

連合王国における不当利得論争について

齋

藤

彰

第一章 はじめに

第二章 イングランドにおける不当利得論争について

第一節 論争発生の基盤について

第二節 不当利得論争の展開

第三節 不当利得論争の顕在的意義と潜在的意義

第一項 大陸法的伝統の誘惑

第二項 大学法律学復興の夢

第四節 イングランド法律学の伝統と成熟

第五節 成果——貴族院による「不当利得法」の承認

第六節 イングランド以外の法システムとの議論の連携

第七節 法律委員会による不当利得法改革の動き

第八節 イングランドにおける法律学の欧州化について

第一項 不当利得論争の特徴

第二項 その他の注目すべき現象

第三章 スコットランドにおける「不当利得論争」の波及と独自の展開

第一節 Birt'sの法システムを超越した活躍

第二節 ローマ法的伝統の復活を目指す動きとの融合

第三節 Institution Writersの復権?

第四節 スコットランド法律委員会の活動

第四章 国際私法への議論の波及

第一節 不当利得の法選択規則をめぐって

第二節 ブラッセル条約の混乱

第五章 結論——不当利得論争とその未来

## 第一章 はじめに

本稿は、近時の連合王国<sup>(1)</sup>における不当利得をめぐる論争について鳥瞰的に概要を把握することを目的とする。すでに議論は、解釈論の細部にまで浸透してきているが、そうした詳細について論じることが直接の目的ではない。また、本稿における筆者の基本的なスタンスは、民法研究者や国際私法研究者としてのそれではなく、むしろ比較法研究者としての視点に比重をおいているといつてよい。この研究に首を突っ込んだ直接の動機は、国際私法に關しての性質決定問題一つの各論的研究として性質決定における契約と不法行為の關係を、特に欧州連合における法の統一・協調の進展との関連から、そこにおいて生じているであろう現象の展開を分析することにより、何らかの新たな方向性を探ろうとしたことにある。<sup>(3)</sup> 具体的には、国際私法の分野にのなかで、特に法の統一が優先的に行われてきている契約抵触法とそれと隣接する法領域である不法行為法抵触法との間で、統一法によりカバーされる領域とそれ以外の領域との区分について必ず現実的な問題が発生しているはずであり、そうした問題をめぐる欧州の議論の進展狀況を中心に調査研究することを目論んでいた。

しかし、在外研究の機会を与えられ、九六年春に連合王国に實際に到着して現地の研究者と接したり情報を収集しているうちに、計画していた研究課題に關連して筆者の予測をこえた非常に重要な狀況が進展してきていることが判明した。一つは、連合王国においてここ十年ほどの間に實質法において最も活発な議論を誘発してきた不当利得法の体系化の急展開である。そして、現在では不当利得に關する国際私法問題についても非常に關心が高まりつつあり、そこにおいて筆者が課題としてきた契約や不法行為との関連で、不当利得を国際私法上どのように処理していくべき

かといった非常に複雑で困難な問題に関して本格的な議論が開始されつつあることも明らかとなった。(しかし、後者の点については稿を改めて詳細に論ずることにする。)

当初は、不当利得を契約・不法行為に隣接する第三の民事責任として、しっかりと確立することが目標とされていたが、現在、この議論の高まりは実践論の問題解決のレベルをこえて、これまでの連合王国の法律学の基盤を揺るがすまでのマグニチュードを有するに至ったようにさえみえる。また、それとは異なった局面に関して、欧州共同体の外国判決承認執行に関するブラッセル条約<sup>(4)</sup>が定める管轄原因をめぐり、不当利得の性質決定に関する欧州裁判所の判例の混迷とそれをめぐる学説による議論の混乱という、非常に現実的で差し迫った問題が急浮上してきている。

理論的な側面から、大陸法国においては、それぞれに法制史的な展開は異なるもの<sup>(5)</sup>の不当利得という民事責任の概念が一般的なものとして今日では認められているのに対して、イングランドにおいてはそれが確立していなかったことが議論が開始された一般的な理由として指摘できよう。しかし、実践性を重要視するイングランド法律学の伝統を考えると、こうした議論の盛り上がり<sup>(6)</sup>をそれだけで説明することは困難である。結局のところ、これもイングランドの学説史における現象の一つであり、一般に歴史的な現象の原因を一点に求めることが非現実的であるのと同様に、ここにおいても一つの明確な原因だけでこの現象を説明してしまうことは不可能であると思われる。現在でもまだ進捗を続けているこうした議論の原因の分析としては、その出発点に関連するいくつかの要因を指摘するに止まらざるを得ない。さらに踏み込んだ分析はこうした現象が終焉しその全てを視野にいれることが可能となつて、はじめて正確に行えるものであろう。実際に、現時点においてもこの議論はどこまで膨らんでいくのか、今後どのような変化をイングランド法にもたらすのかについては、筆者の能力においては、確信のある予測をすることは不可能に近い。

本稿においては、したがって、現在進行中の現象をできるかぎり臨場感をもって読者に伝えることを主たる目的としたい。しかし、その限りにおいても、筆者の直感や推測に依存しなければならぬ場面も多いし、大胆すぎる推断も時として必要となろう。筆者の議論は、専門の英米法研究者の目には、あまりにもラフで実証不十分であると写ることであろう。そのことにより本稿が誤りを含む危険性は常にあり、筆者は、当然、その全責任を負うものである。多くの方々から忌憚のない批判をいただくことにより、自らの誤りに気付く機会を与えていただけることを心より望む次第である。

したがって、以上から明らかなように、本稿は、現時点における筆者の個人的見解に基づく連合王国における「不当利得論争」の素描である。そうした不完全なものに止まることを承知の上で本稿をあえて書くこと目的は、連合王国の法律学史におけるこの大事件を、とりあえず自分の能力の範囲で、情報提供（あるいは報道といった方が正確かもしれない）する義務を果たすことにある。不正確な著述は確かにミスリーディングをおかす可能性が高い。しかし、これほど重大な事態の展開を目の当たりにしながら正確を期して何も書かないことは、さらに重大なミスリーディングともなり得るのではないだろうか。これが本稿を書くことについての筆者なりの釈明である。

## 第二章 イングランドにおける不当利得論争について

### 第一節 論争発生の基盤について

連合王国において、ここ十年ほどの間に「不当利得」を一つのまとまった法領域として捉えようという動きが大変活発に行われており、その勢いは止まるところ知らない。この論争の火付け役を果たしたのは、現在貴族院の裁判官

である Lord Goff とケンブリッジ大学の Jones 教授であり、彼らは連合王国最初の不当利得についての体系書である *The Law of Restitution* の初版を一九六六年に刊行した。<sup>(6)</sup>

しかし、それよりはるか前の一九三七年に、アメリカ合衆国においては不当利得法リステイトメントが刊行されており、その中には、一般的に不当利得を訴訟原因 cause of action として認める条項がすでに設けられていた。<sup>(7)</sup> すなわち、その §1 は次のように定める。

