

財団法人
国際民商事法センター

ICC LC

第10号

2000年1月

目 次

第10号 2000年1月

年頭挨拶

年頭のごあいさつ	会 長 伊藤 正	1
新春を迎えて	理事長 岡村 泰孝 . . .	3
新年のごあいさつ	理 事 頃安 健司 . . .	5

法整備支援連絡会について

法務総合研究所総務企画部 室長研究官 亀田 哲	7
------------------------------------	---

日越民商事法セミナー特集

＜ごあいさつ＞	・・・・・・・・・・・・・・・・	11
＜プログラム＞	・・・・・・・・・・・・・・・・	13
＜講　　演＞		
「日本国の近代化(1868年)以後の法制度構築の歴史」		
財団法人国際民商事法センター特別顧問　三ヶ月　章	・・・・	15
「契約法の原理と日本民法典」	上智大学教授　森島　昭夫	・・・・ 38
「涉外契約の要点」	松尾綜合法律事務所弁護士　小杉　丈夫	・・・・ 43
「中国統一契約法の基本概念と特色」		
	北海道大学教授　鈴木　賢	・・・・ 49
「裁判所における契約紛争解決に対する		
ベトナム民法の各規定の適用の実際」		
最高人民裁判所司法科学研究所次長　ディン・ゴク・ヒイエン	・・	53
「ベトナム民法の中の債務履行の担保に関する一般的諸規定」		
ハノイ法科大学民法学科副科長　ディン・ヴァン・ターン	・・	66
「ベトナム民法における契約法規の位置と役割」		
司法大臣官房法律普及教育部次長　グエン・ドク・ジャオ	・・・・	80
＜質疑応答＞	・・・・・・・・・・・・・・・・	87

編集後記

.	106
-----------	-----

年頭のごあいさつ

会長 伊藤 正



新年あけましておめでとうございます。

新春にあたり、会員及び関係者皆様の一層のご発展とご健勝をお祈り申し上げます。

さて、昨年1999年は、アジア諸国は通貨・金融危機から予想以上に早く立ち直り、軒並みプラス成長に転じ、日本も諸指標は最悪の状態を脱し、今年は経済全体が回復と成長に向かうものと期待されます。

更に、情報技術の飛躍的發展のもとに、経済関係のグローバル化は急速に進展すると思われますが、特に我が国がアジア諸国との経済的、社会的関係を一層緊密にし、アジアにおいて一つの協調体制を礎くことが、21世紀へ向けての相互の繁栄のために、益々重要になって来ております。

その中で、当財団は法務省及び国際協力事業団と協力し、市場経済化を取り進めている国々の法制度整備を支援し、又、民商事分野において相互理解を深めるための諸事業を通じ、アジア及びその周辺諸国との協調、友好関係の確立に寄与すべく努力を重ねてきております。

対外的には、昨年6月に第4回日中民商事法セミナーの日本側ミッション団長として北京を訪問し、当財団の中国側窓口であります国务院経済体制改革弁公室万来飛副主任との親交を深めるとともに、社会科学院李鉄映院長及び全人代常務委員会法制工作委员会下耀武副主任にもお会いしましたが、これら機関との関係も強化し、将来にわたり中国とのプロジェクトの充実拡大を計りたいと考えております。

又、11月には日越民商事法セミナーでハノイを訪問し、ベトナム政府ファム・ザー・キエム副首相、グエン・ディン・ロック司法大臣並びに最高人民検察庁、最高人民裁判所の幹部の方々にもお会いしましたが、日本側の法制度整備支援に対する評価は極めて高く、且つ、この支援が同国の法制度制定に具体的に役立てられていることに改めて感銘を受けました。このセミナーの直後にベトナム司法省と国際協力事業団の間に調印されました新3カ年法制度整備協力契約では支援事業がより拡大、充実したものとなっており、当財団としても引き続き全面的にバックアップして行く所存です。

今年度はカンボジアの民法、民事訴訟法制定支援について、日本側支援グループによる草案作成も具体的成果として結実してくる他、ADR の調査研究も本格化する予定であります。

今年3月で当財団は設立後4年を経過することとなりますが、中枢となる事業の内容充実と継続性の基盤が確立し、当財団の目的とする活動がほぼ軌道に乗って来ているものと考えており、これも役員、会員他関係者皆様の絶大なご支援の賜物でありまして、改めてここに厚くお礼申し上げるとともに、今後も当財団発展のため一層のご協力をお願いする次第です。



(財)国際民商事法センター伊藤正会長

ベトナム政府ファム・ザー・キエム副首相

1999年11月17日表敬訪問

新春を迎えて

理事長 岡村 泰孝



新年あけましておめでとうございます。

皆様も良い年をお迎えになったこととお喜び申し上げます。

会員の皆様には、当財団のため格別のご協力を賜っており、心から感謝申し上げますとともに、引き続きご支援を頂きますようお願いいたします。

当財団も、発足後5年目を迎えることになりましたが、お陰様で、順調に事業を推進しており、昨年は、国内での研修のほか、北京とハノイでセミナーを開催しました。また、カンボジアの民法、民事訴訟法の草案作成の支援についても、それぞれの部会を設け、継続して精力的に取り組んでいます。

ベトナムとの間では、引き続き法整備支援のための契約が結ばれました。今回は、民商事法の整備を担当する司法省関係者に対するこれまでの研修に加えて、法制度の運用に当たる最高人民裁判所及び最高人民検察庁からも、人材の育成のための裁判官及び検察官の研修を要請され、実施することになりました。法制度を整備するとともに、その適正、円滑な運用を図ることが大切であることは申すまでもなく、人材育成のための研修の意義も大きく、その成果を上げるよう努めたいと考えております。

ところで、今、日本では、ご承知のとおり司法制度改革審議会において、日本の司法のあり方について論議を進めていますが、昨年12月、原田法務事務次官が、審議会において、「司法制度の現状と改革の課題」について意見を陳述した際、国際化への対応として、当財団の活動も具体例として取り上げ、アジアの法整備支援のため日本の果たすべき役割の重要性について述べられました。

一方、日本で、この法整備支援ないしはこれに関連する活動を進めている諸機関や団体は多数あり、相互間の情報の連絡を図り、相互の協力を深めることが望まれるところでありました。そこで、法務省法務総合研究所が、国際協力事業団の後援を得て、本年1月に、これら諸機関、団体に呼びかけて、法整備支援連絡会を開催しました。この連絡会には、30を越える諸機関、団体が参加し、情報の交換を図るとともに、今後とも連絡会を継続することについて意見を交換するなど有意義に会合を終えました。

このように、法整備支援の重要性はますます高まっており、この連絡会の

趣旨も活かして、今後、日本全体として、より充実した、より効果的な法整備支援活動を進め、アジアの安定と発展のため、国際協力、国際貢献の役割を果たすことが念願されるところであります。

当財団としても、一層充実した活動を進め、アジアの国々の期待と要請にこたえたいと念願していますので、会員及び関係者の皆様におかれましても、引き続きご指導、ご支援下さいますようお願いいたします。



平成11年10月18日 法務省内すみれ亭
ベトナム研修員と懇談される岡村理事長

新年ごあいさつ

理事（法務総合研究所長）頃安健司



新年あけましておめでとうございます。

私は、昨年12月22日付けで法務総合研究所長を仰せつかり、河内前所長から財団理事を引き継ぎました頃安でございます。よろしくお願いします。

さて、財団がเวียดนามや中国関係のシンポジウムの開催のみならず、法務総合研究所が実施するアジア諸国等に対する法整備支援事業に多大の貢献をしておられることは、以前私が法務大臣官房長をしておりました時から十分に承知していたところでございます。ところが、この度、法務総合研究所長として、財団の御支援をいただいております事業に直接関与する機会を得て、財団の事業が着実に発展しておりますことを目の当たりにし、これも、ひとえに会員の皆様の絶大なる御支援の下、法曹・学術関係者、企業法務をはじめ財団関係者の多大な御協力のたまものであることに思いを致し、深く感謝している次第でございます。

ところで、法務総合研究所が実施しております法整備支援事業につきましては、市場経済化を急ぐアジア諸国等を中心として、ますます我が国に対する支援要請が高まって来ています。そこで、我が国政府としても、昨年8月に公表された「政府開発援助に関する中期政策」の「重点課題」として、「人材育成・知的支援」を取り上げ、市場経済化の促進等に関する法制度整備を含む政策・体制整備への支援を重視する旨明らかにしています。この政府の方針を踏まえ、財団の御支援を得て、法務総合研究所は、平成11年度は、「民事責任」をテーマとしたเวียดนาม法整備支援研修等合計8コースの国際研修を実施したほか、特に、昨年は、財団の多大な御支援をいただいて、11月17日から2日間にわたり、เวียดนามのハノイにおいて、日越法整備支援セミナーを開催し、過去3年間のเวียดนาม法整備支援第1フェーズを締めくくることができました。また、今後3年間にわたるเวียดนาม法整備支援第2フェーズでは、同国に検事1名を長期専門家として派遣することも決定されました。このように、財団の御協力を得た法務総合研究所の法整備支援事業は活発化の一途をたどっております。

さて、そこで、この機会をお借りし、法務総合研究所の法整備支援事業の一環である日韓パートナーシップ研修と法整備支援連絡会を紹介させていただきたいと思います。

日韓パートナーシップ研修は、日韓の登記制度をはじめとするいわゆる民事法務行政にかかわる法制度と法律実務を相互に比較研究するため、法務総合研究所が財団の御支援を得て、平成11年度から実施したものです。両国の法制度は、互いに似通っているものの、それぞれが独自の道を歩んでいるところが多々あります。そこで、主として研修員相互の討論を通じ、両者の相違点を明らかにし、両国の法制度の発展や実務の改善に役立たせることを主眼として、東京とソウルにおいて、それぞれ1週間ずつ研修が行われました。研修員には非常に好評を博し、その成果は、近々、「日韓法制比較研究資料」としてまとめられる予定であると聞いております。

次に、法整備支援連絡会についてですが、近時、法整備支援活動に関与する機関も増加し、その幅も拡大しておりますが、関係機関が一堂に会して意見を交換する場がなかったため、他の機関の活動内容が十分把握されておらず、ややもすると重複・齟齬が生じ、効果的な活動の妨げとなるおそれもなしとしないことから、三ヶ月特別顧問の御示唆もあり、財団の御協力を得て、本年1月12日、関係30機関から合計約90名の担当者が法務省大会議室に集まり、第1回の法整備支援連絡会が開催されました。そこでは、まず、三ヶ月特別顧問から連絡会の意義について御意見をいただき、次いで、各機関から、法整備支援活動の現状とその問題点や将来の展望等について活発な意見が開陳され、今後の法整備支援活動の新たな幕開けとなりました。

以上のように、法整備支援における財団の役割は、ますます重要性を増しておりますが、平和国家として我が国が果たすべき役割を踏まえた財団の活動に対し、今後とも、皆様の一層の御支援、御鞭撻をお願い申し上げ、新年のあいさつとさせていただきます。

第一回法整備支援連絡会の開催報告

去る平成 12 年 1 月 12 日(水)、法務省(法務総合研究所)では、国際協力事業団の後援の下、財団法人国際民商事法センターの御助力もいただきながら、「第一回法整備支援連絡会」を開催しました。同連絡会においては、従前からアジア諸国等に対する法整備支援に携わってきた諸機関が、法務省大会議室に一堂に会し、同支援に関する種々の情報の交換を行い、盛況の裡に同連絡会を終えることができました。

ところで、我が国における法整備支援に係る活動等としては、法務省(法務総合研究所)が行っている活動のほかに、例えば、

- ① 公正取引委員会、日本弁護士連合会や最高裁判所などが、外務省及び国際協力事業団と協力して実施している活動
- ② 大蔵省や通産省などが、独自の予算により、アジア経済危機復興支援対策等の一環として実施している現地セミナーや人材派遣プロジェクト
- ③ 名古屋大学や九州大学などの学術機関が実施しているアジア諸国からの留学生の受入れ
- ④ LAWASIA、財団法人アジア刑政財団、日中法律家交流協会などの民間団体が長年行ってきた国際交流活動

などがあります。また、近年、法整備支援活動等に関与する機関も更に増加し、その活動の幅も拡大化してきています。

しかしながら、これまでのところ、法務省(法務総合研究所)をはじめとして、法整備支援活動等に関与する各機関は、個別の必要に応じて、適宜、他の機関と連絡を取ることはあっても、国内の他の機関が行う活動を統一的に把握したり、関係機関が集まってそれぞれの意見を交換する場が存在しなかったため、各機関相互において、どのような機関が、どのような国に対し、どのような内容の活動を行っているかを十分に把握することができない実情にありました。

そのため、最近では、複数の機関が、それぞれ独自に、日本法令の英訳、英文の研修テキストの作成、インターネット上での法令データベースの蓄積作業

などを検討する状況に至っています。もちろん、それぞれの作業そのものは意義のあることですが、反面、このような状況を放置していると、それぞれの機関が、他の機関と同趣旨の活動を重複して実施するおそれがあるばかりでなく、矛盾した支援を実施する危険があり、これでは我が国全体として効果的な法整備支援活動等を実施しているとはいえない状況にあり、また、なによりも、支援を受ける国々にとって決して望ましいことではありません。

そこで、我が国の法整備支援活動等を効果的に実施していくためには、関係各機関による連絡協調体制を整備することが重要な課題となるのですが、この課題を少しでも解決する試みとして企画し、開催したのが、今回の法整備支援連絡会でした。

「第一回法整備支援連絡会」は、冒頭に記しましたとおり、平成12年1月12日(水)に開催され、法整備支援活動等に携わる30機関から90名の方々の参加を得ました(当日の参加機関は、別掲のとおりです)。

当日は、午後1時に開会し、主催者である法務省を代表して法務総合研究所の頃安健司所長が、また、後援者を代表して国際協力事業団の諏訪龍理事が、それぞれあいさつに立ち、その後、元法務大臣・法務省特別顧問の三ヶ月章東大名誉教授に「法整備支援連絡会の意義について」と題する講演を行っていただきました。引き続いて、各機関によるプレゼンテーションが行われましたが、いずれのプレゼンテーションも、事前にレジュメが用意され、また、三ヶ月名誉教授が「2000年1月にこのような大きな連絡会が開かれたことと、そこでの発表内容の質の高さに敬服した。」と閉会に際して講評されたとおり、短い持ち時間ながらも、充実した内容の発表がなされました。

今回の法整備支援連絡会に対しては、古くから法整備支援活動に携わってきた経験を有する出席者の中から、「法整備支援活動の新たな時代の幕開けを感じた。」という感想が寄せられ、この連絡会が、これまで独自に法整備支援活動等を行ってきた各機関にとって、少なくとも他の機関がどのような支援をどのような方法により行ってきたのか、あるいは、行おうとしているのかを改めて知る良い機会になったと思います。また、他の機関との連携がないために、法整備支援についての方法に行き詰まりを感じていた機関も中にはあったかも

しませんが、そのような機関にとっては、今回の連絡会を通じた情報交換により、新たな発展方向を見出し得たことと思います。

以上のとおり、「第一回法整備支援連絡会」は、当初、予期した以上の成果を挙げることができたものと自負しております。もっとも、第一回ということもあって、不十分な点があったことは否めないでしょうが、法整備支援連絡会を更に発展させるため、その進め方について、広く御意見を聴き、それらの御意見を十分に反映し、より一層の成果を挙げうる「法整備支援連絡会」となるよう、法務省(法務総合研究所)としても、尽力していきたいと考えています。

(以上)

第一回「法整備支援連絡会」参加機関

- 大蔵省国際局
- 大蔵省財政金融研究所
- 大阪大学
- 外務省経済協力局
- 九州大学
- 京都大学
- 熊本大学
- 国際協力銀行
- 最高裁判所
- 財団法人アジア刑政財団
- 財団法人国際民商事法センター
- 財団法人日本法律家協会
- 社団法人国際商事仲裁協会
- 中央大学比較法研究所
- 通商産業省通商政策局経済協力部
- 名古屋大学
- 21世紀政策研究所
- 日中法律家交流協会
- 日本司法書士会連合会
- 日本弁護士連合会
- 日本貿易振興会（JETRO）
- 文部省学術国際局
- 明治学院大学
- 早稲田大学比較法研究所
- LAWASIA
- ヴェトナム法制度整備国内支援委員会
- カンボディア国法整備支援国内委員会

-
- 国際協力事業団
 - 法務省法務総合研究所総務企画部
 - 法務省法務総合研究所国際連合協力部

日越民商事法セミナー特集



日越民商事法セミナー主催者開会挨拶

財団法人国際民商事法センター

会長 伊藤 正

尊敬するグエン・ディン・ロック司法大臣閣下並びにご在席の皆様方、本日ハノイにおいて日越民商事法セミナーを開催する運びとなりましたことは、誠に慶しく、私ども日本からのミッション一行はここに参加できたことを心から光榮に思っております。

まず最初に、このセミナー開催にあたり、大変ご尽力いただきましたベトナム司法省を初めとする関係者の皆様に深く感謝の意を表したいと思えます。

私ども財団法人国際民商事法センターは、1996年4月に設立以来、国際協力事業団、法務省法務総合研究所と共に、ベトナム国法制度整備支援事業に協力してきております。

先月は司法省グエン・トウイ・ヒエン民事経済法局次長を団長とする研修員10人が来日され、第9回の研修が実施されており、これまでに総勢90人近いベトナムの司法関係者が日本での研修を体験されたこととなります。私も各研修で行われる研修員の発表報告会に出席し、ベトナムの最新の法制度の状況についてお聞きしたり、懇談パーティーの席では研修員の方々と親しくお話す機会を得ておりますが、研修員の皆様が本当に熱心に日本での研修・研究に臨み、更にご帰国後はこの研修の成果が貴国の立法の場で具体的に生かされておるとお聞きしており、誠に感銘の深いものがあります。この研修は、来年度から4コースに倍増される計画にあり、これが実現しますと、年間40人のベトナムの司法、検察、裁判関係の方々が日本で研修を受けることとなります。

更に日本の専門家によるベトナムでの短期セミナーの充実や、長期専門家のベトナムへの派遣増員も計られるとお聞きしており、日越間の法制度整備協力関係が飛躍的に発展拡大し、この様なプロジェクトを通じ、両国の人脈形成のパイプが広がることは、誠に喜ばしいものであります。

さて、今回のセミナーのテーマについては、司法省当局から契約法を中心として日越両国の専門家による検討に加え、貴国と同様市場経済を取り進めている中国の契約法も検討の対象としたいとのことで、ベトナムの皆様がこのセミナーに対する意欲的な姿勢を強く感じております。これに答えるため日本からは、日本法学会の大長老で、法務大臣も務められました三ヶ月章先生、ベトナム法制度整備推進の日本側の中心的立場にあり、既に皆様よくご存知の森島上智大学教授、涉外弁護士として日本で指導的立場で活躍されている小杉丈夫弁護士、中国法にお詳しい鈴木北海道大学教授と、これ以上ないという適任の先生方に講師として来ていただいております、ベトナムの参加者皆様のご期待に添えるものと思えます。

最後に、市場経済化推進の大きな流れの中で、法制度整備に遡進されているベトナムの立法、司法関係者皆様のご努力に敬意を表すると共に、この様な法制度整備プロジェクトを通じ、ベトナム、日本双方の関係者が広く相互に理解を深め、ひいては両国の友好関係増進に寄与することを願ひまして、私のご挨拶を終わりとさせていただきます。

ベトナム国法整備支援 “フェーズ2” の概要

契約当事者：(日本) 国際協力事業団、(ベトナム) 司法省

対象期間：1999年12月1日～2002年11月30日(3年間)

基本的考え方：ベトナムでは市場経済化に向けた立法作業が急ピッチで進められた結果、策定した法令の実効性や整合性に関し諸問題が発生している。

また、市場経済の仕組みを理解した人材、実際に法令を運用する法曹(裁判官、検察官、弁護士)や司法官吏の人材育成が急務となっている。

このような状況下、フェーズ2では(1)立法作業に対する助言(2)法体系の整備への助言(3)人材育成のためのシステム造りを3本柱として重点的に取り組むこととなった。

支援内容：

- ・長期専門家派遣 3名 これまで弁護士1名が約3年間にわたり派遣されたが、“フェーズ2”では法務省、日弁連、JICAから各1名が派遣され、現地での支援協力体制が増強される。
- ・短期専門家による現地セミナー 年間6～7コース程度 個別テーマについて日本から専門家が数日間訪問し、現地にてセミナーを行うもの。
- ・国別特設研修 年間4コース(1コースの、期間4週間・人数10名) これまでは司法省から主として研修員が来日し、年間2コースの研修を実施していたが、“フェーズ2”では最高人民裁判所及び最高人民検察庁関係者の研修が加わり、年間4コースとなる。
- ・学位取得を目的とした長期研修員の受け入れ 年間3～4名程度
- ・機材供与
- ・文献供与

セミナープログラム

(総合進行司会:ウォン・チュ・リュウ ベトナム司法省次官及び森島昭夫上智大学教授)

11月17日

- 8:30～9:10 開会挨拶
ベトナム側 グエン・ディン・ロック司法大臣
日本側 伊藤正財団法人国際民商事法センター会長
栃木庄太郎法務総合研究所総務企画部長
地曳隆紀 JICA ベトナム事務所長
- 9:10～10:20 基調講演 三ヶ月章特別顧問
「日本国の近代化(1868年)以後の法制度構築の歴史」
- 10:20～10:40 休憩
- 10:40～11:50 講演(1) 森島昭夫上智大学教授
「契約法の原理と日本民法典」
- 11:50～14:00 昼食
- 14:00～14:45 講演(2) ディン・ゴク・ヒエン最高人民裁判所司法科学研究所次長
「裁判所における契約紛争解決に対するベトナム民法
の各規定の適用の実際」
- 14:45～15:55 講演(3) 小杉丈夫松尾綜合法律事務所弁護士
「涉外契約の要点」
- 15:55～16:10 休憩
- 16:10～16:55 講演(4) ディン・ヴァン・ターン ハノイ法科大学民法学科副科長
「ベトナム民法の中の債務履行の担保に関する一般的諸規定」
- 16:55～17:40 講演(5) グエン・ドク・ジャオ司法大臣官房法律普及教育部次長
「ベトナム民法における契約法規の位置と役割」
- 18:00～20:00 懇親パーティー
挨拶 ベトナム側 グエン・ディン・ロック司法大臣
日本側 伊藤正(財)国際民商事法センター会長
乾杯 三ヶ月章特別顧問

11月18日

- 8:30～9:40 講演(6) 鈴木賢北海道大学教授
「中国統一契約法の基本概念と特色」
- 9:40～10:10 質疑応答
- 10:10～10:30 休憩
- 10:30～12:00 セミナー全体の論点整理/質疑応答
- 12:00～14:00 昼食
- 14:00～16:00 セミナー全体の論点整理/質疑応答
総括講演(1) ベトナム側代表
(ディン・トルン・トゥン司法省民事経済法局長)
総括講演(2) 日本側代表
(三ヶ月章特別顧問)
セミナー閉会

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILL.

1911

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

日本国の近代化（1868年）以後の法制度構築の歴史

三ヶ月 章

I はじめに —— 本報告のねらい

II 東洋に西欧の法律制度を移植することの文化史的意義とその難しさ

III 日本における西欧法継受の過程とその特徴、ならびに、その問題点・その1

—— 大陸法への傾斜 ——

1) 継受の動機

2) 継受の時代的環境

- a. 資本主義的な国際的経済活動の未成熟
- b. 西欧法制自体の変動期との時代的対応
- c. 当時の法律制度の守備範囲の相対的な狭小
- d. 日本の直面した諸困難

3) 継受の手法 —— 日本の場合

- a. 外国人の指導への依存・その1 —— フランス法の圧倒的影響
- b. 外国人の指導への依存・その2 —— ドイツ法への転換への萌し
- c. 日本人の自発性に基づくドイツ法への全面的転換
- d. ドイツ法一辺倒の時期における多少の新しい動き
- e. これらの時期における日本人の側での努力と対応の若干の側面

IV 日本における西欧法継受の過程とその特徴、ならびに、その問題点・その2

—— アメリカ法の部分的進出 ——

1) アメリカ法の影響の顕在化とその発現領域

2) 日本側の対応の諸形態

- a. 基本的な流れ
- b. 民事手続法改革の完了
- c. 他の法領域での改革の動き
- d. 法学教育の量的拡大 —— その現状と問題点

V 総括

1) 諸外国の法制度と比べてみたときの日本の法制度の特徴

2) 諸外国の法学と比べてみたときの日本の法学の特徴

3) 日本の法および法学の新しい課題の自覚と対応

日本国の近代化（1868年）以後の法制度構築の歴史

三ヶ月 章

1999年11月

I はじめに — 本報告のねらい

日本が自国の伝統となっていた東洋法制を捨てて、それまでは全く無縁であった西欧型の近代法の整備に着手してから、既に 130 年余りの時間が経ちました。これは世界の歴史の中でも注目すべき一現象である上に、その 130 年余の動きは時代の流れを反映してはなはだ多様であり、その流れを追うだけでもいろいろな問題点が指摘できるのでありますが、それを拾い上げるだけでもかなりの時間が必要となり、とても与えられた時間の中に収めることは難しいだけでなく、ベトナムの皆様方の現在の切実な関心とはいささか違ったものとなり、ひいて、自分たちと関係のない話という印象を与えかねないと存じますので、本日の報告では、そういうやり方ではなしに、現在ベトナムが抱えている問題と関心を予測しながら、それに出来るだけ焦点を合わせながら対比的に話を進めて参りたいと思います。話の重点としては、ベトナムを初めとして、アジアで新しく市場経済的法体制への移行を試みるに当たって、日本の経験から何を参考としていただけるかという大きな問題に限定させていただきます。

ただ、ベトナムとしては法整備を出来るだけ速やかに実現することが大きな課題であることも、私は熟知しておりますので、本報告の付録という形で、日本の現在の立法体制の概要を示す資料を参考資料として、別紙の形で準備しておきました。

II 東洋に西欧の法律制度を移植することの文化史的意義とその難しさ

個別的なお話に入る前に、日本が、ベトナムとは時を異にしながらも、約1400年の歴史をもつ東洋的な法制度——律令制度——の伝統と絶縁して、西欧型の法律制度を

全面的に導入したということが、世界史の中においてどのような意味をもつものかという問題に触れておくことが適当でありましょう。

19世紀の前半期のことでありますが、ドイツの有名な法律学者であるイエリングが、「ローマは世界を3度征服した。始めは武力によって、次に宗教によって、最後に法によって」という言葉を残しておりますが、彼はその言葉に続けて、その中で最も今日まで強い影響を残しているのは、最後の法による征服である、と言い、更に我々は——それは勃興期にあったドイツ国民のことですが——「ローマ法を通して、ローマ法の上に」出なければならないと言っております。19世紀の半ば頃でさえ、ヨーロッパの法律制度の中には、2000年ものローマ法の伝統が残っていたのだということの思い知らされる言葉であります。これを裏返して申しますならば、西欧の法律制度は、一つの共通の源流をもち、それが様々に分岐しながら現在まで脈々と受け継がれているということに他なりません。私の恩師の一人であり、パリ大学で日本法の講義を担当されたこともある野田良之先生は、晩年、こうしたローマ法を一つの源流とする西欧の法制は牧畜民族の生活習慣というものを基底にもっており、個人の権利意識や裁判という紛争解決方式の成長はそれに根ざしていると言っておられました。

こうした一つの共通の根源をもつ西欧の諸国にくらべて、我々アジアの国々の多くは、それとは異質な生活環境の中で文明を発展させ、独自の生活の営み方を長い歴史をかけて築いてまいりました。東南アジアの国々のみならず、日本、中国、韓国などは、牧畜生活と無関係であったとは申しませんが、どちらかというところを基本とする生活に多く依存しておりました。東南アジアの多くの国では治水の重要性が西欧とは異なるのもその現れと言ってよいでしょう。そうした伝統の中においては、牧畜を基盤とする民族の中から生まれた法律制度と違った形の法律制度が展開してくるのは当然でありました。先に挙げました野田良之先生は、アジアの法は農耕民族の生活を基盤とした法律制度であり、西欧型の法律制度とは根本的に異なる性格をもつと主張しておられます。たとえば、種まきや収穫の労働などに現れている生活の共同性が重視され、個人の権利意識よりも協調を尊しとする気風が養われやすいというわけです。

こうしたことを考え合わせれば、アジアの国々に、西欧型の法律制度を導入するということは、大きな文化史的な変動であると言わざるをえません。その過程は、これまで西欧人とは異なる独自の生活体系の中で生きてきた東洋人にとって、重大な意識の変革や生活態度の変更を促さざるをえない筈であります。それは、異質の複数の

文化的世界であったものが急激に一つの同質の世界に収斂するという歴史の必然の流れではありますが、その背後には、近代社会における西欧型の文明の優位がひそむと言わざるをえないのであります。我々の周囲を見ましても、衣食住の習慣から軍事・教育その他の面で西欧型の体制を取り込んでいて、誰もそれを怪しまないということを見れば、これは明らかなことであります。我々が西欧法を取り込まざるをえないというのも、その必然的ともいえる歴史の流れの一環でありますし、先程のイエリングの言葉を借用すれば、「西欧法は我々を征服した」ということになりましょうし、先に紹介したイエリングの言葉を多少言い直して、「西欧法を通じて、西欧法の上に」と言えば、それは、そのまま我々東洋人が指向すべき目標として新しい意味を我々に対してもってくるといわなくてはなりません。

とはいえ、こうした文化的な断絶を克服するということは、大きな困難を伴うことはいうまでもありません。日本が130年余りかけて、西欧法の摂取の努力を重ねていることも、現在、ベトナムが新しい法律制度の確立に努力を注いでいることも、ともに同質の東洋文化で育まれてきた国が共通の課題に直面し、苦闘していることに他ならないといえましょう。その意味では、ベトナムも日本も同じ仲間であることを銘記しなければならないと私は思いますが、その同じ課題と目標に向かっての歩み方は、それぞれの国の置かれている特殊事情に大きく左右されるのも当然であります。

そこで、ベトナムと日本の置かれてきた、或いは置かれている状況の差異が、こうした共通の課題と目標にどのような違いを生ぜしめ、それぞれどのような問題を生み出しているのかということを検討していくことに致します。比較して考察する為の視点として、西欧法導入の①動機、②時代環境、③手法というものを選び、ベトナムと日本との共通性と異質性を考察してみることに致します。たまたま日本の方が、ほんの僅かではありますが、先にこの課題に直面し、様々な経験を積み上げておりますので、まず日本の実情を点検しつつ、それとベトナムの現在の問題を照らし合わせて考察してみることに致します。

Ⅲ 日本における西欧法継受の過程とその特徴、ならびに、その問題点・その1

—— 大陸法への傾斜 ——

西欧法継受の動機にしても、時代環境にしても、さらにはその手法にしても、その

国の置かれている状況によって違いが出てくるのが当然であることは、今触れた通りであります。そこで、出来るだけベトナムの現在の問題と比較対照しやすい形で、論点を拾いながら、130年余りの日本における西欧法継受の過程を分析してみましょう。

1) 継受の動機

日本が伝統的な法制度と訣別して西欧法を全面的に受け入れるという決断をした動機は、全く政治的なものでありました。次の項目で取り上げる時代環境と関連するのでありますが、当時の1860年代の半ば（日本の年号で言えば明治の初年に始まる数年間）においては、先進欧米諸国の資本主義と申しまして、現在にくらべれば遙に未成熟であり、広範囲の国際的な取引活動などというものは無きに等しいといってもよい状況でありましたので、経済的な要請が西欧法の導入を促したという契機は、日本では全くといっていいほどありませんでした。

