

## 《論 説》

## スイス債務法 (SOR) とスイス民法 (ZGB) (2)

小 野 秀 誠

- I スイス法の沿革
- II スイス法の体系
- III スイス法上の人と業績 (以上、102号)
- IV 解釈上の諸問題
- V むすび

補論 I 人と業績 (以上、本号)

補論 II SOR・2020年法 (2013年試案) の構造と体系、2018年政府報告書による現行法の維持

## IV 解釈上の諸問題

## 1 20世紀以降の発展

(1)(a) スイスにおいても、20世紀に入ると、社会的状況の変化から、とくに労働法と賃貸借法の大規模な改革が行われた (その他の改正については、独法102号46頁参照)。弱者保護のための強行法規や片面的な強行法規の増大がその特徴である。18～19世紀的な自由放任が、多くの問題を生じたからである。早くに、賃貸借法や労働法に、その例がみられ、世紀末には、消費者保護的な法規を多数生じた。

スイスでは、賃貸借保護は、連邦憲法上も採用された規範である (連邦憲法109条: Mietwesen)<sup>50)</sup>。この規範は、19世紀以降、個人の存在に係わる事項

を自由な合意のみに放置することができないと考えられたことに基づいている。同様の認識そのものは世界的なものであるが、こうした規定を憲法におく例は少ない。スイス法の小市民的な傾向を反映している。また、20世紀の後半には、保護法規的な規範のいっそうの増大がみられた。

ただし、労働法と賃貸借では、近時の状況は異なる。労働法では、近代法の精神は維持されているが(1971年改正が大きい)、賃貸借法では、かなりの揺らぎがあり、ここ20年来の改正の経緯は、むしろその揺らぎを反映している。1990年に、賃貸借法の全面改正が行われた。従来は、期限付きの困窮賃貸借(Notmiet)の保護であったものが、形式的には賃貸借一般から、さらには交渉力に差のある継続的契約一般にまでに拡大している。そして、内容にも変遷があり、連邦の両院協議会は、賃貸借法の一部改正をも決議したが、その内容は賃料基準の緩和であった。しかし、これは2004年の人民投票で否決された。緩和の中心は、借入利子(Hypothekarzin)を基準とした賃料の設定、比較賃料(Vergleichsmietszin)を導入することであった。消費者価格指標も関連づけられた<sup>51)</sup>。借入賃料は、借入により住宅を建築した場合にこれを基準とする

50) 連邦憲法の賃貸借規定(Art.109 Mietwesen 賃貸借における濫用禁止)

1 Der Bund erlässt Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen, namentlich gegen missbräuchliche Mietzinse, sowie über die Anfechtbarkeit missbräuchlicher Kündigungen und die befristete Erstreckung von Mietverhältnissen.

2 Er kann Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen erlassen. Solche dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn sie begründeten Minderheitsinteressen sowie regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung tragen und die Rechtsgleichheit nicht beeinträchtigen.

賃料と告知の規制が中心である。憲法にわざわざ賃貸借に関する規定をおくのは、異例であろうが、住居が人の生存の基礎の1つをなすとの思想にもとづいている。他方、住居のような不動産は公共財であり、住宅には地下シェルターや備蓄倉庫の設置が義務づけられており、集合住宅だけでなく、個人宅でも、その趣旨の地下室がおかれている。

51) 賃料の制限については、ドイツ法と同じく債務法本体に組み込まれている(269条以下)。Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen

もので、実質的に金利と結合しやすく、急激な変動を反映しやすいものとなると考えられた。

もともと賃貸借の保護の中心は、告知制限と賃料制限にあった。このうち賃料に関する議論では、経済的な借入利率に賃料を関連づける方法では、必ずしも生存のための賃貸借の保護にはならないことに問題があった。また、不動産の不足は、密集地での投機と、ひいては高額の賃料をもたらし、アメリカでみられるような一部地域からの住民の追い出しにつながる。2009年のスイスの空室率は、0.9%にすぎず、とくにチューリヒの都市部では0.05%、郊外で0.66%にすぎない。住宅市場の逼迫から価格はつねに上昇傾向にある。そこで、相当な枠の制限が必要となるだけでなく、家賃補助(Mietbeihilfe)の政策も有効であるとされる。しかし、2008年の債務法の改正草案においては、濫用的な賃料からの保護のほか、ふたたび費用賃料や比較賃料に回帰することが目ざされ、借入賃料と結合させることや、消費者価格指標に結合する方法も導入された。そこで、2010年の連邦議会は、ふたたびこれを否決し、なお旧法が存続している。とくに問題があるのは、賃料と借入賃料との結合だけで負担増を求めうるかの点である<sup>52)</sup>。

---

#### Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen.

スイスの賃貸借保護の沿革については、Vischer, Schweizerisches Privatrecht(hrsg. Gutzwiller, Hinderling, Meier-Hayoz, Merz, Pietet, Secrétan, Steiger und Vischer), Bd.7.Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 1977, S.201ff., S.204f.すなわち、1881年と1912年の債務法は、私的自治を原則とし、強行法規はわずかであった。強行法規が増加したのは、二度の世界大戦を契機とする(スイス自体は中立国であった)。おもに、賃料額の制限と、告知の制限である。

賃料の高騰は、ヨーロッパ諸国で共通の課題となっており、ドイツでも、2015年の賃貸借改正法(Mietrechtsnovellierungsgesetz, 2015.4.21によって、より厳格な賃料制限(Mietpreisbremse,いわゆるブレーキ法)が定められた。このブレーキ法は、5年の時限立法であったが、2020年に、5年の延長が行われた(BMJ, Der Deutsche Bundestag beschließt die Verlängerung der Mietpreisbremse, 2020.2.14)。ブレーキ法の効力は、2025年12月31日までである。

52) Honsell, S.23, S.26, S.105.自分と相手方との4対6の割合による40%制限が提案され

同じ問題は、日本にもあり、賃料による収益還元法のような方法をとることは、一面的な金銭債権の優遇につながり、多面的な（伝統的な）賃貸借保護を無効にする可能性がある。伝統的な民法の立場である多面的な視点が見失われ、定期賃貸借導入による事実上の通常賃貸借の切り下げのような負の副産物を生じたことが思い起こされるべきである。こうした一面的なアメリカ化に対し、スイス法が、伝統的な方法の転換に慎重であることは注目される。

(b) ほかに重要な改正があり、1942年の保証規定の改正では、自然人に対する保証に公正証書の要件が導入された（492条以下、493条）。1945年には、不正競争防止法（48条、その後1986年にもUWG改正）、1950年の代理店、1963年の割賦販売法（226a条以下、1993年にも改正）、1971年、労働契約、1976年に、商業帳簿の改正などが行われた。1985年には、人格権法（債務法49条、民法27条、28条）の改正も行われた。1991年に、株式法も改正されたが、コーポレート・ガバナンスの原則については、さらなる改正が論じられている。

(2)(a) スイスは、EUに直接加入しているわけではないが、EUと欧州自由貿易連合（EFTA）などの協定を通じてヨーロッパの共同市場に参与している（1992年にEUに加盟申請をしたが、国民投票で否決、申請は取下げ）。EFTAは、1960年にイギリスを中心に結成されたが、現在残存する国は、スイスのほか、アイスランド、ノルウェーのみである（1973年に脱退したイギリス

---

ている。借入賃料の増加の方法に対し、種々の方法が提示されているが、その1つに、0.25%の賃料増額も主張されている（VMWG 26条）。

労働法の緩和は、とくに英米法系の諸国家にみられ、1990年以降、東西冷戦の終結とグローバル化の進展から生じ、各国とも国民の間に、経済格差をもたらしている。2008年のリーマン・ショックは、経済の強欲主義に対する反省をもたらしたが、反省は少ない。19世紀から20世紀前半期に、各国で国内的に行われた保護や強行法規的な基準の設定が、国際的にも必要となっている。

ヨーロッパの諸都市の賃料水準の上昇は、とくに2010年代以降、移民の増大により加速された。多くの国が反移民政策に舵を切ったことと、2020年のイギリスのEU脱退の影響は、まだ未定である。

が、2020年に EU から脱退し、それがどのような影響を与えるかは、まだ明確ではない)。もはや独自の存在理由は乏しく、もっぱら EU 市場との統合のための中間項となっているところに意味がある。ただし、EFTA諸国は、1994年にヨーロッパ経済地域 (EEA) 協定を締結したが、スイスは、その批准を否決している。

こうして、スイスも、間接的ではあるが、EUと密接に関連することから、EU法の影響は大きい。近隣の四方を EU 加盟国に囲まれているスイスの地勢学的な環境からも、EU共通市場への要求は強く、少数の例外を除いて、積極的な EU 指令の取込みが行われている。たとえば、通信販売指令 (Fernabsatz RL, 1997/7/EG v.1997.5.20; ABl EG Nr.L 144, 1997.6.4, S.19)、消費物売買指令 (Verbrauchsgüterkauf RL, 1999/44/EG v.1999.5.25; ABl. EG Nr.L 171 1999.7.7., S.12)、反差別指令などである。また、スイスのオンライン取引は、2008年から2010年の間に、87億スイスフランにも達している<sup>53)</sup>。移動の自由に

---

53) Honsell, S.22; Schmid und Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (beg.v.Gauch und Schluelp), Bd.I, 2014, S.7 (Rdn.22a).

EU加盟国との関係では、2020年1月に、イギリスがEUを脱退した。加盟国では最初の脱退であり、経過期間は、基本的にEU法の適用が継続されるが、移動の自由を定めたシェンゲン協定などは例外となり、また、アイルランドと北アイルランドの特別な合意が必要となる。Terhechte, Strukturen und Probleme des Brexit-Abkommens, NJW 2020, 425。スイスは、隣接の四方がEU加盟国であることから、加盟にかかわらず、EUの影響を否定することには困難がある。

近時のインターネット取引に関しては、ヨーロッパ裁判所の3判決があり、スイス法とも無関係ではない。

第1に、通信販売のさいに、消費者にクーリングオフの可能なことを告知していない場合に、クーリングオフの権利は存続する。ドイツのBGHは、消費者のクーリングオフの権利が限定されない「永久の撤回権」(ewiges Widerrufsrecht)が生じるとする (BGH NJW-RR 2018, 1204)。ヨーロッパ裁判所 (2019.9. 11判決)は、これに消極的である (EuGH ECL:EU:C:2019,701=NJW 2019, 3290. NJW 2020, 513)。BGB355条 (旧361a条)は、14日以内のクーリングオフを定めるが、EUの消費者法指令の国内法化前には、その告知がされなかった場合には、クーリングオフの期間が延長されるかもしれない (312d条の告知義務)。消費貸借では、495

条で、355 条の権利が消費者に付与されている。もっとも、BGH は、2009年以降、一定の場合に、権利の濫用としてこれを斥ける方法を採用している（消費者の欺瞞的態度を要件とする。これにつき、山本弘明「消費者撤回権の制限法理」成城大学法学会・変動する社会と法・政治・文化、2019年33頁、47頁）。2019年判決の事案は、Xに対する通信的方法による消費貸借である（Y・DSL Bank）。撤回権の行使前に当事者双方の明示の希望により、契約が完全に履行されていた場合には、消費者にクーリングオフを認めないとする条項があった（2007年の契約）。2016年に、クーリングオフを主張した事例である。

第2 に、通信販売のさいには、事業者の電話番号を表示することが必要であるが、これに例外がないかが問題である。ドイツ法では、BGB 312d条（246a条 §1）の例外が認められるかである。アマゾンのようなネット販売では、顧客が番号を取得する前に、種々の方式にクリックしてアクセスすることが必要となる。これについても、ヨーロッパ裁判所は、消費者法指令（RL2011/83/EU）6 条 1項では必ずしも明確ではないことから、電話番号の表示は強制されないとした（EuGH ECLI:EU:C:2019.576=NJW 2019, 3365）。具体的な判断は、各国の裁判所による。ドイツのBGH(2019.12.19 I ZR 163/16) も、従来のアマゾンの方式で足りるとする。Vgl.Mantz, Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2019, NJW 2020, 512.

第3 に、閲覧履歴の保全に関するクッキーの取り扱いに関する判決がある。個人情報保護に関連して、クッキー保存のための端末使用者の同意の有無が問題となる。ヨーロッパ議会は、2002年7月12日に、個人情報の加工と保護を指令し、(RL 2002/68/EG, Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)、その後、2009年11月25日の指令（RL 2009/136/EG）、2016年4月27日の指令にもとづく法（Datenschutz-Grundverordnung）は、データ通信の自由と 1995 年10月24日指令（RL95/46/EG）の廃止を定めた。

これらによれば、情報の保存やウェブ・サイトの利用者の端末にすでに保存されている情報にアクセスする場合に、クッキーの利用を、選択するチェック欄の存在のみによって認めたとすることは（同意の拒絶なしを選択したとみなす）、現実の同意とはならないとする。事案は、X 連邦消費者連盟（Bundesverband der Verbraucherzentrale）と Y データ処理会社（Planet 49 GmbH）の争いであり、そこで、用いられていたクッキー利用条項の同意形式が争われた。フランクフルトのラント裁判所がXの請求を一部認容し、OLG がこれを否定し、さらに、BGH でも、条項の有効性が争われた。EU指令の意味が争われたことから、ヨーロッパ裁判所の判決が求められ、事例判断ではあるが、これが否定されたのである。Vgl.NJW 2019, 3433（と

関するシェンゲン協定においても、EUとは別枠の条約であることから、参加国となっており、バーゼルやルガーノでは、パス・コントロールもしていない。もっとも、2020年の新型コロナの流行による世界的な国境閉鎖が、将来、どの程度持続的な影響を与えるかの判断は、今後の課題となる。

普通取引約款法(40RL 1993/13 EWG 1993.4.5)も、おもにEU指令によって発展している。物の瑕疵に対する責任の消滅時効期間を2年にすることも、EUをモデルとして論じられている(OR 210条 Gewährleistung wegen Mängel, 下民 438条 1項 3 参照。かつては、1年であった)。

一般的に、ヨーロッパ法の体系は、パターンリズムが強く、無制限の私的自治からは離れる傾向にある。これは、グローバル化による弱者切捨てに対する対抗策であり、19世紀において各国の国内法がしていたことを地域法として行っているのである。全世界的な対抗策はいまだなく、ヨーロッパに限定されるが、一面ではヨーロッパ法の特徴ともなっている。また、ヨーロッパに特有の統一市場理念もある<sup>54)</sup>。

---

くに、[46],[73] 参照)。

54) これにつき、拙稿「契約の自由と当事者の地位」契約における自由と拘束(2008年) 56頁以下参照。

EUとの関係では、近時の①デジタル給付指令と②商品売買指令の影響も重要である。

①Richtlinie zu Verträgen über digitalen Inhalt und digitale Dienstleistungen (VDRL), 2019.5.20 (RL 2019/770)

②Richtlinie über den Warenkauf(WKRL), 2019.5.20 (RL 2019/771)

③Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf(VKRL), 1999.(RL 1999/44)

2019年5月20日に、①(VDRL)とともに、②(WKRL)の指令が出された。②は、1999年の消費物売買指令(③VKRL)を修正するものである。1999年の③消費物売買指令は、かねて2002年のドイツ債務法改正の契機となったものである。③がEU加盟国間の最低限の消費者保護水準を参照したのに対し、②は、売買上の担保責任法の全体的な調和を旨としている。さらに、この指令は、①とともに、デジタルな内容を包含するか、デジタルな給付に関わる物について、ヨーロッパ的な司法の調和を図るものである。デジタル給付に関しては、特有なものがある。たとえば、ソフ

市場は、社会的価値には盲目であり、社会的な弱者保護や倫理的価値には無干渉である。アダム・スミスは、市場にも最低限の倫理を求めたが、近時のグローバリズムや新自由主義は必ずしもそうではなく<sup>55)</sup>、一面的な強欲資本主義

トのアップデートや複製 (montage) の取込みである。デジタル商品は、ソフトをインストールすることなしには機能しない。その場合の欠陥をどう調整するかが問題となる。ソフト自体の欠陥だけではなく、新たにソフトの改変や複製時に生じる問題の解決が必要となる。

契約不適合の問題については、基本的な構成は変更されない。たとえば、②においても、③と同様に、代替物の請求と追完の請求の選択が認められている(13条2項)。しかし、この選択権は、不均衡なコストがかかる場合には、排除される(Verhältnismäßigkeitsklausel)。また、契約の解除の方法がある。これは、僅少な不適合性では認められず、多数の給付がされたときには、解除は、原則として不適合な給付に関してのみ行われる(13条5項)。減額請求は、不適合があるものと適合するものとの関係に従って算定される(14条5項)。Staudenmayer, Kauf von Waren mit digitalen Elementen - Die Richtlinie zum Warenkauf, NJW 2019, 2889.

- 55) アダム・スミス・国富論(2001年、水田洋・杉山忠平訳)3巻343頁以下、4巻13頁以下参照。第5編の「主権者または国家の収入について」では、防衛費、司法費、公共事業の経費、教育、教化などに関し、国家の役割を肯定している。また、スミスの法学講義によれば、「商業が導入されればつねに、誠実と几帳面がそれにとまなう」のであり、手放しの強欲資本主義は肯定されていないのである(法学講義・水田洋訳(2005年)「商業とマナー」400頁以下)。楽観的な自由競争主義であるが、必ずしも自由放任というわけではない。

ノーベル経済学賞受賞の経済学者のスティグリッツによれば、古い経済学の主流派は、誤って解釈されたアダム・スミスの足元にひれ伏し、市場経済の効率性の奇跡を崇拝していたとされる。スティグリッツ・経済の罨(2015年、峯村利哉訳)182頁。アダム・スミスは、決して無制限の自由を主張したわけではないのである。

こうした曲解は、経済学に限られるわけではなく、神学にもみられる。とくに、富が神の恩寵の証とするカルヴァンの思想の前提には、彼が神権政治を行ったジュネーブには厳格な道徳支配が行われており、後代のカルビニズム(とくにアメリカ)のように、富の独占や強欲資本主義を肯定するものではなかったことである。公的な義務を果たした後の富だけが神の恩寵だからである(「カエサルのはカエサルに」である)。国家や社会への義務を免れたり、タックス・ハイブンの利用などが肯

に陥る傾向がある。2008年のリーマン・ショックは、経済界に深刻な反省をうながしたが、その鎮静化とともに反省は薄れつつある。市民社会と民主主義を基調とする現代の法律学にとって、没価値は、思考の停止にすぎない<sup>56)</sup>。契約的正義と衡平の実質的な確保が必要とされる。

(b) 私的自治や契約の自由の制限としては、かねてオーストリアやフランス法にみられる過大な損害 (laesio enormis) の〔禁止の〕制度があるが、早くに、普通商法典 (ADHGB) 282条は、これを廃止し、たんに代金が価値の二倍を超えると、価値の半分に達しないことを取消原因とすることは否定した。また、事情変更の原則 (clausula rebus sic stantibus) も廃された。比較的新しい立法であるスイス法には、これらと類似のものは存在しない<sup>57)</sup>。

---

定されるわけではない。

56) 法と経済学が、社会価値でなく、効率性と金銭価値だけの基準であることにつき、拙稿「契約における自立とスタンダード」鈴木祿弥先生追悼論集 (2008年) 425 頁、453 頁の注15。

強欲資本主義への反省は、リーマン・ショックやサブプライムローン破綻などにおいて、しばしばみられるが、真剣な反省はじきに忘れられている。最大の反省は、第二次世界大戦による破壊を契機とし、戦後世界の基礎となったが、1980年代以降失われて久しい。戦争の惨禍は、国際的な再秩序を目的としたが、結果的には、諸国の国内的な再秩序の原因ともなったのである。人の大量死の前では、過大な財産の集積などは維持しえないことが明らかとなったからである。大災害の時代には、いわば生命のためにはすべてを差し出すことが必要であった。逆にいうと、小さい惨禍では、金で犠牲を代用できることから (傭兵や19世紀の徴兵のように、代人を出す方法である)、格差の是正には、ますます大きな惨禍が必要ということになる。強欲の結果、惨禍の拡大が生じるゆえんである。

57) ADHGB 282条は、自分の側で商行為である取引について、相手方に注意義務をおう者は、通常の商人に求められる注意義務をおうという。Vgl. Reyßner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 1878, S.272.

もっとも、過大な損害の禁止は、オーストリアとフランスの不動産法では、残されている (ABGB 934条、935 条、フ民 1118 条では否定。同1674条では、売主が不動産の価格の12分の7 を超える損害をうけた場合である)。

また、ドイツ民法でも、138 条 1項 (日本の90条相当) による公序良俗の規制しか

(c) EUの立法は、政策の一致を目的とするのみで、必ずしも構成国の私法の統一まで考慮しているわけではない。しかも、統一市場のための指令や法律が洪水のように発せられるために、その全体像が見通せないものとなっている。また、妥協のための論理の不統一や単純な利害調整も行われる。この中で、比較的争いのない消費者保護や競争法の領域では、法発展が期待できる<sup>58)</sup>。た

---

なくなるとみるのは行き過ぎであり、138条2項の暴利禁止規定は、過大な損害の禁止の再現である。その機能は、日本の利息制限法と同じく、主観的要素を軽減した客観的判断を中核としている。たんなる1項の繰り返しではない(たとえば、「暴利類似行為」の存在である。詳細は、別稿にゆずる)。

スイスにおいても、利息制限に関する諸規制は、かなりあとまで残存し、最高利息の制限は、いくつかの州に最後まで残された。旧スイス債務法(1881年)の制定のさいにも、利息制限を廃止することが考慮されたが、法典は、利息の濫用に対する立法の可能性を各州に残した(旧83条)。また、一般的な暴利の禁止の規定もあった(旧17条)。

1911年の新債務法典は、基本的にこの旧法の立場をうけつぎ、利率が、合意、法規あるいは慣習によって定まっていなかったときには、それは1年間に5%とされる(73条1項)。また、利息の濫用に対する(gegen Missbräuche im Zinswesen)公法(dem öffentlichen Rechte)上の留保がある(同条2項)。この中には、1907年のスイス民法典795条が含まれる(利息の支払義務は、その濫用に対する制限に服じ、各カントン法でも、土地を担保とする債権について利率の最高限度を定めることができる)。さらに、1911年法では、一般的な暴利の禁止(20条)に加えて、給付の不等価に関する規定が定められている(21条)。後者の場合の主観的要件は、窮迫、未経験、軽率に乗じること(Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns)である。

58) Honsell, a.a.O., S.27ff., S.106.