「他人の出捐によって不当に利得した者は、返還 restitution をしなければならぬ。」

イングランドにおいても、実は、すでに一七世紀の段階において Lord Mansfield が「こうした訴訟における要点は、被告がその事件の状況において、自然的正義と衡平の拘束により、その金銭を払い戻す義務を負うということである」<sup>(8)</sup>として、一般的な不当利得法理を認める見解を示していた。しかし、この見解はその後の多くの判決において批判されることとなった。その詳細に立ち入ることは控えるが、要するに、イングランド判例法の伝統の申し子である後の多くの裁判官達には、Lord Mansfield の法理があまりにも漠然としているように思われたであろう。こうしたイングランド法のメンタリティは現在における不当利得論争においても見られるものであり、アカデミクスによる華やかな不当利得論争を冷めた目で傍観している Silent Majority——それは裁判官等の法律実務家のみに止まらず法律研究者の中にも少なからず見ることができ——を今日でも強く支配するものであるように思われる。

そうした状況下では、現在の不当利得学説が扱っているような事例は、様々な法の領域の中に寸断されたかたちで点在することならざるを得なかった。契約法上の義務を擬制するかたちで「準契約 Quasi Contract」というカテ

ゴリーで扱われたり、信託法や物権法のなかでそれぞれが互いにまったく関連のない事例として扱われることにより、それらは個別的な解決に服するわけである。とくに、準契約という法概念は、その過度の擬制とミスリーディングな用語法のためにその後のイングランド法の合理的な発展を阻害することになったとして、Peter Birks による法制度史の見地からの徹底した批判を受けることになり、それがその後の不当利得論争に一つの強固な正当性を与えることになる。

## 第二節 不当利得論争の展開

Goff & Jones の先行業績を最大限に活用して、論理的側面から不当利得論争に火を付け、その後もこの論争の立て役者を演じ続けているのが元エディンバラ大学法学部ローマ法講座の教授であった Peter Birks である。彼が不当利得に関する著作を発表し始めたのは一九七〇年頃からであると思われるが、八〇年代前半からすでにスコットランド法の枠を超越して、イングランドの研究者達と不当利得をめぐる激しい論争を展開している。Birks の論争において最も印象的なのが、特にわが国でも支持者の多い P. S. Atiyah の学説に対するものであると思われる。Birks は、Atiyah の代表作である *The Rise and Fall of Freedom of Contract* における主要な主張である——契約・不法行為準契約といった各民事責任の区別は次第に不明確になり意義を失ってきている——という点をとらえて、正面から攻撃をしかける<sup>(11)</sup>。不当利得を独自の訴訟原因として確立することを目指す Birks にとっては、契約・不法行為・不当利得という民事責任の三本柱がしっかりと論理的に自立することが必要であり、契約と不法行為の融合現象が強調されることはその大きな障害となると考えたであろうことはみやすい道理である。この Birks の主張に、さらに緻密な

論理構成によって援護射撃を加えたのが Andrew Burrows である。当時マンチェスター大学法学部の講師であった Burrows は、一九八三年に発表した論文<sup>(13)</sup>において、契約・不法行為・不当利得という民事責任の区分の基本的妥当性を、それぞれの制度の保護利益の違いから論理的に説明し、Atiyah の学説の批判のためにその内の一章をあてて総攻撃をしかけ、期待利益の保護が今日でも契約という法制度において最重要なものであることを強力に主張する<sup>(14)</sup>。そして、次のように結論する。

Atiyah の見解を要するに、自由放任主義のリベラルな国家から父権的な福祉社会へとシフトしたことを法律が反映すべきであると彼が言うのは正しいが、拘束力のある約束の違反に対する期待利益の保護を攻撃するのは根本的に誤り fundamentally wrong であると思われる<sup>(15)</sup>。

この議論には現在でもまだ決着はついていない。Atiyah 自身による Birks, Burrows への徹底した反論<sup>(16)</sup>があり、Atiyah を支持する Hedley の一連の論文<sup>(17)</sup>がある一方で、Goff & Jones は Burrows の見解を支持している<sup>(18)</sup>。また、最近では Friedmann により基本的には Burrows と同様の見解が示されている<sup>(19)</sup>。

この論争についての筆者の感想は次の通りである。これまでの民事責任体系の常識に対するアンチ・テーゼとして、Glinore や Atiyah といった卓越した才能を有するアカデミクスが提示した民事責任の融合論は、その鮮やかな分析と洞察において世界中の多くの法律研究者を魅了したといえようが、やはり伝統的な契約・不法行為の二分法は基本的に維持されるべきではないかという考え方が一般的には非常に根強かったのではないであろうか？ それをうまく捉え、新たに不当利得を加えた三分法を明確な議論を打ち出したのが Birks であり Burrows であると思われる。

### 第三節 不当利得論争の顕在的意義と潜在的意義

この論争は、確かに、不当利得法を独立した法制度として確立するという実益を指向したものであると表面的には評価できる。しかし、個別的な場面における具体的解決の不都合に対する批判は、少なくとも論争の当初においては意外に中心的な論点とはなっておらず、抽象的な理念をめぐっての論争が中心として展開されてきた。最大の成果とされる貴族院の二判決も、後述のように、具体的な解決をめぐる論争というよりは、一般的な不当利得法理の判例による理論的な承認に重心が置かれていたように思われる。とくに九一年の *Lipkin Gorman* 判決については、そうした意味合いが極めて強い。

#### 第一項 大陸法的伝統の誘惑

しかし、この二人はそれ以上のものをイングランド法に持ち込んだ。それは、これまではイングランド法律学において暗黙のうちに戒められてきた演繹的な解釈論の展開方法であると思われる。とくにローマ法のバックグラウンドをもつ *Birks* が、そうした方法をイングランド法律学に持ち込もうとする目的を有していたことは、論争の早い段階から明白であったように思われる。欧州において法の統合の必要が自覚されるなかで、イングランドにおける大陸法に対するこれまでにない関心の高まりと、その整序された体系へのある種の羨望を、彼らは追い風として最大限に利用することに成功したといえよう。少なくとも *Birks* に関して、この作戦は周到に仕組まれた意図的なものであったと思われる。

*Aryah* はその革新的な発想においてイングランド法律学において常に異彩をはなつ存在であり、柔軟に大陸法的発想をも取り入れながらもその分析は常に英米法的な実証性とクールさに特徴づけられるように、少なくとも筆者に

