

論說

身体強制とフランス手形法

柴崎 暁

身体強制とフランス手形法

柴崎 暁

「一切誓いを立ててはならない。」——マタイ・五・三四¹
(聖書新共同訳、日本聖書協会、一九八七年)

プロローグ——手形と身体強制

I 身体強制と抽象債務前史

II サヴァリー商法典

III 商法典の制定から身体強制の緩和へ

IV 身体強制の廃止

エピローグ——現代的展開

プロローグ——手形と身体強制

抽象債務論は理論の遊戯ではない。人が自らの意思に基づいて他人に拘束される自由が、実定法上の制度として

どこまで認められるかの限界を画するという、近代私法学の重要な前提の一つに関する議論である。歴史のなかで、抽象債務、とりわけ手形は、弱者虐待の具として非難された^②。現代においても、手形債務の実体的抽象（抗弁制限）、手形訴訟制度、手形交換所加盟銀行による取引停止処分、いずれもが債務者にとっては重い負担を意味するが、一九世紀までの手形においてはなおさらである。というのは、この時代には、多くの手形法が、「身体強制（*contrainte par corps*）」^③の伴う「人質手形」を認めていたからである。「野蛮時代の一遺物」^④と称された手形拘束^⑤身体強制は、フランスでは一八六七年に廃止されるまで、ドイツ手形条例の適用される地域でも、一八六八年まで行われていた。現代の目からすれば、一見専ら技術的観念的な議論に終始するかに見える抽象債務論を語っているかつての法学者たちが、商事監獄のことを意識していなかったとは思われないのである。

抽象債務論自体の中身は別の研究^⑥にゆだねるとして、本稿では、手形による身体強制制度の小史を、フランスを例にとってご紹介する。

I 身体強制と抽象債務前史

商業とは、その起源においては、共同体の外部にいる異邦人との接触から派生した活動であって、相互不信の状況での行為である。最も原始的な商業は沈黙交換と呼ばれる同時履行型の取引形態であるが、当事者の交渉の結果、反対給付の履行期が後れることを許すに至れば、そこには既に「信用」が存在していることになる。しかし依然として相手方への信頼は十分ではない。そこで登場するのが、重い責任を負うことと引換に信用を供与してもらうという、古代法的な技術、目に見える鎖である。さらにこの「鎖」は共同体の内部にさえ浸透する。例えば、十二表

法に登場する「拿捕式法律訴訟手続 (legis actio per manus iniectionem)」によれば、判決債務を任意に履行しない場合には、債務者を債権者の手によって奴隷として売り払いあるいは殺害しうるものであるが、このように苛烈な強制執行は、しばしば、判決債務の不履行が法への侮辱にあたるという觀念によって説明される。しかし、それが債務者の誠実不誠実にかかわらず適用されるとするならば、それを法への侮辱という罪の償いと捉えることは限界があろう。また、裁判による身体強制だけでなく、合意による身体強制が認められる立法例もあり、このような法は、身体を融通物と看做す思想を前提にしていたとも解される。法律行為による債務負担の効果が、このように厳正であるため、その要件である法律行為の方式も嚴格にして一種の「儀式」が伴わざるを得なかった。例えば、拘束行為 (nexum) がこれであり、また、拘束行為の嚴格さから比べれば、強制執行に至るまではなお判決手続を要するという意味においてはるかに嚴格でない問答契約 (stipulatio) もまた、効力要件としては嚴重な方式を要求する儀式的な法律行為であった。

他方で、取引の発達は方式を嫌うようになり、三世紀までには実際には問答をしないで証書だけを作成する書面問答契約が発達するなどした。しかしそれは本物の問答契約と同じ効力を持っており、原因が記載されない場合には、過剰執行が可能になる。その弊害に鑑み、カラカラ帝の時代には金銭不受領の抗弁が認められるようになり(二一五年)、ユスティニアヌス帝に至って原因不記載証書 (cautio indiscreta) の使用禁止が命じられた。執行の面でも債務者の身体を没収する権利が廃止された(三一五年)。

近世・近代に至り、契約の拘束力の基礎は意思となった。しかもその意思とは、合理的な目的に従属した意思なのであって、決して恣意に導かれたものなどではない。しかし、諾成主義の導入と同時に厳正な債務が廃止されたというのではなかった。儀式抜きの合意によって発生したことになっている債務を、中世に復活した身体強制を

使つて命がけで遵守させる制度として現われるときに、抽象債務はその異様な峻厳さが際立つのである。だからこそ近世法は抽象債務の法認を躊躇し逡巡した。パリ高等法院刑事判決一六五〇年五月一六日¹⁴⁾は、原因不記載証書 (billet non cause) 一般の弊害を指摘し、判決文自体に基き全パリ市の辻に掲示された。この判決は、当該事犯の処罰というよりも、原因不記載証書禁止令としての目的があつたと思われるが、これとて身体強制の可能性と併せて観察する必要があるものと思われる。

また、第一一三二条で原因不記載証書を承認した一八〇四年民法典以降も、この種の証書の使用がもたらす危険性に鑑み、ユダヤ人 (Jette) が非商人を債務者として行つた貸付に基づいて原因不記載証書を作成しても所持人に原因の証明責任を免除する便宜を与えない例外が存在していた。一八〇八年三月一七日のデクレ第四条は「非商人である臣民の一人が署名し、ユダヤ人を受取人としたる、すべての為替手形、約束手形、債務証書または支払約束も、所持人が対価全額が、かつ、詐欺なくして授受されしことを証明されるのでなければ、これによる請求をなし得ない。」¹⁵⁾と定めた。¹⁶⁾

II サヴァリー商法典

HUVELIN は、手形による身体強制の起源を、定期市の時代に求めるが、LEVY-BRUHL の研究¹⁷⁾では一五六三年商事裁判官の設置に関する勅令 (edit) 制定後に、為替手形一般に、公式にその存在が認められたらしい。

