



Title	コンスタンティネスコの比較法理論 - 「法秩序の構造」を中心として-
Author(s)	廣岡, 篤; HIROOKA, Atsushi
Citation	北大法学論集, 53(1), 127-177
Issue Date	2002-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15136
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(1)_p127-177.pdf



コンスタンティネスコの比較法理論

——「法秩序の構造」を中心として——

廣岡篤

目次

はじめに

Léonin-Jean Contantinesco (1913～1981) の略歴と業績

第一章 問題の所在

第一節 法圏論についての現状分析

第二節 コンスタンティネスコと法圏論

第三節 小括とプラン

第二章 法圏論における基本問題の析出

第一節 区分原理としての基準と視座としての基準

第二節 包括的分類体系としての法圏論

第三節 小括

第三章 「様式理論」との対比にみる「規定的要素」の性質

第一節 「様式理論」における「法様式」へのアプローチ

第二節 「法秩序の構造」と「規定的要素」との理論的連結点

第四章 総括と展望

はじめに

Leontin-Jean Constantinesco (1913～1981) の略歴と業績⁽¹⁾

コンスタンティネスコ (Leontin-Jean Constantinesco) は、一九一三年ルーマニアに生まれ、一九四〇年パリ大学法学部においてカサン (René Cassin 1887～1976) の指導のもとで博士号を取得した。その後帰国し、ブカレスト大学法学部の、私法および比較法の講座を担当した後、一九四一年から一九四五年ま

で、リスボンのルーマニア大使館において法務官および報道官として勤務した。第二次大戦後、ルーマニア本国の政治的変動によって帰国が困難となった彼は、一九五四年ザールラント大学において教授資格を取得し、一九六一年同大学の、法学・経済学部、ヨーロッパ法および比較法講座の正教授、そして Europa-Institut 所長を兼任、一九八一年六八歳で没した。

コンスタンティネスコの学問上の業績は、ヨーロッパ共同体法、そして彼の博士論文「ドイツ法における双務契約の解除 (La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand)」

および教授資格取得論文「契約における不履行および過失の比較法的研究（フランス法、ドイツ法、イングランド法）（*exécution et faut contractuelle en droit comparé [droit français allemand, anglais]*）」をはじめとする法制度比較、さらには比較法基礎理論にわたる広汎なものである。なかでもコンスタンティネスコの主要著書として位置づけられるのが、『ヨーロッパ共同体法（*Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*）』第一巻、『法比較（*Rechtsvergleichung*）』全三巻である。⁽²⁾

本稿においてコンスタンティネスコの比較法理論として論究されるのは、主として『法比較』第一巻（『法比較入門（*Einleitung in die Rechtsvergleichung*）』）および第三巻（『比較法學（*Die rechtsvergleichende Wissenschaft*）』）において展開される比較法基礎理論に位置する部分である。よって、本論に先立ち、これら二巻の主たるテーマについて、以下に簡単に触れておくことにする。

第一巻においては、比較法の困難性やその存在理由に関する前提問題の提起がなされ、比較法においてすでに確定しているものとして、その歴史的展開が扱われた後、さらに比較法において確定していないもの、すなわち比較法における「大きなディレンマ（*großes Dilemma*）」が取り扱われる。コンスタンティ

ネスコは、この比較法の「ディレンマ」について、比較法の定義、対象、適用領域のみならず、「法比較は、単なる方法かそれとも独立の学問分野か」という問題にかかわるものであると⁽³⁾する。

比較法は単なる方法か、それとも独立の科学かという問題については、現在なお明確な一致点をみず、主として次のような立場とその対立がある。すなわち、比較法は法の比較方法にすぎないとする説と独立の科学であるとする説との対立、さらに、方法であると同時に独立の学問分野でもあるとする折衷的立場⁽⁴⁾である。あるいはかような議論の意義について消極的な立場等である。

コンスタンティネスコは、こうした比較法固有の問題性を比較法における「不確実性（*Unsicherheit*）」とみなし、第一巻後半は、比較法が単なる方法から独立の科学へと移行するための条件の追求へと向けられる。

ここでは、独立の科学としての比較法を基礎づける試みの失敗について、その原因が、a) 独立の科学の真の存在条件に関する無知、b) 比較学者が、常にミクロ比較のみを行ない、決してマクロ比較を行なわなかったということ、c) ミクロな比較を通じて得られた無数のミクロな成果を整理し分類する科学的な諸基準の欠如、d) 法秩序を包括的単位として観察するこ

となしには科学的基準は得られない、という四つの点に求められ、法秩序の包括的な単位としての「法秩序の構造 (Stuktur der Rechtsordnung)」の究明を可能にする科学的基準の必要性が指摘される⁽⁷⁾。

さらに、コンスタンティネスコによれば、比較法学の目的は法秩序の形態学的構造の究明と認識にとどまるものではない。すなわち、諸法秩序間の構造的比較、ひいては、それらの「類型学的分類 (typologische Klassifizierung)」が、依然として大きな使命であるとして、比較法学固有の適用領域としての「諸法秩序を法族あるいは法圏へ分類すること」によって独立の学問分野としての「比較法学」の存在は基礎づけられるとする⁽⁶⁾。

当初『法比較』第三巻は、第一巻における理論的基礎づけと、第二巻における比較法の方法論上の分析とを受けて、タヴィド (René David) の表現でいう『現代世界の主要な法系 (LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS)』にあてられるはずであった⁽⁷⁾。しかしながら実際には、一、二巻に対してなされた諸批判に因應るべく、再度第三巻において理論的な分析の深化がなされ、個々の法圏の詳述は永遠に未完となった第四巻に譲られることとなった。第三巻の冒頭においては、比較法が独立の学問分野であることを証明しようとした従来の諸

業績が、いずれも学問的水準からみて不十分な結果に終わっていること、そしてこうした多大なリスクをとまなう「パイオニア的作業」を自ら負う旨が再度強調され、巻末は以下の結論をもって締め括られている。すなわち、「比較法学の方法はマクロ比較であり、その対象は法秩序であり、その目的は親縁関係にある諸法秩序を、比較によって類型学的に認識し、そしてそれらをより大きな一体、すなわち法圏へまとめることである」⁽⁸⁾。

このように、比較法が単なる方法ではなく独立の学問分野としての「比較法学」として存在しうることを理論的に基礎づけることが、主要なテーマとして『法比較』全三巻に貫かれていくこと、そしてそれを「マクロ比較」あるいは「法圏論」によって果たそうとしていることが、コンスタンティネスコの比較法理論の大きな特色である。また、『法比較』全三巻は、比較法学的思想的展開および方法論への論究をも含めると、頁数にして約一二〇〇頁あまりにわたって展開されており、これは比較法基礎理論の分野に向けられた業績として、ことにマクロ比較あるいは法圏論に向けられたものとしては、際立った異彩を放つものであるといえよう。

(1) コンスタンティネスコの略歴として、以下の文献を参

照。Bernhard Großfeld, „Léontin-Jean Constantinesco 18.2.1 913-18.11.1981“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 46.Jg.H.1, 1982, S.1-3.

Gerhard Lüke/Georg Röss/Michael R.Will, „In memoriam Léontin-Jean Constantinesco“, in: *RECHTSVERGLEICHUNG, EUROPARECHT UND STAATENINTEGRATION*, (Carl Heymann, 1983), S.7-10.

『法比較』の書評および紹介として、以下の文献を参照。

大木雅夫、『比較法研究』第三四号、一九七三、一九六頁以下。

伊藤通学、「レオンタン・ジャン・コンスタンチネスコ・『比較法序説』、『国士館法学』第七号、一九七五、一三五頁以下。

高木武、「コンスタンチネスコ『比較法概論』第一巻『比較法入門』、『法学新報』第八〇巻八号、一九七三、六九頁以下。

Konrad Zweigert, Buchbesprechung „Constantinesco, Léontin-Jean, Rechtsvergleichung, Bd.I: Einführung in die Rechtsvergleichung.1971.298 S.; Bd.II: Die rechtsvergleichende Methode.1972.472 S.“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 41.Jg., 1977, S. 171-177.

Fritz Schwind, Buchbesprechung „Rechtsvergleichung.Band

III: Die rechtsvergleichende Wissenschaft.Von Léontin-Jean Constantinesco.“, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 28.Jg.H.3, 1987, S.217f.

なお、コンスタンティネスコの『法比較』全三巻は、同著者によるドイツ語版とフランス語版が存在するが、本稿ではドイツ語版のみ参照した。

(2) „Rechtsvergleichung“ は、文字通り「法の比較」であるが、“comparative law”ないし“droit comparé”等、すなわち「比較法」は、あたかも法の一分野を意味するようでもぎらわしい[五十嵐清、『比較法入門』(日本評論社、一九六八)、一一二頁]。また、コンスタンティネスコは、独立した学問分野としての「比較法学 (Die rechtsvergleichende Wissenschaft, la science de droit comparé)」と、“Rechtsvergleichung”ないし“droit comparé”とを区別して用いているので、“Rechtsvergleichung”の訳語としては、「法比較」をあてることとする。なお、わが国においては「比較法」が慣用化しており、とりたてて区別を要しない場合には「比較法」の語を用いる。

(3) LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *RECHTSVERGLEICHUNG Bd.I:Einführung in die Rechtsvergleichung*, (Carl Heymann,1971), S.19. (以下、CONSTANTINESCO, Bd.Iと略す。)

(4) 大木雅夫、『比較法講義』、東京大学出版会、一九九四、

六八頁。

- (5) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.254f.
- (6) Idem., S.255-258.
- (7) Schwind, a.a.O (Anm.1), S.217.
- (8) CONSTANTINESCO, RECHTSVERGLEICHUNG Bd.III:
Die rechtsvergleichende Wissenschaft, (Carl Heymann,
1983), S.1. (以下「CONSTANTINESCO, Bd.III」と略す。)
- (9) Idem., S.536.

第一章 問題の所在

第一節 法圏論についての現状分析

比較法においては、大きく分けて二つの方法が認識されている。その一つは、比較の要素として個々の国家法をとらず、法圏 (Rechtskreis) ある又は法系 (système de droit, système juridique, legal system) 法族 (famille de droit, Rechtsfamilie) と⁽¹⁾いう概念を形成し、これらを全体として対比する方法である。そしていま一つは、個々の法圏内における具体的な制度や法規範を相互に比較する方法である。⁽²⁾前者は、後者との対比において、

「ミクロ比較」(microcomparaison, microcomparison, Mikrovergleichung) に対する「マクロ比較」(macrocomparaison, macro-comparaison, Makrovergleichung) と呼ばれ、⁽³⁾法圏 (あるいは法系) を取り扱うという属性において「法圏論」(あるいは「法系論」と呼ばれる)。

したがって、マクロ比較においては、主たる例としては「ロモン・ロー」(法圏) と「大陸法 (civil law)」(法圏) との対置といったかたちで比較が行なわれると同時に、それがより網羅的に試みられる場合には、全世界の法秩序を複数の法圏に帰属させることにより、法秩序の分類体系を構築することが目指されることになる。とりわけ「法圏論 (Lehre von den Rechtskreisen)」という場合には、こうした法秩序の分類体系の構築という限定的な意味において用いられており、その問題領域はツヴァイゲルト (Konrad Zweigert) によって、次の三命題において定式化されている。すなわち、①沢山の法秩序を比較的少数の大きなグループ (法族、法圏) に分類することは可能であろうか? ②このような分類は、いかなる基準によって行なわれるべきであろうか? ③ある特定の法秩序がいずれのグループに組入れられるべきかという問題は、いかなる基準によって決定されるべきであろうか? である。⁽⁴⁾

ツヴァイゲルトの三つの命題において示されているように、マクロ比較が比較の単位として法圏を対象とし、かつ法圏論として世界の法秩序の分類体系の構築を志向するからには、多様な法秩序をいかなる基準によつていかに分類するかという前提問題が、その出発点において提起されることになる。また、分類に際しては、「法圏は、単数または複数のまったく同一の本質的な特徴（基準）を示している複数の法秩序から構成されている」⁽⁶⁾ことが条件とされる。よつて、法圏論における分類基準は何か、という問題は、複数の法秩序間の親縁性と相違を判断するうえで、本質的に重要な要素は何かを問うものであると
言い換えることができる。

この問題に関して、とりわけ第二次大戦後の法圏論は、法圏分類の仮説から実証への移行と基準の多元化により、飛躍的な発展をもたらされることになる。⁽⁷⁾戦前における初期の分類は、諸法秩序の親縁性は人種の同一性に基づくとの仮説に依拠するもの、また他方では、法源等の単一の基準に基づいた分類が大半であった。これに対し、アルマンジョン（Pier Armanjon）、ノルド（Baron Boris Nolde）そしてヴォルフ（Martin Wolf）が、その共著『比較法概論』において、理論的仮説段階にとどまっていた既存の諸分類を批判し、⁽⁸⁾ダヴィドが、「イデオロギー的

視点 (point de vue idéologique)」と「法技術的視点 (point de vue technique)」と⁽⁹⁾二つの基準に依拠して法秩序の分類をなすべきことを主張し、さらにツヴァイゲルトが、個々の法秩序は、それぞれ一定の「法様式 (Rechtssitt)」を有するという命題のもとに、当該様式を決定するうえで本質的な重要性を示す「決定的な様式構成要素 (entscheidende Stilelemente)」あるいは「様式形成的な諸要因 (stiprende Faktoren)」を重視すべきことを主張した⁽¹⁰⁾（以下、「様式理論 (Stiltheorie)」と称する）ことは、法圏論の実証化と基準の多元化における代表的試みである。

そして、こうした問題枠内において、法秩序を構成する諸要素を法秩序の基礎構造を決定する要素、すなわち「規定的要素 (determinierende Elemente)」と、当該要素に從属的な関係にあり、むしろそれらに規定される要素である「代替可能要素 (fungible Elemente)」とに区分し、「規定的要素」によつて法圏分類のための科学的基準が得られることを主張するとともに（以下、「規定的要素の理論 (Theorie der determinierenden und der fungiblen Elemente)」と称する）、この立場からツヴァイゲルトの「様式理論」と尖鋭に対立したのがコンスタンティネスコである。⁽¹¹⁾

コンスタンティネスコによる「様式理論」批判の詳細は、第三章において検討するが、さしあたりここで注目される彼の批判点は、次の二点である。一点目として、ツヴァイゲルトが前述の「様式構成要素」について、「重要」で「本質的」な相違（あるいは独自性）のみが「様式形成的」であるとしつつ、何が「重要」で「本質的」であるかは「常に広汎に研究者の判断によつて左右される」と指摘したことに關して、コンスタンティネスコは、「様式理論」の提示する分類基準（様式構成要素）が客観的な性質のものではなく、「純粹に主観的」なものであるとした。⁽¹³⁾ さらに二点目として、ツヴァイゲルトが「様式構成要素」の一つとして挙げた「特徴的な法律制度」について、「決して分類基準ではありえない」とした点である。⁽¹⁴⁾

こうしたコンスタンティネスコの批判は、誇張されたもの、あるいは過剰な批判であるとされ、⁽¹⁵⁾ 一般には積極的な意義を付与されるには至らなかつた。⁽¹⁶⁾ その理由の一つとしては、前述したように、コンスタンティネスコ自身が、自らの立場に立脚した法圏分類をついに完成しえなかつたという点が挙げられよう。しかし、さらに一方で、法圏分類基準の定立とその一般化をめぐる論議が、むしろ徐々にその意義を減ずる傾向に推移していった点にも留意しておく必要がある。

