

ラインハルト・ツィーママンにみる 歴史比較法学¹⁾ ——日本におけるローマ法を源とする ヨーロッパ法継受の意味の検討序論——

山 田 到史子

一、はじめに

現代ヨーロッパの基本的な法に対する認識の根本を覆し、パラダイムを根本から転換させたように見える、ラインハルト・ツィーママンの法理論とは何か。彼は、ヨーロッパの現在多かれ少なかれ自律的な国別の法体系の時代はゆっくりと終わりに近づきつつある²⁾とし、その中であって「歴史的な視点」を強調するが、その『歴史』とは、いわゆる「今までの経移全て」を意味するように思われる。このことの意味をこれから論証していく。簡単に言えば、BGB 制定後、ローマ法は法解釈学の基礎を提供する学問から、古代ローマ法を探究する歴史に特化した学問と考えられるようになったことに対して、本来ローマ法は、現代法典の解釈学の根本的基礎を提供しているのであって、その総合的体系的理解なしには、正しい解釈学も比較法もあり得ない。すなわち、ツィーママ

1) 多数の業績だけでなしに法情報学・法整備支援など巾広く活躍された松浦好治先生は、ラインハルト・ツィーママン教授とオックスフォード大学で共に学び議論をされたと伺った。その松浦先生の退官記念論文集でツィーママン教授の見解を検討し、ご退官のお祝いに代えさせて頂けることを大変光栄なことと思う。松浦先生に縁のあるツィーママン教授の見解から、今の日本の民法改正の議論、ひいてはヨーロッパ法との対比における、アジア法のアイデンティティーに示唆を得ることができれば、法整備支援に対しても意味があるのではないかと思われる。

2) Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary law, European Law The Civilian Tradition Today* (2001). 日本語訳として、佐々木有司訳『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィル・ロー的伝統の現在』107頁(2008)がある。

ンの言う「歴史」は単なる一般歴史学に言う歴史ではなしに、「ローマ法を含む法学のこれまでの成り立ちすべて」を指すのである。各法典編纂によって、ローマ法と現代法が完全に分断され、後者が前者から独立して自己完結的体系として扱われるようになってから 100 年以上が経過し、現在ヨーロッパではとりわけ契約法の分野において調和 (harmonization) や統一 (unification) が議論されているが、現在自己完結的に独立した法典と扱われている各国法は、実は歴史的にみれば、一つの潮流から派生した法の単なる発展経過の一時点の出来事にすぎないと認識されるに至り、比較法の方法論にも大きく影響を与えている。

ツィマーマン教授は、「法史は、我々が現代法を理解するのに役立ちます。それは法がなぜ今日ある法になったのかを説明してくれます。現代法が基礎をおく諸前提を明るみに出します。法改革にとってと同じくらい現代の法解釈学の発展にとって有益な、経験豊かな源泉です。また、どこで間違った方向転換をしたのかを明らかにし、従って我々が誤りを繰り返さないように防ぐこともできます。もっとも現在では、歴史法学が私法及び私法学のヨーロッパ化のためにそれ以上の意義を獲得しました。その歴史法学によって、我々は現代の各国法体系の間に存在する共通の基盤を知ることができるようになります。法が国ごとに孤立して発展したのではなしに、それゆえ当然に、単に国別の観点から理解することはできないという事実を、我々に気付かせます。それは比較法学の土台をなし、ヨーロッパ法文化の再建に向かう道を開きます³⁾」と説く。

この論稿では、まずヨーロッパを席卷する勢いのこの「百万カラットのダイヤ」に匹敵するとも言える発見が何か、その重み・内容を明らかにする。従前、日本ではツィマーマン教授の論稿は、法史学者 (西洋法制史) など基礎法の学者の間で翻訳がなされ、シンポジウムも開かれ⁴⁾、

3) Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary law, European Law The Civilian Tradition Today*. 『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィル・ローの伝統の現在』前掲注 (2) 188 頁。

4) 戒能道厚「ツィマーマン理論とコモン・ロー」177 頁、小川浩三「R. ツィマーマンの比較法学とローマ法学」151 頁、戒能道厚他編『法創造の比較法学 先端的課題への挑戦』(2010 年) では「ツィマーマン理論の核心は、コモン・ローもヨーロッパ大陸法もローマ普通法学に共通の基盤を持ちながら全く異なった法とされてきたことが、根拠のないいわば神話に過ぎないということである」と整理される。また「創造的比較法学の探究」ではこの国際シンポを「法の統一・調和」の理念と内実の検証のため、西洋法の様々な型及び統一の論議を明

活発な議論がなされてきた。しかし、実定法学者（民法）の立ち入った紹介・検討は、「ヨーロッパ契約法の統一」との関係で若干なされている⁵⁾だけで、教授の諸業績が意味する中心部分は、ほとんど知られていないように思われる⁶⁾。ちなみに、ツィーマン教授のもとには、マックスプランク研究所において十数人の精鋭の若い研究者（ハビリタント）が毎日のように研究成果を競い切磋琢磨しているが、ほとんどすべて民法の実定法研究者であった。

本稿の基礎とするのは、1999年10月にオックスフォード大学で行われた、ツィーマン教授のクラレンデン講演の基礎となったテキスト（2001年オックスフォード大学出版会出版）である『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィル・ローの伝統の現在 (Roman Law, Contemporary law, European Law The Civilian Tradition Today)』と、1996年にドイツ学術振興会からライプニッツ賞を受賞した『債務法 大陸法の伝統におけるローマ法的基礎 (The Law of Obligations Roman-Foundations of the Civilian Tradition)』（1990年南アフリカ、Paperback版1996年オックスフォード大学出版会出版）である。ツィーマン教授のヨーロッパを席卷するいわゆる「歴史比較法学」の見解を検討するに当たり、教授の膨大な業績⁷⁾の中から主にこの2冊を参照するのは、本稿執筆にあたり教

らかにし、我が国の法の発展方向への示唆を得るとともに、アジアのレベルでの西洋法の役割とその限界を明らかにすることを目的とすると紹介される。

- 5) ラインハルト・ツィーマン「ヨーロッパ契約法の現況」民商140巻第6号593頁（2009）、ガブリエレ・コツィオール「『ヨーロッパ契約法の現況』をめぐる質疑応答の概要—ツィーマン教授の講演を受けて—」民商140巻第6号623頁（2009）。
- 6) 同様の認識に基づくものと考えられるのは、河上正二（訳）『歴史の中の民法—ローマ法との対話』（2001）。藤岡康弘「ヨーロッパの法伝統と民法」『法の国際化と民法』205頁（2012）は、日本発の比較法研究が法史研究と相まって世界に羽ばたくべき時代に来ていると述べる。小川・前掲注（4）163-5頁は、日本はヨーロッパの—フランスもドイツも—伝統を受け継ぎ、更に（東）アジアの法伝統も底流に生き続けているとし、そしてヨーロッパの法伝統とはローマ法であり、イエーリングの言うようにローマ法の現代に対する意義は、つかの間法源として妥当したという点ではなしに、それが内部から完全な転換をもたらした我々の法的思考全体を作り変えた点、法学を作り出した点にあるとする。
- 7) ツィーマン教授の主な職歴・業績の紹介は、佐々木、前掲注（2）189頁、コツィオール、前掲注（5）635頁を参照。詳細については、マックスプランク研究所ホームページ、http://www.mpipriv.de/en/pub/academic_staff/directors/prof_dr_reinhard_zimmermann.cfmを参照。業績表の完全なものは、http://www.mpipriv.de/files/pdf4/SV_Zimmermann_E_2013_06.pdfに掲載されている。この他、

授の見解を紹介・検討したい旨を相談した際、ツィマーマン教授から指示された文献であることを理由とする。

ツィマーマン教授のこれらの著書が中心の一つに据えるローマ法やユース・コムネ（*jus commune*）は、現在ヨーロッパで議論沸騰している私法（契約法）の統一にどのような影響・役割を果たすのであろうか。なぜ、ヨーロッパで私法の調和・統一が問題になるこの時期に、ツィマーマン教授の見解が大きな意味を持つのか。それは、ヨーロッパだけに関わることで、我々ヨーロッパ法を継受したアジアの国には、全く関係がないのか。ヨーロッパの国だけでなしに他の国にも、あるいは同様な意味を持ち、影響が及ぶのか。ツィマーマン教授の見解は、アジアの国を視野に入れたときに、どのような広がりの可能性を秘めているのだろうか。ツィマーマン自身、この100万カラットのダイヤに匹敵する大発見をするきっかけになったのは、ヨーロッパから遠く離れた、南アフリカの今なおローマ＝オランダ法とコモンローが共存するヨーロッパから見れば法の世界の辺境での現象からであった。それよりもはるか遠い、ヨーロッパ法を継受した異教のアジアの国の法を視野に入れたとき、何か新しい発見が待っているのだろうか。

本稿は、ひとまず大発見の原点が何かを探ることを目的とする。

二、ツィマーマン教授の経験からの示唆

(1) 現代の法学部で教える法律学の現状と、南アフリカ法から得られた輝く示唆

かつてローマ法と現代法は、法学部では別々のカリキュラムで扱われ、比較法も、フランス法・イングランド法等と別々に自己完結的に教育さ

ツィマーマン教授の日本語の翻訳文献として、「耳に響くメロディーは甘い、沈黙のメロディーはそれにも増して甘い……暗黙の条件（*Conditio tacita*）、黙示の条件（*implied condition*）とヨーロッパ契約法の継続形成」法と政治 62 巻 4 号 213 頁（2012）、「法制史と比較法」戒能通厚他編・前掲注（4） 241 頁、「ローマ法とヨーロッパ文化（上）（下）」法時 81 巻 11 号 88 頁、12 号 70 頁（2009）、「ヨーロッパにおける不当利得法－序論」民商 140 巻 4・5 号 28 頁（2009）、「契約法の改正－ドイツの経験」民商 140 巻 4・5 号 147 頁（2009）、「私法学のヨーロッパ化－私の歩んだ道と歩む道」民商 140 巻 3 号 1 頁（2009）。又、半田吉信「消滅時効法改正に関するペーターズ、ツィマーマンの提案（1・2）」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究〔法政大学現代法研究所叢書 9〕』45 頁（1988）。

れ、それらの法システム間の違いや共通点についての説明もなかった。あるとき、教授がヴィーアッカーの『近世私法史』の中にローマ法と教会法から成る「普通法」があるのを見つけ、これが探していた共通の法文化や法伝統のミッシング・リンクかもしれないと気が付いたが、その本には個別の法解釈論の発展の記述はなかった。

ツイーマン教授はその後、南アフリカのケープ・タウン大学に招聘される幸運にめぐり合い、そこで法制史学者・比較法学者として大いに興味をひかれたのが、生きた普通法の伝統としての南アフリカ法のローマン・ダッチ・ローであった。普通法の伝統はヨーロッパ本国のように法典によって断絶されず、17世紀からの古い文献が裁判所でなお引用されたり、ユスティニアヌス法典に依拠することもあり、すなわちここでは、普通法の伝統がなお生きている法システムの素晴らしい例があり、法制史と法解釈学は分離されていなかった。南アフリカ法は、ローマン・ダッチ・ローを基底に据えながら、1806年よりイギリス植民地となったことからその上にイングランド法がその伝統に加わったが、イギリス本国から裁判官が任命されイギリスのルールと思考パターンで裁判をする南アフリカ法は、イングランド法の継受の過程がみられる「大陸法とコモン・ローの生きた総合」「ミクスト・リーガル・システム（混合法体系）」であると言われる。これは非常に興味深い現象であり、歴史的発展のその過程で、今日ヨーロッパが直面しているのと同じ問題に日々直面していたのである。しかし、ツイーマン教授の発見はこれに止まらない。

また、南アフリカでは、ローマ法を現代私法の基礎として理解しなければならず、しかもローマ法の古代以降の発展を考慮しなければならなかった。なお、ローマ法は様々な法体系形成の基礎となっていたことから、従ってローマ法が比較法教育の基礎としても意味があることになる。このためのローマ法の教科書がなかったことが、次に検討する『債務法大陸法の伝統におけるローマ法的諸基礎』執筆の動機となる。現代のドイツ・フランス・オランダなどの諸法体系は、ローマ法によって発生的には相互に関連していることから、「法制史と比較法の関連」は明白であるとする⁸⁾。

8) ツイーマン、法制史と比較法、前掲注(7)、243-244頁。

1988年ツィマーマン教授がドイツの大学に招聘されたころ、ヨーロッパは私法の調和・統一が議論されていた。各国法と対置されるヨーロッパ私法のための基礎を模索しており、ヨーロッパの法を再検討し諸法体系間で共通なものを探り、相違するものについては違いを説明することが必要とされた。これには、様々な法体系を並べて共通なもの相違するものリストを作る方法によって比較法研究する方法（「電話帳アプローチ」と言う）もある程度は有効であるが、それら相違点や共通点をどのように説明できるかを知りたい場合には、これに加えて「歴史的アプローチ」を採ることが大変有効であることがわかった。すなわち、①文化的・社会的・経済的違いがあるとの説明、②歴史的偶然・誤解があると言う説明、③一つの同一の法伝統の中でも、法律家によって違った法源に依拠したと言う説明、などがあり、これらの説明こそが相違点や共通点の合理的な議論の基礎、法の調和のため相違点を克服する基礎を用意することができるのだとする。これが、「法制史と比較法の接合を不可欠なものとするアプローチ」と言われるものである⁹⁾。

(2) 私法学との関連における法制史と比較法

初期近代においてローマ法には、3つのアプローチがあったとされる（人文主義、パンデクテンの現代的慣用、自然法論）が、19世紀のドイツは歴史法学派に支配された。現代のためにローマ法を評価し歴史的分析をするのであるが、関心は法の歴史ではなしに法学にあった。BGB（ドイツ民法典）は最も進んだ洗練されたパンデクテン法学を基礎とし、先行する法典とは違い、BGBはそれを越える法理論、理解のために関連付けなければならない法理論を必要としないと考えられた。そのころ、ローマ法は法制史学者に任せておけばよい代物として理解され、19世紀の法典化における巨大な成功は、その自らの基礎からの乖離する結果になったとされ、私法の世界は専らBGBから成り立っており、自律的な解釈空間を構成すると解された。このころの教科書執筆者は、法を歴史的に議論・展開することは、古い法が現代の法を歪めかねないとして拒絶し、ローマ法と現代の法を「別々に考える」ことになった。これが