一五六三年十一月の勅令第一二条

「判決により五〇〇トウール・リールを超えざる金銭を支払うべく宣告された者は、仮にまたは決定的に身体強制の対象となりうる。」⁽¹⁹⁾

王国は、ひとたびは身体強制を廃止しようと企てた。一七世紀に入り、一六六七年四月のオルドナンス第三章第四条による改革がこれである。即ち、特定の事項について身体強制を禁止するものであった。この事項の一つとして、隔地宛為替手形の場合が含まれた。⁽²⁰⁾

一六六七年四月のオルドナンス第三章第四条

「いかなる法廷にも判事にも、民事または占有権回復訴訟に関して、判決の執行としての相続放棄のためにする場合、転売詐欺のためにする場合、裁判所の命令によるまたは公法人への必要的寄託、供託のためにする場合、係争物寄託受寄者、警察官、管財人による財産の提出のためにする場合、隔地宛為替手形のためにする場合、商人が関与する商品に関する行為のために生じた商人間債務のためにする場合に、すべての本国の臣民に対する身体強制による履行強制を禁止する。」⁽²¹⁾

このオルドナンスによる身体強制廃止は商業に混乱をもたらすものとして強く非難された。⁽²²⁾そこで、一六七三年三月の商事オルドナンスは手形による身体強制を復活させる。同オルドナンス第七章の規定は、手形債務者に対する身体強制の可能性を確認した。

一六七三年商事オルドナンス

第七章 TITRE VII. 身体強制について Des contraintes par corps

「為替手形または為替状に署名したる者に対して身体強制を行うことができる。為替手形または為替状に手形保証をなしたる者のすべて、隔地間での、為替手形または為替状の交付を約束した者、自らに提供される為替手形と引換に約束を与える者、ま

たはその義務を負う者（においても同様とする）。受領済の、現金による、または、商品による対価の記載をなして証券上に署名したすべての商人の間においては、証券がそこに指名された特定人またはその者が指図する者または所持人に対して支払われるものであるかぎり〔同様とする〕。

2 同様の身体強制は、備船および危険を対価とする、海事契約、冒險貸借、備船契約、船体の売買の履行に付いてもこれを行うことができる。⁽²³⁾

所持人は身体強制を権利として申立てうるのか、それとも所持人の意思と無関係に、裁判官が却下する裁量権を持つのかについては学説が分かれた。SAVARYは本条の文言に *pourront être* の表現が用いられていることを捉え、オールドナンス自体の趣旨は、裁判官の裁量権を認める見解に立ったものと解説しつつも、⁽²⁴⁾それが為替手形なのか、為替状 (*billet de change*)⁽²⁵⁾なのかによって解決を異にするとし、為替手形の場合には、身体強制宣告は必要である。これが為替手形自体と同程度に古くからの判例であること、また、手形の厳格な支払は商業に不可欠であることなどから必要説を以て是としている。⁽²⁶⁾ LEVY-BRUHLも、商法解釈者の多数が、為替状の場合にしか裁判官の裁量を認めないと考えていたとする。⁽²⁷⁾

為替手形が、真の為替契約ではなく、為替手形に擬装された単なる消費貸借などの契約であるとき（地の相違がなく、支払人と振出人が資格を兼任しているような場合が考えられる）には、本条の適用はないと解された。一六七三年オールドナンスでは、隔地要件は、手形の必要的記載事項ではなく、実質にしたがって判断されたため、しばしばその認定に困難を生じたといわれている。⁽²⁸⁾

ただし、このことは、手形の原因関係がいかなるものであるかによって扱いが変わるということを意味しない。後世においては、一八三二年法によって、原因関係の商事性の有無を根拠に身体強制の可不可を決する主義が採用

されるに至るが、オールドナンス時代に論ぜられた隔地性の問題は取引の性質の問題ではない。LEVY-BRUHLによれば、一六七七年のトゥールーズ高等法院判決が、原因関係の商事性の欠缺の抗弁が容れられなかった事例として知られる。⁽²⁹⁾

III 商法典の制定から身体強制の緩和へ

商事オールドナンスの改訂作業が主張されはじめるのは、一七六〇年代のことである。例えば、Journal du Commerce誌に一七六七年から一七六九年にかけて掲載された、ROGUE氏による手形法改正草案⁽³⁰⁾が知られ、白地式裏書の禁止や確定日払手形の拒絶証書は満期日の朝に作成されなければならないなどという要求をしている。次いで、MIROMESNILが招集したNONRANTAN委員会が改正案起草に着手する(一七七八年)⁽³¹⁾。オールドナンスには前記のように隔地要件の認定などで問題を生じていたにもかかわらず、同委員会では、身体強制に関する規定は改正の必要もないと判断され、MIROMESNIL草案第八章第二二条・第九章第四条ではオールドナンスの規定が確認されるにとどまった⁽³²⁾。MIROMESNIL草案は結局採択されることはないまま、幻の商法典となり、革命期に提案されたGORNAY草案も同様に立ち消えとなり、一六七三年オールドナンスが用いられ続ける。革命暦六年芽月一五日の法律においても手形の身体強制に関する従来の立法が確認され、一八〇七年商法典はこの問題に何等変更を加える規定を持たないで成立するのであった。

商法典(一八〇七年)第六二五条

「身体強制を伴う判決の執行のための商事拘禁所を、パリ市のみの一箇所に設ける。その組織及び権限は特段の規則を以ってこれを定める。」

この「商事拘禁所」こそ、パリ北郊に置かれたクリッシーの監獄³⁵に他ならない。

ところが、商法典制定後の時代には、身体強制はその緩和・廃止という過程を辿る。一八三二年四月一七日の法律と一八四八年二月一三日の法律は、ともに、身体強制を緩和する立法であった。その完全な廃止は一八六七年七月二日の法律を待つほかになかった。まず、一八三二年の法律を一瞥しておこう。

