

比較法学における形式と実体

椎 名 智 彦

I 問題の所在

1 比較法学の目的をめぐって

本稿は、比較法学における基礎理論の現状およびその課題について、〈形式・実体〉という理論フレームを用いて検討を加えるものである。周知の通り、また、以下でより詳しくみるように、この研究領域の裾野は極めて広いとともに、その外縁は時代によって常に少しずつ変動している。それらすべてについて過不足なく取り扱うことは、本稿の守備範囲および現時点での筆者の能力を遥かに超えるものであることはいうまでもない。したがって、本稿が取り組もうとするのは、あくまでも限られた範囲での現状の分析・解釈および課題の整理にとどまる。

次に、本稿の問題関心について述べる。一言でいうとそれは、比較法の基礎理論における目的や存在意義の不明瞭性が、この分野が将来的に達成しうる理論的・実践的發展を阻害しているのではないかとという素朴な疑問である。⁽¹⁾ 念のため断っておくが、これは、比較法的研究全般において、その目的や意義が解りにくいという意味ではない。広義における比較法は、各法分野における個別的法規・法理や制度といった実定的側面、あるいは各国・各法域において特徴的に看取される法行動その他の現象的側面に関する

考察を包含する。そして、これらのような研究については、その個別的なねらいを知ることが難しくない。渉外実務、自国法の改善、法の統一・ハーモナイゼーション等に向けられた外国法参照、あるいは、法実践に関するより正確で有用な情報・認識の獲得といった、比較法研究において長く定着してきた各論的な諸目的が、そこに素直に当てはまるからである。⁽²⁾

これを別の角度からいうと、次のようになる。すなわち、比較法においては、上のような個別的・応用的外国法研究についてみる限り、その目的が解りにくいということは少ないかも知れないが、その基礎理論、あるいは、従来〈原論〉とも呼ばれてきたような領域では、その目的や存在意義について必ずしも定まった方向性が共有されていないように思われるのである。ここで筆者が想定しているのは、これまで法系・法族分類論、法継受論、比較方法論といった名の下で発展してきた論点群である。そして、これらについては、その目的や存在意義はあくまでも法学教育上の便宜を促進するというモデストなものにすぎないであるとか、それらの究極的なゴールはヒューマニズムにあるとか、様々な立場が示されてきている。⁽³⁾

狭義の比較法学に対して、どのような目的を与えるにせよ、そのどれか一つが正しく、その他のものは正しくないという断定的な論法は、少なくとも現状では採りにくいであろう。その意味で、その目的に関して議論が存在していること自体は、極めて自然なことであると思われる。

ただ、ここで肝要だと思われるのは、複数存在する目的や存在意義のうち、どれに対してより大きな重みを置くかによって、いわばその達成手段として構築される理論や学説における全体構造や発展可能性には、当然違いが出てくるであろうという見通しである。例えば、法系・法族論における分類基準が、それを提示する論者によってかなり大きく異なることも、それぞれの論者が自らの比較法理論に込めた目的・意図の差異を反映していると推測できよう。本稿では、比較法学においても近時有力になりつつあるポストモダンの視座を加味しつつ、⁽⁴⁾比較法の目的論およびその波及的含意について考察したい。

2 分析フレーム―形式と実体

次に、本稿における分析に使用する概念ツールについて述べる。本稿では、比較法学の目的について考察するための準備作業として、近代におけるその歴史的發展過程を、形式 (form) と実体 (substance) というダイオトミーを用いて考察する。このフレームを比較法研究に適用した例としては、基礎理論に関するものではなく、またやや古いものではあるが、アティyah & サマーズ (P.S. Atiyah & S.S. Summers) の『英米法における形式と実体』(一九八七) を挙げる⁽⁵⁾ことができる。

法学において、両者は多義的な概念であるが、厳密な定義を与えることは容易ではないし、おそらく実際にはそれほど必要でもない。ここでは、本稿での検討に必要な範囲で、その要点を略説する。

まず、形式とは、法現象から事実・政策・価値等を控除した後に残る、相対的に中立的な規範・制度・理論等であり、法教義学においてパフォーマティヴに創出される様々な言語概念やその体系は、基本的にすべて形式としての側面をもつ。例えば、フラァ (L. Fuller) は、法社会秩序の主要な形式として、契約・裁判・立法・調停・慣習等を例示するとともに、法システムの存在を可能ならしめるための枠組み(一般的抽象的規範性、公知性、不遑及性、非矛盾性、安定性、等)を挙げて⁽⁶⁾いる。これらに共通する特徴は、様々な事案、当事者、政策、価値に対してそれらがもつ抽象的・一般的・中立的な性格にある⁽⁷⁾。

逆に、実体とは、そこで控除される事実・政策・価値等のことであると考えてよい。手続法と区別される意味での実体法 (substantive law) におけるそれも、まさに要件事実 (elements) に関わるものであることを、⁽⁸⁾ここでは想起されたい。

