

## 法の継受：受け手の側の論理と抵抗

名古屋大学名誉教授

名古屋学院大学教授 加藤 雅信

### 【ローマ法植民地の「民」がみるもの】

「ローマは、三度世界を征服した。最初は武力によって、二度目はキリスト教によって、三度目はローマ法によって」というイェーリングの有名な言葉がある。この言葉が喝破しているように、現在の世界の成文法国のほとんどは「ローマ法によって征服」されており、本書の著者、赵万一氏が住む中国も、この小文を執筆している私が住む日本も、その征服の地であって、ある意味ではローマ法植民地の一部を形成している。

ローマの武力による征服は数世紀の間続いたが、永続はせず、かつてのローマ帝国は、本拠地イタリア、そしてフランス、スペインをはじめとする多くの国家へと分裂していった。その後幾世紀かをへて世界の歴史は帝国主義の時代へと進み、非ヨーロッパ世界はほとんどすべてといってよいぐらいヨーロッパ列強の植民地と化した。第二次大戦後までに——各国内に民族問題という残滓を残しつつも——その植民地のほとんどが姿を消した。そして、キリスト教もかつての力を失いつつある。結果として残されたのが、「ローマ法による征服」であった。

植民地には「植民される側の論理」があり、それが火を噴けば「独立運動」となる。「法制度植民地」では、それがどのようなかたちをとるのか。赵万一氏ご自身がどのように考えておられるのかは若干の留保が必要な部分もあるが、私からみると、それが姿を現わしたのが本書であるように思われてならない。

本書の序論には、「異なる法律文化は法制度上大きな相違を示す。……例えば、古代ローマでは、私法が多くの民事関係を調整しており、古代の中国では

民間の礼儀と習慣によって民事関係を調整していた」(本書4頁)との叙述があり、そして、あとがきの冒頭は、「現行の法律体系の中で、民法は最も厚い文化の蓄積であり……民法は法律意識を含め、公平、自治、誠実を核とする法治精神と法律文化を表現する」(本書253頁)との叙述がある。

この中間に位置する本書本体は、民法全体にわたって、それぞれの分野で「倫理」がどのように発露されているかの分析が続く。そこでとりあげられる民法は、古今東西、実に幅広いものであり、基本的に西洋民法を肯定する論述も続くなか、中国的なもの、中国固有の文化、中国的な「公平」観、「道徳性」論が垣間見える記述となっている。本書の対象は中国に限定されない「民法一般」であるが、グローバルな民法分析のなかに「中国」が垣間見えるのが本書の特徴である。

### 【民法典の倫理性?】

しかし、ひるがえって考えてみると、「法と倫理」、「法と道徳」このような言葉を聞いた読者は、いったい何を思い浮かべるであろうか。東洋において法規範をもっとも簡潔に定めた漢の高祖の「法三章」では、殺人・傷害・窃盗だけが処罰の対象となっており、西洋においても、旧約聖書にでてくる「モーゼの十戒」にも「殺すなかれ」、「盗むなかれ」の文言がでてくる。これらは、道徳の根幹であると同時に、法の根幹でもある。

しかしながら、「殺人」も「窃盗」も刑法典に規定されているだけで、民法典にはこれらの文言がでてくるわけではない。もちろん、「殺人」を犯せば、民法の不法行為による損害賠償の対象にはなるが、①赤ちゃんを殺した犯人と、②赤ちゃんに添い寝をしてうっかり窒息死をさせた気の毒なお祖母さんとが負う損害賠償の範囲は民法では同一である。また、③他人の物を盗んだ場合と、④過失で壊した場合との民法上の損害賠償の範囲も変わりはない。①と②、あるいは③と④とでは、「倫理的な悪性」の程度はまったく異なると思われるが、民法の分野では「民事制裁」の内容は同一とされている。刑法は倫理的なのに、民法は倫理を無視しているのではないか、このような疑問がでてきてもおかしくはない。

前段に述べたような例を考えると、倫理や道徳は自律的であり、法は他律的

であるとはよくいわれるが、刑法は最小限の倫理を「他律的な法」として規定したものの、民法はそれほど「倫理」を気にせず規定しているのではないかという気がしてくるところである。以上に述べたような感想が正面から語られることはそれほど多くはないが、民法学者のほとんどは「民法と倫理」というテーマをとりあげることなく、民法研究を進めてきた。ところが、趙万一教授執筆の本書は、原書の『民法的倫理分析』との題名のもとに、この問題を正面からとりあげた。ユニークな本であることは疑いをいれない。

