



論文概要書

題名 :

中国における民事法の継受と「動的システム論」
——日中両国の法継受に関するアプローチの再検討——

氏名 : 顧祝軒

本論文は、中国における民事法の継受問題の究明がその主な目的である。それを従来のアプローチとは違った方法で行なう。すなわち、「法の継受」という問題に「システム理論」を組み込むことによって、継受法システムと継受社会とのずれを埋める反省メカニズムとしての「動的システム」を析出した上で、中国における民法典の編纂について立法的提言を行う。本論文の構成は、以下のとおりである。

序

第一章 中国における法の継受に関する歴史的沿革

第二章 改革開放期の中国における民事法の継受に関する考察

第三章 日本の賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」

第四章 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「動的システム論」の展開

第五章 中国における民法典の継受と「動的システム論」

結び——もう一つの近代化論としての「内発的な法継受論」

以下において、論文の内容章別に整理・紹介してゆく。

序

1 問題意識

論者は、序において、新たな視点で中国における法制度の変革の方法を探るために、まず法の継受理論自身への反省が必要であるという問題意識を立てた。従来の法の継受理論においては、少なくとも以下の二つの側面がそれほど強調されていないことを指摘する。一つは、継受国がもともともっていた法の伝統的因素は、継受過程そのものにおいては、あまり評価されていない。もう一つは、継受国における法継受の担い手が自己反省および知的創造性を鮮明的に出していない。それを論証するために、論者は近年中国における法の継受をめぐる学者の議論（法普遍主義論・法文化圏論・本土資源論・超近代法論・脱 Weber 命題論）を紹介した後、法の継受における三つの要素、すなわち継受の過程、継受の客体、継受の主体を設定する。まず、継受の過程においては、法の継受は、長期にわたって行き戻りしながら、徐々に進展するものであると捉える。続いて、継受の客体においては、法の継受とは、包括的な立法継受だけではなく、変容的な立法継受や学説・判例の継受も含まれる。そして、継受の主体においては、法継受の担い手の自己変革や主体性を重視する。つまり、継受法を「機能しうるもの」にするために、法継受の担い手には主体的な継受という態度があり、その根底には、継受法システムにおいて常に一種の「反省メカニズム」の有効性という前提が存在

する、と論者は結論として先に指摘する。したがって、本論文では、中国における法の近代化の実現に関する法継受の成否は、中国社会=経済の近代化などの法の外部にある諸要因にあると考えるのではなく、中国の現実社会に対応する「反省メカニズム」が継受法システムの内部にあるということに求めたい。

2 法の継受に対する「システム論」的アプローチ

このような「反省メカニズム」を解明するため、本論文は「システム論」的アプローチを用いて、法の継受理論について再検討を行なうこととする。

まず、ルーマンとトイプナーの両者の法システム理論を紹介した上で、論者は、「システム理論」のもつ可能性の問題を継受法の十全な機能をいかに継受社会の現実の要求に応える形で整備するか、という極めて法継受論的な問題に応用することは可能であると考えている。換言すれば、法の継受との関連においては、継受法とその継受された社会との間に時間的・空間的ずれがあるにもかかわらず、法の歴史現象としての法継受がなぜ「妥当するもの」という性質を有しているのか。その理由を外部（政治的・経済的・文化的）に求めるのではなく、継受法を継受された社会に妥当させるメカニズムに求めるならば、そのメカニズムの解説作業は、上のルーマンおよびトイプナーの「法システム」理論から大きな手がかりを得ることができる、と論者は指摘する。

法継受の判断においては、継受法と継受社会との「拒絶反応」を克服することができるかどうか、という点が重要である。システム理論に従えば、継受される法システムと継受社会の他の部分システム（政治、経済、文化、宗教など）との間には、本来的にそれぞれの「固有の論理」があるため、継受社会に外国の法システムを直接輸入させることは、外国の法システム自身の「固有の論理」を相手（継受国）に強要することになる。したがって、「拒絶反応」が生じるのは一種の当然な現象だと考えられる。つまり、継受法と継受社会とのずれが、結果的に、継受社会の他の部分システム（例えば、文化システム）から継受法に対する要求を調整しうるかどうかというところに帰結する。にもかかわらず、継受社会の他の部分システムからの様々な諸要求を、継受法システム内部において予め正確に予測することは不可能である。というのも、継受社会の他の部分システムの「固有の論理」は継受法システムのそれと異なっており、継受法システムにとては外部世界（継受社会）というのは「ブラック・ボックス」になっているからである。換言すれば、「自己産出的システムとしての継受法」が最初から自己産出的（規範的閉鎖性）になっているため、直接外部世界、継受社会の他の部分システムに触れることができないからである。しかしながら、継受法システム自身の内部に法的概念を用いて記述した外部世界（継受社会）、すなわち外部世界についての法的モデルを構成することは可能である（認知的開放性）。

こうして、法システムは自身の「固有の論理」（規範的閉鎖性）を維持したうえで、継受社会の他の部分システムからの諸要求に絶えず応えるのである（認知的開放性）。その意味で、本論文においては、法の内的な操作（解釈と適用）を通じて継受法を外部世界（継受社会）からの要求に対する「学習的」契機を内蔵する法システムに対して、それを「動的システム」と呼ぶ。継受社会の諸関係を継受法内部の関係へ合致させる作業を可能にするメカニズムは「反省メカニズム」と名づけられる。後に詳細に検証する予定であるが、中国では、70年代末期以降に「法律試行」という装置を用いて、継受された外国法制度を中国の現実社会に適

応させることができたといえる。これに対して、日本の場合には、明治民法典制定後の長い間、反省メカニズムとしての「一般条項」を通じて土地賃貸借法制の社会適合性が高められたといえる。

第一章 中国における法の継受に関する歴史的沿革

第一章の目標は、中国における歴史過程としての法継受論という視点を抽出することである。

第一節 中国における西欧法継受の初期的諸相

本節では、中国における20世紀初頭における清朝政府が行った西欧式近代法典継受の諸相を明らかにする。清末における西欧式法継受の歴史前提がいかなるものか、そして、具体的な法継受の内容がどのような過程を経て形成されたのかについて、立法による継受、司法による継受、法学教育による継受など三つの分野に分けて、それぞれを検証していく。その結果、確かに清末における西欧式法の継受がうまく機能しなかったが、法の継受における技術的因素（例えば、法典の編纂技術）は、その後の中華民国期における法典編纂に大きな影響を及ぼしたことを明らかにする。

第二節 中国における日本法の継受

本節は、今世紀初頭の中国において、日本法が与えた影響について考察する。そこで、まず、中国への日本民法典の継受の背景、過程および具体的な内容と継受の結果について検証する。本論文は、「大清民律草案」修訂の歴史的背景、草案修訂の直前に日本への司法考察や梅謙次郎博士をはじめ日本人法律家顧問の招聘の経緯、そして松岡義正の主導した「大清民律草案」の起草過程、およびその草案と明治民法典との若干の比較を中心に検討を行なっている。

次に、法継受期における法典編纂や法学教育に対する日本人法律家の役割や、派日留学生を通じて中国法学に対して日本法が与えた全体的な影響を考察する。本論文では、まず日本から正式に岡田朝太郎（東京帝國大學教授）、志田鉢太郎（東京帝國大學教授）、松岡義正（大審院部長）、小河滋次郎（監獄局事務官）が招かれ、北京の法律学堂において法律学の講義を行うと同時に、それぞれ法典の編纂に参画させたことを再確認する。特に、小河と清国の監獄法制度の整備、岡田朝太郎と大清刑律草案・大清刑事訴訟律草案の制定、志田鉢太郎と大清商律草案の編纂、松岡義正と大清民律草案・破産律草案の起草などを考察し、四人の日本人法律家が中国初期の法典編纂事業に対して大きな貢献を果したことを回顧した。続いて、派日留学生の法政教育の機関（法政大学法政速成科・早稲田大學清國留学生部・明治大學経緯学堂）の役割や留日学生を通しての日本の法学著書の大量翻訳の現象を検討した上で、中国における初期の西欧式法継受について、日本法の媒介的な役割を明らかにする。本節での検証を通して、清末期の中国社会においてさまざまな形で確認できる西欧式近代法の継受はほとんど日本法との関連で行われたことがわかる。その結果、中国における法の継受問題を考えるに当たって、日本法との比較研究は意義があるといわざるをえない。

第三節 中国における民法典の制定過程

前節においては初期の中国における西欧式法継受の全貌を明らかにしたが、本節では、「大清

民律草案」の編纂以降の中国における民法典の制定過程を、以下のようないくつかの段階を分けて考察する。①民国初期における民法典の制定過程を扱う。②1950年代-1960年代における民法典制定の経緯を回顧する。そこでは、主に1956年の民法典草案および1964年の民法典草案の起草過程やその内容を分析する。③1980年代「民法通則」の制定過程やその構成と特色を見る。④1990年代「契約法」の制定の背景、制定の過程および「契約法」の立法原則を検討する。⑤現段階における「物權法」の起草の背景、制定の過程およびその内容構成と特徴を検証する。

第二章 改革開放期の中国における民事法の継受に関する考察

本章においては、まず1970年代末期以降の中国における民事法の継受について全体的考察を行った後(第一節)、中国の土地賃貸借法制における法の継受について具体的に検証する(第二節)。