しかし、法現象においては、両者は相互に完全に排他的なものではない。すなわち、形式的性格のみを有し、実体的側面をまったく有しない法現象・法概念はおそらく存在しないし、その逆も真である。形式性が強い法現象・法概念にも実体的要素が含まれるし、逆もまた真である。例えば、フラァによれば、裁判 (adjudication) は法における重要な形式であるが、そこに公平性という価値が不可分に内在・化体していることは論を俟たない。そして、価値とは本質的に実体的なものである。ここから判るように、

法における形式と実体とは、突き詰めて考えれば連続的かつグラデーションナルに認識されるものであり、また、理論的には、他方の存在を俟って初めて相互に有用なものとなる対概念でもある。⁽⁹⁾

3 本稿の構成

以下ではまず、比較法における基礎理論研究の推移と現状を、本稿での分析との関係で必要な範囲において素描する。繰り返すが、それは現在までの到達点を過不足なく網羅的にカヴァーするものではなく、いわばラフ・スケッチともいべきものととまる。次に、叙上の〈形式・実体〉というフレームをそこに適用し、それを通じて剔出される現代比較法における一つのモメントについて考察する(Ⅱ)。最後に、その結果を踏まえ、比較法基礎理論研究の目的、および、それがわが国における研究の方向性に対して与える示唆について検討する(Ⅲ)。

Ⅱ 形式と実体を読む

1 軌跡

いうまでもなく、国政や法について政体間の比較を行うという営為そのものは、長い歴史をもつ。その点で、比較法の起源を厳密に特定することは容易ではない。しかし、現在われわれがその名の下に向き合っている学知としての比較法は、一九世紀ヨーロッパにおける国民国家運動の中で醸成された知的エネルギーの所産であり、一九〇〇年パリにおいて、サレイユ(R. Saleilles)とランベル(E. Lambert)を中心として開催された第一回比較法国際会議が、その成立を象徴する一つの画期であるという見方は、現在では一般的なものとなっているように思われる。⁽¹⁰⁾

ここで産声を上げた近代比較法は、当初より明確な目的を自認していたとされる。すなわち、異法間の相互的な理解・受容を通

じた世界連帯という理念的目的、および、比較を通じた法の改善と将来における国際的統一という実践的目的が、それらである⁽¹¹⁾。ケネディ (D. Kennedy) によれば、草創期の比較法学は、その精神において高度に人道主義的・国際主義的・進歩主義的・普遍主義的であり、また、そのような意味において明確に政治的であったとされる⁽¹²⁾。

これに続いて、二〇世紀の前半には、現在われわれが法系論ないし法族論と呼ぶ異法分類論の原型が形作られる。ここでは従来、ウイグモア (J.H. Wigmore) やアルマンジョン・ノルド・ヴォルフ (P. Arminjon/B. Nolde/M. Wolf) としてわが国では穂積陳重による先駆的業績などが注目されてきた⁽¹³⁾。法系・法族分類論は、異法理解のために参照される情報的・教育的資料という側面をその中心的性格とすると考えられるため、近代比較法学が担う上記二つの目的との関係では、その理念的目的との間に、より直接的な系譜的つながりをもつものといえよう。

その後、第一次大戦に前後して、現代の比較法基礎理論を特徴付けるもう一つの主題が脚光を浴びる。ラーベル (E. Rabel) やラインシュタイン (M. Rinestein) らによって考案・形成された、いわゆる機能主義の方法論がそれである。対象となる複数の法域が共通に抱える社会経済的問題、およびそれに対する解決としての法的ルールという二つの要素に着目し、それらを実質的な観点から比較することを通じて、共通的核心と差異とを剔出するという基本的な手順は、その後の比較法学において一世を風靡することとなる⁽¹⁴⁾。この方法論はやがて、いわゆるコモン・コア・プロジェクトに承継され、ヨーロッパにおける将来的な私法統合へ向けて、その理論的基盤を提供していく⁽¹⁵⁾。このように、機能主義は、実務レヴェルにおける課題解決手法に注目し、その改善・向上に資するものであるという性格が強い。したがって、それは、近代比較法学における叙上の二つの目的との関係では、実践的目的の系譜に連なるものといえよう。

そして、一九四〇年代後半から七〇年代にかけて、法系・法族分類論および機能主義は、現在（主流派比較法）ないしは（伝統的比較法）と呼ばれているものが探求する研究クラスターの中核を構成するに至る。またこの頃、学知として比較法は、研究者層の厚みおよび理論体系の精緻さにおいて充実し、科学と呼びうる高度の完成段階に到達したといわれる⁽¹⁶⁾。そして、その主要なテキ

ストとしては、法系・法族論についてはダヴィッド (R. David) およびツヴァイゲルト・ケッツ (K. Zweigert & H. Kötz)、機能主義についてはツヴァイゲルト・ケッツおよびシュレッシングャー (R. Schlesinger) 等が挙げられることが通例である。⁽¹⁷⁾