消費者や労働者の保護の領域では、19世紀以降、契約は必ずしも絶対的ではなく、当事者の実質的な平等が必要とされ、国内法のレベルでは、消費者保護法や労働法が発展した。しかし、グローバル化は、こうした国家法による保護を無力化した。国際社会には、国家のような保護装置がないからである。EUのような国家間組織の意義はここにあるが、必ずしも十分ではない。その結果、現在では、グローバル企業や金融機関が国家を搾取することが生じた。19世紀には、個人が強欲資本主義によって、搾取されていたが、国レベルでそれが制限された。しかし、今度は、国家

だし、EUの指令による立法でも、製造物責任法では、それが妥協の産物であったことから、必ずしも十分な規制ができなかったことが思い起こされる。環境保護の領域でも、なお対立は大きい。

(3) 消費者取引は、EU法においても重要な位置を占め、基本的に弱者保護の思想に立脚している。消費者は、取引界において、十分な判断をする機会も資料ももたないことから、不利な契約をよぎなくされる。国内取引のみならず、国際的な取引においては、事業者との力のアンバランスはより大きなものとなる。これに対処する方法は、撤回権（クーリングオフ）の付与と売主の情報提供義務である。ただし、これらは、結果的に製造物のコストを高め、最終的には消費者全体の負担になることもある。無過失責任、製造物責任、撤回権、中古品の担保責任免責の禁止、新品では2年、中古品では1年の保証などが定められている。

さらに、新たな課題として、緊急時における無過失の支払不能、たとえば、病気、失業、離婚などが問題となっている。消費者破産も問題となる。今日では、生活全般に金融機関に口座を有することは不可欠であるが、こうした緊急時に口座が凍結される危険性は高い。口座をもてない階層の存在もあり、これに対処する規律を有する立法例もある。しかし、債務督促および破産法（SchKG, BG vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1）の改正は、行われなかった。他国では、アメリカ法モデルによって、免責、残債務の免除（Restschuldbefreiung）の手続が導入されている例もある<sup>59)</sup>。

なお、割賦販売法は1963年に降たびたび、また、1993年には、消費者信用法（Konsumkreditgesetz、2001年にも改正）も改定され、パック旅行法も制定された。訪問販売（Haustürgeschäft）も規制された（40a条以下）。

---

ごと搾取されるのである。たとえば、リーマンショックでは、金融危機により国家が財政出動を余儀なくされ、多くの負債をかかえることになった。

59) Honsell, a.a.O., S.36ff., S.106.

(4) 反差別法=平等法の影響もある。

(a) スイス法でも、20世紀の後半から、強行法規の増加、差別禁止や民事罰の増大といった契約法の変質の傾向がみられる。これらは、社会的な正義の観点から、個人の自由を制限するものである。しかし、契約法においては、現在でも行動の自由には、なお高い意義があり、社会的な共同生活や多元的な社会は、これによって保障されている。市場経済の中でも、公正な保護目的の実現に必要な装置も、ときに形成されるが、立法にあたっては、自由や個人主義と社会正義のバランスが必要とされる<sup>60)</sup>。

---

60) Honsell, a.a.O., S.101ff., S.115.ドイツの例については、Heuschmid, Geltung des Europäischen Antidiskriminierungsrechts für Kirchen und ihre Einrichtungen, NJW 2019, 3117.

近時の論点は、私的組織における反差別法 (AGG) の適用である。1例では、デュッセルドルフのカトリック連盟の病院の「内部医療」(innere Medizin) のための主任医師Xが、教会法上許されない民事の再婚 (Zweitehe) をしたことによって、解雇された事件がある (2005年に別居し、2008年に民事婚で離婚し再婚。教会婚の取消をえていなかった)。病院Yは、ケルンの大司教によって監督されていた。再婚が労働契約上の誠実義務に違反する点については争いが無い。しかし、カトリックではない他の医師との比較において、再婚が、解雇の理由になることが、原告に対する不利益な扱いかが問題となる。この問題は、第一義的には、誠実義務違反による解雇が告知制限法1条の社会的な相当性を具備するかにあるが (デュッセルドルフの労働裁判所は、2009年7月30日判決で、告知を反平等法違反として、X勝訴。Y控訴、デュッセルドルフのラント地裁は、これを棄却)、連邦労働裁判所 (BAG 2011.9.8, BAGE 139.144= NJW 2012, 1099) も、告知は、教会法上無効とされる婚姻生活につき特別に重大な事由に関する契約条項、反差別法7条2項に違反するものとした。ケルン大司教は、連邦憲法裁判所とヨーロッパ裁判所に対し異議を申し立てた (EuGH 2018.9.11, NJW 2018.3086.なお、BVerfGE 137.273; EuGH, ECLLEU:C:2018,696=NJW 2018, 3086)。EU法の適用が問題となっていることから、教会の自律権を認めたとしても、単純な特別権力関係のみで解決されるわけではない。教会の自己決定権も、制約されるものとされる (ただし、BGH は、教会の慈善活動に関しては、ほぼ反対の判断を示している。Heuschmid, a.a.O., S.3119)。差別が許されるのは、宗教や世界観が、当該の活動に本質的かつ正当な (wesentlich,

差別禁止については、古くは、男女差別の禁止、男女同権法(Gleichberechtigung)がある。これは、おもに家族法の領域を対象にしていた。1917年のロシア、1920年代の北欧が先例である(スウェーデンで1920年、デンマークで1925年、ノルウェーで1927年)。第二次世界大戦後は、東欧にみられた(1949年でチェコと東ドイツ、1950年にポーランド、1952年にハンガリー)。ドイツ連邦共和国では1949年である。フランスで1965年、オランダで1970年、イギリスで1973年、イタリアでは1975年と続いた。オーストリアで1975年、スペインで1981年である。ただし、スイスはかなり遅れて、ようやく1988年であった<sup>61)</sup>。1900年代初頭には、先進的な地位を占めたにもかかわらず、中央ヨーロッパでは、最後尾であった。

(b) 近時の差別禁止、同権にかかわる法律は、反差別法(Antidiskriminierungsgesetz)である。これは、財産法に直接かかわり、私的自治への制限、とくに契約の当事者選択の自由の制限をもたらしている。19世紀は、基本的に私的自治と私法の優越が顕著であったが(Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht)、20世紀後半以降は、公法の増加が特徴である。これによって大きな分野において私法が押し退けられている。

公法と私法の分離は大陸法に顕著な傾向であり、私法と公法や刑法の分離は、伝統的なものである。差別禁止の立法によって私法をも変更することへの批判は強い。契約の締結や内容の自由は、私的自治と深く関係しているからである。

EUの反差別指令は、人種、民族、宗教、世界観、障害、年齢、性別による差別を広く禁じ、相手方選択の自由を制限している。たとえば、土地への立ち入り、雇傭、大量取引においては、今日、単純な性別による差別禁止はありえないであろう。その他の場合にも、EU裁判所の判決は、広く契約関係に性別

---

rechtmäßig, gerechtfertigt) 職業上の必要性に合致するときだけである。

61) Wesel, aa.O.(前注36)), S.634.近時の家族法関係の規制の統一は、夫婦財産制の統一を対象とする。Vgl. BMJ, Güterrechtsverordnungen im Familienrecht beschlossen, Am 24. Juni(2016) hat der Rat der Europäischen Union zwei Güterrechtsverordnungen beschlossen, 2016.6.27. この指令によって、加盟18か国は、30か月以内に、国内法化の履行義務を負担した。

の差のないことを求める傾向がある。しかし、自然的な性差のみられる寿命にかんがみると、女性の年金料の支払が男性と形式的に同額では高すぎないのか、危険に対する生命保険額も同様といえないかは、実際のところ不明である。統計上の性差はあるからである。そして、「合理的な差別」も禁じられるかは、裁判例上は必ずしも明確ではない。しかし、形式的な同権概念ではなく、合理的な区別をまったく排斥することはできないとの見解が一般的である (Qui bene distinguit bene iudicat)。

もっとも、ブリュッセルからの指令の影響は大きく、これによって、EUの27か国の多くの規定と何百もの約款が改定され、数百万の契約が新たに形成された (イギリスは2020年1月末に離脱)。保険料も高められ、男女の調髪の価格の違いも禁じられる。

EUは、ほかにも多くの差別禁止をしているが、年齢差別については、その有効性は、必ずしも明らかではない。法律にさえも、従来年齢に差をつけることがよくあり、それは従来は「差別」とはされてこなかった。しかし、募集広告で「若いチームのための人員」(Mitarbeiter für unser junges Team)と広告することは、性別と年齢の2差別をおかしている (ドイツ語では、女性はMitarbeiterinである)。ドイツの事例では、差別的テキストを使用した高校が損害賠償のための差別訴訟の対象となっている。

(c) スイスでは、まだこの議論は深まっていない。GlStG(同権法)5条2項に関して、求人広告のさいの性別による差別についての判決がある。また、反差別指令を直接承認しないとしても、間接的に、憲法上の問題とする可能性もある。連邦憲法35条3項によれば、国は、基本権が私人間でも有効たるように配慮する義務がある(8条2項)。通説によれば、信義則のような一般条項の間接効(債務法20条、民法2条)により、拡大される。より広い反差別の禁止の拡大は、憲法上の要請たりうるのである<sup>62)</sup>。

---

62) Art. 35 Verwirklichung der Grundrechte

1 Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.

2 Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.

2016年6月に、離脱に関する国民投票で、イギリスがEU脱退を表明したこと(2020年1月末に離脱)、2017年のトランプのアメリカ大統領就任から、全世界的な反移民の動きがあり、伝統的な反差別の動きは空洞化しつつある。啓蒙の時代以来、罪悪とされてきた差別が、ふたたび公然と復活しているともいえる(20世紀の差別については、独法109号29頁参照)。2020年始めからの世界的なコロナ(COVID-19)肺炎の蔓延は、人種差別をも生み出している。

(5) 私法における予防と刑罰の観点が増大しつつある。

私的自治の制限は、私法への刑罰思想の導入にもみられる。とくに、アメリカ法由来の懲罰的損害賠償にみられる。伝統的な民事と刑事の機能の峻別からすれば、不当であり、賠償金もたんに被害者の利得のみとなる可能性がある。損害賠償は損害のあるところのみ生じるとの原則に反しているからである。

しかし、民事・刑事の分離は必ずしもそう古いものではなく、中世には、罰金(Buß)は、損害賠償と刑罰の二面の性質を有していたのである。また、社会学的には、懲罰的賠償は、違反行為の抑制装置としては、しばしばたんなる損害賠償よりも有効である。たとえば、EUのCO<sub>2</sub>の排出制限に違反した大規模な車の製造者、10%のバイオエタノールを混合しない石油会社、あるいは女性比率、障害者比率に達しない会社に対して、より高く支払わせる場合である。しかし、制裁が、威嚇的であるとともに、現実的、比例的でもなければならぬことについては、従来の民事法的な限界設定も有効な理論たりうるであろう。

スイスの債務法の一部改正草案では、遅延利息は、従来の5%ではなく、商人間の取引では、10%とされた(104条2項)。これによって、適切な時期での支払が期待されている。消費者の場合には、これは過大な負担となる。形式的な平等原則からは、問題となるよちがある。ただし、現実の損害の観点からは、商人には、それだけの利益が期待されており、とくに高い損害が証明されなく

---

3 Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

また、Honsell, S.42.

ても、高い利息が損害賠償としてとれるのである。債務者は、予防的理由から10%を払うのである。しかし、債務者が多くの場合に意図的に不履行をするのではないことから、こうした差別を疑問視する見解もある<sup>63)</sup>。

現行104条「債務者が金銭債務の支払につき遅滞となったときには、同一人は、約定の利息がより低い場合でも、年利5%の遅延利息を支払わなければならない。

契約により年利5%より高い利息が定められたときには、それが直接であろうと、周期的な銀行条項の同意(durch Verabredung einer periodischen Bankprovision)によるものであっても、遅滞の間も、それを請求することができる。

商人の間では、支払地の通常の銀行利率が年利5%よりも高いときには、遅延利息にこの超過する利率を算入することができる。

ドイツ法では、こうした区別は、すでに債務法現代化の時から採用されている。すなわち、通常は、基礎利率プラス4%であるが(288条1項)、消費者が関係しない取引では基礎利率プラス8%である(同条2項)。もっとも、債権者は、損害を証明して、より高い利息を請求できる(同条3項)<sup>64)</sup>。

(6) 一般的な3年の相対的時効の導入も問題とされる。

スイス債務法の時効期間は、原則は10年(127条)で、若干の定期的債権や食料品の債務、労賃などが5年であり、比較的単純である。これに対し、債務法の2020年改正・草案では、相対的な3年の時効期間を導入した(試案149条1項で3年、2項で10年)。同様の例は、BGB 194条以下、DCFR III-7:03, 7:07にみられる。3年という期間も、ドイツ法と同じである(BGB 195条)。ドイツ法の改正に影響されたものであるが、立法論上の誤りとして強い批判がある。すなわち、時効は、法の明確性と安定性に役立つべきものであり、当事

---

63) Honsell, S.42. 商人、消費者といった区別をする先例としては、後述のように、ドイツの2002年(施行)債務法現代化による改正法がある。

64) 拙稿「ドイツの2001年債務法現代化法」(司法の現代化と民法・2004年)193頁、205頁参照。

者（債務者）に知覚できる要素と結合する必要がある。そして、債権者の知覚や誤った不知覚のように不明確のものにのみ結合するべきではないとされる<sup>65)</sup>。

ただ、不法行為法では、相対的な期間に意味がある。なぜなら、期間が短期であり、また損害と加害者を知ることは、単純な事実に関しており、期間の進行が客観的に確定できるからである。被害者保護の観点も必要である。もっとも、不法行為でも期間を変更するには、この期間はやや長すぎる。不法行為法では、期間は現在は1年であり（60条1項前段。前述II）、なぜそれが3年に延長されるのか不明である。債権者が、債務者と債権について知ったときには、ただちに権利を行使すべきだからである。改正は、この方向では、改悪であるとされる<sup>66)</sup>。不当利得法での相対的時効期間のみに意味がある。なお、損害と加害者が知れない場合の不法行為の消滅時効期間は、10年である（60条1項後段）。また、不当利得法でも、現在の時効期間は、1年と10年である（67条1項）。

不当利得法の時効は、現在は1年とされる（67条）。旧債務法には特則がなかったことから、一般の時効期間10年が適用されていたのが、不法行為法にあわせて1年とされたのである（60条）。しかし、これは、侵害利得には妥当でも、契約的な給付利得にはあてはまらない。従来から余りに短いとの評価をうけてきた。給付をした者は、契約的な欠如の認識を欠くからである。不当利得法では、法律的な知覚ないし期間の開始に関する錯誤の解明が重要である。そこで、不当利得法に関しては、反対説からも、期間の延長の点は肯定される。相対的

---

65) Honsell, S.50, S.110.その批判によれば、スイスの立法者がそれに従うのは、理解しがたいものとされる。日本の2017年法は、「権利を行使することができることを知った時から5年間行使しないとき」に、債権が消滅するとの規定を追加した（主観的起算点）。これと、「権利を行使することができる時から20年間行使しないとき」（客観的起算点）のいずれかの場合に、債権は時効によって消滅するとした（166条1項）。ドイツ法よりは、期間は長いが、構成は同じである（BGB 195条、199条1項2号の主観的起算点から3年と、同条3項の客観的起算点から10年）。

66) Honsell, Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht, Festschrift Schrechtriem, 2003, S.743ff. 不当利得に関する議論としては、Bucher, aa.O., S.288f., S.374.

時効の導入については意見が分かれるが、肯定説からは、契約責任と給付利得の一致が好ましい結果と評価される。

(7)(a) 2013年に、スイスの大学法学部の23人の学者が、債務法総論の改定草案(試案)を提案した。Schweizer Obligationenrecht 2020 (OR 2020) と呼ばれる(Huguenin/Reto M. Hilty (hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich, 2013)。作業は、2007年に始まり、その目的は、現在のスイスの判例と学説の下で、債務法総論をヨーロッパ的および比較法的に検討し、明確にすることであった。これにより、1条から183条の改定草案ができ、コンメンタールとともに公表された。

2020年草案の目的は、過去100年の間に失われた見通しのよさを回復することであった。債務法は、今日の見地からすると、特定の概念につき過剰であり、他方では、矛盾や欠缺を含んでいる。草案は、現実に行われている現行の法によっており、現在の実務によって改善されている。しかし、比較法的な影響も多々みられ、多くの場面では、実務に影響するような新規定をも含んでいる。草案は、多くの場面で検討されているが、批判も多い(Schmidlin, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 2015, 25 ff.; Heinrich Honsell, Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ 2013, 457 ff.)。

また、2013年には、国民議会の Andrea Caroniほか105人の議員と参議院の Pirmin Bischof ほか34人の議員から、「現代債務法のために」(Für ein modernes Obligationenrecht) という要望書が提出された。そこで、連邦政府にあたる連邦評議会(Bundesrat)の委員会による検討と評価が行われたのである。1911年の債務法は、1881年の旧債務法の修正であるが(1条から551条)、1912年に、スイス民法とともに発効した後、552条以下が1936年に修正されて以来、大きな改正をうけていない。個別の改正は、おもに債務法の各論について行われた。しかし、2002年に、ドイツ債務法が改正され、フランス民法も、2016年法(Ordonnance Nr.2016-131)により修正された。そこで、スイスでも改正の必要性が検討されたのである。改正動議は、これらに影響されたものである。

(b) 連邦政府は、3つの方法で、改正の必要性を検討した。第1は、実務の必要性であり、これは、ベルンのEcoplan社の調査によった。弁護士と裁判所、企業の調査をしたのである。1670人の実務家に対し、債務法総論の活用状況と改正の必要性を問うオンラインの質問事項が配布され、403の回答をえた(24%)。しかし、実務家の多数の回答は、債務法総論が実務上適切であるとするものであった(各項目につき90%以上)。改正を求める意見は、わずかであり、改正の必要性があるとすれば、むしろ契約法の各論にあるとする。また、全面改正は、法の不安定さを増し、再教育や文献などのコストを増すとする。現行法に対する実務家の評価は高かったのである。

第2に、連邦裁判所(Bundesgericht)に、第3に、スイス弁護士会(Schweizerischer Anwaltsverband)にも照会が行われた。ここでも、現行法の問題と、2020年試案への評価が求められた。連邦裁判所は、2017年4月24日の長官会議(Präsidentenkonferenz)の結果を踏まえて、5月24日に回答し、債務法総論の根本的な改正の必要はないとした。また、スイス弁護士会も、2017年8月10日に、全面改正の必要性を否定した。後者は、2020年試案のいうような改正理由や非難—市民にとって法的解答が見いだしにくいとか、法典が時の経過によりわかりにくくなったという—はあたらなし、むしろ全面改正による法的な不安定性とコストが問題であるとした。

(c) 2018年1月31日に、連邦政府による結果が出された。連邦政府は、債務法総論は、実務において満足すべきものとされており、一部の学者の批判はあたらなし、また、改正による不利益とリスクをより重大な問題とみた。すなわち、全面改正は、相当の理由がないかぎり、不安定性を増大させ、また、他の重要な案件が中断するリスクがある(改正論議は、行政、議会の貴重なリソースを奪う)。こうした実務の評価と、改正の費用が高いわりに利用価値が小さいこと、失敗のリスクなどから、全面改正は不要と判断され、債務法総論の全般に関する立法計画を立てることはないとしたのである<sup>67)</sup>。Modernisierung

---

67) 組織防衛のために(改正作業がなくなると人員が削減されることから)不要な改正をするようなことは、否定されている。改正によって、解釈の不安定性が増大す

des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni, vom 31. Januar 2018.