それなのに、何故にこうした決断に踏み切ったかといえ、当時の日本はその直前の時期に西欧諸国と締結した条約のなかで、外国は日本において治外法権を持ち、関税自主権も日本には与えられていないという不平等な扱いが認められておりました。新しく誕生した明治政府は、こうした不平等条約の存在が新興国家日本の面目に係わる大問題であると認識し、発足当初からそうした不平等条約の撤廃を西欧諸国に対し求め続けておりました。しかしながら、当時の日本の国力からいっても、また諸外国の利権確保の政策からいっても、日本側のこうした要請は無視され続けておりました。その場合に、諸外国から異口同音に返ってくる拒絶の理由は、日本では法制度が完備していない以上、そうした要請を受け入れることは出来ないということでありました。先にも触れましたように、東洋社会の中の日本には、日本特有の法があり、決して無法国家ではなかったのですけれども、西欧諸国は、西欧法でなければおよそ法ではないという態度を頑に崩さなかったのであります。となれば、不平等条約撤廃という悲願を果たす為には、日本でも急速に西欧型の法を整備して、日本も西欧型の法治国家になったのだから、国際的地位の平等を認めてほしい、というほかはなかったのであります。かくて、新しく生まれた明治政府は、最大の政治目標の一つである不平等条約改正の目的を達成するために、西欧法を日本に取り込むことに涙ぐましい程の努力を傾けた

のであります。どんなところから、この人類始まって以来と言ってもいい位の大事業の模索を始めたかは、後述する「3）手法」のところで改めて触れますが、現在ベトナムでの法制度整備の大きな動機の一つであるところの市場経済への対応の必要という契機が殆ど無かったというのが、日本の近代法整備の極めて日本的な特徴であったということは、指摘しておいてよいことでありましょう。

2) 継受の時代的環境

日本が西欧法の継受を決断したのは、前に述べたように今から 130年以上前のことであります。その後の 1世紀余の間に世界の歴史はまことに目ざましい変転を重ねたわけですが、それは裏返して言えば、日本における西欧法の継受の営みは、こうしたゆっくりとした時間をかけて、その間における政治・経済・社会の変動と歩みを共にしながら、継続されてきたということを意味します。それは一面において、見習うべき者は一人もいないという先駆者としての苦しみを伴うとはいいいながら、他面においては、じっくりと腰を入れて作業に取り組むことができたという余裕があったことでもあるのです。この両面が、日本における西欧法の移植の過程の特色を形作るとともに、現在ベトナムで進められている西欧法摂取の過程のもつ難易の問題と大きな違いを生ずる原因となっていることは否定すべくもありません。その点は、後にベトナムの直面する問題について私見を述べる際に暗示的に触れるつもりですが、そうした分析の前提作業として、130余年という時間を与えられた日本の営みの背景を、幾つかの局面に分けて検討することを試みたいと思います。

a. 資本主義的な国際的経済活動の未成熟

先にも触れたように、日本が新しい法律制度の建設に着手した時点においては、欧米の先進的な国々においてさえも、経済活動は、その量においても質においても、現在に比べて格段に素朴な状態にあったことは否定できないところであります。そうした段階においては、他国の強力な経済攻勢の中で、新しく法律制度を整備しなければならないという立場に置かれているベトナムその他のアジアの国々にくらべて、腰を落ちつけて法律整備に力を注ぐ余

裕があったのは、日本にとって幸せなことでありました。

更に、これと関連するのでありますが、19世紀的な資本主義の弊害が意識され、社会主義的な動向が生み出され、やがて世界を二分するようになったということの法律制度の面への波及も、日本は殆ど受けることなしに、先進資本主義諸国の法律制度に追いつくことに専念できたことも、日本の近代法建設の一つの恵まれた点であったといえましょう。換言すれば、ベトナムもそうですが、社会主義的法制から資本主義を背景にもつ法制への移行というこれまた世界的に前例のない、180度転換といってもよい難しい問題に直面することなしに、日本は同じ資本主義的路線の上を進むことが出来たわけであります。

b. 西欧法制自体の変動期との時代的対応

日本が模範としようとしていた西欧型の法律制度とても、現在のように確固たる姿を現していたのではなく、今から振り返れば、いわば発展途上にあった時点で日本がこの作業に着手したということも、見逃せない事実であります。ヨーロッパ大陸においては、フランスだけが完備した統一法典をもっていたに止まって、ドイツは、未だ統一的な法制を生み出すまでに至っていません。なかった時点において、日本は西欧法に眼を向けはじめたのでありますし、大陸法とは系列を異にするアメリカの法律制度も、19世紀の半ば前後にはさまざまな変転を重ねていた時代でありました。そのことは、西欧型の法制を取り入れるとしても、模範とすべき国を自主的に選ばうとすればそれが可能であったということを意味します。後に、「3) 手法」で触れるように、フランス法の全面的な模倣からドイツ法の全面的模倣へと、日本人の自発的な選択によって移行することが可能であったというのも、西欧法自体がこうした歴史的段階にあったが故であります。

c. 当時の法律制度の守備範囲の相対的な狭小

上に述べたことと関連するのでありますが、日本が西欧法制の採用に踏み切った時点においては、現在に比べると、法の対象領域が遙に狭かったことも明らかな事実であります。20世紀になってから新たに顕在化してきた各種

の社会問題 ——例えば、労働問題、借地借家問題、小作問題等 —— に対する法的な対応は、当初においては法体制構築の対象となっておらず、日本においては「六法」と称される基本的な法典 —— 民法・商法・刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法ならびに憲法 —— の整備ということが、その主眼であったのですし、近代科学技術の急速な展開に伴って生じてきた新しい法領域 —— 例えば、無体財産権法・電波関係法・労働法・各種の産業規制法等 —— に対する対応にも余裕がありました。更には、金融関係法や証券関係法、あるいは独占禁止に関する法規制の領域や各種の社会保険制度などについても、同じような事態が指摘できます。

これも、ベトナムなどアジアの国々が、単に基本法の領域に止まらず、極めて広範な法領域を一挙に近代化することに迫られているのに比べれば、時間を掛けて西欧法への接近を図ることが可能であった日本の恵まれた点の一つであります。

d. 日本の直面した諸困難

以上述べてきたことは、急速度に極めて広い側面で法の近代化を図らなくてはならない国々に対比して、日本が恵まれていたと思われる点であります。逆に、現在そうした課題に直面している国々にあっては決して見られない様々な困難があったことも、事実であります。何と云っても、日本がこうした作業に取り組んだ時点においては、同様な課題に迫られていた国はアジアには全くなかったというのが事実であります。従って、日本は手を携えて同じ道を歩むといった相談相手もないままに、全くの独力でこうした先人未踏の大仕事をしなければならなかったわけでありまして、それは、いうなれば、日本人の創造的な能力が世界史的規模で試されるという意味をもたざるをえない難事業であったのです。これにくらべれば、上にも述べましたように、現在同じような課題に立ち向かわなければならないベトナムを含む国々は、一面で日本より難しい問題を抱えている反面に、手を携えて進むことの出来る国々も身近に多くありますし、少しばかり先に苦勞を重ねてきた日本の経験を参考にする余地もありうると思います。更には、情報関係科学の飛躍的な発達により、法律情報の収集や交換がきわめて容易になってきている

ということも、現在の時点においてこうした法整備の作業を進めるについて、かつての日本にくらべて有利な点であると申せましょう。

3) 継受の手法 —— 日本の場合

1) で述べた動機を背景とし、2) で述べた環境の下で、日本は、どのようにしてこの難事業に立ち向かったのかという問題を次に述べさせていただきます。

a. 外国人の指導への依存・その1 —— フランス法の圧倒的影響

何の基盤も伝統もないところに、長い歴史をもつ西欧法を移植するについては、日本人の手によるだけではとても不可能であることは誰がみても明らかことでありましょう。そのためには、外国人の指導と援助を仰ぐことが不可欠でありました。それならば、どの国の法律家の援助を求めるのが適当であるかということが問題になるわけですが、この点に関する当時の日本人の感覚は極めて正当であったと私は思います。先にも触れましたように、日本にまず開国を迫ったアメリカはコモン・ロー法系の国でありまして、判例法を基盤としており、伝統のない国にもってくるのには不適當でありますし、後に世界最新の法典の整備を誇るようになったドイツは、未だ小国が分立しているという状態で統一的な法典を有してはおりませんでした。ただフランスだけが、いささか古くなっていたとはいいいながら、いわゆるナポレオン法典を幾つか有しており、大陸法系の雄として世界に君臨しておりました。更に、アメリカやドイツは連邦主義の国であるのに対し、フランスは中央集権化された統一国家であり、当時の日本人が頭に描いていた新しい国家像と対応する面がありました。西欧法制を学びとうとする日本人の視線が、先ず、フランスに向かったのは当然のことであつたといえましょう。誕生間もない日本の維新政府は、多くの俊秀をフランスに派遣しておりましたが、それだけでは当然足りず、大物の法律学者を高給をもって日本に招聘して指導を仰ぐことが不可欠でありました。そして白羽の矢が立ったのが、当時パリ大学の教授であつたポアソナードという人物でありました。当時の日本は未だ新政権の基礎が不安定であり、治安の維持が重要問題でありましたので、

先ず刑法と刑事訴訟法の草案の作成を依頼し、これは直ちに法典として公布されました。次いで民法典の編纂をも依頼しその草案の完成をみました。これが日本では旧民法と呼ばれているものです（しかしこれは後述するようについに施行はされないままに終わりました）。いわばこの時期はフランス法一辺倒の時代であったといってもよいでありましょう。ベトナムはフランスの支配を受けていたこともあるため、独立前には似たような雰囲気があったのではないかと想像致します。

b. 外国人の指導への依存・その2 ― ドイツ法への転換への萌し

しかし、その間にヨーロッパの歴史は大きく転換しておりました。いわゆる普仏戦争 ― ドイツのプロイセン王国とフランス国との戦争 ― でフランスは敗北し、勝利したドイツ側はビスマルクの指導の下にプロイセンを盟主とする統一されたドイツ帝国を建設し、その統一の余勢をかって世界最新の法典を次々と生み出しておりました。特に1877年前後に一群の司法制度関連法律や民事訴訟法・刑事訴訟法などが制定・公布されておりましたが、これこそ正に世界最新の諸法典であり、19世紀後半の社会情勢に適応したものであって、19世紀前半を代表する前述のナポレオン法典に比べ、時代の要請によりよく適合するものでありました。

こうしたヨーロッパ法の新しい展開は、日本にも伝えられ、日本人の間に、西欧の法制を取り込むならば、いささか古くなったフランス法よりも世界最新のドイツ法を模範とするのがいいのではないかという思いが強くなってまいります。この間にあって、非常に象徴的な存在は、旧商法であります。これはロesslerというドイツ人に起草を依頼しながらもその編別・構成はフランス商法典に倣っていたという点で、興味のある独仏折衷の姿を示しております。

c. 日本人の自発性に基づくドイツ法への全面的転換

しかも、この時期には、日本の国内政治の状況から、憲法を制定するということが緊急の政治的課題となっており、政府の高官による各国憲法視察団の派遣があり、その結果として明治政府指導者の思い描く国家像に最も適合

するのは、ヨーロッパの諸憲法の中では極めて保守的性格の強いプロイセン憲法であるから、それを日本の憲法の模範とするのが適当であるという国策が定まり、それが1889年の旧憲法として結実したのであります。憲法がドイツ型となれば、憲法の下諸法令もドイツ型になるのが必然であり、裁判所構成法や民事訴訟法などはドイツ人の手になる草稿を基本として制定されるようになり、先に挙げたボワソナードが心血を注いだ旧民法や独仏折衷と先に申し上げた旧商法などはその施行を見送られ、やがて現われるドイツ型の民法典（1895年）や商法典（1899年）に取って代わられることになるのであります。ボワソナードが起草した刑法（これが旧刑法といわれるものであります）・刑事手続法（これがいわゆる旧旧刑事訴訟法といわれるものであります）のみがフランス法の系統の法律として暫くの間生き延びたのであります。これもやがて1907年の現行刑法および1922年の旧刑事訴訟法という全くドイツ法に倣った法典にとって代わられたのであります。ここに至って、いわゆる基本法の全部がドイツ法の流れを汲むものとなったのであります。こうした形でドイツ法の洗礼を受けた経験はベトナムにはないと思いますが、日本法を参考とされる場合には、日本法にはこうしたドイツ法の痕跡が今も深刻に刻みこまれているということに注意して頂きたいのであります。

d. ドイツ法一辺倒の時期における多少の新しい動き

こうして、ドイツ法に範を求めた日本法の再編成は一応完了するのであります。それから第三の転機ともいえる第二次世界大戦の敗戦に伴ってアメリカ法の影響の増大がみられる時期までの間に、幾つかの注目すべき動きが日本の法制度にみられます。

一つは1926年に民事訴訟法の前半部分が、同じドイツ法系に属しつつ、当時世界最新といわれていたオーストリア民事訴訟法の影響を強く受けながら改正されましたし、これに多少先立ち、1922年には、全くドイツ型の破産法とオーストリア型の和議法が制定されました。

特にこの時期において日本の法律の歴史の中で特筆すべき特異な現象とし

て、調停制度の大幅な進出ということが挙げられます。調停制度は1922年から1939年までの間に、借地借家事件・小作事件・労働事件・商事事件・金銭債務関係事件・人事関係事件等、殆ど民事事件の全てにわたってそれぞれ単行の調停法として制度化されたものでありますが、西欧型の民事訴訟に対する日本人の馴染みの少なさと争いを好まぬという国民性の故か、ドイツ型の民事訴訟制度が私人間の紛争の解決の為の制度として必ずしも適切に機能しきれなかったという面をある意味では補充する意味合いをもつものであり、こうした広範囲の調停制度の進出は、世界に例をみない日本法の特徴といえるものであります（こうした幾つかの法律で規定されていた調停制度は、第二次世界大戦後に民事調停法・家事審判法という二つの法律に統合整備され、現在も大きな役割を果たしております）。最近では、訴訟外の紛争処理制度というものが世界的に脚光を浴びるようになりつつありますが、調停制度の日本でのこうした盛行は、世界の各国からも注目される日本の司法制度の一つの特徴となっております。付言するならば、全国で民間人から調停委員として選出され、調停の運用に携わっている人達は、延べ2万人前後にもなるといわれており、裁判所のすぐれた指導もあって、こうした調停委員に選ばれることは名誉なことであるとして、この調停委員の人達は喜んで調停の仕事に励んでおります。民衆の司法関与のあり方が現在世界各国でいろいろな形で論議されておりますが、日本の調停委員の制度は、日本人が独自に生み出した一つの成功例として評価してよいと思われます。ベトナムの方々も、国民同士の間での紛争の解決方式としては、日本の訴訟制度だけでなく、こうした世界にも稀な日本の制度にも注目して頂きたいと思います。

e. これらの時期における日本人の側での努力と対応の若干の側面

外国人の力を借りながら法典を整備し近代的な司法制度や行政制度の形を整えていくということは、日本が目指した条約改正という政治的目的を達成するには一番有効な方法であったことは確かですが、法律を真の意味で適正に運用する為には、それに従事する人間の養成が必要でありますし、更には、外来の法典を円滑に運用するためには、それぞれの法律の学問的究明の体制が整っていなければなりません。そこで、こうした法律の運用をす

る実務家の養成という問題と、法律学の担い手の養成という二つの面に分けて、この時期の日本の対策をみることに致しましょう。

先ず、実務家の養成の面ではありますが、外来の法律制度を円滑に運用していく為には、法の担い手の養成や練達な行政官の育成が必要でありましょう。

司法の担い手といえば、一方で裁判官や検察官、他方で弁護士が必要なわけではありますが、この点についても日本は目ざましい努力を重ねたという一面と、極めて偏頗な育成が行われたという反省すべき点を持っていたことを指摘しなければなりません。先ず、裁判官や検察官は、司法活動の眼にみえる存在でありますので、条約改正の目的を達する為には、全国津々浦々に然るべき数の裁判官や検察官を配置することが必要でありましたので、明治政府はこの点については極めて大きな努力を払い、旧憲法施行の時期迄には、量的にみる限り驚くべき成果を挙げました。旧憲法施行の時期には裁判官だけでも千数百人の人員を揃えたのでありますし、検察官の数もそれに見合った数の人材の養成を完了しております。

驚くべきことは、西欧法制の受入れを決断してから僅か20年の間に、全くの零の状態からこれだけの裁判官・検察官を作り上げておきながら、ひとたび条約改正という政治的目標が1894年以後次々と実現してしまうと、そうした努力は殆ど停止してしまい、第二次大戦終了後にあってさえも、しばらくは、こうした裁判官・検察官の数が旧憲法施行の時と殆ど同じであったということでもあります。その百年の間には人口は数倍に増え、経済活動の規模は比較を絶する程に拡大しているのに対し、司法部の人材の量的な弱体は覆うべくもありません。これは、日本の西欧法継受の目的が不平等条約改正ということに向けられ、西欧で現に行われているような司法活動の実態を日本でも実現するということが正面の目標としては捉えられていなかったということを示す事実といってもいいでありましょう。

西欧法導入の動機が前述したようなものであり、司法制度の内実の充実を図るよりも、形の上で法治国的外観を整えることに重点を置かれたことのもう一つの欠陥と目すべきものに、西欧諸国では裁判官・検察官と弁護士は共に法の使徒であり、役割を異にするだけであるという常識が定着している

のに比べ、日本では、裁判官・検察官の育成という面のみに重点が置かれ、弁護士制度の充実やその地位の尊重ということが、比較的閑却されたという事実があることも否定出来ません。しかし、弁護士制度の充実は健全な司法運営の為に不可欠なものであり、しかも弁護士は優れた知識階級なのでありますから、そういう人達の間から裁判官・検察官と自分たち弁護士の間にな不当な差別があるという感覚が芽生え、裁判官・検察官に対して自らを対立するものとして位置づけるという伝統の種をまくことになってしまいました。

日本の弁護士は自らを「在野法曹」——権力からはずされた法律家——と呼び、裁判官・検察官という「在朝法曹」——権力を背景とする法律家——に協調するよりも、むしろ対立するところにこそ、己れの存在意義があるという反骨の精神が根強く培われてくるというきっかけがそこに潜んでいたと私はみています。それが今日もおお完全には除かれていないという状況が続いているところに、伝統の短い日本の法律制度の問題点の一つがあることを率直に認めなければならないと私は感じております。この点はベトナムも国家体制という要素もあって、同じような道を歩むことになるかも知れぬと思いますが、日本では漸くその反省がみられるようになり、是正の方策が現在いろいろな形で論じられるようになってきたことを申し上げたいと思います。

新しい基本法典を始めとして次々と制定される西欧流の多くの法規が円滑に運用される為には、そうした法規の学問的な研究ということが不可欠であります。1880年代から、日本においては法学教育の制度が徐々に形を整えてくるのでありますが、そうした法学教育の施設には、国立の大学もあれば私立の学校もありました。しかも、こうした法学教育の施設は、当然のことながら、外国の法律制度の研究に重点を置き、諸外国の法律学者の学説を日本に紹介しつつ日本での法律実務に協力するのだという姿勢がはっきりとしておりました。

面白いことは、こうした法学教育施設の間で、当初は、イギリス法派というものと、フランス法派というものの対立がみられたということでもあります。後に、日本の法律制度を完全に一色に染め上げたと言ってもよいドイツ法の研究を建前とするドイツ法派というものは、始めのうちは殆どみられませんでした。これまで述べてきたように、日本の新しい法律制度の建設にあたっ

ては、判例法主義をとる英米法の継受は視野の外に置かれ、専ら大陸法に眼が向けられていたのに、学問の世界では、イギリス法派が幅をきかせていたということは、一見、奇妙なものと映るかもしれません（実は、当時唯一の国立大学であった東京帝国大学の法学部門では、イギリス法派が主流であったといわれております）。これは、明治政府と英国の関係がいろいろな面で密接であった上に、イギリスのなかば啓蒙的な法律書がはじめて西欧法に接する日本人には取りつき易かったということもあろうかと思われます。先程、ボワソナードが心血を注いだ旧民法や、独仏折衷と私が呼んだ旧商法が、施行されることのないまま葬り去られたということを指摘いたしました（これは日本では「法典論争」と呼ばれています）、その背後には、日本の学界におけるイギリス法派とフランス法派の対立があったという人も少なくありません。しかしながら、旧憲法を境として、ドイツ法の優位が固まってまいりますと、当然のことながら、ドイツ法派というものも形をなし、勢力をどんどん広げていくということとなってくるのであります。

こうした日本の法律学研究者の系列化をみごとに象徴するのが、私が長く奉職しておりました東京大学法学部の中に、イギリス法専修の課程とドイツ法専修の課程とフランス法専修の課程の三つが置かれ、学生はその何れかを選ぶことを強制されたという事実であります。こうした制度の下では、イギリス法専門の教授、ドイツ法専門の教授、フランス法専門の教授がそれぞれ置かれたのでありまして、こうした西欧法制を代表する三つの国の法の研究が大学で並行的に行われるという体制が確立し、その伝統は、今日まで、形を変えながらも続いているのであります。

こういう研究体制の下では、日本の法学研究者は、少なくとも自分の専門領域に関する限りでは、あわせて英米法か、ドイツ法か、フランス法か、の研究を伴わざるをえぬという傾向が生まれ、その伝統も今日まで続いているのです。このような法学研究・法学教育の面での西欧外国法の多角的重視という伝統は、日本の法学の特徴の一つであります。諸外国での法学教育の対象は、自国の法律制度にのみ限定されるものが殆どであり、日本のような形で、外国法の重視を大学の法学教育の中に取り込んでいる国はありません。

これは、ある意味で日本の法学研究の強みではありますが、その反面とし

て、学者の側において自国の法律実務の研究が閑却されてしまいがちであるという、これまた諸外国の法学研究・法学教育とは違った消極的な特徴となっていることも、公平に認めなければなりません。

Ⅳ 日本における西欧法継受の過程とその特徴、ならびに、その問題点・その2

—— アメリカ法の部分的進出 ——

1) アメリカ法の影響の顕在化とその発現領域

第二次世界大戦の敗戦に伴い、日本はアメリカを中心とする連合軍の占領下に置かれ、アメリカ主導の下に様々な法改革が行われ、それを契機として、アメリカ法の影響がこれまで大陸法系の制度で固められてきた日本の法制度に大きな変動を生ぜしめることになりました。1946年の日本国憲法（いわゆる新憲法）がアメリカの強い示唆に基づくものであることは、広く知られているところでありますが、実は、この新憲法の中で、最もアメリカ色の濃厚な部分は、人権関係の諸規定のほかは、司法制度の領域なのであります。最高裁判所の構成や、その権限——例えば、違憲立法審査権や最高裁判所規則制定権——や最高裁判所裁判官の国民審査制度などがその典型であります。

最高裁判所以外の点では、家庭裁判所の制度の新設と、これまでの最下級裁判所であった区裁判所の名称を簡易裁判所と改めて、その数を飛躍的に増加させたということがあります。そのいずれも、アメリカの一部で実験的に行なわれている家庭裁判所や、各州レベルの司法制度の末端に位置している治安判事の制度を学んだものではありませんが、日本で実現されたところはアメリカの制度とは大きく異なり、日本の独自性がかなりはっきりしています。とくに、日本のこの新しい家庭裁判所制度は、母国のアメリカからも、また、ドイツからも注目され高い評価を得ております。これにくらべると、簡易裁判所制度は、その特色を発揮するのに必要な手続法の整備がおくれたために、必ずしもこれまでは期待された実績はあげられなかったといえます。しかし、後に「2）b」で触れる新しい民事訴訟法典の中で、この簡易裁判所における独自の小額訴訟手続（一つの事件は

一回の弁論で終結するのを原則とします）が整備され、世界にあまり比をみない日本の民事司法手続の一つの独創的な実験となるであろうことが確実視されています。

司法の制度面以外では、この憲法の規定を受けて、日本の基本法典の中では、刑事訴訟法が極めて明瞭にアメリカ型に改変されたことと、伝統的な「家」制度の廃止に伴う親族法・相続法（民法典の後半部分）の改正がみられましたが、それ以外の基本法典の中では、商法の会社法の部分がかなり大きくアメリカ法を取り入れたほかは、他の分野ではそれ程大きな変革はなかったといっていよいかと思えます。私の専門とする民事訴訟法の中では、証人尋問の方式の改変（英米法流の交互尋問制度の導入）などは実務上の大きな変革ではありましたが、法典の体系そのものには手が付けられませんでした。むしろ、アメリカ法の影響が強くみられたのは、戦前の日本の財閥解体と組み合わされた独占禁止法や戦時経済の立直しの一環とアメリカが考えた会社更生法等の領域であるとか、金融制度・証券取引制度・租税制度等、経済関連の分野であったといえましょう。

2) 日本側の対応の諸形態

a. 基本的な流れ

このように占領期間中には、占領軍の権力を背景とした、いわば他律的な法改革がかなりの規模でみられたとはいえ、それは明治初年の最初の西欧法導入の時のような衝撃はむしろ少なく、日本ではかなり巧みにこのような法改革に対応したといえると思います。その背後には、何と云っても、敗戦前に半世紀以上かけて、国民も法律家も、また行政官や企業家達も、法律の面でいろいろな経験を積み上げていたという事実があったからだということが出来ましょう。

連合軍の占領終結の後、暫くの間は、取り残された法領域で、新しい憲法の規定との調整を行うなどの動き（行政事件訴訟法の制定や国税徴収法の全面改正や執行官法の制定等）がみられました。しかし司法制度の面で、弁護士側が主張した裁判官任用制度の大きな改革を取り上げた臨時司法制度調査会の答申が1964年に出され、それが弁護士側の主張を容れなかったため、弁護士側の強硬な反対にあって、そこで取り上げられた他のさまざまな改革構想は何一つとして実現でき

なかったという事実があり、その後遺症が長く残って、司法関係法律の停滞がみられたとってよいと私は考えております。最近になって、こうした反省に立脚し、改めて司法制度の大改革の試みが国会を中心に動き出していることも、とくに強調しておきたいと思います。

b. 民事手続法改革の完了

こうした一般的な傾向の中にあって、際立った形で注目を引くものとしては、民事手続法の分野での改革の進展ということが挙げられます。これは私の専門分野に属する問題でありますし、私自身も深く係わってきたところですので、あまり強調することはいささか憚られるのではありますけれども、客観的な事実としてのみ報告をさせて頂くことに致します。

先にもちょっと触れましたように、民事訴訟法の前半（訴訟手続、日本では判決手続ともいわれる部分）は1926年に改正されましたが、その後半部分（その主体は強制執行手続、および保全訴訟といわれる手続です）は、なんと1890年の法律がそのまま残っておりました。その時点以後の社会生活・経済生活の急速な発展のなかで、私権実現の最後の手続であるこの部分が、古色蒼然とした形で残っているというのは奇妙なことであると誰もが感じ、いろいろな改革の動きが断続的ながら続いていたのですが、かなり長い時間をかけての検討の末、1979年に民事執行法という単行の法典が成立し、引き続き、仮差押え・仮処分（保全処分とか保全手続とかともいわれています）の近代化が、民事保全法として1989年に制定されました。そうすると、大正時代に一度は改正されたとはいいいながら、現代の訴訟実務の要請からみると、大分古臭くなってきたと感じられる判決手続の部分の改正も避けられなくなり、5年の短い時間の間に集約的な審議を重ね、1996年に新しい民事訴訟法典が誕生し、昨年1月から施行されております。これにより、基本法の中でも、実務家の職業的な利害が絡むが故に改正が最も難しいというのが常識であった民事訴訟法典の全体（但し仲裁手続の領域などほんの僅かの部分は未だ手つかずに残っております）が、何の外圧（明治時代の条約改正の必要とか、第二次世界大戦後の占領期の法改正の要求等は正に外圧というのに適当なものでありました）もないところに、全くの自発性に基づいて、諸外国の新しい民事訴訟制度の流れにも丹念に眼を注ぎながら、全面改正を実現したことは、

やはり日本の法律制度の歴史のなかで特筆に値するといってもよいと私は密かに自負しております。この改革に当たっては、現段階での世界の主要な民事訴訟法典のすべてといってもよい範囲で、徹底的な研究と日本訳が併行して試みられ、それが新しい立法に大きく参照されています。本日はその成果を一冊にまとめたものを持参致しましたので、それを贈呈させていただきます。

この流れを受けて、現在既に仲裁手続の改革や倒産処理手続（破産法・和議法・会社更生法のほか、商法の会社法のなかに規定されている整理や特別清算等）の近代化の作業が、既に始まっておりまして、これも数年の内には成果を挙げることが期待されております。

c. 他の法領域での改革の動き

民事訴訟法典のように、法典の全面的な書き換えというところまではとてもいってはおりませんが、経済生活の目ざましい発展に即応できるように、会社制度のこまめな手直しが、いろいろな点で実現しているのも事実であります。その多くは、戦後占領期に行われた会社法のアメリカ化の流れを引き継いで、アメリカの会社制度に範を求めた改革であります。

法典の内容的な改革ではありませんが、法典の平易化という作業が着々と進んでいることも指摘しておかねばなりますまい。既に触れたように、民法典の前半（財産法といわれる部分）にしても、またこまめな改正で複雑な条文構成になっている商法典にしても、さらには刑法典にしても、いずれも明治時代の制定にかかるものであって、用語が現在の国民の多くにとっては難解すぎるというのが実務や教育の現場から指摘されるようになってきていたのですが、それに応じて、これら諸法典の表現の平易化の努力が続けられています。刑法典については既にこの作業は終了し、1995年に完成しておりますし、民法典、商法典については、鋭意その作業が進められているところであります。なお、それ以外にも、交通手段の近代化に対応すべく、裁判所の統廃合を試みるということは、既に実現されておりますし、国際競争の激化に伴って法律家の数を増加する必要性があるという要望も強まっており、既にその対策を検討することを主眼とする審議会が特別法によって設置をされており、2年の予定で、将来の育写真を示すことになっていきます。

d. 法学教育の量的拡大 ― その現状と問題点

前記 c. のところで指摘しましたように、実務法律家の増員ということが現在の日本の一つの大きな問題になってきておりますが、この問題は、大学における法学教育のあり方という問題を離れては論じられない点もありますので、終わりに簡単に日本の法学教育について触れておくことに致します。前にも触れましたように、日本の法学教育は、日本の近代法整備の歩みと対応する形で発展してきたのでありますが、第二次大戦後になりまして、アメリカの大学制度の影響を受けつつ、日本の大学は著しく量的に拡大され、それに伴って、法学教育（大学の法学部における教育）の規模も飛躍的に増大しております。最新の統計によりますと、法学部及び法経学部、法文学部等の複合学部や夜間大学をもつ大学は、全国で延べ 120 前後もあり、その一年の採用人員は、46000 人前後になっているといわれます（法学部の履修年限は 4 年ですから法学部在学生の総数はその 4 倍になるわけです）。

こうした多くの人々が、法律の学習を経て、さまざまな社会分野 ― 中央・地方の行政機関や各種の企業、教育機関等 ― に送りこまれていることは、日本の強みであるという一面は確かにありますが、諸外国で法学部の卒業生の進路の大部分を占める狭義の法律家（裁判官・検察官・弁護士等）になる人間は、日本では法学部卒業生のほんの僅かにすぎないということは、やはり一つの大きな問題であると私は考えております。しかしながら、これは明治時代に条約改正という目的を達成し終わるとともに司法制度が停滞し、その反面、行政や企業に法学部の学生が大量に投入されたという伝統の延長線上にあるという問題であって、近代法整備という角度からだけで論じうる問題ではない為に、これまではその改革は難しい状況にあったといわざるをえませんが、先に指摘した新しい司法制度改革審議会の設置に伴い、こうした法学教育の改革のための画期的な措置が論議されつつあります。

V. 総括

1) 諸外国の法制度と比べてみたときの日本の法制度の特徴

この報告で繰り返し指摘してきたように、日本の法律制度の一つの特色は、東洋で最初に西欧法と対決し、その摂取に努めてきたということですが、それは同時に、日本は、フランス法・ドイツ法・アメリカ法（アングロ・サクソン法、あるいは英米法、もしくはコモン・ロー体系の法といってもよいでしょう）という世界の法系を三分するともいってよい法体系を、時期を異にして遍歴をし、その中から、130年余りの時間をかけて日本独自の法体系を模索し建設してきた国であるということでもあります。別な言葉を用いれば、世界の主要な法体系が全てこの極東の島国に集中し、そこで激しい発酵を重ねているというのが、日本の法であるということがいえるのであります。

