴訟中に於てのみ起るであらう。

第二——特別な規定は高利に關係してゐる。高利に關するものであつて、一九三二年八月二三日の共和國大統領令によつて修正された一九二四年六月二九日の共和國大統領令によれば、利子の形態にしる又は他の凡ての形態にしる大藏大臣の定めたる利率を超過する金銭上の利益を留保し、又は實現

することは禁ぜられてゐる。現在に於ては、許さるべき利率は年一割二分を超えることは出来ぬ。而して若し銀行業務を営む企業によつて契約される利子に關しては、年九分五厘を超えることは出来ぬ。此の形態の下に於ける高利は、裁判官による契約の修正の問題を生ぜしめはしない、何故ならば契約は利益が所定の法規を超える限り當然無効であるからである。併しながら要求された利子が法定利率を超えないときでも利用があつた場合には裁判官は契約の修正をなし得るであらう。

第二 特別規定

(a) 約定損害賠償の減額

原則として當事者は契約の不履行より生じ得る損害を評價すること、従つて違約罰の額を決定することは自由である。然しながら或る當事者が不履行より生じ得る結果を充分斟酌しなかつたか、或は契約締結後に事情が變化したか、或は債務者がその債務履行を確信してゐたために他の當事者の提議した違約罰を毫も重視しなかつたかのために、當事者達が明かに過度の制裁を定めたといふことはあり得る。これらの場合に於て約定損害賠償の減額は公平の命ずるところである。さりながら違約罰は債務の一種の強化であるとして違約罰の價値を減少せしめざるためにかくの如き減額を許さない法制が存する。契約上の過度の制裁は債務者の上に無視すべからざる壓力を加へることは明かである。か

くの如きがナポレオン法典と佛伊草案との態度であり、これらの法典は、主たる債務が一部分履行された場合を除いては、約定制裁を縮小することを許さない（ナポレオン法典第千五百五十二條、第千二百三十一條、佛伊草案第百一條、第百六十七條）。右の如き履行の場合に於てさへ減額を許さざるポーランドの商法典の態度も亦さうである（第五百三十一條第二項）。

然しながら公平の原理はオーストリア法典（第千三百三十六條）とドイツ法典（第三百四十三條）とに於て勝利を得た。即ち若し約定損害賠償が過度に失する場合には裁判官は之を減額することが出来る。ポーランドの債務法はその第八十五條に於て此の例に倣つた。此の規定によれば債務者は次の如き二つの場合に於て、約定損害賠償の減額を要求することが出来る、即ち、第一それが餘りに過度の場合、第二契約が一部分履行された場合。

裁判官は約定損害賠償を減額すべきや否やを自由に評價するであらう。何故ならば、法典は、債權者が契約の不履行なる事實から何等の損害も受けなかつたこと、又は極く些細な損害しか蒙らなかつたことを、——これらは債務者が證明しなければならぬことである——裁判官に對する基準として例示してゐるに過ぎないからである。然しながら債權者が著しき損害を受けた場合に於てさへも、裁判官が損害賠償がそれでも矢張り多きに失すると判定するならば、この約定損害賠償を減額することが出来るのである。

(b) 仲立契約に於て約定された法外な報酬の減額

例へば労働契約又は賃貸借契約の如く、當事者が仲立人なくしては濟せないやうな契約が屢々存する。然るときは仲立人はその地位を利用して法外な報酬を約定すると言ふ虞れがある。利用に關する一般規定は茲では適用されぬであらう、何故ならば或る種の契約に於て仲立の名目で請求された過度の費用の社會的重要さ程には、特別の場合に關する事情は問題ではないからである。かくの如き動機に依つてポーランドの債務法は、ドイツ法(第六百五十五條)とスイスの債務法(第四百十六條)との例に従つてゐる。約定損害賠償についてと全く同様、此のポーランド債務法は、労働契約、家屋賃貸借契約又は不動産の譲渡契約締結の機會を確保せんがため或はかくの如き契約締結の際仲立の役を勤めんがために約定された法外な報酬を、債務者が請求に基いて減額する權限を裁判官に附與してゐる。仲立人の法外なる報酬に對しての債務者の保護はドイツ法とスイス法とに比しては擴大された、何故ならばドイツ法は労働契約しか目標とせず、又スイス法は労働契約と不動産の賣買としか目標としてゐないからである。

