HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法系論序説
Author(s)	五十嵐, 清
Description	論説
Citation	北大法学論集, 16(2-3), 71-88
Issue Date	1965-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27837
Type	departmental bulletin paper
File Information	16(2_3)_P71-88.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

法系論序説

五十嵐　清

Ⅰ　はじめに

今日の比較法学の扱うテーマには、種々のものがあるが、法系論はその最も重要なものの一つである。いわゆる比較法原論と称される著書の多くは、この問題に大半のページをさいており、最近は論文の数も増えつつある。

法系論は、世界に存する無数の法秩序をいくつかの法系（systèmes juridiques, または法家族 famille de droit, Rechtsfamilien, 法圏 Rechtskreise ともいう）に分けることを試みる学問である。このようなことが可能になったのは、比較法学の発達がすすみ、一応、全世界の法秩序を研究の対象となしうるようになったからである。しかし、比較法学の現状では、法系論について、多くの問題がなお未解決である。まず第一に、そもそも、無数の法秩序を比較的数少ない大きなグループに分けることは果して可能か？　第二に、いかなる基準で、そのような分類は行なわれる

べきか？　第三に、かりにそれが成功したとして、ある法秩序がどの法系に属すべきかをいかなる基準によって決定すべきか？　これらの問題に対する解答は帰一するところを知らない状態である。しかし、他方、これは比較法学者にとりきわめて魅力に富んだテーマである。全世界の無数の法秩序を一定の基準の下に分類することは、学者の理論的関心を大いに満足させることになる。さらに、それぞれの法系を代表する一つまたは二つの法秩序を選び、その代表的法秩序だけに研究を制限することによっても綜合的比較法研究と称しうるので、比較法研究の現状では、これにより研究が容易となる。今日、法系論が世界の比較法学者の間で大いに論ぜられているのは、そこに主な目的があるのであろう。(1)

従来の法系論は主として西欧の比較法学者によって論ぜられている。われわれ日本の比較法学者にとり、それは、未開拓の分野（たとえば、イスラム法系、アフリカ法系など）にも概観を与えてくれる点で、きわめて重宝である。しかし、西欧を中心として考えられた法系論は、われわれにとり最も重要な日本法ならびにアジア法の特色を明らかにすることに成功していない。これは、日本の比較法学者の責任でもある。したがって、今後、日本の比較法学者も法系論につき、とくに、その中における日本法の地位につき、発言しなければならない。

本稿は、この問題を将来の課題としつつ、第二次大戦後、今日までに発表された西欧比較法学者の主要な法系論の内容とその問題点を指摘するにとどめる。(2)「法系論序説」と題するのは、その故である。

(1) Zweigert, Zur Lehre von den Rechtskreisen, XXth Century Comparative and Conflicts Law, 1961, p. 42. このような法系論に対し、アメリカの比較法学者は無関心または批判的である。とくに Schlesinger は country-by-country または area-by-area アプローチの方が比較目的にとってもっと有益であるとしている。Schlesinger, Comparative Law, 2nd ed. 1959, p. 190 et seq. これに対し、Zweigert は「あまりにも懐疑的」と批評する。Zweigert, op. cit. p. 42. note 1. また最近の Hall, Comparative

Law and Social Theory, 1963 もこの問題にふれていない。なおイギリスのガッタリッジも批判的。水田訳・比較法一一八頁。

(2) ここで、第二次大戦前に発表された法系論について一べつする（なお、以下は直接資料によりえず、主として、アルマンジョンとシュニッツラーの概説書によりまとめたものにすぎない）。

まづ A. Esmein は一九〇〇年の比較法国際会議において、(1)ラテン法系、(2)ゲルマン法系、(3)英米法系、(4)スラブ法系、(5)イスラム法系の五法系に分類した。Le droit comparé et l'enseignement du droit, Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents I (1905), p. 451 et s. これに対しては法系区別の基準がはっきりしないという批判が多い。Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de droit comparé, t. 1. p. 42～3, 好意的批評として Zweigert, op. cit. p. 43.

つぎに Lévy-Ullmann は法源の差に注目して、大陸法系と英語国民の法系とを分け、さらに、イスラム法系をそれに対比する。Les transformations du droit, Livre du cinquantenaire de la Société du législation comparée. t. 1. 1922, p. 85 et s. これに対しては、単純化とシンメトリーの癖ありと批判されている。Arminjon-Nolde-Wolff. op. cit. p. 43～4.

