



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法系論再説（２）－比較法研究ノート（２）－
Author(s)	五十嵐, 清; IGARASHI, Kiyoshi
Citation	北大法学論集, 25(3), 97-113
Issue Date	1974-12-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16178
Type	departmental bulletin paper
File Information	25(3)_p97-113.pdf



法系論再説 (2)

——比較法研究ノート (2)——

五十嵐 清

目次

- 一 はじめに
- 二 戦前の法系論について (以上、二五卷一号)
- 三 最近の法系論について (以下、本号)
- 四 むすびにかえて

三 最近の法系論について

以上、第二次大戦前の法系論について概観したが、それらは、ウィグモアを除き、いずれも法系分類のプログラムを示すに止まったのに対し、戦後の法系論は、たんに理論的仮説を提示するだけでなく、個々の法系の内容に立ち入ることにより、理論を実証

しようとした点で、飛躍的な発展をとげた。それは、一九四五年のシュニッツァーの『比較法理論 (Vergleichende Rechtslehre, 1945, 2. Aufl. 1961)』にはじまり、一九五〇年に発表されたアルマンジョン・ノルド・ヴォルフの『比較法概論 (Traité de droit comparé, t. I—III, 1950—52)』、およびダウイドの『比較私法原論 (Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950)』によ

料 って繼承された。

さらにダウイドの法系論は、前記原論の第二版というべき『現代の大法系 (Les grands systèmes de droit contemporains, 1964, 5^{me} éd. 1973)』において一層の発展をみたが、他方、ダウイド

とならぶ現代の指導的比較法学者ツヴァイゲルトも一九六一年に『法圏論のために』(Zur Lehre von den Rechtskreisen, in: XXth Century Comparative and Conflicts Law, 1961) という論文を發表し、多大の反響をよんだ。その詳細は拙稿『法系論序説』および『比較法入門』八〇頁以下に譲るが、その中で、私は「今後の法系論は、この両者(ダウイドとツヴァイゲルト)の学説をさらに発展させるといふ形で展開されるであろう。」と指摘しておいた(『比較法入門』九九頁)。最近その線に沿った若干の論文が發表され、さらにツヴァイゲルト自身ケッツと共著の形で『比較法概論』を刊行し、従来の法圏論をおし進めた。以下は、それらの文献によりながら、法系論の現状を明らかにしようとするものである。なお、コンスタンティネスコの新著『比較法 (Constantinesco, Rechtsvergleichung, I, 1971, II, 1972)』は、その第一巻において、独立の科学としての比較法を法系論に求めるべきことを主張しており、注目に値するが、全体としては未完であるの

で、本稿では言及をさけた(大木雅夫氏の書評、比較法研究三四号一二六頁および三六号一九六頁参照)。

1 アイヒラー (Hermann Eichler) の法圏論

オーストリア・リンツ大学教授アイヒラー(ナチス時代より物権法の専門家として知られるヘルマン・アイヒラーと同一人物と思われるが、確かめていない。なお、本誌一一卷一号一四〇頁参照。このアイヒラーは一九〇七年の生れである)は、一九六九年スペインの法学者カスタン・トベリニヤスの記念論文集に、「世界の法圏 (Die Rechtskreise der Erde, in: Estudios de derecho civil, En honor del Prof. Castán Toboñas, IV, Pamplona 1969)」と題する論稿を寄せた。この中で、彼はまず「法圏」ということは当初法史学上使用されたことを指摘する(都市法における母法の伝搬範囲)。しかし、近世私法史の発展の過程で「法圏」の新たな概念が生じたとする(大陸法圏と英米法圏の区別、前者におけるロマン法家族と中部ヨーロッパ法家族の分離など)。つぎに比較法的方法による法圏分類の問題をとりあげ、分類基準に関する従来の学説を紹介する。その大部分は本稿で紹介済みであるが、読者がスペイン人であることを考慮して、とくにソラ・カニサーレス (Felipe de Sola Canizares) とロディニール (René Rodière)

の法系論に言及していることが注目される。⁽¹⁾

さて、アイヒラー自身は、つぎのように法系論を展開している。(Eichler, a. a. O. S. 301 ff.) まず、本来、法家族の比較は、法源と法原則から出発した。ここから、一方における制定法および法典化と、他方における判例法の対立、すなわち古典的私法法典編纂のシステムと英米法のシステムとの分離が生じた。これに対し、ローマ・ゲルマン法家族を細分するためには、法源論は十分ではない。通常それはフランス法群(コード・シヴィルの影響下にある)とドイツ法群に分けられるが、後者(ドイツ・オーストリア・スイス)には言語以外の共通性はない。さらに、スカンジナビア法群は、歴史の共通性と法典のことばの類似性による。したがって、大陸法系内の従来の区分は分裂している。法系分類の基準としては、つぎに哲学的政治的秩序が考えられる。ここから、社会主義法系の独自性が生ずる。以上を通じて、法圏論は重層構造をもっている。下層は歴史的基盤であり、その上に各国家の法領域が分かれる。そのさい、とくに継受が大きな役割を果たす。イベリア法については、カスタン・トベリニヤスが重要な貢献をしているが、それは法系分類における言語の重要性を強調し、スペイン語を共通とするイペロ・アメリカ法系をフランス

