



Title	強迫判定基準としての理性人（法学史管見）
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 481-508
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16617
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p481-508.pdf



強迫判定基準としての理性人（法学史管見）

小 菅 芳太郎

学説彙纂の強迫に関する第四卷第二章(D.4.2)は、⁽¹⁾法務官告示の元来の文言「暴力visまたは恐怖metusにより」から「暴力」の語は削られた次第を述べるウルピアヌス告示註解からの抜粋で始まり(第一法文)、⁽²⁾続いて要件論に移る(第三法文第一項から第九法文初項まで)⁽³⁾。後世の分析概念を借りれば、主として威嚇害悪の重大性(erblich bedeuend)に関する例示(死および身体責苦のほか、⁽⁴⁾繋鎖、監禁、奴隷化、凌辱、等。但し訴追、破廉恥は別)が、恐怖の理由具備性(gegründet:理由なき極例として強迫行為の存在せぬ恐怖)、さらに違法(ungerecht)な強迫、現在の恐怖など他の要件の議論と混線しながら展

開される。このウルピアヌスおよびパウルスからのカズイスティク法文(第七および第八法文)の前に、ごく短い次の二法文がある(第五および第六法文)。

D.h.t. 5 (Ulp.): 「ラベオ曰く、恐怖とは単なる危惧ではなくて、⁽⁵⁾より大きな害悪 maior malitas に対するものと解すべしと。」

D.h.t. 6 (Gai.): 「然れども恐怖は空虚な人のそれではなくて、最恒常人 homo constantissimus に生ずるも当然な恐怖と我らは言はん⁽⁶⁾」

右のいはば一般的基準は、とくに最恒常人基準の方は、ロオマ法大全の法源状況の中では孤立してをり、古典法曹がこの概

料 念を繰返し吟味し内容を充実していった実証的形跡は存在しない。⁽⁷⁾なほ、この点につき（結論の如何に拘らず）関係法文として後世から注目される次のものが別の章にある。

D.4.6.3 (Ulp): 「恐怖による不在者と観せられるのは、死の、または身体的的責なる正当な危惧の故に不在なる者である。この点は本人の気持 affectus からわかる。しかし、いかなる脅威にせよこれに捉はれて危惧しさをすれば足りるのではなく、この事柄の吟味は裁判者に属する。⁽⁸⁾」

大略右のやうな法源状況に対して以後の法学はいかに対処したか。

教皇令集は最恒常人基準の表現を最上級から原形（恒常男 (夫) *constans vir*）に直した上で、これを実務に対する指針としてゐる。主な登場分野はまづ宣誓事件であり、市民法（ロオマ法大全）法源での危害典型たる「死および身体責苦 *metus mortis vel cruciatus corporis*」等がそのが具体化として示される。次は、強制婚事件であり、恒常人基準の適用は諸事情の考慮と一体をなしてゐる。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾⁽¹³⁾

バルトルスの次の定式的理解は教皇令集の右記の経験と無縁ではないであらう。⁽¹⁴⁾

「恐怖とは恒常男に落ちかゝるそれと解さる。死の、身体責苦の、奴

隷化の、あるいは貞潔の、恐怖のやうに。但し、その他の軽い恐怖、いらだちや破廉恥のそれは別である。」

人文主義法学ドネルスも、教皇令集やバルトルスを承けて恒常人基準の具体化から始める。

「本告示、諸法律により保護されるのは単なる恐怖ではなくて正当恐怖 *instus metus* だけである。D. 4. 2. 7 in fine……空虚な正当なる *vanus et non instus* 恐怖はおよそ恐怖と解されてはならず、ケルルス D.42.1.13pr. 空なる危惧は評価されず、の意見は当然である。定義上、*metur*（危険を恐れる）のでなければ恐怖は存在しない。真の危険ならぬ危険は誰が危険と想像しやうとも危険ではない。……」

正当恐怖の定義は *De od. 6* によれば空虚人の恐怖ではなくて、最恒常人に生ずるも当然のそれ *metus qui merito in hominem constantissimum cadat* である（註六）。この答へ方は正当恐怖は何かとの問の対して正確ではある。しかし「事柄の実質に迫るべく」空虚ならざる人に生ずる恐怖とは何かと問ひ直してみたところで、不明確さがそれだけ減るわけではなく疑点は同じままだ。だとすれば、この点は恐怖を惹起した害悪ないし危険の種類 *genus* によって評価さるべきことになる。つまり、本告示に属する恐怖、即ち我が正当恐怖と呼ぶものは、*De od. 5*（本稿注5）によればより大きな害悪の恐怖 *timor maioris mali* と定義され、この方が事柄の実質に近づく。但しこの定

義でも種類が拡がればそれだけ不明確になってしまふ。したがって我らはこの種類の害悪のうち市民法上識別されたもの *seruus* を附加へよう。さうすれば我らは事柄を明確に確定しうる。最も正当な恐怖、即ち明確に本告示に属する恐怖を惹起する害悪内容として争なく確定してゐるものは二つあり、死なない生命危険と、身体責苦とである。

これは若干の勅法の定義からもわかる。C. 2. 19. 7; C. 2. 4. 13 (以上本稿註 4); C. 4. 44. 8. …… (以下カズイステイクは省略)⁽¹⁶⁾

カノニストによる註釈ないし註解の類は私には直接には不明であるが(註 11 参照)、十六世紀末のスペイン・スコラ Sanchez は、例へば強制婚事件に際して、恒常人基準を一般的準則として堅持する反面その枠内では広い裁量の余地が残されるやうにこれを使ひこなし、このやうな「恒常人」は既に現代的な平均人・通常人であると同時に、諸事情の中で具体化される限りは個別的具体的人間であつたやうである。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

普通法(広義)の諸文献における論調も大筋は同様と思はれる。例へば Voet(十七世紀末)は、強迫による原状回復の第一要件としての違法性に就いて：

「11 恐怖は正当 *iustus* 即ち十分に重大 *satis gravis* でなければならぬ。《恒常人に落ちかゝるも当然なる》もの、《空虚な危惧には免責な》 D. h. t. 6; 7; D. 50. 17. 184. 《単なる脅威によりて危惧せるは

足らず》 D. 4. 6. 6. 但し、何が十分に重大な恐怖なりやハ人人の年令、性別、または状態に依じて、評価さるべきである。したがつてこの種の事柄、つまりどんな恐怖が間違ひなく十分なものであるかは裁判者の審理・裁量に属する。上記 D. 4. 6. 3. Menochius; Andr. Gayl; Brouwer. 勿論死の、健康喪失の、身体傷害の、汚辱の、奴隷化の、繫鎖の、許されぬ私的な監禁の、恐怖が十分なものであることは誰も疑はぬ。D. h. t. 3; 4; 751; 851. 2; 22; 2351; C. 2. 4. 13」⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

ポチエは、強迫を専ら意思瑕疵制度とみて弱者保護を強調するドマに倣つて、次のやうに最恒常人基準を、ロオマ法のいはば玉に疵だと批判する。⁽²⁰⁾

「……如上のロオマ法の諸原理は実に正しく、それ故、自然法に受容されてゐるが次の一点だけは別である。即ち、自由欠如の故に契約を損はしめるに足る恐怖としては、最も勇氣ある人に刻みこまれるそれ以外は認めぬ、といふ原理は嚴格すぎるから、我らのもとでは文字通りに追隨されてはならず、この事柄では人々の年令、性別、状態が顧慮されねばならぬ。熟年の人や兵士の精神をおびやかすには足りず、したがつて為された契約を破棄せしめるにも足りぬと判断されるやうな恐怖でも、女性や老年者の場合には十分と判断されるのだ。

見よ、Brunneman ad D. 4. 2. 6」

右のポチエの論調は、カノン法学・倫理神学・普通法学にお

ける恒常人基準の既掲のやうな柔軟な活用成果の中に置いてみれば、その僅か一面を伝えるものにすぎないのであるが、この部分がそのまま民法典一一二条(後註25)に第二項として採用されることになる。然らばポチエからは窺ひえぬ恒常人基準活用の消息を求めて、のちの民法典同条第一項の「理性人」の表現の由来を尋ねると、いづれにせよ十八世紀のフランス実務では、正当恐怖の同義表現として *crainte raisonnable*(パリ最高法院、一七七二年判決文) が、とくに恒常人の同義表現として民法典と同じ *homme raisonnable* (カンソ法実務辞典、一七七〇年) が、現れてゐる：

「……しかし、あらゆる種類の恐怖が婚姻障碍として無効を齎すのではない。この効果を生ずるのは理性的かつ恒常的人間 *homme raisonnable et constant* を揺がしうる恐怖のみである。(加へられたる恐怖につき、恒常男にも降りかかりえたやうな恐怖が加へられたりや、入念に審理すべし) X. 4. 1. 28 cap. Consultation: [本稿註10] : X. eod. 15 cap. Veniens [同上]。かかる恐怖は、*gl. in c. Dilectus. X. 1. 40. 6 [註9]*によれば、肢体毀損の、長期監禁の、名譽または財産喪失の、奴隷化の、または何らかの著しい苦痛である。前記教皇令の入念に審理すべしの言葉は、裁判官は当面の恐怖ないし暴力の諸事情、性別、年令、人物、場所、等々を注意深く審査すべしとの意である。

