

サラ・ランディーン

## 日本法文化の精神における契約の観念

谷本圭子(訳)\*

### 1. 序論 全体像と方法

日本法の研究は、単にイタリアと日本との間での商業関係を考えるにあたって、実際的かつ今日の関心をそそののみでなく、そのシステムの特色について探求するという関心をもそそのものである。そのようなシステムの特色は、ちょうど日本法研究において現れている特別の問題を超越して重要性をもつ方法論的法則の熟考から導かれるものである<sup>1)</sup>。

日本法への接触までに西洋の法律家の注目を集める第一の側面は、日本の法的規律と西洋のシステムとの間の一種の「遠い近接性」によって示される。

日本法は、実質的にはヨーロッパの諸法典のルールをそのまま日本語に翻訳したルールによって成り立っている<sup>2)</sup>。しかし、問題とされている近接性は、外見上のもものに過ぎず、それはむしろ落とし穴となっている。それについては、日本と西洋の商人間での関係の難しさが証明している<sup>3)</sup>。

したがって、文化的遠さが浮かび上がるのは、まさに適用の瞬間においてだということであり、この文化的遠さは、異なる規律のルールを文言上一読しただけでは明らかとならない<sup>4)</sup>。

したがって、重要なのは、特に日本の法律言語そのものが形作られた仕方から出発することによって、法規範の文字上の解釈／翻訳の向こう側に眼を向けることである<sup>5)</sup>。

また、実際、確実に興味を引く別の側面が、まさしく日本の法律言語の特殊性から生じている。日本の法律言語は、シヴィル・ロー文化に特有の概念を丹念に備え付けることにより生まれたものであり、関連する西洋の用語の感覚を解釈すること及びそれら用語を日本の表意文字的言語へと置き換えることを通じて完成したもの

---

\* たにもと・けいこ 立命館大学教授

である<sup>6)</sup>。日本の法律言語が示す記号は、西洋の概念を反映するものではなく、それら概念が日本法の中に置き換えられた時にそれら概念が読まれた仕方を反映するものである。

最後に、西洋の法律家は、日本の世界の中での関係のルールに眼を向けるときには、法源 (fonti) のレベルでは公認されていない、法のルールと適法性という西洋の概念の内部にはめこむのが難しい行動に関する規範<sup>7)</sup>との間の細いつながりを求めて、法的関係に境界を付ける際の特有の難しさに直面する<sup>8)</sup>。

ここでは、日本法の関連する諸相、特にその規律としての横顔の中だけでなくその社会的側面の中にもある契約の姿に焦点をあてるという選択をしよう。

## 2. 日本法の本質

当該テーマに関する文献においては、様々な傾向を見ることができる。

一方では、西洋世界との日本世界の差異を大したことはないと言う傾向をもつ人々が存在する<sup>9)</sup>、他方では、第一に法と宗教、法と道德との関係の違いのために、さらには日本においては共同体への所属の感覚及び法の裁判所による適用とは異なる紛争解決手段としての調停とが有している重要性の違いのために、日本法と西洋法とは本質的に比べようがないことをためらいなく誇張する傾向をもつ人々が存在する<sup>10)</sup>。

この第二の思潮の中に、日本の社会システムにおける法の存在を基本的に否定してきた人々をも位置づけることができる<sup>11)</sup>。そのような意味において、文化のレベルで日本人には適法性という感覚が欠けていると述べられる。

司法の装置自体(弁護士、裁判官、手続き...)は、争いの解決には役立たず、むしろ、争いの予防に役立っているのである。「勸解」(裁判官自身によりなされる和解の勧め)は、1890年の民事訴訟法の採択でもって廃止されたが<sup>12)</sup>、現実には、裁判官が和解へと係争当事者を導くことが慣行として続けられている<sup>13)</sup>。加えて、日本の文化には行使可能な主観的法が欠けていると主張される。「権利」と「義務」とが、その内容が明確に定義されることなく、漠然と想像されているとされる<sup>14)</sup>。

日本社会が受けている急速な発展、及び、そのために法秩序のレベルで影響を与える可能性がある変動も、一般化を成し遂げることや完全にどちらかの傾向を肯定する意見を述べることを可能にするものではない。

そこでいくつかの考察に限定しよう。

まずは法源の概念自体を考察することから始めよう。日本法においても、シヴィル・ローシステムにおけると同様に、裁判官がそれに照らして自らの決定をしなければならない第一の法源は、法律である（1875年6月8日法律（訳者注 太政官布告第103号）第1条）。

慣習は、公序あるいは良俗に反しない場合にのみ、法規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、問題となる（1898年6月21日法律第2条及び後の改正（訳者注 現行法は2006年6月21日法律第78号第3条））。私人間での契約法においては日本民法典第92条が、慣習上のルールは、それが法令中に含まれるルールと異なるとしても、公序に反しない限りは、当事者がそれに応ずることを意図していたと見なされる場合は契約上の規則に入ること定める。

1875年6月8日法律はさらに、裁判官は法律及び慣習がないときは、「jori」に基づいて決定すると定める。これはある人によれば *recta ratio* と訳されている<sup>15)</sup>。

しかし、この概念については、日本文化の芸術的表現から出発して日本文化のより深みに達することで、別の見方もできるであろう。

#### (1) 日本の法と文学における指導原理

日本の文化の中では、関係する領域を共に示し、したがって、私人間の関係における指導的ルールを共に示す、三つの言葉がそびえ立っている。すなわち、「giri」つまり道徳的義務に依拠する行動に関するルールの総体、「jori」あるいは正義の感覚に基づく規律の総体、「wa」つまりこれは、調和、共同体、平和及び他者との和解を意味し、かつ、日本文化の一つのキーワードを表しており、「wa」の表意文字「和」はゆうに1200年に渡って「日本」という概念を表しているほどである。

「jori」は、通常、「*recta ratio*」と訳されている<sup>16)</sup>。日本の法文化を自らの専門としてきた学者は、この概念が、判断を行う者が自らの判決において了解かつ採用しなければならないほどに、正義と不正の感覚をより正確に表しているということを強調してきた<sup>17)</sup>。

「jori」を「衡平法上の利益」と定義する者もいる。つまり、西洋世界にとって理解可能な定義をそれに付与する試みの中で、コモン・ローの裁判官による衡平法上の判決にそれを同視するのである<sup>18)</sup>。

しかし、我々の見解によれば、これは危険なアプローチである。実際、jori は、江戸時代（1603-1868）として知られる徳川時代<sup>19)</sup>に遡る、儒教を起源とする概念なのである。

「giri」は、ある人間関係から生まれる義務の総体に関係するが、この義務は市

民的義務とは区別される<sup>20)</sup>。いくつかの例を挙げて、それらのシステムを対比させることができる。投票の自由という市民的義務と、「giri」に基づき政治家に恩を返すべきという義務とを考えてみよう<sup>21)</sup>。

「giri」は、共同体及び価値共有の感覚の土台となる義務のシステムとして、個人の権利に対立するものである。さらに、「giri」は、衝突する個人の権利間での妥協手段、したがって、係争の仲裁手段となるに至っている<sup>22)</sup>。

「giri」の義務システムは、江戸時代(1600-1868)の演劇において<sup>23)</sup>、特に、浄瑠璃や歌舞伎の文学的作品において、既に明白な証拠を見せている。それら作品においては、人間の感情(ninjo)と、義務(giri)と関連しているところの、特定の社会秩序の中に加わる者としてのみ個人を見る儒教的倫理により課される責務との対立という問題が扱われている。

そしてたぶん日本の演劇の中に、何が「giri」なのかを説明するための非常に重要な手掛かりを見いだすことができよう。日本の演劇文化のイタリアへの伝播に最も貢献してきた学者の一人が明言しているように、「世界の他のいかなる国においても、日本におけるように、演劇が、その発展において、その美的及び宗教的経験全てでもって、その肉体的及び精神的征服全てでもって、文明や土着の文化を投影しかつ要約するということはない」<sup>24)</sup>。

giri と ninjo の対立は近松門左衛門の作品によく出てくる。彼は、日本文学史におけるその存在の中心性ゆえに、また、とりわけ音楽的側面からしばらく前から停滞状況にあった浄瑠璃劇に新たな時代を開いたという彼の創造力のゆえに、日本のシェークスピアと呼ばれることがある<sup>25)</sup>。実際、近松門左衛門は、そこではより簡単に演出を表現することができると見られた「歌舞伎」とは違う表現方法や技術を要する人形芝居劇の中にあえて、「社会ドラマ」を導入したのである<sup>26)</sup>。

彼の作品の中でも、特に覚えておくべきなのは、「Meido no hikyaku 冥土の飛脚」である。この作品が語るのは、養父の運送屋で働いており、茶屋で遊女として働いていた愛する女を身請けするためにその運送屋で盗みを働くある男の物語である。個人的感情と信頼を裏切られた養父に対する義務との葛藤の中で、この男は自殺を決心する<sup>27)</sup>。

ninjo と giri との対比を表現した同著者による別の著名な作品は、「Sonezaki shinju 曾根崎心中」(1703)という題名の「社会ドラマ」である<sup>28)</sup>。