法系とは独立の法系とすべきことを提案している。

以上、説明がごちゃごちゃしたが(原文のせいとお許しいただきたい)さいごにアイヒラー自身による法圏分類表を紹介する(a. a. O. S. 309)。

- (1) 言語的に結合した法圏
 - (i) 英米法家族
 - (ii) イベロ・アメリカ法家族
 - (iii) ドイツ語系法家族
 - (iv) スカンジナビア法家族
- (2) モデル・システムをもつ法圏
 - (i) フランス法家族
 - (ii) ソビエト・ロシア法家族
- (3) 超越的システムをもつ法圏
 - (i) ヒンズー法
 - (ii) イスラム法
 - (iii) 共産化されない中国法

以上のようなアイヒラーの所説は、従来の法系論に存した弱点を指摘し、多元的な基準を設定した点に特色があるが、同じく多元的基準を主張するツヴァイゲルトの法系論が「法の様式」において統一されているのに対し、ここでは三つの基準の関連が判然としない。やはり、「分類は、その全体において、同一のプランの上に、かつ同一種類の基準によって行われることが本質的であ

る」(Zajtav, *Réflexions sur le problème de la division des familles de droits*, *Rabels* 7 37 (1973), 211)。

(1) ここで、ソラ・カニサーレスとロディエールの法系論を紹介しておく。スペインの生んだ世界的比較法学者ソラ・カニサーレスの法系論は、一九五四年に発表された『比較法入門』(*Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954)の中で展開されている。彼は世界の法系を以下の四法系に分ける。

- (1) 西欧法系 キリスト教の精神に担われているが、法源は宗教によって構成されていない。(i) コモンロー法系、(ii) ロマン法系 (Romanistas)、(iii) ローマ法に由来する法系 (De derecho romano)、(iv) スカンジナビア法系、(v) イベロ・アメリカ法系に分かれる。
- (2) ソビエト法系 反宗教的精神と集産主義によって担われている。
- (3) 宗教法系 法規範が宗教原理より由来するもの。(i) カノン法、(ii) イスラム法、(iii) ヒンズー法に分かれる。
- (4) 中国法系 独自の哲学により担われ、法が道徳に比し弱い影響力しか持たない点に特色がある。Solá Canzares, *op. cit.*, p. 176.

以上の分類には、ダヴィドの影響が強いこといまでもない。しかし、ロディエールは、ダヴィドよりカニサーレスの

分類に共鳴を感じるし、またそれはより魅力的であると評価するが、他方において、それではあまりにも広汎で、比較文明論になってしまうと批判している(後掲書、p. 24 *et seq.*)。

現代フランスの指導的比較法学者の一人、ロディエールは、一九六七年に前記ソラ・カニサーレスに捧げた著書『比較法入門』(*Introduction au droit comparé*, Barcelona, 1967)をスペインで公表し、その中で、文明諸国の法系の分類について論じている。彼は、前述のように、ダヴィドやソラ・カニサーレスの法系論を評価するが、それに従わず、真の比較はキリスト教化された世界にのみ行われるとし、そこにおける大陸法系と英米法系の区別を基本的なものとする。これに対し、大陸法系内におけるフランス法とドイツ法との差異は小さいとされる。さらにソビエト法については、ロシアが歴史的にキリスト教化されたという点で、革命後の今日においても西欧法との比較を可能にしているし、また現在では両者の間に共通の発展が見られるとする。かくして、ロディエールは、キリスト教化された世界の三法系群として、フランス法系・コモンロー法系・ソビエト法系を区別することを提案している (Rodière, *op. cit.* p. 23 *et seq.*)。しかし、以上のようなロディエールの法系論は、あまりにも西欧中心のため、法系論を發展せしめるものであるかどうか疑わしい、といわなければならない。

II マルムシュトレーム (Åke Malmström) の法系論

スエーデンの代表的比較法学者マルムシュトリームも、同じく一九六九年に「法系のシステム (The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in Comparative Law, Scandinavian Studies in Law, 1969, pp. 127—149)」と題する論稿を発表し、法系論に關しスカンジナビアの側から寄与した。彼はまず、法系を論ずることは有益であるが、現時点では、すべての法系論は不完全なものであることを自覚しなければならぬとし、したがって一元的基準をたてることは賢明ではないとする。つぎに、従来の代表的な法系論として、シュニツァー、アルマソン、ジョンノルド、ヴォルフ、ツヴァイゲルト、ダヴィドの四者について紹介する。

ついで、法系論の問題点について論ずる。

(1) 法系論はだれのために行われるのか。比較法学者に対してか、実定法学者に対してか、学生に対してか。それにより内容が異なりうる。また、学者自身の個性の影響もさげられない。

(2) 法系論は法の全領域をカバーするのか。公法または私法に限るのか。この点でツヴァイゲルトの相対性の原則はもつともであるし、従来の法系論は私法中心であったことも明らかである。しかし、法全体をカバーする分類も可能である。もつとも、その

実現のためには、一方では一般的な法技術およびイデオロギー、他方では裁判法 (judicial law) に基礎をおいた分類にとどまらざるをえない。

(3) 法系についての垂直的 (歴史的) 分類と水平的分類とは、やはり区別すべきである。しかし、そのことは、歴史的背景が現代の法系の分類に不必要であることを意味しない。