第三に Sauser-Hall は種族の概念による分類を試み、(1)アーリヤ人種の国民の法、(2)セム人種の法、(3)モンゴル人種の法、(4)野蛮国民の法に分ける。(1)はさらに、(a)ヒンヅー、(b)イラン、(c)ケルト、(d)ギリシヤ・ラテン、(e)ゲルマン、(f)アングロサクソン、(g)レット・スラブに分れる。(3)にはシナと日本が含まれる。Fonction et méthode de droit comparé. 1913. ただし彼は後にこの分類を放棄した。

第四に Sarfatti は歴史的伝統によりローマ・タイプの法典と、イギリス・コモンローとに二大別し、前者をさらに、(a)純粋ラテン法典、(b)ゲルマン法典、(c)両者により影響された法典、(d)東洋近代文明諸国の法典に分けた。Introduzione allo studio del diritto comparato, 1933, p. 52.

第五に、Martinez Paz は、発生論的立場から、(1) coutumier-barbare 群（イギリス、スエーデン、ノルウェー）、(2) barbaro-romain 群（ドイツ、イタリア、オーストリア）、(3) barbaro-canonique 群（スペイン、ポルトガル）、(4) romano-canonico-démocratique 群（ラテンアメリカ、スイス、ロシア）に分けた。Introducción al estudio del derecho civil comparado, 1934, p. 154 et s. これまたあまりにも恣意的と批判される。Arminjon-Nolde-Wolff, op. cit. p. 46.

さらに特色あるものとしては、Wigmore による世界の法系のパノラマがある。彼は古今東西の法を、エジプト、メソポタミア、ヘブライ、シナ、ヒンヅー、ギリシア、ローマ、海法、日本、イスラム、ケルト、ゲルマン、スラブ、教会法、ラテン、

イギリスの十六の法系に分け詳細に論じた。Panorama of the World's Legal System, 3 vols. 1928. ウィグモアは日本にも滞在したことがあり、その日本法の記述は一読に値すると評価されている。David, Les grands systèmes de droit contemporains, p. 536, note 2.

Ⅱ　シュニッツァー（Schnitzer）の法系論(3)

スイスの学者シュニッツァーは一九四五年に発表した「比較法理論 Vergleichende Rechtslehre」の第二部「歴史部」において法系論を展開している。彼によれば、比較をするためには、その対象となるものを知らなければならない。それには、あらゆる民族と時代の一般的法史が必要であるが、ここでは不可能であるので、それに代る概観を与えようというのである。(4) それには世界の法系をいくつかの群に分けて分類することが必要であるが、従来行われた分類は、種族や言語などによる一面的なものであり、とくに現行制度のみを問題としているとし、彼は理論的にも支持され、実際的にも使用しやすい概観は、大文化圏を総括することによって最もよい結果に達すると考え、具体的にはつぎの群に分ける。

(1)　未開民族の法　この中には、今日の土着民族も太古の原始民族も入る。

(2)　古代文化民族の法　この中には、エジプト、メソポタミア、ギリシア、ローマが入る。これらは近時の比較言語学やパピルス学の発達により、統一的に把握されるようになった。

(3)　近代欧米法　現在の最も主要な法系であるが、それはさらに二分される。(イ)　ヨーロッパ大陸法　これはローマ法とゲルマン法の混合形態であるが、ローマ法的なもの（フランス民法、その派生法系）とゲルマン民族の優勢な

領域（ドイツ、スイス、オーストリア、北欧等）とスラブ民族の優勢な領域（南北スラブ圏）に分かれる。今日のソビエト法もヨーロッパ大陸法の中に入れて論ぜられているのは、本書の特色の一つである。その特殊性は勿論強調されているけれども、歴史はくりかえすという著者の信念の下に、結局その特殊性も近代の個人主義が再びかっての団体主義に復帰する過程であるとみている。(5) (ロ) 英米法圏　これは大陸法とは独立の法圏と考えられている。両者の相違は、結局、法的思考の決定的相違によるものとされている。しかし、それは架橋のできないほどの対立ではない。対立の理想的解決は、一方を他方に吸収することではなく、たがいの長所を生かしあって融合することである。

