

Title	大陸における単一法典： グローバル化の挑戦に対する民法学者の一回答
Sub Title	Un code à la continentale : une réponse au défi de la mondialisation
Author	Bussani, Mauro(Kato, Masayuki) 加藤, 雅之
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.35 (2016. 8) ,p.233- 240
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義：2015年度大陸法財団寄付講座「グローバル化と大陸法」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160825-0233

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.

大陸における単一法典

——グローバル化の挑戦に対する民法学者の一回答——

マウロ・ブッサーニ
加藤 雅之／訳

1. はじめに
2. 挑戦
3. 大陸法とコモンロー
4. 適時性
5. ビジネス法およびその市場——一つの戦略——
6. さあ、諸君
7. さらに強く夢を見なければならない

1. はじめに

本報告は、法的グローバル化に関する議論の参加者からこれまで等閑視されてきた一つの問題を対象とする。大陸法に対してグローバル化が与えた影響を示す特徴を契機として、債務および契約に関する一つの大陸法法典を有することが地政学的に可能な範囲について検討する。このような法典は大陸法の伝統を共有するあらゆる国々において適用されるために企図され、起草されている。

本報告の目的は、世界の法状況の中で我々の法（大陸法）が果たすことを期

待されている役割についての問いに対する、肯定的な回答である。また、複数の法モデル間での世界的競争において、大陸法が一つの指導的モデルとなることを欲するのかという問いに対する、肯定的な回答にも関わる。19世紀および20世紀の大部分の国内法学者および国内法典が無視することのできた思想が問題となるのである。しかしながら、世界において現在繰り広げられている政治的および経済的状況によれば、法律家間の議論は以前よりもこの問題に関心を向けざるを得ないと思われる。

2. 挑戦

問題の性格および上述の回答の可能性をよりよく理解するために、きわめて初歩的な考察から始めよう。法律モデル間での競争は、我々の法、我々の国民国家および我々の法制度、我々のビジネス共同体、そして間接的に我々の同国人の未来に影響を与える問題である。この観点において、まず念頭に置いておくべき一連の状況がある。

まず、——ビジネス法の側面において——、地球規模での現状は英米の大企業の強大性および効率性が顕著であり、そこではコモンローの支配的なパラダイムを主張する必要性が存在する。ここから、一つのシナリオの信憑性がうまれる。すなわち、未来においても、英米法系の法律家と実務家がそれぞれの優位性を高め、影響力の範囲を広げるために争うというものである。

他方で、——より一般的には——、コモンローおよびローマ・ゲルマン法に共通の根源についての比較法的小説および歴史的な分析は、多くの学説において広がったコモンローと大陸法との間の実質的かつ段階的な一致という思想とも同様に、ここ数十年の間に、英語圏の法地域を基礎とする用語法の中で大陸法の諸類型および文化を統合することに寄与していない。生じた結果は逆であり、二つの視点に基づく。まず政治的、しかし特に言語学的小説および経済的な要因が、コモンローを基礎とする用語法が大学研究者および実務家による大陸法的「上流社会」に浸透することとなった。そして、強大な機関による公的な支援、た

例えば国際財政制度などとともに、(大陸法とコモンローの)一致に関する議論の要点は、一つの文化的なムードを形成し、それがコモンロー浸透を強化することにつながったのである。コモンローの浸透により、コモンローは西洋法の伝統として示され、世界的議論の場において西洋的価値を伝播し、保護するための唯一の法(あるいはこのための最良の武器)となったのである。

3. 大陸法とコモンロー

実際、コモンローと大陸法の間相違の大部分は、適用される規範に関するもの以上に、分類学および文化的アプローチの領域に関わるものである。しかしながら、こうした規範は、あらゆる法分野の中でもとくに国際商取引法に関する比較法学者および実務家にとってよりよく知られているものである。

たしかに、よく組織され、かつ大陸法とコモンローとの間の類似点および相違点について比較法上および実務上の知見を普及させるために大きな規模を有する、壮大な取り組みは、間違いなく二世代ないし三世代において西洋の法学者全てに関わるものとなりうる。しかし、こうしたシナリオが現実となるのは、もっぱらこうした目的を目指すという意識が——コモンロー体系と同様に(大陸法の)我々の国々においても——法学部の教育プログラムの抜本的改革の契機となり、同時に真の比較法的な文化による法学者の新たな世代の形成に寄与する場合である。したがって、この種の壮大な取り組みが我々の前に未だ存在していないことからすれば、分類学的相違とアプローチを真摯に検討することは一つの現実主義的な動きにすぎないのである。