この文化史的にみた大実験は、まだまだ展開途上にあり、その作業は今や終了したなどと言えるものでは到底ありません。いわば、日本は、今後とも近代法整備への歩みをどこまでも続けざるをえない国であるという点で、法の発展途上国の一つに過ぎないともいえるわけであります。

2) 諸外国の法学と比べてみたときの日本の法学の特徴

本報告の中でも時折触れたところでありますが、上述した日本の法の特徴に対応する形で、日本の法律学にも際立った特徴がみられます。その若干は既に紹介したところでありますが、触れ残したところも少しありますので、補充させていただきます。まず第一は、上に1)で述べたことと対応することであり、また前にも多少触れたところでありますが、日本には西欧法の主なものがすべて流れこんでおり、それを学びとることが日本の法律学の課題であったことの遺産として、諸外国の法の動向に敏感であり、その流れを正確に捉えるという点で、日本はおそらく世界で一番進んでいる国であるというのが、ドイツやアメリカに留学した経験をもつ私の率直な印象であります。いわば、日本におれば、世界の法の動きは極めて迅速且つ正確に捉えられる位置にあるのであります。このことと一面で重なり合いながら、もう一つ強調してよい点は、日本はその人口の割に、法律文献の刊行が、世界でもおそらく一番多いといってもよい国ではないかと思えます。一つの法律が出る度に、何種類もの解説書や注釈書がすぐに現れますし、市販の法

律雑誌の種類にしても、またその部数にしても、膨大な数にのぼっております。各大学の法学関係の紀要の数も、前述した大学法学部の数に対応して、100に近い数になっております。裁判所の裁判例の速報が、大量に達しているのも事実であります。あまりに公刊される法律文献の数が多いので、月々発表される法律文献を分類したものを市販するという特異な出版物も日本ではみられます。その一部を御参考までに持参しましたので、これも献呈させていただきます。

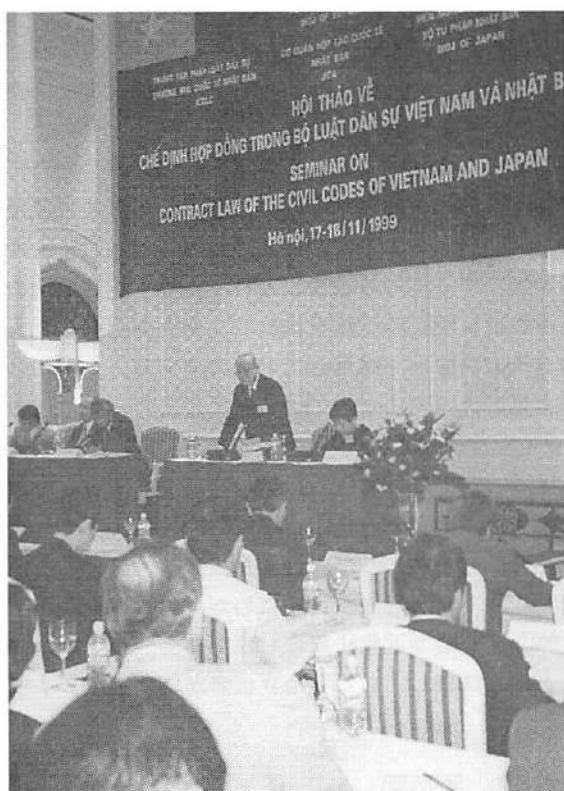
3) 日本の法および法学の新しい課題の自覚と対応

これまでの日本の法および法学の目標は、西欧諸国に「追いつけ、追い越せ」ということでありました。上に述べたように、その目標はある程度は到達できたといえると思いますが、それは、併せて、別な面での大きな欠落を生み出していたということを、今、我々は深刻に反省しつつあります。それはどういうことかということ、眼を西欧先進国にのみ向けて、近隣のアジア諸国の法や法学に対する関心が極めて希薄であったということでもあります。

こうしたことを自覚させられる環境が、必ずしも恵まれたものではなかったのも事実であります。かなり最近まで、世界の動きは、東と西の対立とか、北と南の対立とか、という図式でとらえられがちでありました。しかし、冷戦構造の崩壊や、アジア諸国の経済発展などを契機として、新たな世界史の方向が随ろげながら見えてきたというのが、やっと最近のことだと私は考えております。その新しい世界史の流れの大きな骨組みは、一つはヨーロッパ、もう一つはアメリカ、そして第三にアジア、という三極構造の対立というか、競争関係というか、そうした大きな流れであると思います。

かりにそうした見方に大きな誤りがないとするならば、日本の法と法学をこうした三極構造をにらんで展開させていくということが、不可欠になるであろう。日本は、これまでのように、ただ西欧に「追いつけ、追い越せ」という姿勢——明治時代のある思想家は、それを「脱亜入欧」という言葉で表現致しました——を反省して、三極構造の一つとしてのアジアの一員であるとの自覚に立ち、近隣の諸国と力を合わせて、アジアがヨーロッパ・アメリカに対抗できる力を付ける為に、これまで100年以上かかって積み上げてきた経験を生かしてい

くべきである、ということが、ここ10数年程の世界史の激動の中から、漸く日本で法律に携わる者の自覚の対象になってきたと言えると思います。皆様方、すなわちベトナムとの法律交流だけでなく、既にカンボジア・ラオス・ミャンマー・モンゴル、更には中国・韓国などと同様な取り組みを始めているのが事実でありまして、こうした動きは今後ますます強まることは必然だと私はみております。事実、こうした法律整備支援または相互交流が、一年一年と密接になっておりまして、その中心には、政府機関として法務省、JICAがあるほかに、それを支援する民間組織として、本日ここに代表者がおられる国際民商事法センターがあることを終わりに指摘いたしまして、私の本日の報告の締めくくりとしたいと存じます。



契約法の原理と日本民法典

上智大学法学部教授

森島 昭夫

1 資本主義体制の法としての民法

1868年に徳川幕府から天皇制へと政治体制が代わり、近代化の道を歩み始めた日本がまず取掛からなければならなかったのは、国家組織と法律制度の西欧化であった。近代社会、つまり商品交換社会の基礎的な法典である民法典について言えば、明治政府は、早くも1870年には当時唯一の民法典であったフランス民法典の翻訳作業に着手し、1879年にはフランス人ポアソナードのもとで日本民法典の起草作業を開始した。いわゆるポアソナード民法は1890年に制定されたが、この民法典があまりにもフランス的で日本の風俗習慣に合わないとして反対する保守派の攻撃によって、その施行は無期延期され、あらためて日本人の起草による現行民法典が1898年に制定施行された。

うえに述べたような経緯があったにもかかわらず、植民地化を避け、欧米列強に対抗して近代国家への道を進まざるを得なかった日本にとっては、商品交換法としてのヨーロッパ法の体系を継受する以外の選択肢はなかった。とりわけ、契約を含む財産関係の法についてはそうであった。日本民法典が起草された19世紀末には、ヨーロッパでも大規模な企業の出現による市場の独占化など、20世紀の資本主義が経験することになるさまざまな問題はまだ顕在化しておらず、個人の意志の自由、私的所有権に対する絶対的な支配、国家の干渉を排除する契約の自由、といった資本主義初期の理念的な法原理が支配していた。日本民法典は、国家の干渉を排除し、個人の自由な意思と競争に委ねられていたこの時代の私的自治の法原理を採用しているのである。やがて20世紀にはいって日本の工業化が進み、企業が大規模になってくると、企業と一般市民の間の実質的平等が失われ、個人の意思の自由を前提とする近代法の原理は反省を迫られることになる。しかし、資本主義が商品交換経済を基礎にしている以上、商品交換法としての近代法の原理そのものを捨て去ることは出来ない。意思の自由を国家の介入によって一定限度で制限するという修正が図られざるをえない。ところが、日本民法典は、封建的な色彩を濃くもっていた親族編及び相続編を除いて、制定後1世紀にわたって大きな改正を受けることもなく存続してきた。そのため、理念的な近代法原理と現実社会との乖離は、民法典の解釈という形で裁判所が判例によって調整し、あるいは立法者が特別立法によってギャップの一部を埋めてきたのである。

2 契約の自由

商品交換社会（近代社会）における契約は、契約当事者の自由な意思の合致によって成立する。近代契約では、封建社会における身分契約や社会主義社会における計画契約と異なり、慣習や国家が契約関係に介入することはなく、各人は、契約を締結するかどうか、誰を契約の相手方として選ぶか、どのような方式で契約を締結するか、契約の内容をどのようなものとするか、自由に決定することができる。契約を締結しようとする一方当事者と他方当事者とは、それぞれ自由な決定権を持っているので、両当事者の意思が合致して初めてそれぞれが（自分の意志に従って）拘束されるのである。

当事者の意思が決定的な意味を持つ契約においては、当事者の意思は原則として民法上の契約法規に優先する。すなわち、契約法規は当事者の意思によって変えることが許される任意規定である（これに対して当事者の意思で変更することが出来ない規定を強制法規という）。したがって、契約法規の役割は、契約当事者の合意内容が明らかでない部分についてその内容を明確にするための手がかりとなる解釈規定であるか、あるいは当事者が定めてなかった部分について内容を補充する補充規定として機能するにとどまる。

19世紀末に制定された日本民法は、当事者の自由な合意に法的な拘束力を与えている。合意の内容が実現不能な場合や公序良俗（公共の秩序、善良な風俗）に違反する場合（90条）を除けば、契約は拘束力を持つとされている（なお、契約当事者に行方能力がない場合、意思表示に瑕疵がある場合などは、一方当事者の自由な意思に欠けるところがあり、合意が成立しないと考えられる）。当事者の合意内容とそれに基づく権利の行使・義務の履行方法に社会的妥当性を与える信義則（信義誠実の原則）が民法典に導入されたのは第2次世界大戦後の1947年のことであった。

しかし、日本の資本主義が発達し、大規模企業と一般市民との間の知識や資力、技術力に大きな格差を生じるようになり、両者の間の平等対等な関係が崩されてくると、両者の実質的な平等性を確保するには、何らかの形で国家が契約関係に介入せざるを得ない。しかし、先にも述べたように、民法典の改正は久しく行われず、まず、不平等な当事者間の契約内容に裁判所が介入することによって契約自由の名の下に生じる不都合が是正された。やがて、特別立法によって国家が契約の自由介入するようになる。

裁判所が、契約の解釈という方法を用いて契約の自由介入した例としては次のようなものがある。借地（土地の賃貸借）契約のさいに、契約書には賃貸借期間は5年と定められていたが、5年後に貸主が土地の明け渡しを請求したところ、裁判所は、定型的な契約書に5年の賃貸借期間が記載されていても、この条項については当事者が拘束される意思をもっていなかった（例文である）、むしろこの条項は賃料据え置き期間と解釈すべきだとして、明け渡し請求を退けた。おそらくこの事件では、契約当時両当事者はともに契約期間が5年であることを認識し、借り主も5年でもよいから借りられればよいと考えていたのではないだろうか。しかし、裁判所は5年で土地を明け渡すのは借り主に気の毒だと思い、当事者に拘束される意思はなかったと擬制したのであろう。このように裁判所が契約の解釈という名の下に政策的な判断を持ち込む例は少なくない。また、民法第541条

は、債務者が債務を履行しないときは、債権者は一定の期間を定めて履行を催告し、その期間に履行がないときは契約を解除できると規定しているが、家屋賃貸借契約のさいに当事者が増改築禁止の特約をしたにもかかわらず、借家人が小規模の増築をした事例で、裁判所は借家人の保護のために、債務不履行によって当事者間の信頼関係が破壊されるような場合でなければ家主は契約を解除できないとした。裁判所は、しばしば契約や法律の条文の解釈という形で契約や条文の内容を修正している。そのさい、信義則を持ち出すことが少なくない。第2次大戦後に民法に規定された信義則（1条）は、条文として規定される以前から学説判例で、契約や条文の規定を現実社会に適合させる道具として用いられている。

次に、契約の自由という理念が、実際には企業のしたい放題を許し、一般市民の不自由をもたらしているところから、国家が立法によって、例えば労働契約や借地借家契約、消費者契約など、両当事者の地位が不平等であるような契約に介入することが少なくない。特に第2次世界大戦後そのような立法が増加している。この点については後に述べる。

3 日本民法典における契約法と特別立法

先にも述べたように、日本民法典においては、契約は当事者の自由な合意としてとらえられている。すべての契約当事者は自由な意思を持った市民として対等平等な地位にあることが前提とされ、その地位には互換性がある。当事者が地主であるが農民であるかによって区別はなく、また男であるか女であるかによって差別はない。ある売買契約における売り主は他の契約においては買い主となりうる。さらに、契約の目的物が何であれ、（不動産か動産かによって、公示方法や公信の原則の適用が異なるが）私的所有権の対象として、また商品として同視されている。近代法における契約は、商品交換を前提とする限りにおいて、抽象的にとらえられている。

日本民法典は、契約類型として、贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇用、請負、委託、寄託、組合、終身定期金、和解という13の典型契約を規定している。これらの契約類型のうちでも、商品交換の中核をなす売買契約が最も重要である。また、労働力を商品とする雇用契約もかつては重要であった（今日では、労働者を特別に位置づける労働法上の労働契約に取って代わられている）。商品の生産や労働力の再生産の場となる不動産賃貸借契約、商品交換のための信用調達をする金銭消費貸借契約も頻繁に利用される契約である。これらの契約は有償契約であり（なお、無償の金銭消費貸借がある）、有償・双務契約である場合には危険負担や瑕疵担保責任が問題となる。他方で、同じ売買でも、商人間の売買契約は画一的かつ迅速に処理される必要があるとして、商法に規定されている。商人が営業として行う仲立営業、問屋営業、運送営業、倉庫営業、保険業など商人の営業にかかる契約も商法に規定されている。

民法上の契約法規は、すべての市民が社会生活上係わる可能性のある契約について規定

したものであるが、商事契約と比べると、一回的な取引形態が想定されており、継続反復的な契約を処理できる規定は少ないように思われる。例えば、民法は、先にも述べたように、契約不履行があった場合に、債権者は一定の期間を定めて履行を催告すれば契約を解除できると規定している（民法541条）のに対し、裁判所は、信義則を用いて、信頼を破壊するほどの債務不履行がなければ契約を解除できないとしているが、これは民法が必ずしも予定していなかった継続的な借地借家関係を維持するために、民法の解除要件を狭く解釈したものである。しかし、裁判所が契約文言や法律の解釈で対応できることには限界がある。日本においては、労働契約や、農地賃貸借契約、借地借家契約などでは、民法が想定する契約当事者の地位の互換性、平等性は最初からなく、契約の自由は労働者や農民、借地借家人の実質的な不平等をもたらした。これを是正するには国家の介入を必要としたが、第2次世界大戦前の日本の支配層は労働者・農民保護の立法に抵抗し、わずかに宅地建物の賃貸借契約について、長期賃貸借期間の保証、契約更新の強制、新所有者に対する対抗力の付与などを規定する建物保護法、借地法、借家法などが立法されるに止まった。

第2次世界大戦後、日本の経済は高度成長を遂げ、大量生産、大量販売、大量消費社会に突入した。物の生産と消費だけではなく、社会の情報化・サービス化が進んで、取引形態も多様化し、企業と市民（消費者）の格差はいよいよ大きくなっていった。十分に安全性が確かめられないまま、また十分な情報を与えないまま消費者に提供される製品やサービスに関して、裁判所は、信義則を手がかりに、製造業者や販売業者に対して契約に付随する義務として安全配慮義務を課し、また契約締結に際して説明義務あるいは情報提供義務を課してきた。割賦販売法や訪問販売法等の消費者保護法では、販売業者に文書交付義務や説明義務等を課し、消費者に不利な一定の契約条項を合意することを禁止している。消費者金融や消費者を相手にした様々な金融商品の取引について多くの契約規則法が立法されているが、次々に現れる新たな消費者契約の前に立法は後手に回っている。現在、消費者契約の締結や解消について一般的に網を掛ける消費者契約法という名前の法律が審議されているが、まだ法律として成立していない。消費者契約だけでなく、これまで経験したことのない新たな契約類型が次から次へと現れ、伝統的な契約理論ではカバーしきれない状況にある。例えば、国境を越えてインターネットを通じて行う通信販売、電子決済などの多くの問題を抱えた契約類型が生じている。

4 意思の合致のない契約の有効性

繰り返し述べてきたように、近代法における契約の法的拘束力は、契約当事者の自由な意思の合致に求められる。ところが、資本主義が進むにつれて、取引が大量に、かつ反復継続して行われるようになり、契約当事者が個々の契約条項についていちいち吟味したうえで合意することが出来ない場合が増えている。例えば、列車に乗る乗客は、チケット販売窓口で運賃について交渉したり、運送上の条件について取り決めたりすることはできない。乗客は乗るか乗らないかの自由はあるが、運賃にせよその他の運送契約上の条件にせよ、鉄道会社が一方的に定める契約條款（約款）に従うほかない。このような契約は、一

日本でも保険約款を巡って、画一的な契約内容で取引を行うことが合理的な保険料を維持するために必要だとする見地から、ヨーロッパから理論を借りてきて様々な議論が展開された。例えば、約款上の条項を承認する包括的な意思があるとか、黙示の合意があるといった擬制的な意思を根拠とするもの、一種の自治法規として私的な立法権限を認めるものなどがあった。これらは、約款の法的拘束力を認めようとする立場からの議論であった。しかしやがて、約款によって消費者の取引上の被害がでてくると、今度は逆に消費者にとって不都合な約款の条項を無効とするための理論がでてくる。すなわち、約款が有効であるのは契約当事者の意思によるのであって、消費者に情報が全く与えられず、従って合意の可能性のないところでは約款は効力を認められない。また相手方当事者（消費者）の理解を基準として約款条項の意味が決定されるべきで、相手方の予期する範囲を超えて約款の拘束力を認めるべきではないという考え方が有力である。そこでは、相手方の意思は擬制的なものではあるが、意思に拘束力の根拠を求める点で、意思理論の新たな復権であるということも出来よう。

A black and white photograph capturing a formal signing ceremony. A large group of men, mostly in dark suits, are standing in a line behind a long table. At the table, several men are seated, focused on signing documents. A Japanese flag is prominently displayed on the table. The setting appears to be an indoor room with a window covered by curtains in the background. The overall atmosphere is formal and official.

- 42 -

渉外契約の要点

弁護士 小杉丈夫

1 はじめに

まず、私が、日々外国と日本の間の契約実務を取扱っている日本の弁護士として、国際契約をどのように見ているか、つまり、日本人からみた国際契約についてお話ししようと思います。

日本人が、一方で、明治以降、日本国内に西欧法を導入するという制度面での大改革、大実験を実施しながら、他方で、国際契約という、当事者自治が支配する分野で、外国との関係でどのような困難に遭遇し、それに対処してきたかをお話すれば、ベトナムの皆様にお役に立つことがあるのではないかと考えるからです。

2 国内契約と国際契約の違い

かつて、私は、日本人を対象として私が書いた論文の中で、下記の表のとおり日本人同士の契約と国際契約を対比しました。

日本人同士の契約の前提情况	国際契約の前提情况
①整備された裁判制度、強制執行制度が背後に存在し、契約の履行が制度的に保障されている。	①世界中を一元的に管轄する裁判制度・執行制度は存在しない。のみならず、日本と同程度に整備され、信頼性のある裁判制度・執行制度を有する国は決して多くない。
②契約書は日本語で作成される。	②契約書は外国語で作成され、そのほとんどは英語によっている。
③契約には日本法が適用される。	③日本法が適用法とは限らない。契約中で準拠法を日本法とする合意をすれば、法廷地の国際私法により有効とされる場合が多いが、これも絶対的なものではない
④契約内容につき紛争が生じた場合、訴訟は日本の裁判所に提起され、日本の裁判官により、日本の社会通念・商慣習に従って契約内容が確定される。	④紛争になった場合、法廷地は日本とは限らない。契約内容の認定は法廷地の手続法に従い、その国の裁判官・陪審等によって行われる。
⑤契約当事者は、日本国内に資産を有しており、裁決が確定すれば直ちに強制執行に移行できる。	⑤法廷地外に被告の資産が存在することがあり、法廷地国で勝訴判決が確定しても、強制執行のため更に資産所在地国の裁判所に対し執行判決の申立等の手続を要する場合がある。

そして、そのうえで、次のように日本人が直面する問題を要約しました。

“このように国際契約は国内契約(日本人同士の契約)に比し、契約内容の確定、執行の確保の面で不確実・不安定な要素が格段に多い。しかも、国際契約は異文化の接触であるから、当事者の真の意味での完全な合意を得ることは極めて難しい。

そのような次第であるから、国際契約の締結にあたっては、相手方との間に紛争が発生する可能性があり、紛争が発生した場合の自己の権利の確保は容易ではない、という認識を出発点として対応を考えなければならない。

そこで、契約書の書き方を工夫することにより、この不安定性・不確実性をできる限り少なくすると同時に、契約書の中に自己に有利な事項をできる限り上手に盛り込もうという試みが行われる。

その結果、予防法学、法的リスク回避を目的とした高度なドラフティング技術が発達し、このようなドラフティングを専門とする弁護士集団が生れることになる。

今日の国際取引社会では、国際的な合意を具体化する方法として、西欧で発達した論理思考・論理の枠組みに従って契約書を作成することが最も実用的なものとして、地域を問わず広く行われ、わが国企業もこれに従うことを余儀なくされる。つまり、国際契約は異文化のぶつかり合いという面から見れば、契約当事者は対等の関係であるのに、それを契約書として具体化するためには、西欧思考、西欧で発達した法概念に依拠せざるを得ないわけで、これが単に外国語を用いなければならないという以上に、わが国企業にとって大きな負担になっている。”(国際紛争と契約―実務家の立場から―)

日本では、民法・商法が制定されて100年が経過し、伝統的な規範意識と調整をはかりながら、西欧の法律制度を国内に相当程度定着させることができたが、国際契約の分野では、日本人が依然として異文化への対応に大変な苦勞をしていることを感じとっていただけるのではないかと思います。

3 日本国内の法律実務と日本人の法意識の特徴

(1) 曖昧さ、融通性への執着

日本人同士の契約は、欧米に比し商取引においてさえ、正式の書面が作成されることは決して多くはありません。そして契約書が作成される場合でも短いものが好まれ、長文のものに対しては拒否反応を示す傾向にあります。

そして、日本人は一般的に、契約の条項を、曖昧で、融通性のある文書をもって作成されることを好みます。

日本人は、「契約時において、将来予想されることをすべて取り決めうる」、あるいは、「将来のことはすべて予想しうるものである」という考え方には根本的な不信感を示します。日本人は、むしろ契約にあたっては、「基本的なことだけを双方が了解し合い、将来何か特別な事が起ったら、そのときにお互いに協議をして、双方に納得のいく解決法を見い出せばよい」と考えます。

(2) 信義則、協議事項

(1)とも関連することですが、日本人が作成する契約書には、信義則、協議の語が頻

繁に用いられます。例えば、「本契約に定めのない事項については、信義則に従い、誠実に協議して定めるものとする」、「本契約の解釈につき疑義が生じたときは、双方誠実に協議するものとする」等です。

このように、日本人は契約に違反する事態が生じて、基本的には、「相手方も話せば判る」と考えており、将来、契約時に予測しえないことや、紛争が生じたときに、互譲に基づく和解による解決をはかろうとする性向を有しています。

4 アメリカ人の法意識、契約観

アメリカでは、契約は、一般に、双方当事者がお互いに自己の主張、提案を出し合い、折衝(bargaining)の結果が契約に結実すると観念されています。そしてこの折衝(bargaining)の過程で、現時点で予測されることを、将来起りうることを含めて、できる限り決めておこうとします。

そして、取決めについては、将来紛争が生じないように、できる限り明確に文書で規定しようとしています。日本人同士のような話せば判るという相手方に対する素朴な信頼感はありません。そして日本人が好む契約の意味の曖昧さへの指向、契約の融通性は不適切として排斥されます。

5 国際契約におけるアメリカ型契約の優位

(1) 世界語としての英語

世界に多数の国があるのに、上記で特にアメリカのことを述べたのは、現在の国際契約の分野では、アメリカの影響が圧倒的だからです。

まず、アメリカの世界における経済的地位や、最近のインターネットの普及等から、英語が世界の共通語の役割を果たすようになりました。国際契約の圧倒的多数が英語でなされます。使用言語が英語となれば、英米法の法律用語が契約中に使われることになりますし、英米(特にアメリカ)の弁護士が、国際契約作成に関与する割合が増えますから、益々アメリカの契約のやり方が、国際契約を支配する傾向が強まります。

(2) また、指摘しなければならないのは、アメリカで発達した契約実務が、見知らぬ者めに、一面で大きな合理性をもっており、それが国際契約でアメリカ型が広く使われる基礎になっているということです。日本企の間の取決めの確実な実行のた業も、アメリカとの取引、アメリカでの訴訟を体験することによって、アメリカ型契約にかなり慣れ、また、アメリカのロースクールや法律事務所で研修した弁護士や法務部員が外国との間の国際契約や国内契約作成に関与するようになったことによって、以前よりは長文で、詳細な契約書を使用する例が増えてきたのは、興味深いことです。

(3) このように、国際契約の実務では、英語、アメリカ法、アメリカの契約技術を習得することが必須といってよいと思います。しかしながら、私は、国際契約におけるアメリカの契約ドラフティングの有用性を肯定したうえで、なおアメリカのやり方のみが国際の実務であるという誤った考えをもってはならないと思います。アメリカ型の契約が、明晰さを欠き、冗長にすぎると感じられることも、しばしばあります。アメリカ型の契約の一面での有用性を活用しつつも、相手の国や相手方の事情に応じた柔軟性と論理性をもつことが国際契約のドラフティングには要求される、そういう努力

をすることがより良い国際契約を作成することにつながる、ということが重要なのです。

大袈裟な言い方をすれば、アメリカ型契約を学んで、その上に出るということを目標にするということです。

6 東京ヒルトン事件と日本企業

国際契約に対する無理解から日本企業が失敗した事例として、よく引用されるのが東京ヒルトン事件です。この事件では日本企業である東急とアメリカのホテル経営会社 Hilton Hotels International, Inc(HHI)との間に、経営委託契約が締結され、契約中に、別紙の契約譲渡条項がありました。準拠法は日本法でしたが、契約書は英文で作成された典型的なアメリカ型契約書でした。HHIは契約後全株所有の子会社 Hilton International Corporation(HIC)を設立し、契約(a)項に従い、東急の同意なしに経営委託契約をHICに譲渡しました。その後HICは、航空会社TWAと合併しました。つまり、結果的には、HHIが経営委託契約をTWAに譲渡したと同じことになりました。当時、東急が深い関係をもっていた日本航空株式会社(JAL)は、TWAと競争関係にあったため、東急は、あわてて東京地裁に仮処分申請し、HHIによるHICの設立、HICへの経営委託契約の譲渡、HICとTWAの合併という一連の行為は、契約に違背する背信行為で無効であると主張しましたが、裁判所は東急の主張を認めず、申立を却下しました。(東京地決昭43・5・12、国際取引判例集第3巻237頁)

東京地裁の決定は、新聞、雑誌で大きく取上げられ、この事件を機に、日本企業の国際法務の強化がはかられることになったといわれています。

7 法律の欠落と契約による補充

発展途上国の場合には、外資の進出に立法が間に合わないという事態が起ります。これは、アメリカ企業が中国において経験したことでした。アメリカ企業はアメリカ法律事務所の助力の下に、中国側との契約に、税金問題など、法律が欠けている事項の処理を書き入れ、中国政府からは、後日、法律ができて、契約で合意された事項には遡及的に効力を及ぼさないことの了解をとるという形で、契約で法律の欠陥を補充しました。

契約書が、法律の不十分な部分を取りあえず補充する機能を果たということが重要な点です。勿論、このような機能を発揮させるためには、政府、裁判所が、国際契約をきちんと遵守するという態度を明確にもつことが必要です。

8 契約書、法律文書の定型様式の作成

中国は、外資の導入にあたり、合併契約書、定款など、中国と外資側とが作成すべき契約、法律文書の定型様式を定め、外資側にこの使用を強制しました。合併関係を規律する会社法規は中国法であること、外資導入にあたって、認可など政府の規制が必要なこと、効率的な事務処理、中国に外資側とわたり合って国際契約交渉を行い、中国側の利益を反映した国際契約文書を作成する弁護士が育成されていないことなどから考えると、適切な対応だったと考えられます。無論様式はあくまで様式であって、様式に入りきらないものをどう処理するかという実務的な問題が残ります。しかしながらこの定型様式の指定は、副

産物として、外資側に、契約における中国語の使用を当然のこととして定着させる効果もあったことは注目してよいことと思います。

ちなみに、日本は、目先の効率性を重視して国際契約における日本語の使用を軽視あるいは放棄し、英文正本を頗る方向に進んでいます。このことは、日本がこれまで国際取引業務の実態に適合した法律、判例の集積、法律家の養成を怠ってきたことにその原因の一端があります。日本人として、日本のとってきた方向が正しかったかどうかよく考えてみるべき問題をであると思っています。

9 国際契約の実務上の諸問題

(1) 準拠法

ベトナムでも、契約の準拠法を、当事者が合意で指定できるようになっていると想像します。合併契約の準拠法については、合併会社を規律する会社法と一致させるのが合理的であり、中国のように、法律で、合併契約の準拠法を中国法とすることには正当な理由があります。

しかし、例えば、金融取引契約のように、ベトナムに法の蓄積のない分野でベトナム法を準拠法とすることは、実際上できないと思われます。国際建設契約、プラント輸出契約についても、ベトナムの法律、判例が明確でない現状の下では、外国当事者は、ベトナム法を準拠法とすることには抵抗すると思われます。

(2) 裁判管轄の合意

外国側が、任意にベトナムでの専属的な裁判管轄合意をすることはまずないといっ
てよいでしょう。実務的にも、仮にベトナムの裁判所での管轄合意があっても、ベトナムが多国間条約である送達条約を批准していなければ、ベトナム裁判所は、外国側当事者に送達できないことになります。

(3) 仲裁条項

紛争処理については、仲裁条項の方が裁判管轄合意に比し、使われやすいと考えます。ベトナムは、外国仲裁判断の執行についてのニューヨーク条約を批准していますから、理論上は、外国での仲裁判断をベトナムで執行することは可能です。従って、外国側当事者は、法律で、仲裁地をベトナムとすることが強制されない場合には、ベトナム国内での仲裁よりも、第三国での仲裁を主張することが多いのではないかと思います。

(4) 契約正本と言語

英語が契約書の使用言語になる場合には、英文契約のみを正本とする場合が多いと思います。ベトナム語を正本としたい場合には、他の言語(例えば英語)の契約とベトナム語の契約の双方を正本とし、食い違いが生ずる場合に、いずれが優先するかを定めるのが理論的には正しい扱いです。

しかし、中国では、例えば、「中文・日文の双方とも正本とする」として、優先順位については定めないのでが通常です。当事者の面子の方を、紛争の発生リスクに優先させているわけです。

10 適正な国際契約の実務確立のために

- (1) ベトナムにとって、適正な国際契約の実務を確立するためには、国内の法律の整備、信頼できる公正な裁判・仲裁制度の確立が欠かせません。
- (2) そして、制度を支える質の高い弁護士の養成が不可欠です。大事なことは、訴訟の技術と契約ドラフトの技術は、関係はあるにしても、かなり異なったものだということです。国際契約のドラフトの技術を習得した弁護士集団を養成するにはどうすべきかを考えなければなりません。その養成は、アメリカロースクール、法律事務所での研修等を含め、国内の弁護士の養成とは別に方策を考える必要があります。
- (3) (2)との関連ですが、国際法律家団体への参加等を通して、外国法律家との交流、情報交換のシステムを作って、世界の潮流の流れに遅れないようにすることが必要です。
- (4) ベトナムの法律、判例の英文化、検索のシステムを構築し、開示、情報提供を積極的に推進し、外国からのアクセスを容易にすることに力を注ぐべきです。