この点については恐怖の種類を区別せねばならぬ…あるいは、恐怖が、と博士たちは述べるが、恐怖が内的かつ自然的原因から来る。例へば病氣による死の恐怖、嵐による難破のそれ、等。あるいは、恐怖は外的かつ自由な原因から来る。前者の恐怖の場合には、婚姻は合意欠如による無効とはならぬ。Arg. cap. sicut nobis de regularib. ……」⁽²³⁾

したがつて、法典起草委員ビゴ・プレアムヌウが千百十二条提⁽²⁵⁾案理由を次のやうに述べる時、それは法学史の伝統の忠実な再現であつたやうに思はれる：

「契約する自由を奪ふ暴力の特徴は、ロオマ法律によれば、空虚人のそれではなくて最恒常人に生ずる恐怖、ヨリ大なる害悪の恐怖、現在の恐怖、自身または卑属の恐怖である。D. 4. 2. 5. : 6. : 8. : 9. 最恒常人の表現は、かつは、暴力はそれが理性人 *persone raisonnable* を揺るがすやうな性質のものたる時に存在すると宣言することによつて、かつは、審理に当たり人々の年令・性別・状態を顧慮すべしと裁判官に命ずることによつて、真実の意味 *veritable sens* へと翻訳されたのである。」⁽²³⁾

ところで理性人基準とその活用としてのポチエ文(被迫害者の状態の考慮)とは、民法典一一二条の両項として定式化されて法学史のコンテクストから切り離されてみると、相互に対立

するものと解される余地を生じた。曰く、ポチエはロマオの最
 恒常人基準を却け、被迫者個人の特性の考慮を主張してゐたの
 に、この相反する両命題を法典起草者は、前者の表現を理性人
 に緩和しただけで、「不注意にも」両方とも同時に敷衍してし
 まつた。抽象類型（外部的同一状況における）を引照基準とする第
 一項（抽象的評価）と被迫者個人を基準とする第二項（具体的評
 価）とは「矛盾」しており、後者が解釈上「優先」する、と⁽²⁷⁾、⁽²⁸⁾。か
 くて、いずれにせよ、「理性人」は、以後、諸国の強迫立法・学
 説には継受されずに終つた。判例・学説が具体的評価に努める
 限りでは古法伝統と実質的に変りはない以上、事は理性人の用
 語法または表現使用の問題にすぎぬのかもしれない。しかし、
 法的評価における諸事情の選択衡量といふ勝義の法学的作業の
 結晶が「理性人」であつたのだから、少くも法学教育上は一考
 を要する問題ではなからうか。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

(一) 春木一郎(訳)「学説彙纂 PROTAS」(一九三八)より、

関係部分(後註3)を転載する：

三 ウルピアーヌス(告示註解第十一卷)：一 茲に

謂はゆる暴力とは無法にして之を用ゐるは善良の風俗に
 反するものを意味し政務官が適用に用うるもの即ち確定

の規則若は政務官の有する職権に因るものは暴力に非
 ず。然れども「羅馬国民の政務官又は地方長官が」如何
 なる場合たりとも違法の行為を為したるときはポーム
 ポーニウスは此の告示の適用ありとし、曰く例へば法務
 官が人に死刑又は笞刑の威嚇を加へて以て金錢を強取し
 たるよきの如しと。

四 パウルス(告示註解第十一卷)予の思惟する所に
 依れば人をして奴隸たらしめらるるの恐怖を懐かしむる
 こと其の他類似の害悪も亦暴力中に入る。

五 ウルピアーヌス(告示註解第十一卷)ラペオーは
 曰く恐怖とは単に危惧の意に非ず特別重大なる害悪に対
 するの畏怖なりと了解せざるべからずと。

六 ガイウス(縣告示註解第四卷)然れども此の告
 示に謂ふ所の恐怖は怯懦なる人のみが感ずるものに非ず
 して極めて堅固なる意志を有する人も感ずべしと思はる
 るものと解せざるべからず。

七 ウルピアーヌス(告示註解第十一卷)ペーヂウ
 スの著第七卷に曰く此の告示は名譽毀損 [Infamia 破廉
 恥] に対する恐怖を包含せず又苦痛に対するの恐怖は、此
 の告示に依る原状回復の理由と」ならずと。之と均しく

或神經質者が實際は恐怖すべき事に非ざるに理由なく恐怖したるときは此の告示に依り原状回復を得ざるべし何故となれば暴力又は恐怖に因るの行為なればなり。一又盜行、姦通其の他の凶行に際して捕はれたる者が物と与へ又は債務を負担したるときはポームポニーウスがその著第二十八卷に正当に説けるが如く此の告示の救済を受くることを得、何政となれば其の者は死刑又は監禁 [vincula 繫鎖] の恐怖を感じたればなり。固より吾人は「姦通者又は盜漢が凶器を以て自ら防禦する場合の外」決して之を殺すことを得ず、然れども縦ひ之を殺すは違法なるも尚、其の殺さるることあり得べきが故に此等の者の恐怖は理由あり [ustus metus] と云ふを得ん、又右の如き者が逮捕者の告発を阻止せんが為めに之に何物かに於ける権利を移転したるときは其の者は此の告示に依りて救済せらるべし何故となれば若し告発せらるれば上述の制裁を受くべければなり。

八 パウルス (告示註解第十一卷) 右の如き場合には発見者は固よりユーリア法の適用を受く何故となれば姦通の発見に対し緘口料として或物を收受したればなり。然れども法務官は此の発見者をして其の收受したるもの

を返還せしめんが為め干渉することを要す、何故となれば右の場合に於ける收受者の行為は善良の風俗に反するのみならず法務官は交付者が姦通者なるや否やに重きを置かず唯、收受者が交付者に死刑の恐怖を起さしめて財物を取得したるの事実に重きを置けばなり。一 予が金錢を与ふるに非ざれば予の身分證書を奪取せんと威嚇して予より金錢を收受する者は予を強迫して極めて大なる恐怖心を起さしめたるものなること疑を容れず例へば予が現に奴隸なりとして訴へらるるに当り若し身分證書を失ふときは予は自由人なりと宣言せらるることを得ざる場合の如し。二 若し「或男子又は女子が」淫行の凌辱を受けざらんが為め物と与へたるときは此の告示は其の者を保護す何故となれば善良なる人に対しては此の種の恐怖は死の恐怖よりも重大なるべければなり。三 以上に説きたる告示の適用ある場に付ては恐怖が自己の為めなるか又は卑属の為なるかは問ふ所に非ず何故となれば尊属は其の卑属に対するの愛情に因り自己の為めよりは卑属の為めに恐怖を感じること寧ろ大なるべければなり。

九 ウルピアーヌス (告示註解第十一卷) 恐怖は現在

のものたることを要し将来発生すべき疑あるものに非ずと了解すべし、是れポームポーニウスの著第二十八巻に記せる所なり。ポームポーニウスの意は恐怖は激発せられたる恐怖「metus illius 現実に加へられたる恐怖」即ち他人より激発せしめられたる畏怖」なりと了解することを要すと云ふに在り。ポームポーニウスは之を敷衍して今予が武器を以て攻撃せんとする者あるを聞きて予の住地を棄てたるときは此の告示の適用ありや否やを論じ且つ曰くラベオーの見解に據ればこの場合には此の告示の適用も無く又暴力に関する特示命令の適用も無し予は駆逐せらるることを待たずして逃避したるが故に暴力に依りて駆逐せられたるものと認むることを得ずと。ポームポーニウスの記す所に據ればラベオーは尚、武器を携ふる者が進入したる後に予が逃亡したる場合は異なる、此の場合には実に此の告示の適用ありと主張せりと云ふ。又ポームポーニウスは曰く若し汝が一団の人々を集め暴力を以て予の土地に建築を為したるときは暴力又は秘密手段に依るの特示命令も此の告示も共に適用あり何故となれば要するに此の場合に於ては予をして汝の行為を忍容せしめたるは汝が予に恐怖を起さしめたる為めなれば

なりと。又若し予が暴力を受けたる為め汝に占有を交付したるときはポームポーニウスは此の告示の適用ありと説く。 —……

(2) まづ、従前の告示文言における両語の使用につきウルピアヌスは暴力の語の使用理由を「意志に課せられた、意志に反対の、必然」と述べ、さらに学説彙纂の強迫の章以外にあるウルピアヌス文「暴力ないし恐怖ほど合意に反対なものはない」(D. 50. 17. 116) も元来は同じ文脈中にあつたものと考へられるので、現代の研究者は、暴力は強迫制度に関する限りは意志ないし合意の観点から取扱はれてゐたと結論する (Hartkamp Der Zwang im röm. Recht (1971), 104ff.)。次に現在の告示文言における暴力の語の削除につきウルピアヌスの理由説明は「蓋し、激しい暴力により為されしことは恐怖によりても為されるから。」と舌足らずだが、後続法文「したがつて本告示の規定は暴力をも恐怖をも含む。暴力により強制されて (vi compulsus) 為したるとき本告示により原状恢復せらる。」(D. 4. 2. 3 pr) からすれば、両語は心理的強制 (後世の vis compulsiva) なる同一事実関係を両面から示すにすぎず、暴力は恐怖と同義だからである。

