

Title	経済の発展と法典(民法典)の編纂： ケベック民法典における契約の新たな道徳からの教訓
Sub Title	Développement économique et codification : l'expérience de la nouvelle moralité contractuelle du code civil du québec
Author	Baudouin, Jean-Louis(Hirano, Hiroyuki) 平野, 裕之
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.13 (2009. 3) ,p.143- 156
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講演 慶應義塾大学大学院法務研究科主催 2008年9月26日 慶應義塾大学
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090325-0143

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講演

経済の発展と法典（民法典）の編纂

——ケベック民法典における契約の新たな道徳からの教訓——

ジャン・ルイ ボードワン
平野 裕之／訳

[はじめに]

I 契約関係への次第に広がる介入 [の許容]

II 新しい契約道徳 (LA NOUVELLE MORALITÉ CONTRACTUELLE)

[III 大陸法とコモンロー]

[おわりに]

訳者あとがき

[はじめに]

[A ケベック民法典制定まで]

ケベックは、コモンローの大海原に存在するローマ法 [大陸法] の孤島のような存在です。なぜならば、[北アメリカにおいて] カナダの全ての州、ならびに、ルイジアナを除いたアメリカ合衆国はすべて、コモンローの英米法システムによっているからです。

ケベックは、私法について法典化された法体系を持っていますが、実際には、この2つの法体系が交じり合った混合的な体系であるといったほうがよいでしょう。事実、ケベック州に適用される公法は全体的に、刑事法、民事訴訟法の大部分、司法制度の構造はイギリス法の伝統 [な法制度] に由来しています。例えば、われわれ裁判官は、実務経験10年以上の弁護士の中から任命されますし、政治権力から完全に独立していますし、また、カナダ議会の議決によってのみ罷免されます。また、フランス法の伝統とは異なり、個人的な意見という形で、反対意見を表明することも許されています。

数十年前にあるケベックの法律家が叙述したように、ケベックは、ある意味では、「比較法の生きたモデル」なのです。

〔ケベックの〕経済発展が法典化された法体系の影響を受けてきた経緯を理解してもらうためにも、簡潔にですが、ケベックの法体系のこれまでの発展を説明しておきます。

ニューフランスが〔フランスから〕イギリスに譲渡された時には、北アメリカにおけるフランスの支配は、カナダのほぼ全土に及んでいただけでなく、ミシシッピ渓谷地域の全ての地域、現在のアメリカのルイジアナとテキサスを含むところのいくつかの州にまたがる領域にまで及んでいました。

イギリスから来た征服者は、1775年のケベック憲章によって、現在のケベックにあたる場所のフランス語を話す住民〔要するにフランス系移民〕らに、ローマカトリック教を行うことを認め、また、私法に関しては、パリ慣習法及びフランス王命からなるフランス法の適用を認めました。

そのため、この時代から1864年頃までは、〔ケベックにおける〕私法、人の法と財産の法は、フランスでは〔フランス〕革命とナポレオン法典の公布により廃止されてしまったフランス古法によって規律され、他方で、商事法や裁判法はイギリス法によって規律されていました。刑事法も後者に含まれるべきでしょう。

[B ケベック民法典の制定——古典的自由主義経済社会の民法典]

19世紀の終わり頃になって、法律家は、1804年のフランス民法典といった模範もあるため、〔ケベックにおいて〕私法の近代化がぜひとも行われなければならないと考えるようになりました。伝統的な慣習法は社会の現実には適合せず、経済社会の発展のためには好ましいものではありませんでした。〔そのため〕1866年に、下流カナダ民法典の名前で知られている最初のケベック民法典が作られたのです。

