

法の循環

——新しい比較法学と東アジア法の可能性——

小川 浩三

1 はじめに

本日南開大学法学院と専修大学法学部との提携交流協定締結に当たり、南開大学の諸先生方および大学院生の皆さんに報告する機会を与えられましたことを、大変光栄に思っております。私は、ヨーロッパ中世のローマ法学および教会法学（いわゆる学識法——ドイツ語 *gelehrtes Recht* : フランス語 *droit savant* : 英語 *learned law*）を中心としたヨーロッパ法制史学、および民法を題材とする比較法学を研究しております。本報告では、現在私共専修大学法学部のスタッフが共同で進めております研究プランについて、私が考えておりますことを具体例も上げて説明したいと思います。



現在私共は、「法の循環」というテーマで共同研究を始めました。その基本的な考え方は、欧米の法の継受あるいは受容について、受容する側から見ていこうということです。欧米の法、あるいは法制度を受容する場合、受容する側は導入される母法をそのまま受け入れるわけではありません。様々に変更を加えて受け入れます。あるいは、文言の上では

そのまま受け入れたとしても、実際の運用の際には変更が加えられることがあります。こういった変更点に着目して、第一にその変更の原因となった受容する側の事情を問題にします。とりわけ、受容前の既存の法、あるいは伝統的法文化的要素を問題にします。しかし、研究はそれにとどまらず、変更点に着目することは受容される母法が抱えていた問題点を浮き彫りにすることができます。なぜ、受容国では受け入れられない法制度が母国国では可能なのか、それを可能にしているのはいかなる事情か、という問題が立てられます。

あるいは、変更点や相違点は母国および受容国が抱えている共通の問題の解決方法の違いとして問題を立て直すこともできます。従来は、これらの問題はしばしば受容国の後進性や特殊性で説明されることが多かったと思いますが、しかし見方によっては母国の方こそ特殊だという見方も可能なのです。要するに、一方が進歩しているとか遅れているとか、あるいは、普遍か特殊かという問題ではないのです。重要なことは相互理解であり、それが可能になってくれば、簡単ではありませんが相互の調和の見通しも立ってきます。あるいは、現代社会が抱える共通の問題に対するアプローチが異なっていることと、それに基づく調和が可能になってくるように思います。

以下では、まず、こういった私の問題意識の背後にあります最近の比較法学の新しい発展を説明し、次に、日本の具体的制度を例として私の考え方を敷衍したいと思います。

2 新しい比較法の発展

ドイツ、ハンブルクにあるマックス・プランク外国私法・国際私法研究所の現所長であるラインハルト・ツィーママンは、1990年に *Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition* (「債権債務関係の法・大陸法伝統のローマ法的基礎」) という著書を発表しました。これは、古代ローマ法と近代の諸民法典、および、両者をつなぐ11世紀末から18世紀末までのローマ法学の発展——そこには一部教会法学も含まれますが——を描いた著作であり、法制史学から見れば、後者の中世から近代前期の発展を視野に入れたことが画期的な点です。しかし、比較法学に対するインパクトはもっと大きかったように思います。彼は南アフリカのケープタウン大学の教授を勤めていました。南アフリカでは17世紀にオランダ人が入植し、彼らはそこで母国であるオランダ法を持ち込んで、裁判を行いました。その後19世紀初めにイギリスがオランダとの競争に勝ち、南アフリカを植民地として、そこに彼らの法(コモン・ローと呼ばれます)を持ち込みました。南アフリカでは、コモン・ローがそのまま適用されるのではなく、それまであったオランダ法——ローマ法の解釈を通じて発展してきたので、通常はローマン・ダッチ・ロー(ローマ・オランダ法)と呼ばれます——を基礎にして、そこからの解釈によってコモン・ローを適用しました。

細かい点に入ることはできませんが、たとえば、信託やコモン・ローの契約法の中心概念である約因(consideration)といったコモン・ロー特有のものを考えられていたものを、