9) ツィマーマン、法制史と比較法、前掲注（7）244-245頁。

遙かな射程距離を持った両科目の分離のルーツであり、非歴史的な現代私法学と「歴史化された」法制史の分離であり、現代の私法学者は後者に関心を持たず、関係があるものと思わなくなったとされる¹⁰⁾。

また、近代比較法は19世紀にはじまる。それまでの比較法は、従属的機能以上にはなりえず、個別の法体系は、現代ローマ法と比較・評価されたに止まる。近代比較法は、ヨーロッパの主権国家化に伴い、私法法典が包括的で自律的なルール体系として国家のシンボルと捉えられたことから、フランス法・ドイツ法などの各国法が法学教育・文献の中心となり、研究・教育の自律的対象として知的視野を画し、固有の存立基盤を持つ独立のルール体系となったことから、比較法が法体系間の比較として発展し、外国の立法行為（制定法）を比較する比較立法と考えられるようになった。それが自国の立法にも役立つものと考えられるようになり、比較法が法制史とは全く独立して発展する事態が生じた。

しかし、比較法が法制史の助けを借りてできることとして、まず、各法体系の間にお存在する共通の基盤を認識することがある。そこからこれが共通の伝統の結果であり、その後も独立はしているがパラレルな発展の結果、お互いに刺激を受け、ルールや概念を影響し合ったことが認識できる。さらに、法制史の助けを借りて、一般的なアプローチの仕方や具体的なレベルにおいての違いを説明することができるようになる。この種の理解によって、合理的な批判や体系的な発展が可能になるのである。過去を理解することは現在の適切な解決を考えるための、第一の不可欠の前提条件であり、同時にこれはヨーロッパ法の形成のためにも同様で、法制史が私法学説の発展について情報を与えてくれるように、比較法学者のための基礎をも与えてくれるのであるとする¹¹⁾。

10) ツィーママン、法制史と比較法、前掲注(7)、247-248頁。

11) ツィーママン、法制史と比較法、前掲注(7)、270頁。

三、『債務法 大陸法のローマ法的諸基礎』及び『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』におけるツィマーマン教授の見解の概要

(I) 『債務法 大陸法のローマ法的諸基礎』

本書は、教授が南アフリカに行った際、そこでのローマ法のテキストとして書かれたものである。しかし南アフリカにおけるローマ法は、前述のように法史としてのローマ法ではなかった。

(1) 本書の基礎・目的・背景にある信念

本書は、1241 頁の大著であるが、教授はカバーする時期・テーマを考えるとむしろびっくりするほど短いと述べる。ローマ法の契約責任と言うと、特定のトピックでも数百ページを超える単著など著作は多く、中世の法律家たちがおぼれる危険を侵さずして冒険することのできない果てしない海と比喻するのが常であったテーマであるとし、本書は其中で「選択のプロセス（過程）」に基礎を置くとする。すなわちローマ法という「大量の素材を篩にかけ、簡約し、きちんとした系列に配列する試み」に基づく。ここではどのような基準が、この選択のプロセスを支配してきたのか¹²⁾？ さらに、本書で追求される目的に関して、本書は基本的にローマ法についての本であることから、「現代から遠く離れたように見えるテーマを扱うことがなぜ重要であるべきなのか？」の疑問が生じることについて、2 点が特に重要であるとして、ローマ法がその他の歴史的法システムと際立って異なっていることに関して、現在の問題との「関連性」について説明する¹³⁾。まず、ローマ法は全体として非常に高いレベルの文化的遺産であり、常に法的紛争の理性的解決のモデルとして、ローマの法律家（Celsus や Ulpian 等）によって提示された問題点・発展された議論・見出された解決策は、何世紀にもわたって

12) Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman-Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, p.vii. なお、この「選択のプロセス」は、立法する際に「立法における選択」の合理的論拠としても大いに参考になると思われる。

13) Zimmermann, *The Law of Obligations*, *supra* note (12), p.viii.

時事的な問題として、かつ教育的価値の双方を維持してきた。さらにより重要なことは、我々の法的思考方法は、ローマの法律家によって決定的に形作られてきたことである。例えば、契約と不法行為の二分法、独立した責任原因としての不当利得、諾成契約の概念など、大陸法を形成してきた基本要素のいくつか、多くの個別の法制度は完全に変更されずに、また現代化された形で維持されており、ローマ法の多くのルールはどの法典にとっても未だ現代の法的紛争の結果を決定しているとする。また、新制度が導入される場合でも普通は意識的または無意識的にローマ法の制度と対置して導入され、その発展を評価・理解できるのは、ローマ法の適切な理解を基礎とする場合だけであり、すなわち、現代法の表層的理解以上のためには、ローマ法は鍵となる機能を維持しているのであるとされる。また、各国国内法の法典化によって過去とのつながりをすべて切り、完全に歴史的な発展の継続を切断することができるとの考え方はむしろ幻想であるとわかるし、法典化された法システムでさえ、普通はそうとは認識されないで、ローマ法に起源を持つユース・コムーネの宝の家からのアイデアと解決方法が再現されることはまれではない現象が起こっているとする。

本書の背後にある考えは、現代法の適切な理解のためには「そのルールと制度の源泉 (origin) について知る必要がある」との信念、すなわち「なぜ、どのようにしてそれらは発展してきたのか、どのような形で受け入れられ、なぜ、どのようにしてそれらは維持され、修正され、採用あるいは拒絶されてきたのか？」である。従って法学書が、ローマ法や現代私法史に特化する著書と一般に区別されることを、常に残念に思ってきたとする。「もし、どのような特定の考え方が、現代の制度の発展に貢献してきたのかを問わないならば、教養ある法律家の知識の本質的部分としてその正統性の多くを失うという危険を侵すことになる」。「ローマ法は特別に重要な貢献をなし、ローマ法の教授は、現代の法律家にこの影響の詳細を著述・分析することができる」とする¹⁴⁾。

14) Zimmermann, *The Law of Obligations*, *supra* note (12), p. ix.

（2）ヨーロッパ法文化の一体性（イギリスを含む）

ローマ法は、さらに特定の国家法システムだけの歴史的基礎を形成するのではなく、「大陸の（civilian）」伝統の最も本質的な基礎を提供するのであるとする。「civilian」という用語は、イギリスのコモン・ローと対比して、ヨーロッパ大陸の法システムを指すが、これはある局面では価値ある区分であるものの、二つの誤解には留意しなければならないとする。

まず、基本的な統一体としてのヨーロッパの法伝統を正しく認識する必要がある。法学（science of law）の国家法規律（national legal discipline）への現代の分割は、比較的最近のことである。中世後期からフランス革命の時代までの、西・中央ヨーロッパの国々にあった共通の法と共通の法学、すなわちユース・コムネ（普通法）の創造は、最もドラマティックな広大な大陸法化現象（dramatic and far-reaching civilizational phenomenon）の一部だったとする。その頃、ローマ教会と（ドイツの）ローマ帝国は至高かつ普遍的な権威であることを要求し、正当性の源・支配と組織化の方法としての合理的な法システムを必要としたが、それがカノン法とユスティニアヌス法典であった。それがボローニャをはじめとする大学で教えられ、卒業生たちがヨーロッパ中の様々な国の重要なポストについて適用され「使用によって受入れられたもの *usu receptum*」となり「ヨーロッパローマ＝カノン共通法 *European Roman-canon "common" law*」の基礎を構成したとする。地域法や古い慣習は、ある程度このユース・コムネに吸収され融合された。もっとも、ローマ法は全ての場所で同じ時期に継受されたわけではない。イタリアで12世紀にはじまり、フランスとオランダ北部に13c.と14c.に到達し、ドイツではローマ法が普通法としてそれ自身を確立するのに成功したのは、ついだった16c.に入ってからだったとされる¹⁵⁾。時の経過の中では、異なった国がローマ法の学術的研究や実際の適用に関してはリードしてき

15) Zimmermann 教授は、ここでとくに重要なこととして「これら発展のヨーロッパ的性格を強調すること」と述べる。Zimmermann, *The Law of Obligations, supra note (12)*, p. x. しかし、12世紀から16世紀までヨーロッパでもローマ法の継受の時期が離れていることを見ると、日本が19世紀に同じくローマ法に連なるヨーロッパ法を継受したことは、それほど質的に大きな違いがあるのか、ヨーロッパ的性格を強調する必然性については、多少疑問がある。

たが、発展の一般的なパターンは本質的に同じであったとされる。従って中世においては、教養あるヨーロッパ全体は一つの区別されていない文化単位を形成し、ローマ＝カノン法共通法はこのヨーロッパ文化の一部であり、法学教授は自由に一つの国から他の国へと職を移動したし、同じ教科書が異なった都市（パヴィアやハレやオックスフォード）で使用され、同じ文化的潮流で動き、ラテン語と言う共通の言語でつながれ、ヨーロッパ法学は本質的に一つの知的な世界（homogeneous intellectual world）を維持したとされる。

この伝統に、普通「civilian」と言う語が当てられ、これに主な貢献を果たしてきたのがローマ法である。本書の関心の一つが、現代の法律家にこの貢献への興味を生き返らせること、成し遂げてきたことへの評価を高めることにある。この大陸法の伝統（civilian tradition）は、認識されているわけではないが、国家法システムの中に生きており、主要なヨーロッパ法典はそのルーツを発展のある段階にあるユース・コムーネに見出すことができる。従ってユース・コムーネは、大陸法における私法の比較研究の最も適切なスタート地点であるだけではなく、それに加えて新しいヨーロッパ法統一のための知的・原理的枠組みを提供するのである。法準則の調和によって、ヨーロッパにおける政治的・経済的統一を目指す者が、この共通の歴史的基礎を無視するのは危険であり、ユース・コムーネは、今日でも大きな潜在的可能性を有した統一の力（unifying force）を持っていると言えるとする¹⁶⁾。なお、この点に関しては、ローマ法がどのくらい後世の法発展に影響を与えたのか、その道筋と範囲を判断することが真の問題であると、Helmholzによって分析されている。①直接の継続性（BGBは当時のローマ法を法典化したにすぎない）、②再生による継続性（人格権等）、③教育・法的思考の基礎を提供（過去の知っているもので解釈）、④ユース・コムーネをよいアイデアの宝の家として新しい問題解決のために模索する、これら4つが示されつつも、かえって歴史的な視覚が過去に縛りつけられたり、変化する力へのコス・コムーネの誇張されたロマンティシズムに陥る可能性もあることが指摘される。但し、その決定を評価する背景を提供することは言えるとする¹⁷⁾。

16) Zimmermann, *supra* note (12), at xi.

17) R.H.Helmholz, Book Review, *Duke Journal of Comparative & International Law*

他方、ヨーロッパのユース・コムーネとイギリスのコモン・ローは、たびたび言及されるほど、方法論的アプローチや枠組みがラディカルに相違するわけではないとする。16~18世紀のユース・コムーネは、大部分は古典ローマ法と同様に、判例法（judicial law）すなわち判例法学（jurisprudentia forensis）であり、抽象概念や演繹的な推論・概念法学に特徴づけられるのではなしに、法律家の解釈と裁判所の見解を通じて発展し、継続的な学問上の法伝統を創造してきたものである。また、イギリス法も実際は大陸の法文化と切り離されたわけではなしに、ローマ法は様々な経路でイギリス法・イギリス法学にかなりの影響を及ぼすことも稀ではなかったとされ、メイトランドもコモン・ローを「イギリス法システムへと発展させられた、一種の大陸的封建法（continental feudal law）であり大陸に由来する正義である」と言う¹⁸⁾。

（3）検討された範囲と方法論

本書は、ローマ法を抽象的な定理の観点からではなしに、具体的なトピックについてローマの法律家によって議論された個々のケースが直接とりあげられている。また、ローマ法やユース・コムーネが法の発展の中で、鍵となる役割を果たしてきたケース、及び特定の法制度が現在の債務法になした貢献度によって選択されている。また、ローマ債務法概念・制度が、古典ローマ法から出発してユスティニアヌス法典を越えて現代法にまで踏み込んで述べられている。外延がユース・コムーネに及ぶ場合は、ローマ法の継受・変質・現代化のプロセスにとって特に重要であったものが選択され、カノン法学者、ローマ＝オランダ法、パンデクテンの現代的慣用の貢献も述べられている。本書は、ドイツ法・南アフリカ法・イギリス法が選択されているが、それは客観的にも正当化され、すなわちドイツ BGB は、ローマ法の学識に基づいたパンデクテン法学の成果、すなわちユース・コムーネの最後の生き生きとした花を吸収しており、南アフリカ法は、ユース・コムーネの伝統の最後の保存者であり、立法者の介入なしに今でも生きており、直接ローマ＝オランダ法源を通じてユスティニアヌス法典から未だ示唆を引き出してい

Vol.2:2, 1992, at 314-317.

18) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.xi.

