HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法の解釈と比較法
Author(s)	五十嵐, 清
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 1-20
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16322
Type	bulletin (article)
File Information	31(3-4)1_p1-20.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

法の解釈と比較法

五十嵐　清

目次

一　はじめに
二　歴史的考察
三　現　状
四　問題点
五　むすび

一　はじめに

本稿は、法の解釈に対して比較法がどのような貢献をすることができるかという問題について、一般的に論じようとするものである。ただし、筆者の専門との関係で民法の解釈が中心となる。(1) また、ここでいう「解釈」とは、学者の行なう法の解釈（学説）ではなく、裁判官の行なう法の解釈（判例）を主として念頭においている。わが国の場合、学説

に与える比較法の影響はあまりにも自明であるからである（もちろん、そこに問題がないわけではない）。[2] さらに、具体的にとりあげられる解釈問題は、制定法の条文に即したものよりは、条文を離れた学説・判例による法の創造の場合が多い。法の解釈に対する比較法の貢献は、この点にもっとも良く見られるからである。なお本稿は、一九七八年一二月二日、札幌民事実務研究会で行なわれた講演に補正を加えたものである。

（1）労働法を中心とした研究として、山口浩一郎「比較法研究と自国法の解釈」季刊労働法八〇号（一九七一年）がある。

（2）この点につき、小山昇「日本における訴訟行為論の現状」民事訴訟法雑誌二〇号（一九七四年）の鋭い指摘が注目される。

二　歴史的考察——わが国の場合を中心として

(1) 序　説

法の解釈に対し、比較法がどれだけ貢献できるか、またそのさいどのような問題点があるかというのは、今日の世界の比較法学のテーマの一つである。しかし、このテーマは比較法にとり必ずしも自明のものではなかった。比較法が立法に寄与しうることは、すでに一九世紀の後半にはひろく承認されていたが、[1] 法解釈への寄与ということになると、そうはいかない。法の解釈は制定法なり判例法なりに基づいて行なわれるものであるが、それらは各国それぞれ独立の体系をなしているから、比較法の割りこむ余地はないのではないか、というのがむしろ常識的な見解であった。したがって、法解釈への比較法の寄与が認められるためには、法学方法論の変革が必要であった。自由法運動によって概念法学が克服され、法の欠缺の存在と、自由な科学的探求が承認されるにおよんで、はじめて比較法的解釈の登場が可能となった。自由法運動の担い手の一人であったサレイユ (Saleilles) が、同時に現代比較法の建設者の一人であるのは、

けっして偶然ではない。そして、第二次大戦後の今日では、法解釈に対する比較法の貢献はひろく承認されている。[2]

わが国では、事情は全く異なっている。わが国の法学は当初から比較法（というよりは外国法）の支配下にあり、比較法は主として法の解釈のために利用されてきた。したがってわが国では、法の解釈に対する比較法の貢献は当然のことと解されていた。以下、その歴史的事情について概観したい。[3]

(2) 法典継受以前

明治三〇年前後の法典継受以前のわが国の民事裁判は主として慣習法に基づいて行なわれたが、慣習法のないときは、「条理を推考して」行なわれた（明治八年太政官布告第一〇三号裁判事務心得第三条参照）。その条理の内容の多くは、外国法であったといわれる。明治初期のわが国の法律家はヨーロッパに留学するか、または日本に来た外国人法学者により法学教育を受けた。それは、イギリス人によるイギリス法の授業か、フランス人によるフランス法の授業であり、ここにイギリス法学派とフランス法学派が誕生した。制定法や慣習法の乏しかった当時、条理を適用すべき場合が多かったと思われるが、裁判官にとって条理の内容は外国法（イギリス法かフランス法）とならざるえなかった。[4] かくしてわが国ではすでに法典編纂以前に法の適用に対し外国法が大きな影響を与えたのである。

(3) 法典継受以後——いわゆる「学説継受」の時代

明治三〇年前後に、外国法の継受により、わが国の法典編纂は一応完了し、以後は制定法、とくに法典が法源の中心となる。ところが、この時期には、北川善太郎教授のいわゆる「学説継受」の現象が見られる。わが国のように法典継受により立法がなされたところでは、法典施行後は母法国の学説が影響を与えるのは当然である。明治中期の法典編纂に対しては、前半はフランス法、後半はドイツ法が影響を与えた（その典型例は民法典編纂）。したがって、法典編纂後はフランスおよびドイツの学説がともに影響すべきであったが、現実にはドイツ法学だけが圧倒的な影響を及ぼし

た。まさに学説継受の名に値するものである。なぜフランス法学を排除してドイツ法学だけが輸入されたのかというのも、一つの問題点であるが、[5] ここではそれに深入りせず、その実例を北川教授の研究に依拠して要約することにしたい。[6]

(a) 債務不履行（民法四一五条）　この規定は旧民法以来、基本的にフランス式である。しかるに学説継受により、履行遅滞、履行不能、不完全履行という三分体系が採用され、それが判例にも影響を与えた。もっとも、不完全履行については、学説上、はなやかに議論されたわりには、判例での多彩な発展は見られない。