経済〔原理〕的には、この民法典は、いわば時代の申し子とでも言うべきものでした。というのは、この民法典は、まさに自由主義経済、レッセフェール

の契約思想に基づいていたからです。

例えば、成年者間の「取引においては」レジョン「による救済」は認められていませんでしたし、また、合意の瑕疵（錯誤、詐欺、強迫）はその認められる範囲はきわめて限定されていました。当然ですが、予見不能を理由とした契約の改訂などというものは認められていませんし、また、ボン・フォア（bonne foi）という概念の機能は非常に制限されたものでした。要するに、契約自由ということが絶対「的原理」であり、不公平・不公正な契約であろうと、殆ど法の救済は受けられなかったのです。でも、フランスの法律家であるフィエの「契約されたところは正義である」という言葉を思い出してください。このことは別にケベックに限ったことではなかったのです。

更に裁判所も、19世紀末から20世紀前半までは、保守的な解釈また民法典の文言通りの解釈をしようとする傾向が見られました。

以上のような簡単に説明では十分ではないことをお断りしておきますが、「これから」ごく簡単に、経済「原理」的な視点から、ケベック民法が経済の発展にどう対応していったのか、また他方で、こういった「ケベックの特殊な」状況の下で、最良の経済発展を実現するために、ローマ法の伝統を維持しつつ、特定の制度に「限って」コモンローをどのように取り入れたのかをお話していくことにします。

I 契約関係への次第に広がる介入「の許容」

[A 古典的自由主義経済下の民法]

変化が現れてくるのは、1960年の初めになってからです。立法については、これ以前には、民法典を変更するというには大きな躊躇がありました。その原因については法と経済的観点からはみるべきものは殆どありません。事実、下流カナダ民法典は、触れてはいけない一種の歴史的遺物と考えられていました。なぜならば、この民法典は、コモンローの領域における、文化及び政治といった観点からフランスそしてローマ法の伝統を残すものとしてシンボル

的な存在であったからです。決して博物館の展示品には触れてはいけないのです。

しかし、1960年代初めから、「静かなる改革」と呼ばれているところにより、立法者は、経済の自由主義に内在する規律及びその契約法の効果を修正しようと介入するようになります。例えば、1964年には、合意による法律関係における衡平をもっともよく実現するためのいくつかの規定が民法典に追加されました。特に貸付について、弱い立場にある契約当事者を「貸主による強い立場を」濫用「した不利益の押付け」から保護しようとしてきました。

〔しかし〕この時代になってもまだ、ケベックの判例は、全体的傾向としては、かなり保守的なものでした。こういった事情は、ケベックだけのものではなく、カナダのほかの州、とりわけオンタリオ州でも、類似した傾向が見られたところです。

若干の例外は除けば、相対的には、裁判官は、ほぼ完全に契約自由〔の原理〕を堅持しようとしていました。知らずに、錯誤で、また経済的に押し付けられて不利益な契約を締結してしまった契約当事者を保護するといったことは殆どなかったのです。

民法において知られている重大な原則、ボン・フォア (bonne foi)、権利濫用、公序良俗は、紛争の解決のために使われることはなかったのです。契約〔法〕について、権利の濫用が、判例による法創造により、当初は控えめなものでしたが、判例によって認められるようになるのは、もっと後になってからでした。

〔B 法令及び判例による変更の兆し〕

〔i 消費者保護法令の登場〕

初めて変化が現れるのは、また、衡平 (l'équité) に大きな意義が認められるようになる1970年頃になってからです。1971年には、経済〔原理〕レベルからみると、取引の広範な自由化及びより広いコントロールを認める点で特徴的な「消費者保護についての法律」がはじめて制定されました。立法により、消費社会とのその弊害についての批判を受け入れて、濫用的な広告が増加し、消費

信用が簡単に利用できるようになったことに対してコントロールを行い、また、製品の大量生産、大量販売に伴う弊害に対して対処しようとしたのです。

ここにおいて、哲学的、社会的、また、経済的な要請が明らかになってきました。

先ず、買主に従来よりも広い救済を与えて、不完全な商品、[合理的に期待される]性能を有しないというだけではなく、最悪のケースでは人または財産に損害をもたらす危険性のある商品が市場に流通することを防止することが必要だったのです。[これにより]メーカーの実験費用を買主が負担しなくてよくなったのです。更に、手続的には、製品が連鎖的な売買の対象になっている場合に、その製品の買主は、その直接の売主に対してだけでなく、直接メーカーに対して請求ができるようにする必要がありました。この立法の目的は明らかです。それは、弱い立場にある者のリスクを最小限にして、消費をめぐる関係を健全化することでした。

