HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本法と外国法：法継受論（２）
Author(s)	木下, 毅
Citation	北大法学論集, 46(4), 394-360
Issue Date	1995-11-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15625
Type	bulletin (article)
File Information	46(4)_p394-360.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

日本法と外国法：法継受論(2)

木　下　　毅

第1章　問題の所在
第2章　日本固有法の元形（原型・古層・執拗低音）（以上第46巻2号）
第3章　外国法の継受
　第1節　中国法の影響
　第2節　大陸法の摂取
　第3節　アメリカ法の継受
第4章　日本法と外国法（以上本号）

第3章　外国法の継受

第1節　中国法の影響

1．中国の国家制定法は、秦漢以来、犯罪と刑罰を定める「律」（刑法典）を中心に発達してきた。3世紀末の西晋に至って、行政上の制度や規則などから成る「令」が制定され、律令併存の時代が始まる。律令は、本文はそのまま手を加えずに、「格」という勅令によって事実上の改正が行われ、律令を施行するために定められた細則規定である「式」によって補充が行われた。この律令格式体系は、隋の文帝が開皇律令格

式を制定したとき（583）に完成する。唐は、これを踏襲したに過ぎない[89]。律は、中国における刑法典の極致といわれ、秦漢以来の国家制定法の集大成ともいうべきものである。なかでも唐律・律疏は「単に唐時代の一史料たる意義を有するに止まらず、中国的法思惟とでもいうべきものが、唐という一時代をかりて、ここにその最も集約された端正な姿を現したもの」といわれる[90]。

「魏志倭人伝」によれば、邪馬台国の女王卑弥呼の時代（弥生時代）には道教の影響が見られ、6世紀までには儒教、仏教も伝来する。法史的には、603年の冠位十二階および604年の十七条憲法の制定を境に、不文固有法の時代から律令時代＝シナ法継受時代へと変遷する。646年には大化の「改新の詔」が発せられ、政府は、この方針にしたがって改革を進め、唐をモデルとした律令による中央集権国家の体制を次第に形成していく。この律令国家体制は、天智天皇の近江令、天武天皇の飛鳥浄御原令をへて、文武天皇の701年に、刑部親王、藤原不比等らの手による「大宝律令」において一応の完成をみ、718年の養老律令がこれを受け継いで確立することになる[91]。家永三郎によれば、「大化改新および律令制度の理論的支柱として新来の大陸思想である儒教の政治哲学が、観念の上で重きをなしてゐたことは紛れもない事実であり、また朝廷が仏教信仰に熱狂化した結果、仏教の人道主義的道徳精神が為政者の頭脳に浸染したことも、否定し難い」ところである[92]。

律令の中、律は刑法にあたり、唐律をそのままモデルとしたものであったが、行政組織や国家統治に必要な事項（租税、労役、官吏の服務規定など）を定めた令は、日本の実情を考慮し、それに適した形につくられた、といわれる。7世紀の大化の改新から律令制度の建設という一連の過程は、明治維新と並ぶ、日本史における二大転機である。維新と並ぶ律令制への大変革は、朝鮮半島をふくめた中国大陸、唐文化との大規模な接触による衝撃なしには考えられなかった[93]。

丸山によれば、「隋唐、とくに7世紀以後は唐制をモデルにして、中央集権的な官僚制への再編成がなされた。下級官僚の組織にいたるまで、

名前はちがっていても実質的にはおどろくほど唐制を模倣して」いる。むろん「内在的な歴史的条件の成熟があったにしても、外圧の契機なしには、あれほどの制度的変革 — すくなくもそういう変革の切迫性の自覚は生まれなかった」であろう。外圧とか国際的衝撃というのは、「単に外から侵略されるというような狭い軍事的問題だけではなくて、異質的な、しかもこれまでの日本と比較して非常に高度な文化との接触のこと」である。「文化接触というのは、— どんなに一方的な衝撃にせよ — 何百年のちがった伝統をもった構造的に異質な文化圏との接触の問題」である。「大化改新以前の蘇我氏とか物部氏とかが臣や連として割拠していた体制」を「氏姓国家」といっている。これは、「大和朝廷による、畿内を中心にした蘇我氏や物部氏などの諸豪族のルーズな統合体制」といえよう。ここでは、「天皇家も豪族の中の一つ」にすぎない。「こうした体制から大化改新のクーデターを経て、……皇室を頂点とする太政官制、つまり中央集権体制としての律令国家への途が開かれる」わけである。「氏姓国家と律令国家との間には、国家制度としては非常に大きな断絶」がある。ところが、社会体制として見ると、「両者の間には意外に連続性があり、オーヴァーラップしているということがわかった」わけである。「唐制をモデルとして大規模に制度変革が行われる」のであるが、「たとえば氏姓国家の段階における国造（くにのみやつこ）という地方の半ば独立した豪族は制度としては廃止され、中央政府の任命する国司・郡司という地方官制度にとって代わられる」のであるが、「実際には従来の国造がそのまま居すわって、郡司になったようなケースがすくなくない。つまり極端にいうと、律令制への変革は一種の『法律革命』であり、法制が上から急激に変えられたわりには、社会的な体制はそんなに変わっていない。」「相対的には連続性が強い。」「その官僚制の胎内から、……荘園的土地所有というものが発達してくる。これは、律令的な公地公民制度と明らかに矛盾するもの」である。「そういう矛盾した社会制度が早くから出て来る。そのかぎりで律令体制が早い段階で内部から空虚化し変質してくる」わけである。これは、土地所有関係だけではない。官制の

上でもそうである。「律令制は、……役所の組織まで唐制をモデルにしたにもかかわらず、その官制がやはり早期に変質を受けてくる。」令に規定されている以外の「令外官」と呼ばれる官職がそれであり、「これがますます重要な役割を占めてくる。」内大臣、中納言、参議、蔵人頭、検非違使などは、みな令外官である。「例外的であるべき令外官が非常に大きな意味を占めてくる。」「摂関制の登場はこの現象の集中的表現」である。「摂政も関白も起源はやはり中国」である。中国では「臨時的な官職」であったが、日本では「常置的な政治機関」となって変身する(94)。

9世紀に入ると、法制度の整備もおおいに進んだ。それまでも律令の条文を補足・改正するための「格」や、格の施行細則的性格を有する「式」が、数多く出されてきた。特に注意を要するのは、格の形式を用いて、律令制の基幹に触れるような改正が行われたことである。律令制の根幹をなす班田収受法が723年の三世一身法および743年の墾田永年私財法によって骨抜きにされたのは、その一例といわれる(95)。こうして、格式は、本来、律令の下位規範であったが、次第に相対的に独立的性格を有するようになる。この律令に代わる法典としての格式の編纂が、格式相互間の抵触を調整する必要から、嵯峨天皇の弘仁格式、清和天皇の貞観格式および醍醐天皇の延喜格式によって行われた。これらの格式により、律令という「不磨の大典」はそのまま存置した上で、日本の固有法の側から律令の修正が施されてくる(96)。また、令の条文の解釈を公式に統一した「令義解・令集解」(令の注釈書) もつくられたが、これらは法治国家としの体裁を整える意味をもっていた、といわれる。中国では律令のうち、律が重要視され、学者や実務家の議論もこれに集中していたのに対し、日本では行政法規である令がもっぱら注目を引いており、「令の集解」「令の義解」などの詳細な注釈書が作られたが、律についてはそれが見られない。この事実は、日本では律令国家の時代からすでに、刑法よりも行政的なものに依拠する傾向が見られたことを物語っている、といえようか(97)。

2．このようにわが国では、律令といわれる中国の法典を基本的に継

受した制定法が、奈良・平安時代以降、格式によって実質的には修正を受けつつも、「書かれた法」として日本の基本的な法典となる。しかし、鎌倉時代に入ると、1232年に北条泰時により幕府法の基本法ともいうべき超権力的な「道理の法」たる「関東御成敗式目」(「貞永式目」) が制定され、室町幕府のもとでも式目追加（個別法令）により基本法典としての生命を保つこととなる。他方、中国から摂取された律令は次第に解体して、法としての機能を果たさなくなってくる。それだけではなく、従来の中国の法律が次第に変化を受けて、内容が日本的になっていく。和与（和解）は、特に幕府の奨励するところとなった[98]。

法が非法と化する契機は、徳政令に見られ、1297年の永仁の徳政令、足利義政の発した徳政令などは、その例といわれる[99]。戦国時代に入ると、中国的なものはほとんど法律の面から姿を消し、今川氏の「今川家仮名目録」、伊達氏の「塵芥集」、信玄家法として知られる武田氏の「甲州法度之次第」[100]、長曽我部元親の「百箇条」、六角氏の「六角氏式目」など、わが国の法源史上特異な存在である戦国時代の分国法が、日本に固有のものを前面に出してくる。「喧嘩両成敗」の原則は、その一つである。喧嘩両成敗法は、私的に暴力を行使した者は双方とも「理非」を問わずに処罰する、という固有法的な発想に基づくものであった。それは、「紛争それ自体が悪で、これを権力の暴力で除去する」という農耕民型の発想を反映している、とみることもできようか。両成敗という法規範を支えている法理は、等価主義ないし相互主義の原則といってよいであろう[101]。このように戦国大名は、分国法に喧嘩両成敗法を規定することにより裁判権を掌握しようと努め、実際にも「理非」の判断権を独占したために、その判断を一方的に停止して、一切の私的な暴力行使を禁止することが可能となった、といわれる。戦国大名は、こうして独占した裁判権を自らの専制的支配の正当化のための有力な手段としようとした。法から非法への転化の契機は、この喧嘩両成敗法にもある、といわれる[102]。以上の鎌倉幕府、室町幕府および戦国大名によって代表される中世の「荘園的封建時代」は、「式目法時代」ともいわれ、固有法を復活させた時

