

Title	グローバル化時代の大陸法と契約法
Sub Title	Le Droit Continental et le Droit des Contrats à l'Heure de la Mondialisation
Author	Benöhr, Hans Peter(Osawa, Shintaro) 大澤, 慎太郎
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.253- 278
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-20160825-0253

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.

グローバル化時代の大陸法と契約法

ハンス＝ペーター・ベネール¹⁾

大澤 慎太郎／訳

- A. グローバル化
- B. 大陸法
 - I. 法族 [Les familles de droit]
 - II. 国家のアイデンティティと法の移出
 - III. 外国法の導入
 - IV. ビジネスマンと弁護士
 - IV. 契約法の統合のために
- C. 契約法
 - I. 現在の契約法体系
 - II. 契約の自由とその限界
 - III. 契約法の限界と拡大
 - IV. 契約法的环境
 - V. 法の適応化
 - VI. グローバル化と倫理化 [éthicisation]
 - VII. 契約法の改正
 - VIII. 契約法の新しい構築へ向かって？

私に割り当てられた3つの要素のそれぞれ、すなわち、“グローバル化 (la mondialisation)” (A)、“大陸法 (le droit continental)” (B)、および、“契約法 (le droit des contrats)” (C) は、深遠な検討を求めることになります。しかし、以下では、議論の導入として、いくつかの指摘をするのみに留めることにします²⁾。

1) 本講座へのお誘いと企画、および、以下のテキストの翻訳について、金山教授、ブサーニ [Busani] 教授、大澤准教授に対して深く感謝申し上げます。

A. グローバル化³⁾

1. 一般的に受容されている定義もなく、ここで、そのうちの1つを提示しようというつもりもありません。今日、グローバル化、産業化、近代化〔la modernisation〕、政治的發展、または、法の移出の間の諸関係に決着をつけることなどもはや不可能です。かつて、主要道路（茶の道〔la route du thé〕、シルクロード〔la route de la soie〕、琥珀の道〔la route de l'ambre〕など）の上でなされていた取引、純奢侈品〔produits de pur luxe〕の取引、大きな政治的単位の内部（ギリシャ世界やローマ帝国の内部など）での取引、さらには、近代初頭における、植民地開拓などがグローバル化の形容を受けるに値するかどうかを決めることが重要であるとは思えません。

最初のグローバル化、つまり、近代化〔moderne〕ですが、これは、イギリスでの産業化に続く西ヨーロッパ諸国での産業化に従い、19世紀初頭から第1次世界大戦、すなわち、1914年までの間に位置付けることができます。この最初のグローバル化は、取引の大規模な増加により特徴付けられます。この取引は、政府の活動、とりわけ、1846年のイギリス“穀物法（corn laws）”の廃止、および、1860年の“英仏通商条約（le Cobden-Chevalier-Treaty）”により可能となったものです⁴⁾。自由な取引は、二国間条約〔des traités bilatéraux〕により政治的に可能となったのであり、この条約は、輸入および輸出につき、国境を解放したのです。経済的な視点から観ると、この取引は金貨の国際的な基盤の上

2) パンテオン・アサス大学（パリ第2大学）により出版された書籍、1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, 2004 を多く用いています。本書については、1804-2004 Le Code civil として引用します。

3) Catherine Kessedjian, La mondialisation du droit : défi pour la codification, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 917-927, avec bibliographie.

4) Markus Lampe, Explaining Nineteenth Century Bilateralism : Economic and Political Determinants of the Cobden-Chevalier Network, OMC 2015, https://www.wto.org/.../wtr11_11jan11_e.htm.

で行われていました。グローバル化の現在の段階⁵⁾〔période〕ということであれば、これから私が観察しようとするもの、および、われわれに、日々、投げ掛けられている問題について、次のように簡潔に述べてみましょう。

2. 私は、グローバル化は、すべての人および制度、あらゆる種類の考えや財物〔biens économiques〕に係わるものであると思います。グローバル化は——この言葉が示しているように——世界的な現象を表しています。しかしながら、ここで言及される要素は、大いに異なった形で、グローバル化に触れています。すなわち、とても高度にグローバル化の影響を受けている人、制度、および、考え、ならびに、グローバル化の影響を受けていないその他のもの〔人、制度、および、考え〕があるのです。

3. このグローバル化は、国家経済の発展（インドや中国など）にせよ、技術の発展（インターネットなど）にせよ、かつて想像できなかったほどの速さで行われる取引により特徴付けられます⁶⁾。デジタル経済〔l'économie numérique〕のおかげで、契約の締結と履行は、考えられない速度でなされ、あらゆる種類の惨禍が、世界全体に即座に負の影響を広げます。

4. さらに、あらゆる取引や出来事が、メディアのおかげで、世界中の人々の眼前に広がっています。同じく、組織や個人も、自ら国際的な公衆への配慮を模索しています⁷⁾。

5. 数十年来、あらゆる企業と物の大きさ、価値、および、同じ規模でリスクもが、甚しく増大したという観察結果（アジアやアメリカにおける超高層ビル、巨大なダムや原子力発電所など）を、私は、より特定の、 “グローバル化” と

5) グローバル化の現在の段階の始まりについては、なお、議論があります。この点については、Catherine Kessedjian, *La mondialisation du droit: défi pour la codification*, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 917-927, p. 918 が、前世紀の “60 年代” と述べています。

6) Cfr. Catherine Kessedjian, *La mondialisation du droit : défi pour la codification*, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 917-927, p. 919.

7) 例：破毀院 (https://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/english_2851) やフランス政府 (http://www.nyulawglobal.org/globalex/French_Law_Free_Resources.html) による重要書類の外国語訳、同じく、ドイツや他の国々のものもあります。

いう言葉のもとに位置付けています。

市場は拡大し、生活水準は、われわれだけでなく、発展途上国においても向上しています。

6. 私見によれば、“グローバル化”は、経済分野に限られたものではないのです。グローバル化は、政治や、イデオロギーや、文化の要素もまた含んでいるのです。それゆえ、法の要素、同様に、法に影響を与える諸概念（基本権〔*droits fondamentaux*〕や、環境保護など）もまた、含んでいるのです。

7. 自由、安全、経済などを侵害する負の事実（戦争や内戦、テロや犯罪集団、売春や麻薬など）もまたグローバル化の一部であり、この事実は時に自然災害（海面の低下や上昇など）の結果としても生じます。時には、このような出来事の経済的な側面が、世界の他の一端を感じさせるものとなります（保険給付など）。天然資源の略奪や、人口集団（原住民、少数派、農民など）のアイデンティティの侵害もまた、グローバル化の要素に数えられます。

8. 同様に、グローバル化には、脱税、資金洗浄、または、贈賄〔*la corruption*〕に対する国際的な措置も含まれます。

9. “グローバル化”の他の特徴の1つは因果関係の撤廃です。われわれは、もはや、原因と結果の間に明確な区別をすることができません。因果関係は相互作用の働きに取って代わられています。

10. グローバル化は、政府や議会から、彼らの市民の将来を支えるための権能を奪います⁸⁾。

11. グローバル化に対する政府やその市民の感情には両面性があります。すなわち、その結果が有益なものとして現れる、時折のプラスの側面と、変化への恐れが勝る、一般的なものとしてのマイナスの側面です。

12. 結果として、グローバル化は、国家、さらには、地域の計画に対する攻撃的な反応を引き起こすのです。

8) Hans-Peter Schwintowski, Verteilungsdefizite durch Recht auf globalisierten Märkten, Grundstrukturen einer Nutzentheorie des Rechts, Antrittsvorlesung, 26. Januar 1995, Berlin 1995 = PDF, p. 28.