(4) 宗教法　これは、世俗法の形成に対し巨大な影響を与えたということと、今日においても何億という人が宗教法の原則に従って生活しているという意味で、独立に取り扱われる価値がある。この中では、ユダヤ教法、キリスト教法、イスラム教法の三つがとりあげられている。

(5) アジア諸国の法　ここでとりあげられているのは、トルコ、ビンゾー法、中国、日本、モンゴルである。日本については、かんたんな法制史と家族制度の特色に関する記述があるのみである。(6)

以上のようなシュニッツァーの法系論に対しては批判が多い。とくに過去の法と現在の法とを綜合しようとした点に対しては、その後に追随者を見ない。(7) またソビエト法系の独自性を否定した点も問題である。しかし、著者は「比較法理論」第二版（一九六一年）においても従来の見解を基本的に維持し、その後に発表されたダヴィドやアルマンジョンの分類を批判している。(8) もっとも、自分の分類も固定的ではなく、今後の発展につれて流動性のあることは承認している。(9) その他、第二版に見られる顕著な現象は、法系論に関する敍述が著しく分量を増したことである（一九四頁より二七八頁へ）。とくに、この一五年間におけるアジア・アフリカの新興国の発展を考慮し、五番目の法圏はアジア・アフリカ法と名称を変更し、多くの新興国について言及している。(10)

(3) Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre, 1945. S. 81 f. 2. Aufl. 1961. Bd. I, S. 123 f. 初版につき拙稿「三つの比較法」比較法研究七号四八頁以下に紹介ずみであるが、本稿をまとまったものとするため、若干の訂正のうえ、あえて重複して紹介する。

(4) Schnitzer がもっとも親近感をもつ法系論は Wigmore（本稿七三頁注(2)参照）のそれである。

(5) Schnitzer, a. a. O. I. Aufl. S. 180~2. 第二版では、スラブ圏につき、ソビエト法とその影響を最初に論じているが、従来の反共的立場は一層強化されている。2. Aufl. S. 251~261.

(6) Schnitzer, a. a. O. I. Aufl. S. 268-72. 第二版においても従来の記述のほか、第二次大戦後の家族法の改正を伝えているが、平板である。2. Aufl. S. 373-8.

(7) この点を批判するものとして、Arminjon-Nolde-Wolff. op. cit. t. 1, p. 33-4. Zweigert, op. cit. p. 45.

(8) ダヴィドの分類に対しては、フランス法系の中に、大陸法とラテン・アメリカ法を含め、それと英米法系を区別した点、ソビエト法と西欧法を対立させた点をとくに批判している。後者については形態学的な観察であり、歴史的考察が足りないと指摘し、今日のソビエト法におけるスラブ法的基礎の重要性を強調する。この点、Berman, Justice in U.S.S.R. Revised ed. 1963. p. 171 et seq. と相通ずるところがある。また、アルマンジョンの分類に対しては、スカンジナビア法系を独立させた点、ユダヤ法やキリスト法を除外して、イスラム法のみをとりあげた点、日本法を完全に無視した点（この点は、やや誤解。本稿七七頁参照）などが理解しがたいとする。Schnitzer, 2. Aufl. S. 141.

(9) Schnitzer, 2. Aufl. S. 141-2. 現在、すでにロマネスク法とゲルマン法の対立が止揚されたように、将来は、大陸法と英米法の対立も不必要となることが可能であると論じている。

(10) Schnitzer, 2. Aufl. S. 349~404. ただし叙述は平板さを免れない。

Ⅲ　アルマンジョン・ノルド・ヴォルフ（Arminjon-Nolde-Wolff）の法系論(11)

それぞれの国を代表する比較法学者であるアルマンジョン（として以下他の著者も代表）等は、三巻からなる大著「比較法概論 Traité de droit comparé」（一九五〇―五二年）において、自立的科学としての比較法の第一の仕事は

法系の分類であるという立場から、ここでも従来提案された各分類を批判し、自説を展開する。分類の前提として、第一に、私法の分類に限る。公法と私法とが別々の法系に属することが多いからである。第二に、近代文明諸民族の私法に限る。これは比較法をドグマ的比較法として見る立場に由来する。さて、法系の分類にあたっては、地理的人種的その他の外部的要素は除外し、主として、起源、派生、類似の関係を考慮すべきであり、それは言語の分類に似ている。文明諸国の法の発展にさいしては、いくつかの法の発射の中心点があり、他の法系は多かれ少なかれこれに依存しているさまが見られる。それで法系の群が形成される。このようにして形成した基本的法系と派生的法系とによって法系の分類を行なわんとするのがアルマンジョンの見解である。基本的法系としては、以下の七法系がある。

