

比較法と経済学

—「法的起源説 (Legal Origin Thesis)」を中心に（2・完）—

五十嵐 清

目次

- I はじめに
- II 「法的起源説」とはなにか — La Porta et al. (1998) を中心に（以上、本誌22巻1号所収）
- III 「法的起源説」に対する比較法学者の批判
- IV おわりに

III 「法的起源説」に対する比較法学者の批判

1 フランス側の反応

2004年といえば、フランスでは、民法典制定200年を記念して盛大な祝賀行事が行われ、そこではフランス民法典の世界における絶大な普及度について再認識がなされたが¹⁸、まさにその年に、前述した世界銀行のDoing Businessレポートが刊行され、こともあろうかフランスは世界のランキング44位に位置づけられた。これに対

18 代表的なのは、*Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz & Litec, 2004 ; Université Panthéon-Assas, *1804-2004 Le Code civil : Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004. いずれもフランス民法典が諸外国に与えた影響について論じた論稿を含む。とくに後者には、星野英一によるフランス民法典の日本への影響についての論稿がある。p.871ff. なお、日本における記念出版物としては、北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）、石井三記編『コード・シヴィルの200年』（創文社、2007年）がある。前記星野論稿の日本語版は、北村編著の61頁以下に所収。

し、フランスからは早速各種の反応が見られたが¹⁹、ここではそのうち、アンリー・カピタン協会による反論と、Fauvarque-Cosson と Kerhuel の論稿だけをとりあげたい。

(1) アンリー・カピタン協会の反論

これまでのところ、世界銀行の Doing Business レポートに対するもっとも詳細な反論は、アンリー・カピタン協会（正確には、「フランス法文化の友によるアンリー・カピタン協会」）による 2 巻からなる『渦中にある大陸伝統の法——世界銀行の Doing Business レポートに関連して』である。本書第 1 巻はフランスの学者や実務家が執筆し、第 2 巻は、ロマン法群に属する諸国（アジアでは、インドとベトナムが参加。日本は含まれていない）からの寄与からなる。ここでは、第 1 巻の概要を紹介する²⁰。

本書は、直接には、世銀の Doing Business レポートを対象に批判するものであるが、同時に、その理論的背景をなす法的起源説（本書では、LLSV と称する）も祖上にのぼせているので、ここで取り上げるに値する。本書はまず Doing Business レポートに対する批判から始める。同レポートは、LLSV に従い、立法の良し悪しが経済の成長を左右するとするが、法と経済の関係については、経済の発展が法の変遷をうながすという面もあることが見落とされている

19 その概要については、Bénédicte Fauvarque-Cosson and Anne-Julie Kerhuel, *Is Law an Economic Contest? French Reaction to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*, 57 *Am J Comp L* 815–820 (2009) 参照。

20 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (ed.), *Les droits de tradition civiliste en question: À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006. 執筆者は 9 名で、大部分が大学教授だが（なかでも有名なのは、Fauvarque-Cosson [比較労働法学者で、比較立法協会事務総長] と Michel Grimaldi [代表的民法学者で、アンリー・カピタン協会会長]）、その他、弁護士や公証人も含まれている。しかし、それぞれの執筆箇所は不明。

（15-18、本書の頁数、以下同じ）。LLSVはもっぱら数量的方法を用いるが、それはけっして万能ではない。また、彼らは、①国家の介入に対する市場の優位、②フランス法に由来する立法の、コモンロー由来の立法に対する劣位、という二つの命題を掲げているが、これらはいずれも批判に耐えるものではない（18-33、詳細省略）。

以上が第1章で、つぎに第2章では、具体的に同レポートの指標セットごとに詳しい批判をしているが、これも省略し、ここではフランス法の優越性を論ずる第3章を中心に紹介したい。「フランス的大陸法伝統の優越性（atouts切札）」と題する本章で、本書の執筆者は、まず大陸法とコモンローの2分説にたつレポートに対し、近時は両者は歩みよっていると批判するが、売られた喧嘩は買わざるを得ないという立場から、大陸法、とくにフランス法の質的優越性について論ずる。執筆者は、それを構造的優越性と実質的優越性にわけている。フランス法の構造的優越性は、①アクセスの容易さ、②安定性、③柔軟性（flexibilité）にある。①②については世銀レポートはふれず、③については反対している。まず①だが、これは実際的なアクセスと知的アクセスに分かれる。制定法、とくに法典編纂は、まさに法に対する実際的なアクセスを容易にする手段であり、この点では、判例法は及ばない。英米諸国でも、最近では制定法や法典が増えているが、それは体系的でない。知的なアクセスの面では、規範の分かりやすさが必要である。この点では、フランス民法典が大衆に分かりやすく書かれていることは、あまねく知られている（これに対し、ドイツ民法典はあまりにも専門的である）。フランス新民事訴訟法典もこの点で優れている。