古典法曹による可能な限り簡潔な定式化追及の結果であるが (Hartkamp, 6 ; 8 nn. 24 et 25) 思想的背景は前述の合意主義の成熟にもよるとなる。

- (3) cf. Kaser Das röm. Privatrecht I (1971) 243 n.12. これ以下の後続部分、即ち四卷三章の大部分は、(本稿の扱ふ要件論ではなくて) 効果論、法手段論(参照、原田慶吉、日本民法典の史的素描、五二頁以下)。

- (4) これはデオクレチアヌス勅法にたくに現れる定式化なので若干を補ふ：

C. 2. 4. 13pr (Diocl. 290) : 恐怖の故に為されし和解は有効とは認められずと永久告示は言ふ。但し、いかなる恐怖にても合意により締結されたところを破棄するに足る、のではなくて、一身の危険または身体の責苦 salutis periculum vel corporis cruciatusを含むやうな恐怖が証明せらるべきである。

C. 2. 19. 7 (Diocl. 293) : もし、贈与、和解、問答契約、その他契約債務につき作成された証書が、死または身体責苦の恐怖 metus mortis vel cruciatus corporis あるいは頭格刑の脅威により強取されたときは汝は屬州総督のもとに赴きこれを証明するを得べし。これを有効と認む

るは告示規定よりして許されず。

- (5) D. eod. 5 (Ulp. 11ed) : Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis. 本文の malitas の語は、シリカ法典の kakotheteia に徴して真正であるが常用語ではないため、後世にはアリストテレスの phobos meizonon kakon による malum の語を宛てたものがある(例へばマネルス、後出)。

- (6) D. eod. 6 (Gai 4 ed. prov.) : Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. 恒常人にのみアリストテレスまたはストアの aner spoudaios とし関係が指摘される (cf. Hartkamp 27 n. 3 ; Kunkel SZ 45 (1925) 344 ; Wieacker TR 43 (1975) 309 s.) など、
 404b : Inst. 4. 6. §33 : tam magna causa iusti erroris ut etiam constantissimus quisque labi posset.

(7) Hartkamp 28 : 「最恒常人の概念を古典法学に属せしめることが許されるなど、ありさうもない。この概念では、実務でヨリ詳しく精密化でもせぬ限りはやつてゆけない。いかなる時にこの上なく確固 standhaft たる人」と言へるのか。ある者の確固さは別人のそれとは全く異

なる次元にあるのではないか。ある者から或る一定の強迫に対する抵抗を期待しうるか否かは全く諸事情、即ち威嚇の重大さ、その実現蓋然性、被迫者の情意状態（Gemütszustand）等に依存する。かういったことは、最恒常人のやうな概念の導入を以てしては解決しえぬカズイ・スチックな問題であつて、たとへばオロモ古典法曹でもさうだつたに違ひない。ドイツのパンデクテン法曹でさへもこの概念で作業しようとしなかつたことが注目されるべきである（原註 *Vgl. z. B., Savigny 3, 107; Brinz I (2. Aufl.) 421; Dernburg I (8. Aufl.) 182; Windscheid I (9. Aufl.) 418 Anm. 6 [本稿後註 21] ……*）。」本概念の古典性に対する疑問の一層重大な根拠として D. 4. 6. 3.（次註）は次のやうに位置づけられる。「この法文では、強迫の客観的要素とその被迫者における効果たる主観的要素との間の関連が回復されてゐるが、同時に他方では、この効果が実際にはなにか主観的なものと解されてゐることも人目を惹く。恐怖が正当化され（したがって有意味である）るか否かは被迫者の情意的状態によつて判断されてゐる。結局のところ、威嚇害悪の重大さもまた絶対的尺度で測られるのではなくて、裁判者の裁量に帰する

ことが強調されてゐる。」（Hartkamp 29）

これに対して「ヨリ大きな害悪」の基準の方は、威嚇害悪重大性の客観的要素に配されて、好意的に扱はれる。「最恒常人概念の場合とは違つて、一連の諸事案の中でヨリ詳細に規定され具体化されてゐるのだから、その表現の一般性の故に古典性を疑はるべきではない。本概念は実務上の一般的基準としてラベオにより創始されウルピアヌスにより受容され、カズイ・スチックの中で必要な精密化を施されてゐたものと理解してよい。」とされる（Hartkamp. 31）。

最恒常人概念を別とすれば、「Ulp. D. 4. 6. 3 からわかることは、古典法曹は事案から事案へと決定したのであつて、眼前の事案をそれ自体として観察したのであり、決定に當つては多様な具体的諸事情—被迫者の身体的心理的構造、彼にとつての威嚇害悪の重大さ、威嚇実現蓋然性、等—を勘案したのだ。」（Hartkamp. 40）

(8) D. 4. 6. 3 (Ulp. 12 ed) : Metus autem causa abesse videtur, qui iusto timore mortis vel cruciatus corporis contentus abest : et hoc ex affectu eius intellegitur. sed non sufficit quolibet terrore abductum timuisse.

sed huius rei disquisitio iudicis est.

(9) X. 1. 40. 4 恒常男にも生じた恐怖によって、聖職祿放棄を宣誓し、かつ放棄したる者はこれを取戻請求するを得。イノケンチウス三世よりリンカンの首席助祭および副助祭へ。C 所在の親愛なる息かつ師から我らの聴聞に達したるところによれば、C 教会を教皇座の承認により合法に取得しその後平穩に占有してゐたのに、君候の重大な恐怖によつて放棄宣誓を強制され、かつて同教会が帰属した者たちの手中へと放棄した、と。しかし暴力または恐怖より為されしことは堅固さを欠くべきであるが故に、同師が、恒常男に落ちかかりえたやうな、またさうに違ひない恐怖によつて放棄すべく強制されしを汝らが確定せるときは、上記宣誓の存在にも拘らず、蓋しそは取戻請求ではなくて放棄のみへ拘束してゐたものなるが故に、汝らは前記教会を、教会譴責を以て、およそ上訴による妨害を禁じて、彼に回復せしむべし。

X. 1. 40. 6 恐怖を蒙る者は、恒常男に生じうるやうな恐怖に非ざれば、保護なし。イノケンチウス三世よりA司教へ。……シト才会則を順守すべきこと、当該教会の彼らの教団への移転を妨げざることにつき誓願ならびに宣誓が

為されしことは確定され、しかも両内容の履行とも永遠の救済を損ふものにはあらぬ以上、我らは偽誓への道が開かれるは欲せぬが故に、加へられたりと称せられる暴力にも拘らず、蓋しそは死の恐怖をも身体の責苦をも含まず、したがつて恒常男たちに生ずる苦なかりしものなるが故に、而してまた彼らが陥入れられたりと称する悪意にも拘らず、蓋しその悪意はシト才会修道士たちを欺くためといふよりは彼らの愚直さへと曲げられたるものなるが故に、回復請求につきは向後一切沈黙が我ら兄弟の合議に基き判決によりて課さるべし。

(10) X. 4. 1. 15 将来の婚姻約束 *sponsalia de futuro* は、身体結合 *copula* 後続するときは、現在の婚姻合意 *sponsalia de praesenti* によりて解消されることなし。身体結合なきときは現在の婚姻合意が有効。但し、現在の婚姻合意が、恒常男にも惹起されうる恐怖 *metus qui potuisset cadere in constantem virum* により締結されしときはこの限りにあらず。アレクサンデル三世より。本書面の持参人Gが我らに報告するところによれば、某男が某女をその家に迎たが同女は彼の男子を儲け、かつ多数の面前で妻に招くべき旨の信義〔約束〕を与へられてゐた。とかくするうち、同男が隣人の

家で一夜を過ごしたとき、その夜隣人の娘が同男と結ばれたが、娘の父が彼らが一つの寝台に一緒にゐるのを見つけて、彼が現在の語で彼女と婚姻合意する *Per verba de presenti desponsare* のやむなきに到らしめた。さきほど我らのもとへ出頭した者が、いづれの女の方に男を付かしむべきか我らの意見を求めてゐるが、信義を与へた後で第一の女を知ったのか否か我らには全然わからないが故に、以下の如く汝に命ずる。事の真理を入念に調査すべし。而して、第一の女を信義付与の後に知れることと判明するときは男を同女と共に留らしめよ。然らざるときは第二の女のもとに、但し恒常男にも惹起されうるやうな恐怖に強制されて彼女と婚姻合意したのではない限りは、妻たる同女に附かしめよ。（参照、吉田道世訳、久保暹記・西洋法制史料選II中世、三二五頁）

