慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	シビル・ローとコモン・ローの混交から融合へ： 法改革のためのグローバル・モデルは成立可能か(1)
Sub Title	From the mixture to the fusion of civil law and common law : a possibility of arranging a global model for the recent legal reforms (1)
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.179- 213
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0179

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

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

シビル・ローとコモン・ローの混交から融合へ

――法改革のためのグローバル・モデルは成立可能か――（1）

松　尾　　弘

1．はじめに
2．シビル・ローとコモン・ローの競合問題
⑴　国際的な法整備支援（協力）における問題
⑵　民法（債権法）改正をめぐる問題
⑶　小括（以上本号）
3．シビル・ローの伝統（以下次号）
4．コモン・ローの精神
5．シビル・ローとコモン・ローの融合可能性
6．おわりに

1．はじめに

世界各国に存在する多様な法体系（legal system）を特徴づける主要な形態として知られているシビル・ロー（Civil Law）とコモン・ロー（Common Law）は、一つの国家の法秩序の形成をめぐり、いわゆる開発途上国に対する国際的な法整備支援（legal assistance）においても、また、いわゆる先進国における法改革においても、様々な局面で競合および混合の度を深めている[1)]。本稿は、このようなシビル・ローとコモン・ローの混交現象に着目し、それらがどのような問題をめぐって生じているか、シビル・ローとコモン・ローのそれぞれの本質は何か、それらが各国の国内法の制定や改正を通じて融合の度合いを深め、調和することにより、各国の国内法が理論的・実践的な洗練度をより高めるこ

とが可能かどうか、そして、そうしたプロセスが、将来の方向性として、各国の法体系の収斂とグローバル・モデルの形成の方向に進んでいるのか、あるいは反対に、異なる法体系へのさらなる分散へと向かっているのかについて、考察を試みるものである。それを通じて、国内外で急速に進行している法改革のために、何らかの有用なモデル――それは仮に可能であっても、けっして静態的なモデルではなく、法形成のあり方に関するプロセスを含む動態的なモデルであるに違いない――の成立可能性について検討することを目的にしている。

本稿においてシビル・ローおよびコモン・ローというときは、いわゆる「法系」（legal systems, systems juridiques, legal families, Rechtskreise）としてのそれを指している[2)]。すなわち、シビル・ローは、ローマ法を継受し、近代自然法論の影響を受け、法典編纂を通じて発展してきた法体系であり、フランス法、ドイツ法、およびこれらの法を継受した諸国[3)] の法体系を特徴づけるものである。それは、大陸法（Continental Law）と呼ばれることもある[4)]。

他方、コモン・ローは、イギリスにおける判例法の蓄積を中心に形成されてきた独自の法体系であり、イギリス法、アメリカ法、およびこれらの法を継受した諸国[5)] の法体系を特徴づけるものである。それは、英米法（Anglo-American Law）と呼ばれることもある。

もっとも、シビル・ローであれ、コモン・ローであれ、それぞれが一つの主権国家の法体系全体と合致するものでは必ずしもないし、一つの完結し、かつ矛盾のないルール体系でもない。そもそも、それぞれに確定した定義すらある

1）東西冷戦構造の崩壊、その副作用としての政府の弱体化・崩壊に伴い、東欧の体制移行国、旧ソビエト構成国、その他の開発途上国において、1990年代初頭以降本格化した法整備支援をめぐり、アメリカ、イギリスをはじめとするコモン・ロー系のドナーと、ドイツをはじめとするシビル・ロー系のドナーとの間で生じた「助言戦争」、「制度間競争」に関しては、松尾弘『良い統治と法の支配――開発法学の挑戦』（日本評論社、2009）39-43頁参照。また、近年の法改革におけるシビル・ロー的要素とコモン・ロー的要素の混交については、ハーグ動産売買統一法（1964年）、ウィーン売買条約（CISG、1980年）、中国契約法（1999年）、ドイツ債務法現代化法（2001年）、国際商事契約原則（PICC、1994年）、ヨーロッパ契約法原則（PECL、2002年完成）、ヨーロッパ私法のための共通参照枠（DCFR、2009年）などを題材に分析する、五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房、2010）305-349頁参照。

わけではない。加えて、シビル・ローもコモン・ローもそれぞれが無関係・無交渉に独自に発展してきたわけではなく、相互に複雑かつ多様な影響を与え合

---

2)「法系の観念」の有用性については、五十嵐清「大陸法と英米法」法学セミナー 87号（1963）２頁を見よ。法系論の展開については、五十嵐・前掲（注 1)）184-304頁にきわめて明快かつ詳細な分析がある。本稿が法系の概念を重視する理由は、法もまたそれを包み込む制度の一部として、各国における伝統的な法秩序を基盤に、その内発的発展と外部からの法継受によって歴史的に形成され、その改革もそうした経緯を基盤（足場）にすることから逃れえない経路依存性（path dependence）をもつことが、法系の概念に反映しているからにほかならない。制度変化の経路依存性に関しては、松尾･前掲（注 1)）200-201頁参照。

なお、このコンテクストにおいては、「法系」の概念と、「法伝統」（legal tradition)、「法的起源」（legal origin)、「法文化」（legal culture）の各概念との関係も問題になる。①「法伝統」の概念は法系とほとんど同義に用いられることもあるが、「法系」を静態的な法システムの分類と捉える一方、これと対照的に安定と変化を継続的に繰り返すひとまとまりの法システムの動態を表すためにあえて「法伝統」の概念を用いる場合もある。しかし、既定の定義があるわけではなく、「法系」の概念にも法システムの歴史的動態の要素が含まれていると解釈することも可能であろう（むしろ、日本語の法「系」はそのようなニュアンスを含んでいるように思われる)。「法的起源」は各々の法システムの歴史的発展経緯、それに基づく法源、法律家による法の解釈・運用方法、法概念の特色などを意味し、はそうした歴史的動態の要素を含む「法系」ないし「法伝統」と実質的に同義に用いられていると解される。また、「法文化」は「法伝統」と同義に用いられるほか、「法伝統」（ないし「法系」･「法的起源」）の相違の結果として、その中に見出される、よりミクロな特定の制度内容の特徴を指摘する際に用いられることもある（例えば、法意識、訴訟観、法解釈方法、婚姻形態、共同所有形態、契約観についての「法文化」など)。「法系」･「法伝統」･「法文化」の関係については、五十嵐清「法伝統（legal tradition）とはなにか」太田知行＝荒川重勝＝生熊長幸編『民事法学への挑戦と新たな構築　鈴木禄弥先生追討論集』（創文社、2008）67-97頁参照。また、法文化については、木下毅『比較法文化論』（有斐閣、1999）20-52頁（法系論を含む)、竹下賢＝角田猛之編著『マルチ･リーガル･カルチャー（改訂版)』（晃洋書房、2002）262-283頁（竹下賢、角田猛之）参照。

3）例えば、フランス法の影響を強く受けたベルギー、オランダ、ルクセンブルク、イタリア、スペイン、ポルトガル、ブラジル、アルゼンチンなどの中南米諸国、アメリカ・ルイジアナ州、カナダ･ケベック州、ドイツ法の影響の強いスイス、オーストリア、ギリシャ、日本、タイ、中国、韓国、台湾などがある。

4）五十嵐・前掲（注 1)）208頁は、英米諸国でいうCivil Lawを「大陸法」、Common Lawを「英米法」と表現する。

5）例えば、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、インド、ミャンマーなどがある。

いながら、密接な関係をもって発達してきた経緯がある。また、世界には、それらのほかにも、スカンディナヴィア諸国の法系、イスラム法、ヒンドゥー法、その他歴史的に形成された独自の規範の影響を受けた法系も存在しており、シビル・ローとコモン・ローが世界のすべての法系をカバーしているのでもない。さらに、同じくシビル・ローの中でも、フランス法とドイツ法の相違をはじめ、多様な形態が存在するし、同様にコモン・ローの中でも、イングランド法とスコットランド法、イギリス法とアメリカ法、オーストラリア法等々で、少なからぬ相違が存在する。その中には、シビル・ローとコモン・ローのそれぞれの特徴を相当程度に併存ないし融合させている形態も見出される[6)]。

しかし、これらの事情を考慮に入れてもなお、シビル・ローとコモン・ローの間には、両者の相違を特徴づける諸要因が存在することも事実である。そうした識別基準として、一般的に認められ、あるいは主張されてきたものとして、以下の点が挙げられる[7)]。

第一に、法形成の方法の歴史的相違である。そこでは、ローマ法からの影響の内容と程度が重要である。シビル・ローは5世紀以降、12世紀以降、18世紀以降といわゆるローマ法の継受を通じ、ローマ法からの影響を強く受け、大学での研究・教育を通じて分析・体系化されたのに対し、コモン・ローはイギリス11世紀のノルマン王朝以降、イギリスの国王裁判所の裁判の蓄積を通じた慣習法の統一により、13世紀には成立し、法曹学院（Inns of Court）の法曹養成を通じて継承された。

第二に、こうした法形成の歴史に規定されて、法的思考方法にも特徴的な相違が見出される。シビル・ローは、その素材として重要なユスティニアヌス法典の中心部分を占める学説彙纂（Digesta）が学説集であることから大きな影響

6）例えば、スコットランド、南アフリカ、ネパールなどが挙げられよう。また、アメリカ・ルイジアナ州、カナダ・ケベック州の法体系も、むしろ混合法系と捉えることもできる。五十嵐・前掲（注１）211-212頁。