(4) 分類の基準に關する技術とイデオロギーの問題については、広義のイデオロギーを強調するダヴィドの見解に賛成したい。これに対するツヴァイゲルトの批判は、『現代の大法系 (一九六四年)』には妥当しない。ここでは、ダヴィドは、ツヴァイゲルトの様式的概念にかなり接近したよりに思われる。もつとも、ツヴァイゲルトの「法の様式」という概念は、法系の分類は複数の基準の結合の上に基礎づけられなければならないという原理——この原理は妥当なものであるが——にほとんど何物をもつけ加えていない。それは、たんなる見出し、またはレッテルにすぎない。のみならず、それは非科学的な一般化を導く危険性を有している。

(5) 以上の点を留保しながらも、自分 (マルムシュトリーム) としては、ツヴァイゲルトの挙げる様式的諸要素に賛成である。

料
ただし、以下のように順序を変更したい。(i) 歴史的背景、(ii) 一般
的イデオロギーの特徴、(iii) 法源の性質と効用 (Erg.), (iv) 特殊の法
的思考の方法と習慣、(v) とくに特徴的な法制度。以上のうち、(i)

の要素は、他の要素と独立のものではなく、他の要素が考慮され
る場合の環境ではないか、という問題があるが、それは形式の問
題にすぎない。

(6) 地理的要素の必要性について。アルマンジョンらはそれを
否定し、そのことは原則として正しい。しかし、法系論が発展途
上国の法をもカバーしようとする場合には、地理的事実を完全に
除外することはできないのではないか。これらの国を様式の点か
ら分類することは、困難であるから。

マルムシュトレームは以上のように法系論の問題点を論じたあ
と、つぎのような結論を提示した (Op. cit. p. 145 et seq.)。従
来の法系論のうち、ツヴァイゲルトによって補正されたアルマン
ジョンらの分類がもつとも支持しうるものである。しかし、最初
の四大家族 (ロマン、ドイツ、英米、北欧) は、残りの四グルー
プ (社会主義、極東、イスラム、ヒンズー) にくらべ、共通のイ
デオロギーのおよび他の特徴を有する。ダヴィドは一九五〇年
に、これら四者が西欧法として統一されると主張したが、一九六

四年には、ローマ・ゲルマン家族とコモンロー家族とを分けた。
シュニツァーの第三法系たる欧米群 (拙著『比較法入門』八一
頁参照) は、社会主義法も含んでいる点で問題がある。

一九五〇年のダヴィドのシステムに対して再評価すべきではな
いか。アルマンジョンらのシステムのうち、さらに、フランス法
系とドイツ法系の区別を基本的なものとする点も、考慮の余地が
あり、この点でも、ダヴィドの批判に賛意を表したい。しかし、
いづれにせよ、自分 (マルムシュトレーム) としても、弱点のな
いシステムを提示することはできず、以下は、今後の討論の素材
を提供するにすぎない。

(1) 西欧 (欧米) 群

(i) (ヨーロッパ) 大陸法系

(ii) ラテンアメリカ法系の家族

(iii) 北欧 (スカンジナビア) 法系の家族

(iv) コモンロー家族

(2) 社会主義 (共産主義) 群

(i) ソビエト法

(ii) 人民民主主義法系

(iii) 中華人民共和国法

- (3) アジアの非共産国の法系のカテゴリー
 (4) アフリカ諸国のカテゴリー

以上の分類は、全体をまず大まかにいくつかの法系群に分け、それぞれに法系群をさらに共通の特徴を有する家族に分ける、という発想に基づいている。第一群は、ダヴィドの西欧法系に相應する。第二群は、シュニツァーとは異なり、社会主義群である。残りの法系については、多少とも統一性の存在を示す「群(グループ)」という名称を使うのをさけ、「カテゴリー」という概念を使用した。それは、アジアの非共産諸国の法系とアフリカ諸国家の法系に分かれる。それらは、いずれも、古い伝統的な諸要素と西欧法群より摂取された重要な諸要素の存する法系を含んでいるが、それにより、これらの法系を分解して、その諸要素を第一群と第三・第四カテゴリーに分属させるのは適當ではない。諸々の要素は、これらの国においても共働しており、相互に影響しあうであろう。しかし、限界ケースもある。日本や南アフリカ共和国がその例である。

以上が四大分類の根拠であるが、小分類については、第一・第二群しか、なしえなかった。第一群内の小分類は、とくに、フランス法とドイツ法の区別を大陸法家族の内での細分としてのみ認

めるにすぎない、というアイデアに基づいている。その家族内で、ドイツ(ドイツ、スイス、オーストリア)およびラテン・サブ家族(主法系としてのフランスのほか、ベルギー、オランダ、イタリア、スペイン等を含む)に分けることは可能である。上述の分類の欠点として、マルムシュトレーム自身、大陸法家族の中のラテン・サブ家族とラテンアメリカ法家族との関連が示されていない点、および、大陸法家族とコモンロー家族の両者に関する若干の雜種(スコットランド法やルイジアナ法)の位置づけが困難である点、をあげている。なお、マルムシュトレームは、さしに西欧法群の内における家族関係についても論じているが、その点は省略して、以上で紹介をおわることとしたい。