13. 20年も前に、シュヴィントフスキ〔Schwintowski〕教授は、世界中にある法体系〔les systèmes juridiques〕が、社会的または倫理的な考慮を通じて正当化されることなく、財の分配の非常に大きな損失（Verteilungsdefizit）を引き起こすことを認めていました。法体系は、あまりにも頻繁に、次善〔suboptimale〕の策として構築され、かつ、結果として、国内総生産〔le produit intérieur brut〕を増やすために改善されるべき、生産要素の1つ〔un facteur de production〕なのです⁹⁾。

14. 津波のように、グローバル化は政府に襲い掛かるものではありません。政府は、子設ける親のように、グローバル化の手ほどきをしてきましたが、しかし、政府は、その時々において、この上なく、自身の子らを放置してきたのであり、かつ、後に生じるその成長を予見することはできなかったのです。1945年、人々は、その間を政治および経済の恐慌の期間により結びつけられる、2度の世界大戦から復興しました。この状況下で、各国政府は自国の再建と平和の保護のために、3つの考えに従うこととしました。すなわち、各国間の緊密な関係と相互開放、経済的安寧、そして、3つ目に、アメリカ合衆国からの支援です。この信念に駆り立てられ、各国政府は、政治的な計画に基づき国際連合を創設し、経済的な計画に基づき、後に、世界貿易機関（OMC、WTO）となった、関税および貿易に関する一般協定（AGETAC、GATT）、国際通貨基金（FMI、IMF）、および、世界銀行〔la Banque mondiale〕を創り上げました。それゆえ、グローバル化は、政府の法律行為に由来するもののなのです。これを伴って、新しい形のグローバル化が始まるのです。

15. “新しいグローバル化（la nouvelle mondialisation）”は複数の点で19世紀のものとは区別されます。すなわち、“新しいグローバル化”の歴史的な基礎は、大きなネットワークを形成する多国間条約〔des traités multilatéraux〕であり、かつてのような二国間条約ではないのです。多国間条約は、原則として、他の〔条約外の〕政府に対しても開かれており、排他性を帯びていません。かよう

9) Schwintowski, Verteilungsdefizite, pp. 4-9.

な条約は、これまでに、いくつかの例外を除いて（とりわけ、1920年の国際連盟〔Ligue des Nations〕）、超国家的組織を設立しており、知られていないものもあります。これは、あらゆるグローバル化の法的性格をもまた示すものです。

組織は、権原の行使方法を手中に握り、固有の予算を意のままとし、そして、FMI〔IMF〕や世界銀行の場合には、必要に応じて、国家の経済に影響を与えるために巨大な通貨基金を保有しています。これらのすべてが、1945年以後の政府の合意の、重大で、政治的かつ経済的な性格を証明しています。

他の大きな違いの1つは、国際決済の中にあります。すなわち、現在では、国際決済は、供給と需要の法則の結果としてであるにせよ、国家の権限による決定に従うにせよ、為替相場〔cours d'échange〕に基づいてなされます。19世紀には、国家の権限は、その貨幣単位と金の間にある関係を決定することに限られており、貨幣は、金、または、より稀ではありますが、銀に基づいて交換されていました。

16. 同じく、今日でも、グローバル化は、国家の法律により設けられた枠内で実現しています。グローバル化に、国家の法が欠落している領域（“法から自由な領域〔rechtsfreier Raum〕”）を割り当てることは誤りです。これは、まさに、“国際商慣習法（lex mercatoria）”に当てはまることです。長きに亘り、ドイツは、経済自体により創られた法（“自己創設された経済法（selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft）”）という自身の観念を放棄してきました。アダム・スミスもまた、国家の外にある法を創設する可能性について、僅かな時間も考えていませんでした。

同時に、グローバル化は、自身の側から、政府に対して行動を強制し、かつ、当初から、国際（公）法および国内法に対して大きな影響力を行使してきました。この国内法につき、私は、これから、大陸法の名で呼ばれる法を検討しようとしています。

17. ほぼ自然に発生したグローバル化の印象を排除し、政治的かつ経済的な意思の収斂の結果としてのグローバル化を受容するならば、グローバル化の機会を利用する権原、および、その害とリスクを減らす責任を取り戻すことにな

ります。グローバル化の作用における、消極的な主体の役割から、積極的な主体の役割に移行しなければならないのです。

B. 大陸法

人々は、しばしば、コモン・ローと対比される、大陸法を擁護します (I)。彼らは、自らの固有の法をもって、国家のアイデンティティを保護したいと望み、かつ、その法の構成要素を他国へと移出したいとも望んでいます (II)。同時に、なぜ自らが、また、他の国家が外国法を導入するのかということについて、理解しなければなりません (III)。最後に、われわれは、次の問題をもまた含んでいる国際競争の中にあります。すなわち、どの法が、国際取引および国際紛争を規律するのかということです (IV)。

I. 法族 [Les familles de droit]

1. 大陸法は、主として、ロマニスト [romaniste] およびゲルマンの法族から成るものですが、その起源は——誰もが言うように——ローマ法にあり¹⁰⁾、ローマ法は、後に、地域の諸法 [des droits regionaux] および立法活動によって充実した内容となりました。サヴィニー [Savigny] は、ローマ人は、法概念を用いて計算する術を心得ていると述べています。中世の法学者および自然法 [droit naturel] の思想家たちは、現在の体系の樹立に貢献しました。同様に、それぞれの法は、大陸法の庇の下、典型的には1つの法典編纂の内に結び付けられる、1つの完全な規範体系から成り立っています。他面において、大陸法秩序の大部分では、紛争は職業裁判官により裁かれています。

詳細に言うと、体系、概念、および、規律は、大陸法の立法 [の仕方] により千差万別です。例えば、ドイツ法とフランス法の間の違いは、契約の締結、内容の確定、コース¹¹⁾、契約上の債務と所有権の移転との間にある関係に係

10) Admirable : Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1947. – Actuel : Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990.