7）以下は主として、五十嵐・前掲（注１）212-223頁、同・前掲（注２）1963・3-7頁による。

を受けている。すなわち、法学説は、具体的な個別規範から、抽象化によって規範の一般化と体系化を行い、欠缺と矛盾のない抽象的な規範の体系として法を捉える。裁判官の法適用は、こうして抽象化された規範を大前提として、個々の事実（小前提）に当てはめ、結論を導き出す演繹的な包摂作業、いわゆる論理的な三段論法として捉えられる。法が存在しないときは、既存の法の解釈によって補完される。これに対し、コモン・ローは、具体的事件の裁判の蓄積により、類似事件の諸先例の判決理由（ratio decidendi）から見出される個々の諸原則（principle）こそが法規範であり、個々の法概念と法規範が統一化されずに併存する傾向にある。裁判では、例えば、個々の契約が法律行為の概念に抽象化され、包摂される必要性に乏しい。そうした個別規範は裁判官によって発見されるべきものであり、法が存在しないときは、裁判官によって創造される。

第三に、こうした法的思考方法の相違が反映する形で、独特な制度が形づくられている。例えば、シビル・ローでは、所有権概念が統一化され、権利の体系が構築され、物権と債権の区別、実体法と手続法の分離が進んでいる。これに対し、コモン・ローでは多様な所有権概念（とくに不動産に関する封建制的な不完全所有権の概念）や不法行為の類型、訴権的な救済方法が併存している結果、手続法からの実体法の分離が完全ではなく、物権と債権の区別も明確でない。しかし、それゆえにこそ、そのことと表裏一体的に、実際の必要性を反映した柔軟な制度構成も可能となる。そのような制度として、物権・債権の厳格な区別から解放された信託、相続の際の人格代表者、チャリティー、捺印証書契約以外の契約に求められる約因、錯誤と詐欺の中間の制度に当たる不実表示、契約は守られなければならないとの契約絶対の原則を緩和するためのフラストレーションの法理、財産・身体侵害、名誉毀損、生活妨害などの個々の不法行為類型など、独自の制度も発達した。

第四に、法源として、シビル・ローでは議会制定法が典型的で中心的な「法」と捉えられ、判例（法）はそれを補完するものと位置づけられる。これに対し、コモン・ローでは判例の集積における判決理由の中から見出される個々の諸原則（principles）から形成される判例法こそが中心的な「法」であり、制定法は

それを補完するものと捉えられる。

第五に、イデオロギーの相違も指摘される。もっとも、シビル・ローとコモン・ローは、キリスト教的倫理、自由主義ない資本主義、民主主義、個人主義のイデオロギーを同じくするとの見方がある一方で、シビル・ローに見出される社会経済的な規制を伴う資本主義と、自由な市場原理を強調する（とくにアメリカの）資本主義とはイデオロギーが異なるとの指摘もある[8)]。

こうして、究極的には法形成の歴史に遡るこれらの相違が、法観念、規範意識、遵法意識の構造、法の運用や適用の実践など、「法」とは何かをめぐる理論と実務に対して大きな影響を与え続けていることも、否定できない事実である。シビル・ローとコモン・ローの比較や架橋可能性をめぐる議論が、比較法学者や実定法学者の関心を惹きつけ続けてきたことには、十分な理由があるというべきであろう[9)]。

そして、東西冷戦構造が崩壊し、社会主義諸国や開発途上国における市場化および民主化のための法制度改革が本格化した1990年代以降、それらの背景要因の一つとして今や無視できないグローバル化の進展・深化に伴い、シビル・ローとコモン・ローとの競合問題が再び深刻になっている。本稿では、まずこの点に着目し、シビル・ローとコモン・ローとの特色や相違を今日改めて分析することの実際上の意義を確認したうえで（以下２）、ローマ法の継受を中心的特色とするシビル・ローの伝統（以下３）、それに対し、独自の法系を成立させた背景にあるコモン・ローの精神（以下４）、両者間の相違と相互交渉の増大を踏まえつつ、両者間の混交から融合への動きを分析し、その可能性やそのための前提条件について、考察を進めることにする（以下５）。

8）後掲（注31））参照。

9）例えば、ヨーロッパ連合（EU）における加盟国間の法統一を促進するプロセスでは、シビル・ローとコモン・ローとのギャップの問題は共通ルールの決定や解釈をめぐり、現実味を帯びる。

2．シビル・ローとコモン・ローの競合問題

⑴　国際的な法整備支援（協力）における問題

1990年代以降に本格化した東西冷戦構造の崩壊、（旧）社会主義諸国や開発途上国における市場化や民主化の進展、それらを衝き動かす経済や政治のグローバル化、それらを背景にして先進国を含む世界各国で進む法および司法制度の改革の中で、シビル・ローとコモン・ローとの競合が大小様々な問題をめぐって頻繁に生じている。その中から、以下では、国際的な法整備支援（協力）の実践における議論、および日本国内の民法（債権法）改正をめぐる議論から、問題点を取り上げる。

東欧諸国、旧ソビエト連邦構成国などの（旧）社会主義国の法改革、とりわけ市場化のための私法改革をめぐり、ドイツを中心とするシビル・ロー諸国とアメリカを中心とするコモン・ロー諸国がいわゆる法整備支援競争を展開してきた。そうした状況の中で、開発途上国における発展を促すための法改革のモデルとして、コモン・ローの優位性を主張する議論が現れ、論争を呼んでいる。

豊かな国と貧しい国の相違をもたらす原因、そして、開発・発展（development）を左右する要因として、各国における制度（institution）の内容の相違に着目する制度理論の影響を受け、既存の（非効率的な）制度の内容を、人々のより効率的な活動を促す内容のものへと、法改革を通じて変更するために、政府の役割が重視されている。しかし、法改革を通じて政府がどのように市場に介入すべきか、その方法や程度をめぐり、1990年代末から激しい議論が展開されて今日に至っている。その論争におけるいわば「台風の眼」となったのが、経済発展と法的起源（legal origin）ないし法的伝統（legal tradition）との関係に着目するラファエル・ラ・ポルタらのグループ――ハーバード大学のRafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer、およびシカゴ大学のRobert Vishny（所属先は、当初の論文発表当時。いずれも全米経済研究所（National Bureau of Economic Research）の研究員でもあった）の頭文字をとり、LLSVと呼ばれる――による一連の研究である[10)]。

ラ・ポルタらは、「外部金融の法的決定要因」（1997年）において、(a)法制度の中でも、各国の会社法・商法における投資家保護制度に焦点を絞り、①その法規制の内容と②法執行の質に着目し、(b)経済的諸指標との関係を49か国について分析した[11)]。その結果、(a)の法制度要素のうち、投資家（株主、債権者）の保護が弱くなると、(b)の経済的指標のうち、資本市場[12)]（株式市場、社債市場）が縮小する関係にあるとの結論を提示した。その際、この帰結を法的伝統の相

10）Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, and Robert Vishny, "Legal Determinants of External Finance," *Journal of Finance*, Vol. 52, 1997, pp. 1131-1150; id., "Law and Finance," *Journal of Political Economy*, Vol. 106, 1998, pp. 1113-1155; id., "The Quality of Government," *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 15, 1999, pp. 222-279; id., "Investor Protection and Corporate Valuation," *Journal of Finance*, Vol. 57, 2002, pp. 1147-1170; Andrei Shleifer, "The New Comparative Economics," National Bureau of Economic Research（NBER）Research Summary, *NBER Reporter*, Fall 2002; Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer, "The Economic Consequences of Legal Origins," *Journal of Economic Literature*, Vol. 46, 2008 pp. 285-332. 以下、引用は、著者名と出版年による。

LLSVの研究については、五十嵐・前掲（注1））298-302頁が「法系論」の観点から分析を加えていることが注目される。なお、松尾・前掲（注1））42頁も参照。さらに、五十嵐清「比較法と経済学――『法的起源説』（Legal Origin thesis）を中心に(1)」札幌法学22巻1号（2010）145-169頁が、La Porta et al., ibid., 1998 を中心に詳細な分析を行っている（本稿執筆時に参照しえず、校正時に五十嵐教授のご配慮により、接することができた。記して謝意を表し、なお未消化の部分が残ることをお許し願う次第である）。

11）分析対象とされた49カ国は、(i)イギリス法起源として、オーストラリア、カナダ、香港、インド、アイルランド、イスラエル、ケニア、マレーシア、ニュージーランド、ナイジェリア、パキスタン、シンガポール、南アフリカ、スリランカ、タイ、イギリス、アメリカ、ジンバブエ、(ii−1）フランス型のシビル・ロー起源として、アルゼンチン、ベルギー、ブラジル、チリ、コロンビア、エクアドル、エジプト、フランス、ギリシャ、インドネシア、イタリア、ヨルダン、メキシコ、オランダ、ペルー、フィリピン、ポルトガル、スペイン、トルコ、ウルグアイ、ベネズエラ、(ii−2）ドイツ型のシビル・ロー起源として、オーストリア、ドイツ、日本、韓国、スイス、台湾、(iii)スカンジナビア法起源として、デンマーク、フィンランド、ノルウェー、スウェーデンである。

12）資本市場の発達度を示す指標として、株式市場の規模、上場企業の数、株式の新規公開、株式保有の分散化が採用されている。

違と結びつけ、コモン・ロー諸国に比べ、シビル・ロー諸国、とりわけ、フランス法型のシビル・ロー諸国において、投資家の保護が最も弱く、かつ資本市場の発達が最も遅れていると結論づけた。例えば、各国の人口100万人当たりの平均上場会社数（1994年）は、コモン・ロー諸国で35、フランス型シビル・ロー諸国で10、ドイツ型のシビル・ロー諸国で17、スカンジナビア法諸国で27、同じく新規公開株の比率（1995年７月～1996年６月）は、コモン・ロー諸国で2.2、フランス型シビル・ロー諸国で0.2、ドイツ型シビル・ロー諸国で1.2、スカンジナビア法諸国で2.1など、顕著な差があることを指摘した[13)]。では、そのような差異はなぜ生じるのであろうか。ラ・ポルタらは、その理由の解明へと次第に関心を深めているようにみえる。

