

五十嵐清著『現代比較法学の諸相』

滝沢 正

標記の書物は、五十嵐教授が刊行された比較法に関する久しぶりの論文集である。五十嵐教授といえば、わが国において比較法学という学問分野を本格的に構築された最大の功績者であり、先生のこの分野における近時の論稿が参照しやすいかたちで我々に提供されたことは、学界にとって有意義なことであり、大変喜ばしいことといえよう。

ところで五十嵐教授は、純粹な基礎法学者、比較法学者という枠におさまらず、実定法学者としても常に歩まれてきた。すなわち、比較法のみならず民法についても豊富な講義経験をお持ちであり、民法に関する著作も多い。比較法的観点を重視したモノグラフィーとしては、『契約と事情変更』（1969年、有斐閣）および『人格権論』（1989年、一粒社）を著しておられ、いずれもその分野における先駆をなすと同時に最高水準の地平を切り拓いた民法学研究として知られている。概説書としても、『民法I（総則）法学ガイド』（編著、1986年、日本評論社）、より広い領域を扱う『私法入門』（1991年、有斐閣）、さらに広い対象をもつ『法学入門』（1979年、新版2001年、一粒社、同2002年、悠々社）といった著書がある。いずれも比較法学の学識に裏打ちされた民法学や法学全般への手引きを示しており、特色ある名著として評価されている。

しかし、比較法プロパーに関する業績も当然これらに劣らず多い。それまで研究者が極めて少なく、邦語でその基本的内容すら十分に理解することが不可能であったこの分野において、精力的に論文を執筆され、さらにそれを論文集のかたちで順次刊行されてきた事実注目したい。まずもっとも早い時期に、概説書の体裁をとった論文集『比較法入門』（1968年、改訂版1972年、日本評論社）を出版される。大木雅夫『比較法講義』（1992年、東京大学出版会）が世に出るまでは、訳書を別とすれば比較法のテキストといえば五十嵐先生の著書しか存在せず、評者も比較法の何たるかをこれによって勉強した覚えがある。その後は、それぞれややテーマを絞った三つの論文集を相ついで刊行された。すなわち、『比較民法学の諸問題』（1976年、一粒社）、『比較法学の歴史と理論』（1977年、一粒社）、『民法と比較法』（1984年、一粒社）である。

本書に収められているのは、したがって、この最後の論文集以降に書かれた、比較法に関する諸論文ということになる。もっとも、所収15論文のうち、1984年から86年の3論文を除けば、すべて1990年以降に発表された論文である。1980年代後半は先生が丁度 *Einführung in das japanische Recht*, 1990を執筆・編集されていた時期と重なるからである。こうして先生ご自身の区分によるところの、札幌大学時代の研究の成果が中心となっているといえよう。本論文集の巻頭

を飾るのが北海道大学の退官記念講義であり、最後が札幌大学における最終講義によって締めくくられていることは、このことを象徴する。なお、五十嵐先生の経歴およびその歴大な業績の一覧は、『民法学と比較法学の諸相・山嶋正男・五十嵐清・藪重夫先生古稀記念』（全3巻、1996年、信山社）の第1巻の巻末405～428頁に詳細であるので参照されたい。ちなみに本論文集の表題にある「諸相」という表現は、3先生に対するこの献呈論文集の表題から借用した旨、「はしがき」に記されている。

本論文集の全体は5部から構成されている。第1部は「比較法学の現状」と題し、現代比較法学を概観する2論文を収める。第2部以下の3部は世界の各法系ごとの検討が対象とされている。具体的には第2部「西欧法の生成と展開」（7論文）、第3部「社会主義法系の消滅」（3論文）、第4部「アジア法と日本法」（2論文）である。第5部「終章」は、先に述べた札幌大学における最終講義を採録する「XV 比較法とともに歩いた50年」であり、唯一の書きおろし論文である。五十嵐教授ご自身によるこの的確な自らの研究足跡の分析は、それまでの諸著作についてはもとより、本論文集に収められた諸論文の位置づけについても良く理解させてくれるものであって、むしろ最初に一読することをおすすめしたい。以下においては、第4部までにつき、内容を紹介するとともに評者の見解をつけ加えたい。