第一節 1970年代末期以降の中国における民事法の継受に関する横断的素描

1 改革開放期の中国における民事法の継受に関する概観

本節では、まず新中国成立後の法継受を回顧する。最初に、1970年代末期以降の中国における民事法の継受について横断的に素描する。そこで、時間的順序にしたがって、まず新中国成立後における法の継受に関する簡単な歴史過程とその挫折を見る。建国初期における法の継承性をめぐる論争は遂に資本主義法の継受否定論(六法廃止論)が支配的になってきた。しかし他方において、1950年代の中国法学界において法の継受がまったくなかったわけでもない。ソビエト法の継受が数多く見られた。とくにソビエト民法理論の継受は、中国の民法体系を一変させ、1949年以前の民法学との大きな断絶をもたらした。

1980年代に入って、法の継承性をめぐる論争も再開され、1950年代末の情勢とは異なり、「商品經濟」の共通性が強調され、社会主義的商品經濟が存在する以上、ブルジョア法の継承は可能とする継承性肯定説が主流となる。本論文は、1970年代末期以降の中国における涉外法の整備と法の継受との関連に焦点をあてて、涉外契約法における「国際統一売買法」の継受および土地財産法領域での香港・イギリスの土地法の継受現象をそれぞれ検証する。その結論は、中国の民事法継受が「部分先行、経験重視」の特徴を有することである。すなわち、経済特別区における外国法の継受が先行して、その成果が実践と時間の検証を経てから段階的に国内法秩序へと波及・浸透していくところにあるということである。したがって、法継受においては、学識者よりもむしろ実務家のほうが重要な役割を演じてきた(「実務の継受」と呼ばれる)と指摘している。

1990年の半ばから、「民法典」の制定に取り組むという提案がなされている。本節では、中国民法典が制定される前に、学者は一体どのような問題を議論しているのか、その特徴がどこにあるのかを明らかにする。そこでは、民法典制定に向けての法学界の四つの草案大綱を詳細に取り上げ、それぞれの学説・理論を個別的に検討する。四つの草案大綱は、魏振瀛案(中国北京大学法学院教授)、王利明案(中国人民大学法学院教授)、徐國棟案(中国亞洲大學法学院教授)、梁慧星案(中国社会科学院法学研究所研究員)である。

こうして、中国における民事法の領域で再び西洋法が実験的に移植された現象について検討した上で、90年代の契約法、物權法をはじめ、これらの法の制定からみた立法的及び学説

的継受について、幾つかのケース・スタディを行いつつ考察する。まず、契約法の制定からみた立法的及び学説的継受を見る。すなわち、①法系の継受、②厳格責任の原則の継受、③重大な契約違反の原理の継受、④事情変更の原則の継受、⑤履行期前の違約制度の継受、⑥信義誠実の原則の継受を取り上げる。次に、物権法制定に向けての学説的継受および立法的継受を分析する。そこでは、①物権行為理論、②所有権制度の構成、③用益物権制度の構成、④旧民法典の継受について、四つの物権法草案（梁慧星案・王利明案・法制委員会案・意見募集稿）を通してそれぞれ検証する。

2 小括

以上の分析を通して、この百年間に、中国では清末から民国期にかけての西欧近代法継受、新中国成立後の六法廢止、そして今日再び近代的法典の編纂を叫びはじめ、法の変革がさまざまな形で展開されてきた。本論文では、法の継受を軸に、中国における百年間の法の近代化の過程を次の四つの段階（輸入期、発展期、停止期、復興期）に区分し、中国における法典編纂の事業が糸余曲折を経ながら、次の三点を確認できる。第一に、継受の関係を法典の制定だけでなく、試行法や単行法にも認めることである。第二には、法の継受を法典編纂のような立法の継受に限定することなく、広く法的思考、法理論の継受、法の解釈方法論にも及ぼして、理解することである。第三に、継受を単に一回かぎりの出来事あるいは事件としてみるのではなく、法典なら法典の成立に至る経過全体を含め、これを過程として観察し、さらにその後の施行状況をも包括すると考えることである。その意味で、中国における外国法の継受は、清朝末期および民国期の出来事として完結したものではなく、いくつかの断続期間を経て、現在もなお続いているといえる。このような見方で法の継受を考察する場合、清末期における西洋型近代法の継受が「挫折した継受」（挫折説）であったとする通説的見解には同意しない。むしろ連續性の原理が常に考慮されなければならないのである。したがって、歴史過程としての法継受という視点から、この百年間の中国における継受法の継続性を有するのである。

第二節 中国の土地賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」

以上の横断的な考察を行った上で、具体的法領域として、中国の土地賃貸借法制における法の継受に取り組む。そこでは、「法律試行」制度は、移植された外国法と中国の他の社会システムとのずれを克服するため、中国の土地財産法発展の反省契機が法制度の内部に組み込まれたことを解明する。

1 改革前における土地法制度

まず、改革前の中国における土地法制度を概観する。国家土地所有権の形成過程、国家土地所有権の範囲および都市における土地の無償無期限の利用制度を簡単に紹介する。

2 改革の初期における土地法の継受系譜

次に、改革の初期における土地法の継受系譜を見る。まず経済特区における実務上の法継受現象を取り上げ、関連法令の制定や経済特別区土地法制度の特徴を分析する。続いて、こうした経済特区における合資企業や外資企業の用地取得制度や出譲土地使用権制度を考察す

る。

3 土地制度に関する法継受の拡大化

まず、土地法の継受の拡大化に関する学者の理論準備作業を見る。従来の土地利用制度への批判や土地公有性の再認識に関して、三人の学者の学説理論（王家福理論、沈国明理論、王衛國理論）を検証する。

続いて、土地法に関する二重構造の解消を見ていく。すでに述べたように、中国土地法の整備が最初に一部の経済特区において優先的に行なわれてきた。その結果、涉外法と国内法の二重構造が作り上げられた。このような二重構造を解消するため、1990年代に入って、土地法制に関して一連の全国的に適用可能な法が整備されるようになった。「都市国有土地使用権出譲及び譲渡に関する暫定条例」（以下「条例」という）および「都市不動産管理法」の制定は、涉外実務領域の法継受がついに国内法全体に拡大していくこと、そして法の二重構造を解消する第一歩となることを示していた。

このようにして、土地法の継受効果は涉外領域から全国内領域へ拡大化してきた。すなわち、1980年代から中国の経済特別区で実験された土地法制度の移植は、1990年代に入って、次第に全国領域に拡大していく傾向が見られ始めた。そこでは、外国法制度を継受した涉外法は、国内法の対照物として、模範を示して反省を促すという役割が果たされた。土地法の分野についていえば、香港の土地制度を移植した「出譲土地使用権」制度は実質的に従来の「分与土地使用権」制度の改革の範となっている。

土地制度に関する法継受の拡大化の一つの具体的な方策としては、従来の「分与土地使用権」を徐々に「出譲土地使用権」に同一化するという土地使用権制度の一一本化の動きがある。中国では現在、「分与土地使用権」を有料の軌道に乗せるため、さまざまな措置が講じられている。本節では、上海市浦東区の例を取り上げる。ここ数年、上海市では、従来の行政分与方式により取得した「分与土地使用権」を「出譲土地使用権」へと転換することを奨励し、かつ優遇政策を行ってきた。主に「分与土地使用権」から「出譲土地使用権」への転換手続を補足する場合、その「出譲金」の支払いの具体的な方法を詳細に考察する。

4 土地制度に関する法継受の「自己反省化」

中国における土地に関する継受法の拡大は決して容易なことではない。本論文は、国有企业用地制度の改革の実態とその問題点を分析した上で、現段階の中国における国有企业の用地制度に関する改革の四つの試験措置を検証する。すなわち、①有償出譲契約手続による土地使用権の取得（「出譲方式」）、②賃貸借契約による土地使用権の取得（「賃貸方式」）、③国有株への組み込みによる土地使用権の取得（「株式方式」）、④従来の「分与方式」である。特に土地使用権の「賃貸方式」制度の政府による推奨される理由が分析される。

5 中国の土地賃貸借法制における法継受の戦略

前節では、中国の土地賃貸借法制が香港法を通じてイギリス法の影響を受けていたことを述べた。本節では、中国土地法とイギリスの土地法原理における幾つかの媒介要素を取り上げることにする。このような検証方法は、中国土地法制度の解明にとって一つの手がかりとなる。

まず、中国における媒介システムとしてのイギリス法継受の経路を探る。そこでは、法継受の媒介要素、法継受の媒介装置（土地使用権）、法継受の媒介形態（法律試行）という三つの項目を分けて、中国土地法とイギリスの土地法との関連を検証する。こうした分析を終えて、中国の土地賃貸借法制における法継受の二つの戦略が明らかにされる。すなわち、①経済特別区による法の継受戦略である。経済特別区における涉外法実務に応じて行われる法継受は、選択的かつ混合的な採取という特徴をもつ。一部の地域において外国法の継受を行い、さらに拡大を図ることによって、その適用範囲は、段階的に中国社会全体へ波及・浸透していくことになる。②法律試行の継受戦略である。「法律試行」の継受戦略には、次のような特徴がある。第一に、継受した法がまず一部の地域で実施され、その中で得た経験をもとに、将来全国に広げるための良好な条件を準備する目的で行なわれてきたことである。第二に、「法律試行」という現象には、近代科学的な実験という要素が含まれていることである。それは、制度設計者があらかじめ継受法制度の効果を検証する実験でもある。