②安定性については、制定法により、規範の内容があらかじめ知られていることが重要である。さらにフランスでは、訴訟を防ぐための手段が発達しており、とくにこのために公証人の果たす役割が大きい（世銀レポートでは、公証人の介入が無益な重荷で、経済の発展を妨げているとされるが、本書全体を通じて、ぎゃくにフランスでは、公証人の活躍により、法の進行がスムーズに行き、むしろ

経済の発展に資するという見解がいたるところで述べられている²¹。

③柔軟性については、法的起源説の主張によれば、判例法のほうが制定法よりも柔軟だとされるが、判例法は、とくにイギリスでは硬直的であり、これに対し、制定法も以下の3点で柔軟的である。

a) 法源のバイタリティ 制定法も時代にそってたびたび改正されるし、判例の推進的役割も大きい。b) 規範の一般性 一般的な公平な規範は柔軟である（その例として、民法1134条1項から無生物責任を認めた判例）。c) 規範の補完的性格（以上、81-97）。

つぎに、フランス法の実質的な優越性については、契約法を例として論ぜられている。ここでも、以下3つの優越性が指摘されている。a) 柔軟性 (ouverture) フランス契約法はすべての法源に対し柔軟である。たとえば、1985年法による違約罰条項の修正。また、外国法の依拠の点でも柔軟である。たとえば、価格の決定について、ドイツ法やユニドロア統一法を考慮した判例。さらに、政治的・経済的・社会的変化に対しても柔軟である。

b) 均衡性 (équilibre) フランス法の特色は「自由」の原理にあるが、それを修正するものとして、「忠実」「安全」「均衡」の原理がある。その例として、契約の前段階の忠実義務、不予見による改訂、一方的解除条項の承認と規制などがある。c) 経済性 LLSVによれば、大陸法、とくにフランス法はコストがかかるとされるが、実際はそうでないことが強調されている（たとえば、司法全体のコストはアメリカに比べはるかに少ないとか、契約、とくに不動産売買において公証人の介在により全体としてコストが節約されるなど。以上、98-110）。

第3章の結論として、フランス法は、豊かで柔軟で近代的な法律、判例、学説、実務の相互的で永続的な影響の点で、うまくいって

21 フランスにおける公証人の活躍については、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割——『フランス法主義』の理解のために」早法 56 卷 1 号、2 号 (1980 年) など参照。

るし、それは今日の深い変化に十分に対応していることが強調されている（110-111）。

最後の第4章は「法の本来の価値」と題され、そこでは、「法」には、経済に還元できない固有の価値があることが強調され、この点で、世銀レポートの経済万能主義を批判している。さらに、世銀レポートが一つのサイズですべてに適応させる点を批判し、法の多様性を指摘している。そして、フランス法は人間的な法（*un droit humaniste*）であることを確認して、本書は閉じられる（113-127）。

（2）Fauvarque-CossonとKerhuelの批判

フランスの比較法学者によってなされた法的起源説に対するもう一つの批判は、現在のフランスを代表する比較法学者Fauvarque-CossonとKerhuelの論稿「法は経済コンテストか？……」である²²。この論稿は、後述する2009年1月にアメリカで開かれた比較法学者と「法と経済学」学者との合同シンポジウムに、フランスから参加したものである。前記アンリ・カピタン協会の反論は、フランス語で書かれたため、広く読まれることが無かったようであるが、本稿は英語でアメリカの比較法雑誌に掲載されたため、反応はより大きいと思われる。

さて、この論稿は全体で20頁足らずのものであり、その3分の2が、世銀のレポートに対するフランスの反応について紹介している部分である。しかし、その中心にあるアンリー・カピタン協会の反論については前述しているので、ここでは残りの、「フランスにおける法と経済学のインパクト」の部分だけを、比較的詳細に紹介したい（本論稿の824-829頁）。アメリカでは、法的起源説と「法と経済学」説とは一応無関係とされるようであるが、両者は広い意味で近接しており、現にこの論稿は、両者を区別していない。結論的

22 Fauvarque-Cosson & Kerhuel, *supra* note 19. なお、Kerhuelについては知るところが無いが、若手の研究者のようである。

には、Fauvarque-Cossonらは、アンリー・カピタン協会と異なり、法の経済的分析を評価し、今後は、両者は密接な関係を保つべきだと主張しているので（その点は、これからとりあげるすべての論稿と共通）、ここでとりあげたい。

法と経済学との関係については、これまでのフランスでも、両者は無関係ではなかったが、経済学上の議論は法の限られた範囲で受け入れられたに過ぎない。アメリカで1960年代から始まった「法と経済学」は、当初フランスの法律家の支持を得なかった（とくにその功利主義）が、それでも法の経済的分析は、次第に影響を拡大し続けた（とくにfairnessをめぐる）。