第1部「比較法学の現状」には、北海道大学における退官記念講義である「I 比較法の40年」および「II 書評・大木雅夫『比較法講義』」が収められている。I論文を読むならば比較法学のこれまでの発展とその現代的課題が明瞭に把握できる。先生の客観的で実証主義的ないわばオーソドックスな比較法の理解がよく示されている。これに対して、大木雅夫教授の学問的立場は相当に異なる。評者は上智大学法学部において大木教授と同僚であった時期が四半世紀に及び、また同教授が退職されたのちは比較法の講義担当を引き継いでいることがあって、もっとも身近な比較法学者である。五十嵐教授によるIIの書評は、そうした意味で個人的にも興味深いところがある。比較法学者には、実定法が好きになれずに比較法に進まれたという発言をされる方が少なくない。評者の恩師である野田良之先生がそうであり、実定法から距離を置いて法文化論的視点を重視する比較法学を展開された。大木教授のこの種の発言は聞いたことはないが、もともと比較法学者として出発され実定法の解釈に関する論文はほとんど書いておられず、もっぱら法史学や法思想への関心が高い。五十嵐先生はI論文の冒頭で、比較法や法制史に強い興味をもたれそれがこの道に進む契機となったとされるが、同時に常に現役の実定法学者であった。民法学を深く研究され、民法にとどまらず法学などの講義を広く担当され——「多種目講義のバランスシート」ジュリスト611号参照——、判例評釈も少なくない。日本の学界はたこつぼ型に専門分化が激しい点で外国と異なるが、五十嵐教授はめずらしいオールラウンド・プレーヤーである。比較法学者にも様々なタイプがあって当然であるが、実定法学者としての確乎たる土台をもち、全体を概観しバランス感覚に富む五十嵐教授のような存在は不可欠である。書評を通して、大木先生の極めて個性的で直観的な見方をストレートに示すスタイルとの相違がよく見えてくる。

第2部「西欧法の生成と展開」は全体の中でもっとも分量的に大きく、筆者の専門とする領域が縦横に論じられている。まず「III 西欧法文化圏の生成とその特色」においては、西欧法全体の特

色が概観される。西欧法の中核の一つをなすものが大陸法であって、これについては「Ⅳ 大陸法序説」と「Ⅴ 大陸法の基礎」の2論文が収められている。大陸法の位置づけとその歴史的基礎については余すところなく説明されているといえよう。大陸法の近世以降の展開は総合的には扱われていないが、「Ⅵ 書評・R.C.カネヘム『裁判官・立法者・大学教授——比較西洋法制史論』」は、英米法と大陸法、さらに大陸法内部での分岐を法の担い手という観点から論じた書物の訳書の書評であり、その一つの手掛かりが示されている。さらに近代に入ってから動向は、西欧法のうちでも五十嵐教授が専門とされるドイツ法関連に限られる。「Ⅶ 書評・広渡清吾著『法律からの自由と逃避』」はワイマール期のヘーデマンが対象であり、より時代が下がってナチス法学に関する2論文、「Ⅷ ナチス民族法典の性格」、「Ⅸ 亡命ドイツ法学者のアメリカ法への影響」が収められている。Ⅸ論文からは、アメリカ比較法学の一端を知るという効用もある。全体としてⅣⅤ論文を中心として西欧法とりわけ西欧私法の歴史的基層が明快に説明されており——企画が流れた筑摩書房の現代法学全集の「大陸法」の前半部分に相当する——、その後今日までの展開につき先生の体系的理解の提示が待たれるところである。

第3部「社会主義法系の消滅」という表題は、本論文集所収の早い時期の論文執筆時、すなわち東西両陣営の対立が依然として尖鋭であったときには、およそ考えつかないものである。「Ⅹ 社会体制の相違と比較法」は、こうした社会主義法の消滅が予感されていない時期に、社会体制を異にする国の間で比較法は可能か、可能とすればいかなる方法によるのかを、バルテルスの著書に拠りつつ論じる。レーバー論文を契機としてわが国では1967年比較法学会シンポジウム「資本主義法と社会主義法」（比較法研究29号）で五十嵐教授も加わって激論がたたかわされたが、それをフォローする論稿といえる。バルテルスによる比較法における法社会学的考察の強調は、体制間比較法以外への応用、とりわけ異なる法文化的伝統を有する法系間の比較法の可能性を示唆するものとして興味深い。

1990年代に入り社会主義体制が崩壊したのちには、改めて社会主義法の法系上の位置づけが、過去に遡った部分を含めて問われることになる。「Ⅺ 社会主義法系は存在したか？」は、同名のQuigley教授の否定的見解に立脚する著書を紹介しつつ、一定期間社会主義法が存在したという事実は否定できないとする五十嵐教授の意見、およびこの法系の将来の展望が述べられる。評者も五十嵐教授と同様に考えるものであり、共感するところが多い。なお、社会主義体制の崩壊に伴うドイツの再統一については、フィッシャー「いわゆる旧事例に対する東ドイツ法の適用の限界」の翻訳を改題・改稿して、「Ⅶ 両ドイツ間私法における公序」として収める。