ダヴィドおよびツヴァイゲルト等を基軸として、法圏論上の議論は活況を呈することになるが、それらは学問的な収束を生み出すというよりもむしろ、「法圏形成に關する諸提案は、法比較の教授でこのテーマを取り上げてきた者の数とほとんど同じくらい多く存在することであろう」との推測が提起されうる⁽¹⁷⁾ 現状を生むに至る。それにともない、法圏分類は個々の分類主体あるいは彼等の有している前提的な枠組みに従属的な關係にあることが認識され、さらに分類主体によつて法圏分類基準の重点の置き方が相対的であることは、今日むしろ否定的なニュアンスを失いつつあるといえる。

特に、先のような提案をなしたダヴィド自身、法圏の分類基準とその分類区分について度重なる自説の変更を経た後、次のような立場を採用するに至っている。「これらの（分類基準をめぐる一筆者）議論は、たくさんのインクを流させた。しかしながら、それらはいはいて意味を持っていない。（中略）ありとあらゆる分類は、それぞれの長所を有している。すべては、それら分類が置かれている枠組みや、それぞれの人にとつて優位している関心事に依存している」。⁽¹⁸⁾ この見解は、ツヴァイゲルトとケッツ（Hein Kotz）の共著による『比較法概論』においても第二版以後採り入れられ、⁽¹⁹⁾ さらに彼ら自身も、「各々の

論者は、各々の描写をもって然るべき目的を追求し、あるいは然るべき命題を立証しようと試みるのであって、それゆえに彼等は、自らの目的や立証に最も適合するように、相異なる法秩序を選択し複数のグループへと分類する権利を有していなければならぬのである⁽²⁰⁾との見解に立つ。これらの見解をより端的に表現するものとして、クロイツァー (Karl F. Kreuzer) の次の指摘が注目しえよう。「当該基準の選択とそこから引き出される結果としてのグループ形成とが適切であるかいなかという点は、結局のところ合目的性の問題であつて、正しいか間違つてゐるかの問題ではない。決定的なのは、法圏形成の目的である⁽²¹⁾」。

例えば生物学における分類学 (systematics, taxonomy) は、究極的には客観的に正しい分類結果は一つ (自然分類) しかないということ为前提としており、そこには自然界の生物の多様性を説明し秩序づける原理として、進化論が学問的に共有されているという背景がある⁽²²⁾。一方、前述にみられる法圏分類における「合目的性 (Zweckmäßigkeit)」の承認は、法圏論においては、分類基準とその分類結果の妥当性を最終的に判断可能なものとするのは、当該分類の目的であると同時に、複数の分類目的が存在して然るべきであることが前提認識となることを意

味する。

確かにかような前提に立つとしても、ある特定の分類基準が分類者固有の分類目的に最適なものであるか否かについて、漸次その考慮が深化されていく余地があり、かつ法圏論が全世界の法秩序を網羅することを志向するのであれば、当該分類基準に基づく分類体系の枠組みを空間的にも時間的にも実状に即したものと改善していく必要性は常に存在する。しかしながら一方で、個々の法圏分類はその目的に適っていれば足り、それを越えて一般化されるべきものでは本来的にないのであるから、いかなる基準が重視されるかが分類主体によって広汎に左右され、それゆえに個々の分類結果が異なりうることをそれ自体をもって、「純粹に主観的」とする批判は成立しえないということにならう。

したがつて、ツヴァイゲルト/ケッツも「様式理論」において、諸法秩序の分類基準として具体的法準則の外見的、技術的形態に着目する立場を今後貫くとの見解を表明しており、「特徴的な法制度」がなお彼等の分類枠内において重要性を有していることを再度確認するに至る⁽²³⁾。また、これらが二次的な重要性しか持たないとするコンスタンティネスコ等の批判については、その異なる出発点からより有益なものが提示されない限り

は、自らの立場を維持するとして、「様式理論」に採り入れられるべきものとはみなしていない。⁽²⁴⁾ ツヴァイゲルト／ケッツはいう、「(中略)我々は、本書〔比較法概論—筆者〕の中では、大陸法内においてロマン法圏、ドイツ法圏そしてスカンディナヴィア法圏とを区分しようと思う。それは、これら三つの法圏固有の音色をヨーロッパにおける諸法秩序のコンサート内において、適切に引き立たせるといふ教育上の目的によるものである。異なる目的に追従するのであれば、異なる分類がなさうであろう⁽²⁵⁾」と。

第二節 コンスタンティネスコと法圏論

前節では、今日の法圏論における議論状況を若干顧みつつ、その中でコンスタンティネスコの位置づけを試みてきたが、日本国内における、コンスタンティネスコへの理解と評価もまた、こうした流れとほぼ軌を一にしているといつてよい。大木雅雄は、コンスタンティネスコの「様式理論」批判に関連して次のようにいう。「ツヴァイゲルトとケッツの(特徴的な法制度として—筆者)挙げる事例は、大体においてはそれぞれの法圏の様式を規定しうるほどの特殊性を持つもののように思われ

るし、法様式論をもって私法の分野における比較法制度論の基礎とし、両者間に密接な関連をもたせようとするかぎり、これらは重要な連結点の役割を果たすものと思われる。それゆえコンスタンティネスコのように私法と公法とを通じていわば絶対的な法圏分類を果たし、それによって独立の比較法学を樹立しようという立場からの批判は、必ずしも当を得たものではない⁽²⁶⁾」。

それでは果たして、コンスタンティネスコの法圏論に対する前提的な立場とは、いかなるものであつたのかについて、大木の指摘に依拠しつつ以下に検討していくことにしよう。

この指摘の中で重点が置かれているのは、ツヴァイゲルト／ケッツとコンスタンティネスコとの間での、法圏論に関する次の二点の前提的立場における相違である。まず第一点としては、ツヴァイゲルト／ケッツが、法圏分類について「⁽²⁷⁾そもそもいかなる分類も、単に手始めの模索的な作業であるにすぎない」とし、それが仮設的なものであつて、学問的作業の補助的な前提手段として限定的に意義を有するとの立場にあるのに対して、コンスタンティネスコは、法圏分類の基準を「⁽²⁸⁾独立した学問としての比較法学の基礎」とみなし、法圏分類を最終的な目的とする「⁽²⁹⁾狭義の比較法学」の樹立を構想している点である。次に、

「様式構成要素」としての「特徴的な法制度」を私法の分野に限定し、他の法分野では分類結果が異なりうることを、すなわち法圏分類の「事項関係の相対性原理 (Grundsatz der materie-bezogenen Relativität)」をツヴァイゲルト／ケッツが前提としていることについて、コンスタンティネスコは、これを「ミクロ比較」に基づく分類の方法論的誤りを示すものとして捉え、法圏分類は、むしろ法秩序全体に広く散在する諸要素によらなければ、実現しえないと主張している点⁽³¹⁾が、第二の根本的相違点として挙げられる。

これら二つの相違点に留意しつつ、コンスタンティネスコの比較法理論における法圏論の位置づけをより詳細にみていくことにしよう。「独立した学問としての比較法学」に関して、コンスタンティネスコは、『法比較』第一巻において、次のように指摘している。「法比較は、それが、法比較方法を用いることで、諸法秩序の現実の諸関係を相互に認識可能なものとし、かつその本質的実態という側面を暴きだすかぎりにおいて科学なのである」⁽³²⁾。コンスタンティネスコによれば、ある特定の学問分野が、独立の科学としての価値を有しているのは、それが「現実における未知の領域を見付けだし、それを白日のもとにさらし、納得のいくものとする」ことにより、諸々の事柄の實際

上の関係を「暴くからに他ならない。そして比較法に關していうならば、「法制度と法秩序の関係を暴く」という点において、それは独立の学問と呼びうる」とする⁽³³⁾。

さらにコンスタンティネスコは、こうした固有の研究領域を有しているだけでは、なお不十分であるとし、法圏分類とその基準について次のごとく説明する。「(中略) 法比較方法を用いることで得られた認識を整理することを可能にし、多数の諸事実を一貫したルールへと還元することを可能にするような明確な基準なしには、(中略) 新しい問題は、解き明かされないし、(中略) 未知の領域も究明されえないのである。このような基準のみが、一見何か恣意的な、あるいは納得のいかないものに思えるものの解明を可能にするのである。それゆえ、独立の学問分野とは、他の科学とは区別されうる、固有の対象や研究領域のみならず、カテゴリーの一体、諸ルールの融和へ至るために、断片的で脈絡のない認識の未整理な蓄積をふるいにかけることを意味する」⁽³⁴⁾。

法圏論のこうした位置づけは、コンスタンティネスコの「マクロ比較」の基本的性格と密接にかかわるものである。彼は、マクロ比較とミクロ比較とを対置しつつ、次のように指摘する。「私は、ミクロ比較を、様々な法秩序の個々の準則や法制度を

比較によって対比するものと理解している。(中略)ミクロ比較は、最も小さな細胞あるいは素粒子へと還元された法現象の研究に専念するものである。こうした作業は、法律学研究の顕

微鏡的な方法とみなすことができる⁽³⁵⁾。先に触れたように、ミクロ比較が、「ミクロな比較による無数のミクロな成果」の集積を生み出すに至ったことへの反省は、コンスタンティスコの比較法理論を貫く主要なテーマの一つである。コンスタンティネスコは、この反省に基づき、「法族そして、大きな法圏を創出する」という体系的整序に「比較法学」が至るためには、その「観察位置 (Beobachtungsstandpunkt)」が転換されなければならない⁽³⁶⁾、ミクロ比較から、「法秩序の大きな基礎構造 (Grundstruktur der Rechtsordnung)」および「法秩序の特徴的輪郭 (charakteristisches Profil der Rechtsordnung)」を明らかにするマクロ比較へと移行しなければならないと説くのである⁽³⁷⁾。

以上の点から、コンスタンティネスコとツヴァイゲルト／ケッツの対立の背景をなす、コンスタンティネスコ的前提的立場が明らかとなる。すなわち彼は、未知の領域としての法秩序の「大きな基礎構造」ないし「特徴的輪郭」の究明を固有の課題とする「マクロ比較」の体系的結果として、法圏論をその最終局面に位置づける一方で、こうした一連のプロセスとして

の「比較法学」において、科学的に機能しうる「基準」を追求しようとしていたと結論づけられよう。

第三節 小括とプラン

確かに、これまでみてきたように、「比較法学」と「マクロ比較」の不可分な連関の中に法圏論を位置づけようとするコンスタンティネスコとツヴァイゲルト／ケッツの「様式理論」との間には、その前提において大きな隔たりがあり、両者の対立は、有効な接点を有するものではないとみなすことも可能である。翻って、コンスタンティネスコの前提それ自体に関しては、その法社会学的指向が評価される一方で、それに依拠すること、法圏の分類が実際に可能かについては、これを疑問視する声が強い。さらに、コンスタンティネスコ自身、「規定的要素」を実際に適用するというかたちでの、法圏分類とその詳述を完成させえず、この意味で試論的な段階にとどまったことが、彼の比較法理論への評価と理解をより一層困難にしている状況にある⁽³⁸⁾。

コンスタンティネスコは、法圏の抽出に際しては、法秩序を全体として包括的に捉えなければならないとの主張に加えて、

「マクロ比較」は、世界に現存するあらゆる形態の法を包括するものでなくてはならず、「未開社会の法」、すなわち未開社会の生活を規定している、伝統的文化を有する法、準則ならびに習俗をも含みうる広い法概念を採用すべきとする。⁽³⁹⁾ コンスタンティネスコへの懐疑の発端は、こうした広範な法概念と方法的視座を維持しつつ、「法秩序の構造」を科学的に究明することとは、現在の比較法の水準を鑑みるならば、不可能なではなからうか、という点にある。⁽⁴⁰⁾

しかし彼自身、かような問題性に無自覚であったわけではなく、「法比較」第三巻において、次のごとく指摘する。「諸法秩序を構成する諸々の要素全体に及ぶような比較は、その膨大な数の前においては不可能である。それゆえ、マクロ比較は、諸法秩序をそれらの特徴的性格を形成する諸要素に基づいて比較しなければならぬのであるが、こうしたことは、それらの要素がどんなものが分からないかぎり不可能なのである」⁽⁴¹⁾。すなわち、この指摘からすれば、法秩序をマクロに比較するという仮説を科学としての「比較法学」へと移行させることを可能にする法的要素（すなわち「規定的要素」）の存在に、何らかの裏づけが与えられていると推察することが可能であろう。

しかも、この問題は、コンスタンティネスコの比較法理論特

有の問題認識というよりは、むしろ本来的に法圏論において固有に内在する問題である。この意味において、「様式理論」および「規定的要素の理論」は、ともに共通の問いに向けられた解答であったことを再度確認しておく必要がある。確かに、ツヴァイゲルト／ケッツは、法圏論が比較法研究の過程において取りあげられるべき法秩序を選択する際に一定の手掛りを与えるものであり、かつ初心者に対する教育上の目的を有している⁽⁴²⁾として、その実用的な意義を重視している。しかしながら、「法秩序の構造」ないしは「法様式」の解明という、法圏論それ自体が要請する命題に関する限りにおいては、例えば講学目的上いかなる要素を際立たせることが適切であるかといった、いわば外在的価値判断が介在する余地は、さほど大きなものではないと思われる。

すなわち、いかに分類すべきかではなく、いかにして法秩序の形態学的構造はマクロに究明されるのかという問題平面から、「様式理論」および「規定的要素の理論」において提示される諸基準の性格的位置づけを検討する余地が、大幅に残されているといえるであろう。よって、本稿が中心的な問題意識とするのは、いわば「マクロな観察位置」というものが、各々の理論においては、どのように捉えられているのか、という点に

あることをここに確認しておくこととしよう。

また、当初ダヴィドの提唱によって「マクロ比較」に对照された「ミクロ比較」⁽⁴⁴⁾が、「機能的比較法」という方法論上の原則の確立にともなって、固有の裏を有していることは、今日広く確認されているのに対して、「マクロ比較」は、方法的裏づけの段階においてなお、模索を続けている状況にある。したがって、コンスタンティスコが、彼の「規定的要素」に、いかなる理論的裏づけを付与しているかを前記の問題意識から確認しておくことには、今日的意義があると思われる。

以上の問題意識を出発点とすることを確認したうえで、第二章以下の本稿のプランについて、簡単に触れておくことにする。次章においては、法圏論の代表的論者の見解および法圏論それ自体への批判的見解を検討することにより、法圏論に内包される基本問題の析出を試みる。そして、第三章においては、「様式理論」と「規定的要素の理論」とを、それらが法圏論固有の基本問題に、いかに対処しようとしているのかを念頭に置きつつ対比し、コンスタンティネスコの比較法理論における、「法秩序の構造」と「規定的要素」との関係を明確にしようと思う。最後に、第四章において総括的分析を加え、今後の課題と展望を述べることにする。

(1) これらの概念は、厳密に区別して用いられてきたわけ

ではなく、むしろ多くの場合、同義に用いられている「大木」。「法圏論に関する批判的考察」、「上智法学論集」第一二三巻二号、一九八〇、四二頁。また、「法系」は、一國の「法体系」をも意味しうるが、法系論ないし法圏論においては、この用語は、こうした意味での「法体系」ではなく、複数の國の法秩序を包含するグループに付される一種の類概念である「伊藤正己・木下毅、『新版』アメリカ法入門」、日本評論社、一九九五、一九頁。