ラ・ポルタらは「法と金融」（1998年）において、投資家保護のための法制度の内容および法執行の程度と法的起源との関係を引き続き分析し、投資家保護の弱さは株式・社債市場を縮小させ、経済成長を阻害するとの前記の帰結を再確認する。その際、ラ・ポルタらが分析対象としたのは、会社法および倒産法であり、株主保護の制度としては、とくに株主権（shareholder rights）の内容（議決権の郵送の可否、総会前における株券売買の阻止の有無、取締役選任のための累積投票の可否、少数株主の利益保護手段、新株引受権の有無、臨時株主総会招集権の要件）に着目する。また、債権者保護の制度としては、とくに会社更生手続における先順位担保権をもつ債権者の権利（creditor rights）の保護内容（更生手続の開始による担保権実行等の自動停止効､担保権付債権者の優先弁済権、経営者による更生手続の申請に対する債権者の同意の要否、更生手続における経営者の去就ないし解任可能性、会社資本に対する法定準備金の割合）に着目し、指標化する。その結果、コモン・ロー諸国は株主に対する最善の法的保護を与え、債権者に対しても経営者との関係でより強い保護を与えている（ただし、アメリカは、債権者に対する経営者の権限を最も強く保護する）ことから、法的起源ないし法系によって有意な差があるとみる。また、法執行については、司法制度

13）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1997, pp. 1137-1138.

の効率性、法の支配指標、汚職の度合、政府による財産没収のリスク、政府による契約破棄の可能性、会計基準の質に着目するが、スカンジナビア諸国の優位が確認される。さらに、投資家の権利の法的保護が弱い国では、投資家にとって資本を多様な企業に分散して投資するメリットがなく、とりわけ少数の大株主に大規模な公開会社に投資を集中させるインセンティブが働く結果、多数の小口の投資家の投資を誘発させるインセンティブに欠け、そのことが資本市場の発達を妨げ、経済成長を阻害していることを示唆する。そして、実際にフランス型のシビル・ロー諸国では、大規模公開会社への資本の集中度が最も高いことを検証する[14)]。

こうして、法システムと経済発展との間に――単純ではないが――確実な因果関係があるとみたラ・ポルタらは、その原因の一端を政府の役割、とりわけ政府の機能の質の高さにも求めている。すなわち、「政府の質」（1999年）において、ラ・ポルタらは、「良い経済制度」（good economic institutions）[15)]、とりわけ、経済成長を促す道具としての公共部門に着目し、①権限行使の適切な制限を受けた（つまり、過度に干渉しない）政府、②良心的で腐敗していない官僚、③財産権を保護し、契約を執行する法システム、④適切な課税と規制といった諸属性を備え、開発をリードする能力を備えた「良い政府」（good government）を構築することが、開発プロセスに不可欠なものとして重視する。なぜなら、それが過去1000年以上にわたるヨーロッパ諸国の経済発展、過去40年以上に及ぶ経済成長を果たした諸国の成果、社会主義から資本主義への転換の成功を、それぞれもたらす原因になったとみる研究成果が存在するからである[16)]。

そうした政府の質[17)] を決定づけるものとしては、経済的・政治的・文化的

14）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1998, pp. 1145-1152. なお、五十嵐・前掲（注10））147-166頁参照。

15）「良い」（good）ということの意味は、①経済発展を促すこと、②人々の間の不平等をより小さくすること、③同じく多様性を承認すること、④伝統を維持することなどを含め、広義でも用いられる。しかし、ラ・ポルタらは狭義に、①の意味で用いている。La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 223.

16）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 222.

な様々な要因が考えられるが、それらに共通して重視されているのは、政府による財産権の制度的保障の実質である。そこには、政府による恣意的な財産権の剝奪や制限の欠如、必要最小限の課税、質の高い官僚、重要な公共財の適切な供給、効果的な財政支出、それらについての民主的な意思決定などが含まれている[18)]。そして、ここでもラ・ポルタらは、コモン・ロー諸国とシビル・ロー諸国との間には「良い政府」の度合においても大きな相違があり、シビル・ローに属する諸国よりも、コモン・ローを採用する諸国の方が、政府のパフォーマンスが高いという仮説を提示する。その理由としてラ・ポルタらは、とりわけ政府による所有権の保護に着目する。すなわち、――

「コモン・ローは、イギリスにおいて一定程度は、主権者が財産の所有者らに規制を加えて彼らから財産を剝奪しようとする試みに対し、議会と財産所有者らがそれを防衛する手段として発達した。これと対照的に、シビル・ローは、むしろ主権者が国家を構築し、経済生活をコントロールするために用いる道具として発達した。」[19)]

ここでラ・ポルタらは、法制度を財産所有者に対する国家の権限の強さの指標として捉え、かつそうした法制度を「政府のパフォーマンスの潜在的な決定要因」とみている。そして、財産所有に対してより強度の規制を行う、「より介入主義的な法制度」の使用は、政府のパフォーマンスが劣ることを予測させるとし、そうした法制度の例として、とくに社会主義法とフランスのシビル・ローを挙げる。ラ・ポルタらは、「平均すれば、介入主義の強化は〔政府の〕効率性の低下を伴うものである。なぜなら、公務員により強い規制権限と課税権限を委ねることは、腐敗とお役所仕事による遅延を招くからである」。もっとも、これはあくまでも平均的傾向で、政府の介入の強化によって経済活動を効率化させた例も指摘されており、「介入主義と効率性は、部分的には、政府の

17）具体的には、①政府の介入度、②公共部門の効率性、③公共財の質、④政府の規模、⑤政治的自由の指標によって測られている。La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, pp. 234-237.

18）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 223.

19）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 224.

パフォーマンスの別個の側面である」ことも認めている。しかし、政府の介入主義と法システムとの関係については、財産所有に対する介入度が強い順に、社会主義法――「国家による経済の究極的なコントロールの表現」とする――[20]、フランスのシビル・ロー、ドイツのシビル・ロー、スカンディナヴィア法、コモン・ローを挙げ、このような視角の中で、シビル・ローとコモン・ローを捉えていることに注意を要する[21]。はたして財産所有に対する規制について、シビル・ローとコモン・ローはこのような大きな差異を生じる傾向を内在的にもつのであろうか。それが真実であるとすれば、それはなぜであろうか。

ラ・ポルタらは、そうした相違が生じた理由をシビル・ローとコモン・ローの形成の歴史的経緯に見出そうとしているようにみえる。すなわち、「シビル・ローは、西欧においては、主権者によるその臣民に対する制約されたコントロールの一部として発達した。政府の効率性は介入とは別物であるという指摘と首尾一貫して、プロシアなどいくつかのヨーロッパ諸国は、比較的効率的な官僚制をどうにか創設したのに対し、イタリアおよびフランスなどの他の諸国は、『世襲的』官僚制を創設し、その権限は主権者の利益のためというよりも、官吏の個人的利益を追求するために用いられた」。これに対し、コモン・ローの場合は、「最終的に、ヨーロッパの絶対主義とは対照的に、イギリス政府は王権に対する貴族階級の勝利によって形づくられ、より制限された政府、より強い政治的自由、そして、より効率的な官僚制へと帰結した。コモン・ローは、部分的には、王権からその臣民を保護するためのメカニズムとして発達した。驚くべきことかも知れないが、被治者の同意は、イギリス議会がフランス国王がかつてなしえたよりも相当に高い税収を軍事支出のために調達することを可能にしたのである……。イギリス政府は、さほど介入主義者的ではなかったに

20）ラ・ポルタらは、「社会主義法は、人民の経済的利益や自由を保護することにそれほど多くの関心を払うことなしに、国家の権限を維持し、資源を抽出するための諸制度を創造するという国家の意図の明確な表明である」とすら表現している。La Porta et al., op. cit. (n. 10), 1999, p. 231.

21）La Porta et al., op. cit. (n. 10), 1999, pp. 224-226.

もかかわらず、相当大きな政府であった」とみられている[22)]。

こうした政府ないし国家および法制度の歴史的形成過程の相違の結果、シビル・ローとコモン・ローとの間には、大きな傾向の相違が生み出されることになった。すなわち、「シビル・ロー、とりわけ、19世紀における法典編纂の時代以降のそれは、社会主義法よりはずっと制約された方法によるものではあったにせよ、主として国家がその権限を拡張するための道具であった……。世界の主要な法典が、19世紀における二人の偉大な国家建設者、ナポレオンとビスマルクによって導入されたことは、驚くに値しない。シビル・ローは、主として立法によって創造され、国家に対して個人を保護する正当な手続（a just procedure）に従うというよりも、紛争に対する（しばしば国家の観点からの）正当な解決（a just solution）を発見することに注目している……」。そして、こうした国づくりの道具としての歴史的出自のゆえに、シビル・ローは公務員の権限行使に対する抑制ルールとしての公法の領域に弱点をもっているとされる[23)]。

これに対し、17世紀以降のイギリスのコモン・ローの伝統は、議会および貴族階級により、王権を制約することによって形づくられてきた点で、シビル・ローとはまったく異なる形成プロセスをとることになった。それは、「主権者の権限を比較的広範に制限するという意図」に反映されている。その結果、コモン・ローを形づくってきた裁判官たちは、「諸個人の私権、とりわけ、彼らの財産権」の保護を強調してきた。その結果、政府に対する個人の保護、そのための政府の権限行使の制約が重視されることになった。それにより、「コモン・ローの伝統は、国家を強化するというよりも、それを制限する意図を表わす委任状と捉えることができる」と特徴づけられている[24)]。

22）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 228. さらに、イギリスのコモン・ローとフランスのシビル・ローの相違を刻印した歴史的条件の相違に関しては、Edward L. Glaeser and Andrei Shleifer, “Legal Origins,” *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 117, 2002, pp. 1193-1229も参照。

23）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 231.