(1) フランス法系　フランス法系は、著者によれば、起源においては独創的ではないが、あるいはそれ故にこそ、ローマ法以来世界に最大の影響を与えた。その派生法系としては、ベルギー、ルクセンブルグ、オランダ、イタリア、ポーランド、ルーマニア、エジプト、スペイン、ポルトガル、ラテン・アメリカ諸国、ケベックがある。このうち、今日では、社会主義圏に入ったポーランド、ルーマニアは、著者の立場からは当然除外されることになろう。

(2) ドイツ法系　ドイツ法系の近代的私法典（オーストリア・ドイツ・スイス民法典）は、主として、ローマ法にゲルマン起源の若干の制度を結合させたものである。それらは、いずれも、代表的法学者によって制定されたものであり、ナポレオン法典にならってはいない。オーストラリア民法典はセルビアに継受され、ハンガリーの判例に影響を与えた。ドイツ民法典はこの法系の中心をなすものであり、日本およびシャムに継受され、またブラジルおよびシナに影響を与えた。スイス民法典はトルコに継受されたほか、メキシコにも影響を与えた。それらが派生法系である。なお日本法は、極東におけるドイツ法という位置づけをされ、旧法下の家族制度の規定が特殊性あるものとして紹介されているにすぎない。(12)

(3) スカンジナビア法系　デンマーク、ノルウェー、スウェーデン、フィンランドおよびアイスランドがこれに属する。これらの国民は、各種の人種に分れているが、歴史的事情によって同一法系に属している。この法系の特色は、ローマ法の影響をほとんど受けていない点にあるが、イギリス法のような独創的な法系を作らず、大陸法に適合させている。本法系を独立のものと扱う点は、アルマンジョンの特色の一つである。

(4) イギリス法系　この法系の特色が、ローマ法の影響を受けず、判例法として独自に発達したコモンローに求められることはいうまでもない。イギリス法系は大英帝国の版図とアメリカ合衆国に及んでいることもいうまでもないが、本書では、派生法系として、とくに、ローマ法とコモンローの影響をうけたスコットランド法系と、ローマ法、オランダ法およびイギリス法の混合であるローマ・オランダ法系（セイロン、南阿連邦）について言及している。

(5) ソビエト法系　アルマンジョンは、ソビエト法の独創性と自主性を認め、これを独立の法系とする。そこには、集産主義にもとづく多くの独特の法制度の存在を指摘している。しかし、他方、ソビエト法とブルジョア法を完全に区別しようとするソビエトの法学者の見解に対しては、必ずしも同調していない(13)。

(6) イスラム法系　回教の影響の下にある独特の法系で、他の近代法系とは完全に孤立している。コーランが代表的法源であり、不動性を特色としている。この法系に属する国は、アジア、アフリカに広大に拡っている。

(7) インドおよびビルマ法系　この法系も宗教（ヒンヅー教）の相違に由来するものである。

以上がアルマンジョンの法系論である。それは、従来のものに較べ、詳細かつ正確であるといいうる。アルマンジョンの見解には、共著者の死亡もあってか、その後の発展が見られない。しかし、最近、ツヴァイゲルトによって、この分類が結果的に支持されることになる（後述Ⅴ）。

(11) Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de droit comparé. t.I. p. 42～53. 本書の法系論についても、拙稿前掲五二頁以下に紹介ず

み。本稿は、それをさらに要約したものであるが、ツヴァイゲルトの法系論の前提となるため、これまた重複を敢てした。

(12) Arminjon-Nolde-Wolff, op. cit. t II, p. 427-8.