中国における土地使用権の出譲及び譲渡に関する法整備のため、まず幾つかの都市が実験地域として指定され、全国的な制度化のための経験を模索する地方立法が先行した。1990年に制定された試行法としての「条例」は、まさにこのように深圳や上海などの地方都市の実践経験によって表現される一定の制度モデルを、国家公権力が容認し支持することによって、新しい法秩序を創設していくものであった。

6 中国土地賃貸借法制における法継受のモデル転換

1980年代、経済特別区において、主に行政官僚により、涉外実務領域における実用のために、外国法制度を選択的に移植し、継受された法の整合性が軽視される傾向があった。1990年代に入って、特別経済区で先行した経験を学習していくうちに、次第に実務上の継受から学者を中心とする学説上の継受へ変わってきた。その結果、継受された法の体系化が重視されるようになった。本論文は、従来の「両権分離」理論から「用益物権」理論の継受へという現象に目を向け、伝統的大陸法理論の影響を受けて最近登場した「権利類別モデル」説、すなわち、所有権－用益物権－担保物権という権利形態で、「物権法」を構築するという立法論を紹介する。さらに、この「権利類別モデル」説を前提とする学説の一つである「地上権継受論」及びそれに対する反論である「独自の新物権論」について、それぞれの理論内容を取り上げ、具体的に分析していくことにする。

こうした学説継受の意味について、少なくとも次のような二つの側面があると考えられる。第一に、学説継受を通じて、中国の土地財産法理論は、社会主义法理論一色の状況から脱皮し、西欧の法理論に近づいた。第二に、実務上の継受によってもたらされた法の不整合性が学説継受による同化作業を通じて解消された。その結果、中国民法の理論体系はある程度整理されることとなった。

学説継受の成果は立法に影響を及ぼす。本節の最後に、現段階で中国の物権法に関する梁慧星教授草案と王利明教授草案が構想した用益物権を概観し、それぞれの権利の構成を分析していくことにする。結論としては、物権法によって、土地使用権は確立していくと言える。その意味で、物権法に関する諸草案は、まさに中国政府の推進している土地制度の改革の方向を民法的に確認し、促進したものであると思われる。

7・小結——中国の土地賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」

本節の終わりに、システム理論を借用して、中国の土地賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」を検証する。システム理論によれば、あらゆるシステムの作動は、つねにシステム自身に關係し、システムを構成する諸要素を通じて、自己自身を再生産する。それゆえ、自己言及的システムは、その再生産において閉じられたシステムであり（規範的閉鎖性）、同時に、この再生産が環境世界を通して起こるという点に限って、開かれたシステムである（認知的開放性）。つまり、学習を拒否する規範的閉鎖性と社会に適応するために法の変更を求める認知的開放性とを、法の内部で結びつけながら持続的に自己再生産を遂げてゆくということが、法システム理論の主張である。

中国の土地賃貸借法制における法の継受が「法律試行」の戦略を遂行していることは前述したとおりである。「法律試行」が実施されると、その効力は正式な法律と同様であるが、試行という目的により、常に補充、修正されるという側面もある。法システム理論に照らせば、前者は法の規範性に、後者は法の認知性にそれぞれ対応しており、両者は合わせて「法律試行」の構造的特徴を表している。「法律試行」の最初の発想は、一定の実践的目的を達成するための最も有効かつ適當な手段を確認するというものであった。すなわち、その目的は立法の合理性と実効性を確保することにあるので、法律試行制度は試行錯誤を繰り返し、自己調節を通じて外的環境に適応し、予想目標に近づいていくという一つのフィードバック・システムとして理解されうる。それゆえ、「法律試行」は、規範観念の中に学習の契機を組み込むという意味で、法制度の内部で一種の「反省メカニズム」を形成する可能性がある。したがって、「法律試行」はまさに一種の「反省的な法」と言える。

中国土地賃貸借法制においては、改革初期のイギリス法モデルが単に媒介システムであった。その後独自の論理に従って継受法自体が変容し進化し、そして法の継受・発展の諸結果としての中間的法形態（「試行法」）からさらにより体系的な法形態（「物権法」という単行法）への一連のプロセスとして捉えた方がより正確であろう。したがって、中国賃貸借法制における法の継受は、特定の国の包括的継受ではなく、むしろ選択的混合的採取という特徴をもつ。その意味で、中国の法継受は、常に「反省メカニズム」を前提とするものであるとともに、反省と密接に依存し合って発展する流動的過程でもある。このような反省性の媒介システム（媒介の要素、装置、形態）を考慮に入れて、はじめて中国法における法継受の「反省メカニズム」を解明することが可能となる。したがって、中国の土地法制度はもはや絶対的な法継受モデルを有しない。中国の現実社会という文脈の中で、西欧型近代財産法上のさまざまな構成要素を一つ一つの媒介要素として、中国土地法に接近することが有効であると考えられる。そして、従来の土地所有制度の「解体」の結果でもある諸困難を解決するための「一つの秩序ある方法」として、「土地使用権」という媒介装置が用意された。この媒介的権利装置はあくまでも不安定で流動的なものであり、常に変容、反省などを通じて内発的に実現されていくこととなる。それゆえ、中国土地法は変更可能なものとして、「法律試行」という媒介形態をもって「自己反省」という現象を生じさせている。

第三章 日本の賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」

本章では、まず日本の賃貸借法制における法の継受の歴史過程とその理論展開を概観する（第一節）。その理由は、中国における今後の外国法の継受がよりよく機能するために、日本

における法継受の事例を観察していくことが有益であると考えているからである。次に、日本における賃貸借法の継受を素材にして、「正当事由法理」と「信頼関係法理」からみた日本の賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」を抽出し、法の継受における「動的システム」を明らかにする（第二節）。こうして、日本における法の近代化が実現していく途上で経験したプロセスを実証的な検証を通して、もう一つの非西洋文化圏の経験に基づく「法の近代化プロセス」に関して、筆者なりの「再定位」の素材を掘り出す。

第一節 日本の賃貸借法制における法の継受に関する三つの時代区分

本節では、日本の賃貸借法制における法の継受に関する立法・学説の継受時代、継受法の変容時代、日本法の自覚時代を三つの時代区分として確認し、それぞれの内容を整理し検討している。まず立法的継受については、ボアソナードと旧民法典賃貸借法制、明治民法典の賃貸借法制などを素材として、明治期の日本における西欧法の継受の背景及びその具体的な内容を探る。続いて、学説的継受に関しては、初期のドイツ民法理論の全面的継受現象や明治民法典制定期における賃借権の性質に関する学説的継受（中島説、横田説）、さらに法の継受期における民法 612 条と 541 条をめぐる民法典起草者の見解および初期の学説（制裁説）などを取り上げ、その内容を検証する。

論者は、継受法の変容時代において、西欧から継受された明治民法典が、いかに現実の日本社会に適合していくのかを考察する。まず当時の立法者は、民法第 605 条で賃借権の対抗力を認めているので、賃借人保護に何ら支障がないものと考えていたため、民法典と日本社会との乖離が生じた。そこで、明治 33 年「地上権ニ関スル法律」および明治 42 年「建物保護法」が制定され、事態の收拾を図ったが、限界があったため、結局賃貸借法に関する個別的立法（大正 10 年の「借地法」と「借家法」）を制定せざるを得なかつた。さらに、その後に昭和 16 年の法改正における「正当事由」制度が導入された。したがって、日本においては、特別立法を通じて、継受法の社会に適応調整することは継受法の変容の一方法であるといえる。

他方においては、学説による継受法の変容や判例による継受法の修正といったような法の社会への適応方法もあった。論者は、まず学説の変容に関する二つのケース・スタディーを検証する。すなわち、賃借権の性質についての学説の変容（岩田説、村説）を中心に整理し、民法 541 条と 612 条をめぐる学説の展開（541 条の適用否認説と適用制限説・612 条についての学説展開）、そして戦後の広中理論の形成およびそれに対する諸批判（鈴木説、菅野説）を分析していく。とくにこれらの学説間に内在する関連性に注目し、学説の継受法への変容作用を分析する。次に、判例による継受法の修正機能を見ていく。そこで、判例による「正当事由法理」および「信頼関係法理」の形成過程・時期とその内容を分析する。

以上二つの時代を経て、日本の賃貸借法制における法継受に関する研究の最後の課題は、継受された外国法が、従来の伝統的な日本社会の中で、どのように消化吸収され、いかなる方向へ変容したのか、そして日本民法学の自らの基礎的な法学方法論がいかに確立されていったのかという問題がある。この点に関して、本論文は歴史過程としての法継受論という視点に注目している。すなわち、末弘巣太郎博士の「判例研究会」の創設から、我妻栄博士の総合的方法論を確立するまで、そして戦後、法解釈の論争を経て、加藤一郎教授・星野英一教授により、日本民法学における「利益衡量論」の完成といったような連続した歴史過程に