24）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 232.

こうして、ラ・ポルタらは、つぎのような仮説を提示する。すなわち、――「われわれは、政府の効率性は、社会主義法を採用する諸国において最も低いと予測する。その理由は、部分的には、国家の極端に強い権限が官僚制を腐敗させるからである。われわれはまた、コモン・ロー、スカンディナヴィア法、およびドイツのシビル・ローを採用する諸国において、後二者のグループにおける法の介入主義者的なスタンスにもかかわらず、政府の効率性が高いであろうとも予測する。その理由は、主として、これらの諸国が、貴族や聖職者よりも軍隊や職業的公務員により、世襲的官僚制よりも職業的官僚制をどうにか構築してきたからである……。われわれは、フランスのシビル・ローを採用する諸国は政府の効率性においては中間的であると予測する。なぜなら、〔そこでは〕官僚制が強力であり、多くの場合に無制約なものとして構築されたからである」[25]。

ラ・ポルタらは、この仮説を最大152か国のデータによって検証を試みている[26]。そして、採用された法系以外の経済的・政治的・文化的な要因も考慮に加えて分析した結果、政府の効率性を規定する要因に関し、つぎのような帰結を提示した。すなわち、①富める国は貧しい国よりも良い政府をもっている。②民族言語学的に同質的な国は同じく異質的な国よりも良い政府をもっている。③コモン・ロー諸国はフランス型シビル・ロー諸国および社会主義法諸国よりも良い政府をもっている。④プロテスタントが主流派を占める国はカトリックまたはムスリムが主流派を占める国よりも良い政府をもっている。⑤より高い税金を徴収する、より大きな政府は、より良いパフォーマンスを示している。こうして、貧困で、民族言語学的に異なる民族から構成され、フランス型のシビル・ローもしくは社会主義法を用い、カトリック教徒もしくはイスラム教徒の比率が高く、より少ない税金しか徴収しない諸国は、政府のパフォーマンスが劣る傾向を示しているとの結論を導いている[27]。

このうち、③の法的起源の相違による政府の効率性の差異に関しては、起業

25）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 232.

26）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, pp. 234-265.

27）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, pp. 222, 265-266.

に対する参入規制（企業家が法的に営業できるようになるまでに要する手続の回数、事務的・時間的経費など）はコモン・ロー諸国よりもシビル・ロー諸国の方が強く、スカンディナヴィア法諸国は前者と同程度であること、家賃滞納者に対する立退請求および不渡小切手に対する責任追及のための司法手続における形式要求の程度がコモン・ロー諸国に比べてシビル・ロー諸国の方が厳格であるとの分析結果も提示されている[28)]。こうした新規参入規制の強さや司法手続における形式の厳格さも、政府の介入による効率性ないしパフォーマンスの低さの例証とみられている。

こうしてラ・ポルタらは、政府のパフォーマンスを通じて経済パフォーマンスを規定する重要な要因として、法的起源（legal origin）ないし法的伝統（legal tradition）の相違に注目しており[29)]、その観点からシビル・ローとコモン・ローの相違に焦点が当てられている。とりわけ、両者の相違が財産権（property rights）の自由の保護の仕方にあることが重視されている。それは開発プロセスにおける（外国投資家を含む）投資家保護、およびそれによる金融の確保という側面にかなり配慮した見方であるようにも思われる。こうした研究手法および研究結果は、（外部からの）投資・金融と経済成長との関係に光を当てるとともに、コモン・ロー――アングロ・サクソン法モデル――が経済成長を促すグローバル・スタンダードであるべきであるという考え方に対し、理論的・実証的根拠を与えるものと受け取られた点で、経済学界を中心に、少なからぬ影響を与えた[30)]。

こうしたラ・ポルタらによる一連の分析手法、分析結果およびそれらに基づく政策的インプリケーションに対しては、疑問や反論も提起されている。第一

28）Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes and Andrei Shleifer, “The Regulation of Entry,” *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 117, 2002, pp. 1-37; id., “Courts: The Lex Mundi Project,” *NBER Working Paper*, No. 8890.

29）その背景には、各国の経済発展度の相違を生じさせた理由として、「明らかに最も重要なのは、政治的歴史である」との認識がある。La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1999, p. 266.

30）鶴光太郎「法制度と経済システム：『内生的法理論』によるアプローチ」独立行政法人・経済産業研究所 Economic Review 12号（2003）3頁。

に、仮にラ・ポルタらが主張するようにコモン・ローの方がシビル・ローよりも財産権や経済活動の自由に対する規制に抑制的で、介入主義者的でない傾向をもつとみることが正しいとしても、そうしたアメリカ的な自由市場経済に適合的な法体系は、例えば、アジア諸国に見出されるように、伝統的に個人と不可分の関係に立つ集団の優位性に価値を認め、社会的な結合や調和を積極的に評価し、市場、その他の私人間関係への政府の介入を許容ないし期待する土壌をもつ国家には、必ずしも適合しないのではないかとの疑問もある[31)]。

第二に、政府のパフォーマンス（およびそれを介した経済パフォーマンス）を規定するのは、ラ・ポルタらが着目した法的起源の相違そのものよりは、それを継受した国家の国内事情や慣習法を含む既存の法制度、その結果としての法継受のプロセスが大きく作用するとの見方もある。とりわけ、受容国において、既存の（法）制度が存在するものの、継受法への適応（adaptation）がなおも可能な場合や、継受法の内容と実質的に親和性（familiarity）の高い制度が存在している場合は、継受法が受容国に浸透し、実際に執行され、政府のパフォーマンスを高める方向に作用しうる。反対に、そうした法の継受と適応のための前提基盤を欠く国家では、形式的な法継受はかえって政府のパフォーマンスを低め、発展を阻害するであろう。実際、このような観点から、法の執行の効率性は、法（体）系の起源よりも、受容国の適応可能性による移植効果（transplant effect）の方により大きく影響されるとの帰結も示されている[32)]。また、継受法の受容国における変化は、その母法国における当該法制度の変化に比べ、国

31）Günther Doeker-Mach, “Globalization and the Role of Law in Asia: A General Overview,” 横浜国際開発研究３巻２号（1998）117頁。コモン・ローは、とりわけ、証券市場規制、独占禁止法、製造物責任法、知的財産法などの分野で、自由市場経済を形づくる制度的基盤として、アジア諸国の法形成に影響を与えてきたとされる。これに対し、「シビル・ロー・システムにおいては、能力ある行政機関と官僚たちによって管理された市場志向の法と政策の社会的次元（the social dimensions）が、……自然状態としてのいわゆる自由市場のイデオロギーに対するフィルターとして役立つ」とされる。その結果、「シビル・ローとコモン・ローの諸概念と諸原理の衝突」が生じており、それがアジア、その他の地域で悲惨な結果を生み出していると警告されている（同前114頁、117-118頁）。

内事情の変化への適応度が概して低い傾向にあること――例えば、経済・社会状況が変化しているにもかかわらず、それに対して法制度が長期にわたって反応しない例、法制度が変化する場合も、国内事情の変化に対応したというよりは、母法国を含む諸外国における法改革の進展など、外部からの変化のプレッシャーに合わせて変化する例が比較的多いことなど――も示されている[33)]。こうした例証は、そもそも法制度というものは、それを当該国家において起草・立法権限を付与された国民の手で実際に起草し、議論し、立法化し、施行後の状況をみて改正を繰り返すことによって初めて「その国のもの」となる――いわゆるオーナーシップを原始取得する――ことを示唆しているといえよう。

このような見方を進めると、そもそも法制度というものは各々の国家に対して外生的に付与される条件ではなく、当該国家における既存の（法）制度を出発点にして、起草者・立法者がその知覚――そこには特定の政策的理念が作用しうる――に従って形式的な制度を改革し、それに対して一般国民の行動を現実に規定する非形式的な制度の適応が偶々起こった場合の結果にすぎないとする見方も出てくる。もっとも、その場合でも、法改革者の理念は外部から――例えば、法改革モデルとして――付与される余地があるように思われる。

しかし、さらに進んで、法制度を――「ゲームのルール」と捉える新制度派経済学（New Institutional Economics）に特徴的な見方を超えて、むしろ――「ゲームの結果」とみる比較制度分析（Comparative Institutional Analysis）の見方も提示されている。それに従い、法制度が経済システムの中で「内生的」（endogenous）なものとして形成されるとみる見解もある[34)]。

32）Daniel Berkowitz, Katharina Pistor and Jean-Francois Richard, “Economic development, legality, and the transplant effect,” *European Economic Review*, Vol. 47, 2003, pp. 165-195.

33）Katharina Pistor, Yoram Keinan, Jan Kleinheisterkamp and Mark D. West, “Evolution of Corporate Law and the Transplant Effect: Lessons from Six Countries,” *World Bank Research Observer*, Vol. 18, 2003, pp. 89-112.