X. 4. 1. 28. 婚姻に合意せるを否定する女は、もし夫が反対証明するときは、信用せられず。但し、恒常男にも生じうる恐怖によりて合意せるを証明するときはこの限りにあらず。ホノリウス三世よりB司教へ。汝の問合せに我らは簡明に返書す。女が仕来りに従ひ教会の扉の前に婚姻締結者と共に来り、そこで異議を唱へて決して婚姻に合意はしな

かつたと確言するとき、相手方が合法に反対を証明するならば、同女の言分は聴かるべきではない。蓋し、同女の単なる確言が合法適切なる証人に優越すべきではないが故に。しかし、祝福受領後直ちに身体結合以前に相手方より逃れ、かつ確言して、決して相手方に真実に合意したることなく、恐怖を加へられ強制されて心底は不同意なのに合意の言葉を発したのだと申立てるときは、聴聞が無下に拒否されるべきではなく、加へられたる恐怖につき入念に審理されるべきである。そして、恒常男にも落ちかゝりえたやうな恐怖が加へられたと判明するときは聴聞されても不当ならざるものとする。

(11) *Heimholz, Marriage litigation in medieval England* 1974, 93n. 70には中世カノニスト達が恒常人基準の適用に当り諸事情を重視した点の説明として次の引用がある：*Innocent IV ad X. l. 40. 6 : et si negetur iustus metus, arbitrio iudicis relinquuntur. Raymond Summa IV tit. de impedimento violentiae : Et sic iudex, secundum diversitatem personarum et locorum iudicabit qualis sit metus, et iudicabit matrimonium aliquod aut nullum. Hostiensis Summa Aurea : Breviter, bonus*

index examinabit, et determinabit, inspecta qualitate personarum inferentium vim, et patientium 「被迫者の個人的資質」、*et violentiae seu coactionis loci et temporis, et assiduitatis minarum ratificationis expressae vel tacitae vel continuationis dissensus.*

(12) 十四世紀ヨオク大司教裁判所の訴訟記録には証人尋問の中で恒常人基準に言及されたものがあり、Helmholz, *op. cit.* p. 221 から転載する：

Pensthorp v. Waldegrave (1334) : R (Wの息) は宣誓の上、本記録簿に付された諸項目 *articuli* につき入念に尋問さる *interrogatus*. 曰く、J (Pの息) は四年来、また E (Wの娘) は美の姉妹ゆえに誕生時より、知ってゐると。J と E の婚姻締結に先立ち J 男に対し E 女ないし同女の側から諸項目 *articuli* に記載の如く暴力および恐怖 *vis et metus* によつて為されしことにつき知るところありやと尋ねられて曰く、J 男にはわが姉妹 E 女と逢ふ瀬ありとの噂を聞いた。曰く、とりわけ、来る繫鎖の聖ペテロの日の翌晩に E 女の父 W の館に J 男が来る筈と某女が言うのを聞いた。曰く、自分は、当日暗夜の中を J 男がわが父の館への到来に気づいた時、庭のはづれの

パン製造所に急行して戸を乱打した。曰く、踏みこむや否や J 男が自分に立ちほだかつて懇請した、「後生だから、Veniam」(英語では「Merci」). 曰く、「お前は誰だ」と自分が尋問すると「おれは J だ」、R (自分) の欲することは何なりとしようと言へた。曰く、自分は即座に剣を抜いた、J 男が館から逃げ出さぬやうにと。曰く、下男および共同証人に、わが姉妹たち E 女と A 女とを呼びにやらせ、彼女たちが来たので、自分は J 男に対して、E 女の右手をとり彼女と婚姻を結ぶやう命じた。曰く、J 男は E 女に対して「ここに我は、汝 E をわが生の果つるまで我が妻と為し、この汝に対する信義を守る。Hic accipio te Elizabeth in uxorem meam habendam et tenendam usque ad finem vite mee et ad hoc do tibi fidem meam.」と言明し、E 女も直ちに、「J ンに我は、汝 J をわが生の果つるまで我が夫と為し、この汝との信義を守る」と応へた。曰く、もし自分がその場に居合はせて手苦通りに行動しなかつたとすれば、J 男は上述の仕方で婚姻を結びはしなかつたらうと自分は信ずる。但し、自分が上述のやうに J 男に加へた恐怖が、しつかりした男「恒常男」をも動かさしうるほどのものだったかど

うかは、自分にはわからない。Sed an idem metus potius-
set in constantem virum cadere, qui ut dicitur eidem
Johanni fuerat per eundem Ricardum illatus, nescit.
と。さらに曰く、J男は同夜直ちに上記の場所から、W
の住居から、E女の州から立去つて、今日に至るまで離
れたまゝで居り、其処でぐづぐづしてゐるやうだ。E女
または同女の側の暴力ないし恐怖によりJ男の上に惹起
された事柄については、上述証言以外のこととは承知しな
い。誰がその場に居合せたかと尋ねられて曰く、自身R、
J男、自分の姉妹たちA女およびE女、共同証人T、そ
の余は知らずと。上記の事実は公然、周知、明白かと尋
ねられて、曰く、J男は暴力と恐怖によりやむなく上記
のやうに婚姻締結に至つたと教区近辺で公然語られてゐ
るのを自分は聞いた、と。

T、一七才は宣誓の上、本記録簿記載の諸項目 articuli
につき入念に尋問さる。J男（Pの息）をしてE女（W
の娘）との婚姻締結に至らしめた暴力および恐怖に関し
て、諸項目 articuli記載の如くに知るところありやと尋
ねられて曰く、自分は或る夜、まだ今年中だったかもう
少し前になるか記憶しないが、Wの製パン所に居た、そ

して同夜同所でR（Wの息）つまり共同証人がそのパン
小屋の戸を叩いて踏込むのを見た。その途端に目の前に
J男にぶつかったのでRは「^何で何をしてゐるのだ？」
と詰問した。J男は答へた、「あなたの姉妹E女のために
此処へ来たのだ。」Rは即座に言つた、「あれをお前の妻
にしる。」Tu desponsabis eam in uxorem tuam.」答へ
る、「喜んで、お望みの通りにしよう。」直ぐRは共同証
人T（「自分」）にE女を呼びにやらせた。E女が到着する
とJ男がその右手を取つて次のやうに言ふのを聞いた..
「前記R証言中の婚姻合意方式文と同文」。同時にE女も
応へる・・（同上）。その時居合せたのは共同証人R、その
姉妹Aおよび両婚姻当事者であつたと。J男は上記の仕
方で強制されたので上記の婚姻合意文言を明言したのか
と尋ねられて曰く、さう思ふ、といふのは、Rが剣の鞘
を払ふのを自分は見た、抜身の剣でJ男を威嚇しながら、
E女の手を取り婚姻締結を命じたからだ、と。さらに曰
く、その夜の後、J男は直ちにE女から、同女の住む州
から立去つて、今日に至るまで同女の州にはゐない、と。
本証人は、入念に尋問されたにも拘らず、本件の暴力お
よび恐怖につき上記証言以外には世上の風聞は何ごとも

聞知して居らず、上記諸項目 *articuli* 以外の事柄については証言する術を知らざりき。

われらは、原告がわれらの所管訴訟の対象となりたるその主張を十分に証明したり *intentionem probasse* と認めるが故に、J男とE女間に締結せられたる婚姻は、事実上進行しありたる限度において、無効なりと判定し、判決書によりて最終的に宣言す。

次に、同じ訴訟記録中に X. 4. 1. 15 (註10) と同種の事案があるので (但し恒常人基準の言及はないが) 転載しておく。Helmholz. *op. cit.* 223:

Besete v. Peper (1382): R・ペパはA・ベセテと淫行に及ぶ。男女は本十月所定日に本人出頭の上、尋問項目 *articulum* を自白し、同犯行の故に兩人とも三回の叩きを此処衆目の面前にて受く。次いでA女より請求あり、R男が現在の相互合意を表す言葉 *verba mutuum consensusum de presenti experientia* によりて婚姻締結し身体結合もまた後続したるを理由として、同男がその夫たるを判定されよ、と。本措問 *positio* に対し同男よりこれを否定する旨の訴訟応諾、依つて両当事者より非策謀ならびに真実陳弁の宣誓あり。而して同女が上記婚姻締

結に立会ひたる証人を有すとの申立により、我らは、彼処にて我らの面前に同証人を提出すべき期日として明日を指定し、さらに同日同処我らの面前にて正義の求むるところを行ひかつ受容れるべきことを双方に命ず。