代として位置づけられている[103]。

3．近世の織豊政権時代を迎えてからも、徳政は引き続き行われ、喧嘩両成敗法は、武士以外の場にも転用されることとなる。事実江戸時代の近代化は、同時に古層がせり上がってくる過程でもあった。中世から近世への転化は、国家と法の在り方にきわめて重要な変化をもたらすこととなる。江戸時代の幕藩体制における主従関係は、定量的な双務契約的性格を有する西欧のレーン制におけるそれとは異なったものであった。したがって、近世日本は、レーン制を媒介とする封建国家と比較するよりも、幕府を頂点とする実質的な統一国家と見た方が実体に近い、といわれる[104]。

しかし、幕藩体制は、旧来の貴族層を牽制するため国王権力を支える常備軍と行政の手足となる官僚を擁した西ヨーロッパの絶対主義国家とは異なり、貴族層に対応する武士がそのまま軍隊と官僚とを兼ねた体制であった。他方、首都経済圏とこれに統合されて存在する局地的経済圏から成る市場経済社会が成立するに至る。こうして近世江戸時代になってはじめて、市場経済社会が体制的に確立し、正当な権力を掌握する完成された国家が成立することとなった。この市場経済社会と官僚制国家の成立によって、法は高度に国家の法という形態をとることとなる[105]。

このような特徴を有する幕藩体制下における法とは、いかなるものであったろうか。この江戸時代に、徂徠学という形をとった法家的政治思想が台頭し、従来の徳治の世から法治の世になるという近代化意識が醸成されるに至る。もっとも江戸時代の法は、もっぱら行政・警察に関する事柄に限られ、法度、触書といった制定法令が、優越的地位を占めていた。西欧の絶対王政の下で司法に関する事柄を規制していた慣習法が制定法令（王権の勅令）に対峙したようなことは、生じる余地がなかった。また、金銭債権をはじめとして私人間の紛争解決を裁判所に求めることは、「お上を煩わす」ことであって、権利としては考えられていなかった、といわれる[106]。

8代将軍徳川吉宗は、江戸の町奉行に大岡忠相（1677－1751）を登用

し、自らも裁判に臨席するとともに、他方では、山積する訴訟を処理するため、急増した金銭貸借に関する訴訟を当事者間で解決させる「借金銀相対済令」を発令して、訴訟事件の整理を行おうとした。この内済勧奨が金公事に限らず、地境論、水論などの本公事をも含む出入物〔民事訴訟〕一般について行われていたことは、注目に値する。このように内済は、近世期の民事的裁判において一貫して用いられた原則であった、といわれる。行政と司法とがはっきりと区別されていなかった当時にあっては、奉行も評定衆も、裁判だけでなく行政事務をも行わなければならなかったため、金公事を切り捨てることは事務の簡素化に不可欠のことであったと推測される(107)。「内済が強く勧められた背景には、私的紛争に関する裁判は為政者の恩恵的行為であるという思想とともに、裁判機関の不備・非能率や実体私法の未発達などの事情があったが、このことがまた「権利」意識や「法」観念の発達をさまたげることにもなった」といわれる。この内済の伝統は、明治以降も勧解ないし調停の制度として受け継がれていく(108)。

さらに、公権的な裁許においても、個別的事件の具体的妥当性が重視され、大岡政談の三方一両損的発想に見られるように、法規にあまり拘泥せず、具体的な事件を円満に治めるのが、理想とされた。また、幕府法と各藩の法との間には、緊張・対立関係がほとんどみられず、同様のことは、各藩の法とムラの法との関係についてもいえる。別言すれば、社会的諸集団の規範相互間に決定的な相違が存在していなかった、といわれる。このような傾向は、思考のホモジェネイテイを反映したものといえようか。このような等質的社会の共感文化を前提にしてはじめて義理規範が成立する、という指摘がある。このように幕藩体制の下での法は、その法観念および法意識の点で、西洋の法とはかなり異なった特色を有していた、といえよう(109)。

江戸時代後期になると、江戸儒学（当初から修正主義的であった）、「漢意」を捨て日本古来の精神（自然の感情「真心」）に復帰することを主張する国学などの影響の下に育まれてきた従来の法思想が、洋学と

くに蘭学の一般的普及と開国という社会情勢の激変とに誘発されて、次第に西洋法思想に向かって開眼されていく。それまでの日本人を支配してきた伝統的な法観念ないし法意識は、社会規範としてはむしろ礼に重点を置き、強制規範としては主に刑法（律）と役人の行動を規制する公法的規範（令）とを認めていたにすぎず、西洋法がその基幹的部分として発展させてきた私法の観念はほとんど知らなかった、といわれる。西洋的な私法の観念は闘争的社会観の産物であるという説が正しいとすれば、大部分の人間が農耕を営んできた非闘争的社会のなかで私法の観念が生まれにくかったのはむしろ当然であった、といえようか。1841年に水野忠邦が時の蘭学者に翻訳を命じたのも、「和蘭憲法」であり「和蘭刑法」であったことは、伝統的な律令的発想から必ずしも自由でなかったことを物語っているように思われる(110)。以上の織豊政権および江戸幕府に代表される近世の「藩村的封建時代」は、「触書法の時代」ともいわれ、固有法を発展させた時代として特色づけられている(111)。

このように、中世の固有法復活時代においても、また近世の固有法発展時代にも、「律令の影響が認められないわけではなく、律令を脱皮することにより、かかる時代が成立したのであるが、それが律令の発展ではなくして、律令の衰退による固有法の復活および発展という形をとったことが注目されねばならない」のである(112)。

以上を要するに、わが国の固有法は、旧く大化改新前後に、シナ法系の影響を全面的に受けたが、その後、次第に古代の固有法が、復活発展して、独自の法体系を形成するに至る。換言すれば、古代および中代を通じて、大部分は日本国土において発生発展した法すなわち固有法が行われてきた、といえよう。大陸とは朝鮮海峡を隔てて接するに過ぎないという地理的条件の故に、わが国の固有法は、特定の時期を除くほか、外国法の影響を受けること少なく、独自の自然的な、しかも内容豊富な発展を遂げたのであって、「世界法制史上より見ても、独特の地位を占めるものということができる」のである(113)。

4．では、古代・中代と近代（西洋法継受の時代）とを分ける時期（法

の継受を可能にさせる条件ができてきた時期）は、どの時期であろうか？一説によれば、老中堀田正睦が朝廷に対し日米修好通商条約調印の勅許を求めたが得られず、大老井伊直弼が勅許なしにそれに調印した安政5年（1858）とされる[114]。

1858年6月いわゆる日米修好通商条約が締結されるが、それは、日本側に関税自主権がなく、アメリカ側に領事裁判権を認めた不平等条約であったため、この条約改正をめぐって西洋法制の導入が焦眉の急となる。「文明国民は、文明国の法の適用を受ける権利があり、日本の法体制が反文明国的なものに留まっている限りは、治外法権は撤廃できない」というのが、欧米諸国の論理であった。明治維新前夜に書かれた西周の「百一新論」は、徂徠学の系譜を引く法家的政治思想を体現し、義理、縁などから独立した法治主義時代の到来を宣言した書として知られる[115]。明治維新とともに幕藩体制は消滅し、新たにヨーロッパ大陸法が摂取されるに至る。しかし、それによって近世法の法観念ないし法意識（法についてのものの考え方）が消え去ってしまったわけではない[116]。

第2節　大陸法の摂取

1．鎖国状態のもとで発展してきた日本の思想・文化は、開国という「外圧」によって激変する。幕末から明治維新にかけての時期は、大化改新と並ぶ日本史上の二大転機であり、近代への思想の分岐点をなしている[117]。西洋法をモデルとした性急な法典編纂事業は、治外法権（領事裁判権）の撤廃と関税自主権の回復（協定関税の撤廃）という不平等条約（1858年の日米修好通商条約・安政の五カ国条約）改正の政治目的をもって、明治政府により着手された。1868年から法典整備（1898年―新民法の制定）までの時期は、「立法的摂取」ないし「法典継受」の時期として特徴づけられる。この時期は、その後の「法学的摂取」ないし「学説継受」の時期と区別されよう[118]。

2．明治政府は、1868（明治元）年3月、「五箇条の御誓文」を公布

して新しい国策を示し、4月にはそれを制度的に具体化した「政体書」を制定して、国家権力を太政官に集中させるとともに、アメリカ合衆国憲法の大統領制に倣って、その権力を立法、執行、司法の三権に分立させた。しかし、ほどなくして、政体書にみられたアメリカ流の形式は影をひそめ、代わって日本の古制が強調され始める。アメリカの統治機構の影響は、その後1881年の植木枝盛の「日本憲法見込案」の中で、各州を独立の邦国とする連邦制案などに見られた程度で、立憲政体の実質はむしろイギリス流の議院内閣制を採用する方向へと向かう(119)。