34）鶴・前掲（注30））8-10頁。そこでは、法制度は経済システムの中の内生変数として捉えられることになる。

たしかに、人々の間で、当初は法制度によらずに、慣習的で自発的な自己拘束的な行動によって成立していた均衡が、経済･社会事情の変化によって崩れ、その後に新たな相互作用の結果として成立した均衡を安定化させるために、新たな立法が行われ、それに基づく執行が伴うことは、しばしばみられる法形成パターンの一つである[35)]。しかし、法形成パターンがそれに限定されるとはけっしていい切れないように思われる。むしろ、まったく外生的に、法制度そのものが、あるいはその基本原則や理念のような抽象的な原理の形で、付与され、それに基づいて立法が行われるパターンもありうるし、必要であろう[36)]。もっとも、後者の場合は、新たな立法（形式的制度）と、人々の現実の行動を支配している既存の非形式的制度との間に比較的大きなギャップが存在すると想定されることから、新たな形式的制度に既存の非形式的制度を適合させる方向へと修正してゆく政府の努力と人々の学習が必要となるであろう。

こうして、法制度の外生的要素ないし側面が残るかぎり、継受法の内容や理念の相違はなお問題になりうるというべきであろう。その際、ラ・ポルタらが描いたシビル・ローとコモン・ローの特徴づけと両者の相違の指摘が正しいかどうかについては、さらに検証の余地がある。そして、仮に相違が存在し、かつそれらが法システムに備わるべき属性として特色ある要素を含んでいるとすれば、それらをモデルとして、そこから開発を促しうる法制度改革の外生的要因を引き出す努力は、なおも無意味とはいえないであろう。

ラ・ポルタらの法的起源論は、各国の法体系・法規制の相違と経済的・政治的・社会的状況や発展段階の相違との因果関係を包括的に説明するものではな

35）経済取引の慣習の中で生まれた制度が判例となり、立法が追認する例は、その典型であろう。根抵当制度､仮登記担保制度はそれに当たると解される。この局面では､たしかに｢既存の法制度が民間の最適な反応〔行動パターン〕を阻害していないかどうかの判断が重要｣であり､｢民間の自主的な行動パターンとして最適な結果が達成できるように法制度の方を順能させていく｣（鶴・前掲〔注30)〕9頁）ことが必要とされているといえる。

36）まさに｢いやがる犬の首輪を引っ張り別の方向へ向かわせること｣（鶴・前掲〔注30)〕9頁）もあえて必要とされる局面の存在が、とりわけ開発プロセスでは、否定できないであろう。

い。それはラ・ポルタら自身も認めている。しかし、そのことがただちに法的起源論が経済・社会発展のために法改革がもつ意味や開発のための法政策を策定する手がかりの一つとして、法的起源論が意味をもたないことに帰結することにもならない。

ラ・ポルタらは、前記のような様々な批判にもかかわらず、「法的起源の経済的帰結」（2008年）の中で、「法的起源」（legal origins）――それは、「経済生活に対する社会的コントロールとしての高度に持続的なシステム」として広義に解釈されている――は、今もなお各国家の社会に対する法規制の枠組にとって重大な意義を持ち続けており、それが経済的帰結にも大きな影響を与えているとの認識を持ち続けている。そして、以下の４つの仮説がなおも維持可能であるとする。すなわち、①法的ルールおよび規制のあり方は、個々の国家を超えて「系統的に」（systematically）異なっているが、これらの相違は計量的に測定可能である。②法的ルールおよび規制における相違は、その相当部分が「法的起源」によって説明される。③法的伝統のスタイルにおける基本的な歴史的分化――政策の実現に焦点を当てるシビル・ロー対市場の支援に焦点を当てるコモン・ローは、なぜ法的ルールが異なるかを十分に説明する。④法的ルールの内容に関して測定された相違は、経済的および社会的帰結にとって重要である[37)]。

法的起源論（Legal Origins Theory）は、LLSV以外の研究者にも広まり、会社法・倒産法以外の法分野にも拡張され、世界銀行の『ドゥーイング・ビジネス・リポート』（2004年以降）にも採用されている[38)]。その一方で、それがとくにフランス法系のシビル・ロー諸国の経済パフォーマンスや政府の質を低く評価する結果となったことから、この面でも反論が提起された[39)]。これに対して

37）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 2008, pp. 326-327.

38）各国が法的起源により、イギリス法、フランス法、ドイツ法、北欧法、社会主義法に分類されている。World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, World Bank, International Financial Corporation, Oxford University Press, 2004, pp. 115-117. これを含む法的起源論の展開については、五十嵐・前掲（注10））166-169頁も参照。

は、ラ・ポルタらも、誤解を回避することに努めている。すでに、フランス法系シビル・ローに見出される「投資家保護の欠点は、金融の発達と成長を妨げる帰結をもたらすように見える一方で、乗り越えられない障害ではないように思われる。何といっても、フランスとベルギーは、ともに非常に裕福な国である」と配慮（？）を示している[40]。さらに、法的起源論は「コモン・ローがあらゆる面で優越していることを主張するものではない」。反対に、それは「社会的混乱の問題が十分に（しかしあまりに度を越してではなく）深刻なときには、シビル・ローとその規制的解決が優れていることを指摘するものである」ということまでも認めている。また、ラ・ポルタは、シビル・ローがより公平でより良い司法へのアクセスを提供するものであるという反論が失敗している証拠を見出そうと試みたが、成功しなかったことも認めている。こうして、ラ・ポルタらは、第一に、「経済生活の社会的コントロールへのコモン・ロー・アプローチの方がシビル・ロー・アプローチよりも優れたパフォーマンスを示す」前提条件として、戦争や恐慌がなく、世界が経済的に安定し、政治的に平和な状態が続いていることを挙げる。反対に、政治的・経済的な混乱が生じている状況下では、シビル・ロー的な問題解決の方が優れていることを指摘する。第二に、グローバル化の進行の中で、シビル・ローとコモン・ローは、たとえ収斂するまではゆかないとしても、シビル・ロー諸国がコモン・ロー的な法的解決をますます受容する傾向にあり、コモン・ロー諸国も社会問題を解決する手段として立法によって規制する機会が増えるなど、相互に接近する方向にあることも承認されている[41]。

以上にみたラ・ポルタらの一連の研究は、興味深いことに、比較法学者の間ではむしろ批判が強まっている法系論に対し、経済学者の立場から、実質的に

39）Bénédicte Fauvarque-Cosson and Anne-Julie Kerhuel, *"Is Law an Economic Contest?: French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law," American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, 2009, pp. 811-845.

40）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 1998, p. 1152.

41）La Porta et al., op. cit.（n. 10）, 2008, p. 327.

法系論の妥当性を裏づけるものとなっている[42)]。その背景には、新制度派経済学が提示した国家の経済パフォーマンスを規定する制度の重要性、それに起因する発展の経路依存性、それを改革するための制度変化を主導する法改革に向けた政府の関わり方の重要性への着目が無視できないように思われる[43)]。このように、開発においては「歴史が重要である」(History matters)、「制度が重要である」(Institution matters)、そして「制度改革が重要である」(Institutional reform matters) というコンテクストにおいて、法的起源・法的伝統の影響の持続力の大きさを再評価するラ・ポルタらの問題提起を正面から受け止めつつ、さらに分析を進める必要性があろう。

その際に重要なポイントになるのは、ラ・ポルタらが各国の経済的パフォーマンスの相違の原因として着目する資本市場の成長度の相違、その規定要因としての投資家および債権者の法的保護（法規制の内容のほか、法的執行を含む）の相違、それを規定する政府の市場への介入の仕方の相違が、シビル・ローとコモン・ローの法的起源の相違とどのように関係しているのかを具体的かつ体系的に解明し、その理由を見出すことである。そのことは、シビル・ローとコモン・ローの本質的相違の解明に通じるであろう。そのためには、シビル・ローとシビル・ローの相違をよりミクロな法制度のレベルで分析する必要がある。

⑵ 民法（債権法）改正をめぐる問題

シビル・ローとコモン・ローの競合は、国内の法改革でも問題になっている。

42）五十嵐清教授は、「現在は法系論に対する批判のほうが強いといえる」比較法学者たちの傾向を指摘される一方で、ラ・ポルタらの一連の研究に対し、その「統計学的比較法」の方法における多くの欠点にもかかわらず、それには改善可能性があるとし、比較法の立場から見ても捨て去るべきではないとの見方を支持される。五十嵐・前掲（注 1)）302頁。私見もこれに賛成するものである。

43）1990年代以降の開発理論および国際開発協力政策のパラダイム変化に対する新制度派経済学の影響に関しては、関連文献も含め、松尾・前掲（注 1)）131-132頁、新制度派経済学の理論枠組の分析に関しては、同書190-209頁、同「新制度派経済学と法律学との邂逅――ノースの制度理論の分析を中心にして」横浜国際社会科学研究 6 巻 1 号（2001）1-25頁参照。

その一例として、日本の民法（債権法）改正をめぐる議論から、一つの論点を取り上げてみたい。

民法（債権法）改正のための提案の中で、現行民法と比較して大きな変更となることが予想される最も重要な論点の一つとして、契約に基づいて生じた債務の不履行の場合における債権者の救済方法の問題がある。この点は、すでに現行民法（415条、541条など）の解釈論としても、債権者が債務者に対して債務不履行責任を追及するための要件として、議論されている。ここでは、債務不履行による損害賠償請求の要件を題材にして検討を加える。現行民法はつぎのように規定する。

【415条】（債務不履行による損害賠償）

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

ここでは、履行不能の場合については債務者の「責めに帰すべき事由」（帰責事由）の必要性が明文で規定されているが、履行遅滞の場合については規定がない。しかし、解釈上、帰責事由を要求する（ただし、立証責任は債務者が負う）のが通説とされる[44)]。その結果、民法415条の解釈としては、債務不履行を理由とする損害賠償請求の要件として、履行遅滞・履行不能を問わず、《債務不履行が債務者の帰責事由に基づくこと》という一般原則の存在が、一度は通説によって承認されていたといえる。