同日同処我ら聴訟官の面前に両当事者本人出頭、原告A女の側より某の妻A'女が提出され、同証人は宣誓のち我らにより上記婚姻締結につき入念に尋問されて曰く、去る最近の主の昇天祭の前日の月曜の晩、自分の住居の下にある或る奥まった一室に近づくと、そこでR男とA女とが一つの寝台に彼らだけで一緒にゐるのを見つけた。R男に対して証人は尋ねた、「こゝで何をしてゐるの、Rよ」。答「ここに、かうしてゐる。」同男に証人は言った「A女の手を取れ。お前は彼女に誓ふのです。」R男は証人に言った、「お願ひだ、明日まで待つてくれ。」応へて言った、「絶対だめ、今せよ。」つひにR男はA女の手を取つて言った「我は汝を我が妻として迎へんとす *Ego ducam te in uxorem meam*」これに証人は言った、「次のやうに言ふのです。我は汝Aを我が妻として受容れ、そのために汝に我が信義を与ふ *accipio te A. in uxorem meam et ad hoc do tibi fidem meam.*」R男は

かく証人により誘導され、A女の右手を取り、さきに引用せる言葉により婚姻締結せり、即ち、我は汝を受容る云々。A女がR男に何と応へしかを質されて曰く、A女は不満なことは何もないとR男に応へてゐた、と。証言は、彼らをみつけた時のまゝに彼らだけにしておいてやつて彼女は立去つた旨を以つて終了。

かの婚姻締結、そのなされし次第につき、我ら聴訟官は聴取の結果、A女はその主張を原告として証明しえたものと認め、R男を正式の夫としてA女に、A女を正式の妻としてR男に、終局判決により帰属せしむること關係書類の如し。》

(13) 恒常人基準が散見される一三〇〇年前後の聴罪手引がある。Brieskorn, Die Summa Confessorum des Johannes von Erfurt (1980) II. 5. 5 (p. 1180):

「第2、いかなる場合に輕き恐怖 *m. levis* が免責するか。誓願 *votum* につき然らず X. 4. 6. 7. 婚姻につき然らず X. 4. 1. 13. 聖職濫用につき然り C. 1. q. 6 c. 1. 但し正当な恐怖 *m. iustus* は常に免責す。

第4、財産喪失の恐怖により或ることを為し、または為すを宣誓しその内容を履行せるときは、のちに取戻し

得。：但し、然せざれば身体の生命を失ひまたは重大な損失を蒙る場合と解す C. 22 q. 4 c. 23 §6. [参照、小川浩三・北法三八卷四号六五三頁註八四]。

第5、恐怖により強取された宣誓 *iuramentum* は義務を生ずるか。恒常人に生じうる恐怖によりて為されしことは〔も〕義務を生ず。これにつき為されし宣誓内容は履行さるべし。但し履行により盡または身体の安全の消滅が齎される場合を除く。C. 22 q. 4 c. 23 §6. ……」

(14) *Metus intellegitur, qui cadit in constantem virum; ut mortis, vel cruciatus corporis, vel servitutis, vel pudicitiae; secus si alterius levis vexationis, vel infamiae.* BART. (標準註釈刊本中 D. 4. 2. 5 前加文。但し私はバルトルス学説彙纂註解中では未確認)

(15) *Donelli comment. de iure civili Lib XV cap. 39. 8 et 9* (「正当恐怖とは何か。死の、身体責苦の、奴隷化の、遠島の、汚辱の恐怖によるものが然り」) 訳出文中の「最恒常人の恐怖」に附された註は以下の通り：「註6：X. 1. 40. 6 (本稿注6)；Covar. 恒常男 *constans vir* に落ちかゝる恐怖とはこれが加へられる *illatus* ととき、眼前のヨリ大なる害悪を避けるべくヨリ小なる悪の選択を強ひる

もの〔参照 D. eod. 5 本稿注 5〕。したがって罪を犯すやうに仕向ける恐怖はおよそ正当恐怖ではない。これよりも大なる悪は存在しないのだから。罪の宥しを請ふ方が容易ではあつても。Auctor bruti fluminis. しかし Fr. Sarnientus はこの点 (最恒常人 *constantissimus* を挫く恐怖が要求される点) は困難がなくはないと考へてゐる。彼が論ずるには、おとなしい男から不誠実な言掛りや詰問までも敢てして大金が強取されたやうな時、不法を藪る者に最高の強さを要求して、強迫者が罰せられずに破廉恥に利得させるなど馬鹿げてゐる。蓋しその恐怖に襲はれた者に動ずべきではなかつたといふ過失 *culpa* があつたとしても、相手には許されざることを故意に爲したという悪意 *dolus* があるのだから。D. 2. 10. 1. 2. したがって Sarnientus は、激しい恐怖 *metus atrox* ではない場合は本訴訟は第三占有者を相手取つては与へられないが、恐怖惹起者に対しては与へられると新たに断案した。……〔以下、この区別に対するドネルスの反論を省略〕

(16) cf. Noonan : Power to Dissolve. Lawyers and Marriages in the Courts of the Roman Curia. 1972, p. 32~35. 「婚姻同意は自由に為されねばならぬが、同意は

強制と両立した。教皇令集の恒常人基準は同意が無効たるためには或る水準の恐怖を要件とした。〔畏敬の念〕— 臣下の上級者に対する恐怖、少年の父親に対する恐怖— は同意を無効ならしめなかつた。それは〔恒常人がそれを恐れる程の意思強制力を有するものとは認められ〕なかつた。……しかし、父子関係にその他の諸事情が結合するならば事案は変貌する。〔怒れる父に常に直面するのを重大な害悪とは思わぬ恒常かつ深慮の男 *steady or prudent man* があらうか?〕もしも父が強暴だつたり、いつまでも怒り続けたり、脅迫を実行に移しかねない人間だとすれば、その子供に対する命令は同意を無効にするに足るほどに強制的でありうる。……息子の側の親に対する態度もまた考慮されるべきであつて、その従順さは父の言葉の効き目を判定するのに考慮されざるをえない。畏敬の念だけでは無効には足らぬとしても、その存在は事実関係の精査を要する状況を示す指標 (インデックス) だつた。サンチェスは裁判官に対して、コンテクストを見よ、関連する多様な諸変数を衡量せよ、諸要素の結合が恒常人にも恐怖を呼びこしたであらうやうな場合には同意を無効と判定せよ、と勧めてゐる。……これ

らの分析はまた別の観念によって平衡させられる《正当強迫 Just or justified fear》、即ち、当人の行動「誘拐」自体がもし当の婦女との婚姻に同意せねば逮捕役獄の罰を招く原因であつた場合である。……恐怖の内的起源による區別であつてサンチェスはこれを当時の社会や教会の慣行の合理化の為に使用した。……《正当強迫》の分析が子の義務の理論と結合するならば、その婚姻を自分にとつて《重大事》とみなす父の願ひに従はぬ息子は婚姻を強制された。この反抗は大罪 mortal sin になる。……但し正当強迫の分析からは、強制が状況に相当なものであることが確立された。……誘拐された娘の父は誘拐者を強制しうるも、死を以て脅迫するをえず、脅迫のための罰は、保存される利益と釣合ふを要する。婚約宣誓の実行を強制する教会裁判官といえども、目的実現のために無制限の権力を持ちはしなかつた……。《畏敬の念 reverential fear》や《正当強迫 Just fear》などの定式といふものは、当該事案に附随する具体的な諸要因を念に較量すべしとの裁判官に対する指令なのであつて、自動機械的に呼出さるべきものではなかつた。《畏敬の念》とは別に父子関係の諸事情が結合した結果として子の自

由は否定されてゐたのか否か、然りとしても、その場合親の利害関係は孝養の名において息子の献身的服従を必要とするほどのものであつたのか否か、然りとしてもその親の措置はやはり親の当面の利害関係には不釣合なものでなかつたのか、サンチェスによれば、以上の諸点が各事案ごとに決定されねばならなかつたのである。以上のやうな推論は常識にすぎず無内容だといはれるかもしれないが、ガイドラインは提供してゐるのであつて、このガイドラインは裁判官の評価義務を免じてはくれなくとも、彼の下すべき決定に大いに役立つてゐた。ガイドラインは常識ではあるが、反省を経てその正しさが確認されたそれである。教皇令の《しつかりした「恒常」男》といふ平均的抽象人はいったん融け去つたのち、行使された圧力の強度および釣合度がある場合には則して個別的に測定されねばならぬやうな状況の中で行為する個人、の観念に置き換へられてゐたのである。」

(17) 参照、ボワソナード氏起稿修正民法草案註釈第二編人権ノ部上巻（一八八三年）第八百三十八条の説明文…「茲に草案は仏蘭西法（第一千百十二条及第一千百十四条）の最良なる二箇の条例を併記し之に二箇の改正を加へたり仏

蘭西法は「暴行か分別ある人に感動を起さしむるの性質なる事を要めたり」故に此事のみに因りても其精神虚弱又は疾病の爲め脅迫に就き多少大なる感動を起したる者に法律の保護を許与せざるなり日本草案は此条例を矯正せり何となれば一方の結約者の特別に虚弱なる形状を他、一方の知り就中此一方か暴行を加えたる本主なるときは此者の完全自由ならざりし合意に就て利得するは実に正當ならざればなり」(傍点引用者)