は思われる。Atiyah は、イングランド法において生じている現象を表面的な法理論によるのではなく、より深い現実主義的な分析を行うことにより、その時代の社会経済的状况の中で真に法律が目指そうとしている方向を明確に指摘することが法律学者としての使命であると考へてきたように思われる。<sup>(20)</sup>これに対して Biers の持ち込んだものは、演繹的な論理的―貫性を武器として戦うホットな大陸法的法律学の伝統であつたといえよう。そこには、明らかにこれからの法律の方向性を理論の側から誘導していこうとする意図が見受けられる。<sup>(21)</sup>この熱が、不当利得論争において、とくにオックスブリッジを中心とする大学の属する法律研究者を駆り立てたとすれば、それはある意味で当然の帰結であろう。大胆に私見を述べれば、これこそが、Biers 及び不当利得論争がイングランド法に与えた最大の歴史的意義となるのではないかと予測する。

## 第二項 大学法律学復興の夢

Biers は、また、それまでのイングランド法の伝統において比較的軽く見られていた大学法律学のある種の抑鬱とコンプレックスを巧みに利用したともいえよう。<sup>(22)</sup>イングランド法はローマ法を継受していないとする見解が強いが、<sup>(23)</sup>オックスフォード大学は創立以来ローマ法の講座を守り続けており、この大学法律学の象徴ともいえるローマ法的伝統を Biers は自己の学説の正当化のために最大限に利用し、ついに自らがオックスフォード大学における欽定講座であるローマ法講座の教授となった。大学法律学の復権をかけた闘いの武勇伝を絵に描いたようなストーリーの展開である。日本においては、イングランド法における裁判官優位・学説劣位の伝統については、一般には意外と知られていないように思われるが、この認識の欠如はイングランド法を扱う場合に大きな過ちをもたらす危険性を有する。この伝統について、学説が比較的重要な役割をはたしてきているとされている国際私法の分野についてさえ、F.A.

Mann はイングランドを代表する国際私法学者である J Morris を記念する論文において次のように述べている。

John Morris は、一九八四年九月にこの世を去った。彼は、司法界の非常に多数のメンバーと同様に、後世の法律家の心に生き続けるであろう数少ない法学者に属する。

裁判官の人格的な高潔さは、誰もが知っているように、イングランド法システムの特徴的な性格の一つである。たとえ、ある裁判官が大法官にならなかつたとしても、彼の性格、知性、獨創性、そして權威——正に彼の全人格——は、彼の判決を通して顕れる。説明や定義はどこにもされていないが、これらは、誰もが評価し見分けることができるようになる事柄であり、それがイングランド法システムの鮮明さと強靱さを作り上げている。同様に、著作を通じて永遠に生き続ける少数の学問における教師が存在する。<sup>(24)</sup>

この論争をめぐるの多彩な活躍を通して、Birks はオックスフォード大学の教授となり、Burrows はオックスフォード大学マーガレット・ホールのフェローを経て現在ロンドン大学ユニバーシティ・カレッジ教授となり法律委員会委員にも選任されている。大学間の格差の比較的小さいとされる連合王国においても、これはやはりサクセス・ストーリーと評するべきであろう。

#### 第四節 イングランド法律学の伝統と成熟

しかし、こうした一連の議論が Atiyah の学説の敗北を意味するわけでは決していない。Atiyah の賛同者は現在も多く、Birks や Burrows の見解の支持者が決して圧倒的なわけではない。イングランド法の世界において主導的な

連合王国における不当利得論争について

役割を歴史的に独占してきたともいえる法律実務家たちは、この論争に対して現在まで静観を保っているように見える。また、研究者の中にも、この論争に対し醒めた目を向けるものも少なくない。たとえば、イングランドを代表する法律研究者の一人である G. H. Treitel は、彼の著名な契約法の体系書である *The Law of Contract* の第九版においても、不当利得論争自体の成果についてはまったく触れていないといつてよい。<sup>(25)</sup> イングランドの主たる法源が判例法であり Treitel の著作は判例法の伝統を重視するものである。したがって、元来、判例については極めて詳細な引用がなされるが学説についての言及は少ないという特徴が元来あるものの、この「無視」にはそれ以上の意味が含まれているように思われる。このことは、彼の最近の力作である *Frustration and Force Majeure* おおつてさらに顕著である。この不当利得とも深く関連するテーマを扱った大作の中で、不当利得論争を代表する *Goff & Jones, Birks* 及び Burrows の引用は一度もなく、McKendrick の書評の中には次のような著述が見られる。

「Treitel 教授は、諸判例の用いた文言に忠実であることから離れず、最近の不当利得研究者達 *restitution lawyers* が展開してきた解釈論的枠組みの中に判決をはじめ込もうとはしていない。(そしてこれはかなり驚くべきことであるが、Goff & Jones, Birks あるいは Burrows の著作に対してまったく参照がなされていないことに気付く。)<sup>(26)</sup>

しかし、この論争を総体として眺めたとき、筆者は次のような感想をいだく。すなわち、権威に対する勇敢な批判に耳を傾げる度量と、対立する立場に対して冷静にそれぞれの長所を評価して各人が独自の評価を下すことのできる聴衆の成熟こそが、イングランド法律学の真の実力を示すものであるということ。総攻撃を受けた Atiyah 自身も、

彼の著名な契約法の教科書である *An Introduction to the Law of Contract* の最新版<sup>(28)</sup>の中で、簡単にではあるが、不当利得論争に対して一定の評価を示している。

最近の研究者たちは、債務法のこの部分について、それ自体の原則に基礎をおき固有の目的に役立つものとして、独自のアイデンティティを認めることを主張する。そして、彼らの努力は今や貴族院によってある程度まで承認された<sup>(29)</sup>。

Birks は、その後現在に至るまで非常に精力的に、演繹的な議論によって不当利得の原理原則論を展開<sup>(30)</sup>し、その体系化を強力に推し進めており、彼がオックスフォード大学教授<sup>(31)</sup>になってからも、不当利得論争はオックスブリッジをはじめとする多くのアカデミクスの関心を不得て、非常に大きな議論の渦となった。ここ一〇年間に不当利得に関連して公表された体系書、論文集、雑誌論文の数はイングランドだけでも枚挙の暇がない<sup>(32)</sup>。現在では、*Goff & Jones* に加えて、*Birks, Burrows, Tettenborn*<sup>(33)</sup> による体系書があり、*Beason* による論文集<sup>(35)</sup>がある。不当利得をテーマとした複数の著者による論文集も複数あり、ケースブックも一冊公刊されている。また、九三年には *Restitution Law Review* という雑誌が創刊されるに至り、イングランドだけでなく他の英米法系諸国の不当利得法改革の動きや判例の進展などについての情報がシステムティックに収集されている。

#### 第五節 成果——貴族院による「不当利得法」の承認

そして、この学説が主導権を握った動きは、ついには判例をも動かすに至り決定的なものとなった。すなわち、貴

連合王国における不当利得論争について

族院が九一年の *Lipkin Gorman* 判決<sup>(37)</sup>および九三年の *Woolwich* 判決<sup>(38)</sup>において、不当利得を一般的な訴訟原因 Cause of Action として認め、それまでの判例法の状況に終止符を打ったのである<sup>(39)</sup>。イングランド法の最高位の權威を有する貴族院の御墨付きが与えられたことは、イングランド法システムにおいては、われわれの想像以上の意義を有する。それがたとえ抽象的なレベルでの理論的な承認を大きく越えるものではないとしても、それまでは、特定の事例に対し断片的な救済が認められるという認識があるに過ぎなかったことを思い起こせば、この変動の意義は非常に大きい。Birks は *Lipkin Gorman* 判決による不当利得法理の承認を手放して歓迎する。