一八三二年四月一七日の法律

第一条 身体強制は、以下に掲げる例外及び修正の場合を除き、元本一〇〇フラン以上を支払う商事債務について履行を命じる判決を下されたすべての者についてこれを宣言することができる。³⁶

第二条 商事に関して、以下の場合には身体強制を認めない。第一、法的に公式の商人と看做されない婦女子。第二、商人資格のない未成年者またはその商業への従事によって成年者と看做されることのない未成年者。第三、商事裁判所の管轄に属する未亡人または相続人で、審理の途上において商事裁判所に召喚されているか、その地位を理由として別訴により商事裁判所で被告となっている者。³⁶

第三条 商法典一・二二条の文言において単なる約束と看做される為替手形、または、約束手形に署名をなしたことをを理由とする、非商人に対して商事裁判所が言渡した履行強制判決は、これらの署名および債務負担行為が商業、為替、銀行または仲立の取引のために行われたのではない限り、身体強制を許すものではない。³⁷

第四条 商事に関する身体強制は、七〇歳を越える年齢の債務者に対して宣告することができない。³⁸

第五条 商事債務を理由とする収監は、支払を命ぜられた元本額が五〇〇フランに至らざるものについては、一年を経過すると当然に終了する。同様に、一〇〇〇フラン未満については二年、三〇〇〇フラン未満については三年、五〇〇〇フラン未満に

ついては四年、五〇〇〇フラン以上については五年とする。⁽³⁹⁾

第六条 債務者が収監中に七〇歳になりたる場合にはその日より、収監は当然に終了する。⁽⁴⁰⁾

第二条第一号で婦女子が除外されているが、この解釈は既に私法院 (Conseil privé) 判決一七四〇年九月二日において示された原則であったという。⁽⁴¹⁾ このほか、第四条の老齡者の除外、第二条第二号の非商人未成年者の除外、いずれも既に POTHER が示していた解釈であるとともに、⁽⁴²⁾ 民事に関しては既に民法典で採用されていた適用除外である。さらに POTHER は、聖職者が身体強制を免れるとしているが、これについては現在認められないと BUGNET による指摘がなされている。⁽⁴³⁾

いずれにせよ、かくして七月王制期には身体強制における人身保護が配慮されるようになった。⁽⁴⁴⁾

IV 身体強制の廃止

次に、身体強制廃止法案審議中の時代、廃止賛成論に立って書かれた一八六五年のパリ大学博士論文 MELINE (Jules), *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1865. に於いて、廃止論の論拠を一瞥してみたい。

MELINE は、フランス人権宣言がその第一条と第二条において、人が生来的に自由かつ法の下に平等であり、すべての政治的結合の目的が自由権をはじめとする時効にかからない自然の権利を保存することにあることをうたっていると指摘し、自由権は最も神聖な権利であるがゆえに、国家の第一の義務がその尊重にあるとする。⁽⁴⁵⁾ そし

て、個人の自由は他の自由を害するところに限界があることを指摘し、もし私が隣人の自由を害する（自由の濫用）ならば国家は私を逮捕し、一般利益を保護するために投獄する権利があるとし、そのような刑罰の根拠とは、他の市民の正当防衛権に求められるという。⁽⁴⁶⁾ところで、このような場合にのみ国家が人の自由を奪い得るとして、一体身体強制を宣言された債務者において、いかなる自由の濫用があったといえるのであろうか。⁽⁴⁷⁾廃止反対論の根拠になっている身体強制の社会的有用性など存在せず、それは債務者にとっては破壊的なだけであり、制度を存置させようとする真の利害は正義とは無縁のところにある、と説く。⁽⁴⁸⁾

さらに、MELINE は、身体強制の社会的有用性が乏しいことを次のような統計で実証する。

一八三四年三月二十七日付の《Constitutionnel》紙に掲載された記事には、商事監獄の一八二七年一月一日から一八三二年四月一八日までの統計が見られる。これによれば、右調査期間の約五年の間に二五六六名の債務者が収監された。そのうちの一二九四名は債権者の同意によって釈放、二四〇名が食糧費の納付がなかったことを理由として釈放、二三八名が脱走、七六名が許可証による釈放、六三名が判決による釈放、一四名が財産委付による釈放、一四名が手続の取消による釈放、三一八名が精神療養所送致、二名が死亡であり、僅か八分の一にあたる三〇七名が弁済によって釈放されたにとどまる。しかも、一五二六名は一か月以内に釈放されている。⁽⁴⁹⁾

BAYLE-MOUILLARD による一八三一年から一八三三年までの統計によれば、パリ市内で一八九三件の拘束が行われている。一四九件のみが完済を見、六四四件が一部弁済を得ているが、四〇〇件は何の成果ももたらしていない。

一八四八年にパリ商事裁判所が発表した統計によれば、集計時より過去一年の間、同裁判所での身体強制宣言の言渡は七万五〇〇〇件であったが、そのうち履行を見た事案は僅かに四〇一件であり、他方において身体強制がな

くても履行を見た係争は無数にあるという。⁽⁸¹⁾

立法院 (Corps législatif) で審議中の身体強制廃止法案の理由書に添付された一八六二年の統計もある。身体強制総数六四六件のうち、五三件のみが弁済を得ている。その余は様々な理由で釈放を見ているが、そのうち三〇三件は債権者の同意、一五二件は食糧費未納による釈放である。⁽⁸²⁾

以上の事実は、債権者が満足を得るといふ目的にとって、身体強制は効果的でなく、財産への執行で十分履行が確保でき、それ以上は何をやっても無駄であることを意味している。しかも、商人が債務者である場合には、破産を申立てることで身体強制を免れてしまうため、商人が債務者である事案では殆ど意味をなさないのである。⁽⁸³⁾ 身体強制の債務者が拘留されたパリ・クリッシー監獄の所長は、コンセイユ・データの聴取を受け、次のような回答を行っている。⁽⁸⁴⁾