例えば、訪問販売や広告について厳しい規制がされるようになりました。とりわけ、広告に弱い子供などへの規制がされています。

[ii 判例における変更の兆し]

他方で、判例もこのような[時代の]流れにのるよう[な判決を出すよう]になりました。判例も、消費者にその権利が実効的に行使できるような救済を付与しました。クラビッツ対ジェネラルモータース [1979] 1 R.C.S. 790がこれについてのよい例です。

銀行の貸付及び担保については、判例によって、ボン・フォア (bonne foi) が債権者による貸付について重要な要件とされるようになりました (*Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122)。そしてついには、[判例は] フランス法に倣って、契約締結前の段階における情報提供義務を銀行に負わせるようになったのです (*Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554)。

[iii ケベック新民法典の起草から制定まで]

私の持ち時間は限られているため、1965年に着手されたケベック民法の再法典化の経緯については手短かに話すことにします。ここでは、民法改正局による

民法典の最初の草案が1977年に提案され、それを基礎にしつつ、最終的に1994年1月1日に新民法典が発効したことについてだけ述べておけばよいでしょう。

この最初の草案は、その時代としては進歩的なものであり、とりわけ、成年者間の取引におけるレジオンを一般原理として認めていました（給付の不均衡は、他方当事者による契約当事者の搾取であると推定されました）。しかし、1994年のケベック民法典ではこの「レジオンという」一般的な法準則は認めず、消費者契約及び無能力者によって締結された契約、未成年者と成年者間の契約といったように保護制度の下にある一定の契約にその「レジオンによる」救済を限定しました。

また、この当初の草案は、重要な経済取引についてですが契約の改訂権限を裁判官に付与しようとしていました。しかし、これもまた、1994年の新民法典には導入されませんでした。とはいえ、実務上は、当事者によって交渉して取り決められた「ハードシップ条項」がこれと同じ機能を持ち、また、有用性を有しています。

1977年の最初の草案が公にされると、数多くの法律家、とりわけ弁護士会と何人かのエコノミストがこの草案を批判しましたが、それは専ら、裁判官に広い自由裁量を認めることは、契約関係を不安定にするという根拠に基づくものでした。このような懸念は、契約について国家または司法による狭いコントロールしか認めない完全な自由主義経済においてでならば正当化できるかもしれませんが。実際には、1994年以来裁判実務はそのようには「懸念されたようには」なっていません。判例の全体的な傾向としては節度のあるものです。

II 新しい契約道徳 (LA NOUVELLE MORALITÉ CONTRACTUELLE)

新しい1994年のケベック民法典は、まさにこの新たな「契約」哲学に則って、いろいろな形で、契約法に裁判所がより強力なコントロールを行えるようになる概念や技術を導入することによって、当事者の行動を最も適切に規制しよう

としています。

そのような概念の第1がボン・フォア (bonne foi) です。

A ボン・フォア (bonne foi)

民法典の第6条は次のように規定しています。

「すべての者は、ボン・フォア (bonne foi) の要請に従って、その私法上の権利を行使しなければならない。」

これをより具体化して、民法典の第1375条は契約関係について次のように規定しています。

「ボン・フォア (bonne foi) は、契約当事者の行動について、債務の発生時点、その行使またその消滅の時点のいずれをも規律するものである。」

判例は、契約上のボン・フォア (bonne foi) を広く適用し、一切の契約にあてはめています。しかし、立法者は、このような一般的な規定 [を設ける] にとどまってはいません。[更に] このボン・フォア (bonne foi) の概念の適用といえる一連の規定が、民法典の全体に見られます。

例えば、民法典1437条は附合契約及び消費者契約における濫用的契約条項を禁止しており、1474条は違約金条項を制限し、また、1733条は、売買契約における免責条項を制限しています。