この作品は、自分の叔父でもある養父の醤油醸造所で働く男、とくべいを扱う。主人は、自分の妻の姪と彼を結婚させたいが、彼ははつという遊女を愛しており、はつは、彼女を妻又は妾として望む侍に身請けされようとしている。この二人の恋

人たちは、自らの感情と、自分を叔父に縛りつける「giri」という義務との葛藤の中で、心中を決心する。

重要なのは、心中の場面で若者とくべいが発した言葉である。「いや不平を言うてはならない。子供の頃私は両親を失ったのであり、叔父が世話をしてくれたおかげで私は大人になった。叔父から受けた恩義に報いてこなかったから、このようにひどいことになったのだ」<sup>29)</sup>。

叔父に対して背負う（dovuto）感謝は、このように、結婚の不当な強制を上回るべきものなのである。この若者は、自殺に追い込まれたと不平を言うことはできず、むしろ、叔父がいつの日か、彼のやったことに関して寂しさのために彼を許すことがあらんことを願うべき（deve）なのである。

江戸時代の革新的な作家である井原西鶴（1642-1693）<sup>30)</sup>は、「武家義理物語」（1688）<sup>31)</sup>の作者であるが、倫理と階層制の尊重という確固たる原理に支配された特殊集団内部での道徳的価値の重圧の寓意物語である。

扱われているエピソードの一つは、殺された父親の仇を討とうとしている一人の若者に関するものである。彼は年老いた侍に出会い、彼らは親友となる。後になって若者は、この年老いた侍が、封建領主の命により父親を殺したことを発見する。個人的感情と「giri」という義務との葛藤に遭って、二人の侍は、自害以外の解決を見いだすことができない。

「wa」も、日本の文化と文学において中心となる語句である。

「wa」は604年に聖徳太子の憲法の中で初めて取り入れられた。聖徳太子の精神においては、調和原則と今日訳されるものが、とりわけて、帝政に関わる秩序の状態だったのである<sup>32)</sup>。

文学の分野では、「wa」という概念は、日本的演出に関するならば、よく現れている。演出作品というのは、実際のところ通常は、演劇行為の登場人物間での対比でもって、性格を浮き立たせるものである。これに対して、能（これは14世紀から始まる）の舞台では、限定された調子の一つの音階が採られ、各の節が長く、登場人物間の対比はない。主役と敵対者はいないが、主役（shite）と準主役（waki）がいて、この後者の役割は主役に応じること、あるいは、主役に歌い踊る機会を与えることにある。そうして、この両者とも、仲間を持つこともある<sup>33)</sup>。したがって、西洋的演出が旨とする対比は欠けている。

そして、たぶん、「giri」、「jori」、及び「wa」という行動ルールを命じている価値の中に、共同体への所属感覚が日本法において果たしている役割が、現れている可能性がある。

日本法の中にある「共同体への所属感覚」がいかなる法的重要性を引き受けるに至っているのかを説明するために、社会的合意の価値、及び、集団の利益と個人の主観的法的状態との関係に関する、二つの重要判決を考慮に入れることができよう。

一つ目は、最高裁1997年4月2日判決であり、当地の大多数の住民が信仰する神道の祭礼にかかる費用を補助するために地方行政機関の側から公金が使用されたという事案について、最高裁は、日本憲法は政教分離原則に言及する多様な規範(第20条1項、第20条3項及び第89条)を含んでいるとはいえ、国家は、宗教問題が教育、社会福祉の振興及び文化振興という社会生活の様相や政治の様相をも巻き込んでいる時には、宗教問題に関わるに至る、と判断した<sup>34)</sup>。

日本憲法においても認められている国家の世俗性原則は、全西洋近代国家の共有財産である一般法の基本原則の一つであるが、市民間の社会的関係、さらに宗教的關係にも関わるという国家にとっての必要性の前に、敗北するのであり、日本文化の共同体感覚と比較して敗北するのである。

我々が引用しうる二つ目の事例は、ナカヤタカフミの未亡人の事例である。彼は盛岡(日本北部)で自衛隊員として作業中に事故のために死亡した。退役軍人会は、彼の魂を讃えるための手続きを始めた。夫が神道上の神になることが未亡人に伝えられたとき、彼女は抗議した。この事例は最高裁にまで持ち込まれ、1988年6月1日判決によって最高裁は、未亡人もその一員である共同体の利益において行動した退役軍人会を勝たせたのである<sup>35)</sup>。

述べられているのは、神道上の儀式に則った自分の夫の神格化に反対する未亡人の感情は理解しうるとはいえ、全ての人には、自己の宗教上の信念を超越して、本質的な意味で宗教の自由を保障するためには他人の宗教活動に寛容でなければならぬという事柄を考慮して、保護に値する法的利益を彼女の精神の平穏の中に認めることはできないということである。個人の権利はこのように、「集団化」の観点から読み直されている。宗教上の表現の自由という基本的権利は、個人が所属する集団の利益及び共通感覚と調和する程度で存在するのである。

両判決の中で引用されている憲法条文(憲法第20条)は、西洋の法に共通する原則すなわち政教分離の原則を表すが、日本文化に共鳴する観点から読み直されている。

実際、最高裁の判断は、「共同体の感覚」及びある集団の部分として認められる個人間を接着させる原則に基礎を置いた結果なのである<sup>36)</sup>。

(2) 日本における ADR と法

共同体への所属感覚は、日本法文化の別の特性、すなわち、調停により民事関係での紛争を仲裁する傾向にも、結びつけられよう。

周知のように、調停は、裁判を行う機関の形式的な決定によらずに、当事者間の合意に従って実行される紛争解決技術の一つである。この合意は、日本法では一人の裁判官、5年以上の経験がある弁護士の中から選ばれた一人の非常勤の司法公務員（民事調停官。Choutei-kan）の仲介を通じて斡旋され、彼らは裁判官と同じ権限をもって手続きを指揮する。あるいは、一人の裁判官又は一人の公務員と一般人から選ばれた二人以上の調停委員から構成される調停委員会の仲介を通じて斡旋される<sup>37)</sup>。

日本のシステムにおいて調停が普及している理由については、日本人が争いを好まないことに注意を集中させる西洋の研究者たち<sup>38)</sup>とそのような性格傾向があることを否定する傾向にある日本人研究者たち<sup>39)</sup>の間にはいくらかの意見の相違がある。

後者が明らかにしているのは、裁判に代わり紛争を解決する手段として、調停が日本で発展したことは、日本の社会的現実の典型的な性格的感情的条件にそれほど結びつけられるべきではなく、たぶんより構造的な理由に結びつけられるべきだということである。すなわち、 ) 歴史的な理由。明治政府までは、紛争解決のために企画された訴訟外での斡旋形態を奨励することに、当局の注意が払われた<sup>40)</sup>。 ) 手続きの時間や費用に結びつけられた理由<sup>41)</sup>、 ) 法廷の雰囲気、裁判官の言葉や正式な服装といった感情的要因による個人からの法廷への距離に基づく理由<sup>42)</sup>、 ) 争うことに対して社会的制裁が存することに結びつけられた理由、である。あるアメリカ人研究者は、日本のある店の経営者へのインタビューを報告している。彼はカラオケを行っていたその店から出る音響を原因とする公害の訴え（pollution complaint）の被告であった。そのインタビューから、その店のオーナーは近所の人からの非難を恐れて調停の道を選んだということが分かっている。訴訟で自分にとってより有利な解決を見いだすことができたであろう当事者についても非経済的な結果を伴ったとしても紛争につき和解するという傾向は、隣人愛や調停を好むという一種の先天的感覚に由来するのではなく、共同体の残りの人たちと良い関係を保持しようという文化的必要性に由来するのである<sup>43)</sup>。

この最後の側面は、「社会的体裁」、「他人と関係するうわべの仕方」と訳すことができる「sekentei」の日本文化における重要性へと我々を立ち戻らせる<sup>44)</sup>。

日本で ADR が展開する理由として挙げるることができるものを超えてその先に、

争いの解決の中にADRを導入することは、社会問題を秩序づけるための道具として法を捉えるという仕方それ自体に、強力な切り込みを入れることには何ら疑いはないし、また、日本ではADRの申立ては相当数確認されていることには疑いはない<sup>45)</sup>。

裁判官は、主として、争いの解決において法律の適用を通じて決定する。

調停人又は調停委員は、争いを規律の適用を通じて解決するのではなく、当事者間で達成された合意を記録することによって争いにつき和解を手助けするのである。

すなわち、「wa」、「jori」そして「giri」に加えて、日本での係争解決におけるADRの重要性もまた、規律(ordinamento)と法律(legge)との「剥離」の別の要素を表している。

社会的現実が、立法規定の不動性を免れている行為規範を規律しておりかつ規律された一つのシステムによって規制される結果となっている。

法律と法(diritto)との分離についての法律家の研究及び考察は、西洋世界においても数多くあることは事実である<sup>46)</sup>。しかし、日本法においては、法律と法は日本の社会的現実のもつそれ自体文化的な要因の中に分離の要素を見いだしている。

日本法の問題についてのこの概略的な研究は、あえて言えば、その中で人間関係すなわち契約が展開される制度(istituto)についての一つの考察へと、扉を開けるものである。