(2) Adolf F. Schützer, „Die Aufgabe der Rechtsvergleichung“, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 14 Jg., 1973, S. 188. 中西又三訳、「法比較の使命」、『西ドイツ比較法学の諸問題』(ディーター・ヘーレンリッヒ編、桑田三郎編訳、中央大学出版部、一九八八) 所収、四六頁以下を参照。

(3) 大木雅夫、『比較法講義』、東京大学出版会、一九九四、六九—七一頁参照。

(4) 五十嵐清、『比較法入門』第二版(改訂版)、日本評論社、一九七二、七七頁。

(5) Zweigert, „Zur Lehre von den Rechtskreisen“, in: *XXth CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS LAW*, (A. W. Syhoff, 1961), p. 42. 真田芳憲訳、「法圏論について」前掲(註2) 所収、七一頁以下を参照。

(6) カール・F・クロイツァー著、山内惟介訳、「私法比較

における若干の基本問題についての諸考慮」『国際私法・比較法論集』（カール・F・クロイツァー著、山内惟介監訳、中央大学出版部、一九九五）所収、二八四頁。

この論文は、クロイツァーの講演原稿『比較法雑誌』第二七卷三号、一九九三、三頁以下）に加筆されたものである。なお、本稿においては邦訳のみを参照した。

- (7) 五十嵐淳、『比較法学の歴史と理論』、一粒社、一九七七、一七七頁参照。
- (8) PIERE ARMANJON/BARON BORIS NOLDE/MARTIN WOLFF, *TRAITÉ DE DROIT COMPARÉ*, t.1, (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950), p.44-47.
- (9) RENÉ DAVID, *TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL COMPARÉ*, (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950), p.223-224.
- (10) Zweigert, *supra note*5, p.42f.
- (11) Constantinesco, „Über den Stil der „Stiltheorie“ in der Rechtsvergleichung“, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd.78., 1979, S.154f. 真田芳憲・後藤武秀訳、「比較法における《様式理論》の様式について」前掲（註2）所収、九五頁以下を参照。

この論文は、『法比較』第三巻の原稿 [CONSTANTINESCO, Bd.III, S.124-138.] に若干の変更を施しつつ問題提起のための四頁を前に加えて『法比較』

第三巻の公刊前に、ツヴァイゲルトの書評 [Zweigert, *Buchbesprechung, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 41. Jg., 1977, S.171-177.] への反論として公にされたものである。

- (12) Zweigert, *supra note*5, p.47.
 - (13) Constantinesco, a.a.O. (Anm.11), S.160.
 - (14) *Idem.*, S.166.
 - (15) ケーリッヒ、前掲（註2）、五頁。および、大木、前掲（註3）、二二七頁参照。
 - (16) 大木雅夫、「法國論に関する批判的考察」、『上智法学論集』第三三卷二号、一九八〇、三五二一三七頁。
 - (17) クロイツァー、前掲（註6）、二八五頁。
 - (18) DAVID, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, 7.éd., (Daloz, 1978), p.22.
 - (19) ZWEIFERT/KÖTZ, *EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG*, 2.Aufl., (J.C.B.Mohr, 1984), S.86.
 - (20) ZWEIFERT/KÖTZ, *EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG*, 3.Aufl., (J.C.B.Mohr, 1996), S.72.
- ツヴァイゲルトの『様式理論』[前掲（註5）]は、当該共著書において、ほぼ同一の内容で収められている。よってこれ以後は、本稿においては、ツヴァイゲルト／ケッツの『様式理論』として取りあげることとする。
- (21) クロイツァー、前掲（註6）、二八七頁。

- (22) 馬渡峻輔、『動物分類学の論理—多様性を認識する方法—』第三刷、東京大学出版会、一九九六、六頁以下。
- (23) ZWEIGERT/ KÖTZ, a.a.O. (Ann.20), S.66.
- (24) Idem., S.72.
- (25) Idem., S.72-73.
- (26) 大木、前掲(註3)、『一四五頁。』
- (27) ZWEIGERT/ KÖTZ, *EINFÜHRUNG IN DIE RECHTS-VERGLEICHUNG*, Bd.I, 1.Aufl., (J.C.B.Mohr, 1971), S.80.
(以下、ZWEIGERT/KÖTZ, Bd.Iと略す。)大木雅夫訳、『比較法概論：原論 上』、東京大学出版会、一九七四、一—二六頁を参照(以下、大木雅夫訳、『原論』上巻とし、参照)。
- (28) Constantinesco, a.a.O (Ann.11), S.154.
- (29) 大木、前掲(註3)、『一一九頁。』
- (30) Constantinesco, a.a.O. (Ann.11), S.160.
- (31) Idem., S.171f.
- (32) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.256.
- (33) Idem., S.256.
- (34) Idem., S.257f.
- (35) Idem., S.258.
- (36) Idem., S.259.
- (37) Idem., S.261.
- (38) 大木、前掲(註3)、『一二二頁。』

- (39) CONSTANTINESCO, Bd.III, S.170-173.
- (40) 大木、前掲(註3)、『一二二頁。』
- (41) CONSTANTINESCO, Bd.III, S.170.
- (42) ZWEIGERT/ KÖTZ, Bd.I, S.67. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一〇七頁。
- (43) Idem., S.79-80. 同前、『一二六頁。』
- (44) DAVID, *LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, (Dalloz, 1964), p.17-18.
- (45) 大木、前掲(註3)、『九六頁以下。』

第二章 法圏論における基本問題の析出

第一節 区分原理としての基準と視座としての基準

多種多様な法秩序をいかなる基準によっていかに分類するか、この点が法圏論における前提問題であることは、第一章において触れた。この問題は、様々な法的メルクマールのうち、諸法秩序を各法圏へ分類する際の「区分基準 (Abgrenzungskriterien)」⁽¹⁾としていずれを採用すべきか、すなわち区分基準の選択における諸見解の対立というかたちで、とりわけ議論されてきた。い

うまでもなく、こうした対立は、それに派生して複雑多様な問題を包含しているのであるが、本章の目的は、対立する諸見解を網羅的に分析し、そこに含まれるテーマの全貌を明らかにすることに⁽²⁾あるのではない。

本章における中心課題は、法圏論における基準の、区分基準としての意味合いと表裏をなす、視座としての意味合いに着目することにより、基準の多元的適用、あるいは法圏分類の「合目的性」という二つの前提が、法圏論固有の問題性について、それぞれ指し示している指向を明らかにすることにある。これらの分析により、次章において「様式理論」および「規定的要素の理論」を対比的に検討する際に、これら二つの理論が法圏論上のいかなる問いに応えようとするものであり、いかなる前提のもとで両者の対立は取り扱われるべきかをより詳細に念頭に置くことが可能となるであろう。

以上の目的を達するために、法圏論における基準に関する、次の二つの基本見解の対立を取りあげるのが有効であると思われる。その一つは、法の実質的な内容、あるいは法の制度的構造の特殊性ないし類似に着目することにより、諸法秩序の法圏への分類をなそうとする見解である。そして、いま一つは、むしろ法秩序に異同をもたらずうで、主要な影響力を有する法

外的諸要因、ないしは社会的、経済的、文化的与件等に着目し、それらが均質であるか否かによって、諸法秩序間の親縁性を判断しようとする立場である。

前者の見解における代表的な例として挙げられるのは、アルマンジョン等三人の著者による『比較法概論』第一巻における法系 (système juridique) 論⁽³⁾である。彼等は、人種等の基準に基づく既存の分類を批判し、ある国民の文明の程度とその立法の状態とが同水準にあるとする見解は誤りであり、植民地化や模倣により、文明の遅れた国民がより優れた法律によって統治されている事実を指摘する。それゆえ、現代の諸々の法系を合理的に分類するためには、地理的、人種的其他の外部的要素を排除し、法系それ自体を研究しなければならない⁽⁴⁾とした。この、法系それ自体を研究せねばならないとしたことが、ツヴァイゲルト/ケッツをして、「最も説得力がある⁽⁵⁾」と評価せしめた点である。すなわち、法圏の分類は、何らかの仮説に基づくのではなく、実証的基礎に基づいてなされなければならないことが、ここに確認され、それにより法圏論の実証化への道が開かれたといえよう。

これらの帰結として、アルマンジョン等による法系の分類は、文明の水準ではなく、諸法秩序の起源、派生関係そして類似を

考慮し、「基幹法系 (systèmes sources)」とその「派生法系 (systèmes dérivés)」によつてなされることになる。ここで留意すべきは、彼等が法系それ自体を研究するといふとき、そこで重視されたのは各々の法系における「立法 (législation)」であり、さらにその対象を私法に限定していた点である。こうした立場は、法の相違の社会学的根拠あるいは法の社会生活への影響等を比較法の問題領域とはせず、比較法の規範的役割を重視する「ドグマ的比較法 (droit comparé dogmatique)」の前提と一致するものであるが、同時に、法社会学と法圏論のかかわりを重視する立場から、彼等の法系論の限界としての評価をまねくことにもなつて⁽⁷⁾いる。

一方、アルマンジョン等とはほ同時期に公にされたダヴィドの法系 (système de droit) 論は、法系分類基準において、彼等と明白な対極をなす。それを端的に示しているのは、アルマンジョン等が、法系の分類に際して除外しようとした、法秩序に異同をもたらず文化的諸要因ないしは、法秩序がその時々々に与えられている社会的与件といったものに、むしろ第一義的な重要性を付与している点である。

ダヴィドは、法秩序を分類する際の基準として、「イデオロギー的視点 (point de vue idéologique)」と「法技術的視点

(point de vue technique)」とを挙げる⁽⁸⁾。彼の説明によれば、第

一に「イデオロギー的視点」からは、法は、正義の観念、宗教的・哲学的信条、政治的・経済的社会的構造等が異なるゆゑに相違する。第二に「法技術的視点」からは、法は、法律家によつて発展せしめられてきた、法技術ないしは法概念の相違ゆゑに異なるとする。これらの基準に基づき、ダヴィドは、①西洋法系 (système de droit occidental) ②ソヴィエト法系 (système de droit soviétique) ③イスラーム法系 (système de droit musulman) ④インドゥー法系 (système de droit hindou) ⑤シナ法系 (système de droit chinois) という、五つの基本法系を提示した⁽¹⁰⁾。「西洋法系」は、さらにその下位のグループとして、「フ

ランス法群 (groupe français)」と「英米法群 (groupe anglo-américain)」を包含するのであるが、これら二つの法群が分けられるのは、「法技術的視点」からであつて、「イデオロギー的視点」からは、両者はともに、キリスト教の道德原理、自由主義的デモクラシーの政治・社会原理、および資本主義的経済構造の上に基礎づけられているとする⁽¹¹⁾。このように、「西洋法系」の枠組み維持において、「イデオロギー」が重きをなしており、「法技術的視点」は、その二次的な基準として採用されていることが、注目すべき点である⁽¹²⁾。

しかしながら、こうしたダヴィドの当初の分類も、彼のいう意味での「イデオロギー（正義の観念、宗教的・哲学的信条、政治的・経済的社会的構造等）」が、法圏分類における区分基準として機能しうるのか、換言すれば、「イデオロギー」の同一性と法的親縁性をパラレルに結び付けうるのかという点について、アルマンジョン等が初期の諸分類に提起したものと同様の批判をまぬがれていない。この点に関して、ライシュタイン (Max Rheinstein) は、ダヴィドが比較し対比したのは、法システムというよりはむしろ社会システムであると批判する。⁽¹³⁾ライシュタインによれば、法システムの分類は、社会システムの分類と混同されるべきものではない。そしてまた仮に、「法技術的視点」を基準とするならば、少なくともヨーロッパにおける社会主義諸国の法は、大陸法諸国の法と一括りにされうるであろうし、それらは、コモン・ロー諸国の法と対照をなすことから、「西洋法系」に包含される下位のグループとして「フランス法群」と「英米法群」が位置づけられた点についても疑問を提している。⁽¹⁴⁾

ライシュタインによるダヴィドの分類への批判は、法システムが、社会システムに完全に従属的な関係に必ずしもあるわけではなく、相当程度自律性を有するシステムであることを含意

するものである。例えば彼の、次の指摘が注目に値するであろう。「社会的諸関係が変化するならば、法は変化せずにはいられないであろう。しかしながら、法の発展は、法それ自体のゆえに進行するはずのものであり、同時に個々の生活諸関係の継続性や社会の経済的文化的発展は、全体として乱れたりするものではない」。⁽¹⁵⁾

ダヴィド自身、先の分類に関して、当時の西洋諸国が、少なからず社会主義への道を進んでいること、そしてアジア・アフリカ諸国が、キリスト教の道徳に帰依すること無く西洋法を受容しているとの反省をもとに、「イデオロギー的視点」を一時的に放棄するが、最終的には、これを復活させ、「法技術的視点」と並んで同程度に決定的であるとして、二つの基準を並列的に位置づけるに至る。この局面において、ダヴィドの法系論は、実質的に基準の多元的適用へと移行したとみてよい。一方かような自説の変更にともない、法圏分類基準に関する見解の不一致を法の定義の不一致に起因する、法の問題それ自体の曖昧さに求めつつ、彼自身の法系論が対象とする「法それ自体」の範疇を概念的に明らかにしている点が注目しうる。

ダヴィドは、広い意味での法は、法規範の他に一連の概念作用全体、探求方法、世界と社会関係そして正義に関する特定の

見方を含むとし、これら多様な法の側面のうち、具体的な法準則等の時代と場所によって著しく変化する「可変的要素」(emphatic variables)ではなく、むしろ法規範の変化にもかかわらず、固有の特徴を法に付与し、その恒常性を維持する要素、すなわち「不変的要素」(éléments constants)が、より本質的であり、法秩序の分類の際に考慮されるべきとした。ここにみられるのは、法圏分類の対象としての広義の法を「不変的要素」および「可変的要素」からなる、重層的な概念として捉え、そこに含まれる法的諸要素のうち「不変的要素」を区分基準として採用しようとする試みである。

であるとすれば、「法の分類のための基準」(critérium pour le classement des droits)⁽¹⁹⁾としてなお維持されている、「イデオロギー的視点」と「法技術的視点」は、「不変的要素」との関連においていかなる位置づけをもたらしうるのであろうか。ダヴィドは、「法技術的視点」について、ある特定の法についての研究および実務により法律家の訓練を受けた者が、たいした困難をとまわずに、他の特定の法における法律問題を同様に取り扱うことができるか否かを自問することが重要であると、仮にこの答えが否であるならば、それぞれの法は別々に区分されなければならないとする。何故ならこの場合、それぞれ

の法における法的語彙や法源のヒエラルヒーあるいは法律家の駆使する方法等が著しく異なっている可能性があるからである。さらに、「イデオロギー的視点」については、それぞれの法が、いかなる哲学的、政治的、経済的原理に基づいており、いかなる型の社会を達成しようとしているのかも同様に重視せねばならないとする。⁽²⁰⁾ ここにおいて、「法技術的視点」ないしは「イデオロギー的視点」が、それ自体区分基準として機能するものとしてよりはむしろ、区分基準となりうる要素(すなわち「不変的要素」)をいわば嗅ぎ分ける、「視点」としての意味合いをより一層鮮明にしていることを窺い知ることができる。

かたや、先のごとくダヴィドを批判したラインシュタインも、「法圏を区分するために、まず第一に法の実質的内容が重要となるわけではありえない」とする点では、ダヴィドと共通の見解に立つ。ラインシュタイン自身は、「法名望家」(Rechtshonorfaktor)を法秩序に特徴的な様式をもたらし「様式形成要因」(stiftende Faktoren)として重視すべきとするが、この点においても、法秩序に本質的に重要な刻印をなす主要な原因に着目する立場に近い指向を見出しうる。しかしながら、この「法名望家」も、実際の彼の法圏分類に際しては、区分基準として機能しているわけではない。ラインシュタインは、その著書「法