当時ドイツはまだ統一的な法典を有していなかったため、法典法主義の西洋法制を摂取しようとすれば、フランス法制に学ぶほかなかった。そこで明治政府は、フランスの法学者 Boissonade を招いて各種の法典を起草させるとともに、フランスの官僚的司法制度を導入するに至る。わが国の大審院は、フランス破毀院（cour de cassation）と名称こそ異なっていたが、裁判所の構成および手続は、フランス破毀院のそれを模倣したものといわれ、当時の日本の控訴裁判所以下の裁判所の名称は、フランスの裁判所の名称とまったく同じであったほどである（控訴裁判所＝ tribunal d'appel ; 始審裁判所＝ tribunal de première instance ; 治安裁判所＝ justice de paix）(120)。他方、江戸時代の内済は、フランスの conciliation（和解）の影響を受けて、裁判官が、本人自身の出頭を求めて、定規に拘泥せずに、当事者の意思に基づく和解による解決を勧奨説得する勧解制度となった、といわれる(121)。

法典の起草に関しては、まず、1870（明治3）年に新律綱領、1873（明治6）年に改定律例が、養老律、御定書、明・清律などを斟酌して制定されたが、Boissonade の立法活動も、まず刑事面に注がれ、1880（明治13）年に旧刑法および治罪法（刑事訴訟法）として立法化される。刑事法に引き続き、いわゆる旧民法も、1890（明治23）年に完成された。しかし、その前年、プロイセン憲法をモデルとした大日本帝国憲法が発布されるに及んで、その他の法典もフランス法系のものからドイツ法系のものへと変容するに至る(122)。

まず、Boissonadeの手になる旧民法は、フランス民法典に即したものであったが、法典論争を経て再編成され、1898（明治31）年に完成をみた新民法（現行民法）においては、ドイツ民法第1草案の影響が強く見られるようになる。他方、商法（Roesler）、民事訴訟法（Techow）、裁判所構成法（Rudorff）は、はじめからドイツ人に編纂を委嘱しており、刑法も1901（明治34）年の草案でドイツ刑法がモデルとされ、さらに刑事訴訟法も1922（大正11）年の全面改正でドイツ法が参考とされるに至る。こうして憲法以下のいわゆる六法のすべての法分野において、ドイツ型の法典をもつこととなった(123)。

ところで、新民法に関し、岩田新「日本民法史」は「その直接の模範となったのはドイツ民法第1草案であることは争い難い事実であって、日本民法は同草案の焼直しであると評せられた」とするのに対し(124)、星野英一は「日本民法典（前三編）に対して系譜的に連なるものは、ドイツ民法（草案）よりはフランス民法であること」を論証しようとした(125)。構造の面からみると、新民法典は、穂積陣重の方針意見書に基づき、旧民法のようなインステイトウチオーネン式ではなく、パンデクテン式を採用し、ザクセン民法の編別に従っているので、体系としては、ドイツ民法第1草案に沿って旧民法を再編成したといえよう。このパンデクテン式の採用は、親族編を権利の主体の規定から分離させ、その上で「戸主及ビ家族」の規定を冒頭に置くことを可能にさせた。このような民法編纂の構想は、穂積の法律進化論の発想に負うところ大である、といわれる(126)。また、法律行為論をはじめ、総則、一般条項、物権と債権の峻別、法人など、ドイツ民法の影響と思われるものも少なくない。そして、このドイツ的体系の枠内で、旧民法の規定中生かしうるものはできるだけ生かし存続させようとしたといえようか。たとえば、体系的には物権・債権を分けながらも、物権変動はフランス法に従い、意思主義、対抗要件主義を採用し、また、不法行為法においても、ドイツ法のような個別的構成をとらず、フランス民法1382条と同じく一般的構成（民法709条）を採用していることなどは、その例である。したがって日本民法は、フ

ランス法的内容ないし体質のものでありながら、ドイツ法的体系ないし枠組みの上に衣をまとっている、とでもいうべき混血児的性格を有する、といわれる[127]。

3．以上の「立法的摂取」ないし「法典継受」の時期の後に、民法制定（1898）から1912（大正初）年にかけて「法学的摂取」ないし「学説継受」の時期を迎える。この時期には、民法典その他の諸法典はドイツ法をモデルとして制定されたという信仰が、わが法学界を支配するまでになる。パンデクテン法学を通じて論理的に整備されたドイツの法解釈学は、わが国の法学者や法実務家の訓練の対象となり、その法解釈理論がわが国の法律の解釈に機械的に適用されるようになる。こうしてドイツ法が英仏法を圧倒して、「ドイツ法に非んば法にあらず」という風潮を生み出すに至った。大正の初期には、わが国の民法学とドイツ民法学との間にはほとんど本質的に何等の差異がない、と考えられるほどにまでなったといわれる。これが、日本法におけるドイツ・パンデクテン法学の「学説継受」といわれた現象である[128]。

このように、明治維新後のヨーロッパ法の摂取は、技術的にきわめて困難な問題を多く抱えていたにもかかわらず、それが短時日の間にかなり正確にしかも円滑に行われた背景には、「幕末以来の蘭学→洋学の苦難にみちた準備」があったことを忘れてはならない。また、文化一般についても多くの影響を及ぼしたキリスト教宣教師（新教旧教を問わず）の活動をも考慮する必要があろう。この幕末から明治初年にかけて開始された日本法の法化・近代化は、現実にはヨーロッパ法の忠実な模倣という形をとった。条約改正という政治目的達成の前提条件としての性格をもっていたこの日本法の法化が、驚くべきスピードで、しかもほとんど固有法の側からの抵抗なしに行われえたということは注意されなければならない。このような外国法継受の型は、これを過去に求めれば、おそらくドイツにおける中世ローマ法継受の型に近い、といわれる[129]。

こうしてわが国の国家法は、明治維新を境として、構造的には伝統的な固有法とは実質的に異なるヨーロッパ法を継受することとなる。穂積

陳重は、1904（明治37）年に第1版を刊行した Lectures on the New Japanese Civil Code as Materials for the Study of Comparative Jurisprudence において、日本法はシナ法系からヨーロッパ法系に移った、と述べている点が注意を引く。しかし、法構造的にはそういえるとしても、法文化論的にいえば、果たしてそういえるであろうか(130)。

4．以上の「法典継受」および「学説継受」を通じて、伝統的な非法的社会における法化（Verrechtlichung）の現象が見られるようになる。日本が自主的に改正できない他律的な不平等条約を改正するためには、切腹（＝死刑）等の制度を廃止し、欧米諸国と同様の法典を整備することが、不可欠の条件とされるに至った。そのため明治政府は、非法的な日本の伝統社会に、近代社会の西洋市民法を摂取すること（「非法的」社会の「法化」という現象）が急務である、と考えるようになる(131)。

伝統社会の法化には、かつて唐の律令制がモデルとされたのと同様、西洋近代社会の特定の法モデルが必要とされた。そのモデルとして当時考えられたものとしては、開成学校で講義されていたイギリス法、司法省内に設けられた明法寮（後の司法省法学校）において講義されていたフランス法、憲法制定のさいに君権的立憲制のモデルとされたドイツ法であった(132)。

当初は、新律綱領、改定律例のように養老律、御定書、明・清律等を斟酌して刑法が制定されたこともあったが、次第にフランス法、後にはドイツ法のモデルに従って、法化作業が行われていく。1889（明治22）年には、ドイツ型立憲君主制を天皇制のモデルとして大日本帝国憲法が公布され、翌1890（明治23）年には、「ボワソナード民法典」がフランス民法典をモデルとして起草されたが（旧民法）、（戸主および家督相続の規定はあったにもかかわらず）「家」＝イエを基礎とする伝統的な淳風美俗たる家族制度（家父長制的イデオロギーに支えられた）を破壊するとする批判（政治的争い）から実施が延期され、1898（明治31）年、編別体系上はドイツ民法第1草案をモデルとし、旧民法の中で内容的に生かしうるものは可能な限り採り入れて、再編成された。山県有朋を中

心に進められた地方制度の改革は、自然村を破壊し、土地売買の解禁は、わが国の伝統的共同体であるムラの解体を促進するに至った結果、地主は、伝統的共同体の保護者としての役割を果たせなくなる。これに対し、明治政府は、もう一つの伝統的共同体であるイエの解体を阻止するために、親族相続法の中にイエの制度を残す意図的努力を示すに至る。その際に、家族制度という伝統的価値を温存するために、イギリス・フランス法ではなくドイツ法という特定のモデルに依拠しようとした。このようにわが国は、明治維新以降、西洋法制をほぼ全面的に摂取するに至るが、天皇制と家族制度だけは温存しようとした点が注目される。同様の傾向は、1922年の旧刑事訴訟法（大正11年法75）で認められていた戦前のドイツ流の「予審制度」にも看取されよう。この糺問主義的な予審には、捜査当局の取調べのための勾留というはっきりした意図があり、20日間の勾留期間中はアメリカで認められているような保釈金の適用はなかった。以上は、非法的社会の伝統的価値を温存するために、法的社会の特定のモデルを摂取した事例である(133)。

しかし、特定のモデルを摂取した場合であっても、伝統社会の非法的壁が厚く、日本的変容を免れない場合がある。忠・孝を基礎とする天皇制、（婚姻同意権、居所指定権などの家長の戸主権にみられた）家父長制的家族制度、実体刑法の主観主義的傾向、殺人罪の構成要件および刑罰量定の裁量の幅（単一の殺人罪）、「手心を加える」起訴便宜主義の慣行（1922年の旧刑事訴訟法で明文化）などは、その例といえよう(134)。