「被拘留者のなかには、本物の商人などほとんどいません。かれらは芸術家、文学者、小規模自営業者等の人々で、その仕事の性質からしばしば借入金に頼らざるを得ず、身体強制を情容赦なく使う商人、高利貸に身を委ねるのです。本物の商人ならば、じっさい、身体強制を回避する大変確実な方法を持っていますね、つまり、破産申立をしてしまう……のです。」

そればかりか、身体強制のコストは、却って債権者にとっても不経済を生じる。一八四八年の商事裁判所決議によれば、債務者の逮捕費用が少なくとも一四〇フランかかるといわれている。また、拘束中の債務者の食糧費は法定されているが、MELINE が本論文を執筆している当時、パリでは一か月四五フランである。MELINE が行っている試算では、例えば一五〇〇フランの債務について債務者を一年拘束しても、収監費用に二〇フラン、食糧費で七〇〇フラン(?) が掛かり、債権額の約半分が消えてしまう。二二〇フランの債権額としても三か月の拘束であ

り、費用の総額は二二五フラン、で回収できる債権の金額よりも費用が上回る。⑤⑥ いずれも費用は債権者の負担であることを考えられたい。

さらに、廃止反対論者は、労働者階級にとって与信を受けるための最後の手段であるから、身体強制の可能性を奪うべきでない^{⑤⑥}と論じるが、これに対してMELINEは信用組合、とりわけ相互信用組合の発展育成が必要であることを説き、庶民への金融の手段を提供するべきことを政府も企図していることを主張する。⑤⑦むしろ身体強制制度のために、年々少なからざる貴重な労働力が国家から失われていることが問題であり、かような制度が存在することは社会全体にとって損失であることが説かれる。⑤⑧他方で、身体強制廃止の代償として刑法典を改正し、財産隠匿・詐欺破産・背任の処罰を強化することが提案されているので、廃止反対論者の危惧するようなモラルハザードは起こらないこと、⑤⑨またこれによって外国人との取引の増大などにも対応できると結ぶ。⑥⑩

かくして、「野蛮時代の一遺物」である身体強制制度は、一八六七年七月二二日の法律を以て、手形に関するものは勿論のこと、租税立法によって認められる特殊な制度を除き、一般的に廃止されるに至った。岩倉使節団が目撃したフランスでは身体強制は既に姿を消していた。⑥⑪身体強制の廃止された一八六七年は、同時に、株式会社の設立の原則主義が承認された年でもある。債権債務関係は物化し、当事者の人格を離れてゆき、多様な金融の手段が承認されてゆく過程が端的に顕れた歴史的瞬間であった。

エピローグ——現代的展開

現代においては、身体強制が利用できないのは無論のこと、⑥⑫債権者の満足のみを最優先させるのではなく、債務

者の経済的再生を重視した法制度が整備されている。このことは債務者の人格尊重の観点から、非職業自然人の債務について一段と配慮されており、日本の民事再生法における・小規模個人再生・給与所得者等再生手続をはじめ、類似の制度が先進国各国の立法において採用されていることは周知のとおりである。ここまで連続述べてきたフランス法についても、一九八九年に制定されたネイエルツ法による消費者再生手続 (*Traitement de la situation de surendettement des particuliers*) がこれにあたる。現在は消費法典L三三一・一条以下の規定として運用されている。⁽⁶⁵⁾

これだけでなく、抽象債務の取扱も大きく変貌している。右の消費法典は、非職業者自然人による手形の利用そのものを回避しようとさえする。消費法典L三三二・三三三(一九八七年一月一〇日の法律)いわゆる第一スクリヴネル法第一七条として制定、後に消費法典に組込・条文番号変更⁽⁶⁶⁾がこれであり、一定の場面で、非職業活動における自然人による手形行為の無効(取消)を認めてさえいる。

消費法典L三三二・三三三 商法典第一一四条の規定は、たとえ成人によるものであっても、本編の規定する与信取引のうち、第二章第二節、第四節、第六節および第七節、ならびに、本章第一節、第三節、および、第四節ないし第八節を除くものに際して、借主が署名しまたは手形保証したる為替手形及び約束手形に適用される。⁽⁶⁷⁾

以上のとおり、近代・現代のフランス法において身体強制が廃止され、「厳正なる債務を負う自由」が制約されてゆく過程を観察した。その賛否是非をいかに論じるかは別として、かような歴史を背景に、あるいは手形法が論じられ、あるいは抽象債務が論じられていたのである。

*本稿は、亜細亜大学フランス法研究会（二〇〇二年三月）での講演に加筆したものです。

注

(1) この文脈はイエスが、教条主義を戒め、祈りや善行は隠れてなせ、守れもしない誓いを立てる偽善者の真似をするなど説く箇所である。聖書学の専門家でもない筆者にはそういう解釈をしていいものか全くわからないが、この部分は旧約箴言編「父の論し」と共鳴するように思えてならない。イエス前後の時代でも、保証人の制度は依然厳正な身体強制を伴った。保証人となることは主債務者に命を預けることと等しい。見せかけの友情のために誓った君はきつと後悔するであろう、警戒せよと。「わが子よ、もし友人の保証人となって／他国の者に手を打って誓い、／…あなたの口の言葉によって隣にかかったなら、命は友人の手中にあるのだから／行って足を踏みならし、友人を責め立てよ。／…まぶたにまどろむことを許すな。／鳥のように、自分を救い出せ。」——箴言六・一・五（聖書新共同訳、日本聖書協会、一九八七年）。

(2) 柴崎暁・手形法理と抽象債務（新青出版、二〇〇二年）[0001]注11。

(3) 柴崎・前掲書[2410]注62付近。

(4) 飯島耕一訳・娼婦の栄光と悲慘―悪克ヴォートラン最後の変身（上）・責任編集鹿島茂リ山田登世子リ大矢タカヤス・バルザック『人間喜劇』セレクション（藤原書店、二〇〇〇年）第八巻三二〇頁。