実際、契約関係という視点から見ると、この「共同体感覚」は、私人関係の中断を制限する傾向にある契約法解釈をもって、長期に渡る関係に特別な重要性を与えるという傾向の中に、影響を及ぼしている<sup>47)</sup>。

「giri」のルール及び、たぶんなおさら、関係する状況の指揮における公正・誠実義務(obligazioni)の基礎となっている「wa」のルールは、以下の関係すなわち、契約にはまだ列せられておらず、かつそのため、契約のために認められたルールにより規律されていない関係を考慮するスペースを契約法の中につ作っているように思われるのである。特にこのようなことが言えるのは、契約前の段階での契約について、及び、契約外の関係一般についてである<sup>48)</sup>。

いくつかの判決に目を通すと、いかに裁判官がこのような事例において、直接的に「giri」や「wa」というルールに言及していないが、イタリア語ではbuona fedeをもって訳されるのが適切でありかつ民法典第1条で言及されている「shingi」という語句を用いていることがわかるであろう<sup>49)</sup>。

引用可能な最初の事例は、賃貸借の主たる関係の更新欠如を理由とした転貸関係の解消に係るものである。



問題となったのは、商用建物の所有者が商用建物の転貸活動を展開する会社と締結した、当該商用建物を目的とする賃貸借契約である。加えて分かっていたのは、賃貸人は借家人の活動を知っていたということである。

それらの状況に基づいて、最高裁は、民法典第1条第2項に言及したのであり、公式ではないにせよ評価の高い英訳のうちの一つによれば、“*Rights and obligations shall be exercised or performed in a good faith and in compliance with the bona fide principle*（権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない）”ということ为基础としたのである。

このように、主たる関係の更新欠如のみを理由とした転貸関係の解消は、信義則に反すると見なされているのである<sup>50)</sup>。

ここでは信義は、西洋システムにおいて了解されているような方向での諸関係における正しさのルールを超えていく価値を持っている。実際、信義が用いられているのは、主たる関係の当事者でないとはいえ、拘束力の設定時点で主たる関係の当事者によって考慮されていた主体にまで、存在する契約関係を広げるためである。信義が用いられているのは、そうでなければ契約関係の外に残されるような人間関係に、債務の観点から法的重要性を認めるためである。

また、契約の更新欠如にまでもや関わる事例に言及することもできよう。この場合には、27年以上自動更新されてきた一連の契約に向き合うことになる。最後の契約の継続期間の満期にあたり、当事者の一人がさらなる更新をしないことを決めた。

仙台地裁は1994年9月30日に、信義則に基づいて、一連の契約は、適当な期間内になされるべき解約通知によって変更可能な期間を定めない一つの契約と見られるべきであると決定した<sup>51)</sup>。

この事例においても、信義則は契約文言を超えて拘束力の存在を認めている。

加えて「信義 (buona fede)」という用語は、いわゆる信義交渉条項、すなわち、「本契約に関して意見の相違が生じるときは、両当事者は信義をもってこれについて話し合う（訳者注 原文は英語）」ということ为基础とした契約条件の中にある、契約関係の良好な進展を規律する原則として言及される<sup>52)</sup>。

また、この条項は通常、調停への移送、そして<sup>53)</sup>、特に国際契約に関しては、仲裁への移送を伴うことが通常である。例えば、この後者が司法による方法に結びつけられておりかつ当事者間の修復不可能な断絶を条件とした解決が検討されているとしても<sup>54)</sup>。

### 3. 共同体の感覚と契約の観念

そこで、「日本法精神」について従来考察されてきたことは日本における契約の観念について影響を与えている可能性があるのかどうか、また、あるとすればどのようにか、を検討することになる。

日本法の西洋世界への伝播に多大な貢献をした研究者二人の見解を引用することから始めよう。

野田は、一般的に日本人は契約の形成に批判的アプローチをとると見ている。日本の契約当事者は、契約締結でもって自らが義務づけられることを正確に意識せず、契約の効果を中心に留めることなく、また、自らの意思により負った契約上の債務により拘束されることを理解しない。要するに、契約により拘束されているとは思っていない<sup>55)</sup>。

類似の意味で川島は、日本人は法の感覚を持っていないという仮定から出発して<sup>56)</sup>、アメリカ人は日本人よりも合意を重んじることはよく知られていると結論づけた。アメリカ人は、契約を実行しないことが責任をもたらすことをよく理解している<sup>57)</sup>。

日本人にとって合意は、契約の完成によってではなく、二契約当事者間で作り出される共感と信頼によって封がなされる (sigillato) ののである。二契約当事者間で作られた人間的つながりのもつそのような要素から湧き出るのが、契約当事者の先にあるあのような行動上の諸義務であり、これらは形式的に完全な契約の前にそしてそれに加えて関係 (rapporto) を付けるのである。

一般に注目されるのは、なぜ日本人は詳細な契約を締結しない傾向にあるのかである。契約は日本人によれば、ある目的に関する意思表示の単なる一致として考えられており、この目的はその関係の実行により示される<sup>58)</sup>。

それでもやはり「ishi-hyouji」、文字通り訳せば「dichiarazione di intento (意思表示)」は、日本契約法における一つの中心的概念である<sup>59)</sup>。

予めその関係のあり得る展開は規律されず、責任、保険、違約金、解約条項、引渡しの時期、場所、方法の諸側面は規律されない...全てはある規律に委ねられているのである。すなわち、その規律は、だんだんと作られるのであり、そして、「giri」及びとりわけ「wa」という態度義務の遵守によって<sup>60)</sup>、さらに、既に見たように、日本民法典が第1条にさえ挿入している我々により「buona fede」と訳される「shingi」「関係における正義」という原則によってそれは支えられているの

である。

拘束力は、契約からではなく、そのルールを上記の諸原則の中に見いだす実現されたつながりから生まれる。

そして、いずれにせよ指摘されているのは、第一に、現代の日本契約法の発展であり、これが、日本契約法の西洋システムへの接近を決定づけ、かつ、個人の主観的状况に対する非常に進歩的な感覚へと導いたのである<sup>61)</sup>。

より最近では、日本の事業者間で、二つの商談モデルに従う慣行が形成されてきている。すなわち、

国内関係についての「短く」かつ形式ばらない商談、と

国際関係についての詳細かつ形式的な商談、である。

それどころか、国際契約においてはいかに債権証書の文言の詳細及び遵守に関する掛け値なしの強迫観念があるかを明らかにすることさえできるのである<sup>62)</sup>。このために、異なる規範化の可能性は非常に制限されており、また、契約の解釈は単なる形式的実行へと縮小されている。

加えて、指摘しうるのは、日本法においては、前述の研究者らにより主張される契約拘束力の一定の不確実性<sup>63)</sup>と、契約拘束力に基づかないものでさえ関係の破壊を避ける傾向との間に矛盾が認められるように見えるということである。一方では、日本人は契約をきずなを立てる契機と感じていないように見えるし、他方では、契約形成手続きの完遂を超えてきずな<sup>64)</sup>の存在を感じている。

その点に関して、いかに司法において契約内容と比べてそれ以上の拘束力を私人関係において認める傾向にあるかを考察したが<sup>64)</sup>、今は、契約形成に関する法的構造へと入っていこう。

以上の指摘と一致して、日本法においては申込みを待機期間と見なす傾向にあることを考慮に入れる必要がある。民法典第524条に定めることを見れば、「承諾の期間を定めなくて隔地者に対してした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができない」<sup>65)</sup>。

したがって、我々は、ドイツのそれととても近く、イタリアのそれからとても離れた制度を前にしているのである。すなわち、イタリアの制度は、buona fedeの限界はあるが交渉から自由に離脱可能な期間を一般ルールとして認めているのである。

ドイツのシステムとの共通性が歴史的根拠<sup>66)</sup>からのみ理由付けられるのか、それとも文化的根拠からも理由づけられるかを検証することはやめておく。

商事契約における交渉からの離脱可能性も同様に限定的なものである<sup>67)</sup>。それら

の場合には、申込みがなされるのが相手方の同席でなのかそうでないのかに応じて区別される。居合わせる当事者間での申込みの場合には、申込みが効力を失うのは承諾されないときである(商法典第507条)。これに対して、隔地者間での申込みの場合には、申込みが効力を失うのは、相当の期間内に承諾されなかったときである(商法典508条)。

しかし、このような規範は、商事交渉においては自由度が大きいことを基礎づけるものではない。実際、商法典509条「諾否通知義務」に基づき、「商人が平常取引をする者からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する諾否の通知を発しなければならない。商人が前項の通知を発することを怠ったときは、その商人は、同項の契約の申込みを承諾したものとみなす。(訳者注 原文は英語)」と定められているのである<sup>68)</sup>。

したがって、取引関係において生じる信頼は、自己の平常の取引相手が発した申込みの名宛人の上に拘束力をもたらすのであり、もし契約締結に至るつもりがないなら明白に拒否しなければならない。

このように、交渉中に始まる関係という観念、たぶん日本法の問題にかかわっていたときに述べた共同体感覚を根拠として説明することができる関係という観念が姿を現すように思われる。

「wa」という原理に基づく共同体感覚は、契約領域において、契約内部のつながりのみならず、個人間のつながりの順調さというルールに刻み込まれた拘束力を構成する契約外や契約前のつながりにもよる関係から出発する可能性を、再検討させるものである。日本の裁判官は、実際、民法1条に定める「shingi」「buona fede」というルールに基づいて、交渉からの自由な撤退を否定するのみでなく、契約関係の更新欠如をも否定する傾向にある<sup>69)</sup>。