また、特定のモデルに従って立法による法化が行われた場合であっても、「主従の恩情的関係」のような温存したい伝統的価値を、法化しない部分として意図的に残す場合もある。民事訴訟法の制定とともに、勧解という伝統的な日本的制度は廃止され、裁判所は「黒白をきめる」裁判をするところとなったが、政府は、再び調停を裁判所の仕事として制度化するに至る。都市の借地・借家紛争に関する調停を定めた1922（大正11）年の借地借家調停法、伝統的な地主・小作関係と法化された民法上の賃貸借関係（個々の権利関係として分解される）をめぐって法外的

実務の慣行が生じ、大正中期の小作争議激化の対策として制定された1924年の小作調停法、1926年の商事調停法および労働争議調停法、1932年の金銭債務臨時調停法などの公的な和解手続（調停）が、それである。これらは、江戸時代の内済の現代版ともいうべきもので、これらを整理統合して1951年に民事調停法が制定されるに至った。これらの一連の立法措置は、法外的紛争解決を日本の社会に定着化させる逆戻り現象（非法化現象）として捉えることができよう。同様のことは、保存したい伝統的価値を法外的実務の慣行を形成することにより温存してきた行政指導（行政手続法上の）などについても、いえるであろう。また、わが国の多くの契約書に見られるところの、「将来本契約より生ずる権利義務につき当事者間に紛争を生じたときは、誠意をもって協議するものとする」とか、そのような場合には「協議により円満に解決する」といった誠意協議条項ないし円満解決条項の慣行も、これに類する事例といえよう。わが国における伝統的問題であった農業水利権、温泉利用権なども、法律に規定しないことにより、慣習法的解決に委ねたという面があろうか(135)。

さらに、法外的事情が、判例その他により裁判所等の法的紛争の場に持ち込まれ、法的認知を受けることもある。法外的に政府の行為（行政裁量）が認められたことになる統治行為論に関する行政判例（駐留軍違憲判決）、日本の終身雇用的な労使関係を背景とする厳格な解雇判例などは、その例といえよう(136)。

他方、日本には、都市自治の伝統をもつヨーロッパとは異なり、孤独な都会人の生活に固有の秩序原理がなく、その間隙をぬって西洋法制が秩序の外形を与えることになったとする見方もある。日本固有のタテ社会の外にある他人の世界は、義理人情の通じない無規範の世界であり、そこに外の権威による他律的規範すなわち西洋法制が存在意義を有する空間がある、といわれる。明治政府は、イエを残してムラを破壊する政策を採った結果、日本人は、この都会の中に「第２ムラ」を作ろうとしてきた。そこでは、擬似家族的共同体が、企業一家、終身雇用制企業と

いった半永久的な網の目として自然発生的に生成されてきた、という。しかしながら、この不完全な縁社会を他人の世界から保護するために、法による補完を必要としてきた面もあり、日本人は擬似家族的タテ社会の補完として西洋法を継受してきた、という指摘は注目に値する(137)。

かくして、伝統社会の法文化が、明治維新以降の法化現象にもかかわらず、部分的に残されてきているという事実は、立法者がいかに包括的継受を目指している場合であっても、固有法を残りなく排除することが困難であることを示唆している(138)。

第3節　アメリカ法の継受

1．野田は、日本法の法系的地位に関して、次のようにいう。「ルネ・ダヴィド教授の分類に従えば、日本法はロオマ・ゲルマン法族（famille romano-germanique）に属している。このことは構造を問題とするかぎり異論の余地はない」と(139)。しかし、法構造ないし法制度の点から眺めた場合であっても、果たして日本法がローマ・ゲルマン法族（大陸法圏）の一員だといえるであろうか。この点は、第2次大戦後におけるアメリカ法の大量継受をどのように評価するかにかかっている、といえよう。

第2次大戦後の占領期においてアメリカ法をモデルとして起草された諸立法は、その量においてのみならず質の点においても、わが国の法制の基幹的な部分に触れるものであった。このような傾向は、憲法、経済法、労働法、刑事訴訟法をはじめとするアメリカ公法の分野において著しい。これら戦後の立法措置は、戦前・戦中の日本の階級社会を根本的に変革した、といわれる(140)。

2．戦後の法改革の出発点となったのは、改めていうまでもなく1946（昭和21）年に制定された日本国憲法である。日本国憲法は、イギリス（連合王国）の不文憲法とアメリカ合衆国憲法とを母法として起草された、といわれる。「天皇制」「国会制」および「議院内閣制」は、イギリス（連合王国）の不文憲法を想起させるが、「基本的人権」とこれを保

障する「司法制度」は、アメリカ合衆国憲法をモデルにしたものが多い[141]。

戦後の憲法史における顕著な出来事は、「法の支配」(rule of law) の確立であろう。法の支配の理念は、アメリカでは、「法の下の統治」(government under law)、「法の優位」(supremacy of law) といった文言を用いて表現されることが多い。この「人の統治ではなく、法の統治」の理念は、日本国憲法第3章「国民の権利及び義務」、第6章「司法」および第10章の「最高法規」の章に実定法化されている。基本的人権の不可侵性とそれを保障する違憲立法審査、憲法の最高法規性および憲法尊重擁護の義務が、それである[142]。

統治機構の面では、司法制度にアメリカ憲法の影響が強く見られる。憲法裁判所ないし行政裁判所のような「特別裁判所は、これを設置することができない」とする規定は、英米公法の様式形成的標識を示しているといえようか。通常裁判所による法令ないし行政処分の司法審査権を規定する第81条は、Marbury v. Madison (1803)[143]に由来するものであり、これを制度化し明文化したことはアメリカ型の付随審査制を採用したことを意味する。日本国憲法第76条および第81条の両規定により、旧憲法の下では想像することもできなかったほど強大な権限が司法部に与えられることとなった[144]。他方、基本的人権なかでも自由権に関する規定は、多かれ少なかれアメリカ憲法の影響を受けたものといっても過言ではない。また、人権に関するアメリカの憲法判例および憲法理論がわが国の憲法判例ないし学説に与えた影響も、無視することができないであろう[145]。

次に、大日本帝国憲法下の行政法は、戦後アメリカ行政法の影響を受けてどのように変容したであろうか。アメリカ行政法では、デュー・プロセスに基づいた「告知 (notice) と聴聞 (hearing) を核とする行政手続」および「行政行為の司法審査」がその中心をなしてきた[146]。その影響を受けて、わが国の戦後改革も行政手続の問題を中心に展開して行く。この行政手続を生み出す背景には、日本側にもドイツ的思考方法に対する反省と批判とがあったといわれる。時あたかもアメリカでは、1946年懸

案の「行政手続法」(Administrative Procedure Act) が制定をみる。したがって、日本占領政策の中に行政手続規制が登場してきたことは当然の成行でもあった。しかし、1993年に成立した行政手続法は、ドイツ法、フランス法と並んでアメリカ法も参照されたにとどまり、アメリカ法の略式手続に相当する部分を日本なりに整理することを試みたものに過ぎない、といわれる(147)。

ヨーロッパ大陸系諸国で司法といえば、民事および刑事だけを指すと観念されてきたが、日本国憲法の下では、民事裁判および刑事裁判に限らず行政事件に関する裁判をも含むとされるとともに、戦前の行政裁判所のような特別裁判所の設置および終審としての行政機関による裁判が禁止されることとなった(148)。

行政手続の問題とならんで占領改革の中心となったのは、専門技術的な第四権的機関である「独立規制委員会」(independent regulatory commission) の設置である。この行政委員会は、一般行政権から多かれ少なかれ独立した地位を有し、処分権限などの行政的権限のほか、規則制定のような準立法的権能および争訟の審決のような準司法的権能を併有している点で特徴的である。わが国の行政委員会は、これを範として発展して行く。戦後創設された公正取引委員会、証券取引委員会、人事院などは、その例である。いずれもアメリカの連邦取引委員会 (Federal Trade Commission)、証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission)、人事委員会 (Civil Service Commission) などにそれぞれ範をとった合議制官庁である。この行政委員会は準司法的権能を行使することができるが、「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」(憲法76条2項) ことから、その判断をどこまで尊重すべきかが問題となる。重要なのは、行政手続と司法審査との関係なかでも司法審査の射程範囲の問題である。「実質的証拠の法則」(substantial evidence rule) は、その中心をなす。行政組織法の分野では、さらに伝統的なドイツ流の官庁概念の上に、第2次大戦後アメリカ流の機関概念が導入された(149)。

以上の他、租税法、教育法、環境法、情報公開条例、個人情報保護条

例、行政調査の適正手続化（令状主義）、新たな行政目的達成手段（行政上の公表、課徴金）、政府契約（一般競争入札原則）などにも、その影響がみられる(150)。

各論的分野ともいうべき経済法の領域では、どうであろうか。1947（昭和22）年に制定された「経済憲法」とも呼ばれる「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」は、1890年の Sherman Act, 1914年の Clayton Act, 1914年の Federal Trade Commission Act（連邦取引委員会法）などのアメリカの反トラスト法およびその解釈に関する判例法を体系的に統一化する形で摂取した。しかし、三倍賠償および合理的な弁護士費用を含む訴訟費用に関する規定は、刑事民事の峻別論などを理由に導入されていない。また、「一応の証拠」（*prima facie* evidence）の原則も摂取されることはなかった(151)。他方、私的独占もしくは不当な取引制限をし、または不公正な取引方法を用いた事業者に対する損害賠償の請求を、公正取引委員会の審決が確定するまでペンディングな状態におく（第26条）といった発想は、アメリカの反トラスト法には見られない(152)。