いまや経済のグローバル化に伴い、法の経済的分析は、法的ルールの比較法的研究にとって有益であるばかりか、必要でもあるとされるようになった。他方で統計学的方法は、競争ビジネス世界の需要にこたえるために、種々の法システムとその能力を比較するかんたんでしっかりした道具であることを証明している。これらの条件のもとで、法の経済的分析を、伝統的な比較アプローチに代えるという強い誘惑もありうる。しかし、経済的分析には多くの欠陥があり、他方、伝統的な比較方法もそれ自体有益であり、経済的アプローチを補完するために必要でもある。比較法の経済的分析に対する寄与としては、①機能的比較法の寄与、②経済学的研究の成果を文化的社会的説明で洗練するという寄与、が考えられる。

法的起源説が、フランス比較法学者の観点から批判されるのは、驚くべきことではない。それは純粹に経済的であり、不完全な評価に基づいているからである。さらに、法的起源説は、法系に分けられた法システムの分類にその分析の基礎を置いているが、それ（法系）は今日時代遅れになっている。法のグローバリゼーションとその変化する境界は、新たな分析への新たなアプローチを必要とする。しかし、法的起源説が引き起こした関心は、比較法に対し、当然インパクトをもつ。この理論は、経済的基準の重要性を論証し、その認識は改善された、より適用力のある比較見解へ導くであろう。換

言すれば、比較法はより包括的な実証的な科学、すなわち、真に行動に対し準備され、増大する経済のグローバル化によって作り出された問題を扱う用意がある科学、へと発展すべきである。

この自覚は、フランスでは二次的な課目と考えられている比較法において、新たな活動を生むであろう。経済的分析への規範的アプローチの支持者と、複雑な比較法的アプローチの支持者の間にあって、経済的分析に関心をもつ比較法学者は、法的ルールと制度の進化についての、より実務と改革を志向した比較法的研究を活性化させるべきである。

以上が、法の経済的分析に対するFauvarque-Cossonらの見解である。それは、アンリー・カピタン協会の世銀のレポートに対する批判とは、まったくトーンを異にし、法的起源説をできるかぎり比較法の発展に役立てようとするものである。そして、これがこれから登場する比較法学者のあいだで、ニュアンスの違いはあるが、ほぼ共通に見られる見解である。

2 Siemsの批判

（1）法系論についての批判

おそらく世界の比較法学者のなかで最も早く法的起源説について本格的な批判論稿を発表したのは、Siemsであろう。かれは、2008年に世界で最も権威のある比較法雑誌のひとつ、『ラーベル雑誌』に「統計学的比較法」と題する論稿を発表し、法的起源説の内容を概観し、それに対する本格的な批判を展開した²³。

この論稿における法的起源説（ここでは、「統計学的比較法」と

23 Mathias M. Siems, Statistische Rechtsvergleichung, 72 *Rabels Z* 354 (2008). Siemsについては知るところが少ない。名前からすると、ドイツ系であるが、スコットランドで法学教育をうけ、現在はエジンバラとケンブリッジで活躍している比較法学者である。本稿のほか、英文論稿として、Siems, Numerical Comparative Law. Do we Need Statistical Evidence in Law in Order to Reduce Complexity? 13 *Cardozo J. Int. Comp. L.* 521 (2006) がある（未見）。

称する)の概要の紹介²⁴とその方法論に対する批判については省略し、ここでは、主として法的起源説が利用する法系論に対する批判(384-388、本稿の頁数、以下同じ)だけ紹介したい。

統計学的比較法の論者は、なぜ法系論に関心を示したのか。この点は、La Porta et al. (1998) の紹介で詳しく紹介したところであるが²⁵、かれら統計学的比較法論者は、経済の発展に対する法の役割に関心をもち、世界各国の法(とくに経済発展に係る法)を対象に統計学的手法により比較を試みた。その結果、この点での各国の法の相違は著しく、しかもそれは法系の相違による違いになっていることを発見した。そして、世界の法系をコモンローと大陸法にわけると、コモンロー起源の法を持つ諸国のほうが、大陸法、とくにフランス法起源の諸国より、経済発展の点で優れているという結論を導き出した。この点では、La Porta et al.のその後の研究によっても、また他の統計学的比較法論者の研究によっても、基本的には変化はないとされている。

では、かれらは法系論として何を考えているのか。この点では、かれらは迷うことなくZweigert & KötzとDavidにしたがっており²⁶、法系をコモンローと大陸法にわけ(さらに大陸法をフランス・ドイツ・スカンジナビア法群にわけ)。さらに、129カ国を対象に私的信用を比較したDjankovらは、以上の4法系のほか、社会主義