以 上

中国統一契約法の基本理念と特色

北海道大学教授 鈴木 賢

改革開放の開始から20周年、中華人民共和国の建国から50周年にあたる記念すべき1999年、中国では新統一契約法を採択し、同年の10月1日から施行した。新契約法の制定は、計画経済から市場経済への完全な転換を法的に表現する記念碑的意義を有すると中国では評価されている。本報告では、最初に新契約法制定の経緯を振り返り、ついで制定に当たっての主な論争点、制定された契約法の特色を整理し、最後に本法制定がもつ意義を考えたい。

1 新契約法制定に至る経緯

中国では建国後、数度に渡る起草の試みを経ながら、ベトナムと違って今日至るまで民法典がいまだに制定されていない。したがって実質的な民法は単行の各種法律により構成されている。契約に関しては経済契約法（1981年、その後1993年に全面改正）、涉外経済契約法（1985年）、技術契約法（1987年）が制定され、いわゆる「三足鼎立」の状況が続いていた。目下の民事基本法である民法通則（1986年）にも契約に関する規定が含まれているが、債権総則ないし契約総則に当たる部分が欠落していたし、三つの契約法には重複、相互の齟齬・矛盾を抱えていた。このほか行政機関が出した実施細則、条例、最高人民法院が出した司法解釈が多数存在し、契約に関する法規定はきわめて複雑に錯綜していた。また、これらの法が計画経済から市場経済への転換の過渡期に制定されたものであることから、内容的にも経済システムの現状にそぐわない、規定が簡単すぎたり、当然あるべき制度を欠くなどの問題点が指摘されていた。

そもそも経済契約という概念は、旧ソ連に起源を持ち、契約を国家の経済計画の実現を媒介する手段と把握する点に特色がある。経済契約の主体は国有企業や集団所有制企業などのいわゆる「社会主義経済組織」に限定され、この点で民事契約とは理論的にも区別された。そして計画の達成を促すため国家は、経済契約が正しく締結され、履行されているかを監督・管理する必要があるとされた。契約法が3つに別れていたのは、それぞれの契約管理を行う行政部門が法案を作成したことに由来する。また、80年代に入り、対外開放政策が採られるようになると、国内法とは別に涉外的な関係を規律するために特別法が作られるようになったが（国内法と涉外法の二分化）、それは契約法にも表れた。法主体の別により、異なる法原則、規定を適用するのは、経済システムの転換期における経済関係法の特色となっていた。

しかし、経済の徹底した市場化は、しだいにこのような法システムを不適切なものとした。そこで1993年10月には立法当局は、統一契約法の制定作業に取りかかることを決定するが、それから今次の採択までに実に6年もの時間をかけたことになる。本法制定の過程でとくに注目すべきことは、法案起草の出発点となったたたき台が当初、大学や研究所などに所属する学者によって作成されたことである。1995年1月にまとめられた「建議草案」（34章528カ条）がそれである。その後、全国人民代表大会（以下、全国人大と略）常

務委員会の事務部門である法制工作委员会民法室などが中心となって数度に渡って改稿され、1998年9月には最終草案（23章441カ条）が全国人大に提出され、一般にも公表された。採択された成案では建議草案に盛り込まれた内容がすべて実現されたわけではないが、比較法的な研究の成果を反映した学者の意見を相当程度採り入れた先進的な契約法典が誕生したといえる。

2 新法制定に当たっての争点

制定までに6年もの月日を要したということは、論争点が多岐に渡り、なかなか決着がつかなかったことを物語っている。対立の軸は、経済システムの転換期であることを重視して計画経済型の契約法の特色を残そうとする傾向（全国人大法制工作委员会や契約管理の行政部門に根強い）と、世界的に通用する先進的な市場経済対応型の立法を志向する傾向（多くの民法学者）とからなる。これは国民経済における国家の役割をいかに考えるかにかかわり、単純にいわゆる「保守派」と「改革派」の対立と理解すべきではないと思われる。以下では主な争点とその決着の付け方を見る。

（1）契約自由原則をめぐる

契約法の基本原則として契約の自由を規定するかどうかは、当初の論争的テーマとなった。多くの民法学者は、これまで契約（締結するかどうか、誰と締結するか、契約の様式、内容、効力、不履行の際の救済措置、紛争解決の方法など）には、多くの制限が付されてきたことから、原理的な転換を印象づけるためには、敢えて契約自由を明文で規定すべきだと主張した（建議草案3条）。しかし、法制工作委员会作成の草案では、経済システム転換の過渡期に現れ、民法通則（4条）でも使われた「自由意志原則」（原語では自願原則）に取り替えられ、成案でもそれが維持された（新法4条）。「自由」という文言に対する中国人のアレルギーが作用した結果だと思われる。実際、個々の条項においては契約自由を拡大する姿勢がはっきり表れており、学者らはある意味で名を捨てて実を取ったともいえる。

（2）口頭の契約を認めるかどうか

涉外経済契約法、技術契約法では書面によることを義務づけ、口頭契約を無効としていた。紛争が起きた際に举证が困難になるという理由から、今回の起草過程でも書面主義を採用することを主張する意見もあった。二転三転のすえ、成案では法律、行政法規が書面を義務づけていない限りは、口頭など任意の方式が許されることとなった（新法10条）。

（3）必要的契約条項

契約が必ず備えるべき条項を法があらかじめ規定し、いずれかが欠ければ契約を無効とするのが、従来の制度であった。新法はこの方針を放棄し、一般的に含まれるべき条項を列記するだけで（新法12条）、これに拘束力を付与することを止めた。契約内容の決定の面で当事者に対して自由の幅を拡大したことになる。

（4）契約の無効原因

従来、無効原因が幅広く規定されていたこともあり、無効の契約が全契約の10～15%にも上っていたといわれる。強行法規、取締法規の別なく、行政法規に違反する契約は一律に無効とされたし、国や党の政策に違反する契約も実務では無効となることが多かった。加えて、詐欺や脅迫により締結された契約もすべて無効とされた。新法の制定に当たって

は、契約自由の空間を拡大するため、無効原因を削減する方向で改正する点ではほぼ合意があったが、個々の具体的な点では対立が続いていた。法律・法令違反の契約については強行規定にかぎり無効とし（新法52条）、詐欺、脅迫、他人の危機に乗じて真意に反する契約を結ばされた場合は、無効ではなく、当事者に契約の取消請求権を与えることとした（新法54条）。ただし、国家の利益を害するときには、やはり無効となる（新法52条）。「国家の利益」の解釈次第では旧法とさして違わない結果にもなりかねない。

（5）契約に対する行政管理を規定すべきかどうか

契約に対する行政的な管理は経済契約の際だった特徴をなしたが、今次の改正作業でも契約管理を担当する工商行政管理部门を中心に、違法行為への制裁、契約を利用した詐欺の摘発、契約履行促進、市場秩序の維持のためには、なお行政管理が必要であり、契約法にも規定を置くべきだとする主張も見られた。結果的には総則の第8章「その他の規定」に、工商行政管理部门などが法律、行政法規にもとづいて契約を利用した違法行為に対して監督・処理を行うことが規定されるにとどまった（新法127条）。これはあくまで事後的な監督であり、従来のような立ち入った事前監督とは一線を画すものと解されている。

（6）典型契約の種類

典型契約としていかなる種類の契約を掲げるかをめぐっても最後まで論争が続いていた。88年9月の最終草案では、それまであった貯蓄、使用貸借、コンサルタント、サービス、旅行、組合、雇用の7つの契約類型が削除された。このうちいくつかは関係する行政部門の反対を考慮した結果だと言われる。成案では、売買、電気・水道・ガス・スチーム供給、贈与、金銭消費貸借、質貸借、リース、請負、建築プロジェクト、輸送、技術（開発、譲渡、コンサルタント・サービス）、保管、倉庫、委託、間屋、仲介の16類型が規定された。

3 新法の特徴

（1）規定の詳細化

改革開放以来、中国の立法では「宜粗不宜細」（大まかに規定すれば良く、詳細を規定する必要はない）という方針が採られ、いずれの法律も条文数の少ない大綱的な内容のものであった。その法の隙間を大量の行政法令や司法解釈によって埋めることでしのいできたが、徒に法体系を複雑にし、理解を困難にしてきた。「三足鼎立」の契約法は合計でも145カ条しかなかったが、新法は総則8章129カ条、各則15章298カ条、合計428カ条と、一挙に3倍近くにもなった。立法の基本的スタンスが、できるだけ詳しく規定するというものに変化していることが分かる。

条文数が膨らんだのは、中国には債権総則にあたる制定法がなかったので、契約法においてそれらを規定する必要があったことにもよる。具体的には債権の効力、譲渡、消滅にかかわる規定などである。なお、債権の担保については、別に担保法（1995年）が制定されているので、新法では規定がない。

（2）民事契約法への完全転換

国家の計画にもとづく契約については、わずかに38条が規定するのみで、経済契約概念はそのタームとともに、全く姿を消した。法主体や内国と渉外の別により適用法を異にするやり方も廃された。ここに中国の契約法は社会主義型の経済契約法から大陸法型の民事契約法へ脱皮したことが明かとなった。

(3) 申込・承諾ルールの特級化

学説では契約は申込と承諾の意思表示の合致により成立すると解されていたが、法文上はなんらの規定も置かれていなかった。新法では13～31条に詳細に申込と承諾についてのルールを規定した。

(4) 大陸法ルールの大規模な導入

全体として大陸法への傾斜を鮮明にしている。これは、清末以来、中国の近代法継受はそもそも大陸法から始まったという歴史的経緯、「建議草案」の作成にあたった学者のほとんどが大陸法の知識を背景としていたこと、社会主義法が元来、大陸法と近い関係にあったことによるものと思われる。具体的には誠実信用原則（信義則）、債権者代位権、債権者取消権、同時履行の抗弁権、先履行抗弁権、不安の抗弁権、強制履行請求権、供託制度などが規定された。

(5) 英米法ルールの部分的導入

少数ではあるが、英米法や国際統一売買法から導入された規定も見られる。相手方の違約が予想される場合の履行拒絶権、解除権（94条2項）、契約締結上の過失（42、43条）、付随義務（60条2項）、契約後の義務（92条）、法定代理人の越権による契約の効力（50条）などがその例とされる。

(6) 最新規定の導入

電子情報交換や電子メールを書面の形式の一つとする規定（16条）、知的財産権としてコンピュータソフトを目的物に挙げている（137条）点など、現代社会の技術の進歩に対応した新しい規定を取り入れている。

4 新法制定の意義

法技術的には欠点がないが、ともかくこれだけ詳細で、しかも大陸法に接近した資本主義型の契約法が制定されたことは、中国の社会・経済に大きな影響を及ぼすであろう。契約法の上ではすでに社会主義法としての特色を発見することは困難になり、資本主義国のルールと法文の上では共通の基盤を有するに至った。起草者、立法者にとって、今回の制定作業は、本格的な民法典の制定へ向けて、貴重なトレーニングの機会になったと思われる。21世紀はじめには世界最新、世界最良の民法典を制定すべく、今後、精力的に作業が続けられることになろう。

【参考文献】

木間・鈴木・高見澤『現代中国法入門』（東京・有斐閣、1998年）

河山・肖水『合同法概要』（北京・中国標準出版社、1999年）

全国人大法工委研究室編『中華人民共和國合同法釋義』（北京・人民法院出版社、1999年）

王貴国「大陸新合同法与台商投資」（台北・財団法人海峡交流基金会法律業務研討会、1999年8月）

北京・中国法学1999年3期

江平ほか「論新合同法中的合同自由原則与誠実信用原則」北京・政法論壇1999年1期

徐慧「一九九八年の中国契約法第五草案・総則（紹介と試訳）」大阪・阪大法学48巻5号

劉士国、宇田川幸則訳「中国における市民法の誕生」札幌・北大法学論集49巻5号

裁判所における契約紛争解決に対するベトナム民法の各規定の適用の実際

最高人民裁判所・司法科学研究所次長

ディン・ゴック・ヒエン

I 問題提起

ベトナム社会主義共和国の国会によって1995年12月28日に採択され、1996年7月1日から効力を持った民法はベトナム法律体系の中で重要な位置を占める。民法の誕生は民事分野における人間の各基本権を具体化することに対して、重要な一歩であり、すべての個人、団体が民事上の生活の中で民主的権利を発揮するための重要な法律の基盤と信頼を作り、交流を強化し、多くの物質的財産と精神的な財産を創造しつつサービスその他の質的向上をめざす生産・経営を発展させる過程で生み出される物的および知的な潜在能力のすべてを集中することによって、日増しに高まっている社会の要求に答えるものである。

過去数年間の間、基本的にはベトナム民法の各規定、特に、契約に関する各規定はベトナムの社会生活に一步一步定着し、調整の効果を発揮し、経済・社会情勢と公共の民事上の生活を安定させることに貢献し、同時に、裁判所が民事、経済、商業などの契約から発生した紛争を処理するようにするためのかなり十分な法律の基盤となった。

民法のすべての規定（特に、契約に関する各規定）は具体的で細かい多くの内容を含んでいるが、それらを生活に定着させ、契約の当事者に対するそれらの調整の効果を十分に発揮し、公共の生活を安定させることに貢献し、社会主義の方向に従って国家管理の下での市場機構に基づく多形態の商品経済の建設と発展の過程を促進し、民法典の序文に明記されたように富民強国と公平で文化的な社会という目標を実現するためには、その規定の施行を保証する全面的な機構を改善するように、引き続き、研究する必要がある。同時に、民法典の各規定、特に契約に関する各規定が日増しに豊富で多様に発展しつつある諸契約において、その当事者間の調整の効果を発揮し、地域と全世界の経済的、社会的な発展過程に参加する上での要求に応えるために、これらの規定の調整機能に不適切な点を探求してその克服と改善のための方策を探る必要がある。これはきわめて重要な任務である。なぜならば、法律条項の調整効果は法律の作り手が望む1つ問題の2つの面を表すからである。その2つの面とは、

・第1に、法律の作り手は公布された法律の各規定（その中に契約に関する規定がある）がその調整する社会関係に合わなければならないと期待している。つまり、法律の規範は常に、法律の作り手が意図した目標に従う調整機能を発揮すると同時に、それが調整する社会関係によって、経済・社会の全般的な発展方向に沿った発展を促されるという、各社会関係の実状（ここで具体的に言えば契約関係）とともに「生きる」ものでなければならない、という面である。

・第2に、法律の各規定の調整効果に関する施行の実際と点検を通じて、法律の作り手

は法律で社会を管理する課題を処理し、法律施行に対する全面的な機構を改善しながら、その法律の各規定の調整効果を強化するようにするため、その法律の各規範をも改善する。

法律全般および民法の調整効果を通じた経済・社会発展の規律の共通プロセスに基づいた社会の安定と発展に関する法律の作り手および社会全体の期待に応えるために、当面、最初に重要なことは民法の各規定、特に契約に関する各規定を生活に積極的に定着させることである。

ベトナムでは通常、民法の各規定を生活に定着させるには施行のための詳しいガイドとなる文書、あるいは各規定の幾つか、または一つの具体的な法律の条項の規定について適用を統一するためのガイドとなる文書で具体化される必要がある。

民法が施行されたこの3年以上に渡って、ベトナムの政府、最高人民裁判所、最高人民検察院、中央の各省庁と各関係部門は多くの詳しい規定の文書、あるいは契約規定の施行と適用のガイドとなる文書、または契約に関する民法の幾つかの具体的な規定を公布した。しかし、その種の文書の数にはまだ限りがあり、しかも民事上の生活の実態はきわめて豊富で多様なものであり、ある所、ある時に従って同一性がなく、複雑な変化がある。これにより、民法およびその細目を規定した文書、または統一的な適用のガイドとなる文書の積極的な調整結果も同時に多様である。民法の幾つかの規定（その中に、契約または、契約に関する幾つかの規定も含む）が生活に定着できず、また生活に定着しても法律の作り手の期待と同じような効果に達しない状態も残っている。このほか、実際上の要求から法律に相当するもの、または習慣などを適用しなければならない場合があるが、細目を規定した文書、または施行と適用のガイドとなる文書がまだない。

法律の保護、各主体の民事権の保護という機能を履行する者の角度から（法律に従って各訴訟案件および法律によって規定されたその他のことを処理する機関である裁判所の角度から）見て、契約から発生した各紛争、要求、クレームなどを処理する過程における民法の各規定を適用する実践において、これは解決困難な問題である。

民法が効力を持った日（1996年7月1日）以後の数年間、各級の人民裁判所は契約に関する数十万件の訴訟案件を処理した。最高人民裁判所の統計（まだ十分な統計ではないが）によれば、各級裁判所で受理され、処理された過去数年間の契約に関する訴訟の件数は次の通りである

1. 1996年に受理され、初審が行われた数

民事契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
建物物件売買契約	2,995	1,988	
加工請負契約	495	305	
運送契約	205	160	
金銭請負契約	24,181	18,218	
建物賃貸借契約	675	486	
他の財産使用賃借契約	611	310	
財産寄託契約	339	229	
仮払い契約	4,938	3,416	
他の契約	6,057	3,835	
合 計	40,496	28,947	

2. 1997年に受理され、初審が行われた数

民事契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
建物物件売買契約	2,601	2,03	
加工請負契約	287	227	
運送契約	107	76	
金銭貸借契約	25,350	21,999	
建物賃貸借契約	415	329	
他の財産使用貸借契約	536	401	
財産寄託契約	248	199	
仮払い契約	4,331	3,484	
他の契約	6,037	4,730	
合 計	39,912	33,480	

3. 1998年に受理され、初審が行われた数

民事契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
1.財産売買契約	6,324	4,497	
2.建物物件売買契約	951	636	
3.財産交換契約	249	202	
4.財産贈与契約	146	117	
5.財産貸借契約	31,620	24,536	
6.財産賃貸借請負契約	631	414	
7.建物賃貸借契約	318	181	
8.財産使用貸借契約	954	636	
9.財産保守サービス、加工契約	1,034	650	
10.運送契約	189	123	
11.保険契約	20	14	
12.委任契約	16	8	
13.受賞約束と受賞あるコンテストの契約	8	5	
14.他の契約	6,922	4,578	
合 計	49,382	36,777	

4. 1999年の1-3月に受理され、初審が行われた数

民事契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
1.財産売買契約	1,854	835	
2.建物物件売買契約	447	205	
3.財産交換契約	48	16	
4.財産贈与契約	128	70	
5.財産貸借契約	8,394	4,130	

6.財産賃貸借請負契約	131	47	
7.建物賃貸借契約	173	42	
8.財産使用賃借契約	292	84	
9.財産保守サービス、加工契約	344	131	
10.運送契約	102	61	
11.保険契約	5	1	
12.委任契約	8	3	
13.受賃約束と受賃のあるコンテナ契約	2	1	
14.他の契約に関する紛争	1,708	579	
合 計	13,63	6,30	

5. 1997年に受理され、処理された経済紛争の数

経済契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
商品売買契約	247	222	
商品運送契約	23	19	
基本建設契約	55	49	
委託輸出入契約	43	39	
外国が関係する契約	6	5	
信用契約	198	172	
他の契約			
合併契約	11	9	
会計検査契約	1	1	
船舶リース契約	1	1	
資金借入契約	2	2	
保険契約	3	1	
サービス契約	43	32	
製品販売契約	1	1	
合 計	636	553	

6. 1998年に受理され、処理された経済紛争の数

経済契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
商品売買契約	395	350	
商品運送契約	54	54	
基本建設契約	55	43	
委託輸出入契約	34	25	
外国が関係する契約	17	15	
信用契約	262	228	

他の契約	164	159	
合併契約	55	21	
投資契約	1	1	
代理契約	13	12	
資金借入契約	11	11	
保険契約	86	58	
サービス契約	64	54	
資金貸出契約	30	24	
L/C 契約	16	4	
加工契約	2	2	
供託契約	2	2	
合 計	1,261	1,063	

7. 1999年の1-3月に受理され、処理された経済紛争の数

経済契約に関する訴訟件	受理した数	処理した数	注
商品売買契約	113	64	
商品運送契約	16	7	
基本建設契約	23	12	
委託輸出入契約	13	12	
外国が関係する契約	11	3	
信用契約	82	50	
他の契約	30	24	
合併契約	8	3	
代理契約	3	1	
財産貸借契約	4	2	
L/C 契約	13	1	
保険契約	38	25	
サービス契約	13	9	
合 計	367	213	

科学研究のテーマとしての範囲からして、研究者は民法の契約に関する各規定の適用の実践における全ての問題を解決する意向を持つのではなく、民法典の契約に関する各規定の適用において緊要な問題を、一般的な関連において解決することにだけ集中し、かつ裁判所での契約に関する各種の紛争を処理する実践の要求から出発する。

確定された任務と範囲に基づき、研究者にとってこのテーマを研究する目的は、基礎理論上の問題を解決し、裁判の実践に民法典の契約に関する規定を正しく統一的に適用するための問題を解決することであり、法律の作り手の期待する調整効果を達成しつつ、同時に民事生活の豊富で多様な実践に適合するためには、民法のどの規定がどのように指導さ

れ、どのように統一的な適用の指導がなされるべきであるのか、すなわちそれらの規定を日常生活の豊富な実情のなかで「生かす」ために何が必要であるのかを明らかにすることである。以上に述べた主な目的のほか、このテーマの研究者は、裁判所の審理の実践に関する研究を通じ、もし民法典のある規定がその規定の調整する契約関係に合う水準に達しておらず、または民法の諸規定の間に互いかみ合わないものがあり、それによって調整の効果が落ちる原因となっていることが判明した場合や、外国の契約に関する法律の比較研究（具体的には相当する日本と中国の法律の契約に関する相当との比較）に基づいて改善すべき点が判明した場合、法律の作り手がベトナム社会主義共和国第10回国会の法律制定プログラムに盛り込まれた民法の修正、補充（民事契約の規定も含む）の際に参考とし、検討するための意見を大胆に出すことになる。

Ⅱ ベトナムの裁判所における契約に関する紛争を解決するための契約規定の適用に関する概観

1. 民法を持つ前のベトナムの裁判所における契約に関する各紛争を解決する契約規定の適用に関する概略

民法が法律として効力を持つ前（1996年7月1日以前）、ある民事契約に関する訴訟を処理するために、裁判所は「民事契約に関する政令」（1991年4月29日）の各規定に従って紛争当事者の関係を調整できるかどうかを調べる必要があった。さらに、1994年7月1日から裁判所は経済契約に関する各紛争に関する審理の権限を付与され、「経済契約に関する政令」（1989年9月25日）も裁判所が経済契約から発生した各紛争を処理するための法律上の基礎となった。

「政令」という形式による法律的文書の下で、契約関係のかなり全面的な調整が普及し（国家管理、違反処理に関する問題も含む）、特に、施行のための詳しいガイドとなる文書、または適用のための統一的なガイドとなる文書を必要とするケースが出てからは、それらの文書のガイドの内容には重点が置かれた。そのため、裁判所が「民事契約に関する政令」または「経済契約に関する政令」によって調整された契約関係から発生した紛争を処理する場合、その適用はかなり統一的で容易であった。

＊ 民事契約政令と経済契約政令の他、特徴のある民事契約関係は次のような政府、または各関係部門の文書で調整される。

・社会保険条例を公布することに関する政府の1995年1月26日付第12/CP号の政令。

・「個人の債務に関する処理を指導する」最高人民裁判所と最高人民検察院の1992年8月8日付第04/TLN号の各関係部門の通達。

その種の各文書で、契約の諸関係は詳しく規定され、そして処理もかなり具体的に指導されているので、裁判所はその文書の規定に基づき、その種の契約に関する事柄を処理するように、適用するだけであり、他の文書の規定に依拠する必要がなく、または適用する時も詳しくかつ具体的な指針となった文書を持つ必要もない。

共通の評価：単一な法律文書の形式（政令）、具体化した文書（政府による公布した文

書)、または指針となった文書(法律保護機関及び各省庁と各関係部門による公布した文書)で、その適用は他の法律の各規定に束縛されず、もし適用があっても包括的でなく、個別の事例に限定される。そのため、関連ある具体的な各種の事柄を処理するための法律を適用する際には、法律を適用する人が法律の各規定と論理に拘束される必要はない。この現状はベトナムにおける数年間に渡って続き、法律を適用する人に対し、難病的な職業病を招いている。その病根はいつも「施行のための詳しい指針となった文書、または法律の適用のための統一的な指針となった文書」という薬が必要である。

2. ベトナム裁判所での契約に関する各紛争を処理する民法の諸規定を適用することについて

民法の誕生は、民事法制定に関する思考の新たな革命である。当然、それも法律の施行と適用の思考に革命を引き起こす。現在の民法を持つために、ベトナムにおける民事法制定の思考に関する革命は15年間近く続いた(1980年11月3日から1995年10月28日にかけて)。しかし、法律の施行と適用に関する革命も、そのような相応的な時間を要求すれば、実際ではない。ということは、法律の規定が発効した後、それを生活に早急に定着させなければならないためである。そうなるのはじめて、民事契約の関係の中の各当事者の権利は現実化する。

民法の契約に関する諸規定を適用することは、民事契約法令の諸規定を適用するのと同じように単純ではなく、更に具体化した文書(政府による公布した文書)、または指針となった文書(各省庁と部門による公布した文書)を適用するのと同じように容易ではない。そのため、民法が発効した時、具体的な民事契約関係に対する民法の諸規定を施行し、適用することは、法律を適用する人が民法の各部分、章、項目、または関連する具体的な諸規定との間にさえ論理的な思考を要求する。それは現時点における法律の施行と適用の実際要求であるので、ベトナム政府は法律を施行することに対し、統合的機構を完備するための重要な一環とする国家管理の幹部ら、及び司法幹部、裁判官らを養成し、訓練し、再び訓練する計画を持つように、配慮しなければならない。

その問題が以上のように厳密に指摘されたのは、ベトナムにおける現在の条件には、特に契約から生じた各種の紛争を処理するための民法の諸規定を適用する実際を通じて、その一定の理由を認めることができるからである。その理由は客観的な原因から生じることができ、主観的な原因から生じることでもある。次のような幾つかの理由を上げることができる。

第一に、法律を執行する人達(機関と個人を含む)の任務は現行の法律の各規定を正しく順守し、紛争が生じている全ての民事関係を法律の規定に基づき、調べ、または、類似の法律を適用するか、習慣を適用するかを原則的に許可することであるが、判例を適用している国々の裁判所や裁判官と同じように、法律の規定を適用することに対し、臨機応変に対応することができない。それで、法律がまだ規定を持たず、施行のための詳しい規定も持たず、類似の法律または、習慣を適用できない(例えば、保証契約)民事の関係にとっては 紛争が生じ、及び保護する要求があれば 裁判所は「裁判所はその紛争のある民事関係が法律によって規定されていない理由で、紛争の処理を拒否することができない」という精神に基づき、処理するように、大胆に受理してはいなかった。

第二に、契約に関する法律の諸規定を適用する際、多くの場合、条文の内容が明確に規定されてなかったため、違った理解のし方を起こしやすく、さらに統一的な適用のための指針がないので、当然、裁判所が具体的な各紛争を処理するように、適用すれば違った結果を起こしやすい。

第三に、同じ内容を持っている問題であるが、個々の条文において、同じく規定されず、または矛盾している場合があるので、どんな条文の規定を適用すれば正しいか、不可解な状態を起こす。

第四に、民法の条文は、はっきり規定されても、その条文を他の法律の分野の調整範囲に適用する時、一致していない場合があり、またはその二つの法律分野の具体的な諸規定と矛盾する場合もあるので、法律を適用する人はどの法律の規定を選択すれば正しいか、判らない。

第五に、過去数年間の間、ベトナム政府は他の若干の分野における多くの法律の文書を公布したが、関連する民法の幾つかの規定を適用するための詳しい規定、または補充的な指針を持つ必要がある。しかし、その詳しい規定、または補充的な指針はまだ公布されていないので、新しい法律の規定の調整は民法の条文の効力を減少させ、またはその条文の適用を停滞させるという状態を起こす。

第六に、それは契約から生じた各紛争を処理するための法律を直接適用する人が受け身になってしまうことである（ここで具体的に言えば裁判官である）。それは常に、裁判所で具体的な民事の訴訟案件を処理する過程には起きしやすい。それは、民法が規定を持っても、施行のための指針となった文書、または適用のための指針となった文書がないので、裁判官はその民法の諸規定を大胆に適用せず、中央における権限のある各機関の詳しい指針を待つというところで表われる。

今回セミナーの範囲に、私たちは第二から第四までの諸原因に関連する各問題を説明することができるだけである。

Ⅲ 民法の中の契約に関する諸規定と適用の実際

民法の第394条は「契約とは債権と債務の取得・変更、または終了に関する各当事者との合意のことである」という民事契約に関する概念を出した。それはかなり、契約に関する総括的な概念であり、そして幅広い意義で理解されている。

その規定を民事契約から生じた各種の訴訟を裁判し、処理する実際に適用するためには、法律を作る人が調整的に予定した内容を正しく理解することが、もっとも重要な問題である。

ベトナム裁判所における各種の民事訴訟を裁判し、処理する実際は、契約から生じた紛争が多様的に起こったので、多くの場合が次のような困難に会うと指摘する。

1. 法律の条文の内容ははっきり規定されなかったので、違った理解のし方を起こしやすい。当然、権限のある国家機関の適用のための統一的な指針となる文書がないので、裁判所が具体的な各紛争を処理するように適用すれば違った処理の結果を起こ

しやすい。

例えば、民法の第412条は「債務を履行しなければならない側は、他方の当事者の財産が約束とおりに債務を履行することができない程度に減少した場合、他方の当事者が債務を履行する可能性が出てくるか、または保証人がつくまで、自分の債務履行を延期する権利を有する」と規定している。債務を履行しなければならない人の債務履行の延期権は次のような二つの意味で理解される。

・第一の意味として、債務履行の期限が終わっても他方の当事者の財産が約束したとおりに債務を履行できない程度に減少し、または保証人もないという場合においても、履行は延期されるが履行を停止されない。

・第二の意味として、債務履行の期限が終わっても、他方の当事者の財産が約束したとおりに債務を履行できない程度に減少し、または保証人もないという場合、債務履行を事前に延期され、債務履行を停止されまたは、契約を解除することを一方的に宣言する。

その二つの意味によっては、二つの理解のし方と適用のし方を起こしやすい。当然、互いが異なった理解をすれば、紛争を処理することも（紛争があって、裁判所へ訴訟の申請書があれば）次のように違った二つの結果をもたらす。

・第一の理解のし方によれば、裁判所は、自分の債務履行を停止されない債務履行を延期した人を強制することができるにもかかわらず、債務履行の期限が終わっても他方の当事者の財産が約束したとおりに債務を履行できない程度に減少し、または保証人もないという場合を起こすかもしれない。ということは、ベトナム民法の中には、債務履行を延期することが、契約を終了させるための根拠でなく（第418条での規定による）、また契約を解除するための根拠でなく（第419条での規定による）、及び契約を一方的に停止するための根拠でもない（第420条での規定による）からである。

・第二の理解のし方によれば、裁判所は、契約を終了させ（第418条での規定による）、契約を解除させ（第419条での規定による）、または契約を一方的に停止する（第420条での規定による）など、債務履行を延期した人を許可することができる。債務履行の期限が終わっても、他方の当事者の財産が約束したとおりに債務を履行できない程度に減少し、または保証人もない。ということは、債務履行の期限が終われば、各当事者の間にその契約から権利、または債務は発生せず、契約の中に、各当事者を拘束するものがないからである。