また実施機関の面でも、アメリカの場合は、連邦取引委員会、司法省反トラスト部、機能的には国際貿易委員会などが重畳的に権限を行使しうる多元的構造が設置されているのに対し、わが国の場合は、すべての権限が公正取引委員会に一局集中化されている(153)。さらに、アメリカにおいては、刑事訴訟、懲罰的損害賠償、差止命令など用いられる法的手段が多様化しているのに対し、わが国の場合は、日本に伝統的な行政指導に待つところが多く、損害賠償請求訴訟などは独禁法施行後数件を数うるのみである。わが国の独禁法も、独禁法に違反した者の無過失賠償責任は認めているが、独禁法違反行為摘発のインセンティヴを私人に与えるような三倍賠償の制度を切り落としたことは、民刑事峻別論によることも大きいが、行政機関が法の執行を独占しようとするわが国の官僚制度によるところも少なからずある、といえようか(154)。

このように若干の差異は見られるものの、わが国の独占禁止法は、大筋ではアメリカの反トラスト法をほぼそのままの形で摂取したというこ

とができよう。しかし、カルテルや再販売価格維持契約の適用除外（第24条の２－第24条の４）、持株会社禁止（第９条）など、日本法にしかみられない法制度もある。しかも、独占に対する規制は、アメリカ本国におけるよりも、より強化されたものであった。そのこともあってか、当初の独占規制は、早くも２年後には修正される運命をたどる。このような傾向は、サンフランシスコ平和条約締結後さらに加速され、独禁法改正、適用除外立法の制定、公正取引委員会による消極的適用などにより、独占禁止法そのものが次第に骨抜きにされていく(155)。

独禁法の執行面では、立法の次元とは異なり、両国間に大きな相違が見られる。日本では、行政指導を中心とする官主導型ないし官民協調型の警告、注意などによる執行が一般的であった。公正取引委員会がカルテルに課徴金を科したり、価格カルテル、入札談合などに刑事請求の告発を行うなど正式の法的措置に訴えるようになったのは、比較的最近のことに属する。特に、日米構造問題協議の影響は、無視することができないであろう。しかし、独占禁止法の実現において私人の果たす役割はきわめて限られている、といってよい(156)。

さらに、「規制撤廃」(deregulation) に対するアメリカ法の影響はどうであろうか。制定当初は、独禁法ないしその立法趣旨に反する規制の撤廃が行われたこともあった。アメリカの public corporation に倣った公社、公団、公庫形態の採用は、その一環として行われたものといわれる。最近では、1985年の電気通信、国鉄、たばこの領域における競争原理の導入と３公社の民営化を挙げることができよう。規制撤廃を促した要因として、日本に市場開放を迫った日米構造問題協議の外圧は、きわめて大きいものがあった。しかし、現実の執行・運用の面での格差は、いぜんとして歴然たるものがある(157)。

証券取引の分野では、アメリカの1933年 Securities Act および1934年 Securities Exchange Act に倣って証券取引法が制定された。また、同法を運用する行政委員会として、ウオール街の警察官と呼ばれた SEC に倣い、証券取引委員会が設けられた。また、アメリカでは、1933年銀行法

に規定されている銀行の証券業務禁止が、わが国では証券取引法に規定されていることも、注意を引く。ともあれ、わが国の証券取引法は、半世紀間にわたってアメリカの後追いを続けてきたといえよう。しかし、証券市場の公正に関するエンフォースメントの方法には、行政のスタイルないし司法の役割の差異からくるギャップが目につく。1992（平成4）年の証券取引等監視委員会の設置以前は、大蔵省の証券会社に対する行政指導を通じて、市場の公正がはかられてきた、といってよい[158]。

労働法に関しても、いわゆる労働3法をはじめ現行の実定労働立法の多くが、アメリカ法の強い影響の下にあった。戦後まもなく1945（昭和20）年に旧労働組合法が制定され、1949（昭和24）年に総司令部（GHQ）の意向を受けて全面的に改正される。旧労働組合法を経由して現行法に引き継がれた「組合員であることを理由とする解雇」および「黄犬契約」を禁止する規定は、1898年の Erdman Act ないし州制定法の影響を受けたものである、といわれる[159]。改正法は、1935年の Wagner Act の影響を受けて使用者側の「不当労働行為」（unfair labor practice）の概念を導入した。もっとも、1947年の Taft-Hartley Act は、組合側の不当労働行為をも認めるに至った点で、その射程範囲は広い。その救済手続もアメリカでは刑事的であるのに対し、わが国では民事的である。またアメリカでは不当労働行為の申立（charge）は連邦労働関係局（NLRB = National Labor Relations Board）に対してなされ、General Counsel の下で大半の事件は解決されるが、そこで解決されない場合には administrative law judge（行政法審判官）の下で hearing に付され、その事実認定は決定的な意味をもつ。それに対する行政訴訟は、合衆国控訴裁判所に対してなされる。これに対し、わが国では地労委および中労委で事実の取調べが行われ、これに対する行政訴訟は地方裁判所に対してなされる。またアメリカの団体交渉における適性交渉単位（bargaining unit）制も、わが国に定着することはなかった[160]。

1947（昭和22）年に制定された労働基準法も、1938年の Fair Labor Standards Act の影響を受けて制定された。使用者が解雇予告手当等の

規定により支払わなければならない金額について支払わなかったときは、裁判所は「未払金のほか、これと同一額の付加金の支払を命ずることができる」とする規定は、その影響を受けた典型例である[161]。

これらに対し、1946（昭和21）年に成立した労働関係調整法に対するアメリカ労働法の影響は、直接的な形では見られないが、職業安定法、労働者災害保障保険法、公共企業体労働関係法、緊急失業対策法などには、総司令部の意向が反映されている。また、1985年の男女雇用機会均等法の制定に際し、雇用上の性差別を禁止する Civil Rights Act の存在が意識され、それが同法制定の間接的な誘因の一つになったことは事実であろう。しかし、それ以上のものではなかったという指摘もある[162]。

ともあれ、アメリカの法律家の示唆によって起草されたいわゆる労働3法は、それらの制定によって、ニュー・ディール後のアメリカ労働法に比肩しうるまでに至った。しかしながら、労働市場、労働組合および労使関係の性質ないし構造に関しては、日米両国の間にそう簡単には埋めつくすことのできない歴史的、文化的、社会的差異が底流に存することも事実である。アメリカの労使関係が、「対決型」(confrontation model) をとるのに対し、わが国のそれは、「協調型」(cooperation model) をとる点で、両者は対照的である。非対決的・協調的労使関係を反映したわが国の企業内労働組合、アメリカの「介入型」(intervention)（交渉代表制は、法律主義的な労使関係への介入を必然化する）に対する「非干渉型」(hands-off) の組合自治ないし組合民主主義などの伝統は、日本的法文化の反映とみることができよう。このような法文化的差異を反映して、労働法の解釈および執行・運用面での日米間の乖離は、無視できないものになりつつある[163]。

社会保障法の分野では、1946（昭和21）年の第1次生活保護法に、1935年の連邦法である Social Securities Act の中の公的扶助に関する考え方が反映している。

刑事司法に目を転じると、アメリカ法の影響は、刑事手続、矯正保護法および少年法の分野において著しい。刑事訴訟法においては、人身の

自由に関する刑事司法上の人権規定が日本国憲法の中に規定されたこともあって、その影響力はきわめて大きく、個々的にも条文的系譜がたどれるほどである。不法拘禁を禁止した憲法第34条に基づく人身保護法も、その同一線上にあると思われる。これに対し、刑事訴訟法と密接不可分の関係にあって、コモン・ロー上その本質的部分とされてきた実体刑法からは、ほとんどその影響を受けていない。戦後におけるアメリカ法の影響について論じる場合、このようなちぐはぐな事の成行をどのように受け止めて理解すべきかという重要な法継受の問題がある(164)。

まず、刑事手続から見ていこう。逮捕前から判決に至るまでのそれぞれの段階において、被疑者ないし被告人に対し権利保護が与えられ、従前の半糾問主義的なトライアルに代わって、弾劾主義的手続が導入されるに至った。いわゆる職権主義から当事者主義への変更が、それである。当事者主義の採用により、予審が廃止され、公判中心主義に切り換わる。公判では、被告人尋問制は廃止されて当事者による交互尋問が導入され、弁護士のみならず検察官にとっても反対尋問の技術が不可欠となる。そしてさらに捜査権限を抑制するために、令状主義、黙秘権、自白法則などが制度化されるに至った（英米型刑事訴訟）。しかし、小陪審ないし大陪審による市民の司法参加、有罪答弁ないし答弁取引の活用、検察官の選挙制など、わが国と全く異なる面もいぜんとして残っている(165)。

このように表向きは当事者主義が継受されたが、陪審制は導入されず、伝聞証拠法則も例外則を大幅に認め、捜査力はいぜんとして捜査機関に集中し、釈明権（義務）の行使が認められるなど、当事者主義を支える制度が十全ではなく、内実は職権主義に近い。その意味でわが国の刑事司法は、大陸型と英米型の折衷型を採り、「捜査・訴追という前半部分のふくらんだ半当事者主義」的性格を有するといえよう。この差異は、ヘテロジィニアス的社会を基盤とするデユー・プロセス型とホモジィニアス的社会を基盤とする実体真実主義型の反映といえようか(166)。

他方、1949（昭和24）年の犯罪者予防更生法における仮釈放のパロウル化および執行猶予者保護観察法によるプロベイションの採用は、矯正

保護法におけるアメリカ法化の著しい例である。19世紀末シカゴで創設された少年裁判所制度は、1922年の旧少年法によってわが国に摂取された。旧少年法の基本的発想は、罪を犯した少年および将来その虞のある少年を保護処分に付すという点に見られる。この少年裁判所（当時は「少年審判所」と呼ばれた）は、戦後の1949年以降は家庭裁判所の一部（少年審判部）を構成するようになり、刑事陪審制とは異なり、わが国の土壌にしっかりとした根を下ろしていった(167)。

