

統一商事法典と商慣習法

野 口 明 宏

はじめに

米国統一商事法典（U.C.C.）は、実質的ルールを全く定めていない。その代わり、同法典は、驚くべき頻度で裁判所に対して、特定の商業上の訴訟当事者が合理的に行爲したか、もしくは法典上どこにも定義のない慣習、または商慣習に従って行爲したか否か、判断するよう命じている¹⁾。統一商事法典に不可解な法的枠組みを持ち込んだのは、同法典の主要な起草者、カール・ルウェリンである。米国商法は主として、この個性的な法哲学者が創出した。統一商事法典があいまいな定型的指示を用いたことは、一部の学者をいらだたせ²⁾、それだけ学問的興奮をもたらした。法典の不明確な条項が明らかになると、この奇妙な法律に対して、学者の批評がなされた。学説の多くは、法典の学問的根源をルウェリンの性格の特異性³⁾と、彼の十年にわたる法典起草過程への貢献⁴⁾に求めている。

多くの研究者の努力にもかかわらず、ルウェリンの業績評価について合意は得られていない。一部の学者は、統一商事法典について、商法の一部の復古主義を超えた計画にもとづく哲学的労作という評価を拒絶する。復古主義とは、商業上の慣習、もしくは商業実務にもとづく商慣習を追認し、商取引に中世の商慣習法を復活させようとする試みである⁵⁾。ルウェリンの法典は、出だしの失敗を是正し、必要な法律を示し、または法律が制限する、発展的制度としての商慣習法の復活を意図したといわれる⁶⁾。他の学説は、商法を自由化する、あるいは哲学上の現実主義を実務に反映させるための運動の一部として、法典を注意深い配慮にもとづく哲学的計画の成果とみなした⁷⁾。これらの異なる説明は、ルウェリンに関する文献でも

一致しない。ルウェリンの法学上の考えが、法典の創造にどれだけ役割を果たしたのかの問題に、明快に答えるのは困難と結論づける見解もある⁸⁾。このような議論のなかで、今日に残されたのは、不可解な独創的天才の作成した統一商事法典の条項である。学者は、ルウェリンの商法自由化への関与が、伝統的な商慣習法に対する彼の愛着に関係することを明確にできなかった。本稿においては、ルウェリンの独創的で、結果的に不可解な才能を認めるとしても、ルウェリンによる統一商事法典の商慣習法概念と、そのドイツ商法理論との関連を明らかにしようと思う。

1. 内在する法と商慣習法

ルウェリンによる合理性の観念と、商慣習法に対する愛着は、いずれも共通の起源を有するであろう。その起源は、ほとんど注目されない、ドイツのローマ法主義以後の法思想、とくに十九世紀ドイツの商法学者レヴィン・ゴルトシュミットの著作にある⁹⁾。ルウェリンの研究者は時々、ルウェリンがゴルトシュミットの考えの影響を受けたことに注目する。ルウェリンは、米国の研究者にほとんど理解の及ばない、ゴルトシュミットの著作を引用する。ルウェリンの内在する法に関する引用は、不可解であるので、絶望的に明らかな形而上学への突入と評価される¹⁰⁾。

その奇妙な引用は、つぎのようである。法秩序を取り入れうる限り、日常生活の事実の様式は、そのなかに特有の自然のルール、つまり適切な法を発生させる。それは、架空のものでない、真の自然法である。またそれは、単なる理性の産物でなく、その理由を人間と時間と場所に関する生活条件に認めうるという、確実な基礎に依存する。それゆえ、その法は永久不変でも、一定不変でも、どこでも同じではなく、まさに生活状態に内在する。定められた法の最大の任務は、この内在する法を発見し、施行することにあるという¹¹⁾。

一部のルウェリン研究者は、つぎのように提唱する。このような内在す

る法に関する奇妙な引用は、まさに統一商事法典の中心をなす法学上の観念を表している。ルウェリンは、取引に関する内在する法の発見が合理的に、もしくは商慣習法に従って、当事者が行為したか否か判断することに対応すると考えていた¹²⁾。しかし、どの学説も、ルウェリンの考える内在する法とは何か、もしくはその内在する法が、なぜ現実主義で、商慣習法を表すのかを説明できなかった。

つぎに、ゴルトシュミットに属する伝統が統一商事法典に残した特徴を明らかにしつつ、彼の内在する法の知的変遷をたどることにする。内在する法という考えは、一般に普及するルールに対する、時として神秘的なローマ法主義の考えとの関係と同じく、ドイツの商慣習法と複雑に関連していた。ルウェリンによる統一商事法典の計画は、このドイツの内在する法の伝統を多く取り込んだ。

2. ドイツのローマ法主義

内在する法について論じたのは、ゴルトシュミットが最初ではない。内在する法を主張する法学は、後期啓蒙主義にさかのぼり、ドイツのローマ法運動を特徴づけた、ローマ法に対する学問的反抗の間、多くの支持者を集めはじめた。その法学は、本稿がさかのぼる、統一商事法典への取り込みを生みだした、ローマ法に対する反抗であった。ローマ法は、ドイツで活用された四世紀の間、絶えず抵抗に直面してきた¹³⁾。しかし、ドイツにおけるローマ法への反対は、ドイツの知識階級が普及させた一般ルールおよび民族主義という考えとして、フランス革命直後に激しくなった。この反対は、ドイツからナポレオンが追放された後、ローマ法の適用をゲルマン民族、ドイツ国民への侮辱と考える法律家の間で、急速に拡大する。