比較入門」において、「ヨーロッパ大陸法圏 (kontinental-europäischer Rechtskreis)」、「英米法圏 (anglo-amerikanischer Rechtskreis)」という二つの法圏を中心的に取りあげ、対比するのであるが、これら法圏を分かち「真に価値ある相違」は、「法的思考法と法発見の方法 (Methoden des juristischen Denkens und der Rechtsfindung)」であるとしている。⁽²³⁾

彼によれば、「法的思考法と法発見の方法」、すなわち「法的思考、司法の手續きと構造、法律家の組織と心性、そしてこれらの実定法や法生活に対する影響」等は、「法比較にとって最も魅力的で最も繊細でもある課題」⁽²⁴⁾である。一方、「法名望家」については、次のごとく説明する。「ある法体系を理解しようとするものは、だれがその名望家であり、何が彼らを動かし、どのようにして彼らはその影響力を及ぼしているのかを知らねばならない」⁽²⁵⁾。これらの指摘は、法圏論の対象としての「法体系」に迫る際に、「法名望家」が、「法的思考法と法発見の方法」等の比較法にとって重要な課題を明らかにするうえで、有益な手掛かりをもたらす指標として位置づけられてることを示唆するといえるであろう。

ここで指摘しうるのは、アルマンジョン等が「それら自体」を研究せねばならないとした対象としての法体系ないし法秩序

そのものが「立法」のみならず「不変的要素」、「法的思考法と法発見の方法」等、多様な側面を有していることへの認識あるいは洞察が、区分基準の選択に関する諸見解における対立の契機をなしているということである。そして、こうした認識は、これら法的諸側面うち、いずれを区分基準として重視すべきかという問いを生ぜしめると同時に、それら諸側面の異同の究明を新たな課題となし、これを追究するうえでの有効なアプローチないしは視座の提起をうながしてきたといえるであろう。すなわち、区分基準の選択における対立は、既存の法圏分類が対象としての法に迫る際に採用するアプローチ自体の方法論的限界への批判、そしてそれに代わるアプローチの模索という形態をもとりうると解することが可能である。

こうした理解をさらに明確にするうえで、野田良之の次の指摘が注目しえよう。「わが国の現行法体系は、いわばフランス法とドイツ法を両親としてその間に生まれた子だといってよい。そのかぎりでは、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かぎり異論の余地はない。だが、機能の観点から眺めた場合、果たして簡単に日本法がこの法族の一員と言えるのだろうか。(中略) 日本法は、世界の

法体系のなかでどう位置付けるべきか。(中略)ただ、言えることは、比較法の考察の対象をいかに広げていっても、法解釈学的でないし法規中心の見方から脱却しないかぎり、この問題は解決しないということである⁽²⁶⁾。

この指摘は、法圏の区分基準として法規ないしは法の制度的構造を排他的に重視することへの批判として捉えうるが、同時に、アルマンジョン等の採用する法へのアプローチに対する評価としても重要な意義を有する。すなわち、法の制度的構造という側面での諸法秩序間の親縁性の立証を課題とする限りにおいては、諸法秩序間の「派生関係」ないしは系譜学的な関わりを考慮するという手法は、有効な手掛かりを提供する。しかしながら、社会的、文化的環境に大きく影響を受けるであろう法の「機能」⁽²⁸⁾の側面において異同を確認しようとする際には、こうした手法は、必ずしも充分とはいえない、むしろ他の「見方」が必要とされる、ということである。

以上にみられるように、法圏分類における区分基準は何かとの問いは、同時に、法圏論は法を対象としていかなる異同を立証すべきなのか、いわば法圏論が射程とする対象領域そのものを問うものであると捉えることができる。それゆえに、法圏論における基準に関する諸見解は、法圏分類を実施するうえで

妥当な区分基準の提起にあわせて、法圏論において指定される命題を立証するうえで有効な視座の提起を必然的にもなってきた、との結論を得ることができるであろう。以下、第二節においては、以上の理解のもとに、法圏論における基準の多元的適用(あるいは多元化)、および法圏分類の「目的性」が、それぞれ有している指向を検討していくことにする。

第二節 包括的分類体系としての法圏論

前節において検討したごとく、対象としての法秩序それ自体の重層的構造への認識が、各法圏論者においてそれぞれ採用されている、アプローチないしは方法論的視座を相互に限界を有するものとして批判的に対立せしめる契機となっている。同時にこれは、とりわけダヴィドの法系論の変遷において明らかのように、各分類者は本来的に、例えば「不変的要素」の究明といった各々固有の命題を措定していることを再確認させる結果をもたらししている。これらの認識が、各々の論者が重要視する命題に対処するうえで、固有に有効性を発揮するアプローチを採用することへの肯定的な承認、すなわち法圏論において「目的性」が受け入れられたことの素地の一端をなしているといえ

よう。

クロイツァーのいう法圏論の「合目的性」は、分類結果とそこに採用される区分基準の妥当性を評価するうえで的前提という意味において用いられている。しかしながら、区分基準選択の問題は法圏論の対象領域および視座の問題を包含すると捉えるならば、「合目的性」は、各分類枠内において採用されている法秩序へのアプローチの妥当性を判断するうえで的前提とも解することができよう。本稿第一章において触れたように、各々の分類者は、各々固有に「然るべき命題を立証しよう」と「試みているのであり、それゆえにその「立証に最も適合するように」諸法秩序を複数のグループへと分類する権利を有していることを前提とするのであれば、そこに採用される方法論的視座が、一定の限界を有していることそれ自体は、法圏論にとってそれが不十分なものであることを意味するわけではない。むしろ、その妥当性は、各分類者固有に措定されている命題を立証するうえで、適切な視角が保持されているか、という平面において吟味されるべき問題であり、こうした枠を超えて判断される類のものでは、本来的にないということになる。

野田は、比較法の出発点における最も困難な問題のひとつは、法をどのように観念して比較を始めるかにあるとし、法の概念

それ自体の曖昧さについてダヴィドと共通の認識に立ちつつ次のようにいう。「法についての考え方が、異なる文化圏においては基本的に異なるということに力点において比較する場合には、法体系の比較より法観念の比較の方が重要であり、(中略)法体系はその重要ではあるが一つの指標にすぎないことになろう。これに対し法のモデルを求めて法体系の比較を行えば、その力点はむしろ社会的紛争解決のメカニズムとしての法—法体系という場合はこの側面が強く意識される—におかれ、自国法が無意識のうちに中心点を構成する」⁽²⁹⁾。この指摘からすれば、仮に共通に「法」を一個の対象としても、各々の論者の観念する「法」それ自体が相互に異なっていれば、取り扱われる法的側面も当然異なりうるのであり、同時にこれら相異なる法的側面は、何らかの唯一排他的な分類体系に総括されるものではないとの結論を導くことも可能である。したがって、野田は次のようにもいいう。「法圏論を試みる比較法学者は(中略)自らの立場を絶対視しないと、あらゆる地点の比較法学者が、先ずその視点から多くの法圏論を試みるべきであると思う」⁽³⁰⁾。これら野田の見解においても、対象としての法が多様な側面を有することへの認識に伴う、「合目的性」への傾斜がみられるとしてよいであろう。

よって以上のことから、法圏論における「合目的性」の前提は、法圏論の対象とする法それ自体が、相互に一般化困難な側面を並存的に包含しているとの認識をその根拠となし、法圏論の多様化を指向するものであると結論づけることができるであろう。換言すれば、「合目的性」の前提は、「法圏論」を法秩序の分類という諸堂為の、いわば総称として捉えようとするものであるといえる。確かに、そこでは「法圏」あるいは「法系」といった類概念が、ある程度共通の語彙として語られるのであるが、「合目的性」のもとでは、実際に各法圏の範疇を明らかにするのは、個々の分類において措定された命題の経験的な実証結果としての区分基準である。同時にそれゆえ、それらの立証内容は、固有に措定された命題の枠を超えた一般化を主張するものでも、また要請されているわけでもない。したがって、これらの類概念も、厳密には、その分類者固有の概念枠組みに属する、別種のものとして捉えるべきこととなるであろう。

一方、一元的な基準によって法圏分類がなされることを「不当」とし、むしろ複数の基準を用いることによって分類はなされるべきとする、「基準の多元化」が、法圏論において共通の課題とされた経緯は、いかなる指向を有するものとして位置づけられるべきであろうか。大木は、法圏分類において、多元的

に基準が用いられねばならぬことの根拠として、「諸法秩序間に異同をもたらず原因が単一でない」こと、「法の全体が極めて複雑な構築物である」こと、これら二点を挙げる。⁽³²⁾ すなわち、対象としての法秩序が「複雑な構築物」であることから、その多様な諸側面に表出する異同全てを、例えば「イデオロギー」等の一元的な要因に還元しようとするならば、それは当然批判の対象となりうる。したがって、大木は、法圏の分類は「あたかもプロクルステスの寝台のような単純な尺度で」⁽³³⁾ はなしえず、「これを処理するには、まさに複眼的観察を欠かせない」⁽³⁴⁾ とする。これらの指摘から明らかのように、法圏論における、「合目的性」および基準の多元的適用は、ともに共通の問題認識を発端としているといえる。しかしながら、仮にここで、これら二つの前提が共通の指向を有しているとして捉えようとするならば、次の問題が生ずる。

先に検討してきたように、「合目的性」の基本的指向は多様化であり、すなわち法圏論において対処される多様な命題へ向けた各々の視座が、個別に並存することを積極的に肯定する。よって、それぞれに固有の限界が予測される複数の視座が「複眼的」に束ねられることをもって、「法圏論の」前提ないし共通の課題とみなす基準の多元的適用と、「合目的性」とを同一

の指向のもとに位置づけようとするならば、そこには矛盾が生じるとしなければならぬであろう。というのも、「合目的性」の前提のもとでは、法圏論の対象としている法秩序が「複雑な構築物」であることは、視座の多元的適用を必然的に要請するものではない。むしろ、「複雑な構築物」であるがゆえに、各々の視座は、各論者が固有に対処する命題に限定して用いられなければならない。視座の妥当性ないし数も各々の命題との関わりにおいて問われなければならない。それゆえ、法圏論における視座の多元化は、「複雑な構築物」としての法秩序が内包する多種多様な側面を複合的に扱うことを本来的に法圏論が要請しているという、「合目的性」とは異なる前提を介在させていると捉える必要がある。

ここで再度ダヴィドの法系論の変遷を顧みるならば、彼の基準の実質的多元化は、法圏論の要請に基づくものというよりも、むしろ「不変的要素」という彼自身の対処しようとする命題の明確化に対応するかたちでなされたと解するのが、最終的に彼が「合目的性」を受け入れた経緯に、より即していると思われる。よって、ダヴィドを起点とする基準の多元化⁽³⁵⁾を法圏論の課題とみなすためには、その対象領域が法圏論において共有されていることが前提となっていなければならない。したがって、

この点においても、法圏論における基準の多元化は、「合目的性」とは相対立する指向を有していると捉えなければならない。

以上の点から、基準の多元的適用は、ある特定の方法論的視座の限界、個別に提起される命題の枠を超えて一般化されうる、むしろそれらを包括可能な分類体系の確立という、「合目的性」と正反対の指向を法圏論に付与するものであると結論することが可能であると思われる。これを確認するうえで、野田の次の問題提起は、極めて重要な意義を有している。野田は、法圏論が法を一個の対象単位とし、これを「概観」することによって導き出される分類体系であることは、妥当に共有された認識であるとしつつ、次のようにいう。「この（前記のような分類がなされる一筆者）前提として、理論上は世界のあらゆる法体系が少くも国なら国という同一の単位で、同じ濃度で知られていることが必要であって、実際にはおそらくこれは実行不可能であり、法圏論というものは常に一定の限定された枠のなかで行われるほかないという宿命を担っている。また、世界の多くの法体系を概観すると言っても、人間の視角一精神的な意味においても一というものは限定⁽³⁶⁾されている」。

この指摘は、次の三つの点を含意していると捉えてよいであろう。まず一つに、法圏論という「概観」とは、多数の法秩序

の純粋な蒐集と記述を意味しているわけではなく、対象として

の法を一個の総合的単位とみなし、それが体系的に整序可能なかたちで包括的に把握されることを要求しているものであり、これが法圏論の基本的属性であるということである。第二点目として、それゆえ法圏論のこうした属性は、まず「実際」面において、実証的データの幅を、法圏論において採用される分類体系を明確に基礎づけるうえで、十分に拡大することを恒常的に困難なものとするのであり、さらに三点目として、そもそも「理論上」においても、多岐多様な側面をはらむ法の全体を分類可能に「概観」しうるような、包括的視座を想定ないし確立すること自体可能なかという問題を突きつけずにはおかない、ということである。

法圏論における基準の多元化は、こうした法圏論の基本的属性が提起する問題に、いわば正面から応えようとするものである。法的諸側面の包括的概観を可能とするための、視座の多東化を指向するものである。換言すれば、「複雑な構築物」としての法において、法圏論が共有しうる総合可能な対象領域を再度確認することに、基準の多元化は向けられているといえる。

そして、そうであるがゆえに、基準の多元的適用は、「法圏論の」前提ないし課題として成立しえたと結論づけることができ

るのであろう。

以上のように、「合目的性」および基準の多元化は、法圏論の基本的属性の要請に対する態度決定として、採用しうる二つの選択肢を指し示している。ここで最後に、法圏論それ自体への、批判的見解を検討することにより、さらに採用可能な選択肢の余地を確認しておくことにしよう。

英米の比較法学者は、概ね法圏分類には無関心あるいは批判的であるとされるが、なかでもホール (Jerome Hall) は、「比較可能性の要求を満たす類型学の構築は、コミュニケーションの問題―はつきりとしなない、漠然としているものを、どのようにして明示的かつ明晰なものとするかというコミュニケーションの問題―と結びついている」とし、法圏論ないし法系論において用いられる類概念の精度に留意しつつ、批判的検討を加えている点が注目しうる。

その際は、例えば化学においては、分類は基礎であり、科学的知識の集まりは、その基礎の上に構築されているのである。しかし、分類が可能でないならば、科学的一般化は不可能である。そしてきわめて漠然とした分類のみが発見しうると思定されるならば、それは付加される一般的知識の限界を意味している³⁹⁾とし、比較研究の要請を満たす類概念は、そこに付加

される諸データの、「インデックス」ないしは「ラベル」として操作するに充分に明確でなければならぬことを確認する。この見解をもとに、彼は次のごとく法圏論(あるいは法系論)⁽⁴¹⁾への批判的検討を展開する。

ホールによれば、法系論における「法系 (legal system)」は、ある複数の法秩序が、論理的に整序されることを意味する。そして、より広い意味合いにおいて、「体系 (system)」とは、「精緻なまとまりを有する、演繹的に操作可能な、包括的命題の組織化を意味する」とする。法は、「法典 (code)」という側面においても、一定程度体系的まとまりを有しており、それゆえ「法系」ないし「体系」という用語は、それらまとまりの度合いを示すための一般的論及として有益でありうる。ホールは、
「しかしながら、ある国の法律全体ないしは、その一部門全体が、総体において比較研究の基礎となしうる、とする仮説は、比較可能性の問題を不明瞭にするものである。結局のところそれは、漠然とした特徴づけおよび伝統的用語を研究の基礎として誤解するものである」と。