(c) 第三者によりなされた給付の決定による一當事者の損害

當事者は給付が第三者によつて決定されることを約定することが出来る(ポーランド債務法第五十九條第一項)。若し給付の決定が第三者の正しい決定に委ねられるならば危険はないであらう。何故ならばその時は、客觀的な標準即ち公平があるのであり、これによれば裁判官は必要ある場合には、第三者によつて行はれた決定を矯正することが出来るからである(債務法第二百九十七條)。反之若しも決定が第三者の自由なる決定に委せられたならば、此の決定が明かに當事者の一方を害するときでさへも、當事者は絶對的に此の決定に束縛されるといふことが一般的原则から生じ且つそれは、欲するものに損害は與へられず、(Volenti non fit injuria)と言ふ原則に適合するであらう。然しながら之は契約に於ける損害を出來得る限り矯正せんとする法典の明白なる傾向と調和し得ないであらう。然るときは第四十二條の原則は、此の場合には缺けてゐるが故に、給付の決定を第三者に一任してゐる契約を第三者が決定を拒む場合か又は當事者の定めた期間内に決定をなさぬ場合と全く同様、無効とする以外に方法はないのである。これはポーランド債務法第五十九條第二項が示すところのものであつて、ポーランドに於て現在迄行はれてゐた法制にその先例を見ないところの規定である。然しながら此の規定は裁判官に契約を修正することを一任しないのであつて、此の裁判官の任務は、單に當事者の一方が給付の決定を委託された第三者の決定によつて損害を受けたことの調査に限られてゐる。判決は、契約有效の条件の一、特に決定が明白に當事者の一方を害しないといふ條件が缺けて居り、従つて契約は當初から無効たるべきことを、宣告するにとどまつてゐる。

B 不可豫見

第一 一般原則

給付の不能が債務者の責に歸すべからざる事情の結果であるならば、債務の消滅を來たすところのこの給付の不能の場合とは別に債務の發生後に於ける事情の變更より生じ得る結果として一の状態が法律上に於て現はれる。此の状態とはその場合債務者は大なる努力を以てするに非ざれば、又は著しき損失の危険に曝されるに非ざれば給付を履行し得ないであらうところのものである。給付の價値の甚だしき下落によつて、契約の嚴格なる履行のために損失を蒙らねばならぬ者は何と債權者であるといふ場合も亦起り得る。例へば第一の場合より起り得る場合は次の通りである。第一、工作品が註文を受けたが、必要な材料が輸入禁止の目的物であり、企業家は法外に多くの費用を以てするに非ざれば自ら之を生産し得ない場合、第二、契約の履行地と定められてゐた場所を戰場としたところの戦争が勃發した場合、之は債務者を一身上の危険に曝すものである。第三、相互的給付の履行又は貸借物の回収が疑はしい程に他の當事者の財産状態が悪化した場合、第四、贈與者の財産状態が約束後甚だしく變つて、彼は彼自身とその近親との必需品に差支を生ぜしめずには贈與を履行し得なくなつた場合。事情の變更の第二群中に、貨幣價值下落を擧げることが出来る。この下落の結果取立額の支拂に

よる借主の免債又は約定價格の支拂による買主の免債は債權者にとつては損害となるであらう。

現在の債務法以前にポラランドに於て行はれてゐた諸法律は、「合意は拘束する」(pacta sunt servanda)といふ原則を嚴格に尊重すること、給付の絶對的不能の場合を除いては事情の變更による債務者の免債を許さぬこととは、法律的取引の安全のためには必要不可欠のものと判断した。従つてそれらの法典には不能の場合を除いては、債務に及ぼす事情變更の影響に關する如何なる一般的规定も存しなかつた。それらの法典は此の影響を、嚴格に限定された特殊の場合に關するものであつて、一般化を生ぜしめない特別規定によつてのみ規律してゐたのである。これら特別規定の中には次の如きものが擧げられるであらう。ナポレオン法典に於ては雙務契約の不履行の場合に債務者に期限を與へることを裁判官に許してゐる第百八十四條。ナポレオン法典とドイツ法典とオーストリア法典とに於ては賣主又は相互契約の債務者が相手方に支拂のために期限を附與しており、尙自分が初めにその給付をなすことを要するときでさへも、若しも契約締結後に他の當事者の財産状態が甚だしく悪化したためにその給付の履行が疑はしくなつたときには、自己の給付の履行を延期することが出来るとするの規定(ナポレオン法典第百六十三條、ドイツ法典第三百二十一條、オーストリア法典第千五十二條)。ドイツ法典に於ては借主の金錢的地位をより一層不安定ならしめた事情のために、辨濟が疑はしくなつた場合には貸主に貸借を中止することを許すところの規定(第六百十條)オーストリア法典

に於ては事情の變化の、豫約より生ずる債務に及ぼす影響に關する規定(第九百三十六條)。

戰爭中には、支拂猶豫令なる特別法が現はれ、これによつて或る種の債務者はその債務の履行のため猶豫期限が與へられた。戰爭に續いて起つた恐慌には、信用特に農業信用の利率と満期との緩和に關する幾多の法令が發布された。これらの法律の中最重要なものは次の通りである。利率の引下と長期負債の辨濟期の延長に關し且つ擔保證書と債務とを確保する一九三二年一月二〇日の法律、抵當付債務の利率と満期の緩和に關する一九三三年三月二十九日の法律、農事債務の借換と整理とに關する一九三四年一月二三日の大統領令、農村所有者の財産事項に關する調停局創設の法律。これ等の法律によつて債務者にとつて不利な事情の變更に對して債務者を保護せんとの努力がなされたのであつた。事情の變更によつて脅かされた債權者に就いて言へば、彼等は災害的な價值下落の場合と、この價值下落が、特に一九二四年五月一四日の、私法上の擔保の價格引上に關する法律によつて終熄せしめられた時期とに於てのみ、救助を受けたのであつた。