わります¹²⁾。より近時では、EU 指令〔les directives de l'Union Européenne〕を変換する様々な方法を例として挙げることができます。

他の違い、さらには、とりわけ、国家の言語の問題、および、その結果として、法概念の違いといった困難が、体系や法文化の違いに付け加えられます。例えば、法的な業績の中には、外国の研究よりも、国内の研究の方が、より多く参照されていることを見出せます。

ローマ法またはゲルマン法の法族の内部においてすら違いが存在します¹³⁾。われわれが、大陸法に含むことを誇りに思っている多くの法体系は——認めなければならないことですが——フランス法やドイツ法とはほとんど類似点がないのです。例えば、アラブ世界の国々の法典は、イスラム法の要素を多く含んでいます¹⁴⁾。大陸法諸国の中に現在の中国を数えようと望むのであれば、中国が、その憲法の文言に従い、“人民民主主義独裁の社会主義国家”であり、ここでは、“社会主義体制は根幹の仕組みである”ということを忘れてはいけません。訴訟を避けるため、それゆえに、法を厳格に適用するために、明白に、当事者がすべてを決めるという、日本のことを想起してください。ラテンアメリカの国々は、われわれとは異なる歴史、社会、経済を有しており、なお北アメリカの強い影響の下にあります¹⁵⁾。ケベックの法文化ですら、フランスの

11) Denis Mazeaud, La cause, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 451-472.

12) Michel Fromont, Alfred Rieg, Introduction au droit allemand (République fédérale), 3 voll., 1977, 1984, 1991 ; Carl Crome, Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français, in : Livre du Centenaire, 1904, pp. 585-614 ; Louis Vogel, Le monde des Codes civils, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 789-802, pp. 792-794 ; Hans-Jürgen Sonnenberger, Claus Dieter Classen (Herausgeber), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2012.

13) Filippo Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009 は、法制度間の多くの違いを列挙しています。

14) Sélim Jahel, Code civil et codification dans les pays du monde arabe, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 838-844 : 契約の解釈、履行能力、貸金における利息の禁止、売買の目的物の危険、団体に係る一定の仕組み、一定の悔悟条項〔clause de repentir〕など。

15) Arnolfo Wald, L'influence du code civil en Amérique latine, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 855-870.

ものとは異なっているのです。

2. われわれは大陸法とコモン・ローを対比させることに慣れています。もっとも有名な違いとして、“約因 (*consideration*)”、“禁反言 (*estoppel*)” の原則、“信託 (*trust*)”、“特定履行 (*specific performance*)” の原則的な拒絶、同じく、わずかな例外しかない信義則を考慮することの拒絶などを挙げることができます。違いは、契約の形態の中にも表れており、この契約は、大変詳細で、かつ、結果として、極めて広範なものであり、法典化に頼ることなく、また、同様に、裁判官に対して評価の余地がほとんど残されておりません。ルイ・ヴォーゲル [Louis Vogel] 学長によれば、コモン・ローの伝統に属する国々においては、“法典は法体系と不可分一体のものではなく、ここでは、法典は要約でも、イメージでもなく、ましてや、シンボルなどでもない”のであり、その一方で、アメリカのリステイトメント [the restatements] には、あらゆる民主主義的な正当性が欠けているがゆえに、規範的な権能がないのです¹⁶⁾。本質は、法典の形態ではなく、その使用であるように思えます。

より重要なことは、方法の違いです。すなわち、われわれが日頃から科学的 [scientifique] と形容している方法は、法体系とその諸概念に依拠しています。これとは反対に、英国人およびアメリカ人は、紛争の解決を先例の中に見出し、その根拠を“先例拘束性の原理 (*stare decisis*)”の規範の下に置きます。その上、コモン・ローの裁判官は、先例と“先例拘束性の原理”により作られた“首かせ (*carcan*)”に拘束されているので、抽象的な規範および一般条項を適用することが、自らに求められる大陸法の裁判官よりも、恐らく弱い権限しか行使できないのです¹⁷⁾。大陸法とアングロ・アメリカン法の法系の間にある溝は、深いけれども、言われているよりは広くないと、恐らく主張することができるでしょう。さらには、現在の大陸法系は、大運河の兩岸を描くという理想的なイメージとはまったく一致しないということを認めなければなりません。要す

16) Louis Vogel, *Le Code civil dans le monde*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 789-802.

17) Catherine Kessedjian, *La mondialisation du droit: défi pour la codification*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 917-927.

るに、ヨーロッパとアメリカの法体系の中にある違いは、“文明の闘争（une lutte des civilisations）”に相当するものではないのです¹⁸⁾。

II. 国家のアイデンティティと法の移出¹⁹⁾

1. なぜ、われわれの心配は大陸法へと向かうのでしょうか。その理由は、恐らく、ヨーロッパ大陸の人々が、グローバル化の負の影響を恐れているからであり、とりわけ、彼らは、是非はともかく、資本主義の氾濫とアメリカ風の制度を恐れているからなのです。彼らは、自分たちから彼らの民法典を奪われることを恐れているのです。

法は、ある国の一般的な文化の一部を成しているので、彼ら固有の法体系を維持し、さらには、守ることは、文化的な側面を纏うことでもありうるのです²⁰⁾。

2. グローバル化の最も重要な特徴の1つは、広大な経済市場においてのみならず、法体系間においてもなされる国際競争です。これは、ある国から他国へと法を“移出（transfert）”するという問題であり、かつ、契約の締結と契約に関する紛争についての問題でもあります。

3. かような国際競争中で、自身の立場をどのように守るのでしょうか。良い法律が必要であり、外国に対してこのような法律を守る政府が必要であり、かつ、法の主体〔les sujets〕が法律の性質について納得しているということが必

18) 20世紀前半の第三国における、フランス民法典〔le Code civil〕とドイツ民法典〔BGB〕の間の競争を想起してください。v. Konstantinos D. Kerameus, L'influence du Code civil en Europe centrale et orientale, pp. 823-830 ; Eiichi Hoshino, L'influence du Code civil au Japon, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 871-895.

19) Alan Watson, Legal Transplants : an approach to comparative law, 1974 ; Alan Watson, Legal Transplants and European private law, vol. 4.4 (2000) Electronic Journal of Comparative Law, www.ejcl.org.-Cependant: Pierre Legrand, The Impossibility of “Legal Transplants”, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), pp. 111 et s. 国内の契約法への“収斂〔une convergence〕”に係るすべての問題について、ここで議論する場所はありません。

20) David Nelken (ed.), Comparing Legal Cultures, 1997 ; Laurent Leveneur, Le Code civil et le droit communautaire in : 1804-2004 Le Code civil, 2004, pp. 929-951.