(b) 強制履行（民法四一四条）　民法の規定はフランス式であるのに対し、民事訴訟法の規定（とくに七三四条）はドイツ式であり、両者の間に矛盾が存した。この点も学説継受により、ドイツ民訴理論の影響下に解決された。判例は必ずしも明確ではないが、ドイツ式解決を採用したように思われる。そして、今回の民事執行法の制定により、立法的にも解決された（一七二条）。

(c) 損害賠償の範囲（民法四一六条）　この規定のルーツには諸説あるが、フランス民法→イギリス判例の継受と見るべきであろう。[7] しかし、ここでも学説継受によりドイツの相当因果関係説が採用され、判例にも影響を与えた。もっとも、ここでいう相当因果関係説は、ドイツのそれとは異なるものであることが、平井教授により指摘されている。[8]

(d) 解除の効果（民法五四五条）　この規定も旧民法はフランス式であったが、現行民法にはドイツ法系の影響が見られる。ここでも学説継受により、ドイツの通説であった直接効果説が採用され、判例にもストレートに影響を及ぼした。

(e) 瑕疵担保（民法五七〇条）　この規定は旧民法以来フランス式であったにもかかわらず、学説継受期に当時のドイツの有力学説である法定責任説が通説となった。しかし、判例は種類物についても瑕疵担保を適用することにより、ドイツ学説の影響下にある、いわゆる特定物ドグマを採用しなかった。

以上の例から分るように、民法典施行後のわが民法学は、フランス民法に基づく規定についても、ドイツ法流の理論構成を行ない、その多くが判例にも影響を与えた。まさに「独法に非ずんば人に非ず」という時代が続いた。

(4) 反省期

以上のようなドイツ法一辺倒に対し、大正時代に入ると、反省が見られるようになった。すでに明治二〇年代には、わが国の法学教育は、日本人の手によりわが国の実定法を中心として行なわれるようになっていたが、大正期に入ると、外国法の講義も日本人によって行なわれるようになり（東大）、ここに外国法についての比較法的自覚が生じた（とくに杉山直治郎）。他方において、実定法学者のなかでも転回が見られた。その代表者は末弘厳太郎である。彼は、第一次大戦勃発のため、ドイツ留学を果たせず、代わりにアメリカやフランスに渡り、アメリカのケース・メソッドやフランスの自由法学に心を奪われた。帰国後判例民法研究会を組織し（大正一〇年）、大審院民事判例の組織的研究をはじめるとともに、自ら『物権法（上巻）』（大正一〇年）を著わし、そのなかで従来のわが国の法律書にローカル・カラーがないことを嘆き、判例や「生ける法」を重視した。とくに物権変動論について、ドイツ式物権行為論の導入を排し、判例を支持する論旨を展開させた点が注目される。

末弘の問題提起を契機として、その後のわが国の民法学はドイツ法一辺倒から徐々に脱却し、フランス法や、さらに英米法も視野に入れるようになった。他方、わが国の判例や「生ける法」への関心も次第に高まってきたが、戦前においては、この点では不十分であった。

(5) 第二次大戦後

第二次大戦後における法の解釈に対する比較法の影響について特筆すべき点は、英米法の影響である。戦前の英米法研究は、実定法の解釈とほとんど接触点をもたず、「光栄ある孤立」を続けていた。しかし、戦後の英米法の継受によ

り様相は一変する。いまや英米法の継受の行なわれた領域（憲法、刑事訴訟法、労働法、経済法など）では、英米法は実定法の解釈のために不可欠と考えられるようになった。しかし民法については、家族法の改正には英米法の影響は乏しく、従来の大陸法的体系を堅持したため、民法解釈に対する英米法の貢献はいぜん乏しかった。ようやく最近になり、プライバシー、製造物責任、医療過誤のような現代的不法行為法の領域において、法解釈に対するアメリカ法の影響が見られるようになった。なお戦後においても英米法の継受が見られなかった領域、とくに民訴法と刑法においては、近時にいたるまでドイツ法一辺倒の傾向が続いていることが注目される。

他方、戦後のわが実定法学の著しい現象として、法令・判例・学説の激増に伴い、実定法学者が外国法を参照する暇がなくなり、また外国法を参照しなくても解決可能な問題が増えてきたことがあげられる。このため、実定法学と比較法学との分離が生じ、法の解釈のための比較法にとっては危機を迎えるにいたった。

（1）この目的のため、一八六九年フランスで比較立法協会（Société de législation comparée）が、また一八九五年にイギリスでも同種の協会が設立された。

（2）この点で画期的な論文は、Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, Rabels Z 15(1949), 5ff. である。

（3）わが国における比較法一般の歴史については、野田良之「日本における比較法の発展と現状」法協八九巻一〇号九〇巻一号（一九七二―七三年）、西賢「実定法の基礎理論―比較法学」（野田良之・碧海純一編『近代日本法思想史』有斐閣、一九七九年所収）参照。