#### 4. 日本における関係と契約

日本の規律において新たに明らかとなっているのは、関係は契約を超えて存在しており、かつ、この関係は法律もしくは当事者自治に基づくルールを必要としないということである。なぜなら、これはまさに民法典第1条に定める「good faith」と「trust」の原理により支えられているからである。

我々の規律もまた関係と契約との分裂の可能性を知っており、契約の拘束力の中間のものとして形成された関係は契約の外にそのルールを見いだすのだと、異論を唱えることができよう。直接関連する第一の事例は、労働関係のそれである。すな

わち、そのルールは通常は法律及び団体協約の定め強く結びつけられているためである<sup>70)</sup>。

しかし、これらの事例において生じる現象は、拘束力の形成とは関連しておらず、契約関係の他律的規範に関係している。

西洋の規律においても、契約と契約外との間の流動状態がますます認識されてきているというのが、むしろ本当のところである。特に、これら二つの領域間の壁がより強固なものであったシヴィル・ロー諸国においては、これら二つの領域を支配するルールからの距離を縮小することにより<sup>71)</sup>、あるいは、契約であることの領域を拡げることにより<sup>72)</sup>、突破口が突き止められている。

しかし、日本において契約の拘束力の中で固められていないつながりをも形作る「buona fede」のルールは、西洋諸国において観念されているものとしての交渉における buona fede と比較して個人の領域へと侵入しやすいものである。民法典第1条に言及することにより、日本の法律家は、そのような意味において当事者の意思なしに契約上の拘束力を形成することを認めるに至っている、あるいは、当事者により決められた契約期間のルールに基づき消された関係の継続を命ずるに至っているのである。

交渉から自由で撤退できるとの原則が通用している我々の規律においても、信義則（la regola della buona fede）は、自己の法律行為上の意思表示を正当な理由なく撤回しないように当事者を拘束している。しかし、契約締結が近いことについて相手方に期待が生じた後、交渉から正当な理由なく撤退したことの結果は、一貫して損害賠償のレベルで説明されるのであり、契約が締結されたと見なすという意味でまでは説明されることはない<sup>73)</sup>。

これらの考察は、立法者が申込みと承諾にふれるにあたり一般的に「意思表示」について語っている、日本民法典のかの規範を注意して読む助けとなる。

契約の成立時にかんしては日本民法典第526条の文言を検討しよう。ここには「ishi hyōji」という用語が含まれており、これについて既にこだわる機会を持ったのであるが<sup>74)</sup>、これは文字通りには「manifestazione di intenti 意思表示」を意味する。申込みと承諾に関連していることからすれば、「dichiarazione contrattuale 契約上の表明」とこの用語を訳することが自然であろう。しかし、我々の規律においては単なる「意思表示」であるところの表明に日本において認められている拘束力の意味を考慮すれば、たぶん、この語句の文字上の意味を維持して意思表示とこれを訳したほうが好ましいのである。

このような考察は、日本の法的ルールの翻訳に関するより一般的な問題へと通じ

るものである。

次に、多様なイタリアの語句でもって訳されることで変更を受けやすい語句を含む別の規定について検討しよう。しかるに実際のところ、翻訳者の選択が文字に忠実であるかそれともその話題の法的意味に思われる意味に忠実であるのかで揺れ動くのである。

「優等者への懸賞広告」を題材とする民法典第532条は、「広告に定めた行為をした者が数人ある場合において、その優等者のみに報酬を与えるべき時は、その広告は、応募の期間を定めたときに限り、その効力を有する。

前項の場合において、応募者中いずれの者の行為が優等であるかは、広告中に定めた者が判定し、広告中に判定をする者を定めなかったときは懸賞広告者が判定する。

応募者は、前項の判定に対して異議を述べる (*impugnare*. 字義通りでは *esprimere dissenso*) ことができない<sup>75)</sup>。

532条3項に定める「*impugnare* (異議を申し立てる)」という用語の選択は、異論の単なる表明 (*una mera manifestazione di dissenso*) は西洋のシステムでは法的意味を持たないことを考慮した結果である。

しかし、この場合に「*impugnare* (異議を申し立てる)」ではなく「*esprimere un dissenso* (異議を述べる)」という用語が使われているという事実は、たぶん、ある意義をもつのであり、この意義は、日本の用語のもつ共通の字義を我々の法文化により近い意味でもって置き換える翻訳の中で隠れたままになる可能性がある。

共同体感覚及び人間関係の実行における「*wa*」のルールの遵守は、異論の一般的な表明 (*la generica espressione di un dissenso*) であっても、異議の申立て (*impugnazione*) という形式的な訴訟行為の中で強化されないにもかかわらず、日本の法文化において重要性をもち得るという結論を正当化することができるであろう。

## 5. 日本の法律条文を翻訳するにあたっての問題

そのような規律に関する側面から浮かび上がってくるのは、日本の私法の中に発見しうる共同体感覚を超えて、法律条文の翻訳・解釈についての熟慮へと通じる考察である<sup>76)</sup>。

法的翻訳に関して、異なる言語に関わる二つの用語が、共通の意味において対応するものははっきりし得るが、法的意味においてはそうではないという事実、その

ために「言語的等価性と法的異質性」とを調整することで自滅するのであるが、その事実から真の問題が生じるのだということが強調されるのが常だとしても<sup>77)</sup>、日本の法律条文を翻訳する場合には、たぶん異なる問題が存在する。

我々が向かい合っているのは、明白な歴史的理由からフランス及びドイツにその原型をもつが故にイタリアの法システムに近い概念を日本語に翻訳している用語、それゆえ、対応するイタリアの法律用語への容易な翻訳に適している用語から構成される法システムである。これらのシステム間の概念上の近接性は問題を生じさせる。なぜなら、イタリア語への翻訳は、その中に、西洋の法的概念、それらの歴史、それらにより吸収されている社会・文化的側面が移入された、日本の表意文字法により表されているものの意味を見失わせる危険があるためである<sup>78)</sup>。ここでさて、日本の哲学言語に関して、長きにわたり日本の哲学に専念したイタリア人学者により指摘されたことを、繰り返すことができよう。すなわち、「たびたび西洋哲学と日本哲学との間の対話（しかし同じことが法律家にとって意味があることを付け加えておこう）は、双方の対話者が、同種の言語を用いているにもかかわらず、異なる前提条件をより重視している二様にとれる独演劇であることを、暴露している」<sup>79)</sup>。

この点において、日本の法律条文の解釈においては、字句への忠実性並びに日本の歴史、文化及び言語の専門家の助力が特別に重要なのである。これがなければ、それらの条件が法律条文の翻訳において一般的に有する重みを排除することになりかねない。

## 6. 交渉における「文化的仲介」の役割

ここまで検討してきたことから、合意を達成するため、そして文化的誤解にもつばら端を発するような争いを予防するために、自己の契約相手の視点を理解するという外国法の研究における特別の目的も、浮かび上がってくる。

このことがより現実味を帯びるのは、そのような文化的差異が、実定法ルールの中で明白にはかつ文言上は浮かび上がってこないときである。

日本法に関して、特に観察されるのは、既に序論で述べたように、日本の事業者と関係を築こうとするイタリアの事業者にとっての難しさであり、この難しさは、適切な市場調査によっても、契約に適用される法律の問題に関する研究によっても、完全な解決をみることはないものである。

時にはさらに障害が待ち伏せている。すなわち、説明不可能に長い交渉において、

我々の契約観念とはほとんど関係のない「合意」において、詳細に規律された契約がない場合や例えば信用状の送付による商品への支払いの保証がない場合でも契約の実行を要求されることにおいて。

イタリアのパートナーの側からは、交渉が過度に長いことや契約締結のために必要な情報以上の情報が要求されることに、文句がつけられる。類似のマニエリスムは、見かけ上は夢のようなものだが、日本法の精神の中に攻め込んだ場合にのみ、意味をもつのである。

時として過剰に優雅に包装される、書類の交換によって備えられる交渉の長期性は、強固なかつ完全な相互の信頼に基づいた連帯を築くことに向けられた「wa」というルールの実行という視点から見れば、具体的な理由付けを見いだすことができる<sup>80)</sup>。

ここで重要なのは、シヴィル・ローのシステム、特にフランスやドイツのシステムとのそれらの近接性の故に西洋の法律家を安心させる民法典中に含まれる一握りのルールを超えて、日本における契約法を理解するという意味での試みを成し遂げることである。

日本法の研究においては、非形式論者という方法論上の理由からのみでなく、法律の字句を超えて探し回るといった独特の必要性に気づくことになる。解釈者は、日本の規律の中に西洋のシステムにより移植された法概念を翻訳するために採用された用語の共通の意味に立ち返れという認識論による過度の要求を強く感じることになる。条文の前もっての理解に基づいている文化的な判決理由の核心へと向かいながら、法律の適用において裁判官がたどった傾向を考慮に入れる必要性に気づくことになる。市場で現に行われている慣行の根拠を調べる重要性に見舞われることになる。