さらに彼は、ダヴィドが、「イデオロギー的視点」を一時的に放棄した経緯について、次のような評価をなす。「道徳、経済、および民主主義的立憲政治は、有力な文化的要因であり、

比較研究に重要であるというダヴィド氏の洞察は、ほとんど疑うことはできない。そして、西欧および非西欧諸国が、同じ価値を共有し、私経済企業および自由民主主義が遠く隔たった世界の多くの地域に見出されるという事実は、かかる研究の基礎として、これらの重要な基準を放棄させる正当な理由にはならない。放棄を必要とするのは、次のような伝統的仮説であると私には思われる。その仮説とは、「西欧」、「非西欧」、「ヨーロッパ」および「法系」が、比較研究の目的にとつて、社会的・法的データを分類する適切な基準であるというものである⁽⁴³⁾。

こうした彼の批判には、実証的データの幅、方法論的視座の射程双方について、これらが法圏論の要請する「概観」を可能とするかたちで充足されうることへの明白な懐疑が示されるといえるであろう。そして、こうした懐疑に基づく、ホールの解答は、次のようなものとなる。すなわち、「イデオロギー」等の基準は、批判的に使用されねばならず、それゆえ「西洋法系」という枠組みを概念上明晰にするうえで、充分なデータをもたらず視座として過剰な信頼を寄せられるべきでもなく、また不十分なものとして捨て去られるべきものでもない。むしろ捨て去られるべきは、特定の視座によってもたらされうるデータの幅の限界を超えた一般化を常に不可避免的に要請する、「西

洋法系」等の「総括概念 (omnibus notions)」それ自体であることとなる。⁴⁴⁾

第三節 小括

以上の検討から明らかとなるのは、法圏論が法の体系的な「概観」を要請するという属性を有しているがゆえに、その対象としての法それ自体が、多様な問題領域を重層的に包含する「複雑な構築物」であることへの認識は、次の三つの指向の分岐点を構成することである。すなわち、法圏論それ自体の個別的多様化、あるいは法圏論がなご包括的分類体系として確立されうることへのさらなる追究、そして最後に、「法圏」ないし「法系」という総括的概念自体の放棄、という指向である。そして、これら三つの指向のうち、多様化、包括的分類体系の追究にそれぞれ対応しているのが、「合目的性」ならびに基準の多元的適用という法圏論上の前提であるといえよう。とりわけ、基準の多元的適用においては、「複雑な構築物」としての法秩序をいかにして複合的に捉えるのか、そしてそれを可能とする視座をいかにして確立すべきか、すなわち比較法における「マクロ」の意味合いが、一層尖鋭なテーマ性を帯びてくるこ

とを確認しうるであろう。

よって、これらの指向の狭間において提起された、ツヴァイゲルト／ケッツの「様式理論」⁴⁵⁾が、法圏論における基準の多元的適用の実質的具体化を試みるものであり、これに尖鋭に対峙するかたちで提起されたのがコンスタンティネスコの「規定的要素の理論」であったとすれば、対象としての法における総合可能なマクロな問題領域をいかなるもととして再確認し、それへ向けていかなる視座を提起しているのかという共通の俎上において、これら二つの理論は対比的に検討されなければならないこととなる。

ここで、ツヴァイゲルト／ケッツの「様式理論」において採用されている基準を列挙し、その基本的性格に簡単に触れておくことで、次章第一節への導入を図ることにしよう。ツヴァイゲルト／ケッツは、法圏分類基準として、次の五つの「様式構成要素 (Stillement)」あるいは「様式形成的な諸要因 (stilpangende Faktoren)」を提示する。すなわち、①法秩序の歴史的な由来と発展、②その法秩序における支配的な、特殊な法的思考方法、③特に特徴的な法制度、④法源の性質とその解釈、⑤イデオロギー的諸要因である。⁴⁶⁾

ツヴァイゲルト／ケッツは、これらの「様式構成要素」に関

して次のようにいう。「個々の法秩序とそれらの法秩序からなるグループ全体は、それぞれ一定の様式を有する。比較法的研究は、これらの法様式を把握して、各法圏への分類とこれらの法圏に対する個々の法秩序の指定とを、決定的な様式構成要素にしたがって、すなわち様式形成的な諸要因にしたがって実施しなければならぬ⁴⁷⁾」。さらに「様式」については、次のような説明がみられる。「いくつかの学問もこの実り豊かな概念を用いて、きわめて多種多様な対象について、ある統一体系の特異性の全総体を一まとめにし、その他の統一体系から区別するようになってきた⁴⁸⁾」。すなわち「様式理論」は、前記に列挙された諸要素の内容からも明らかのように、法の実質的内容から法観念、イデオロギーにまで及ぶ、対象としての法における多様な側面を「法様式」という総合的命題のもとに包括することにより、法の「特異性」をその「統一体系」において説明しようとする試みであることが指摘しうるであろう。同時にこのことは、「様式構成要素」が、「法様式」の究明に向けられた多束的視座であることを意味しているといえる。

したがって、以上のもとに、次章第一節において本稿が「様式理論」について検討を試みるのは、主として次の三点となる。まず最初に検討がなされるのは、「法様式」を明らかにする視

座として、「様式構成要素」は、各々いかなる評価を「様式理論」においてもたらされているのかという点であり、二点目として検討されるのは、これら諸要素は、個々の問題領域として、いかにして「法様式」という命題のもとに総合されているのかということである。そしてこれらの検討をもとに、法圏論の要請する体系的概観に應える解答として、「様式理論」が有している基本的性質の内容を、三点目において明らかにすることとする。

(1) MAX RHEINSTEIN, *EINFÜHRUNG IN DIE RECHTS-VERGLEICHUNG*, (C.H.Beck, 1974), S.80.

以後、分類の際に区分原理として機能する基準の意味において、この用語を用いる。

(2) 法圏論一般については、以下の文献を参照。五十嵐清、「法系論再説」、「比較法学の歴史と理論」(同著、一粒社、一九七七)所収、一六二頁以下。五十嵐、「日本法と法系論」、「比較法入門」(同著、第二版〔改訂版〕、日本評論社、一九七二)所収、七七頁以下。

なお、本章における、アルマンジョンノルド／ヴォルフおよびグヴァイドに関する記述は、その大部分を前記文献の紹介に拠っている。

- (3) PIERE ARMANJON/BARON BORIS NOLDE/MARTIN WOLFF, *TRAITÉ DE DROIT COMPARÉ*, t.1, (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950), p.42-53.
- (4) *Idem.*, p.47-48.
- (5) ZWEIGERT/KÖTZ, Bd.I, S.69. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一一〇頁参照。
- (6) ARMANJON/NOLDE/WOLFF, *supra* note3, p.28 et seq.
「ドクマ的比較法」については、以下の文献を参照。五十嵐、『三つの比較法』、『比較法入門』（同著、第二版（改訂版）、日本評論社、一九七二）所収、一九九頁以下。
- (7) 同前、二〇四頁。
- (8) DAVID, *TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL COMPARÉ*, (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950), p.223.
- (9) *Idem.*, p.223-224.
- (10) *Idem.*, p.226.
- (11) *Idem.*, p.224.
- (12) 五十嵐、「比較法と法社会学の関係についての覚書」、『東西法文化の比較と交流』（山口俊夫編、有斐閣、一九八三）所収、一〇一一頁参照。
- (13) Rheinstein, “How to Review a Festschrift”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.11, 1962, p.640.
- (14) *Idem.*, p.640.
- (15) RHEINSTEIN, a.a.O. (Anm.1), S.101-102.
- (16) David, “EXISTE-T-IL UN DROIT OCCIDENTAL?”, in: *XXth CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS LAW*, (A.W. Sythoff, 1961) , p.59.
- (17) DAVID, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, (Daloz, 1964), p.16.
- (18) *Idem.*, p.13-15.
- (19) *Idem.*, p.15.
- (20) *Idem.*, p.16-17.
- (21) RHEINSTEIN, a.a.O. (Anm.1), S.97.
- (22) Rheinstein, Buchbesprechung „Zweigert, Konrad, und Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts.Bd.1“, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 37.Jg., 1973, S.137.
- (23) RHEINSTEIN, a.a.O. (Anm.1), S.100-101.
- (24) *Idem.*, S.101.
- (25) *Idem.*, S.172-173.
- (26) 野田良之、「日本における比較法の発展と現状」、『法学協会雑誌』第九〇巻一号、一九七三、一四頁。
- (27) ダヴィッドは、『現代世界の主要な法系』のなかで、日本法と「ロマン・ゲルマン法族」との強固な結び付きを重視してはいるが [DAVID, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, 3.éd., (Daloz, 1969),

- p.83]、法系論上の位置づけでは、日本法を「極東 (ex-
treme-orient) 法」の一つとして、若干慎重に扱っている
[idem, p.33]。それゆえ、野田の批判は、もっぱらダヴィ
ドの法系論にのみ向けられているというよりは、むしろ
法の制度的構造とその機能との間での「ズレ」を考慮す
ることなく、「西欧法」と日本法との親縁性を過度に強調
する傾向一般に対して警鐘を鳴らすものと解するのが妥
当であろう[野田、前掲(註26)、二二―一四頁参照]。
- (28) 木下毅、「日本法と外国法…法継受論(上)」、『北大法
学論集』第四六卷二号、一九九五、四三三―四三三頁参
照。
- (29) 野田、書評「K・ツヴァイゲルト／H・ケッツ著、大
木雅夫訳『比較法概論』(1974年)」、『比較法研究』
第三七号、一九七五、二二七頁。
- (30) 同前、二二七頁。
- (31) 大木、「法圏論に関する批判的考察」、『上智法学論集』
第二三卷二号、一九八〇、一六頁以下参照。
- (32) 同前、三八頁。
- (33) 同前、一六頁。
- (34) 同前、三八頁。
- (35) 同前、三七頁。
- (36) 野田、前掲(註29)、二二六頁。
- (37) 五十嵐、「法系論再説」、前掲(註2)、七八―七九頁。
- (38) JEROME HALL, *COMPARATIVE LAW AND SOCIAL
THEORY*, (Louisiana State University Press, 1963), p.99. 宮本
安美訳、「比較法と社会理論」、慶応通信、一九七五、一
一五頁を参照(以下、宮本安美訳として参照)。
- (39) Idem., p.93. 宮本安美訳、一〇七頁。
- (40) Idem., pp.95-97. 同前、一〇一―一〇三頁。
- (41) ホールが、その批判の対象として取りあげるのは、ア
ルマンジョン等およびダヴィドの法系論である。した
がってここでは、原著に即して、「法系 (legal system)」
論という用語をそのまま用いる。
- (42) HALL, *supra* note38, p.94. 宮本安美訳、一〇九頁。
- (43) Idem., pp.96-97. 同前、一一二頁。
- (44) Idem., p.97. 同前、一一二―一一三頁。
ここでホールは、「西欧」、「非西欧」、「ヨーロッパ的」、
「法系」という言葉は、比較研究のための社会的・法
学的データを支えるものではないとしている。
- (45) この点は、ツヴァイゲルト／ケッツの既存の法圏論に
対する次のような批判に示されているといえよう。「こ
れらの著者たち(アルマンジョン／ノルド／ヴォルフ
筆者)は、どのような観点から種々の法秩序を探究して
分類するに至ったのかについては、我々にほとんどほ
めかして貰えない」。[ZWEIGERT/KÖTZ, *Bd.I*, S.69. 大木
雅夫訳、『原論』上巻、一一〇頁]。

- (46) ZWEIFGERT/ KÖTZ, Bd. I, S.74ff. 大木雅夫訳、『原論』
上巻、一一六—一一七頁。
(47) Idem., S.73. 同前、一一五頁。
(48) Idem., S.73. 同前、一一五頁。

第三章 「様式理論」との対比にみる「規定的要素」の性質

第一節 「様式理論」における「法様式」へのアプローチ
チ

ツヴァイゲルト／ケッツは、自らの「様式理論」を展開するに先立ち、既存の法圏論について次のような批判をなす。「諸法圏を認識したり、各国法秩序をそのような法圏に組入れたりするための分類基準を確定しようとする従来の試みは、それらの一元性のために、すなわち、それらが主に単一の分類基準のみにしたがって行われているために、説得力を有しない」。彼等は、ダヴィドが当初「イデオロギー的視点」を優先させていたことについても、ダヴィドの基準もまた同様に一元性を脱し

ていないと批判し、「大陸法やコモン・ローのようなきわめて多様な相貌を備えた構築物は、ただそれらの正義についての考え方が、ともに社会主義的諸体系のそれとは別物だという理由だけで、一つの器に投げ込むことはできない」とする⁽¹⁾。

これらの批判に示唆されているのは、「イデオロギー的視点」⁽²⁾によつては網羅しえない法的側面が、なお明白に存在しており、それらを考慮することなしには、法圏分類は実現しえないという、ツヴァイゲルト／ケッツの強固な確信であろうと思われる。よつて、ツヴァイゲルト／ケッツは、「イデオロギー的視点」が有している射程の限界をどのようなものとして評価しているのか、この点を以下に検討していくことにしよう。

ツヴァイゲルト／ケッツは、「イデオロギー」について、まず次のような評価をなす。「イデオロギーもまた、政治的・経済的教条の意味において、あるいは法を特徴づける宗教の意味において、様式形成的な要因であることを示しているのは、宗教法であり、同時にまた社会主義法体系でもある」。さらに次のようにもいう、「おそらくイデオロギーは、宗教法秩序や社会主義法秩序に関する限り、十分な識別力 (Unterscheidungs-kraft) を有しているが、西洋世界の法族間の識別のためには役立つ⁽²⁾立たない」と。これらの指摘において注目されるのは、対象と

されるのが、「宗教法秩序」であるのか「社会主義法秩序」であるのか、あるいは西洋諸国の法であるのかによって、「イデオロギー的視点」の有効性は、異なるとされていることである。

彼等は、(宗教法としての)「イスラーム法」と西洋法秩序との対比において、「イスラーム法」が、啓示された神の意思という点に、その唯一の妥当性根拠を認めており、何らかの地上における法創造者(Rechtsschöpfer)の権威に基礎を置かず、それゆえ原則的に不変的(unwandelbar)であるのに対して、西洋法秩序においては、「法は立法部、裁判官、および法創造に關与するその他あらゆる社会的諸力によって、可変的な諸要求に適合させられているのであるから、法が内容的に変化していくことは、一般に認められている」とする。ここに含意されているのは、法秩序に異同をもたらずと想定されるある特定の要因は、それぞれの法秩序に対して及ぼす影響力に濃淡があるということである。すなわち、「イスラーム法」においては、相対的にみて、「宗教」が法秩序全般に強固に影響を及ぼしており、それゆえに(法を特徴づける宗教の意味における)「イデオロギー」は、「イスラーム法」の多様な側面を網羅的に觀察可能なものとする。これに対して、西洋法秩序を觀察する際に、この視点がもつばら用いられるならば、「イデオロギー」