（4）野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」日仏法学一号五七頁以下（一九六一年）、伊藤正己編『外国法と日本法』（岩波講座現代法14巻一九六六年）二六九頁（伊藤正己執筆）参照。ただし、この点についての実証的研究は今後に残されている（なおこの問題は判決文のスタイルにも関係している。野田・前掲五九頁注（四）参照）。

（5）北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、一九六八年）一二九頁以下、野田良之「日本における比較法の発展と現

状」法協八九巻一〇号一二七四頁以下（一九七二年）など参照。

（6）北川・前掲三〇頁以下。

（7）北川・前掲六三頁以下のほか、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東大出版会、一九七一年）一四六頁以下参照。

（8）平井・前掲三頁以下。

三　現　状

(1)　外国の場合

法解釈学と比較法学の関係についての以上のような発展は、欧米先進諸国（とくにイギリス、フランス、ドイツ）ではほとんど見られない。今世紀に入ってようやく、比較法学者の努力により、法解釈に対する比較法の効用が認められるようになったのである。以下、各国の判例に対する比較法の影響について一瞥する。

(a)　ドイツ　オバン（Aubin）の研究によると、ドイツでは一九〇九年より六一年までの間に、最高裁判所判例中三一件が比較法的解釈をしている。それには時代による変化があり、(i)第一期（一九一〇―二四年）では主としてオーストリア民法が参照され、(ii)第二期（一九二〇―二八年）では、私法だけだが、フランス、イギリス、スイスなど多数の国が比較されている。(iii)第三期（一九五一―六一年）に入ると、私法にかぎらず、公法や刑法にも及び、アメリカ法も参照されるようになった、とくにスイス民法の影響力が大きい。もっとも、最近は比較法的解釈に対する否定的傾向が見られる、とされる。(1)

(b)　フランス　フランスの判例は、伝統的に比較法的解釈を否定しているといわれる。(2) とくに破毀院にこの傾向が強い。もっとも、この点は、後述のように、破毀院の判決文のスタイルによるところが大きい。

(c) スイス　スイスの判例に対する比較法の影響は、ドイツよりも強い。ウイテルヘーフェン（Uyterhoeven）の研究（一九五九年）によると、一九三四年より五三年にかけてスイス連邦裁判所が民法典と債務法典の解釈にさいし比較法に言及した判例として、九三件があげられている（ただし若干の重複がある）。[3] 参照されたのは、歴史的理由により、主としてフランス、オーストリア、ドイツ各民法典である。

(d) イギリス　イギリスの判例に対する外国法、とくに大陸法の影響は、一般的には乏しいと思われるが、大陸法の文献を引用する判例がないわけではない。[4]

ところで、各国の判例に対する比較法の影響度を比較する前提として、各国の裁判所、とくに最高裁判所の判決文のスタイルの比較が必要である。ケッツ（Kötz）の興味深い研究によると、各国の最高裁判決文には一定の伝統的なスタイルがあるとされる。[5] 一番極端なのはフランスの破毀院判決であり、そこではきわめて簡潔かつ形式的に判決理由が述べられているにすぎず、裁判官がなしたであろうあらゆる実質的判断は示されていない。[6] したがって比較法が裁判官に影響を与えたとしても、それを実証することはきわめて困難である。これと対照的なのが英米諸国の判例である。そこでは、裁判官各自が多くの先例を引用しながら自己の実質的判断を示し、きわめて個性的である。したがって、ここでは比較法の影響の有無も明瞭に看取される。フランスと英米の中間を行くのがドイツであり、そこではかなり詳細な先例・学説との対応が見られるが、英米とちがい個性に乏しい。日本の場合は、比較的ドイツに近いが、先例との対応がより簡単であり、学説の引用はほとんど見られない。

(2) わが国の場合

わが国の場合、比較法が学説に多大の影響を与えていることはいうまでもないが、判例に対する影響ということになると、必ずしも自明ではない。一つには前述した判決文のスタイルに問題があり、わが国では、当事者の準備書面のな

かで比較法に言及されることは多いが、判決理由のなかで比較法に触れることはほとんどない。しかし、ほぼ以下のようなことがいえるのではなかろうか。

(a) やはりわが国では比較法の影響をうけた判例はけっして少なくない。学説継受のところで言及した不完全履行論や解除の直接効果説のほか、権利濫用、契約締結上の過失、履行補助者の過失、債務引受、事情変更の原則のように民法に明文の現定を欠く制度が、比較法、とくにドイツ法の影響の下に判例で認められた。[7] さらに、不法行為法における権利侵害論より違法性論への発展についても、比較法の影響は明らかである。[8] 最近では、プライバシー権や製造物責任のような新たな不法行為の発展にさいし、比較法の影響が看取される。[9]