必然的に散在的にして不完全なる此の特別立法の外に、債務に及ぼす事情變更の影響を考慮するといふ思想は、ポーランドに於てはその賛成者を見出した。而して學者達によつて發表された理論は判例の上に影響を及ぼさずにはゐなかつた。卓越せる余の同僚ブルジビロウスキー (Przybyłowski) 氏は、債務に及ぼす事情變更の影響に關するその勞作(一九二六年ルー出版)の一章に於て、大戰以來此の問題に就きポーランドの文獻に於て發表された意見を集めて之を再録した。彼の意見によれば

著者の大多數は此の影響を是認してゐる。尤も之等の著者はフランス、ドイツ、オーストリアに於て知られた各種の概念を用ひてをり、これらの概念を屢々新しき論據によつて支持してゐる。此のビルジビロウスキー氏の論著の中には次のものが再録されてゐる。

(一) 緩和された不能 (Impossibilité atténuée) の上に打樹られた構成、即ち不能と同一視され且つは債務者のために例外を認むるを正當とする過度の困難についての構成。ナポレオン法典に關して言へば、右の概念は第四百四十八條とは切離して解釋された第四百四十七條の場合に付、事情の變更は、強制的には第四百四十八條の意味に於ける「不可抗力」たるべきではないところの「外來的な原因」(une cause étrangère) たり得ることを明かにした。ドイツ法典とオーストリア法典とに關して言へば不可能の擴張された概念の上に基礎が置かれたのである。この概念によれば、若しも給付の履行が債務者に對して誠實の原則と兩立し得ない努力を要求するならば、過度の困難は不可能に等しいものとなる。

(二) 事情の變更にも拘らず給付の嚴格なる履行を要求することは、債務は誠實の要請に従つて履行されることを望むところの原則に反するといふ法律的構成(ナポレオン法典第四百二十四條、第三百三十五條、ドイツ法典第二百四十二條、第五百五十七條、オーストリア法典第八百七十九條、第九百十四條、第八百六十三條)。

(三) 不當利得の思想に基礎を置いた構成。

(四) 權利濫用の理論の上に基礎づけられた構成。

(五) 當事者の望むところのものとして理解された給付等價値の理論即ち契約の解除に至らず、單に價値下落を蒙つた金銭的給付の増額による修正に止るとするの理論の上に打樹てられた構成。

(六) 事情變更の原則 (*rebus sic stantibus*) が法典によつて特別の場合のためにのみ命ぜられるときでさへも之を凡ての契約の一般的且つ客觀的の原則として理解し、この原則に基礎を置く構成。

(七) 當事者達は事情變更の可能性を考へたと推測することによつて、推定意思をも引出すことが出来るものとして理解された當事者の意思解釋の上に打樹てられた構成。

(八) 凡ての意思表示の中に存する客觀的、意識的又は無意識的潜在的な前提に基く構成。ただ原則的な前提例へば資本主義制度の、所有權の、多少とも安定せる貨幣の、存在が問題である。この考方は著述家達の意見によれば、適用範圍が制限されてをり、片務契約にしか適用されぬ。

(九) 裁判官の自由なる探求により埋められ得るとする法の欠缺の理論。

(十) プルジビロウスキー氏論著の(二)に記載された理論に近い理論——この理論によれば債務を引受けた凡ての人は事情の可能なる變化に關する通常且つ豫見し得る危険を負擔する。通常の危険の範圍内に入るところの凡てのものは、當事者をして給付の嚴格なる履行から免れしめることは出来ぬ。若しも他の當事者が、その相手方が非正常的にしてより大なる危険を格別に引受けたものであることを單に證明し得るに止るならば、前述の危険を超過する凡てのものも亦同様に當事者をその債務から

免れしめることは出来ぬ。以上の諸場合を除いては、「事情變更の原則」 (*rebus sic stantibus*) とする客觀的條款は、現行法に於ては特別の場合にしか認められてゐないのであるから、最早一つの解決即ち契約は誠實の要求するところに従つて履行されねばならぬといふ原則の適用しか残つてゐない。變更が充分重大且つ永續的であるかどうか、又此の變更が如何なる程度に於て豫見し得るものであつたか、契約者の一方に過失があつたかどうかを評價すべきは正に給付を誠實の要請に合致せしむべき裁判官の任務なのである。裁判官は又兩當事者の利益を誠實に計量した後契約を修正すべきかどうか若し修正するとすれば如何なる程度に於て修正すべきかを決定しなければならぬ。