不当利得が、日の当たる場所を見出したことよりも、時間を浪費する大量の意味論的な semantic ナンセンスの影の下から少なくとも逃げ出させたことは、より重要である。この科目を教える者は、真に難しい問題へとより素早く進むことができるであろう。そして、実務家が、訴訟方式 forms of action の虚偽の論理によって脱線した、複雑な分析に出くわすことは減少しよう。不当利得法が、不当な利得に対する原則に基礎を置き非常に大きな実務上の意義を有する諸判例をひとまとめにした、我々の法律の主要なカテゴリーであることを証明するために、複雑な実験を提示する必要は最早有り得ない。これは、大きな進歩である。天動説論者達 Tithe-earthers が時として議論を制しそうにみえたが、この変動の究極的な原因となった著書 (*Goff & Jones* の初版は一九六六年に発行されている。——筆者註) の二五歳の誕生日をしるす年に、展望が変化したのはそれにふさわしいことである<sup>(40)</sup>。

*Lipkin Gorman* 判決の事案は次のようなものであった。法律事務所のパートナーである Cass は、事務所の同意

なしにその口座から金銭を引き出して、彼のギャンブルの賭け金として消費してしまった。本件は、法律事務所からギャンブル・クラブに対して提起された、金銭の返還を請求する訴訟である。この判決において、Lord Goffは不当利得法の論理を基礎とした上で、特に *Birks* をはじめとする不当利得法論者が好んで用いる「Tracing」という法技術を用いてこの事件を判断した<sup>(41)</sup>。したがって、本判決のポイントは、不当利得理論の貴族院による承認したことにある、具体的事案の解決自体に大きな意味があるわけではない。しかし、そうした判決の採用した論理が非常に注目されるようになってきたこと自体、イングランド法においてこれまでの伝統に何らかの変化が生じていることを示しているように思われる。

*Woolwich* 判決自体も、事案としてはそれ程面白いものではない。これは、支払済みの税金を *Ultra Vires* であるとしてその返還を内国歳入庁 *Inland Revenue* 請求し、それが貴族院により認められた事例である。日本であれば、公法上の問題としてア・プリオリに別の法理によって扱われることになり不当利得において直接に扱われることはないが、公法・私法の区別を原理上は明確になっていないイングランド法においては、私的な関係におけるのと同様に、不当利得の法理が公的な機関に対しても適用されることが明らかにされた点において重要性を有する。ここにおいても、Lord Goffが不当利得法理によるすぐれた解釈論を展開している点が注目に値する。Burrowsの言によれば、不当利得の一般法理を承認した *Lipkin Gorman* 判決が *Negligence* において大原則を承認した *Donoghue* 事件であるとすれば、*Woolwich* 判決はその義務が及ぶ外延について肯定的な判断を下した *Hadley* 事件に相当するとする<sup>(42)</sup>。

第六節 イングランド以外の法システムとの議論の連携

不当利得論争がもたらしたもう一つの非常に大きな貢献は、不当利得をめぐる議論がイングランド以外の法システムとの間でも盛んに行われるようになったことであり、どちらかといえば誇り高き孤立を守っていたかにみえるイングランド法は、いま比較法学の春を迎えているといっても過言ではない。

Goff & Jones がアメリカ合衆国における不当利得法リステイトメントの影響を受けていたことは明らかである。<sup>(43)</sup> またの英米法系の中で、最近その斬新な発想によりバイオニア的な役割を果たし非常に高い水準の法律学を確立するに至っているカナダ、オーストラリア、ニュージーランドの三国はもちろん、アイルランドやイスラエル<sup>(44)</sup>、マレーシア、シンガポール、香港等から多彩な研究者がこの論争に参加してきており、それぞれ異なった法システムに属する研究者が、その枠を超えて活発に各国でシンポジウム等に参加したり論文を発表したりしている。

そして最近目立ってきているのは、英米法システムの枠をも越えた大陸法系システムとの議論の交換である。同じ連合王国に属するスコットランドは言うに及ばず、ローマIIオランダ法の伝統を受け継ぐ南アフリカ法との議論も盛んに行われてきており、不当利得論争に大きな影響を与えてきた。南アフリカ法は、基本的に法典を採用せず判例法システムを今日でも採用しており、その点でもスコットランド法と強い共通性をもつ世界でも珍しい比較法学の宝石箱<sup>(45)</sup>とも形容すべき法システムである。近時、Zimmermann<sup>(46)</sup>という希代の語り部を得たことにより、南アフリカ法はこれまでになく連合王国において非常に注目を集めるようになり、不当利得論争にも大きなインパクトを持った。さらには、新しい民法典を作り終えたオランダ<sup>(46)</sup>や、ドイツの状況にも関心がむけられるようになってきている。<sup>(47)</sup>

## 第七節 法律委員会による不当利得法改革の動き

判例の動きとは別に、イングランドの法律委員会によって制定法による不当利得法の改革問題の検討がかなり進んでいる。「法に関する錯誤によってなされた不当利得」に関連して一九九一年に *Consulting Paper No. 120* が、そして、その問題に対応するための改正法案を掲載した *Report No. 120* が九四年一月に公表された。しかし、こうした制定法による判例法の部分修正を越えて、不当利得法全体についての制定法化を支持する学説も見られるようになってきている。

## 第八節 イングランドにおける法律学の欧州化について

現段階で「欧州化」の言葉を持ち出すのは、少し軽率であるかもしれない。しかし、不当利得論争に象徴されるようにイングランド法律学に、これまでにない状況が進展しつつあることは確実であり、もしかするとすでにイングランド法律学の何かが本質的な変化をとげようとしているのではないかと深読みすることにも、今、それなりの根拠が備わったように思われる。

### 第一項 不当利得論争の特徴

前述のように、不当利得法の改革を通じて、これまでのイングランド法においてはみられなかった現象が目立つようになってきている。一つは、学説の主導による法改革の推進である。ローマ法という大学的法律学を象徴する講座の担当者である *B.H.S.* が、そのリーダーを果たしてきたことは非常に興味深い。また、こうした議論において、これまで大学的法律学の伝統を重んじ現実的な議論から一歩退いてきた観のあるオックスブリッジを中心としたアカデ

ミクスが、現実的インパクトを有する解釈論的課題に対しても、これまでになく活気に満ちた議論を展開している。裁判官等の実務家が主導権を独占してきたといっても過言でないイングランド法律学の伝統は、今、大きな歴史的転機に直面しているようにさえ思われる。