- (18) Voet, Commentarius ad Pandectas (1776). D. 4. 2. n. 11. 「恐怖は重大 *stravis* にして空虚ならぬ *non vanus* を要し、裁判者は諸事情 *circumstantiae* よりこれを判断す [D. 4. 6. 3. 本稿註 8]。畏敬のそれ *reverentialis* は過度ならざる限りはこれに足らず」

- (19) von Kreitmayr, Anmerkungen über den Codicem maximilianum bavaricum civilem (1821) P. 4. C. 1 § 25n. 2 (c) (違法性) に続いて：「(d) 強迫または恐怖は、小さいなら行為を無効ならしめない。大きなものであつて、大胆 *berzahn* な人さへもそのため恐怖に陥るやうな性質のもの、でなければならぬ。Cod. n. 1. D. 4. 2. 6. 《恐怖は空虚の人のそれならずして、最恒常人にも生じ

て当然のもの》。但し、前記は或る程度の幅を持たせて *in einer gewissen latitude* 受取らるべきであり、当事者の性質や諸事情のそれに依りて *pro diversa qualitate personarum ac circumstantiarum* 理解されねばならず、したがつて、専ら裁判者の判断 *arbitrio iudicis* に依存する。Cod. civil. n. 1 et crim. P. 1 C. 1 § 38 not. d. Brunnen (1670) ad cit. D. 4. 2. 6. Lauterb. § 16. Stryr (1690-1712) L. 4. T. 2 § 12.」

- (20) 第一部、第一篇「合意に基く債務關係」、第十八章「合意の瑕疵」、第二節「威力 *force*」[強迫]：「合意における威力の効果如何、合意を無効ならしめる威力は如何なるものかを見分けるには、合意において必要な自由は何かを知ること、而して、我らの行為を善または悪ならしむるに足る自由の性質と、合意に必要なとされる自由の性質とは異なるに注意することを要す。

善または悪を為すの自由、罪・不正・悪行を犯すの自由が問題のときは、暴力はこの自由を弱めはするが失はせはしない。威力に讓歩して犯行に至る者は、別の本性に属する悪を避けるために意思的に義務放棄を選んだのであつて、威力は彼が自由に悪に赴くのを妨げてはゐな

い。これに対して、合意において契約者の一方が同意を強ひられた場合、彼の自由の状態は、彼を義務づけ *obligate*、かつ合意を効力あらしめる同意を与へるに必要なその使用を彼に許してゐない。

善悪の行為に要する自由との関係で考察される威力と合意に要する自由との関係でのそれとの相違は次の点にある。即ち、信仰についてであれ仕来りについてであれ罪を犯さぬやうに行爲することが問題である場合に威力に屈して悪に赴く者は、真理にであれ正義にであれ、この義務に背くよりは悪の脅しに耐へ得たのだし耐へるべきだったのだ。彼に真理や正義への愛がありさへすれば、その愛が彼をしつかり捉へて、かくも本質的な義務を放棄する悪とは全く別種の悪に属する脅しに立向かはせたことであらうに。この威力は彼の自由を消滅はさせず、これを弱めて、彼にその使用を誤らせた。悪に耐へずこれを為す方を自由に選ばせたのだ。これに対して、何らかの義務違背の試練を迫るものではなくて或る損失を必然ならしめるのみといふ威力の問題である場合には、己が利益を放棄するか、それともこれを守るために暴力を以て迫られた不利益に身を曝すかといふ局面にある者

は、失はしめられんとするものを守る方に決める自由はないのである。彼が脅迫された悪に耐へようと欲すれば出来たのではあるが、この自由に対する理性 *raison* の決定は、善悪よりは損失に耐へて、この小悪によつて、抵抗が招く大悪を免れることではかないのだから。つまり彼は自由ではなく強制されたといへる (D. 4. 2. 21. 5. 自由だったら欲しなかつたが強制されて欲した故にブラエトルにより現状恢復さる)。彼が賢い *sagement* ならば、暴力に抵抗する方を、財を守るため死などの善悪に身を曝す方を、選ぶために彼の自由を行使することはありえない。結局、深慮 *prudence* に反するなら自由の良き使用はない、蓋し、この使用が理性 *raison* から不可分なこと、意思が理解力を前提するのと同じだから。

合意に必要な自由の以上の考察からして、もし暴力ゆえに深慮と理性 *la prudence et la raison* が被強制者をして抵抗よりは何がしかの財・権利その他利益の放棄を命ずるならば、かゝる威力から身を護るための棄財合意の同意は、自身を義務づけるに必要な自由といふ性格を欠いてゐる。彼がかゝる状態で己の利益に反して為すことは無効とされざるをえぬ。

合意における威力の効果なる同一主題につきさらに考察さるべきこととして、いかなる乱暴、暴力、脅迫も許されない。法律は生命の危険または身体の責苦となるもののみならず、あらゆる非行、乱暴を断罪する。最後に注意すべきこととして、暴行や脅迫に対して誰もが同一の強さで抵抗できるわけではないし、どんな圧迫にも耐へきれぬほど弱く小心な者もあるのだから、脅迫や暴力に対する保護が最も大胆な人さへも打ちのめしうるものだけを禁圧するに止められてはならず、最も弱く小心な者をも同様に保護するのが正しく、法律があらゆる乱暴、抑圧を罰するのも主として彼らのためなのである (Levit. 6. 2. 19. 13)。悪意または不意打で他人の素朴さにつけこむ者あらばその悪意が虚言その他の過度に至らずとも法律はこれを禁圧する (D. 4. 3. 1. 悪意に利得、素朴に被害なからしむ) やうに、暴力により弱者に恐怖を刻みこむ者あらばその暴力が生命を危くするに至らずとも法律がこれに立向ふは一層当然である。

如上の諸原理の結果として、合意に先立ち実力行為、暴力、脅迫が、これを嘆く者をして正義および彼の利益に反して同意を余義なくせしめたとき、彼にそれを免れ

させてやるためには、生命の危険その他身体に対する大暴力の危険に曝されたときまで彼が証明する必要はない。これに対して、当事者たちの性格、合意の不正、脅かされた者の置かれた状況、暴力行為、脅迫行為、といった諸事情 *circumstances* を勘案すれば彼の同意は威力への屈服以外にはよらぬことが判明するときは、威圧側の悪行と、正義や自身の利益に反して義務づけられた側の弱さとのみを原因とする合意を無効とするのが正しい。

私が如上の注意を洩れなく書連ねたのは、この分野の諸準則の自然的諸原理を再確認するためである。而して本節の諸準則中に次のロオマ法準則は算入しなかつた理由を述べんがためである。即ちその準則によれば同意を無効ならしむるに足る暴力行為とは、弱く小心な人に度を失はせるやうなものではなくて、最も勇敢な人さへもおじけさせる恐怖感を与へるものであつて (D. 4. 2. 6 (註 6))、これは別の準則では生命の危険または身体の責苦と言ひ直されてゐるものである (C. 2. 4. 13 pr.; C. 2. 19. 8 (註 4))。蓋し、およそ暴力は許されざるものなれば如上の過度に至らざるものさへも禁圧すること、而して最も弱き者を不正なまたはその利益に反するやうなこと

に義務づけた暴力を原因とする損害がすべて賠償されることは実に正義に適ひまた我らの仕来りであるから。ロオマ法でさへもその点の根拠となる準則若干を有するのであつて、およそ威力は許されず、実力行動は自己の権利の実現のためでも禁止されてゐた（D. 4. 2. 13）。最小の暴力行為さへも禁圧されぬなら人間社会に秩序は存在しえぬ以上、このロオマ法準則は自然法に属する。

要約…一、威力の定義。二、威力の効果。三、威力の行使の諸態様。四、政務官が権威を濫用して同意を威嚇強取せるとき。五、被強制者以外の者に対する暴力。六、威力により為されしことはこれを行使せざる者においても無効。七、威力の効果は諸事情 *circumstances* より判ぜらる。八、正義へ強制する威力。九、助言および権威付与は強制せず。十、正義の秩序は威力ならず。

一、圧迫が人をして自身の利益に反し、著しい害悪の恐怖により、彼の自由はこの圧迫なかりせば彼が与へざりしならむ同意を与ふるに至らしめるとき、かゝる許されざる圧迫はすべて威力と呼ばれる（D. 4. 2. 2; D. eod. 3. 1; eod. 5. 1; eod. 1.）。

二、契約一方当事者が威力なくば同意せざりし合意は

すべて無効。威力行使者は行為の性質に従ひて彼の齎せる損害賠償の責に任ず（D. 4. 2. 1; D. eod. 3; D. 1. 18. 6; pr.; D. 50. 17. 116〔本稿註2〕、およそ威力、暴力行為・抑圧行為は諸王令により禁止さる。）