これにより、ドイツやフランスで2000年以降行われた債務法の改正に対して、スイスはこうした動きに追従しないこととされた。ただし、全般的な改正に代えて、時効法などの部分改正が行われている。2000年以降のおもな改正には、以下のものがある。もっとも、債務法の中でも、商法に関する改正部分が多い。

株式の最低価の縮小（債務法 622条 4項）の改正は、2001.5.1に発効。

商業登記の保存に関する債務法と施行法の改正（Kaufmännische

---

ることから、法的安定性を考慮する必要がある。とりわけ積み上げられた判例を尊重することが必要である。まして、改正を奇貨として、独自の解釈を盛り込もうとするべきではない。庶民的であるというスイス法の見識が、今世紀になっても発揮されたものといえる。

このスイスの判断は、2020年始めから生じた世界的なコロナ肺炎の蔓延にさいし、有為な選択となった。各国の緊急事態宣言とそれによる外出禁止、社会インフラの停止は、司法や裁判所の機能をも停止させたからである。欧米諸国のようなロックダウンはないにもかかわらず、日本でも、4月以降、裁判所の期日が取消されている。東京の例では、「新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく緊急事態宣言及び東京都の外出自粛要請等を踏まえ、東京地方裁判所（立川支部を含む）及び管内簡易裁判所において、4月8日から5月6日までの間に実施される予定であった期日については以下のとおり取り扱われます」。「民事事件及び行政事件については、次の事件を除いて期日指定が取り消されます」。[https://www.courts.go.jp/tokyo/about/osirase/14/Vcms4\\_\\_00000616.html](https://www.courts.go.jp/tokyo/about/osirase/14/Vcms4__00000616.html)

新型コロナによる法律問題については、多くの論考が出始めている。たとえば、Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise - Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097; Schmidt-Kessel und Möllnitz, Coronavertragsrecht- Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen, NJW 2020, 1104; Weller, Lieberknecht, Habrich, Virulente Leistungsstörungen - Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, 1017; Heiden, Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, 1023. 新しい問題を作るよりも、新しい問題に対処することが必要である。

Buchführung) は、2002.6.1に発効。

Bundesgesetz über die elektronische Signatur 電子署名に関する連邦法、証明業務に関する連邦法の改正は、2005.1.1に発効。

電子取引に関する消費者保護 (Konsumentenschutz, Elektronischer Geschäftsverkehr) について、債務法と不正競争防止法の改正については、2005.11.9 に、連邦政府は改正を断念した。

取締役会のメンバーと執行役員の対価の透明性に関する債務法の改正は、2007.1.1に発効。

有限会社法の改正 (債務法 772条以下) は、2008.1.1に発効 (Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772 ff. OR sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht)。

不動産のタイムシェア契約 (Konsumentenschutz, Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien) に関する消費者保護についての債務法改正は、2007.6.22 に国民議会のイニシアティブによるものとされた。

2012.4.4に、連邦政府は、遅延利息を高くする債務法の改正を断念した (Erhöhung des gesetzlichen Verzugszinses)。

2020.1.1に、不法行為に関する時効期間の改正法が発効した。

## 2 ローマ法の修正

(1) スイス債務法 (SOR) は、ローマ法を基礎とするパンデクテンの法典の一部に位置づけられる。これは、同法がドイツ民法典債務編と同じく、ドレスデン草案を基礎としていることからもうかがえる。個別にはゲルマン法の影響も指摘されるが、全体としては、ローマ法の計画・体系性が、スイス債務法をも特徴づけている。債務法は、ゲルマン法にとって、もっとも脆弱な部分だったからである。少なくとも債務法は、ドイツ民法と同程度にローマ法的ともいえる。自然法がローマ法の批判であり、その根拠の多くがゲルマン法やカノン法にあったとすれば、逆説的ではあるが、フランス民法がよりゲルマン法に近いということになろう。

債務法のもっとも重要な制度は、債権と物権との峻別、所有権の基礎的位置づけ、信義則、契約は守られるべし (pacta sunt servanda) との原則である。そして、パンデクテン法学は、普通法の具体的な素材から、可能なかぎり一般的な原則を抽象化して作成したが、ときには、行き過ぎもある。その例は少なくはない。パンデクテン法学に忠実なドイツ流の法律学では、債務法の抽象化の程度は高いが、実際には、多くの素材を売買や他の契約に求めている。また、契約法と不法行為法の領域では、債務法の一般化は、困難をもたらした。たとえば、スイスでは所有権移転と危険負担の関係であり、物の瑕疵や不当利得法の構成でもそうである<sup>68)</sup>。

パンデクテン法学は、ローマ法的具体例から出発して、一般的な原則を立てることを目指した。抽象化がその方法である。しかし、その過程では、しばしば誤解も生じた。不当な一般化もあったからである。スイス法も、そうした理論を前提にして、一部を修正し、その他を承継したことから、制定後に学説や判例による変遷が行われた。そこで、抽象化にともなう欠陥とその修正を(2)以下で概観する。

日本法との比較では、スイス法は、フランス法の影響もうけていることから、必ずしもドイツ法一辺倒というわけではなく、折衷的であり、また、独自の慣習法の影響もある。一面では、比較法の産物ともいえる日本法に近く、参考に値する。その論点の多くが、日本法と共通する点は興味深い。

## (2) 無効と取消、および無効の相対的構成についてふれる。

錯誤の効果に関しては、普通法の時代から、無効説 (Ungültigkeitstheorie) と取消説 (Anfechtungstheorie) があった。意思表示の瑕疵の効果は、ローマ法の産物であり、諾成契約では、錯誤は民事上の無効を生じるが、詐欺と強迫では、法務官による取消可能性のちに効果として採用されたのである。

ムンツィンガーは、すでに1871年の債務法の草案で、この無効と取消の問題

---

68) Bucher, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und Schweiz, ZEuP 11 (2003), 353. Honsell, S.53ff.パンデクテン法学の債権総論のモデルは、動産売買法である。不動産や債権には、しばしば特則が必要となる。

についてふれている。その 84 条において「無効な契約とは、無効な意思表示の存在がなければ締結されなかったものをいう」とし、また 86 条では「取消しうる契約とは、権利者によって取消されるまでは存続することが正当とされるものである」とした。そして、錯誤も、必ずしも絶対的なものである必要はないとした。しかし、草案の審議の過程で、取消可能性は廃され、次の23条の規定がおかれたのである<sup>69)</sup>。日本法と同様な「無効」の効果である。日本法は、2017年法で「無効」から「取消」の構成に転換したが、これは従来判例理論に従ったものであり、無効の制限解釈を基礎とする。スイス法にも、同様の制限解釈がある。

23条(旧18条)「契約は、締約時に、本質的な錯誤にあった者については、無効(unverbindlich)である」。取消可能性は、一方的な不拘束性にすぎないとされたのである。フーバーも、同様の見解であった。しかし、ムンツィンガーのいう相対的な構成は、ドイツでは採用され、取消が法的な救済手段となっている(ド民119条、142条、イタリア民法1428条も同じ)<sup>70)</sup>。

スイスの学説と判例は、現在でも、形式的には無効理論によっている。しかし、絶対的な無効ではなく、一方的な不拘束の効果に近い。そして、これは、たんなる片面的行為(negotium claudicans)で、行為が一方にとって拘束力を持ち、他方にとって拘束力をもたないという関係とは異なり、錯誤者のみが、契約の拘束力をすべて決定しうるから、実質的に権利(取消権)に近い。同様に、21条の暴利においても、暴利の被害者のみがそれを主張でき、たとえば暴利の利息を支払う必要はなくなり、貸借自体も失われるのである<sup>71)</sup>。後者につ

---

69) Bucher, a.a.O.(前注20)), S.251ff.錯誤無効の構成は、わが民法(2017年改定前)とも共通する(96条)。2020年草案・試案の下でも、錯誤の効果は、無効とされている(38条)。ただし、錯誤者のみに主張を認める相対的な無効である(42条)。

70) BGE 114 II, S.131. Schmid und Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil(beg.v.Gauch und Schluép), Bd.I, 2014, S.192 (Rdn.844ff.)

71) 暴利という行為の性質上、暴利行為の取消は、あまり主張されたことはないが、取消権説に従うと、暴利行為すらも、当初は双方にとって有効であり、取消によってのみ遡及して消滅することになる。Vgl.Honsell, S.63ff. なお、近時の実務では、

いては、日本法の解釈でも、参照に値いしよう。

(3) 185 条1 項の売買の危険負担にも議論がある。スイス法の危険負担の状況は、オリジナルの日本法（債権者主義、旧 534条）に似ている。したがって、その問題性を指摘するために、あまり立ち入る必要はないであろう。

債務法185 条（旧204 条）1項によれば、「特段の関係または合意によって例外が定められないときには、物の利用と危険は、契約の締結によって取得者に移転する」。また、種類物の売買では、目的物が特定され、送付されるべき場合には、送付されなければならない（同条2 項）。停止条件付きの契約では、譲渡物の利用と危険は、条件の成就によって取得者に移転する。

185 条1 項は、ローマ法の買主負担主義にもとづいている（*Periculum est emptoris*）。これによれば、危険は、契約の締結時に買主に移転する。目的物の引渡によらないことから、利用や買主の支配ともかわらない。ローマ法に従う立法例は多く（イタリア民法1465条、スペイン民法 1452 条、1182条、オランダ民法旧639 条、1496条など）、フランス民法は、所有者主義の観点からこれを肯定する（1138条、*causum sentit dominus. res perit domino*）。他方で、オーストリア民法 1064 条とドイツ民法446 条は、引渡主義によっている（*Periculum est venditoris*）。スイスの立法者は、フランス民法に従う西スイスとの妥協から所有者主義を採用し、ムンツィンガーの1871年の草案212 条もそうであった。

「特定の動産の所有権を移転する法律行為は、所有権をただちに移転し、物の引渡を要しない」。そこで、草案215 条は、所有権とともに、利用と危険が取得に移転することを定めた。しかし、審議の過程で、所有権移転では意思主義が採用されず、引渡が必要となったのである（旧債務法199 条、民法714 条）。ここから、危険と所有権の移転が一致せず、危険負担の債権者主義となり、ロー

---

契約への適合化を旨とすることが多い。また、日本の利息制限法1 条は、一部無効（超過部分の無効）の構成によっていることから、立法論的に、多くの問題は解決されているともいえる。

マ法と同じ立場に回帰する結果となった。

もっとも、スイスの学説は早くからドイツ法にならって、これを批判している<sup>72)</sup>。この点も、日本法と類似している。日本法は、2017年改定で、学説に従って債権者主義(534条)の廃止をした(引渡主義、567条)。

72) Bucher, Notizen zu Art.185 OR(Gefahrtragung durch den Käufer), ZSR 1970 II, S.281ff.; Honsell, aa.O., S.69ff.,S.70 も立法の経緯からすれば、危険移転も、引渡時にするべきであったとする。

スイスの危険負担については、拙著「危険負担の研究」(1995年) 141 頁、349 頁、とくに、358 頁参照。

**所有権、危険、果実收取権の移転の組合せ**

		危険移転時	
		締約時	引渡時
果 実 收 取 権 移 転 時	締約時	フランス イタリア	↓
	引渡時	↑ オランダ スイス スペイン 普通法	
	引渡時	日本 ⇨ ↑	↓ ドイツ オーストリア*
		意思主義	形式主義
所有権移転時			

○スカンディナヴィア法では、  
果実收取権の帰属は、危険移転とも所有権  
移転ともかかわらない。  
\*オランダ(新)  
⇨日本は、2017年改正法で、危険のみ引渡時  
移転となった。

(小野・給付障害と危険の法理(1996年) 418 頁以下「双務契約と果実收取権の移転」、434 頁注18参照)。

(4) 売買は賃貸借を破るとのテーゼは、日本法と異なる。

(a) 比較的遅いスイスの立法では、売買は賃貸借を破らないことが認められている。

スイス債務法261条「(1)賃貸借契約の締結後に、貸主が物を譲渡したとき、または、物が強制執行または破産手続の結果差押られたときには、賃貸借関係は、物の所有権とともに取得者に移転する。

(2) ただし、新所有者は、(a) 住居および事業用の部屋で、急迫な自己、近親または姻戚関係者の使用を主張するときには、法定の期間をともなう賃貸借関係を直近の法定の期日に告知することができる。

(b) その他の物では、契約がより早い解除を認めていないときには、法定の期間をともなう賃貸借関係は、直近の法定の期日に告知することができる。

(3) 新所有者が、従来の貸主が認めたよりも早くに告知するときには、旧貸主は、借主に対し、そこから生じるすべての損害を賠償する義務をおう」。(4項には、取用に関する規定の留保がある)。

ローマ法では、賃借人の地位は低く、所有者は、損害賠償を払えば、いつでも賃借人を追い出すことができた。若干緩和したものの、ムンツィンガーは、それを受け継いでいる。すなわち、1871年草案の322条では、取得者は、ただちに賃借人の占有を奪うことはできないが、告知はできるものとした。そして、旧281条は、賃貸物が賃貸期間内に譲渡されたときには、賃借人が賃貸借契約の存続を取得者に主張できるのは、取得者が契約関係を引き受けた時だけであるとした。その場合には、賃借人はたんに旧賃貸人に契約の履行を求め、損害賠償の請求ができるのにとどまった(1項)。そして、不動産では、取得者の告知権も認められていたのである(同条2項)<sup>73)</sup>。

これに対し、現在の261条では、物が譲渡されたときには、賃貸借関係は、所有権とともに、取得者に移転するものとされる(上述の1項)。もっとも、不動産の取得者には、急迫な自己使用等の必要があるときには、特別な告知権

---

73) Hafner, a.a.O(前注22)), S.140. なお、Honsell, S.66ff.

が認められている(同2項)。こうした変更は、ドイツ民法典制定史上の著名な論争が影響している。1900年のドイツ民法は、起草時の法典論争から(第二草案)、現在の566条において、売買が賃貸借を破ることを否定しており、その後のスイス法の改正にも影響を与えたのである<sup>74)</sup>。

日本では、旧建物保護法1条、旧借家法1条、借地借家法10条、31条が対抗力を付与したが、旧所有者との間の賃貸借契約の帰趨は必ずしも明確ではなかった。ドイツ民法566条1項(売買は賃貸借を破らず)は、「賃貸借した住居(Wohnraum)が、賃借人への引渡(Überlassung)の後、賃貸人から第三者へ譲渡された場合には、取得者は、賃貸人の代わりに、その所有権の継続中、賃貸借関係から生じる権利と義務を行使できる」とし、契約関係の発生を法定した。所有権の移転に契約関係の移転を付随させるわが判例は、むしろスイス法の構成に近いと位置づけられる(たとえば、最判昭46・4・23民集25巻3号388頁。いわゆる状態債務 Zustandsobligation の構成である)。

(b) 日本法は、2017年改定によって、対抗要件を備えた賃貸不動産が譲渡

---

74) 周知のように、ギールケは、売買は賃貸借を破ることに反対した。Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889(1997), S.238. (Kauf bricht Miete und Kauf brichte Pacht).ただし、ギールケは、南ドイツ諸邦の反対から、民法制定の第2委員会には、入らなかった。一橋法学12巻2号16頁、注33参照。

第二草案512条では、売買は賃貸借は破らないこととなり、これは、1900年のドイツ民法典571条に受け継がれた(Kauf bricht nicht Miete.)。

ド民旧571条(不動産の譲渡)「取得者は、賃貸人に代わって、賃貸借関係から生じた権利を有し義務をおう」。なお、同条は、2002年賃貸借法改正で、移動され、566条、578条になった。

ドイツ民法草案批判では、メンガーも著名である。A.Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, 3.Aufl., 1904(1997), S.193ff.井上登・民法と無産者階級(1926年)279頁以下参照。なお、ders. Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1905. その批判は、おもに、健康上有害な劣悪住宅の賃貸に関する。

された場合に、従来の判例に従い、賃貸人の地位が譲渡人から譲受人に移転することを明示した(改正法605条の2第1項)。状態債務論の明文化である。また、実務の必要から、不動産の譲渡人と譲受人の合意によって、例外的に、賃貸人の地位を移転しないことを認めた(改正法605条の2第2項)。従来の裁判例の明文化でもある(最判昭49・3・19民集28巻2号325頁参照)。

また、対抗要件を備えていない賃貸不動産が譲渡された場合につき、従来の判例に従い、不動産の譲渡人と譲受人の合意によって、賃借人の承諾によらず、賃貸人たる地位を譲受人に移転することも認めた(改正法605条の3前段)。

そして、不動産の譲渡により、賃貸人たる地位を承継した不動産の譲受人が賃借人に対して対抗するための要件を定めた。すなわち、従来の判例に従い、譲渡にかかる所有権の移転の登記をしなければ、賃借人に対抗できない(改正法605条の2第3項、605条の3後段)。

さらに、不動産の譲渡により賃貸人の地位が移転した場合の費用償還債務や敷金返還債務についても、従来の判例に従い、譲受人に承継されるとする(改正法605条の2第4項、605条の3後段)。

旧法の下での判例によれば、不動産の賃借人は、対抗要件を備えると、不動産の占有を妨害する第三者に対して、妨害の停止の請求ができ、不動産を占有する第三者には返還の請求ができることから、これをも明文化した(605条の4)。

(5) 履行補助者の過失(*culpa in eligendo et instruendo*)にも、問題がある。

スイス債務法には、履行補助者の過失につき、2つの構成がある。

第1は、債務法55条(旧62条)1項にみられるものであり、これによれば、事業主は、労働者やその他の補助者(Hilfspersonen)が事業の遂行にさいして引き起こした損害についても責任をおわなければならない。ただし、この種の損害を避けるために状況により必要な注意をし、または注意が行われても損害が生じるべきことを証明したときは、この限りではない。事業主は、損害を引き起こした者に、その者がみずから損害賠償義務をおう限りで、求償できる(2項)。このような監督者には、選任や監督につき過失があったから責任をおうのであり、なお自己責任的な構成といえる。この構成には批判があったが、制

定史上、とくに改定はされなかった。法史的、比較法的な見地からすれば、この選任・監督上の責任(culpa in eligendo)は狭すぎる。

第2は、不履行の効果に関する債務法101条(旧115条)1項にみられるものであり、これによれば、債務の履行または債務関係による権利の行使を、家事使用人や被用者のような補助者(Hilfsperson)にさせた者は、補助者がその事業の行使のさいに生じさせた損害を当然に相手方に賠償する義務をおう。

通説によれば、不法行為法の55条は、選任上の過失(culpa in eligendo)であり、契約総論の101条は、他人の過失に対する直接の責任である。この区別は、BGBでは、831条と278条にもあり、また、ABGBでも、1916年の第3次改正以降、ドイツ法にならって、1315条と1313a条に類似の関係がみられる。しかし、かつてスイスの不法行為法の改正草案は、culpa in eligendoのモデルを存続させ、不法行為法と契約法の区別を廃して、むしろ契約責任にも拡大しようとしたのである。

自己責任主義の強いローマ法では、責任制限は、代行者(Substitution)の場合のみであった。すなわち、不適切な選択を理由とする責任を契約当事者の過失とするだけである(Gaius, D.19.2.25.7)。ローマ法は、運送契約において、目的物が運送前か運送中に滅失したときの法文であるが、運送人は、自分と被用者の過失につき責任をおうとする。しかし、善良な管理者の注意をしたときには責任がないとする。

代行者(Substitution)と補助者(Beizug von Gehilfen)の区別は、債務法399条とドイツ民法664条1項2文にもみられる。代行者を使う権限があれば、受任者は、選任の過失(culpa in eligendo)にのみ責任をおい、権限がなければ、履行補助者の責任から免責されない。同様の規定は、寄託にも設けられている<sup>75)</sup>。

ド民664条1項「受任者は、疑わしいときには、委任の遂行を第三者に任せることはできない。任せることが認められるときには、同人は、任せるさいに

---

75) こうした区別は、日本法とも共通する。狭義の履行補助者(手足)では、債務者は当然に責任をおうが、独立した代行者の場合には、その選任・監督にのみ責任をおう。その中間の場合は、やや曖昧である。Honsell, S.64ff.

おうべき過失にのみ責任をおう。補助者の過失については、278条によって責任をおう」。

ド民691条「受寄者は、疑わしいときには、寄託された物を第三者に寄託することはできない。第三者による寄託を許されるときには、寄託者は、この寄託のさいにおうべき過失にのみ責任をおう。補助者の過失については、278条によって責任をおう」。

選任・監督上の責任による責任の制限は、義務者（債務者、加害者）の責任軽減であり、権利者（債権者、被害者）の救済の拒絶である。形式的な個人責任主義によるべきではなく、義務者と権利者の間のリスク配分の観点が重要である。義務者と一体視できる者はすべて義務者の負担範囲に属し（家族や手足となる狭義の履行補助者）、広い独立性を有し、その使用が権利者をも直接利用する者のみ（たとえば、他の債務者も使用するであろうような履行の代行者。たとえば、独立した運送業者）、選任・監督上の責任制限をうけることができる。こうした二種類を使い分ける点では、スイス法は日本法とも共通している。

(6) 日本の民法420条1項後段は、損害賠償額の予定が裁判上変更できないものとする。しかし、同条に対する批判は、古くからのものである。ドイツ民法343条は、これを修正し、また、スイス法も同様とした（1911年）。すなわち、スイス債務法163条1項は、契約罰（損害賠償額の予定）の合意を自由とするが、同2項は、違法、反良俗的な契約に付加されたり、債務者の帰責事由なく不能になった場合には請求できないとし、同3項は、裁判官による裁量的な引下げを定めている。1881年の旧法182条の時からすでに裁判官による引下げを定めていた。旧182条「契約罰は、当事者が任意の額で定めることができる。ただし、裁判官は、過剰な契約罰を裁量によって引き下げることができる」。

フランス民法1152条は、もともと損害賠償額の予定が増減できないものとしており、日本法もこれにならっている（420条1項後段）。しかし、フランス法は、すでに1975年の改正によって（L.n° 75-597 du 9 Juill.1975; L.n° 85-1097 du 11.oct.1985）、裁判官が職権によってする改定が可能なものとした（同条2

項の追加。過怠約款に関する1231条も修正)。また、修正可能性は強行法規とされる<sup>76)</sup>。日本法でも、90条による制限はありうるし、また早くから、公序良俗(90条)を用いて、裁判官による修正を述べる見解が有力であった<sup>77)</sup>。そこで、2017年改定法では、420条1項後段を削除した(改正法420条1項)。

(7) 物の滅失の場合の解除(Wandlung)にも問題がある。

(a) ローマ法の適用領域が、過大に一般化された例として、債務法207条がある(旧254条)。「瑕疵担保解除は、物がその瑕疵または偶然によって滅失したときにもできる」。すなわち、同条では、瑕疵のある物の売買契約で、物が瑕疵によらずに偶然に滅失したときでも、解除できるのである。

たとえば、中古車の売買で、車が引渡された後、買主の下で類焼のため滅失した場合である。ローマ法の原則(mortuus redhibetur、死亡した奴隷は返還される)によれば、買主は、解除して代金を返還請求できる。すなわち、解除による危険の転嫁である。

債務法207条と、ドイツ民法350条、346条3項によれば、この特別な場合が一般化され、目的物に解除の原因がないのに、滅失にもかかわらず解除が一般化されている。返還は不能であるから、買主は、物の返還を免れながら、代金の返還を請求できる。しかも、ドイツ民法の新346条3項1文3は、買主による過失ある毀損の場合にまで、これを認めている。ABGB 932条も同様である。

---

76) L.n° 85-1097 du 11.oct.1985; L.n° 75-597 du juill.1975.

合意において、履行をしない者が損害賠償として特定額を支払うことを定めた場合には、相手方は、より多くの額も少ない額も(給付をうけることを)認められない。

しかし、裁判官は、その職権によって、それが過大または過少な場合には、合意した損害を増額または減額できる。

反対の約定は、書かれないものとみなす。

77) 早くに我妻栄・民法講義IV(1964年)132頁は、420条につき「契約自由の原則を過重するもの」とし、公序良俗による制限を述べる。なお、小野・利息制限の理論(2010年)。スイス法の議論については、Bühler, Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, ② S.143; Riemer, Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln, ② S.443.

後発的な滅失を考えれば、瑕疵がない場合でも、物は買主の下で消滅したはずである。解除は、瑕疵が滅失の原因であるとき（その他重大な瑕疵）に限定される必要がある。フランス民法 1647 条とイタリア民法 1488 条はこれによっており、偶然の危険は、買主が負担するのである<sup>78)</sup>。

(b) 日本法では、解除権の消滅について、旧548 条1 項は、解除権者が「自己の行為」または「過失」により目的物をいちじるしく損傷したときに、解除権が消滅するとしたが、2017年改定法は、解除権者が予測に反して解除権を失うことがないように、損傷の時に、解除権を有することを知らなかったときに、解除権は消滅しないとした（同条但書）。

また、解釈に従って、解除権消滅の要件を「自己の行為」から「故意」に改めた。

旧548 条2 項では、契約の目的物が解除権を有する者の行為または過失によらずに滅失または損傷としたときには、解除権は滅失しないとされたが、改正法は、これを削除した。当然であるからである。(a) の場合と同様である。しかし、その場合でも、解除によって危険の転嫁が肯定されるわけではなく、双務性の観点からは、原状回復義務が発生する。

(8) スイス法でも、担保責任は、ローマ法と同じく、法定責任であり、瑕疵担保解除 (Wandelung) は、一般の解除 (Rücktritt, SOR 107 条, ABGB 918条) とは区別される (SOR 205 条, ABGB 932条)。この点は、ドイツの旧法 (1900 年のオリジナル法) と同じである。

---

78) 小野・給付障害と危険の法理 (1996年) 97頁、230 頁、および「給付障害の体系」一橋法学4 巻3 号1 頁、とくに50頁。危険負担に関する論文は多いが、とくにスイス債務法に関しては、Egli, Gefahrtragung beim Kauf, 1926, § 2; vgl. Honsell, S.61ff.