24 ただしSiemsは、本稿では、La Porta et al. (1998)ではなく、より新しいLa Porta et al., What Works in Securities Laws? 61 *J. Fin.* 1 (2006) (未見)を主たる対象としている。

25 本誌22巻1号151-153頁参照。なお、法的起源説についての新たな紹介として、松尾弘「シビル・ローとコモン・ローの混交から融合へ」慶応法学19号179頁以下(とくに185頁以下)(2011年)が加わった。

26 ここでは、両著の英語版、K. Zweigert and H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, translated by T. Weir, Oxford: Clarendon Press, 3rd ed. 1998; R. David & J. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, London: Stevens, 3rd ed. 1985が利用されている。

法起源の国（11国、ロシアほか、中央アジア諸国が多い）を加えている²⁷。

さて、このような統計学的比較法論者の採用した法系論に対する Siemsの批判であるが、かれはまず法系論自体が20世紀末以来批判の対象であることを指摘する。そこでは、とくに歴史的観点から、大陸法とコモンローの2大区別は生産的ではなく、またグローバル化した今日では、法系への分類は人に訴える力が無いとする²⁸。

それほどラジカルな批判でなくとも、統計学的比較法論者の採用する法系論については、以下の3点で批判を免れない。

- ① それはヨーロッパ中心である。この点では、すでにGlennが批判している²⁹。統計学的比較法論者がイラン、サウジ・アラビア、イエメンをイギリス法起源としているのは、不当である。
- ② 彼らのあいだで、法系分類の基準が明確でない。その基準としては、実証主義的なものと法文化的なものが考えられるが、どちらをとっても分類が一義的に行われるわけではない。後者の基準を

27 S.Djankov, C.McLiesh, A.Shleifer, Private credit in 129 countries, 84 *Journal of Financial Economics* 299 (2007). Djankovはブルガリア出身の経済学者で当時世界銀行のDoing Businessレポート作成のリーダーの一人。現在は故国に帰り、政府の要職についている。なお、129国の法的起源ごとの分類は、Siems, *supra* note 23, 383 f.に掲載されている。

28 ここで Siemsの引用する文献は、Husa, *supra* note 2; E. Örüçü, Family Trees for Legal Systems, Towards a Contemporary Approach, in : *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. by M. Van Hoecke, Oxford and Portland: Hart Pub. 2004, 359, at 361である。Husaの法系論については、簡単ながら、五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房、2010年、296頁注217）参照。Örüçüは法系論に関し多くの論文を書いているが、上記論文では、すべての法系は何らかの意味で混合法系であること（持論）を、樹木にたとえて、巧みに主張している。

29 H.P.Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford: Oxford U.P. 3rd ed. 2007. Glennの法伝統論については、五十嵐清「法伝統（legal tradition）とはなにか」鈴木祿弥追悼『民事法学への挑戦と新たな構築』（創文社、2008年）78頁以下参照。

とった場合、中国をドイツ法起源とするのは (Djankovら) 間違いである。

③ 法系論は、厳密な学問的研究の成果ではなく、理念型にすぎない。現在その点では、Davidは法系論は教育的機能をもつにすぎないとし、またZweigert & Kötzは初心者に一定の整理を可能にするためにあるとしていることを³⁰、かれらは見落としている。

結論として、Siemsは以下のように述べる (188)。

「上述の批判は、法系のグローバルな使用に関していた。しかし、分類に取り組むことは興味深いものでありうる。各国の法のコード化は、各種のグルーピングにおける共通と相違を数によって明らかにする可能性を示す。そこでは基準として、たとえば地理的状态、政治構造 (デモクラシー、君主制、独裁制など)、地域的または国際的機構 (EU、OECD、WTOなど) への参加、または文化的宗教的所与のようなものを、立てることができる。加えて、異なる法系のあいだの差異とされる個々の観点を別離して観察することが試みられうる。このようにして、それ自体純粹に教育的な法系の機能が数量的に高められる。……これに対し、種々の法系のあいだの相違の他の個別的要素 (たとえば、ローマ法の影響、またはイギリスの判例法の適用) は、あらゆる法秩序の分類のためのモデルとしてのみ使用されうるであろう。

さいごに、なぜ特定の国が特定の法を持つのかという問題は、将来においても第一に非計量的比較法によって答えられうるであろう、ということが付加されなければならない。統計学的比較法は時の系列をコード化できる。しかしそれは、個々の法秩序の歴史的に入念な比較を代替することができない。各法システムはその歴史の結果であるので、この方法で、異なる、または共通の歴史的発展により、

30 David & Brierley, *supra* note 26, 21 (オリジナル版の最新版では、R. David & C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11 ed. Paris : Dalloz, 2002, 16) ; Zweigert & Kötz, *supra* note 26, 73.