三、生命を危険に曝す如き暴力行為・脅迫行為には至らずと雖も人を閉ぢこめて要求を承諾せしむるが如き許されざる手段を行使するとき、また、人を害悪の危険に曝しこの害悪に対する正当な恐怖により同意を余儀なくせしむるとき、この同意は効力なし、かゝる手段の行使者は損害賠償ならびに諸事情に依じてその他の罰につき有責判決を受くべし。かくて、証券その他の物の受託者が受託を否定して、受託物が返還さるべき相手方に対して金銭その他不正に要求する物が与へられざれば寄託物を焼却すと脅かすときは、かく同意せられしことは無効、受託者はその不忠実と強取の故に諸事情に従ひて罰さるべし（D. 4. 2. 8. 1; eod. 1; eod. 22; eod. 23. 2）。

四、政務官その他吏員が正義に反して権威を行使し、而して脅迫行為その他悪行によりて、他人の利益のためであれ自己のためであれ、人をして彼の齎しうる害悪の恐怖なかりせば与へざりし同意を与へせしめしとき

は、この暴力により強取されし同意は無効とさるべし。而して吏員はその惹起せる損害ならびにかゝる瀆職相応の罰につき責に任ず (D. 4. 2. 3. 1; C. 2. 19. 12)。

七、暴力その他虐待の恐怖によりて与へられたと称せられる合意ないし同意の破棄が問題たるすべての場合につきこれが判断は諸事情によるべきである。強制されたと称する者に加へられたのは不正行為か、人人の性質、脅迫その他圧迫行為の性質はどうか、女性の名譽が危険に曝されたのか、荒っぽい人間が気弱な者を脅したのか、屋間だったか夜だったか、市域か田舎か、等が判断さるべきである。この種の、その他類似の諸事情に基いてこそ、而していかなる種類の暴力行為・悪行をも禁圧するといふ事の重大さに基いてこそ、訴へる者に生ぜざる恐怖ならびにこの恐怖が彼の理性 *raison* と自由に加へた圧迫をいかに斟酌すべきかが判断されねばならぬのである (D. 4. 6. 3 [本稿註 80] : eod. 23 pr.; eod. 13)。

九、暴力および不正行為は伴はず、他の許された誠実な動機よりして義務づけるための圧迫行為にすぎぬ手段はすべて、合意を廃棄するには足りぬ。したがって、尊敬の念からその言ふことに従はざるをえないやうな人、

即ち、父、政務官、その他、何らかの威厳を具へ、かつ合意を暴力や脅迫行為なしに勧め義務づけることに関心を持つ人、かういった人人の助言と権威付与が合意の動機なるときは、かかる動機の圧迫は自由に反するものではないし合意を廃棄せしむるものではない。父の勧奨により父のために義務を負つた息子は、父の権威に対する尊敬が威力となつて義務づけられたと訴へることはできない。尊厳者に対し義務負ふ者はその故に義務の無効を称しえず (C. 2. 19. 6; D. 20. 1. 26. 1)。

(21) Pothier *Traité des obl. no 25*. ボチュエが唯一参照せしめる Bruneman は Kreitmayer (註 19) に引用されたものと同じと思はれる。また、文字通りに追隨するな、に似た言い方はヴィントシャイトにもある (Pand. I § 80n. 6: 最上級を力説するな)。

(22) ドマは被迫者の説明に *raison, prudence* を用ひるが (註 20)、形容詞 *raisonnable* は暴力(強迫)の節では見当らない。 *juste crainte* (註 20 第三条) は *justus metus* (ドネルス、フォエト、各註 15・18 対応本文) の踏襲。 相關觀念の *circumstances* (諸事情) について、小川浩三・北法三八卷二号三三三頁 (X. 5. 3. 8. 12: ... *diligenter*

inquirens peccatoris circumstantias et peccati, quibus prudenter intelligat …「この周囲の状況から思慮深く理解」、同三号四四八頁註四一末尾（ドマの場合）。

「恒常人」は、これを文字通りに解さない（被迫者の諸事情の考慮の）極限の場合には、合意能力者即ち理性使用能力者に帰することにならうが、後者につきポナエは、別の箇所（不法行為能力）では、*Les personnes qui ont l'usage de la raison* : (Pothier, *Obi.* no. 118. 参照、福田伸子「精神障害者の民事責任と過失責任主義—仏民法典四七八—二条を中心に—」法政論集（名大）96 四四八頁以下、新関輝夫・法学論叢（福岡大）29 五頁註一六）と表現するから、強迫の箇所でも「理性（ある）人 *personne raisonnable*」の表現を創出してよかったのではなからうか。

(23) *Recueil alphabétique des questions de droit qui se représentent le plus fréquemment dans les tribunaux* … 4 e éd par Merlin, II (1827) s. v. "Crainte" (p. 740) による。本項目は、(1)畏敬の念に続いて、(2)法的手段の正当性につき述べる。まず、ポナエ (*Obi.* no. 26) による一般原則を掲げ、これと一見矛盾する D. 4. 2. 22 (qui

in carcere quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret) は特殊な場合に関するとの解釈を伝へ、この区別の結果として合法的監禁の要件を精密化した一六三五年二月二十二日の決定（被投獄者はそれが司法当局によりかつ正原因あるときは、自身を有効に義務づける）、およびこれを適用した一七二二年八月二三日審理部判決を伝える。この判決では、投獄監禁の正当性の先決問題として、さらにその重大性が吟味されたいし：「二つの法文が存在し、一つは、勇敢な人 *personne courageuse* を恐れさせ得るやうな恐怖を要求し、他は、暴力は人が恐怖または生命喪失または著しい苦痛の支配下にあるやうなものたることを求める。D. 4. 2. 6. et C. 2. 4. 13. しかし我々が慣用によれば、恐怖および暴力の手段による行為の無効化が問題のときは、いづれもがそれほどまでに著しい *considerables* ことは必要でない。合意につき訴える者が何らかの合理的恐怖 *crainte raisonnable* に曝されたこと、この合意が彼から何らかの利益を失わせたことで足りる。彼は要求されてゐる物を与えるべく拘束されしこと明白ゆえ、彼の自由はもはや完全ではなかったのである。成程彼は強迫された害悪を耐へることができた

はずだとは言ひうるが、しかし、彼の理性 *raison* は抵抗が惹起したはずのものよりも小さな害悪を耐へるやうに彼を決定したのである。かくて、強制された方向をとるべく自己決定することによつてしか自身の自由を賢明には *sagement* 使用しえなかつたことは明白ゆえ、彼は自由ではなかつたのである。深慮 *prudence* を損ふことは自由の良き使用に反してゐる。我らの判例によれば捕縛および投獄が、法的行為を破壊しうるやうな種類の暴力ないし恐怖に算入されてゐるのは、以上の諸原理によるのである。》

- (24) Dictionnaire de droit canonique et de pratique *bénéficiaire confère* ... par Durand de Maillane, 2e éd II (1770) s. v. "Empêchement de La Force ou Violence." p. 312.
- (25) C. C. art. 1112 [1] Il y a violence, lorsqu' elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu' elle peut lui inspirer la crainte d' exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent .

[2] On a égard, en cette matière, a l' âge, au sexe

et à la condition des personnes.

- (26) Fenet, Recueil, XI11 p. 223 au 1112.
- (27) 参照、山口俊夫「フランス債權法」(一九八六)三〇頁以下、鎌田薫・判例タイムズ六三号四九頁。

Répertoire général alphabétique du dr. fra., publié par Carpentier, t. 36 (1905) 1170ss. v "Violence" no. 12 は「不注意にも」の表現につき("par inadvertance")、Beaudry-Lacantinerie et Barde I no.74を踏襲する。

Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité élém.* 4ed (1592) t. II no.237:「民法典における同意の瑕疵の規律の根拠たる觀念の二重性、いな矛盾」をこれほどはつきりとわからせてくれる条文は他にない。強迫が理性人を怖がらせるやうな性質のものたることを要求することにより法典起草者はロオマの定式"*vis cadens in hominem constantissimum*"を、緩和はしながらも(原註:カノニストの著作ではロオマ法の最恒常人はもはや恒常人でしかない。見よ、Breton, *La notion de la violence en tant que vice du consentement* 1925, p. 29 et s. [私は未見]における諸引用)、わがものとした。しかし、この規定は暴力[強迫]を不法行為と見る觀念に明白に結びつてゐる。

暴力の禁圧はそれが客観的に十分強度な性格を示すとき
 のみ必要とされる。これに対して、暴力が同意瑕疵と
 見られ、この主観的観点からして、それが意思に及ぼし
 うる効果が問題となるや、法典の要件は正当化されない。
 理性人なら屈服したどうか否かを知るべく腐心するに
 は及ばない。各個別事件ごとに暴力が被追者の同意を決
 定したか否かを究めることが必要なのである。一一二
 条第二項が裁判官に勧めるのは強迫効果のこの主観的決
 定である。同一条文における両項は強迫の別異の觀念に
 関係するが故に別異の対立する解決を与えてゐるのであ
 る（原註・同条は、見てもわかるやうにポチエの一節
 (Obl. no 25) から着想を得ているが、いかにも早合点し
 過ぎた読み方の産物のやうだ。ポチエはロオマ準則を述
 べた後で、それを批判しているのに。……) 」