第二項 その他の注目すべき現象

Birksの他にも、最近、大陸法研究者の活躍がイングランドにおいて目立ってきている。例えば、ロンドン大学のDenning Professor of Comparative LawとなったMarkesinisの活躍である。彼のドイツ不法行為法の体系書は、欧州統合の進行するなかで非常に注目を集めるようになってきている。また、『漸進的な収束 The Gradual Convergence』——外国の理念、外国の影響、そして二一世紀前夜のイングランド法』と題された彼の編集による論文集<sup>(48)</sup>における彼自身による巻頭論文『Learning from Europe and Learning in Europe』は、明確に「イングランド法の欧州化」を今後の方針として打ち出している。<sup>(49)</sup> フランスの比較法学の巨星René Davidが、*ius commune*の伝統を復興することにより、英米法をも含めた西洋法 *droit occidental* の成立の可能性を説いて久しいが、今、この偉大な予言が現実性を持って語られるようになってきているのは事実である。楽観は決して許されない。しかし、比較法学の描いた大きな構想が実現する日が来ることを、傍観者としてでしかあり得ないことはこの上なく残念ではあるが、筆者も心待ちにしたい。

第三章 スコットランドにおける「不当利得論争」の波及と独自の展開

第一節 Birksの法システムを超越した活躍

イングランドにおける不当利得法改革の動きは、少し遅れてスコットランドにも飛び火した。ここでも *Birks* による八〇年代半ばの二つの論文<sup>(50)</sup>が起爆剤となり、現在では、スコットランドの多くの法律研究者により水準の高い議論が活発になされるにいたっている。その渦中にある研究者の一人は、その論争の激しさから、それを戦場 *Battle Field* であると言え表現する。

## 第二節 ローマ法的伝統の復活を目指す動きとの融合

スコットランド法において次第に薄れてきたかにみえていたローマ法的性格が、*Birks* のローマ法的伝統に基づいた確信に満ちた力強い原理原則論の展開により、ローマ法継受の伝統の再認識によりスコットランド法の独自性を揺るぎないものとして再度確立しようとする動きに息を吹き込んだことは明らかである。不当利得法の体系化をめぐる問題は、*ius commune* の伝統の復興によりスコットランド法文化のアイデンティティを取り戻そうとする動きを巻き込みながら、非常に大規模な議論を本格的化させるといふ、ここでも非常に興味深い現象を引き起こしている。そうした動きの旗手として、現在最も精力的な著作活動を行っているのがしている Aberdeen 大学法学部教授の Dr. Robin Evans-Jones である。

## 第三節 Institution Writers の復権

スコットランドにおいては、一七世紀以降にスコットランドにおいて書かれたローマ法の伝統を受け継ぐ体系書がいくつも存在し、それらの中には現在でもスコットランド法の主たる法源である判例法と同等の權威を有するとされ

ているものが存在している。<sup>(51)</sup> それらの体系書は、ローマ時代におけるガイウスやユスチニアヌスの *Institutes* に性格が類似しており *Institutions* と題されたものが多かったことから、それら特別な權威を有する書物の著者達を、スコットランドでは *Institution Writers* と呼んでいる。その中でも特に、*Viscount Stair* の *Institutions* は、過去の承継に満足することなくローマ法的伝統の革新を目指した先進的なものとして、今日でも非常に高い評価を得ている。*Stair* の構想をこれからのスコットランド法独自の発展のための枠組みとして活用することを目指すのが、*Evans-Jones* の基本的な考えである。*Stair* の *Institutions* 權威は、貴族院がスコットランド裁判制度の最上級審として判断した一九二三年の *Cantere* 判決<sup>(54)</sup>において明文で認められており、それを基礎としてスコットランド法の発展を考へることは、連合王国の司法制度上の要請でもあると *Evans-Jones* は鋭く指摘する。

そして、*Stair* の先進性が顕著な部分として、不当利得法が各論的議論の先鋭的な対象となっている。*Stair* は今日でもスコットランド法の父とも評すべき人物であり、彼を記念する *Stair Society* はスコットランドの法律関係者の多数を会員として擁し、スコットランド法の伝統を継続発展させるため出版をはじめとする活発な活動を現在でも行っている。

欧州統合とロンドンへの権力の一極集中の流れの中でスコットランド法は次第にイングランド法からの独立性を失っていくのではないかとのもうどが支配していたなか、スコットランド法の独自性を主張する動きが学説レベルで高まってきていることは非常に興味深い。これを単にスコットランド・ナショナルリズムの法律学における一つの表出形態に過ぎないと評することも不可能ではない。しかし注意を要するのは、法の欧州化の波は、ここに至り、大陸法系に属するスコットランド法の伝統に対し明らかに有利に働きだしていることである。そして、スコットランド

法が失いかけていたローマ法的伝統に根差す独自性を取り戻すことへの動きは、歴史的にそうあるべきだという認識のレベルを超えて、それがより理性的で優れた法体系の確立に資するものであるという確信によって強固に支えられている点に注目すべきである。<sup>55)</sup>

#### 第四節 スコットランド法律委員会の活動

特に貴族院の前記二判決に呼応して、スコットランド法律委員会でも、不当利得法の根本的な見直しの動きが本格化してきた。その成果は、九三年に発行された Discussion Paper No. 95 「法に関する錯誤により提供された利益の取戻」、九六年一月に発行された Discussion Paper No. 99 「法に関する錯誤の廃止とその影響」および Discussion Paper No. 100 「公権力の権利濫用 ultra vires による領収及び支払い取戻」において公表されている。特に、Discussion Paper No. 99 の付属書において公表された、Dr E M Clive による不当利得法全体の制定法化を目指す草案とその解説は、わが国でも馴染みの深いドイツの von Caemmerer の学説の不当利得の分類を基本的に採用している。スコットランド法改革のモデルとしてはドイツ学説の方が、イングランドで現在確立されつつある分類よりも適しているとの判断されている点が興味深い。しかし、この事實は、本研究に関連してドイツ学説及び民法典改正作業の進捗状況にまでアンテナを拡張することを要求するものであり、研究規模の拡大を回避することはさらに困難となった。

#### 第四章 国際私法への議論の波及

現在、一般的な訴訟原因 Cause of Action として不当利得が判例により承認されるに至り、イングランドでは議論

連合王国における不当利得論争について

の重心はすでに第二段階に移ったと見ることができるとすなわち、具体的な法適用における解釈論が不当利得をめぐる様々な論点において非常に真剣になされるようになってきている。<sup>(56)</sup>