これに対し、民法（債権法）改正検討委員会（以下、検討委員会という）の提案（以下、検討委員会方針という）は、以下のように「責めに帰すべき事由」を

44）判例が履行遅滞の場合も過失を推定すべきものとし、債務者が自己に帰責事由がないことを主張・立証することにより、損害賠償責任を免れると解したこと（大判大正10年５月27日民録27輯963頁、969頁「契約ヲ以テ其当事者ノ一方カ相手方ニ対シ一定ノ期間内ニ或行為ヲ為スヘキ義務ヲ負担シナカラ期間内ニ其義務ヲ履行セサルカ如キハ反証ナキ限リ自己ノ過失ニ原因スルモノト推定スルヲ当然トスル」）を「至当な態度であって、現時の通説はこれを支持する」とする（我妻栄『新訂　債権総論』〔岩波書店、1964〕105頁）。於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972）93-96頁も同旨。

削除している。すなわち、――

【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償請求）

債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。

【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由）

〈1〉契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。

〈2〉債務者が【3.1.1.54】〔履行請求と同時履行の抗弁権〕または【3.1.1.55】〔履行請求と不安の抗弁権〕に定められた抗弁権を有しているときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。（下線は引用者による）

この検討委員会方針の特色は、①債務不履行を定義するために「債務の本旨」に従った履行をしないときという用語を避けるとともに、②履行遅滞・履行不能・不完全履行という3類型論によらず、債務不履行を一元的に捉え、③そのすべての場合において債務者に故意・過失があることを問わないとしたこと（過失責任主義の廃棄）にあるとされる[45]。このうち、③に関し、【3.1.1.62】〈1〉において「責めに帰すべき事由」という表現をも避けた理由は、それが「行為者の行動自由の保障を核としたドイツ型の『過失責任の原則』」と結びつけて論じられてきたことから、帰責原理面で「過失責任の原則」をとらないことをあえて明示したものと説明されている。それは、「契約上の債権において債務者が債務不履行責任から免責されるかどうかは契約に基づくリスク分配が基準になる」が、「契約のもとで想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかった

45）民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（別冊NBL126号、商事法務、2009）136-138頁、同編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ――契約および債権一般(1)』（商事法務、2009。以下、詳解Ⅱとして引用）242-256頁、内田貴『債権法の新時代――「債権法改正の基本方針」の概要――』（商事法務、2009）82-91頁。他方、民法改正研究会『民法改正　国民・法曹・学界有志案』（法律時報増刊、日本評論社、2009）（以下、民法改正研究会案）は「債務の本旨」概念（339条1項、342条本文）も、過失責任主義（342条但書）も維持する。

事態から生じるリスクは当該契約により債務者に分配されていない」がゆえに、債務者が免責されるべきことを明らかにしたものであるとされる。もっとも、その変更はさほど劇的なものではなく、債務者の損害賠償責任からの免責の枠組を「ドイツ型の『過失』・『無過失』から、契約の下での履行リスクの引受けへと変更したにすぎない」と認識されている[46)]。

しかし、過失責任主義ないし一般的な帰責事由主義から、個々具体的な契約における引受けに基づく責任主義への移行は、たんに条文の文言の変更やドイツ型の過失責任原則の否定にとどまらず、帰責原理の変更にも通じる重要問題に関わることを十分に認識する必要がある。そして、まさにこの点にこそ、シビル・ローとコモン・ローのもう一つの競合問題が存在しているとみられる。

B・ニコラスは、契約の効果の帰責原理に関するコモン・ローとシビル・ローの相違として、前者が個々の契約の文言（term）に現れた当事者の意思そのものに帰責の根拠を求めるのに対し、後者は個々具体的な当事者の意思から抽象化され、範疇化（categorisation）されることによって抽出されたルール（rule）に帰責の根拠を求める点を挙げている。

「契約の分野におけるフランス法と伝統的なコモン・ローとの根本的な相違は、コモン・ローが契約のあらゆる帰結をその締結者の意思（the will）から引き出そうと試みる習慣がある（あるいは、少なくとも見かけ上はそのようにしている。というのも、フランスの法律家は、そうした諸帰結が引き出される意思というものは非常に人為的または客観的なものであると述べるであろうからである）のに対し、フランス法は（またシビル・ローは一般的に）しばしばルール（rules）を援用するであろう。……シビル・ローは、その統一的理論をユスティニアヌスの法典における分散した素材――とりわけ問答契約（stipulatio）に関する素材――から進展させたが、当該法典が典型契約の本質的要素、およびその両当事者の権利・義務を定めたルールの入念に工夫した構造の形でつくり上げた明

46）もっとも、現行民法415条後段の「責めに帰すべき事由」とは、故意・過失より広い概念であり、債務者の故意・過失に加え、信義則上これと同視すべき事由を含むとも解されている（厳格な過失責任主義の緩和）に留意すべきである。我妻・前掲（注44））105頁。

示的寄与には手を触れないままにしておいた。当事者は自由にその合意をすることができるが、しかし、法は可能な限りそのような合意を特定の典型契約として範疇化し、両当事者の権利・義務は、合意それ自体（the agreement itself）から生じるというよりも、そうした範疇化（categorisation）から生じるものとみられるであろう」(下線は原文イタリック)[47]。

このように伝統的なコモン・ローは、契約に基づく帰責の原理――それは、契約の拘束力の原理も含むものと解しうるであろう――を個別具体的な契約における文言・用語に示された両当事者の合意ないし意思に、すなわち、国家の承認手続を介さない、よりストレートな裸の約束ないし裸の意思に見出しているとみることができよう。これに対し、シビル・ローは、そうした個々の合意ないし意思を当てはめることが予定されている範疇化されたルールに、換言すれば、国家法を介して確認され、社会的承認のフィルターを経た、**範疇化された意思としての理性的意思**に、契約に基づく帰責の根拠を求めているとみることができる。そして、こうした相違は、様々な場面で顕在化する。いくつかの例を確認してみよう。

第一に、契約に明示的な文言がない場合でも、コモン・ローでは「黙示的条項」(the implied terms）の解釈が行われる。こうして黙示的条項は、「一つの技術的工夫として、明らかにコモン・ロー〔とシビル・ロー〕の差異を浮かび上がらせる諸特徴の一つ」とみられている。たしかに、それは「人工的である」として批判されるものの、そのアプローチ自体は「根絶不可能なもの」と考えられおり、例えば、アメリカの統一商事法典（the Uniform Commercial Code）でも維持されている（§§2-314 ～ 2-318, 2A-212 ～ 2A-216)。

また、捺印証書（deed）によらない単純契約（simple contract）の違反に対する損害賠償請求のコモン・ロー上の訴訟方式である「**引受訴訟**」(assumpsit, He promised）を知るコモン・ローの裁判官にとって、契約における黙示的条

47）Barry Nicholas, “Rules and Terms – Civil Law and Common Law,” *Tulane Law Review*, Vol. 48, 1973-1974, pp. 948-949.

48）Nicholas, op. cit.（n. 47), pp. 950-951.

項を認めることは「自然である」とみられている[48]。これに対し、シビル・ローの法律家にとっては、そのような場面では、ドイツ法の信義誠実の原則（ドイツ民法242条）のように広範な適用範囲をもつ原理的で抽象的な「ルール」を援用することが、むしろ一般的であろう。また、売主の担保責任として法定責任を定めたルールを援用することも考えられる。こうして、「シビル・ローの法律家にとっては、**個々の契約**の上に**契約の統一的原理**（the unitary principle of contract）が重ね合わされており、17世紀および18世紀の自然法の影響から完全に脱却することができない結果、彼らはそれらのルールを両当事者が選んだ契約類型に当然に付随する事項とみなす」（強調は引用者による。以下同じ）[49] のである。

第二に、債務不履行責任の帰責原理として、シビル・ローにおいては、**債務者の故意**（Vorsatz）・**過失**（Fahrlässigkeit, faute）**を一般原則とする**ことが、伝統的によく知られたルールである[50]。これに対し、「コモン・ローにおける契約の考え方にとって、過失（過誤）（fault）というものは異質なものである」とされる[51]。その背景には、やはり契約責任の根拠として、帰責事由に関する一般原則の適用と解するシビル・ローと、契約において「引き受けたこと」そのものとみるコモン・ローとの相違が反映しているとみることができる。

第三に、債務者の帰責事由によらない履行不能（原始的不能、後発的不能）の問題がある。ここでも、コモン・ローのアプローチは「契約を解釈することによって」（by interpreting the contract）問題を処理するのに対し、シビル・ローのアプローチは「根本原則を適用することによって」（by applying fundamental rules）問題を処理するという相違が反映している。すなわち、シビル・ローにおいては、「不能なことを行うべき債務はない」（Impossibilium nulla obligation［est］）とのルールが存在し、両当事者の帰責事由によらずに履行不能となっ

49）Nicholas, op. cit.（n. 47）, pp. 950-951.

50）ドイツ民法276条～278条（旧276条～278条、旧285条も参照）、フランス民法1137条・1147条など。Nicholas, op. cit.（n. 47）, p. 952.

51）Nicholas, op. cit.（n. 47）, p. 954.

た債務は――原始的不能の場合であれ、後発的不能の場合であれ――当然に消滅する[52]。この場合における債権者の救済方法として、シビル・ローでは契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の法理が発達することになった[53]。これに対し、コモン・ローにおいては、「契約に基づく債務は原則として**絶対的**（absolute）である――すなわち、ある者は約束したことを履行しなければならず、債務を履行しないときは損害賠償を支払わなければならない――」との**契約絶対の原則**が形成された。そして、この基本原理に対し、履行不能（impossibility）または契約目的達成不能（frustration）に対処する余地を残すために、「留保条項〔による免責〕または責任軽減が接ぎ木されてきた」。このように、「**絶対的な契約債務**（an absolute contractual obligation）は、履行不能または契約目的達成不能の原理によって修正または制限される」との原則は、黙示的条項を通じ、伝統的な方法によって表現することが可能であり、それは契約の解釈（interpretation）ないし構成（construction）というコモン・ローの典型的な方法に適合的であるといえる。その結果、コモン・ローでは、不可抗力（force majeure）に相当する事由よる履行不能または契約目的達成不能による免責が黙示的条項の解釈として認められる場合は、それは――シビル・ローにおけるように債務者を過失責任から解放するにとどまらず――、契約そのものが全体的に自動的に消滅するという帰結をもたらすことになる[54]。

しかし、ある契約に黙示的条項が存在したかどうかについて、当事者間の合意、当事者の意思ないし意図の探求としての契約解釈のみから純粋かつ完全に引き出されるかについては、疑問なしとしない。例えば、契約解釈として黙示的条件ないし黙示的条項の有無・内容を問題とすべきかが論じられたホール対ライト事件[55]では、A男（被告）がB女（原告）に「合理的な期間内に結婚する」と約束したが、それに相応しい時間が経ち、BがAと結婚する意思をもち、そ

52）Digesta 50. 17. 185; ドイツ民法275条参照。

53）Nicholas, op. cit.（n. 47）, p. 967.