しかし、このような（主流派）ないし（伝統的）比較法は今日、さまざまな角度からの批判に晒されて久しい。そして、そのうち最もよく知られているものは、これらのアイデアが、総じてヨーロッパ中心主義的であり、本来世界の遍く法をその視野に収めるべき普遍的学知たる比較法学の基軸としては視野狭窄的であるとともに、それらが事実上軽視してきた非西洋社会およびその法がもつ文化的価値や尊厳を不当に毀損するものであるという、ポストコロニアル理論的な立場からの批判であろう。⁽¹⁸⁾

これらの辛辣な指弾は、次のような洞察をその根拠としている。すなわち、ヨーロッパの代表的な学者による法系・法族分類論は、西洋文明圏に含まれる地域については、緻密な基準を立てて詳細に区別しようとする反面、非西洋社会については、同様の慎重な工夫を放棄し、いわば十把一絡げの粗雑な取り扱いを行ってきたこと、あるいは、機能主義的な法比較は、実際には一定程度の政治的・経済的・技術的發展のステージに到達した社会に対してしか適用が難しいものであるところ、現実にはその対象となりうるほとんどが、欧米諸国およびそれに類比しうる少数の例外的法域にすぎない、等である。⁽¹⁹⁾

そして今日、比較法学の基礎理論は、急激な変貌を遂げつつある。それは、肯定的にみれば多様化だといえるが、否定的にみれば混乱状態であるといえるかも知れない。例えば、異法分類基準論においては、マッテイ (U. Mattai) のように、法とその担い手集団や政治的・伝統的権威との間にみられる重層的な関係性に着目する独自のなアプローチや、⁽²⁰⁾一つの法域の内部に、従来異質のものと考えられてきた複数の法の融合・併存を認める混合法系 (mixed legal system) 論等が提起されている。⁽²¹⁾これらは新時代の到来を告げる代表的な学説であるといえよう。

そして、法継受論もまた、世界的に展開される体制移行・開発援助に伴う法整備支援の経験から得られた知見によって、新たな光が当てられつつあるとともに、⁽²²⁾比較方法論においても、法と経済学のような学際的視座を応用・援用することを通じて、多様なアプローチが提案されつつある。⁽²³⁾

これらの新しい学説が、比較法学のこれまでの在り方や方向性をどのように修正し、そしてそれがどのような理論的・実践的インパクトを發揮することになるのかという点については、依然としてその予測は容易ではない。

2 政治と科学のはざま

次に、ここでの課題は、右に素描したような学問的發展のダイナミズムをどのように解釈するかということである。もとより、解釈の切り口が一部のものに限定されなければならない必然性はないであろうし、ダヴィッドやツヴァイゲルト・ケッツ等を批判する新しい潮流が、〈主流派〉が等閑視してきた非西洋社会における法と、その背景にある文化的伝統の豊穡性およびその価値を強調していることの意義を真摯に受け止めるならば、現代の比較法学に向けられる視角は、むしろ多様であったり、あるいは複眼的であったりすることこそが要請されるであろう。

本稿では、〈主流派〉の主要な特徴の一つを、現実社会における統治や権力に対して無関心であるという政治的態度（*The politics-of-no-politics*）⁽²⁴⁾に求めるケネディの見方を、一定の敷衍を施した上で、比較法学が辿ってきた動態的変遷の性格を考察するためのレンズとして使用したい。

既に述べたように、ケネディによれば、草創期における比較法学の特徴の一つは、それが明確に政治的なものであるという性格にあった。そして、この文脈における政治的である、ということの意味は、サレイユやランベールといった近代比較法学の父祖たちが、理念面において人道主義・国際主義・進歩主義・普遍主義などの価値を承認・唱導するとともに、実践面において、法の統一・ハーモナイゼーションを、それらのイデオロギーの社会的具体化として認識し、その実現を目指して努力していたということにある。そして、このような側面に着目すると、草創期の比較法学は、価値の選択に躊躇しなかった点、一定の政策を正面から採用して、その実現を通じた社会変革に熱心にコミットしていた等の点で、実体的（*substantive*）な側面が強いものであったといえる。

しかし、二〇世紀中頃になると、そのような性格には変化がみられた。法系・法族分類基準論や機能主義的方法の定着・発展によつ

て、学問としての比較法における理論的側面は大いに洗練されたものの、およそ半世紀前にその誕生を可能ならしめた政治的情熱は姿を消したといわれる。そして、ケネディはその背景を、〈主流派〉を形成した学者たちが、比較法学の科学性を向上・確立させる上で、その価値中立性を宣言する必要があったために、特定の価値選択と分離することが不可能であるとともに、究極的には不確実・不安定な個人的選好以上のものにはなりえない政治的コミットメントを、暗黙裡に放棄したことであると推測している。²⁵⁾

もちろん、このことは、〈主流派〉が現実の法実践との間に、全くつながりをもたなかったということまでを意味しているわけではない。実際、上にも述べたように、機能主義には、欧米を中心とする私法の統合過程に対して、現在でもなお貢献し続けているといえる側面がある。この点に着目すれば、〈主流派〉が現実の法政策に対して与えたインパクトは、確かに存在している。したがって、〈主流派〉が、統治実践との間で完全に没交渉的な状況にあったとまではいえないであろう。