(b) だが、全体としてみれば、比較法がわが国の判例に与えた影響を過大視することもできないであろう。まず継受が学説段階で打ち切られ、判例に影響を及ぼさなかった例がある。たとえば、ドイツ式物権行為の独自性理論は一時期学説に大きな影響を与えたが、判例には影響しなかったし、前述の瑕疵担保についての特定物ドグマも判例により採用されなかった。

(c) 判例に影響を与えた場合でも、母法国（ドイツ）にくらべると判例の数は少なく、また結論を左右しなかった例もある。たとえば、学説上つとに継受された契約締結上の過失理論について、これを認めた最上級審判決はこれまで存せず、近時ようやく下級審判例によって承認されつつある段階である。[10] またわが国の最高裁は昭和三〇年以来失効の原則を承認しているが、いずれも一般論としてであり、具体的事案におけるその適用を拒否している。[11] 同様のことは、事情変更の原則についてもいえる。[12]

(d) ときには、制度の名前だけ継受したが、実質は母法と異なる場合もある。たとえば、前述した相当因果関係説がその例である（なお相当因果関係説の代わりに提唱された保護範囲説も比較法の所産である。[13]）。

(e)　他方、わが判例が比較法的に独自の発展をみせた例も多いこと、いうまでもない。たとえば、生命侵害の場合の損害賠償の算定方法（死者の逸失利益の算定、慰謝料請求権の相続性[14]など）や、債権者代位権の拡大転用などが、その代表的事例である。

(f)　最近は外国（とくにドイツ）の法制度について、すでに学説の段階で容易に導入しなくなった。たとえば、第二次大戦後の西ドイツの代表的民法理論である行為基礎論や事実的契約関係論についてのわが学説の対応に、その傾向が看取される[15]。

(g)　以上、比較法の判例への影響について注目される事例を中心に論じたが、その影響度を量的に考察することは困難である。一つには、わが国の裁判所、とくに最高裁の判決文のスタイルに問題が存すること、前述のとおりである。そこで、一つの方法として、最高裁調査官の書いた判例解説における外国法の条文や文献の引用頻度を調べることにしよう。『最高裁判所判例解説・民事編』の初年度昭和二九年度の解説はかんたんで外国文献の引用はほとんどないが、昭和三〇年度では、外国文献（全部ドイツ）の引用は一〇件以上見られる（民法は四件ほど）。ところが昭和四〇年度になると、外国文献の引用は民訴に数件見られる程度で、民法については皆無である。下って、法曹時報の昭和五三年度の解説をみると、民法に関する二六件のうち、外国法の条文を引用するものわずか三件のみ、しかも念のためという程度にすぎない。比較法の影響をうけた学説の引用も、ほとんど見られない。

以上の事実だけから推論することの不十分さはいうまでもないが、最近の最高裁の民事判例に対する比較法の影響度の乏しさについて、ある程度の推測をすることは許されるであろう[16]。おそらくその理由の一つとして、昭和三〇年代に入ると、わが国の学説・判例が次第に豊富になり、外国文献を参照する必要性が減少したという事実をあげることができるであろう。

(1) Aubin, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, Rabels Z 34 (1970), 458 ff.

(2) Marty, Les apports du droit comparé au droit civil, in : Livre du centenaire de la Société de législation comparée. t. I, Paris, 1969, p. 104 (田村耀郎「フランス民法と比較法」島大法学二三巻二号一三頁参照)・しかし、破毀院判事ロランによると、フランスでもすでに古法時代から多くの司法官は外国法に関心を示しており(モンテーニュやモンテスキューを見よ)、裁判官の裁量の余地の拡大した今日では、ますます比較法の必要性が増大したとされる。Rolland, La magistrature française devant le droit comparé, in : même Livre, p. 341 et s. 現にフランスの指導的比較法学者 Marc Ancel も破毀院判事であったことが想起に値する。

(3) Uyterhoeven, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Bern, 1959, S. 96f.

(4) たまたま知りえた例であるが、フラストレイション法理をはじめて認めた Taylor v. Caldwell (1863) 32 L. J. (Q. B.) 164 において、Blackburn 判事はローマ法のディゲスタやフランスの Pothier を引用しており(at p. 166)、またフラストレイションの効果について先例を変更した Fibrosa 事件 ([1943] A. C. 32) では、三人の裁判官が大陸法(スコットランド法)を引用している(とくに Macmillan 卿は Pufendorf まで引用している。at p. 58)。なお本件については、五十嵐清「フラストレイションと不当利得」英米判例百選Ⅱ私法八四頁参照。

(5) Kötz, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, Konstanz, 1973, なおケッツは一九八〇年に来日したさい各地でこのテーマについて講演を行ない、近く邦訳も出る予定である。

(6) 近時このようなフランス式判決文のスタイルに対し、フランス内部から批判が見られるようになった。Touffait et Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation, Rev. trim. d. dr. civil 1974, 487. 参照。