る。その南アフリカ法は、伝統的な大陸法に基づいているだけではなしに、イギリス法をも吸収した、数少ない混合司司法制度 (mixed jurisdiction) の一つであり、イギリス法の受容は 19 世紀に、ローマ法のヨーロッパへの伝播と類似点を示しつつなされた。このような融合のプロセスは、将来のヨーロッパ共通法の可能性に価値ある経験となり得、刺激ある洞察を提供する。

このように、ツィマーマン教授は、ヨーロッパ法の伝統におけるローマ法のルーツを扱う¹⁹⁾。

(II) 『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』

このクラレンダン講演は、20 世紀の終わりになされ 21 世紀の初めに公刊され、講演は過去と現在と未来に目を向けて行われた。第一部は、ローマ法の現代法解釈学からの解放が、サヴィニーの歴史学派がドイツで全盛を極めたちょうど 100 年前に、BGB が施行されたことによってもたらされたことが述べられ、第二部では、法典編纂の結果、実体私法における質的変化があったのか、第三部では、19 世紀ドイツでは、途方に暮れるほどの法的多様性の中で共通の伝統によって作り出された基本となる知的一体性を常に自覚していたが、私法のヨーロッパ化を支える中心的な重要性を持つこの知的一体性の自覚の再生が、いかにして達成できるのかが論じられ、つまり各部に①ローマ法 (過去)、②現代法 = ドイツ法 (現在)、③ヨーロッパ法 (未来) があてられる²⁰⁾。

(1) 一つの時代の終焉：ローマ法に関する学問の変質

「法史はどうして 19 世紀ドイツで近代法解釈学との関係を断ったのか」

ここでは、結論を先取りすれば、法史の優雅なアプローチと実用本位の解釈論との関係の中で、法史は過去の細部を探究するだけでなしに、法史を検討することで、現代の法がその歴史的起源からの道筋を跡付け

19) 書評では本書のツィマーマン教授は、「法の発展の偉大な道筋の素晴らしいツァーガイドである」と述べられる。R.H. Helmhdz, *supra* note 17, at 309.

20) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 3,4 頁。

ることができ、またそうすることが望ましいと論じられる。

17・8世紀大陸法は、パンデクテンの現代的慣用の時代にあり少しずつ地域の法となっていたが、法典がヨーロッパの法的伝統を国別に分裂させる原因となった。そして、ローマ法が直接実務で適用されていた時代を終わらせた。当時の、普通法に加え特殊な地域的諸法、慣習法等の多数の諸法理が錯綜し、法的不安定・非効率、さらにローマ法の時代遅れの実用的でない精密さにより混乱した状況を整理するために、このローマ＝カノン普通法を排除する、私法全体の体系的規則化が必要であると考えられていた。法典制定後の当初は、法典の解釈、欠缺補充の道具としてローマ法は書かれた理性として使われたものの、しかしそこで多様性の時代は終わり「継受」も最終的に完了した。

20世紀にBGBが制定されてから、BGBが法学教育過程の中でも私法を一つの体系的な存在として教えるためのものと考えられるようになり、今までパンデクテン法学の鑄型に入れられていたローマ私法の体系に関する講義(Pandektenvorlesung)は、予備教育のレベルに引き下げられた²¹⁾。また、判例集からユース・コムーネやその諸法源・法学文献への言及が消え、知的な視野はBGBに限定され、ドイツ私法学を一国孤立状態へと追いやった。他方、ローマ法は歴史性を強調することになり、法史の一部として基礎科目の中の一つにすぎない状況をもたらした。こうして法学は全く非歴史的な学問となり、解釈学は歴史的な(比較上の)資料への参照なしにすませ、裁判所にとってもユース・コムーネの諸淵源の重要性は失われ、それが現在の私法の基本的特徴をなすことになった²²⁾。

19世紀ドイツを支配した歴史学派の創始者サヴィニーは、法史そのものだけではなくに法学にも関心があったが、それは「体系的に発達する法学」であるべきで、常に現在と過去との生きたつながりを自覚したものでなければならないとし、どの時代も単独でまた恣意的にその世界を生み出すのではなしに、過去全体との断ちがたい協働においてこれを行うのであるとし、この見方は非常に大きな影響力を持ち、法発展に重

21) それまでは、ヨーロッパ各地で行われている法は、共通の法的伝統の派生物と考えられ、大学遍歴・学問的文献の引用の約束など知的一体性があった。

22) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 12-15頁。

要な影響を及ぼしたとされる。しかし、現代私法理論の基礎としての歴史＝ローマ法であることから、法が民族精神の産物であるとの考え方とうまく調和せず、サヴィニーのローマ法への偏愛から、中世の註釈学派の業績に対する否定的な評価をも引き起こした。そしてサヴィニーが、ローマ法を現代の解釈学の観点から評価したことは、現代法をローマ法の中に読み込む危険が存在し、そもそも生産的な同化を目指すことによって法学が歴史的であると同時に解釈論的であることを意図したことは、火と水を混ぜ合わせるのと同様、難しい企てであったと指摘される²³⁾。

19世紀初頭のティボーの法典化への呼びかけに対するサヴィニーの反対（そもそも法典化自体を非有機的・非学問的として法典化は不必要としていた）から約半世紀の19世紀半ばころ、イエーリングが、法の歴史発展が今や歴史的認識の成果を立法に利用するに足るほど明確に評価可能になっているとし、さらにヴィントシャイトも既に私法の把握は法典編纂が要求する程度には達成され、後は規定にすだけと考え、ローマ法の継受を完了する法典に対する支持を表明した。もっとも、私法典の成功に必要な完全な解釈論的枠組みは、歴史法学派の努力で樹立されたとされたものの、法の概念的・理論的構造が法典において永続化されるに足るほど洗練された方法で完成することができるとの考え方は、法は段階的・体系的に発展するとする歴史法学派の根本理念に反しており、このことをヴィントシャイトも、法典は発展の中の一時点にほかならず…流れの中のさざ波にすぎないと述べ、ヤーコプスも、法の淵源は法典を作り出した法学の中に求められ、法学が歴史的学問である限り、法学が法典（BGB）を支配すると述べていた²⁴⁾。

サヴィニーは法史よりも法解釈学に関心があったことから、歴史学派がパンデクテン学派になったことは、法史にも様々な影響を与え、ローマ法に基礎をおいていたパンデクテン法学はゲルマン法学者の反感を買い、その結果歴史学派をロマニスト派とゲルマニスト派に分離させることとなった。このことが、前者がパンデクテン解釈学と古代ローマ法、後者が継受前のゲルマン法に集中し、中世から法典編纂の時代までの私法の歴史発展を無視し、また古代末期の卑俗法とゲルマン諸部族の慣習法

23) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 15-18頁。

24) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 19頁。

との相互影響を見落としてしまう傾向を作り出した。継受後についてもその後の法発展は、協力しなければ取り組めないことは明白だった。歴史法学の立場からすると、近代法に寄与した伝統のあらゆる面を考慮に入れる必要はあった。

もっとも、歴史法学がその最終目標に到達した後は、自由に学者たちは現代的要求に支配されない法史に目を向けることができた。このローマ法の歴史化の過程で重要な人物は、オット・レーネル、ルートヴィヒ・ミッターイス、エルンスト・ラーベル、パウル・コシャッカー、マックス・カーザー、フランツ・ヴィーアッカー、エーミール・ゼッケルなど、古代法史の第二の発見期と呼ばれるように、過去 120 年にわたり古代法世界に対する認識が、多くの点で促進されてきたとされる。ユース・コムーネの歴史に関しても、1930 年代にはフランツ・ヴィーアッカーがはじめて近世私法史としての学問分野を確立した²⁵⁾。

しかしこの法史の歴史化は、法学が歴史的学問であることをやめるという代償を払ってなされた。BGB が可決され公布されるまでに既に多くの法学文献が出版されたが、テキストを敷衍して説明する以上のことのない純粹に積義的なもので、法典は包括的なものであると考えられていたことから、自律的解釈空間を提供し、法学におけるドイツの最高の業績であるパンデクテン法学は、BGB の解釈学と実務の中で早くも消え去ったとされる。そして法解釈の際、伝統的に用いられてきた 4 つの要素の一つ「歴史的」論証は著しく縮小され、特定の規定の起源（起草者の審議）と同義と考えられ、それ以上に過去に遡りより広範囲に歴史的な文脈を研究するとか BGB の前に行われていた法を探るということはほとんどなかった。従って法典は、ドイツ法史における転換点、新しい法と古い法との境界線と考えられ、ほんのわずかな一部の大学教授や実務家だけが過去を現在に結び付ける生きたつながりを意識していたとされる。法史の方も、文献はもはや古めかしいものへの偏愛が幅を利かせており、ローマ法も入門教育的役割に格下げされ、学生の知的地平から消えたとされる。法史はこうして法学部内における地位が弱まり、法学の一部と言うより一般社会史の一部門で歴史学部に着くべきだと言われ

25) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 26-41 頁。

るようになった²⁶⁾。

このようにしてパンデクテン法学者達はローマ法から特殊ローマ的、偶然的なものを取り去り、一種の自然法に代えようと試み、法典編纂はその最も進んだかつ洗練されたパンデクテン法学に基礎を置き、それ自身を越えた法理論、より高いレベルの思想を表現し、法典は知的に結び付けられなばならなかったであろう法理論を必要としなかった。法典編纂という私法学の大きな成功は、こうして前述のようにそれ自身の基礎からの分離をもたらすことになり、私法の世界は専ら BGB から成るとする見解が支持を得たとされる。そこではもう法は歴史的に議論・説明されなくなり、ローマ法と現代法が別々に考えられ、そして 19 世紀のパンデクテン法学者が、支配的となった実証主義を法大全に関連付け、現代ローマ法の体系を法源の中で明確に取り扱われていない問題についても解決を見出せる包括的なものと考えたことが BGB に移し替えられ、実証主義が制定法実証主義に変わったとされる²⁷⁾。

(2) ドイツにおける大陸法 (civil law) から民法典への移行

第二部では、ドイツ法が法典化された後も、法典化がイデオロギーには影響を及ぼしてはいるものの、それによって共通の法的過去から切り離されたわけではなしに、BGB のもとでの判例と法学を通じて大陸法の伝統の一部であり続けており、従って第一部で検証した法史に基づくアプローチは未だ有意義であることが述べられる。

BGB が制定されることによって、今までのローマ法源のカズイスティック (事例解決) 的性格から、法律家が自由に活動してきた状況がどのように変わるのか、とりわけ裁判官を単なる包摂機械に変え、文理解釈に止まるのではないかとの懸念が支配した。しかし実際には、裁判所は法典にない多数の準則・制度を認め、事実上法典の規定を覆すこともあった。実際、ケメラーの言う不法行為法の諸変化 (Wandlungen des Deliktsrecht) に見られるように、ユース・コムーネは特定不法行為を基礎とし、その中で重要なのがアクイーリウス法訴権であったが、財産に対する損害から身体に対する侵害行為に拡張されていた。ドイツはこれ

26) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 44-48 頁。

27) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 51-55 頁。

に倣ったが、保護の範囲を占有・営業・人格についても解釈上の迂回路を通じて認め、また安全配慮義務（Verkeressicherungspflicht）の概念の基礎を作り（これも法典制定の前の法実務と連続するものであると考えられている）、契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の責任を契約責任に組み入れた。このことから、裁判所実務が法典適用の実証主義的な偏狭さを有するとは言えず、また不法行為を変化させた箇所は、法典制定前に行われていた法に遡ることができる連続性のあるものであることがわかる。さらに事情変更の原則は、BGB も否定し、裁判所もヴィントシャイトの前提理論を退けたにもかかわらず、信義則、BGB321 条・610 条類推適用、黙示の合意、契約の目的・内容、契約の性質などに基づいて行為基礎の概念のもとで認められるようになった。また一般悪意の抗弁（Exceptio Doli Generalis）も信義則として、特別の規定なしで、法律の厳格さを和らげるための重要な道具として存在し続けた。更に積極的債権侵害についても、シュタウプの研究以前から損害賠償を認めたが、これはユース・コムーネの時代から認められてきたことであるとされる。さらに、ユース・コムーネの時代まで一方的な解除権は、ローマ法の一般原則を堅持して認められなかったが、1861 年のドイツ商法典の債務者遅滞で認められたものを BGB に不能と遅滞の場合だけに導入した後、裁判所はシュタウプの論文を引き合いに出して不完全履行の場合にも認めた。これらから、法発展が法典によりほとんど影響されなかったことがわかるし、裁判所は 19 世紀商法で始まった BGB では制限されていた発展の線を積極的に継続したと言える。また、Drittschadensliquidation においても、法典化するときには最終的な理論形態が未だ整っていなかった場合に、裁判所はユース・コムーネのもとで確立された道筋に沿って法を発展させ続けた判例群を提供している²⁸⁾。

このように、発展が連続していることが、法典以前から法典編纂、その後の裁判所の実際の適用に見られ、ライヒ裁判所が 1900 年以前の先例の穂を継ぎ、法典を同時代の法解釈論のリステイメントだとするならば、その法解釈論に基づいて解釈することは自然であった。裁判所は

28) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 57-100 頁。

法を詳述・補充・修正し、法律の中でまた外で、黙示的条件や仮装契約のような概念を使い、変化した時代の要求に合わせて法を発展させ続けた。BGBも継続している法伝統内の一つの過渡的な段階をなすにすぎず、BGB自体歴史的に条件づけられた文書であり、現代とは異なる価値判断を基礎としていることから、予期しない問題に対処しなければならず、法を変化した社会的・経済的状况に適合させることを、自律的に新しい法世界を作り上げることによるのではなしに、過去全体との断ちがたい共同において、法典を適用・発展させることで成し遂げた。法学者や裁判所も発展する伝統の一部であり、我々の現在の法的状態も歴史的な見方を採用することによってしか理解できないのである。また現在の法的状態を規定している過去は、法典制定より前に始まり連続性はるか昔にさかのぼる。BGBもその後の判例法も、ユース・コムネを起源とし、ユース・コムネは又ローマ法を起源とし、現在を過去と結び付ける生きたつながりの理解のためにはローマ法から始めなければならない²⁹⁾。従って、法史と歴史法学、すなわち本来のローマ法とそのパンデクテン法学は別々なものではなしに、非実用的な基礎なしには実用的な民法を理解できないし、現在と過去の自然なつながりを折ってバラバラにするなら罰を受けずにはすまない。また、我々の現行法および将来の法が、本質的にローマ法に関する学問から現れたのであり、この基礎に立つてのみ学問的な仕方で解釈することができると言われ、ミッター自身も法史家と法解釈学者の区別を受け入れることはできないとし、エルンスト・ラーベルも歴史と法解釈学の総合を成し遂げようと試みた。マックス・カーザーが1950年代に、実定的な法典の中でだけ問題を解決しようとする事に対して、それぞれのテーマに関して現行法律の字句から解放され、それに依存しないで、何が法であるべきかという問題を考えるために法典を越えようと努めなければならないその過程で、法史と比較法はもっと広い範囲で利用することができ、そのために法史家は、現代の比較私法学のために基礎を用意するため、法理論と法制度の歴史に注意を向けることが求められると述べている³⁰⁾。

29) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 100-102頁。

30) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 103-106頁。

（3）ヨーロッパ私法の歴史的基礎

ヨーロッパは現在、多かれ少なかれ自律的な国別の法体系の時代はゆっくりと終わりに近づきつつあるとする。その時代にあつて、ツィマーマン教授は、ローマ私法を古代に行われていたように再構成したようにしたマックス・カーザーをとりあげ、法史と法体系の間の新たな総合の必要性、法史と比較法の間の知的な連携を樹立する必要性が説かれていたことを重要視する。現代は、全ヨーロッパ的な観点から、個々の問題を共通主題の地域的ヴァリエーションと取り扱い、またヨーロッパ私法の発展のために国際的学者グループがリストメントや原則を起草する「ポスト実証主義」、すなわち国別の法典（コモン・ローを含む）の偏狭さ・安定性から新たなユース・コムーネに近づきつつある時代にあるとする。そしてこの新ユース・コムーネは、共通原則・指導的規準に加えて、共有された価値・一般に認められた法学的方法に基づいて、相互に協働する裁判官・立法者・学者によって形成されねばならないし、サヴィニーの言うように、過去から完全に分離された自律的な人間はいないことから、過去全体との経ちがたい協働において行われなければならない。そして、我々が今いるところにかかにして達したのかを理解するために、過去を研究しなければならないとする。その国別の法史に焦点を合わせることを放棄させる歴史学が、我々の現在の法的状態を評価することを可能にすると述べる³¹⁾。それは、共通の基盤と共に、不一致を説明することも可能にし、この理解が「法の理性的批判と体系的発展」への道を開くのだとする。過去は現在を正当化しないし今日の問題を解決するわけでもない一方、過去の理解は、最も適切な解決を考え出すための「第一」のかつ「本質的」な「前提条件」だとし、これはヨーロッパ法の形成に関してそうであると同様、各国別の法体系にも言えることだとする。法史は、従つて法解釈学の発展に生気を与え、と同時に比較法学のための基礎になり、この比較法学と歴史学の結合が必要な

31) ある時期の所与の法は、発展する伝統の一部であること、このダイナミックな要素を考慮しないで法の性質を把握しようとすれば見誤ることになるとするこのツィマーマンの主張の基本的な正当性には、誰も否定しない。David Ibbetson, Book Review, *The Cambridge Law Journal* 61 (1), 2002, at 210. また Peter Steint も、民法典を裁判所は 19c. のコス・コムーネの一時的リストメントと扱っていたとする。R.Feenstra (Dagelijkse Redactie), *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2002, at 394.

のだと言う³²⁾。

さらに、大陸法とコモン・ローの違いは、同じ西欧法伝統の中にあることから、実際の法制度を見ても共通するものはどの分野においても見つかり、大陸法の体系内部の多様性と比較しても相対的な違いでしかないと指摘し、ヨーロッパ私法は多様性を特徴としているとしても、それは知的一体性内部の多様性なのだとする。そして、ヨーロッパにおける私法を正しく理解し、新たなユース・コムエネの歴史的基礎に関する認識を再創造する方法としては、①現在と過去を結び付ける生きたつながり、②法史と比較法の知的な連携、③大陸法とコモンローの間に存在するつながりに焦点があるとす (もっとも③の点は批判が多い)。

そして、比較法をする方法について、このアプローチは多数派か、どちらが合理的・実際的・論理的に説得力があり実務の要求に適合的か、などの論証は、経験の単なる並置で不十分であり、これに歴史的発展に関する研究が加わってはじめてより有用な説明ができるとし、その例として、改良費と不当利得の関係、相殺の遡及効 (これらについては次節参照)、及び買主の危険と瑕疵担保責任を挙げる (後述参照)。例えば、ローマ法の「危険は買主に存する *periculum est emporis*」の原則は、ローマ法上はうまくいっていたものが、近代法では合理的な解決を導けない理由として、ローマ法では、売主 (契約締結後引渡前は借主と同じ立場) は特に厳格な保管責任 (小事変の責任ももつ³³⁾) のもとにあり、買主は不可抗力の危険だけをおっており、それは購入売却という価値の再配分 (目的物は売買と同時に買主に配分) に従い、目的物は経済的には買主の所有に属し、買主は管理費用を支払う義務がある一方、売買完成後の価値の増加、果実は買主のものであり、転売も可能となり、市価の上下のリスクも引受ける。従って売買契約は単なる履行合意以上のものであり、所有権移転の意思も含み、後日に延期されるのは引渡だけとされる。このとき「危険は買主に」のルールは不自然ではない。ところが、ユスティニアヌス法典では危険原則は古典法から引き継ぎつつ、保管概念が

32) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 107-110 頁。

また Ibbetson は、本講演の要点は、現代の法的思考の大半をより広い法学領域に引出させることを可能にする点にあるとする (*supra* note (31) at 211)。

33) 参照、ゲオルグ・グリンベルグ『ローマ債権法講義』(2001年)、90-96 頁。

過失に基づく責任に変わり、注意の程度が相手方から合理的に期待される程度と効用の考慮によって決定されるとの原則が一般化した結果、売主の責任が縮小することになり、危険のバランスがかなりひっくり返されることになったとする。更に、中世の法学者によって、もう一つの基礎である諾成売買契約が特定物にのみ関係する点が放棄され、種類売買にも購入売却が適用され、何世紀もの間、誤解に基づく概念の結果のひとつである危険の2つの意味－給付危険と反対給付危険について相当な議論がなされ込み入った区別をもたらしたものの、不完全にしか解決できずに、「危険は買主に」の原則は合理的な理由で正当化できなくなったと説明される³⁴⁾。さらにまた、瑕疵担保責任もローマ法に由来し、ここでは十分合理的な制度だったとされる。すなわち、これは按察官の告示に基づく責任として認められ、奴隷・家畜の身体的特徴と性格の瑕疵を対象としたので、瑕疵の除去はそもそも不可能であることから原則的に解除か代金減額が効果として認められ、過失と損害の証明の要らないこの責任は日常の市場取引によく適合していた。これが近代に一般化されたとき、ローマのルールが機能を変え、通常責任制度からの特殊な派生物となったことから、不満足な結果と解釈論上の問題を引き起こし、現在一般化された責任に統合することが議論されているとする³⁵⁾。また、

34) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 119-121頁。なおこの点については、別稿を予定している。現在、危険の規定は削除されることが議論されているが、合理的でない原則を切ってしまう前に、絡んだ糸を解きほぐし、その原因・現状を明らかにしたうえで必要・不必要の議論をするのが望ましいように思われる。このルールはそもそも、今日ユスティニアヌス帝及び古典法(Classical law)のものとしてされるが、これは売主が所有権を引渡さず占有も保持している場合に、まだ法的にも現実にも物を支配していない買主に危険を移転するより、せいぜい危険が発生したところにおくことが自然的正義に適わないのが問題とされ、合理的正当化の試みがこじつけと思われた。しかしこのルールは、売買が完成したときにだけ危険が移転し、それが通常は契約締結時と重なり、目的物と代金について合意されると義務が発生し売買は完成する(停止条件付のとき、目的物が種類物のときは例外)。このルールは、危険配分という難問の合理的解決方法であり、背後の経済的な利益の構造に完全に一致するとされる。このルールは継続して受容・適用されたが、BGBで合理的正当性を見ないで双務契約の性質と衝突するの理由で446条1項で引渡時を危険移転時と規定した一方で、フランス・英国は、売買契約完成後契約時に、危険も所有権も移転させる(Zimmermann, The Law of Obligation, *supra* note 12, at 281-292)。なお同様の指摘は木庭頭『ローマ法案内－現代の法律家のために』(2010年) 115-118頁にもある。

35) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 122頁。日本においても、瑕疵担保責任が債務不履行に一般化される場合の理由について、

ローマ法のテキストに含まれる着想の一般化によって、ユース・コムーネがローマ法を用いながらローマ法を大胆に乗り越え、近代制度を作り出した例として使用者責任（代位責任）が説明される。

また、ヨーロッパの法学者には、とりわけ大陸法とコモン・ローが一つの法体系内でどのように調整され得るのかについて大きな関心があるとするが、混合法体系の経験（南アフリカ法＝実体法はローマ＝オランダ法起源、裁判・手続上の枠組みはコモン・ロー、スコットランド法＝最初は大陸法その後はコモン・ローを継受、その他ルイジアナ、ケベック等）が参考になり、南アフリカの発展は現代のヨーロッパの法を予示するとし、申し込みと承諾における類似、錯誤の意思理論を採りながらイギリスの不実表示、不当威圧、履行期前の契約拒絶権、特定履行、不法行為、人格権侵害等が検討される。また、スコットランド法も、大陸法とイギリス法の制度のいくつかを選択、採用しており、それはヨーロッパ契約法委員会が採用する立場を先取りしていたとの論評が紹介されている。スコットランド法がいかにしてその歴史的発展の過程でこれらの解決に達したのかを知ることは、極めて啓発的であるとして、承諾のない一方的約束の例を検討する³⁶⁾。

このようにスコットランドと南アフリカを混合法体系を呼ぶのは、発展が大陸法とコモン・ローの相互作用を反映しているからであるとする。今日のヨーロッパの全ての私法が混合法体系と言え、イギリス法も大陸諸法体系においても、コモンローは土地特有の考え方と洗練されたローマ法学識の混合であり、またシヴィル・ローもローマ法・慣習法・カノン法・商事慣習・自然法論という異なった要素の混合であり、さらにローマ法自体もギリシア法とゲルマン慣習法を吸収し、カノン法もシヴィル・ローの発展に影響を及ぼし、それぞれ依存しあいながら発展してきたとして、遺言執行者の歴史を例に挙げる³⁷⁾。

更に、ツィーママン教授はシヴィル・ローとコモン・ローの大きな違いと言われてきた信託と信義則を例に挙げ、信託について、信託はアン

瑕疵担保の制度趣旨をこの様に捉えると、現代化が必要か否かが明確に判断されるように思われる（注 50 参照）。

36) ツィーママン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 126-158 頁。

37) ツィーママン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 158-162 頁。

グロ・サクソン法に特有と考えられているが、歴史的には法実務の所産でありその存在が概念より数世紀先行し、19世紀に入ってから概念的な分析がなされ始めたものであるとする。大陸においてもローマ法に概念の範疇としては存在しなくても、個々の問題を解決するための信託的な制度（信託遺贈）と信託的な任務（後見人）は存在し、とりわけカノン法が、信託類似の諸制度創設のための規則化をしており、重要な役割を果たしたと述べる。この様に、早い時期から信託の目的（信託の生みの親は詐欺と心配である）における一致が見られ（次世代への家産の移転目的などにはそれが示されているとする）、従って、同様の発展パターン・似た社会情勢・同じ法源・追求される目的の一致があって、信託は双方に共通のテーマのイギリス型バリエーションであり、信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約が調印されイタリア、オランダが批准、フランスがそれを民法典に取り入れ、また、南アフリカやスコットランド法もローマに基礎を置く財産法を持ちながら信託法をも持っており（前者は例えば信託遺贈やイギリス的信託、後見人・保佐人、コモン・ローの遺産管理人などの制度を持つ）、シヴィル・ロー的な信託を作り出した（スコットランド法も同様にヨーロッパ信託法原則に影響を及ぼした）とされている³⁸⁾。また信義則に関しても、イギリスには信義則の一般概念が欠如していると言われるが、同記事案の解決結果においてシヴィル・ローとコモン・ローでは際立って不一致があるという訳でもないし、一般条項を含むイタリアやオーストリアでさえ悪意の抗弁の適用には当初敵対的であったとされる。またイギリスには黙示的条項という概念によって、契約解釈によって衡平な解決を可能にしてきた。売買契約、雇用契約などに協力義務・開示義務・情報提供義務など付加的義務を認めてきたし（これは実際の結果と理由づけの政策的考慮の両面から著しい類似点がみられる）、また黙示的条項その他の方法により契約の実質化も図られてきた。実際に、マンズフィールド卿の書物を見ると、信義則の概念に必ずしも拒否的ではなかった証拠がみられ、信義則の反対は「悪意」であるが（ローマ法では信義則に従わないとき悪意の抗弁・悪意に関する訴権が認められていた）、詐欺の概念が19世紀初頭のイギリス契約法

38) ツィーママン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 163-169頁。

で広範囲に認められてきたことを見ると、内実は双方でそれほど異なるわけではない。また、イギリス法は漸進的に発展し、それはコモン・ローの実用主義的伝統の一部であると考えられ、反対に支配的原理・一般的法制度を承認してきたのは大陸法のアプローチの特徴であると言われることについて、信義則に関して、イギリスでも黙示の条項の考え方が同じような一般性と柔軟性を持つ方法として認められ、また信託という制度を見ても、一元的な概念を持つイギリスに対して、大陸法の方が異質な諸制度を寄せ集めて対応しているという反対の実態があるとする³⁹⁾。

