

書評

五十嵐「比較法」ワールドとの対話
五十嵐清著『比較法ハンドブック』（勁草書房、2010年）

鈴木 賢

日本を代表する比較法学者である五十嵐清が、ついに自身の60年を超える比較法研究の集大成を世に問うた。1925年生まれ、90歳卒寿を迎えようとする超ベテラン学者の健在ぶりを遺憾なく発揮した文字通りの力作である。若くして『比較法入門』（日本評論社、1968年）を出版して以来、筆者は一貫して日本の比較法学を先頭に立って牽引してきたが、本書の出版は、その後の研究の進展を凝縮して一書にまとめ上げたものと言える。本書は日本の比較法学が到達した最高峰に位置する成果であり、以後、われわれ後進の者は等しくこれを踏まえなければならないスタンダードを得た。

本書は以下のようなシンプルな構成をとる。

はしがき

- 第1章 比較法の意義
- 第2章 比較法の発展
- 第3章 比較法の目的
- 第4章 比較法の方法
- 第5章 法系論をめぐって
- 第6章 私法の国際的統一と比較法

まずは全体を通して際だった形式上の特徴を指摘することからはじめたい。

第一に、全般に筆者の旧著『比較法入門』（1972年改訂版）、『比較法学の歴史と理論』（日本評論社、改訂版、1972年）、『民法と比較法』（一粒社、1992年）、『現代比較法学の諸相』（信山社、2002年）、その他の諸論稿をたたき台とした部分が多いものの、可能な限り内外の最新文献を渉猟し、内容のアップツーデート、さらなる充実を図っていることに驚かされる。脚注に示された参考文献では、外国語（おもにドイツ語、フランス語、英語）の諸文献はもとより、日本語で公表された翻訳を含むさまざまな文献が丁寧に網羅されている。筆者ほどの外国語使いなら邦語文献に当たるのは、むしろおっくうになっても不思議はないのだが、けっして手を抜くことはしない（外国語がいくつまでできるわけではないせに、情けないことに書評子にはすでにその兆候が見られることを、ここでは正直に白状しなければならない）。

筆者による充実した日本語文献の摘示を通じて、日本の法学が明治以来、いかに多くの比較法、外国法研究を蓄積してきたかを改めて思い知らされる。同時に筆者も憂いを表明しているように(本書57pおよび83p。以下、(p)は本書の頁数を表す)、法科大学院時代に入って以降、日本の法学が将来的にこれほどの成果を生み出し続けることができるかどうかを心配せずにはいられない。

また、院生、学生の世代に(あるいは今やもう少し上の世代にすら)ありがたいインターネット上の情報に頼ることなく、本書にはまったくURLからの引用がない。すべてが印刷された文献に依拠しているのは、いまやかえって新鮮に感じられるほどである。安易にネット情報に頼るのではなく、図書館をフルに活用するクラシカルなスタイルを堅持する研究者としての筆者の心意気を見る思いがする。

第二に、本書が高度に理論的な内容を扱いながらも、きわめて平易かつ明快な文章で全体が綴られていることを、驚きをもって、やはり指摘せずにはいられない。この点は筆者の手になるすでに名著の呼び声久しい『法学入門』(一粒社、1979年)、『私法入門』(有斐閣、1991年)とも共通し、つとに定評のあるところである。名人芸の域に達していると言っても過言ではない。込み入ったこと、難解なことも、筆者の手にかかると凡人にも理解可能な文章となって紡ぎ出されるさまは鮮やかですらある。易しいこともあえて難解な言い回しを弄びがちな昨今、そうした向きには是非とも筆者の爪の垢でも煎じて飲んでいただきたい。

これと関連して、筆者は分かることと分からないことを明確に区分し、分からないことには踏み込まないという態度を率直に表明する。たとえば、「法文化を越えた法概念を考える必要があるか、あるとすればそれはどこに求められるか、私にとっては残された問題である」(208p)、「私には、いまこの問題を全面的に展開する能力がないので、ここでは法系論を中心として、その一端にふれるだけにしたい」(298p)、「私法の国際的統一の問題を本格的に論ずることは、私にとって手に余ることなので、ここでは問題点を示すにとどめる」(308p)といった具合である。よく分かりもしないのに、分かったふりして難解な記述で読者を煙に巻くようなことはしない。筆者が後身に示す研究者としてのあるべき姿勢であろう。分かりやすく書くことは、その主張内容の普及、影響の拡大に資すること間違いがないのであり、五十嵐門下の末席に名を連ねる書評子にとっても改めて心がけたい点である。