(5) 庄子良男『手形厳正理論の現状とその意義』東北学院大学論集法律学五号（二五九一頁）二八頁、同・手形抗弁論（一九九八年、信山社）五頁。

(6) 柴崎・前掲書。

(7) 岩井克人・ヴェニスの商人の資本論（ちくま書房文庫版一九九二年）一八頁。

(8) 船田享二・ローマ法第五卷（一九七二年、岩波書店）八八頁。制度の概要はおよそ次のとおりである。債務の弁済期より三十日が経過した場合には、債権者は債務者を法務官の前に実力で連行できる。法務官の面前で、債権者は債務者の肩に手を置き一定の形式にしたがい、差押の事実、差押をなした法律上の理由、債権額を宣言する。第三者がその不適法であることを主張し、かつ、自ら原告に対して責任を負担する場合にのみ被告は拿捕を免れるが、これがなければ、原告は、被告を自宅に連行・監視・拘束できる。十二表法には、拘束に用いる鎖の重量の上限や、被告が食事を欲する場合の扶養義務などが規定されていた。連行拘禁に続く六十日の間、拘束者は、三回の連続する市の日毎に被告を政務官の面前に連行し、被告

- が負った債務の金額を大声で宣言してその拘束を解くために第三者が弁済をする機会を設け、これに対して誰も債務を履行しなれば、六十日の期間の満了後、拘束者は被告を殺害するか、国境外（テベレ川の向岸）に奴隷として売却することができる。殺害の場合には、屍体を分割することが許された。その際、屍体を何個に分割するかも拘束者が自由に決定し得たという。
- (9) MELINE (Jules), *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1865, p. 4.
- (10) MELINE, *op. cit.*, p. 7.
- (11) 共和制末期までには不使用に帰して滅びてしまった古代の制度ではあるが、儀式性の強い債務負担行為である。五名以上のローマ市民の証人の前で、秤持ちが立会う。債権者となるべき者が債務者となるべき者の手を掴んで「私はこの奴隷が市民法によって私の物であると主張する。そしてこの奴隷は、この銅と銅の秤によって私に取得される」と発声し、銅塊で秤を押し下げてから、これを相手方に手渡す。ガイウスの法学提要による銅秤行為による土地所有権の取得に関する部分から吉野悟・ローマ法とその社会（一九七二年、近藤出版社）二〇頁。なぜ拘束行為をするに至ったかという経緯は一切述べられない。しかし、実際には、このような儀式に至るまでに、債権者となるべき者は、何らかの財産・役務を相手方に給付していて、その代価として、という趣旨で行われるなどの事情は想像できよう。この行為は「一定量の銅の塊に代えて、ある者が他の者に対する人身支配を取得する効果」を生じる。結果的には、相手方が、（命懸けで）銅の塊（金銭）の返済を約束することを意味するのである。前述の拿捕手続は判決債務の不履行への制裁であったが、拘束行為を用いると、判決手続抜きでいきなり強制執行を開始できる。現代の執行証書を想起されたい。
- (12) プルータス「いいや、誓いは要らぬ……ほかにどんな証文がほしいというのか、ひとたび口にだした以上、決して逃げも隠れもせぬローマ人の節操のほかに？……ローマ人の体内を流れ、その誇りとする血が、みずからおのれの不純を恥じよう、たとえ些細なことでも、ひとたび口に出した言葉がわれから破るようなことでは。」福田恒存訳『シェイクスピア『ジュリアス・シーザー』（新潮文庫、一九六八年）四一―四二頁。この台詞は契約の拘束力の基礎を「血＝精神＝意思」にもとめる近代人のことではなからうか。なお、冒頭「マタイによる福音書」の引用参照。
- (13) LA LUMIA (Isidoro), *L'obbligazione e il suo rapporto fondamentale*, 1923, no 1.
- (14) 柴崎・前掲書 [1104]。
- (15) "Aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse souscrite par un de nos sujets

- non commerçants au profit d'un juif, ne pourra être exigée sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude.”
- (19) TOULLIER (C. B. M.), Le droit civil français, suivant l'ordre du code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique, tome 6^{ème}, 5^{ème} éd., Paris, 1842, no 175, note 3. 274 及び 10 の解説を公出論據として認むべし。種田氏曰く、種田氏曰く、「一八一七年にシレー (Sirey, 1811. 234.)」。
- (17) HUVELIN (Paul), Essai sur le droit des marchés et des foires, pp. 479 et suiv. cité par LEVY-BRUHL, infra, p. 298.
- (18) LEVY-BRUHL (Henri), L'histoire de la lettre de change en France aux 17^e-18^e siècles, 1933, Paris, p. 298.
- (19) “Que les condamnés par provision ou définitivement, seront contraints par corps à payer les sommes liquidées par les Sentences et Jugements, qui n'exéderont cinq cens liv. tournois.” -TOUBEAU (Jean), Les institutues du Droit Consulaire: les éléments de la jurisprudence des marchands, 2^{ème} éd., 1700, Bourges, tome 1, p. 519.
- (20) LEVY-BRUHL, op. cit., p. 299. 「種田氏」曰く、「種田氏の訳述によれば、種田氏が種田氏の訳述を place に持ってくる場合と」。
- (21) “Défendons à nos Cours et autres Juges, de condamner aucuns de nos Sujets par corps en matière civile, sinon en cas de reintegrande, pour délaisser un héritage en exécution des Jugements, pour stéllionat, pour dépot nécessaire, consignation faite par Ordonnance de Justice, ou entre les mains de personnes publiques, représentation de bien par les séquestres, commissaires ou gardiens, lettres de change, quand il y aura remise de Place en Place, dettes entre Marchands pour fait de marchandise dont ils mêlent.”
- (22) SAVARY (Jacques, 1622-1690), Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France, et des pays étrangers, éd. Jacques Savary des Bruslons (1657-1716) et Philemont-Louis Savary (1654-1727), tome 1^{er}, Paris, 1777 (註釋田大祐藏稿), p. 209. 及び 同書の前掲の巻の 167-171 中、種田氏が種田氏の訳述者 SAVARY 曰く、種田氏の訳述者である SAVARY 一族のことと、種田氏の訳述者「フランソワ商法史」における「ジャック・サヴァリー」奥島孝康教授遺稿記念論文集編集委員会編・比較会社法研究 (成文堂、一九九九年) 所収を参照せよ。