なお法源に関して、民法典を有する大陸法諸国においても、先例は顕著な重要性を持ち独立の法源で、現在 18 世紀から 19 世紀の実証主義的な考えは捨てられつつある。それ以前のユース・コムーネの特徴も、開かれた柔軟なアプローチにあり、実際ユース・コムーネの大部分は法律家の解釈と裁判所の見解を通して発展する裁判上の法（法廷実務法学 *iurisprudentia forensis*）であり、そこでは先例はより説得力のある解釈には服さねばならないことが常に認められ、これは先例拘束性の原理（*stare decisis*）の導入前の、イギリスで支配的だった先例に対し柔軟だった姿勢と異ならないとされる。イギリスの先例拘束性の原理は、裁判官の役割を法の発見に縮小する法宣明説、ジェレミー・ベンタム、ジョン・オーステインをはじめとする法実証主義、権力分立論と議会主権の強調、法的安定性の追及、安定性を提供していた訴訟方式の廃止などのいくつかの要因が重なって生み出されたとされるが、ドイツでもいわゆる学問的実証主義（制定法実証主義）が 19 世紀の市民社会を恣意的な司法干渉から守ることを目指し、19 世紀のパンデクテン法学者が、法は自己充足的な体系で純粹論理的演繹によって個々の事件の正しい判断に達することができる考え、判決は単に学問的認識行為だとしていた。これは、新興の近代的領域国家の支配者は啓蒙絶対主義の考え方から中央集権化し、法を合理化・明確化する必要があると考え、絶対君主の願望・モンテスキューの権力分立論・理性法論の法概念と結びつき、19 世紀には先例拘束性の厳格な規則が定められたとする。啓蒙時代の統治者は、領土に理性的私法体系を提供する最も適切な手段として立法を捉え、法

39) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 170-177 頁。

典に法の究極の最終的源泉であることを求めたのである。他方、制定法の解釈についても、文理解釈と衡平 *aequitas*・公共の利益 *publica utilitas* に基礎を置くアプローチの対立が、大陸法だけでなしに同じようにイギリスにおいても見出すことができ、中世から19世紀の最初の三分の一までが法律の内在的意味の発見を目指す衡平を指針とする解釈だった。その後ドイツと同じように文理解釈の時期が来るが、20世紀の中ごろから目的論的アプローチを採用し先例拘束性の原理も緩和され、思考パターンも両者は注目すべき接近を見せていると指摘される⁴⁰⁾。

四、具体的事例

さて、以上のことがどのように実証されるのかを、具体的事例を通して検証された例を紹介する。

①契約違反に対する救済手段としての解除⁴¹⁾

(イ) ローマ法の「鉄」のルールと黙示の解除条件 (*implied lex commissoria*) の概念

「契約は守らなければならない (*Pacta sunt servanda*)」のルールがあることから、ローマ法では若干の例外はあるものの、一般的な解除権は認められないという「鉄のルール」が、少なくともユース・コム・ネがかかわる限りパンデクテン法学の時代まであった。そもそも、方式のない単なる諾成契約であっても、拘束力があるとの原則が確立するのにも長い時間がかかった。突破口を開いたのは、カノン法学者であり自然法学者であった。19世紀に遅滞の場合の例外が認められるようになったが、伝統的学説に基本的変化が起こされたのは、BGBの立法者によってはじめてなされた。概念的に、この発展の揺り籠は解除条件 (*lex commissoria*) であった。ある状況のもとでの遅滞の場合に、一方的撤退権が（黙示的に）合意されていたものと考えられるとヴィントシャイトが議論し、BGBでさえなお、不履行の場合の法的解除権を扱う際、約定解除権の条文に言及している。さらに、解除条件は解消の効果を有

40) ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2) 177-185頁。

41) Zimmermann, *The Law of Obligations*, *supra* note (12), p.801

しているので、契約の解除は損害賠償請求権を排除するように見えることから、旧 BGB325 条～は損害賠償と解除の厳格な二者択一を示していた。

(ロ) 自然法における黙示の条件 (implied condition) の観念⁴²⁾

自然法の法律家たちは少し異なった出発点、すなわちお互いの契約の二当事者の義務は、お互いに条件づけられているという意味で依存関係にあることから出発した。一方が履行しなければ、他方は履行する必要がないし、従って契約を拒絶する権利を得る。これはフランス民法一八四条に、解除条件は常に相手方が履行しないときに双務契約に黙示的に存在するという、最も成熟した表現に見出すことができる。しかしこの場合は、法の操作で契約が解除されるのではなしに、相手方当事者の選択でなされる。この規定は、ドマとポティエによって示唆され、裁判所がそれに従い実務とうまく結びついた。

(ハ) イギリス法の条件 (condition) と保証 (warranty)

解除権の基礎及び正当化としての条件の観念は、イギリスにおいても「契約違反の現代の理論のカギ」として説明されている。契約違反の場合の損害賠償が、イギリスコモンローでは中心的な救済手段であり、契約条項が「保証」の違反の場合は、相手方に損害賠償の権利を与えるが、それが「条件」であれば、相手方は契約から撤退する選択肢をもち、履行を拒絶し既に履行したものを請求することができる。「条件」とは、物の本質 (go to the root of the matter) に達する条項で、その不履行によって契約の残りの履行が実質的に契約されたものと違ったものになるものと定義され、その不履行が相手方から契約したものを実質的に奪う場合でなければならない。今日、保証と条件の形式的な類型分けは放棄され、契約条項が本質的・非本質的なもの (essential and non-essential) の区別になったが、遅滞の際には、どの場合も損害賠償が請求できる一方で、履行時期が「本質的」であれば契約を解除できる。すなわち、「時期が契約の本質であること」が要件となり、それは裁判官により客観的な個々の状況から判断される。一般に履行期は本質的ではないが、さらに合理的期間を与えて通知することで、債権者は時期を本質的にできる⁴³⁾。

42) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.803

43) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.804. この他、積極的

以上のように、ローマ法の鉄のルールから、解除権が認められるようになったのは、カノン法・自然法学者の、相手方が履行しないとき双務契約に黙示的に存在するとされた解除条件の考え方を契機とする。これは、大陸法だけではなくにイギリス法でも、条項が条件であることを理由に、相手方も履行を拒むことができるとしており（現在では条項あるいは時期が本質的であるか否かによる）、鍵となる概念は共通しており「条件」概念であることがわかる。

②履行不能と契約違反

（イ）ローマ法における契約違反

履行遅滞以外の契約違反については、古典ローマ法の手続きによると、債権者が利用可能な訴権の種類に依存した。履行目的物がもはや引渡され得ないときの、不当利得に基づく返還請求の責任のためには、債務関係の永久化（*perpetuatio obligationis*）の工夫が必要とされた。特定物引渡債務の債務者は、不特定物の場合とは異なり、履行が不能になれば解放される。そして、不履行が債務者に帰され得る場合は、目的物の存在・不存在に拘らず損害を賠償しなければならない。言い換えると、問答契約の目的物が滅失すれば、約束者は自動的に解放されるが、過失によって滅失させた場合は、目的物の価値に関して責任を持たなければならない。他方、売買契約の売主は、売買目的物の引渡を不能にする等、その他のどの契約違反についても帰責事由がある場合は、不利益に関して責任をおう。しかし、不履行が責めに帰さない場合は、売主が履行しなければならないとは言えず、買主訴権は効を奏さない。また要約者の（目的物の価値に対する）責任が、上述のルールに対して（観念的に）何らか不自然な例外の場合は、誠意訴訟を支配する基本原則から売主の責任は当然に生じた⁴⁴⁾。

（ロ）ユース・コムーネにおける契約違反

ユスティニアヌス法典の時代までに、これら区別の手続き的基礎は消

債権侵害の契約解除権について、ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』94-96頁、契約違反一般の解除権について、同141-143頁参照。

44) Zimmermann, *The Law of Obligations*, *supra* note (12), p.807、なお買主の危険については、ツィマーマン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注(2)119-121頁を参照。

滅し、古典期後の訴訟手続きが支配的になった。全ての請求が、今や衡平の観点から、すなわち特定物かどうか、債務者が契約上の義務に応じなかった方法とは関係になしに判断され、利害関係ある者に対して判決され得た。従って、それは本質的には生き残った誠意訴訟に適用可能な制度であった。債務の永久化はその機能を失っていたが、それにも拘らずなおローマ法大全に組み込まれたので、後世の法律家たちを悩ませることとなった。しかし一般に、ユスティニアヌス法典は契約違反に対する責任の問題を解決し、後期注釈学派 (glossators) から 19 世紀前半まで、基本原則は変わらないまま維持された。とりわけ、債務者遅滞は別として、契約違反は何ら特別には類型化されなかった。債務者は利害関係 (id quod interesse) に責めを負い、目的物の滅失による後発的不能は、もはやなら責任を自動的に終了させることはなかった。すなわち不能に基づく不履行は、その他の契約違反以外の問題を生じさせることはなかった。従って、問題は債務者が契約上の義務を履行したか、そして不履行が過失に起因するかどうかであり、ユース・コムーネの様々な時代を通して、契約違反責任に対する主観的な要件に力点が置かれ、様々な段階の過失が分析・洗練・統合された。すなわち、「故意 (dolum)、過失 (culpam)、保証合意における事変 (casum in convgentione praest[are])」である。特別な客観的な責任要件、さらに債務者遅滞さえも特別に類型化されず、フランス民法典は 1147 条で「不履行 (inexecution)」という広い概念を用い、債務者は不履行が不可抗力 (vis major) や偶然の事変 (casus fortuitus) によらなければ責任をおった⁴⁵⁾。

(ハ) ユース・コムーネにおける不能の概念と、フリードリッヒ・モムゼンの不能学説

不能は、ユース・コムーネにおいても、①原始的不能 (不可能なものについては何らの債務関係も存在しない *impossibilium nulla est obligatio*)、②履行が不能となった場合の、特定履行の権利の例外が存在した。目的物が滅失した場合に、債権者は金銭でのみ賠償請求できた。③履行の目的物が偶然滅失し、それが債務者の責めに帰さない場合、債務者は義務から解放されるべきと考えられ (*Debitor spesie liberatur*

45) Zimmermann, *The Law of Obligations*, *supra* note (12), p.808.

casuali interitu rei)、ユース・コムーネの一般原則となった。しかし物の滅失も不能の概念も、契約違反の一般的類型としては特徴づけられなかった。履行の目的物が偶然滅失すると債務者の義務は消滅し、債務者が滅失に責めがあると契約違反の責任が生じ、これは他の契約義務の違反と同じで、債務者の責任を決定する中心概念は過失 (culpa) と事変 (casusu) で、一定の契約違反の類型ではなかった。

更に 19 世紀に入って、全体の視角がかなりモムゼンの不能に関する著書によって変わったとされる。そこでは履行不能の概念を、全ての履行できなかったケースをカバーする原因に重ね、全体を共通の体系的規準に概念的に抽象化を図り、不能を、原始的・後発的不能、物理的・法的不能、絶対的・相対的不能、客観的・主観的不能、永久的・一時的不能、全部・一部不能等に区別し、一定の事情における法的効果をまずはじめに「不能」のこの類型内に収められた。この新しいアプローチの結果の一つが、「後発的不能」類型が、契約違反に関わる法の本質的な教義上の礎石になったことであった。この本は、今では多くは忘れ去られているが、パンデクテン学派の最も影響力のあったヴィントシャイトや彼を通して BGB の立法者に大きな影響を与えた⁴⁶⁾。

(二) 現代ドイツ法における後発的不能と契約違反

①旧 BGB275 条によると、債務者の責めに帰さない事情により履行が不能になれば、債務は消滅する。このルールは上述の古い教義 (debitor spesciei loberatur casuali interitu rei) に代わるものだが、与える債務 (obligationes ad dandum) だけではなくしになす債務 (obligationes ad faciendum) にも言及し、より広く定式化されている⁴⁷⁾。②金銭支払・代替物の場合には例外があり、過失がない場合も債務者は責任をおう (種類物は滅失しえないとの格言を反映する)⁴⁸⁾。③双務契約上の一方の履行が双方の責めに帰さない事由で不能になった場合は、反対給付を受ける権利も消滅する。このことを「条件づけられた双務契約 (conditional synallagma)」と言い、債務と反対債務は同じ運命を分かち。すなわち一方の債務が消滅すると他方も同じくし、両債務は依存関係にあり、こ

46) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.810.

47) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.810.

48) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.811.

れは当事者は反対履行を受領するために履行を約束すること（私は君が与えるが為に与える *do ut des*）の結果であるとする。旧 BGB323 条は、理性法の時代に発展し、初めてプロイセンラント法 364 条 1 項 5 号に規定された危険の一般準則を定める。これは、最も重要な双務契約の事変の危険を債権者に置く傾向にあった古いユース・コムネとは緊張関係にあり、すなわちユース・コムネでは買主や注文者が物を受け取っていても代金を払わねばならず、これはローマ法の買主や貸主の危険（*periculum emptoris, locatoris etc.*）の結果である⁴⁹⁾。④債務者の責めに帰すべき事由により履行が不能になったとき、債権者は損害賠償を請求できるが、不能が双務的義務に関する場合には、遅滞と同じく、選択的に契約から撤退することもできる。この不能の強調はモムゼン・ヴィントシャイトの影響で、BGB は不能と遅滞の二つしか認めていないが、ドイツでは BGB 発効から 2 年後の 1902 年に、シュタウプによって「積極的契約違反」の概念が主張されるに至った。⑤瑕疵ある履行の場合の特別規定が、契約違反の一般ルール以外にあり、契約の取消・代金減額などが売買や請負の場合に認められているが、これはローマ法の按察官の救済手段（*aedilician remedies*）に示唆を得たものである⁵⁰⁾。

ドイツ法における契約違反の類型化の方法は、好ましいものとは捉えられておらず、消滅時効と同様に、根底からの改革が必要な分野である。司法省が統一的契約違反の概念を採用したのも驚くべきことではないし（実際改正はその方向でなされた）、モムゼンの枠組みはローマ法の確定物引渡債務と奇妙な類似を見せ、その背後に潜むのは、債務者遅滞の債務の永久化の古い観念や過失ある後発的不能であることから、ドイツ法学は再び時代遅れの概念的厳密さから誠意訴訟の伝統に形作られた思考パターンに踏み出そうとしている⁵¹⁾。

49) Zimmermann, *The Law of Obligations*, supra note (12), p.811.

50) Zimmermann, *The Law of Obligations*, supra note (12), p.813. この時のドイツの BGB へのローマ法制度の組み込みの選択についての議論が、前述の古典ローマ法の制度趣旨（注 35）と共に参考に値すると思われる。

51) Zimmermann, *The Law of Obligations*, supra note (12), p.814.