この場合に、解除権消滅とは別の方法として、解除権が存続しても、買主に価額償還を義務づける構成もある。買主が瑕疵によりほとんど利益をえない場合には、価額償還はごく名目的なものとなるが、実質的に利益をえている場合には、解除による転嫁は生じない (代金と相殺)。

他方、ドイツの旧法（1900年法の旧 325条 1項 1文）とは異なり、オーストリアの契約の解除は、過失ある不履行による損害の賠償の権利を害さない（ABGB 921条）。つまり、解除と損害賠償の両立を認めているのである。早くに、1916年の一部改正によって認められた。ドイツ法では、ようやく2001年（2002年施行）の現代化法によって、両立が認められた（BGB 325 条、旧 325 条 1項1 文では、損害賠償と解除の選択的行使のみ）。

そこで、現在、この選択的行使の形式を残すのは、スイス債務法107 条2 項だけであるが、学説はこれに反対し、判例もこれを修正している<sup>79)</sup>。現代化法前のドイツの解釈と同じである。ちなみに、1888年の旧債務法では、旧110 条は損害賠償請求権を、また旧122 条は解除権を別個に規定していたので、こうした選択的行使の制限はなく、現在の制限は、1911年法が1900年のドイツ法をモデルとしたことによる<sup>80)</sup>。ドイツ法の影響が誤った方向を導いた部分である。

日本法は、当初から、損害賠償と解除の両立を肯定しているから、この点に関しては、スイス法は参考とならない。

(9) 消費貸借の諾成化は、早くに実現されている。

消費貸借が要物契約とされたのは、ローマ法以来の伝統や立法時の立法例にもとづくものである。フランス法（1892条）はこれに従い、1900年のドイツ民法（旧607 条）も同様とした。しかし、消費貸借を諾成契約とするか、要物契約とするかは、ドイツ民法典の制定時（1900年）にあたっても、問題がなかったわけではなく、鋭い見解の対立の結果、要物主義が採用されたのである（第1 草案453 条、第2 草案547 条。Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum

---

79) Bucher, S.281, S.374.

80) これにつき、拙稿「ドイツの2001年債務法現代化法」（前注62）202 頁。スイス法については、Vgl. Hafner, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 1896, S.37, S.44; Honsell, aa.O., ZSR 130 (2011) II, S.114.なお、旧ドイツ法の解釈でも、種々の場合に、解除のさいにも、損害賠償を實際上肯定する構成は存在した（たとえば、通常の小さな損害賠償の代わりに、大きな損害賠償を肯定する例である）。

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.II, 1899, S.169)。これに  
 対し、1911年のスイス債務法(312条、1881年法329条も同じ)と、ドイツ民法  
 の2002年の債務法現代化法は、消費貸借を諾成契約とした(488条)<sup>81)</sup>。  
 日本では、587条の要物的な消費貸借契約のほかに、無名契約としての諾成的  
 な消費貸借契約がありうるとの解釈が有効である。また、日本の2017年改定法  
 は、587条の要物的な消費貸借契約のほかに、587条の2において、書面です  
 る消費貸借契約を定めた。書面といっても、内容が法定されるわけではないの  
 で(名ばかりの方式)、限りなく諾成性に傾いたと位置づけられる。

(10) 保護義務・安全配慮義務の考え方の提唱については、ドイツ民法典第一  
 草案批判におけるギールケの見解が著名である。そして、ドイツにおいては、  
 その民法典618条(Pflicht zu Schutzmaßnahmen)が、明文をもって使用者に  
 労働者の生命と健康を保護する義務を課した。しかし、立法化の例としては、  
 スイス債務法典旧339条(=現328条)がもっとも早く、ギールケも旧法を参  
 照している<sup>82)</sup>。

もっとも、ドイツでは、それが狭義の雇用関係に限定されずに、広く信義則  
 上の義務として肯定されたこと、さらに不法行為法上の救済に制限があること  
 から(使用者責任で使用者の責任が限定されていること、および時効制限)、  
 広く契約責任によって被害者の救済を図ることが行われ、スイス以上に意味を  
 もった。

スイスにおいて、早くに保護義務的な観点が生じたのは、沿革的には、ゲル  
 マン法的な信義義務の体系の影響によるものとされる。すなわち、レーン法は、  
 主君に対する包括的な誠実義務を定め、その中には、不完全履行、不作為義務

---

81) 立法例は分かれる。ABGB 987条は諾成契約とし、フランス民法は、引渡(livre)  
 により、旧民法(財産取得178条)は、所有権の移転による。ポアソナード草案873  
 条も同様であるが、フランス法とは異なる。ただし、返還義務が生じるには、借主  
 の受領が必要とする。Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, t.3,  
 1888(1983), p.780(No.642)。なお、873条、1481頁をも参照。

82) Gierke, a.a.O.(前注70)), S.247f.スイスOR 341条2項を例とする(Fürsorgepflicht)。

違反、保管義務違反、告知義務違反などの多様な違背類型が包含されていたからである (Halten-sollen)<sup>83)</sup>。近代法は、債務の単純化の過程で、主たる義務以外の義務を捨象した。その典型がドイツ民法であるが、これと異なり、パンデクテン法学による、多様な債務の整理のさいに切り捨てられなかったのは、スイス法の小市民的性格の反映である。この多様性の考え方が、債権者・債務者間の義務に転用されたのである。スイス法の歴史的な意義は大きい。

日本でも、判例・学説上、保護義務・安全配慮義務の考え方は確立しているが、2017年改正法には、明文規定は、おかれなかった。

(1) 委任の解除は、ローマ法的である。

ローマ法の原理を過大に一般化した例として、ほかに、有償委任の解除 (告知) に関する404条 (旧402条) がある。「(1)委任は、いずれの当事者からも、いつでも撤回または告知できる。

(2)(a) 解除が不適切な時に行われたときには、解除者は、相手方に生じた損害を賠償する義務をおう」。

すなわち、重大な事由なしに、また期間の制限なしに、いつでも、いずれの当事者も解除できる。ローマ法では、委任は、つねに無償であった。ドイツでは現在もそうである (662条)。有償の事務委任は、事務処理 (Geschäftsbesorgung) といわれる (676条)。受任者は、無償委任をいつでも告知できる。委任者も、いつでも告知できる。これに対し、有償委任はそうではない。そこでは、契約は守られるべし (pacta sunt servanda) との原則が適用され、また、受任者の報酬に対する利益もある。

しかし、判例は、無償委任の解除可能性の規定を強行的なものとする。すなわち、委任が特別の信頼関係によっていることから、いつでも解除可能なことが必要として説明する (BGE 115 II, S.464)。しかし、学説は、この前提は広すぎ、契約の拘束力、受任者の利益が考慮されなければならないとし、告知に

---

83) 拙稿「債務消滅原因論」日本民法学史(続編、2015年、平井一雄・清水元編) 337頁、344頁。ミッター・ドイツ私法概説(世良晃志郎・広中俊雄訳・1961年) 280頁、ブロック・封建社会1(新村猛ほか訳 1973年) 132頁、146頁、197頁。

は、重大な事由が必要となるとする<sup>84)</sup>。解除可能性の過度の強調には、日本と同じく疑念が提示されている。

(b) 日本の2017年改定法では、委任の任意解除は、そのままであるが(651条1項)、委任者が受任者の利益をも目的とする委任を解除した場合にも、委任の解除にさいして損害賠償をしなければならない。従来判例に従って、損害賠償をする場合を追加したものである(同条2項)。

(2) 債務法 64 条による利得の消滅の抗弁も広い。

債務法64条(旧73条)は、利得の消滅に関する規定である。「受領者が返還の時にもはや利得していないと証明できる限度で返還を請求することはできない。ただし、利得を譲渡しこれにつき悪意の場合、または還付をえられるときは、この限りでない」。

この規定は、ドイツ民法典818条3項、日本民法713条に相当する。利得の消滅は、不当利得法の誤った一般化である。もともとは、ローマ法に由来し(In id quod locupletior factus est)、ローマ法では、未成年者や贈与など特定の場合に関する法理であり、それらには、それぞれ受領者を保護すべき理由があり、返還すべき利得が現存利益に制限されたのである(日本法でも、121条の2第2項、3項など)。そこで、これを一般化することは、双務契約の清算には適しない<sup>85)</sup>。双務契約では、契約の当事者は、たがいに請求し、かつ返還する関係にあるから、その一方(金銭給付)のみが軽減されることは、アンバランスな返還となる。物給付には、基本的に、利得の軽減がないからである。

近時の類型論のもとでは、利得の消滅は、給付利得には適用されず、侵害利得でもその一部に限定されるべきものである。日本法でも、704条と703条の位置づけ、前者の原則性の問題となっている(古い学説では、703条の原則性が肯定されている)。2017年改正では、一般不当利得法の変更はないものの、

---

84) Honsell, S.61ff. こうした論争は、日本法にも通じる。すなわち、有償委任の告知制限や、無理由の告知に対する賠償義務である。

85) Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Fests.f.Niedermeyer, 1953, S.103ff.; Honsell, S.66ff.

無効な行為に基づく給付の返還について原状回復義務が規定された(121条の2第1項)。

(13) 債務法66条における利得の禁止は、沿革上規定が十分ではない。

(a) 債務法66条(旧75条)には、「違法または良俗に反する結果を生じる意図で与えられたものは、返還請求できない」とする。日本法のような不法原因給付についての但書はおかれていない。

返還請求の排除(*condictio ob turpem causam*)は、ドイツ民法817条その他諸国に例があり、その起原は、2つある。第1は、利得の禁止である。ここでは、結果によらず、利得してはならない場合である。たとえば、犯罪をさそう目的の金銭の貸付(*Gaunerhohn*)や支払である。人を殺したら一定の金額を支払という契約もこれにあたる。第2は、結果が生じたことによる不当利得(*regelwidrige Kondiktion*)である。たとえば、奴隷労働である。行為は禁止されているが、行われた場合には、返還請求できる。これは、違法性の主体や違法の相関関係から返還が肯定されるが、類型論的には、契約関係の不当利得ではなく、所有関係の不当利得に近い。奴隷労働は契約としてではなく、他人の権利の一方的な侵害とみるべきだからである。

ムンツィンガーの1871年草案には、以下の2条があり、やや異なる表現で2つの場合を包含していた。

114条「人(B)が、名誉ならざる良俗に反する原因から将来の結果のために何かを受領したときには、与えた者(A)は返還請求権を有する。期待された結果が生じたかどうかを問わない」。結果が生じても、返還請求が認められる場合であり、受領者の悪性が高い場合である。あるいは、受領者の一方的な侵害とみなしうる場合である。これは、上の第2の場合にあたる。

これに対し、単純な不法原因給付に当たる場合には、返還請求権は失われる。

115条「与えた者も受領した者も、名誉ならざることまたは良俗に反することに責任がある場合には、与えた者は返還請求権を有しない」。

ムンツィンガーによれば、たとえば、行為が行われなくても犯罪行為をするために金銭を支払った者は、目的不到達による不当利得(*condictio causa data*

causa non secuta) によって返還請求することはできない。そうしなければ、不法行為の誘引となるからである。A が、B に金銭を支払い、C を脅迫させる場合に、B が犯罪行為をしなかったとしても、A がB に支払った金銭の返還は認められない<sup>86)</sup>。

スイス債務法の審議において、起草委員会は、condictio ob turpem causam の制限（返還請求可能な場合）を削除し、利得の禁止（Ausschluss der Rückforderung）のみを残した。そうすると、たとえば、ブラック労働（Schwarzarbeit）や暴利の貸借行為は、違法であり、不当利得の禁止に包含される。行為は、20条で違法である。不当利得の禁止から、かえって不当な結果が生じる場合がある（不当利得者の受益の保持）。そこで、貸借の制限に反して信用を与えた場合に、66条を理由に信用の返還を否定した判例もある。しかし、ローマ法のように、66条は、返還の制限は盗賊の貸借（Gaurerlohn, ヤミ金などである）に限定される必要があり、それと同じ趣旨で、ドイツの判例は、817条2文では、刑罰規範（Strafnorm）を要件としている<sup>87)</sup>。

ド民817条「受領者が受領することによって法律上の禁止または良俗に反するような方法で、給付の目的が定められたときには、受領者は、返還する義務をおう。給付者に同様にこのような違反の責任があるときには、返還請求は排除される。ただし、給付が義務の負担にある場合は、この限りでない。このような義務の履行のために給付した物は返還請求できない」。

たとえば、人をたこ部屋にいて労役させた場合に、食事を与えても、その代金の返還の必要はない。これは、侵害利得を取得するための費用にすぎないからである。盗んだニワトリに餌を与えた場合と同じである。ただし、人には人格があるから、労務させられた者からの労務の不当利得返還請求は可能である。

(b) 根本的な問題は、スイス法の不法原因給付が、類型論的な考察をしていないことである。不当利得の類型論は徹底していない。これは、日本法にも共通する問題である。日本法では、結果の不当性は帰責の比較という技術で回

---

86) Honsell, S.65ff.

87) von Tuhr, Allgemeiner Teil des OR, I, 1924, S.381.

避されている。人を殺したら一定の金額を支払うという契約により、金銭が交付されたという不法原因の例（返還請求の禁止）は、給付利得にかかわる不法原因給付にのみあてはまる。不法原因給付にも、契約の清算としての不当利得と所有侵害による不当利得との類型論的な相違があるから、上の説明は、前者の契約の清算の場合にのみあてはまる。後者の侵害の場合、上のドイツ法の例のように、他人を不法監禁している間に、食事を給した場合は、所有関係の不当利得となる。他人のニワトリを奪って、餌を与えた場合、あるいは芸娼妓契約で、自由を奪った芸妓に食物や衣装を給した場合も同様である。所有権（人格権）侵害の場合については、契約の全部無効の効果からも、不法原因給付（請求不可）を否定することはできない（大審院では、一部無効）。

詐欺者が詐欺による契約を介して他人の財物を騙取するさいに、欺罔の手段に供した給付物についても、後者と同じとなるとするのが、近時の裁判例でもある。たとえば、投資詐欺において、分配金を支払った場合である（以下(c)参照）。

両者の相違は、後者の所有関係の侵害の類型では、給付者の主体性において公序良俗の成立を考えるのに対し、前者の契約の清算の場合では、給付者と受領者の関与を考える必要があり、効果の面でも、後者の所有関係の場合では、給付者にだけ不法性があり、受領者には、積極的な不法を形成しえない。給付者の所有者としての保護は否定され、受領者の利得は不当とされない。しかし、前者の契約の場合には、給付の受領が受領者にも積極的な不法を形成する可能性がある（たとえば、受領者が密輸をもちかけた場合）。そこで、708条但書は、もっぱら契約関係に関する前者でのみ、意義をもっている。やみ金のような高金利の貸借は、形式は契約でも、実質的には所有関係の侵害にすぎない。支払った元金の返還も請求しえない（以下(c)参照）。

(c) 日本でも、搾取された暴利は、708条但書で救済される。これは、所有関係の侵害による利得であるから、救済されるのである。不法原因給付は、返還請求者に対しては、給付利得の外観を呈するが（給付利得の例外）、被請求者・被害者にとっては、侵害利得にすぎず、搾取された利得は、彼自身に帰属するべきものにすぎない。

Xが、高利のヤミ金に元本を弁済し、不法行為で損害賠償請求した場合には、損益相殺できるかが問題となり、708条の趣旨に従うと、許されないことになる。最判平20・6・10民集62巻6号1488頁は、この旨を認め「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法708条の趣旨に反するものとして許されないもの」とし、「著しく高利の貸付けという形をとってXらから元利金等の名目で違法に金員を取得し、多大の利益を得るという反倫理的行為に該当する不法行為の手段として、本件各店舗からXらに対して貸付けとしての金員が交付されたというのであるから、上記の金員の交付によってXらが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきであり、同利益を損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象としてXらの損害額から控除することは許されない」とした。これを、不当利得として構成をする場合には、Yが交付した元本の返還の制限が問題となる。

同様に、Yが、投資資金としてXから金員を詐取したのに対し、Xが不法行為にもとづき損害賠償請求した場合にも、Yが交付した金員を損益相殺できるかが問題となり、708条の趣旨に反し許されない（最判平20・6・24判時2014号68頁）。これも、Xが詐取された金員を不当利得として返還請求した場合には、Yが交付した金員の返還の制限が問題となる。

かつてのカセイソーダ密輸事件の最判昭29・8・31民集8巻8号1557頁も、侵害利得に近い。Yが、Xに、カセイソーダ密輸をもちかけ、15万円の出資を求めた。Xが契約を解消するというのに、Yが、強いて15万円の貸与を求めた事件である。Xは金員を貸したが、のちに返還請求。形式的には、原審のいうように、不法原因給付でもあろう。しかし、最高裁は、これを破毀差戻した。Yは、実際には密輸などをする気はなく遊蕩に消費した。つまり、ただの詐欺だったわけである。

(d) 侵害利得の事例は、Yの悪質性が高く、所有関係の侵害ととらえられ

る場合である。これに対し、次の例は、受益者にも意思的関与が認められ、契約関係的な場合である。こうした事例について、古くに、最判昭29・8・31民集8巻8号1557頁は、不法原因給付の返還の制限について、給付者と受益者の不法性の比較という観点を述べた。

最判平26・10・28民集68巻8号1325頁は、Aがねずみ講で金を集めるにさいし、Yに2000万円を配当した後に破産し、破産管財人Xが不当利得として返還請求した場合に、受益者であるYが返還を拒否することは信義則上許されないとした。平20年判決との相違が問題たりうるが、形式的には、ねずみ講からの請求ではなく、管財人からの請求で、破産債権者への公平な清算が強調されていること（ねずみ講Aのする返還請求はだめでも、共同の担保の確保を目的とする管財人の請求は可能という観点）、および投資詐欺の場合と異なり、ねずみ講の上位者には、自分も詐欺者であるとの特性があるとの属人的な問題がある。すなわち、単純な侵害利得ではなく、給付利得との中間的な性質がある。法技術的には、不法原因給付に関する但書ではなく、信義則によっている。これは、平20年判決との相違から方法を代えたのであろう。信義則の方が、不法原因給付よりも属人的な判断に親しみやすく、過責以外の要素も考慮しうる。かつ、効果論上も、一部請求や拒絶も認めやすいとの相違がありそうである。侵害利得は、平20判決で708条但書により、給付利得は、平26判決で信義則としている。しかし、708条但書が過責の衡量の道具とするならば、これは、給付利得にこそ適切ともいえる。日本の判例は、適用条文が逆転している。侵害利得と給付利得の線引きは微妙な問題となるが、平26年判決は、こうした相違を反映したものとみることができる。

正当な行為に対して対価を払うことでも、それがかえって不当な行為を助長するときには、不当となる場合がある。たとえば、不当訴訟者Aのかつての共謀者Bとの間で真実の証言に対して対価を支払う旨の約定をし、それにもとづいてCが弁済金を提供したときには、不当訴訟者Aに対して不法行為に基づく損害として、その賠償を求めることができない（最判昭45・4・21判時593号32頁）。これは、給付にもとづく類型と考えられる。そこで、同種の事件といえる、娘との私通関係をやめることを条件にYに、Xが金銭を与えた事

件で、返還は制限されてしかるべきであるが、判例は、不法性が受益者にあるとして、返還請求を認めた。たんなる侵害利得の場合とは異なり、受益の態様によっては、返還請求が可能になる場合である。

(e) スイスの2020年の改正試案では、契約の清算の関係は、一元的に清算(Liquidation)とされている。給付利得の一般化といえる。たとえば、撤回(18条1項)、方式または内容の瑕疵による無効(37条)、45条(意思の瑕疵による無効のその他の効果)、解除(116条4項)、契約破棄(134条)、解除条件の成就の効果(210条2項)などである(ほかに、213条2項、216条)。そこで、不当利得の返還では、清算による規定が留保され(64条2項)、79条以下によって返還が行われる。すなわち、基本的に、原状での返還(Rückertattung in natura)と、それが不能な場合の価額返還である(81条)。価額の算定期間や使用利益の償還、付利息、支出の償還などの規定も整備される予定であった(83条、84条)。

日本の2017年改正法では、不当利得の本体と解除の効果には変更がないが(703条以下、545条1項)、民法総則に無効の効果として、原状回復義務が規定された(121条の2第1項)。いうまでもなく、解除の間接効果説、あるいは不当利得の類型論の明文化である。給付利得の場合には、従来の703条を原則とする侵害利得の方式が排除されるのである。

(14) かねて旧債務法(111条)は、作為の債務において、現実的履行の可能性を否定していた。「すべての作為の債務は、債務者の不履行の場合に、損害賠償の債務に転換する」。これは、なす債務において、損害賠償義務のみを認めたフランス民法典1142条に従ったものであった<sup>88)</sup>。しかし、フランス法と同様に、スイスでも、こうした現実的履行の可能性を明示しないことには否定的な意見が多い。

---

88) Hafner, SOR, S.38f.なお、フランス法でも、判例法上、astreinteの制度が形成され、実質的に現実的な履行が可能となっている(おもに日々の過料を課す方法によっており、その額は損害額に限定されない)。イギリス法との関係について、早くに Lawson, Remedies of English Law, 1972, p.244.