同様に、1437条によれば、裁判所は、濫用的と判断された条項を全面的に無効とすることも、そのような条項から発生する債務 [の内容] を制限するに止めることもできます。[但し、] この裁判所の権限は、すべての契約について認められているものではなく、附合契約及び消費者契約について認められているにすぎません。

また、附合契約または消費者契約における合理的な人間が読めないまたは理解できない条項は、ボン・フォア (bonne foi) に反するものとされています (民法典1436条)。

更には、これまた同じ [附合契約または消費者契約という] 契約類型ですが、「外にある」条項は、即ち契約で [別の約款などを] 参照しているにすぎない

条項は、契約締結時に附合者側が〔その別の約款などの内容を〕知り得なかった場合には無効となります（1435条）。

確かに、ボン・フォア（bonne foi）という概念は内容を確定する余地が残されています。というのは、ボン・フォア（bonne foi）には2つの意味があるからです。まず、契約当事者の行動に関係するものがあり、行為規範ということになります。第二に、主観的に、実際は違うのに、正当な法的状況において当事者が誤って信じてしまったということの意味をしています〔* 訳注 日本では善意と信義則と異なった用語が当てられているが、語源はbonne foiという1つの言葉。これはローマ法にまで遡る〕。

しかし、ケベックの裁判所は、2つのいずれの概念も認めつつ、ボン・フォア（bonne foi）の2つの意味のいずれで使っているのかを明らかにしていませんが、私には、行為規範としての意味のほうがより多く使われているように思われます。

B 衡平（L'équité）

ボン・フォア（bonne foi）が二重の意味を持つ概念であるのに対して、衡平はそれ自体漠然としたものです。一般的には、衡平とは、契約上の債務を杓子定規に適用することに問題があったり、効力が否定されるのを調整することを裁判官に可能とする道具〔概念〕です。従って、問題のある行為について不利益な扱いをしたりまたは苛酷条項の効力を否定したりするのではなく、合意の不均衡を調整しようとするものです。それゆえ、〔契約の〕公正さにかかわるものです。

衡平〔という概念〕のおかげで、裁判所は、契約道徳に基づいた付随的なコントロールが可能となります。ケベック民法にはこのような衡平の観念に基づくいくつかの規定があります。例えば1434条は、合意の内容は、衡平を考慮して確定されなければならない旨を規定しています。次のように規定しています。

「有効に成立した契約は、合意をした者を、〔契約で〕表示されたところだけでなく、その性質、慣習、衡平及び法律より導かれる一切の内容を義務付ける

ものである。』

裁判官に違約金条項のコントロールをする権限を認めたり、契約解釈についての権限も付与するのは、衡平という概念に依拠するものだと考えられます。また、2778条によって裁判所に認められている物的担保の実行を否定する権限も、この衡平という観念に依拠するものであり、また、正義に反する結果を避けるために、契約が無効な場合の完全な原状回復という原則に対する例外を認めたり、その〔原状回復の〕方法を修正するのも同様です。

契約における新しい道徳の原因についての一般原則に関して、最後に、権利の濫用にも言及しておくことにします。

C 権利の濫用 (L'abus de droit)

新民法典7条に規定される前は、権利の濫用というのは判例によって創造されたものでした。まず、相隣関係〔上の権利〕や所有権の濫用的行使について認められ、次いでこの概念は害意ある裁判上の請求に適用され、最後には契約関係にも適用されるようになりました。

現在では、権利濫用の余地のあるいくつかの場面を条文で明記したため、権利濫用の概念はもはや単なる判例法上のものではなく、立法の創造物になっています。

しかし、残念なことに1994年の立法によって解決されずに残った問題点については、判例の立場は分かれています。ある判決は、これは判例の一部に過ぎませんが、所有権及び相隣関係上の権利について、権利濫用による客観的責任〔*訳注 無過失責任のこと〕を認めています。これに対して、それ以外の判決は、権利濫用においても、フォート〔過失〕を〔責任が認められるための〕不可欠の要件としています。この問題は、最高裁判決によってあと数ヶ月後には解決される予定です（シーモン サン-ローラン会社対バレット事件）。