しかし、それにもかかわらず、草創期の父祖から二〇世紀中葉の〈主流派〉にかけて、比較法学が遂げた変貌には、実体から形式へと表現しうる側面が存在するように思われる。そこには、社会改革へ向けられた価値選択としての政治的コミットメントが漸減するのと軌を一にするかたちで、比較法理論の科学性・中立性・没価値性などが、いわば反比例的に強調されていった過程が読み取れるからである。

もちろん、ケネディによるこのような見方には、仮説的側面が含まれていると考えられるため、その妥当性や射程については、なお慎重な吟味が必要であると思われる。しかし、それにもかかわらず、〈主流派〉が確立された時代における比較法学の特徴の一つを、その形式性(formalism)に求めることは可能であると思われる。そして、そのような洞察は、近時における〈主流派〉批判の学説によっても補強されると考えられる。次節ではこれについて検討する。

3 「不正義の地図」

〈主流派〉に対する批判の内容と、その基礎をなす視座は、極めて多様である。そのような批判には、まず、上にもふれたような、

比較分析ツールとしての機能主義がもつ射程の限界や、従来の法系・法族論がもつ歪さを指弾するといった、いわば既に確立した理論の意義や有効性を一定の限度で承認しつつ、その上でそれらに対して修正・反省を要求するカテゴリーに属する諸説が存在する。次に、これらと区別しうるものとして、ルグランによる〈差異〉の再評価としての比較法の性格付けや、前述のヨーロッパ中心主義ないし西洋中心主義批判、そして、社会学・言語学・文化人類学・認識論等の観点から全く新しいアプローチを提案するものなど、既存の学説に対して、その前提となるような価値観・世界観・基本原理などのレヴェルにおける再検討を迫るカテゴリーに属する諸説が存在する⁽²⁶⁾。

そして、これらのうち、現代における比較法学、特にその基礎理論領域に対してより重要な問題提起を行い、その点で、比較法の目的を問い直すに際してより大きな関心を払うべきであるのは、後者であるように思われる⁽²⁷⁾。

ウォーリック大学(英)のバクシー(U. Baxi)による論文「植民地主義の遺産」(原題:「The colonialist heritage」)は、後者の根本的批判のエッセンスを凝縮したものともしようべき論考である⁽²⁸⁾。そして、その主張の核心は、〈主流派〉の流れを汲む現代の比較法学は、非西洋社会の法をそもそも〈法〉だとみていない、という断罪にある。その要旨を筆者なりに整理すると、概ね以下のようなものとなる。

まず、現代において、比較法をめぐる議論にコミットしようとする際には、そこでデフォルト的に使用される基本的なボキヤブラリーやフレームそのものが、西洋語・西洋法由来のものである。このことから、特定の比較法的主題が明示的に論じられる場合に、その語られない行間を暗黙裡に埋め尽くすのもまた、西洋語・西洋法のニュアンス・観念・コンテキスト・歴史的背景とならざるを得ない⁽²⁹⁾。

このことは、西洋法継受以前の植民地[≠]非西洋社会にも独自の法的秩序が存在していたにもかかわらず、西洋法由来の言説体系によってそれを適切に認識・説明することは困難であるため、宗主国法の継受以前には、植民地にはそもそも〈法〉と呼

ぶに値する規範秩序が存在していなかったかのような誤った印象を、オーデイエンスに対して与えずにはおかない。そして、その被害を最も深刻なたちで経験するのは、西洋法継受以前の自国・自民族の法的記憶を事実上強制的に忘却させられている、旧植民地の人々である。⁽³⁰⁾

また、そこでは、非西洋社会の人々は、継受を通じて、西洋の進歩的な〈法〉を受動的に授けられるしかなかった人々として描き出される。そして、このような構図は、非西洋社会の人々を、洗練された法思想・法制度を自分たちの力では創出することができなかった、知性的・文化的に劣った者たちとして位置付けることになる。⁽³¹⁾

また今日、西洋法の継受以前に生き、あるいは継受後にも生き続けている固有法の存在に光を当てようとする試みとして、法多元主義に関する議論が活発なものとなりつつある。しかし、この言説もまた、旧植民地における固有の法的秩序の意義を十分に明らかにすることを通じて、非西洋社会の法的精神やその文化的価値を回復するには、依然として至っていない。⁽³²⁾

以上のことが示すように、現代における比較法学は、いわば認識論上の人種偏見 (*epistemic racism*) に支配されている。⁽³³⁾ そのような比較法学が描き出す世界像は、いわば不正義の地図 (*geographies of injustice*) にほかならない。⁽³⁴⁾