第4部「アジア法と日本法」は、五十嵐教授がこれまで扱ってこられなかった法系を対象とし、もっとも近時の論文が載せられており、先生の衰えない研究意欲を如実に示している。われわれが諸外国の先達の法系論を参照する場合に、西欧の比較法学者のそれがとかく西欧中心であって、アジア法がまったく視野に入れられていなかったり、その位置づけがあいまいであったり不適切と思われることを発見し、不当な扱いを指摘してきた。確かにこうした批判はあたっている面がある。しかしながら、翻って日本の比較法学者がアジア法や自国法である日本法を的確に世界の諸法の中で位置づけてきたとは言えず、また日本法の歴史と現状について外国に向けて十分発信してきたとも思えない。後者についていえば西欧主要言語による発信がいまだ不可欠であり、ま

た片寄った日本法のイメージを植えつけないために多様な紹介が望ましい。五十嵐教授の編著になる先に紹介したドイツ語による『日本法入門』は、信頼に足る重要な一点を追加するものといえよう。

本論文集では前者が扱われているが、「XIII 法系論における東アジア法の位置づけ」は、その点で貴重な試みである。西欧法の継受とのからみでは、大陸法系に属させることができるかといった議論がなり立ちうる。これに対して五十嵐教授は、儒教文化圏、漢字文化圏といった法文化的伝統を基礎として東アジア法の一体的把握を提言しており、西欧の比較法学者によって最近否定的に捉えられることの多い極東法圏の理論的再構築として注目される。「XIV 西歐法学者が見た日本法」では、「日本人は裁判嫌い」をめぐる議論、とりわけヘイリーの神話をとりあげ、この問題に関する日本人研究者および外国人日本法研究者の認識の深化を実証する。川島教授や野田教授の従来の説論に対しては、大木教授は『日本人の法観念』において激しく批判したが、五十嵐教授の立場はここでも折衷的であり、評者も真実は半ばにありとの感を抱いている。

比較法を概観する論文を多く含みそれ故『比較法入門』と題された第1論文集に対して、その後の3論文集は理論面や比較民法学に傾斜する内容を多く含んでおり、それ故にそれにちなんだ表題をもっていた。本論文集は、むしろ第1論文集のラインに戻って、比較法学の全体を見渡せる内容である。とりわけ比較法入門と併読することによって、五十嵐比較法学の全体像がみえてくるように思われる。

ところで、実定法の諸分野であれば学説上の見解に分かれているところがあっても、制定法の規定があり判例法の立場が示されていればその体系や理解に大きな振幅は生じない。これに対して、比較法といった実定法以外の分野については、そもそも何をもって比較法の主要な研究対象とするのかに関しても共通の理解があるとは思われない。比較法原論的な部分——比較法の観念、比較法の効用、比較法の方法、比較法の歴史など——のほかに、ダヴィドやツヴァイゲルトは法系論を中心的に扱う。しかし、それ以外に法の継受や法の統一を対象とすることも可能であろうし、より具体的に比較実定法に立ちいることも十分ありうる。また法系論を扱うにしても、法系別によるその歴史や特徴を指摘するダヴィドやツヴァイゲルトの試みのほかに、大木雅夫教授が比較法講義で実践されたような、法典論とか法律家論という切り口で各法系横断的に考察する方法もありうる。

わが国の比較法学者では杉山直治郎教授も野田良之教授も体系的業績は残されなかった。他方大木教授のテキストは、先生の講義風景を彷彿とさせる極めて個性の強い書物である。合理主義に立脚する西欧法の伝統に敬意を払う先生の叙述は、論理的、体系的に組み立てられているとはあまり思えない。逆に木下毅教授の法系論は、一神教的法伝統と多神教的法伝統で東西二大法系を分かちつというような斬新な発想を示されたり、また日本の法文化の特殊性を強調されるが、教授自身の法系分類における割り切り方は西欧的合理主義そのものとみうけられる。いずれの立場も、標準的理解を前提にして、それにチャレンジする学説として興味深いものがある。ところが邦語でこうした比較法のスタンダードをなすテキストが欠落している。五十嵐先生の立論は、これまでの諸学説を丹念にフォローした上に展開されており、それ故常に穏当な通説的結論を導か

れる。また新たな議論をなされる際にも、従来の通説を周到に踏まえておられる。先生には次にはこうした標準的テキストを是非お願いしたいと考えているが、そういう評者に対しては「あなたがおやりなさい」と叱咤されそうである。いずれにせよ、多くの問題提起を含む本論文集を前にして、比較法学の課題に思いを新たにしている。

(信山社、2002年6月30日、本体定価8600円)