- (23) Ceux qui auront signé des lettres ou billets de change, pourront être contraints par corps: ensemble ceux qui y auront mis leur aval, qui auront promis d'en fournir, avec remise de place en place, qui auront fait des promesses pour lettres de change à eux fournies, ou qui le devront être; entre tous négociants ou marchands qui auront signé des billets pour valeur reçue comptant, ou en marchandise, soit qu'ils doivent être acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au porteur.
2. Les mêmes contraintes auront lieu pour l'exécution des contrats maritimes, grosses aventures, chartes-parties, ventes et achats de vaisseaux, pour le fret et le nautage [sic].
- (1) 原「原」の「Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789, tome XIX, 1822-1833, Paris 2469」
- (24) SAVARY, op. cit., p. 210. JOUSSE (Daniel, 1704-1781), Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de Mars 1673, nouvelle éd., Paris, 1761 (「橋大幹・ランタリン文庫所蔵」), p. 147. この見解を支持して「われが一六六七年ホルドナンス第三四章第四条にも適するとの見解を述べている。
- (25) 交付された為替手形と引換に授受せられる証書ないし為替手形を交付する約束。JOUSSE, op. cit., p. 64.
- (26) SAVARY, op. cit., loc. cit.
- (27) ただし、JOUSSE, op. cit., p. 147 は「手形の所持人と、署名者との双方が商人であるような場合には、裁判官は必ず身体強制を宣言せざるべし」と述べて、為替手形が為替状かではなく、当事者の属性によつて決まるかのような表現をこころうる。
- (28) LEVY-BRUHL, op. cit., pp. 301-303. は「メヌス高等法院判決一七八〇年十月一日を報告する SALVIAT, Jurisprudence de Bordeaux, tome 2, p. 155. のほか、破毀院判決革命曆一〇年風月二日 (Sirey 1802. 1. 34) を引用して隔地性なことに「地の相違」(remise de place) ならざる為替手形の取扱を論じている。詳細は省かれた。
- (29) GRAVEROL, Note sur La Rocheflaudin, I, III, titre XIV, art. 1, p. 251 cité par LEVY-BRUHL, p. 301, note 2. 一六七五年九月二五日「ニームの商人 Jean Audifret は、貴族 Antoine de Langlade conseiller de Clarensac との間で、トウルース市立証券取引所において生じた損失に関し、示談 (appointement) に至つた。右示談書によれば、後者は「前者に対して、三通の為替手形上に記載された手形金四四三リールおよび拒絶証書作成の日より支払に至るまでの間の〔日歩〕」(ニーム・セメントの割合による戻為替による手形金を三日以内に支払うことが宣言され、これがない場合には身体強制に

服をばはなばなご、とやむじらる。de Clarensac 氏は、執行異議 (requête de retracement) を申立、右金員は商業 (négoce) に由来するものゆへ、通常裁判所裁判官 (juges naturels) に移送せらるべしとの Compagnie (商業裁判所のことか) の管轄すべきものでないことを主張。一六七六年一〇月六日の休延期特別審理部 (Chambre seant en vacation) 对審判決によってその申立を棄却された de Clarensac 氏は、再審請求 (requête civile) によつて高等法院に上訴したが、一六七七年六月一日の对審判決で棄却された。

(30) Projet de Déclaration royale rédigée par M. Rogue agréé plaissant au consulat d'Angers, cité par LEVY-BRUHL, op. cit., p. 357 et suiv.

(31) LEVY-BRUHL, op. cit., p. 9 note 10.

(32) LEVY-BRUHL (Henri), MIROMESNIL (Armand Thomas Hue de, 1723-1796), Un projet de code de commerce a la veille de la Révolution : le projet Miromesnil (1778-1789) Paris, 1932. Commission de recherche et de publication des documents relatifs a la vie économique de la Révolution.

(33) ヴリッシーに置かれたのは一八三八年からのようである。ウォルン・ハリー風俗史(後掲)。

(34) 民事では、身体強制が民法典によつて復活せられ、その原因を詐欺的転売 (steilionat) (民法典第二〇五九条)、必要的寄託・占有回収・供託金取戻等(第二〇六〇条)、判決債務不履行(第二〇六一條)に限定し、小作料債務(第二〇六二条)、三〇〇フランに満たない少額債務(第二〇六五条)を客観的適用除外とし、未成年者(第二〇六四條)、詐欺的転売の場合を除く七〇歳以上の高齢者ならびに婦女子(第二〇六六條)を主観的適用除外とした上、法定の場合以外の身体強制およびその合意の禁止と無効とを定め(第二〇六三条)、身体強制は必要的に判決によるべしとの原則を定め(第二〇六七條)、担保提供の上仮執行を命じる身体強制判決の場合には控訴によつても執行は停止しないこと(第二〇六八條)、身体強制は同時の対物執行を妨げないこと(第二〇六九條)、特別法による身体強制を妨げないこと(第二〇七〇條)を定めている。なお民事身体強制の略史については、森田修・強制履行の法学的構造(東大出版会、一九九五年)二二二頁以下参照。

(35) La contrainte par corps sera prononcée, sauf les exceptions et les modifications ci-après, contre toute personne condamnée pour dette commerciale au paiement d'une somme principale de deux cents fr. et au-dessus.