ただ、この本がとりあげている民法の倫理性は、第2章以下第7章まで、「平等原則・公平原則・意思自治の原則・信義誠実の原則・公序良俗の原則・権利濫用禁止の原則」と「倫理」を語りやすい「開かれた一般条項」についての記述が続くが、第8章以下で民法の具体的な法制度についての分析に入ると、「倫理」による基礎づけが急に困難になる。この本に書かれているように、法律行為には「詐欺・強迫」もあるし、代理には「表見代理」の規定もあり、多くの法制度が「倫理的要素をも」含有している規定をもつことは事実である。しかし、そのような部分があるとしても、各法制度の全体を「倫理的分析」によって基礎づけることができるものなのだろうか。もちろん、民事紛争解決の「スジの良し悪し」を語るときには、倫理ないし公平感と無関係ではありえないので、各法制度が倫理・公平・正義と無関係であるとまでいうつもりはない。しかし、それだからといって、法規範のすべてを倫理的に基礎づけることも非常に困難なのである。

期間計算の規定の倫理性を語ることはほとんど不可能であろう。また、もう少し実体的な規定を考えてみても、連帯債務や保証債務の倫理性を語ることも難しい。さらに若干の例をあげれば、各国の成年年齢をみても、日本民法が制定された明治中頃には21歳から24歳くらいの国が多かったところ、現在では、ネパールのように16歳の国もあれば、インドネシアやエジプトのように21歳の国もあり、多くの国はその中間である。このようななかで、成年年齢基準を若年とするか上の年齢とするかによって、「倫理的な差」が存するわけではない。「若年者の自立」をめざした成年年齢低年齢化を振り回してみたところで、その成年年齢に達して低年齢者が悪徳商法の餌食になるようでは何の意味もない。民法を離れて例をあげれば、道路の右側通行か左側通行かは道徳律と無関

係で、統一性さえ保たれればどちらでもよいのである。このように、民法を含め、法には技術的な規範が少なからず存在している。

そもそも、「倫理」を「七面倒臭い」といって嫌う不道徳な人間は少なからずいるが、「倫理は複雑すぎてわからない」という人間にお目にかかることはまずない。倫理が倫理として社会で通用するためには、万人にわかる簡潔な命題であることが必要なのである。これに対し、民法を含む法律は、ときに技術的な複雑な様相を示すことも少なくない。「法は複雑すぎてわからない」というのは、法を学びはじめた者の多くがいただく感想であろう。この感覚の歴史は古く、初期の成文法を代表する紀元前18世紀のハンムラビ法典でも条数は282条にもものぼるのであって、古今東西、法は複雑でわかりにくいと人々に思われ続けてきたのである。そうであるからこそ、漢の初代皇帝の高祖は、法三章をつくり、法の簡素化をはかって、透視性を高めたのであろう。しかしながら、このような簡素な法では社会の統治にじゅうぶんでなく、この後に、法三章ですべてを済ませた国は、世界のどこにも存在していない。

それはともかくとして、さきに述べたような「複雑な法」に、「倫理」のにおいを嗅ぎとる人は少ないのが現実である。この意味では、民法等、法律に多くみられる複雑な法制度は、しばしば技術性が強く倫理性に乏しい規範群としてとらえられており、倫理的色彩も強い一般条項と好対照をなしていることになる。

ところが、この本で、著者はほぼオーバーオールに民法の各制度を「民法〇〇制度における倫理的分析」として描いてみせた。第2章以下第7章までの一般条項についての分析はともかくとして、前段、そして前々段に述べた内容を考えると、一般的に「民法制度は道徳化された法律制度である」（本書5頁）として、民法の各制度を倫理的に基礎づけることにはかなりの無理がある、との感を私自身はいただくところである。では、なぜ著者のように、古今東西の民法に通暁した人物が、無理を押しまで民法の各制度を倫理的にとらえたいという欲求にかられたのであろうか。