ローマ・オランダ法から理解できる限りで適用しました。もちろん変更点・相違点もありましたが、ここでツィーマンが注目したのは、むしろ共通点でした。2つの可能性が開かれました。1つは、コモン・ローの見直しです。従来イギリスに特有のものと考えられてきたものが、解決しようとする問題の共通性だけでなく、ローマ法学や教会法学（つまり学識法）の影響から、したがってローマ・オランダ法と共通の基礎から説明できるのではないかということが考えられました。30年前には考えられなかったのですが、現在ではイギリス法を学識法から孤立したものと捉えることは、少なくともわたくしより若い世代の学者には見られません。もう1つの可能性は、ローマ・オランダ法も含まれるローマ法の影響を受けた大陸法（いわゆるシビル・ロー）とコモン・ローとの調和の可能性です。南アフリカの裁判所が行ってきたことが、ヨーロッパ統合の中での法の調和、あるいは世界的なレベルでの法の調和のモデルの一つになると考えられるのです。こうした南アフリカ法の研究を通じて、ツィーマンは、「混合法系 (mixed legal system)」という概念を作り上げました。

南アフリカ法は、ローマ・オランダ法を土台としてコモン・ローを受容したものであり、その意味では、いわばヨーロッパ法内部のことに過ぎません。しかし、重要なことは、受容に着目し、受容の過程を細かく分析することです。そのことが、受容される側の法＝コモン・ローにとっても、重要な意味をもったのです。混合法系の考え方は、当初大陸法（シビル・ロー）の国がコモン・ローを受容する場合を考えていました。このような場合としては、南アフリカの他に、たとえばスコットランド法、アメリカ合衆国のルイジアナ州法、あるいはカナダのケベック州法が考えられます。しかし、ある伝統的な法、あるいは法文化をもつ国が他の国の法を受容し、その過程で受容される母法を既存の法から捉え直し、変容させるという現象は、大陸法とコモン・ローの接触の場合に限られず、他の場合にも考えられます。とりわけ、高度に発展した文化、法文化をもち、その上でヨーロッパ法を受容した東アジアは格好の素材を提供するよう思われます。残念ながら私は中国法について、現在は深い理解をもっておりません。題材を、私にとってより身近な日本法にとって、具体的には手付を題材にして、1つの試みを行ってみようと思います。

3 手付の比較法

手付というのは、売買契約の締結にあたって、買主が売主に代金の一部（たとえば、10

%あるいは20%)を引渡すものです。買主は売主が「履行に着手するまでは」、引渡した手付金を放棄して、売買契約を解除することができます。他方売主は、同じく「買主が履行に着手するまでは」受け取った手付金を返還し、さらにこれと同額の金銭を支払うことによって契約を解除することができます。これを手付倍返しと呼びます。この制度は、日本法の母法となったフランス法やドイツ法にはなく、特殊日本的な法制度です。もしこのような法制度がないとすれば、つまりドイツ法やフランス法によれば、契約を締結した以上契約は拘束力を持ち、買主や売主は履行義務を負い、履行しなければ損害賠償責任を負います。その損害賠償額は、売主・買主ともに代金以上になる可能性があります。たとえば、売主が履行しなかった場合、買主は売主の履行があれば得られたであろう利益を損害賠償として請求できます。この損害賠償額から代金額を控除すれば、売主が実際に支払わなければならない損害賠償額が出てきます。それが、代金の10%や20%より多いのか、少ないのかそれは具体的事情によって異なってきます。いずれにせよ、売主が手付の2倍額を買主に支払えば契約解除できるということは、ヨーロッパ法的に捉えれば、買主が履行に着手する前に売主が履行拒絶する場合の違約罰、日本法の用語を使えば損害賠償額の予定が、支払われた手付金によって定められているということになります。