ポーランド、マルクの下落の結果による事情の變更に關する多くの判決をなしたポーランド最高法院は、裁判に際して則るべき現行法典に従つて、選擇はしてゐるものの、結局上記の大部分の理論によつて影響された。それらの判決は、債務者をその引受けた債務から屢々免れしめ、或はその支拂ふべき金額が著しき價値下落を受けた場合にはその金額を増加せしめてゐる。最高法院は又屢々債務者は著しく價値下落をなした貨幣を支拂ふことによつて債務を免れることを得ないといふ見解を表明したが、この債務者の支拂ふべき金額の決定は之を斷念した。若しも債務者が支拂金を増加する意思を裁判所に於て表明しなかつた場合には、最高法院がこの契約を解除するといふことも亦起り得るのである。

ポーランドの債務法には事情の變更の一般債務に及ぼす影響を規定してゐる明文が存する。それは

二百六十九條である。本條は變更が法典所要の條件を満足するときには、債權者又は債務者の損害を豫防し得る手段——即ち債務の修正又は契約の解除さへも——を、同様に又法律に定められいゝる標準を用ゐて、講ずることを裁判官に許してゐるのである。此の規定は第八十九條によつて次の如き言葉——即ち『當事者ハ誠實及ビ正當ナル商慣習ノ要求ニ從ヒ債務ヲソノ内容ニ應ジテ履行スルコトヲ要ス』と述べられてゐる「合意は拘束する」(Pacta sunt servanda)の原則に全く相反するものではない。此の原則を正當にして合理的な限界内に止めることが問題なのである。「合意は拘束する」の原則が凡ての場合に於て、公平を満足することが出来ずに空虚の中に放任されるよりも、裁判上の決定のために條件を指示し、且つ諸々の指示を含むところの一規定を有つ方が、法律的取引の安全のために、より望ましいことではないだらうか？ 場合によつて變化する諸理論——加之これらの理論は各特殊の場合に適合する解決を興へることは出来ないものである——によつて影響される、變化多くして不安定な判例の危険に曝されることは適當なことであらうか？

裁判官が事情の變更を斟酌し得べき條件は次の如きものである。

- (一) 債務は契約より生ずべきではあるが必ずしも相互的契約より生ずることを要しない。事情の變更の非契約的債務に及ぼす影響は特別規定(例へば第六十三條第二項)によつてのみ規定される。
- (二) 變更は戦争、傳染病、收穫皆無その他の自然的な大變動の如き異常な事件の性質を有さなければならぬ。成る程之は例に過ぎないが、これらの例の性質は、本條文適用の範圍を著しく制限する。

これらは突然にして思ひ掛けなく生ずる事件であるか、又は法律行爲の基礎となる經濟的評價に於てそれらを考慮し得るために必要であらう時日より短い時日でなければ豫見し得ない事件かである。尙ほこれらは又その結果が人々の大部分又はその國の全人口に及びはするが極めて種々様々に個人を害する事件である。かくの如き性質は、例へば世界が最近受けた恐慌の如きものに歸屬せしめることは出来ぬ。何故ならばかくの如き恐慌は徐々に準備され且つ等しく凡ての者に及ぶからである。同様に個人にしか觸れない不幸例へば公演の日に於ける藝術家の妻の死亡の如きものは此の範疇には入らない。然しながらかくの如き場合は、債務法第二百六十七條による給付不能たり得るのである。

(三) 事情の變更は或は給付の履行にとつて過度な困難か、或は債權者又は債務者にとつて法外な損失かを惹起しなければならぬ。例へば若し履行が履行地に於て勃發せる軍事行動、傳染病等の結果、債務者の健康又は生命にとつて危険であるならば、過度の困難が存在する。例へば、債務者の現物若しくはその變形された形に於て供給しなければならぬ物の價格が戦争のため甚だしく騰貴したか又は極めて高價な設備を用ふるに非ざれば自らそれを生産し得ないやうな止むを得ざることが現はれるならば、その履行は債務者に法外な損失を蒙らせる危険があるのである。若しも債權者に支拂はるべき金銭給付の價值が戦争又はその他の凡ての原因による貨幣の災害的な下落の結果甚だしく下落し、債權者の履行したる又は支拂ふべき相互的給付と最早適當な均衡を保たないときには、履行は債權者に過度の損失を蒙らせる虞があるのである。若し價值の下落しなかつた貨幣を貸付けた債權者が、甚

だしく下落した貨幣で辨済を受ける危険に曝される時にも亦同様である。

(四) 困難又は損失は當事者が契約締結のとき豫見し得なかつたやうな性質のものでなければならぬ。第二百六十九條所定の異常事件によつて惹起された事態は、長引くことが出来るのであつて、此の期間中に締結された凡ての契約を裁判官の修正に服せしめる程正しくないものはないであらう。當事者は、契約の條件を定めるときには、通常、此の期間中は、此の種の困難又は損失を斟酌してゐるのである。第二百六十九條は、當事者が問題の異常事件の發生前例へば戦争の勃發前に契約した場合にのみ、又は此の事件によつて生ぜしめられた状態が發展してゐるときに契約しても、かくかくの事情を生ぜしめることしか豫見し得なかつた場合にのみ之を適用することが出来る。この第二の場合に於ては、契約の修正は極く稀にしか起らぬであらう。何故ならば此の場合に於ては當事者は契約の締結に際しては、普通の注意を強化しなければならぬからである。