学説が指摘しているように、契約をめぐっては、3つの権利濫用という観念が考えられます。まず、当事者の一方が加害の意図を持っている場面に権利濫用を認めるということです。この解釈には問題を生じさせないでしょう。フォ

ートがあることは明らかであり、そのような行為は不利益な扱いをされてしかるべきだからです。

第2のものは、権利行使がその〔権利の〕目的に適合しているか〔により権利濫用を判断する〕というものです。主観的権利が当事者によって考えられた目的に反して行使されれば、濫用〔的な行使〕になります。

第3に、最後に一番要件の厳しい〔権利濫用〕基準があります。それは、契約当事者の行為が合理的な慎重かつ思慮深い者のための一般の基準に合致しなければ、権利濫用になるというものです。

最高裁判所が認めた概念は二番目のものであり、それは、既に言及したウール対カナダ国立銀行事件の判決においてです。

権利濫用の概念は、民法典の個別的な規定によっても認められています。例えば、個人が、権利濫用を隠蔽するために法人格を援用するといったような場合です（民法317条）。この場合には、〔権利〕濫用〔法理〕により、法人というベールを取り払い、法人の背後に個人の責任を隠してしまうことを阻止することが可能とされています〔*訳注 日本の法人格否認の法理〕。

また、使用者の悪意による解雇の場合には、権利濫用をストレートに適用〔し解雇を無効と〕することができます。これにより、単に退職についての損害填補や精神的、経済的、また制裁的損害賠償を得るという以上の保護が得られます。

その他にもまだ民法典に権利濫用概念を認める例を挙げることができます。とりわけ商事契約について、また、解除に関係するものです。これらを全て列挙するのは大変です〔のでやめておきます〕。

[Ⅲ 大陸法とコモンロー]

[A 大陸法とコモンローの比較]

ボン・フォア (bonne foi)、衡平及び権利濫用は、ケベックの法律家が契約についての新たな道徳と呼ぶところの3つの柱を構成しています。

このような契約実務における新たな観念は、裁判官にかなり広く自由な権限を認めるものであることは明らかであり、一般的には、ケベックの判例を見ると、[裁判所は] その任務を十分に果たしており、また、心配されていた行き過ぎは見られていません。

[最後に] 比較法について大雑把に言及してこの講演を終えることにします。本日最初に述べましたように、ケベック民法は、[大陸法と英米法の] 混合した体系を持ち、専ら新民法典制定後ですが、コモンローに由来する制度を実定法に導入しています。

取引や経済といった観点からは、コモンローは、[大陸法よりも] われわれが属するところの移り変わりの激しい社会に適しており、また、柔軟な制度を提供するものであるとよくいわれています。それゆえ、コモンローのほうが、取引実務また経済の適切な発展を確保するのにはよりよいともよく言われています。

確かに、ヨーロッパの法システムの歴史からわかるように、コモンローは、少なくとも伝統的には、実務から発展してきました。即ち、取引実務に基づいた、また、それゆえに柔軟で実務に即した実務家[が中心となった]法です。これに対し、ローマ法に由来する民法は、普遍的な法として設定され、一般原理に依拠し現実との接点を失う恐れさえある理論家[ないし学者中心]の法です。しかし、この2つの法システムは、[現代では] 相互に近寄る傾向が見られ、このことは文献でも指摘されるようになってきています。

[一方で] 益々、コモンロー諸国では、法を法律に明記しようとし、実定法法源に重きを置くようになっていきます。他方で、[大陸法の]民法諸国において、判例法源の重要性も否定できないところです。

[B ケベック新民法典におけるコモンロー制度の導入]

ケベック [新] 民法典は、コモンローの制度を数多く取り入れました。なぜならばその実務的な有用性が高いからです。

簡単に2つの例を挙げておきましょう。それは、信託 (trust) と動産抵当

(chattel mortgage) です。

[i 信託]