細部にわたる契約の創設に基本的な重要性を与えないという日本において未だに実在する傾向は、契約の観念それ自体の中に説明を見いだすものであり、浅はかさを理由にしたり、便宜主義的な姿勢でもって状況を濫用できるようにとの企ての中に説明を見いだすものでもないのである。

我々は、日本人と細部にわたる契約を結ぶ可能性がないわけではない、とも述べた。

時には日本の契約相手は国際的標準契約に従うことを提案するであろうし、これに対して、時には文化の仲介者すなわち契約当事者双方の国の言語と文化に深く精通している人の仲裁を必要とするところもある。仲裁は、国際標準にのっとった契約締結に関する当事者の会談を可能にするのみならず、契約へのフレキシブルなア



アプローチに順応するチャンスを検討することを西洋の契約相手に可能にするためにも、結果的に役立ち得るであろう。

文化の仲介者は、イタリア民法典においても、取引の仲介者とは区別されるべきである。実際、この後者は、取引の締結を目的として二人あるいは一人の人と関係する主体である。これに対して、文化の仲介者は、通訳、取引の締結さらには運営をも目的として重要となる文化的側面に関する相談役という機能をも果たすのである。

ここから、民法典第1756条に定める仲介者は取引が締結された場合のみ報酬を求める権利をもつというルールは、単なる関係設定と比べてそれ以上の債務内容を有している文化の仲介者には、適用されないということになる<sup>81)</sup>。

取引の仲介者は、当事者の一方のコントロール及び指示という拘束の外では自律的に行動しなければならない<sup>82)</sup>。

これに対して文化の仲介者は概して、依存又は協同という拘束により当事者のうちの一人につながれながらこの者を援助するのである。

## 7. 「柔軟な契約」の観念への反射

今や日本の経済人は、拘束の内容において詳細かつ確固たる国際契約を締結するのに順応したと言うべきである。そうして、西洋人と日本人との契約における文化的仲介の衝撃は徐々に和らいできており、また、国際契約においては西洋の精神作法が圧倒してきている。それでも、西洋世界も契約の柔軟性という形を知っているのである。

日本の契約に特有の信義による再交渉の条項及び日本文化において警告されたような契約拘束の不確実性<sup>83)</sup>に言及することは、「関係的契約 (*Relational Contracts*)」理論、「不完全な合意 (*Incomplete Agreement*)」という考え、そして再交渉条項とのあまりに簡単な直喩をもちかけるものである。

「関係的契約」について語られるのは、契約当事者の頭の中に将来蓄えられるに至る知識や状況の状態に対応して関係のルールを徐々に決定することを可能とするという利点をもつ、会社間で一般に結ばれる将来の関係の構築に向けられた形式張らない合意に関してである。

しかし、問題となっているのは、法を超越した領域の中に、すなわち、契約当事者を誘導する経済利益の中に独自の力を見いだす拘束力なのである<sup>84)</sup>。

もう一つは「不完全な契約」という概念であるが、これもまた、将来の完全化に

向けられたものとしての柔軟な内容の契約という仮定に道を開けているように見える。

「不完全な契約」という概念は、経済言語から移入された専門用語に由来する。そこでは、不完全な契約とは、契約当事者の行為全てを世界のあり得る状態全てに結びつけず、また、例えば当事者により期待された儲けに影響を与えた状況を考慮しないような取引を意味しているのである<sup>85)</sup>。

これに対して、法的な不完全性について語られるのは、当事者によって十分に決定されなかったために補充に適している関係のルールに関してである<sup>86)</sup>。しかし、西洋の規律の中で、「法的に不完全な契約」について語る余地があるのだろうか<sup>87)</sup>。

また別の問題は、後の合意による契約内容の改訂に道を開く再交渉条項の問題である。ここでの問題は、そのような契約またはそのような条項の有効性ではなく、むしろ、そのような債務の執行力という側面及びその違反に関してあり得る効果に關係している。

しばらく前から、契約締結の後の段階で生じた事情により、契約内容を調整する条項の重要性が認められている<sup>88)</sup>。しかし、そのような債務に強制的な執行力を与えるためには、当事者や再交渉行為における当事者自治に代わる裁判官の統制経済政策的介入を認める必要がある<sup>89)</sup>。

そのような結論は、再交渉特約でもって合意により導入されるルールの実際性を損なうに終わることは、明らかである。さらにいっそう悪いことには、再交渉がうまくいかない場合には当事者が契約の解消を定めた場合には、再交渉条項は、もはや望まない拘束から逃れるためのカモフラージュとなり得る。

たぶん、唯一の答えは、この場合においても、合意の平面上にある。必要なのは、当事者が、調停人でもよいし、極端な事例や解決できない衝突がある事例においては、日本の契約の信義条項の中に見られるような仲裁者でもよいし、対立を解消する第三者への移送を定めることである<sup>90)</sup>。

だがやはり、このことは「柔軟な契約」の観念と一致しているように我々には見える。これは、国家の法及び裁判官の権力による介入と調和するものではなく、むしろ、実質主義が染み込んでおりそのために契約当事者の具体的利益により近い私的裁きと調和するものである<sup>91)</sup>。

---

1) 前置きが必要に思われる。本稿において目指しているのは、日本なるもの及び日本的なるもの一般的な確認である。二人の歴史家により最近観察されているように、「日本について及び日本人について話すことは、例えば、彼ら全てにおいては、国家、人民及び社

会を特徴付け、かつ、統一的尺度で、ある期間やある歴史的過程に完結した感覚を与えるような、共通かつ不動の要素を強調することを意味する。当然のまとめとして、いずれにせよ、幻想の一般的利用の中に包み込まれた複合的で多様な現実を軽視することを誘発してはならないのである。このように述べるのは、R. CAROLI F. GATTI, *Storia del Giappone*, Roma-Bari, 2007, p. XIII.

- 2) 知られているように、睦仁天皇により始められた西洋化政策に入ってしまったのは、19世紀後半であった。短期間で実行された西洋諸法に日本法を合わせようとする計画もその一翼を担ったのである。最初は、ポワソナード草案により、ナポレオン法典に合わせようとしていた。

次に、1800年代末には、この草案は、ドイツ法システムに同調して再検討された。このドイツ法システムは、日本法の上に、何人かの比較法学者が日本法システムを極東におけるドイツ法システムとして見なす傾向をもつほどの影響力を持ったのである。P. ARMINJON, B. E. NOLDE, M. WOLF, *Traité de droit comparé*, II, 1950, pp. 427-428. 参照。

明治時代における日本法に関する情報については、以下の文献参照。S. KAGAYAMA, *History of the Civil code of Japan and Comparison with the Uniform Law*, in [www.nomolog.nagoya-u.ac](http://www.nomolog.nagoya-u.ac); H. HIROSE, *Some thoughts on "Japanese" contract law*, in *E. U. Japan legal dialogue (contracts)*, cit.; M. ISHIMOTO, *L'influence du Code civil Français sur le droit civil japonais*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1954, 744; W. RÖHL, *Fremde Einflüsse im modernen japanischer Recht*, Berlin, 1979; C. R. STEVENS, *Modern Japanese Law as an Instrument of Comparison*, 19 Am., *J. Comp. L.*, 1971, 665; H. VON SENGER, *Über das Normenbewusstsein der Japaner*, in *ZfRvgl.*, 1981, 265.

最後に補充として、第二次世界大戦後に日本法が、立法による改正を通じて、あるいは、米国のシステムに近づいた裁判所及び学説による解釈を通じて、自らの概念に革新をどのように受けたのかを明らかにすることを忘れてはならない。D. KELEM E. C. SIBBIT, *The americanisation of Japanese Law*, 23 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 2002, 269.

日本法の発展については、以下の文献参照。G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, Torino, 2007, 特に, pp. 24-43, 77-105, 133-169, 357-385, 451-460.

- 3) しばらく前から「日本は、契約交渉において生じそうな異文化間の難しさを示す興味深い一例を示している」ことが指摘されてきた。このように述べるのは、L. DUBOIS, *Contracting in Japan: between trust and suspicion*, in *E. U. Japan legal dialogue (contracts)*, Kyoto, 1996 in [www.kclcl.or.jp](http://www.kclcl.or.jp)

加えて以下の文献参照。M. ZIMMERMAN, *Dealing with the Japanese*, London-Sidney, 1985. 1a ed, p. 19 ss.

- 4) だがやはり、法の解釈と適用との関係に密接に結びつける考察は重要である。G. ZACCARIA, *Tradurre e interpretare*, in *Ars interpretandi*, 2006, p. 199 が指摘するように、「法律言語は、判決及び評価の道具としての役目を果たしているという實際上逃れられない側面を含んでおり、その意味の中には、文脈上の要素と字句の内側の要素とが染み込んでいる。」

- 5) しばらく前から法学説は、翻訳と解釈との近接性を示してきた。「翻訳的解釈」という

観念について考えるものとして、E. BETTI, *Teoria generale dell' interpretazione*, vol. II, Milano, 1955, p. 660 ss. 参照。その論理においては、忠実な翻訳というのは、「話題に本質的な忠実さ」を示す翻訳のことである。現れている文体相互が同等であることでは十分ではなく、「著者の考えを再現する」ことが必要となる。法的な解釈と翻訳との関係についてより最近では、G. ZACCARIA, *op. loc. cit.*; S. PATTI, *Traduzione e interpretazione nell' unione europea: brevi appunti di un civilista*, in *Ars interpretandi*, 2003, p. 309.