以上のようなマルムシュトレームの法系論は、従来の法系論の成果の上に立つて、それをさらに発展させるものである、と私は評価したい。この法系論は、すでに若干の学者により注目されている。ツヴァイゲルト・ケッツの『比較法概論 原論(一九七一年)』も、この法系論に言及している(大木訳、上巻一一〇頁。ただし再批判は見られない)。また、アメリカの比較法学者エーレンツヴァイク(Albert Ehrenzweig, 1906—1974)は、マルムシュトレーム自身に捧げられた比較法論文集の中で、「マルムシュトレーム

料の『法系のシステム』体系的でないコメント」と題する論稿を寄せ、このようなコメントを加えた (Ehrenzweig, Malmström's "System of Legal Systems": An Unsystematic Comment, in: *Mélanges de droit comparé en l'honneur du Doyen Åke Malmström*, Stockholm, 1972, pp. 73—79)。エーレンツヴァイクは、法系論の内容はその目的によって異なりうるとするマルムシュトレームの見解を受けて、国際私法における外国法適用という実際の目的に関連して、英米法と大陸法との相違の問題をとりあげる。従来の学者が両者の相違点として指摘していた点のうち、(1)大陸法はローマ法の影響下にあるのが特徴だとされるが、英米法にもローマ法の影響が強く、逆に近代大陸法、とくにスカジナビア法は固有法に多くを負っている。(2)法典化の程度も区

別の基準とはならない。アメリカの私法の多くは完全に法典化されているし、大陸でも一八世紀以前には法典化はなかった。スカジナビアの初期の法典は、大陸法的特色を与えるものではない。(3)裁判所の法創造的機能がコモローに特有のものではないことは、もはや常識となった。先例拘束性の原則も、アメリカではとうに有力ではなくなったし、大陸諸国では、英米法系よりも先例への強い執着が見られる。(4)法的推論(リーガル・リーズニ

ング)のタ、の相違も存しない。アメリカの法律家は、確定判例からの演的推論に日常ふけていているし、大陸では、制定法の適用において帰納的に推論している。(5)両者の決定的な相違は裁判官の地位に求められる。それは、経済的社会的地位に反映するだけでなく、法の制定や適用にとって重要である。イギリスでも国会の優位は公的には確立しているけれども、万能の裁判官のイメージは、公務員の地位にある大陸の裁判官とは較べるべくもなく、制定法の適用や制定にさいし、根本的な差異となっている。

英米の裁判官は自己を国王の立法権に対する人民の守護者と感ずるのに対し、大陸の立法者は国王の裁判官に対し人民を保護すべきであると感ずる。さらに、大陸の法律家は、判例法を立法者が認めるが故に法として認めるのに対し、英米の法律家は、制定法を裁判官が認めるが故に法として認める、という差異がある。以上の前提に基づいて、エーレンツヴァイクは、国際私法事件における外国法の適用について論じ、上述の相違点が両陣営からほとんど考慮されていないと難じている。エーレンツヴァイクの所論は、マルムシュトレームの法系論との関連が必ずしも明瞭でなく(それ故「非体系的コメント」としたのかもしいないが)、理解しがたい点があるが(ただし、本稿の前提となったPsychoanalytic

Jurisprudence, 1971 を参照して「このことをお断りする」) 従来の法系論が観念論的であったことに對する批判として評價すべきであろう(また、それは後掲のラインシュタインの所説と通ずるところがある)。

III ツヴァイゲルトの法圏論をめぐって

(1) 前述のように、ツヴァイゲルトは一九六一年に「法圏論のために」という論文を発表し、世界の学界に大きな反響をよんだ。彼の法系論の特色は、法系にはそれぞれ独自の様式(スタイル)があるので、それによって分類を行うべきこと、さらに、法の様式を形成する要素を一元的に求めるべきではなく、以下の五要素、すなわち、(i) 歴史的伝統、(ii) 特殊な法学的思考方法、(iii) とくに特徴的な法制度、(iv) 法源の種類とその解釈、(v) イデオロギー、を綜合すべきである、という点に求められよう。以上の観点から、彼は、具体的にはアルマンジョンらの提唱した分類を基本的に支持した。しかし、ツヴァイゲルトの法系論には異論もあり、またそれは理論的仮説に止まっていたので、その後の展開が大いに期待されていた。

(2) ツヴァイゲルトは一九六六年に「社会主義法圏の様式諸要素 (Stilelemente des sozialistischen Rechtskreises, in: Recueil

des travaux relatifs au droit étrangers et droit comparé, IV, pp. 541—551, Boosrad, 1966)」と題する論文をユーゴーで出版された比較法論文集の中で発表し、前の論文では手薄であった社会主義法系の独自性に関して、より立ち入った考察を加えた。ここでは、法圏の様式形成要素のそれぞれが社会主義法圏をどのように特徴づけるかについて論ぜられている。