(7) これらの制度のうち、権利濫用については、ドイツ・スイス民法典とフランスの判例・学説の影響が強く(末川博『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九七〇年)参照)、事情変更の原則は勝本正晃博士の比較法的研究の成果と評しうる(五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣、一九六九年)一四七頁以下参照)。他は主としてドイツ民法の影響を受けたものと思われる。

(8) 末川博『権利侵害論』(前掲書所収)参照。

(9) プライバシー権について、この点を指摘するものとして、堀部政男『現代のプライバシー』（岩波新書、一九八〇年）一〇七頁以下。

(10) 福岡高判昭和四七年一月一七日判時六七一号四九頁、東京地判昭和四九年一月二五日判時七四六号五二頁、同昭和五三年五月二九日判時九二五号八一頁、東京高判昭和五四年一一月七日判時九五一号五〇頁など。なお学説については、北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、一九六三年）一九四頁以下、同「契約締結上の過失」（『契約法大系Ⅰ』有斐閣、一九六二年所収）参照。

(11) 最判昭和三〇年一一月二二日民集九巻一二号一七八一頁、同昭和三六年一一月二四日民集一五巻一〇号二五三六頁、同昭和四〇年四月六日判時四一二号四五頁参照。なお失効の原則はドイツの学説・判例により認められた理論であり、成富信夫『権利の自壊による失効の原則』（有斐閣、一九五七年）によりわが国に導入されたものである。

(12) 五十嵐『契約と事情変更』（前掲）一四九頁以下参照。

(13) 平井・前掲書参照。なお平井説は大隅裁判官の少数意見に影響を与えたように思われる。最判昭和四八年六月七日民集二七巻六号六八一頁および最判昭和四九年四月二五日民集二八巻三号四四七頁参照。

(14) 慰謝料請求権の相続性に関する比較法的状況については、好美清光「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について」（田中誠二古稀記念『現代商法学の諸問題』千倉書房、一九六七年所収）参照。

(15) 行為基礎論について一般的には、五十嵐『契約と事情変更』（前掲）八八頁以下、とくにわが国への導入の可否については、同「事情変更の原則と行為基礎論」民法の争点二三〇頁参照。事実的契約関係論については、神田博司「事実的契約関係と行為能力」民法の争点一二頁など参照。この理論は、わが学説に若干の影響を与えている。

(16) 最高裁は昭和四〇年代に数多くの創造的民事判例を生み出したが、そのなかで比較法の直接的影響と思われるのは、法人格否認法理（最判昭和四四年二月二七日民集二三巻二号五一一頁）だけである。五十嵐「判例、立法と民事裁判——再論」判タ四〇〇号（一九八〇年）参照。

四　問題点

(1)　比較法的解釈の可能性とその限界

まず国内法の解釈にさいし比較法的解釈は可能かという問題がある。前述のように各国それぞれ独立の法体系を有しているので、法の解釈に比較法の割り込む余地はないのではないかと一応考えられる。たしかに制定法なり判例法なりが一義的で、事案がそのまま包摂されるような場合には、比較法が考慮されることはない。しかしこの場合には、法の解釈自体が問題にならないというべきであろう。これに対し、制定法や判例法が一義的でなく、とくに法の欠缺のある場合には、法の解釈にさいし比較法の割り込む余地が十分にある。これらの場合においても、原則として国内法の体系や目的を考慮して解釈がなされるが、法の体系や目的のわくは流動的であり、究極的に解釈者の価値判断に依存する度合いが強い。そこに比較法的解釈の入り込む余地が見出されるのである。(1)

しかし、比較法的解釈には限界がないだろうか。この点で、比較法的解釈の可能性を広く認めるツヴァイゲルト(Zweigert)も、いかに外国の解決がすぐれているとしても、制定法の明文の規定に反する解釈は許されないとするほか、債権行為と物権行為の峻別というようなドイツの法秩序の構成的基本構造(konstruktive Grundzusammenhänge)に関する制度は、それが比較法的に支持されなくても、解釈により否定することは許されないとする。(2) われわれも基本的にはこの見解を支持できるであろう。(3) しかし、解釈のわくと同様、このわくもそれほど大きなものではないと思われる。

(2)　比較法的解釈に親しむ領域

すべての法領域が比較法的解釈に親しむわけではない。いま民法に視野を限っても、分野による差異は大きい。最も比較法的解釈が活用されるのは、取引法の分野である（不法行為法を含む）。この分野では、国際的な統一が考えられるので、比較法的解釈はそのための準備となる。[4] これに対し、物権法や家族法・相続法のように伝統的要素の強い領域は、比較法的解釈に親しまない。この領域は、もともと比較法一般に親しまないといわれたのだが、最近は他の目的（とくに立法目的）のために比較法が活用されるようになった。さらに今日では、法の解釈にとっても、無縁というわけではない。たとえば、有責配偶者の離婚請求が認められるかという問題について、近時の積極説は比較法的動向をふまえて主張されている。[5]

なお民法以外の領域では、とくに国際私法について比較法的解釈が重要な役割を果たしている。[6] さらに、今後多くなるであろう統一法について、比較法的解釈が不可欠であることというまでもない。[7]