現行の債務法98条1項は、債務者の作為債務において、債権者は、損害賠償の請求権とともに、債務者の費用で給付の執行をする権利（代替執行）を有する。さらに、解釈上、第三者による代替執行のみならず、給付の現実的履行（Realexekution）の請求も可能とされている<sup>89)</sup>。不作為の債務をおっている場合には、その違反のみで、損害賠償の義務を負担する（同条2項）、さらに、債権者は、違法な状態の差止と、債務者の費用による除去を請求できるのである。

日本法では、旧414条の時から、現実的履行の強制が可能であった。起草者の穂積陳重は、同条を実体法規定と位置づけていたが（ド民241条1項相当）、その後の解釈では、これを訴訟法的な規定とし、2017年の改正法は、民事執行法等に内容を委ねることとした。したがって、実定法的な規定は、414条2項に限られる。

### 3 判例による債務法の発展

(1) EU指令は、いわば外圧による法改正の契機となっているが、内在的な必要にもとづく法改正も考える必要がある。とりわけ、判例による法形成は、もともと自然な法の改定の契機である。これに対し、EU指令などによる変更は、成文化によって、生きた法の進展は中断され、不連続の原因ともなる<sup>90)</sup>。

---

89) BGE 114 II 329; 128 III 416; Schmid und Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (beg.v.Gauch und Schluemp), Bd.II, 2014, S.84 (Rdn. 2007); Bucher, S.283.また、フランス法のアストラントの制度とイギリス法の Specific performanceの比較やローマ法の発展に関して、Lawson, aa.O.(前注88), pp.205.

90) Bucher, aa.O. S.373ff. は、債務法の改定必要事項のリストをあげるにあたり、1911年の改定が、旧債務法を改悪した点をあげる中で、法の発展が妨げられたとしている。たとえば、119条は、給付の不能にさいして、債権が消滅し（1項）、双務契約では、受領した反対給付を不当利得法により返還することを定めた（2項）。しかし、給付の軽減の余地のある不当利得法よりも、旧法のように受領した物の返還を義務づける方がベターであるとする（清算や原状回復の考慮）。今日的には、これは、不当利得法で、類型論をとることによって回避されるべき問題である。また、不当利得の消滅時効が1年である点も短すぎ、旧法がベターとする（67条）。

19世紀初頭の法典編纂も、理性による法の積極的な改良を旨としたものであったが、理性法による法典編纂でも、実際には、フランス古法（アンシャン・レジウム下の学説、たとえば、ポティエ）の明文化という性質も大きかったのである。日本の江戸時代の公事方御定書やアメリカのリステイトメントの作業は、もっと消極的な性質の編纂事業であり、複雑化した判例法を見通しよくしたものである。立法による単純化であり、消極的な法改正ともいえる<sup>91)</sup>。

ドイツでは、2002年の債務法現代化法が、多くの判例法をBGBに立法化した。義務違反概念の採用や社会的接触論、行為基礎論などの採用である（ド民280条、324条、311条、313条）。

改定が有機体的な法の発展を終わらせると、新たな出発点となる。包括的な法典は、法の永続性を前提としているから、それ自体には法の欠缺を示唆する条文をおかないことが多い。法は、自然法的な法典であれば、書かれた理性を、歴史法学の法典であれば、歴史の産物を意味するからである。これと対照的なのが、すでにみたスイス民法1条2項であり、同条項は、法の発展に資する規

---

91) 立法の段階としては、第1に、判例法の整理、第2に、複雑化した判例法の単純化である。第3には、文字どおり改定である。判例が、社会の必要性に適合していくことに成功する限りは、積極的な修正の必要性は乏しい。しかし、裁判所が法の発展に遅れる場合には、立法者の主体的な関与が必要となる。

その見極めはむずかしく、立法担当者が自分の独自の解釈を盛り込もうとすることや、業界の利益のために、確立した判例を訂正するようなこと（たとえば、貸金業法旧43条の導入）は排されるべきである。個々の国会は、フリーハンドの自由な裁量権を有するわけではなく、憲法規範や三権分立を尊重しなければならない。国家意思の継続のためには、時々議席に影響される国会の恣意までが許されるわけではないからである。法の解釈も同様で、恣意を許すわけではなく、憲法規範に即したことが必要である。ナチスの恣意解釈に対し、ケルゼンが純粹法学を主張した実践的な意義を想起する必要がある。アジアには、法を支配の道具とだけみる傾向があり、わがくにの一部にもみられる。それが、機械的な自由法論や利益衡量論と結びつくことは危険である。法治国家の概念は、たんに支配が法律によればたりるというわけではなく、その法律にも、「法」の支配があるのである。ケルゼンについては、独法109号29頁、106頁以下参照。

定を有している。この著名な規定によれば、「法律が規定をおいてないときには、裁判所は、慣習法により、それも欠けているときには、立法者が立法するであろうようなルールにより判断する」のである（前述II 2）。解釈の中に立法的な契機のあることを正面から肯定したものである。民衆性を重視するスイス法の性質を反映している。しかし、裁判と法律とは異なり、法律は、文言または解釈上、規定に含まれるすべての法律問題に適用されるのである（1条2項）<sup>92)</sup>。

(2)(a) スイス債務法の規定によれば、不法行為法の要件は、比較的広い。故意または過失による違法な損害の惹起（41条1項）および良俗に反する故意による損害の惹起（同条2項）である（前述II 1参照）。判例によって責任の拡大が行われても、被害者の救済が拡大する限りでは、立法的な動向に反することはない。しかし、すべて人は、その損害をみずから負担しなければならないことが、責任法の基礎である（*casus sentit dominus*, 所有者主義）。

また、責任の範囲を確定する差額説は、F.モムゼン以来の伝統であり、学説によっても肯定されている<sup>93)</sup>。責任法の適用によって、どこまで責任を他人に転嫁できるかが問題である。私的自治や行動の自由も重要な意味をもっている。責任の加重や立証責任の転換、無過失責任は、新たな概念である。また、賠償されるべき損害は、実体的損害（*Materieller Schaden*）であり、無形の、精神的損害は、原則として賠償されない。ドイツ民法253条1項と同じである。すなわち、財産的損害以外の金銭的賠償は、原則として法律に明文を必要とする。

---

92) ドイツ法は、立法者の意思による法発見により慎重である。Vgl. Dunz, Das „Schweigendes Gesetzgebers“ und die Rechtsfindung, NJW 1958, 6. 筆者は、Stuttgartの高裁判事である。もっとも、かつて行為基礎論の展開には、積極的であり、その成果は、債務法現代化法にも採用された（ド民313条）。スイス法は、もっと慎重である。Merz, Die Revision der Verträge durch den Richter, ZSR 6 (1942), S.393a. また、Deschenaux, La revision des contrat par le juge, Rapport présenté à Société suisse des juristes, ZSR 6 (1943), p.509aは、契約を改定する *imprevision*の基礎は、契約当事者の意思ではなく、*bonne foi*にあるものとする。p.634a.

93) Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S.3; Gauch und Schlupe, a.a.O., S.147 (2849).

なお、同2項では、身体、健康、自由や性的自己決定に対する侵害は、財産的損害がなくても、金銭賠償の対象となる<sup>94)</sup>。

41条「他人に対し、違法な損害を加えた者は、故意によると、過失によるとを問わず、その者に対する損害賠償の義務をおう。

他人に対し、良俗に反する方法により故意により損害を加えた者は、同様に損害賠償の義務をおう」。

不法行為に関する債務法 41 条のモデルは、フランス民法典 1382 条の一般規定であるが、現在では、債務法の規定は、通説によって、アクイリア・システムと保護の制限の意味で、絶対的法益に限るものと解釈されている。これは、基本的には、第1次の財産損害への限定を意味し、第三者の財産損害（間接損害）が保護法規から除外され、故意の場合にだけ賠償されることを意味している（41条2項）。もっとも、この「故意のドグマ」は、継続的に緩められ、過失責任によって押し退けられているが、その射程は、なお不確定である<sup>95)</sup>。

(b) 故意ドグマからの逸脱の例は、パウリアーナ不法行為（288 条 SchKG）にもみられる。BGE 134 III, S.452は、後の破産債務者による、満期の消費貸借の契約に従った弁済でも、Absichtanfechtung（故意取消）を認めた。なぜなら（危機時の支払では）他の債権者の損害の引受は、支払の結果たること、および、債務者が他の債権者へのひいきを目的とすることは必要でないからである。

故意ドグマの拡大の例は、債務法 28 条による、詐欺の（故意）取消の場合にもあり、通説によって、信義則に従って、たんなる黙示も Arglistとなりうるものが肯定されている。本質的錯誤の効果は、契約の無効である（23条、Unverbindlich）。この点については、あまり立ち入らない。

28条「契約締結者が、他人への意図的な詐欺によって、契約締結を誘導したときには、引き起こされた錯誤が本質的でないときでも、契約は、その他人に

---

94) Gauch und Schluep, a.a.O.(前注20), S.147.

95) この偶発的な故意と重過失の区別の基準は、なお不明確である。故意と過失は、法倫理的、心理学的には、必ずしも比較可能ではないからである。

対しては拘束力をもたない。

第三者によってされた意図的な詐欺は、契約締結時の他の当事者が先を知り、または知りうべきときにのみ、被欺罔者を拘束しない。

(c) 医師の責任に関する事例では、スイスの連邦裁判所は、おおむねドイツの判例と同じ結果を承認している。すべての医療的な侵襲は、つまり医師の行為はすべて、法的に、違法な身体毀損としての性質を有するから、同意によってのみ正当化される。そこで、責任と刑罰可能性は、例外的にのみ消滅する。この結果、医師の責任は、かなり重大な範囲まで拡大する可能性がある(なお、ドイツ民法は、2014年に、医療契約に関する改正を行った。630a条以下、Behandlungsvertrag. 小野・国際商事法務42巻11号1679頁参照)。

(3) 債務法の責任概念の拡大は、責任範囲の算定の場合にもみられる。債務法43条は、裁判官は、損害賠償を、自由な裁量により、事情により、また過失の大きさによって定める債権とするが、上述のように、通説によれば、これはモムゼンの差額説から出発している。賠償されるべき全損害が探求できるとの算定形式によっている。このテーゼは、数学的なフィクションを基礎としており、積極的な理由は乏しい。なぜなら、損害賠償は、算定されるだけのものではなく、意味のある帰責を探求することに意味があるからである。これが、規範的損害の核心であり、差額概念からの逸脱がドイツで発展した理由であり(たとえば、Stoll)、スイスでも受容されている。抽象的な損害に対する賠償のみが問題なのではない。そこで、通説によれば、財産上の差額がないときでも、賠償されうる。たとえば、いわゆる家事侵害である。主婦の傷害や死亡のさいに、家族は、彼女が何らの家事をしてないときでも賠償をうける(Haushaltshilfe)。規範的損害とみる見解や、労働力の抽象的な侵害を損害とする見解がある<sup>96)</sup>。

---

96) 規範的損害では、シュトル(Hans Stoll, 1926.8.4-2012.11.8)の見解が著名である(国際商事法務42巻4号608頁、【法学上の発見】518頁参照)。しかし、これについては、利得の禁止に反しているとの批判もある。何らの利益も侵害されないときには、賠

(4) スイス法は、フランス不法行為法の影響をうけたことから、不法行為成立のための一般的な要件は広い。しかし、不法行為は決して無制限なものではない。ここでは、逆にドイツ法の影響から、制限賠償主義への回帰がある。

この点は、わが法も同じであり、一般には、人格権侵害や純粹経済損害は、沿革上当然には賠償されないし、間接損害、債権侵害には、特別の故意加重要件がある。ときには、強度の違法性を求めることもある。この要件は、現在もあるし、「権利」侵害は、2004年の民法口語化前のもとの条文にあった制限でもある(709条)。権利侵害の要件について、著名な雲右衛門浪曲レコード事件=大判大3・7・4刑録20輯1360頁、および大学湯事件=大判大14・11・28民集4巻670頁以来の判例法の発展があることは周知のところである。

権利侵害の要件は、ドイツ民法では現在も存在する(ド民823条)。沿革的には、ローマ法では、訴権ごとにしか不法行為は成立しなかったし、英米法では今でもそうである(*trespass, trover* など)。一般化したのは、自然法思想による影響であり、フランス民法、ABGBがこれを反映している。だからと言って、無制限なわけではないのである。フランス法にも訴権の概念がある(占有訴権はその沿革にもとづく)。ドイツ法でも、訴権の体系が克服されたのは、Windscheidのアクチオ論からである。

また、必ずしも意識されることなくとも、瑕疵や損害の予見可能性、因果関係の近接性、当事者の事業や財産の衡量などを要件とすることも、実質的には責任の限定につながりうる<sup>97)</sup>。さらに、ドイツ法が、相当因果関係説による制限を加え、これについて、わが法への影響が指摘される点も、周知のところである。

日本法で、不法行為の種類によって特殊な制限概念が登場するのも、こうした制限が前提とされていることにもとづく。たとえば、最判平23・7・21裁時1536号1頁における、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の概念や、

---

償させるべきではなく、利得の防止の観点からは、被害者は、事故によって貧しくも、豊かにもなるべきではないというものである。Honsell, S.80ff.; S.111.

97) 拙稿「債務消滅原因論」日本民法学史(平井一雄・清水元編、2015年)337頁、341頁参照。

最判平22・6・17民集64巻4号1197頁における「構造耐力上の安全性にかかわる」瑕疵の概念である。個別的な拡大が問題となる。製造物責任法における「欠陥」などの特殊概念も、一般不法行為要件とは異なる制限概念となっている。

#### 4 法典の欠陥

(1) 債務法のどの部分の改正が必要であり、望ましいのかについては、Bucherが1983年に作成した立法上の欠陥リストが参考となる<sup>98)</sup>。スイスでは、外国法の折衷をいとわないことから、フランスなどに比して大胆に自国の法典の欠陥を指摘する傾向がある。この点も、日本法上の解釈と類似している(上述3参照)。沿革や慣れによらず、法律を客観視することが必要である。

そのリストでは、たとえば、21条(暴利行為の無効)の縮小が述べられている。暴利に関する21条を、一面的な無効ではなく、価格の適合理化に転換すべきことである。もっとも、この点はその後の判例によって解決された。そして、23条(錯誤無効)以下の取消説的な効果も、立法上の改正なしに肯定された。これも、日本法に近い。

同じく、損害賠償と解除の選択という硬直した107条の緩和も、同様に解釈により行われた<sup>99)</sup>。しかし、オーストリアでは、ABGB 921条の1916年の改

98) Bucher, a.a.O., ZSR 1983 II, S.363f., S.370ff.; S.373ff.

99) Ib., S.372.

オーストリア民法は、出発点は自然法的法典であり、歴史法学の産物であるドイツ民法とは異なる。ただし、19世紀に、パンデクテン法学の影響をうけたことから、解釈学には共通の土台がある。そして、以下の諸点を考慮すると、スイス法と同様に、多角的な視点を有している。すなわち、オーストリア法の特徴は、3つある。第1は、ABGB成立時からの自然法と官房学の影響である。第2は、ウンガーなどによって導入されたパンデクテン法学の影響である。19世紀には、歴史法学の影響により、自然法の体系であるABGBは、パンデクテン体系により再解釈されたのである。第3は、ケルゼンの影響である。これは、1930年代のナチスの恣意的解釈に対抗するための理論であったが、公法だけでなく、私法にも大きな影響を与えた。第1点について、スイス法にも、フランス民法から自然法の影響があり、第2点は、ドイツ民法からの影響がある。第3点は、異なる点であろう。ほかに、慣習法と民衆法の系譜は、スイ

正によって、同じことが実現された。また、ドイツでは遅れて、BGB 325 条は、2002年の現代化法による改正によって初めて、損害賠償と解除の結合を認めたのである。

(2) ほかに、あまり立ち入らないが、列挙すると以下の論点がある。

(a) 将来の財産を義務づける（たとえば、譲渡や贈与する）ことが有効であるとの 22 条について、当事者の意思が明確であるべきことが必要とされる<sup>100</sup>。ドイツ法では、将来契約の有効性については、かなり大幅な制限がある。たとえば、ド民311b条2 項では、当事者の一方が、将来の財産または将来の財産の一部を移転し、または利用権を負担する義務をおう契約は、無効とされる。

日本法でも、過大な負担は、公序良俗の観点から制限されるとみるべきであろう。最判平16・11・5 民集58巻8 号1997頁は、「無所有」を実践している団体に加入するに当たり全財産を出えんした者が、同団体から脱退したことにより、出えんした財産のうち返還を肯認するのが合理的かつ相当と認められる範囲で不当利得返還請求権を有するとした。直接の問題は、不当利得であるが、その成立には、贈与を伴う団体加入契約の無効が前提となり、公序良俗による契約の一部無効、あるいは契約の目的不到達があるものと考えられる。

(b) 無権代理人が契約の履行により免責されることなど、契約責任との調整が必要である。ドイツ民法典179 条では、日本法と同様に、無権代理人は、追認がない限り、履行または損害賠償の義務を負担するが（日民117 条参照）、スイス債務法 39 条では、損害賠償の義務のみをおうからである。この場合に、無権代理人には、人的な責任はないとするのが通説であり、またこれは過失責任とされている<sup>101</sup>。代理人に過失がある場合には、裁判官は、衡平上必要があるときには、拡大損害の賠償を判定することができる（39条2 項）。

---

ス独自のものである。

100) *Ib.*, S.374.

101) Gauch und Schluep, aa.O. (前注20), I, S.356f.(1420). ただし、契約締結上の過失 (c.i.c) 責任とする反対説がある。BGE 97 II 71は、不法行為的構成であるが、過失責任とする。

(c) 債務法 84 条2 項では、外国通貨の債務について内国通貨を支払うことを肯定するが、その場合の為替を、満期日とするか (zur Verfallzeit, 2 項)、支払日 (Zahlungszeit) とするかの争いがある。

日本法でも、外国通貨による債権では、債務者は、履行地の為替相場で、日本の通貨で弁済することが可能であるとされている (日民403 条参照)。そして、日本では、事実審の口頭弁論終結時の相場で換算し、債権者が円による支払を請求することも肯定している (たとえば、我妻栄・債権総論 (1964年) 38 頁)。履行をする時に、日本の通貨によるかどうかを決するからだという。しかし、スイス法の解釈では、債務者のみの権利であり、債権者は、外国債権の支払のみを請求でき、また、債務者が内国通貨の支払を求める場合の相場は満期日である。スイス法の Verfallzeit とは、満期日 (Fälligkeit) である。そこで、債務者が満期日より前に支払ったときには、(為替変動のリスクをおい) 追加払の義務をおう<sup>102)</sup>。

(d) 債務法111 条には、第三者の負担となる契約 (Vertrag zu Lasten eines Dritten) の定めがあるが、112 条には、第三者のための契約 (Vertrag zugunsten eines Dritten) があり、後者が債務者B の第三者C への給付について (債権者A の権利を) 規定したのに対し、111 条は、債務者の側から、第三者C の (A に対する) 不履行について、B の責任を規定したものである。実質的には (B による) 履行引受や保証責任であり、名称としては不適切である (「第三者の給付についての契約」というべきもの)。

(e) 債務法143 条では、連帯債務は、明示の場合にのみ生じるが、ドイツ民法典427 条のように、契約から共同的に負担した者は、連帯債務者と推定するべきとの議論がある。日本法でも、分割債権を原則とすることには批判がある。

(f) 債務法158 条は、契約時に付与された内金 (Angeld, Draufgeld) は、手付 (Reugeld) ではなく、違約金 (Haftgeld) とみなすとする (1 項)。また、違約金 (Haftgeld) は受領者の権利を減少させない (2 項)。手付 (Reugeld) は、

---

102) Gauch und Schleup, a.a.O. (前注20), Bd.II, 2014, S.41 [2307,2308].

放棄すれば契約を解除でき、受領者は、倍戻して契約を解除できる(3項)。むしろ手付とみなすべきだとする議論もある<sup>103)</sup>。日本法では、どちらかというところ、むしろ内金は、手付の趣旨であろう。そして、同時に、解約手付と推定することから、手付をうつことによって、かえって契約の拘束力が弱まるとの問題がある。第一義的には、額と当事者の意思によるが、スイス法のように全面的に転換することは解釈ではむずかしいであろう。

(g) さらに、Bucherによれば、ドイツ民法典281条をモデルとする代償請求権(stellvertretende commodum)が必要であり、債務法129条と141条に関し、時効利益の放棄の許容も必要とされる。201条(買主が受領した物の適合性を検査し通知すること)についての事業者の立証と主張責任の厳格化も不十分であり、逆に消費者についても特則が必要であるとされる。日本法は、2017年の改正で、代償請求権の明文規定をおいた(422条の2)。

(3) ほかにも是正されるべきものとして、7条3項(提供としてのショーウィンドー。料金表や価格表の送付は、必ずしも申込とはならないが、価格を記載した商品の陳列は、申込とみなされる)、55条(culpa in eligendo)、64条(利得の消滅)、危険負担の185条(買主負担主義)、207条(mortuus redhibetur)、404条(委任の撤回)なども、しばしば指摘されるところである。本稿では、その多くについて、すでに述べた。

立法によって、ただちにこれらが修正されることは期待できないことから、当面は、判例による適合化が期待される。民法1条は、これを予定し(慣習法と立法者の定立するべきルールの尊重)、債務法51条2項は、共同不法行為者の間に、①不法行為を理由とする債務者と②契約を理由とする債務者、③法律の規定により責任をおう債務者がいる場合には、①が第一義的に責任をおい、自分の過失も契約上の義務もなく法律の定めのみで責任をおう者は、最終的な責任をおうものとする。こうした考え方は、参考に値しよう。しかし、31条(錯誤、詐欺、強迫での契約の追認)で絶対期間を入れること、67条の時効の相対

---

103) Ib., S.375.

期間を修正することなどは、立法なしにできない事項である。185条と207条も、立法によらなければならない。しかし、404条は、無償委任に縮小解釈できる。判例によって強行法規とされた点は、法律の文言からは明らかではない<sup>104)</sup>。

(4) 民商統一法典の構造については、功罪がある。前述のように、スイスの法体系は、必ずしも意図的なものではない。連邦の権限が当初債務法と商法に限定されていた沿革にもとづくにすぎない。1871年に統一された当初のドイツと同じである(債務法のドレスデン草案と普通商法典)。債務法と商法のみが連邦権限に属したことから発生したのである。しかし、それによって多様な契約類型を取り込むことが可能となった。民法の商化を先取りする契機となったが、反面、経済的視点の重いことから、バランスを欠いている。また、民法総則にあたる部分が過少なことから、債務法の総論の負担が大きいの問題がある。個別の問題については、立ち入りえない。

## 5 むすび — 日本法とスイス法

(1) 法の折衷の形式 日本法とスイス法は、フランス法とドイツ法の狭間に位置するという点では共通している。危険負担など、日本法の旧規定に近い面も多数みられる。明治民法の起草者は、多数の立法例を検討したことから、その中には、チューリヒ私法典やいくつかのカントン法も参照されている。1881年のスイス債務法も参照されている。旧民法が公布されたのは、1890年(明23年)であり、現行民法は、1896年と98年の公布である。素材として参照されただけでなく、ローマ法と慣習法の折衷という意味でも、よいモデルになったことが推察される。

また、当時後進国であった日本にとっては、大国の狭間で独自性と独立を維持する態度は、国家経営のモデルとしても参考になったであろう。もっとも、スイスには、言語の相違やカトリックとプロテスタントの混在など、相対的に

---

104) Honsell, S.103ff.; S.114.