(36) Ne sont point soumis à la contrainte par corps en matière de commerce. 1° Les femmes et les filles non légalement réputées marchandes publiques. 2° Les mineurs non commerçants, ou qui ne sont point réputés majeurs

- pour fait de leur commerce: 3°. Les veuves et héritiers des justiciables des tribunaux de commerce assignés devant ces tribunaux en reprise d'instance, ou par action nouvelle, en raison de leur qualité.
- (37) Les condamnations prononcées par les tribunaux de commerce contre des individus non négociants, pour signatures apposées, soit à des lettres de change réputées simples promesses, aux termes de l'art. 112, C. comm., soit à des billets à ordre, n'emportent point la contrainte par corps, à moins que ces signatures et engagements n'aient eu pour cause des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage.
- (38) La contrainte par corps, en matière de commerce, ne pourra être prononcée contre les débiteurs qui auront commencé leur soixante et dixième année.
- (39) L'emprisonnement pour dette commerciale cessera de plein droit après un an, lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élèvera pas à cinq cents francs: -Après deux ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à mille francs: -Après trois ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à trois mille francs: -Après quatre ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à cinq mille francs: -Après cinq ans, lorsqu'il sera de cinq mille francs et au-dessus.
- (40) Il cessera pareillement de plein droit le jour ou le débiteur aura commencé sa soixante et dixième année.
- (41) POTHIER (Robert), Traité du contrat de change, Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Bugnet, tome 4ème, Paris, 1847, no 127. 回書S初版は一七六三年である。
- (42) POTHIER, op. cit., loc. cit.
- (43) POTHIER, op. cit., loc. cit., p. 528, note (7) par BUGNET.
- (44) この改革が行われるまでは、法文の上では非商人の婦女子が身体強制にかけられて収監されることになる。その時期における手形に拠る身体強制が扱われた文学作品について少し寄り道してみた。
- バルザック (Honoré de Balzac, 1799-1850) 『人間喜劇 La Comédie humaine』は、一八三四年から一八四〇年までに公表された一〇〇編近い小説群からなる大河小説であり、当時の社会・風俗・流行・犯罪等に取材し、就中、作家自身が法律事務所で弁護士見習いをしていった経験があるところから、法律問題を格好の素材とする。作品中 Splendeurs et Misères des courtisanes (士ら訳としては、寺田透訳・浮れ女盛衰記) (バルザック人間叢書の萬里閣、一九四八年)、最近の日本語訳としては、前掲飯島耕一訳・娼婦の栄光と悲慘) の部分では、当時のフランス法における手形による身体拘束が重要な役

割を演じる。

小説の舞台は、一八二四年から一八三〇年まで（王制復古期）のパリ。カルロス・エレラというニセ司祭（本当は元囚人ヴォートラン。人間喜劇中「ゴリオ爺さん」にも登場、本物のカルロスを殺害し——同じく人間喜劇「赤い宿屋」——で教会の発行した身分証明書を盗み取り、カルロスになりきる）は、自殺を試みようとしていた美貌の青年詩人リュシアン・ド・デュバンブレの命を救い、金を与える代わりに自分の支配下におき、社交界に復帰させ、貴族・ブルジョアの婦人を誘惑させては上前をはねていた。他方、ヒロイン・娼婦エステルは、社交界でも噂の美女であり、リュシアンと相思相愛になっていたものの、自らの卑しい出自が露見することを恐れていた。これに目をつけたカルロスは、「リュシアンにふさわしい女にしてやる」といってエステルを修道院で引取り、神の祝福を受けさせるべく教化し、ヴァンセンヌの森の番人小屋に隠していた。他方ユダヤ人老銀行家ニュサンジャン（ドイツ風に発音するとニュシンゲン）男爵は、この歳まで遊びというものを知らないで巨万の富を築いたが、こともあろうにこのエステルに一目惚れし、密値を放ってその所在を探し回っていた。カルロスは、ニュサンジャン男爵が「頭がおかしくなるほど」彼女にいれあげているということを知るや、この状況を利用した手形詐欺を思いつく（「すべてが偽物」飯島訳第八巻二一九頁以下）。

デトウルニエという人物は、一種の詐欺師で、取引所での派手な投資で世間の注目を集めたが、賭博詐欺で有罪判決をうけ今は破産寸前で逃亡中の身であった。カルロスは、鼻眼鏡の変装でデトウルニエの大口債権者ウィリアム・パーカー氏になりすまし、デトウルニエの財産を管理しているセリゼ方を訪れ、「今や行方不明のデトウルニエから、『これを取立換金して弁済にあててくれ』といって貰った」といい、デトウルニエが振出した（ことになっている）、六ヶ月前の振出日付、金額三〇万フラン（当時の一フラン＝現在の日本円で約一〇〇〇円、したがって三〇万フランは三億円）の為替手形を示す。そこにはカルロスから指示されてエステルが「わけもわからず」署名させられた引受がなされている（飯島訳第八巻二二〇頁）。デトウルニエはかつてエステルの「世話」をしていたことがあって、それは旧知のセリゼも知っていたから、「デトウルニエから貰った」というパーカー（実はカルロス）の言を容易に信用し、この手形の取立に協力、強制執行の申立人として名義を貸すことにも同意。手形にはセリゼが本伏持参人に取立を委任するとの裏書をつけて、カルロスに渡す。カルロスは、セリゼの名で支払呈示をし、次いで執達吏に、手形上の主たる債務者エステルの財産（といってもカルロス自身が買ひ与えたもの）に対する差押をさせ、次いでエステルを申立てようとする。これを知ったニュサンジャン男爵は、逆上して参加支払（不渡りになった手形について、証券上の義務者でない者がなす手形の支払）をし（飯島訳第八巻二五〇

頁)、エステルを身体強制から解放する。見事三〇万フランは、カルロスの名が唯の一度も表に出ないまま、セリゼの代理人としてふるまったカルロスの手に落ちた。エステルは商人資格のない婦女子であり、一八三二年法による改革がほどこされる恩恵を受けるはずだったが、この事件は一八三〇年より少しだけ前に起きていて、この点が作品をドラマチックにする鍵になっている。