相違性と共通性は解明される。すでに強調したように、比較法の新たな量的方式は質的比較法を補充すべきであり、駆逐すべきではない。」

以上のように、Siemsは統計学的比較法が伝統的比較法にとって代わることを承認しないが、伝統的比較法に対する一定の効用を認め、「統計学的比較法の意義は低く評価されるべきではない」というのが全体の結論となる（389）。

（2）その後のSiems

かれは、統計学的比較法を批判するだけでなく、自分も共同研究の一員となって、統計学的手法を用いた研究に加わった。それは、ケンブリッジ大学のビジネス研究センターにおける「法、ファイナンス、発展研究」である。その成果は、2009年に「いかにして法規範は進化するか？ 株主、債権者、労働者の保護のクロスカントリー的比較からの証拠」として公表された³¹。その大要は、以下のとおりである。

法的起源説の従来の研究は1990年代の後半に焦点を置いているが、この研究は、株主、債権者、労働者の保護に関する、1970年から2005年までの36年間における各国の法の発展について、従来の研究より指数を多くして、数量的比較をしている。その代わり、研究対象国は、3大母法系であるイギリス、フランス、ドイツと、世界で経済のもっとも発展したアメリカ、世界最大の民主主義国・インドの5カ国に限定された。その結果は、とくに株主保護に関しては、過去10年ないし15年のあいだに各国とも法制度を改革したため、コ

31 John Armour, Simon Deakin, Priya Lele, and Mathias Siems, How Do Legal Rules Evolve? Evidences from a Cross-Country Comparison of Shareholder, Creditor, and Worker Protection, 57 *AmJCompL* 549 (2009). なお、株主の保護にしばった研究のドイツ語版として、M. M. Siems and P. Lele, Der Schutz von Aktionären im Rechtsvergleich : Eine leximetrische und ökonometrische Untersuchung, 173 *Zeitschrift für gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 119 (2009) がある。

モンローと大陸法のあいだに収斂現象が見られ、これに対し、債権者と労働者の保護に関しては、両法系のあいだにいぜんとして差異も存するが、その相違の原因はそれぞれの国における制度的メカニズムに由来するものであり、そこからはコモンローのほうが大陸法よりも優位であるという結論を導き出すのは困難である、というものである。

この研究は、従来の法的起源説の欠陥を是正し、その補強をなすものであるが、法的起源説の主要テーゼである、経済的發展についての、コモンローの大陸法に対する優位性を認めない点で、とくに本稿にとって注目に値する³²。

3 Michaelsの批判

(1) はじめに

世界の比較法学者のなかで、法的起源説に対し、比較法の面から最も詳細な評価を述べたのは、Michaelsであろう。かれは、法的起源説が、世界で広く注目を浴び、さらに世銀のDoing Businessレポートが大きな衝撃を与えているのに、伝統的比較法学者がこれをまったく無視してきたのは遺憾であるとし、2009年1月に、比較法と「法と経済学」に関心のある研究者のグループにより組織された、AALS（アメリカ・ロースクール協会）のパネルで、主報告を行った。それが、これから紹介する「数による比較法？ 法的起源テーゼ、Doing Businessレポート、および伝統的比較法の沈黙」と題す

32 ただし、本稿の本文は、この論文の内容に深入りせず、レジュメに沿ってまとめたに過ぎない。なお、この論文を評価する文献として、Jan Lieder, Legal Origins und empirische Rechtsvergleichung: Zur Bedeutung für die Entwicklung von Kapitalmärkten und Corporate-Governance-Strukturen, 109 ZVgIRWiss 216 (2010), at 237 f.; Katharina Pistor, Statistische Rechtsvergleichung: Eine kritische Bestandsaufnahme, 109 ZVgIRWiss 348, at 360 (2010) 参照。

るThe American Journal of Comparative Law誌の57巻4号の冒頭を飾る論文である³³。

かれはまず、その冒頭のレジュメにおいて、法的起源説に対する伝統的比較法学者の無視は、以下の3個のネガティブな結果をもつという。①もしわれわれがその特殊な知識を役立てないならば、経済学的な討議は、伝統的な比較法の知識を無視、または過って代表し続けるであろう。②ディシプリンとしての比較法は、重要な挑戦をしている経済学者の見解に対比して、それ自身の進歩と欠点を測る機会を失うことになる。③最も重要なことだが、われわれ（比較法学者）が沈黙すれば、比較法の分野はそのテーマがしだいに他人によって論ぜられるので、比較法は政治的なプロジェクトにとって重要でないままになってしまう。われわれがその重要性を維持することを欲するならば、われわれはその特別な専門知識を法改革のような重要なプロジェクトに影響を与えることが必要である。