(i) 社会主義法圏の最強の様式形成要素は、共産主義的イデオロギーである。それはマルクス主義に基礎をおくこというまでもなく、またその法イデオロギーについてはソビエト革命以後変遷が見られたが、いずれにせよ、西欧法圏では法は自己目的を有するものと考えられるのに対し、社会主義法圏では、法は共産主義の方向に社会・経済秩序を変更させるための道具である、と解されている。この点では、ユーゴーも同様である。イデオロギーより導き出される社会主義法圏の特色としては、たとえば権力分立原理の拒否や私法と公法の非分離があげられる。これらは、社会主義社会においては全体と個人、国家およびその機関との間に利害の対立がない、というイデオロギーに基づくものである。

(ii) 歴史的発展については、社会主義法圏はソビエトとモンゴルで五十年、他は二十数年しか経験していない。それ以前は、そ

料
れそれ他の法圏に属しており、「娘が母を変える」例である。その

さい、ソビエト法がモデルになったが、最近では各国において独自性が見られるようになった。たとえば、チェコの経済法典。

(iii) 法的思考方法も、共産主義的イデオロギー、および、それより導き出される法政策的要請によって、特殊な形体をもつ。たとえば、法律文献にマルクス、エンゲルス、レーニンの引用が数多く見られるが、この点では宗教法とパラレルである。また、抽象的規制の努力と、法領域全体をよく分類された体系で把握する傾向が見られるが、この点では英米法圏と対照的である。さらにそこには、経済活動のあらゆる問題を欠陥なく規制しようとする情熱がある。これは計画経済に由来するものであるが、そこでは意思の一致の意義が減少している。他面で、共同体への拘束が強調される。「権利のための闘争」も、社会主義法圏では、その教育的機能が重視される。

(iv) 特殊な法制度としては、とくに、社会主義的所有権制度と、経済における契約関係形成の制度があげられる(内容省略)。

(v) 法源については、判例法に対する制定法の優位が注目される。ここでは、法のダイナミズムのため、判例法の活躍の余地が乏しい。もっとも、ソビエト革命当初は法の欠陥が多かったた

め、判例法が活躍した。今日、中国とユーゴがそうであろう。法の適用に関しては、制定法の文言に厳格に従う機械的解釈方法が支配的である。判決文もきわめて短かく、先例や学説が引用されることはほとんどない。

ツヴァイゲルトは、以上のように、社会主義法圏の様式を形成する諸要素について考察し、この法圏の独自性を明らかにしたのち、さいごに、共産主義法家を代表する一つの法秩序が存在するか、というテーマふれ、最近、ユーゴと中国に見られるように、ソビエトのモデルより離反しつつある法秩序があるが、そこから、社会主義法圏の中で複数の法群が形成されるかは将来の問題である、と結んでいる。

ツヴァイゲルトは社会主義法の専攻者ではなく、本論文の作成には、彼が所長をしているマックス・ブランク比較私法研究所の社会主義法専攻者の協力が見られるが、それだけ本論文の客観性が高いといえる。今日、社会主義法圏の独自性は西欧の比較法学者によってもひろく認められているので、本論文の結論自体はそれを確認したにすぎないが、社会主義法圏の様式形成要素の中心をイデオロギーにおく点は、ダヴィドの見解と共通しており、この点でも両者の歩みよりが見られる。なお、ツヴァイゲルトは、

つきにとりあげる新著の中で、ケッツとともに、社会主義法圏に
関し一〇〇ページ（ただし、訳書）にわたり詳細に論じ、本論文
の要旨をさらに具体化した。

(3) さて、ツヴァイゲルトはその弟子ケッツ(Hein Kötz, 1935
—)とともに一九六九年に『比較法概論第一巻制度論(Einführung
in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts,
Bd. I, 1969)』を出版し、私法上の諸制度(契約、不当利得、不
法行為)について、主としてロマン法圏、ドイツ法圏および英米
法圏の機能的比較を試みた後、一九七一年に待望の『第一巻原論』
を出版し、彼の法圏論を総括した。本書第一巻は、すでに大木雅
夫氏により翻訳されているので(東大出版会、一九七四年)、その
内容について改めて紹介の要はないが(本訳書全体について、私
も近く民商法雑誌に書評を発表の予定)、以下、法圏論に焦点をあ
わせて、その問題点を探ることにしたい。

本書第一巻は「総論」と「世界の諸法圏」に分かれるが、前者
は比較的短かく(約一〇〇ページ—なお以下はすべて訳書によ
る)、大部分が後者、すなわち世界の諸法圏の説明にあてられてい
る。その最初の章「諸法圏の様式」では、法圏論が論ぜられてい
るが、その内容は一九六一年の論文とほとんど変りがない。わず

かにアフリカ法圏に関する言及が見られる程度である。すでに紹
介したように、ツヴァイゲルトの法圏論に対しては若干の批判も
存するので、それに対する再批判がほしいところであった。

以下、世界の諸法圏が六編に分かれて叙述されている。

(i) ロマン法圏 「フランス法の歴史」、「コード・シヴィルの
精神と本質的特徴」、「コード・シヴィルの継受」、「フランスとイ
タリアにおける裁判所構成法と法律職」のほか、さいごに、ロマ
ン系諸法の様式形成的標識として、「婚外子の法的地位」の問題が
とりあげられている。

(ii) ドイツ法圏 ここでは、「ドイツ法の歴史」、「ドイツ民法
典」、「オーストリア一般民法典」、「スイス民法典」のほか、ドイ
ツ法圏の様式の典型的標識として、「無因的物権契約の理論」がと
りあげられている。