科学の角度から見れば、他方の当事者の財産が約束したとおりに債務を履行できない程度に減少し、または保証人もない場合、債務履行を延期する権利を有する一方に許可すれば、法律を作る人は法律の基盤、または少なくとも財産が約束したとおりに債務を履行できない程度に減少した証拠を出さなければならないだけでなく、両方に対して、債務履行を延期することの中の責任、特に、債務の効力に対する責任を事前に判断しなければならない。しかし、以上分析したように、ベトナム民法の中には、この問題を調整するためのどんな規定もなかったもので、違った理解のし方あるいは、異なった適用のし方を招く。

中国の契約法を研究すれば（1999年10月1日から施行され）、この問題はかなり十分に調整された。具体的に言えば、債務を履行しなければならない人は、他方の当事者が次のような状態に臨んでいることを証明できる確実的な証拠があれば債務履行を延期する権利を与えられる。

- ・ 経営の状況は深刻で悪くなる。
- ・ 債務履行を避けるための財産を移転し、資金を隠す。
- ・ 経営の威信が失われた。
- ・ 債務履行の可能性を失った、または債務履行の可能性を失うなど、他の状況を持つ。

債務を履行しなければならない人は、債務履行を延期したとしても、他方の当事者が以上述べた状況に臨んでいることを証明するための確実な証拠を持たなければ、契約違反の責任を取らなければならない（中国の契約法の第68条）。

他に、中国の契約法の第69条は、さらに債務履行を延期することの中の両方の全ての責任、特に契約の効力に対する責任を規定している。それは

・ 他方の当事者が適当な担保を提供せば、債務履行を延期した人は、債務履行を履行しなければならない。

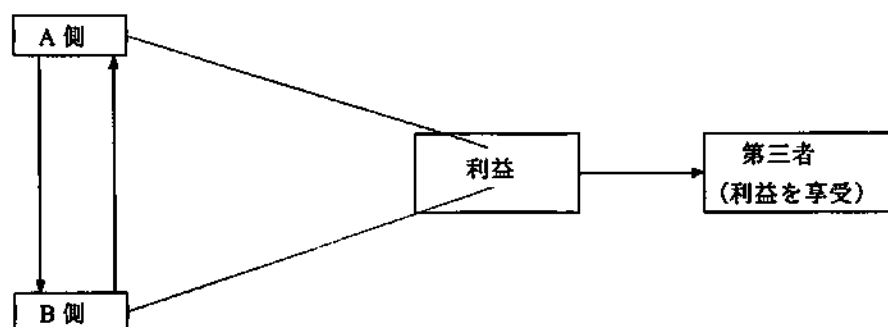
・ 合理的な時間に債務履行を延期したとしても、他方の当事者は債務を履行する可能性がなくなり、または適当な担保を提供できない場合、履行を延期した人は債務を取り消すことができることである。

いかに適当な担保を提出するか、いかに合理的な時間であるかなどの問題も残っているが、基本的に言えば、中国の契約法は多少、この問題に関する諸規定をより明確化し、具体化した。

2. 同じ内容を持っている問題であるが、違った条文で再び、同一に規定されなく、または矛盾している場合があるので、どんな条文の規定を適用すれば正しいか、判らないという状態が起きる。

例えば、ベトナム民法の第405条の第5項は「第三者の利益のための契約とは、契約の各当事者が債務を履行しなければならず、第三者がその債務履行による利益を享受する契約のことである」と規定している。その契約の関係を表すための略図を使えば、次のように描写することができる。

第一例



第二例



以上の条文、または略図によれば、A 側と B 側も債権がなく、両方とも債務を履行しなければならない。しかし、ベトナム民法の第 414 条の第 2 項は、再び「債権者も、債務者に第三者の利益のために契約履行を要求することができる」と規定している。ベトナム民法の第 405 条第 5 項の規定によって、第三者の利益のために契約を履行するように、その規定を適用すれば A 側、または B 側は債権のあるかどうか、全く確認できない。また、普通の契約の中の（第三者の利益のために合意しない場合）第三者の利益のために契約を履行するためには、その規定を適用すれば、債務を履行しなければならない人は、第三者の利益のために債務を履行する意思を持っているか、確認できない。その場合には、債権者は債務者に、第三者の利益のために契約を履行することを要求すれば、各当事者は民法の第 315 条の規定による債権を譲渡することについて互いに合意しなければならない。

1. 民法の条文がはっきり規定したとしても、その条文を他の法律の分野の調整範囲に関連する環境の中に適用すれば、一致していない場合、またはその二つの法律分野の具体的な諸規定に矛盾する場合もあるので、法律を適用する人はどんな法律の規定を選択し、適用すれば正しいか、判らない。

民法の財産売買契約に関する規定と商法の商品売買契約に関する規定を見れば、その二つの法の全ては、売買に関する概念もある。つまり、次のようである。

- ・売り主は買い主に財産（商品）を引き渡し、財産（商品）の所有権を譲渡し、そして金銭を受授する義務を有する。

- ・買い主は金銭を売り主に払い、財産（商品）を受け取る権利を有する。

しかし、その二つの法律の文書の中の財産（商品）売買契約に関する諸規定は、再び違う点がある。その問題を明確にするために、ベトナムの現在の契約に関する法律の環境を分析するために、商人である一方と消費者である一方との一台のオートバイを売買することについての具体的な例を上げることができる。各当事者にとって、オートバイの売買契約は商人と消費者個人との間に契約されるので、民法の諸規定によれば、民事契約であるが、商法によれば、商事契約でもある。

そのオートバイに対する買い主の所有権から見れば、その二つの法律文書の中には、相異なる規定がある。仮定であるが、そのオートバイの所有権が第三者によって争われる場合、民法の第 436 条の第 2 項の規定によれば、「…第三者が売買財産の一部分または全部に対する所有権を持つ場合、買い主は契約を取り消し、売り主に損害の賠償を要求する権利を有する」。しかし、商法の第 69 条によれば、「第三者が売買財産の一部分または全部に対する所有権を持つ場合、買い主は契約を取り消し、売り主に損害の賠償を要求する権利を有さない」。それで、その紛争が裁判所によって受理される場合、売り主は断固として、解決するための商法を適用することを要求し、さらに一方が民法を適用すること

を要求すれば、法律の適用上、トラブルは避けられない。

日本の民法を研究すれば、その問題は再び、他の方法に基づき、解決される。日本民法の第576条は、「売買の目的に付き、権利を主張する者がいる場合、買い主がその買受けた権利の全部または、一部を失う可能性がある時は買い主はその危険の限度に応じ、代金の全部または、一部の支払いを拒むことを得る。但し、売り主が相当の担保を供したる時はその限りに在らず。」と規定している。中国の契約法の第152条の規定も同じである。

・そこで、法律を研究する人から見れば、ベトナム法律、日本法律、そして中国法律の諸規定を比較し、総合しなければならない。そこから、有益な結論を引き出すことができる。

3カ国の法律の全ては、買う時点で買い主が第三者の所有（全部または一部分）に属する売買財産であることを知ったかまたは、知らなければならない場合を除き、第三者によって争われないように買い主に売った財産に対する所有権を担保し、そして、その担保に対する責任を完全に遂行しなければならない売り主の責任に関する一般的な諸規定を持っている。しかし、具体的に分析すれば、3カ国の法律も相違点を持っている。次のようなその違いの幾つかの点を申し上げる。

・日本と中国の法律は、「売り手は、法律で他の規定がある場合を除き、買い主の財産の所有権に関連する他の諸権利（財産の抵当、質権、優先権など）について、第三者によって争われないように買い主に売った財産を担保しなければならない」という売り主の責任に関する規定を持っている。民法の第445条で規定される共有権に属する家屋売却、そして民法の第446条で規定される賃貸借中の家屋売却に関する場合を除けば、ベトナムの契約法律は、その権利（財産の抵当、質権、優先権など）が第三者によって争われる時の責任に関する諸規定を持っていない。

・日本と中国の法律は、所有権または、財産に関する他の権利が第三者によって争われる場合、相応的な代金の支払いを停止することができる買い主の権利の規定を持っている。ベトナムの契約法律はその制裁に関する規定を持っていない。

・日本とベトナムの法律は、売り主が買い主に売った財産に対する所有権を担保せず、そして第三者によって争われる場合、買い主の契約を取り消す権利の規定を持っている。しかし、中国の契約法律はその権利に関する規定は何もない。

まとめれば、売買契約の対象になった財産または、財産権にとって、もっとも重要なことは、買い主が知ったかまたは、知らなければならないが、相変わらず、その財産を買った場合を除き、売り主が所有権を買い主に担保しなければならないだけでなく、他の諸権利に関する第三者と紛争が生じないように担保しなければならないことである。また、売り主が所有権を買い主に担保せずまたは、他の諸権利に関する第三者と紛争が生じないように担保しない場合、優先権は買い主に与えられなければならない、そして買い主がその財産を買わなければ、契約が解除され、損害が賠償される。

売買オートバイ（商品）に対し、起こりやすいリスクを見て、民法の規定（第443条）を適用すれば、各当事者で他の合意がない場合を除き、売り主は、買い主がオートバイの所有権の登録手続きを完成する時点までにリスクを受けなければならない（ベトナムではオートバイは所有権を登録しなければならないからである）。さらに、商法の規定（第76

条)を適用し、売り主または、運送者の過失ではない場合、買い主は、運送中のオートバイに対するリスクを受けなければならない。という、それは、オートバイの所有権が売り主から買い主に移転した時点からである。商法の第58条での規定に基づいて、商品(この場合に具体的に言えばオートバイである)の所有権を移転する時点は、他の合意または、法律で他の規定がない場合を除き、売り主がその商品(オートバイ)を買い主に引き渡す時点である。リスクが起こると仮定すれば、(各当事者が所有権を移転する時点と同様にリスクを受ける責任に関する他の合意がない場合)、各当事者はその問題を解決するように裁判所に要求すれば、裁判所は、民法典の規定を適用する場合、リスクを受ける売り主を強制しなければならない。また、商法の規定を適用すれば、裁判所はリスクを受ける買い主を強制しなければならない。買い主はオートバイを受けたら、つまり売り主がオートバイを買い主に引き渡した時点からそのオートバイに対する所有権を確立したからである(商法の第58条での規定による)。

リスクに関する責任を受ける境界を確定するための売買財産を移転する時点を取れば、ベトナムの契約に関する法律は、売買契約の関係を絶対化し、ある部分が実際に合わなかった。また、試験するためのそのオートバイ売買契約に関する例を取れば、普通、ベトナムではオートバイを買う人は直ちに契約を確立した後、オートバイをうけ、お金を払って、その後、自分で所有権を登録する。買い主がオートバイを占有した時の生じるリスクを調べ、そのリスクに関する責任を取らなければならない売り主を強制するための民法の第433条の第2項の規定によれば、売り主は反対しなくてはならない。

中国の契約法は、売買財産に対するリスクに関する各当事者の責任を具体的に規定する8条(第142条から第149条にかけて)を持っている。中国の契約法は、具体的な一つ一つの場合に基づき、買い主と売り主とのリスクに関する責任の境界を確定するための時点を確認する。基本的には、財産(商品)を引き渡す時点がリスクに関する責任を確定する境界である。他の合意、または法律で他の規定がある場合を除き、(中国の契約法の第142条)、物を引き渡す前に、売り主は責任を取り、また物を引き渡した後、買い主は責任を取る。法律で他の規定がある場合は、次のように具体化される。

- ・買い主の過失により、物を期限どおりに正しく引き渡しが行われない場合、買い主は違反した時点からリスクを受ける(中国契約法の第143条)。

- ・売り主が物を運送者に引き渡した後、物が道の上で運ばれていれば、他の合意がある場合を除き、買い主は契約が確立された時点からリスクを受ける(中国契約法の第144条。ここには売買契約を確立する時点であるか、あるいは、運送契約を確立する時点であるか、はっきりしない)。

- ・買い主が約束に反した商品の品質という理由で物を受け取らない場合、売り主はリスクを受ける(中国契約法の第148条)。

中国の契約法が全ての具体的な場合を分析し、調整したと言えなくとも、財産売買契約の中の買い主と売り主との責任を受ける境界または、時点を正しく確定するための具体的な一つ一つの場合を具体化することは、とても重要である。我々は法律制定の過程、特に民法の修正、補修草案制定にその経験を参考し、研究しなければならない。そのようにしてはじめて、各当事者の権利を客観的に担保し、民事生活に合う条文の調整的効果を発揮させ、日増しに発展している財産売買の関係を促進することに貢献するのである。

ベトナム民法の中の債務履行の担保に関する 一般的諸規定

ハノイ法科大学民法学科副科長
デイン・パン・ターン

ベトナム社会主義共和国の民法は第9回国会、第8回会議によって、1995年10月28日採択され、そしてベトナム社会主義共和国の大統領令によって、1995年11月9日発表された。

債務履行の担保に関する諸規定は民事義務と民事契約という民法の第3部の第1章の第5節で（第324条から第379条まで）規定されている。

民法において、規定された民事義務を履行する担保の諸形式は質権、財産の抵当、手付け、寄託、供託、保証と違約金などを含める。

一般的に言えば、ベトナム民法の中の民事義務を履行する担保に関する諸形式は幾つかの国の民法に比べると、大きな相違がなく、特に抵当、質、保証、違約金など、民法の伝統的な担保の諸形式である。その特徴について、大陸法律システムに属する民法（Civil Law、または文書となった法典を有する法律システム）、あるいは1804年のフランス民法の基盤に基づく大陸法律システムの影響を受ける諸民法はすべて、義務履行の担保を目指す諸規定を有する。民事義務を履行する担保の諸措置の特徴点は、義務履行の担保の諸形式があれば全て、民事義務と民事契約に関する規定分を一つ項目で集中的に規定したことにある。そして、その諸規定は、風俗、習慣と実践の中の適用の機構から形成された豊富でさまざまな形式を有する。

民事義務を履行する担保に関する諸規定を幾つかの国の民法に比較すれば、我々はその特徴的な性質を容易に認識できる。

フランス共和国の民法の中に、義務履行の担保に関する諸規定は所有権を確立する諸方式という第3編で規定され、そして義務履行を担保する二つの形式だけがある。それは第2071条から第2091条までの第17節で規定された質権（動産と不動産の質を含む）という形式である。抵当の形式は、第2114条から第2145条までの第18節（第3章）で規定され、優先権に関する諸規定と共通して規定される。他に、第2011条から第2043条までの第19節で規定された保証の形式を有する。

タイの民法と商法の中に、義務履行の担保に関する諸規定は特徴的な諸契約という第3編で規定される。その法典は、財産の抵当（第702条から第746条までの第12節で規定され）と質権（第747条から第769条までの第13節で規定され）という義務履行を担保する二つの形式を規定するだけである。

日本の民法の中に、義務履行の担保に関する諸規定は物権という第2編において規定される。その民法は質権（第342条から第368条までの第9章において規定され）、そして財産の抵当という伝統的な民事義務を履行する担保の二つの形式を規定するだけである。更に、保証問題は債務という第3編（第446条から第465条にかけて）において、

規定される。一般的原理について、民事義務を履行する担保の諸形式を確定することはフランス共和国の民法と相似であるが、一つ一つの担保形式における具体的な諸規定は相違した点を持っている。

中華人民共和国の法律の中に、義務履行を担保する諸措置は「中華人民共和国の担保法」において定められ、中華人民共和国の経済契約法、中華人民共和国の対外経済契約法、中華人民共和国の技術契約法など、全ての法と共通して適用される。

現在、ベトナムでは「中華人民共和国の担保法」の公式的な翻訳書を持っていない。中華人民共和国の契約法の中に（1999年3月15日の第9回全人代第2回会議において採択され、そして1999年10月1日から効力を有する）428条が含まれるが（在ハノイ JICA の代表によって提供されたベトナム語の翻訳書による）、義務履行を担保する諸措置を定める別の章、項目はない。第7章では、以上述べた契約法の契約に違反する責任については、違約罰、手付け罰など、義務履行を担保する諸措置の法的成果を挙げける幾つかの条文を有している。例えば、違約罰の法的成果に関する第114条、手付け罰の法的成果に関する第115条、またはその二つの形式の全ての法的成果に関する第116条などである。

ベトナム民法の中の民事義務履行の担保は民法の伝統的な諸規定の一つである。封建時代、15世紀の国王刑法典の中に（さらに、レ王朝刑法または、ホンードク法と呼ばれた）抵当の形式は第383条と第384条を含む耕地という章に定められた。北部民法の中に（1931年）、担保の諸形式は保証の形式が第1311条から第1322条までに規定され、質権の形式が第1323条から第1352条までに定められ、抵当の形式が第1353条から第1372条までに定められるなど、フランス共和国の包括的な原則に基づき相似に記録された。ベトナム民法の中の義務履行を担保する諸形式の相違の性質は、義務履行を担保する諸形式に関する多様性に表わただけでなく、適用機構にも一部に表わされた。ベトナム民法の中の民事義務の担保は次の特徴性を有する。

・ベトナム民法は伝統に基づき、民事義務の関係に参加した各当事者が各当事者によって自主的に確立された義務履行を担保する諸措置について合意し、適用できることを許可する。義務履行の担保は債務者が法律の規定または、契約の中の付加義務に関する各当事者の合意による義務を正しく履行しなければならないことを推進させるような予防的な民事の一つの措置である。そのため、民事義務の履行の担保は、契約を締結し、適用する際、常に使用される諸措置であり、債務者が自ら自発的に約束した義務を履行しなければならないようにことを推進させること、債務を履行せず、また債務を正しく履行しないことから発生する悪い後遺症を防止し、克服することを目指すことである。

・民法の中の義務履行を担保する諸措置は、どんな形式で記録されても、財産の各関係の安定と普通の発展を担保し、民事交流の中の各当事者の法律的な安全性を担保し、契約規律を強化するための有利な条件を作ることを目指す。

・民法の中の義務履行の担保は、どんな基盤から出発したとしても（法律で事前に規定され、または法律の諸規定による各当事者間で互いに約束されたこととして）、民事義務の一つの形式である。それで、どんな基盤から出発しても、民事義務を履行する担保の諸措置はいつも、「一つの制裁」と同じような強制的な性質を有し、国の強制の力で担保される。民法の基本的な原則を正しく順守した各当事者の約束と合意そのものは、紛争が生じ

る際、権限のある国の諸機関が一方の権利と義務を確定するような基盤である。一方が約束し、合意した内容を正しく履行する自覚をしない場合、権限のある国の機関は履行しなければならないように、強制的な措置を適用する。

ベトナム民法の中の民事義務を履行する担保は次のような特徴を持つ。

- ・担保義務は主な義務を補う性質を持つ一つの付加的民事義務であり、主な義務に従属する。担保の諸義務は独立して存在できず、主な義務に比べ、事前に現われない。

- ・担保の諸義務の担保範囲は主な義務の範囲内にしかなく（そのことは一部分の義務しか担保しないかまたは、全ての義務を担保するか契約の各当事者の具体的な約束と合意に従属する）、そして主な義務の範囲を上回らない。

- ・民事義務の履行を担保する諸措置は主な義務が履行されない際、適用されるだけであり（つまり、義務に違反した時）、そしてその担保の措置は事前に確定した一つの義務に対する価値を有するだけである。それで、主な義務は履行されたならば、担保義務も自然に終了し、そして法律的な価値がなくなる。

義務履行の担保の諸措置に関する具体的な民事関係の中の各当事者の約束と合意は、担保の範囲と対象に関する第324条から第328条までの民法において規定された一般的諸規定を順守しなければならない。民事契約の一つの具体的な形式と同じような性質を有しても、民事義務を履行する担保の諸措置は別の特徴を持っている。それで、民法も一般的諸規定を持っているが、各当事者が民事義務の履行を担保して諸措置に関する合意を有する諸場合に適用されるだけである。

この専門テーマに、我々は民法部門だけの義務履行を担保する諸措置を理解し、比較する範囲に限るだけであり、他の分野に属する財産関係を調整する諸規定を有する全ての法律の各部門の総合的性質を含まない。担保の諸措置の性質と内容は、経済法、商法などの異なった諸規定を有するからである。例えば、商法の中に（1997年5月10日の第9回ベトナム社会主義共和国国会第11回会議によって採択され、そして1997年5月23日の大統領令の第L/CTN 58号によって発表された）、さらに、商人のための代理の中の預かり権（第90条）、商品入札の中の入札参加供託（第155）、商品受渡サービスの中の商品の預かり権と決定権（第171条）など、他の担保の諸措置を持っている。

民法の中の債務履行の担保措置

第1：質権（第329条から第345条までに定められる）。

質権とは、一つの債務関係の中の各当事者との合意であり、それに従って、債務者が、民事債務の履行のために、自分の所有に属する動産である財産を債権者に引き渡さなければならない。ベトナム民法の第329条のその規定は、幾つかの国の法律と同じような多くの点を持ち、「質権とは、財産で担保する一つの権利であり、その中に、債権者が債務者または、第三者から一定の物を受け取り、それを債務が履行されるまでに預け、債務履行の担保を目指し、そして、それを通じ、債務を履行しなければならない債務者を間接的に強制する」という日本民法の中の質権に関する一般的規定と相似する（日本民法の科学論説、国家政治出版社、ハノイにて1995年、286ページ）。

ベトナム民法の中の質権の特徴は質権の対象が動産だけである。幾つかの国の民法は、

動産または不動産であるか、質権の対象を区別しない。質権または、財産の抵当であるか、担保措置を選択することは、各当事者の選択と合意に従属し、担保物である財産（対象）の性質に従属しない。

例えば、一般的規定の項目と動産の質に関する諸規定の他、日本民法はさらに、不動産質（第356条から第361条まで）、そして、権利質（第362条から第368条まで）について定める。不動産は（土地である）質の対象でもあるのならば、それを管理し、その直接の利益を開拓するために債権者に引き渡さなければならない。土地は使用されなければ、荒地地になるからである。日本民法は資源の探査と開拓権、海産物の捕獲権の質を禁止する。日本民法によって確定された質権の対象は、目的物だけである（第343条）。

質権の担保範囲については、日本民法によって具体的に確定された。日本民法の第346条は、「質権の文書に他の規定がなければ、質権に入れる範囲は元本利息、違約金、質権実行の費用、質物保存の費用、債務の不履行または、壊れた質物のきずにより生じた損失の賠償を担保する」と規定している。日本民法はさらに、転質の権利があり、その転質に関する責任を完全に受けなければならない質権者に許す（第348条での規定）。ベトナム民法の中の全ての担保措置に対する一般的義務を履行する担保の範囲は、次のような第325条に一般的に規定されている。

「債務は、合意または法律の規定に基づいて一部分か全部を担保することができる。担保範囲について合意または法律の規定がなければ、債務は、全部を担保されると見なす。その際は金利支払いと損害賠償をも含む」。

ベトナム民法では、原則については、債務者（財産の質権設定者）は自分の所有に属する動産である財産を債権者（財産の質権者）に引き渡さなければならない。つまり、財産の質権設定者から実際の質財産を財産の質権者に引き渡さなければならない。そのように、債務者が財産を債権者に引き渡さなければならない（実際の占有権を引き渡す）ことは財産の抵当とを区別するように、基盤、そして標準である。

しかし、質に入れた財産が所有権を登録してあるものであるならば、各当事者は質権設定者（債務者）が、その財産をそのまま占有し、法的占有権を質権者（債権者）に引き渡すだけであることに合意することができる。その場合に、質権は、財産の抵当と同じような意味があり、各当事者が法的占有権を引き渡すだけであるからだ。その他、各当事者が質財産を第3者に引き渡すことに合意することができる。

法律の規定に従って所有権を登録してある一つの財産は（例えば、陸路、水路の交通運送手段または、他の財産）、他の合意および法律の別の規定がある場合を除き、その財産が、担保される複数の債務の総価値より大きいならば、複数の債務履行の担保のために、質に入れることができる。日本の民法は、再び、「二つおよび複数の債務履行の担保のために、一定の一つの動産で確立される複数の質権があるならば、それらの優先的順位は登録日付の順位に従って確定される」と規定している。

質権の形式について、ベトナム民法の第330条は、質権には文書が作成されなければならないと規定している（別途の文書にするか、または元本の契約に記入される）。合意または法律の規定により、質文書は国家公証機関の公証または権限のある人民委員会の確証が付けてあるものであると規定している。日本の民法は、質権の要式に関する諸規定がない。

質権の期限は、質によって担保される債務履行の期限に従って計算されるが、質権に対する具体的期限を規定していない。質とは質権者によって合意されれば、取り消されることができるかまたは、本法典第343条で規定される根拠がある場合、終了する。

質権の期限について、日本の民法は不動産質の期限が最大限10年であると規定している（第360条）。財産の質権者は、他の債権者にくらべ、事前の支払いの優先的権利もある。

ベトナム民法はさらに、質権の中の各当事者の具体的権利と義務（第332条から第335条まで）、そして質財産の返還（第344条）について、詳しく規定している。その諸規定は日本民法に規定されていない。特に、質財産を預かる第3者の権利と義務、複数の債務履行を担保するための質権に関する諸規定は全て、二つの法典に具体的に規定されている。

財産権を質に入れる問題について、ベトナム民法はその問題を第338条だけに規定している。それは、「財産権が質に入られる場合、質権設定者は、質権者にその財産権を証明する書類を引き渡し、債務者に、その財産を質に入れることについて通知しなければならない」ことである。日本民法の中に、財産権の質は、別の項目に詳しく規定され、債権の質（第363と第364条）、記名社債権質（第365条）、指図債権質（第366条）などの具体的財産権の質の様々な形式を含んでいる。ベトナムにおける民事取引の実際の中の財産権の質は、発生が少なく、そしてまだ普及してなかったので、ベトナム民法は具体的諸規定を有さず、一般的原則の性質を持つ一つの条文に規定するだけである。財産権の質は複雑な性質なので、財産権である質財産を処理することは、日本民法の第367条による別の規定によって履行され、さらに、日本民事訴訟法で規定された強制的手順によって、処理することができる。

ベトナム民法の中には、質権設定者が債務を履行しないか、または約束したとおりに履行しない時の質財産を処理することは、各当事者が事前に合意した方式によって処理するという原則に基づき、履行される。つまり、質権設定者が債務履行に違反した際、質財産を処理することは、まず、質権に関する合意がある時の各当事者の約束したとおりに、履行される。各当事者が質財産の処理に関する約束を有さない場合、質財産は債務履行のために、競売される（各当事者が事前の合意を持たない場合）。質権者は、質財産の保管費用と競売実行費用を引いて残ったその財産競売による金額から優先的な清算を得る（第314条）。支払いの優先的順位に関する諸規定は、日本民法と多くの相似の点を有する。

ベトナム民法は、さらに質権で担保される債務が終了し、財産で担保される質が取り消され、または他の担保措置で代えられたなどの質権を終了させる諸根拠を具体的に規定している。他に、ベトナム民法は質屋での質に関する規定を有する。その中に、質権に関する一般的諸規定を相似に適用しながら、それを質屋の活動に関する別の規定の法律の諸文書と結合する。それは、日本民法の中に記入されなかった諸規定である。

第2：財産の抵当（第346条から第362条までに規定される）

ベトナム民法の第346条によれば、「財産の抵当とは、各当事者の合意または、法律の規定により、債務者が債権者に対する債務履行の担保のために、自分の所有に属する

不動産である財産を使うことである」。以上の定義的概念によれば、財産の抵当の対象は、その財産の機能によって確定された不動産でなければならない。

ベトナム民法の中の財産の抵当の特徴は、抵当の対象が不動産であるだけである。財産の抵当に関する諸規定も、幾つかの国の民法と相似である。日本民法の第369条も「抵当権者は債務者または第三者が占有を移サシテ債務の担保に供シタル不動産に付き他の債権者に先チテ自己の債権の弁済を受クル権利を有ス」(注)と規定している。つまり、質で担保される場合のように財産をこの当事者から他の当事者に実際に移転することはないことである。

ベトナム民法の抵当に関する規定によれば、原則については債務者(抵当権設定者)が、自分の所有に属する不動産である財産に対する法的占有権を預かる債権者(抵当権者)に引き渡さなければならないが、抵当不動産は相変わらず抵当権設定者が預かる。つまり、抵当財産の所有権の証明する書類を抵当権者に引き渡すだけであり、抵当財産は相変わらず抵当権設定者が管理し、運用し、使用収益を得る。そうすれば、抵当権設定者が抵当財産に対する所有権を証明する書類(法的占有権を引き渡す)を抵当権者にだけ引き渡さなければならないことは、質権と区別するための基盤と標準でもある。

しかし、契約の各当事者は、抵当不動産を抵当権者または第三者に預けることに別に合意することができる(第346条第2項目)。特に、土地所有権の抵当は本法典第727条から第737条までにおける別の規定に基づき、履行される(土地に関する法律の規定と結合がある)。日本民法の中に、地上権及び永小作権も抵当の対象になる(第369条)。

財産の質の形式と相似に、ベトナム民法は抵当の範囲を規定していないが、日本民法の中に、再び、「抵当権ハ抵当地ノ上ニ在スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物ニ及ブ但設定行為ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四百二十四条ノ規定ニ依リ債権者カ債務者ノ行為ヲ取り消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス(第370条での規定)(注)。

複数の債務履行の担保のための不動産の抵当について、ベトナム民法は、所有権を登録している不動産は、他の合意または法律の別の規定がある場合を除き、担保される複数の義務の総価値より大きい価値があるのならば、複数の債務履行の担保のために抵当に入れることができる(第346条第3項目)と規定している。この場合、抵当に入れる際に、必ず文書の作成を行わなければならない、別途の文書にするか、または原本の契約に記入され、合意または法律の規定により、国家公証機関の公証または権限のある人民委員会の確証が付けてあるものである。抵当はその不動産が所有権を登録してあるものであるならば、法律の規定に基づき、登録されなければならない。

期限が到来した債務履行のために、抵当財産を処理しなければならない場合、他の債務は期限がまだ到来しないにもかかわらず、履行期限が到来したとされる。支払いの優先順位は抵当財産の登録の順位に従って確定される(ベトナム民法の第360条での規定)。

日本民法の中に、所有権の登録があるか、ないか区別はないが、不動産が抵当に数回入れられる時の優先順位の規定に対し、注意を多く払う。本法典は二つ以上の債権を担保するために、同時に一つの不動産で確立される複数の抵当の契約がある場合、抵当の諸契約の優先順位がその抵当契約の登録順位によって履行されると規定するだけである(第

373条)。

財産の抵当の要式について、ベトナム民法の第347条は、「文書が作成されなければならない。別途の文書にするか、または原本の契約に記入される。合意または法律の規定により、抵当文書は、国家公証の公証または権限のある人民委員会の確証が付けてあるものである。不動産の所有権が登録されているならば、その財産の抵当も登録されなければならない」と規定している。抵当の要式の問題は、日本民法に規定されていない。抵当の登録も、異なった債務履行の担保のために、その不動産が抵当に数回入られる際、取り出されるだけである。本法典に、普通の財産の抵当を登録しなねばならない規定がない。

財産の抵当の期限はベトナム民法によって、抵当で担保される債務履行の期限に基づいて計算されるが、抵当に対する具体的期限を定めないと規定されている。財産の抵当も、法律で他の規定がある場合を除き、抵当権者によって合意されれば、取り消されることができるとあるいは、抵当で担保される債務が履行され、抵当が取り消されるか、または他の担保措置と代替し、抵当の財産が処理される根拠がある時、終了される(第362条での規定)。

抵当の期限について、日本民法は不動産質の場合の抵当と同じような抵当の期限を規定していない。財産の抵当は、訴訟の時効が終わったかまたは、その抵当が担保する債務と一緒に終了される時、終了する(第396条)。抵当権者も他の債権者に比べ、事前の支払いの優先権を得る。同時に、抵当で担保される複数の債権者があれば(その財産が大勢に抵当に入られる)、優先順位は不動産の抵当の登録の時間順位によって確定される。