これに対し、実体刑法の改正は、一部手直しにとどまった。したがって、アメリカ刑法の継受は、主として学説上に反映しているに過ぎないといえよう。アメリカでは1962年に「模範刑法典」(Model Penal Code) が完成し、その影響を受けてわが国でもアメリカ刑法に対する関心が急速に高まってくる。特に英米の功利主義的刑法観は、戦後の刑法理論に大きな影響を与えてきた。このような功利主義的刑法観は、責任能力、犯罪の主観的要件（mens rea）などの領域で注目すべき影響が見られた（特にネグリジェンスの処罰)。ポルノグラフィ、成人間の同意性行為などモラルに反するに過ぎない「被害者なき犯罪」(victimless crime) の非犯罪化についても、同様の傾向が見られる。以上の学説上の影響を別とすれば、コモン・ローの基幹的部分とされる実体刑法は、若干の例外はあるものの、第２次大戦後わが国の実体刑法にほとんど影響を与えていない、といってよい(168)。

３．他方、私法の分野ではどうであろうか。まず民法典についてみるならば、その前半のいわゆる財産法に関する部分の手直しは比較的微小なものにとどまったが、新しい憲法の標榜する「家」制度の廃止や両性の平等の要請（憲法第24条）に応えるために、民法第４編５編の親族法・相続法は全面的に再編成されることとなった。そして、そこから生ずる混乱に手続面から対応するために、家庭裁判所の設置や家事審判法の制定がみられた。自作農創設を目的とする農地改革も、連合国総指令部の「農地改革に関する覚書」によるところが大きい、といわれる(169)。

商法典については、とくに企業形態の中核をなす株式会社制度が、ド

イツ型からアメリカ型へ大きく改められた。まず「会社の運営機構」の面では、1948（昭和23）年にヨーロッパ型のそれまでの株金分割払込制を廃止し、アメリカ型の株金全額払込制を採用する。1950（昭和25）年には、所有と経営を分離するための業務運営方式の合理化のために、取締役会を法律上の機関とし、それまで株主総会の権限事項であった新株・社債の発行等の権限を取締役会に委譲し、業務監査は取締役会の機能、会計監査は監査役の権限とされた。さらに、授権資本（authorized capital）制度および無額面株式（non par value stock）制度を採用することにより、資金調達を機動的に行えるようにした(170)。他方、株主権を強化するため、株主が、会社に代わって、取締役の責任を追及する「株主代表訴訟」を提起することを認め、発行済株式の総数の10分の1以上に当たる株式を有する株主に、会社の「会計帳簿閲覧権」を付与し、多数派株主から少数派株主を保護するため、株主に「株式買取請求権」を与え、同じ趣旨から、取締役選任について「累積投票制度」を採用するに至る。この改正は、わが国の会社法に対し根本的な変革を加えるものであった。その指針を与えたのは、株主の保護を重視するイリノイ州の会社法であった、といわれる(171)。

会社法と訴訟法の両面にまたがる問題としては、企業倒産処理手続における会社更生の創設がある。1952（昭和27）年に制定された会社更生法は、アメリカの連邦破産法の中の corporate reorganization の規定を参照しながら、再建の見込みのある株式会社について、その事業の更生を計ることを目的としたものである。しかし、企業の再建についての決定権は、債権者、株主を中心とする利害関係人に帰属するのか、それとも裁判所かといった基本的な考え方の差異が見られる。アメリカは前者の立場を採るのに対し、日本は後者の立場を採る(172)。同時に行われた破産法の一部改正によって、破産法上も、破産免責制度が設けられるに至った。この制度は、1975年代以降、消費者破産事件の激増とともに定着してきたといえようが、近時一部免責という実務慣行上の日本的変容が見られる(173)。

民事訴訟法の分野では、1948（昭和23）年に、裁判所が当事者の申出を待たず職権で証拠調べをすることができる、と規定していた同法第261条が削除された。また証人尋問の責任を裁判官から弁護士に移すという趣旨で、「交互尋問制」が設けられた。これらの改正は、裁判官は訴訟の進行を当事者にまかせて、できるだけゲームの審判員的地位に留まるべきだとする当事者対抗主義の基本理念を摂取したものとして注目される。しかし、反対尋問の実効性に関しては実務家の間に根強い批判がある。このような民事訴訟観は、判例にもあらわれてくる。特に、当事者の申立の趣旨が不明確な場合に裁判所は質問を発してその内容を明らかにするようにする義務を負うものかという釈明義務に関する戦後の判例の動向は、注目に値する。いわゆる「継続審理・集中審理」の必要性の強調も、英米法のもう一つの影響とみうる。1950（昭和25）年の民事訴訟継続的審理に関する規則は、それを反映したものといえよう(174)。

4．このように戦後は、アメリカ法が特に公法の分野で、わが国の非法的な伝統社会に大きなインパクトを与えてきた。それが、半世紀後の今日、わが国の法文化との接触を通じて、どこまで法化に成功し、あるいは逆に日本的変容を受けてきたかが、問題となる。アメリカ型の法文化は、多民族的階層社会の闘争・結合に基礎を置く「適正手続」に代表されるのに対して、日本型の法文化は、等質的平等的単層社会の相互依存・妥協に基礎を置く「実体的真実主義」に象徴されよう。また、行政のスタイルないし司法の役割に起因する執行・運用の差異が、日米間の相違をもたらしてきた．前者では、ルール重視型の事後的複合規制が主流をなすのに対し、後者では、行政指導に代表される非公式的手段を用いた官民協調型の予防管理型規制が基本をなしているのも、かかる法文化の反映と見ることができよう。また、わが国では、企業活動に対する法的規制に関して、「刑事的規制」より継続的な「行政的規制」が好まれるのも、同様に解することができようか(175)。

第4章　日本法と外国法

1．以上に、日本固有法の元形（第2章）と外国法の継受（第3章）の問題を、主として法観念・法意識といった「法文化」の視座から論じてきた。このことは、「法構造」なかでもその「政治的・経済的・社会的背景」の重要性を過小評価することを意味しない。それどころか、ある法制度の特徴的性格を比較法的に摘出するためには、「法構造」と「法文化」の両側面からアプローチする必要があろう。

わが国では、明治維新以降、法制度を西洋化し、今日、法といえば主として西洋化された法のみを意味しているような観を呈している。この法化現象には、「西洋による近代化」という価値判断が暗黙の前提とされてきた。その結果、「ヨーロッパの哲学や思想が、しばしば歴史的構造性を解体され、あるいは思想的前提からきりはなされて部品としてドンドン取入れられ」てきた(176)。しかし、日本人の市民生活は明治維新によって過去と完全に断絶したわけではなく、その生活の流れは過去との連続性を保ち、市民の意識の深層には、なお伝統的な生活様式や生活規範が持続的な「執拗低音」(basso ostinato) として強く生き残っているはずである。そこに民衆の法観念ないし法意識 (living law) と国家法 (written law) の基本的考え方との間にギャップが生まれる(177)。

従来の司法制度の改革が、いぜんとして西洋法模倣の線をたどっており、その改革が十分に成功しない原因の一つは、このような部品的西洋法継受と日本的法観念ないし法意識という「近代法学が切り捨ててきた」最も基本的な問題に目を注ぐことを怠ってきたからであろう。この間隙を埋める作業は、一朝一夕にして成るような簡単なものではない。そのためには、日本文化の無意識の深層ないし集団的無意識の基層にまで足を踏み入れて、日本固有法の古層を捉える試みがなされなければならないであろう(178)。

2．まず、日本法の体系を法構造的・法制度的にみた場合はどうであろうか。野田説のように、日本法は大陸法に属する、と言い切ることが

できるであろうか。私見によれば、戦後のアメリカ法の継受を実質的なものとして捉えれば、日本法はドイツ・フランス法を核とする「大陸法系」とアメリカ法を中核とする「英米法系」との「混合法系」として性格づけることができる、と考える。

3．しかし、法制度というものは、機械のように自動的に機能するものではなく、その法の生きた姿は、それを運用し、それによって生活の規律を受ける人間、その担い手の考え方や行動様式に強く規制される。Koschakerの指摘にもあるように、「いかなる立法者も、固有法に一定の活動範囲を残しておくことを免れるわけにはゆかない。仮にかれが包括的継受を現実に目指している場合ですら、かれが固有法を残りなく排除しうるなどということは疑わしい。なぜなら、かれは法をまたたく間に変えることはできても、その適用をうけ、従来その法を適用しなければならない人間を変えることはできないからである」(179)。西洋法を継受した日本人は、それによって法化され、合理化されはしたであろうが、そのために西洋人になったわけではない。この法を運用し、その適用を受けるのはやはり千数百年にわたる歴史的伝統を担った日本人である。したがって、そのような法文化的背景の中で機能してきた日本法 — それは国家法のみならず生活規範の全体を包摂する意味での — をその機能面においてみるかぎり、それは西洋法とはかなり違った性格のものである。こうした個別的文化価値を担う日本法は、西洋化された法ではあっても西洋法ではない。では日本法は、世界の法体系の中でいかなる法文化圏に位置づけられるべきであろうか。このような法文化的アプローチにより日本法の生きた姿を正確に伝えることが、今後の日本の比較法学者に課された重要な任務であろう(180)。私見によれば、法文化的には、「極東法文化圏」の中の「日本法族」として分類すべきである、と考える。

4．それ故、日本法は、「法構造」的には、大陸法文化圏のドイツ法族と英米法文化圏のアメリカ法族との混合法族として性格づけられ、「法文化」的には、極東法文化圏の日本法族に属する、というべきか？

FOOTNOTES

(89) 八重津洋平「故唐律疏議」滋賀秀三編、中国法制史173-75 (1993).