ついで、本書の内容面について書評子が注目するポイントを4点ほどに整理して本書との対話を試みたい。

第一に、法系論に対する筆者の態度、見通しについてである。本書も述べるように、世界各国の法を一定の基準にしたがって分類を試みる法系論には、果たしてそれは可能なのか、またいかなる意義があるのか、英米を中心に疑問が投げかけられてきた。長年、さまざまな法系論を日本に紹介し、自らもこの議論に参加してきた筆者が、この問題をどう考えているのかは、興味惹かれるところである。

本書では最近までの多様な法系論的議論を紹介したうえで、法系論の教育的効果に言及している。法系論の行く末については、ヨーロッパを中心にトーンを落としながら存続し、スケールの大きな比較法は姿を消すのではないかと述べに止まる(304p)。そもそも日本を含めて外国法を継受した国では自前の法文化、法伝統との混合状態を避けることが難しいことは、筆者も承認し

ていると解される。さらに言えば、明言こそしないものの、法系への分類の基準と目的によって多様な法系論があってよく、実は正解がひとつに収斂するとは考えていないのではないだろうか。

第二に、本書は世界の法を西欧法と非西欧法という大まかなグループに分けるという立場を明確にする（194p）。上述のように、筆者はけっして唯一の正しい法系論によって完璧に諸法秩序の分類が可能であると考えているわけではない。しかし、それでも大きく分ければ、世界中の法を西欧（ないし西洋）法と非西欧（ないし非西洋）法の対立構図として描くことができるとし、これをいくつかの側面から根拠づけている。非西欧法の代表選手とも言う中国法を研究対象としてきた書評子も、これを基本的に支持したい。

帝政期中国ではあらかじめ与えられた法準則に依拠していることを、裁きの正当化理由にすることがなかったと言われる。裁きの内容が誰もが受け入れ可能な正義感覚を体現し、情や理にかなっていることを指向し、法規に当てはめた結果得られた結論であることは必ずしも要求されていなかったのである。伝統中国法について寺田浩明によって定式化された「非ルールの法」と呼ばれるテーゼである¹。「西洋裁判とは異なり、客観的なルールに字義通りに準拠してものを裁くということは最初から主要な秩序価値ではなく、むしろそこで裁きに求められていたことは、旧中国文明の諸価値の上にゆったりと則った上で当該事案に則した個別的で細やかな、つまり「情理」に叶った解決法を個別に見出すことであった²」。権力者は天下の公論を語ることを常に期待され、それができないようでは権力者であり続けることはできないのが常道とされた。寺田によればこれも成文法準拠とは別の種類の「まとも」な裁判なのだとする³。

本書では大陸法に特有の法学的思考方法として法適用のさいの演繹の三段論法が紹介されている（214p）。法規範を大前提、具体的事実を小前提とし、後者を前者に当てはめる（包摂とも言われる）ことによって結論を導くもので、それには法規範の解釈というプロセスが不可欠となる。判例法として法規範を先例に求めているだけで、実は同じ操作をしていることになる。しかし、伝統中国の裁きでは法規への事実の包摂によって結果を正当化するという営みは存在しなかった。

「非ルールの法」が支配するところでは、法が与える形式、法的手続が重要な意味をもたないし、法学に特有な思考様式があるわけでもない。法学という学問的営為も、またそれを共有することを背景とした法曹という専門家集団が形成されることもない。こうした法の非ルールの性格は、近代以降、西欧法の継受を進めたはずの現代中国でも色濃く残っている⁴。近代以降、中国では非ルール型法からルール型法への移行を目指して法改革が取り組まれたが、いまだその転換は完了していないのである。

これは筆者が紹介するマッティの法系論に出てくる政治的法の支配に相当するであろう。現代中国でも法的思考が政治的思考から独立、区分されていないのである。こうした性格は西欧のルール準拠型の法とは鋭く対照をなすもので、まさに人類史の二類型とするに相応しい。大陸法と並んで西欧法のもう一方の代表選手である英米法でも、先例への準拠が結論正当化の重要な構造を支えている。本書が「英米法では個々の判例の定立する準則をlegal ruleという」（158p）と述べるのも、まさにこれを表す。その意味では大陸法と英米法は、主要な準拠資源を制定法とするか判例法とするかの違いに過ぎないのである。本書が「法源論に関する大陸法と英米法の差異は、一見するほど大ではない」（222p）と述べているのは、この面でも当てはまる。

ルール準拠性を厳しく求めるという点ではイスラーム法もルール型法に入るであろう。宗教と一体化し、世俗化されていないイスラーム法を、西欧の比較法学は西欧法とは異質だと認識するが、中国法と対比するなら、西欧法はむしろイスラーム法と同じグループに入ってしまうのである。西欧法と呼ぶから据わりが悪いのであって、むしろ寺田理論にならって法的結論のよってたつ正当化機制に着目して、ルール型法と非ルール型法に区分するのがよいのかも知れない。本書はこれを別の角度から支持しているのだとも解される。