ベトナム民法は、財産の抵当の中の各当事者の権利と義務(第351条から第354条まで)、抵当財産を預かる第三者の権利と義務(第355、356条)、抵当財産の代替及び修理、保証による抵当変更、抵当財産の処理などに関する詳細で具体的な諸規定を有する。その諸内容は日本民法に規定がない。

日本民法の中には、ベトナム民法にない根抵当、立木抵当、財団抵当などの特別な抵当の幾つかの形式に関する規定を有する。その具体的形式の一つずつは、別の詳細の規定がある。他に、日本民法はさらに、抵当権の処分・転讓・抵当権またはその順位の譲渡または拋棄(第375条)、代価弁済による抵当権の消滅(第377条)、停止条件附第三取得者と濫除(第380条)、濫除をすることのできない者(第379条)、濫除権者による債権者への書面の送達(第383条)、法定地上権と抵当地上の建物の競売(第388、389条)(注)などの抵当に関する他の詳細の規定がある。

特に、質権と財産の抵当であるフランス共和国の民法の影響(直接かまたは間接)を受ける各法典の伝統的債務履行の担保の二つの形式にとって、ベトナム民法と日本民法の中の諸規定は、包括的な共通の原理による多くの相似な点を有する。しかし、多くの相似な点の他、その二つの法典の具体的諸規定の中には、内容特に、詳細の各規定に関する相違な点を持っている。以上説明したとおり、その相違は、民族の風俗、習慣と伝統に関する相違を持ったためである。ベトナム民法を編集する過程で、ベトナム研究者と法律を作る人達は、日本専門家達の法律制定の中の理論と実践に関する多少の経験を学んだ。このことは、作家 Tsuneo Inako (?) の「日本の法律を読む」という本に関するダオ・チー・ウク教授(国家と法律院院長)の「紹介の言葉」で確認される。それは「多分、作家によって、その本の第8章に紹介された民法と商法は、我々がそれを我が国の民法を作成するため、

研究する必要があると認める時、現在の我が国（ベトナム）における法曹界が、関心を持つはずである」（社会科学出版社、ハノイにて１９９３年、第９、１０ページ）。

第３：手付け（民法の第３６３条に規定される）

それはベトナム民法と中華人民共和国の契約法に規定される財産売買契約の中の普遍的な債務履行の担保措置であるが、日本民法における規定が見えない。

ベトナム民法の第３６３条の第１項での規定によって、手付けを置くことは、ある人が、民事契約または民事契約履行の保証のために、一定の期限において、一定の金額または貴金属、宝石または価値のある他の物（「手付財産」と称する）を、他の人に引き渡して預かることである。

両方が合意した事前に引き渡す金額または貴金属、宝石は「手付け金」であれば、その金額または貴金属、宝石は次のような二つの性質がある。

１．その金額は、金を引き渡した人が、その債務を履行しなければならない債務の一部分を事前に履行したものと見なされる（一定の金額で手付けられれば）。それは、契約が締結され、各当事者の約束したとおりに履行された場合、金額を引き渡した人（手付財産の設定者）の履行しなければならない総数の債務から除かれる。契約が締結され、各当事者の約束したとおりに履行された場合、貴金属、宝石などの他の財産で手付けられれば、手付財産を預かった人は、預かっている財産を手付設定者に返還しなければならない。

２．その「手付け金」は、金額を引き渡した人の残っている債務履行を担保するものである。それは、手付け関係の主な担保の性質である。手付け金は前払い金と違う。前払い金は、支払わなければならない金額を除く目的だけがあるが、担保の意味を持っていない。それで、各当事者がその前払い金を「手付け金」として合意しなければ、その金額は担保の機能がなない。逆に、債務履行を担保する価値がなければ、手付けと呼ばない。

手付けの担保の性質は次のように現れる。

・手付け金を引き渡した側は、債務を履行しない場合に責任を受け取る必要がある。手付け金の数は、各当事者の事前の合意によって処理される。各当事者が他の合意がなければ、普通、手付けの中の担保の比率は１００％である。つまり、手付け金を引き渡した側は契約を締結しなくまたは、約束したとおりに履行しない場合、手付けに入れた金額の返却を求められない。この規定は、中華人民共和国の契約法の第１１５条での規定と相似である。

・手付けの引き受け人も、契約の締結または、契約履行を拒否する場合、責任を取らなければならない。各当事者が他の合意がなければ、手付けの引き受け人は、手付財産の設定者に手付財産を返還し、その上で、手付財産の価値に相当する一定の金額（２倍）を支払わなければならない。

「手付け」の対象が支払いの機能を有しながら債務履行と契約締結を担保する機能を有するので、ベトナム民法の第３６３条の第１項は、「手付けを置くには、文書が作成される。その中に、手付けに入れる金額または財産、各当事者の担保の約束の内容などをはっきり確定する」と規定している。

前に、手付財産の処理は、手付け金が契約価値の大部分を占めれば、それを手付け金と見なさず、それを前払い金と見なすということに基づき、履行される。または、手付けの

違約罰を確定すれば、手付けの違約罰の金額は契約の総価値の5%に相当するだけであり、残り金額は前払い金額と確定され、それを手付け金と見なさない。それは、1991年4月29日の民事契約に関する法令と民法を公布する前、法律を適用する過程で色々な論争を招いた問題である。1994年の全国裁判業務総括会議（ハノイで1995年2月17日から19日まで行われた）で発表したベトナム社会主義共和国の最高人民裁判所の裁判長の結論の言葉の中に、民事分の手付け金に関する第4項では、「家屋紛争の裁判に関する最高人民裁判所の1985年3月25日付第158号の専門報告の中に、手付け金を契約に記入する財産価値に比べ、とても小さくて比較的低い比率を占める金額と確定した。これまでの民事契約に関する法令の手付けについての第42条の諸規定によれば、その規定と指針は、もう合わなくなった場合、契約に記入した諸約束を順守しなければならない」（1994年の人民裁判所の全部門業務会議の結論の言葉、13ページ）と書いた。

民法を有した後、最高人民裁判所は、手付けを置くことは各当事者によって自主的に約束され、合意されたものであり、紛争がある場合の民法の基本的な原則を十分に順守したのならば、裁判所は各当事者が約束し、合意した内容を承認すると認めた。つまり、以前と同じように最大限の水準と違約罰の比率を制限しない。民事に関する第3項での手付け金の違約罰に関するベトナム社会主義共和国の最高人民裁判所の裁判長の1995年の裁判所工作総括会議（1996年1月29日から30日まで）の結論の言葉に、「普通、大きな価値がある財産特に、建物、土地などの不動産を売買する時、買い主は常に一定の手付け金を置く。まず、裁判所は各当事者が契約を締結する時、手付けを置くには文書が作成された場合、手付け金の問題を解決するだけである。紛争が起こる時、原則については、その契約の締結が完全に自主的である場合、各当事者に対し、契約の約束を正しく履行することを強制する（1995年の人民裁判所の全部門工作会議の結論の言葉、14ページ）と書いた。その指針の基盤に基づき、紛争を解決する時、諸裁判所は「合法的約束と合意の全ては、各当事者に対する履行強制の効力を有する」という民法の第7条で規定した基本的原則に基づく各当事者の合意を承認した。

例えば、金の375グラムの価値がある一つの不動産（あるいは一つの財産）を売買する時に、各当事者は売買の中に信頼と束縛を作るため、買い主が売り主に金の70グラムを引き渡し、そして、それを手付け金と見なすという合意が成立する。結局、買い主がその財産を買わなければ、買い主はその手付けに入れた金額を返却されず、逆に、売り主がその不動産を売らなければ、売り主は買い主から事前に受けた手付け金の5倍を罰として支払わされる。その売買が成功にせず、訴訟を裁判所に起こす時、それらの合意と約束は（文書であれば）裁判所が、契約法律の諸原則により違反した側の責任を確定するための証拠と法律の基盤になる。それで、売り主がもう財産を売らなければ、各当事者が合意し、約束したとおりに預かった金額の5倍の手付け罰金に関する責任を取らなければならない（つまり、各当事者が合意した不動産の全部の価値まさに同じ）。

手付け罰金の中で、普通、各当事者は罰の比率を100%で合意する。手付財産の設定者が契約の締結または、契約履行を拒否すれば、その手付けに入れた金額を失い、逆に、手付け金の引き受け人が、契約の締結または、契約履行を拒否すれば、引き受けた金額を2倍返却しなければならない。その平等こそは、契約の締結および、契約履行の時、両方に公平をもたらす。その公式は、各当事者で他の合意がある場合を除き、紛争がある時に

適用される（民法の第363条の第2項）。

第4:寄託（民法の第364条に規定される）

寄託は、財産の賃借契約の中のかかなり普及した債務履行の担保措置である。担保の措置の目的は、財産の賃借者に、賃借の財産を返させなければならないことを目指す寄託である。寄託で担保する措置は、日本民法に規定がない。

民法の第364条の第1項での規定によって、寄託とは、動産である財産の賃借者が賃借財産の返還の担保のために、一定の期間、一定の金額または、貴金属または価値のある他の物（「寄託財産」と称する）を賃借者に引き渡して預けることである。

寄託の担保の本質は、財産を賃借する担保のため、賃借者が賃借の財産の価値より大きい価値のある幾つかの財産を賃借者に引き渡さなければならない形で、賃借者の権利を守るためにある。それで、賃借者が賃借者に引き渡した一定の金額、貴金属、宝石または他の価値のある物であっても、性質は完全に、手付けと違う。賃借者が寄託に入れる金額または財産は普通、賃借の財産の価値より大きい価値がある。それこそは、寄託の担保の性質である。

賃借の財産が目的物（例えば、各種の骨董品、二番目の物のない唯一の物などである）および貴重な物である幾つかの場合でさえ、寄託金額は、賃借者がどうしても、賃借の財産を返還しなければならない意識を有するように、賃借者の権利の確実的な担保を目指す賃借財産の実際の価値より数倍大きいかもしれない。

賃借者が賃借の財産を返した場合、賃借者は賃借者が賃借金を支払った後、寄託財産を返還しなければならない。賃借者が賃借財産を返還しない場合、賃借者は賃借財産を返還するように要求する権利を有する。その財産が無くなって返還できなくなる場合、寄託財産は賃借者に属する。

第5:供託（民法の第365条に規定される）

供託とは中間者（第三者と称することができる）を通じる債務履行の担保の一つの措置である。普通、各当事者に供託のために選ばれる中間者は、銀行または信用の諸機関である。その諸機関の活動だけは、供託という形と適切な機能を有するからである。

民法の第365条の第1項の規定によって、「供託とは、債務者が、義務履行を保証するために、銀行における、凍結口座に一定の金額、または貴金属、宝石、または金銭に換算できる書類を預けることである」。

供託の目的も、義務履行の過程で、各当事者の権利の担保を目指すことである。一種ずつの契約の性質、または各当事者の合意に基づき、片側かまたは両側の全ても、一定の銀行における一つの口座を開かなければならないが、どちらも、契約の中の民事義務の履行がまだ終了しない時、その口座の財産を使用する権利を有さない。

供託の形式の民事義務の履行を担保する性質は、「どちらも使用されない銀行における凍結口座に預けた金額、または貴金属、宝石、または金銭に換算できる書類は、約束し、合意した債務通りに履行しなければならないように債務者を強制するための基盤である」というところで、表わされる。

それで、義務を履行する期限が到来したのに、債務者が約束した債務を履行しないか、

または債務通りに履行しない場合、銀行は債権者に清算するか、または債務者によって与えられた損害を賠償するように、その口座を使用する。その凍結口座を開いた銀行は、供託財産の価値から銀行の手数料を納める権利がある。

供託財産に対する預かりと清算は、銀行活動に関する法律の諸規定を順守しなければならない。

供託で担保する形式は、ベトナム民法に規定されるだけであり、適用されることは少ない。

普通、供託の形式を適用することは、契約を締結する各当事者が、任務または、政府によって引き渡される計画の指標を実施する過程の中の法人資格のある諸機関である時、適用されるだけである。

第6:保証（民法の第366条から第376条まで規定される）

保証とは、第三者を通じる債務履行の担保の一つの措置であり、質借、後払いの売買の各関係に対し、かなり幅広く適用される。債務を保証で担保することを有する民事関係の中に、義務を履行する期限が到来したが、債務者が債務を履行しないか、または債務通りに履行しない場合、保証人は契約を直接に締結する人ではなく、契約履行から利益も受け取らないにもかかわらず、保証される人の代わりに義務を履行しなければならない。

民法の第366条の第1項での規定によって、「保証とは、第三者（保証人と称する）が、債権者（保証引き受け人と称する）に、期限になっても保証される人が債務を履行しないか、または債務通りに履行しないならば、主たる債務者（保証される人）のかわりに、債務を履行する約束をすることである。各当事者は、主たる債務者が自分の債務を履行することができない時だけ、保証人がその義務を履行することに合意することができる」。

債務履行を保証で担保することは、債務者が自分の債務履行を他の債務履行の担保の措置で担保するための必要な財産を持たない場合にも、有利な条件を契約の締結と履行の時の各当事者に与えることを目指すことである。

保証の中に、次のような二つの法律関係を有する。

- ・第一に： 債権者と保証される人との関係（主な義務関係と見なすことができる）。
- ・第二に： 債権者と保証人との関係（付加の義務関係と見なすことができる）。

債務履行を保証で担保することは、債権者（保証引き受け人）によって合意される場合、成立する。原則について、保証引き受け人はその債務履行の期限がまだ到来しない時、債務を保証される人のかわりに履行する保証人を要求してはいけない。つまり、保証引き受け人の債務履行の要求権は、債務の期限になっても保証される人が自分の債務を履行できなかった（各当事者が事前に合意した不可能または、他の客観的障害を除き）時、履行されるだけである。債権者が主たる債務者と相殺することができる場合においては、保証人も保証義務を履行しなくてもよい（民法の第371条）。

保証人は、自分の所有に属する財産または、債務の履行で保証できる。保証の範囲について、一般的規定による民事義務の履行の担保範囲に関する第325条を順守する他、ベトナム民法の第368条は、保証される人に義務の一部分または、全部を保証するという合意のできる保証人を許可する。各当事者で他の合意がある場合を除き、保証の義務は、貸付の元本の金利、違約金と損害賠償金をも含む。保証の水準は、具体的諸場合の中の各

当事者の合意に基づく。ベトナム民法の第368条による保証範囲に関する諸規定が、日本民法の第447条での規定と相似する内容があると認めることができる。

複数の人が一つの債務を保証する場合、各当事者で他の合意または、独立した部分を保証するだけという法律の規定がある場合を除き、それらの人は連帯して保証しなければならない。その場合において、債権者は、複数の保証人の誰か一人に義務の全部を履行するように要求することができる。連帯して保証した人の一人が、他の保証人のかわりに、債務の全部を履行した時（つまり、保証される人のかわりに、債務の全部を履行した）、その人は、残りの保証人達に自分に対して彼らの義務分を履行するように要求する権利を有する（民法の第370条）。

保証人は、保証人と債務者との合意または、法律の規定により、報酬を享受される。保証人が銀行である場合にとっては（商売銀行を含む）、報酬（または保証費と称する）は、強制的なものである。

例えば、延べ払いの商品輸入の信用書（L/C）を開く規定を公布することに関するベトナム国家銀行総裁の1997年7月1日付第207/QD-NH7号の決定によれば、各企業が銀行に延べ払いのL/Cを開くように要求する時に銀行に支払わなければならない報酬は、一年間の中の1%を超えない最大限の比率を有する（ベトナム銀行総裁の1997年7月1日付第207/QD-NH7号の決定に加えて、公布された「延べ払いの商品輸入のL/Cを開くことに関する規定の第14条」）。

保証の要式は、合意または法律の規定により、国家公証機関の公証または権限のある人民委員会の確証が付けてある文書ではなければならない。普通、保証側が銀行である時、保証はかならず、国家公証機関の確証を有する文書を作成しなければならない。保証の要式は、日本民法には規定がない。

保証は、次のような根拠がある時のみ、終了する。

- ・保証される人が義務を履行したので、保証により担保される義務が、終了する。
- ・保証が取り消され、または他の保証措置と代替される。
- ・保証人が、保証義務を履行した。
- ・保証人が亡くなった、または保証法人が終了した（または解散した）。

他に、法律で他の規定がある場合を除き、保証引き受け人により合意される場合、保証は取り消されることもできる。

保証義務の履行は、次の諸場合において、免除される。

・保証引き受け人が保証人に義務履行を免除する。この場合に、保証される人は、保証義務を連帯して履行するという場合または法律の規定がある場合を除き、保証人に対する義務を履行しなければならない。

・連帯して保証人となった中の一人が自分の保証義務分を免除されても、残りの人々は、自分の義務を履行しなければならない。

ベトナム民法の中の保証の一番特徴的な性質は、政治・社会組織の信用担保による保証である。それは自分の威信で「地方における政治・社会組織は、政府の規定に従い、生産・経営・サービス業のために、銀行または信用組合を通じて小金額のお金を貸し人および世帯に貸すという信用担保による保証をすることができる（民法の第376条の第1項）。

「貧困撲滅」という政策を実施することにおいて、信用担保による保証は、実際的な措置であり、政府の大きな諸主張を実現するための条件を持つ地方における政治・社会組織を助けるからである。しかし、信用担保による保証は、小金額を借りることに担保するだけであり、貧しい人または世帯の生産・経営の中の一時的困難を助ける性質を有する。

「信用担保」という形式の民事義務履行の担保が、地方における政治・社会組織の「威信」という基盤に基づくので、信用担保で貸し出す手続きは他の普通の担保がある貸し出しの手続きに比べ、さらに確実である。信用担保で返済する義務履行の担保がある貸し出しの形式は、貸し出しのお金の数、貸し出しの目的、貸し出しの期限、金利率、貸し出し人の権利と義務、貸し出しの銀行または信用機関と保証の組織をはっきり記入する文書が作成されなければならない。

日本民法の中に、保証の問題は「保証人は、主たる債務者が債務を履行しない場合において、債務を履行する義務を有する」という第446条に規定される。ベトナム民法の第366条の保証に関する規定も、日本民法の第446条と相似する内容を有する。保証義務も、貸付の元本の利子、罰金、損害賠償金、債務から発生した費用を含む。

日本民法の中の保証に関する諸規定の特徴は、次のような保証人の具体的条件に関する規定を有することである。

- ・十分な行為能力を有する。
- ・債務を履行するため、諸手段を十分に有する。

しかし、その条件に関する諸規定は、債権者（保証引き受け人）が自分で保証人を紹介する場合、適用されない。債務者が民法の第450条の規定に基づく条件を十分に有する保証人を探されなければ、代替するように他の担保措置を有さなければならない（第451条）。

保証に関する規定をする時、日本民法の第448条、第449条はさらに、「債務者が行為能力を有さないので、債務の保証は、保証契約の当時、保証人がその無効の原因を知った時、無効とされることができる」という可能性を予想する。

日本民法の中には、複数の人が一つの債務を保証することに関する規定もある（第456）。それらの人が、同じ権利と義務を有する。主たる債務者が、保証の中の連帯債務と全部を履行すると約束した場合は、「同一の債務と一部分に基づく債務」に関する諸規定を適用する（第三款の第434条から第440条までに規定される）。

日本民法の第460条はさらに、「保証人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保証ヲ為シタルトキハ其保証人ハ佐ノ場合ニ於テ主タル債務者ニ対シテ予ノ求償権ヲ行フコトヲ得

一主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ且債権者カ其財団ノ配当ニ加入セサルトキ
一債務カ弁済期ニアルトキ但保証契約ノ後債権者カ主タル債務者ニ許与シタル期限ハ之ヲ似テ保証人ニ対抗スルコトヲ得ス

一債務ノ弁済期カ不確定ニシテ且其再長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テ保証契約ノ後十年ヲ経過シタルトキ」と規定している（注）。

質権と財産の抵当である民事義務履行の担保の二つの形式と同じように、ベトナム民法において規定された民事義務履行を保証で担保する形式は、日本民法の中の保証に関する諸規定と多くの同じ点がある。我々は、共通の一つの原理に基づく総合的な一つの平面の

上に、ベトナム民法と日本民法との間に、「矛盾」なく、諸規定の詳細で具体的な内容に関する相違だけがあると認める。その相違は、一つずつの民族の風俗、習慣と伝統に関する違いがあるからである。その相違の基盤は、以上で説明したとおりである。

第7:違約罰（第377条から第379条までに規定される）。

違約罰とは、合意または法律に基づいて適用される義務履行の担保措置のことである。それに従って、義務に違反した人は、違反される権利を持つ人に一定の金額を納めなければならない。違約罰の形式も、中華人民共和国の契約法の第114条に規定されたが、日本民法に規定されなかった。

違約罰の水準は、各当事者が前もって推定したことにより、一定の金額とするかもしれない、または違反される義務分の割合に基づいて計算される。ただし、5%を超えてはならない（ベトナム民法の第378条）。寄託措置の諸規定に比べれば、違約罰の形式は、再び最大限の水準を制限する。

ベトナム民法と中華人民共和国の契約法の中の違約罰の性質は、相似的規定を持つ。しかし、違約罰の水準について、中華人民共和国の契約法の第114条は、実際の損失の水準に基づいて確定したが、次のように詳しく規定される。

「契約に違反した金額が、生じた損失の水準より低い場合は、違反されて訴える権利を持つ人が人民裁判所または、審判機関に、さらに増やすことを要求することができる。契約に違反した金額が、生じた損失の水準より高い場合は、義務に違反した人が人民裁判所または、審判機関に、適切に減らすことを要求できる。義務に違反した人が、契約に違反した金額に対する支払いを約束したとおりに遅らせる場合、その違反した金額を支払っても契約を履行しなければならない」。

違約罰の形式の担保の性質は、他の義務履行の担保の諸形式と同じように万全ではなく、客観的な多くの要素に付属する。それで、違約罰に関する合意は文書にされる（ベトナム民法の第377条の第二款）。違約罰に関する合意は、別の文書にするか、または原本の契約内に記入することができる。違約罰の形式の他、各当事者は、加えた他の一つの担保措置に合意することができる。

違約罰は、複雑な性質なので、ベトナム民法典は違約罰と損害賠償との関係を規定するように、第379条を別途に設けた。その条文によれば、各当事者は、違約罰を受けながら損害賠償をするという総合的な措置を選択することができる。どんな措置かを選択することは、契約を締結する時の各当事者の合意に属する。

ベトナム民法における契約法規の位置と役割

司法大臣官房、法律普及教育部次長

グエン・ドク・ジャオ

I はじめに

契約は最も古い歴史を持つ古典的法規定であるといえるが、おそらくそれ以前には契約の枠内にある損害賠償規定しか存在しなかった。なぜかという、契約は人間相互の豊かな交流関係の集約であり、それだけに各当事者の対応を指向する基準が必要になるわけである。これらの基準が契約そのものである。

こうした社会的基盤が定着する過程で、契約法規の位置や役割が日常の法体系において認知されるため、それを常に完備・普及させることも差し迫って必要となる。経済が発達し、社会の文明化が進むほど契約法規は重視され、完備されるはずである。そのため、18世紀に、フランスの社会哲学学者フレーは「契約は現行の法律の10分の1を占める。そして、ある時点に至ると、すべての法律の、第1条から最終まであらゆる項目が契約に関する規定となることだろう」と推測した(1)。

ベトナムにおいて、契約法規の普及過程は多少特殊性をもっているが、経済社会情勢によって法体系におけるその契約法規の位置や役割を強化する傾向といった共通の軌道から外れてはいない。主に需給システムが法令の指標によって調整された過酷な戦時においても、法令の指標の大部分は契約を通じて実行され、また実施するための契約に具体化されたため、農産物や原材料の売買、交換契約書は依然として盛んであった。構造転換、各主体の自主性、経営の自由化を発揮する環境づくりを目指す法体系改革は契約法規事業から出発することは決して偶然ではない。同時期、契約または主として契約に関連する一連の文書が公布された。たとえば、経済契約に関する政令(1989年)、民事契約に関する政令(1991年)である。それ以前の技術移転や工業所有権の2つの法にも契約に関する規定という極めて重要な部分があった。

民事義務に関する規定は350条あり、全体が838条ある中で契約に直接関係する200条が占める民法の公布はこの契約法規の優位をますます強化するものである。留意すべきことはこの法律草案作成中と採用時に当たって、法律の各構成部分を比較する際に詳細化・具体化の程度に戸惑ったり、契約に関する規定の縮小、要約を要求する意見がまったくなかったわけではない。

マスコミに宣伝された通り、民法の公布とその施行の効果は1995年だけではなくドイモイの15年間で極めて重要で記念すべき出来事である。以前に公布された他の国の民法と異なって、現代の状況下において作成されたため、現代の要求や要望に適切に対応できるものである。

人類の歴史でも民法の誕生が国家もしくは民族の文明化と飛躍的な発展を切り開く源泉となったという事実を少なからず証明してきた。ベトナムでも同じような希望を抱くこと

ができるであろう。

民法が公布された時はベトナムでの契約法規の普及過程における特別な時でもあり、契約に関する規定のシステム化・法典化推進の新たな基盤を画期的に切り開いた。

この法律の公布によって、契約法規はすべての角度から検討され、ローマ法体系の伝統を持続しながら、現在の民事、経済活動の実際から発生してくる新たな課題を見直すこととなる。補完のため引き続き検討すべき問題が残っていても、契約に関する民法の規定は契約の締結、履行、変更、終結という一般的な側面から個々の具体的な通常の契約の種類まで、個々の契約の種類の概念規定の面から現実の生活における契約の変形である特殊規定まで、この契約法規の重要なことに全面的に触れている。

多くの国家の民法では、契約という概念は法的関係発生の根拠であること；この根拠から発生した法的関係であること、またあとは法的関係を表現する形式であるという3つの規定から見ている。ローマ法によれば、契約は2つの密接な関係にある表示によって、法的関係を発生・変更・終了する根拠であると認められる。一つは合意があること、もう一つはこの合意には特殊な事情から各当事者が達成してほしい一定の目的があることである。契約はその目的を成し遂げる手段である。逆に目的は契約の実質的根拠であり、契約の法理論的な特性を形成する。この目的はある義務を賦与・受容する願いか、またはある義務の履行を保障する場合であるが、一般的にいうと法的目的を達成させたいとする期待である。その期待と動機がないかぎり、義務を成立させる意志が成り立たない。一方、その契約の目的が法律で禁止されていたり、社会道徳に反する場合、契約そのものは無効である。

上記の理念の上で、「法律用語略解」（1965年、カイティ出版社、サイ・ゴンの著者チャン・トゥク・リンは「契約は法的結果を求める二人以上の当事者の間の合意である」と定義した。同著者はまた契約(contract)と協定(convention)を区別し、契約は義務を作り出す合意であり、それに対して協定はある義務を終了し、ある権限を作り出し、変更し、終了する合意であると見なしている。

こうして、一般的な理念から見ると、契約は極めて包括的な概念であり、広範な法的課題に関っている。それはいわば、民事と経済やビジネスとの分離また生産、経営活動と消費生活との分離があっても制約されない民事義務、民事権限である。この角度から見ても、民法に打ち出された民事契約の概念（第394条）は民事契約法の規定に比して、一段と進歩があり、普及している契約の概念に近づいた。

民事契約法の第1条に従って、民事契約は売買、賃貸、貸付、借入、財産の贈与・寄付；業務の請負、サービスにおける各当事者の権限や義務の成立・変更・終了についての各当事者の合意であり、もしくは、片務あるいは各当事者が生活や消費の需要を満たすための双務の合意である。

生活及び消費の分野で契約を制限することは著しくその意義と役割を制約する。それと並行して、普遍的なものを通じて、契約概念を定義することも契約の内容を限定し、この制定が求められる多様性に適合しない。こうした限界を排除して、民法は民事契約を民事の権利・義務の成立、変更または終了に関する各当事者間の合意であると定義している。民事契約法に基づく契約の概念の最後の部分を切り取った民法はこの概念の包括性を高め、それを一般的な権利の獲得と義務の負担を履行する根拠となる。ここで、民法は民事

契約を規定するために戸惑う人もいた。では、それは取り引き契約、経済契約、労働雇用契約などの各種契約といかなる関係をもつか、対等な関係か、それとも支配関係にあるか？この法律の契約法規を分析した結果、民法は民事契約を各種契約のための共通の意義により規定し、法律専門分野に従う個々の契約の種類について特殊な要件を規定する根拠となる。

意義の異なった様々な理由により民法には「民事契約」という概念が残ったが、民法に基づく「民事」という用語は法令における同文字の意味とは同一ではなくなった。その内容は「契約」という2字の用語しか使う必要がないほど拡大解釈されるようになった。

II 契約—民法の重要な規定

契約法規は民法により最も多くの項目で規定されることはすぐ気付くことであろう。ベトナムの法律体系の中でも契約の規定が初めて十分に提示され、かつこのように包括性があり、具体性もある。民法はまた契約に関わりのある多くの文書規定を法典化した。ベトナムの航海法、民間航空法などの法律から民事契約法、経済契約法、著作権法などの法律まで、ちなみに議定書から規制までである。

民法は契約について一般の規定を定める目的他に13種類の通常契約を定めた。個別に売買契約、リース契約、運輸契約に対して、古典的民事契約の特徴についての一般規定に伴い、今日の経済・社会の現実結び付くこの変形（家屋の売買契約、競売契約、試用後購入契約、延べ払い契約、家屋の賃貸契約、請負契約など）に関する規定も付け加えている。民法の4分の1はこのようなことについて直接規定している。

民法は以上に述べた国民生活の多様で豊かな需要を充足させようとする通常の民事契約以外にさらに第324条から第379条まで民事義務の履行を保障する目的を持つ契約の形態について比較的に詳細な規定も定めている。これは主要な契約に依拠する合意でありながら契約の特徴を十分に備えている。これらの約束の締結、履行はすべて民事契約の原則を厳守する。

通常契約の規定と義務履行を保障する契約の規定との関係はどうなるかという疑問がでてくるであろう。義務履行を保障する契約は通常契約の規定によって本格的に調整されるか？調整された場合、どんな形態をもつ契約なのか？などである。

まず、この2つの種類の契約の関係は主な契約型の性質によって確定されたもの（第405条）であり、従って、通常契約（売買、リース、サービス、加工など）は主契約（第3項）、義務履行を担保する契約は副契約（第4項）である。そのため、質権、抵当、保証、手付け、寄託、供託などの義務履行を担保する契約の締結、履行は通常契約の規定に支配されず、締結、履行、変更、終了に関する規定だけを厳守すべきである（第394条～第420条）。義務履行を担保する契約は条件付き取引（第134条）であり、条件付き義務を発生させるものである（第299条）。他方、契約はまた民事の取引形態（第130条）であるので民事取引に関する全般の規定（第130条～第147条）、特に無効民事取引についての規定の調整に従わねばならない。

契約の他に法律違反によって損失を起こす行為も義務を発生させる重要な根拠になる

が、これは契約枠外の損害賠償といわれる。契約の役割は法律により、法律違反行為による賠償を実施するための法的手段であると規定された時からより極めて重大になる。言い換えれば、この賠償は各当事者の合意を取らないかぎり、実現しない。

第610条は「各当事者は法律に他の規定を定められた場合を除いて、金銭や現物またはある業務の実行による賠償の水準及び方法について合意できる」と規定している。

留意すべきことは、行政違反処理法も契約を行政違反による損失の賠償を履行するための方法であると見なしている。行政違反処理法第17条によると、「行政違反によって発生した損害の賠償は各当事者間の合意という原則に従って行う」。こうした合意は通常契約ではないが民法の契約についての一般規定によって調整されるべきである。

上述のように、2つ以上の当事者の法的取引をカバーする一般の規定の他に民法には特殊な対象を持つ契約に関して規定する数多くの項目が整備されている。これらは土地使用権譲渡契約（第690条～第737条）著作物利用契約（第767条～第772条）技術移転契約（第806条～第825条）である。