## 【西洋法植民地からみた西洋民法】

多少私的な話に立ち入ることにはなるが、その点をお許しいただけるのであ

れば、この巻頭の小文を著わしている私が立つ位置と本書との立ち位置の異同を述べておくことにしたい。

私は、かつて「法意識国際比較研究会」という組織をたちあげ、世界22か国／地域における契約遵守意識の比較調査を行い、また、日米中三国のそれぞれにおいて全国調査を行って東洋社会と西洋社会における法の成り立ちをその基底意識の視点から調査・分析するとともに、さらには、アマゾン、ゴビ砂漠、モンゴル平原、ヒマラヤ・ネパール、タイ北部山岳地帯の少数民族の村々、タンザニア奥地等、世界各地を訪ねながら、土地所有権についての「所有権発生の構造」と知的所有権発生の構造を分析したことがある。この世界的な調査を行ったさい、日本をよく知る欧米の法律学者から、「なぜ、日本人は『法意識論』に興味をもつのか？ わが国には、そのような研究はないのだが……」との質問とも感想ともつかぬ言葉を受けることは稀ではなかった。

本書の著者、赵万一氏は、本書の最初で「古代中国の性善説」と氏のいわゆる「欧米の性悪説」とを対置して、次のように述べる。中国の性善説のもとでは「修身齐家治国平天下」的な徳治主義的国家像が描かれたのに対し、欧米の性悪説のもとでは、「人の本性は常に貪欲で利己的である……人の本性が善に向くことができない場合に、法治主義を採用するしかない……権力者の本性は最も容易に罪悪を露呈しがちである……欧米の法治思想はこのように人の本性は悪だという仮定に基づいて始動してきた」（本書11頁）。「これは、人の本性に対し不信感を有する人々に特有の思考様式」（本書12頁）である。このような中国・欧米の対置観を基礎におきながら、記者の言葉によれば、「中国の倫理的視点から民法の理念・原則・制度について全面的かつ詳細に分析した専門書」（本書xiii頁）としての本書が著わされたのである。

このように、本書の著者が「民法の倫理性」を問題とし、私を含めた日本の法学者が「法意識論」に興味をもつにいたるのは「西洋法に征服された東洋のせめてもの反逆」という側面があるように私には思われる。民法典に体现されている、欧米人にとってはごく当然の規範内容が、東洋人である中国人や日本人には「異物」であるがゆえに、本書の著者は中国的観点を交えつつその規範内容の「倫理性」を考え、私を含めた日本人は「西洋人と東洋人——ないし、日本人——の法意識のギャップ」に興味をいだいたのである。法意識論という

方向性はとらなかつたが、氏の「いわゆる外国の先進の法律規定を異質社会に『移植』すれば、法律は必ずや現実生活とのずれを生じ、実用的な効果がなくなる」(本書21頁)という理解はきわめて的を射た指摘であつて、日本にも中国にもそのままあてはまるものである。

### 【民法典の根源的倫理性】

中国の改革開放後の経済力の増強と、それを基礎とした軍事力の増強は、中国ナショナリズムを刺激しつつあり、近時においては一般に「中国的なるもの」を強調する傾向が見受けられ、極端な場合には中華思想的発想と結びつくこともある。本書は、インテリが執筆したものだけあつて、その種の極端な弊があるわけではないが、それでも「中国」の独自性を主張しようとする気持ちが——西洋民法を全体として肯定的に評価しながらも、底流的逆流として——垣間見えるところがある。

しかしながら、私自身は、日本や中国を含む東洋社会、いや非ヨーロッパ社会の多くがローマ法植民地であると評価しているが——「法文化の差異」を法意識論として学術的に分析はするものの——「独立運動」を起こすつもりはないし、法における「日本文化の独自性の発揮」をめざしたいとも思わない。それは、別段、ヨーロッパ文明の奴隷となつた植民地根性のゆえではない。

私自身、「民法の再法典化」という立法論にも興味をもっており、自分たち自身の「民法典私案」を著わしている(民法総則編につき、民法改正法研究会〔代表 加藤雅信〕『日本民法典改正案Ⅰ 第一編 総則——立法提案・改正理由』〔信山社、2016年〕。民法財産法全体につき、民法改正法研究会〔代表 加藤雅信〕『民法改正 国民・法曹・学界有志案』〔日本評論社、2009年〕。前著の中国語訳として、民法改正法研究会考家建議稿〔代表 加藤雅信〕=朱擘・張挺訳『日本民法典修正案Ⅰ 第一編 総則——立法提案及修正理由』〔北京大学出版社、2017年〕)。