特に Zaccaria によれば、翻訳において文脈上の要素と原文の中にある要素とを考慮する必要があるために、法律言語は実務的側面をそれ自体に含むとされる。類似の方向を示すのは、G. R. DE GROOT, *La traduzione di informazioni giuridiche*, in *Ars interpretandi*, 2000, p. 137 ss.; J. WRÓBLEWSKI, *Il problema della traduzione giuridica*, *ivi*, p. 155 ss.; T. MAZZARESE, *Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un' analogia ricorrente*, *ivi*, p. 165 ss.; J. BOYD WHITE, *Translation as a way of understanding the language of law*, in *Ordinary Language and Legal Language*, a cura di B. Pozzo, Milano, 2005, p. 81.

だがやはり P. RICOEUR, *Il paradigma della traduzione*, in *Ars interpretandi*, 2000, p. 1 によれば、翻訳という用語を想像するとき二つの仕方、すなわち、ある言語から他の言語への一つのメッセージの純粋な移し替えとして想像するという仕方と、ある言語的共同体の内部への解釈の同義語として想像するという仕方が存在するとされる。

- 6) このような考察は、西洋哲学の概念を表す日本の新造語が創出された方法に関して最近明言されていることに一致している。「アルファベットの音声表記言語からいわゆる表意文字法言語への変転は、辞書の見出し語だけ与えるのではなく、我々が検討し始めたように、その言語のある概念から他の概念への置き換えをもたらす...今日、日本の哲学言語において使用されている用語は、西洋においてそれら用語が用いられてきた感覚の解釈を基礎として、西洋言語から（特にドイツ語及び英語から）それら用語を翻訳することによって、案出されたのである」。このように言うのは、G. J. FORZANI, *I fiori del vuoto. Introduzione alla filosofia giapponese*, Torino, 2006, p. 18. フランスとドイツの法システムから多くを取り入れた新造語からなる日本の法律言語について、それと類似の結論を提示することができるように思われる。

7) giri, jori, wa に言及するつもりである。後述 2(1)を参照。

- 8) この問題は、西洋システムにおいてずっと論じられている法規範の概念という複雑なテーマへと広がるものである（以下の文献参照。R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. civ. comm. Cicu-Messineo*, vol. III, Milano, 1967, p. 253 ss.; Id., voce «Norma giuridica (tipi e classificazioni)», in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 154 ss.）。未だに以下の文献が出发点となることに変わりはない。N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958 e H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), tr. M. G. Losano, Torino, 1985. これらにおいては、立場の違いはあるにせよ、ルールの規範性のいくつかの横顔が解明されたのである。すなわち、ルールはある個別権力によって設定され又は認められてきたという事実、ルールは一定程度の義務づけをもつという事実、ルールを遵守させる権能が授けられたある権力の存在、ルール全体の潜在的な完璧性と一貫性、である。

さらにこの論争は、ソフト・レギュレーションの意味で理解されるいわゆるソフト・ローあるいは規制対象にとり拘束力なきルールを生み出す行為をテーマとした最近の議論によって活気づいている。この点につき以下の文献参照。A. SOMMA, *Soft law sed law Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell' Europa dei mercati e nella distruzione dell' Europa dei diritti*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, 437; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, p. 5. 最近再び、(命令にかかわりのある)義務的方法と(描写にかかわりのある)偶然的方法との対比が再検討された。A. FERRARA, *La forza dell' esempio*, Milano, 2008 参照。著者によれば、「そうであることの力」と「そうであるべきことの力」との間には、「いかにあるべきかということの力」が存在する。そうして、描写方法としての例は、命令の力を持つに至る。

- 9) 以下の文献参照。J. O. HALEY, *The Myth of the Reluctant Litigant*, in *Journal of Japanese Studies*, 1978, 4, p. 359 ss; H. ODA, *Japanese Law*, 2003, rist. 2<sup>ed.</sup>, p. 6; M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004, p. 216 ss.
- 10) J. O. HALLEY, *The spirit of japanese law*, London, 1999, 特に, p. 13 ss.
- 11) そのような意味で, T. KAWASHIMA, *Nihonjin no hō-ishiki* (Japanese law-consciousness), Tokyo, 1967, p. 130 ss. 及び, よりトーンが和らいでいるがこれに続く者として, H. TANAKA, *The role of law in Japanese society: comparisons with the West*, in *University of British Columbia Law Review*, 1985, pp. 285-298. より最近では, 日本において適法性の感覚は欠如していないことが主張されている。西洋のものとは異なる法感覚のみを持つのだとされる。M. OHKI, *Nihonjin no hō-kannen* (Japanese law-consciousness), Tokyo, 1983, p. 234. このような方向へと最近では, 幾人かの西洋の研究者も動いているように思われる。M. TIMOTEO, *op. loc. cit.* を見よ。
- 12) 日本における調停の簡単な歴史について及び文献の参照については, Y. TANIGUCHI e A. YAMADA, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, Milano, 2007, p. 274 ss. 参照。
- 13) T. KAWASHIMA, *op. cit.*, p. 139 ss. 参照。彼は, 争いに対する日本人の文化的な「嫌気」について述べている。より最近では, 一部結論が異なってはいるが, J. RAMSEYER, *Reluctant Litigant Revisited; Rationality and Disputes in Japan*, in *Journal of Japanese Studies*, 1988, p. 111; J. O. HALEY, *The Myth of the Reluctant Litigant*, cit., p. 372 ss. 彼は, 日本人が訴訟好きではないことは, 単なる神話にすぎず, これは, 文化的要因よりもむしろ司法システムの不十分さと関係があると結論づける。
- 14) T. KAWASHIMA, *op. loc. cit.* 日本における個人の権利の概念については, 「giri」と個人の権利との関係をテーマとする後述参照。
- 15) A. CHIANALE, voce *Giappone*, in *Noviss. Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 5. 我々の考えでは, それが今でも現に真実を表しているかのように, 論者によりその時代に考察されたことを述べることを我々は好むのである。「日本の法律家は, 自身の現在のシステムと自分の対話者のシステムとの間に存在している親密な関係を自覚して, 激しい論争を引き起こすことなしに, 西洋の仕事仲間に自己紹介しようとする...日本人により慎

みをもって扱われる諸概念の中に、jori が姿を見せるのである。これは、「recta ratio」と訳され、「シヴィル・ロー」システムにより認められている、法の一般原理に並べられるものである。

- 16) A. CHIANALE, *op. loc. cit.* を見よ。
- 17) W. RÖHL, *History of Law in Japan since 1868*, Leiden Boston, 2005, p. 731; ID., *Rechtsgeschichtliches zu jori*, in H. Menkhaus, *Das Japanische im japanischen Recht*, München, 1994, p. 39 ss.; T. BÖLIEKE, *Die Bedeutung der Begriff jori für die japanische Rechtsquellenlehre*, in *Journal of Japanese Law*, 1996, p. 7 ss.
- 18) そのような意味で、M. DEAN, *Japanese Legal System*, London-Sidney, 2002, p. 129 e 133 ss.
- 19) 徳川家康は著名な指導者であり有能な政治家であった。彼は関ヶ原の戦い(1600)の後1603年に天皇により将軍に任命された。厳格な封建制に基礎づけられた安定した組織の土台を据えることに初めて成功した。天皇家の役割は徐々に単純な象徴となった。1603年から1867年まで日本は、徳川家に属する将軍によって統治されたのであり、統治の本拠は江戸に置かれた。
- その時期の史的再現については、R. CAROLI F. GATTI, *op. cit.*, p. 95 ss.; A. NAITO, *Edo, the city that became Tokyo: an illustrated history*, Trad. N. M. Horton, Tokyo, 2003.
- 20) 以下の文献参照。S. SAKURAI, *On to giri (On and giri)*, Tokyo, 1961, pp. 278-282; S. YASUDA, *Giri ni tsuite: nihon-shakai-ron nōto*, (Studies on giri: notes on Japanese social theory), in *Gendai Shakaigaku (Modern Sociology)*, 1974, p. 179 ss. 「giri」概念に関して中心的なものは、人類学の著作である。R. BENEDICT, *The Chrysanthemum and the Sword*, Boston, 1946, 特に、p. 133 ss.
- 21) 法(diritto)と「giri」との関係については、K. ROKUMOTO, *Hō-shakai-gaku (Legal sociology)*, Tokyo, 1986, pp. 223-227 を見よ。
- 22) T. INAKO *Nihon-hō-nyūmon (An introduction to Japanese law)*, Kyoto, 1981, p. 131 ss.
- 23) 日本の演劇の歴史については、M. MUCCIOLI, *Il teatro giapponese*, Milano, 1962, p. 138 ss. を見よ。江戸時代では(1600-1868), 古典演劇(nō), 古典喜劇(kyōgen), 大衆演劇(kabuki)及び人形芝居劇(jōruri)とに分類することができる。
- 近代においては(1868年以降), 演劇も西洋的な芸術表現様式の影響を受けたのであり、日本の作家は古い文化とそれらを融合して改訂する能力をもっていたのである。
- 24) このように言うのは、M. MUCCIOLI, *op. cit.*, p. 7. この意味のことを既に一人の著名な日本研究者は述べていた。B. H. CHAMBERLAIN, *Moeurs et Coutumes du Japon*, Paris, 1931, p. 435.
- 25) M. MUCCIOLI, *op. cit.*, p. 180 ss.
- 26) この話題は前置きを要する。日本の人形芝居劇は、西洋のそれでもって見られるものとはほとんど異なっている。子供のための美術的な様式ではなく、大人のための描写の様式をもっており、実物大に近い人形の独自の解剖学的完璧さ、興行に向けてのその土地の意気込み、及び作品の技術と実行が、それを特徴づけている。M. MUCCIOLI, *op. cit.*, p. 135 ss. 参照。