それで、民法の各部、章、条、項目すべてが直接的あるいは、間接的に契約に関わっていた。契約を締結したい場合、各当事者はこの法律の基本的原則に関する規定及び民事取引に関する規定、特に取り引きの有効条件を厳守すべきである。次に、義務についての一般の規定を見逃してはいけない。この内容は義務履行の在り方の確定（契約から発生する）、その義務履行を担保する在り方、契約から発生した要求の権利・義務の譲渡の条件、契約不履行の責務などである。契約の締結、履行、変更、終了の在り方は総則の第3部第1章第7項において定められている。通常民事契約についての章において、民法は主として契約の各種による法的関係をこの個別性を重視しながら規定する。

Ⅲ 契約－義務関係、各当事者の権限・義務を発生させる最も主要な根拠

ベトナムにおいて、しばらく前、国のドイモイという改革、特に経済のドイモイを実行する前に、主体が主として国営企業であるか協同組合である契約の大部分は、国家から与えられた任務を果たすために調印された。こうした契約関係において、各当事者の意志はその管理機関の法令の指標によって直接的あるいは間接的に支配されていた。このような影響を受けて、契約の性格が歪められ、その基本的特性を無くし、決して各当事者間の合意や意志の合致の結果、得られたものとはならない。法令の指標では契約の主体を確定しておき、いつ、どの程度契約が締結されるかを価格でさえ、事前に決定する。このような環境の中で、契約は民事の権利や義務を発生させる主要な法的手段であるという意義を失った。契約は商品－金という関係の表現形式でなくなり、国家管理機関の意志から発する法令の指標を履行する単なる手段や道具になってしまう。こうした契約の位置や役割を考えると、契約法規が普及し、法的環境をつくることによって経済社会の促進に寄与することができるかが懸念される。

契約の機能を制限するもう一つの原因としては、当時、契約関係を調整する法的規定はほとんど強制的厳守規範もしくは禁止規範であったという特徴を持っていた。こうした特徴と問題を持ち、主として、行政的命令によって運営されていた経済は、狭義の契約法規

や広義の民法は主として生活、消費面における個人間の法的調整の手段という機能しか持たないものになった。

ドイモイ期における重要な法律規定として、契約は現在の市場経済において特に重要な役割を演じている。民間資本経済、混合経済を含む各経済セクターの存在が承認され、すべての主体の経営自由権や経済自主権が認められると共に、契約自由権は民法により確認された。その権限の制約としては合理的な範囲内に止まり、社会主義を志向する社会・経済発展の路線に合致する。

民法では契約自由権を容認するのみならず、実際にその権限が行使されるための法的保障を確立した。各当事者の行為を指導し、その権利や利益を守る手段として、また民事行為の中の秩序、規則を再編するために起き得る紛争を解決する手段として契約法規は民事活動を管理する必要に応じて、望ましい方向への発展を推進する。

Ⅵ 契約法規における民族性、現代性についての若干の考察

日本と同じく、ベトナムは民族的伝統的文化と独自の風俗を保持している東アジアの国である。ベトナムでは日本を含む他の東南アジア諸国と同様自己の民族の伝統的な道徳や文化的価値観を21世紀を迎える現在に至るまで維持・復活してきた。

これらの価値観は契約の中にどのように現れているか？言い換えれば、契約についての法律の規定において、契約に関する現代的法理学の立場から、その精華を選択しながら受入れる環境の下で、民族性はどうか表現されたか？ここで日本のユニークな教訓が得られる。

西洋と違って日本人は契約文書において権利と義務を具体的かつ明確に規定することを望んでいない。契約は、ほとんどその環境次第という原則によって規定される。契約の成立はある関係の存在を確認するという意義に限られ、契約履行は環境の変化により、大きな変更さえ許される。同時に日本ではモデル契約の使用も盛んである。その中の少なからぬ点は多くの意味に解釈でき、その説明が臨機応変にされる。

つまり、契約に関する日本の法律の規定は主として西欧の民法を受入れ、運用を基本に規定作成したにも関わらず、日本人は契約を各当事者の権利や義務を明記する合意書であると認めていない。彼らにとって、契約の内容は原則性を有する基本的な要件であるに過ぎない。万一問題が発生すると各当事者は改めて合意を通じて、自分の権利と義務を確認する。このような契約の臨時応変の対応が成立できるために必然的に各当事者はお互いに良好な関係を結び、常に付き合う必要があり、かつ、法律規範を厳守する一方で道徳的規範も守るべきである。それは日本人が「義理人情」と呼んでいるが、つまり他人に対する関係の中でなんらか守るべきものが存在する。日本人にはその「守るべき」意識は1人である時であれ、人の前であれ、自己の立場を感じる気持ちから生まれる。契約義務が履行されない場合、その懲罰は物質的なものではなく、本人の「不満や失望」に転嫁される。そのため、日本の企業ではたいてい、取引相手にゴルフ接待、宴会接待を行い、また、1年に2回、年頭と年末に高額の贈り物をする。

「義理人情」のプラス面を活用すると共に、これを乱用するため契約締結・履行にはマイナスが起こりがちであることにも注意を払う必要がある。

たとえば、建設会社と国家機関との建設契約を締結する場合（現在、ベトナムではこの例はとても多いが）長期に渡って、建設会社と国家機関の建設工事発注先決定に有力な役員は宴会に接待したり、高額な贈物をして（勿論会社の経費で支出する）緊密な関係を保つ。これらの費用は契約全額を増加させることになる。大企業と小企業との間の契約を締結する場合も同じ状況が起こる。大企業は契約が締結されたものでも常に値引きを要求する。値引きしないと契約を継続して発注しないと暗黙の了解がある。そのため小企業はいかなる犠牲を払っても、贈物をして、取引先である大企業の重役に取り入る。

以上に契約における日本流の伝統的特徴に触れた。但し、現代社会では「義理人情」規範は生活や消費を目的とする契約関係においてはますます稀になっている。昔は国民は食品や飲料を近所の店や商店街で買い求めた。現在、日常生活用品は主に系列企業のスーパーマーケットによって供給されている。

日本では、新商品の大量生産は、高度技術を利用することによって複雑な問題が広範に発生している。1898年？（1896年）に制定された日本の民法は幾度か改正・追加されているがそれに触れる余地はない。新規商品の生産を寡占している強力な系列企業はテレビや新聞などで新商品を宣伝するために膨大な金を支出する。しかし、メーカーは消費者に直接商品を販売しない。メーカーに膨大な利益をもたらす商品の中には少なからぬ種類、人間の健康と生命に悪影響を与えるものである。たとえば、有害な化学物質で生産されたバターが広く病気を発生させたり、ひどい場合、死亡の要因ともなる。電子レンジを使って発生した火事や爆発事故とか、不良部品を使用したため起こった交通事故などが相次いでいた。日本では60年代から危険な商品から消費者を守るという運動が始まったが、ベトナムでは現在、生産者が民事責任を負うことについて問題提起され、もしくは提起されつつある。ベトナムでは、1968年に消費者保護法が制定され、それ以来30年間、法令は同じ内容に触れている「危険」な商品に対して国民の生命、健康、財産を守るために商品の品質基準を提案すべき義務を国家に負わせている。

危険な商品によって損害を受けた場合、民事責任の性格についての論争は60年代から始まり、契約枠外の民事責任という説が優力になった。これはベトナム民法に導入する際、参考になった（第632条）。これによって、消費者の権利を侵害する場合、損害賠償の責任は「第5章契約枠外の損害賠償の責任」における幾つかの具体的な事例の損害賠償という項目に規定された。これはかなり近代的で時宜的で、消費者が自ら利益を守ることに優位性を与える規定であるといえる。

契約法規の現代性についてはベトナム民法は1995年に公布されたが、消費者の権利を守るための具体的な規定を定めるためには第2次大戦後の日本の実情（いわばベトナム現状）を検討・吟味しなかったことが悔やまれることを正直に認めるべきである。分割払い、延べ払いに関する第457条は、基本的に、現代的環境において完全に買い手の権利を守る立場から配慮するどころか、部分的には売り手の利益の立場に立っていよう。

日本では、小包で返品が可能な販売方法（通信販売）は70年代以降、盛んになったが、この販売方法が消費者に損害を与えるものであるなら、ベトナム民法において無理のないように規定するためには十分に検討すべきである。

要するに、民法における契約法規の位置や役割を確定すると同時に、この法規を生活に生かすためにあらゆる条件を整備し、ベトナムの現実を把握しながら、その補充・改正を

行うためには、日本を含む各国の経験を十分検討することが必要である。明らかにすべきことは改正・追加を行う時、今日登場する實際上緊急なことに対処し、一字一句や細かいことでなく各国の教訓や経験を引き出す必要がある。そうすれば、民法における契約法規はその役割をより一層発揮できると思う。

1999年10月7日、ハノイにて

(1)「ソビエト民法に基づく義務」、アガコップ、法務出版社、
1940年、105ページ。

日越民商事法セミナー 質疑応答

日越民商事法セミナーにおける質疑応答を以下に掲載します。

尚、本セミナーは、ウォン・チュ・リュウ ベトナム司法省次官及び森島昭夫上智大学教授に司会をお願いしましたが、以下の質疑応答では、ウォン・チュ・リュウ次官に議長をつとめていただいております。

○議長 昨日と今日の1日半、我々は多くの契約の規定に関するお話を聞くことができました。特に、日本、中国、ヴィエトナムの契約法規に関しての良い講演を聞きました。

それでは、これから質疑応答に入りますが、昨日から多くの質問を受けました。また、今朝もいくつかの質問が寄せられました。

第1の質問ですが、森島先生にお聞きします。

日本の民法においては、13種類の契約が規定されていますが、これらの契約に関する具体的な細則やガイドラインがあるのでしょうか。

○森島 13種類の典型契約についてですが、昨日お話をしましたように、これは法律制定当時の契約類型でありますので、新しいタイプの契約は入っておりません。したがって新しい、例えば、プロ野球の選手が球団と契約をするというような場合の契約とか、今日の中国法にあります「リース」とか、そういうものは民法に規定されていません。もともと契約というのは、昨日も申しましたように、当事者が自由にその内容を定めることができるということでありまして、国家が細則を決めたりするものではないと我々は考えております。したがって、民法に規定のある13種類の典型契約はもちろんのこと、他の新しく現れた契約についても、国家が別の目的、行政的な目的で介入することはあり得ますが、しかし、契約そのものについてのガイドラインというようなものは、一切設けておりません。

○議長 同じく森島先生に対する質問です。

委任契約に関して、ヴィエトナム法によると、委任するときは、委任者・受任者ともに、契約書に署名しなければならないとなっています。しかし、現実には、ヴィエトナムでは、特に委任者が海外にいる場合、海外にいる者だけが契約書に署名し、委任を受けた者は、国内にいても署名していません。日本法あるいは中国法では、この委任契約はどのようにに規定されているのでしょうか。

- 森島 日本法について申しますと、委任契約は、別に要式行為ではありません。つまり、サインなどはする必要がありません。ただ、受任者が委任義務を処理するために第三者と取引をするためには、その第三者に自分には代理権があること、あるいは、委任された権限があるということを証明する必要があります。

したがって、普通は、第三者との関係で、証拠として委任者が受任者に対して委任状という形で、委任者が署名などをした文書を作成します。実際には、商取引といいたし、会社と会社の間で委任するような場合、契約時に両者が署名をするということは十分あり得ます。ただし、法律上は、そういうことは要求されておりません。

- 鈴木 中国法についても、今の森島先生の日本法についての御説明とまったく同じでして、とりわけ委任契約について形式を要求したり、書面主義をとっているということはいけません。ただし、これは想像ですが、中国でも、委任された者が、書面も示さないで「私は受任者である」ということを主張しても、相手は信用しないと思いますので、多くの場合、契約書が委任状という形か分かりませんが、なんらかの書面が交わされているものと想像されます。

- 議長 三ヶ月先生にお尋ねします。ここに2つの質問がありますが、内容は似ていますので同時に読みたいと思います。

まず、ヴィエトナムが外国法を輸入する場合、その導入にあたっては、国内で運用しやすくなるように、どういうところを注意すべきでしょうか。

次に、昨日の先生の講義をお聞きますと、日本は西洋法の導入にあたっては、大きな努力をしたと思います。同時に、日本は、西洋の法律を自分の国に合うように選択をしたのだと思いますが、これは多くの国家、多くの民族にとって大変勉強になる経験だと思います。先生は、「日本はヴィエトナムの友人である」とおっしゃいました。それでは、率直に、ヴィエトナムの現行の法制度に対して、どういうメッセージがあるのでしょうか。特にヴィエトナム民法に対して、何か特別のお考えはあるのでしょうか。

- 三ヶ月 なかなか難しい問題ですが、後のほうの問題から非常に消極的なお答えをさせていただきます。

日本は、私が申しましたように、130年の間にいろいろな外国の法律を勉強しなければならませんでした。そのための1つの対策は、できるだけ対象法を細分化し、狭い対象のところの専門家を作ろうとせざるを得なかったのであります。例えば、私は、民事訴訟法、民事裁判制度というような、こういう狭い領域をずっと勉強してまいりました。その領域では、英米法も勉強し、ドイツ法、フランス法、最近では中国の制度、韓国の制度も勉強するというように、狭い領域では専門家です。しかし、逆に申しますと、民事訴訟法と民法とは、ほんの隣り合わせなのですが、民法のほうの研究は、全部、民法学者、森島先生などにお任せをして、私どもは、むしろ狭い領域ばかりやってまいりました。御質問の中には、日本の民法について私のアドバイスを、というような意味が入っ

ていたと思いますが、そういうわけで、民法について、私は皆様に適当なアドバイスをするよりも、そのアドバイスは狭い縦割の中で深く研究してこられた民法学者の方にお任せしたいというのが消極的なお答えです。

もう1つの問題は、外国のいろいろな法律を勉強する際の心構えという問題に関連すると思います。私が昨日のお話で、時間がないために省略しましたが、原稿になっているところを見ていただければ分かりますように、日本は本当に、何も誰も教えてくれないので、自分たちでそれぞれの国の言葉を勉強して、それぞれの国のオリジナルな法律の本を読んで勉強せざるを得なかったわけです。「学問に王道はない」ということはよく言われますが、今のこのコミュニケーションの発達した時代でありましても、本当に自分に身についた法律の勉強をするということになりますと、これはやはり同じように、それぞれの国の言葉を一生懸命勉強して、日本語では「原書」と申しますが、それぞれの国の言葉で本を読んで、自分で一生懸命考える以外には、外国の法律制度というものを正確に捉えることは難しいと思います。

その点から考えまして、ヴィエトナムの皆様と日本人とを比べてみますと、私はヴィエトナムの皆様の方が有利ではないかと思っています。このセミナーを聞いておりましても、ヴィエトナムの皆様のできいいな発音は、そのままいろいろな外国語を勉強する際に、非常に応用が効く発音を持っておられます。これに対して日本人の発音は、大変不器用でございます。是非、そういう能力を活かして、もしドイツの法律を勉強したければ、そのためにはドイツ語を勉強されるようにということですが、昨日の小杉さんのお話にもございましたように、これからは、やはり残念ながら、英語を基本的に交渉の言葉として使わざるを得ないというので、どうしても英語は早くマスターしていただきたい。それに小さな声で付け加えますならば、ついでに日本語も少し勉強していただきたい、ということを申し上げたいと思います。

○議長 三ヶ月先生、ありがとうございました。森島先生に質問です。

第1の質問ですが、「信義則」は、日本の法律の中に規定されているのでしょうか。契約について紛争が起きた場合、この「信義則」は、どのように解釈されるのでしょうか。また、法を適用する場合は、どんな根拠でこの「信義則」を適用するのでしょうか。

続けて第2問ですが、日本の法律の中に、「信義則」がいろいろ規定され、また、契約の中にもたくさん書かれています。この「信義則」というのは、本当の意味はどういう意味でしょうか。

ヴィエトナムの民法の中に、「契約者同士はお互いに、善意・協力精神、忠実又は率直な気持であらなければいけない」という規定はありますが、日本の「信義則」は、これにあたるのでしょうか、それとも違うのでしょうか。

○森島 「信義則」につきましては、昨日もお話をいたしました。実は「信義則」は日本に特有な考え方ではなくて、ドイツで発達をした考え方です。ドイツでは、第一次世界大戦後、ものすごいインフレがありました。それこそ何百万倍というぐらいのインフレがありまして、契約したらたちまち貨幣価値が下がってしまうということがありました。「契約は守らなければならない」というのは大原則ですが、そういう事態に至って、「信義則」を使って契約の内容を変更したり、契約を解消したりするという権利が、「事情変更の原則」として、発達をいたしました。

こうした考え方は、そういうインフレだけではなく、また、契約の内容の改定とか、解消とかいうことだけではなくて、義務の履行などにあたっても、信義に基づいて、つまり、取引上、公正なやり方で義務を履行すべきだという意味として、大分広げられてきました。

日本でも、そうした考え方は、昨日お話をしましたように、住宅状況が非常に悪くて、どうしても土地を借りたいというときに、「5年」でしか貸さないと言われ、やむを得ず「5年」でもいいから借りるといって契約をしたわけですが、それではあまりにも正義公平という観点から見て望ましくないということで、裁判所は、その「5年」という期間を賃貸借の期間ではなくて、賃料の据置期間だというように無理矢理に解釈をして、社会的な公平を保とうとしたわけです。また、昨日も申しましたように、契約上は増改築を禁止するというところになっているケースにおいて、それをそのまま適用したのでは、家を借りている人に非常に気の毒だということで、そのような規定があるにもかかわらず、「信義則」、あるいは、公平という観点から、多少の改築をしたからといって借家を追い出されるべきではない、というように裁判所は判断したわけです。そのほか、契約に定まっていなくても、両当事者の公平という点から考えたら、こういうようにするのが良いだろうという場合には、裁判所は、「信義則」上、契約をそのように解釈するのが妥当だといった判断をしております。そうした考え方は、1947年、第二次世界大戦後、日本が一部民法を改正した際に、総則の1条の2項で、「権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ、誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス」ということで規定されました。

こういう考え方は、ドイツやスイス債務法など、いろいろなところに入っています。実は、ヴェトナム民法にも9条にちゃんと「民事関係において各当事者は、信義誠実な態度をとり」云々ということが書かれてあります。ですから、ヴェトナムにおいても、仮に日本と同じような考え方を裁判所がしても、それは、ヴェトナム民法9条というはっきりとした法律の根拠に基づくものであります。

しかしながら、当事者が必ずしも考えていなかったことを、裁判所が「信義則」という一般的な条項を使って介入するわけですから、裁判所が勝手に介入するということであってはいけないわけです。社会全体として、何が公平かということ、あるいは、取引慣習などを十分考慮した上で、そのように解釈するのが両当事者にとって最も公正・公平である、というような場合に限って、「信義則」は使われるわけです。

このようなことは、判例法国、例えば、アメリカでも同じです。ただ、言い方が少し違っていて、「フェアネス」、あるいは、「パブリック・ポリシー」とか、そういう言い方がありますが、裁判所は、当事者の公正・公平さを図るために、そういう論理を使って、内容を変更したり、あるいは、内容を補充したりしているのです。

○三ヶ月 ただいまのお話ですが、先ほど私が申しましたように、とかく日本人の法律家は縦割りでものを考える。「信義誠実の原則」と申しますと、それは民法なら民法、実体法だけの問題というように考えがちですが、実は「信義誠実の原則」というものは、この近代社会で人間が社会生活を行っていく場合に、何も賃貸借の当事者であるとか、契約の当事者の間だけで適用になるというものではないわけで、社会生活全般を貫く基本原則の1つでございます。

昨年1月1日から、世界で一番新しい民事訴訟法が日本にできまして、私はその制定の責任者でございました。その民事訴訟法の中に、こういう規定が入っております。私の専門は訴訟法ですが、裁判所で訴訟をします場合でも、昨日、小杉さんが言われましたように、アメリカ型で、まるでスポーツをやるように、相手方を陥れるような形で訴訟をすることはよろしくないのであって、裁判所で訴訟手続をするについても、「当事者は、信義に従い、誠実に民事訴訟を進行しなければならない」という原則が民事訴訟法2条に明定されております。皆さんは、実体法を作るということを今、一生懸命やっておりますが、本当にそれを効果あらしめるためには、手続が整っていかなければならないわけでありまして、日本の最新の民事訴訟法の中には、信義誠実の原則に関する明文が置かれている、ということをお頭のの中に入れていただければ幸せであります。

○議長 小杉先生には、たくさんの質問があります。

まず第1は、涉外契約についてですが、日本で履行する涉外契約の場合、日本法に従う必要があるのでしょうか。

○小杉 結論を先に言えば、別にそういう必要はありません。その契約がどの国の法律に準拠すべきかということは、原則的に当事者の自由です。ただ、日本の強行法規というものは、その契約にも適用されますから、外国の法律では有効とされても、日本の法律で無効とされたり制限されたり、という可能性はあります。

○議長 第2の質問です。

もし、涉外契約の当事者が、特に売買契約において、紛争解決の準拠法として外国法を選んだ場合において、日本でそれを選んだときは、日本の法律による何か付帯条件が付かなければいけないのでしょうか。

もし、そのような付帯条件があるとすれば、どんな条件でしょうか。

○小杉 さっきお話をしたように、準拠法を選ぶというのは、契約の自由の原則の中のことだと考えられておりまして、原則的には自由なわけです。ところが、その選んだ法律を適用した結果が、非常に当事者にとって不公平な結果が生ずるという場合もないわけではありません。日本では、国際私法として「法例」がありますが、そういうときのために、その33条で「公序」の規定を設けております。これは、先ほど、民法の「信義

則」の議論がそこでされていたのによく似たところがありますが、その選ばれた法律を適用することがどうしてもおかしい、正義に反するという場合には、裁判所がこの「公序」の規定を使って、選ばれた法律を排除することができるようになっています。

ただ、申し上げておかなければいけないのは、法律の体系として、そういう「公序」の規定を置いてはいますけれども、商事契約というようなものに関して適用されるということは滅多になく、むしろ、親族関係、国際間の結婚だとか離婚だとか、あるいは、財産の処分だとか、そういう場合に主として適用されております。

○議長 小杉先生、あるいは、もしかすると三ヶ月先生に対する質問かもしれません。

涉外契約の当事者が、外国の法律を準拠法とした場合、裁判官はどのようにその準拠法を適用するでしょうか。また、裁判官がその準拠法を適用することを拒否するのは、どういう場合でしょうか。

○小杉 裁判になって一番難しいのは、その国の法律が一体どのような規定であって、どのように解釈されているのかということであり、それが正確に法廷に出てくるかどうかということなのです。法律的に言いますと、その外国法がどういうものかというのは、職権調査と申しまして、裁判官が自分で調査をして、それを確かめなければいけないという原則にはなっているわけです。ところが、裁判官もなかなかそういうところまで力を割くことができませんし、また、裁判所全体でもそのような能力はありませんから、普通、事件になれば、当事者の側の弁護士に、とにかく外国の法律がどうなっているかということをきちっと調べて法廷に出してくれ、ということをお願いすることになります。

このように、その法律の適用を求めている当事者は、裁判に勝つために外国の弁護士の意見を付けたり、その法律を翻訳したり、そういうことで裁判所へ出すということになりますが、それでも明らかにならないときが、実務では一番の問題なのです。だから場合によっては、学者に鑑定書を書いていただいたりすることもあります。しかし、それでも分からないときが、実務として一番難しいところなのです。その場合、外国法の内容が分からないということで、その適用を求めている当事者を負かすのか、あるいは、さっきお話をした「公序の規定」を思い切って適用し、日本法に基づいて裁判をするかというところが、究極のところでは大変な問題になるわけでございます。

しかし、「公序」の規定をそういうところで適用するというのは、裁判官も非常に勇気がいることで、だから、なかなかやりたがらないというのが実際であります。この辺が、民事訴訟法と国際私法のぶつかるところで、まさに三ヶ月先生が、学問的にも、実務の問題としても、非常によくお分りのところなので、もし補足があれば先生にいただければと思います。

○三ヶ月 ただいま御指摘のように、私は一つの論文を書きました。それは、鑑定に頼んでもどうしても分からない場合、日本の裁判所はどうすべきか、ということをめぐる論文です。これが国際私法学会及び民訴法学会で大変な論争のタネになりました。

これまでの日本の国際私法学者の主な考え方は、どうにも分からなかったならば、できるだけその国の法律に近い性質の国の法律、「近似法」というようなものを探すということです。例えば、ドイツとフランスの間で小さな国がありましたときに、その国の

法律がどうにも分からなかったら、それはドイツ法と縁が深いだろう、あるいは、フランス法と縁が深いだろうというので、それらの国の法律で日本人に分かっている法律を適用しなさい、というのが1つであります。ところが、Aの国の法律とBの国の法律のうちで、一番近いのはどれか。これがヨーロッパの国ならいいのですが、アフリカの国同士で、Aの国とBの国で、どちらが近いかということになりますと、これは学者の観念論だというわけで、あまり最近は有力ではありません。

日本ではあまり有力でないのですが、外国ではやむを得ないという形で、今、小杉さんが言われたような「公序」の規定というルートを通じないでも、やはり、法律で裁判をしなければならない裁判官の調査能力の限界ということを正直に認めるならば、その場合は日本の法律を適用することでもいいのではないかと。日本の法律だって、無茶苦茶な法律ではなく、ちゃんと法律の底には正義の観念があるのだから、それでいいのではないかと。自分の国で訴えを起せば、ちゃんと自分の期待する法律による判決が得られるはずで、それにもかかわらず日本に来て訴えを起した場合においては、日本の裁判所として、よく調べた後でなおかつ分からないということであれば、日本の法律を適用してもいいのではないかと。このような考え方が、ヨーロッパ、アメリカではかなり強いのであります。

日本の国際私法学者は、この考え方にあまり賛成ではありません。それでは国際私法というせつかくの学問が役に立たないではないかという議論です。そこで、最後に辿り着きますのは、適用すべき法律が分からなかったならば、「条理」を基にして裁判をすればいいではないかというのが、むしろかなりの多数説であります。これは一見、非常にきれいに聞こえますが、実はこれは何の根拠もないのでありまして、Aという人間とBという人間で、何が「条理」であるかということは、一致しないことがしょっちゅうでありますから、「条理」で裁判をしるというたら、これは各人各様の裁判になってしまふ、ということになりかねない。いろいろ考えて、結局、私は、これはもう仕様がなない、国際私法の領域の尽きたところであるから、あとは個人個人が考えるよりも、多くの人が納得しているその住所地の法、すなわち、日本なら日本の法律を適用するのが筋ではないか、という論文を書きまして、先ほど申しましたような大騒動になっているわけです。

この根拠の1つは、いま小杉さんの言われましたように、「公序」の規定という曲がり道を通して、苦心惨憺、裁判官が苦心して結論を出すよりも、学者のほうでそういうように言ってあげたならば、非常に裁判所を助けることになるのではないかと、という訴訟法学者の立場の議論でございます。幸いに、国際私法学者の中でも若い人たちは、少しずつ「仕様がなない」と言って、私の説に同調する人が出てきているのが実情です。

○議長 日本の法例 33 条は、国際条約や国際習慣を考慮するのでしょうか。もし考慮しないとするれば、どういう場合に日本の裁判官は、国際条約と国際習慣を適用するのでしょうか。

○小杉 条約については、それを守るというのは当然のこととなっております。むしろ、条約は、国内法よりは上のレベルのものだと考えられており、日本の裁判所は条約を必ず適用しなければいけないということです。

国際慣習というと、非常にその辺は難しくなりますが、裁判所が日本の法律の適用を

する際に、それを重要な資料として参酌するということは間違いないと思います。慣習というのは法律ではありませんが、結果を出す際に、非常に重要な判断の材料として、それを考慮に入れた判断をすると思います。

- 三ヶ月 一口に慣習だとか、慣習法とか申しますが、日本の民法学などでは、昔から「慣習法」と「事実たる慣習」というものとを、概念的に区別しようとしております。「慣習法」は、当該裁判官を含めて、一般の人の通念になっているものですから、「慣習法」であるならば、それは裁判官も当然それを適用することになります。

ところが、「事実たる慣習」という概念が一番問題なのです。これは、さっきの準拠法が不明である場合と同じように、裁判所を悩ますものであります。しかし、「事実たる慣習」ということの中に「事実」という言葉が入っております。その「事実」というものを誰が立証するかということは、訴訟法及び実体法でしっかり決まっておりますので、あとはその举证責任分配の原則に従いまして、その「事実」の証明があったとすればその適用を認めますし、まだまだ証拠が足りないということになれば、その主張は認めない、ということで裁判が進みます。

- 議長 鈴木先生に対する質問です。

中国の新しい契約法においては、政府が契約の一方の当事者になれるのでしょうか。また、政府が契約不履行の場合、訴えられて被告になれるのでしょうか。その際、政府の責任が問われる規定はあるのでしょうか。

中国の新しい契約法には、涉外契約に関する何らかの規定があるのでしょうか。契約責任以外の損害賠償の規定があるのでしょうか。

- 鈴木 まず第1の質問ですが、今回の契約法の適用の範囲は、適用される主体としては「自然人、法人及びその他の組織」となっていますので、政府ないし国家自体は主体とはなりません。ですから、国家自体が当事者となる場合には、民法は適用にならないということになると思います。したがって、民事訴訟で国家の契約不履行が争れるということはないと思います。それでは、ほかに法的に争う方法があるかといいますと、これは通常の契約に基づく紛争としては、それを扱う紛争処理機関はないと思います。

もっとも、契約ではなく、行政行為によって私人に損害を加えた場合には、国家賠償の対象となります。国家賠償は、中国では行政訴訟になりますが、これを通じて救済される場合があります。

また、涉外契約についての規定があるかという御質問ですが、これは126条に、当事者間の協議で準拠法を決めることができるという規定があります。それ以外に、涉外契約だからといって特殊な扱いはありません。

契約責任以外の損害賠償の規定があるかという御質問につきましては、これはおそらく不法行為を指すかと思いますが、今回の契約法には不法行為は含まれておりません。現行法では、民法通則に不法行為の規定がありますので、これが適用されることになります。

- 森島 いまのお答えに関連してですが、それでは、例えば、政府の機関が紙を買うという場合は、それは契約ではなくて、何か法律でも作って無理矢理に買うのでしょうか。

契約関係というのにはあり得ないのですか。

○鈴木 契約ではあると思いますが、それは民事契約ではなくて、行政契約に分類されています。つまり、当事者間の立場が平等ではないので民事関係ではない、というように考えていると思います。

○森島 それでは、トゥンさんにお伺いします。今、私が挙げた例で、例えば、司法省がどこかの私企業から紙を買う場合は、契約ではなくて、行政契約という特殊なものなのでしょうか。

○トゥン 私の理解では、民事契約になると思います。それで、私も鈴木先生に質問したいと思います。

先生は、中国では政府は法人ではないとおっしゃいましたが、例えば、こういうケースを想定してください。ある商人、とてもお金持で、亡くなる時、遺言で全財産を国家に寄贈、贈与契約の一種だと思いますが、寄贈したとします。この場合、中国では、国家が契約の一方の当事者にならないというのなら、誰がこの財産を受け取るのでしょうか。例えば、ヴェトナム民法には、国家は一方の当事者になり得るとは規定していませんが、ヴェトナムの法律家は、国家を当事者であると解釈しています。もちろん、具体的には、やはり権限のある機関が行わなければなりませんが、それでも、特別な当事者として考えています。中国ではどうでしょうか。先ほど鈴木先生は、中国の契約法の中に、契約主体として、「自然人、法人、その他の組織」とおっしゃったのですが、政府は、「法人」、特殊な法人に分類されるのではないのでしょうか。

○鈴木 遺言によって遺産を国家に寄贈するという事は、もちろんできますし、それはむしろ奨励されています。しかし、だからといって、民法における主体としての資格が国にあるとは考えていないと思います。また、法人については、民法通則に法人の規定がありますが、これに国家を含めるという解釈はとられていません。