においては、生ける法、法社会学、判例研究などを取り入れた、現実性および社会性豊かな民法学の形成などが見られ、日本に継承された西欧型法が同化するに至った時期であったといえる。

本節の最後では、日本法の自覚時代におけるその基礎的方法論の形成について、論者は土地賃貸借法制における「利益（比較）衡量論」を素材として取り上げ、「利益衡量」における継承法に対する反省機能を明らかにする。まず、最近の大村教授の「利益衡量論」の基準分類（「規範型」、「事例型」、「内在型」、「超越型」など）に従って、「正当事由」に関する篠塚説や「信頼関係」に関する菅野説を具体的な検討を通じて、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における利益衡量論とは、事件解決に着目する「事例型」であり、かつ、判断基準が法律超越的な価値を根拠とする「超越型」でもある、ということがわかった。その結果に基づいて、論者は、継承社会に変更があった場合には、賃貸借契約の秩序をその変化に適応させる調整メカニズムが必要となり、「利益衡量論」は、諸利益に関するその多様な選択可能性ゆえに、継承社会の変化に適応し、社会からの諸（利益）要求を調和するための適正な手段である、と指摘する。

したがって、「利益衡量論」の機能を、継承法システムの日本社会への現実適合性の確保、という観点から説明していくことは有益であろう。具体的には、継承社会の変動に対する継承法システムの柔軟な対応を可能ならしめるという「利益衡量論」の反省機能に着目し、その内部における深層構造を解明することが必要となってくる。しかしながら、利益衡量におけるこの社会的現実への適合性なるものをどのような形で確保するか、社会の変動につねに対応できる反省的なメカニズムを促進するための法の内在的なモデルとは何か、が問題となる。

第二節 「正当事由法理」・「信頼関係法理」から見た賃貸借法制における法継承の「反省メカニズム」

以上のような視点に立ちながら、本節では、「利益衡量論」に関する最近の学説見解を検討し、「正当事由法理」および「信頼関係法理」をそれぞれ取り上げて、継承法の現実適合性と利益衡量における継承法内部の「反省メカニズム」との関係を探りながら、法の継受理論に関する論者なりの分析の視座を提供することを試みる。

1 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「議論モデル」の構造

論者は、まず、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「議論モデル」の構造を掘り出す。そのために、「利益衡量論」について、近年の平井理論、龜本理論、山本理論を中心に紹介した上で、「利益衡量」に対する「議論」によるアプローチはこれらの理論の一つの共通点であることがわかった。

さらに、論者は「利益衡量」については、両当事者の「法的利益」（龜本説）の衡量であるのみならず、両当事者の「契約関係性」（山本説）の衡量も含まれると考えている。すなわち、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における利益衡量の諸要素の性格として、①ファクターとしての要素（事実的利益）と、②原理としての要素（法的利益）という二つのタイプがある。この二つのタイプは互いに密接に関連している。その意味で、借地借家法上の利益衡量は、「法的利益」（原理）を基礎としつつ、そのそれぞれの実現ないし侵害度を測るための諸

「事実的利益」（諸ファクター）から構成されていると言つていいだろう。

「利益衡量論」におけるもう一つの側面は、「契約関係性」の衡量である、と論者は指摘する。すなわち、借地借家の紛争事件における当事者の利益衡量に際して、裁判官は、個別事情を勘案しつつ、各当事者間の「終了利益」、「継続利益」、「調整利益」を衡量することによって、当該契約の関係性を判断しなければならない。

以上の分析によって、論者は「正当事由法理」および「信頼関係法理」に「交渉促進機能」が内包されていると指摘する。その理論的根拠は、近年展開している契約における「交渉」の理論からも示唆されるところにある。そして、「正当事由法理」と「信頼関係法理」を「再交渉規範」として捉える場合に、借地借家紛争における両当事者の「交渉」・「議論」はどのような論理構造をもつのかという問題が生じてくる。本論文は、トゥールシンの推論の論理構造を参照しつつ、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における推論の構造を解明する。そこでは、主張・異論・再主張・再反論といった議論の構造に従って、両当事者のそれぞれの主張の理由付けをなし、自律的対論がかわされ、各ファクターをそれぞれ抽出し、默示的ながら合意の契機を醸成していくことが可能となる。

しかしながら、当事者が具体的な個別事実につき主張・立証を尽くし、個別事実群がそれ自体として明確に確定されたとしても、それらは直ちに、論理必然的に「正当事由」や「背信性」の存否を導出するものではないのである。すなわち、それらの個別事実群について、何らかの評価のための「ものさし」をもって評価を加える必要がある。こうした「ものさし」としての評価尺度は、まさに從来に論議された「価値判断」にかかる問題でもある。本論文では、「利益衡量論」における価値判断基準は、どのようにして客觀化されうるのか、從来から提案してきた常識論と価値論について、その内容を批判的に検討した上で、近年の「議論」による法的価値判断の正当化に関する諸説（平井説、田中説）を高く評価する。

以上の分析を一応まとめると、「利益衡量」はその包括的な利益衡量の基準が不明確であるため、裁判官の解釈を通じて法を外部社会からの諸要求に対して「学習的」姿勢で解釈していくことはできた。このような法の「内的構成モデル」を、一応「議論モデル」と名づける。かかる「議論モデル」は、先に見たとおり、両法理の場合には、①「交渉促進規範」、②「原理パラダイム」③「議論の構造」という三つの部分から構成される。

「交渉促進規範」には、再交渉義務を課すことにより、理想的な対話の場を与え、各当事者の多様な要求を満足させ、継受法の継受社会への「認知性」を促進すると同時に、両当事者の交渉・議論において自律性を何よりも重視するため、継受法システムの「規範性」も維持されるという意義がある。

そして、賃貸借法制においては、内的体系である基本権保護原理をはじめ、「法的利益」としての「原理パラダイム」が賃貸借法システムに組み込まれることによって、継受法は継受社会の変動により柔軟に対応できるようになる。つまり、「原理パラダイム」の機能としては、継受法の担い手（裁判官）によって、継受法と継受社会のずれを克服するための出発点を形成することができる。

さらに、当事者双方が納得するような紛争解決の合意に至るため、理想的な交渉の「場」を実定法の枠内で創る必要がある。古典的な三段論法に対して、トゥールシンの「推論の論理構造」は、「議論モデル」に対して一つの判断枠組を与えていた。

以上三つの部分によって、日本の賃貸借法システムは、一方である程度自律的でありながら

らも、他方で外部からの社会的諸要求に応じられるような法の「議論モデル」をとりつつ、自己展開することができたのである。

2 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における利益衡量のシステム論的再定式化

(1) 両法理からみた賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」

しかしながら、継受社会（外部）に対する学習的反省的な契機をもつていているこのような「議論モデル」は、「システム理論」の中に位置づけることが可能なのだろうか、以下ではこの点について考えてみる。

まず、賃貸借法システムにおける「一般条項」の反省機能を観察する必要がある。本論文では、一般条項の解釈論を通じて、法が外部世界を捉えるための認識枠組を、法システム内部に組み込む、というトライナーの法システム理論を紹介した上で、法継受との関連においては、外部世界に対する認知的な柔軟性をもつ「正当事由法理」・「信頼関係法理」（個別的一般条項）の解釈理論は、継受法と日本の社会（外部世界）との関係にも当てはまる、と指摘する。すなわち、継受法システムは、両法理を通じて、要件メルクマールに外部世界（継受社会としての日本）を認識するための枠組を組み込み、それによって外部世界を法内部に構成し、継受法の認知的開放性（継受国（日本）の日本社会現実への適応）と規範的閉鎖性（固有の論理に基づく自律性）をいずれも高度に維持しつつ、継受法システムを十全に継受社会に機能させることを可能とする。

続いて、賃貸借法システムにおける「フィードバック」の学習機能を観察する。そこでは、論者はまず法システム理論の一派であるエックホフ理論を紹介した上で、法継受との関連においては、法継受社会の他の部分システムは、継受法システムに「インプット」を与え、継受法システムから「アウトプット」を受け取り、こうしたプロセスを「フィードバック」と名づける。かかる視点で、前節で考察した日本における賃貸借法制についての全過程を、動態的な法システムの自己制御的なフィードバックとみなすことができる。ここで、「フィードバック」というのは、ある時期の学説の一時的な成果を評価し、場合によってはこれをもう一度再検討し、修正の可能性を見出すことである。かかる法システム内部における自己制御的なフィードバックは、継受法についての日本社会からのさまざまな要求に対して「学習する」契機を、「反省メカニズム」と名づけることができる。

(2) 両法理における「利益衡量」のシステム論的再定式化

利益衡量に際し、諸ファクターの中のそれぞれ異質な利益がいかに相互に衡量されるのか、といった問い合わせに対しては、従来の利益衡量論からは必ずしも明確な答えはなかった。しかしながら、本論文では、システム理論からかかる難問に回答するための一つの処方箋を提示している。すなわち、トライナーのシステム理論によれば、契約は一つの「社会システム」として捉えられる。この契約関係の内部構造は当事者の合意による規範（契約の合意的要素）によってだけでなく、様々な社会的操作レヴェルの要求（契約の非合意的要素）からも規定されうるものなのである。次に、トライナーはこの様々な社会的操作レヴェルを相互行為、制度、社会という三つのレヴェルに分けて考える。これら三つのレヴェルは、原理的に異なり、相互に自律的なシステム形成の様式である。そして、契約はこれら三つのレヴェルと関わっており、どのレヴェルから出される諸要求に対しても契約は適切に応えなければならない、とする。したがって、こうして三つのレヴェルに区別することによって、利益衡量にあ