(13) Arminjon-Nolde-Wolff, op. cit. t. III, p. 227～9. 拙稿前掲五三・五四頁参照。

Ⅳ ダヴィド (David) の法系論

一 現在における指導的比較法学者ダヴィドは、比較法はたんなる方法にすぎないという立場をとりながらも、その著者「比較私法原論 Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950」の中でかなりのページ（一八〇頁）をさいて現代法系についての概観を与えている。[14] 分類の基準としては、イデオロギー的観点と技術的観点とをあげる。すなわち、まず、法はその社会機構の全要素と関係している正義についての種々の概念を表現するが故に、また、法の適用される共同体が種々の宗教的哲学的信仰を保持するが故に、さらにまた、共同体が種々の政治的経済的社会的構造を有するが故に、異なるのである。つぎに、法は、正義についての同一の概念を反映していても、法律家によって発展せしめられ、かつ、その概念を具体化するための技術により、異なるのである。この二つの観点を区別することは実際上困難な場合が多く、また法における技術の重要性は決して低く評価してはならないが、しかしながら、技術をイデオロギーに従属させるべきである。したがって、法の分類は、なかんずく、その哲学的基礎、および法が達成しようとつとめる正義の概念を考慮してなされなければならない、とされる。[15]

以上の観点から、ダヴィドは現代世界の法をつぎの五つの法系に分類した。

(1) 西欧法 (droit occidental) 系 この法系はさらにフランス法群と英米法群とに分かれる。著者によれば、この

両者は、「キリスト教の道徳的基礎、自由主義的デモクラシーの政治・社会原理、および資本主義経済構造の上に基礎づけられている」のである。[16] 本法系のうち、フランス法群は、ヨーロッパ大陸の全体とラテンアメリカをおおっている。大陸法におけるラテン系国の法とゲルマン系国の法との間には、本質的な区別は存在しない。ラテンアメリカ法も基本的には大陸法に属している。しかし、民主的性格、経済条件およびアメリカの影響の点で、大陸法との間に差を認めることができる。[17] 英米法群については、コモンローの一般的性格（イギリス法）とアメリカ法が独立に論ぜられるほか、ルイジアナ、ケベック、スコットランド、南阿の法について言及されている。

(2) ソビエト法系　「法の適用される社会の社会主義的構造と、本質的には経済秩序である、このような社会主義的構造が政治・経済・道徳秩序においてもたらす、すべての結果の故に、前者と根本的に異なる」法系である。[16] ダヴィドは、この法系の概観において、西欧法の改革のために、ソビエト法研究の重要性を強調している。[18]

(3) イスラム法系　神学的な基礎を有し、イスラム教における法と宗教とを結ぶ密接な関係に特色を有する法系である。

(4) ヒンヅー法系　これもまた伝統的な法であるが、キリスト教やマホメット教とは異なる特有な哲学的基礎に立つ法系である。

(5) シナ法系　ここでは、法は二次的な役割を果すにすぎない。社会秩序の基礎は、第一次的には、法ではなく、礼（rites）によって構成されている。それは、人生のあらゆる状況において、事物の自然の秩序と調和する行動を個人に命ずるものである。[19] 日本法は、このようなシナ法の概念が優勢な国の一つとして一べつされるにすぎない。しかも、明治以後の西欧化が、この西欧の法学の産物と、日本人の魂に生き残っている伝統的概念とを融合させるためには、なお長い努力が必要であろうとする。[20]

以上のようなダヴィドの法系論には、当然批判が予想されるところであるが、著者は、あらかじめそのうち二点につき弁明を試みている。その第一は、英米法と大陸法とを同一法系内に属せしめたことである。これは、著者の法系分類の基準から来る帰結であり、両者の差は、主として法技術の差であって、イデオロギーの差ではないからである。[21] 第二は、世俗法と宗教法とを基本的に対比させなかった点である。フランス法、ソビエト法、シナ法は国家的法すなわち世俗法であり、イスラム法とヒンヅー法は宗教法である。世俗法と宗教法の差も重要であるが、それよりも、イデオロギーによる分類の方がより根本的である。たとえば、イスラム法とフランス法の差は、一方が宗教法であり他方が世俗法であるという事実よりは、むしろ、たがいに異なるイデオロギーに依拠し、二つの文明秩序を反映するという事実に求められる。[22]