バクシーの問題提起は、比較法学の根本に達するインパクトをもっているように思われる。本文中で明確に結び付けられているわけではないものの、末尾に登場する「不正義の地図」という表現は、〈主流派〉の法系・法族分類論をも暗に指し示しているものと推測される。いうまでもなく、このような問題意識そのものは、従来の通説的な法系・法族分類論を批判するほとんどの学説において共有されてきたものであろう。そして、このような視座の背景には、一九七〇年代後半以降に発展したポストコロニアル理論の影響を看取することができよう。

また同時に、右の論文は、〈主流派〉が継受以前の固有法・伝統法に対して、今日においてさえ十分な関心を払っていない点を最

も厳しく指弾している。このような態度をわれわれの文脈に対して投影してみれば、あるいは次にいうことができるかも知れない。すなわち、著名な比較法学者が、その法系・法族分類論において日本法を大陸法系に属させるが如きは、ヨーロッパ中心主義に囚われた魂のみがなしうる暴挙にすぎない、と。⁽³⁵⁾そして、このような視座は、インド人として、〈移植された自国法〉としてのイギリス法とどのように向き合うべきかについて、切実に問いつける彼自身の生身の経験によって基礎付けられている。⁽³⁶⁾

4 中立性・没価値性を超えて

時代的な連続性の中で、〈主流派〉の成立から批判的アプローチの登場までの流れについて考察する場合、そこに何を読み取ることができようか。筆者はそこに、科学としてのプレステージを受け取ることと引き換えに、比較法学の中から放逐された厚い価値的コミットメントの帰還を認める。すなわち、バクシーやルグランによって提示される、〈主流派〉のものとは明確に異質な比較法学像を規定している要因は、異法理解のより望ましい在り方とその社会的実践に向けられた、果敢な価値選択とその表明であると⁽³⁷⁾考えられる。

そして、いうまでもなく、そのような価値選択は、同時に政治的コミットメントであることが不可避である。しかしそれは、草創期の父祖たちのヴィジョンと全く同じではない。理念としての人道主義は、両世代によって確かに共有されているであろう。しかし、進歩主義については、少なくともその主要なアイデアの一つを、新しい世代はきっぱりと拒絶しているものとみるべきである。進歩主義 (progressivism) は、いかなる民族や文化も、遅速の差こそあれ、長い目で見れば同一の文明的発展を遂げるという意味での進歩史観につながるころ、この種の発展段階説的発想は、新世代の主要な思想的基盤をなす広い意味でのポストモダニズムによって、強く敵視されるものだからである。

また、普遍主義の理解についても注意が必要であると考えられる。新しい世代が奉じるそれは、各国・各民族の伝統的法文化に對して、それぞれ固有の価値と尊厳を認めるという意味における、いわば普遍的な博愛主義であると考えられる。これに對して、

草創期の普遍主義が、文明的発展の最先端を行くものとしての西洋法の恩恵を世界に遍く普及させることを、たとえ無意識的にも目論むようなものであったとすれば、それは新しい世代にとつての仇敵である西洋法至上主義の表現にほかならない。彼らにとつて、西洋法化は固有法の抹殺にほかならず、それは、既に述べたような意味における普遍的な博愛主義とは相容れないものだからである。

新しい世代が示す厚い価値的コミットメントは、〈主流派〉世代がそのような価値選択を回避していたこと（‘the politics-of-politics’）に対する反動であるとみることができるとして、このような見方が成立するとすれば、政治的コミットメントの濃淡や、それと表裏一体をなす科学的中立性・没価値性の追求において、比較法学は、草創期・主流派・新世代という三つのジエネレーションを通じて、その基軸的性格を〈実体的↓形式的↓実体的〉とグラデイシヨナルに変遷させてきたということができるとであろう。

III 結びにかえて

前章では、現代比較法学における新しい潮流が、従来の通説的立場に対して高度に異質なヴィジョンを提示しながら批判を展開しようとしていることの意義を、〈形式・実体〉というフレームを用いて描出した。そして、その結果、そのようなオルタナティブの提示が示唆するのは、学問としての比較法が、法の比較をめぐる実体的価値選択と政治的コミットメントという課題を、逃げることなく受け止めることを要求する、決然とした態度であるという洞察を得た。もう一步踏み込んでいえば、ポスト〈主流派〉の学者たちは、近代比較法学が犯してきた不正義の直視と、その反省の上に構築される新たな学知を通じた正義の実現を求めている、といえようか。

そして、ここにこそ比較法基礎理論の現代的目的を見定める契機が存在するものと思われる。それは、理念面において、それぞれの社会がもつ固有の規範的秩序が示す多様性と、その尊さを発見・確認するためのものであり、実践面において、世界全体を画

一的に市場化するための〈良き統治〉の押し売りに抗するためのものである、といえるかも知れない。これらが比較法基礎理論の目的のすべてだとはいえないであろうが、現代において、他のものに比べて一段上の重みをもっているということまではいえそうである。

そして、そうだとすれば、比較法学は、究極的にはそのような目的を達成するための手段にすぎないということになるかも知れない。比較法学者は、自らの知的探究に内在する道具としての性格を受け容れざるを得ないのであろうか。