(iii) 英米法圏 「イギリスにおけるコモン・ローの発展」、「イ
ギリスにおける裁判所構成法と法律職」、「世界におけるコモン・
ローの伝播」、「アメリカ合衆国の法」が概説されるほか、とくに
「コモン・ローおよび大陸法における法発見の方法について」論
ぜられ、さらに、英米法圏の様式の典型的制度として、「信託」が
とりあげられている。全部で一七〇ページを越え、もつとも長大

料な編である。

(iv) 北欧法圏 ここでは「スカンディナヴィア諸国法の発展と今日の形態」について、かんたんな叙述が見られるのみ。

(v) 社会主義法圏 「マルクス・レーニン主義の法観念」、「社会主義法圏の発展」、「社会主義諸国における司法」のほか、法圏の様式形成制度として、「所有権」と「社会主義的計画経済における契約」がとりあげられている。

(vi) その他の法圏として、「極東法圏」、「イスラーム法」、「ヒンドゥー法」がとりあげられているが、全体として五〇ページにすぎない。日本法については、一〇ページがあてられ、日本の社会における法の役割の問題に重点がおかれている。

(4) ツヴァイゲルト・ケッツの『比較法概論第一巻』に対しては、すでに若干の書評や論説が発表されている。ここでは、そのうちダヴィド、ザイタイ (Imre Zsolt) ラインシュタインの論評を法系論を中心として紹介する (その他、Lorenz, AcP 173, 93; Silberberg, 21 Am J Comp L 772 (1973) があるが、いずれも紹介の域を出ない)。

(i) ダヴィドは、本書に対する書評 (Revue internationale de droit comparé, 1972, 516 et s.) において、まず本書が自分の

『現代の大法系』とその構成において類似することを指摘する。

本書も総論に対するスペースは少なく、大部分が世界の法系の叙述にあてられている。すでに比較法の存在意義を主張しなければならぬ時代はすぎたのである。さて、問題は法圏論であるが、ダヴィドによれば、分類基準のイデーについては、自分とツヴァイゲルトらとの間に相違はなく、ただ具体的な分類について異論があるとされる。とりわけ問題は、大陸法(ローマ・ゲルマン法系)をロマン法圏・ドイツ法圏・北欧法圏に三分する点にある。

ダヴィドによれば、私法に限定するにしても、この分類は恣意的である。大陸法の三分が可能ならば、それ以上に、コモンロー法家族をイギリス法とアメリカ法に分けなければならない。ロマン法圏を代表する法制度として婚外子の法的地位がとりあげられたが、この制度は、一九七二年のフランス法の大改正により、ドイツ法(こちらも六九年に大改正があった)と著しく接近した。ドイツ法圏の特徴的制度和される無因の物権行為論についても、著者ら(ツヴァイゲルト・ケッツ)の見解は批判的であり、これをとりあげるのが適当かどうか疑わしい。北欧法圏については、代表的制度の説明がない。ダヴィドは、以上のように批判をするが、他面において、ツヴァイゲルトらが自己の主張を貫くため、

大陸法の叙述を『現代の大法系』より詳細にしたというメリットを認め、要するに大陸法を三分すべきかどうかという問題はそれほど重要ではないとする。ダヴィドによれば、本書に対するより重大な批判は、アジア・アフリカ法に対するスペースが少なすぎる点にあるとされる。これは、たしかに著者らの耳にいたいところであろう。

(ii) フランスの比較法学者ザイタイは、マックス・プランク比較私法研究所の前所長ハンス・デレ (Hans Döle) の八〇才の誕生日を祝するラーベル雑誌の記念号において、「法家族の分類の問題に関する考察 (Réflexions sur le problème de la division des familles de droits, *Rebels* Z 37 (1973), 210 ff.)」を發表し、ツヴァイゲルト・ケッツの法系論に対する論評を試みた。彼は、フランスの同僚ダヴィドの見解を評価し、ツヴァイゲルトらに対し、大陸法の中でroman法圏とドイツ法圏とを区別する点に關し、より詳細な批判を展開した。すなわち、ツヴァイゲルトらによれば、西法圏は歴史的にローマ法を共通の起源にしているが、roman法圏ではコード・シヴィルが継受されたのに対し、ドイツ法圏はパンデクテン法学の影響下にあるとされる。しかし、ローマ法の影響を学問的継受として捉えるならば、両者は共通ではな

いか。それはとくに法律行為の概念について妥当する。たしかにroman法圏の民法典には法律行為の概念は見られないが、その民法にはこの概念は定着しており、この点で、法律行為の概念を知らない英米法圏とは区別される。このことは、大陸法の統一性が現在も存するという証拠である。すなわち、法律行為の概念は、ローマ法の伝統をパンデクテン法学が發展させたことによつて成立したものであり、それは大陸私法の中に統合されたのである。英米法と大陸法との差は構造的性格をもつが、ドイツ法とroman法との差は、異なる法律的技術の使用によるものである。婚外子の法的地位がその例であり、血統主義か認知主義かという問題は、両者の構造的相違をもたらすものではない。