- 27) C. MONZAEMON, *The Courier for Hades, (Meido no hikyaku)* 1711, tradotto in inglese da A. Miyamori e rivisto da R. Nichols, Cambridge (Ontario), 2000.
- 28) C. MONZAEMON, *Doppio suicidio d'amore a Sonezaki (Sonezaki shinju)* 1703, trad. italiana *Gli amanti suicidi di Sonezaki*, in M. Muccioli, *op. cit.*, p. 455 ss.
- 29) C. MONZAEMON, *op. ult. cit.*, p. 474.
- 30) M. MUCCIOLI, *op. cit.*, p. 131.
- 31) IHARA SAIKAKU, *Tales of Samurai Honor (Buke Giri Monogatari)* 1688, tradotto in inglese da Caryl Ann Callahan, Tokyo, 1981.
- 32) この点については, E. M. KRAMER e R. IKEDA, *What is a "Japanese"? Culture, Diversity and Social Armony in Japan*, in *Postmodernism and Race*, a cura di Erik Mark Kramer, Westport-CT, 1997, p. 79 ss. 参照。
- 33) この点については, 詳しくは M. MUCCIOLI, *op. cit.*, p. 79. 参照。
- 34) Supreme Court of Japan 2. 4. 1997, in <http://www.courts.go.jp/english/judgments/index.html>
- 35) Supreme Court of Japan 1. 6. 1988, in <http://www.courts.go.jp/english/judgments/index.html>
- 36) 日本の研究者は時に, どのように法廷が個人の権利よりもむしろ社会的利益に上位の重要性を与えているかを明らかにしてきた。K. SATŌ, *Kenpō (The Constitution)*, Tokyo, 1990, p. 5 参照。
- 37) Y. TANIGUCHI e A. YAMADA, *op. cit.*, p. 278 ss.
- 38) この点に関する西洋の研究者たちの傾向については, J. O. HALLEY, *op. cit.*, pp. 32 ss. e 208 ss. による叙述を見よ。
- 39) H. ODA, *op. cit.*, p. 78 ss.
- 40) T. KAWASHIMA, *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, in *Law in Japan. The Legal Order in Changing Society*, a cura di Taylor von Mehren, Cambridge, Massachusetts, 1963, p. 52 ss 参照。しかし, 川島自身が気づいているように, 最近になって, ADR への申し立ては, 経済的理由のために (一つの争いにかかる費用の計算を企業に可能とするという目的のために規格化された決定の必要性), 文化的理由のために (日本人が自らの権利を大いに自覚したこと) 見直しを受けた。
- 41) H. ODA, *op. cit.*, p. 76.
- 42) K. RYŪZAKI, *Saiban to giri-ninjō (Litigation and giri-humanity)*. Tokyo, 1988, p. 2 ss.
- 43) M. D. WEST, *Law in Everyday Japan*. Chicago-London, 2005, p. 115.
- 44) Cfr. T. INOUE, *Seken-tei no kōzō (The structure of social appearances)*, Tokyo, 1977, p. 91.
- 45) 法と ADR の関係については, 特に以下の論文を参照。R. CALVO SOLER e J. FERRER BELTRÁN, *Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico*, in *L'altra giustizia*, cit., p. 112 ss.; P. H. LINDBLOM, *La risoluzione alternative delle controversie L'oppio del sistema giuridico?*, ivi, p. 227 ss.
- 46) 西洋の法律家ははまだアンティゴネとクレオンの伝説と対比している。M. F. RABAGLIETTI, *Diritto e legge nell'intramontabile mito di Antigone e Creonte*, Torino, 2000.

- 47) Y. SHIBASAKI, *Life and law are different in Japan the difficulty of internazionalization, in The Eu-Japan legal dialogue (contracts)*, cit.
- 48) G. RAHN, *Cultural Differences and Doing Business in Europe and Japan, in The Eu-Japan legal dialogue (contracts)*, cit.
- 49) buona fede という用語は, shingi 信義でもって日本語に再現されている。意義深いのは, 「buona fede」(shingi) の表意文字は, 「giri」義理の表意文字と部分的に同一であるということである。実際, 二つの用語は「gi」義という表意文字を共に有するのである。
- 50) Supreme Court of Japan, 28.3.2002, in <http://www.courts.go.jp/english/judgments/index.html>
- 51) この判決は外国から英語では読むことができない。K. YAMAGUCHI, *The limited enforceability of Termination and Non Renewal Clauses in Japan, in The Eu-Japan legal dialogue (contracts)*, cit. により, 事実及び判決理由について詳細に叙述されている。
- 52) この点について, T. KAWASHIMA, *The legal consciousness of contract in Japan, in Japanese law and legal theory*, a cura di K. Fujikura, Aldershot, Singapore, Sydney, 1996, p. 35 ss.
- 53) 別の用いられている書式は, “Both parties shall use their best efforts to resolve by mutual negotiation and agreement any disputes, controversies and differences which may occur between the parties in connection with this agreement. If such negotiation does not result in a settlement of such disputes, controversies or differences within \_\_\_\_ days, they shall be exclusively and finally resolved through binding arbitration which (i) if requested by party A (e.g. American corporation), shall be conducted in Tokyo in accordance with the rules of the Japan Commercial Arbitration Association and (ii) if requested by party B (Japanese corporation), shall be held in New York in accordance with the rules of the American Arbitration Association.”
- 54) T. KAWASHIMA *op. loc. cit.* 参照。詳細については後述3を見よ。
- 55) Y. NODA, *Japanese Law Studies, Paris, 1966*, p. 54.
- 56) 注52)を見よ。
- 57) T. KAWASHIMA, *op. loc. citt.* イタリアでは, いわゆる不完全な契約という問題に最近専念している幾人かの学者がこの現象を確認した。D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 51.
- 58) H. ODA, *op. cit.*, p. 186.
- 59) 後述参照。
- 60) G. RAHN, *op. loc. cit.* 参照。しかし, E. HOSHINO, *The contemporary contract, in Japanese law and legal theory*, cit., p. 41 ss. 参照。
- 61) 既にこのような意味で, T. KAWASHIMA, *Dispute Resolution in Contemporary Japan, in Law in Japan. The Legal Order in Changing Society*, cit., p. 58. を見よ。
- 62) D. VELLEKOOP, *Bringing the gap between different legal business cultures, in The Eu-Japan legal dialogue (contracts)*, cit.
- 63) 注55) 及び56) を見よ。



- 64) 注50)及び51)を見よ。
- 65) Marco Del Bene 訳（訳者注 以下では、日本の法律条文について Marco Del Bene によりイタリア語に翻訳された原文を日本の法律条文の通りに本文に掲載している）
- 66) 注2)を見よ。
- 67) 日本商法典第501条以下は、利益を得て動産若しくは不動産に関する権利の譲渡を行為の目的とする商行為を規律する。
- 68) この翻訳は Roderick H. Seeman により編集されたものであるが、以下のサイトで読むことができる。www.japanlaw.info。
- 69) 注50)及び51)を見よ。
- 70) この点については特に以下を参照されたい。L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giornale dir. lav. e rel. Ind.*, 1990, I, p. 7: 「民法においては、契約というのは、単に、関係を設立する行為であるというのみでなく、契約に関する規則の第一の法源でもある...これに対して、労働法においては、契約は、労働の給付を強いるものであり、労働する債務を創り出すものであるが、これを支配するものではない。これは、主として他律的な法源、法律規範及び団体協的規範によって規制されている。」
- しばらく前から労働法学は、「弱い労働者を保護する必要性でもって元來動機づけられた契約自治の縮減は、関係者たる主体の弱さという立場との（いわば）遺伝的連結も、そのためにこれが理論づけられたところの目的との機能的連結も、途上で失っている」ことに気づいていた。このように述べるのは、P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, p. 28.
- 71) G. AMADIO, *Nullità del contratto e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 299 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 521; P. M. PUTTI, *L'invalidità dei contratti*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 603 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 99 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 39; A. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. Impr.*, 1991, p. 556 ss.
- 72) 契約前の責任の契約性に関しては、G. HAUPT, *Über faktische Vertrag-verhältnisse*, Lipzia, 1941. イタリアでその理論の再利用を行ったのは、L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale, nota a Cass. 5.5.1955, n. 1259 e a Trib. Roma 24.1.1955*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 370. より最近では、C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 2a ed., p. 194 ss.
- 73) Cass. 5.8.2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, I, 669.
- 74) 前述参照。
- 75) Marco Del Bene 訳。
- 76) 注4)を見よ。