この論文の目的は、①法的起源説の内容を伝統的比較法学者に紹介し、われわれのディシプリンの伝統的なテーマへの重要な結びつきを示すことにあり、②一方では、この（法的起源説の）研究に対するどのような批判が、伝統的比較法の知識から発生するか、他方では、どこで伝統的比較法そのものがこの研究から学ぶことができるかを、調べることであり、③比較法の継続的重要性を考えることである。それは、経済学と統計学によって置き換えられられるであろうか？ または、比較法には取って代わられえない特別の価値があるのだろうか？

33 Ralf Michaels, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, *Doing Business Reports*, and the Silence of Traditional Comparative Law, 57 *AmJCompL* 765 (2009). なお、Michaels は現在Duke大学教授で、比較法に関しては、The Functional Method of Comparative Law, in: M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U. P. 2006, 339などがある。

この論文は、以上のような問題提起をして本論を始めるが、ここでは法的起源説および世銀のDoing Businessレポートの内容の紹介とその反響についての部分をすべて省略し、比較法との関係を論ずる後半部分だけを、比較的詳細に紹介したい。

(2) 法的起源説と比較法との関係

この部分(第3章)は5個のテーマを扱っているので、それぞれについて紹介する。

(a) 比較法の方法 (776-780、本論文の頁数、以下同じ)

法的起源説のアプローチと伝統的比較法の方法には一見すると共通点はないようだが、つぎの3点で興味深い共通点が見られる。

① law in the booksとlaw in action 当初の法的起源説はlaw in the books、つまり制定法中心であったが、これはlaw in actionを重視すべきであるという比較法の批判を免れるものではない。そこで、最近の法的起源説はlaw in action、すなわち制定法の適用の実際も考慮に入れるものとなった。しかし、それは検討の対象を複雑にし、測定が可能であるかが問題となる。さらに、最近の法的起源説は、制定法のなかには信仰やイデオロギーが化体され、それが世代を通じて受け継がれると主張しているが、イデオロギーは必ずしも制定法に影響するわけではない。

② 機能的な方法 法的起源説や世銀のDoing Businessレポートで利用された経済学的方法は、實際上、その核心において機能的な方法の数量的な精巧化である。これまでも、機能的比較法学者は「法と経済学」の手法を利用してきた(実例省略)。機能的比較法は、同様な機能を果たす他の制度と比較をする。たとえば、少数株主保護について、コモンローでは判例が役割を果たしているが、フランスでは立法者が、ドイツでは学者がその役割を果たしている。その結果、法システムのそれぞれの能力における差異は、法的起源説論者が想定するより小さいものとなる。おそらくこれらの問題は、研究が機能的等価物の可能性を、より真剣に考えるならば改善されうる。しかし、その方法の限界は残る。

③ ケース・メソッド 法的起源説は機能的比較法と重なるだけでなく、共通の核心探求のケース・メソッド（the case method of common core research）とも重なる。たとえば、Djankovらは、種々の国における債務のエンフォースメントを測定する場合に、各国の倒産実務家に対し、倒産の実行についての同一のケース研究を課している³⁴。この方法は、伝統的比較法における種々の法システムのあいだの共通の核心を探求する試み——それはSchlesingerの契約の成立についての研究に始まり、最近ではヨーロッパ私法の共通の核心研究に続く——とパラレルである³⁵。もっとも、両者のあいだには違いもある。共通の核心プロジェクトは、その性質上法的である。Schlesingerの関心は、契約がどのように形成されるかにある。これに対し法的起源説は、法的ルールを法外の発展の研究における単なる要素と見るにすぎない。影響という点から見ると、共通の核心プロジェクトは、法的起源説にくらべると、はるかに成功度が少ない。他方、法的起源説や世銀のDoing Businessレポートは、その強い規範的要素のゆえに、より成功している。比較法学者は、それに学ぶ必要がある。比較法の質のひとつである記述と詳細性の強調は、効果性に関してはその短所となりうるのである。

(b) 法系と大陸法・コモンロー 2 分論（780-783）

法的起源説の核心的要素は、大陸法系とコモンロー法系の区別である。この区別は種々の役割を演ずる。まず、ある法系への帰属は、過去および現在の経済的発展の原因としての実験的要素とみなされ

34 Simeon Djankov et al., Debt Enforcement Around the World, 116 *Journal of Political Economics* 1105, 1106 (2008).

35 R.B.Schlesinger (ed.), *Formation of Contract ; A Study of Common Core of Legal Systems*, 2 Vols. Dobbs Ferry, 1968 (紹介・木下毅・[1970-1] アメリカ法27頁). ヨーロッパ私法の共通の核心研究については、すでに10冊ほどの成果が公表されているが、最新のものとしては、事情変更の原則を扱う Ewoud Hondius and Hans Ch. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge U.P., 2011がある