たっては、異なる次元の異質な諸「利益」を、それぞれ固有のレヴェルで確認することができるようになる。

右のシステム論の三つのレヴェルに従うと、「正当事由法理」における賃借人の賃料不払い、不信行為、自らの居住の必要性などは当事者相互行為のレヴェルからの利益要求であり、賃貸人の営業の必要性、土地家屋売却の必要性は市場という制度のレヴェルからの利益要求であり、そして公益性や都市再開発法に基づく賃貸借契約の解消は社会のレヴェルからの利益要求であることがわかる。したがって、賃貸借契約は右の三つのレヴェルと密接に関連しており、いずれのレヴェルから出される諸要求をも賃貸借契約内部に取り入れて、それらの諸要求（利益化した）を調整しなければならないのである。そこで、両法理に関しては、司法の実践において、一般条項を媒介し、利益衡量がその調整方法として一般的に用いられている。

3 小結——日本の賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」

日本の賃貸借法システムは、自らの構造に「可変性」を組み込み、自らを日本社会の変化に適応させる「反省メカニズム」を備えているといえる。戦前における特別立法手続によるにせよ、裁判所の「一般条項」の直接適用によるにせよ、あるいは戦後の解釈方法論としての「利益衡量論」の自省機能によるにせよ、賃貸借法制は、一面において不变性を保ちながら、同時に他面において可変的となるのであり、その可変性において日本社会の変化に適応しうるようになるのである。

かかる「反省メカニズム」は、「利益衡量」のシステム論的再定式化を通じて、法システムの内部に「議論モデル」を組み込むことによって明らかにされる。

この「議論モデル」においては、法的概念よりもむしろ「利益」が法的議論の考慮の中心に置かれている。そこで、「利益」が法的議論の中で果たす役割は、法の外部性を参照するための「法の外部規定定式」としての役割である。議論に際して問題とされる法の外部性は、この定式を通過することで、それぞれ「法的利益」として記述されることになる。つまり、外部性が、議論の中で参照されるときには、多くの場合、「利益」の名を借りた一種の法的「原理」に転化されている。たとえば、賃貸人の利益と賃借人の利益の衡量は、結果的には、両者の基本権原理の比較検討を行なう必要がある。このような法内在的な「議論モデル」は、法外部からの社会的諸要求に対して柔軟に対応することができるようになる。それは、まさにその柔軟性によって継受法の閉鎖的「規範性」の限界を補うという役割を果たしている。

しかしながら、「議論モデル」における利益による議論を行う当事者のそれぞれの主張（claim）は、その根拠の「納得性」が問われるようになる。根拠が「納得的である」とは、根拠が「理」にかなうことである。そこで期待されるのは、法的議論が「法原理」を用いて「根拠の問い合わせの無限逆行」に終止符を打つことである。次章では、「議論モデル」を前提として、従来における単に「ファクター論」として扱われてきたところの「正当事由法理」および「信頼関係法理」を例として挙げ、より直接にそのあるべき姿を考えていく。具体的には、判例に定着している両法理の持つべき内容・機能、そしてその意義を「動的システム論」（ファクターと原理を中心とする）の視点から掘り下げ、検討する。

第四章 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「動的システム論」の展開

第四章は法の継承における「動的システム論」を展開していく。本章の目的は、日本における法解釈方法論としての「動的システム論」の議論状況を参照したうえで、それらの議論から得られた視点をもとに中国民法典における「動的システム」の理論構築に寄与することである。具体的論証としては、まず、「正当事由法理」および「信頼関係法理」における「動的システム論」的アプローチの可能性を検討し、そこで用いられていた原理間衝突の二つの構図を明らかにする（第一節）。右の分析を行った上で、次に、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における基本権（利益）と基本権（利益）の衝突を検証し（第二節）、最後に、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における私権と公共性の衡量を分析する（第三節）。

第一節 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「動的システム論」によるアプローチ

1 「動的システム論」とは

本節の最初では、法解釈方法論としての「動的システム論」の意味とその構造について、ヴィルブルク説、ビドリンスキー説、カナリス説、山本説、石田説を中心に紹介する。ここで「動的システム論」における「システム（System）」が意味しているのは、法概念や法制度といった法的素材の外郭を形成する「外的体系」ではなく、その外的体系の内在的意味連関を構成している諸原理、すなわち外的体系を基礎付ける価値的評価のための法原理としての「内的体系（inneres System）」である。この「動的システム論」において、法規範は、硬直した判断しか導き得ない固定化された要件・効果の形ではなく、確定されたいくつかの要素の「力」の協働によって構成された柔軟な要件・効果の形で示されることになる。

2 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「動的システム論」によるアプローチ

借地借家紛争をめぐる判例において示されている様々な評価要素（判断基準）は、体系的視点を欠いているため、「動的システム論」に基づく「正当事由法理」と「信頼関係法理」の構造分析を行うことが有用であると思われる。論者は、「正当事由」、「信頼関係」の判断基準を複数の要素に還元され、それらの要素がさまざまな程度や強さを持ちつつ、互いに協働しながら作用するものとして、総合的に判断する方が合理的である、と考えている。

「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「動的システム論」の可能性を検証するためには、まず、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における判断基準に関する諸要素を抽出する必要がある。本論文においては、「正当事由法理」における諸要素は、以下のものからなる。
①双方の土地・建物使用を必要とする事情、②借地借家に関する従前の経過、③土地・建物の利用状況、④財産上の給付の申出、である。他方で、「信頼関係法理」における判断基準は、以下の諸要素に還元することができる。すなわち、①賃料の不払い、②無断譲渡・転貸、③保管義務・用方義務の違反、④その他の不信行為、である。「正当事由」の有無や「信頼関係」の存否を判断する際に、これらの要素がすべて揃う必要はなく、また特定の要素が必ず存在しなければならないということもない。個々の事案では、存在する要素の大きさや程度は異なる。判断者はそれらを総合的に衡量して判断していくしかないと思われる。

以上の分析から、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における諸「要素」は動的性格を有することがわかった。すなわち、右の要素①②③④については、充足されるかされないかだけ

でなく、どの程度（例えば、双方の土地建物の使用的「必要度」）充足されるかということも問題となる。しかも、その際、それぞれの要素の組み合わせも大きな意味をもつ。こうして、それぞれの要素の組み合わせ、またそれらの充足度の総量に応じて、法律効果（契約の解消）が発生するかしないかということが決まってくる。このように、要件にあたる部分（ここでは「要素」）が固定されていないことが、「動的性格」なのである。

しかしながら、以上のように、両法理に関するアプローチにおいて「動的システム論」が採用される場合、そこで用いられている評価構造や原理間衝突の理論枠組を解説する必要がある。本論文においては、アレクシーの「原理」理論モデルを参照して、「動的システム」における原理間衝突の理論枠組を明らかにする。論者はまずアレクシー理論を概説した上で、アレクシーのルールと原理の区別基準、ルール対立と原理衝突、比較衡量の構造（「衝突の法則」(Kollisionsgesetz)・「衡量法則」・論証責任）などを分析する。かかる「原理」理論モデルをもって、「動的システム」には少なくとも三つのサブシステム、すなわち、「優先条件のシステム」、「比較衡量のシステム」及び「論証責任のシステム」が含まれる、と論者は指摘する。次節では、「動的システム論」の内容について、具体的に展開していく。

第二節 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における基本権（利益）と基本権（利益）の衝突

以上で分析した原理衝突の理論枠組を用いて、本節では、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における基本権（利益）と基本権（利益）の衝突構図を見ていこう。

1 両法理における「基本権の衝突」アプローチ

まず、基本権保護義務論を主張する二人の学者の見解（小山説・山本説）を紹介した上で、民法学にとっての保護義務論の意義を明らかにする。すなわち、私人間効力論に基本権保護義務論が応用されると、基本権の侵害を受けた市民Bを加害者Aから救済するために裁判所の採った措置が十分であるか、他方、Aに対して過剰の介入となっていないかという二つの観点が比例原則で測定され、それによって衡量過程の判断がより客觀化されることになる。

続いて、国の基本権保護義務の支援装置としての「正当事由法理」と「信頼関係法理」の再検討を行う。まず、近年において「信義則」をめぐる学説（山本（敬）説・山本（顯）説・佐藤説）の新展開を見ていく。こうした議論を踏まえた上、「信義則」は民法上のルールと異なって、「原理」としての性格をもつことがわかった。そこで重要なのは、「信義則」規範に対するいかなる法値値論的評価が必要なのかということである。戦後の民主主義的憲法の精神に照らせば、そのような評価は、個人の自律と尊厳を基底としてなされるべきであろう、と論者は指摘する。