いわゆるゲルマン主義法律家の見地による固有法は、慣習のゆるやかな成長による結果である民族精神から生じた¹⁴⁾。そして、慣習法を排除したローマ法のドイツ語圏への普及は、ゲルマン法秩序の正当性を破壊した¹⁵⁾。

これらゲルマン主義法律家は、近代法学の反形式主義を切り開いた。ゲルマン主義者の主要な攻撃対象は、緻密な系統的専門書を著した、ローマ法の有力研究者であった。ゲルマン主義者は、それら大学研究者から民族を保護する闘いのなかで、専門書のルールを根本的に侵害する意図で、哲学的攻撃を開始した。ゲルマン主義者は、一定の事件に適用する法を理論から形式的に導き出すべきでないと主張した。むしろ事件は、事物の本性によって判断すべきものとした¹⁶⁾。これが、ゴルトシュミットの主張する内在する法に関する事物の本性論である¹⁷⁾。

実際、近代の反形式主義法思想の多くは、ナポレオン時代以後の混沌としたドイツの法学体系に対するゲルマン主義者の攻撃にその起源を有していた¹⁸⁾。近代のゲルマン主義者による反形式主義の起源は、ルウェリンにとっても意味がある。ルウェリンの業績のなかの反形式主義は、ゲルマン主義者の事物の本性論にその起源を有し、大衆的民族主義の色合いを備えていた。

ゲルマン主義者は、法学だけでなく、その制度設計も行った。内在する法の核心は、ローマ・教会刑法制度に代わるものとして、刑事陪審裁判を確立する企てにあった。これは、教育・訓練を受けた裁判官が、一連の複雑なルール、いわゆる法律上の証拠規制によって、証拠を評価する制度であった。ヘーゲル学派がとくに顕著といえるドイツ人の多くは、陪審裁判と内在する法の体系を、基本的に習得した理論の適用以上のものと考えた。

陪審の結論は、慣習法が民族の精神から生ずるのと同じく、陪審員の精神に起因するものである。市民陪審員は、法に対して生来の感覚を持っている。それは、教育や学問的訓練を必要とせず、各人の精神に十分備わり、法を完全とみる感覚である¹⁹⁾。このように、陪審の意思決定の解釈について、神秘主義のルールがその意思決定の過程で発展した。

陪審員は、事件について全体の印象を有し、事件をその特質からながめた²⁰⁾。陪審員が述べるのは、ただちに言葉で表現できない、絶対に誤りの

ない、内心の確信であった²¹⁾。陪審員は、その結論を正当化する理由をあげることができない。なぜなら、結論は言葉に表せない心の暗示にもとづいているからである²²⁾。ゲルマン主義者の計画を、民族に関する空虚な神秘主義から救うことは、その運動の制度上の側面であった。

陪審裁判の確立は、十九世紀初期ドイツでありうることであった。ローマ法の導入にもかかわらず、中世ドイツの非専門家による裁判所は、まだいくつかの場所に存在していた。ドイツの法律家に最もなじみのある、フランスの陪審形態も、実際に存在していた²³⁾。結局、ローマ法主義者の多くが好んだのは、イギリス方式である²⁴⁾。このようなローマ法主義者によるイギリスの制度に対する関心は、皮肉な結果をもたらした。ルウェリンが、ローマ法主義者から継受した制度は、ローマ法主義者がある程度、コモン・ローから借用したものである。

ルウェリンが直接取り込んだのは、ローマ刑法思想でなく、ローマ商法思想である。それでも、ローマ商法の思想はかなり、刑事陪審における内在する法の伝統から影響を受けていた。実際に、その後数十年のローマ法運動は、商法の法典編纂がドイツ法律家の民族主義的な思いを満たしうるという確信を増大させた。

ローマ法の研究者は、運動の関心を最初から商法に向けていた。商法は、ローマ法主義者にとって魅力的であった。商法は初期において、学問上の法律制度の影響を受けない、主として慣習法の制度であったことがその理由である。その上、商法には、専門家によらない裁判の伝統が存在した。ドイツの若干の地域に、まだ陪審裁判所が存在したように、少数の北部都市に、素人による商事裁判所が置かれていた²⁵⁾。刑事陪審の場合と同じく、フランスからの居住者は、専門家の関与しない商事裁判所を導入した²⁶⁾。同様に、イギリス方式も存在していた。マンスフィールド卿が、商事事件の審理に素人の陪審を用い始めたのは、十八世紀末である。

1780年代に、商慣習法はローマ法主義者を魅了していた。商事事件は特

別の商業的性質を有するので、特別の商事裁判所が不可欠という考えが提唱され始めた²⁷⁾。普通の裁判官は、商法のため混乱に巻き込まれた。実際に裁判官が商法以外の法律を知れば、それだけ商事裁判に混乱をきたすことが判明した。裁判官が、商業上の問題について、取引の性質を正確に理解し、身につけるには、すべての法律上の観念から距離を置き、社会通念を用いなければならない²⁸⁾。