信託は、信託的継伝移転は別にして、伝統的な〔大陸の〕民法には知られていないものであり、同じ目的物ないし同じ財産全体について、(コモンローとエクティティのタイトルとに) 物権に複数の帰属者がいるなどということは、ありえないとまではいいませんが、認めがたいものでした。〔大陸法の〕民法では、所有権は1つであり、分裂などありえないものでした。

しかし、トラストが成功しているということによって、このコモンローの制度が経済的には非常に重要な道具であることが明らかになりました。相続トラストのように多くの国で税金に対処するために都合のよいものとは別に、トラストは、商事債権者に興味深い担保として役立ちます。

いわば、一方で所有権という伝統的な民法上の概念を尊重しつつ、他方で、非常に有益な法的仕組みを保有したいという思いとの板ばさみになり、ケベック民法は、1262条以下に信託制度を導入しましたが、依然から知られている民法の概念に接木をするような形で行いました。〔信託に〕提供される財産という概念を設定することがそれであり、〔この概念によって〕特定の目的のために役に立つように、ある財産ないしある財産全体を分離することを可能にしたのです。

論者によっては、この立法は適切ではなく、イギリスの伝統的なモデルそのものをそのまま導入すべきであったと主張しています。しかし、この問題について判断を下すのはまだいささか早いのではないかと思います。

[ii 動産抵当]

2つめの例は、占有を伴わない動産抵当権です。これはコモンローにおける「動産抵当 (chattel mortgage)」によく似たものです。1994年以前には、〔民法上〕不動産のみが抵当権の対象になっていただけでした。但し、民法には、占有を奪うところの動産質権というものがありません (今もあります)。ケベックの立法では、これに別の担保制度を付け加えたのです。それは、民法典2696条以下によって規定され、信用のための重要な道具になっています。しかし、民法典

2683条の文言によりますと、法人と事業を行っている個人のみがこの占有を奪わない動産抵当権を設定できるにすぎません。更には、これは書面によって設定されなければならない、また、適式に公示がなされなければならないことになっています。

[おわりに]

簡単すぎてまた不完全な概観でしたが、まとめとしていくつかの確認をしてみたいと思います。

先ず第1に、ケベックにおける事例は次のようなことを示しています。法は変化の激しい経済社会の実態に適合しうるものまたすべきものでなければならないということであり、これはとりわけ取引が国際的になっている現代にあてはまるものです。[もう1つは] 契約 [法] の安定性を危うくしない新たな契約道徳の内容を立法または判例により明らかにすることは可能だということです。ちょうどよいさじ加減にしておくことが大切です。

現代の契約は、19世紀の契約とは似ても似つかないものになっています。それは、経済取引の国際化そしてその重要度の変化故にです。

第二に、ある所ではしばしば法典化された民法に対する批判がされていますが、それは正当なものだと思いません。法典化された法だからといって、柔軟性を失った法であり変化の激しい実社会に適合しないというべきではなく、発展していく可能性のあるシステムであると思います。

最後に、預言者になろうというつもりは毛頭ありませんが、近い将来において、新たな経済結合体が登場することにより（例えばヨーロッパのように）、大陸法とコモンローの差が小さくなっていくでしょう。日本は、私の知る限りでは、このような [大陸法とコモンローの融合といった] 点について参照されるべき1つのモデルではないかと思われます。

【訳者あとがき】 ここに訳出したのは、2008年9月26日に慶應義塾大学で行わ

講演（ボードワン）

れた、慶應義塾大学大学院法務研究科主催の講演会におけるボードワン ケベック控訴院判事(兼モントリオール大学法学部教授)の講演原稿である。講演では、この前後に社交辞令の挨拶がされているがこれは省略している。また、講演では、時間の関係で原稿を省略した部分が数多くあるが、ここでは省略された部分を含めて原稿を全部訳出している。また、講演に際して追加・変更された部分については講演を優先させている。