（ホ）イギリス法における契約違反

現代の立法論で、この点の動向をしばらくの間決定してきたのは、イギリスのコモン・ローである。そこには、合理的な最新式の全契約違反類型（瑕疵ある履行を含む）を扱うルールが存在する。一方当事者が不履行すると他方は損害賠償を請求でき、不履行が本質的であるとそれに加えて相手方は契約を解消することができる。ユース・コムーネとは異なり、債務者の責任は過失に拘らず、コモンローは全契約約束は保証されたものと扱われる。従ってある事情のもとで責任を制限するためには、特別に責任を排除しておかねばならない。しかしこのことは、明示的な免責条項なしでは債務者の責任が制限されないと言うことを意味するのではなしに、免責されるか否かは契約の適切な解釈の問題となる。国際物品売買契約統一法（Uniform Law for International Sales of Goods）74条では、両当事者の意図によると、不履行が、契約締結時考慮に入れる必要のなかったすなわち回避もしくは克服することのできない事由に起因すると証明できない限りにおいて、債務者は拘束され続けると規定される。かくして Taylor v. Caldwell のリーディングケース（一連のコンサートのための音楽ホールの賃貸借契約）では、契約には「契約当事者の過失なしに物（音楽ホール）の滅失により履行が不能になれば両当事者は免責される」との「黙示の条件（implied condition）」が含まれていると判決された。ドイツの法律家であれば、後発的不能に言及する事案であるが、この黙示の条件の方法は、当事者は契約締結時明らかにそのような事変発生の可能性は考えていなかったのであるから、幾分擬制を伴う構成であることは明らかではあるものの、契約関係に入った当事者の意図を満足させるような法律構成をする目的を促進するために採用されていた。望ましい法的結果を、何らかの方法で当事者の意図に結び付けられねばならず、そのための最も便利でかつ最先端の方法が黙示の条件であった。

基礎にある着想は、皮肉なことに旧 BGB323 条の平行なルールと同じように、ローマ法の厳正法上の債務関係（obligationes stricti iuris）に由来する。と言うのは、裁判官ブラックバーンの意見の中に、確定物がもはや存在しないとき、確定物の債務者は義務から解放されるとの引用がされており（Pomp. D. 45, I, 23）、さらにポティエの債務法が、たび

たびそうであるようにコモンローへの大陸法理移入の極めて重要な絆を提供した。Taylor v. Caldwell がイギリスのフラストレーション法理のルーツと扱われうるのも、黙示的条件の背後にある考え方が、冒険的フラストレーションと融合したからである。契約の目的を消滅させるような事件が起こらないという条件を黙示に認めることによって、物理的法的不能だけではなしに、事情変更により契約の基礎に影響があった場合に、裁判所は正当で公正な解決をもたらす効果的な手段を創造することが出来た。後者は、大陸法の事情変更の原則 (clausula rebus sic stantibus) に匹敵するものである。シンプソンは、「歴史的にみると、フラストレーションの法理はコモンローと大陸法の発展の奇妙で複雑なブレンドを示し、それは不可避免的に擬制による合意という中心的法理 (central doctrine of consensus by fiction) に結びつくものである」と述べる (後者の例は、エドワード7世の戴冠式の一連の有名で興味深いケースである)⁵²⁾。

(へ) 小括

この分野の発展経過から、契約違反を類型化するアプローチは特殊ドイツ法的なものであり、またローマ法の時代から、不履行という客観的要件が債務者の責めに帰すべき事由による場合には責任が発生してきたことがわかる (示唆が得られるのはイギリス法からであり、これは近時の国際条約 (CISG, PICC, PECL 等) の傾向と同じである)。他方、特定物が滅失した場合に債務者が解放されることが、ローマ法からユース・コムーネまで認められてきたが、これをさらにドイツでは、債務が不能になれば債務は消滅すること、及び双務契約で一方が不能になれば、他方も消滅するとのルールが認められている。これと同じことが、「黙示の条件」の概念を通して、イギリスでも認められている。この発展経過を見れば、契約違反の類型化の特殊性 (及びその問題性) 及び、同じ源から発する同じ内容の制度が「黙示の条件」という概念を媒介としてドイツ不能・危険制度とイギリスのフラストレーションに表れていることがわかる⁵³⁾。

52) Zimmermann, The Law of Obligations, *supra* note (12), p.817.

53) これに関して、ラインハルト・ツィマーマン「耳に響くメロディーは甘いが、

③『法制史と比較法』で採り上げられている事例

(イ) 相殺⁵⁴⁾

電話帳アプローチによると、3つの解決方法があるとされる。相殺の方法に関して、①両債権が法律上当然に（*ipso jure*）消滅するフランス・モデル（Code civil Art.1290, ベルギー、オーストリア、スペイン、イタリア）、②相手方への主張によって相殺権の行使がなされるドイツ・モデル（ギリシア・オランダ民法典、その後解釈でオーストリア法、イタリア、フランスの判例・学説）、③上述2つのタイプは両債権は相殺適状時に最初に遡って消滅したとみなされるのに対し（旧 BGB389 条）、通知を要件としつつ遡及効を持たない将来効のみのスカンジナビア・イングランド・アイルランド・モデル。

これに、比較法的・歴史的視点を加味すると、次のように理解することができる。①と②はともに③とは異なり、ローマ法の伝統を有する。フランス・モデルは市民法大全の二つの法源に基づいているが、ドイツ・モデルは、相殺が訴訟手続きの中で、被告によって抗弁として主張されねばならないと指示していると解釈されるユスティニアヌスの勅法（19世紀後半の最高裁判例も裁判外的意思表示で両請求権を消滅させうるとしていた）に基づいていた。このドイツ・モデルは、上述のようにその後ヨーロッパの多くの国で受容され、PECL Art.13:104の規定にも反映され（UNIDROIT PICC Art.8.3, DCFR Art. III.6:105も同様）、「練り上げ収束」と言うことができるとされている。しかし、このドイツ・モデルは現代的で多くの理由から好ましいとされるものの、また遡及効という重大な理論的欠陥があるとする。これは、上の①との調和を図ろうとする19世紀ドイツ法学の試みのなかで、相殺の表示の本質を特徴づけるものとして理解されてきた。しかしこれは何世紀も遡る誤解に基づいて

沈黙のメロディーはそれにも増して甘い…暗黙の条件、黙示の条件とヨーロッパ契約法の継続形成」法と政治 62 巻 4 号（2012）213 頁、山田到史子「契約解除との関係における『危険』制度の意義」松浦好治他編『市民法の新たな挑戦』（2013）353 頁を参照。

54) ツィマーマン、法制史と比較法、前掲注（7）、252-257 頁。ツィマーマン教授は、ヨーロッパ契約法原則（PECL、Ole Lando, Eric Clive, Anre Pruem, Reinhard Zimmermann (eds.) Principles of European Contract Law, Part III, 2003 Chap.13) の当該章の著者であり、BGB の歴史的コンメンタール（Joachim Rueckert, Reinhard Zimmermann (eds.) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, vol.II/2 2007) の著者でもある。

おり、「法律上当然に」と言う表現は、古典期に起源を有するように見えるが、これは銀行家の「相殺と共に訴える」という特殊なコンテキストで用いられ、この表現は審判人によって実行されるものではないことを示そうとしていたのにすぎないだけで、銀行家自身が法務官に与えられた方式書の効力によって、すなわち法それ自体によって、請求金額を控除することが認められただけである。ところが、その後注釈学派がこれを、相殺は自動的に人の行為なしに (*sine facto hominis*) 生ずるといふ相殺の定式として再解釈し、この誤解が①と②の法律構成に影響して、今までヴァントシャイトや BGB 起草者の一部が相殺の将来効を主張してきたにも拘らず (遡及効はフィクションであり出来る限り避けるべき)、PECL で規定されるまで 100 年以上待たなければならなかった。

このように歴史的比較法アプローチによると、(a) 比較法的な違いが生じる理由の説明が明らかになる。この場合、ローマ法の継受に関係し、異なったローマ法源が違った出発点を与えたことがわかる。(b) 以上から、複数の発展ラインを見ることができる。この発展を 1804 年から 1992 年の法典、及びこれらに基づいた学説を辿ると明確な傾向、ドイツ・モデルに収束するラインがみえ、これは各国の法発展における論拠となり、またヨーロッパ・モデル・ルール起草の重要な論拠にもなる。(c) このように、我々の考え方が過去にどの程度まで支配され得るかがわかるが (法制史の啓蒙・解放効果)、これは現代法の発展のための衝撃を国別レベルにも、ヨーロッパレベルでも与えることができる。どこまで遡るかは問題によるが、相殺の場合はローマ法まで遡ることが実りが多く生産的であることがわかる⁵⁵⁾。

(ロ) 不法行為⁵⁶⁾

大陸の不法行為法は、同一の歴史的基礎 - 普通法の時代における、自然法の影響のもとで外延を再構成されたアクウィリウス法の現代的慣用 - を有し、それがイングランド法にも影響を与えたが、この 18.9 世紀

55) ツィーママン、法制史と比較法、前掲注 (7)、256 頁。その他、ツィーママン、ローマ法・現代法・ヨーロッパ法、前掲注 (2) 118-119 頁も参照。

56) 本文参照文献の他、Zimmermann, *The Law of Obligations*, supra note (12), pp.902、ツィーママン『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法』前掲注 (2) 61-82 頁も参照。

に近代化されたローマ法が、もはや実際には近代的ではなかった。すなわち、近代化されたとはいえ、ローマ法は依然として基本構造において、損失の合理的な分配よりも、私的な悪行への制裁に向かっていたのである。損失の合理的な分配は、19世紀にヨーロッパ諸法がようやく取り組み始めた問題で、この時までには法典編纂によって議論の国別の孤立化が、既に進行していたとされる。従って、各国の法体系は別々に厳格責任の問題を扱う固有の手法を工夫しなければならず、結果的にヨーロッパ法はこの分野に関しては、契約法に比較して相当程度つぎはぎだらけのものになってしまったとする。類似するのは、違法な行為の概念をめぐる不法行為の概念構造ではなしに、それを補充しようとしていた点だけであり、結果として、現在様々な法体系に共通し目的論的にみて満足できる基礎的概念が欠如している。このことは、ヨーロッパ不法行為原則の起草者が「違法性」という難しい問題をかかわざるを得ず、同じく難しい厳格責任の問題について合意に至ることができなかったことを見てもわかる⁵⁷⁾。この状況は、ある法制度が機能を変化させた結果(私的な悪行の制裁から、損失の合理的分配へ)、その制度の概念的インフラストラクチャーが満足できないものになってしまったことを示している。

(ハ) 改良費

他方、伝統的ルールが、他の法分野が発展した結果、その固有の意味・目的を失ってしまったという状況が見出される場合がある。これが、所有者及び占有者における費用償還請求に関するルールである。旧BGB994条以降は、所有者に返還する予定のものに改良を施した場合に、この出費の原状回復に関してローマ法に基づいて規定する。古典ローマ法では、不当利得返還請求訴権 (condictio) は使えなかったので、悪意の抗弁を根拠にして保護を提供するこのルールは重要だった。しかし、普通法の歴史の中で、不当利得責任が一般化されると、出費の原状回復に関するルールはオリジナルな意義を失わざるを得ず、占有者はもはや特別の保護を必要としなかったにもかかわらず、BGB起草者は依然出

57) ツィーマン、法制史と比較法、前掲注(7)、258-9頁。

費の原状回復に関するローマのルールを維持することを決めた。しかもその原理となる説明を逆転させ、このルールは例外的に改良費の原状回復請求を許すことができない状況を定義し特定するために、占有者から所有者の立場にシフトした規定をした（押し付けられた利得からの保護）。法の状況が変化したのにも拘らず、政策的観点を逆転させてローマのルールを維持したこの規定は、法律問題の地雷原にしたとされる。

フランス法は、このローマのルールを放棄し、一般化した不当利得の中で考慮され、イングランド法も同様である。ドイツ法も 994 条が適用できない（不当利得の適用）場合は、満足できる解決に至り、この規定を放棄さえすればドイツ法学説は相当単純化でき、ヨーロッパの主流の考え方と歩調を合わせることができるとされる⁵⁸⁾。

なお、以上に取り上げた事例は、筆者の関心のある分野から例としてわかりやすいと思われるものを、ツィーママンの著作（*Obligation と法制史と比較法*）から無作為に選択したものであることをお断りしておきたい⁵⁹⁾。

四、ツィーママンの歴史比較法学から得られる示唆

－歴史学の科学的アプローチと各国家法のアイデンティティ（市場原理に基づく私法制度の普遍性と日本法文化の特殊性）

筆者がドイツハンブルグのマックスプランク国際私法比較法研究所に在外研究に赴いた当時抱えていた大きな課題は、「理想的なあるべき契約法」とは何かを探究することにあった。日本で民法改正の議論が進む中で、解除の要件や「危険」制度をどちらの方向に向かってどのような理念で、「あるべき法」として立法論を考えていけばよいのか、比較法を重ねながら大きな疑問の中にあった。当時、ドイツをはじめヨーロッパは CESL(2011 年ヨーロッパ共通売買法提案)を発表する 1 年前で、ヨー

58) ツィーママン、*法制史と比較法*、前掲注 (7)、261 頁。他に、ツィーママン「ローマ法・現代法・ヨーロッパ法」前掲注 (2) 115-118 頁も参照。

59) この他に、ツィーママンが検討するトピックの紹介として、「まっとうな原因」「説得力のある原因」としてのローマ法の *Causa* と大陸法（フランス法）の *Cause*、及びイギリス法の *Conasideration* を論じた、小川浩三「R・ツィーママンの比較法学とローマ法学」、*戒能・法創造の比較法学*、前掲注 (4) 156-159 頁も参照。

ロッパ各地はその議論で持ちきりだった。その中で、ヨーロッパ中の研究者が拠り所としようとしていたのがこのツィーマン教授の見解であり、その発見と主張は群を抜いて他を越える影響力を持っていたように思われた。日本にヨーロッパのこの大きなうねりが伝わっているのだろうか、これが本稿執筆の動機でもある。また、ヨーロッパの共通の法伝統に基づいた地域統合を目的とする熱い議論を知れば知るほど、日本のヨーロッパ法継受の意味と、日本法のアイデンティティーとは何か、治外法権撤廃の目的のない現在において、ヨーロッパ法継受を堅持しなければならない理由は何なのかについての疑問がますます大きくなった。