そして、「正当事由法理」に対して分析は同様な結論を導くことができる。従来の学説においては、「正当事由」は戦前の共同体思想あるいは個人の権利の圧迫による統制的な性格につながるとされた。この点に関して、論者は、最近の池田教授の所説に基づいて、戦後、新憲法の理念の下で、「正当事由法理」は民法1条を媒介として新憲法の精神をとり入れ、従来の統制的性質が排除されるようになった

こうした議論を踏まえた上で、結論として言えば、国民の基本権保護という視点から借地借家法を捉え直し、双方の基本権法益を衡量していく解決方法が可能となっている。それゆ

え、「正当事由法理」や「信頼関係法理」は、国が自ら保護義務を果たすための、法形成の一例にすぎない。

このような前提に立つならば、借地借家法における基本権としての居住権保護義務の憲法上の理論根拠が解明される必要がある。本論文は、借地借家契約における居住権利益の基礎的根拠づけが、日本国憲法第25条と13条に求める二つの学説（内田説、戒能説）を依拠として、居住権の憲法上の根拠を25条から13条に広げることによって、日本国憲法の解釈論としての居住権保護義務を理論上展開することができると評価する。

2 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「利益衡量」の構造

このような視点に立つと、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「利益衡量」の構造も実質的には賃借人の居住権利益対賃貸人の財産権利益の構図ということになる。しかしながら、いかに憲法上の基本権理念を具体化するのか、という点は必ずしも解明されていない。本論文は、民法1条における憲法上の基本権的意味の付与を分析する。

その前に、民法1条と憲法との関係を説明する。論者は、民法1条の成立背景、政府原案の理念および民法1条に関する諸学説（星野説、山本説）の見解を詳細に分析し、さらに民法1条の性格についての学説上の議論（山本説、佐藤説）を踏まえた上で、民法1条をルールではなく、一つの法原理として捉える。これらの分析に基づいて、民法1条は基本権を保護するための私法上の一手段として位置付けられる。

こうした分析を行った後、「正当事由法理」・「信頼関係法理」における「利益衡量」の構造をより具体的に見ていく。

まず、前述したアレクシの理論によれば、「衡量」とは、「条件つき優位関係」の確定作業である。具体的な事例において、裁判官は、ある場合には賃借人の居住権（P1）の優位を確定し、また別の場合には賃貸人の財産権（P2）の優位を確定することになる。この相違を決定するのは、P1とP2そのものではなく、当該事例の具体的「諸事情」（ファクター）である。具体的「諸事情」は、P1とP2の優劣を確定する条件(C)である。本論文においては、アレクシの「衝突の法則」に基づいて、「正当事由法理」の場合と「信頼関係法理」の場合とを分けて、具体的に検証する。

①「正当事由法理」における衡量の法則

賃借人の居住権(P1)と賃貸人の財産権(P2)とが衝突する際に、少なくとも次のような四つの定式が成立しうる。ここでは、Pが優先関係を表す記号とし、Cが両当事者の土地建物の使用の必要程度を指すものとする。

- ① P1PP2
- ② P2PP1
- ③ (P1PP2)C
- ④ (P2PP1)C

条件項Cは、さらに細かく分類すると、両当事者それぞれの居住の必要性(C1)、営業の必要性(C2)、第三者（親族など）の使用の必要性(C3)、取壊し・新築、大修繕の必要性(C4)などといった「諸事情」からなる。

結果的には、賃貸人・賃借人の間に、土地建物の使用の必要程度によって、賃借人の居住権(P1)の保護が優位するために、賃貸借契約の解消が制限され、(P1PP2)Cという結論に至る

場合もあれば、賃貸人の財産権(P2)の保護が優位することによって、賃貸借契約の解消が認められ、(P2PP1)C という結論に至る場合もある。

②「信頼関係法理」における衡量の法則

賃借人の居住権(P1)と賃貸人の財産権(P2)とが衝突する際に、少なくとも次のような四つの定式が成立しうる。ここでは、P は優先関係を表す記号とし、C は両当事者の信頼関係の程度を指す。

- ①P1PP2
- ②P2PP1
- ③(P1PP2)C
- ④(P2PP1)C

条件項 C は、さらに詳細に分類すると、賃料支払い義務 (C1)、無断譲渡・転貸 (C2)、保管義務 (C3)、賃貸借契約上のその他の付随義務 (C4) などといった「諸事情」からなる。

結果的には、賃貸人・賃借人の間の信頼関係の維持程度によって、賃借人の居住権(P1)の保護が優位することにより、賃貸借契約の解除が制限され、(P1PP2)C という結論に至る場合もあれば、賃貸人の財産権(P2)の保護が優位することにより、賃貸借契約の解除が認められ、(P2PP1)C という結論に至る場合もある。

「正当事由法理」及び「信頼関係法理」は、「原理」とその充足度を測るために「諸事情」(C1、C2、C3 など)から構成される。諸要素（「原理」および「諸事情」）とその組み合わせから自動的に法律効果（ここでは契約の解消もしくは存続）が導出されるように見えるが、実際は、その諸要素の背後にある対立する諸原理の衡量（「諸原理の最適化」）が行われることによって両法理が導かれるのである。したがって、「正当事由法理」と「信頼関係法理」は、基本権保護原理としての内在体系を基礎にして、それらの基本権原理の実現度ないし侵害度を測るために諸要素から構成されていることがわかる。

しかしながら、右のようなさまざまな諸「要素」の協働作用はどのような判断枠組をもつのか。実際、利益衡量に際して、単に一方当事者の基本権が問題だけでなく、その相手方の基本権も問題となっている。そうした中で、具体的に何をどう考慮して、「正当事由」の有無、あるいは「信頼関係」が破壊されるかどうかなどを判断すればいいのだろうか。この点を明らかにするために、賃貸人・賃借人双方の基本権利益をどのように衡量していくのか、その構造を解明する必要がある。

基本権保護義務論に立つならば、居住権型の借地借家契約において私人間適用が問題となる場合には、その基本構成は次の二つの問題から構成されるということができる。第一は、当初の賃貸借契約への解消をそのまま認めることが、賃借人の居住権利益に対する「侵害」に帰結し、「過少保護の禁止」に反することにならないかどうかという問題である。そして第二は、そこで賃借人に保護を与えることが、逆に賃貸人の財産権利益に対して過度に介入することにならないかどうか（過剰介入の禁止）という問題である。

右のように、賃貸借契約において居住権利益が侵害される場合に、賃借人に保護を与えるとすれば、どのような保護手段を認めるべきか。賃貸借契約の解消もしくは契約の解除を無効とする方法は、その保護手段としては、まさに民法 1 条によって可能となるものである。そうすると、民法 1 条に関する限り、次のように定式化されることになる。つまり、ここで賃借人の居住権利益を保護するための手段として民法 1 条を用いることが、「過剰介入の禁

止」に反することにならないかどうかということである。換言すれば、賃貸借契約の解消もしくは契約の解除を民法1条により無効とすることによって、逆に賃貸人の財産権利益に対して過度に介入することにならないかどうかということである。本論文は、アレクシーの「衡量法則」および「比例原則」を参照して、二つの禁止原則（過少保護の禁止、過剰介入の禁止）に関する判断枠組を具体的に分析する。

第三節 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における私権と「公共性」の衡量

前節で「正当事由法理」・「信頼関係法理」における私権と私権の衡量に関する考察を終え、本節では、両法理における私権と「公共性」の衡量の内容を探る。

1 戦後の民法学における「公共性」論の変遷

まず、戦後民法学における「公共性」論の変遷を概観する。そこでは、民法1条1項の「公共の福祉」の制定原案およびそれに対して学説の評価（原島説、川井説）を詳細に検討した上で、論者は、戦後における「公共性」対私権というタテの枠組の下での合憲性・違憲性の判断という方法だけでは不十分であろう、と指摘する。憲法上の基本的人権保障と個別実定諸法をつなぐ視点から、私人間の（ヨコの）関係についての具体的な法的評価をなすための法的枠組を構築していく必要がある。そのために、論者は、次のようないくつかの作業に着手すべきだと主張する。第一に、「公共性」の規範化作業を行う。第二に、実定法の諸規定の具体的適用・運用にあたっての、憲法との関係を考える必要がある。第三に、「公共性」と私権が衝突する際にどのようにして衡量するのかについて、「利益衡量論」を基礎にして、新たな「衡量の法則」を提示すべきである。

2 土地法における「公共性」の規範論

まず、近年の土地法における「公共性」の規範論に関して、「市民的公共性」（吉田説、原田説）、「都市空間公共性」（五十嵐説）、コミュニティ的「公共性」（名和田説）を丹念に取り上げ、それぞれの主張を整理・分析していく。こうした学説見解に対して、論者は、システム理論を参照して、ある視点が隠されていることを指摘する。すなわち、右の学説理論は、法システムと政治や経済などの他のシステムとの関係を対立的に捉え、政治権力の遂行に対して法がもつ制限機能が強調されるのみである。しかし、システム理論は、それらの諸システム間の関係を、対立よりも協働と相互支援によって形成されていると認識するのである。諸システム間で衝突が起こる場合に、こうしたシステム間の衝突に対する調整方法としては、システム間抵触法としての「一般条項」の利用である。したがって、私権と「公共性」との衡量の可能性（従来では衡量不能論が主流）がここから出てくる。本論文は、アレクシーの「公益」規範論に基づいて、民法1条を通して、私権と「公共性」との衡量可能論を展開する。