以上のようなザイタイの批判は、おそらくツヴァイゲルトらに対し、それほどの説得性をもつとは思われない。というのは、ツヴァイゲルトは、ドイツの法律行為の概念に対し批判的であり、それがヨーロッパの普通法に採用されることを歓迎しないからである (Zweigert u. Kötz, a. a. O. II, S. 1 ff. および、本誌二四卷一号一八〇頁参照)。

(iii) さいごに、ツヴァイゲルトの先輩格にあたるラインシュタインの本書に対する評価 (*Rebels* Z 37, 135 ff. (1973)) を紹

介する。ラインシュタインは本書をきわめて高く評価し、大陸法内部におけるロマン法圏とドイツ法圏の区別の問題についても、統一的大陸法が存在するという見解が支配的な英米諸国の説者は、フランス法とドイツ法を区別し、さらにそれぞれの子法の特徴を叙述した本書の部分から、多くを学ぶことができるとする。ただし、ツヴァイゲルトらはドイツ法の様式形成要素としての概念法学的傾向に対し偏見があるのではないかと、ラインシュタインは指摘する。一九世紀では、概念法学が支配したのはドイツだけではなし、またその形式的合理主義は当時の経済界の要請であった。今日の利益法学への傾向も世界的現象である。さらに、ドイツ民法典の抽象的概念性と一般条項は、それが種々の時代に種々の価値観によってみだされることを可能にした、ともいえるのである (A. a. O. 140 f.)。

ラインシュタインは、それよりも、本書の対象が私法に限定されたことを問題としている。これ(私法への限定)は賢明ではあるが、狭すぎる。今日の比較法が私法を社会秩序全体の一部として見るならば、それは純粹な私法を超えなければならない。私法規範が社会において果す役割は、それが訴訟においてどう扱われ、どのような人物がそれを形成し、適用するかに依存してい

る。この二つの要素、すなわち訴訟の形成と法名望家 (Rechtshonoratoren) の性格は、法圏の本質的な様式形成要素のように思われる。それによって、コモローと大陸法は決定的に区別されるし、コモロー内部でのイギリス法とアメリカ法との重大な相違点もここに求められる。私法への限定はさらに、私法を社会の全体構造の中で捉えるという点でも憂慮すべきである。この点で、比較法学者は社会学者とならなければならない、それにより比較法学者の任務は無限のものとなる。それはもはや個人によってはなしえず、他の領域の社会科学者とのチーム・ワークが必要となる (Rabels Z 37, 137 f.)。

以上のようなラインシュタインの批判は、本書の限界を指摘したものと評価できる。ただし、本書は、ケッツの提案により、ロマン法圏、英米法圏、社会主義法圏のそれぞれにおいて、裁判制度と法律職について独立の章を設けて論じており、ラインシュタインの提言を相当程度考慮していることを附加しなければならぬ(とくにアメリカ法の記述において然り。訳書四六八頁参照)。

(2) 以上は、ラインシュタインの持論である。Reinstein, Die Rechtsnormatoren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen, Rabels Z 34 (1970), 1 ff. 参照。彼は、この論文の中で、アメリカ法の発展の三段

階において、裁判官、企業の法律顧問、大学教授がそれぞれ「法名望家」としての役割を演じ、それがアメリカ法にイギリス法とも異なる様式を与えた、と主張している。このテーゼに対し、西ドイツの若手比較法学者でアメリカ法にも詳しいベルンシュタイン (Herbert Bernstein, 現在ハンブルグ大学比較法研究所所長) が早速反論した。それによれば、ラインシュタインの「法名望家」という概念は、マックス・ウェーバーに由来することというまでもないが、ウェーバーはこのことばを限定的に使っていたのに対し、ラインシュタインは現代の大学教授をも含めるというように、拡大している。代りに「法秩序の立役者 (Schlüsselfiguren)」ということばを使用すべきではないか。さらに、現在の複雑な社会において、法の様式を決定するのは「立役者」だけではなく、あらゆる層の法律家がそれに関与していると解すべきであり、この点でも、ラインシュタインのテーゼは妥当ではない。この点では、ツヴァイゲルトの提案した多元的要素の方がすぐれている」と、Bernstein, *Rechtstille und Rechtsnormationen: ein Beitrag zur Methode der Rechtsvergleichung*, *Rebels* Z. 34 (1970), 443 ff. 大木・比較法研究三三号一五一頁参照。マックス・ウェーバーの理解に関しては、おそらくベルンシュタインの方が正確であろう。しかし、ラインシュタインの大胆なテーゼは、一片の批判により捨てざるには、あまりにも魅力的である。最近、ラインシュタインの比較法に關

する論稿を集めて、Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1974 が刊行されたが、その中で、編者 von Borries は「ベルンシュタインの批判にもかかわらず、「法名望家」に関するラインシュタインの論稿をそのまま維持した。A. a. O. S. 171 Anm. 3. und S. 172 Anm. 9.