(90) 滋賀秀三「譯註唐律疏議(1)」72国家学会雑誌30-34 (1958).

(91) 陳寿、三国志（3世紀末）の魏志巻30東夷伝中、倭人に関する記述＝魏志倭人伝（鬼道〔呪術〕を事とし、能く衆を惑わす); 石井、前掲（注85), 3; 石井良助、日本法制史概説62-65 (1960). 福永光司説によれば、古代日本に、仏教以前の宗教として道教思想が伝来していた、という. 曰く.「卑弥呼が『鬼道』をよくすると『魏志倭人伝』に書かれるが、『鬼道』は成立期の道教に対していわれたもので、この点からも道教は弥生時代には日本に入っていたと考えられる」と. 道教の伝来に関しては、福永光司「鬼道と神道と真道と聖道 — 道教の思想史的研究」1980思想9月号.

(92) 家永、前掲（注86), 25; 福永光司、道教と日本文化7-8, 225-26 (1982).

(93) 丸山、前掲（注32), 116-17.

(94) *Id.* at 117-20.

(95) 三世一身法 — 太政官奏すらく、「頃者百姓漸く多く、田地窄狭なり。望み請ふらくは、天下に勧め課せて、田畴を開闢かしめん。其の新たに溝池を造り、開墾を営む者あらば、多少に限らず、給して三世に伝えしめん。若し旧き溝池を逐はば、其の一身に給せん。」(続日本紀、原漢文); 懇田永年私財法 — 詔して曰く、「聞くならく、懇田は養老七年の格〔三世一身法〕に依りて、限満つるの後、例に依りて収受す。是に由りて農夫怠倦して、開ける地復た荒る、と。今より以後は、任に私財と為し、三世一身を論ずること無く、咸悉くに永年取る無莫れ。」(続日本紀、原漢文); 林紀勝「律令法」牧・藤原編、前掲（注70), 36.

(96) *Id.*; 弘仁格式序 —「律以懲粛為宗、令以勧誡為本、格則量時立制、式則補闕拾遺、四者相須足以垂範」(類聚三代格 (10-11c)).

(97) 石井、前掲（注34), 261.

(98)「たた（只）とうり（道理）のおすところを被記候者」(立法者の書信); 道理とは、「武家のならひ、民間の法」、すなわち、慣習法として具体的に存在するものを意味し、権力、実定法などによって動かされるものではなく、逆にこれらの在り方を規定するものであった、といわれる. 石井、前掲（注34), 264;「鎌倉時代の武士＝在地領主層の法意識によれば、裁判において「理非」なり「是非」なりを明らかにすることは、極めて重要な意味をもっていた。」; 石井、前掲（注26), 83; 石母田、前掲（注70), 292-94.

(99) 永仁の徳政令 — 関東御事書の法「質券売買地の事　永仁五年三月六日

右、地頭・御家人の買得地に於いては、本条を守り、廿箇年を過ぐれば、本主取返すに及ばず。非御家人並びに凡下の輩の買得地に至りては、年紀の遠近を謂はず、本主之を取返すべし。」(原漢文); 大木、前掲（注26), 170.

(100) 甲州法度之次第「喧嘩の事。是非におよばず成敗を加ふべし。但し、取り懸ると雖も、堪忍せしむる輩に於ては、罪科に処すべからず」(原漢文).

(101) 砂川和義「分国法」牧・藤原編、前掲（注70), 159, 162; 水林、前掲（注26), 104; 石母田、前掲（注70), 292.

(102) 石井、前掲（注78), 79以下.「その場合の『喧嘩』とは、あくまでも物理的な闘争を意味し、従って喧嘩を仕掛けられてもそれに対して防戦をしない者は処罰されない。この点で喧嘩両成敗法は実力行使ないし自力救済の全き意味での禁止を目的とするものといえる。」; 石井、前掲（注34), 268; 大木、前掲（注26), 178.

(103) 石井、前掲（注85), 3.

(104) 石井、前掲（注78), 233-36; 水林、前掲（注26), 36-37.

(105) *Id.*

(106) 石井、前掲（注78), 236-38.

(107) 神保文夫「幕藩法 — 裁判制度」牧・藤原編、前掲（注70), 240-43; 大木、前掲（注26), 202-03.

(108) 神保、前掲（注107), 244. また、1742年には、「公事方御定書」を制定し、それまで慣習法によっていた訴訟手続について制定法化するとともに、刑事の面でも縁座制を緩和し、拷問を制限したりして、みせしめ主義から教化主義への転換をはかった。これは、徳川時代最大の立法といわれ、その下巻は主として刑法の規定で、「御定書百箇条」と呼ばれ、明治初年まで行われた。

(109) 石井、前掲（注78), 240, 245 fn.10.

(110) 野田良之「近代日本法思想史の問題点」野田良之・碧海純一編、近代日本法思想史27-28 (1979).

(111) 石井良助、前掲（注85), 3.

(112) *Id.* at 5.

(113) *Id.*

(114) *Id.* at 1-3.

(115) 西周、百一新論 (1874), 大久保利謙編、西周全集第1巻227、258、275 (1960); 長尾龍一、日本国家思想史研究93 (1982).

(116) 石井、前掲（注78), 231.

(117) 野田、前掲（注47), 4.

(118) 北川、前掲（注１），24-29.

(119) 政体書 —「一　天下ノ権力総テコレヲ太政官ニ帰ス、則政令二途ニ出ルノ患無カラシム、太政官ノ権力ヲ分ツテ立法・行政・司法ノ三権トス、則偏重ノ患無ラシムルナリ」「一　立法官ハ行法官ヲ兼ヌルヲ得ス、行法官ハ立法官ヲ兼ヌルヲ得ス」; 吉井蒼生夫「明治国家と近代法の形成 — 中央集権的国家機構の整備」牧・藤原編、前掲（注70），262，263; 藤原明文「明治国家と近代法の形成 — 憲法編纂の準備」牧・藤原編、前掲（注70），324，328-29.

(120) 三か月章、法学入門71-72（1982）.

(121) 浅古弘「明治国家と近代法の形成 — 裁判所の創設と訴訟法」牧・藤原編、前掲（注70），313，320.

(122) 石井紫郎・水林彪「法と秩序」日本近代思想体系（1992）; 吉井蒼生夫「近代法体制の成立 — 法典論争」牧・藤原編、前掲（注70），351 ; 小野清一郎、日本法理の自覚的展開120-21（1942）によれば、「明治維新以後における西洋法の継受において全く新規なものは私法であった。…殊に私法的な「権利」の観念の如きは、全く知らなかったと謂ってよいであろう。」

(123) 野田、前掲（注12），169-70.

(124) 岩田新、日本民法史46（1928）.

(125) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響（１）」３日仏法学２（1965）.

(126) 利谷信義「近代法体制の成立 — 明治民法の成立」牧・藤原編、前掲（注70），357-58.

(127) 奥田昌道「日本における外国法の摂取 — ドイツ」14現代法218，223，226（1966）.

(128) 野田、前掲（注12），172; 奥田、前掲（注127），229; 北川、前掲（注117），27-28.

(129) 野田、前掲（注12），162.

(130) 穂積陣重、比較法学研究の資料としての新日本民法（英文）. 穂積は、この中で、世界の法秩序を系譜学的方法によって、印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、羅馬法族、ゲルマン法族、スラブ法族の７法族に分類している.

(131) 長谷川正安・利谷信義「日本近代法史」14現代法35-40（1966）; 利谷信義「明治国家と近代法の形成 — 条約改正と法典編纂の準備」牧・藤原編、前掲（注70），331-38.

(132) 野田良之「日本における比較法の発展と現状(1)」89法協1262-64（1972）.

(133) 川井健「日本の家族」神島二郎・沢木敬郎・所一彦・淡路剛久編、日

本人と法167（1978）; 利谷、前掲（注126）.

(134) 平野竜一「刑事被告人と社会 — 日本刑法の諸相 —」A. T. ヴォン・メーレン編・日米法学会編訳、日本の法（中）105, 119（1966）; 長島敦「刑事被告人と社会 — 日本における刑事司法の運営 —」*id.* at 133; 安部治夫「刑事被告人と社会 — 日本における刑事司法の治療的・予防的側面 —」*id.* at 171.

(135) 川島、前掲（注８），163f（調停），87f（契約）; 田中、前掲（注78）; 成田、前掲（1978）. 1942年の戦時民事特別法は、すべての民事紛争について調停に付することにした. 神島他編、前掲（注132），20.

(136) 小西国友「「終身雇用」の法理」神島他編、前掲（注133），257.

(137) 神島二郎、前掲（注66）; 中根千枝、前掲（注66）; 長尾、前掲（注115）、86-96, *esp.* at 93.

(138) 野田、前掲（注12），177-81.

(139) 野田、前掲（注12），14.

(140) 田中英夫「日本における外国法の摂取 — アメリカ法」14現代法290-91（1966）.

(141) 高柳賢三、英国公法の理論：緒言１（1948）.