77) そのように言うのは, R. CAPONI, *Interpretazione, traduzione e comparazione*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2004, p. 11. また, C. CASTRONOVO, *Traduzione dalla prassi all'idea*, in *Amicitiae pignus*, a cura di Padoa Schioppa, Villata, Masseto, Milano, 2003, p. 225 の指摘によれば, 翻訳は, 感覚すなわち特別の拘束につながれた解釈活動という認識活動を示している, すなわち, 「よりよい仕方での意味するところを翻訳することができる程度に, その中で再び言語上のしかし最初とは違う解釈の結果を見つけるに至るような, 言語上曖昧な宙ぶらりんの状態からそれ自体の意味へとその意味するところを戻すことができる程度に, 言語上対応したものを発見すること」を示している。

このテーマは翻訳の正当性に関係している。実際, ある言葉の他の言葉への翻訳はそれら二つの言葉が同じ概念を表している程度で可能だと言える。そのような主張によれば, これを狭義で採用するなら, 日本の法律条文は基本的に翻訳できないことなる。何人かは, 言語の弾力性の中に翻訳者の同盟者を見出している。このように言うのは, R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, p. 125. 注意すべきなのは, 日本語の特徴はまさにその極度の弾力性であることに就いてであり, いくつかの事例においては用語の多義性がその原因となっている。KAWASHIMA, *Nihonjin no hō-ishiki* (Japanese law-consciousness), cit., pp. 37-40.

他の何人かは, 翻訳の正当性の限界は, 「本質における一致」の中にあると主張した。このように言うのは, G. R. DE GROOT, *op. cit.*, p. 139. これを欠くならば, 有効性認定の活動を要するであろう。そのような意味で, R. SACCO, *La traduzione giuridica*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli e di P. Di Lucia, prefazione di M. Jori, Milano, 1994, p. 490.

78) 注5)を見よ。

79) G. J. FORZANI, *op. cit.*, p. 129.

80) 書類の要求に関しては, いくつかの考察をなす必要がある。日本民法典による契約は, 厳密な無方式により定められるが, 実際には, 書かれた文書あるいは手付金名目での金銭の引渡しがあって, 拘束力が感じられるのである。

その点に関して T. KAWASHIMA, *The Legal Consciousness of Contract in Japan*, cit., p. 22 は, 「当事者はむき出しの相互の同意によって拘束されるのではない。手付金や書類があるとき, 拘束されるのである」と指摘する。

だがしかし, 契約の成立に関する部分において日本の民法典の原語での条文に注意したならば, 「承諾の通知」を受領した時が重視されているという結果に至る。

実際, 第522条は, 「前条第1項の申込みに対する承諾の通知が同項の期間の経過後に到達した場合であっても, 通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは, 申込者は, 遅滞なく, 相手方に対してその延着の通知を発ししなければならない。ただし, その到達前に遅延の通知を発したときは, この限りでない。

2 申込者が前項本文の延着の通知を怠ったときは, 承諾の通知は, 前条第1項の期間内に到達したものとみなす」(Marco del Beneによる仮訳)ことを認めている。

また第526条も, 「隔地者間の契約は, 承諾の通知を発した時に成立する」(Marco del

Bene による仮訳）ことを認めている。

- 81) 仲介者の手数料を求める権利及び仲介者の責任については、特に以下の文献を見よ。A. ZACCARIA, *La mediazione*, in *Comm.Cod. Civ. Schlesinger*, Milano, 1992, p. 92 ss.; G. DI CHIO, voce *Mediazione e mediatori*, in *Dig. Disc. Priv.- Sez. comm...*, Vol. IX, Torino, 1993, p. 590 ss.
- 82) 判例においては一般に、仲介者の公平性と無欲について語られる。最近の Cass., 19.10.2007, n. 22000, *Giur. it.*, 2008, 1683 を見よ。
- 83) 注54) 及び55) を見よ。
- 84) 特に, MACAULEY, *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *Am. Soc. Rev.*, 28 (1963), p. 55 参照。最近では, BAKER, GIBBONS, MURPHY, *Relational contracts and the theory of the Firm*, June 2, 2001, in <http://econ-www.mit.edu/files/1052>.  
それゆえに「関係的契約」は契約から、そしてまた交渉段階におけるその他の合意からも区別されるのである。「関係的契約」の場合に我々が考慮しているのは、法的規律のレベル上の拘束力を欠いた単なる条件なのである。「時として」我々が言うのは、なぜ我々は、相当な流動性により特徴付けられる現象の前にいるのか、ということである。これは、抽象的な要件事実の中で簡単に「制御」されるがままにはならないのである。
- 85) 最近経済的不完全性の理論を契約観念に結びつけてきた学者のなかでも, A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreement and Judicial Strategies*, in *J. Legal Stud.* 21 (1992), p. 271 ss.; A. SCHWARTZ J. WATSON, *The Law and Economics of Costly Contracting*, in *J.L. ECON. & ORG.*, 2004 (2), p. 20; R. E. SCOTT, *The Law and Economics of incomplete contracts*, in *Annual review of Law and social science*, 2006 (2), p. 279 を見よ。
- 86) イタリアでは、このテーマは特に, G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2001, p. 67. による完璧かつ広められた研究によって取り組まれた。特に最近ではこのテーマについては, A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005. 特に外国文献は増えている。前述注を見よ。

狭い意味での不完全な契約を我々の規律に導入することの容認可能性については、民法典第1346条に関して形成された判例を参照することができる。我々の最高裁により最近にも明言されたように、「債務の目的の確実性あるいは確定可能性の要求は、契約行為の具体性が基本的に必要であることを、表している。なぜなら当事者は負担した約束あるいは自己の具体的な決定のための基準を知る必要があるからであり、このことは、給付の程度が自由裁量により確定されたり、正当な正確な条件を前にするとしても、当事者の一方のみにより確定される可能性があることによって、脅かされ得るのである」。このように述べるのは最近の Cass., 29.02.2008, n. 5513. 2008, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 57. その前には, Cass. 19. 3. 2007, n. 6519, in *Foro it.*, 2007, 1699, con nota di G. BELLANTUONO, *Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale*; Cass. 8. 11. 1997, n. 11003, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2889, con nota di S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*

- 87) この点について D. VALENTINO, *op. cit.*, p. 509 ss. 著者は特に、不完全な契約の問題は、イタリアの学説によって位置づけられているように、契約目的の表現の問題であることを強調する。不完全な契約に価値を認めるという問題は、主として、契約目的の確定可能性の狭い概念に結びつけられる(前述注84)を見よ)。そこで、前述の著者は鋭く、「全ヨーロッパの規律の中に概念上存在していない要素をもつべき意義について今日議論し続けることは、保護に値する利益を保護するために作られた道具だてが重要であるという視覚を失わせるものである。規律が集中するプロセスの中で再び衝突したいのならば、我々の伝統の道具が、等しく有効でありかつ他の文脈の中で《テストされている》他のメカニズムに《道を譲り》得ることに同意すべきことになるう」(P. 510)と指摘する。
- 88) F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 参照。
- 89) 再交渉義務の強制執行について批判的なのは、A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 682.
- 90) 注20)を見よ。
- 91) 「仲裁は、...裁く人と裁かれる人との関係の、人間らしい雰囲気、場所及び方法である。」このように言うのは、S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 3° ed., p. XIX. 「国家によらない裁き」の観念については以下参照。R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 667; ID., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 165 ss.

### 【訳者後書き】

論文の原タイトルは、「L'idea di contratto nello spirito della cultura giuridica giapponese」。

サラ・ランディーニ(Sara Landini)氏は、イタリア共和国フィレンツェ大学法学部研究員である。教鞭もっており法学博士で弁護士資格ももつ。1972年フィレンツェ生まれ。専門は、民法・保険法。主著として、「Assicurazione e responsabilità, Milano, 2004」。

訳者が2005年度にフィレンツェ大学での在外研究の機会を得た際に、ランディーニ氏は公私に渡り交流を深めた。その後もフィレンツェ大学とは交流が続いており、同大学で訳者の受入教授となっていたいただいたジョヴァンニ・フルジウエレ(Giovanni Furguiele)教授により、日本契約法の研究が始められ、訳者も2008年にフィレンツェ大学で日本の消費者法を紹介する報告を行ったが、ランディーニ氏はこの研究において中心的な役割を担っている人物である。これを契機として同氏は日本法への興味を深め、本論文はその研究成果の第1弾といえよう。なお、本論文はイタリアでの公表のために執筆されたものであり、イタリアにおいても同タイトルでイタリア語により、法律雑誌「Contratto e Impresa/

Europa」に掲載予定である。

日本での滞在経験のない外国人研究者による日本法の研究を日本語により日本で公表するという事は多くの例を見ないが、従来民法分野において日本とイタリアとの交流はほとんどなかったこと、従来イタリアではほとんど研究対象とされてこなかった日本民法に関してイタリア人研究者が検討していること、イタリアで同論文の公表が予定されていること、ランディーニ氏も日本語への翻訳により日本人研究者との交流が活発化することを望んでいること、以上を考慮して、民法分野におけるイタリアと日本との交流の一助となればと思い、ここに日本語に翻訳し公表する次第である。