第一節 不当利得の法選択規則をめぐって

そうした中であって、不当利得に関する国際私法問題はこれまで比較的軽視されてきたが、不当利得法改革が進むなかで、現実的に非常に大きなインパクトをもつ問題として注目を浴びるようになってきている。元来、イングランドで訴訟がおこなわれる事件は、わが国と比較すれば国際的な性格のものが極めて多く、その意味で歴史的に国際私法がイングランド法システムの中で占めてきた地位は非常に重要である。しかし、不当利得法という領域が確立するまでは、不当利得に関する国際的な事件も結局は契約や不法行為あるいはそれらに類似する性質のものとして捉えられ処理されてきたことから、不当利得自体について国際私法における独自の法選択規則を定めることの必要性は十分に理解されず、イングランド国際私法においてもほとんど考察の対象となっていなかった。

しかし不当利得法が一つの確立した法制度として捉えられることにより、それに対する法選択規則を確立する必要性が、急遽、非常に強く意識されることとなった。不当利得の解釈論的研究の頂点に立つ Burrows は、国際私法研究者の前に突如姿をあらわしたこの广大で魅力的な研究フィールドを次のように表現している。

For conflicts lawyers the area provides a rare and exciting example of largely virgin territory untrammelled by binding authority.<sup>(57)</sup>

Burrows 教授の指摘を待つまでもなく、連合王国の国際私法研究者にとってこの問題は極めて魅力的なものとしてますます注目されてきている。Dacey & Morris on the Conflict of Laws は、そのすぐれた先見性により、早くから不当利得の抵触法問題について一章を設け暫定的な法選択規則としてルール201を定めていた。そのルール201について、すでに学説による本格的な検討と批判が開始されている。また、複数の国際私法研究者による『不当利得と抵触法』<sup>(58)</sup>と題する論文集も九五年に発行された。

不当利得をめぐる国際私法判例に関しても若干の展開が見られるが、Dacey & Morris のルール201に依拠するものとそうでないものが入り乱れて解決の方向はまったくつかめておらず、その意味で、この分野はいまだに国際私法研究者にとつての広大な Virgin Territory として存在し続けている。

こうした場面で理論的側面から最も困難な対応を強いられているのが、国際私法における「性質決定」と呼ばれる問題である。具体的には、不当利得の法選択規則の受け持ち範囲を、隣接する契約及び不法行為における法選択規則との関係でどのように振り分けるべきかという問題である。法の統一が加速する状況においてこの問題を満足に解決するためには、国際私法独自の視点からの解釈論だけでなく、実質法の深い理解に根差した分析とグローバルな法制度の比較法的機能分析をあわせて行う必要がある、そうした要求は国際私法研究者にとって極めて過酷なものといえよう。しかし、法律における普遍主義を標榜してきたわが国際私法において、こうした困難はむしろ歓迎すべきものである。ナイーブな普遍主義が、実践的課題に対してどれだけ応えていけるのかについての過酷な実験が正に始まろうとしている。Birks や Burrows のような不当利得論者を、連合王国ではやや皮肉も込めて Frontier Men と呼んでいる。不当利得の境界線を画することに挑む者という意味もあるが、民事責任の辺境を切り開く者という意味も、

そしてイングランド法律学の最先端に挑戦する者という意味も込められていると思われる。国際私法の分野でも、法システムの境界越えに果敢に挑む Frontier Men の出現が待ち望まれている。

## 第二節 ブラッセル条約の混乱

不当利得の国際的なレベルでの扱いについては、ヨーロッパ共同体の裁判管轄に関するブラッセル条約五条(1)項と五条(3)項の振り分けをめぐっても、現実的で差し迫った重要問題が発生している。すなわち、五条一項は「契約」についての特別裁判管轄を、五条三項は「不法行為または準不法行為」の特別裁判管轄をそれぞれ定めているが、不当利得に関する事案は、そのいずれの条文が受け持つべきかをめぐり各国裁判所が欧州裁判所に対し判断を求める事件がかなりの目立つようになってきている。しかし、現在のところ、欧州裁判所も明確な基準を確立できず、実務上非常な混乱をもたらしている。

これは、国際裁判管轄レベルの問題であるので、前述の法選択規則における不当利得の性質決定問題とは考慮すべきファクターに若干の違いがあると思われるが、広い意味において国際私法上の性質決定理論に関する問題の一種であることは明らかである。学説もさまざまなアプローチを試みてはいるものの、解決への指針すら明確にできていないのが現状である。

## 第五章 結論——不当利得論争とその未来

欧州裁判所が法の統合に対して果たしつつある非常に大きな影響について、本稿で触れることは控えた。しかし、

そうした裁判実務に携わる各国の有能な裁判官たちが、実務家としての地に足のついた視点から新たな比較法的認識を獲得し、これまでにない法文化の形成に寄与しつつあることは疑いのない事実である。それは、スコットランド出身の欧州裁判所判事である David Edward の次のすぐれた指摘の中にもはっきりと見ることができるとは思われる。

異なった伝統の法律家たちは、法律の機能のしかたについて異なった前提のから出発する。そして、それらを機能させる過程を通じてそうした前提を持ち続けている。比較法研究者にとつての最大の課題は、異なった伝統に立つ法律家たちが当然の前提として説明しないことを明確に述べることである。比較法研究者は、特に、異なった法システムがどのように機能するのかを確かめるまでは、法システムの各々の長所について価値判断を下すことを避けなければならない。<sup>(59)</sup>

イングランドにおける比較法の春は、比較法がその実践的な役割を顕在化させることによってはじめて訪れた。いかにもイングランドらしいと評する他ない。

また、不当利得論争のもたらしたもう一つの副産物に、法律学に関する研究書の出版ブームがある。とくに多数の著者の論文を集めた研究書の出版は、最近非常に頻繁となってきた。Bills は、テクノロジーの進歩により出版コストが下がったことを重要な理由として指摘するが、それではいったいわが国の場合をどのように説明すれば良いのであろうか？ やはり、ここにも大学における法学の高揚を見ることができるよう思われる。

本稿は、最初に述べたように情報提供を主たる目的とするものである。したがって、連合王国における不当利得論争がいったいわが国の不当利得をめぐる解釈学とどのように関連するかについて分析をおこなうことは、別稿におけ

る課題としたい。ただ、確実に言えることは、内発的な問題意識と徹底した議論を経て、法律が確かな足取りをもつて動き出すさまは、正に連合王国の法律学の伝統の強靱さを我々に示してくれるものであるということである。権威に対する大胆な挑戦や勇敢な問題提起に対し耳を傾ける度量をもち、ムードに流されているかに見えるながら決して現実から離れることのない聴衆の成熟は、筆者にとって羨望という表現をはるかに超えるものである。たとえイングランド法が欧州化したとしても、こうしたイングランド法システムのもつ根底的な資質に由来する美点は、これからもずっと歴史的な継続性を保ち続けるであろう。

(1) 連合王国において複数の法システムが今日でも併存していることは周知の通りである。なかでも、コモン・ロー・システムの草分けであるイングランド法と、大陸法システムを基本的に採用するとされるスコットランド法の連合王国における混在は、比較法的に常に注目を集めてきた。本稿においては不当利得論争が本格的に開始されたイングランド法システムを中心として議論を進めて行くが、いまや論争はスコットランド法システムにおいても重要な論点の一つとなつてきており、その点についても不十分なが言及したい。