(3)　比較法の対象

法の解釈にとって、どの国を比較の対象とするかという問題についての一般的な解答は、そのためにもっとも適当な国を選ぶべきだということである。

まず、わが民法典のように母法がある場合には、母法と比較するのが一番自然である。[8] そうすると、フランス法とドイツ法が第一にとりあげられるべきである。わが民法典は旧民法以来フランス民法の影響を受けているので、まず当該制度がどのような理由でナポレオン法典に規定されたかが問題となる。[9] つぎに旧民法は一九世紀後半のフランスの判例・学説をふまえてボアソナードにより起草されているので、当時のフランス民法とその背景も研究されなければならない。[10] これに対し、ドイツ法の影響を受けた制度については、同様にドイツ民法典第一草案の立法理由が問題となる。さらに現在における解釈を問題とする場合には、それぞれの国において、当該制度がこれまでにどのような変遷をたど

り、現在どのような意義を有するかが、明らかにされなければならない。(11)

以上は、母法がある場合に、主としてその立法者意思を明らかにすることを目的とするものであるが、現在における法の解釈にさいしては立法者意思には限界があるので、母法だけが独占的地位を占めるわけではない。まして母法の存しない規定については、より一般的な考察が必要となる。そのさい、原則的には、法系を同じくする国を選ぶべきであるとされる。わが国は一応大陸法系に属するので、この点でもフランス法とドイツ法は比較の対象としての適格性が強い。そのほかでは、スイス民法の利用度が高い。さらに今日ではヨーロッパにおける法の統合がすすんでいるので、その動向も無視してはいけない。

しかし、今日の比較法は、異法系の間の比較の方がかえって刺戟的であるとして、解釈のための比較にさいしても、法系を問わない傾向が強くなってきた。具体的には、大陸法の側から英米法を比較の対象とすることが一般化されてきた（とくに西ドイツ）。わが国の場合は、前述のように第二次大戦後、英米法の部分的継受がなされたため、全体として英米法への関心が高まっている。とくにアメリカ法は、現代資本主義の最先端を行くものとして、民法解釈学にとっても学ぶべきところが多い（とくに、前述のように現代不法行為法の分野がそうである）。

比較法の対象について、さらに、一国だけでよいか、数カ国を必要とするか（とくに代表的法系をもうらすべきではないか）、世界中を視野に入れる必要があるかという問題がある。法解釈のための比較法の場合は、必ずしも世界中を視野に入れる必要はなく、法学先進諸国（つまり欧米先進諸国）を視野に入れれば十分である。その中で単数がよいか複数がよいかは、一長一短あり、またテーマにもよる。しかし、最近はできるかぎり多くの国を比較すべきことが提案され、かつ実行されている。その方が、より客観的な結論が得られるからである。そのためには個人の能力には限界があり、世界的な規模でのチーム・ワークが必要となるが、現在刊行中の『比較法国際事典（International Encyclopedia

of Comparative Law)』がその成果である。

(4)　比較法的傾向の存在

二〇世紀初頭の比較法学者の目標は法の国際的統一にあったが、この夢が挫折した後は、より実証的なベースで比較法による法の統一が試みられている。この点で注目されるのは、異法系間に機能的比較を行なうことにより、多くの国の間に制度の相違をこえた「共通の核心（common core）」の存在を発見することができる、という主張である。[12] ここから、少なくとも先進工業国の間では、多くの問題について一定の比較法的傾向が存在するという事実を認めることが可能となる。たとえば、（異論を免れないが）瑕疵担保責任の債務不履行責任への吸収[13]とか、自動車事故による賠償責任の災害保険化への傾向[14]などを、その例としてあげることが許されよう。

もっとも、比較法的傾向については、はたしてそのようなものがありうるか、それも一種の自然法ではないかが問題となるだけでなく、たとえ比較法的傾向が存在するとしても、なぜわれわれはそれに従って解釈をしなければならないのか、が問われなければならない（後述）。

(5)　文化の相違

ところで、以上のような「共通の核心」とか「比較法的傾向」とかは、主として欧米先進諸国を比較の対象として得られたものである。これら西欧諸国とわが国の間に法文化の点で大きな相違の存することは、否定しえない事実である。[15] 従来のわが国の比較法は、この点を無視または軽視して行なわれてきた（とくにドイツ法学説の継受がその例）。したがって、このようなわが国の比較法学への批判[16]には、十分な根拠がある。しかし、このことは法の解釈に対する比較法の効用を全く否定する理由にはならない、と思われる。法に対する文化の影響度も一律ではなく、文化の相違を捨象しうる場合も多い。とくに先進工業国としてわが国が直面している多くの問題（交通事故、公害、医療過誤、製造物責

任、消費者保護など）については、文化の相違は二次的であり、法解釈の上でも、外国法に学ぶべき点が多い。法解釈の目的にとらわれない本格的な比較法的研究の必要性はいうまでもないが、それが不十分な現状では、限界を意識しつつ比較法的解釈を行なうことは、実用法学としての法解釈学の性質上、許されるといわなければならない。