これは、事物の本性法学に関する商業関係法律家の見解にすぎなかった²⁹⁾。しかしこれは、他の分野のローマ法主義者間の事物の本性の傾向と、重要な点で異なる、事物の本性の妥当性という考えであった。つまり、商法は慣習法と理解されたものの、それを民族の創造物ではなく、固有の考え方と、それ自体の慣習法を持つ、独立の組織である商業界の産物とみなした。この見解は、商慣習法が民族全体の創造物よりも、むしろ商人社会の創造物と考えたので、商業問題の実質的内容を明確化することができた。商慣習は、何が正しいかについて、あいまいな直観だけにもとづかず、それは信義誠実な取引にもとづくものとした³⁰⁾。商業に関与する法律家は、この解釈方法に従った。それらの法律家は、商法に対する慣習法、陪審裁判、そして事物の本性法学に関するゲルマン主義者の理論を拡大させ、専門家でない商事裁判所の復活が、習熟した法律家の独占的支配を終了させると主張した³¹⁾。商業関係の法律家にとって、商法と内在する法の理論は、矛盾しないように思われた。商法と内在する法はいずれも、民族に関する形式主義以前の世界の産物であった。

3. 1848年革命と陪審裁判

ローマ商法の歴史における重要な転機は、1848年革命の直後、ドイツ固有という考えの出現とともに到来した。この考えは、商法の法典編集が、民族のルールを助長しようとする。1848年革命によって、陪審裁判と、事物の本性という考えにもとづく意思決定のための運動は、勝利を収めた。

しかし、それは、ローマ法主義者の望んだ勝利ではなかった。1848年の革命指導者は、不均衡にゲルマン主義者でローマ法主義者であり、実際にドイツ各州に刑事事件の陪審裁判を導入することに成功した³²⁾。しかし、導入した陪審裁判の形態は、イギリスの陪審裁判をフランス的に修正したものである。それは、州が陪審員名簿を作成するものであった³³⁾。

衝撃を受けたローマ法主義者は、陪審員が圧倒的に裕福な市民、専門家、そして研究者から構成される制度を支持せねばならないことに気づいた。陪審員に就任したのは、ローマ法主義者が想定していた民衆とかなり隔たった人々である³⁴⁾。このような失望は、1848年革命の期待がはずれ、さらに倍加した。1848年革命は、ローマ法を排除しえなかった。1848年革命の失敗によって、ローマ法主義者は、復活した陪審裁判所制度への取り組みを始めた。またローマ法主義者は、ローマ法理論の支配が及んでいないドイツ私法の分野、つまり商法にその注意を向け始めた。商法は、1848年以後の政治的失望の十年間、ゲルマン法律家の注意を集め続けた。その結果、1861年、ローマ法主義者は、ローマ法主義の商慣習法の概念にもとづく商法典の作成に成功した。

1861年の商法の法典化を指導する立場にあったのは、レビン・ゴルトシュミットである³⁵⁾。彼は基本的に、古いローマ法の見解に固執する立場をとった。ゴルトシュミットは、商慣習に慣れているのは商人だけであるから、商業事件のために商人陪審を設置しなければならないと言明した³⁶⁾。商慣習は、商人の誠実な商取引への関与と、商業実務の特質に対する彼らの感覚から生じたものである。それゆえ、裁判所は、事物の本性にもとづいて判決を下し、商慣習のルールに最善の貢献をなした。裁判所が事物の本性にもとづいて確立したルールは、商人の地位に関する感覚、意識とほぼ一致し、それゆえ、慣習上の規範として確立させることが可能であった³⁷⁾。

商法の真の基礎になったのは、商人の法的意識である。それゆえ、その

起源を中世に求めうる商事裁判所は、商人の法的意識にもとづく裁判機関といえた³⁸⁾。しかし、ゴルトシュミットの商法に関する見解は、新しい特質も備えていた。それは、商法へのゲルマン民族主義の導入である。1848年以後のローマ法主義者、とくにゴルトシュミットは、専門家によらない商事裁判所の設置が、民族のための直接的ルール、つまり革命が創出しえなかったルールを意味すると確信した³⁹⁾。

ゴルトシュミットは、真の商法が民族全体のルール形成を促進することを強調した。彼の見解によれば、商人の地位は、民族全体を表すために発展、もしくは進化しうる⁴⁰⁾。法律と商慣習が抵触する場合は、商慣習が法律の定めに従うことが、一般に普及する命令的ルールとなった。それは、商慣習が民族の意思を反映するからである。現代における慣習法の真の重要性は、慣習法への依存を法律が定めることから、明らかである。その場合に、変化する民族の意思を、立法者の硬直した意思に対抗させることが必要である。慣習の無制限で自由な利用は、商法の望ましい新局面といえた。

このように、ゴルトシュミットのいう、望ましい商法の新局面とは、革命が導入できなかったこと、つまり民族の意思を法律に取り入れることであらう。ゴルトシュミットは、彼の考え方のほとんどを1861年の商法典に取り込むことができた⁴¹⁾。商法典は、ドイツ最初の一般的大法典で、起草委員会がローマ法専門家に支配されない唯一の法典であった⁴²⁾。商法典は、ドイツ法が一世紀半の間なしえなかった、商慣習に法源としての地位を付与した⁴³⁾。さらに、新しい商業秩序は、ゴルトシュミットの求めていた特別裁判所をようやく導入した⁴⁴⁾。すなわち、1879年、新しいドイツ帝国は、特別商事裁判所を設置した⁴⁵⁾。ゴルトシュミットのいう、民族のための法典がここに実現した。