次に、比較法の目的に関するここでの暫定的結論が、先行研究によって開拓されたフロンティアを一步も踏み出るものではないことは、既に読者諸氏においてお気付きの通りである。多様な規範的秩序の尊重についてはグレン（H.P. Glenn）による〈法における持続可能な多様性〉の理論が、そして、画一化への抵抗については、度々登場しているルグランによる〈差異〉の理論が、それぞれの立場を代表して久しい。本稿での検討は、その道程こそ起伏に富んだ悪路であったかも知れないが、到着地としては、既によく知られた有力説の妥当性を裏書きするものにとどまる。⁽⁴²⁾

最後に、ここまでの考察が、わが国における比較法学の今後に対して与える示唆にふれて、本稿を結びたい。

われわれは、眼差しの先は何を見据えるべきであろうか。もちろん、対象や課題はほとんど無限に存在する。重要なのは、何を選び出すかということである。この点、本稿における検討から導かれた方向性の一つは、比較法学は、非西洋社会における法的秩序の多様性とその価値を発見・確認すべきである、というものであった。そして、ここからさらに、それほど無理なく導き出されるものとして、アジア法をめぐる基礎理論的研究の深化というテーマを想起することができよう。このような視点からは、五十嵐による東アジア法系論⁽⁴⁴⁾が、モデルとなる先行研究として位置付けられる。

そして、このような研究の応用・発展形態としては、ヴェトナム、ラオス、カンボジア、ミャンマー、タイ、フィリピン、シンガポール、マレーシア等の東南アジア諸国をその射程に取り込むことが考えられる。というのも、これらの国々との関係では、近時における法典整備支援事業等を通じて、各国の社会経済事情や法文化に関する正確な情報が蓄積しつつあるし、安田、松尾らに

よる着実な研究によって、これらの地域を比較法的に分析するための有効なフレームやボキャブラリーが発見される可能性が、徐々に高まりつつあるからである。⁽⁴⁵⁾

それに加えて、われわれが東アジア・東南アジアを対象とする異法分類基準を打ち立てようと試みる場合、それに成功する可能性は、欧米の研究者が挑戦する場合よりも高いかも知れない。少なくとも、彼らがこれまで提出してきた法系・法族の地図が、西洋文化圏については十分に詳細であるものの、その他の文化圏についてはそうではなかったという過去の事実からは、そのような推測である。

かつてギルモア (G. Gilmore) が「契約法の死」を語ったとき、そこで死んだのは、実際には、契約法を論じるための旧来のフレームやボキャブラリーにすぎなかった。⁽⁴⁶⁾ 社会の新しい在り方によりマッチした別のそれらを与えられて、死亡宣告を受けたはずであったアメリカの契約法は、その表情を少しずつ変えながら今もなお連綿と生き続けている。比較法学もまた、新しいフレームやボキャブラリーを得るとともに、真に価値のある課題を発見・解決することを通じて、生き続けていかなければならない。

- (1) 今日の比較法学、特にその基礎理論における目的や存在意義の解りにくさは、これまでたびたび指摘されてきたにもかかわらず、依然として決着をみていないとはいえない課題である。See e.g., Roderick Munday, *Accounting for an encounter*, in *COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS* 10 (Pierre Legrand & Roderick Munday eds. 2003).
- (2) 滝沢正『比較法』二二一―二三〇頁 (二〇〇九)。MATTHIAS SIEMS, *COMPARATIVE LAW* 2-5 (2014)、五十嵐清『比較法ハンドブック』八四―一二七頁 (第2版、二〇一五) も参照。
- (3) SIEMS, *id.* at 73-4。貝瀬幸雄「比較法学者たちの饗宴(2)―「比較法学入門」のためのエッセイ―」立教法務研究第五号二九―三二、八一―八頁 (二〇一三) 参照。
- (4) See SIEMS, *id.* at 97-118.
- (5) PATRICK S. ATIYAH & ROBERT S. SUMMERS, *FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING, LEGAL THEORY, AND LEGAL INSTITUTIONS* (1987).
- (6) E.g., LON L. FULLER, *THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER: SELECTED ESSAYS OF LON L. FULLER* 101-205 (Kenneth I. Winston ed., rev. ed.

2001).

(7) LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 33-94 (rev. ed. 1969). 「わが国法の内在道徳論 (internal morality of law) の八要件」。

(8) 法システムにおける「形式がもつ意義や機能」という包括的に取り扱ったものとして、以下の文献を参照。ROBERT S. SUMMERS, *FORMS AND FUNCTION IN A LEGAL SYSTEM: A GENERAL STUDY* (2006).