要です。

4. まず、われわれの法体系の強みと弱みについて、前者を強化し際立たせ、かつ、後者の欠点を治癒するために、予め熟慮することが求められます²¹⁾。同時に、われわれは、次のことを自問すべきです。すなわち、われわれが絶対的に守ろうと望むわれわれの契約法において、何が法規範なのか、ということです²²⁾。〔それは、〕信義誠実の原則〔le principe de bonne foi〕、最も弱い当事者の保護（債務者、幼児、労働〔travail〕、賃貸借〔location〕）〔でしょうか〕。ソネンベルガー〔Sonnenberger〕氏は、さらに、権利と義務〔obligations〕の均衡、および、当事者の社会的責任を列挙します²³⁾。われわれの講座において、ベトナムに関する報告が、契約または企業設立の自由の価値を思い出させてくれました。この自由は、われわれが、明白なもののみなし、かつ、その制限にしか注目しないもの（後掲）であります。しかし、正統派の社会主義から生じた国家においては、高く評価されているものです。この報告は、われわれにとっては明白であるけれども、他にとっては近時手に入れた重要なものであるという権利が、どのように裁判官の判断する義務（フランス民法典4条）となるのかについて、明らかにしています。

ヨーロッパの景色をより魅力的なものとするために、恐らく、われわれの法の改善に着手することを考えなければなりません。世界銀行は、“事業活動（Doing business）”の表題の下で、ビジネスマンにとって、何が重要な要素かを示しています。例えば、企業の設立、建設許可、所有権の移転、融資の獲得、契約の履行、支払不能の解消、越境取引、税金の支払です。当該報告の手法に対しては同調しないとしても、その要素は考慮に入れなければなりません。

21) Schwintowski, Verteilungsdefizite, pp. 10-16 は、最良の法体系に向けた競争（funktionsfähiger Wettbewerb um Recht）に関するものです。

22) Laurent Leveneur, Le Code civil et le droit communautaire in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 929-951 は、例えば、契約法のフランスにおける改正は、“フランス人の特性により、かつ、フランスの法文化が遵守される範囲で”なされることを求めています。

23) Hans Jürgen Sonnenberger, Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch: leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 1011-1044, p. 1031.

しかし、国内および国外のビジネスマンと弁護士が、立法者が検討すべき唯一の対象ということではなく、主体の大部分は、平均的な人々、すなわち、法規範を受け入れてもらうことが立法者にとって重要となる、取引法についての非専門家なのです。

5. ヨーロッパおよび世界の土俵の上では、大陸法の旗の下に集いうる国々は、恐らく多数派により、かつ、とりわけ、大陸法の質に言及しながら、彼らの影響力を行使しなければなりません。しばしば、われわれの政府は、大陸法の視点を充分には強調してこなかったように見受けられます。

影響力の行使について説明しうるある逸話があります。すなわち、“ローマ I (Rome I)” のオールドナンス草案に対する、シティ・オブ・ロンドン [la City de Londres] の実業界による抵抗は、大変熾烈なものであり、英国政府 [le gouvernement de Sa Majesté] は、修正されない場合には草案に反対する恐れがありました。これがその例です²⁴⁾。その反対に、ベルリンの壁崩壊後に、アメリカ合衆国が旧共産圏の国々に対してコモン・ローを導入しようと多大な努力をしたこと、および、大陸法の影響力を守るために、ドイツは、大陸ヨーロッパの法の専門家らを派遣したということもまた語られているところです²⁵⁾。

6. われわれは、なぜ、自国の法体系を他国へ“移出 (d'exporter)” したいと望むのでしょうか²⁶⁾。それは、ナショナリズム、布教の精神、政治的影響力の拡大への願望、または、より物質的な他の財の輸出を促進することへの願望からでしょうか。

24) Judith Scharreiter, Der missglückte Legal Transplant des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO—Eine Kritik an der Regelung fremder Eingriffsnormen im europäischen internationalen Vertragsrecht, ZEuP 2015, pp. 497-516.

25) Horst-Dieter Westerhoff, Globalisierung und Bilanzrecht, Einige ordnungspolitische Bemerkungen, o. O., o. J. p. 3.

III. 外国法の導入

1. 19世紀のドイツと日本は、かつて、国民、または、少なくとも知識人、および、政府が、ナポレオン法典とともに、“自由、平等、所有権、契約の自由といったもの、すなわち、革命の精神たる個人主義ですが、このような近代の法の諸原則”の導入を考えたという証拠を与えてくれます。政治の変化もまた、法の性向の変化をもたらしました。例えば、日本は共和制のフランスから離れ、王政のプロイセンおよびの帝政のドイツへと向かいました²⁷⁾。

第二次世界大戦の後、中央ヨーロッパの諸国家は、旧ソ連〔URSS〕をモデルに自国の法体系を作り、ベルリンの壁の崩壊後は、西側への進路を模索しました。

人民政府たる中国の例は、一方では、国家は、外国の法律とともに、例えば、消費者保護や経済の促進といった目的などの、その法の精神も“受容(recevoir)”しうること、同時に、その国家は、例えば、西洋の意味における人権のような他の概念に対して門戸を開くことは拒絶しうるということを、如実に表しています。

2. しかしながら、法秩序の完全な転換、および、完全な法体系の移出は歴史的な例外をなすものです。大部分の場合、例えば、債務法、環境保護、取引法、裁判組織、または、法律家養成といった、法の一定の部分のみの移出となります。

3. 確かに、国家は、その要求に最も適しているように見える法律を選ぶことになります。例えば、中国は、債務法および物権法については、広く大陸法の

26) Livre du Centenaire, Le Code civil à l'Étranger, Tome second, 1904, 3^e partie, pp. 585-896 ; Le Code civil dans le monde, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 787-896. -ドイツにおけるナポレオン法典の紹介例として、以下を参照 : Werner Schubert, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1977 ; Elisabeth Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht, Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, 2. Auflage, 1978 ; Michel Pédamon, *Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle*, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 803-822.

27) Eiichi Hoshino, *L'influence du Code civil au Japon*, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 871-895.