なお、わが国は西欧諸国とは異なる文化圏にあるが、他方、南北問題についていえば、明らかに北側に属する。上述した比較法的傾向の若干のものは先進国の共通の利益に合致するが、開発途上国の利益に反するものであることも多い。われわれは、そのようなものを開発途上国に押しつけるようなことがあってはいけない。

（1）ツヴァイゲルトは、法の欠缺の場合に、「裁判官は自ら立法者として定立すべき準則に従って、裁判すべきである」というスイス民法一条の規定から、比較法的解釈の可能性を導き出している。Zweigert, a. a. O., S. 9. ツヴァイゲルト・ケッツ『比較法概論原論上』（大木雅夫訳、東大出版会、一九七四年）二六頁参照。

（2）Zweigert, a. a. O., S. 10ff.

（3）なおツヴァイゲルトは一九六九年に発表された論文のなかで、比較法の機能的、反ドグマ的方法を強調した。Zweigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in : Festschrift für Bötticher, 1969, S. 443ff. これに対し、デレはその行きすぎを批判し、ドグマティークと比較法の協調を説いている。Dölle, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, Rabels Z 34(1970), 403 ff.（紹介、大木雅夫・比較法研究三三号一四八頁）

（4）Zajtay, Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung, AcP 156 (1957), 377ff.

（5）かんたんながら、五十嵐「家族問題と家族法の将来」『家族法の理論と実務』（別冊判例タイムズ8号）四一頁以下参照。

（6）五十嵐『比較法入門』（日本評論社、改訂版一九七二年）七頁参照。

（7）この点は残念ながらわが国の実務家に十分理解されているとはいいがたい。たとえば、国際航空運送についてのワルソー条約二五条における「故意に相当すると認められる過失」の解釈を問題とした最判昭和五一年三月一九日民集三〇巻二号一二八頁は、これを「我が国の法律上『重大な過失』を意味するものと解するのが相当」としている。しかし、この判決は比較法を無視

したとして批判する学説が多い。たとえば、野上鉄夫・判評二一一（判時八一九）号一四六頁参照。なお統一法の解釈と比較法の関係については、大木雅夫「統一法の解釈と比較法的解釈方法」立教法学一号（一九六〇年）参照。

(8) 母法との比較については、星野英一「民法学習の入門」裁判所書記官研修所所報三〇号五五頁以下が参照に値する。

(9) このような観点から、物権変動論についてフランス法との比較を行なった近時の代表的業績として、滝沢聿代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受」法協九三巻九号（一九七六年）以下参照。とくに法解釈に対する比較法の意義について、九四巻四号五四二頁以下、七号一〇六四頁以下、および同「民法解釈における理論」成城法学一号（一九七八年）参照。

(10) このような角度から一九世紀フランス附合法を研究したものとして、瀬川信久「不動産附合法の一考察」法協九四巻一二号一七七八頁以下（一九七七年）参照。

(11) 前記瀬川論文は、わが国の通説の形成に影響を与えたドイツ法の附合理論について、一九世紀半ばから一九二〇年代までを検討している。瀬川・前掲、法協九五巻二号二七〇頁以下参照。

(12) 代表的業績として、契約の成立についての国際的共同研究の成果である、Schlesinger (ed.), Formation of Contract, A Study of the Common Core of Legal Systems, 2 vols., Dobbs Ferry, 1968（紹介、木下毅・〔一九七〇—一〕アメリカ法二七頁）をあげることができる。

(13) 五十嵐「瑕疵担保と比較法」（同『比較民法学の諸問題』一粒社、一九七六年所収）参照。

(14) 藤岡康宏「自動車事故による損害の補償——交通災害保険化構想への総論的展望」北法二四巻三号二五巻一号（一九七三—七四年）など参照。

(15) この点では野田良之教授の諸論稿、とくに野田「比較法文化論の一つの試み」（『比較法と外国法』早大比較法研究所、一九七八年所収）参照。

(16) 下山瑛二「外国法研究の課題と方法」法時三八巻一二号（一九六六年）。

五　むすび

法の解釈に対する比較法の寄与について、結論的に以下のことがいえるであろう。

まず、比較法は法解釈に対し「解決方法の貯蔵庫（Vorrat an Lösungen）」[1]としての役割を果たすことができる。解釈者が直面した問題について、外国に解決例がある場合には、成功例や失敗例をふくめて、それを参考にして解釈することにより、より妥当な結論が得られる可能性が強くなる。この場合、どの解決方法を選ぶかについては、解釈者の主体的判断にまかされる。