(9) 「*レグレーション*」のような説明からも推知されるように、現実の文脈においては、これらの概念は、形式性・実体性が(強い・弱い)であるいは、より形式的・実体的である、というように、程度を示す表現を伴って使用されるのが通例であり、またそれが正しい使用方法だともいえる。理解の便宜上若干の例を挙げれば、裁判官が判決する際、その法的根拠として先例拘束性を提示する場合には、それはより形式的な理由付けとなるが、適用法条の解釈や事実から導かれる道徳的・政策的考慮を提示する場合には、それはより実体的な理由付けとなる。また、契約条項の有効性を審査する場合、両当事者による合意プロセスを検討し、不実表示・詐欺・強迫といった手続上の瑕疵の有無をチェックするといった手法は、より形式的なものであるのに対して、契約条項の本身に踏み込み、給付の等価性その他の内容的な公平性・妥当性を検討しつつその有効性を判断する手法は、より実体的なものであることになる。

(10) See KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, *AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW* 59 (Tony Weir trans, 3rd ed.1998); David Kennedy, *The Methods and the Politics, in* COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS, *supra* note 1, at 349, 372. See also SIEMS, *supra* note 2, at 11. 大木雅夫『比較法講義』131-134頁(1992)「滝沢・前掲注(2)39-45頁、五十嵐・前掲注(2)11-14頁参照」。

(11) See ZWIEGERT & KÖTZ, *id.*; Kennedy, *id.* at 349, 373.

(12) Kennedy, *id.* at 349, 372-3.

(13) JOHN HENRY WIGMORE, *A PANORAMA OF THE WORLD'S LEGAL SYSTEMS* (1928); PIERRE ARMINJON, BORIS NOUDE & MARTIN WOLFF, *TRAITE DE DROIT COMPARÉ* (1951). 穂積久一郎著、やじあたり五十嵐・前掲注(2)53-54頁参照。また、石澤理如「穂積陳重の法律進化論に関する一考察—穂積陳重の法認識—」青森法政論叢一五号六五-七八頁(二〇一四)も参照。

(14) 大木・前掲注(10)九六頁、五十嵐・前掲注(2)160-163頁。SIEMS, *supra* note 2, at 14-5, 25-7.

(15) SIEMS, *id.* at 31-3.

(16) See Kennedy *supra* note 10, at 350-1, 387-95.

(17) See SIEMS, *supra* note 2, at 77-8; RENÉ DAVID & CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT CONTEMPORAINS* (11th ed. 2002); ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 10; RUDOLF B. SCHLESINGER, *COMPARATIVE LAW: CASES AND MATERIALS* (1st ed. 1950); FORMATION OF CONTRACT: A STUDY OF THE COMMON CORE OF LEGAL SYSTEMS (Rudolf B. Schlesinger ed. 1968). ダウニットの法族論に関する最近の論考として、貝瀬幸雄「比較法学者たちの饗宴(3)—法系・法族・法伝統・法移植—」立教法務研究第八号一一五-一二頁(二〇一五)。また、同

- 時代における学説の発展に大きく貢献した学者として、コンスタンティネスコ (L.J. Constantinesco) の存在を過小評価することはできない。その業績については、貝瀬・前掲注(3) 二二四—二二六頁において紹介と分析がある。
- (18) 五十嵐・前掲注(2) 五〇—一、二九四頁参照。See SIENS, *id.* at 30-9.
- (19) See SIENS, *id.* at 31-2, 83. 五十嵐清「比較法はいつく行くか——ひとつの中間報告——」早稲田大学比較法研究所(編)『比較法と法律学—新世紀を展望して—』二八九頁(二〇一〇)参照。
- (20) Ugo Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 AM. J. COMP. L. 5 (1997).
- (21) E.g. MIXED LEGAL SYSTEMS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: PROPERTY AND OBLIGATIONS IN SCOTLAND AND SOUTH AFRICA (Reinhard Zimmermann, Daniel P. Visser, & Kenneth Reid eds., 2005). この論点をめぐって近年における学説の発展は著しき。なお、貝瀬・前掲注(1) 二二〇—二四八頁に詳しく説明がある。
- (22) See generally SIENS, *supra* note 2, at 191-220, 260-83. また、混合法系論は、法系・法族分類論と法継受論の接点的主題として性格を有している。
- (23) E.g., UGO MATTEI, COMPARATIVE LAW AND ECONOMICS (1997).
- (24) Kennedy, *supra* note 10, at 407.
- (25) See *id.* at 349-53, 369-71, 387-95, 404. また、主流派を形成したドイツ系の学者たちが、方法二元論的な前提から、法学研究の一部門である比較法学に対して、価値の問題が混入するのを嫌悪したことの結果であるという可能性を示唆されている。
- (26) Pierre Legrand, *The Same and the Different, in* COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS, *supra* note 1, at 240-311. See SIENS, 97-118.
- (27) ちよちよちような大別は整理上の便宜を重視したものにすぎず、実際には両者はそれほど単純に切り分けられるものではない。
- (28) Upendra Baxi, *The Colonialist Heritage, in* COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS, *supra* note 1, at 46-75.
- (29) See *id.* at 50.
- (30) See *id.* at 54.
- (31) *Id.* at 56-7.
- (32) *Id.* at 54.
- (33) *Id.* at 53 (emphasis in original).
- (34) *Id.* at 59 (emphasis in original).
- (35) 海外の研究者の間でも、日本法の法系・法族論的地位に関するこのような立場は、今日においてさえ依然として皆無ではないようである。

See SEMAS, *supra* note 2, at 79.