モデルを使用しており、経済の法律については、アメリカ合衆国の方向に目を向けています。

4. われわれは、ヨーロッパにおけるローマ法の受容以降、修正なき移出に耐えられる法秩序がないこともまた知っています。外国法の要素を“受容（reçoit）する”国家の法文化は、しばしば、存在する体系の中にその要素を統合するために、かかる要素を修正しようとするのです²⁸⁾。

5. 最後に、今日、厳密な意味での法規範ではなく、例えば、企業統治²⁹⁾〔corporate governance〕の規律のような、“ソフト・ロー（soft law）”の移出がますます問題となっていること、同様に、一定の規律についてのイニシアティブが、国家または国際機関ではなく、NGOの側から生じていることにも言及しておきましょう。

IV. ビジネスマンと弁護士

1. ビジネスマンにわれわれの制度の質を納得させ、かつ、根拠なき批判に対してかかる制度を守らなければなりません。かような防御の一例として、世界銀行の“事業活動（Doing business）”報告に対する、フランスの叙事詩的な条文があります。フランス語で書かれ、かつ、フランスのメディアに現れたこの条文が、フランス語圏以外の世界において、大きな注目を集めるに値するものであるとは、恐らく思われていなかったでしょう³⁰⁾。

より視覚的な問題の1つが、国際契約（本講座の他のテーマの1つ）により投

28) 本講座を通じて、言及されてきた法文化の例として次のようなものがあります。すなわち、ベトナムにおける慣習法の重要性と、法律により承認された“自力救済（self help）”です。違法ではあるけれども、一般的に認められる、または、少なくとも知られている行為について、“法文化（culture juridique）”を通じて理解できるとするならば、暴利と引換になされる闇金融〔le prêt d'argent au noir〕についても言及すべきでしょうか。これは、アジア特有のものでしょうか、それとも、前近代的社会の指標でしょうか。

29) 本講座における、アルムスツッツ〔Armstutz〕教授の報告を参照。

30) Les droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports “Doing Business” de la Banque Mondiale, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 2006.

げ掛けられています。大規模な範囲の投資、巨額な資本の移転、“合併と買収 (mergers and acquisitions)”——これらは、法的助言を必要とし、かつ、大きな紛争の対象となりうるものです。ところが、利益〔gâteau〕の大部分を圧倒的に奪い去るのは、アメリカの弁護士“事務所 (firmes)”なのです。

アメリカと英国の法律家のかような成功の理由の中から、いくつか引用してみましょう。すなわち、アメリカ人のパートナーであれば経済重視、アメリカ経済全体への完全な信頼、コモンウェルス〔Commonwealth〕の伝統などです³¹⁾。かような切り札と張り合うことは極めて困難であるように思われます。さらには、あらゆる法律用語を伴う法律言語が、イギリス法またはアメリカ法を知らない人々に対してはいかなる意味を持たないとしても、彼らが、世界中の人々が理解し、かつ、話すのを止めない英語を使用しているということもあるのです。

2. われわれの法体系を、ビジネスマンと彼らの弁護士たちにとって魅力的なものにしようと望むのであれば、以下のような見地から、われわれの規定を検討しなければならないでしょう。すなわち、これらの規定が、受け入れ可能なものか、言語の観点から理解可能なものか、内容の観点から理解可能なものか、道理にかなったものか、われわれの規定の法文は彼らの現在の感覚と合致するか、また、判例による修正を受けているか、法的安定性〔la certaint  du droit〕の水準は十分に高いものであるか³²⁾、判例は容易に受け入れることができるか、ということです。

同様に、われわれの裁判官は客観的な方法で判断を下すこと、裁判官たちは

31) グローバル化の“発見 (découverte)”、および、“企業統治 (corporate governance)”、または、“企業の社会的責任 (corporate social responsibility)”の導入といった、アメリカ人による他のイニシアティブについても、確認しておきましょう。

32) ジェレミー・ベンサム〔Jeremy Bentham〕は、英国の弁護士が好んで引用するフレーズ〔toast〕として、以下のものを引用しています。すなわち、“法律の輝かしい不安定性 (Cette glorieuse incertitude de la loi)”です (De la codification, Oeuvres, tome III)。この点について、F. Larnaud, Le Code civil et la nécessité de sa revision, in : Livre du Centenaire, 1904, pp. 899-934, p. 902 を参照。

経済の分野の専門家であること、訴訟の費用は法外なものではないこと、および、執行は効果的であることを、ビジネスマンと彼らの弁護士たちに納得させなければならないでしょう³³⁾。

同時に、われわれの弁護士たちが、英国〔*outr-Manche*〕やアメリカ〔*outr-Atlantique*〕の“弁護士事務所（*firmes*）”に対して時に感じる劣等感から解放される手助けもしましょう。弁護士たちが、大陸法の方法で、国際契約を行い、かつ、彼らの顧客に対して、大陸法の精神を備えた訴訟制度を選択するように提案するということが望まれるのです。

IV. 契約法の統合のために

複数の国家における契約法の統合は、取引を容易にし、取引をより安価にし、消費者の利益となり、かつ、国際市場、さらには、ヨーロッパ外の市場における、ヨーロッパ製品を支援することにもなるということについて、理性的に異議を唱えうる者などいないでしょう³⁴⁾。よくあることですが、ヨーロッパ人は、フランスまたは英国、ドイツまたはポーランドがヨーロッパの一部でしかないこと、ヨーロッパ自体も世界全体の一部でしかないことに気付いておりません。ヨーロッパ以外の人々の大部分が、ヨーロッパの内部における多数の相違点に気付いていないけれども、しかし、一致した価値観と、程度の差こそあれ、至る所での平等な経済的發展を伴った、1つの歴史、1つの宗教、および、1つの共通の文明により単一化されたヨーロッパのみを観ているということをよく、忘れていきます。

さらには、シュヴィントフスキ〔*Schwintowski*〕教授は、とりわけ、企業法および競争法、社会法および労働法、ならびに、環境法を含んだ1つの世界経

33) 理論的側面から観た、裁判官の重要な役割につき、Catherine Kessedjian, *La mondialisation du droit: défi pour la codification*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 917-927, pp. 921 et s. 参照。

34) Cfr. Hans Jürgen Sonnenberger, *Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne*, in: 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 1011-1044, p. 1034. なお、ヨーロッパ契約法の問題および法案については、扱わないこととします。

済法〔un droit économique mondial〕(Weltwirtschaftsrecht)の誕生すら検討しており、かつ、社会および環境水準の保護、ならびに、市場における自由とフェア・プレイ〔le fair play〕の保証のために、国際標準〔des standards internationaux〕を求めています³⁵⁾。

C. 契約法

契約法の現状と未来を評価するために、規範の内容ではなく、むしろ、契約法の法典化の形式と影響について、続けて検討することにします。“体系(système)”と“自由(liberté)”という両面〔diptyque〕には、契約法のすべての範囲をもはや収めきれないということ、および、ドイツ民法典〔BGB〕のような古い法典の単なる改正では、現代の期待にほとんど応えることができないということは、かなり早くから気付かれておりました。

I. 現在の契約法体系

現在の契約法体系は、人の考えと行動、契約の目的、極めて多様な出来事の影響、ならびに、時間および場所を連携させるために、見事なまでに考案された、1つの知的な装置です。この装置は、法の安定性と柔軟性の間のバランスを保障してもいます。フランス法は、デカルト的な名声を享受し、ドイツ法は、意思表示(Willenserklärung)、法律行為(Rechtsgeschäft)、および、契約の諸概念を伴って、体系化をさらに先へと進め³⁶⁾、この諸概念は、狭義の契約法のみならず、ドイツ私法のあらゆる支流において一定の役割を果たしているのです³⁷⁾。

実際、民法典は、今日、あらゆる大陸において、現実には存在してはおります

35) Schwintowski, Verteilungsdefizite, p. 4.