しかし、一般に普及するルールをめざす商法典には、どの程度の実現性があったのか。商法は、民主的ないし国家主義的色彩を帯びた。その理由

は、革命が期待はずれに終わり、ゲルマン主義の法律家には、商法以外に、そのエネルギーを投入すべき何物も残されていなかったからである。にもかかわらず、現実離れのようにもみえる、ゴルトシュミットのいう商業民族が、ドイツ国民の代わりをするようになり、商人陪審は、一般に普及するルール的手段となったのである。

4. ルウェリンによるローマ法思想の復活

ルウェリンは、1931年から32年に、古い事物の本性論の方法を利用し始めた。しかし、その方法は、ルウェリンの五十年にわたるドイツ法に対する関心によって、長い間ゲルマン思想を採用するために準備していたものである。アメリカの主要な法律家は、1870年以後のゲルマン思想、とくに事物の本性論を引用した⁴⁶⁾。この優位な事物の本性論の最後を占めたのが、ルウェリンである。アメリカにおいてルウェリンに事物の本性論の継続を可能にしたのは、多くのドイツ法の経験である。ルウェリンは、実務家および研究者としての四十年間、アメリカ法思想をドイツに、またゲルマン法思想をアメリカにもたらすことに、そのエネルギーの多くを注入し、ドイツとの関係を深め続けた⁴⁷⁾。

にもかかわらず、商法に関する初期のルウェリンの考え方は、まだドイツの伝統に依存していない。1925年に彼が専門の商事裁判所の設置運動を行った際に、このような商事裁判所は、ヨーロッパ全体のものであり、とくにドイツの実務とは考えていなかった⁴⁸⁾。1928年、ルウェリンはドイツでアメリカの判例法制度に関する講義を行うため、講義録を出版した⁴⁹⁾。しかし、この書物でも、ルウェリンは、ドイツの法秩序のなかにアメリカのひな型を見いだした形跡がない。ところが、1931年までに、ルウェリンは、ゲルマン法思想の研究をより精力的に開始した⁵⁰⁾。つまり、ルウェリンは、彼の法的考えをどん欲にドイツ化し始めた。これによって、ルウェリンはローマ法主義の商法の伝統を受容した⁵¹⁾。

1931年から32年にかけてのルウェリンの学究的期間に、ワイマール共和国はその末期を迎えた。ドイツにおいては、深刻な政治的神秘主義の支配、つまりゲルマン的ものへの追従という支配が席巻していた。そのなかで、ローマ的国家主義が復活する。しかしこれは、変質したローマ的国家主義、つまり一般に国粹的政治思想とよばれる国家主義であった。1931年から32年のドイツは、民主主義が完全に崩壊し、ゲルマン民族に対する最後のローマ主義的熱狂が噴出した。

民主的制度に対する信頼の完全な欠如と、民族への限りない愛着は結合して、ドイツ法思想に奇妙な結果をもたらした。法律家は自らが、民族を具体化しようと考えようになった。これは、法の基礎が法感情、つまり法に対する生来の感情にあるとし、民族がすべての法的感覚を具体化しようとする指導者を有することは、不可避というものである⁵²⁾。

現代社会における真の指導者の地位は、裁判官が占めている。法にもとづく現代国家の法的生活における指導者の役割は、特別の独立した専門職体制に委託される。そのため、現代国家の物事は、裁判官の法感情に依存する。しかし、それらの事項は、法的生活の分野では民族の指導者の法感情に依存している。これは、指導者がこの感覚、つまり民族とその感覚を有し、調和の感覚を維持しなければならないことを意味する。

ところが裁判官は、大多数の民族の法感情への関心が薄い⁵³⁾。これは、ルウェリンがゲルマン法思想の研究を始めた、1931年のドイツの事情を象徴していた。民族に対する愛着は、無条件であった。ところが、自らの運命を支配すべき、民族の力に対する信頼は、ごくわずかであった。ドイツの法律家は、法律専門家が自ら民族のために判決してこれに答えた。ルウェリンは、常に法の社会的地位を高めることに理解を示し、このような法律家による民族の裁判所の神秘主義に、ある程度降伏した。民族的思想家は、曖昧で言葉に表せない信念と、民族精神への思いについて意見を述べた。もちろんルウェリンは、大抵の民族的政治家よりも、法の支配に敏感

で、それを重視したが、彼も民族精神に論及した。ルウェリンが1932年に書いたように、民族精神だけが法を生み出さないとしても、実際に法は、民族精神の信念と結びついていた⁵⁴⁾。

裁判官は、たとえ法律の定めを適用する場合でも、絶えず慣習の要因、つまり職人のような、かすかに感知しうる正義に対する感覚を、大いに意識している⁵⁵⁾。それゆえ、ルウェリンは、ローマ法主義者によるゲルマン民族復活の称賛を慎重に行った。彼はまた、指導者への民族的熱望に好意的であった。指導者のいない時代の法的確実性と社会的安定性は、常に弱体であったと彼は述べている⁵⁶⁾。彼の頭脳には、当時のローマ法主義の考えが植え付けられていた。法律家が、裁判所の組織を再構成する勇気を持っていれば、いわば神秘主義的民主主義を築きえたであろう。