54）Nicholas, op. cit.（n. 47）, pp. 955-956.

55）Hall v. Wright,［1858］E. B. & E. 746, 765; 120 Eng. Rep. 688, 695.

の準備ができていたにもかかわらず、ＡがＢの意図を無視し、Ｂと結婚することを拒絶した。仮にＡの婚約が詐欺でも違法なものでなく、Ａが結婚を拒絶した理由が、Ａの訴答に示されたとおり、Ａが生命に危険を及ぼす病気（肺結核）に罹患し、結婚に適した状態ではなかったという事情による場合、Ａは契約違反の責任を問われるべきかが争われた[56]。ポロック裁判官（Pollock, C.B.）は、原告勝訴とした多数意見に反対し、「通常の婚約においては、生命の存続……が黙示的条件（an implied condition）となっていることは、……疑いない。つぎの問題は、健康の存続、つまり、結婚を不適切なものとしないような健康状態の存続が、もう一つの〔黙示的〕条件となっているかである。私は、そのとおりであるとの意見である。このような〔婚約の〕合意においては、両当事者の側にそうした条件が黙示的に付されている」。また、同じく少数意見に与したブラムウェル裁判官（Bramwell, B.）は、「〔被告が答弁書で述べたような諸事情が真に存在する場合は、〕その者が結婚しなくとも責任を免れる理由となるものとするということが、通常の婚約に付された〔黙示的〕条項であろうか？……私はそうであると考える。もちろん、両当事者がこれと異なる約束をするかも知れないことを私は認める。しかし、もしも彼らがそのような約束をしなかったならば、そうした諸事情は通常の契約の黙示的条項（implied terms）である」。しかし、仮に被告Ａが主張する事情が真に存在した場合にＡを約束から解放すべきかどうかは、ＡもＢもそうした事態を具体的に想定していなかったときは、問題の実質は、当事者の意思ないし意図の解釈の問題というよりは、そのような事態が生じたときにＡが約束から解放されるべきか否かに関する客観的な規範の適用の問題であるように思われる。ちなみに、多数意見は、そもそも契約は「絶対的」（absolute）であり、被告Ｂの答弁書が提起した問題は、それにもかかわらず、当事者の一方または双方が事後的に当該契約を消滅させる権限をもっているかどうかであるとみた（結局、多数意見はそのような権限を否定した）。

また、原始的不能の契約の場合、例えば、Ａ（売主）とＢ（買主）の間であ

56）女王座部裁判所（the Queen’s Bench）の判決は２対２に分かれたが、財務府会議室裁判所（the Exchequer Chamber）の判決は４対３で原告の訴えを認容した。

る特定の暗礁で座礁したタンカーの売買契約が締結されたが、すでに契約締結時には当該タンカーが滅失していたとき、Ｂは浚渫の準備のために支出した費用につき、Ａに対して賠償請求できるであろうか[57]。シビル・ローの伝統的なルールによれば、契約は無効であるが、契約締結上の過失により、Ｂは救済されうる。これに対し、コモン・ロー・アプローチによれば、契約解釈の問題となり、「約束者は何を真に約束したか？」という基本に立ち返って解決することになる。すなわち、Ａがどのような場合にも自己の債務を履行することを約束したか、あるいは両当事者が相互に予期したとおりに特定の目的物が当初から存在し、またはその後も存在し続ける場合にのみ、債務を履行することを約束したかである。仮にＡがＢとの売買契約の中で、「タンカーは特定の場所に存在する」という約束まで含んでいたとすれば、Ａは契約に基づく責任を負うべきことになる[58]。その場合には、この類の（原始的不能の）事件でも、《一般的なルールの適用を通じて問題を解決しようとするシビル･ローのアプローチ》と、《当事者の意図から出発し、契約の解釈を通じて問題を解決しようとするコモン・ローのアプローチ》とは、ほとんど同じ帰結に到達することになる。しかし、Ａがそのような約束をしたとは認められなかったときは、Ａは契約責任を免れる一方[59]、Ｂは救済手段をもたないという[60]、一種の全か無か（all or nothing）的帰結になる点で、伝統的なシビル・ロー・アプローチとコモン・ロー・アプローチとの間には、依然として相違が存在する。

しかし、シビル・ロー・アプローチとコモン・ロー・アプローチのいずれが優れているかという問題設定は、判断が困難であるだけでなく、実際上も有意義ではないように思われる。むしろ、ニコラスが指摘するように、「もしも諸ルールがその概念的基盤から分離されるならば、その帰結は曲解あるいは混乱になりがちである」という点こそが重要であると考えられる[61]。そこで、むし

57）これは、McRae v. Commonwealth Disposals Commission,［1951］84 Commw. L. R. 377;［1951］Austl. Argus L. R. 771で問題になった事案である。

58）実際、オーストラリア最高裁は、前掲（注57））の事案で、そのように判断した。この約束は、一種の保証約束と解される。

ろ、各国における法発展の歴史、既存の制度の状況、法システムの将来の発展方向に照らし、いずれのアプローチがより適合的か、あるいは両要素を融合し、さらに一層適合的な形態に調和させて取り込むことが可能かどうかこそが、真剣に検討されるべきであろう。このことは、日本の民法（債権法）改正の議論にも、ストレートに当てはまるということができよう。

翻って、日本の民法（債権法）改正ための議論の題材として提示されている諸提案のうち、とりわけ検討委員会方針には、コモン・ロー原則（あるいはそれと実質的に法的思考を共通にする制度）の混入が顕著に見出されるように思われる。すなわち、①前述した債務不履行を理由とする損害賠償（【3.1.1.62】）の免責要件としての、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」（【3.1.1.63】〈1〉）は、不可抗力等を理由とする客観的なルールによる免責要件というよりは、あくまでも合意の効果として、合意の範囲内で免責要件を認めるにとどめるものであり、契約絶対の原則が維持されているとみることができよう。

また、②契約の目的物が原始的不能であった場合も、「反対の合意が存在しない限り、有効である」と認めることが提案されている（【3.1.1.08】）。これも、「契約当事者によるリスク分配を尊重して契約の有効・無効を決するとの立場」に

59）Aの主張としては、(a)契約目的物が存在しなかった（あるいは滅失した）場合には契約は成立しない旨の黙示的条件ないし黙示的条項が存在していた、(b)契約目的物の不存在について、AもBも共通錯誤（the common mistake）に陥っており、その場合には合意は不存在ないし無効であるなどの主張をすることが考えられる。(a)のみならず、(b)もまた、意図の不存在を理由とする点で、「あらゆるものが当事者の意図から引き出されるべきものとするコモン・ロー・アプローチ」と親和的であると解されている。しかしまた、とくに(b)の解決方法に対しては、「あらゆる契約にはその目的物がなければならない」とのシビル・ローのルール、およびそれに対するシビル・ローの権威、とりわけポティエ（Pothier）の学説が大きな影響を与えている。イギリス契約法は、そうしたシビル・ローのルールをコモン・ロー・アプローチを用いて実質的に導入（継受）したということができるかも知れない。Nicholas, op. cit.（n. 47）, pp. 968-972.

60）コモン・ロー・アプローチに従えば、契約の解釈においては、論理的に過失の有無は問われないことになる。Nicholas, op. cit.（n. 47）, p. 969.

61）Nicholas, op. cit.（n. 47）, p. 972.

基づくものである[62)]。

こうした契約主義は、③解除要件の見直しにも及んでいる。すなわち、契約解除権の発生要件を、契約当事者の一方の「契約の重大な不履行」とし、その有無の判断基準として「相手方が契約に対する正当な期待を失った場合」（【3.1.1.77】）とすることが提案されている。これも、理論的には、契約の拘束力の根拠として、契約当事者が相互に引き受けた相手方の信頼の欠如の有無を基準とするものであり、ここでも客観的なルールとしての解除要件を定める代わりに、契約の解釈から導出されるいわば黙示的条項の要件化が図られているようにも窺われる[63)]。

そして、④契約解除権の発生要件――「契約の重大な不履行」――が相手方の帰責事由（民法543条参照）を問わないことから、契約解除が従来の危険負担制度を機能的に代替することになり、危険負担制度（民法534条・535条・536条１項）は廃止されることになる（【3.1.1.85】）[64)]。また、これと関連して、売買、その他有償契約の目的たる権利や目的物の瑕疵につき、当事者双方に帰責事由がない場合において、実質的に客観的ルールによるリスク分配を定めていた担保責任（民法560条～570条）も債務不履行責任に統合される（【3.2.1.07】～【3.2.1.17】）。