そのうえ、大陸法とコモンローに関して、技術とアプローチが日常的に衝突しているような領域のリストを作成することは容易であり、こうした衝突が比較法学者や国際法専門家の活動の外では、誤解やコミュニケーションの真の欠如を引き起こしているのである。

こうしたリストを私法の主要な柱に限定したとしても、問題は、「主観的権利 (subjektives Recht)」や財 (patrimoine) などの概念に相当する用語がコモン

ローにおいて不存在であることから生じ、ほかにも英国人にとってつねに理解しがたい誠実の原則などがある。しかし、こうしたリストの主要部分において、相違もまた見いだされる。契約の概念それ自体に関して存在する相違や、不当利得や事務管理の法制度に対する一般的なアプローチなどである。こうした話は退屈ではないかと危惧しているが、このほかにも、契約締結過程における責任、不法行為責任に対するアプローチに関する多様性を指摘することもできる、また物権法に関する全く異なる構造（不動産の法的位置づけに関するもの）も言うまでもない。

4. 適時性

言うまでもなく、本稿の目的はコモンローと大陸法との間の文化秩序の問題や誤解を激化させることではない。また、大陸の伝統それ自体の中で地域的に形成された法や文化が時間の経過とともに増すこととなったあらゆる相違点をぼかすことにもない。私の視点は以上の点とは異なっている。

法典という思想は、大陸法の伝統の結晶としての特徴の一つを代表するものである。法典は、広範囲にわたる法技術や価値観のみにとどまらず、法思想および適用の方法もまた集積し、提供するものである。それ故に、他のあらゆる法制度よりも適切に我々の法伝統が世界的次元で果たしうる役割を表し、決定づけることに適しているのである。

いくつかの領域に関する我々の法の重要な構成要素を前にして（例えば、相続法、物権法、人の法および家族法）、大陸における一つの法典を目指し、それを実現することを欲する計画は、まずさほど問題のないテーマ——まさしく、それが債務法および契約法であるが——からとりかかるべきであり、その後、より議論のある段階に進むことができるのである。

こうしたアプローチは、長期化しうる麻痺状態を避けることによって、一つの法典の準備という技術的なプロセスを単純化するのみならず、とりわけ大陸法伝統の地政学的規模および役割を強化することを可能にするように思われる。

実際、こうした法典は、債務および契約に関する大陸法が法伝統、民法および他の私法規範について優位性を有している世界中のあらゆる地域との会話を可能かつ強化するであろう。このような動きは、日本、フランス、イタリア、ドイツ、ベトナム、韓国、中国などのそれぞれの文化の間で、その支持者および（または）法典の規範の実務的適用に欠かせないであろう。しかし、共通規範の土台として、その法典自身が全く異なる状況のなかにこの動きを位置づけることもあろう、すなわち、レトリック、相互理解そして批判の方法が共通の学識に必然的に対峙し、国内法の伝統の庇護の下でのみ存在するものではない状況である。

5. ビジネス法およびその市場——一つの戦略——

周知のように、大陸法典が機能することが確実に可能であり、おそらくは機能すべきである特定の領域が存在する。それが、ビジネス契約と呼ばれるものである。指摘されているように、現在の実務において、これらの契約実務では——とりわけ大会社を含む国際契約においては——、裁判管轄および準拠法の選択が自主的に確立しており、また大部分の事例において、私的仲裁に申し立てがなされることで、共通法の法廷において審理可能な紛争が存在する。

とはいえ、ビジネス契約は他の視点からも区別される、それはビジネス法の世界的共通性に基づく巨大な比率に関するものである。契約書の長さおよびアメリカ的スタイル、契約書の用語として使用される英語、契約書がアメリカおよびイギリスの巨大ローファーム、およびそれらの世界中に存在する支店によって作成されることを想起されたい。契約法としてアメリカ法またはイギリス法が選択されるということや、契約に関する紛争について判断するための権限のある（司法または仲裁）法廷としてアメリカまたはイギリスの法廷が選択されることもしかりである。そして、おそらくコモンローの法律家が多量により重要な取引を担当しており、とりわけそれは彼らが顧客の望むものをより提供しているためであり、大陸法の法律家のように法によって禁じられているこ

とをその顧客に説明することがあまりないからであろう。実務上、ビジネス契約法が、英語で作成されアメリカまたはイギリス法の規律に基づく長文の契約書の中において確立した法となっているのはその通りである。