大野教授に拠れば、ニュサンジャン男爵は、そのあと救った女に何も求めはしなかったという。「まことに清らかな、そしてまた優雅な参加支払」(大野實雄)ある優雅な参加支払について「手形法・小切手法講座第3巻付録・講座の周辺(有斐閣、一九六五年)(二頁)であると。そしてこの銀行家が、手形金を取り戻そうとしなかったのは、「この次第が奥さんに知れることをおそれたからで」(大野・前掲同所)あると推測されている。が、実はこのあとの部分で、男爵と娼婦との間には、手紙のやりとりがある。男爵は「いつまでもいいお父さんではいられないよ」として愛人になるよう要求する。エステルは値段をつりあげようとしてか「いつまでもいいパパでいて、そうでないとセーヌ川に身を投げて死にます」という返事を書いている。しかも、それを読んで蒼きめる男爵を見た男爵夫人は、彼が手にしていた手紙を読み、若い娼婦を手に入れるにはかけひきが必要だとマドヴァイスまでしている。大野教授が推測するほど、事態はあまり「清らかな参加支払」ではなかったようである。

- (45) MELINE, op. cit., pp. 39-40.
- (46) じの正防衛権を國家が受任者として行使する。MELINE, op. cit., p. 40.
- (47) MELINE, op. cit., p. 41.
- (48) MELINE, op. cit., p. 42.
- (49) MELINE, op. cit., p. 49.
- (50) BAYLE-MOUILLARD (J.-B.), De l'emprisonnement pour dettes : considérations sur son origine, ses rapports avec la morale publique et les intérêts du commerce, des familles, de la société, suivies de la statistique de la contrainte par corps, Paris, 1836, cité par MELINE, op. cit.
- (51) MELINE, op. cit., p. 43.
- (52) MELINE, op. cit., p. 51.
- (53) MELINE, op. cit., p. 44. 当時のフランス商法典の破産規定は商人破産主義である。

(54) MELINE, op. cit., p. 45.

(55) MELINE, op. cit., p. 48.

(56) 推測であるが、廃止論においては、コスト問題が最も重要であったのではなからうか。商事監獄の実態については、筆者は詳らかに知るところではないが、そこは苦痛を与えるところではなく、債務者が悔いて悟る場所でもない。いわば債権者の費用で安楽な休暇を過ごせる場でさえあったようである。近時目にした記述、アンドレ・ヴァルノ北澤真木訳・パリ風俗史（講談社学術文庫、一九九九年）によれば、「殺人犯や政治犯を収容する監獄と異なり、獄内は非常に設備が整っていて、各部屋は清潔で暖房までつき、カフェ・レストランや図書室、郵便窓口もあり、面会、飲食物の差し入れも自由。ここに入るの少しも不名誉なことではなかった」（二三八頁）。「昼間は身を隠し、執達吏が僕を逮捕する権利のない夜にしか外出しなかったのだが、ある朝、仮面舞踏会からの帰りに捕まった。『夜が明けてまず、旦那』と、令状を見せながらその執達吏は言った。心優しい訪問客が大勢いるから、牢屋暮らしは少しも苦にならない。美しい娘らが、おめず臆せずやってくるので、監獄のいかめしい雰囲気も自ずと華やぐ。…牢屋暮らしにも飽きてきた。運良く叔父の遺産を相続したので、借金も返せそうだ。…なにもせず過ごすより、青春時代は羽目をはずしたほうがいい」（二一九～二〇〇頁）。

(57) MELINE, op. cit., p. 54.

(58) MELINE, op. cit., pp. 56-57.

(59) MELINE, op. cit., p. 60.

(60) MELINE, op. cit., p. 62.

(61) なお、明治三年民法債権担保編第一条第一項は、責任財産という概念について規定し、債務者の身体ではなく、総財産が債権の引当てになっていることを示したものであるが、このような歴史的背景のもとで制定されたことは意義が大きい。梅謙次郎・民法債権擔保論（新青出版、二〇〇一年復刻）七・八頁。

(62) なお、手形拘束そのものではないが、民事拘束制度一般のいわば残骸として、債務者の引致・監守を規定する日本破産法第一四八条・一五二条参照。ただ、その制度の存在理由は、かつての身体強制のような、法侮辱への懲戒でもなければ報復感情の充足でもなく、おそらくは財産隠匿の予防というべきであろう。

(63) なお、この制度には一九九八年七月改正（いわゆる「反追放」法）により、裁判所の命令による「債務消滅処分（effacement de dette）」が導入された。従来の過剰債務処理手続では利息の減免をする権限までは認められていたが、この改正

- のように元本そのものを権引きにするという主義は採られていなかった。過剰債務処理手続は、民事破産 (faillite civile) ではなかったからである。しかし、一九九〇年代、新しいタイプの貧困層が登場、政府は総合的社会連帯立法である「反追放」法によってその解決を図ることを余儀なくされた。
- (64) 二〇〇〇年新商法典五一一・五条「未成年者により署名された為替手形は、民法典二三二一条に従って生じる各当事者の権利を除き、当該未成年者との関係においては無効である」をなす。
- (65) 消費法典第三卷「負債」第一編「与信取引」
- (66) 「消費信用 (credit à la consommation)」と「不動産信用 (credit immobilier)」は必ず返済義務 (obligation de remboursement) の負担を意味する。
- (67) Article L313-13. Les dispositions de l'article 114 du code de commerce sont applicables aux lettres de change et billets à ordre souscrits ou avalisés par les emprunteurs même majeurs à l'occasion des opérations de crédit régies par le présent titre à l'exception des sections 2, 4, 6 et 7 du chapitre II et des sections 1, 3 et 4 a 8 du présent chapitre.