帰国して調べてみると、基礎法学者の間でヨーロッパの法の統一・調和の動きから、我が国の法の発展方向への示唆を獲得するとともに、アジアのレベルでの西洋法の役割とその限界を明らかにしようとする、同様の問題意識があった⁶⁰⁾。そこでは比較法の新たな地平を開くことが目指されている。戒能通厚「創造的比較法学の探究」によると、我国はアジアにおいていち早く近代化を達成したが、その根幹に西洋法の継受とそれを根付かせてきた法学の営為－西歐法を相対化しつつ、理念・経験⁶¹⁾を理論化し、理論を通じての実践的営み－があるとす。また同時に、西歐法の基底にある市民社会の実現が、永続的な変革の理念として求められ、市民社会の理念を法の世界に規範化して投影させ、理論を通じて世界的レベルの各問題群に迫ろうとする法学の創造の構想が生まれたとする。それは、市場の論理に市民社会の論理をいかに埋め込めるかを探求し、あるべき法システムを創造しようとする、新たな法学の企てであるとす⁶²⁾。なお、この点ヨーロッパでは、市民法の根底にあるとされるのが西歐的市民社会であり、それが現在、ヨーロッパ連合の発展とともに国家という単位を越えた市民の動きを通じて、ヨーロッパ市民社会のモデルの構築が展望されるという状況にある⁶²⁾、とされる（が、さらにこれが我国及びアジアにどのような影響を及ぼすのかは検討されなければならない）。

また、東アジアにおける国々との関係に関して、日本を介して同じド

60) 戒能通厚「創造的比較法学の探究」・前掲注 (4) 224 頁。

61) 戒能通厚「創造的比較法学の探究」・前掲注 (4) 225 頁。

62) 戒能通厚「創造的比較法学の探究」・前掲注 (4) 227 頁。

イツ民法の骨格を継受しつつ、現時点では分岐の傾向が現れていることに対して、法の統合もしくは多元化の観点から、ヨーロッパの地域的統合での理論を参照して、国家法の枠組みではとらえきれない法の生成・拡張・変容のダイナミックな展開を理解するにあたり、各法源の収集など国際連携ネットワークの構築も議論されている。その中で、従前日本における比較法が、輸入される法の条項の紹介と解釈に求められるにとどまることに対して、法整備支援などで法の移植・融合を考えたときに、一定の限界があることが明らかになり、逆に日本法が継受法の母国と異なったどのようなアイデンティティを確立しているかについて、探究の必要性を気付かせたと言うべきだとする。この様にして、日本の比較法研究の遅れを克服することが急務と意識されるようになり、日本法が今日のグローバルな時代にモデルとなることができるのを明らかにするためには、まず日本法自体の比較法的な位置づけを不可欠だとする⁶³⁾。

以上のことは、まさに同感と言うほかない。

では、このことが現在の民法改正の中でどのように捉えられているのだろうか。内田貴「日本民法改正事業と比較法⁶⁴⁾」では、国や地域の法を相互に比較することを「静的比較法」、歴史的法達点を比較する比較法学を「動的比較法学」と呼ばれ、100年前の民法起草者も法体系の発展について進化論的な視点で、最も進んだものを採用しようとしたが、その後のヨーロッパ私法の発展を見ると、単純な進化論に依拠することはあまり説得的とは思えないとしつつ、1世紀以上前にヨーロッパ民法を継受した日本で、自国文化の影響を受けつつ極東の地で母国とは異なる民法典へと変容することが観察されれば、動的比較法学の有用性を試す格好の素材を提供し得る、すなわちドイツ法とフランス法の双方の影響を受けつつ、新しい債権法はドイツ法系フランス法系といった枠組みでは説明できない新たなユース・コムーネとも違ったモデルを提供し、継受法の歴史的変容の事例として興味深い研究対象となるとする⁶⁵⁾。

しかし、実際に法改正をする段階で、日本の現状をどのように歴史的・

63) 戒能通厚「創造的比較法学の探究」・前掲注(4)226-7頁。

64) 内田貴「日本民法改正事業と比較法」・前掲注(4)230頁。

65) 内田貴「日本民法改正事業と比較法」・前掲注(4)239頁。

比較法的に位置づけることができるのか、それには、ヨーロッパを継受する前の状況を歴史的経過を踏まえて検討し、それに日本の継受後の諸要素（フランス法を母法としつつドイツ法学説を継受、社会状況に規定された実状）を他の法状況と比較する必要がある（尚、その際市民経済社会に普遍的なもの－欧米アジアで同じように妥当すると考えられるもの－は何かを見極める必要がある）、それを踏まえて、現在どのような方向に向かい、どのような理念のもと改正を基礎づけていくのかが重要ではないかと思われる⁶⁶⁾。それがないと、現状の法の確認、リステイトメントに止まるだけでなしに、現在の法状況が錯綜しているときにどちらに向かうかの決め手を何に求め、どのように方向を決定するのがわからない⁶⁷⁾。

ブレーメン大学名誉教授のクニーパー博士は、領域国家を前提とする法制史からの転換を論ずる文脈では、歴史を過去の物語としては語ってはいないこと、すなわち歴史学は建設のための科学的アプローチであり、我々の現在と将来に対する最善の解答を発見する手段だと説明する。さらに、ヨーロッパの法制史は今までナショナリスティックに、国土に結びつけられて捉えられていたが、今やボーダレスの世界に戻ったとする。封建主義社会から資本主義社会（あるいは市場社会、貨幣社会、ブルジョア社会等）への発展は、たまたま現象的には国民国家・領域国家の発展と時を同じくし、多様性を生み出したが、市場経済・貨幣経済は必ずしも国民国家の法とリンクしないものであるから、現在ヨーロッパの国民国家は、資本主義のロジックに従ってヨーロッパにおける普通法を再発見したとする。私法を解放し解決策を求めるならば、それは領土によって限定されるべきではない、市場経済のグローバルな次元を認識して行なうべきだとする。私法は、カルチャー・アイデンティティーを表している

66) 法制審議会の議論でも、将来のあるべき民法に向けてトータルな理念・方向性が領域毎の議論を経て出てくるかもしれないとし、出ない場合は改正全体としては少し退こうという議論の出る可能性が示唆される（法制審議会民法債権関係部会第1回会議・議事録19頁、潮見教授発言）。また、一定の段階で理念については考え方をすり寄せるプロセスがあってよく、「改正にあたって何を考慮すべき事項として考えたのか」について市民に基本理念のとりまとめをする、との言及がなされている（同上第2回会議7、15頁、大村教授発言）。

67) 法典化と言うのが、ある意味、価値観の宣言だとするとなおさらであろう。パネルディスカッション「比較法の新時代」・前掲注（4）370頁。

と言うよりも、市場関係に枠組みを設定し、貨幣と財とサービスの関係に対して枠組みを設定する、機能的な市場のための道具にすぎないのだとする⁶⁸⁾。

この点に関してはツイーマン教授も、国の法文化もある程度認められるものの、長期的にみればヨーロッパ共通の文化もあり、今日かなりの部分、人権の尊重などグローバルな法文化もあるとする。ツイーマン教授は、ヨーロッパのアイデンティティの復興を願うとするが、それは法文化と言うより「一つの法伝統」のなかに生きていると言う方が良いと思われるとし、どの法体系も固有法の考え方・封建法・ローマ法・カノン法、それぞれの慣習法、商慣習法の影響をすべて受けてきていると言え、混合型の法体系であるとする一方で、契約法については、文化的に依拠していると思えない、どこも同じような問題に直面しているとする⁶⁹⁾。

なお、ツイーマン教授の大陸法とコモンローとの関係の類似性については、コモンローの学者から、伝統的イギリス法律家とローマ法学者の態度と方法の類似性は、ローマ法の直接の影響というより、法的制度・社会状況の社会構造の一般的類似性の結果と理解されるべき—すなわち、実務家が具体的ケースを比較・区別・検討し、それに基づいて構築するのであって、現実から離れた抽象化や体系化をするのではない、完全にカズイスティックな性格を有する。そもそも、抽象的定義や体系化は、*Digesta* や初期の法律家の姿勢ではなしに、コス・コムーネの後年の発展、特に自然法学に最盛期を迎えたものであって、それによって現在のイギリス法と大陸法の違いが生じたものである。影響があるとしても用語など表面的なものにすぎないと主張されている。もっともそうだとすると、法の類似性は、社会構造の類似によって条件さえ整えば同様に観察可能性があることになる（但、具体的にどのような類似なのか問題となる）⁷⁰⁾。

このように歴史の科学的アプローチによる、文化に依拠しないボーダレスな市場を前提とする枠組みを再発見することを、現在のヨーロッパ

68) パネルディスカッション「比較法の新時代」・前掲注(4) 349-353頁。

69) パネルディスカッション「比較法の新時代」・前掲注(4) 370頁。

70) Helmholtz, *supra* note (17), at 317-320.

から示唆を受けることは、そのままアジアにも（日本にも）意味のあることが分かる⁷¹⁾。現在ヨーロッパで議論されている法・歴史地図に、アジアやアメリカの法と歴史が付け加えられるだけである。しかし、この結果に関しては視野を格段に広げることになることから、予想することのできない可能性をも有していると考えられる。

また、このような歴史的な視点から見れば、発展の過程を見ることで今までの経過からこれからの発展の方向性を予測する可能性も問題となる。法は法典化でとどまらず、ずっと発展し続けている。大きな流れでとらえるとアジアの継受もまた、シビル・ローやコモン・ローの相対化と同じように（ローマ法の継受は、12・3世紀にイタリアとスペイン、14・5世紀にフランス、17世紀ドイツ、そして19世紀に日本⁷²⁾）、ヨーロッパ・ローとアジア・ローとして相対化され得る。

ツィマーマン教授は、ローマ法及びユース・コムーネ（*jus commune*）の私法（契約法）の統一に果たす影響・役割に関して、ローマ法という同じ法源に向かう法学教育と法学研究による知的統一性により、ヨーロッパの中の法律家が共通の「法の文法（*Juristische Grammatik*）」、共通の知的背景を持っていたこと、これは基本的に今日でも存在しているとす。ヨーロッパのさまざまな国内法典も、歴史的にみればユース・コムーネのある種リステイトメントに過ぎないにも拘らず、国内法にだけ焦点が当てられている200年の間に、共通の法の伝統があることが忘れ去られているだけで、現在でも共通する体系・概念が存在する。このことから、またユース・コムーネの中には、統一のための問題解決の糸口・論拠・規定モデルが隠されていることがわかるとする。すなわち、現在

71) ツィマーマン教授の発見は、コモンローと大陸法についてよりも（実際コモンローの学者からの批判・反対はかなり強い）、発見の本当の意味、特にアジアの日本に及ぼす影響は、「狭い視野を際限なしに必要なところまで拡大させる点」にあると思われる。なお、日本でも教授のローマ法認識についての批判はなされているものの、ヨーロッパでこの考えが支持されていることには言及される。木庭顕「債権法改正の基本方針」に対するロマニスト・レビュー速報版」東京大学法科大学院ローレビュー Vol 5. 2010, 196 頁。

72) 継受の類型学へと到達することが、目標とされなければならないとの指摘もある（ヘルムート・コーイング「法史学者の課題」河上倫逸編『法史学者の課題』（2004年）52頁）。日本の場合、学説継受という特殊性もある（継受と同化について、北川後掲注（75）127-、145-頁）。民法解釈学の方法自体が外国法と直結しており、いつ同化が終了したかは興味深い問題である（同149-154頁）。

の各国の法の形になったのはなぜか、過去からの法の成り立ち、すなわちどのような選択が過去なされてきたのかを探ることで（例えば参照していたローマ法の法源がそれぞれ異なっていたとか、ローマ法の解釈が当時の背景事情・状況を離れて独り歩きしてそこから間違っていたこと等）、現在統一するにあたり、法の将来を見据えてどちらに発展させて規定すべきか、単にどちらのモデルを選択すべきかではなしに、過去の成り立ちを見ることで法の発展過程に注目しそれに沿った解決ができるようになるとする⁷³⁾。この点は、どの論者においても異論のないところと思われる⁷⁴⁾。

もっともツイーマンが言うように、各国法を単に並べて比較するよりも、その源流に遡って、現在の相違・問題が生じた原因に立ち戻って判断することも必要との考え方から日本が示唆を得るなら、アジアの東端の国日本は、律令制の社会制度から突然、西欧列強の近代化に追いつくために、全く新しいローマ法に連なる西欧法を継ぎ木、移植したこと、さらに学説継受により、社会的現実や法的価値・法形成原理のレベルで中間省略された「原理のない」法律構成や事実との関連をもたない法律構成が数多く作られたこと⁷⁵⁾に鑑みると問題は上のことに止まらず、日本においてこのローマ法に遡る西欧法及びその学説継受がいかなる意味を持つのかを探究することなしには、上述の考えは意味をなさないように、思われる。ひとつは、ローマ法に連なる西欧法が科学的手段として民主主義・自由主義経済の社会では普遍性を有するのか。科学としての西欧法の優れた手法を日本は学び、取り入れ根付かせて発展させてきたのか。あるいは、律令制の社会制度をもち紛争回避の文化⁷⁶⁾を持った日本社会の文化的・社会的要因は「法」の分野においても独自の意味を持ち得るなら、特異な同化の経過を辿り、それらを考慮しないままで良い

73) 参照、内容としてはこのようなことを意味していると思われる。ツイーマン・質疑応答の概要、前掲注(4) 627頁。

74) 参照 Helmholtz, *supra* note (17), at 317.

75) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(1968年) 381頁。また日本の継受を、混合的・選択的・重複・異質法・任意的継受であるとする(同20頁)。さらに、我国の法形成への波紋も、我国の社会・伝統的価値等の特殊性を含めて総合的に分析されるべきであるとする(同382頁)。「明治以後行われることになった西洋起源の法も、長い間いわばお仕着せの洋服にすぎ」なかったとするのは、村上淳一『〈法〉の歴史』(1997年) 187頁。

76) 村上・前掲注(75) 11、184頁。

のか。欧米でもADRが注目されているが、それは日本が昔から発展させてきた手法ではなかったか。

我国の法システムと法文化の特徴は中国の律令法制、明治期の大陸法の独・仏法制・戦後のアメリカ法制と3つの異にする外国法を継受・発展した継ぎ木特質に見られると言われ、特に法文化は西欧とは異った特殊性（7.8cに中国唐の律令法制を継受し、権利観念の発達しない極力紛争を回避する「秩序モデル⁷⁷⁾」を採用し、インフォーマルな妥協的解決を図ることが良いとされ、社会秩序を維持するための国家の社会強制機能が重視された）があり、それをどのように理解・評価するかが、日本の法システム・司法制度の改革の方向を見定める場合に重要な争点として浮上し、従来暗黙の準拠枠組とされていた近代西洋法の普遍性要求に対する批判・反省が強まっているとされる。我国は法・裁判の市民社会の基盤が脆弱であったこともあり、我々が直面する問題状況をより広く、その思想的背景にまで遡ってとらえ直し、日本の進むべき方向を指し示す原理的な指針を再構築することで、展望を切り拓くべきであるとされる。さらに今までの「追いつけ追い越せアプローチ」ではなしに、自分で将来を方向づけるモデルを創り出さねばならず、世界の潮流を見定めつつ、我国の伝統的システムや文化を見直し、我国のアイデンティティを見失うことなしに国際的にも通用するモデルを創り出すことを求められているとも論じられる⁷⁸⁾。なお、日本の現況や背景を解明するためには、近代西欧法モデルを相対化し、その現代的意義を批判的に評価しうより普遍的な理論モデルを構築し、近代西洋法の何を受け継ぎ、どこをどのように修正し発展させるべきかを、点検するという視座をとる必要があるともされる⁷⁹⁾。このように、西欧法を所与のものとして捉えるべきではないのではないだろうか。日本との文化的・社会的相違に基づいた位置づけをしない限り、借り物としての西欧法継受国の域を脱しないと思われ、その点を捨象した議論をしても、本当の意味で日本のアイデンティティを世界に発信することにはならないのではないだろうか。

さらに、現在の実務の到達点をリステイトメントすることと、50年

77) 田中成明『転換期の日本法』（2000年）103頁。

78) 田中・前掲注（77）、2、3頁。

79) 田中・前掲注（77）、12頁。

乃至 100 年持つ立法をすることは、やはり目的もそれに従って内容も異なってくるのではないかと思われる。アメリカでも、リステイトメントと UCC の立法目的は違う⁸⁰⁾。アメリカ全州に適用され得る契約法を明らかにする必要があるアメリカや、ヨーロッパにおける全構成国の域内取引のために立法する必要がある EU と、一国の国内民法を改正しようとする日本では、置かれた状況が異なる。もちろん、時代遅れの現実に合わない規定は刷新される必要があるが、目指されるのは現在の判例実務の現状を立法化することを越えて、50 年 100 年先を見据えたあるべき法の探究に基づく改正であるように思われる。日本が、120 年前に西欧型民法典を継受してから日本の実務と法学の共同による到達点をリステイトメントをすることを現在目指すことは、現状維持の理念を表すことになりそうである。「現代化」という改正の理念を掲げる場合は、既存の規定の解釈論を超えて、過去の社会状況を踏まえた上で、現状及び今後の社会をどう把握していくかが重要な基礎となるのではないか。歴史比較法学によって現代のヨーロッパにおける各国法体系間に存在する共通の基盤を知ることができるようになり、法が国ごとに孤立して発展したのではないことから、単に国別の観点からでは理解できないことを気付かせ、それが比較法学の土台をなすことになるとの大発見は、アジアの国のローマ法継受国だからこそできる真の発見へとつなげていくことを可能にするのではないだろうか。

また、現在世界は、個人のアイデンティティをドイツ人である、イギリス人であるというのではなしに、ヨーロッパ州のハンブルグ出身、オックスフォード出身となりつつあることが紹介されている。もしそうであるならば、世界のなかの日本でも、例えばアイデンティティは日本人ではなしに、アジア州の京都出身ということになる方向に進む可能性も考えられる。そうなったとき、あるいはそう考えるのが望ましい場合に、では私法はどのような理念で、どちらの方向を向くべきかをも議論しておくべきではないかと思われる。

80) 条文の規定の仕方の「俳句モデル」「散文モデル」の審議会の議論は、この意味も持つように思われる（第 1 回・第 2 回会議議事録）。

五、結びに代えて

現在、民法の大改正をするにあたり、なぜ債権法だけの改正をするのか、理念を詰め、方向性をはっきりさせることが是非とも必要であると思われる。

司法改革でも弁護士が足りないとの理由で三〇〇〇人を目標で始まったが、その人数についてや理念や方向性の議論は厳密になされていたのであろうか、すぐに弁護士が就職先に困るような事態が発生するようなことになったのは、事前の詰めが甘いことが原因ではないかとも思われ、また法学部4年+大学院2年のこの制度が、果たして大陸法を継受する日本でなぜ必要だったのかの理念も見えにくい。法学部の優秀層が大量に予備試験に流れる事態を見れば、「ロースクール」という判例法を採用する英米法の国の制度を、大陸法の我が国に接ぎ木したことに問題はなかったのか、もし双方を融合させるような制度を構築するのであれば、何か特別な手立てが必要だったのではなかったのか。英米諸国は学部の4年はリベラル・アーツで教養として様々なことを学び、ロースクールで3年間法律を学ぶだけであり、それは判例法の国であるからこそできる期間であると思われ、大陸法の国は法学部4年間みっちり法律を学ぶが、それは法典主義の国だから時間が多少長くともってあるものの、それでも6年はかけない。逆に大陸法のシステムを採用するわが国では判例法主義の国とは違い（とりわけ民法はそれが言える）、全くの法律の素人が3年で法律をマスターするのは難しく、未修者の合格率が低迷し、実質は隠れ既習として全体が法学部生がほとんどを占めることになり、本来のロースクール制度（多様な人材確保）の趣旨が揺らぐことになっている。

大改正であればあるほど、なぜ今大改正をする必要性があるのか、なぜ債権法だけなのか⁸¹⁾、改正の方向はどこを目標として、何を理念としているのかを、はっきり明確に、詰めて議論を尽くす必要があると思われる。ヨーロッパで現在、売買法あるいは債務法の改正が議論されてい

81) 同じ問題意識ではあるが、まとまりのある契約を中心とした債権法の現代化を考えてみようという説明がなされる。しかし、ヨーロッパとは事情が異なる点は残る（法制審議会議事録代1回会議20頁、山本教授発言）。

るが、それはヨーロッパ域内の市場統合の必要性が契機である。ドイツがその議論に先駆けて、債務法の改正を急いだのも、あまりに履行障碍法の国内法が世界的な潮流の内容と異なり、欠陥があると考えられていたこと、ないしはヨーロッパのモデル法となることを狙ったとも考えられる。

ツィーママン教授の上の見解に見る具体例からは、例えば解除制度ならば、西欧各国ではローマ法で認められていなかったことから、解除制度が未成熟な状態で法典化がなされ、その後の法典化に遮られることなしに発展し続ける英米法における制度・議論が参考に値し、共通する考え方の萌芽を黙示の条件に求めることができることがわかった。また相殺の例からは、異なった法源を参照することが理解の違いの原因であり、フランスの参照した法源はローマ法の注釈者を通して誤解されたことから、当然消滅の考え方も、それに合わせるためのドイツモデルの相殺の遡及効についても疑問があることがわかった。さらに不法行為は、理念自体がローマ法の時代から変わってしまう前に西欧各国が法典化し議論が独立してしまったために、各国独自に現代に合わせるため様々な方向で立法していることから、内容はバラバラになっていることがわかる。この様に、まず現在の議論の位置づけを「歴史的に」（「今までの全ての経過を踏まえて」）正確に捉えて、どの方向になぜ向かうべきなのかを、今度は世界の情勢を見極めつつ（比較法的に）、あるべき法を見極めるべきではないかと思われる。歴史的アプローチによって、相違点・類似点をどう説明できるのかを示すことができ、このことは現在の成り立ちを明らかにすることから、次のあるべき法の方向性をも見通させることも可能にする。現在の債務法改正の議論は既に非常に周到に尽くされていて、このことを詰めて議論するにはそれほど時間はかからないと思われる。日本には、帰国してからわかったが、ローマ法・法制史の研究の蓄積は驚くべきものがある。その協力を得れば、時間もかからないと思われる、内容・レベル的にもその蓄積は、他のアジアの国とは未だ格段の差があり、高いレベルの検討は、日本でしかできないことであるとも思われる⁸²⁾。

82) 木庭・前掲法(71)196頁も同趣旨と思われる。「全ての議論が、既存の『ローマ法学説』と底で結び付いている。下手をすれば、特定のローマ法学説により

あるべき法の選択をする際、ヨーロッパではできなかった視点を、アジアの国である日本であるからこそできるグローバルな視点から、考察することは可能であると思われる。ツィーママン教授の見解は、先に述べたようにヨーロッパのアイデンティティの回復を図ること、ヨーロッパの文化的アイデンティティの復興を願うことを目指しているが⁸³⁾、ローマ法の継受の意味はおそらくヨーロッパに止まらず、紀元前のローマ法がローマの自由市民の市場経済を前提にした優れた装置だと言うことができるならば、世界に普遍的な制度枠組みが発明され、それを改良しながら世界の法律が発展してきている部分もあると言うことができると思われる。今の日本は、その発展の経過を、社会の変化も考慮し、地域による違いも考慮に入れつつ、丁寧にかつ正確に描き出したうえで、世界にあるべき法の姿のモデルを、発信することができる可能性が大いにある。

これらのことができれば、世界に冠たる民法を世界に、アジアの国から発信できるのではないだろうか。

このように、日本民法を改正する場合、ローマ法を継受するヨーロッパの国々の法を19世紀に継受した遥か東方の国として、契約法の各制度が、これらヨーロッパの各国の法制度とどのような関係にあるのか、どのような位置づけになるのかを明らかにすること－横のつながり・地域的視点－、また、これによって日本の契約法と関係づけられたヨーロッパの法制度は、ヨーロッパの各国法自体が、過去において一つの法－ローマ法とユース・コムーネ－から分化してきたもの、あるいはユース・コムーネの各国版のリステイトメントであるならば、過去と脈々とつながったそれらの法との、それまで東方の法制度の経験しかなかった日本

別のそれを攻撃しているだけ、ということになりかねない」とする。さらに参照、コーイング・前掲(72)57頁。もし日本が真の意味でローマ法継受国として継受するのであれば、ドイツやフランスが法典化したときに、その当時の普遍法を過去の膨大なローマ法の蓄積を総合して検討した様に、独・仏法典を越えて法的事実に基づく源点に遡って検討すべきではないだろうか。それをしはじめて法の世界でヨーロッパの国に並ぶことができるようになると思われる。ローマ法を見ることで立法論・解釈論で悩んでいた問題が氷解する思いが、そもそもローマ法学者と実定法学者が別に議論していたこと自体がおかしいと思われる。

83) ツィーママン教授のリプライ、パネルディスカッション「比較法の新時代」・前掲注(4)355頁。

法とのつながりも、視野に入れた位置づけ及び関係づけ（正しい脈絡を得ること）－過去とのつながり・歴史的な視点－をする必要がある。この二つの位置づけがなされて初めて、これからの日本法の行方を見据え、そこからはじめてあるべき日本の契約法の姿が明らかになるのではないかと思われる。日本が比較法をするときにも、平面的な電話帳アプローチになっていないか注意しなければならない。すなわち、民法解釈学者、ドイツ法だけではなしにフランス法・イギリス法・アメリカ法学者等と、法制史⁸⁴⁾・法思想史・ローマ法学者が、議論を尽くして、横の広がり縦の広がりを正しく認識して初めて、あるべき契約法がみえてくるのではないかと思われる。少なくとも、現在ヨーロッパでなされている議論は、ヨーロッパの文化圏に限られてはいるが、このような認識を基礎に、法の調和と統一が語られている⁸⁵⁾。

明治民法制定から100年余りが経過した今の時点で、民法典を大改正するためには、あるべき法は何を基準にするのかを明らかにするのが、喫緊の課題ではないかと思われる。あるべき法とは、現在実際に運用されている判例法で、大改正の理由として判例法を制定法にすることだけではないように思われる。また、100年余り前にヨーロッパ法を継受した日本が、現在どのような実際の運用をし解釈をしているかを海外に示すことは、今の日本が選択した法制度が、本家本元のヨーロッパ法との関係でどのような位置づけにあり、何を目指しており、それとの関係でどのように正当化されるのかを示すことを前提とするべきではないかと思われる。それは、アジアの中で、さらには世界の中で、現在そのような法を世界に発信することにどのような意味があるのか、戦略的にも理念的にも意味のあるもの－ヨーロッパにもアジアにも通用する理念－にするのが、望ましいように思われる。既に中国の契約法がCISGの方向

84) 法史は、法を一般的・社会的発展、社会経済的発展の要素として強調すべきであり、また法に、社会科学的研究の一定の成果を取り入れるべきであるとされる（コーイング、前掲注（72）13頁）。

85) 「『将来あるべき法』の姿を探究する…求められるのはこうした法学であろう。進行中の民法改正はこうした研究を要請している」とする。もっともファイエの魅力的な契約社会の前提として、日本の法文化の独自性がまず検討されねばならない。バブル・震災後のこの時期の日本の経済・社会復興を先導する理念と戦略がぜひとも必要である。大村敦志『民法改正を考える』（2011年）190、165-7頁。

〈128〉 ラインハルト・ツィーママンにみる歴史比較法学（山田）

で制定された現在、日本が新しく民法典を改正する意味はどこにあるのか、をはっきり示せるようなものにすることが必要なのではないかと思われる。