凡てこれらの條件が満たされたならば裁判官は、法律の指示に従つて初めて契約の修正をなすことが出来る。彼は契約の修正が誠實の原則に適合する場合當事者の利益を考慮した後初めて或る修正をなすことが出来る。

誠實の要求への委託は第二百六十九條に於ては本質的なことである。此の委託は、法規はそれのみにては充分ではなく、それは道德的規範によつて補充されねばならぬといふことを言ひ表はしてゐる。法規を適用するために必要な凡ての一般化から逸脱する多くの状態が現はれ得ることを考へ

ば、事情の變更の債務に及ぼす影響は、道德規範によるに非ざれば之を規定することは出来ぬ。法規は上に列擧された條件を定めることによつて、裁判官の活動の外部的範圍を指示することが出来る。

このことをなした後法典は佛伊草案第二十九條及第三十條のなした如く、契約履行の態様に關しては當事者を誠實と公平とに委託することによつて誠實といふ規範の適用のための自由な範圍を裁判官に残してゐる。されば第二百六十九條によれば、事情變更の影響が與へられた場合に於てこの様な性質——契約の文言に従つてなされる嚴格な履行は誠實の要求に反し、ために債務の變更又は之が取消さへも「必要である」と見える——のものであるかどうかを評價するのは正に裁判官の任務なのである。

裁判官が兩當事者の利益を考慮しなければならぬ義務は、偏頗、悪く理解された人道主義、他の當事者の損害に於て一當事者の利益を圖らんとする試み等から、裁判官を防がねばならぬ。裁判官は、一當事者に於ける過度の損失を回避せんがために他の當事者に之を課することは出来ぬ。彼は事情の變更より生ずる凡ての危険を一當事者に負擔せしめることは出来ぬ。終りに彼は、ブルジビロウスキのあの優れた思想に従へば、一當事者から、通常の危険即ち將來支拂ふべき給付を約束し又は契約する凡ての人が負擔し且つ考慮しなければならぬ危険を免除してはならぬ。

誠實の要求に適合し且つ當事者雙方の正常な利益を満足する結果を達成せんがために適用し得る手段の選擇に關しては、裁判官の權限は極めて廣汎に互るものである。特に彼は次のことをなすことが出来る。

(一) 給付の目的、履行の時處に關しては、言葉の最も廣い意味に於ける履行の態様をば契約に定められたものとは別に定めること。例へば彼は、若し債権者が當該目的のために利用することが出来るならば、又價格の引下によつてこの偶發的損失が償はれ得るならば、債務者が植物油の代りに鑛物油を債権者に供給するを許すことが出来る。彼は又債務者に期間の延長又は債務の、異なる期間による分割支拂を許すことが出来、履行の場所を変更することが出来る等。

(二) 例へば農業者が商人に供給する義務を負担した麥の量を、無收穫の場合には、減少し、又は以前になされた借入金として支拂ふべき金額を、貨幣の災害的價值下落の場合には増加する等の如く給付の額を別に定めることが出来る。

(三) 契約を取消すること。之は上記の手段の存しない場合に適用され得る極端な一手段である。此の取消は遡及效を有する。契約は嘗つて締結されなかつたものと看做される(第七十八條の類推による)。

第二 特別規定

(a) 請負企業契約

企業契約を締結するに際して、当事者が請負契約をなしたときには、契約締結の時、事業の範圍又

は費用が豫見不可能であつた場合でさへも、企業家は價格の増加を要求することが出来ないのは原則である(第四百九十條第一項)。その代り、事情の變更の場合に於て、企業家の利益のためになさる裁判官によるかくの如き契約の修正は(第四百九十條第二項)第二百六十九條が一般に豫見するよりも遙かに容易である。特に變化が第二百六十九條に列擧された事件と同種類の例外的事件たるの性質を備へる必要はない。つまりその變更が豫見し得べからざるものであり、従つて事業の履行は企業家に甚だしき損失を蒙らしめる虞あれば充分なのである。これらの諸條件が満たされたならば裁判官は一般に誠實の要求と兩当事者の利益とを要求してゐるところの第二百六十九條によつて彼に與へられると同一の標準を用ゐて、請負金を増加することも出来れば或は契約を解除することも出来る。此の規定はスイスの債務法第三百七十三條から借來つたものではあるが、第二百六十九條に於て裁判官に與へられた指示の中に表現されてゐるポーランド債務法の主たる態度によつて命ぜられた修正を含んでゐるのである。

(b) 終身扶養契約

此の契約によつて當事者の一方は終身扶養と交換に不動産上に於けるその所有權を他の當事者に移轉する債務を負擔する。反對契約ある場合を除いては、取得者はこの所有權讓渡人を自己の家に迎入れ、彼の社會的地位と以前の生活程度等に適合する衣食住を供給しなければならぬ。これらの給付は