36) Louis Vogel, Le Code civil dans le monde, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 789-802 は、“フランス民法典〔le Code français〕は、比較的一般的な原則について表明し、これに対し、ドイツ民法典〔BGB〕は、具体的な解決方法の詳細に立ち入ることを躊躇しない”としています。

37) V. Jacobien Rutgers et all., Rules and Principles in European Contract Law, 2015.

が、しかし、根本的な改革〔の影響〕に晒されているのです³⁸⁾。

なぜ契約は当事者を拘束するのかという問題への答えはなお闇の中です。スカンジナビアにおいて支配的となっている、“Lofte” 理論によれば、債務は一方当事者の単一的意思表示のみから発生し、かつ、この意思表示は、その真の意図を考慮するのではなく、独立した観察者の理解に従うとされます³⁹⁾。

II. 契約の自由とその限界

1. 契約の体系は契約の自由に対応しています。誰と、いつ、どのようにといったことと併せて、契約を締結することを望むか否かを定める自由のような、契約の自由の様々な側面を列挙する必要はありません。

友人のエネス氏〔Aynès〕は次のような言葉に魅せられています。“自由と自然法：ある法制度が不可欠である。つまり、契約である。契約は国家の法律〔loi〕なくして存続し得るものである。なぜならば、契約は、当事者が自らに与えた法律〔loi〕だからである。経済のグローバル化は、経済取引の最も合理的で、最も普遍的で、かつ、最も公正な法の道具として、まず、契約を推進する⁴⁰⁾”、というように続けており、すなわちこれは、どんな計画化⁴¹⁾〔planification〕などよりも、より有効な政治経済への計画へと通じる、封建制度や宗教の拘束を絶つ道具、資源の限界を考慮しつつ、個々人の最大限の満足へと至るための手段、国家または誰に対しても釈明をする何等の義務なく人生を設計する方法といったもののなのです。残念ながら、法体系と契約の自由のこの両面は、美しすぎるがために、現実を映し出すものとはなり得ないのです。

2. 一方の自由は他方の自由の制限となること、契約締結の際の重大な瑕疵（未成年〔minorité d'âge〕、重大な錯誤〔erreur grave〕、詐欺〔dol〕など）が、その債

38) Louis Vogel, *Le monde des Codes civils*, in: 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 789-802, p. 791.

39) Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., 2009, p. 146.

40) Laurent Aynès, *L'influence de la mondialisation sur le droit des contrats*, in : *Osaka University Law Review*, 46 (1999), pp.35-48 ; <http://hdl.handle.net/11094/6391>, p. 38.

41) Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., 2015, pp. 8-10.

務の効力を排除することは言うまでもありません。

とりわけ、契約の自由へのほぼ宗教的な崇拝は、より節度ある思索へ譲歩すべきでしょう。確かに、市民は、どのような方法で生活し、どのように自らのお金を使おうと望むのかを決めることができます。しかし、このことは、契約の自由への称賛をほとんど正当化していないのです。

企業は、自ら、己の自由を制限し、かつ、例えば、一般条項〔des conditions générales〕、カルテルの合意、技術的な規範の取決め、または、労働協約〔conventions collectives de travail〕により、自信の顧客の自由も制限します。契約の自由を制限するのは、とりわけ国家の法です。

III. 契約法の限界と拡大

1. 法典はすでに多くの強行法規を含んでいます。ドイツ民法典〔BGB〕134条は、法律に反する法律行為は無効と規定しており、同種のものが〔フランス〕民法典の6条にあります。法律の違反は損害賠償を生じさせることもあります。ドイツ民法典〔BGB〕823条です。実をいうと、国家が、市民や企業の自由な活動に代えて、自身の固有の判断をなすための規定のジャングル〔la jungle〕を描くことなどできないのです。

2. キャシーン・リテーヌ〔Cashin Ritaine〕教授の側から、別の見解がわれわれに届いています。すなわち、「フランスの立法者は、例えば、労働契約、賃貸借契約、さらには、消費者契約といった、多くの特別法を作ってきた。2000年以降、既存法〔à droit constant〕の法典化は拡大している。かかる法典化は、立法の現代的意義をまとめて同列に置くための恒常的な改正を示唆するものであり、これは、法典の概念を1つの容器へと追いやることになる……特別法の法文の増殖は、結局は、債務の一般理論の、消滅とまでは言わずとも、希釈化へと至るのである⁴²⁾」とされています。

3. ここで、保護法（消費者、労働者、賃借人）の層、民法典による基盤法たる層、最後に、企業法を含む第3の層につき、私法の現在の重層構造を残すか、または、廃止するかという問題があります。

4. 例えば、北アメリカのモデルに基づいた、ドイツにおける、リーシング [leasing]、ファクタリング [factoring]、および、フランチャイズ [franchising] といった、新しい種類の契約もまた、契約の自由に由来するものです。さらには、例えば、各個人が、衣服、アパートマン、または、自動車を交換ないし共有するという、近いうちに企業もこれに追隨する制度である、“共有経済 (sharing economy)” に必要な規律のように、法典に、われわれが未だ知らない将来の制度を組み入れる可能性を与える必要もあります。
5. 債務法の理論は、これが、薬剤、知的財産権、パブリシティ [la publicité]、スポーツと娯楽 [les événements de distraction]、ならびに、銀行、保険、および、運輸会社の各分野、エネルギー、大規模建設または日付を含むあらゆること、人工知能、インターネットなどのような、物質界の極めて多数の支流を一貫して無視するのであれば、誤った印象を与えることとなり得ます。
6. 立法者による、枠概念 [notions cadre]、不明確な概念 [concepts indéterminés]、および、法的標準 [standards juridiques] は、ますます重要な部分を成しています。例として、軽率 [l'imprudence]、公益 [l'intérêt général]、善良の風俗 [les bonnes mœurs]、権利濫用 [l'abus de droit]、請負契約における正規の技法 [les règles de l'art dans le contrat d'entreprise] といったものを挙げてみましょう⁴³⁾。
7. 一般的、かつ、時には、法典の文言に結びついてすらいな概念を広く用いつつ⁴⁴⁾、“法典から実質の部分”を取り除くに至るまでに、“判例はますま

42) E. Cashin Ritaine, Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s'applique ?, in Rev. Dr. Unif., 2008, 69, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2008-1&2/069-100.pdf>, pp. 84-87. V. Aussi : Nicolas Molfessis, Le Code civil et le pullulement des codes, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 309-338 ; Louis Vogel, Le monde des Codes civils, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 789-802, pp. 799 et s. (“codomanie” ; イタリア語では “testi unici”).