(2) 日本での「不当利得」を意味する言葉として、英米法では *Restitution* という言葉と *Unjust Enrichment/Unjustified Enrichment* という言葉が、ほぼ同様の意味で用いられている。*Birks* の分析の通り、前者はその制度の効果に着目したものであり、後者はその要件に着目したものである。本稿においてはどちらの言葉に対しても便宜上「不当利得」という訳語を当てることで対応する。(しかし、スコットランド法においては、両者は必ずしも同義ではないとの指摘もなされておりに注意を要する。*Glog & Henderson, The Law of Scotland 10th ed 478 (1996)* 参照。)

(3) 拙稿「国際私法における性質決定理論の再構成」(4)「法学論集四四—三—二二(一九九四)における分析をさらに具体的に実証的なものとする」を考えていた。

(4) *Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of September 27, 1968*

- (5) K Zweigert and H Kötz translated by T Weir, *An Introduction to Comparative Law* 2nd ed 575-604 (1987, in one volume PBK ed 1992) ㉞、非常に優れた分析と Weir の明晰な翻訳による、連合王国に於ては、不当利得に関する必読の基本文献となつてゐる。
- (6) 最新のもの㉞、一九九三年に刊行された第四版である。
- (7) Zweigert and Kötz, *supra* note (4) at 592.
- (8) *Moses v Macferlan* (1760) 2 Burr 1005; 97 ER 676 (KB)
- (9) Birks の ㉞ 権契約 *quasi-contract* 裁判㉞、非常に説得力がある面白い。(P Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* 29-39 (Oxford, 1985, PBK with revisions 1989))
- (10) (Oxford, 1979)
- (11) Birks, 'Restitution and the Freedom of Contract' *Current Legal Problems* 150 (1983). ㉞に於ては直接の攻撃目標となつて Birks ㉞ *The Rise and Fall* の四八九頁を引用してゐる。
- (12) わが国に於て Contorts とする用語は馴染み深いものとなつてゐる。アメリカ合衆国の Prosser が行った現象を明確なかつたで主張したのが発端とも思われる (A L Prosser, 'The Borderland of Tort and Contract' in *Selected Topics On the Law of Torts* (1953) か、その後にも非常にインパクトの大きい G Gilmore の *The Death of Contract* (1974) が発表されてゐる。Atiyah の著作は、こうした一連の主張に緻密な歴史的的分析から裏付けを与える決定打と評して過言ではない。
- (13) Burrows, 'Contract, Tort and Restitution—A Satisfactory Division or Not?' 99 *LQR* 217 (1983).
- (14) ㉞にはその詳細には立ち入らないが、批判の主眼は *laissez-faire* の理念の没落が、期待利益の保護の衰退に直結するものでないことを指摘し、期待利益の保護という契約法が目指す目的自体は、パートナーシップな社会においても重要な役割を有することを指摘した上で、Atiyah の議論がやミラツな部分 (executed contract, duty to mitigate, promissory estoppel に関する部分) を丹念に批判してゐる。
- (15) Burrows, *supra* note 13 at 267.
- (16) P S Atiyah, *Essays on Contract* 47-56 (Oxford, 1986)
- (17) S Hedley 'Unjust Enrichment as the Basis of Restitution - an Overworked Concept' 5 *Legal Studies* 56 (1985); 'Con-連合王国における不当利得論争について'

tract, Tort and Restitution; or, On cutting the legal system down to size' 8 *Legal Studies* 137 (1988): 'Unjust Enrichment' 54 *CLJ* 578 (1995)

(18) Goff & Jones, *The Law of Restitution* 4th ed by G Jones (1993) @ p. 12 note (64) 24' Atiyah, Gilmore の学説を明確に批判した上、Burrows の見解を支持している。

(19) D Friedmann 'The Performance Interest in Contract Damages' 111 *LQR* 628.

(20) Atiyah の行った法律学におけるマプローチは、彼の多くの著作に当てはまるが、*Rise and Fall* はまさにそれを代表する作品であるといえよう。特に Birks への反論として、不当利得を契約から完全に分離させることは教授法及び解説の問題としてのみ理解しているようであり (Atiyah, supra note 16, at 46) 26' それでは裁判官が限られた法分野のみしか見なくなり、今日のような契約と不法行為にまたがるような救済が阻害される現実的な危険があるとする。しかし、Birks の主張は教授法を主として考えていたものではなく、これから先のイングランド法の発展の基盤を確立するという、きわめて大陸法学的な構想が根底にあると思われる。おそらく、この「大それた」発想は、イングランド法律学の伝統の中にある Atiyah にのみ、思いもよらぬことなのであろう。

Hedley 24' そうした Birks, Burrows の野望に感じられたようであり、きわめてイングランド法律学的な視点から徹底して反論を展開している。(Hedley (1996), supra note 17 参照)

そして、確かに、最近の判例評釈に、理論の立場から判例を批判するという大陸法的なスタイルのものが見られるようになってきている。

(21) それは、イングランド法における判例法と学説との役割において、まさに主役の交代を意味するものといえるかもしれない。

(22) 大陸法における大学の権威に比較して、英米法においては裁判官を中心とした実務家がより高い権威を有することは比較法学においてすでに定説となっている。例えば、イングランドの法律書の著者の肩書きの記述において、最初に、学位・称号、それに続いて Barrister 等の実務家としてのそれが示され、Professor 等の大学における身分はその後に書かれるのが通例である。

(23) 但しこの点については論争がある。例えば、R Zimmermann, 'Roman Law and European Legal Unity' in *Towards a*

*European Civil Code* (ed by A S Hartkamp et al) (1994) 参照。

- (24) F A Mann, 'The Proper Law in the Conflict of Laws' 36 *ICLQ* 437 (1987). マンが述べているように誇張でも何でもならず、偽らざるインテラント法システムの現実であり、それは多少の変動はあるものの、基本的には現在で妥協点があると思われる。
- (25) pp. 944-954.
- (26) (London, 1994)
- (27) E McKendrick, Book Review, *Restitution Law Review* 288-289 [1994].
- (28) (Oxford, 1995)
- (29) p. 45.
- (30) Birks の著作は非常に多量だが、その代表的なものをとり、*An Introduction to the Law of Restitution* (1985) Clarendon Press, Oxford が有名である。この著書の特徴は、*「いわゆる総論の部分に関する著述の占める割合」*、顕著に見えることである。例えば、インテラント契約法における代表的な教科書である G H Treitel の *The Law of Contract* 9th ed (1995) が、九五四頁にもよる本文のうち Introduction に僅か七頁を占めるのみで、後は全て各論の記述に当てつけられているのに対して、Birks の Introduction の後、I. 定義 definition, II. 区別 Differentiation, III. 技術及び方法 Techniques and Measures, IV. 構造 Organisation とした総論的議論に四四七頁の本文のうち実に一〇八頁を割いている。しかも、項目の立て方がインテラント法の教科書としては極めて異例である。  
ちなみに、Birks が不当利得に関して七一年以降九四年までに公表した著書・論文等は、合計して約五〇本にも達するが、何れも評価が高し。
- (31) Regius Professor of Civil Law at Oxford and a Fellow of All Souls College.
- (32) インタラント法について *Oxford Journal of Legal Studies, Cambridge Law Journal, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* などのいわゆるコア・ジャーナルに毎号のように不当利得に関する論文ならしし判例批評が掲載されている。また、最近ではオーストラリアやカナダはもちろんで、南アフリカ、スコットランド、ドイツなどの研究者との議論が活発になってきており、膨大な文献がインテラントの不当利得論争を中心として発表されている。一九九四年段階のものである