ただ現物でのみ要求することが出来る。さりながら債務者の約束不履行により、又は他の凡ての理由のために受益者と義務者との関係が悪くなつて、最早直接の関係の繼續が要求され得なくなつたときには、裁判官は一方又は他方の請求に基いて、受益者に、契約によつて決定された諸権利の代りに相當な終身年金を附與するであらう（第六百五條第一項）。格別の場合に於ては裁判官は契約を解除することさへも出来るのであらう（第六百五條第二項）。

事情變更の性質は、此の場合に於ては、第二百六十九條と第四百九十條によつて規定された變更の性質とは全く異つてゐる。變更はただ當事者のみに關係し、純粹に人格的な效力を有するに過ぎぬ。給付の困難又は當事者一方若しくは他方の偶然的な損害は茲では問題とされない。人格的關係が彼等にとつては最早堪へ難き程度に、當事者の相互的態度が變化すれば充分なのである。誠實の標準と兩當事者の利益の平等なる範圍といふ標準とのみが同一の重要性を有つてゐる。何故ならばこれらの標準は兩當事者が直接的關係に留まることを要求することは不可能であるといふ裁判官が表明すべき確信の基礎であるからである。

(c) 組合契約

第五百七十八條によれば各組合員は、重大なる理由のために、裁判官による組合の解散を請求することが出来る。この條文は事情の變更に就いては直接規定してゐないけれども、重大なる理由たるが

ためには通常此の變更が必要となるであらう。尙ほ此の規定は、此の報告の主題とは殆ど何の關係も有つてゐない。茲では相互的信賴を基礎とする契約のその性質より生ずる消滅の態様が問題となるのである。同様な場合に於て、特に労働契約に於ては、重大なる理由による契約の解除は、當事者一方の一方的表示によつて行はれ、此の表示は裁判官による契約の修正を生ぜしめはしない。裁判官は單に重大なる理由の存在したことを言明すべきである、而して之はかくすることによつて裁判官は過失、詐欺、不良なる財産状態、窮乏等の如く、その性質上法律による嚴密なる決定を免れる諸事實をば自由に評價するのである。組合契約の解除は多數の人に及ぶであらうし、而して多方的法律状態を利害關係者中の一人の一方的表示に係らしめることは適當ではないであらうといふ事實に鑑みて、判決といふ方法による契約の修正なる概念は組合のために許容されたのである。

(d) 相互契約と貸借

當事者の一方は給付の履行を抛棄することが出来、又は契約締結當時過失なくして彼に、知られなかつた、他の當事者の事業の不良状態の結果契約を解除することさへも出来るとする特別規定が存する。かくの如き規定は、既述の如く、フランス、ドイツ、オーストリアの法典中にも既に見出される。ポーランドの債務法はこれらの規定に若干の修正を加へたに過ぎぬ。雙務契約に於ては、初めに給付を履行する義務を負担せる者は、若しも反對給付の履行が、他の當事者の事業の不良状態のため

に疑はしいならば、他の當事者がその給付をなす迄又は履行を保證する迄、自己の履行を延期することが出来る（第二百十六條第一項）。貸借契約に於ては貸主は借主の事業の不良状態が返還を疑はしきものたらしめるときには契約を拋棄し貸與物の引渡を拒否することが出来る（第四百三十二條第一項）。然しながらこれらの二つの場合に於て、棄權する權利又は拋棄する權利は契約締結の時に他の當事者の事業の不良状態を知りたる者又は知り得べかりし者にはない（第二百十六條第二項、第四百三十二條第二項）。これらの二つの規定は或る種の事情變更の場合、特に他の當事者の事業の状態が契約締結後悪化したときに適用される許りでなく、事業状態が契約締結の時既に悪かつたときにも、若しも他の當事者が知らなかつたならば適用される。これら規定の基礎は、所謂事情の變更の結果に對してではなくて、或る種の恕さるべき錯誤の結果に對して、債務者を保護する目的を有することは明かである。尙ほ此の規則制定は裁判官による契約の何等かの修正を此の語の技術的意味に於ては生ぜしめはしない。裁判官の任務は前出(c)に於て述べられた場合と同様である。

(e) 贈與

贈與は約束以後に於て贈與者の財産状態が變化し、彼はその社會的地位に應じて生活を維持し且法律が彼の責任とする扶養義務を果すことを止めなければ、最早その履行をなし得ないときには彼は未だ履行せざる贈與を撤回することが出来る（第三百六十四條）。此の規定は事情變更の契約に及ぼす

影響を規律する規定の種類に屬することは争ふことは出来ぬ。

之はスイス債務法（第二百五十條）から借來つたものであつて、ドイツ債務法（第五百十九條）からではない。何故ならばドイツ法典は此の問題を事情とは無關係に規定したからである。贈與の取消は贈與者の一方的意思表示によつて爲される、然る後は裁判官の任務は(c)及び(d)に述べられた場合に於けると同様であつて裁判官による契約の修正の餘地はないのである。