は国内の同質性の高い日本とは比較にならない複雑な要因がある。

さらに、ブルンチュリが、ロマニストでありながら、ゲルマニスト、かつ歴史家であったように、実際の法の創造のために、折衷することもいとわれない点に、スイス法の特徴がある<sup>105)</sup>。こうした柔軟性は、一定の沿革や主義に忠実であろうとする多くの法とは異なる。こうした方法論的な意味でも、スイス法は、日本のよいモデルたりえたと思われる。民商統一法の是非を考えるうえで

105) ブルンチュリにつき、前述Ⅲ3参照。

明治初期の日本人の外国に対する印象は、岩倉使節団(1871年12月から1873年9月。最初にアメリカに8か月、1872年8月にイギリス。パリに着いたのは、1872年11月であった)の回覧実記にみられる。スイスについては、「自主ノカヲ暢達」し「生業ニ勉強スルコト、此国ヲ最ト称ス」とし、「其國小ナリト雖トモ、大国ノ間ニ介シ、強兵ノ誉レ高く、他国ヨリ敢テ之ヲ屈スルナシ」(特命全權大使・米歐回覧実記5(1982年)56頁)。同じくドイツとフランスの狭間にある小国ベルギーとオランダについても、積極的な評価がみられる。ベルギーにつき、米英仏に比して小国でも「自主ノ権利ヲ全クシ」「営業ノ力」は大国の上に超越し、「其我ニ感觸ヲ与フルコト」大国より大とする(米歐回覧実記3(1979年)165頁)。また、オランダにつき、「天利ニ富ルモノハ、人力ニ惰リ、天利ニ儉ナルモノハ、人力ヲ勉ム」として、「願フ我日本ノ如キモ、亦荷蘭ノ勉メタルニ比スヘキ歟」とする(同218頁以下、221頁)。おそらく当時の日本人がモデルとしたのは、これらの小国であったのであろう。そして、当時のオランダやベルギーの民法が基本的にフランス法をモデルにしていることからすれば、ドイツ法をも折衷しているスイス法に焦点があたることも考慮されるのである。

岩倉使節団の大久保利通は、日本から召還されてベルリンまでで帰国した(1873年3月28日。著名なビスマルクの3月15日の招宴後である。米歐回覧実記3巻360頁。招宴は、329頁。国際「公法ハ、列国ノ権利ヲ保全スル典常トハイヘトモ、大国ノ利ヲ争フヤ、己ニ利アレハ、公法ヲ執ヘテ動カサス、若シ不利ナレハ、翻スニ兵威ヲ以テス」が著名である)。木戸孝允も、ロシア視察後に帰国(4月16日、米歐回覧実記4(1980年)117頁)。維新の第1世代は、スイスには行かなかったことになる。4人の副使のうち、伊藤博文、山口尚芳は、第2世代に属する。しだいに、フランス一辺倒から折衷的になつたのである。政治家と法律家の世代ごとの影響関係については、小野「お雇い外国人と起草者」岡孝先生古稀記念論文集(2020年)781頁、796頁参照。

も、スイス法は適切な素材となっている。

(2) 厳格な方式と権利の濫用 (a) ローマ法では、短期の取得時効は、*res mancipi* の方式瑕疵の救済として利用された。買ったときの方式が遵守されていなければ、買主は所有権を取得しえない。これは、取得時効によって治癒するほかはない。動産では1年であった。その期間前に、法務官は、*exceptio doli* によって売主の権利を制限することとした。これにより、売買契約は履行されたが、他面では、*Mancipatio*は不要になったのである<sup>106)</sup>。

また、悪意に対する抗弁 (*exceptio doli*) が発展する基礎となった。第1に、原告が、訴えの基礎となる法律関係の発生に悪意で行為した場合、第2に、裁判上の請求そのものが原告の悪意ある行為となる場合である。これは、権利の行使が信義則に反する場合に、形式的な権利の効力を阻止するものとして一般化された。歴史的には、法務官の厳格法に対する衡平法 (*aequitas*) の勝利とされる。

スイス民法2条も、権利の濫用を禁じている。「明らかな権利の濫用は、法的な保護をうけない」。他方で、債務法11条(旧9条)1項では、法律が特別の方式を定めているときには、契約の有効性はその方式による。とくに、不動産の売買では、それが有効なためには、公正証書の作成が必要とされる(216条1項、旧法には相当規定がない)。両者の関係について、判例は、債務法216条と11条の方式違反を主張し返還請求することを、信義則違反の対象たるものとしている<sup>107)</sup>。

闇取引 (*Schwarzkauf*)、たとえば、税法を回避するために現実よりも安い代価で記載された場合では、差額は、やみとなる。判例によれば、証明された

---

106) Cicero, *de officiis* 3,14,60.カーザー・ローマ私法概説(1979年、柴田光蔵訳)195頁、200頁。

107) BGE 112 II, S.330, 92 II, S.323.とくに双方が履行した場合である。契約は無効でも、給付の返還の請求は、権利の濫用として排斥される。Vgl. Kaufmann, *Treu und Glauben im Eidgenössischen Obligationenrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis 1889*, ② S.91.

行為は虚偽表示で無効である (Simulation, 債務法 18 条)。しかし、合意された行為も、216 条1 項の方式の欠缺から無効となる (不動産売買の場合)<sup>108)</sup>。

(b) 日本法は広い範囲で、方式を自由とした。ヨーロッパ法にみられる不動産取引への公正証書の強制のようなものもない。イギリス法には、詐欺防止法による書式の要件がある (Statute of Frauds, 1677)。日本の 2017 年改正では、契約の自由について明文規定を設け (522 条2 項)、とくに同条2 項では、方式の自由を定めた。①契約締結の自由、②相手方選択の自由、③内容決定の自由は、申込と承諾により契約が成立するとの定義的な規定が当然に前提としているものと解される。この限りでは、契約の成立時に関してのみ規定した旧法と同列である (旧521 条2 項、526 条1 項)。

日本の下級審判決では、保証人が、期限の利益喪失日から1 年を経過したときには、保証人の責任を免除するとの特約を援用することが信義則に反するとされた (東京地判平13・3・23金判1124号54頁)。しかし、保証には、金額的にも、時間的にも合理的な限度制限があるべきである。

(3) 意思の理論と諾成契約 債務法1 条 (旧1 条) は、契約の締結には、双方向的な意思表示 (gegenseitige Willensäußerung) の合致が必要とする (1 項)。ただし、必ずしも明示である必要はなく、黙示でもたりる (同条2 項)。ここで要件となっているのは、意思ではなく、意思表示である。フランス語では、manifestation de volontéである。これに対し、学説と判例は、契約を形成するのに必要な合致は、内的な現実の意思の合致とする。もっとも、トゥールは、法律行為を形成する効力は、法律上は、内的な意思ではなく、外的な人の行為によるとする<sup>109)</sup>。心理的な内的な意思は、直接には認識できないからである。

108) BGE 78 II, S.22; 86 II, S.398; 88 II, S.158; 104 II, S.98 ほか。ただし、当事者間で、方式の欠缺は、それを考慮することが信義則に反する場合には、考慮されない。この二重無効の理論は、民法2 条(信義則)の援用により阻止される (Honsell, aa.O., S.77ff.)。しかし、学説は、この援用に消極的である。イタリア民法 1441 条 (legittimazione) は、無効を相対的無効とし、また、取消権者による任意の履行がある場合には、追認があったものとして、無効の訴訟を禁じている (1444条2 項, convalida)。

しかし、こうした意思の偏重は、19世紀のパンデクテン法学の影響が大きいことによる。パンデクテン法学による意思の強調は、ローマ法に由来する諾成契約の位置づけが大きい。しかし、ローマ法の諾成契約は、必ずしも一般的なものではなく、4つの契約類型のみを対象としていた。しかも、多くの契約は、方式によっていたから、そこでいう諾成契約も、たんに方式を必要としないというだけで、後代のような内的な意思を意味するものではなく、表示された意思の合意だけが必要というにとどまったのである。内心の重視は、むしろ自然法的な産物にすぎない<sup>110)</sup>。

内心の意思を求める場合には、契約の成立が妨げられることから、学説は、一般に、信頼責任をもちだす(Vertrauensprinzip)。あるいは、現実の意思に代えて、規範的な意思(normativer Konsens)によることもある。信頼責任が自動的に表示理論に利用されているが、本来、信頼責任は、表示が不明確な時だけに用いられればたりる<sup>111)</sup>。

---

109) von Tuhr, Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts, I, 1979, S.158; Gauch, Vertrag und Parteiwille, in Peter/Starck/Tercier (hrsg.), ② Hundert Jahre Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations, 1982, S.343ff.; Giger, Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, ② S.369.

110) 小野・契約における自由と拘束(2008年)5頁、17頁。カノン法に由来するとの見解もある。また、諾成契約とその他の概念の関係については変遷がある。

111) Honsell, a.a.O., S.57ff.

著名な RGZ 99, S.147ff. では、鯨肉のたるの売買契約をしたところ、それには、鯨肉と表示されていた(haakjöringsköd, ノルウェー語で鯨肉, 214 樽)。一番のハンブルク・ラント裁判所は、当事者の意思から、鯨肉の売買があったとしたが、OLG は、表示されたとおりに、鯨肉の売買があったとした(119 条1 項の内容の錯誤。ただし、具体的には119 条2 項の性質の錯誤を問題とした)。しかし、RGは、当事者の意思に従って鯨肉の売買として、錯誤を認めなかった。さらに、RGは、民法119 条2 項ではなく、459 条の瑕疵を問題とした。「誤表は害さず」の例とされるが、反対論では、表示が明確なのに、内心の意思によって鯨肉の売買とすることは、法律の文言に反するとする(falsa demonstratio non nocet)。

(4) 有因主義 ローマ法の有因の引渡 (*iusta causa traditionis*) から発展した4つのモデルがある。ローマ法には、時代的な変遷があった。初期の握手行為 (*mancipatio*) や法廷譲渡 (*in iure cessio*) では、抽象的な処分行為が求められるが、引渡 (*traditio ex iusta causa*) では、そうではない。後者では、有効な原因にもとづく引渡によって譲渡が認められる。時代による変遷や併存、その後の展開には差異がみられる。普通法は、*traditio ex iusta causa* によっている。

所有権の取得には、ドイツ、スイス、オーストリア、フランスで異なった方式が採用されている。①ドイツ法では、抽象的な所有権移転契約が必要である。これは、所有権移転の物権契約であり、さらに引渡を必要とする(ド民929条,1006条)。無因の形式主義である。この対極にあるのが、④フランス法であり、ここでは、売買(債権)契約の効果として所有権が移転する(フ民1583条)。イタリア法も同様である(1376条 *Cod.civile*)。有因の意思主義である。自然法の産物である。③オーストリア法は、有効な原因 (*causa*) を伴った引渡を必要とする(ABGB 425条)。有因の形式主義である。中世以来の *Titulus-modus* 理論によっている。物権契約を前提とする。④スイス法では、引渡は必要であるが(民法 930条)、物権契約は必ずしも必要ではない(反対説あり)。民法714条の文言によれば、引渡は事実上のものにすぎない。ムンツィンガーの草案では、物権移転にも、フランス法の意思主義によっていた。しかし、審議の過程で、明確性から引渡が要件とされたのである。そして、スイスでも、引渡の要件から、特殊な物権契約とそのための合意をも要件とするとの理論が生じた。しかし、同714条からは必ずしも物権的合意を読みこみえないとの反対説もある。また、有因性についても争いがある<sup>112)</sup>。

日本法における意思主義と、一定の形式を求める学説の理論については、とくに立ち入る必要はないであろう。

---

112) 各国における物権移転の方式については、小野・一橋法学14巻3号1頁、33頁参照。Honsell, a.a.O., S.70ff.にも簡単な素描がある。

## 所有権取得の方式の比較

	無形式	形式主義
causa 有因	フ民、イタリア 意思主義	スイス民 有因、?争い +引渡 オース民 有因、物権契約+引渡
無因	—	ドイツ民 無因、物権契約+引渡

(5) 統一的な不履行概念 債務法 97 条 (旧 110条) 以下の損害賠償でも、不履行 (Nichterfüllung) 概念が用いられている。ドイツ民法では、2002年の債務法現代化によって、義務違反 (Pflichtverletzung) の概念が採用された (損害賠償に関する280 条)。従来の不能と遅滞の二分体系は、積極的契約侵害の概念を加えると三分体系になるが、統一概念により代替されたのである。また、その下位概念として、不能や遅滞が用いられる点では共通している。わが民法では当初から、債務不履行が用いられ、フランス民法でも、不履行概念が用いられる (inexécution, 1148 条)<sup>113)</sup>。

(6) 金銭債務のドグマ 債務の弁済のうち、金銭は万能的手段であるが、それは現金とそれに準じるものに限られる。それ以外の帳簿通貨 (Buchgeld) を利用するには、合意が必要とされ、この理はスイス法でも同様である (債務法84条 = 旧97条)<sup>114)</sup>。また、金銭の弁済では持参債務とされる (同74条2 項)。現在でも、金銭は、物権法の物概念の下にある。これはローマ法の沿革に由来し、金属貨幣が、金銀銅の秤量物で考慮された時代の遺物である。しかし、現在では、名目主義が一般であり、金銭の価値は、金属の価値で評価されるので

113) 各国における給付障害の類型についても、立ち入る必要はないであろう。Gilliard, La sanction de l'exécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, ② S.113. もっとも、下位概念として不能と遅滞を肯定する限りでは、ドイツ法と同じ困難に陥る可能性がある。

114) Schmid und Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (beg.v.Gauch und Schluemp), Bd.II, 2014, S.39 (Rdn.2295f.).

はなく、物的な代替物でもない。債務法84条1項において、金銭債務は、義務づけられた通貨の法定の支払方法で履行されなければならないが、通常内国の通貨である。そして、スイスの立法者も、「金銭債務は、内国通貨（Landesmünze）で支払わなければならない」とするさいに、「内国通貨」を、「内国紙幣」（Landeswährung）に修正したのである<sup>115)</sup>。

しかし、スイス法では、なお物的な金銭概念が強く、金銭が、受領者の他の金銭と混和されたときには、返還請求できず、それは不当利得の補充性によって説明される。金銭が受領者の金銭と混和したときには、民法727条により共有による価値関係だけが生じるとする。しかし、これは金銭の本質と流通性を誤ったものである。金銭では、個別の物が問題ではないから、特定の所有権の帰属を考える必要はなく、抽象的な価値請求だけを考慮すればたりる。所有権ではなく、財産権の帰属秩序のみが問題である。Vindicatioを制限する理由にはならない<sup>116)</sup>。他人に不当に金銭を支払った者は、個別の紙幣や貨幣の返還を請求するのではなく、抽象的な金銭価値のみを求めているのであり、これは、金銭で支払ったときも帳簿通貨によったときも同様である。そこで、金銭による支払でも帳簿通貨によるときでも、また、受領者の下で混和したかにかかわらず、価値の返還がされなければならない。

こうした議論は、わがくにでも、一連の誤振込や原因関係のない振込の事例（最判平8・4・26民集50巻5号1267頁、最判平20・10・10民集62巻9号2361頁では名義人の権利を肯定し、刑事事件では、最決平15・3・12刑集57巻3号322頁、最決平19・7・10刑集61巻5号405頁が詐欺罪を肯定）について参考となる<sup>117)</sup>。形式的な口座の保持者の名義人としての権利のほかにも、実質的な所有者

115) Bundesgesetz über die Währungs- und Zahlungsmittel v.1989.12.22.

116) Kaser, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937), S.1. 金銀が支払方法として廃止されたことから、金銭の Vindicatio が述べられている。比較的古くは、Coing, Zum Geldherausgabeanspruch gegenüber dem Treuhänder, JZ 1970, 245.

117) 誤振込に関する最判平8.4.26民集50巻5号1267頁は、「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額

相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得する」と判示した。これは、いわば振込による預金債権の取得について、無因性を承認したものである。しかし、その後、最決平15.3.12 刑集57巻3号322 頁は、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求し、その払戻しを受けた場合（ATMによる）には、詐欺罪が成立するとの判断を示した。ここから民事でも、詐欺罪等の犯行の一環を成すような場合には、その払戻請求は公序良俗に反するとすると、このような公序良俗に反する預金の払戻請求については、権利の濫用であると評価することができる。また、受取人と振込依頼人との間の原因関係の存否から、権利の濫用とするならば、受取人の権利は、かなり制限されることになる。

2判決のゆらぎが指摘されたところ、最判平20・10・10民集62巻9 号2361頁は、振込みの原因となる法律関係が存在しない場合における受取人による当該振込みに係る預金の払戻請求が権利の濫用となる場合を限定したものである（原審はかなり積極）。

預託口座については、平15年の2つの民事判決（最判平15・2・21民集57巻2 号95 頁＝保険代理店が保険契約者から受領した保険料を管理する口座、最判平15・6・12 民集57巻6 号563 頁＝弁護士が預かり金を保管するための口座）で、預入行為者を預金者とした（保険代理店、弁護士）。行為者＝名義人を預金者として、出捐者Xを預金者とはしなかったのである。

振込詐欺に関しては、性質上、詐欺口座の名義人を権利者とするのはむずかしく、特別法も、振込人を権利者とする。しかし、押貸しのケースでは、振り込んだ暴力団の権利は認められないから（不法原因給付ともなる）、口座保持者を権利者とする必要がある。折衷的な解決としては、騙取金による弁済があり（最判昭49・9・26 民集28巻6 号1243頁＝農林事務官事件）において、XからA が騙取した金銭から弁済をうけたYがその旨を知っていた場合には（Yが悪意、重過失）、Xの返還請求を認めるものとした。金銭が盗まれても、同一性を保ち、そのまま預金されている場合、逆に、通帳と印鑑が盗まれて現金化され、なお盗人の下で分離されて所持されている場合に、回復請求を認めることができるのである。

誤振込や、平20年判決のような振込については、悪意の名義人に対する回復請求ができてよい。金額上分割可能であり、物権的な回復請求権を認めることができれば、名義人の下での棚ぼた（平 8年判決の債権者）、名義人の払戻（平15年判決）、あるいは名義人に対する貸金を被仕向け銀行が相殺するといった不当な利得が防止される。これらも、本文の価値の返還によることができるのである。

である振込人の返還請求権を保障する必要がある。

(7) 物についての総則と無体財産権 スイス民法の物権法は、641条において、いきなり所有権の規定から始まる。民法総則がないことから、物に関する一般的な規定は、存在しない。さらに、有体物に関する規定が今日では狭いことから、有体性に関する無用な議論を避けることを可能にしている。

民法総則のないインスティテューティオネス方式の立法においても、物に関する規定がある例はあるから、スイス法も、物権総則をおく可能性がないとはいえない。たとえば、ABGB 285条の例がある。ドイツ民法とは異なり、ABGB 285条は、きわめて広範な物の定義規定を、物権総則においている。「人から区別されるもので、人の使用に供されるすべての物は、法的な意味において物といわれる」(Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.)。有体物に関する規定をおかないのは、もっぱら、実益のない条文をおかないとのスイス法的な実際性にもとづくものである。

無体財産権の位置づけは、権利の客体を有体物とする法制の下では、物権法の外に、それに準じたものとしておくことになるが、権利の客体を限定しない場合には、物権法の一分野と位置づけることになる。民法総則を欠くスイス法は、後者に近いが(ス民641条)、民法典自体が規定するのは、土地、区分所有(Stockwerk)、動産のみである(655条、712a条、713条)。

(8) 家族法 家族法の関係では、スイス法の考え方が日本法にも影響を与えた例が多い。有責配偶者の離婚請求の否定、財産分与の3分説、寄与分などである。スイスの小市民的な動向や共同体的な思考が、日本法に採り入れやすかったことによると思われる。

---

なお、スイスには、カントン間の利子規制法がある。Interkantonaies Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen(v.8.10.1957, SR 221.121.1)

(a) 1907年のスイス民法は、有責配偶者の離婚請求を否定し、1946年のドイツ婚姻法も離婚についての同様の異議を認めていた。すなわち、スイスの旧137条以下で、141条は、個別の離婚原因(姦通、虐待、犯罪、遺棄、精神病)を認め、142条で、夫婦関係の破壊(Zerrüttung)という一般的原因をおいていた。しかし、これに加えて、2項で、一方におもに過失(Schuld)がある場合には、相手方のみが離婚を請求できるとしていたのである。

これが、わが判例理論に長く影響を与えた。最高裁は、いわゆる「踏んだり蹴たり」判決において、「情婦との関係を解消し、よき夫として妻のもとに帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である」、「もしかかる請求が是認されるならば、妻は全く俗にいう踏んだり蹴たりである。法はかくの如き不徳義勝手気儘を許すものではない」として、夫の請求を棄却した(最判昭27・2・19民集6巻2号110頁。同旨、最判昭29・11・5民集8巻11号2023頁、最判昭29・12・14民集8巻12号2143頁)。しかし、およそ30年後、長期の別居を前提として、未成年の子のない配偶者に、いちじるしい精神的・社会的・経済的に苛酷におちいらぬ限り、有責配偶者の離婚請求であってもこれを拒否できないとした(最大判昭62・9・2民集41巻6号1423頁)。その後長期の別居の期間については、8年(最判平2・11・8家月43巻2号72頁)や、9年(最判平5・11・2家月46巻9号40頁)でも、離婚請求が認容されている。

スイスの状況は、先を歩んでいる。すなわち、その後、143条で新たな離婚原因として別居(147条で3年)が追加されたが、現行法は、従来の135条から149条までを削除し、2年の別居を基本的な離婚原因としたのである(新114条、115条)。