43) V. in : 1804-2004 Le Code civil : Bénédicte Fauvarque-Cosson, L'ordre public, pp. 495 et s. ; Jacques Foyer, Les bonnes moeurs, pp. 473 et s. ; Daniel Cohen, La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance, pp. 517-538. – E. Cashin Ritaine, Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s'applique ?, in Rev. Dr. Unif., 2008, 69, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2008-1&2/069-100.pdf>, pp. 20-22.

44) Jacques Foyer, Les bonnes moeurs, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 495-515.

す重要な規範的役割を果たしている⁴⁵⁾” のです。

8. 法典が、法へのアクセスへの簡略化、規律の体系化⁴⁶⁾、および、社会の変革への寄与といった3つの役割を常に有しているのであれば、新しい法典は、かつての伝統的な法典よりも、より野心的でない方法でこれらの目的を追求することになります。すなわち、新しい法典は、実用的かつ柔軟に、判例の役割を承認します。謙虚かつ暫定的に、常に修正可能なものとなります。かかる方向性において、新しい法典は、基盤となる共通の法しか含まなくなり、この法は、一般原則を提示し、かつ、特定の場合に⁴⁷⁾、特別法が修正する⁴⁸⁾ものとなります。

IV. 契約法の環境

1. 時に、最も目を引く問題は、契約の対象となる権利の債務者から債権者への移転——例えば、ある物の所有権の移転——であり、この問題はもはや契約法ではなく、物権法または特別立法に属する問題です。同様に、訴訟手続の大部分もここから排除されます。

2. あなたが、ビジネスマン、または、若い“起業したばかりの者 (start-up)” に対して、取引を行う、または、これを延期するための最も重要な点を挙げるように求めるならば、おおよそ、次のように言うでしょう。すなわち、税金、行政手続 (OCM [世界貿易機関／WTO] により廃止された非課税障壁 [les non-tariff-barriers])、不平等待遇 (これも OCM により禁止されています) の恐れ、不透明な印象です。行政活動の重要性は、先に述べた、世界銀行の“事業活動 (Doing Business)” 報告から生じます。債務法は、ビジネスマン [hommes d'affaires] の心配事の中には少しも現れないのです。

45) Louis Vogel, *Le Code civil dans le monde*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, 2004, pp. 789-802.

46) V. Louis Vogel, *Le Code civil dans le monde*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 789-802, p. 790 ; Catherine Kessedjian, *La mondialisation du droit : défi pour la codification*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 917-927, p. 923.

47) Louis Vogel, *Le Code civil dans le monde*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 789-802.

48) この種の形式と内容の分離は、法典化と特別法の間の調和を可能とするものとなります。

V. 法の適応化

かなり前から、われわれは、法を、新しい物質的環境、新しい経済的、社会的、および、文化的傾向に適応させる必要性にこたえなければなりません。たし、法の修正を行う能力をもった主体（立法者？、判例？、学説〔science juridique〕？）と方法（文言の修正、補足法〔lois supplémentaires〕、裁判所の判決）について議論をしてきました。

VI. グローバル化と倫理化〔éthicisation〕

1. グローバル化の現象は、現在の法の複雑さの第一次的な原因の中に数えられます。すなわち、高速の取引、あらゆる企業と物の、量および価値の増加、自由、安全、または、経済を脅かす事実、負の変化に対する市民の恐れなどです。

2. 経済のグローバル化は、人権の尊重、平和主義、社会的動機付け〔les motivations sociales〕、および、環境保護といった、道徳的価値についての国際的な認識の高まり〔une flamboyance〕を伴っています。多くの強力な非政府組織（NGO）が、この種の価値に至る所で実現しようという、高まる欲求に対して賛同しています⁴⁹⁾。これらの価値は、憲法にせよ、民法の法典化にせよ、法的規範を形成する途上にあります。フランスでは、“契約連帯主義”⁵⁰⁾（solidarisme contractuel）および諸規範の“憲法化（constitutionalisation）”をめぐって、議論が展開しています⁵¹⁾。ドイツでは、連邦憲法裁判所〔Bundesverfassungsgericht〕が、かなり早くから、ドイツ連邦共和国基本法〔Grundgesetz〕において定められている基本権〔droits fondamentaux〕について、

49) ヴォーゲル〔Vogel〕氏の観察によれば、倫理化は、旧共産国の法典の文言においても反映されています。すなわち、〔同氏は〕“社会の基礎となる原則は、もはや法典の中ではなく、ベルリンの壁崩壊後に書き直された国家の憲法の中にある”と〔指摘〕します。in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 789-802.

50) Daniel Cohen, La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 517-538.

51) Elisabeth Zoller, Le Code civil et la constitution, in: 1804-2004 Le Code civil, pp. 975-996.

例えば、ドイツ民法典〔BGB〕に含まれているような、他の規範との関係で、その優位性を認めてきております⁵²⁾。

キャシーン・リテーヌ教授は、“債務法の保護的な新しい特徴”を強調します⁵³⁾。2002年のブラジル〔民〕法典は、かような特徴を法典化の中にどのように組み込むのかを表すものとなる⁵⁴⁾。一方で、同じ頃に改正されたドイツ民法典〔BGB〕は、かような原則を明確に宣言することを拒絶しながらも、これらを強行規定の中に含めるべく、急いでおります。

VII. 契約法の改正

1. ドイツの契約法改正は、6週間後の2002年1月1日の施行を目指して、2001年11月26日にドイツ連邦議会〔Bundestag〕により可決されましたが、ある“大改革 (grande réforme)”を望むものでした。しかし、本改正は、21世紀の水準における法典化からは程遠いものでした。その大筋をまとめてみましょう。

立法者の作業の大部分は、長きに亘り、判例により作り上げられ、学説〔la science juridique〕により承認された諸制度を、ドイツ民法典〔BGB〕に組み入れることにありました。すなわち、契約締結時のフォート（契約締結上の過失〔culpa in contrahendo〕）、契約履行時における（遅滞〔le retard〕および履行しないこと〔l'inexécution〕以外の）様々なフォート（積極的債権侵害〔positive Forderungsverletzung〕）、および、事情変更の原則〔clausula rebus sic stantibus〕です。

52) 破毀院の判例につき、Louis Vogel, *Le monde des Codes civils*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 789-802, p.800 ; Anne Debet, *Le Code civil et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 953-974 を参照。

53) E. Cashin Ritaine, *Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s'applique ?*, in *Rev. Dr. Unif.*, 2008, 69, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2008-1&2/069-100.pdf>, p. 90.