3 「正当事由法理」・「信頼関係法理」における私権と「公共性」との衝突

以下、アレクシーの理論を前提にして、私権と「公共性」の衝突に際して、衡量の実例をとり上げながら、その解決方法を検討することにする。そこでは、①「公益」に基づく借地借家契約の解消をめぐって、②「再開発」に基づく借地借家契約の解消をめぐって、③建築

基準法違反に基づく借地契約の解消をめぐって、「公共性」の判断に関する学説・判例の状況を分析する。その分析の結果においては、公法と私法は基本的性格を異にし、公法的規制の違反があつても、それだけでただちに私法上の効力が生ずるわけではないという立場は、戦後の日本民法学界における主導的な立場である。したがって、「正当事由」の存否や「信頼関係」の有無を判断する際に、「公共性」が原則的に考慮されるべきではない。しかしながら、裁判官がさまざまな諸事情を考量するにあたって、公的要素を無視する態度が果たしてよいのか、というような疑問から出発して、論者は、法システム理論の視点から、自説を述べていく。

まず、借地借家契約における生活環境権利益侵害の可能性について、論者は、少なくとも次の二つの場合があると指摘する。一つは、近隣同士による生活妨害のケースである。騒音、汚染などがその典型例である。もう一つは、建築基準法の違反の場合である。借地上の違法建築などがその典型例である。そこでは、生活環境権利益の侵害は私人によってなされることが多いが、これを国家の生活環境の保護義務の問題と捉えることは可能かどうかが、本論文における一つの試みである。システム理論によれば、システムが外部から得るインプットを扱う。そこでは、システムが受ける「支援」とシステムが直面する「要求」という二つのインプットの違いがある。本論文の趣旨に即して考えるならば、「要求」にはさらに二つの内容があると考えられる。一つは、ある特定の法的地位の獲得と維持に関連する個別的な要求である。たとえば、生活妨害および違反建築の差止請求はその一例である。もう一つは、ある特定の準則（例えば、民法1条1項の「公共性」）が今までよりもっと適切に運用されるべきであるとか、従来とは異なった方法で実践されるべきである、との要求である。たとえば、侵害から市民を保護するために、国にはより多くのことをしなければならないという「要求」がなされる。

法システムに対するさまざまな「要求」は間接的には法システムの「支援」として機能する。国家の保護義務はまさにこのような「支援」装置の一つである。国の立法機関は、法律を制定することによって、国民に対して保護義務を果たすことになる。立法が存しない場合、最低限の保護義務を放棄すべきではない。建築法などの都市法制によってその実現を追求するだけではなく、私法においてもこれらの価値の擁護が試みられるべきである。要するに、ここでは、公法の領域に属する法令の私法上の「公序」（民法90条）、あるいは「公共性」（民法1条1項）への積極的な組み込みが目指されるべきである。言い換れば、公法に属する法規を私法上の「公序」や「公共性」に組み込むという操作を媒介として、民事裁判を通じて国家介入によって追求されるべき目標とされる。それによって、個人の権利実現を支援するものとなりうる。

このような視点から、国の生活環境権利益の保護義務が発生しうる。本論文は、アレクシ－理論に基づいて、基本権保護義務を原理と理解し、それを可能な限り高い程度で実現することが要求される。

近代法の考え方によれば、このような公共的秩序維持の責任は、国の行政機関に属する。しかしながら、保護義務論に従うならば、国が国民の利害を代表し、その国民の権利利益を他者による侵害から守る義務がある。被侵害者が憲法上の根拠に依存しながらも、憲法規定は民法1条1項（公共性）を介して私人間にも効力が及ぶとするのが可能であろう。その意味で、ここで問題となるのは、取締法規（例えば、都市計画法規）の目的である国民一般の基本権

利（公益）の保護と、それによって制約される個人の基本権との衡量である。したがって、前者（公益）の目的のために、後者の個人の基本権が過度に侵害されなければならない、すなわち、「過剰介入の禁止」原則がある。以下、この視点に立ちながら、保護義務論による基本権原理と公益原理との衡量の枠組を見ていく。

まず、私権と「公共性」の衡量構造を見る。アレクシーの「衝突の法則」によれば、個人的権利(P1)と公共性(P2)とが衝突する際に、少なくとも次のような四つの定式が成立しうる。ここで、Pは優先関係を表す記号とし、Cは侵害行為の態様や被侵害利益の性質・程度との相関的比較衡量によって導かれた違法性の程度を指す。

- ①P1PP2
- ②P2PP1
- ③(P1PP2)C
- ④(P2PP1)C

結果的には、違法性に関する総合的比較衡量によって、個人的権利(P1)の保護が優位し、(P1PP2)Cという結論に至る場合もあれば、公共性(P2)の保護が優位し、(P2PP1)Cという結論に至る場合もある。

ここでも、私権間の衡量と同様に、私権と公益とを衡量する際に、比例原則（均衡性の原則、適合性の原則、必要性の原則）が一つの基準として挙げられる。

小括——日本の賃貸借法制における法の継受と「動的システム」

日本の賃貸借法制は、明治民法典により外国法典の包括継受を開始し、その後も長く継受法の適応化、変容化の時期が続いた。その結果、継受した法に絶えず新しい内容を与えていくことになる。この過程は法継受の担い手によることが多く、「正当事由法理」や「信頼関係法理」といったような判例理論による法の創造は、継受法の同化の中心的要素となった。

本論文は、従来の「正当事由法理」・「信頼関係法理」を「動的システム論」的アプローチにより再検討してきた。すなわち、「利益衡量」を私人間ににおける対立する基本権法益の衡量に格上げし、右の基本権法益が対立する両当事者の関係を民法1条という一般条項を媒介して検討を行った。結論として、論者は、「利益衡量」は対立する「原理」の議論による闘いであると考えている。そこでは、「衡量」とは、裁判の場で、当事者間あるいは当事者と裁判官との間での対話と議論の中で、継続的になされるものであり、かかる対話と議論の過程の結果として、契約に関する実体的規範（「正当事由法理」・「信頼関係法理」）が獲得されたことは、明らかである。このようなアプローチの目的は、継受法システムと日本社会の実態との間のギャップを埋める可能な「反省メカニズム」に目を向けさせるところにある。この「反省メカニズム」によって、継受法の再創造が可能となる。そして、この「反省メカニズム」は、前述した両法理における「利益衡量」に密接に関連しているというところにたどり着いた。

つまり、「利益衡量」のメカニズムは、紛争当事者間に理性的な議論を可能とする、制度的な枠組みを形成する。また、この実践的な議論の中核的理念を構成しているのは、日本国憲法に根拠を求めている「基本権保護原理」であると思われる。すなわち、かかる「基本権保護原理」に立脚しつつ、両当事者が議論・交渉を行うことを通じて利益調整が当事者によって自主的に行われることを期待する、という基本的な枠組が示されている。ここでは、「原理」

とは、たとえ要件が充足されるとしても、効果を発生させるかどうかは、具体的な状況によって異なると理解される。したがって、「正当事由」の存否や「背信性」の有無を判断する際に、「基本権保護原理」を用いる場合には、状況から出発することになり、その原理をどう使うかは、個別具体的な判断に委ねられているのである。

「変化する社会」と「継受法」という対立を乗り越えて、日本の賃貸借法構造の内部で、社会からの諸要求に応答する理論枠組、つまり右のような「議論」・「交渉」の契機を内包する「動的システム」が出来あがつた。「動的システム」が「原理 (Prinzipien)」の内的体系に照準をあてて、状況に応じて評価の内容を変える枠組みをもっているため、継受された法は常に反省的に自らを変容し、社会環境に適応していくことができるようになっている。こうして、「動的システム」は、継受法の自己の同一性（規範性）を確保しつつ、同時にそれを可動的にする（認知性）。日本の賃貸借法制の存立の「危機」は、ここにおいて「創造的」に昇華される。

第五章 中国における民法典の継受と「動的システム論」

右の日本法に関する比較法的な研究を経て再び中国法の問題に立ち返る。第五章は中国における民法典の継受と「動的システム論」との関係を検討する。まず、現代中国における民法典の継受に関する幾つかの特徴を見ていく（第一節）。続いて、中国における民法典の継受と「動的システム論」との関連を検証する（第二節）。

第一節 現代中国における民法典継受の特徴

前述したように、日本における民法典の継受は、早期の法典継受段階とその後の同化段階からなる一つの歴史過程と見ることができる。法典・条文・法律用語などといった、民法典における静的システムはすでに19世紀末期に完成した。日本の場合、むしろ継受された民法典の消化吸収の過程が重要である。そこにおいては、1) 混合的・選択的に継受された外国諸法間の整合、2) 継受された民法典と日本社会との適合、という二つの次元がある。前者に関しては、主に学説継受、特にドイツ民法理論の継受を通じて、継受された諸法間の融和がなされた。後者に関しては、条文の解釈や判例の蓄積という司法実践の場（継受法の担い手）に委ねられている。「システム論」的アプローチからすると、法システム自身の機能を高めることによって、変化する社会において継受された法が妥当するメカニズムが形成された。それゆえ、日本における民法典の継受は、一つの歴史的プロセスであり、継受する日本の社会に対して開かれた動態的なシステムである。その「動的システム」の中で継受された民法典は、常に反省的に自ら変容し、社会という外部環境に適応していく「反省的な法」でもある。