ルウェリンは、ドイツに広まったローマ法主義者の国家主義から強い影響を受けながら、自己の商法の理解を変化させていった。ドイツ商法は大部分、ゴルトシュミットの考えた形態をとっていた。ドイツは、1924年に刑事陪審を廃止したものの⁵⁷⁾、商業事件については、専門家でない商人陪審を維持した⁵⁸⁾。このようなドイツの裁判形態は、明らかにルウェリンを刺激した。ルウェリンは、アメリカは商業事件について、商業に関する知識を有する者に依存する賢明なドイツの実務を模倣するのが適切と述べた⁵⁹⁾。彼は、商業事件にみられるドイツ方式の慣習法の重要な側面を、詳細に検討した。また、ルウェリンは、当時のローマ法主義からも刺激を受けた。このようにして古い商慣習法は、再び存続することができた。事実にもとづく商人陪審の評決は、慣習の法典編纂に関する付加的資料、つまり真に発展する法を構成しうるであろう。アメリカがドイツの方向に沿ってその商法を改編しえれば、アメリカでは消滅した商慣習法の偉大な伝統と再会することになった⁶⁰⁾。

5. 統一商事法典の編纂

アメリカ商法を改変する機会は、ルウェリンがドイツから帰国して数年が経過するまで、彼に訪れなかった。1937年以降、ルウェリンは、アメリカ商法の改正運動で多忙をきわめた⁶¹⁾。ところが、わずか三年後の1940年、彼は統一商事法典の起草に着手することになった。その時までには生じた多くの事態が、ルウェリンからドイツの経験を追い払った。アメリカは、法的および社会的再整備、つまりニュー・ディールのなかで、自らの方向感覚を喪失していた。その上、ルウェリン自身は、新たに独断的で、影響力のある、法現実主義運動の先頭に立った。これらの変化は、ルウェリンにその傷跡を残した。

ところが、米国史上ほぼ八年の大変革に遭遇しても、ルウェリンのドイツでの経験は、忘却されなかった。つまり、彼が統一商事法典に持ち込んだ現実主義の形態は、ドイツのローマ法主義に基礎を有していた。ルウェリンは、新しい統一商事法典の首席報告者への就任を受諾した⁶²⁾。その際彼は、制限的形式主義から解放された、商人陪審員の健全な直観が作り出す法が、真の国民の法になるという、ゴルトシュミットの考えを持ち出した。ルウェリンは、自分の職務に取り組むにつれて、特別の商事裁判所の設置を許さないアメリカの法秩序について、不満を述べた。商法法典化の任務は、商事仲裁をアメリカ法に組み込む何らかの方法を見いだすことにある、と彼は考えた⁶³⁾。

一年後、ルウェリンは、新売買法第二草案五十九条で綿密な法的装置を設けようとした。五十九条は、当事者双方の申立にもとづき、広範囲にわたる問題を提起しようと定めた⁶⁴⁾。ルウェリンが1932年、アメリカのために提案したドイツの方式を、法的形式で表現したものが売買法五十九条である⁶⁵⁾。確かにルウェリンは、コモン・ローの伝統を復活させ、それはドイツ法の輸入でないことを強調した。ドイツの制度はどうしても、ヒトラ

一の忌まわしさを想記させるので、ルウェリンは、五十九条の制度がアメリカ法のドイツ化でなく、マンスフィールド卿の実務の復活を意図すると言明した。

それでも、イギリスの商慣習に関するルウェリンの考えは、ドイツの考えと同じといえた。商法法典化の作業が開始された1938年、彼は最初に、ゴルトシュミットが内在する法を論述する一節を翻訳した⁶⁶⁾。つまり、ルウェリンの統一商事法典は、明らかになるにつれて、その不可決なものを九十年前のゴルトシュミットの概念に負っていることが判明した。統一商事法典1-103条が⁶⁷⁾、ゴルトシュミットのドイツ商法一条に沿って定められたことは、よく知られている。

ルウェリンは、現代に至るまで慣習法秩序が、回復困難といえるほど消滅したことを認めた。特別の商事裁判所は、百年前に都市もしくは地域全体の商業実務の水準に遅れなかったように、今日の多様な商業実務の水準には到達できない⁶⁸⁾。にもかかわらず、ルウェリンは新たな慣習法秩序を復活させることを希望した。これは、彼がワイマール後期のドイツで目撃し、生きた中世の秩序と考えたものである。統一商事法典は、提案された売買法五十九条とともに、ローマ法主義の商法の概念を取り入れた、慣習と商慣習法を慎重に承認した一般規定からすれば、常に発展する商慣習法のもとらす生産性のある刺激が、陪審員を招集する原因になったのであろう。

その上、ゴルトシュミットの提案した1857年の法典と同様、ルウェリンの提案した法典は、商慣習法を復活させる以上のことを意図していた。ルウェリンは、彼の注釈や覚書きを通じて、つぎのことを示唆した。それは、法典が改正された法の支配によって、アメリカのルールの奨励を目的とすることであった。それゆえ、ルウェリンは、不況にあえぐ都市や地方が、ローマ法の民族精神による平和的合意を欠くことを承認するのを強制されるように感じた。強い一般的確信を持つ地域社会でさえ、それらの確信を