54) Arnolfo Wald, *L'influence du code civil en Amérique latine*, in : 1804-2004 *Le Code civil*, pp. 855-870 : 基本権と人間の尊厳の承認、公序良俗および倫理に基づく権利の制限、客観的な信義則〔la bonne foi〕、所有権、企業、および、契約に対する社会的役割の帰属など。

さらに、在宅取引〔les affaires conclues à domicile〕、売買の一般条件、個人信用などに関する幾つかの法律も含めなければなりません。第3には、複数のEU指令がドイツ民法典〔BGB〕に挿入されたということです。

形式面の単なる法典化と思われうるものがある一方で、学問的な関心の中心にあるのではなく、日常生活において大いに重要となる、いくつかの実質的な改正も存在しており、これは、とりわけ、時効の改正です。さらに重要なものは、債務および売買の一般理論に係わるもので、かつ、同時に、ローマ法の消滅を告げる改正です。債務の一般理論は、構造的な変化を遂げましたが、しかし、個人責任（“責任〔Schuld〕”）の原則〔principe de la faute individuelle〕をなお出発点としています。債務者が、故意〔dol〕または過失〔négligence〕により、契約を履行せずまたは不誠実な履行を行った場合には、当該債務者は損害賠償をしなければなりません。過失〔négligence〕および故意〔dol〕の不存在に係る証明責任は債務者に課されます。この点について、ドイツ民法典〔BGB〕の原初規定は、誤解や疑いを招くものでありました。第2の大改正へ向かいつつ、債務の一般理論は、売買を今後もなお含んではいるものの、この売買は、今やローマ法由来の特徴を失っているのです。

2. フランスでは、著名な100周年の書籍、Livre du Centenaireの第4部全体が、改正についての“先例（des précédents）”にすでに言及しつつ、“改正問題〔la question de la révision〕”に充てられており、同様に、パンテオン・アサス大学（パリ第2大学）により出版された書籍でも、“民法典の将来（l'avenir du Code civil）”という視点から、その第3部において、問題が提起されています。“改正を行うための動機（les motifs pour faire la revision）”が、かつては、新しい法律、判例、法律の不備にあったとしても、現代の著者は、もっぱらそれだけということではないですが、むしろ、グローバル化、共同体法〔le droit communautaire〕、および、ヨーロッパ人権条約〔la Convention européenne des droits de l'homme〕の方を向いております。国内の契約法の改正がなされ、かつ、この改正が国際的な法典化へどのような影響を及ぼすことになるのかについては、なお、時を待たねばなりません。

VIII. 契約法の新しい構築へ向かって？

結論として、グローバル化の問題と可能性が法学の対象および教育上の要素となることは明らかです。

大陸法がコモン・ローと区別されるのは、われわれの契約法体系に基づいてであり、これは、ローマの法律家、注釈学派の法学者〔les glossateurs〕、および、自然法の思想家らが、何世紀にも亘って作り上げたものです。しかしながら、われわれの体系は、これを取り囲み、かつ、現代の様々な発展を無視している法の大部分を放置してきたがゆえに、危機に瀕しています⁵⁵⁾。新しい法典は、法の安定性、柔軟性、および、倫理化の要求を、同時に満たしうるでしょうか。国際的な行動主体および一般の市民を同時に満足させ、グローバル化の流れにおける重要な1つの要因となり、かつ、国家のアイデンティティの1つの要素となりうるでしょうか。新しい法典は、恐らく、大陸法の民法典の形態を取っている⁵⁶⁾とは思いますが、社会集団〔le corps social〕に受け入れてもらうために⁵⁷⁾は、その構造と基本的な価値⁵⁸⁾に基づいた説得力を持たなければならないのです。

〔付記〕本稿は科研費（若手研究〔B〕課題番号：15K16952）の助成を受けた成果の一部である。

55) Catherine Kessedjian, La mondialisation du droit : défi pour la codification, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 917-927.

56) V. M. Bussani, Faut-il se passer du common law (européen) ? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé, in Rev. Int. Dr. Comp., 2010, 7, http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/Mauro_BUSANI.pdf.

57) V. Catherine Kessedjian, La mondialisation du droit : défi pour la codification, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 917-927, p. 922, n° 12.

58) Cfr. Hans Jürgen Sonnenberger, Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne, in : 1804-2004 Le Code civil, pp. 1011-1044, p. 1019.

【訳者注】

(1) 講演と翻訳について

本稿は、大陸法財団寄付講座「2015 年度 大陸法特別講義 I」の一環として、2015 年 11 月 28 日に慶應義塾大学で行われた、ハンス＝ペーター・ベネール（Hans-Peter Benöhr）教授による講演「グローバル化時代の大陸法と契約法」の原稿につき、後日、同教授から完成補訂版としてお送りいただいたものを訳出したものである。本稿の訳出にあたっては、金山直樹教授（慶應義塾大学）から多大な御高配と御助言を賜った。この場を借りて重ねて感謝申し上げる。

(2) 凡例

原文における改行や括弧等の表現および脚注の体裁等は、明らかな誤記や誤入力と思われる箇所を除いて、基本的に維持したほか、ダブルクォートで括られた箇所については同様の表記をすると共に原文を適宜（ ）にて示し、イタリック表記されている箇所については、同様の修飾を施した上で必要に応じて原文を（ ）にて示した。また、〔 〕で括られた原文等は訳者による補足である。

なお、いわゆるジャーマンダブルクォートについては、英語式のダブルクォートに変更している。

(3) 参考文献

本稿の訳出については、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書・佛蘭西民法（I）～（V）』（有斐閣、復刊版、1956 年）、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法―家族・親族関係―』（法曹会、1978 年）、同編『フランス民法―物権・債権関係―』（法曹会、1982 年）、田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991 年）、山田晟『ドイツ法律用語辞典』（大学書林、改訂増補版、1993 年）、後藤巻則ほか『《特集》フランスの消費者信用法制』クレジット研究 28 号 3 頁以下（2002 年）、山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002 年）、平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する 2006 年 3 月 23 日のオルドナンス 2006-346 号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学 8 号 163 頁（2007 年）、中村紘一ほか監訳『フランス法律用語辞典』（三省堂、第 3 版、2012 年）を参照した。