さらにすすんで、比較法が解釈者に対し解釈の判断基準を提供しうるかは、困難な問題である。とくにあるテーマについて、一定の比較法的傾向が存する場合に、われわれはその傾向に従った解釈をすべきであろうか。法の統一のための比較法を推進する人びとは、統一法の準備のためにそのような解釈をすべきであると主張している。しかし、この主張を一般化するのは困難である。この問題は基本的には Sein と Sollen の問題であり、たとえ比較法的傾向が見出されるとしても、それは Sein にすぎず、Sollen に属する解釈にストレートに移すことは許されない、といえるであろう。しかし、世界の多くの国の間に一致の見られる解決方法は、原則として、人類にとってよりよき価値の実現をめざすものと思われる。したがって、比較法は価値判断の基準についても有力な示唆を与えてくれるのである。そのような比較法的に認められた共通の価値の実現をめざしながら、他方において、わが国特有の社会経済的背景や文化の相違も十分に考慮に入れて、妥当な解決をはかる点に、今日の法の解釈に対する比較法の最大の貢献が存するであろう。

(1) このことばはツィーテルマンに由来するとされるが (vgl. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Gesammelte Aufsätze, III, Tübingen, 1967, S. 9)、出典不詳。Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung 1900, S. 330 で、比較法の立法に対する意義について同趣旨のことが述べられている。

«Summaries of Contents»

Gesetzesinterpretation und Rechtsvergleichung

Kiyoshi IGARASHI*

I. Hier in diesem Aufsatz geht es sich darum, wieviel die Rechtsvergleichung zur Interpretation inländischen Rechts beitragen könne. In den westlichen Ländern hat man sich erst in letzter Zeit mit der Thematik zu beschäftigen angefangen. Es sieht in Japan aber anders aus. Hier wandten die Gerichte vor den modernen Kodifikationen die westlichen Rechte als ratio scripta, wenn ein betreffendes Gesetz fehlte. Nach den hauptsächlich durch die Rezeption der französischen wie deutschen Rechte vollzogenen Kodifikationen hielt man die Mutterrechte für die Modelle nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Rechtsprechung. Daher trieb man die Rechtsvergleichung hier in Japan schon vom Anfang an für die Gesetzesinterpretation. Die deutsche Rechtstheorie übte den ausschliesslichen Einfluss dabei aus. Hier kann man von der Theorien-rezeption sprechen. Diese Situation veränderte sich nach dem ersten Weltkrieg allmählich. Die selbständige Rechtswissenschaft wuchs nach und nach auf. Nach dem zweiten Weltkrieg wurden nun die anglo-amerikanischen Rechte auf mehreren Gebiete rezeptiert. Die an diesen Rechte orientierte Rechtsvergleichung gedieh dann wiedermal auch für die Gesetzesinterpretation.

II. Angesichts der eben geschilderten Rechtsentwicklung sei selbstverständlich, dass die Rechtsvergleichung auf die japanische Rechtswissenschaft den grossen Einfluss ausübte. Ihr Einfluss auf die Rechtsprechung scheint aber nicht so einsichtlich zu sein. Es

* Professor der Rechtsvergleichung an der Hokkaido-Universität

kommt auf den Stil höchstrichterlicher Entscheidung an (Kötz). Die japanische Gerichtsentscheidung ist nicht so knapp wie die französische, zitiert aber kaum das Schrifttum. Trotzdem ist darauf hinzuweisen:

(a) Viele Beispiele zeigen in Japan den Einfluss der Rechtsvergleichung auf die Rechtsprechung (z.B. positive Vertagsverletzung, culpa in contrahendo, Haftung für Verschulden der Erfüllungsgehilfe, Schuldübernahme u.a.).

(b) Es gibt aber auch die anderen Fälle, dass die ausländische (insb. deutsche) Rechtstheorie den Beifall in der Wissenschaft, aber keinen in der Rechtsprechung findet (z.B. der abstrakte dingliche Vertrag, Sachmängelhaftung).

(c) Auch wenn die Rechtsvergleichung den Einfluss auf die Rechtsprechung ausübte, ist die Zahl solcher Fälle verhältnismässig gering (z.B. culpa in contrahendo, Verwirkung).

(d) Es gibt auch die Fälle, dass die Übernahme der ausländischen Theorie nur nominal bleibt (z.B. Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs).

(e) Natürlich gibt es viele Fälle, dass die japanische Rechtsprechung ihren eigenen Weg bahnte (z.B. Berechnung des Schadensersatzes bei Tötung).

(f) Es ist merkwürdig, dass neulich die japanische Wissenschaft die ausländische Theorie nicht so leicht übernimmt (z.B. Geschäftsgrundlage, faktische Vertragsverhältnisse).

Als Ergebnis kann man sagen, dass die heutige Rechtsprechung geringer als früher von der Rechtsvergleichung beeinflusst wird.

III. Am Schluss behauptet der Verfasser, dass heutzutage die Rechtsvergleichung zur Interpretation des internen Rechts eine grosse Rolle mit spielen könne, und dass man bei der Interpretation des inländischen Rechts den internationalen Tendenzen möglichst folgen solle, während man auch den Kulturunterschied freilich nicht ohne weiteres ausser Acht lassen dürfe.