○三ヶ月 今の問題は、実は、社会主義体制をとるか、それとも資本主義体制をとるかという大きな分かれ道です。あるいは、市場経済のための法制を徹底するつもりがあるのかないのか、ということにかかわります。日本では当然のことながら、国が民事訴訟の当事者、契約なり訴訟の当事者になることがございます。特別な法律があり、そういう場合には、法務大臣が訴訟代理人になるという規定があります。私も、法務大臣でありました時に、しょっちゅう「被告三ヶ月章」ということ訴状が出てきました。しかし、私個人が訴訟などできるわけではありませんで、法務省の中に訟務局という1つの大きな組織がございます。そこには、練達な裁判官等が検事に任命代えをされまして、非常にたくさんおります。しばしば、訟務局長は、法務大臣の私に向かいまして、「我が訟務局は、日本最大のローファームである」と言っております。

○議長 今朝の質疑応答は、とても興味深いものでした。また、大変活発でした。午後も引続き、質疑応答を行いたいと思います。

(再開)

それでは、午後の部をスタートしたいと思います。武藤弁護士に質問いたします。

ヴェトナムの契約に関する法規が、民法に349カ条規定されています。これは、以前の民事政令に比べて、かなり詳しくなっています。

武藤弁護士から見て、日本の民法及び中国の新しい契約法に比べて、良い点はあるのでしょうか。あるいは、欠点があるのでしょうか。是非それを比較していただきたいと思います。

○武藤 私は3年ここにいまして、それなりにヴェトナムの民法を研究いたしましたので、ヴェトナム民法と日本民法を比較する、という観点でお答えしたいと思います。

日本民法は、100年以上前に作られたものであるのに対して、ヴェトナム民法は1996年から発効したものですから、当然、ヴェトナム民法の中には、日本の民法にはない非常に先進的な、新しい考えに基づく規定がたくさんあります。例えば、ヴェトナム民法412条、最高裁のヒエンさんも説明してくれたもので、日本では「不安の抗弁」というように、解釈上、判例・学説が言っているものですが、日本民法には規定がありません。しかし、ヴェトナム民法にはちゃんと規定があるという点で、先進的なところがあると思います。

また、技術移転契約は、ヴェトナム民法にはあるけれども、日本民法にはありません。また、日本民法にはない点として、生活者を保護する規定が、ヴェトナム民法の中には多くあります。特に、家屋の賃借契約については、家屋を借りる側の権利を保護する規定が、ヴェトナム民法の中にはたくさんあります。例えば、ヴェトナム民法501条を見ますと、家屋の所有者が変更した場合も、賃借人は、その賃借契約期間中、賃借をすることができるという規定があります。かつて、日本民法にはそういう規定がなく、たくさんの賃借人が賃借権を失うということがあり、それで、特別法として借地法とか借家法を作ったという経緯があります。

このように、全般的に見ますと、ヴェトナム民法のほうが、より進んでいる多くの規定を含んでいると思います。ただし、例えば、中国の新しい契約法などと比べて欠けている部分は、取引が無効だった場合、キズがあった場合、善意の第三者を保護するという考え方が、ヴェトナム民法には全然ない。この点については、昔は、中国にもなかったらしいのですが、今回の新しい契約法では、「表見代理」という考え方を入れました。このように、善意の第三者の保護という点が、日本の民法や新しい中国契約法の中にはあるが、ヴェトナム民法には、全然ないという点は1つの欠点ではないかと思います。

もう1つ、そこは、森島先生がおっしゃったことですが、「信義則」という考え方が、あまりはっきりしていないというのも欠点だと思います。ホーチミンで社会調査をやったのですが、その時に、家屋の売買契約でたくさんの紛争があるということが分かりました。家屋を売った人が、売った後に値段が2倍、3倍になった場合に、家屋や土地使用権の証明書がないということを理由にして契約の無効を主張し、家屋を売るのをやめる。値段が高くなったから売りたいくないということを主張することが多くあります。しかしながら、そういう証明書を整えるのは、売主の責任なのです。しかし、自分でそういう証明書を整える義務を怠っておきながら、後からそれを理由にして契約の無効を主張するというのは、日本であれば、おそらく、森島先生がおっしゃったような「信義則」というもので、禁止される行為であると思います。しかし、「信義則」という考え方、あるいは「エスツッペル（英米法の考え方）」という考え方は、ヴェトナムではまだ

ないため、無効なものは無効であり、したがって、結果として、自ら法を破った人間が契約の履行を主張できるということがまかり通っている、ということが分かりました。今後、ベトナム民法を改正していくとすれば、日本民法又は中国契約法の中にある「善意の第三者の保護」という考え方、あるいは、「信義則」を具体的に適用した日本の判例などを研究されるといいと思います。

もう1つ言わなければいけないことは、民法は非常に全体として先進的なもので、十分に市場経済を規律する法律として使えるものであると思いますが、残念ながら、まだ経済契約政令が存在していて、それがために適用範囲が非常に狭くなってしまっていて、この先進的な民法が、全然適用されていないという状況があると思います。経済契約政令というのは、計画経済時代の法律が基になっていて、品質は国家の決めた基準で決まり、価格は価格管理委員会というところで決まり、しかも、国営企業が結ぶ生産に関係する契約だけに適用されるというものです。条文数は確か50条ぐらいしかないと思いますが、市場経済を十分に規律できる800条もの民法が企業の活動に適用されないで、たった45条の経済契約政令が適用されるという考え方をとっているために、肝心な企業の活動を規律する法がない、という状況になっているのです。

私としては、民法はこのままでもいいのですが、経済契約政令を中国のように廃棄するか、廃棄ができないのであれば、水とか電気とかのエネルギーの供給契約のように、国家が強力に介入すべき契約形態以外は、すべて民法を適用し、経済契約政令の適用範囲を狭めるということをしないう限り、民法をいくら改正しても実態は全然よくならない。法によって経済活動が動いていくというようには、いつまで経ってもならないと思います。

中国は、統一契約法を作る前に、旧経済契約政令というのを持っていました。これは、法人の活動に適用されて、しかも、適用される契約形態が、例えば、国家による調達契約とか、建設契約とか、エネルギー供給契約というように、ちゃんと特定されていました。しかし、現在のベトナムの契約法は契約総論しかない、しかも、45条しかないという状況です。私といたしましては、まず、民法を改正する前に、経済契約の適用範囲を明確にして、中国の旧経済契約政令などを研究されて、その適用範囲を明確にすることが先決ではないかと思っています。

なお、中国には、商事法というのはありません。ベトナムは、民事法と経済法というロシアからきた契約の二分法そのままにしたまま、商事法を去年作ってしまいました。そのお蔭で、民事契約と商事契約と経済契約という3つの概念があって、実際の契約がその3つのうちのどれに当たるか分からないという状態です。しかも、概念的に違うだけではなく、それを管轄する裁判所が民事裁判所と経済裁判所になっていて、管轄を間違えると却下されるということになります。

結論といたしまして、この先進的な民法を活かすためには、是非、経済契約政令の適用範囲を明確にしていきたい。それが一番初めにやるべきことだというように私は思います。

○議長 今の武藤さんのご回答に関連して、鈴木教授から、ディン・ゴク・ヒエンさんに対して、質問が出ています。

民事契約、経済契約、商事契約の区別について、今まさに武藤さんがおっしゃったことですが、この3つの契約の違いはどこにありますか。この3つの契約を区別する意味は何ですか。中国のように、この3つを統一しようとする動きや意見は、ベトナムにありますか。そして、紛争解決の方法、手続について、3者はどのような違いがあるのでしょうか。

今の武藤さんのお話で、かなりの程度お答えがあったように思いますが、ベトナムの側からこれについて、御説明をいただきたいと思います。

○ヒエン まず、これらの契約の形態に関する規定が、歴史の必然的な産物として違った時期に制定されたものですから、やはり昨日発表したように、これらの内容にはいくつかが矛盾があって、実際の法の適用の現場においても混乱を生じているのが現状です。

まず、沿革を言うと、1989年、経済契約政令を作った時、私たちは、これは計画経済から市場経済へ転換する大きな一歩だと評価したのです。この政令によると、規制される主体は、「法人と法人」又は「法人と登記した個人」でした。しかし、ここでは、資本金は、法定資本金のラインに達していなければならないという規定がありましたから、その際、経済契約政令の主体は、「法人と法人」又は「法人と会社を作った個人」のみでした。会社を作っていない個人は、主体になっていません。

そして、1991年に、政府が民事契約政令を出したのですが、ここで、今までは、「法人と法人」同士の契約、あるいは、「法人と会社を作った個人」との契約のみを経済契約としたのですが、「法人と登記した個人」との契約も経済契約と位置づけました。つまり、会社を作らなくても、登記をすれば、その契約は経済契約になりました。

また、この法の改正によって、裁判システムも多少変わっています。今までは、国家経済救済機構によって解決された事件は、すべて経済裁判所で解決されることと決めたのです。ですから、今、民事契約の紛争を解決する裁判所システムと並行して、経済活動による契約から生じた紛争を解決するための経済裁判所が存在しています。しかし、やはり主な審判の対象は、経済契約がほとんどです。

この問題を議論すると、経済契約政令を存続すべきかどうかという問題が出てきます。ベトナム商事法が1997年5月10日に制定され、1998年1月1日に施行されたのですが、ここでは、商事法の主体は、商事に関係するすべての行為です。例えば、商事そのもの、商事に関連するその他のサービス、あるいは、商品の広告などが、この商事法の対象です。しかし、商事契約とはどういうものかは、商事法の中には、はっきり規定していません。一部の規定においては、その主体が規定されます。一方は、商品、サービス、展示会、あるいは、広告の主です。つまり、引っくりめて一方の当事者は商人であり、もう一方の当事者は消費者です。しかし、経済契約政令又は民法の基準で考えると、この商事法の中の契約関係は、この2つの政令に絡んでいるのです。

また、御質問の中に、3つの契約を区別するのは何か意味があるのかということがありました。この質問に対する答えは、私は個人的な意見は述べません。なぜなら、この3つの契約の形態は、歴史的な理由があるからです。なぜかという、今、ベトナムの経済形態として、国営企業の果たす役割が非常に大きく、国営企業が存在する限り、

やはり、経済契約政令は一定の役割を果たすでしょう。ですから、経済契約と分類された契約による紛争が起きたときは、やはり、経済裁判所で解決しなければなりません。

将来、この3種類の契約が統合される動きがあるかどうかについてお答えします。経済契約政令を改正した時、私たちは国会常務委員会から、改正について命令を受けました。その時、私たちは大きな会議を開きました。この時、民法は既に制定されていたのですが、まだ、商事法は制定されていませんでした。私たち大方の意見は、経済契約政令ではなく、やはり、法律に昇格させなければならないと思ったのです。しかし、当時、国家救済機能を経済裁判所に移したために、いろいろ緊急的に解決しなければならない課題がたくさんあったので、法律に昇格させるには非常に時間がかかり、また、政令のままのほうが早く改正できるということから、今でも政令という形で存続しています。

武藤弁護士がおっしゃったように、私たち法を適用する人間の立場から見ても、事件をどの裁判所に任せるか、裁判所の管轄は民事裁判所か経済裁判所か、特に商事に関係することでは非常に迷っています。現在の経済契約政令を改正して、民法に入れようという考え方は、どこの機関からも提唱されていません。将来、たとえ、民法の中にすべての契約を盛り込んでも、しばらくは今の形態が並行せざるを得ないわけで、やはり、法律家、司法関係者の間の意見調整が必要だと思います。もし、将来この3つの契約形態を統一することができたら、これはヴィエトナムにとっても革命的な事業だと思います。しかし、それまでには、国内の法学者、立法者が対応するための時間はどうしても必要です。また、この3つの契約形態が統合すれば、国の経済システムを多少変更しなければなりません。そうなったら、経済裁判所と民事裁判所がなくなって、1つの裁判所になるでしょう。

今、最高裁判所では、経済契約政令関連の改正草案が第7回まで書かれているところです。武藤弁護士と同じように、フランスやアメリカの法学者の方々からも、できるだけ経済契約政令の適用範囲を狭めて、はっきりさせたほうが良いという意見が出ています。先週、私は、刑事訴訟法、経済契約政令、企業破産法について、今、見直している最中だから、できたらJICA、日本の法務省に、少しこの問題に関心を寄せていただいて、小規模でもいいからセミナーを開くことができないかと武藤弁護士に申し入れたばかりです。

また、第4番の質問として、これら契約形態別に生じる紛争は、解決の手続はどこが違うかについてです。まず、契約別に訴える時効ですが、現在の民法には、民事契約から発生する紛争の場合は時効がありません。つまり、当事者はいつでも申立てができます。ただし、1つだけ例外があります。それは、契約無効宣言請求権です。この時効は1年です。しかし、経済契約から発生した紛争に関する訴えの時効は、紛争が発生してから6カ月以内です。また、商事契約から発生した紛争の訴えの時効は2年です。

訴訟のための手続法は、今、ヴィエトナムには2つしかありません。1つは民事訴訟規則による手続、もう1つは経済紛争訴訟規則です。この2つの手続法は、基本的に類似しています。しかし、細部では多少違うところがあります。例えば、民事契約から生じた紛争の事件を受理したときは、期間は4カ月ですが、複雑な場合はさらに2カ月延長して、最高6カ月です。経済契約から発生した紛争による書類受理は40日間、複雑な場合は60日間です。

もう1つの違いは、民事事件の裁判合議制の違いです。民事事件の場合は、裁判官1人、参審員2人です。経済契約の紛争の場合は、裁判官2人、参審員1人です。もちろん、その他、細かい違いはありますが、とにかく、大きな違いは以上の点です。

民事訴訟委員会の指示によると、今後、経済事件、民事事件、そして、労働事件、すべての事件は、できるだけ民事訴訟法として制定したいということです。ですから、もし、私たちが予定どおり法案を作成して、また、国会もそのとおり通過させてくれば、将来、民事事件も経済事件も、同じ民事手続法で解決されると思います。

先ほど、武藤弁護士が、もし、経済契約政令を適用すると、せっかく民法ができて十分その機能が発揮できないと、おっしゃいました。確かに、これは、法律家として法を適用するとき、混乱があるかもしれませんが、民法は、政令より格が上ですから、たとえ、それが経済契約であっても、裁判官は格の高い民法を優先して適用することは十分可能です。例えば、本来は経済契約ですが、十分にまだ文書を交わしていない契約の場合に紛争が起きたときは、裁判官は、民法139条を適用して、双方に時間を与えて文書を作るように命じることができます。

もちろん、もし、将来、経済契約、民事契約、商事契約などを、全部統一した民法に盛り込むことができれば、それに越したことはないです。しかし、現在、ヴィエトナムの法律の背景には以上のようなものがありますので、とりあえず、現状を認めて、外国の法律の専門家の方々、あるいは、外国企業の方々も、あまり心配しないで、今の法の適用を見守っていただきたいと思います。

○議長 今、鈴木先生が取り上げた4つの質問は、理論の面においても、また、実践の面においても、ヴィエトナムで大変活発に議論されている問題でもあります。非常に私たちも興味のある問題提起でした。本当は、トゥン局長やターン先生にも、意見を補足して欲しかったのですが、これは別の機会にさせていただきたいと思います。

引き続き、まだ多くの質問がございます。まず小杉先生に質問があります。

小杉先生にお聞きしたい第1の質問は、日本の契約から生じる紛争で、裁判を申し立てる期限があるのでしょうか。もし、あるならば、それは発生から何日でしょうか。

第2の質問は、日本では人の信用を使って保証することはできるのでしょうか。もし、それがあつたら紛争が起きた場合は、どう解決するのでしょうか。

○小杉 最初の質問については、日本だと時効とか除斥期間ということの問題になりますが、法律によってその期間が別々に定められています。民法では、基本的には債権の時効は「10年」ということになっています。これは一般規定ですが、民法には、さらにそれよりも短い、短期の消滅時効ということを定めた条文がいくつかあります。これらは民法の話ですが、商法では「5年」という期間を定めています。

民法と商法の関係でいいますと、民法が商法に対して一般法になりますから、商法が適用されるような場合の時効の期間は「5年」ということになります。このように、法律によって時効の期間が違うものがあって、その法律の優先の順位というのがありますから、その中で、この訴えについてはいつまでにやらなければいけないか、ということ

が決まってくるわけです。

2つ目の保証の問題というのは、私はよく理解していないところがあるかもしれませんが、日本でも口頭での契約というものが有効であるということは、さっきもお話が出ていたとおりですが、保証というような問題、あるいは、担保を提供するというような場合に、普通、日本では、書面がなくて口頭のみでの契約がなされるということは、まずほとんどないです。ですから、そういう約束をしたかどうかということが争いになったときに、きちっと保証についての書面が証拠として出ないような場合には、裁判所は、そもそも保証契約はないということで、申立人を負かすということになるのが普通ではないかと思います。

○議長 森島先生に2つの質問をいたします。

1つは、裁判所が個人の契約の間に干渉して、例えば、「信義則」を適用して、土地の賃借契約は「5年」なのに裁判官の職権でもっと延ばすということがあると云われましたが、これは貸主の合法的な利益を侵害することにならないでしょうか。また、もし、契約が終わって借主は立ち退かなければならない場合に、建物をその上に建て、しかも、その建物は借主のものだという場合、どう解決するのでしょうか。

第2の質問は、もっと具体的です。日本法においては、自然人、つまり、個人が自分の身体の一部、例えば血を売るとか、肝臓を売るといのは、合法的な行為なのでしょうか。

○森島 大変具体的な御質問ですが、まず、最初の質問についてお答えします。

貸主と借主の間で、5年間の賃貸借契約を結んで、それを裁判所が実際にはこれは賃貸借期間ではない、賃料の値上げ期間を制限しただけだというように認定することは、確かに当事者の意思と異なります。しかし、裁判所は、勝手にそういうことをしているわけではなくて、最初から貸主と借主の地位が最早、平等ではないという状況の下で、いわば借主を保護するために、そうした解釈という名の下で、一種の立法行為をしているということになります。

御質問は、そういうことになると、貸主の合法的利益を侵害することになるのではないかということですが、もともと、貸主は、立場が強いことを理由にして、いわば不合理な契約を結んだわけですから、その意味では、外見上、法律に基づいているようですが、合法的、つまり、法律によって認められるべき利益があった、というわけにはいかないということです。

借主が出て行った時に、建物はどうなるかということですが、借主は土地を明け渡して、元のようにして返すというのが民法の建て前です。しかし、先ほどの武藤さんのお話にありましたように、民法の特別法として、借地・借家法という法律が作られ、その中で借地人の保護のために、きちっと明け渡しをしなければならないような理由があるときは、建物は地主に買い取ってもらうということで、借主を保護しております。

その次の質問ですが、別に民法に血を売ってはいけなとか、肝臓を売ってはいけなといは書いてはありません。しかしながら、身体の一部を売買をするということは、民

法 90 条の「公共の秩序と善良の風俗に反する」ということで、そういう契約は無効になるというように私は思います。

○議長 とりあえず、質疑応答はここで終わらせていただきたいと思います。

それでは、今回のセミナーの総括を三ヶ月先生にお願いいたします。

○三ヶ月 私に、このセミナーの総括をするようにということでございましたが、私は、これまで、こういう会は何回も経験いたしました。このたびほど難しい総括の課題を与えられたことはございません。これは、いろいろ内容もございますが、7分の間に何とかやれというのも大変難しいものです。しかし、時間をきっちりやるというのも法律家の義務でございますので、そのようにいたしたいと思います。

まず、総論的な感想と個別問題についての感想と、2つに分けます。

総論的な感想と申しますのは、このセミナーで行われました個別報告の評価と、皆さんから出ました質疑の、特に質問のレベルの評価という問題でございます。個別報告は、日本側からも3名が行ったわけでございますが、先ほど私も申しましたように、日本の学会というのは非常に狭い縦割りでございまして、例えば、中国法の新しい問題であるとか、あるいは、渉外取引の最近の問題点というようなことにつきましては、むしろ、私は勉強させていただいた、少し視野を広げさせていただいたという感じがいたします。特に、今回のテーマでございます契約法をめぐる森島教授の報告でございますが、私は60年以上前に民法の講義を聞いたのでございますが、久しぶりに民法の名講義に接したという感想を受けたことを、同国人ではありますが、そのように申し上げます。先ほど私の話の中で、ボアソナードという名前を出したわけですが、森島教授は、まさにベトナムにおけるボアソナードであるということは、日本の定評でございます。

ベトナムの方の御報告、並びにベトナムの方から出された御質問を伺って、非常に実務的に細かな問題まで突っ込んで研究しておられるという印象をはっきりと持ちました。私どもは、何回もベトナムの研修をやっておりますが、こういう問題意識と、こういうレベルの問題をお考えになっているのだなということをよく考えまして、今後の研修の内容も考えてまいりたいと思っております。率直に申しまして、レベルは高いという印象を受けました。

各論的な問題としては、全部を取り上げることはできませんので、2つの点だけ取り上げさせていただきます。1つは、小杉先生から提起されましたアジアのものの考え方と、西欧のものの考え方が、渉外取引でどういう形でぶつかり合うか、という問題に関連いたします。小杉さんの言われましたように、自分たちの考え方と、例えば、アメリカ人の考え方との間に、非常に大きな隔たりがあって、それを何とか調整していかなければならないのが、これからのアジアの大きな課題になってくるであろう、というのは確かであります。

こういう具合に、東洋人のメンタリティというのとまったく違ったメンタリティを持つ人間とのぶつかり合いということは、過去にしばしばございましたし、法律の領域以外でもしばしばございました。日本人は、まず中国からいろいろな文化的な影響を受けました。その時に、日本人はこういう言葉を使いました。それは、「和魂漢才」という言葉でございます。明治になりまして、今度は西欧の文化、異質な文化と接触いたしま

した時には、我々はそこで「和魂洋才」という言葉を使いました。和魂漢才といい、和魂洋才ということは、心は東洋人の心を持ちながら、あるいは、日本人の心を持ちながらも、しかし、テクニックの面では、やはり、そういう外国のテクニックというものもつかまえないければならない、ということを表したのです。

小杉さんの提起された問題を今の言葉で現すならば、我々東洋人は、例えば「東洋魂米才」、東洋の魂を持ちながらもアメリカのテクニックに負けないように努力しなければならない、ということになろうかと思えます。私は前に、ヨーロッパとアメリカとアジアの3極構造と申しましたが、3極構造ということの意味は、内側で仲良くすることと、外の2つの交易に対して、やはり主張すべきものは、はっきり主張することが入っているわけで、今言いましたことは、その3極構造の将来の在り方とも関連するわけであります。

各論のもう1つの問題は、ヴェトナムの報告者から提起されましたところの、法律に書かれたことと現実の国民の受け取り方との違い。ある報告者は、これを義理人情と法律の違い、という形で表現されました。法律とそういう個々のメンタリティとの乖離、これは法律生活において避けることができないことでありまして、それをどういよう調整していくかということであり、法というものが永久に追求しなければならない課題であります。

そうした法と現実との乖離ということを経済として解決するためには、単に民法ではこうなっている、法律ではこうなっている、現実はどうだと言っているだけでは駄目であって、そういう法律を動かす手続というものがどういう手続構造を持っているか、という問題を付け加えて考えなければ、正しい答えが出ないというのが、手続法学者の私の見解であります。皆様は、直ぐに裁判における法と現実の乖離を問題とされますが、それを調整するためには、裁判以外の解決方法というものを模索しながら、その課題を解決するという余地がございまして、私の報告の中で簡単に触れました、日本における調停制度というようなものも、よく御覧になった上で、この問題の結論をお出しいただきたいと思えます。

もう1つ私が感じましたことは、そういうような現実と法律との乖離というものを何か解決しなければならない場合に誰がそれを解決するのかという、その問題が欠落しているという印象を持ちました。実際に良い結果に到達するためには、良い裁判官を持たなければなりませんし、良い弁護士も持たなければなりませんし、良い調停委員も持たなければなりませんし、良い仲裁人も持たなければなりません。そういう法の担い手というものの問題が大変大事であるということを、今後よくお考えいただきたいという感じを持ったわけでございます。

難しい問題はそのぐらいいたしまして、今度は私の感想でございます。皆さんとのこのセッションというものは、非常に有益でありました。しかし、同時に、非常に淋しいこと、悲しいことは、皆さんと一緒にあいう食堂に行きながらも、直にお話ができないで、必ず通訳を、しかも、数の少ない通訳を通じてでなければ交流ができないということでございます。私も努力いたしますが、なるべく早く、もっと直接にこういう交流ができますことを祈念いたしまして、私の総括の終わりといたします。

○議長 ありがとうございます。

引き続き、トゥン局長に総括をお願いしたいと思います。

○トゥン この2日間、我々が議論した「契約」は、ヴェトナムにとっても非常に時事的なテーマであり、また、常に緊急的なテーマでもあります。これは、契約に関する規定が民法の重要な一部であることのみならず、国民の日常の生活に大変密着しているからです。そして、契約の内容が、日ましに充実し豊富になるのです。ちょっと言いすぎかもしれませんが、社会に契約がなければ、人間は孤島に住んでいると同じです。

この2日間のセミナーに関係する雰囲気を見ますと、これだけ「契約」に関心を寄せている方々が多いということが分かります。このセミナーで我々は、日本の先生方から4つの講演、ヴェトナムの方々からは3つの講演を聞きました。今回の講演は、私たちに大変深いものを与えてくださいました。そしてまた、大変新しい理論も出てきました。私たちが考えなければならない問題をたくさん投げかけられました。特に、今回のセミナーを終えて、ヴェトナム、中国、日本、そして、世界の今後のこの契約法に関する動きがどうなるか、という示唆も豊富に出ていました。

特に今回、比較法の角度から、ヴェトナムの参加者たちは方法論をたくさん学んだのではないかと思います。例えば、法を導入する場合、どのように選択するか、たくさんの示唆を得ました。三ヶ月先生、森島先生などから、多くの経験や示唆が出て、本当に有益だったと思います。また、日本が西欧の法律を導入した経験から見ると、私たちは外国法を自国に導入するときは、自国の環境、背景、条件、特色などを考慮しなければならないということが分かりました。

契約は各当事者の意思の接点であり、また、各当事者の自由意思の体现でもあります。数年前のヴェトナムでは、ヴェトナム国民は法が許すものしかできないという考え方が一般的だったのですが、今では、法が禁じなければ何でもできるようになっています。しかし、この自由意思の原則は、公共秩序などに違反するものであってはならないと思います。また、自由意思の原則とはいえ、「信義則」を基礎にしなければならず、この「信義則」こそが契約関係の基礎になっているからです。

私たちは、この民事契約、経済契約、商事契約の3種類の契約の形態の関連性についても話をしました。しかし、私が思うには、この民事契約こそ、すべての契約の基礎だと思います。例えば、契約を1つの木にたとえるならば、その幹はまさに民事契約だと思います。経済契約、商事契約などは、あくまでも枝葉でしかありません。また、先ほど武藤弁護士が、いくつかの大変興味深い示唆をしてくださいました。これは、ヴェトナムの法律家も思い切って検討してはいかががでしょうか。なぜならば、日本が130年前にやったように、外国の法律に良いところがあれば、思い切って取り入れましょうという時期に、ヴェトナムもきています。外国のものも良ければ、それを検討したほうが良いと思います。

また、森島先生が、日本で両当事者の立場が平等でない場合、裁判官の判断に委ねることに、私は非常に同感しています。やはり、弱者を救済しなければならないと思います。確かに、武藤弁護士が指摘したように、ヴェトナム民法の中にも、弱者の救済ということは、既に盛り込まれていますが、この規定をより具体化して、より適用しやすいように、もっとガイドラインなどを考えなければなりません。

今回のセミナーを通じて、私たちは、ヴィエトナムの参加者の方々に、日本の経験を十分に研究して、運用できるものがあつたら是非運用していただきたいと思います。ですから、ここで終わるわけではない。これからいろいろな示唆をいただき、御指導をお願いしたいと思います。どうもありがとうございました。

○議長 トゥン局長、ありがとうございました。

尊敬する日本の先生方、御参加、御列席の日本の皆様、ヴィエトナムの皆様、この2日間、私たちのセミナーは成功裡に終わったといえると思います。日本の皆様、並びにヴィエトナムの皆様から、今回のセミナーに契約における大変時事的な問題、緊急的な問題を、日本・ヴィエトナム・中国という3つの角度から分析をしていただきました。講義は、いずれも大変内容が豊富で、また、掘り下げて深化していると思います。

私が2番目に成功と思っているのは、今回のセミナーを通じて、契約法の制定において、各国の経験、各国の契約法に関する情報が、十分に交換できたということです。皆様の貴重な経験が、私たちのこれからの民事、経済、商事などの法律を制定する時の大変貴重なものになると思います。もし、三ヶ月先生のお言葉を借りるなら、ヴィエトナムの精神と世界の知恵を、今後のヴィエトナムの立法に活かしたいと思います。

また、今回のセミナーが成功裡に終わられたのは、やはり日本政府から、民事法分野における第一線の先生方を送ってくれたからだと思います。例えば、三ヶ月先生は、失礼ですが、もう80歳近いのに、非常に情熱を持っておられます。理論に対しても、また、ヴィエトナムに対する友情の心においても大変情熱的な方です。このセミナーを基に、これからきっと両国間の司法分野での協力がますます発展するだろうし、それを基礎に両国間の友情関係がますます発展するものと私は確信しています。その具体的な証拠として、両国間の司法協力に関する「RD(フェイズⅡ)」の締結についてのセレモニーがこれから行われる予定です。

最後にもう一度、ヴィエトナム司法省の職員を代表して、また、ヴィエトナム側各機関の出席者を代表して、このセミナーを実施するアイディアを出してくださった国際民商事法センター、法務総合研究所、そして、JICAの皆様にお礼を申し上げます。また、「RD(フェイズⅡ)」のために団長を務めておられる森島先生、そして、日本からヴィエトナムにはるばる出席して下さった方々に、心からお礼申し上げます。それからまた、これらのすべての情報を通訳してくれた通訳の方々にも感謝したいと思います。皆様の今後の御健勝、御幸福をお祈りしたいと思います。御清聴ありがとうございました。

平成12年1月21日

編集後記

事務局次長 相沢 繁昌

西暦2000年という新しい年を迎えられて、会員の皆様にはますますお元気にお過ごしのことと思います。株価を初め各種経済指標も上向きに転じだし、日本経済の力強い再生も漸く期待できる状況になってきたのではないのでしょうか。

さて、今回機関誌では1月号として、伊藤会長、岡村理事長、頃安法総研所長の新年のご挨拶および1月12日法務省で行われました法整備支援連絡会の報告に続き、昨年11月17、18日の両日、ベトナム国ハノイにおいて開催した日越民商事法セミナーを特集として取り上げ、各講師のご講演を紙上再現いたしました。

同セミナーにはベトナム人、日本人多数の参加者があり、大変盛況でした。また、11月19日にホーチミン市にて行いました講演会も成功裏に終了することができ、関係者の皆様に改めまして感謝申し上げる次第です。

次の印刷物としては、ICCLC NEWSの第10号発行を予定しており、できましたらベトナム国法整備支援「フェーズ2」の更にくわしい報告、1月24日より始まる第4回国際民商事法研修（参加者：カンボジア、中国、ラオス、モンゴル、ミャンマー、ベトナム、日本）のカントリーレポートを取り上げたいと思っています。

なお、第2回アジア・太平洋諸国倒産法シンポジウムの成果物の出版が少し遅れており、お届けできるまでもう少し時間がかかりますのでご了承くださいようお願いします。

以上

発 行 日 平成12年1月28日

発 行 者：財団法人国際民商事法センター

事務局長 金子浩之

〒107-0052 東京都港区赤坂1丁目6番7号

第9興和ビル別館

TEL 03(3505)0525

FAX 03(3505)0833

印刷製本：有限会社 一星社

代表取締役社長 杉本 恵美

〒104-0033 東京都中央区新川1丁目16番6号

TEL 03(3552)3566 (代)

FAX 03(3553)1271