以外の要因によって強く影響を及ぼされている、多くの法的側面が見逃される可能性が高い、ということになるといえよう。

一方で、ツヴァイゲルト/ケッツは、ダヴィドが後に、「法概念、法的用語法、法的思考方法または法源のヒエラルヒーやその解釈」等における各法秩序間の異同を見極めるものとしての「法技術的視点」を、「イデオロギー的視点」と並ぶ価値を有するものとして並列的に位置づけたことを高く評価する。前記にみられる「法技術的視点」への評価とツヴァイゲルト/ケッツ自身が列挙する「様式構成要素」を照らし合わせるならば、①法秩序の歴史的な由来と発展、②その法秩序における支配的な、特殊な法的思考方法、③特に特徴的な法制度、④法源の性質とその解釈、⑤イデオロギー的諸要因のうち、②と④は、ダヴィドの「法技術的視点」が網羅しうる問題領域をほぼ具体化したものであることを窺い知ることができる。すなわち「様式理論」は、ダヴィドの「法技術的視点」および「イデオロギー的視点」を基本的に受け継ぎつつ、これら二つの視点によって、なお網羅しえない領域として、「法秩序の歴史的な由来と発展」と「特に特徴的な法制度」を加えることにより、法圏論の要請する「概観」に応えようとしていると解することができる。

ここで、次の問題を提起しうるであろう。前章において、ラインシュタインによるダヴィド批判のなかで若干触れたように、「イデオロギー的視点」、「法技術的視点」、さらには「法秩序の歴史的な由来と発展」、「特に特徴的な法制度」等の問題領域を網羅的に概観することによって立証される個々の諸命題は、果たして一つの分類体系を成立させる区分原理として総合されうるのだろうか、そしてそれは「様式理論」において、いかにして可能となっているのか、という点である。比喩的に換言するならば、仮に二つの法を多元的に概観し比較した場合、それらが双方「法観念」においては似通っているが、「法の実質的内容」においては相互に著しく異なっている、という二つの命題が導かれる可能性がある。この場合、「法観念」に基づけば、これら二つの法は一括りにされるであろうし、「法の実質的内容」に基づけば、別個のものとして分類されることになる。同時にまた、これら各々の分類体系は、一つの分類体系に矛盾なく包括されうるものでもない。いずれにしても、前記の二つの命題を同時に満足させる分類体系は、成立しえないということになる。「様式構成要素」が、「法様式」を明らかにするために網羅されねばならない問題領域であり、「法様式」によって諸法秩序間の異同が確認されなければならないのであるとす

れば、「様式構成要素」は、各々いかにして「法様式」へと総合可能な問題領域として捉えられているのであろうか。

結論からいえば、ツヴァイゲルト／ケッツによって提示される五つの問題領域は、「様式構成要素」として「法様式」と概念上は強固に結び付けられているが、方法論上は、さほど厳格かつ厳密に結び付けられているわけではない。ツヴァイゲルト／ケッツはいう、「これらの様式形成的な諸要因は、諸法圏そのものを決定し、それぞれ、有する、識別力の、相対的な重みに応じて、個々の法秩序のある法圏への組入れを決定する」⁽⁶⁾。また、この「相対的な重み」に関連して、次のような指摘が見られる。ツヴァイゲルト／ケッツは、「法様式」を把握する際に、諸法秩序間のきわめて微細な相違がすべて「様式構成要素」とみなされうるのではなく、「重要」あるいは「本質的」な相違ないし独自性のみが、様式形成的であるとしつつ、「何が『重要』で『本質的』なものであったかは、決して異議なく証明されうる」ものではなく、「必要な様式の数がいくつあり、あらゆる個々の様式がいかに決定されるかは、常に広汎に研究者の判断によって左右される」⁽⁷⁾とする。

すなわち、「様式理論」は、法へアプローチする際には、可能な限り多様な問題領域を射程に入れることを強固に要求して

はいるが、それによつて立証された命題が、いかに選択され、あるいは組み合わせられて「法様式」を構成するかについては、一義的な解答をなすことを拒否している。むしろ前述の五つの問題領域がすべて、「法様式」という命題のもとに網羅されることまでは、求めていないといえよう。⁽⁸⁾ ここにおいて、「様式理論」は、法圏論の要請する体系的概観に因應べく、「法秩序は一定の様式を有する」という命題を提起し、当該命題の立証のために網羅されねばならない問題領域を「様式構成要素」として列挙する一方で、それらが経験的に立証された段階では、個々の諸命題が合目的に取捨選択されうるといふ、いわば包括と多様化の二つの指向を並存させていることが指摘しうるのであろう。

一方で、こうした網羅的な射程を有する視座が向けられている、法の多側面にわたる問題領域が、最終的には総合可能なものとして予期されるのかについては、「様式理論」は、むしろかなり悲観的な見解を表明していることを指摘しうる。それを顕著に表しているのが、ツヴァイゲルト／ケッツが提起する、「事項関係の相対性原理 (Grundsatz der materienbezogenen Relativität)」の問題である。

ツヴァイゲルト／ケッツは、法圏論は、もっぱら比較私法学

者によつてなされたことから、この理論は、ほとんど常に、すべての法がもっぱら私法から成り立つてでもいるかのよう展開されているが、「実際、このような分類が、せいぜい相対的な正しさしかもたないということは明確に認識しておかなければならない」と指摘する。しかもそのうえで、仮にその対象領域を公法にまで拡大したとしても、同一の法秩序において、私法はある法圏に、そして、憲法は別の法圏に組入れられることがありうるとしている。すなわち、ツヴァイゲルト／ケッツによれば、例えばドイツ民法は、確実にドイツ法圏 (deutscher Rechtskreis) に帰属させられうるとしても、国法については、比較憲法上、諸法体系の法圏を形成してもよいと目される「様式形成的な力 (stiftende Kraft)」は、憲法裁判所の存否という点に求められるのであり、この点からすれば、合衆国、イタリアおよびドイツは、同一の法圏に組入れられる一方で、イギリスやフランスは、それに組入れられないこととなるであろう⁽⁹⁾とす。これらの指摘においては、仮に法圏論の対象とする問題領域を、法の制度的構造に限定したとしても、そこに見出される諸命題が一つの区分原理、すなわち「法様式」という命題へと包括されえないことの可能性が、むしろ強調されているとみなしてよいであろう。

さらに彼等は、「アラブ諸国の家族法や相続法は、明確にイスラーム法によって、インドの家族法や相続法は、明確にヒンドゥー法によって特徴づけられている」反面で、これらの国々の財産法は、「インドの場合には、コモン・ローによって、多数のアラブ諸国の場合にはフランス法によって」広汎に影響が及ぼされていることから、私法だけを眼中に置く場合ですら、「事項関係の相対性原理」と「同様の現象につききたる」という⁽¹⁰⁾。とりわけ、こうした傾向は、「混血」法体系 (hybride Rechtssysteme) において顕著であり、これら法体系をある特定の法圏に組入れる際には、限定された事項 (例えば家族法や相続法等) を目指している場合にのみ可能であるとする⁽¹¹⁾。

このように、「様式理論」は、法の制度的側面において、包括的図式化を許容しない、むしろ適切に細分化すべき問題領域が、そこに含まれていることを強調するのであるが、この見解は、「ある国の法律全体、もしくはその国の法律の一部門全体が、総体において比較研究の基礎とされうるといふ仮説」に対して、ホールが表明した懸念に、むしろ接近しているといえるであろう。また、こうした、問題領域の細分化という要請は、法の制度的構造のみならず、「法観念」ないし「イデオロギー」という側面においてもなお、同様に指摘しうるものであると思

われる⁽¹²⁾。例えば、ツヴァイゲルト／ケッツは、西欧世界における法文化の包括的図式化を可能にする命題として、「権利のための闘争 (Kampf ums Recht)」に高い信頼を寄せるのであるが、比較法的・社会学的研究が、まだ緒についたばかりであることから、「法観念」に関する諸問題の多くは、いまだ「予感」ないし「推測」の域を出ないとしている。それゆえ、この点を突き詰めていくならば、ホールの主張することく、諸法秩序をその統一体において把握し、それらが包括的に図式化されることを要請する「法圏」ないし「法系」という概念は、(それが実証的データによって明確に基礎づけられるという意味において) 厳密には、放棄されねばならないとの結論に帰着するであろうと思われる。

ここで最後に、「様式理論」は、何故こうした一見相矛盾する諸見解を並存させているのかを検討することにより、法圏論の要請する課題への解答として、当該理論が有している性質を確認しておくこととしよう。再度、「様式理論」における矛盾と解しうる点を要約するならば、それは次の二点となる。まず一つは、「法様式」を構成する経験的に実証された諸命題が、いかに組み合わせられるかは個々の分類者の判断に大幅に委ねられるにも関わらず、何故ダヴィドの視座の二元性への批判、「法

「様式」を把握するためには多様な法の側面に生起する諸問題をより幅広く視野にとらえなければならぬとの批判が成立しえたのか。すなわち、何故かように、問題領域の包括の要求と合目的個別化の許容が並存しうるのかという点である。次に二点目としては、「法圏」という包括的図式化がなされうることに、むしろ強い懸念を表明ししつつ、何故こうした分類体系をなお保持しようとしているのか、ということである。

これらの見解を矛盾なく並存可能とするものとして、ツヴァイゲルト／ケッツの、次の指摘が注目しうるであろう。彼等はいう、「我々は、(中略)比較法学者としての我々自身の―常に断片的な―経験から、いかなる諸要因が、それらの同時的作用を通じて、諸法秩序の各グループ全体の様式を決定しているのかを問題にしなければならない」と。そしてさらに、「このような種々の様式は、長期にわたる国際的共同研究によつてのみ、適切に解明されうることになる」ともいう。これらの指摘が、含意している重要な点は、次のことであると思われる。すなわち、「法様式」が、法圏分類という包括的な図式化を支える命題として総合的に把握されうるか否かは、なお経験的実証の蓄積による以外答ええないと、彼等は考えているということである。それゆえに、彼等は、法圏分類を志して法へアプローチす

る際に、その視座がアプリアリに限定されることを拒否するのである。同時にそれゆえ、「法様式」という概念においても、一定の自由度が確保されるのであり、ここにおいて、「合目的性」という前提の介在しうる余地が、もたらされているといえよう。

すなわち、「様式理論」は、法圏論の要請する「理論的な整序の課題」¹⁶について、この課題は厳格に固執されるべきものでも放棄されるべきものでもない、これが実現可能か否かは現段階では解答不可能であり、それゆえ、保留的に維持されなければならぬ課題であるとみなしているといえる。この点が、「様式理論」の基本的性質として、当該理論全般に作用しているがゆえに、先に検討した諸見解を矛盾なく並存させていると結論づけうるであろう。

それでは何故、保留的ではあつても、前記の課題ないし法圏という包括的図式化は維持されなければならないのか。この点に関しては、次の見解を取りあげることができる。ツヴァイゲルト／ケッツはいう、「(中略)比較法学者は、母法秩序(Mutterordnung)を徹底的に研究することで満足しうる。彼は、娘法秩序(Tochterordnung)に手をつけなくてもよいのである。しかし実情はさきわめて多種多様であり、いま立てた

命題は、比較法方法論の確固たる結論であるよりも、かなりの程度までむしろ作業仮説である⁽¹⁷⁾と。すなわちこの見解においては、厳密な意味において「理論的な整理の課題」が実現不可能であるとしても、法圏論という包括的図式化を維持することには、比較法研究において、その研究素材を選択するうえでの補助的手段として、なお一定の価値があると彼等が解していることを窺い知ることができるであろう。同時に彼等は、法圏分類は、「当初においてはもつれている錯綜した法秩序を緩やかに秩序づけることにより、初心者に有益な援助を与える」ものであり、「練達の比較法学者は、程なくしてはよこの補助手段を必要としなくなるであろう⁽¹⁸⁾」とする。以上の点から、「様式理論」における、二つ目の基本的性質を確認することができ。すなわち当該理論は、「法様式」の解明とそれに基づく諸法秩序の体系的整理という法圏論の科学としての意義よりも、むしろ法圏論によってもたらされる実用的な意義のゆえに、法圏論の存在価値は確認しようとしているということである。そして、以上の二つの基本的性質が、後に「様式理論」が「合目的性」の前提をより鮮明に打ち出すに至ったことの背景をなしている⁽¹⁹⁾と結論づけうるであろう。

第二節 「法秩序の構造」と「規定的要素」との理論的連結点

前節の検討により、「様式理論」において指摘しうるのは、法圏論における基準としての「様式構成要素」は、その妥当性が判断される際に、二つの評価前提がもたらされているということである。その一つは、法圏論の要請する概観に応えるべく提起された、「個々の法秩序は一定の様式を有する」との命題を実証的に明らかにするものとしての基準という前提であり、いま一つは、比較法研究における仮設的補助手段として法圏論を有効に成立せしめるものとしての基準という前提である。

ツヴァイゲルト／ケッツは、前者の前提から、一元的基準の批判、とりわけ、ダヴィドの「イデオロギー的視点」が有する射程の限界への批判的評価に基づき、法圏論における多元的基準の具体化を試みる。しかしながら、それら多元的視座によって明らかにされる個々の法的要素が「様式構成要素」として、いかに「法様式」に縮減されるのかの判断については、「他の体系出身の比較法学者のもとで驚異の水銀柱が高い程度に達するならば、それがこの独自性の『重大さ』に関する徴憑なのである⁽¹⁹⁾」と指摘するにとどまる。前節において検討したごとく、

こうした、究明さるべき法秩序の異同について何が重要で本質的かは、一義的には証明しえないとの判断の根拠をなしているのは、「法様式」は、「常に断片的な」経験に基づいてのみ限定的に解明されるということ、そして仮に経験的実証の幅が十分に拡大されうると想定するとしても、「事項関係の相対性原理」に示されるように、法秩序をその総体において比較研究の基礎とし、そこに含まれる多様な問題領域を包括的に横断しようのような「法様式」という命題を指定することには、その理論的前提において既に限界があるということである。そして、「法様式」の科学的解明という前提がはらむ理論面・実証面双方における問題性を克服不可能な限界として承認してなお、法圏論は、特定の實用目的に資するものとして成立しようというかたちで、法圏論の意義ないしは価値が再確認されていることに、法圏分類における基準の妥当性を判断する際に、「様式理論」が二つ目の評価前提を必要とした理由があるといえよう。すなわち、個々の「様式構成要素」の本質的重要性は、「法様式」という命題との関連においてのみ決定されうるものではなく、各々の分類者が法圏論に固有に付与する分類目的との関連において補充され、明確に決定づけられるものとなる。

これに対して、コンスタンティネスコは、『法比較』第一巻

において、マクロ比較の目的は、「理論的、科学的な性質」を有するのみであるとし、同時にまた、本稿第一章において検討したように、法圏論を諸法秩序の「形態学的特性 (morphologische Charakteristika)⁽²¹⁾」の科学的解明に基づく体系的結果とみなす。さらに、『法比較』第三巻に先立ち、その抜粋として公にされた、「様式理論」への批判的検討のなかで、コンスタンティネスコは、ツヴァイゲルト／ケッツの前記の諸見解に対して、法圏論における基準は何かとの問いに何ら解答を与えていないと批判し、ツヴァイゲルト／ケッツ自身が、自らの「様式理論」に信頼を置いていないと結論づけている⁽²²⁾。これらの批判においては、法秩序を総体において比較研究の基礎となし、その「形態学的特性」を科学的に解明することは可能であり、この前提は、厳格に維持されなければならないとの、コンスタンティネスコの立場が示されているといえる。そして、この立場において、法秩序の包括的分類体系としての法圏論がはらむ問題性に対して、「様式理論」が採用する態度と「規定的要素の理論」との、顕著な相違点が示されていることを確認しようであろう。したがって、法圏分類における基準としての「規定的要素」の妥当性は、法秩序のマクロな「形態学的特性」としての「法秩序の構造」を解明し、その類型学的認識を可能とする指標で