る。つぎに、法系は、その経済的パフォーマンスに基づいて評価される。つまり、コモンローは、全体としてより優れたものとされる。第三に、法系は法改革のモデルとして利用される。これらすべては、LLSの法系の利用を比較法の知識と関係付けるに値する。

① 法系の分類 LLSは法系を大陸法とコモンローに分けるが、これは粗野で、欠陥が多い。それに、すべての法システムは混合的である。両法系のあいだには相互影響がある。さらに、非西欧諸国では、西欧法は土着の伝統法と混合している。LLSはすべての法系ではなく、コモンローと大陸法にだけ関心を持っている。しかし、それには問題が多い。今日の比較法では、大陸法・コモンローの2分は、多くの問題で重要性を減少させた。とくにそれは、法的起源説の研究対象である経済法の領域で重要性を失っている。もっとも、民事訴訟の領域では、その区別はいぜん重要である。それはコモンローにおける裁判官の独立性と適応性に由来する。

② 法系の利用 (本稿でたびたび指摘するところであるが) 今日では、比較法学者は法系論を主として教育目的に利用している。これに対し、LLSは法系をhard dataと捉える。LLSは以下のようなDamaskaの区別³⁶、すなわち大陸法は政策実行型であるのに対し、コモンローは紛争解決型であるという説を採用している。法的起源説では、法系は時を越えて不変である。両法系の違いは、17世紀以来変わらないとされるが、これには説得力がない。多くの比較法学者は今日法系が静的であることに批判的で、このため、よりダイナミックな「法伝統」が好まれるようになった。コモンローと大陸法の不変の差異を強調する法的起源説が、「法と経済学」に対する最大の批判者であるLegrand³⁷と共通するのは皮肉である。しかし法

36 Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale U.P., 1986.

37 Pierre Legrandの見解については、不十分ながら、五十嵐・前掲(注28)137, 162, 225頁参照

の起源説は、大陸法とコモンロー諸国の国民経済における歴史的起源に基づく永続的な差異を示す経験的データを提供しているように思われる。

(c) 通約可能性 (commensurability) と評価 (783-787)

法的起源説とDoing Businessレポートの大成功の主な理由は、コモンローは大陸法よりも経済の進歩にベターだとする、強い規範的な結論に求められる。法的起源説では、この結論は記述的なものとして提示され、したがって修正されうが、他方、Doing Businessレポートのほうは公然と評価的である。比較法学者は、規制競争 (regulatory competition) を論ずるときは、そのような評価的比較を支持するが、概してかれらは、比較的評価は純粋な知識といふかれらの主目標と両立しないとして、これを軽蔑する。この評価への不安の理由としては、通約可能性の問題と本国向けバイアスがある。

① 規制競争 伝統的比較法においてこれまで経済学が使用された一つの場所は、規制競争における討論に見られた。しばしば法システムのあいだの競争は、立法者にとっての単なる道具箱として使用されている。法システムそのものが競争するというアイデアは、多くの比較法学者によって共有されていない。Doing Businessレポートは、反対に、そのような競争、とくに私的投資者のための競争を強調している。しかし、最近における効率性をこえる他の価値の採用は、比較法のより全体的な比較への強調への、意図的ではない接近を示すものである。

② 相対性 通約可能性は、比較可能性の中心的前提であり、したがって比較法の中心的な争点である。比較法は「比較の第三項 (tertium comparationis)」を要求する。われわれは、つねに法システムを特別の要素に関して比較する。類似と相違の発見は、選ばれた特別の第三項とつねに相関している。絶対的な比較は不可能である。よりよき法を決定する場合には、これはより真実である。ある人たちは、非通約性に基づいて、どんな評価的比較法にも反対し

ている。しかし、そのなかに価値を見る人たちでも、もし二つの法が機能的に同一であるならば、そこには等価性が見られ、その間に優劣が無いからであるという理由で評価を躊躇している。差異は、その機能の外にのみ生ずるのである。しかしDoing Businessレポートには、比較の相対的な性格が視野から落ちている。コモンローは大陸法にくらべ、経済成長を促進するためにだけ優れているのに、全体的にベターだとしている。もっとも、ランキングの還元主義的特性は、その市場性にとって有利であり、ランキングは複雑な比較より、よりシンプルである。そして、そのシンプルさはかれらの強さであり、それはおそらく比較法が経済学に学ぶために必要な長所である。