二　ダヴィドの法系論の中で最も特色のあるのは、大陸法と英米法を統一する西欧法の提唱である。この点は、その後、他の比較法学者により賛否両論の批評を受けたが、[23] ダヴィド自身、一〇年後になってアメリカの比較法学者アインテマ（Yntema）の記念論文集に、「西欧法は存在するか?」という一稿を投じて、西欧法の存在を再確認した。[24] もちろん、ダヴィドも、大陸法と英米法との間に多くの差の存在する事実を否定するわけではない。しかし、従来の考えを変更する必要のないことは、ソビエトの法学者が大陸法と英米法を一括してブルジョア法とし、これと社会主義法を対比しているという事実からも指摘できる。[25] 要するに、大陸法と英米法の区別は法技術的な立場からの分類にすぎない。もっとも、ダヴィドは、この論文の中で、従来、西欧法の統一性を示すものとして、政治的・経済的・道徳的秩序をあげていた点を放棄した。今日の西欧諸国はすべて何等かの形で社会主義の道を進んでいるし、アジア・アフリカの多くの国が、キリスト教と関係なく、西欧法系に属している。また、西欧法の歴史的考察からも反対のことが証明されるからである。さて、現在ダヴィドにより、西欧的文明を性格づけるために本質的であると思われるのは、

社会において法に与えられている役割りのサンチマンであり、それは、できるかぎり法によって完全に支配されることを理想とするもの、すなわち「法の支配」である。彼は「法の支配」についての英米法的な考え方と大陸法的な考え方との間に原則として差を認めない。[26] これに対し、社会主義国においては、マルキシズムの影響の下で、法は過渡的なものであって、将来は消滅すべきものであり、また、法は何よりも政治的であるとされており、「法の支配」は存在しないとする。[27]

なお、ダヴィドは、大陸法と英米法との差として従来強調されていた二点について、最近における両者の接近の事実を指摘して、自説を補強している。第一に、公法と私法の関係であるが、従来、法の支配は、大陸法では私法を中心とし、英米法では公法を中心として発達してきたが、今日では、両者はこの点で接近しつつある。第二に、制定法主義と判例法主義との差が問題であったが、行政機能の拡大のため、今日の英米においては、制定法の重要性が増しつつあり、他方フランス行政法のように、コンセイユ・デタの判例を中心として発達した例も大陸法に見られ、これまた、両者の差は強調すべきではない。かくして、結論として、「西欧法」ということばは、これまでは社会学的および哲学的観点から価値を有するにすぎなかったが、近い将来においては、厳格な法学的観点からも、現実を表現することができるであろうと予言している。

三　ダヴィドは最近、「比較私法原論」の第二版ともいうべき「現代の大法系　Les grands systèmes de droit contemporains (Droit comparé) 1964」を著わし、従来の法系論を一部修正し、発展させた。まず、法系分類の基準として、従来通り法技術的要素と、イデオロギー的要素をあげてはいるが、この両者は分類をするために同程度に決定的であり、両基準は孤立してではなく、併合して利用されなければならないと論じている。[28]

以上のような分類基準についての考え方の若干の変更と、最近におけるアジア・アフリカの新興国の発達は、ダ

ヴィドの法系分類について若干の修正をもたらした。彼は現代世界の四大法家族（本書では法系に代って法家族という名称を用いている）として、(1)ローマ・ゲルマン家族、(2)コモンロー家族、(3)社会主義家族、(4)哲学的・宗教的制度をあげている。ローマ・ゲルマン家族とコモンロー家族を独立の法家族と扱うのは明らかに自説の修正であるが、しかし著者は両者を統一する「西欧法」の存在を否定したわけではない。[29] また第四の分類に属するものとして、イスラム法、ヒンヅー法、極東の法のほか、新たにアフリカおよびマダガスカルの法に言及している。これらの国は、極東の法のような古い文明をもつものではなく、従来慣習法の下に生活していた住民に対し西欧法が継受されたものであり、ローマ・ゲルマン家族かコモンロー家族に属すべきものであろう。しかし、従来、無視されていたこれらの国について特別に関心を向ける必要があるからとりあげたのである。[30]

しかし、本書において、われわれにとり最も関心をひくのは、日本法の取扱いである。こんどは、日本法は、極東の法として、シナ法とならんで独立に論ぜられている。その内容は日本法の歴史と戦後の発達を述べたものであるが、著者は、日本法の近代化に対して批判的である。日本人は、一方ではどんよくに近代法をとり入れたが、それと矛盾する生活様式はいぜんとして維持しており、輸入法と習俗（moeurs）とは無関係である。ただし、第二次大戦後の社会構造の変化と民族主義の進展は、長期的にみれば、日本にも法のサンチマンを植えつけるであろうが、それはなお仮説にすぎないと結んでいる。[31]

(14) David, Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950, p. 215 et. s.
(15) ibid. p. 223～4
(16) ibid. p. 224
(17) ibid. p. 260～2
(18) ibid. p. 336～7