(b) 財産分与の3類型は、基本的には、なおわが現行法の一部ともいえる(768条1項)。財産分与の請求権には、婚姻中の夫婦財産の清算、離婚後の扶養、それに離婚によってこうむる経済的損失の賠償や精神的苦痛に対する慰謝料が、考慮の対象となるとするものである。ただし、ヨーロッパでは、夫婦間の財産関係については、新たな財産制がとられることが多く、スイスも例外ではない(全ヨーロッパ的な統合も課題となる。一例として、Erläuterungen zum deutsch-französischen Abkommen über den Güterstand der Wahl-

Zugewinnngemeinschaft; Pilotprojekt für europäisches Familienrecht, 2010.24 前注61)も参照)。スイス法は、204条以下に、詳細な規定をおいたことから (Gütertrennung, 204条, 236条, 247条など)、残存したのは、損害賠償と扶養の以下の規定である (これらも2011年の民訴法改正のうちに、手続的規定とともに削除)。

151 条1 項「離婚によって、無責の配偶者の財産権や期待が害されたときには、有責の配偶者は相当の賠償をしなければならない (eine angemessen Entschädigung)」(2 項で Genugtuung)。

152 条「…無責の配偶者は、相手方に帰責事由がなくても、扶養を請求できる (Unterhaltsbeitrag)」。

(c) わが法の昭55年改正で付加された寄与分 (904 条の2) のモデルとなったのは、スイス民法旧633 条である (Ausgleichung von Zuwendungen)。「成年の子で、両親と同一の家計におり、労働または所得を寄与する者は、両親の相続の分割のさいに、これに対する相当な補償を請求できる。ただし、相当の対価を明確に放棄した場合を除く」(現629 条以下参照)。なお、特別受益 (Vorempfänge od.Erbvorbezüge) も、返還される (626 条以下)。時に応じて行われる通常の贈与 (Gelegenheitsgeschenke) は、除かれる (632 条)。少額であり、子によって大差の出るものではなく、算定も煩雑であるからである。

(d) 日本の民法は、859 条において、後見人の財産管理について、「後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」とし、2 項において「824 条ただし書の規定は、前項の場合について準用する」とする。その824 条は、「親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない」とした。この規定は、成年後見にも適用される (8条、843条、858 条以下)。

この但書は、子の債務負担についての経済的判断は後見人に、自由性は子みずからに判断させる趣旨のものであるから、前者を省略する趣旨のものではない。後見人が判断できないときに、子の判断のみに任せるものではない。

旧 884条に相当し、起草者の梅謙次郎によれば、「人ノ行為ヲ束縛スルハ固ヨリ容易ナラサル事ニシテ原則トシテハ其者ノ同意アルコトヲ要スルモノトス。故ニ父母ト雖モ其子ノ意思ニ拘ワラス其行為ヲ束縛スルコトヲ得サルモノトセリ。例ヘハ子ヲ他人ノ雇人トシ又ハ他人ノ為メニ子ヲシテ一定ノ仕事ヲ為サシムルカ如キハ本人ノ同意アルニ非サレハ之ヲ約スルコトヲ得ス」<sup>118)</sup>。とくに、親権者の代理権を制限したものである。

子の債務負担という重大な行為について、親権者や後見人の判断だけでは不十分であるから、場合によっては、公的な判断が求められる必要がある（後述のドイツ法）。さもないと、子は、親権者のいいなりになる可能性が高い。

ドイツ民法典では、1793条において「後見人は、被後見人の心身と財産について監護をするべき、とくに被後見人を代理する権利・義務を有する。1626条2項を準用する」（3文省略）。準用される1626条は、親権の原則規定で、1項「両親は、未成年の子を監護する権利・義務を有する（親権）。親権は、子の心身（身上監護）および子の財産（財産監護）を包含する」、2項は「保護・養育にあたり、両親は、能力の発育および子の必要性の増加に応じて、自律的行為のための注意をしなければならない。保護は、子の成長状態の示す限り、親権の問題と向き合い、調和するように努力しなければならない」。2項は、伝統的な「子の福祉」を、たんに恩恵を与えるだけでなく、自立を促進する方向で監護せよということである。日本法の824条但書に相当する本人の行為を目的とする債務については、後見裁判所が許可を出すことになっている（1822条参照）<sup>119)</sup>。

スイス法は、折衷的で、親権者は、子を代表するが（304条1項）、親権に

---

118) 梅謙次郎・民法要義 4巻（1912年）358頁。現在でも、その趣旨は親権者の代理権の制限とされている（中川淳・注釈民法23巻（親族4、1969年）109頁。また、859条につき、中川淳・同317頁（後見人の代理権の制限とする）。

ちなみに、旧民法・人事153条は、父の子に対する代表権を定め、同154条は、父の管理権を定めたものであった（194条では、後見人は親族会の許可を必要とする）。

119) たとえば、雇用契約の締結（7号）、借財（8号）などである。Jauernig, BGB 2011, S.1772ff. (Berger/Mansel); Palandt, BGB, 2007, S.2045 (Diederichsen)。

服する、判断能力のある子のみが、自分の行為によって権利を有し義務を負担するものとする(305条)。親権者の行為が、子の監護につき十分でない場合には、児童保護に関する官庁(Kinderschutzbehörde)が、親権を行使し、親権者に代わって保護を行う(307条以下)。親権者がその能力上または実質的に親権の行使をなしえない場合には、親権が制限または剥奪され、後見人が付される(311条)。成年後見についても、配偶者やパートナーによるほか(374条以下)、成年保護に関する官庁(Erwachsenenschutzbehörde)による代理権の行使が行われる(388条以下)<sup>120)</sup>。能力ある、かつ本人保護のための後見が必要

120) Flüe, Strub, Noser, MLaw, ZGB für den Alltag, 2014, S.323, S.325, S.385ff.

近時のドイツの裁判例を出発点とするものであるが、Wrongful-life が再度問題となっている。Wrongful-birthは、1983年のBGH 判決に由来する概念である(BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1450)。母親の赤色麻疹(Rötelnkrankung)のために、これを見逃して、重い障害をおった子どもが生まれた場合に、産婦人科医に対して損害賠償請求を認めるかである。類似の事件は他国にもあり(アメリカに発し、フランスにもある)、先進国に共通した問題ともいえる。かつてBGHはこれを否定したが、親の損害賠償請求を肯定した判決もある(BGHZ 76,249 = NJW 1980, 1450。不妊手術の失敗で請求を肯定。古くBGHZ 8,243 (1952.12.20)も肯定)。この場合には、病気を見逃すことが施術の失敗となり、親は、障害による支出の増大を損害として請求することになる。ドイツの連邦憲法裁判所の立場は、必ずしも明確ではないとされる(BVerfG 88, 203 = NJW 1993, 1751 と BVerfG 96, 375 = NJW 1998, 519がある。BGHZにつき、中絶の失敗では親の請求を否定、扶養支出の増大では肯定)。

そして、Wrongful-birthが、生命の始まりの問題とすれば、生命の終りについても類似の問題がある。不治の病気の患者が延命措置を拒絶しても、これが行われた場合に、人口栄養などの延命措置に関して、損害賠償を請求できるかである。死亡した患者A(1929年に生まれ、2008年から意思表示ができず、2011年に死亡した)の相続人であるXが、家庭医Yに対して損害賠償を請求した事例である(BGHZ, 2019.4.2, NJW 2019,1741)。Xの主張によれば、2010年からの措置は無意味な延命であり、Aの意思にも反し、Aの身体と人格権が侵害されたとする(慰謝料5万ユーロ、財産的損害5万2952ユーロを請求)。原審であるミュンヘンIのラント裁判所(2017.1.18)と OLG(FamRZ 2018,723)は、医師の延命措置が契約義務違反となることについて詳しく論じ、その肯定(慰謝料。財産的損害は否定)を前提に、BGHは、

である。

(9) 法典の形式 スイス民法とスイス債務法が、全体として5部形式であることは、前述した(独法102号60頁参照)。ここで、第1部が人を対象としていることのみから、単純にこれをインスティテューティオネス方式の体系ということとはできない。スイス民法は、前文(1～10条)において、法律関係の内容に関する一般規定をおき、債務法と民法の関係を規律している。これと第1部が、実質的な総則をなしている。ドイツ民法とは異なり、法律行為に関する規定は、総則におかれていない。しかし、これに代わる債務法の総則規定が、法律行為の規定の代用とされている。

こうした方式は、債務法が時代的に、民法典に先立ったことから必要となったものである。ドイツ民法が、総則の法律行為の規定を前提に、債権総論と契約法総論で、契約に準用するのに対し、スイス法は、債務法と契約法総論の規

---

患者には、賠償されるべき損害は生じないものとした。一般に、生命維持の施術は、医師の履行の失敗とか義務違反になるものではない。他方、医療的措置には、同意が必要であり、これは人口栄養の継続の場合でも同様である。そこで、意思に反する延命は義務違反となりうる。しかし、BGHは、wrongful-birth判決に従い、患者が生きていることを望まない場合であっても、生命は、損害となるべきではないとした(Das Leben ist kein Schaden)。wrongful birthも wrongful survivalもないのである。精神的損害に対する賠償が認められないだけでなく、財産的損害の賠償も認められない。すなわち、延命措置のための費用の賠償は、医師の行為による義務違反と損害の間には、保護目的についての関係がないことから否定される。患者を放置するべき医師の義務は、患者が望んでいても、患者を経済的負担から保護する理由とはならない(ただし、事実審では自己決定は不明。Xの立証責任)。また、判決は、医師の義務は、相続人に対し、患者の財産をできるだけ残そうとするためのものではないとする。Vgl. Bach, Das Leben ist kein Schaden, NJW 2019, 1915.

スイスの反応もおおむねこれに肯定的なようである。ちなみに、日本でも風疹児の出産に関して、東京地判昭54・9・18判時945号65頁、東京高判昭58・7・22判時1484号134頁、東京地判平4・7・8判時1468号116頁、前橋地判平4・12・15判時1484号134頁などが、遺伝疾患に関して、東京地判平15・4・25判タ1131号134頁、東京高判平17・1・27判時1953号132頁などがある。

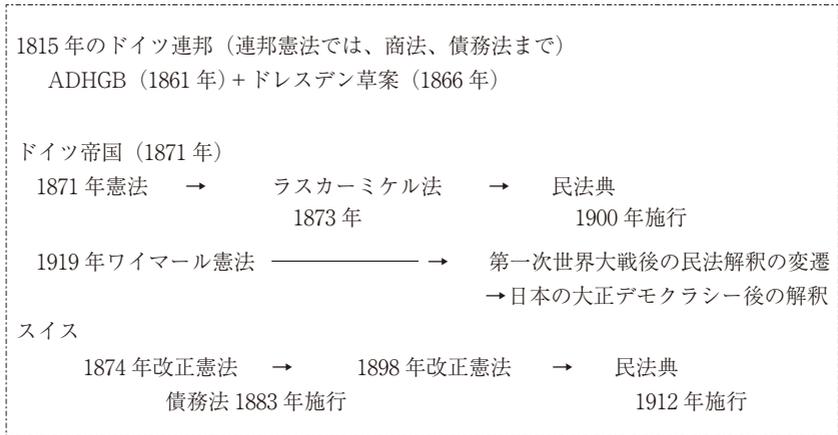
定を、その他の場合に準用したのである(ス民7条参照)。準用の配置が異なるだけであって、思考の様式は同じである。債務法が先立つことを前提としたパンデクテンの形式とすることができる。法律行為の規定をもたないフランス民法典とは異なる。外形的な人・物・債務という様式と同視するわけにはいかない。また、人法から相続法を分離したのも、パンデクテンの形式にあわせるためである。与えられた条件の中で、5分体系をとるための努力といえよう。これによって、抽象的な法律行為の規定が、契約法に近接する結果となったのは、スイス法の実際性の反映でもある。スイスの通説も、スイスの体系は、パンデクテン体系であることを承認している。

ちなみに、インスティテューティオネス方式のABGBは、1916年の改正において、第2部後半の人的物権(すなわち、債権の部)の最初の章のタイトルを「契約について」から、「契約と法律行為」についてと改めた(859条以下)。同年の改正は、自然法的なABGBの規定を、大幅にドイツ民法の影響の下で改めている(たとえば、暴利についての879条2項4号を、ド民138条2項をモデルに改正)。契約の総論への「法律行為」概念の持ち込みという点では、スイス法とも共通する(オーストリア法へのドイツ法の影響については、【法実務家】329頁参照)。1916年改正は、内容についても、パンデクテン法学の成果を採用するところが多かったが、体系についても、パンデクテン法学に近づける努力をしたのである。

(10) 憲法と民法 (a) 民法典の成立における連邦権限の分配については、スイスとドイツに対応する点がみられる。時代の趨勢とともに、スイスの改正は、ドイツのそれをも参考にしたものといえる。民法は、近代国家にとってはインフラストラクチャーの一部でもあるから、たんに商法と債権法を統一するだけでは不十分と考えられ、物権法と家族法の統一が、これに続いたのである。年代的には、おおむね10年から20年の遅れといえる。連邦権限の強化に関する変遷である。

また、憲法の中に、賃貸借などの民法的記述のあることについては、前述した(IV 1(1)(a) 参照)。

連邦権限と憲法、民法



(b) わが国には、連邦国家ではないので、こうした連邦権限の配分の問題は生じない。しかし、戦後の民法学は、日本国憲法と整合的に発展してきた。民法の改定論議が、憲法の改定論議の導入ととならないことが必要である。

日本法における法モデルは、1890年代を第1の転換点（ドイツ法への転換。法典論争は、1889年から1892年。明治憲法は1889年公布、1890年施行）として、第2の転換点（ドイツ法の優位）は、戦後の大正デモクラシーの時代（1918年、第一次世界大戦の終結）を待つことになる。すなわち、ドイツではおおむねワイマール憲法（1919年）の時代である。

小市民的であるというわが民法（解釈）の伝統的な特徴は、この時代にドイツ法の解釈が大幅に採り入れられたことに由来している（立法では、1921年の借地法、借家法。ただし、建物保護法は、1909年）。この傾向は、第二次世界大戦後にまで影響しており、戦後、民主的な憲法が制定されたことにより強化された。ただし、1990年代のグローバリズムがこれに対立している（借地借家法は、1991年）。土地法制のほか、労働法制の緩和や金融の自由化などが行われた。しかし、2016年以降、イギリスのEU脱退決定やトランプ政権の成立など、反グローバリズムの流れが生じている<sup>121)</sup>。

グローバル化そのものは長期的には不可避の流れであるが、それが強欲資本

主義と結合することが必然的なわけではない。また、グローバリズムへの対抗が、ポピュリズムだけというわけではない。必要なのは、19世紀の国民国家が行った社会国家理念をどこまで、国際社会が実現できるかである。国民国家は、無制限の自由による社会の頹廢を、社会国家の理念によって制限した。グローバリズムとそれに結合した新自由主義は、それに対する反動である。しかし、国民国家が競争（たとえば、法人税の引下げ競争やタックスヘイブンの優遇、格差の拡大）することにより、再度の頹廢が生じた。これを放置する限り、グ

---

121) 小野「契約の自由と当事者の地位」(【契約における自由と拘束】56頁以下参照。また、2020年の初頭以来、新型コロナウイルスによる肺炎の世界的な流行から、各国が国境を閉ざしたことにより、グローバリズムにはブレーキがかけられた。

ほかにも、ドイツ法を起点とし、スイス法にも参考となる論点が多いが、詳細は省略する。たとえば、BGH 2019.6.6, NJW 2019, 3065. に関するものである。簡単にふれると、アメリカの弁護士は、高い報酬をとることで有名であるが、ドイツの弁護士法では、しばしば高額報酬の手段となる成功報酬の約定が禁止されている。この弁護士法の規定は、法律相談を業務の内容に含む他の職種に準用されている。2019年には、保険労務士 (Versicherungsberater) の業務が問題となった。すなわち、2008年に、法務相談法 (Rechtsberatungsgesetz) が廃止され、RDG が発効した。その経過規定では、他人の法律事務の相談をうける資格者には、旧法の規定が適用されるとされ、旧法 1条 1項には、一定の資格者に法律相談が可能とされ (年金労務士、保険労務士、運送検査士等)。同時に、弁護士法の一部が準用された (成功報酬の禁止)。しかし、現行の裁判外の法的サービスに関する法 RDG (Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen) には、明文がないことから (保険労務士の登録による資格の制度がない)、弁護士法 (BRAO) 49条 2項 1号の成功報酬規程の準用があるかが問題となったのである。

ドイツのBGHは、これを肯定した。事案は、保険労務士Yが疾病保険会社Xとの間でしたXの利率改定の相談に関する。Xは、成功報酬の合意は無効と主張する。BGHは、成功報酬の合意の禁止は、市場行為に関するルールであり、この禁止は、保険労務士が法律相談法の資格を有するかどうかにかかわらず、同人にも適用されるとした。反対説は、禁止の趣旨は、弁護士の独立性の保護であり、弁護士に特有のものとするが、BGHは、禁止は、過大な報酬に対する相談者の保護も包含するものとした (NJW 2019.3065 (Urt.2019.6.6); NJW 2019, 3071に Deckenbrockの評釈がある)。

ローバリズムへの反対は増大する。グローバル化は無秩序であってはならず、節度を必要とする。2020年に勃発した新型コロナによる世界的な経済危機は、ローバリズムがもっていた種々の難点と矛盾を露呈させている<sup>122)</sup>。

## V む す び

本稿のVでは、むすびに代えて、人についての補充(補論I)と解釈論についての補充(補論II)を行う。後者は、IVの1(7)に関係している。

### 補論I 人と業績

以下は、本稿Ⅲの「人と業績」で検討しえなかった法律家についての補論である。対象となる者の名前そのものは、しばしば一般のテキストや論文などでもみかける。ドイツ法系とフランス法系の者との密接な関係が、スイス法の特徴となっている。スイス法のゲルマン法的な特質といわれるものには、フランス法系(あるいは経由)のものもある点に注目する必要がある。なお、本稿

---

122) グローバリズムの矛盾は、すでに2008年のリーマン・ショックで明らかとなっているが、経済の復調とともに、当初の痛みは忘れられ、強欲資本主義が復活している(前注56)も参照)。経済の復調は、国民国家の多額の財政出動とその後の恒常的な赤字によっている。強欲資本主義は、危機による負担を国家に転嫁した。ローバリズムは、国際化による利益だけを私物化し、それによる外部不経済を国家に押しつけているのである。まず、後発国に低賃金労働や環境悪化をもたらし、ついで先進国には賃金の低下と資本の安定化のための資金の提供を転嫁した。各国の租税収入は、ローバリズムのために利用されながら、多くのグローバル企業と富裕層は、タックス・ヘイブンを利用するなどし、負担を回避しているのである。各国間の法人税の切り下げ競争は、タックス・ヘイブンの存在に起因している。その結果は、富裕層を優遇するいわゆるマタイ効果に帰する。マタイ効果は、新約聖書マタイ伝13章12「持っている人は更に与えられて豊かになるが、持っていない人は持っているものまでも取り上げられる」によるものである。富の蓄積だけではなく、グローバルな競争から、論文や大学の評価についてまであてはまる。【大学】410頁参照、【法律家の歴史】478頁、注10参照。

102号の後、教会法に関する別稿(独法106号)においても、スイス法上重要な者の一部にふれた。たとえば、フェール(Hans Fehr, 1874.9.9-1961.11.21)、ヴォクト(Gustav Vogt, 1829.7.14-1901.11.12)、ケルン(Fritz Kern, 1884.9.28-1950.5.21)などである(独法106号1頁)。

スイスの学者に特徴的なことは、少なくとも大学の勉学の一部をスイスの故郷の大学ですること、また、おおむねスイスの中で就職し、ドイツやフランスの大学に移動することがあっても、最終的にはスイスに戻ってくることである。ドイツやオーストリアの学者のように、故郷とまったく断絶して就職することが稀である(あった)こともある。当然のことながら、研究対象として、スイスの地域史や地域法の研究も多い。ロマニストであっても、ゲルマン法への目くばりの効いている点が特徴である。折衷的な意識は、ある意味では、日本法とも共通する。

(1) ベロー(Pierre-François Bellot, 1776.1.4-1836.3.17)は、1776年に、ジュネーブで生まれた。ジュネーブ大学で法律学を学び、1798年に弁護士資格を取得し、1800年に、弁護士となり、1814年に、ジュネーブの抵当権登記官(Verwalter Hypothekenregister)となった。1819年に、ジュネーブ大学の民法、民訴法、商法の教授。1822年に、弁護士会長。1836年に、ジュネーブで亡くなった。専門は、民法、民訴法、商法である<sup>123)</sup>。

著書に、Loi sur la procédure civile du Canton de Genève, 1837.

(2)(a) A.ゼーゲッサー(Anton Philipp Segesser von Brunegg, 1817.4.5-1888.6.30)は、1817年に、ルツェルンで生まれた。ハイデルベルク、ボン、ベルリン、ミュンヘンの各大学で法律学を学び、1841年に、ルツェルンで弁護士となり、1841年に、参事会書記、1848年に、国民議会で、カトリック保守党の議員となった。1863年から1867年の間、連邦の経済省に勤め、1871年から1875

---

123) Schweizer Juristen der letzten Hundert Jahre, hrsg.Huber, His, Schultheß, 1945 (以下、Schweizer Juristenと略する), S.59ff.

年に、教育省の長官、1875年から88年には、ルツェルンの州司法省長官、1872年に、ルツェルンの州評議会議長となった。1888年、ルツェルンで亡くなった。専門は、ルツェルンの法史やスイス法史である<sup>124)</sup>。

Rechtsgeschichte der Stadt und der Republik Luzern, Bd. 1ff., 1850ff.

Das alte Stadtrecht von Luzern, 1855.

Amtliche Sammlung der älteren eidgenössischen Abschiede 1245-1520, 1858ff.

Annahme oder Verwerfung der neuen Bundesverfassung? 1871.

Ludwig Pfyster und seine Zeit, Bd. 1ff., 1880ff.

Sammlung kleiner Schriften, Bd. 1ff., 1877ff.

Erinnerungen 1891.