この立法提案も、「権利-義務」関係を前提とした西洋法の論理を枠組として用いたものであつた。このような発想の基底には、「権利-義務」関係には、それによって個々人がミクロ的に相互に制御しつつ、また、制御されつつ、自己利益を追求し、かつ、防御していくという、アトムとしての個人の相互関係が総体としての社会統制を構成するという基本原理があるのに対し、さきに述

べた東洋的な「徳治」主義的発想は、究極のところ「人治」を基礎づけるだけに終わるといふ、私自身の考え方があつた。

「人権」ないし「基本的人権」といふ発想は、徳治からは——単に「下賜」されるだけで——生まれることなく、「権利-義務関係」といふ、ぎすぎすしてはいるが、西洋的発想から生まれるものである。ここで私が「ぎすぎす」していると評した点に着眼して、趙万一氏は、「権利-義務関係」を否定的にとらえており、「権利には固有の欠陥があり、権利の本質は他人に対する不信任と防備を通して自分の利益を守ることにあつた」、われわれは、「権利本位がもたらしたマイナス効果を最大限減少する必要がある」（本書10頁）。「人の本性は悪であるとの仮定」（本書12頁）のもとに、「公民の私力で適切に解決できることであれば、国家権力の介入する必要はないといふのが民法の主張である。人の本性を信じないため、人々は……個人の権利や義務の範囲を決め、国家権力が個人の権利の領域に勝手に入ることを許さないのみならず、個人間相互に権利を踏みにじることも許さないといふ規定をもって社会個人間の権利濫用を防止する」（本書13頁）。ここに述べられている民法理解そのものは正確であるが、この箇所の引用文献が『検察日報』に掲載された「一方的深刻な性悪論」といふ題名の論文であることが、この叙述のめざす方向性を余すところなく物語つてゐる（同書13頁注34）。

私自身の見方に話を戻すと、民法には、倫理性が浮かびあがりやすい一般条項の数は少なく、多くの規定は技術的であり、規範内容は複雑である。しかしながら、自分自身をリベラリストであると考え、「人権」そのものを大事にしてゐる人間にとっては、「権利-義務関係」といふ民法の根源にある発想が、社会構成員間の相互制御の総体が社会統制となるという非権力的発想を生みだし、それがひいては「人権」といふ倫理の生みの母であり、また、「母なる大地」であるように思われる。実は、一見技術的にもみえる民法の根源的倫理性はこの点にあるのであつて、それがゆゑに、私自身は、ローマ法や西洋民法型発想からの独立を志向するつもりはない、と考えてゐるのである。

「倫理」から民法を考えるといふユニークな発想から本書を著わした趙万一氏が、上記のような「非権力的社会統制の基礎」を形づくるのが民法であり、権力から独立した市民社会の形成を可能とすることこそが、民法の根源的倫理

性であるというとらえ方をどのようにお考えになるか、まだお目にかかる榮に浴したことはないが、一度、伺ってみたい気がする次第である。前々段に紹介した内容にある程度答えが現われているとすれば、この小稿は、意思自治を説くさいにも「いかなる社会主体の行為も国家権力に制限されなければならない」（本書84頁）という発想をもちつつ「社会主義民法体系及び相応する民法文化を構築すべきである」（本書21頁）という現代中国の現体制擁護的な主張に対する、1人のリベラリストからの論評ということになるのであろう。

本書を読んで感じるのは、著者、赵万一氏が——「政治社会中国」という地に身をおくインテリゲンチャーとして、政治社会における限界を感じつつも——リベラリズムをも追求したいという姿勢をおもちのことである。その意味では、現代中国についてこのようにいうことは言語矛盾の感もあるが、お目にかかったことがない同氏は「体制内リベラリスト」と評されるべき人物かもしれない、小稿の内容をみて、「社会体制が異なるなかで、日本の学者が勝手なことをいって……」と苦笑なざる状況が思い浮かばないわけでもない……。内容的に、この小稿に本書に対する批判も含まれていることを否定するつもりもないが、その批判をもちつつ、著者、赵万一氏に連帯のエールを送りたい。