」のテーマが、わが国の比較法学においても長年争われている伝統的な論点であることは周知の通りである。そこでは、日本法の地位が、ヨーロッパ大陸法系もしくは東アジア法系(ないしは極東法系)のいずれに相応しいものであるかを、最終的には二者択一的に問う傾向があったように思われる。そのような問いの立て方自体は依然として一定の意味をもち続けるものと思われるが、この論点への解答方法について滝沢は「いずれかが正しく、他が誤っているという性質の問題ではない」として、慎重な留保を示している。滝沢・前掲注(二)一六六頁。

(36) See Baxi, *supra* note 28, at 60-2, 70-4. See also http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/people/upendra_baxi/ (last visited 01/05/2017).

(37) 念のため補足すれば、(二)について異法理解のより望ましい在り方とは、非西洋社会における固有の法的秩序に関するより適切な把握であり、その過程では、近代比較法の基本的なカテゴリーやターミノロジーの見直しを図る可能性もある。そして、その基礎をなす価値選択は、脱西洋中心主義ないしは文化・文明間における価値の平等性への志向性といったものにならう。また、その社会的実践としては法統一への反対が考えられるとともに、その基礎をなすのは、グローバルな商業主義・市場主義への拒絶や、文化の固有性・独自性の尊重といったヴィジヨンドにあることにならう。

(38) 第一回比較法国際会議におけるサレイユのスローガンは、「文明化された人類の共通法」(le droit commun de l'humanité civilisée)の発見であった(強調筆者)。五十嵐・前掲注(二)三七九頁、大木・前掲注(10)六〇―二頁参照。

この言葉は、その額面にのみ着目する限り、西洋的な意味における文明化を経験していない民族・文化・地域を、文明化されていない・劣つたものとして切り捨てるという趣旨を含むものと解釈されかねない。ただ、サレイユの比較法思想やその背景等についての検討は、本稿の射程外であるため、ここでは立ち入らない。

(39) さらに一歩進めて、新しい世代による批判の趣旨を次のように解釈することも可能かも知れない。すなわち、それらのうちの一部のものは、「主流派」が、正典となった自分たちの理論における科学としての中立性・没価値性を隠れ蓑として、西洋中心主義的価値観を秘密裏に特権化しようとしていた企図を暴露しようとする試み」としての側面を有している、と。

いうまでもなく、このような見方は一種のコンスピラシー・セオリーにはかならないが、バクシーの立場は、このような仮説とのあいだに一定の親和性をもつものといえよう。また、「主流派」に対してそこまで明白に懐疑的な立場を採るわけではないものの、ケネディもまた、「主流派」を特徴付ける科学性・中立性が、実際には特定の政策群を促進する政治的效果を発揮している可能性を示唆している。Kennedy, *supra* note 10, at 408-33.

なお、このような構図の描き方は、アメリカ法学史において、二〇世紀初頭における形式主義法学とリアリズム法学の対立、また、一九六〇―七〇年代におけるプロセス法学と批判法学の対立のロジックを説明する際にも、一般的に採用されているものである。例えば、このようなロジックを好んで用いるアメリカの著名な法制史家としては、ホーウィッツを挙げる事ができる。MORTON J. HORWITZ, THE

TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860 (1977): *do.*, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY (1992).

(40) しかし、このような論じ方には、一定の政治的意図の下に行われる後付け的なスケープゴートティングとしての側面も否定できず、また、そのような側面を指摘する異論・批判も決して少なくないため、その信憑性・妥当性については、依然として慎重な吟味が必要であると思われる。H. PATRICK GLENN, LEGAL TRADITIONS OF THE WORLD: SUSTAINABLE DIVERSITY IN LAW (5th ed. 2014). 同書を含むクレンの法伝統論については、貝瀬・前掲注(1)二五二一七〇頁に詳細な分析がある。

(41) See Legrand, *supra* note 26.

(42) 念のため、この主張されている比較法の目的が、あくまでその基礎理論におけるそれを念頭に置いており、具体的な法規・法理・制度等に関する個別的な外国法研究までをその射程に収めようとするものではないことを確認しておく。

(43) 五十嵐・前掲注(1)二九〇―一頁も、アジア法研究の深化が、わが国の比較法学にとってその更なる発展の可能性を開くものとなることを期待する。

(44) 五十嵐・前掲注(2)二四五―七〇頁。

(45) 安田信之『東南アジア法』(二〇〇〇)、同『開發法学・アジア・ポスト開發國家の法システム』(二〇〇五)、松尾弘『發展するアジアの政治・経済・法』(二〇一六)等。

(46) GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1st ed. 1974).

(青森中央学院大学経営法学部准教授)