10. スイスに於ける裁判官による契約の修正

ローザンヌ、スイス聯邦裁判所書記法學博士 エミール・ティロ氏報告

M. Emile Tillo

第一期 一九一九年——一九三三年

第一 若干の重要事件の分析

(一) ウィルツ等に對するウエニゲル・ワイエル、レガト事件の判決 (Arrêt Weniger-Weiber-Legat

c. Wirth et consorts.) 一九一九年九月一〇日 R. O. の四五、第二卷三八六頁、一九二〇年の I. R. 一四頁(註)。

(註) R. O. は聯邦裁判判決官集の略、I. R. はローザンヌ發行スイス裁判所雜誌の略。

事實——地上に建設された貯水池、下流に位する諸工場のための採水池役、所有者の負擔に於ける貯水池の維持清掃、工場主の年賦金買戻又は土地に附着せる負擔の消滅を目的とする訴訟、定められた年賦金に對して維持費が不均衡となつたといふ事實から取られた理由。

裁判所の裁決——かかる状態に於ける訴の却下、然し原則としては出來得る限りの免債。

理由の要旨——現代法制の大部分と同様スイス實定法は契約上の債務消滅の一般的原因として事情變更の原則——之は普通法の學說によつて謳歌されてゐたものである——を認めない。さりながらスイスの立法者は契約の締結後に發生した變化は、債務消滅のために認められた如何なる原因も實現されなかつたときでさへも、此の契約の失效をその効果として生ぜしめねばならぬ場合の存するといふことを隠しはしなかつた。立法者自身が一聯の契約に就いて例外的事情の發生を斟酌し、これらの事情が突發したときには、當事者に對して一方的に放棄する權利を許與したことはかくの如くにして初めて説明され得るのである。(第三百七十三條、企業契約第三百五十二條、労働契約第五百四十五條末項、單純なる組合、聯邦債務法第八十三條、雙務契約に於ける債務者の無資力)。

以上のことから一般的原則を演繹する權利は確にない。而して長期の契約を締結した人は、新しき好機會が彼に齎らす利益を收めると同様、事情が損害を生ぜしめる如くに變化する危險を負擔しなければならぬといふことは原則として設定されなければならぬ。

さりながら異常にして全く豫見し得られなかつた事情が發生した結果、契約の履行をして甚だしく要費多きものたらしめ、債務者にとつては債務の維持はその破滅を惹起するに至るであらうときは、全然別である。若しもかくの如くであるならば、ただに公平が、全く異つた事情の下で契約された契約から債務者を免れしめることを要求する許りでなく、嚴密に法律の見地からしてさへも、このことは、或は如何なる權利の行使のためにも尊重さるべき誠實の原則に訴へ(スイス民法第二條)、或は債務者の責に歸すべからざる相對的不能を許し、或は或る契約を解除又は取消す權利を認むる特別規定を準用して(前記の諸條文を見よ)、以て完全に正當づけられるのである。

その性質上無限に又は數世紀の間永續すべき地役權との相關々係に於て、負擔付の土地所有者は契約締結當時には豫見し得なかつた經濟的結果により積極的な給付を提供するの責任を負はしめられるときにも右の解決が押付けられる。確かに契約締結時に於ては、兩當事者は、彼等の創造した權利と義務との經濟的な效果の到達範圍が時と共に變化するであらうといふことを充分考慮すべきではあつたがこれらの修正の範圍を數十年以前に豫見することは絶對的に不可能であつた。それ故に若しも戰爭中に於ける物價の異常なる騰貴の結果貯水池の清掃と維持との債務が所有者の破滅を惹起するであらうといふことが確かであるならば、土地所有者をかかる債務から免れしめ、要役地の所有者達をし

て自由に自ら右の操作をなさしめ、又凡ての年賦金から免れしめるべきであらう。

(二) ローテンバッハ會社對スイス瓦斯事件の判決 (Arrêt Schweizerische Gasföhrlinggesellschaft v. Rothenbach et C^{ie}) 一九二〇年六月二日の判決、R.O. 四六第二卷一五七頁、一九二〇年の J.T. 四八九頁。

事實——無名會社、第三者によつてガス工場の株主に保證された配當、配當支拂を中止する會社の決定、支拂の訴を受けた保證人、配當金の配當は特別な事情のために妨げられたといふ事實に特に基礎を置く却下。

裁決——適用すべきでない「事情變更の原則」却下されたる被告の主張理由。

理由の要旨——第三者が株主に對し一定の配當の支拂を保證することは有效である。此の保證は會社が或る年度のため配當金を支拂はぬと決定したときその效力を發生する。

此の「事情變更の原則」は、豫見し得ざる事件の結果契約者の一方の債務が他の當事者の反對給付に比して甚だしく加重された場合のため雙務契約にしか之を適用することは出來ぬ。ところで本件の場合に於ては、被告の引受けた一方的保證が問題なのである。それ故に當事者の給付間に於ける不均衡はあり得ない。