(19) ibid. p. 337 et s.
(20) ibid. p. 388～9
(21) ibid. p. 225.
(22) ibid. p. 225～6
(23) David, Existe-t-il un droit occidental ? XXth Century Comparative and Conflicts Law. p. 56, note 2, 3, とくに反対論として Ascarelli, Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, 1952. Prefazione, XLVII, note 36.
(24) David, op. cit. p. 56～64
(25) すでに David, Traité, p. 225, note 1.
(26) この点は、わが国の多くの学者、とくに英米法学者の見解に反するところであるが、ダヴィド自身の見解は本文参照。
(27) ダヴィドは、「社会主義的適法性」の原理を無視しているわけではないが、それを共産主義社会の理想とは矛盾すると説く。David, Existe-t-il, p. 61. なお David, Le droit français, 1960, t. 1. p. 63 参照。この点もわが国の社会主義法研究者の多くと見解を異にする点である。しかし、ダヴィドの見解は、西欧のソビエト法研究者の間では常識であるといってよい。
(28) David, Les grands systèmes de droit contemporains, 1964, p. 12～18. とくに p. 16.
(29) ibid. p. 21.
(30) ibid. p. 25～26
(31) ibid. p. 531～541. とくに p. 540～1. ダヴィドの新版のこの部分は、一九六二～六三年にパリー大学で行われた野田良之教授の講義(未刊)に負うところ大であるとされている。p. 531. note 1. なお、日本法の歴史の部分については Joüon des Longrais, L'Est et l'Ouest, Institutions du Japon et de l'Occident Comparées, 1958 に負っている。

V ツヴァイゲルト (Zweigert) の法系論[33]

最後に登場するのは、ドイツにおける比較法理論の第一人者、ツヴァイゲルトの法理論である。彼はまだ比較法に関

する体系書を公刊していない。しかし、最近、アインテマの記念論文集に、「法圏論のために」という論稿を発表し、この問題に関する見解の一端を示した。この論文の中で、彼は主として、従来の法系論における法系分類の基準の一元性を批判し、多元的要素を導入する必要性を主張しているが、結論的には、アルマンジョンの法系分類をほぼ支持している。

まづ、彼は、現在の法系論の限界として、第一に、従来それが比較私法学者により主としてなされたため、私法を中心とした分類であり、対象に制約された相対性をもつものであることを指摘する（この点アルマンジョンのみ自覚的である）。第二に、時代的相対性の原則が認められなければならず、一国が時代により異なる法系に属することがありうる。[33]

さて、ツヴァイゲルトにとっては、法系分類の中心は法のスタイル（Stil）という概念に求められる。すなわち、「個個の法秩序および法秩序の全グループはそれぞれ特定のスタイルをもっている。比較法研究は、この法のスタイルを把握し、決定的なスタイルの要素、すなわちスタイルを特徴づける要素により法圏を分類し、個々の法秩序をこの法圏にあてはめるよう努めなければならない。[34]」このようなスタイルを特徴づける要素としては、つぎの五種が考えられる。[35]

(1) 歴史的伝統　この点は、ローマ法の影響の有無による英米法と大陸法の区別として重要であるが、大陸法内部においても、フランス民法典の継受の有無をめぐって、フランス法系とドイツ法系が分かれる。他の法系も、それぞれの歴史的伝統を有する。

(2) 特殊な法学的思考方法　ここで、ツヴァイゲルトは大陸法の特色として、第一に、法規範の抽象性をあげ、この点で英米法と対比し、第二に、反形式主義をあげ、第三に、「権利のための闘争」をあげ、この点が、法を社会秩

序維持の第二次的手段と考える極東の法と異なるとする。なお、法学的思考方法の点では、ドイツの法系とフランス法系との間に存する差を無視できない。

(3) 特に特徴的な法制度　ここでは英米法、フランス法、ドイツ法、社会主義法のそれぞれにのみ見られる多くの特徴的な法制度があげられている。

(4) 法源の種類とその解釈　これは、従来大陸法と英米法を区別する基準として大いに論ぜられてきたところであるが、ツヴァイゲルトは、この差は過大に評価さるべきでなく、むしろ、前項の特徴的な法制度の方が重要であるとする。