62）民法（債権法）改正検討委員会編・前掲（注45））詳解Ⅱ・35頁。なお、契約が有効な場合でも、対象の不存在を理由とする錯誤の主張は否定されない。同書38頁。

63）民法（債権法）改正検討委員会編・前掲（注45））詳解Ⅱ・297頁にも、ここでいう相手方の正当な「期待」とは、「当事者に『契約規範』によって認められた利益」を意味し、「この利益の内容も『契約規範』によって当事者が引き受けているリスクとは何かという観点によって決定される」とされ、「ここでいう『契約規範』とは、当初契約意思を出発点として、『契約の解釈』（【3.1.1.40】～【3.1.1.42】参照）および法律による『補充』をとおして決まる、契約当事者間の権利義務関係の総体を指す」と明確に述べられている。なお、同書302-304頁も参照。

64）もっとも、売買契約の目的物が滅失・損傷した場合において、売主に履行および損害賠償についての免責事由が認められるとき（【3.1.1.56】、【3.1.1.63】〈1〉）、買主が契約を解除して代金支払義務を免れるかどうかは、当事者間に別段の定めがないかぎり、客観的な法定ルールに従ったリスク分配（リスクの移転時期を含む）が提案されている（【3.2.1.27】）。これは実質的に危険負担制度とみることができよう。

⑤契約解釈の基準についても、第一準則として争いがない「当事者の共通の意思」（【3.1.1.40】）が見出されない、あるいは当事者の意思が異なる場合は、伝統的な通説が依拠する表示の意味の客観的解釈によるのではなく、「当事者が当該事情のもとにおいて合理的に考えるならば理解したであろう意味」によるべきものとされる（【3.1.1.41】）[65]。さらにそれでも確定できない契約内容が残る場合において、「当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるとき」は、それに従って解釈すべきとする（【3.1.1.42】）[66]。ここでも、従来の慣習（民法92条）、任意法規（民法91条）といった客観的ルールによる前に、可能なかぎり当事者の合意を想定し、それに契約の内容確定および拘束力の根拠を当事者の合意に還元しようとする徹底した契約主義（契約絶対主義の貫徹）が図られているように窺われる。

これらは、民法（債権法）改正の議論に現れた提案の一部にすぎない。しかも、それらは近年の比較法・比較法学の動向を渉猟し、熟慮して提案されており、その各々に理論的に欠陥があるというのでもない。さらに、前記に例示した諸要素（①～⑤）が直接にコモン・ロー原則を採用したものと単純に結論づけることも正確さを欠くであろう。しかしなお、これらの要素においては、契約の拘束力および効果の根拠としての「意思」が、純粋主観的に存在するものとして観念され、かつ契約の成否・拘束力・効果の根拠もまた、そうした当事者のいわば裸の意思に徹底して還元されようとしている傾向が、色濃く反映してい

65）その理由は、「契約は、当事者がみずからの法律関係を形成するために行うものである以上、当事者がどのように理解し、また理解すべきだったかという基準を立てることが契約制度の趣旨に合致すると考えられる」ことに求められている。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲（注45））詳解Ⅱ・153頁。なお、同提案には「規範的解釈」の標題が付されているが、伝統的な通説による契約解釈の第二準則である、表示の意味の客観的解釈を規範的解釈と呼ぶとすれば、むしろ、同提案は（相対的に）主観的解釈として特徴づけることができよう。

66）その理由も「契約は、当事者がみずからの法律関係を形成するために行うものである以上、その当事者が知っていれば合意したであろうと考えられる内容が確定できるときには、それを尊重することが契約制度の趣旨に合致すると考えられるから」であるとされる。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲（注45））詳解Ⅱ・155頁。

るように思われる。問題は、そうした新しい傾向が、伝統的に形成されてきた既存の日本（民）法の制度基盤――フォーマルな法規のみならず、判例、解釈方法論、その他インフォーマルなルールを含む現存の制度全体――と整合性をもつかどうかである。この観点からは、結果的に、以下の二つの懸念を生じさせる。

第一に、契約の拘束力、効力および内容を契約当事者の意思に還元することの限界である。例えば、契約当事者が、実は自分の意思がそうであったとは具体的に意識していなかったことを、自分の意思だと擬制されることがないか、仮にそうした事態が生じた場合、そのことが契約は守られなければならないという規範意識に対してかえってマイナスに作用するのではないかが懸念されることである。

これに対し、むしろ、契約当事者の「意思」といえども、純粋主観的な裸の意思がそのまま社会に妥当するのではなく、社会的承認に支えられた、いわば理性的意思として妥当することが認められるのであり、その前提として、個々の契約に先立ち、契約の成否・効力・内容に関して承認された一般的規範ないしルールが存在し、人々はそのように個々の合意に先行する抽象的規範に拘束されることを承認しているからこそ、契約は守られなければならないと認識している、という規範意識の構造に親和的な社会もあると考えられる。そして、伝統的に日本では、後者の規範意識および契約意識が慣習的に育まれてきた可能性はないであろうか。この点についてはさらに法史学的・法社会学的に分析する余地がある。いずれにせよ、ここで確認すべきは、《抽象化された規範に帰責原理を求める契約理論》と《具体的な合意に帰責原理を求める契約理論》のいずれが理論として正しいかという問題ではないということである[67)]。むしろ、問題なのは、まさにニコラスが懸念したように、「もしも諸ルールがその

67）理論的には、ニコラスも示唆するように、一般化された規範に帰責原理を求めるシビル・ロー的な契約規範も、個々の具体的な合意に帰責原理を求めるコモン・ロー的な契約規範も、いずれも成立可能であろう。そして、いずれが当該社会に相応しいかは、まさに法的伝統ないし法文化の問題である。

概念的基盤から分離されるならば、その帰結は曲解あるいは混乱になりがちである」という事態である[68)]。ちなみに、契約の帰責原理を一般的に承認された規範に求める傾向と個別具体的な合意に求める傾向の社会的背景の相違には、当該社会における構成員の不確実性回避志向、個人主義志向、政府権力と市民との距離（権力格差）などの文化的要因が影響を与えていることも考えられるであろう（一般に、不確実性回避志向が強いほど形式的ルールが求められ、個人主義志向が強いほどルールの成文化が求められ、権力格差が大きいほどルールの裁量性に寛容になる傾向があるとの指摘がある）[69)]。

第二に、第一の点と密接に関連するが、当該社会で契約絶対主義を貫徹し、当事者が「引き受けていなかった」ことについては責任追及できないという解決がもたらすと想定される、紛争解決の全か無かという帰結、すなわち、当事者のどちらかに一方的な負担を負わせる問題解決に、この社会の構成員が耐えられるか、という懸念が払拭し切れないことである。この点では、近時開発途上国の法制度改革に対し、国際開発金融機関（世界銀行、国際通貨基金、アジア開発銀行など）をはじめとする法整備支援の主流派が、かつてのワシントン・コンセンサスに基づく市場原理主義を性急に導入しようとして、被支援国に深刻な社会的混乱と社会的損失を生じさせてきた事態が、けっして対岸の火事とはいえないようにも思われる[70)]。

68）前掲（注61））該当本文参照。

69）松尾・前掲（注1））246-251頁参照。

70）ある国家に外部から法を導入する場合には、当該国家の既存の諸制度――そこにはフォーマルな法秩序のみならず、インフォーマルな社会規範も含まれる――の内容と、それとの整合性に関し、十分な調査と、相当に慎重な検討が必要とされる。ワシントン・コンセンサスの失敗と反省に関しては、Joseph E. Stiglitz, “Is there a Post-Washington Consensus Consensus?”, Narcís Serra and Joseph E. Stiglitz（eds.）, *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford University Press, pp. 41-56. そこでは（そこですら？）「各国は何が自国に最も良く適合するかを実験し、独自の判断を行い、探求する余地が与えられるべきであるということについて、コンセンサスが形成されつつある」（ibid., p. 54）（強調は原文イタリック）こと自体が、国際的な標準ルールとして共通認識化しているのである。

⑶ 小括

以上にみたように、国際的な法整備支援（協力）の場面でも、国内の法改革の場面でも、財産権の法的保護や規制の方法から、契約に基づく帰責原理の理解や具体的ルール化の方法に至るまで、シビル・ローとコモン・ローの競合が生じていることが確認できたと思われる。この観点から、われわれは、第一に、現在何が生じようとしているのか、眼前にある現象の意味をグローバルなコンテクストの中で再認識する必要がある。その上で、第二に、当該国家の歴史と現状を十分に踏まえた法改革のグランド・デザインについて、シビル・ロー的要素に力点を置くか、コモン・ロー的要素に力点を置くか、あるいは両要素を融合させ、首尾一貫した調和形態を創造しうるかどうかを意識しつつ、方法論的な自覚をもって議論を尽くす必要がある。各国におけるそうしたプロセスを経てはじめて、各国の国内法の部分的共通性を手がかりとするグローバルな規範形成へのステップが可能になるというべきであろう。

そのためにも、そもそもシビル・ローの法系とは何か、コモン・ローの法系とは何か、そして、それらの利点と難点、共通点と相違点はどこにあるかについて、認識を深めることが必要かつ有意義であると考えられるのである。

【付記】豊泉貫太郎教授のご退職に当たり、これまでに賜った数々の学恩に感謝し、謹んで本稿を献呈したい。豊泉教授には、筆者が本学に赴任した2003年当初から絶えずアドバイスをいただいてきた。とりわけ忘れ難いのは、豊泉教授があえて機会を留保しつつ、司法試験合格後に読んで強く感銘を受けた著作である、田中耕太郎『世界法の理論』についてのお話である。将来を見据える力量をもって、複雑な問題を処理し、いつも助けていただいたことに対し、心から感謝を申し上げたい。

【追記】本稿の校正中、五十嵐清教授から、「法的起源説」の動向に関するご論考（注10）参照）を頂戴した。LLSVをはじめとする詳細な考察であるが、脚注で不十分な応接しかできなかったことを遺憾とする。五十嵐教授に改めて深甚の謝意を表する次第である。