四 むすびにかえて

以上が法系論をめぐる論争の現状である。今日、法系分類の必要性についてはほとんど異論はなく(ただし、後述参照)、問題はおそらく具体的な法系分類の方法にあるといえる (Zajay, a. a. O. S. 210)。とくに、最近における論争の焦点は、大陸法の統一性を認めるべきか、または、それを二分ないし三分すべきかという問題に集中している。したがって、現在における三分説の代表的提唱者であるツヴァイゲルトの『比較法概論』の出現は、この問題を一步前進せしめるものとして期待されていた。しかし、すでに紹介したように、本書は、とりわけ大陸法のあつかいにおいて、批判を免れなかった。とくに、法圏の様式形成的の制度としてとりあげられた「婚外子の法的地位」と「無因的物権行為論」は前者についてはその後の立法の変化もあり、いずれにせよ説得的なものではない(ただし、改正後の独仏婚外子法の相違を強調す

料 見解がある。Madlener, Das französische Familienrecht nach

dem Gesetz vom 3. 1. 1972, FamRZ 1972, 336°。また、ツヴァ

イゲルトらは、ロマン法圏・ドイツ法圏のそれぞれの叙述において、モデル法秩序（フランス法とドイツ法）以外の法秩序（とくに、イタリヤ・オーストリア・スイス法）の特殊性を明らかにしており（そして、このことは、ラインシュタインが指摘したように、ツヴァイゲルトらの『概論』のメリットのだが）、それだけ一層ロマン法圏とドイツ法圏の区別の意義が薄れてくるのは否定

しがたい。これらの点を考慮すれば、私としても、ダヴィドのシステムに賛意を表したくなる。しかし、両者の間に基本的な対立があるわけではないこと、両当事者自身が認めるとおりである。

ダヴィドが熱心な法（とくにヨーロッパ法）の統一論者であることというまでもないが、ツヴァイゲルトもその点で人後におちるわけではなく、両者の差を、ヨーロッパ法の統一への願望の差に帰せしめることもできない。事実、ツヴァイゲルトらは、スイス民法やオランダ改正民法草案の中にヨーロッパの新しい普通法を見出そうとしており、そのことは、ヨーロッパの各国法の多様性を前提とした上で、いかにすればそれを統合できるかという問題を、より具体的に考察している証拠ともいえる。さらに、英米法

圏や社会主義法圏に対しては、大陸法の一体性（または資本主義法としての共通性）が前提とされており（とくに二〇章を見よ）、この点ではダヴィドと異なる。他方、ダヴィドの『現代の大法系』も、大陸法を完全に一体化して記述しているわけではない、その中における各国法（とくにフランス法とドイツ法）の差異を考慮しながら筆を進めており、したがって、両者の間には一見してえられるほどの相違があるわけではない、と結論することができよう。

大陸法の取りあつかいをめぐる以上のようなダヴィドとツヴァイゲルトの論争は、ヨーロッパ大陸内の学者の争いであり、われわれとしては対岸の火災視してもよいであろう。ところで、われわれの側から、この問題を眺める場合、わが国では従来、大陸法ということばは一般に用いられているもの、それを一体として叙述し、講義することはほとんどないことに気付く。わが国では、明治以来つねにフランス法とドイツ法が区別されて論ぜられてきたのであり、大陸法という概念は、英米法研究者の側から、英米法の対立物として、しかし実体を伴わずに使用されてきたにすぎない。最近、わが国の外国法研究の重点が、外国法の歴史的把握におかれるようになって以来（そのこと自体は歓迎すべき傾

向であるが、フランス法とドイツ法の相違はますます強調されるようになったときえいえる。極端に図式化すれば、近代市民法のモデルとしてのフランス法と後進国のモデルとしてのドイツ（プロイセン）法というように。このようなわが学界の現状からいえば、ツヴァイゲルト・ケッツのシステムの方が、そのまま受け入れやすいように思われる。しかし、われわれの問題は、日本法とフランス・ドイツ法との比較にあるのだから、われわれにとっては何しろ、ダヴィドのシステムに今後学ぶべきところが多いのではなからうか。この点を、今後の問題として提起しておきたい。

なお、比較法概論における法系論の重要性については、最近ほとんど異論をみないところであるが、さいごにこの点に関するドゥーデン (Konrad Duden) の異説を紹介して、本稿をおわることにした。ラインシュタインの友人であり、同じくかつてカイザー・ヴィルヘルム比較私法研究所の所員であったドゥーデンは、最近、ハイデルベルクと同僚、比較法学者ヴァールへの祝賀論文集の中で、「比較法入門という講義の経験 (Erfahrungen mit der Lehrveranstaltung "Einführung in die Rechtsvergleichung," in: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg, 1973, S. 49 ff.)」にこう述べている。彼

は、実際の比較法教育の経験からいって、法系論を比較法入門のはじめに取りあげるのは不適當であるとする。それよりも、大きな個性を有する法秩序 (Rechtsordnungen) の代表的なものを学生に近付ける方が教育的効果は大きい。そのような法秩序として、(1)フランス、(2)イギリス、(3)アメリカ、(4)日本、(5)ソビエトが選ばれる(ちなみに、日本法に関しては、Kitagawa, *Reception und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, 1970 が参照されている。この点では、ツヴァイゲルト・ケッツも同様)。そのため教材としては、ダヴィドの『現代の大法系』とツヴァイゲルト・ケッツの『比較法概論』が便利であるが、ただし、その法系論に従うことはできない (A. a. O. S. 53 ff.)。ドゥーデンのこの提案については、私自身の経験からいっても、同感せざるをえない面がある。したがって、この点も問題点として残しておきたい。