(5) イデオロギー　宗教法および社会主義法を他の法系と区別する基準となる。

最後に、ツヴァイゲルトは混合法系についても言及しているが、それは結局、いかなるスタイルに、より傾いているかによって決すべきであるとし、例として、ルイジアナは英米法系に、ケベックはフランス法系に、ブラジルはドイツ民法の影響をうけたが、いぜんラテンアメリカ法＝フランス法系に、ギリシアはドイツ法系に属すると論じている。

以上のように、ツヴァイゲルトは、主として、従来の法系論のもっていた理論的不備を批判したにとどまり、実際上の法系分類においては、ほぼアルマンジョンのものを支持し、ただ、その七法系に、（共産化されない）極東法圏を附加している(36)

(32) Zweigert, Zur Lehre von den Rechtskreisen. XXth Century Comparative and Conflicts Law, 1961, p. 42-55.

(33) ツヴァイゲルトによれば、その例として、ダヴィドは中国を極東法系に属せしめているが、今日では、彼の基準によれば、社会主義法系に属せしめなければならないであろうとする。ibid. p. 45. しかし、Les grands systèmes では、いぜん、ダヴィド

は中共法も極東法系の中で取り扱っており、しかも、シナの伝統とマルキシズムには一致点があると論じている。David, op. cit. p. 521 et s. とくに p. 529. なお、ツヴァイゲルトは他の例として、「おそらく、日本は長い間ドイツ私法の派生法であったが、いまやコモンロー法圏に入るところであろうか?」とのべている。

(34) Zweigert, op. cit. p. 46.

(35) 拙稿「大陸法と英米法」法学セミナー一九六三年六月号二頁以下はツヴァゲルトの多元的基準を借用して、大陸法と英米法の比較を試みたものである。ただし、借用したのは基準のみである。

(36) われわれにとり気になる日本法の地位については、明確な言及がない。注(33)との関係で、極東法圏の中に入るかどうか疑問である。

Ⅵ おわりに

以上、第二次大戦後に発表された主要な法系論について、その内容と問題点を略述した。結局、各比較法学者により、法系論の重要性と可能性とは承認されているが、いかなる基準で、いかなる法系に分類し、各法体系をそのいずれに属せしめるかについては、なお帰一するところを知らないのが現状であるといいうる。このような現状においては、法系論を論ずること自体、はたしていかなる価値があるかも疑問となろう。しかし、私自身としては、一定の限界内で法系論は有用な役割を果すことを期待している。そして、分類の基準に関しては、ダヴィドの所説にひかれるところ大であるが、学界の現状では、ツヴァイゲルトの主張に従って、多元的な考察を試みる方が、より生産的であろう。もっとも、最近における両者の見解は、結果的にはかなり一致しているということができる。今後の法系論は、この両者の学説をさらに発展させるという形で展開されるであろう。

すでに、最近の法系論は若干の成果をあげている。大陸法におけるフランス法系とドイツ法系の融合は、EECの発展に伴って、ヨーロッパ法を指向しうることを明らかにした。大陸法系と英米法系の差は主として法技術におけるそれであり、ダヴィドのように西欧法概念を認めうるか否かは別としても、両者の間には共通の核心(common core)が存するというのが、近時の比較法学者の確信となりつつある。資本主義法に対する社会主義法の独自性と共通性も広く承認されており、いまや、両者の間に、いかにすれば有用な比較をなしうるかということが西欧比較法学者の主要な関心となっている。ただ、われわれの立場から見た場合、法系論における日本法の位置づけについては、必ずしも満足すべき成果があげられたとは思われない。しかし、それには日本の比較法学者も責任の一半を負わなければならない。そして、われわれが日本法の特色を考えようとする場合、従来の法系論は、それに対し多くの示唆を与えてくれるであろう(37)。

おわりに、本稿が捧げられる故神谷昭教授は、フランス法における最も特色的な制度であるフランス行政法の発達について詳細な研究を発表された(38)。それは、ダヴィドの指摘するように、ある意味で、大陸法の中で、英米法的な思考方法が見られた領域であり、法系論についても貴重な貢献をしたものと評価できる。はなはだ不備ながら、本稿を捧げることによって、故神谷教授の冥福をお祈りしたい。

(37)　この問題に関する私見の一端は、岩波講座「現代法」第14巻『外国法と日本法』第Ⅳ章において論ずる予定である。

(38)　神谷昭・フランス行政法の研究（昭40）有斐閣。