(三) バウゲハッセンシャフト、スタンペンバッハ對フニ會社事件 (Humi et C^{ie} v. Bangenossenschaft Stampenbach) 一九二二年七月一四日の判決、R.O. 四七第二卷三一四頁、一九二一年の J.T. 五六一

頁。

事實——戦前に締結され九箇年期限の賃貸借契約、賃料中に含まれた煖房費、戦争によつて生ぜしめられた事態のために石炭價格の法外異常な騰貴、賃貸人によつて引上げられた賃料、賃借人の抵抗、然しながら裁判官によつて許された引上、當事者意思の探求、企業契約のために設けられた一定の準用。

裁決——二萬二千金フランより二萬六千金フランに引上げられた賃料。

理由の要旨——煖房義務は賃貸借契約の附屬物たるに過ぎず、そして一時期に於ける充分固定せる價格によつて計算されたる、此の給付の實費に就いてだけしか賃料の中に算入されなかつた。それ故に、賃貸人は、兩當事者の意思によれば、價格の正常な變動の危険しか負擔すべきではなかつた。

戦争によつて惹起された經濟的混亂は、賃貸人の附屬的給付を、それが賃貸契約時の當事者間の一致せる意思に最早適合しない程に増大せしめた。一九一三年に於ては賃料の約十分の一が、煖房費に充當されてゐたが、一九一八年——一九一九年の冬に於ては、これらの費用は賃料の四分の一以上を吸収し、一九一九年——一九二〇年の冬に於てはその三分の一近くを吸収した。この事態は、人間の豫見の範圍外に出るものであつて、確かに當事者によつては考慮されなかつた。それ故に契約には欠陥がある。即ちそれは、此の異常な偶然事のために、契約的關係を規定してゐない。裁判官は契約された通りの賃貸借契約の内容と目的とを考慮して此の欠陥を埋めなければならず、又當事者が事

物の此の眞の流を豫見したならばなしたであらう如くに此の契約を補完しなければならぬ。

實定法の條文にその裁決を基礎づけんがために、裁判官は賃貸された場所を煖める義務中に、企業家の債務に類似する債務を見た。賃貸人は一定の料金を収めることによつて一定の仕事をなし、その勞働の生産物 (Arbeitsprodukte) 即ち家屋の温煖を供給することを約束した。ところで債務法第三百七十三條第二項によつて裁判官は『仕事ノ履行ガ豫見シ得ザル若シクハ當事者ノ認メタル豫見外ナル異常ナル事件ニヨツテ過度ニ困難トナリタルトキ』は或は契約を解除し或は報酬を増加することが出来る。

確かに第三百七十三條は特別の場合のためにのみ制定されたものではあるが、それは法律の諸他の特別規定を創造せしめた一般原則からも亦生ずる (債務法第八十三條、第三百五十二條、第五百四十五條)。それ故に準用は完全に正當とされるのである。

本件の場合に於ては、當事者はその自己の意思に基いて契約を維持し依然として彼等の關係を持続する。それ故に賃料の引上のみが考慮に入る。

(四) ウェベライ・テースタル無名會社對ブルヌ會社事件 (Bourne et Cie c. Weberi Töstal A. G.) 一九二一年九月一五日の判決、R.O. 四七第二卷三九一頁、一九二二年の J.T. 四三一頁。

事實——イギリスの製絲會社よりスイスの織物工場への絲一萬疋の販賣、戰時契約、輸出の禁止、次でスイス監督組合の監督下への編入、豫見し得ざる異常な事情により著しく困難となつたが絶對的に不能となつたのではない契約の履行。

裁決——賣主の完全なる免債は拒否された。その代り不履行のために買主に許與された損害賠償の公平なる減額。

理由の要旨——契約締結後に於ける給付の増價は給付が經濟的に全く別のものとなつてしまつた程に、又は債權者が契約の履行を要求することが商業上の信義誠實に反するに至る程に事情が變化した時には、債務者の免債は之を正當とすることが出来る。

さりながら履行の逢著する諸困難が給付の物質的不能に匹敵しないときは、賣主の引渡債務の完全なる免除は、正しいものとする事は出来ぬ。その代り、契約の不履行又は不完全履行の場合に賣主の無限責任を買主が約定した場合でなければ、裁判官は、異常にして豫見し得ざる事情を斟酌して損害賠償を公平に減額するであらう。かくして兩當事者間の相反する利益の、正當なる相殺が兩當事者間に於ける損害の公平なる分配 (五萬九千フランの代りに二萬五千フラン) によつて行はれるであらう。

(五) ドレイフヌス兄弟會社對ゼグセマン會社事件 (Seggesson et Cie c. Dreyfus frères et Cie) 一九二二年五月四日の判決 R.O. 四八第二卷二四二頁。

事實——一九一九年イタリアより輸入すべき自動車の賣却、引渡不履行、イタリアに於ける輸入制限、同盟罷業、政治的社會的混亂、經濟的激變 (リラ貨の下落) より引出された辯解。

裁決——損害賠償の減額。

理由——原則としてウィルト對ウェニゲル事件の判決の理由と同一 (上記(一))、スイス聯邦裁判