これに対して、手付のメリットは明確です。買主は、履行期に至るまでに売買目的物の市場価格が10%、20%以上下落した場合、手付を放棄してより安価に売る他の売主を求めすることができます。逆に売主は、市場価格が同じ割合で上昇した場合、手付を倍返ししてより高価に買う他の買主を求めすることができます。つまり、手付は契約締結時から履行期までの価格変動のリスクヘッジの手段と捉えることができます。ちなみに、価格変動のリスクという問題は、ヨーロッパの契約法では契約成立のための申込の拘束力に関連して議論されます。コモン・ローのように申込の相手方の承諾があるまでは申込を撤回できるというルールでは、申込後に急激な価格変動があった場合、申込人は撤回できます。逆に、申込が撤回できないドイツ法のようなルールの下では、申込人は撤回できず、相手方が保護されることになります。もちろん、どちらの法も当事者の選択によって、撤回できるとすることも、撤回できないとすることも可能であることは、よくご存知の通りです。また、契約締結時から履行期までのリスクの問題としては、もちろん危険負担の問題があります。この期間に目的物が売主の責に帰すことができない不可抗力で滅失・損傷した場合に、このリスクを売主、買主のどちらが負担するかという問題です。

以上の比較衡量からしますと、契約締結時から履行期までの価格変動のリスクを考慮す

る日本の手付制度の目的は、それなりの合理性をもっていると理解できると思います。しかし、手付の最大の特色は目的ではなく、その手段にあります。手付は、買主から売主に実際に支払われなければなりません。価格変動のリスクヘッジという目的のためであれば、現実の支払いは必要ではなく、手付支払いの合意だけで十分なはずですが、日本の手付は、現実の支払いを必要とします。契約の成立において、売買契約のように合意だけで成立する契約を諾成契約というのに対して、合意にプラスして一方の給付を要求する契約を要物契約といいます。この諾成と要物の区別を使えば、手付は明らかに要物的です。日本では、しばしば諾成契約が先進的なもの、要物契約は後進的なものであり、したがって手付は後進的な制度だという学者もおります。比較法制史的に見れば、諾成契約こそローマ法とその影響を受けた法にだけ発展したもので、特殊のだと言って良いと思うのですが、これについてはもう一度論じます。しかし、要物契約について、日本の歴史に遡って検討してみたいと思います。

日本の近代化の時代、つまり明治時代より前の江戸時代においても、商業は十分に発達していました。金銭支払いをめぐる民事訴訟は、大阪では頻繁に行われていました。しかし、この民事訴訟の中心は、貸金返還請求訴訟および売買代金支払請求訴訟でした。貸金返還請求訴訟は、実際に金銭の貸与があつてはじめて可能でしたから、もちろん要物契約でした。また、売買代金請求訴訟も、既に売買目的物は引渡されておりましたので、いわゆる売掛代金支払請求訴訟でした。これに対して、買主から売主に対する売買目的物引渡し請求あるいは目的物引渡しに代わる損害賠償請求訴訟はありませんでした。要するに、売買契約も売買目的物引渡しを成立要件とする要物契約だったのです。しかし、大阪では大々的に信用取引は発達していました。買主はどのようにして売主を強制できたのでしょうか。日本料理には欠かせない鰹節の売買を例にしましょう。鰹節を生産するには、大量の鰹を仕入れ、それを乾燥加工する加工労働者を必要とします。鰹節生産者はこの仕入れと労働者の賃金支払のために資金を必要とします。この資金は、大阪の商人が鰹節生産業者に貸し付けました。生産業者は大阪商人に鰹節を売却し、その売却代金を貸金の返還に当てました。大阪商人から見ますと、生産される鰹節の買い入れ量とその代金を予測して、それに見合った金額を生産者に貸付け、その貸付資金を生産物買入れによって回収することになります。生産者が鰹節を売り渡さない場合には、売買契約不履行に基づく損害賠償ではなく、貸金の返還を訴えることになります。要物契約だけで、十分に信用経済が成り立っているわけです。