故に、一つの「大陸的」法典の編纂者がなすべき選択とは、——将来のテキスト（条文）の技術的内容の繊細な問題にとりくむよりも前に——この事実状態を前にし、反撃することなのである。

ビジネス契約におけるコモンローの優位性に対する挑戦がなされるべきであるならば、進むべき道は、ビジネス契約に関する共通規則を規律する一つの章を契約について規律する法典の中に導入するという思想を進めることであろう。そして、有益である場合には、国際商事取引において現に採用されている規範で、すでに国際的に知られた商慣習となっているものを明文化をすること、および「大陸法化」をすべきである。そのために、この分野の法典化のプロセスは、ヨーロッパにおける草案またアジアにおいても検討中のプロジェクト、債務法改正に関するフランスの草案に着想を与えうるであろうし、維持するに値するものを適合させ、大陸法学者の視点から、アメリカ統一商事法典（UCC）および国際動産売買に関するウィーン条約のような他の国際的なものと同様に、国際商事契約に関するユニドロワ原則などの採用を考慮することができる。

ビジネス契約に関する大陸での法典化は、我々の法的伝統の中で形成された実務家を、国際商事の舞台における準拠法のリーダーシップのための戦いに真摯にかかわることを可能にするであろう。かかる競争の中では、「大陸的」実務家は大陸法世界全体における多数の法的主体、パートナーおよび相手方を理解し、制御することを可能にするための規範の宝庫を有する者として見られることになるだろう。

6. さあ、諸君

以下の点も強調すべきである、より一般的に、債務法および契約法の大陸におけるこの法典の条文全体は、我々の法体系においてすでに確立した規範を組

織するだけでなく、大陸法文化に共通の概念、原則および法技術を利用することによって規範を明文化するという視点において検討され、作成されなければならない。まさにこのような視点の下で——言うまでもないが、事実はそうではないのだが——法モデルの世界市場における真の参加者を確立するための戦略的視野の必要性に応えるべきなのである。さもなければ、コモンローの強大さに対抗し、反抗するあらゆる努力が、単なるレトリックの行使、無力あるいは、より悪い悲嘆の声、アカデミックな世界における権力闘争に終始するというリスクがある。

7. さらに強く夢を見なければならない

ここまで言及してきたあらゆる選択肢は、債務法および契約法に関する大陸における一つの法典を備えるという明白な必要性に基づくものであり、一般的な共通理解を目的とするというものからは遠い。いかなる選択肢も、ある一つの法典の運用や実際の適用に関係する問題であるとか、結果の統一性を推進する一つの最高司法法廷（単一のものであるか、民事部および商事部という二つの部署からなるものであっても）を設立に関する問題について、規律するものではない。いかなる選択肢も将来の法典の言語的次元に取り組むものではなく、将来の法典にとって英語に依拠した条文作成は技術的な適合性の問題を提起しうるのであろうし、諸言語への翻訳は必要である。——あらためて強調しておく——これらの選択肢のいずれも各国内法に固有の規範、詳細および専門用語に関する相違をなくすものですらないのである。

しかし、以上のすべての選択肢は、コモンローと大陸法とが一つに収れんするというレトリックから断絶するものであり、両者の接近を図るものであり、大学における魅力的な議論と国家的境界、文化および商業的適時性の中と外での法の日々の形成における猛烈な事実上の競争を通じた接近を意味する。

最後に、すべての選択肢は、アジアおよびヨーロッパだけでなく、南アメリカ、アフリカ、ルイジアナおよびケベックの研究者および実務家の協力を考慮

し、法典化のプロセスそれ自体にも彼らを含めるべきであろう。こうした動きの広がり、大陸法の伝統に対して法典の主体を強化し、なすべき一定の役割および展望の中で復権する機会をつかませることになろう。こうした役割は、長い間大陸法学者が有していたものであり、将来もそれを示すことが可能であり、示すべきであろう。

大陸法体系が国家主義、地域主義および相互の誤解という長い過去を有していたことは誰も否定しないし、反対に、大陸法の歴史が一致点、共通点、また共有された概念、着想およびアプローチに富むものであることもまた否定されないのである。このような観点において、現在、我々大陸法学者は絶対的かつ長期間の文化的義務を果たすことを求められていると理解されよう。それが、単一の制度として共通の法的未来を作り上げる義務であり、我々の過去を再検討し、我々および次の世代のために意味をあたえるのである。