連合王国における不当利得論争について

が、*Restitution Law Review* の別冊として刊行された *The Restitution Research Resources 1994* (ed by Birks and Chambers) は六一頁にものほるものであり、最も網羅的に論点についての文献を整理しており、極めて貴重な資料である。この資料集には、イングラントの議論に関連する主要な文献として、著書・論文等を含め七〇〇本ほどの文献情報が収録されているが、その大多数は八〇年代後半以降のものである。

- (33) A Burrows, *The Law of Restitution* (London, 1993).
- (34) A Tettenborn, *The Law of Restitution* (London, 1993)
- (35) J Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment* (Oxford, 1991)
- (36) G McMeel, *Casebook on Restitution* (London, 1996)
- (37) *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548 (HL)
- (38) *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners* (No.2) [1993] 1 AC 70 (HL)
- (39) もし上記の判例の射程範囲に属する場合には、不当利得論争の最大の成果であることは疑いなく。
- (40) Birks, 'The English Recognition of Unjust Enrichment' [1991] *LMCLQ* 473 参照。
- (41) [1991] 2 AC 548, 573; A Burrows, *The Law of Restitution* 67-69 (1993) 参照。なお、不当利得法に特有の Tracing に関連して、多数の著者による論文集が出版されている。(P Birks ed., *Laundersing and Tracing* (Oxford, 1995))
- (42) Burrows, supra note 24, at 348.
- (43) *Goff & Jones*, 13.
- (44) イスラエルは一九七九年に不当利得についての制定法を作成している。イスラエルにおける制定法作成の動きについては D Friedmann, 'Problems of Codification of Civil Law in Israel' 2 *Jewish Law Annual* 88 (1979) 参照。制定法のテキストは 1 *Restitution Law Review* 213 [1993] 参照。
- (45) Reinhard Zimmermann は、ケープタウン大学教授として活躍し、その該博なローマ法、法制史及びドイツ法を中心とした大陸法の知識を縦横に駆使して南アフリカにおける不当利得法の体系化に貢献した。また、彼の *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition* (Iura, 1990) は、ロー法伝統を今日の各国における法制の大

陸法的要素の中にも追跡するユニークな著書として非常に注目を集め、連合王国における不当利得法の議論にとっても欠かせることの大きな基本的文献として広く参照されている。九六年には Oxford University Press から出た『バーバット版』が発行された。現在は、ドイツに戻りレーゲンスフルク大学のローマ私法・比較法史の教授であるが、連合王国においても影響力の大きい論文を発表し続けている。彼の不当利得に直接関連する代表的な論文としてイングランドにおける Birks と同様のものを挙げた 'A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment' 18 *CLJ* 1 (1985) 及び 'スロットランドのシモン・スタインとドイツの Unjust Enrichment: The Modern Civilian Approach' 15 *OJLS* 403 (1995) が有名。すなわち、大陸法の伝統に基礎を置く非常に優れた論説である。

(46) E Schrage, 'Restitution in the New Dutch Civil Code' 2 *Restitution Law Review* 208 (1994).

(47) R Zimmermann and J du Plessis, 'Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment' 2 *Restitution Law Review* 14 [1994].

(48) B Markesinis ed., *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influence, and English Law on the Eve of the 21st Century* (1994).

(49) Markesinis ed., *supra* note (48), at 20.

(50) P Birks, 'Restitution: A View from the Scots Law' (1985) 38 *CLP* 57; 'Six Questions in Search of a Subject—Unjust Enrichment in a Crisis of Identity' [1985] *Juridical Review* 227. なお、最近では Birks のために法体系の壁を越えて活躍する法律学研究者がヨーロッパでも目立っており、

(51) The Law Society of Scotland の編集による *Glossary* (Butterworth, 1992) にあるように、Institutional Writing は次のように定義されている。

「権威を有する法源として司法におおって認められた著作物で、スロットランドの民法及び刑事法を包括的に扱い、スタイルと構成におおってユスチニヤヌスの Institutes に従っているもの。たとえば、Stair, Bankton, Erskine, Bell 等の作品が含まれる。」

Birks は、イングランド法と比較し、スロットランド法におけるローマ法的伝統に由来する特徴はその「秩序だった考え方の Orderly View」の能力であるとしている。(P Birks, 'The Foundation of Legal Rationality in Scotland' in *The Civil Law*

連合王国における不当利得論争について

*Tradition in Scotland* (ed by R Evans-Jones) (The Stair Society, 1995) at 81.)

- (52) Stair の *Institutions* 及びその Institution Writers の著作は現在でも比較的容易に入手できる。ちなみに、Stair の最新版は、一九八一年に D M Walker の編集によりエディンバラ大学とグラスゴー大学の出版部の共同で刊行されている。(ISBN : 0-85224-397-9)
- (53) Dr Evans-Jones<sup>24)</sup> は、貴族法の神話な Stair の見解に高く評価を与え、その法を指摘する。( *Cantiere San Rocco v Clyde Shipbuilding and Engineering Co.*, 1923 SC (HL) 105, at 110, 114, 118 and 123.)
- (54) *Cantiere San Rocco S. A. v Clyde Shipbuilding and Engineering Co., Ltd* 1923 SC (HL) 105, 110, 118, 123.
- (55) しかし、スコットランド内部に於ては、スコットランド法に於けるローマ法的伝統に対して懐疑的な意見はもはや存在する。例として D Edward, 'The Scottish Reaction—An Epilogue' in *The Gradual Convergence* (ed by B S Markesinis) 263-268 (Oxford, 1994).
- (56) その上で、その法に原理原則を欠ける議論は終息したわけでもない。Hedley による Birks, Burrows に対する方法論批判を現在でも読むべき。(Hedley, 'Unjust Enrichment' 54 *CLJ* 578 (1995).)
- (57) Burrows, supra note 33, at 487.
- (58) F Rose ed, *Restitution and the Conflict of Laws* (Oxford, 1995).
- (59) Edward, D 'Fact-Finding : A British Perspective' in *The Option of Litigation in Europe* (Carey-Miller, D L and Beaumont, P R ed) 44 (1993).