(28) 右のやうな一一二条解釈（歴史的遺物による矛盾とみ
 る説明）に対しては次の留保がある。Dejean de la Baie,
Appréciation in abstracto et appréciation in concreto
en droit civil français 1965 p.230: 「かくて学説はすべて
 一致して、今日では、評価は専ら具体的 in concreto にの
 み為さるべきことを承認してゐる。しかし、だからと言つ

て、一一二条一項の表現「理性（ある）人」はもはや
 時代遅れなロオマ法のそれ「最恒常人」からの不手際「不
 注意」（前註）な借用物なのだから完全に無視すべきだ
 といふことになるだらうか。いづれにせよ、第一項には
 依然として次の射程を認めうると思われる。即ち、他の
 同意瑕疵と同じく、強迫もまたこれに対する屈服がイネ
 クスキュサブルな仕方であつた者、つまり主観的条件に
 おいてはそれに完全に抵抗し得た者により、援用される
 ことがあつてはならないのである。自己の恐怖克服にお
 よそ努めなかつた者、理性人としての行動能力があつた
 のに話にもならぬ程の強迫に屈した者は、保護に値しな
 い。したがつて、理性人への引照は健全に理性行使
raisonner する能力ある者に対して依然有効なのであ
 る。同様に、害悪が主観的条件においては軽度なものと
 観ぜられえたとにその恐怖に屈したのは無気力からであ
 るにすぎぬ限り、著しい害悪 *mal considerable* の条件は
 充たされないのである。（原註・例へば、尊属に対する畏
 敬の念 *crainte révérentielle* が生じた時、単にそれだけ
 なのにこれに抵抗しえない、といふ程に弱い者はゐない
 ……参照一一四条。具体的 in concreto な評価が優先

すべきなのは確かだが、それは、同意が現実に曲げられたか否かだけを究めることではない。規範といふものが他の場合同様ここでもまた課せられねばならず、但しこの規範は各人の精神的能力に応じて具体的に決定するのである(原註: 結局の「*je suis*」我らは Marcade, *Explication du code civile* 5e ed, IV, no.411, cité par Breton, *note sous Req.* 17 nov. 1925, S. 1926, 1, 121 の考方に復帰する: «強迫手段が理性人を怖がらせたといふことは必要ではなく、被迫者の年齢、性別、教育、性格、習慣、等の諸事情からすれば強迫手段が彼を怖がらせたに違ひならぬは合理的 *raisonnablement* だ」といふことば足りる)。p. 7: 「……引照基準として、例へば本人の或る諸特性を採り他は捨てた中間的類型を選択しうる。したがって、強迫の瑕疵についていへば、民法典一一一二条の示唆する引照類型は《理性人》(抽象的モデル)ではあるが当該同意者と同じの年齢・性別・状態(その他、具体的 *in concreto* に観察された人間的諸所与)をもつ人なのである。同様に、盲人が街路横断に際し総明に行動したか否かを知るべく比較のために選らばるべきは、何人であれ任意の人(純粹に抽象的)でもなければ、逆

に、当該本人の身体的かつ精神的特性の悉くを備えた個人(これは具体的存在の検討になる)でもなくして、別の盲人、即ち一般的かつ個別的類型(原註: 形式論理学上個別 *particulier* は、一般 *général* ではなく、普遍 *universel* に対立する)なのであって、これが当該盲人と同じの諸事情のもとにあれば通常とつたであらう行動に当該盲人のそれを比較すればよいのである。このやうな中間的評価の仕方と呼ぶのに抽象的評価または具体的評価 *appréciation in abstracto ou in concreto* といふ必要があらうか。」

なほ Mazeaud-Mazeaud, *Leçon de dr. civ. II* (3ed 1966) no.204には「一一一二条の論理的説明の試みの一つの紹介として、次のやうな叙述がある: “On a soutenu également que les rédacteurs de ce texte avaient proposé une appréciation in abstracto, par référence non à un type idéal, mais à une personne de même sexe, âge et condition que la victime.”

(29) イタリア民法一四三五条(フランス民法典の *personne raisonnable*; *mal considérable et présent* をそれぞれ *persona sensata*; *male ingiusto e notevole* に変更する

のみ)に於いて、例へば *Novissimo Digesto Italiano* X (1957) p. 946 v. *Violenza* (*vizio della volonta*) da *Trabuacchi*:「一四三五条一文の客観的基準は、当該行為の不法な性格を探求するためにのみ使用されねばならぬかのやうな、固定した常数ではない。反対に、同条の保護は主として被迫者の意思に向けられてをり、同条一文は適切にも、第一文の分別ある人 *p. sensata* は抽象的属的类型 *tipo generico astratto* ではなくして、当人の年齢・性別・状態に関して評価さるべき人なのだ」と説明してゐる（原註：重要度の客観的基準と多様な具体的事例におけるその基準使用との間に存すると見える衝突を克服するには、*Venezian Lezioni dir. civ.* 1905, p. 207 の叙述が今日でもなほ有効〔私は未見〕。）」

オオストリア一般民法典八七〇条の《違法強迫ないし根拠ある恐怖 *ungerechte und gegründete Furcht* により》の后者は旧五五条（強迫婚の無効）で《危険の大きさと蓋然性から、および被迫者の身体的情意的性質 *Leibes- und Gemütsbeschaffenheit* から、判定せらるべし》と定義されてゐたが、*Unger. Syst. II* (1863) §80n. 21 は主観的要素の方を強調してゐる。

スイス債務法三〇条《自己または自己に近く結ばれたものが、近接かつ著しい危険を以て身体・生命・名誉または財産を脅かされてゐる」と諸事情よりして認めざるをえぬ当人につき根拠ある *gegründete* 恐怖が存在す》*Berner Kommentar VII* (*Neutr.* 1974) p. 156:「強迫は理性人 *verständiger Mensch* を怖がらせる性質のものたるべきことは、わが法律では（フランス民法典とは異なり）要求されない。抵抗力減退者を保護する所以。」

ドイツ・パンデクテン法学については註7。第一委員会のゲエフハルトによる当初の総則草案では《根拠ある恐怖 *gegründete F.* により》とあり、説明として裁判官の評価に委ねるが故にこの表現のみで足り、ザクセン民法九四条やオオストリア民法八七〇条〔前掲〕のやうな例示は不要、「この表現によつて、同時に、被迫者の側における理性的行態 *verständiges Verhalten* および理性人 *vernünftiger Mensch* を怖がらせるやうな強迫が要求されること」が語られてゐる。』（*Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB hrsg. Schubert, Allg. Teil, 2* (1981) 145.) 第一草案以降は単に《*widerrechtlich durch Drohung bestimmt*》。）」

(30) Khairallah, Le "raisonnable" en droit privé français, Rev. trim. dr. civ. 83 (1984) 439ss は「今日の実定法上の le raisonnable の両機能（準則を事件の諸事情に適應させる modulation, および状況をモデルに一致させる conforme: 455, 467）を理解することとは、「結局、理性の役割につき既に古法の著者たちが懐いてゐた理解を再発見してゐることになるのだ」（467）と結ぶが、言及に止まる。

なお、強迫ではなくて、不法行為の場合であるが、参照 加藤一郎「過失判断の基準としての《通常人》——アメリカ法における《合理人》をめぐる——」（我妻追悼「私法学の新たな展開」（昭和五〇年）所収（四三六頁）第一に、合理人ということとは、それが実在する人間の平均ではなく、人間としてそなえるべき義務を擬人化した、擬制的な人間であることを、明確に示していることである。第二に、「この合理人は、『同様の状況における』という「リストイメントの」形容句と相まって、それぞれの状況の下における弾力的な判断を可能にしていることである。」望月礼二郎「ネグリジェンスの構造」法学三七卷二号九頁「合理人の行為水準はそれ自体基準の客観化

を志向するものであるが、それは必ずしも行為者の一切の主観的事情の斟酌を排斥するものではない。ただし、個々の行為のネグリジェンス性を判断する基準は、当該状況におかれた合理人 a reasonable man in the circumstances の行為であり、この《当該状況におかれた》という限定が、行為者をとりにくく外在的事実のみならず行為者の諸資質 qualities をも斟酌する余地を残すからである——外在的事実と行為者の資質との区別はそれ自体あいまいである。」

補遺（註14対応本文）…中世の世俗法学における「恒常人」につき、木下毅「英米契約法における強迫」立教法学14（一二三頁）（「ラクタン」）、Timbal, Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du parlement, I (1973) 76 n. 6; 87（パリ最高法院一三四七年寡婦産請求事件判決文にみえる抗弁：「……quod, si unquam dictus Th., filius dicti defuncti, consenserat in predictis [寡婦産契約], hoc fuerat metu patris sui predicti tali qui in virum constantem cadere potuisset, et dictus S. tunc erat minor annis ……」）」