(b) F.ゼーゲッサー (Franz Segesser von Bruneck, 1854.5.3-1936.10.30 (31?)) は、スイスのカトリック神学者である。1854年に、ルツェルンで生まれた。1875年から、ミュンヘン大学とシュトラスブルク大学で法律学を学び、インスブルック大学で神学を学び、1880年に、司祭に叙階された。1882年に、ローマで、カノン法で法学博士となった。同年、バーゼル司教区の神学校の教会法の教授、1894年に、司教の委員、1911年に、神学校長、ゾロトゥールンの聖堂参事会員、教皇の管区長、教育者、司祭、顧問として、当時のスイスのカトリックで、もっとも影響力のある聖職者であった。1936年に、ルツェルンで亡くなった。

(3)(a) プランタ (Peter Conradin von Planta, 1815.9.25-1902.9.13) は、1815年に、グラウヴィュンデンの Zernez で、グラウヴィュンデンの古い家系に生まれた。ライプチヒ大学とハイデルベルク大学で法律学を学んだ。1841年に、雑誌 Der Pfeil des Tellen の編者、1843年に、協会 Freie Räder Chur を設立、

124) A.ゼーゲッサーについては、Schweizer Juristen, S.169ff; DBE 9 (1998), 262. Meyer von Knouau, Segesser, Philipp Anton von, ADB 33 (1891), S.594ff.; Kraus, Hans-Christof, Segesser, Philipp Anton von, NDB 24 (2010), S.161f.

F.ゼーゲッサーについては、DBE 9 (1998), 26.

1844年に、Churの都市書記となった。1845年に、チューリヒ大学で学位をえて (Die Rechtsgeschichte des Oberengadins, 1845)、1849年に、大評議会のメンバーとなった (Großer Rat, grand conseil)。大評議会は、スイスのカントンの議会である (これに対し、小評議会は、州政府である)。1850年に、グラウヴンデンの州政府の一員となり、1852年から1872年には、評議会議員、1855年から1870年は、グラウヴンデンの州裁判所の長官となった。1862年に、グラウヴンデンの州民法の編纂を行った (Zivilgesetzbuch Graubünden)。1902年に、グラウヴンデンの Canova (bei Paspels) で亡くなった<sup>125)</sup>。

Die Wissenschaft des Staates oder die Lehre von dem Lebensorganismus, 1852.

Bündnerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors P. C. Planta, 1863.

Geschichte von Graubünden in den Hauptzügen gemeinfasslich dargestellt, 1892, 2. A. 1902, 3. A. bearb. v. Jecklin 1913.

(b) プランタには、ほかに2人がいる。A.プランタ (Andreas Rudolf Planta, 1819.4.24-1902.4.19) は、スイスの国民議会議員である。彼は、1815年に、グラウヴンデンの Samedan で生まれた。チューリヒ、ベルリン、ハイデルベルクの各大学で、法律学と国民経済学を学び、1848年から69年の間、国民議会の議員となった。1850年に、連邦ベルン新聞の創刊。1876年から81年もスイスの国民議会の議員をした。療養施設 (Kuranstalt Sankt Moritz) の発起人もした。1889年に、チューリヒで亡くなった<sup>126)</sup>。

(c) V.プランタ (Vinzenz von Planta, 1799-1851) は、刑事裁判所の長官であった。詳細は不明である。

(4) ブルーマー (Johann Jakob Blumer, 1819.8.29-1875.11.12) は、1819年に、Glarus で生まれた。1836年から、ローザンヌ、チューリヒ、ボン、ベルリンの

125) Schweizer Juristen, S.197ff.; DBE 7 (1998), 685 ; IBI 2, 867c; Carlen, Louis, Planta, Peter Conradin, NDB 20 (2001), S.504f.

126) DBA 963, 147ff.; GND: 11620527X.

各大学で法律学を学び、1840年に Glarus の記録官となった。1842年に、郡長、1848年に、連邦裁判所判事、上院議員、1866年に、市長、Glarusの銀行頭取などをした。1874年には、ローザンヌの連邦裁判所長官。1875年に、ローザンヌで亡くなった。専門は、刑法である<sup>127)</sup>。

Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien, Bd. 1ff., 1850ff.

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Bd. 1f., 1863ff., 2. A. 1877ff.

Urkundensammlung zur Geschichte des Landes Glarus, 1865.

(5) リヴィエール (Alphonse Rivier, 1835.11.9-1898.7.21) は、1835年に、ローザンヌで生まれた。1853年から、ローザンヌ大学で法律学を学び、1863年に、ベルリン大学で私講師、員外教授、ブリュッセル大学で教授となった。1898年に、亡くなった<sup>128)</sup>。ドイツ語で解説したフランス民法のテキストがある。

Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque, 1863.

Das französische Zivilrecht, 1869.

(6) シュトース (Carl Stooss, 1849.10.13-1934.2.24) は、1849年に、ベルンで生まれた。ベルン、ライプチヒ、ハイデルベルクの各大学で法律学を学び、1878年に学位をえた。1873年に、弁護士 (Fürsprech)、1876年に、ベルンの区裁判所所長、1879年に、ハビリタチオンを取得し、1882年に、ベルン大学の教授、1886年に、ウィーン大学教授。1893年から96年、スイス刑法草案の起草委員会委員、1919年に定年となった。専門は、刑法、刑訴法である。1934年に、グラーツで亡くなった。スイス民法の起草者 E.Huberは著名であるが、その刑法版の学者といえる。1888年に、スイス刑法雑誌を創刊した<sup>129)</sup>。

---

127) Fritzsche, Hans, Blumer, Johann Jakob, NDB 2 (1955), S.334; DBE 1 (1995), 588; Schweizer Juristen, S.225ff.

128) Schweizer Juristen, S.289ff.; GND: 116575182.

129) Schweizer Juristen, S.361ff.; DBE 9 (1998), 557; Mühlemann, Guido, Stooss, Carl, NDB 25 (2013), S. 440f. 1907 年に、彼に対する祝賀論文集が出ている。オーストリ

Die schweizerische Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt, 1890.

Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates, 1892f., Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1908, 2. A. 1913.

(7) ローギン (Ernest Roguin, 1851.5.27-1939.5.5) は、1851年に、法律家の父 Ernest-Alexandre の子として生まれた。カントンの大学、ローザンヌのアカデミー、ライプツヒ大学などで法律学を学んだ。1874年に、パリの派遣大臣 Kern の秘書となった。同年、博士。1876年に、弁護士となった。1880年に、またパリで公使館の職を提供されたが、Boiceau のコンセイユデタヤローザンヌ大学の国際私法の職を求め、1884年に、教職につき、1886年に、正教授となった(国際私法、比較私法)。その間、1891年に、国際法協会 (Institut de Droit international) のハンブルク委員会に属し、1925年まで継続した。ハーグの私法抵触に関する国際会議 (La Haye les conférences internationales) では、1893年、1894年、1900年、1904年に、スイス連邦政府の代表となった。多くの国際的な紛争について鑑定意見を書き (Brunswick のカール2 世の相続問題、トルコとロシアの債務支払問題など)、フランス破産院の判決にもその意見が引用されている (Sirey 1896, I, p.225)。1939年に亡くなった<sup>130)</sup>。

(8)(a) C.ヴィーラント (Carl Wieland, 1864.8.30-1936.9.21) は、1864年に、バー

---

ア刑法雑誌 (Österreichische Zeitschrift für Strafrecht) は、1920年に、記念号を発売した。また、Carl Stooss zum 80. Geburtstag 13. Oktober 1929 (Festgabe 1929) がある。顕彰記事として、Carl Stooss in Österreich, in Schweizer Zeitschrift für Strafrecht 1988, 35 (Moos Reinhard); Würdigung, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht 1994, 26 (Gschwend Lukas)。

130) Schweizer Juristen, S.393ff.

なお、バーゼル大学の教授に関しては、Stahelin(hrsg.), Professoren der Universität Basel aus fünf Jahrhunderten, Bildnisse und Würdigungen, 1960がある。

ゼルで生まれた。バーゼル大学で法律学を学び、同大学で学位をえた。1893年に、バーゼル大学でハビリタチオンを取得し、1897年に、員外教授、1905年に、正教授、1909年に、バーゼル大学の学長となった。1936年に、バーゼルで亡くなった。専門は、商法、民法である<sup>131)</sup>。

(b) 同名の L. ヴィーラント (Ludwig (Friedrich August) Wieland, 1777.10.28-1819.12.12) は、スイスとは関係がない。1777年に、ワイマールで生まれ、1819年に、同所で亡くなった。父は、詩人の Christoph Martin Wieland であり、イエナ大学とエルランゲン大学で学び、1809年に、Esterházy 侯の秘書となった。著書に、Erzählungen und Dialoge, Bd. 1f., 1803; Lustspiele, 1805 などがある<sup>132)</sup>。

(c) F.ヴィーラント (Friedrich Wieland (Wielandt), ca.1835- ?) の詳細は不明である。バーデン法に関する以下の著作がある。

Die badischen Gesetze vom 4. Oktober 1862 über Niederlassung und Aufenthalt Aufhebung einiger Beschränkungen des Rechts zur Verehelichung und bürgerliche Gleichstellung der Israeliten, 1863.

Neues badisches Bürgerbuch, 2. A. 1871.

Handbuch des badischen Gemeinderates, 1871ff.

(d) J.ヴィーラント (Joachim Wieland, 1951.7.30-) は、スイスとは関係がない。1951年に、Bielefeld で生まれ、Bielefeld 大学と、ケンブリッジ大学で、法律学を学んだ。1984年に、フライブルク (ブライスガウ) で学位をえて (Die Freiheit des Rundfunks, 1984)、1989年に、同大学でハビリタチオンを取得 (Die Konzessionsabgaben, 1991)。1991年に、Bielefeld 大学の正教授、2001年に、フランクフルト (マイン) 大学教授。専門は、公法、財政法、税法である。ミュンターのノルトライン・ヴェストファーレン州の憲法裁判所の代理判事。

Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988. (Helms との共著)

131) Schweizer Juristen, S.423ff.; GND: 117579882; Staehelin. a.a.O.(前注130)), S.292.祝賀論文集がある。Beiträge zum Handelsrecht(Festschrift) 1934.

132) GND: 118807218; DBE 10 (1999), S.484.

Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen, 1995.  
(Hellermannとの共著)

Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberische veranlasste kommunale Aufgaben, 1995. (Schoch と共著)

(e) ヴィーリング (Hans Josef Wieling, 1935.12.31-) も、スイスとは関係がない。トリアー大学の教授である。1935年に、エッセンで生まれ、1957年から、ミュンスター大学で法律学を学び、1961年に、第一次国家試験、1966年に、第二次国家試験に合格した。1967年に、ミュンスター大学の Dieter Nörrの下で学位をえた (Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1970)。ボン大学の Knut Wolfgang Nörr の助手となり、1968年に、ミュンヘン大学の Dieter Nörrの助手にもなった。シチリアの Catania大学に留学した。1971年に、ミュンヘン大学の Dieter Nörrの下で、ハビリタチオンを取得 (Testamentsauslegung im römischen Recht, 1971)。私講師となり、1977年に、トリアー大学の正教授 (定年まで)。1988年には、コブレンツの高裁の裁判官を兼ねた。専門は、ローマ法、近世私法史、民法である<sup>133)</sup>。

上記の学位論文は、利息と契約罰に関する中世からの包括的な研究である。その他の業績については省略する。

(9) フライナー (Fritz Fleiner, 1867.1.24-1937.10.26) は、1867年に、アーガウで生まれた。父は、セメント工場主であった。1887年から、チューリヒ大学で法律学を学んだ (当時 Vogt が教えていた)。1887年にライプチヒ大学、1888年にベルリン大学、1889年に、再度チューリヒ大学で学び、1890年に、チューリヒ大学の von Orelli の下で学位をえた (Die rechtliche Stellung der katholischen Kirche zur obligatorischen Zivilehe des Kantons Aargau, 1890.成績は、最上級の magna cum laude)。1891年に、弁護士試験に合格。パリに研究旅行をした。1892年に、チューリヒ大学でハビリタチオンを取得 (Die tridentinische Ehevorschrift des öffentlichen Rechts und Kirchenrechts, 1892.

---

133) Köbler/Peters, Who's who im deutschen Recht (前注46)), S.786.

審査員は、Vogt, Cohnであった)。専門は、教会法であった。1895年に、チューリヒ大学の員外教授。専門は、フランス民法、民法、教会法と公法であった。1897年に、バーゼル大学の正教授。1901年に、学長、1906年に、チュービンゲン大学教授、1908年に、ハイデルベルク大学教授、1915年から1936年の間、チューリヒ大学教授。その間、1933年に、学長をした。1867年に、テッシンのAscona で亡くなった<sup>134)</sup>。専門は、教会法、行政法である。

Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1911.

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.

(10(a) ブルクハルトは、スイスに多い苗字である。「イタリア・ルネサンスの文化」で著名な Jakob Christoph Burckhard (1818.5.25-1897.8.8. 彼もバーゼルの出身である)<sup>135)</sup>のほか、以下の者がおり、法律家としては、W.ブルクハルトが重要である。

W.ブルクハルト (Walter Burckhardt, 1871.5.19-1939.10.16) は、1871年に、Riehenで生まれた。ライプツヒ、ノイエンブルク、ベルリン、ベルンの各大学で法律学を学び、1896年に、スイスの司法・警察省の官吏となった。1899

---

134) Schweizer Juristen, S.455ff.; GND: 11868390X ; Stolleis, M., Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, 1992, 408f.; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, 1999, 195, 236f. また、祝賀論文集がある。Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag (hrsg. v. Giacometti Zaccaria/Schindler Dietrich), 1927; Festgabe Fritz Fleiner zum 70. Geburtstag, 1937. 顕彰記事として、Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1991/92, 175 (Schindler Dietrich); DBE 3 (1996), 340.

135) 歴史家のブルクハルトについては、Kaegi, Werner, Burckhardt, Jacob, NDB 3 (1957), S.36ff.; Neumann, Carl, Burckhardt, Jacob, ADB 47 (1903), S.381ff.; DBE 2 (1995), S.231. バーゼル人であったブルクハルトは、ベルリン大学のランケの後任を拒絶している。同人は、その人生訓 Bene vixit, qui latuit (うまく隠れて生きた者こそ、よく生きた者) でも著名である。

年から02年、ローザンヌ大学の員外教授、1905年に、連邦司法・警察省の行政部に属した。1909年に、ベルン大学教授、1913年から19年、スイス司法協会(Schweizer Juristenverein)の会長、1923年から28年、国際連盟への代表、ハーグの国際司法裁判所判事をした。1939年に、ベルンで亡くなった<sup>136)</sup>。

Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. 05. 1874, 1905, 2. A. 1914, 3. A. 1931.

Der allgemeine Charakter des Völkerbunds, 1920.

Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927.

Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft, 1937.

(b) A.ブルクハルト(Adolf Burckhardt, 1809.11.12-1838.10.14)は、1809年に、生まれ、バーゼル、ベルリン、ハイデルベルクの各大学で法律学を学び、1834年に、ハビリタチオンを取得した。1835年に、バーゼル大学教授。1838年に、亡くなった<sup>137)</sup>。

Die Kriminalgerichtsbarkeit in Rom bis auf die Kaiserzeit, 1838.

Grundzüge der Volks- und Staatswirtschaft, 1854.

(c) C.ブルクハルト(Carl Christoph Burckhardt, 1862-1915)は、1862年に生まれた。父は、裁判所長であった。バーゼル大学とイェナ大学で法律学を学び、1888年に、バーゼル大学でハビリタチオンを取得。1890年に、バーゼル大学の員外教授、民事裁判所長官(Zivilgericht)。1898年に、正教授となった。1904年に、学長、1906年に、政府顧問官、1911年に、国民議会の議員となった。1915年に亡くなった<sup>138)</sup>。専門は、ローマ法である。

(d) J.ブルクハルト(Jakob Burckhardt, 1642.2.20-1720.8.29)は、1642年に、生まれた。父は、法学教授であった(Lukas Burckhardt)。1661年から、ローザンヌ、ジュネーブ、グルノーブルの各大学で法律学を学び、1666年に、学士、その後、南ドイツ、オーストリア、ハンガリー、イタリア、サボイ、フランス

136) Schweizer Juristen, S.485ff.; DBE 2 (1995), S.231; GND: 118665081; Döhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege, 1953, 382.

137) Staehelin, Geschichte des Universität Basel, 1957, 177.

138) GND: 12065153X; Staehelin, Professoren Univ. Basel (前注130)), 276.

などに研究旅行をした。1669年に学位をえて、1673年に、セダン・アカデミー (Akademie Sedan) の教授、1674年に、Herborn のギムナジウムの教授、1681年に、バーゼル大学教授となった。1720年に、亡くなった<sup>139)</sup>。専門は、ローマ法、教会法、法史である。

(e) L.ブルクハルト (Lukas Burckhardt, 1614.12.2-1695.7.14) は、1614年に、生まれた。1635年に、ローザンヌ、ジュネーブの両大学で法律学を学び、1936年に、フランスに研究旅行に行った。1639年に学士、ヘッセン・カッセルの Ernst 伯の旅行の随員となる。パドア大学でも学び、1640年に、バーゼル大学で学位、1642年に、バーゼル大学の教授、1678年に、Jakob Burckhardt ((d) 参照) のために辞職した。1695年に、亡くなった。

(f) L.A.ブルクハルト (Ludwig August Burckhardt, 1808.4.29-1863.11.27) は、1808年に、バーゼルで生まれた。バーゼル、ハイデルベルクの両大学で法律学を学び、控訴裁判所書記となった。1844年から53年、刑事裁判所長官 (Kriminalgericht)。バーゼルの大評議会のメンバー (Großer Rat)。歴史家でもある。1863年に、バーゼルで亡くなった<sup>140)</sup>。

Notiz über Kunst und Künstler zu Basel, 1841.

Die französischen Religionsflüchtlinge in Basel, 1860.

Die Hofrödel von Dinghöfen baselischer Gotteshäuser, 1860.

(g) R.ブルクハルト (R.Burckhardt, ca.1800-?) は、1800年に生まれた。著作に、Dissertatio historico-iuridica de iudiciorum criminalium formis olim hodieque apud Gallos Britannos Germanos Helvetiosque receptis, 1823がある。

(h) C.ブルクハルト (Christoph Burckhardt, 1805.1.5-1835.12.26) は、ゲッチンゲン、ハイデルベルク、ベルリンの各大学で法律学を学び、ハイデルベルク大学で学位をえた。パリに研究滞在。1829年にバーゼルに帰国し、1830年に、ハビリタチオンを取得、1831年に、バーゼル大学の員外教授、1833年に、教授となった。小評議会 (Kleiner Rat) のメンバーとなった (これは、州政府を意

139) GND: 104074310; Köbler, wer war wer.

140) Vischer, W., Burckhardt, Ludwig August, ADB 3 (1876), S.575; DBE 2 (1995), S.233.

味している。今日の *Regierungsrat* に相当する)。1835年に亡くなった<sup>141)</sup>。

(11) G.ハイネ (Günter Heine, 1952.6.4-2011.6.25) は、1952年に、Ravensburg で生まれた。チュービンゲン大学で、法律学と社会学、政治学を学び、第一次国家試験に合格。1979年に、第二次国家試験に合格。チュービンゲン大学の助手。1982年に、フライブルク (ブライスガウ) のマックス・ブランク刑法研究所の参与員、1987年に、大学の参与員。1988年に、学位 (Tötung aus niedrigen Beweggründen, 1988)。1994年に、バーゼル大学でハビリタチオンをえた (Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995)。1994年に、再統一後に創設されたドレスデン工科大学の正教授。1996年に、ギーセン大学教授。2001年に、ベルン大学教授。2011年に、亡くなった。専門は、スイスのドイツ法、スイスの刑法、刑訴法、経済刑法などである<sup>142)</sup>。

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. A. 2001.(共著)

(12) チューリヒ私法典の起草者ブルンチュリのハイデルベルク大学の後任となった August (Michael) von Bulmerincq (1822.8.12-1890.8.18) は、1822年に、Rigaで生まれた。1841年から Dorpat,ハイデルベルクの各大学で法律学を学び、1848年に、Rigaで司法官試補、Rigaの公証人、1849年に、Magister, 1850年に、刑事裁判所秘書、1854年に、Dorpat大学でハビリタチオンを取得。1856年に、員外教授となり、学位もえた。1858年に、正教授。宮廷顧問官。1867/701年に、

---

141) Staehelin A. *Geschichte Univ. Basel* (前注131)), 176; DBA 166, 253f.

142) ハイネで著名なのは、ユダヤ系の詩人、作家の Heinrich Heine (1797.12.13-1856.2.17) であるが、関係はない。詩人のハイネも、1819年から、ボン大学で、法律学と官房学を学んだが、わずかの講義しかとらず、1819/20年の冬学期にシュレーゲルのドイツ語と私学の歴史の講義を聞いて、1821年には、ゲッチンゲン大学で、歴史や哲学の講義を聞いた。さらに同年から、ベルリン大学で、ヘーゲルの講義を聞いた。ジャーナリスト、作家として出発し、叙情詩や風刺詩、文学的著作を行った。おおむねロマン派に属する。さらに、文学の評論や政治批評を行った。1831年に、パリに移住し、1856年に、パリで亡くなった。Vgl. Mähly, Heine, Heinrich, ADB 11 (1880), S.338ff.; Galley, Heine, Heinrich, NDB 8 (1969), S.286ff.

副学長。1875年に、国家顧問官。Wiesbaden に移住し、1882年に、Bluntschliの後任として、ハイデルベルク大学教授となった。専門は、ドイツ法、法史、法哲学などである。1890年に、シュトゥットガルトで亡くなった<sup>143)</sup>。著書に、以下のものがある。

Von der Wahl und dem Verfahren der freiwilligen Schiedsgerichts, 1849.

Das Asylrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung, 1853.

De natura principiorum iuris inter gentes positivi, 1856.

Die Systematik des Völkerrechts von Hugo Grotius bis zur Gegenwart, 1858.

Praxis, Theorie und Kodifikation des Völkerrechts, 1874.

---

143) Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 3, Halbband 2 Noten 1910, 407.

[注67) に関連して、多数のコロナ関係の論文が出ている。一部であるが、総論的に、Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2019/2020, NJW 2020, 1720.消費貸借におけるモラトリアムに関して、Lühmann, Das Moratorium im Darlehensrecht anlässlich der Covid-19-Pandemie, NJW 2020, 1321. コロナにより大きな痛手を被ったバック旅行と旅行法に関して、Löw, Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19-Pandemie, NJW 2020, 1252.貸貸借に関して、Sittner, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, 1169. などである。問題の多面性を彷彿させる。]

スイス法の発展と人

(Ulrich Zasius, 1461-1535.11.24)