第三に、日本法の位置づけ、ないし東アジア法系の成立の可否についてである。本書はこれまでの筆者の見解を維持し、日本を含む東アジア法系の成立を肯定する立場をとる(260p)。この点については筆者も引用するように、書評子も基本的には賛成である。しかし、急いで付け加えなければならないのは、中華人民共和国法の変わらぬ異質さである。先述のとおり、中国法は非ルールの性格をなお引きずっており、日本、韓国、台湾とは相当の距離を保ったままだと見るべきであろう。

第四に、比較法の対象について本書では、「現代的な問題の解決のために発展途上国の法を研究することは、それほどの意味はなく、発展途上国法との比較は、比較の対象となりにくいことは認めざるを得ない」(17p)としている点にかかわる。この点について書評子は筆者とは違った考えを持っている。現代的問題としてどのような問題を想定するかにもよるが、たとえば契約における約款規制、消費者保護の問題、環境汚染による被害、先端的生殖医療の利用のあり方やそれともなう家族法上の問題、インターネットに関連する法律問題(ネットでの取引、プライバシーや人格権侵害)などは、発展途上国にもほぼ時差なく同様に生じている。発展途上国では近代的な課題を飛び越えて、現代的な問題に遭遇することがあるのである。それゆえ、この種の問題に対する法的な対処がやはり求められており、その経験は先進国と同様に参考にする価値がある。かえって、現代的問題ではなく、伝統的な民法上の論点や刑事法、手続法といった法学や法実践の蓄積がモノをいう領域や政治の民主化と関連する公法分野こそ、むしろ意味ある比較が困難だというべきではないだろうか。

書評子がフィールドとする中国法から例を挙げれば、中国契約法(1999年制定)には現代社会における大量の消費者契約が企業によって作成された約款によっていることを踏まえて、約款契約についての特別の規定を置いている(39~41条)。さらに、不法行為責任法(2009年制定)では、インターネットによる不法行為についての専門的な規定をおき、加害者のほか、プロバイダーの責任などについても規定している(36条)。このように現代的な最先端の社会問題は、発展途上国にもほぼ同時に発生することが多く、従前の蓄積が乏しいことがハンデにはならないという面がある。むしろ伝統的な法分野こそ、発展途上国との比較が困難だというべきであろう。

中国語圏では、これまで大木雅夫『比較法講義』(東京大学出版会、1992年)が、範愉訳『比較法』(法律出版社、1999年)として出版され、中国の学界に大きな影響を与えてきた。大木雅夫と並んで日本を代表する比較法学者が捉えた世界の比較法学のエッセンスを詰めこんだ本書は、非西欧のほかの国の法学にとっても、それぞれの国における比較法学の構築に裨益するところが大であると思われる。英語、中国語、韓国語などの言語への翻訳、出版を是非とも期待したいところである⁵。

注

- (1) 拙稿「中国的法観念の特殊性について——非ルールの法的ゆくえ」国際哲学研究（東洋大学国際哲学研究センター）2013年別冊2、7p以下参照。
- (2) 寺田浩明「清代司法制度研究における「法」の位置づけについて」思想729号（1990年）188頁。
- (3) 寺田浩明「「非ルールの法」というコンセプト」法学論叢160巻3・4号（2007年）91頁参照。
- (4) 2013年9月7日開催の第22回現代中国法研究会（於北海道大学）では、「中国法の変容と不変：非ルールの法との対話」と題するシンポジウムを開催し、非ルール型法が現代中国で生き延びていることをどう捉えるかを議論した。報告と討論の様子は、北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センターブックレット33号（2014年、電子版）を参照されたい。寺田浩明、王晨、櫻井次郎、森川伸吾、高見澤磨、坂口一成、鈴木賢『中国における非ルール型法のゆくえ——中国法の変容と不変：非ルールの法との対話一』<http://www.juris.hokudai.ac.jp/ad/report/academia-juris-booklet-2013-no-33/>。
- (5) なお、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）は鈴木賢・葛敏訳として『人格権法』（北京大学出版社、2009年）として中国語で出版されている。人格権法の立法に向けて作業が進む中国では人格権に対する関心が高く、楊立新『人格権法』（法律出版社、2011年）、張紅『人格権総論』（北京大学出版社、2012年）など、人格権研究の最先端で五十嵐著が頻繁に引用されている。本書が翻訳されれば、同じような事態が予想される。