日本の賃貸借法制も、一般条項を媒介して、「正当事由法理」や「信頼関係法理」といった「動的システム」を形成することによって、法の継受に対して反省的な戦略を採用したといえる。「動的システム」は、まさに、法の継受における日本民法典と社会との媒介装置としての役割を果たしている。

これに対して、中国における民事法の継受は、清朝末期の包括的な法典継受を経て、1970年代の末期以降ほとんど「試行法」や「単行法」という形で、試行錯誤を通じて社会と調整・整合しながら進んでいき、一つの法発展の過程である。本論文は、とくに1970年代末期以降

の中国における民事法継受の戦略を分析し、その背後に潜在している反省の契機を明らかにする。

まず、民事法継受の「地域性」戦略を解明する。中国では、1970年代末期以降、民事法の継受は「地域性」戦略をとってきた。民事法継受の「地域性」戦略とは、法の継受が特定の地域（たとえば、経済特別区）を拠点として、漸進的に国の全地域へ波及・拡大していくという方策のことである。続いて、民事法継受の「試行性」戦略を分析する。「試行法」とは、「法律試行」という形を介して、一種の選択的、反省的な立法方式であるといえる。「単行法」とは、一種の段階的、解体的な立法方式であるといえる。中国民法典の編纂方式としては、まず契約法が先行し、続いて物権法が制定され、熟した時点で最後に法典化するという戦略がとられている。さらに、中国民事法継受における伝統法の「再生性」戦略をとっている。伝統法の「再生性」戦略とは、固有法の伝統を完全に切断するのではなく、むしろ固有法の伝統の作り変えの過程に着目するというものである。

このような継受戦略のもとで、継受された法制度の方が適応性は高いといえる。なぜなら、このようにして、中国における継受法システムは、常に外部準拠性（外国法）と自己準拠性（中国社会の自己組織化）の狭間で、一定の制限条件の下に外国法制度の移植を許容し、それを取り扱う経験を学習しながら、継受法の同化、変容および修正を成し遂げるという「反省メカニズム」を内包しているからである。しかしながら、このような「反省メカニズム」は、あくまで「法律試行」という外在的なものを媒介して機能しており、日本法のように、一般条項、利益衡量などを通して法の内部で働くような反省的契機ではない。中国民法典の編纂に向けて、このような法内部の「反省メカニズム」が形成可能かどうかは、一つの課題として残っている。

第二節 中国民法典の編纂と「動的システム」

本節では、中国传统法の要素を配慮しながら、右のような「反省メカニズム」を内包する「動的システム」の、今後の中国民法典における構築の可能性を探りたい。

1 中国法における「理法の構造」

まず、中国の固有法における民事秩序に関する寺田理論と滋賀理論を取り上げ、それぞれの所説を分析し、中国の固有法の深層構造を解明する。伝統中国の裁判判決においては、官司（裁判）が情（人情と事実を含める状況的要因）と法を備えて、情と法の両端の間に視線を絶えず往復させ、バランス感覚を鋭く働かせるような裁判主体の姿が明らかにされた。したがって、伝統中国法は、主に右の「情理」に従って共通的に民事紛争の判定基準を立てており、これを「理法」と称するのである。

続いて、現代中国法における法の構造について、高見澤説、季衛東説、王亜新説を詳細に解説し、現代中国法の深層におけるもうひとつの「理法の構造」を明らかにする。結論としては、論者は、伝統的な中国の紛争の捉え方とその処理方法が現代中国においても連續性を有している、と指摘する。すなわち、このような「理法の構造」を為す幾つかの要素が現在でも存している。たとえば、「理」から「政策」へ、「情」から「生活規範」への構造的な基本範型は、長期間にわたって、中国法において相対的に不変のままである。これらの要素は中国法に関して時間的な継続性を生み出すこととなる、と論者は主張する。

2 「理法の構造」論と「動的システム論」の等価機能

本論文は、中国法上の「理法の構造」に注目し、中国の固有法構造を新しい環境に照らし合わせて作り変える。その一環として、「理法の構造」から「動的システム」への転換を試みる。中国法上の「理法の構造」に対する改良方法を探ることは、法継受戦略の一つであると考えている（伝統法の「再生性」戦略）。具体的には、「理法の構造」における「情理」という概念の意味合いを近代法上の「原理」として解釈し、その改良の方向性を探求する。

ここでは、中国固有法システムと西洋型近代法システムとの組合せの仕方について、論者は次のような二つの方法を提示する。一つは、近代法システム上の規範的な法概念へ置き換えることである。前述した中国固有法上の「情理」から近代法上の「原理」への転換がその一例である。すなわち、「情理」や「生活規範」の一部を国家制定法としての民法典の中に組み入れることになる。この手法によって、転換された個々の「原理」と「原理」との連関が、その都度近代法システムの解釈理論から制御される。もう一つは、近代法的思考様式へ切り替えることである。たとえば、中国固有の「理法の構造」における衡量的な思考パターンが、「利益衡量論」へ転換することは十分可能であると思われる。こうして、中国固有法の特性を否定的に捉えるのではなく、いかに近代法の原理や概念に接近しうるかという発想で、現在の中国において必要とされる新たな近代的な法制度を模索することが肝要である。

3 中国民法典における「動的システム」の形成

本論文は「一般条項」の要件の部分に、中国社会に対する法的に一定な認識枠組を、つまり「動的システム」を今後の中国民法典の中に組み入れることで、法の調整機能を高めると同時に、従来とは違った形で、すなわち一定の要件から一定の効果へという形ではなく、「動的システム」という法的認識枠組に一定の法規則（原理など）を設定することで、中国の現実社会から民法典に対するさまざまな要請を満たそうとするものである。要するに、法体系が全体として合理性を確保・実現するためには、民法典における「静的システム」は完全に自立的な自己完結的なものにとどまることはなく、常に「動的システム」による基礎づけと補完を必要としているのである。

そのため、論者は、中国民法典における「動的システム」形成の二つの段階が必要であると主張する。前述したように、継受法のシステムと継受される國の社會の關係構造との間には、「拒絶反応」を克服するために、法システム内部での「反省メカニズム」が必要である。現在の中国民事法制度においては、「法律試行」といった媒介装置を用いての、継受主体（法継受の担い手）と継受客体（継受法）との学習過程が、その「反省メカニズム」の構造的な特徴となっている。しかしながら、「法律試行」は、法を権力試行の動態に投げ込んで、その動態に応じて法自身を変化させる調整の装置でもある。その意味で、「法律試行」は権力の契機を内包し、外部の観察者（法制度の設営者）からなされた自省である。これに対して、日本法においては、「一般条項」・「利益衡量」といったような法システム内部の要素を通して、法システム自身の経験——法システム先行の諸経験（条文解釈の蓄積・学説判例の充実など）の解釈——の積み重ねにより、法システム全体の社会への適応能力を高めることが可能になる。したがって、「試行法」の経験は低次の反省メカニズムであるのに対し、「法システム」自身の経験は高次の反省メカニズムである。「動的システム」はまさに後者のような反省の契

機を含み、法システムの内部で——内部観察——進行している一種の「自己反省」である。

中国民法典の編纂に向けて、「動的システム」を形成するためには、このような低次段階から高次段階への二段階の発展時期が必要となろう。そこでは、「議論モデル」の導入や、諸要素の「力」関係の協働で衡量のトポス的基準を決める、改良された「利益衡量論」も有用であろう。

八 結び——もう一つの近代化論としての「内発的な法継受論」

以上の分析を終えて、本論文の結びとして、法の継受に関して、法継受の担い手の主体性を重視する新たな「内発的な継受論」を提示する。

前述したように、中国における民法典の継受は、「地域性」戦略、「試行性」戦略および伝統法の「再生性」戦略などを取り入れている。したがって、中国民法典の継受には次のような特徴がある。①自律的に自国の法発展を目指す（自己組織性）。②西洋型近代法モデルを前提とする（西洋近代法モデル）。③ある地域で継受した外国法を実践した経験に基づいて、抽象度の低い理論体系（「試行法」や「単行法」など）から出発しようとする試みである（地域性と試行性）。④西洋型近代法と中国社会との融合のため、継受される法システムの内部への反省・学習契機の插入が必要となる（反省メカニズム）。これらの特徴を有するような法の継受様式を、「内発的な法継受」と呼ぶことができるだろう。

本論文が法継受の内発性を強調するのは、西洋以外の社会における法文化遺産と、西洋以外の社会における法継受の担い手の自己反省と知的創造性とを重視するためである。したがって、「内発的な法継受論」とは、目標達成への経路とその目標を実現するであろう継受法のモデルについていえば、多様性に富む社会変化の過程である。法の継受へ至る経路と法の近代化という目標を実現する社会の姿は、法の継受団の人々（法継受の担い手）が、自国の実情に基づいて、外国法を参照しつつ、自律的に創出するものである。そのような視点で「内発的な法継受論」が展開されれば、それは多様的「継受」となる。そして、法の先進後進を問わず対等に、中国の固有法と西洋型近代法との対話をすることができる所以である。