あるがゆえに、諸法秩序を法圏へと分類することを可能とする、という前提からのみ判断されるのであり、何らかの実用目的に照らして特定の法的要素を際立たせることが適切であるという前提から、その妥当性が補完的に明確化される余地は、「規定的要素の理論」においては存在しないといえよう。そこで以下に、コンスタンティネスコが「規定的要素」として挙げる諸基準を列挙し、それらに対して彼が付与している基本的性格をみておくことにする。

コンスタンティネスコが、「規定的要素」として提示するのは次の九項目である。⁽²⁴⁾①法の観念 (Auffassung von Recht) と法の役割 (Rolle des Rechts)、②公式もしくは非公式のイデオロギーあるいは教条 (Dogma)、③社会的所与 (donné) と法的構成 (constituit) の関係、④各々の法秩序の経済組織、⑤国家の観念と国家の役割 (Konzeption und Rolle des States)、⑥市民の基本権 (Grundrechten der Bürger)、⑦諸法源とそのヒエラルヒー、⑧法律や法の解釈 (Gesetzes- und Rechtsauslegung) およびその解釈における裁判官の地位や役割、⑨法的諸概念および基本的な法的範疇 (Rechtsbegriffe und grundlegende Rechtskategorien)。彼は、これらの「規定的要素」は、「個々の法秩序に、それ特有の個性を付与する。それらは、諸法秩序を規定

し、同時にそれら法秩序の基礎構造を決定する。それらは、これら基礎構造を条件づけ、同時に個々の法秩序固有の輪郭および特殊な形態をも条件づける」とする。⁽²⁵⁾

前記の説明の中で注目し値するのは、コンスタンティネスコが、法圏論において基準として機能しうる法的要素について、「法秩序の基礎構造」を条件づけ、それを決定する作用を有する要素という属性を明確に求めているという点である。この点で、「法様式」をもって法秩序の「特異性」の「全総体」としつつ、個々の特異性の本質的重要性は、一義的には証明しえないとする「様式理論」との顕著な対照をなしているといえよう。したがって、コンスタンティネスコによる「様式理論」批判においても、ツヴァイゲルト／ケッツの提起した個々の「様式構成要素」への批判的分析は、主として以下のように、「規定的」という属性に照らしてなされることが留意されるべきである。コンスタンティネスコは、「様式理論」において挙げられる「特殊な法的思考方法」について、それらが、その時々々の法圏において支配的な法の観念および法の役割によって規定されているという意味で、留保条件が必要であり、⁽²⁶⁾「特に特徴的な法制度」については、「法秩序を実際に特徴づける要素」というものは、何らかの法制度が単に根源的であるという理由だけで「

具体化されるわけではなく、それらが「代替可能要素」である場合には分類基準としての価値を有していない、との評価をなすのである。⁽²⁷⁾

以上のことから、「規定的要素の理論」における、「法秩序の構造」との関連での「規定的要素」の性格的位置づけを検討する際の問題意識として、次の点を確認することができる。すなわち、何故、法秩序全体を対象とし、その様式ないしは構造を究明するという理論的前提は、これを追究する際に依拠される諸指標に「規定的」という属性を一義的に要請しているとの結論を導きうるのか、この点をコンスタンティネスコは、いかに説明し明確化しているのかということである。よってこの検討に先立ち、「規定的要素」が有する属性の具体的意味内容を『法比較』第一巻における、コンスタンティネスコの説明のなかにまず探ることにする。

『法比較』第一巻において、コンスタンティネスコは、「法秩序の構造」について、原子の構造の比喻をもって次のような説明をなす。「私の考えでは、法秩序の構造は、核を包み込む一種の雲である電子の幕に包まれた、一つの核から成る原子の構造に喩えられる。原子は、惑星系に喩えられる。すなわち、核は、中心の太陽であり、太陽は、惑星、すなわち電子の幕によっ

て囲まれている。常に同じ構成要素、すなわち中性子および陽子から成る核は、原子における、最も小さいがしかし最も重要な部分である。核は、原子全体と比して平均的に一〇〇〇倍小さいが、にもかかわらず原子の固まりすべてを包含しているのである。まったく同様に各々の秩序の中心には、規定的要素を構成する法的素粒子 (rechtliche Elementarteilchen) から成る核が存在する。それぞれの法秩序の構造を包含する、こうした核のまわりを、私が代替可能 (Angebot) と呼ぶ多数の要素が回っているものであり、それはあたかも原子核のまわりを電子が回っているのと同様である⁽²⁸⁾。そして彼はさらに、ある特定の「法的素粒子」が、「規定的要素」であるのか、あるいは「代替可能要素」であるのかは、以下の四つの属性に照らすことで識別可能であるという。すなわち、「唯一の独自性 (Einzigartigkeit)、代替不可能性 (Unersetzbarkeit)、規定性 (determinierender Charakter) として相補性 (komplementäres Wesen)」である。

コンスタンティネスコは、これら四つの属性は、「同一の現象の四つの側面」を表すにすぎないとし、「規定的要素」としての「経済組織」を例に、次のような説明をなす。彼によれば、例えばソヴィエト法圏は、固有の経済組織を独自に有しており(唯一の独自性)、同時にまた、当該法圏内の法秩序固有の輪

郭に何ら変化をもたらずことなく、これを他の経済組織と置き換えることはできない（代替不可能性）。それゆえ、仮に特定の法圏における経済組織が、他の経済組織に取って代わられるならば、その影響は、当該法圏内の法秩序を構成する「法的素粒子」全体ないし大部分に及ぶのであり、このことは法秩序の輪郭が当該要素によって大きく左右されることをも意味する（規定性）。よって、個々の「規定的要素」が単独において変更されることもまた、およそ困難なのであり、経済組織が置き換えられれば、「市民の基本権」等その他の「規定的要素」も影響を受けざるをえず、ゆえに、それらは相互に反響し合うかたちで密接な結びつきを有していることとなる（相補性²⁹）。すなわち、「規定的要素の理論」において示される九つの「規定的要素」は、それらが単独には切り離されえない影響力を相互に有しているがゆえに、「法秩序の構造」ないしは、その特徴的輪郭を形作る「核」を構成しうると捉えられているといえよう。

以上が、『法比較』第一巻において確認されうる「規定的」属性の内容であるが、ツヴァイゲルトは、こうしたコンスタンティネスコの見解に対して、強い不信任感を顕わにしている。彼はいう、「コンスタンティネスコは、『規定的』要素と『代替可能』要素とを『それらの要素が各々の法秩序に、その特殊な個

性を与える』（規定的な）ものであるか、あるいはそれが、「二次的な重要性をもつ」（代替可能な）ものであるかによって區別している。ここに及んで私は、『先へ進むほどに益々不安になる』というメーリケの名言を思い浮かべるほかない³⁰と。ツヴァイゲルト／ケッツの「様式理論」においては、諸々の要因によつてもたらされる法秩序の特徴は、むしろ一般化困難な多様な法的側面において表出するものとみなされ、ここに法秩序の包括的図式化を可能とする命題が追究されることの限界が確認されている³¹。したがって、この認識を前提とするならば、法秩序に強い影響を及ぼすと想定される複数の要素の結合体としての「核」が、法秩序を構成する諸要素全般に作用するものであることを確認しうるとしても、このことがただちに「法秩序の構造」の全体としての輪郭が明らかにされることを保証するわけではないということにならう。よって、ツヴァイゲルトによる「規定的要素の理論」への批判は、当該理論がかような検討の余地を残しつつ、「規定的要素」が「代替可能要素」に対して上位の価値を有していると結論づけられていることへの懐疑を示しているといえよう。

こうしたツヴァイゲルトの批判は、『法比較』第三巻において、「規定的要素の理論」の深化が再度試みられた有力な契機

をなすものである。⁽³²⁾ よって、前記の問題提起にいかなる解答がもたらされているのかを念頭に置きつつ、コンスタンティネスコの「法比較」第三巻に展開される説明を以下に検討していくことにしよう。

ここで本稿が着目するのは、ツヴァイゲルトの懐疑の発端をなす問題認識が、コンスタンティネスコ自身においては、次のような問題提起として表現され、再度問いなおされていることである。すなわち彼はいう、「諸法秩序が、均一的で一体的な、相当程度自律したまとまりであることを出発点とするのであれば、マクロ比較にとつての主要な問題は、それらの法秩序が、どの程度質的に、相互に相違しているのかということ、つまりは、各法秩序における類型的なもの、いずれにおいて存在するかということにあるのである」⁽³³⁾と。この問題提起への解として、彼は以下のごとく自説を展開する。

コンスタンティネスコは、法秩序を構成する諸要素は、従来想定されてきたものを含めて考慮するならば、次の四つのカテゴリーに包含されるとする。まず第一のカテゴリーとして、法規範、第二のカテゴリーとして、法規範を表現する、法的諸概念、原則、外観的形態、法的思考、第三のカテゴリーとして、法制度、基本方式、一般原則、そして最後のカテゴリーとして、

各々の法が指向している「倫理的・目的論的な究極目的」(ethisch-teleologische Finalität)⁽³⁴⁾である。彼は、このようにカテゴリーライズされる、法秩序を構成する要素すべてを一先ず(法的)「素粒子」と一括する。一方で、法秩序は、これら法的素粒子の脈絡のない総和を具現しているわけではなく、二重の意味で一体的まとまり(Einheit)を備えているとする。その一つは、「規範的体系としての一体性(systematische Einheit)」であり、いま一つは、「倫理的・目的論的一体性(ethisch-teleologische Einheit)」である。そして、コンスタンティネスコによれば、まさしく後者の法的平面において、諸法秩序を法圏へと分類するために、法の類型を解明し、その類似性を明らかにするうえで適切な基準が探求されることとなる。⁽³⁵⁾ というのも、社会的所与と法的構成との間には、常にある目的、すなわち当該社会が指向する「究極目的」が存在するのであり、⁽³⁶⁾ それゆえに諸法秩序は、その「究極目的」によって、すなわち当該社会において、それら法秩序を樹立せしめる政治的、経済的社會秩序の本質によって包括的単位として相互に類別されるからであるとする。

すなわち、「法秩序の構造」は包括的に把握され、その特徴的輪郭は科学的に明らかにされうるとの前提が、コンスタンティネスコによって強固に維持されるのは、諸法秩序間の一体

的な差異ないしは親縁性が、それら法秩序の「究極目的」において表現され、明確になると観念されるがゆえにであるといえるであろう。彼は、この「究極目的」を決定する因子は、最も重要な諸問題に対する社会の根本的な態度決定を表明している「価値体系 (Wertsystem)」、すなわち各々の社会の有する世界観、人間観であるとする⁽³⁷⁾。そしてコンスタンティネスコは、「究極目的」を規定する因子である「価値体系」を表現している法素粒子が、「規定的要素」なのであり、その総体が、類型的に把握されうる構造的全体を具現しているのであるとする⁽³⁸⁾。これらの見解に基づき、彼は、諸法秩序を特徴づけるのは、それらの法制度および素粒子の「独特さ」ではなく、「究極目的」を表現している、法的素粒子の「属性および価値」なのであるとの結論をなす⁽³⁹⁾。つまり、諸々の法的素粒子は、それが当該社会の独自性を表現している場合において、他の素粒子とは異なる属性および上位の価値を有する「規定的要素」として確認されうるものとなるのである。

『法比較』第三巻においては、以上の諸見解への裏づけとして、特定の社会における秩序形成ないしはその維持のための道具として法を捉えようとする、コンスタンティネスコの法観念が一層鮮明に打ち出されている点にも留意しておく必要がある

う。彼はいう、「法は、自らの目的を己れ自身のうちに見出すことは決してない。法は常に、その法が実現して然るべき究極目的を顧慮した道具的機能を有しているのである。あらゆる法は、価値体系によって規定される究極目的に適った、政治的、経済的、社会的秩序を構築するための道具であり、同時にその秩序を守る手段なのである⁽⁴⁰⁾」と。すなわち、彼のいう法の「目的論的一体性」とは、法秩序を構成する素粒子全体が、特定の目的の実現に向けた手段として、有機的に連関していることを意味する。法的素粒子の、こうした有意な連関を彼は「法秩序の構造」と呼ぶのであり、「特異性」の「全総体」として「法様式」を捉えようとした「様式理論」と「規定的要素の理論」との法へのアプローチの相違をここに見出すことができよう。

コンスタンティネスコは、第一巻において既に、「規定的諸要素は、それぞれ個々にまたは全体として結びついて、原則および価値体系ならびに当該法秩序の目的論的指向を表明する」のに対して、「代替可能要素」は、目的論的役割よりもむしろ技術的な役割しか果たしておらず、各々の法秩序にとって基本的なものというよりもむしろ付随的なものにすぎないと指摘している⁽⁴¹⁾。よって第三巻においては、こうした、法を社会秩序形成維持の道具とみなす法観念の導入によって、法における類型

的なもの、すなわち法秩序の構造的一体性は、法の目的論的平面上において表明されているとの仮説がさらに提起され、法秩序の構造的輪郭としての「究極目的」を明らかにする指標として、「規定的要素」の上位の価値が確認されていると結論することができる。

- (1) ZWEIFGERT/KÖTZ, Bd.1, S.72. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一一四—一一五頁参照。
- (2) Idem., S.79. 同前、一一四—一一五頁。
- (3) Idem., S.435. 大木雅夫訳、『比較法概論・原論 下巻』、東京大学出版会、一九七四、六六七頁（以下、大木雅夫訳、『原論』下巻として参照）。
- (4) ツヴァイゲルト/ケッツは、それゆえイスラーム諸国の法は、「西欧化」という流れに全面的にあるわけではないとする [idem., S.445-446. 大木雅夫訳、『原論』下巻、六八—六八三頁]。
- (5) Idem., S.72. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一一五頁。
- (6) Idem., S.79. 同前、一一五頁。
- (7) Idem., S.73. 同前、一一六頁。
無論、ツヴァイゲルト/ケッツ自身のいう「相対的な重み」は、「分類対象」としての諸法秩序間での「識別力」

との関連で論ぜられているのであり、「分類主体」間での相対性の問題と明確に結び付けられているわけではない。(8) 大木はこの点について次のようにいう。「複数の分類基準があるとき、それぞれの射程距離は、当然に相違している。したがって考えうべき一切の基準を一律に当てはめようとすることは、そもそも無理であり、種々の基準は選択的に使用されねばならないのである」。「大木、『比較法講義』第三刷、東京大学出版会、一九九四、一六三頁。】

- (9) ZWEIFGERT/KÖTZ, Bd.1, S.70. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一一一頁。
- (10) Idem., S.70. 同前、一一一—一二二頁。
- (11) Idem., S.79. 同前、一一五—一二六頁。
- (12) 例えば大木は、「権利のための闘争」の意識の有無のみによって西洋と極東の法観念を区別しようとする試みもまた、明快ではあるがあまりにも図式的であり、今や無留保にそれを主張することはできないであろう」とする「大木、『日本人の法観念・西洋的法観念との比較』第九刷、東京大学出版会、一九九四、二四三頁参照」。
- (13) ZWEIFGERT/KÖTZ, Bd.1, S.77-78. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一一一—一一三頁。
- (14) Idem., S.73. 同前、一一六頁。
- (15) Idem., S.73. 同前、一一六頁。

- (16) Idem., S.67, 同前¹ 一〇七頁。
- (17) Idem., S.39, 同前¹ 六一頁。
なお、(17)にいう「母法秩序 (Mutterrechtsordnung)」とは、特定のグループに分類される複数の法秩序のなかでも、とりわけその代表とみなしうる法秩序のことを意味している [Idem., S.67, 大木雅夫訳、『原論』上巻、一〇七頁参照]。
- (18) Idem., S.79-80, 同前¹ 一二六頁。
- (19) Idem., S.73, 同前¹ 一一六頁。
- (20) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.261.
- (21) Idem., S.261.
- (22) Constantinesco, „Über den Stil der „Stiltheorie“ in der Rechtsvergleichung“, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 78.Jg., 1979, S.154f.
- (23) Idem., S.171ff.
- (24) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.266-268.
- (25) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.264.
- (26) Constantinesco, a.a.O. (Ann.22), S.163ff.
- (27) Idem., S.166.
- (28) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.263.
- (29) Idem., S.268-269.
- (30) Zweigert, Buchbesprechung, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1977, 41.Jg., S.173.
- (31) この点は、「混血」法体系の例についての、ツヴァイゲルト/ケッツの説明のなかに見出しうるであろう。すなわち、アラブ諸国の法において、家族法や相続法はイスラーム法によって特徴づけられ、財産法はフランス法によって特徴づけられる点をもって、「事項関係の相対性原理」と同様の現象と捉えられていることに確認されているといえよう。
- (32) コンスタンティネスロ自身は、この問題点が、第三巻において触れられることは第一巻において既に予告されているとする [Constantinesco, a.a.O. (Ann.22), S.154]。なお、『法比較』第一巻では、独立した学問としての「比較法学」に関する問題は、「あひから第三巻に譲られる」との指摘がみられる [CONSTANTINESCO, Bd.I, S.254]。法圏論における基準の問題を科学としてのマクロ比較の基礎づけというテーマに密接に関連させる彼の意図からすれば、彼のこの予告とは、この点を指すのであろう。
- (33) CONSTANTINESCO, Bd.III, S.187.
- (34) Idem., S.184-186.
- (35) Idem., S.187-189.
- (36) Idem., S.189.
- (37) Idem., S.189-191.
- (38) Idem., S.191.