専門家の裁判所に感知させる保障はなかった。にもかかわらず、ルウェリンはなおも、裁判所が人々に具体化しうる、ゴルトシュミットの考えに忠実であった。商事裁判所は、田舎町のアメリカ人に、合理性と適切さに対して圧力を行使する機会を与えうるのであろう。商法は、役に立ち、ずっと親切であることが知られるであろう。

確かに、役に立ち、親切な国民という、ルウェリンの1940-41年の概念は、ドイツのものではなかった。1941年のルウェリンは、ゴルトシュミットの法史の見解と同じくらい、フランク・キャプラの社会の見方から影響を受けた。ルウェリンの理論の背後には、小都市の協力や、社会の正常さに対する不況時代のあこがれが存在した。その場合、地域社会の力は、重要人物と争う普通人を支持するであろう。しかし、ルウェリンが、ドイツのローマ法主義と細部において異なる、アメリカ人の心象を持っていれば、彼の商法に対する期待は、基本的にドイツのローマ法主義者と同じになったであろう。彼は、形式主義に対する冷静で知的な不信感のみならず、民族の精神は裁判所が代弁しうるという、熱狂的な信頼の刺激を受けた。確かにルウェリンの計画は、一種の現実主義であった。しかし、その理論構成は、民主主義の色彩を帯びていた。堅実な反形式主義を前提とする、商人陪審員のルールは、国民のルールといえよう。商業上の合理性は、アメリカ人の合理性と常識であろう。ルウェリンが1941年、統一州法委員全国会議に提出した草案は、アメリカ人のための法典であった。

むすび

統一州法委員全国会議の委員は、ルウェリンの草案を受け入れず、実際にそれを寸断して部分的に採択した。売買法五十九条の審議は、ルウェリンの原案に反するものとなった。1942年までに、商人陪審員制度は、統一商事法典の作業草案から消滅した⁶⁹⁾。おそらく、五十九条の消失は、大きい損失にならなかったであろう。特別の商人陪審員が奨励する、国民の商

法というルウェリンの考え方は、実際に実現しえたか否か、疑問を抱くかもしれない。しかし、委員が五十九条を断念した際に、彼らは五十九条の制度的枠組に包含される多数の条項を放棄しなかった。ルウェリンの起草した法典の慣習、商慣習法、誠実、そして合理性の規定を維持したからである。しかし、ルウェリンのローマ法主義にもとづく語彙のなかの、慣習、商慣習法、誠実、そして合理性は、実体法上の術語でなく、手続上の指示であった。つまり、商慣習法などは、商法の感覚を有する一般の専門家に判決を委託すべき、裁判所に対する指示であった。商業の直観、もしくは感覚が、慣習の流れをうまく通過させることを可能にする、素人の組織がなければ、古い事物の本性のどの理論も、さほど意味がなかった。

実際に、裁判所は、手続上の指示がない言及の点在する法典に直面すれば、困惑する。裁判所に合理性を判断することを求める、統一商事法典の多くの規定は、不断の混乱の原因になることが判明した。それらの規定は、売買法五十九条の商人陪審員が合理性に関する判例法の発展を利用するという前提で、組み立てられた。裁判所は、商人陪審が存在しないので、合理性の問題が裁判官、もしくは陪審によって判断しうるか否かについて、一致しなかった。合理性は、統一法体系不統一の主要な原因であることが明らかになった。慣習を確定することに問題があることも判明した。ルウェリンの商人陪審員を設置しない状態で、裁判所は複雑な伝聞証拠、立証問題の負担に対処せねばならなかった。商慣習法という表現は、空文同然となった。裁判所はほとんど商慣習法に言及することがない。そのため、裁判所がそれに言及する場合には、コモン・ロー、もしくは衡平法と同義に扱っている⁷⁰⁾。ルウェリンが自己の法典に復活させることを望んだ、古代慣習法上の商慣習法という考えは、まったく忘却された。

米国の裁判所は、今日まで商人陪審を設置しない状態ですませている。このことは、商業事件が商人陪審員の法的世界でなされるように、適正に判決されていない理由にはならない。裁判所が商人陪審なしで間に合わせ