先ほど諾成契約こそ特殊だと申しましたが、その点を時間がありませんので簡単に触れておきます。問題は、売買契約における売主の義務です。履行しない売主に対してどうい
う訴訟が可能か、という問題です。日本の江戸時代は、貸金返還請求訴訟によって可能だ
たことは申しました。比較法制史的に見ますと、先ほど手付の機能に関連して触れた違約
罰が考えられます。古代においてローマよりも経済的には発達していたギリシアでは、ロー
マのように諾成契約ではなく、違約罰によって売主に対する訴訟を認めていました。売主
と買主は、売主の履行がないときの売主の買主に支払うべき罰金をあらかじめ合意してい
た場合にのみ、買主は売主を訴えることができました。罰金は売主自身が認めているわけ
ですから、合意がある限り売主はあとで文句を言うことができません。問題は、合意が確
実にあること、そしてこの合意が強制されても構わないことを確認することです。そのた
めの装置は、公開の法廷においてこの合意を行うことであり、後にはこれが簡略化されて
都市国家の書記の前で合意し、これを書記が公式に記録するということになりました。

ローマの場合も、最初はこの違約罰による強制が採用されました。ただし、合意の方式
はギリシアよりも若干緩やかなものでしたが、しかし厳格な方式を必要とする点は変わり
ませんでした。諾成契約としての売買契約が出てくるのは、紀元前3世紀ころだと言われ
ています。諾成契約とは、単純化して言えば、売主が履行しない場合に、違約罰について
の合意がない場合であっても、買主は損害賠償を求めて訴えることができるという制度で
す。今まで見てきたことから言えば、売主が同意していない損害賠償額をどうやって計算
し、それを売主に納得させることができるのかという問題が重大です。これについては、
まだ研究途上なのですが、売主も所属する共同体（たとえば、商人仲間）の大勢による決
定、今ならば陪審制の問題ではないかと思っています。

比較法制史的に見て日本法をもう一度位置づけるならば、一つは合意の確実性の問題で
す。公開の場で儀礼的行為を行うというのは、ギリシアの法廷合意において最も顕著です。
日本にも、合意成立について「手を打つ」という儀礼的行為がありますが、これについて
私がここで説明できることはありません。要物性という点についてですが、買主が手付を
支払うということは、取引を具象化する、取引を他の人々にも明確にするという働きがあ
ります。さらに証書について言えば、公証制度が発達しなかった日本において、金銭の授
受があり、これに対して受領証が交付されるということは、証書の信頼性を高めたと考え
られます。

最後に、損害賠償額の算定の問題が現代においても難しいものであることは、ここで説

明するまでもないでしょう。諾成契約による損害賠償請求において、損害賠償額の算定の信頼性を支えるものは、共通の価値観であったり、お上の権威であったりでしょう。しかし、そうしたものが認められない、たとえば国際取引では、損害賠償額の予定の重要性が増してきます。あるいは、現代的な取引において、何が損害であり、それをどのように金銭評価できるのか、ということがますます不確かになっています。結局そこでの信頼は、当事者の合意以外にはないのでしょう。

4 おわりに

以上で私のまとまりのない報告を終わりたいと思います。ここで手付について行った考察を、いつの日か中国の法制度についても行うことができたならというのが、天津に来て抱いた夢です。ご清聴ありがとうございました。

[参考文献]

日本の手付法について：

来栖三郎「日本の手付法」法協 80 巻 6 号 (1963 年)

契約の効力と価格変動について：

Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3. Aufl. (1996)「申込と承諾」の章

江戸時代の信用取引について：

神保文夫「西欧近代法受容の前提 大坂奉行所民事裁判法の性格について」石井他編『近代法の再定位』(2001 年)

古代ギリシアの契約法について：

飛世昭裕「学会展望：Hans Julius Wolff, Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts」国家 105 巻 3・4 号 (1992 年)

ローマ法の違約罰について：

R. Knütel, Stipulatio poenae, 1976

ローマ法における金銭評価について：

W. Selb, Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis action, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, 1984

木庭顕『法存立の歴史的基盤』(2009 年) III. 4

(通訳：楊 広平 副教授)

日時：平成 25 年 7 月 2 日午前 9 時 30 分 11 時

場所：南開大学法学院本館 303 教室