- (39) Idem, S.191.
 (40) Idem, S.194.
 (41) CONSTANTINESCO, Bd.1, S.264.

第四章 総括と展望

コンスタンティネスコは、法秩序をもって、ある社会が占めている文化的時空間軸に対応した、社会的・歴史的諸条件の枠内において、人為的に作り出される「精神的産物 (geistige Schöpfung⁽¹⁾)」として観念する。そしてそれゆえ、社会的・歴史的脈略から切り離された、「純粹な」ないしは「抽象的な」法⁽²⁾というものは現実には存在しないとす。

こうした見解を背景として、彼は次のようにいう。「法律が、その諸条項の単なる羅列ではおよそないのと同様に、諸法秩序を法規範ないし法的素粒子の単なる総和とみなすべきではない。むしろ全く逆に、法秩序は、総体 (Gesamtheit) において観察されねばならず、包括的で、一体的な、相当程度自律した単位として把握せねばならない。諸法秩序は、それらが、それを構成する部品の単なる量的な総和とは異質なものである、という

ことよつて性格づけられる一方で、それら部品の実態および機能は、全体と相互に作用し合つており、かつ全体に従属しているのである。(中略) 以上の理由から、基本的枠組としての法秩序、ならびにその存在の契機を度外視するような、「普遍的類型論 (universale Typologie)」へと諸法秩序を組入れることは、誤りなのである」⁽³⁾と。

同時にまた、自律的単位としての法秩序との関連で、法が人為的に創出される「精神的産物」であるがゆえに、物理的を要因としての社会的・歴史的條件と法との間には、「決定論的關係 (vorherbestimmte Beziehung)」が存在するわけでは全くないともいう。すなわち彼によれば、「同一の、経済的、政治的、道徳的、物理的、社会的、歴史的、倫理的、イデオロギー的諸要因は、決して機械的に同一の法規範を生み出すわけではない」⁽⁴⁾。

以上のようなコンスタンティネスコの立場は、「法系それ自体を研究すべき」というアルマンジョン／ノルド／ヴォルフの見解に強い共感を示しつつ法秩序の概観を試み、同時にまた、「複雑な構築物」としての法は、単にイデオロギーの共通性に基づいて「一つの器」に投げ入れることはできないとした「様式理論」の立場と、大きく隔たるものではない。しかしながら、

かように共有された立場から、ツヴァイゲルト／ケッツが、それゆえにこそ看過しえない問題領域として「特に特徴的な法制度」の重要性を確認し、法秩序における特徴を形作る契機としての「法秩序の歴史的な由来と発展」を疑いの余地なく重要なものとして取りあげるの⁽⁵⁾に対して、コンスタンティネスコは、これらが双方とも、法圏論における基準としての価値を有するものではないとする⁽⁶⁾。本稿における中心的課題は、何故彼等が、共通の問題認識を出発点としつつ、こうした各々対峙する解答をなしたのか、その背景を法圏論が要請するマクロな視座という問題から問いなおすことにあつた。この課題に対する結論は、前章における「様式理論」と「規定的要素の理論」の対比のもとに、次のように導くことができるであろう。

ツヴァイゲルト／ケッツは、「複雑な構築物」としての法の多様な側面を幅広く網羅するという意味において「多元的」であることが、法圏論において要請されるマクロな視座、すなわち「概観」を可能にする属性とみなす。すなわち、「様式理論」は、実証的データの幅を拡大しうる視座を多元的に確立し、これらを具体化することを志向しているという意味において、いわば法圏論を実証化するうえでの限界をいかにして妥当に克服するか、主として対処しようとしているといえよう。しかし

同時に、諸々の法的側面のいずれが本質的に重要であるのかは、決して一義的に決定されうるものではなく、それらはアプリアリには一般化しえない価値を各々有しているのであり、このことは、むしろマクロな視座の理論上の限界として常に確認されなければならないこととなる。

このように確認されたマクロな視座の理論的限界を、「規定的要素の理論」は、「法秩序の一体性が表明され、その類型学的把握を可能とする領域は、法のいずれの側面において存在しているのか」という新たな問題提起として転換した。ここに、「様式理論」と「規定的要素の理論」との決定的な相違があるといえよう。この問題提起に対して、コンスタンティネスコは、法を社会秩序の形成維持のための道具とみなす觀念に基づき、法はその実現へと向けた目的論的平面において、構造的一体性を有しているとの仮説を提起する。それゆえ、諸法秩序における構造的輪郭としての法的類型は、「規定的要素」によって表明される法の「究極目的」として明らかにされるのであり、マクロな視座の射程とする問題領域は妥当に限定され、よってそこに用いられる諸指標の属性ないし価値も、比較法におけるマクロな命題との関連において確認しうるものとなる。敢えていうならば、「規定的要素の理論」において提示される複数の

基準は、法秩序の「規範的体系としての一体性」、法秩序の「倫理的・目的論的一体性」という二つの側面のうち、後者に排他的に向けられているという意味において、「一元的」であることが指摘しうるであろう。

以上のような理解は、コンスタンティネスコが、「様式理論」批判において、「特に特徴的な法制度」ならびに「法秩序の歴史的な由来と発展」について、先のような批判的評価を下したことの意図を次のように説明することを可能にすると思われる。

すなわち彼はいう、「比較法学者の指導のもとにある者であれば、いかなる初学者であっても、類似した法制度が、異なる機能を有していることがありうるということ、そして二つの法秩序が、極めて異なる法制度および諸規範を通じて、非常に類似した機能と成果をあげることがありうるということを知っている」と。(7) この指摘に含意されているのは、顕著に異なる法制度が、類似の機能を果たしている場合には、これらは共通の目的を指向しているといえるのであり、こうしたケースが多々見受けられるということは、法制度における異同ないし類似は、法の目的論的な親縁性を判断する指標とはなりえないことを示しているということであろう。

さらに、法の「歴史的発展」については、彼は、「法圏の特

徴的な構造はある事象の結果であり、歴史的発展の中にはその事象の原因が存在している」(8)のであり、それゆえ法圏の構造的特徴をよりよく理解し説明するためには、その「歴史的発展」を知ることは重要であるとする。しかしながら一方で、歴史的認識方法と構造的認識方法は、「たとえ相互に排除し合うものではなくて補い合うものであるにしても、その対象および成果において異なるのである」と指摘する。すなわち、マクロ比較の視座が射程とする問題領域を法の目的論的平面に理論的妥当に限定するという「規定的要素の理論」の意図を前提理解とするならば、当然のことながら、歴史的認識方法がもつばらこうした問題領域に向けてのみ用いられるということとはできない。それゆえに彼は、マクロ比較による認識方法と歴史的認識方法とは、これを同一視することはできないと結論するのである。(9) 翻つて、コンスタンティネスコ自身は、自らの掲げる「規定的要素」のうち、「法の観念と法の役割」について、当該要素が「最も重要な規定的要素(Das wichtigste determinierende Element)」であるとの評価をなす。(10) この評価もまた、社会的・歴史的脈絡の中で形作られる人為的・精神的産物としての法が、当該社会においていかなる「究極目的」を指向しているのかという問いを通じて法秩序の構造的輪郭を追究しようとする、彼

の意図によって裏打ちされるものであるといえよう。

最後に、次の問題意識を今後の課題として確認することにより、本稿の展望とするところを明らかにしておくことにする。

ツヴァイゲルト／ケッツが、マクロな視座の理論的限界として「事項関係の相対性原理」を確認したのは、法の制度的構造という側面において、包括的図式化を許容しない、相互に一般化不可能な問題領域が、事実として存在しているという経験的認識に基づいている。よって、法はむしろその倫理的・目的論的平面において一体性を有しており、それゆえに法秩序の構造における特徴的輪郭は、法の「究極目的」として明らかにされうるとする仮説は、マクロ比較が科学として存在しうることへのヴィジョンを有力に指し示しているといえるだろう。しかしながら一方で、「規定的要素の理論」が、社会的・歴史的脈絡のなかに現実として存在している法秩序への実証的な認識を基礎として、法秩序の類型学的特質を明らかにすることを志向しつつ、最終的には試論的な段階にとどまっていることを確認するのであれば、法の「究極目的」は、当該理論においてなお、いまだ「未知の領域」にあるとしなければならぬ。

それゆえ、経験の実証が蓄積されるにもなつて、法の目的論的平面においてなお「事項関係の相対性原理」と「同様の現

象につきあたる」ことの可能性もまた、現段階においては否定しえないと思われる。そしてここに、ツヴァイゲルト／ケッツが、「法秩序は一定の様式を有する」という「仮説」に強固に固執するよりも、むしろ「常に断片的な経験に基づくことで、限定的な枠内においてはあれ法圏分類の実証性を確保することにより、法圏論の意義は確認しうると判断した理由があるといえよう。

よって、コンスタンティネスコの比較法理論を検討するうえで、今後の重要な課題と目されるのは、果たして彼の理論においては、法の「究極目的」およびその実現へ向けた法的素粒子の構造的連関について、その実証的具体像を探るうえで何らかの手掛かりが与えられているか、という点である。これを検討するために、まず有効な拠り所として想定されるのは、コンスタンティネスコが『法比較』第二巻⁽¹⁾において展開した法比較方法論に関する分析である。さらに、コンスタンティネスコの初期の業績の大半が、民法上の制度比較に向けられ、いわばミクロ比較として、その並はずれた広汎さと高度な質とが高い評価を受けていることも注目すべき点である。すなわち、ミクロ比較における経験の実証の蓄積が、彼の晩年の諸業績において、マクロ比較の理論的限界の克服へと昇華したのであるとす

れば、その推移のうちに、比較法における「マクロな問題領域」の具体像への手掛かりが残されていると予測することができよう。そして、以上の課題が果たされるならば、比較法は、その固有な実りのあり方の一つとして、さらに明確な指針をもたられることになるであろう。

- (1) CONSTANTINESCO, Bd.III, S.190.
- (2) Constantinesco, „Über den Stil der „Stiltheorie“ in der Rechtsvergleichung“, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 78.Jg., 1979, S.161.
- (3) CONSTANTINESCO, Bd.III, S.186f.
- (4) CONSTANTINESCO, Bd.III, S.190.
- (5) ZWEIGERT/KÖTZS, Bd.I, S.74. 大木雅夫訳、『原論』上巻、一七頁
- (6) Constantinesco, a.a.O. (Anm.2), S.161-169.
- (7) Idem., S.164.
- (8) Idem., S.161.
- (9) Idem., S.162.
- (10) CONSTANTINESCO, Bd.I, S.266.
- (11) CONSTANTINESCO, *RECHTSVERGLEICHUNG, Bd.II: Die rechtsvergleichende Methode*, (Carl Heymann, 1972).

- (12) Gerhart Lüke/Georg Röss/Michael R.Will, „In memoriam Léontin-Jean Constantinesco“, in: LÜKE/RESS/WILL, *RECHTSVERGLEICHUNG, EUROPARECHT UND STAATEN-INTEGRATION*, (Carl Heymann, 1983), S.IX.

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 53 No. 1 (2002)

SUMMARY OF CONTENTS

Grundlegung der Rechtsvergleichung von Léontin-Jean Constantinesco —— Einblick in die „Struktur der Rechtsordnung“ ——

Atsushi HIROOKA*

Bisher ist die Theorie vom Rechtskreis von Léontin-Jean Constantinesco mit jener von Konrad Zweigert aus der Perspektive der Kriterien für die Klassifizierung von Rechtsordnungen verglichen worden. Beide Theorien sollen aus der Perspektive des Beobachtungsstandpunktes der Erforschung der „Strukturen der Rechtsordnungen“ oder der „Rechtsstile“ untersucht werden, um die Bedeutung von Constantinescos These zu verdeutlichen, daß „Vergleichende Rechtswissenschaft“ als autonome Disziplin nur auf wissenschaftlichen Kriterien, d. h. auf „determinierenden Elementen“ basiert, die die Grundstrukturen der Rechtsordnungen bestimmen.

Im ersten Kapitel wird die Entwicklung der „Lehre von den Rechtskreisen“ untersucht, damit die Bedeutung von Constantinescos Fragestellung nach den Kriterien der Klassifizierung von Rechtsordnungen erklärt werden kann. Das zweite Kapitel bezieht sich auf die Problematik der Betrachtung der Rechtsordnungen in ihrer Gesamtheit. Dieses Kapitel befaßt sich mit der Grundfrage der „Lehre von den Rechtskreisen“, nämlich welche Merkmale (Kriterien) zur Rechtskreisbildung gewählt werden müssen, wenn Rechtsordnungen als Gegenstände der Makro-Vergleichung „verschiedengesichtige Gebilde“ sind und vielfältige Merkmale (Kriterien) enthalten. Es gibt auf diese Frage zwei oppositionelle Antworten. Die eine richtet sich nach der

*Doctoral Student, School of Law, Hokkaido University

„Zweckmäßigkeit“, wobei die Wahl der Kriterien und die sich hieraus ergebende Rechtskreisbildung vom Zweck der Klassifizierung abhängt. Die andere besteht in einer „pluralistische[n] Anwendung der Kriterien“ auf die Gruppenbildung von Rechtsordnungen. In diesem Kapitel wird dargestellt, daß letztere Antwort zum Standpunkt der Betrachtung der Rechtsordnungen in ihrer Gesamtheit führen könnte. Im dritten Kapitel wird die „Stiltheorie“ von Zweigert mit der „Theorie der determinierenden und fungiblen Elemente“ von Constantinesco verglichen. Dadurch wird verdeutlicht, welche Antworten beide Theorien auf die Grundfrage der „Lehre von den Rechtskreisen“ geben. Das vierte Kapitel faßt diese Untersuchung zusammen.