ているにすぎないといえる。商人陪審員を欠く状態にある商事裁判所は、本来の制度上の意味から外れた神秘的な術語を用いて、訴訟実務を遂行する必要があるであろう。

注

- 1) たとえば、統一商事法典2-209条(5)項の合理的な通知、同4-406条(a)項の合理的に特定しうる十分な情報、そして同1-103条(a)項(2)号の慣習、慣行によって商業実務の継続的拡大を許すなどである。
- 2) ルウェリンの起草した統一商事法典の概念は、実現不可能と批判するものとして、See Hillinger, *The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve the Good, The True, and The Beautiful in Commercial Law*, 73 GEO. L. J. 1141, 1145-46 (1985).
- 3) See Hillinger, *supra* note 2.
- 4) See Wiseman, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 HARV. L. REV. 465 (1987).
- 5) 中世商法の慣習法的性質については、See Pohlmann, *Die Quellen des Handelsrechts*, in 1 HANDBUCH DER QUELLEN UND LITERATUR DER NEUEREN EUROPÄISCHEN PRIVATRECHTS GESCHICHTE 801, 801-02 (1973).
- 6) Kripke, *The Principles Underlying the Drafting of the Uniform Commercial Code*, 1962 U. ILL. L.F. 321, 331.
- 7) See J. WHITE & R. SUMMERS, *UNIFORM COMMERCIAL CODE* 17 (5th ed. 2000); Wiseman, *supra* note 4.
- 8) See W. TWINING, *KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT* 271 (2d. ed. 1985).
- 9) See Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 YALE L. J. 156, 157 (1987). これまで一部の学説がルウェリンに対するドイツ法の影響を示唆してきた。See Herman, *Llewellyn the Civilian: Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code*, 56 TUL. L. REV. 1125, 1135 (1982).
- 10) See W. TWINING, *supra* note 8, at 217.
- 11) K. LLEWELLYN, *THE COMMON LAW TRADITION* 122 (1960).
- 12) See W. TWINING, *supra* note 8, at 224-25.
- 13) ドイツにおけるローマ法の適用をめぐる初期の軋轢については、See G.

- STRAUSS, LAW, RESISTANCE, AND THE STATE: THE OPPOSITION TO ROMAN LAW IN REFORMATION GERMANY (1986).
- 14) 英語圏制度の取扱いはしばしば、ゲルマン主義者の見解、つまりドイツで支配的な民族精神、そのため慣習法を重視する見解と、サヴィニーの見解を区別することの難しさをさらけ出した。See G. STRAUSS, *supra* note 13, at 57.
- 15) ゲルマン主義者は、とくに小作農の救済を重視し、慣習法は貧しい国民の保護に役立つと考えていた。
- 16) 事物の本性論は、古代ローマ時代に考案され、複雑な歴史をたどり、モンテスキューが復活させた。ドイツにおける事物の本性論は、後期啓蒙思想家、さらにゲルマン法学者に支持された。
- 17) ルウェリンは、彼の著書「コモン・ローの伝統」のなかで引用した内在する法の一節、つまり内在する法に関する法学が、事物の本性の法学であると言明するゴルトシュミットの文章を、その翻訳から割愛した。See 1 L. GOLDSCHMIDT, HANDBUCH DES HANDELSRECHTS 302 (2 Aufl. 1875).
- 18) ローマ法主義者の反形式主義は、いわゆる自由法運動という十九世紀末の反形式主義に及んだ。自由法運動はさらに、アメリカの現実主義にも影響を与えた。See Herget & Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 VA. L. REV. 399 (1987).
- 19) See E. SCHWINGE, DER KAMPF UM DIE SCHWURGERICHTE 119 (1926).
- 20) *Id.* at 78.
- 21) See J. LANGBEIN, TORTURE AND THE LAW OF PROOF 48 (1976).
- 22) See E. SCHWINGE, *supra* note 19, at 85, 92.
- 23) See *Id.* at 2-5.
- 24) 一般に陪審裁判は、イギリス的というより、むしろゲルマン的というのが、ドイツの政治家の一致した考えであった。See *Id.* at 54, 65.
- 25) See W. SCHUBERT, DIE DEUTSCHE GERICHTSVERFASSUNG (1869-1877): ENTSTEHUNG UND QUELLEN 181 (1981).
- 26) See *Id.* at 181-82.
- 27) See 2 J. BUSCH, THEORETISCH-PRAKTISCHE DARSTELLUNG DER HANDLUNG 364 (1792).
- 28) *Id.* at 366.
- 29) ブッシュは、他のローマ法主義者と同様、ドイツ法をローマ法とその法律制度の侵害から守ることを望んでいた。See *Id.* at 359-60.
- 30) 結局、商人は法律よりも、信義な取引の基準を誠実に遵守しなければならないことになろう。See *Id.* at 357-58.
- 31) このことは、ケルン裁判官が1850年の判決で明らかにした。See *Id.* at 182-83.

- 32) ただし、オーストリアとアルテンベルクは、1848年革命以後も陪審裁判を導入しなかった。See E. SCHWINGE, *supra* note 19, at 155.
- 33) See *Id.* at 129-130.
- 34) See *Id.* at 130.
- 35) ゴルトシュミットは多くの偏見を乗り越え、二十代でドイツの主要な商法学者になったユダヤ人である。彼はさまざまな点で、先人達の研究から距離を置き、高度な教養にもとづいて独自の学問を展開した。とくにゴルトシュミットは、古代から重要な商業関係が存在し、そのため、ローマ法が商法の形成にかなり貢献したことを、先人達より進んで認めた。にもかかわらず、彼は商慣習が基礎的な法源であると主張した。See 1 L. GOLDSCHMIDT, *supra* note 17, at 11, 223-24.
- 36) しかし、ゴルトシュミットは、書面による法源の手引きのない商事裁判所だけが、満足な商法を生みだしようという見解に批判的であった。See *Id.* at 77-78.
- 37) See *Id.* at 218.
- 38) このような考えは、ブッシュの見解にもとづいている。See Whitman, *supra* note 9, at 165. ローマ法主義者であるゴルトシュミットは、イギリスの法制度に愛着を持っていた。イギリス人は、商法の必然的普遍性を理解し、商業事件については、特別の商人陪審を設置する感覚と才能を備えていた。この場合、ゴルトシュミットが想定していたのは、マンスフィールド卿時代の陪審である。1 L. GOLDSCHMIDT, *supra* note 17, at 210.
- 39) つまり、ゴルトシュミットは、商事裁判所を民衆のルール発展への第一歩と考えていた。
- 40) 1 L. GOLDSCHMIDT, *supra* note 17, at 228-29.
- 41) 一般的には、See Kobler, *Die Wissenschaft des gemeinen deutschen Handelsrechts*, in 1 WISSENSCHAFT UND KODIFIKATION DES PRIVATRECHTS IM NEUNZEHNTEN JAHRHUNDERT (1974).
- 42) ローマ法学者はそれまで、ローマ法にもとづく近代商法を創出する試みを実現しえなかった。See *Id.*
- 43) HGB art. 1 (1861). この定めは、同じ大陸法系に属するわが国の明治32 (1899) 年の商法 (一条二項) にも継受され、今日に至っている。
- 44) 素人による商事裁判所の最終的設置に際し、ゴルトシュミットの果たした役割については、See W. SCHUBERT, *supra* note 25, at 188.
- 45) これら商事裁判所は、ドイツ諸州の裁判所に付属し、その陪審では、素人の商人二人が習熟した裁判官とともに加わった。
- 46) 自由法運動は、その起源を一部事物の本性の伝統に求めることができる。自由法運動の高まりは、ドイツにおける法形成にもとづく先例のゆるやかな受容拡大という背景に対抗したものと理解しうるのであろう。See K. LARENZ,

- METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT 59-62 (1983).
- 47) Whitman, *supra* note 9, at 166.
 - 48) ルウェリンが参考にしようと考えたのは、ドイツでなく、ヨーロッパの専門の商事裁判所である。See Llewellyn, *The Effect of Legal Institutions upon Economics*, 15 AM. ECON. REV. 665, 669 (1925).
 - 49) K. LLEWELLYN, PRAJUDIZIENRECHT UND RECHSPRECHUNG IN AMERIKA (1933).
 - 50) ルウェリンは1931年、アメリカ法思想が、ヨーロッパ法思想と対比しても、自覚的で、社会的に妥当な役立つ地位に到着してもいい頃であると言明し、多くのドイツの著作物を活用した。See Llewellyn, *What Price Contract?* 40 YALE L. J. 704, 729 (1931).
 - 51) See Whitman, *supra* note 9, at 167.
 - 52) H. ISAY, RECHTSNORM UND ENTSCHEIDUNG 115-16 (1929).
 - 53) See *Id.* at 116.
 - 54) See K. LLEWELLYN, RECHT, RECHTSLEBEN UND GESELLSCHAFT 44 (1977). 本書の原稿は1932年に書かれており、ルウェリンの死後出版された。
 - 55) 単純な社会は、法の支配を必要としないとルウェリンは考えた。その場合、裁判官は当然、民族の意識によって支配された。See *Id.* at 118.
 - 56) *Id.* at 69.
 - 57) See E. KERN, GESCHICHTE DES GERICHTSVERFASSUNGSRECHTS 161-64 (1974).
 - 58) 商事裁判所の組織は、1909年にわずかな変更を受けたにすぎない。
 - 59) See K. LLEWELLYN, *supra* note 54, at 101.
 - 60) かつてヨーロッパに一般的商慣習法が存在したことは、よく知られている。合理主義の出現は、商慣習法が民法に対抗して、各地の商法に浸透していくことを意味した。英国とアメリカにおいては、マンスフィールドが最終的に、商慣習法はコモン・ローに吸収され、全体の法の一部をなすという立場をとった。ルウェリンは、アメリカと英国では消滅した中世の商慣習法の独立性を、ドイツ商人が完全に維持していると考えた。See *Id.* at 25.
 - 61) See Wiseman, *supra* note 4, at 477-89.
 - 62) See Schnader, *A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code*, 22 U. MIAMI L. REV. 1, 4 (1967).
 - 63) See Whitman, *supra* note 9, at 171.
 - 64) See Wiseman, *supra* note 4, at 514.
 - 65) ルウェリンは、陪審にもとづく商業事件の判例形成運動は、自己の哲学的信念から著しく離脱していることを強調した。彼はほとんどの場合、裁判官が法の形成を指導する方法を支持してきたからである。See K. LLEWELLYN, *supra* note 11, at 319.

- 66) See W. TWINING, *supra* note 8, at 449.
- 67) 統一商事法典1-103条は、本法の特別の規定がない限り、商慣習法を含む法、衡平法の理論は、本法の規定を補充すると定める。ドイツ商法一条は、本法が論点を定めていない限り、商慣習を適用する。商慣習が存在しない場合は、民法を適用するとした。See HGB art. 1 (1861).
- 68) 2001年改正前の統一商事法典はとくに、慣習、慣行による商業実務の継続的拡大を容認することを定めていた。See U.C.C. § 1-102 (2) (b).
- 69) See Wiseman, *supra* note 4, at 527-528.
- 70) 大抵の裁判所は、商業事件に一般的な衡平法理論の適用を正当化するため、統一商事法典1-103条を援用している。See *In re Staveco Elec. Constr., Inc.*, 40 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1308, 1316 (Bankr. D.N.J., 1985); *Morgan Guar. Trust Co. of New York v. American Sav. & Loan Ass'n*, 804 F.2d 1487 (9th Cir. 1986).