(142) 日本国憲法第81条、第98条、第99条. 天皇の地位を「国民の総意に基づく」とした同第１条の規定も、「イギリスの国王がそうであるように、天皇も法の下にある」（ケイデイス行政部長）という考え方を示している、とする指摘もなされている. 田中英夫、憲法制定過程覚え書221（1979）.

(143) 5 U. S.（1 Cranch）137（1803）.

(144) 木下毅、アメリカ公法85-87（1993）.

(145) *Id.* at 87-92. 全般的には伊藤正己「日本国憲法と英米憲法」600ジュリスト150（1975）. 戦後半世紀におけるアメリカ憲法の継受とその日本的変容を扱った論文として、戸松秀典「憲法」〔1995-2〕アメリカ法参照.

(146) 1 K. Davis, Administrative Law Treatise 17-24（1978）.

(147) 鵜飼信成「英米行政法と日本法」600ジュリスト192, 193（1975）.

(148) 司法審査による事後的救済よりも、行政作用そのものが適正に行われるように、行政手続を確立することが要請されるようになり、行政に対する私人の権利救済が前面に押し出されてくる.

(149) 公益事業委員会、電波管理委員会、公安委員会、選挙管理委員会、教育委員会なども、その例である. 1948（昭和23）年に設けられた証券取引委員会は、1952年には廃止される. その間も、大蔵省の関与が大きかった、といわれる.

(150) 木下、前掲（注144）94-95. 畠山武道「租税法 — シャウプ勧告の再評価を中心に —」600ジュリスト208（1975）; 鈴木慎一「教育制度」600

ジュリスト216（1975）; 川崎市情報公開条例（昭和59年3月30日条例第3号）; 川崎市個人情報保護条例（昭和60年6月29日条例第26号）．行政上の「公表」とは、行政指導などに従わない者の氏名等を公表することにより、その実効性を担保することをいう．

(151) 田中英夫・竹内昭夫、法の実現における私人の役割140, 95（1987）.

(152) *Id.* at 4-5.

(153) 松下満雄「米英独占禁止法と日本」600ジュリスト283（1975）.

(154) 独占禁止法第25－26条; 民法第709条．田中・竹内、前掲（注152），4-5, 153.

(155) Y. Kanazawa, *The Regulation of Corporate Enterprise: The Law of Unfair Competition and the Control of Monopoly Power,* in A. T. von Mehren, Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society 480（1963）; 松下満雄、経済法概説81, 221（1986）.

(156) 根岸哲「経済法」〔1995-2〕アメリカ法; 田中・竹内、前掲（注152），173-77.

(157) 根岸哲「経済法」〔1995-2〕アメリカ法.

(158) 江頭憲治郎「商事法」〔1995-2〕アメリカ法.

(159) Erdman Act, 30 Stat. 424, c. 370, sec. 10（1898）. *See* Adair v. United States, 208 U. S. 161（1908）.

(160) 石川吉右衛門「労働法」600ジュリスト273-74（1975）.

(161) Fair Labor Standards Act §16(b); 労働基準法第114条．この付加金の制度は、日本法が英米の2倍額賠償制度を採用した数少ない事例の一つといえようか．

(162) 国家公務員法、地方公務員法、公共企業体労働関係法、地方公営企業労働関係法なども同一線上にある、といえよう．1946（昭和21）年の労働関係調整法第40条は、「使用者は、この法律による労働争議の調整をなす場合において労働者がなした発言又は労働者が争議行為をなしたことを理由として、その労働者を解雇し、その他これに対し不利益な取扱をすることはできない．但し、労働委員会の同意があったときは、この限りでない」と規定し、付則により、労働組合法第11条1項を改正して、この不利益取扱行為を労働組合法上不当労働行為とした．この限りでは、アメリカ法の影響があったといえようか．

(163) 不当労働行為の実体規範の側面からアメリカとわが国との相違を見てみると、(1)アメリカにおいては、不当労働行為制度と不可分一体の制度として組み入れられている排他的交渉代表制が、わが国では見送られた結果、使用者に対し交渉義務が加重される結果となっている．(2) Taft-Hartley Act of 1947は、労働組合・労働者側の不当労働行為を認めてい

るが、わが国では、使用者側の不当労働行為しか設定されていない．(3)団交拒否の不当労働行為の前提となる交渉義務につき、その実体と範囲が明確にされていない．労働委員会およびその運用手続に関しても、(1)わが国では、労働委員会につき、2審制が採用されている．(2)労働委員会には、不当労働行為の判定とは別に、争議調整機能が付与されている．(3)労働委員会は、三者構成をとり、不当労働行為事件についても労使代表委員の参与が認められている．(4)審査手続は、当事者主義的ではあるが、インフォーマルである．(5)労働委員会の救済命令は、裁判所による執行力付与などの手続を経るまでもなく、それ自体で強行性がある．しかし、救済命令の内容編成に関する労働委員会の裁量の範囲および限界は，明確でない．わが国における不当労働行為は憲法第28条の団結権等の保障の実定法化という性格を担っていたが、実際には権利救済的というよりは、紛争調整的な機能を示している．この点は、日米両制度間の顕著な差異をなしている、といえよう．浜田富士郎「労働法」〔1995-2〕アメリカ法．

(164) 日本国憲法第33条－第39条．内田力蔵「近代日本と英米法」600ジュリスト12，13（1975）．

(165) 渥美東洋「日米刑事法の比較研究」日本比較法研究所編、比較法の方法と今日的課題107（1990）．

(166) 田宮裕、現代の裁判132（1985）．より詳しくは、同、捜査の構造（1971）．

(167) 松尾浩也「少年法」600ジュリスト266（1975）．

(168) 大谷実「実体刑法」600ジュリスト251（1975）；田宮裕「過失に対する刑法の機能」日沖憲郎博士還暦祝賀論集(1)327頁以下（1966）．

(169) 三カ月章、法学入門 92（1982）．

(170) このようなアメリカ型の取締役会中心主義は、1949（昭和49）年に、監査役に業務監査権が与えられ、その後さらに、常勤監査役、社外監査役、監査役会といった制度が導入されることによって、日本的変容を余儀なくされるに至る．他方、アメリカの取締役会も、従来の業務執行の最高機関で監査機関でもあった取締役会から、ドイツの監査役会に近い監査専門機関に変質してきた．江頭憲治郎「商事法」〔1995-2〕アメリカ法．

(171) 取締役会－第230条の2（現第230条の10），第260条；取締役の責任を追及する訴訟－第272条，不正を行った取締役の解任を求める訴訟－第257，267条；株主の会計帳簿閲覧権－第293条の6，第293条の7；株式買取請求権－第245条の2－第245条の4；取締役選任についての累積投票の制度－第256条の3，第256条の4．かかる株主権強化政策に対しては、産業界は1950年当時から反対の意思表示をしてきた．1993（平成5）年には、株主代表訴訟および会計帳簿閲覧権の法改正が行われる．他方、約半世

紀近く強行規定とされてきた累積投票制度が、1974（昭和49）年の商法改正により、任意法規化されるに至る．ところが、1870年にイリノイ州の州議会議員の選出方法として考案され、同州における会社の取締役選出方法（少数派株主も取締役のポストを確保できる一種の比例代表制）として憲法上強制されてきた累積投票制度が、近時アメリカにおいても、任意規定化される傾向にある．なお、昭和25年改正により追加された取締役の忠実義務に関する商法第254条の２（現第254条の３）は、取締役を fiduciary（信託の受託者にも比すべき高度の忠実義務を負う者）と観念する英米法的発想として注目されよう．

(172) わが国の会社更生法の基本理念と連邦改正破産法第11章の手続との間には、「会社の継続企業価値が清算価値を超える場合に、その継続企業価値を合理的基準に従って利害関係人に配分しつつ、会社の再建を図るという基本的な考え方の同質性が認められる」という．伊藤真「民事手続法」〔1995-２〕アメリカ法．

(173) 破産法の一部改正により、「破産者ハ、……破産裁判所ニ免責ノ申立ヲ為スコトヲ得」（第366条の２）ることとなった．1952（昭和27）年のこの改正は、ドイツ法に倣って破産免責を認めていなかった日本の破産法にとって、画期的な措置であった．

(174) 民事訴訟法第261，294条．交互尋問制の導入は、コペルニクス的転換といわれた．民事訴訟規則第27条の継続審理ないし集中審理の考え方は、この規則にもかかわらず、実務の中に定着しなかった．田辺公二、民事訴訟の動態と背景 22（1965）．

(175) 基本的には、「株主」を企業の支配者とみるアメリカの会社と「経営者」ないし「管理労働者」を企業の支配者とみるわが国の会社との差異も、このような法文化の差異として理解することができようか．証券市場における融資取引銀行、事業者の選任に係わる社外監査役・公認会計士による監査、従業員から昇任した取締役により構成される取締役会、現場責任者兼取締役、短期の取締役在任期間、株式待合など相互依存の強い株主総会など、内部からのチェック機能はあまり期待しがたい体質が看取されるのも、日本的法文化の反映と見ることができようか。渋谷光子「日本の会社」神島他編、前掲（注66），211；江頭憲治郎「日本の会社と会社法」石黒他編、日本法のトレンド59、特に67以下（1993）．

(176) 丸山、前掲（注38），14．

(177) 丸山、前掲（注32），153；川島、前掲（注８）．ii．

(178) 武田、前掲（注37），２－９．

(179) Koschaker, *supra* note 4, at S. 145（野田訳）．

(180) 五十嵐清「比較法学と日本の法学」14 現代法 321，355-62（1966）；野田、前掲（注12），14．