③ 客観性 法システムの比較評価における付加的な問題は「本国志向バイアス (homeward bias)」である。すべての比較法学者は、ただそれを良く知っているというだけで、自国法に好意的であるというリスクを知っている。ただ、この本国志向バイアスは克服されうるか、または自国の法システムのメンタリティのなから必然的に抜け出せないかについて、見解が分かれる。この本国志向バイアスには二つの型がある。ひとつは「解決のバイアス (solution bias)」であり、それは、たんにそれをよく知っているというだけで、自国のシステムのの問題解決を、他国より優先させるものである。これは、比較法学者が克服しようと努めるところである。法的起源説とDoing Businessレポートは、この問題を克服し、真の中立性を保とうとしているが、部分的にしか成功していない。それでもかれらは、経験的データと測定により、このバイアスに対する有効な救済策を提供しており、伝統的比較法学者はそこから多くを学ばなければならない。

いまひとつが、いわゆる「問題のバイアス (question bias)」である。それはわれわれが見出す解決ではなくて、われわれが問う問題に関する。われわれは自分自身の法の枠のなかで考えるので、われわれ自身のシステムによって課せられた問題を問う傾向がある。

このバイアスを克服する唯一の道は、他の法システムの比較法学者との対話である。法的起源説の論者は、このバイアスの克服には成功していない。かれらの多くはアメリカの経済学者なので、アメリカ法のバイアスに陥りやすい（その例として、株主権の強調）。それゆえ、アメリカ、および他のコモンロー諸国の良いパフォーマンスは、問われた問題の直接の結果である。

(d) 法の移植（787-789）

法の移植は、法的起源説において、二つの役割をもつ。第1は、記述的・説明的役割。植民地化の過程での西欧法の非西欧諸国への押し付けは、これらの植民地における経済的進歩の説明的要素と見られる。第2は、規範的役割。コモンローの規範と制度の輸出は、経済的パフォーマンスを改善するための一方法として推薦される。この両者は、伝統的比較法と結びつく。

① 植民地化 19世紀におけるヨーロッパの法システムの輸出は、伝統的比較法のよく知られたトピックであるが、植民地主義の政治的な側面は控えめに扱われた。他方、植民地主義の暴力は法的起源説にとって長所となった。法が内発的な選択なしに植民地に押し付けられたという想定は、法を外部的要素として取り扱うことを可能にする。不幸にして、法の移植のイメージには比較法の立場から重大な欠陥がある。移植は、植民地化およびポスト植民地化の時代において、LLSによって提供されたより複雑であったし、また現在はより複雑である。われわれは、法の移植は、これらの法を変化させずにはおかenことを知っている。移植された法は、輸入先の法システムのなかで内部的な発展を作り出すことで、法的刺激物（legal irritants）のように機能する³⁸。われわれは、形式法の移植は、それが法専門家の移転を伴わないと成功できないことを知っ

38 legal irritantsということばは、Teubnerによって提唱された。Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, 61 *The Modern Law Review* 11 (1998) 参照。

ている。われわれは、法の輸出は法に対する需要がなければ成功せず、またその採用を推進するローカルな利益集団がなければ成功しないことを知っている。それらすべてにもかかわらず、法的起源説は比較法にとり非常に興味深い。本来、大陸法のほうが、コモンローよりも輸出しやすいはずなのに、LLSの主張が正しいとすれば、コモンローのほうが経済成長に資したのはなぜか。これは、非常に重大な問題を提起する。これに対するひとつの説明要素は、イギリスの間接統治の慣行に求められる。それは、ローカル・エリートに権限を与え、それにより植民地を、とくに独立後は、ローカルな構造と制度、および固有の専門家に依拠することを可能にした。それは、そのような専門家をゼロから作りださなければならなかったフランスの植民地よりも、大きな長所である。

② 法改革 法的起源説は、大陸法よりもコモンローを採用したほうが良いパフォーマンスを得るというDoing Businessレポートの規範的含意から、その養分を得ている。このレポートは、法の改善への関心を伝統的比較法と、ねじれがあるけれども、共有している。伝統的比較法学者は主として自国法の改善に焦点を置いていた。他方、Doing Businessレポートは、第一に外国の法の改善を目的としている。つまり、ここで問題となるのは、法の輸入でなくて、むしろ西欧法の非西欧諸国への輸出である。それは、「一つのサイズが全体に適應する (one size fits all)」アプローチのための一つの説明であろう。かれらにとって、法改革において重要なことは、比較法学者が議論するように、ローカルな条件と最適に焦点を置くよりも、最善の法を見出し、それを輸出することである。

これは、これまでの比較法研究を無意味にすることではない。最適への焦点は、法の輸入だけでなく、輸出にとっても重要である。輸入国は、外部の観察者よりも、最適を決定するのによりよく準備されているわけではない。外部の観察者は、なにが改革として理にかなっているかについて、新鮮で有益な視点を提供できる。しかしこのことは、伝統的比較法学者が、法改革のプロジェクトにおいて、

もっと目立つように努めることを意味する。かれらは、なにが最適かについてその専門的知識を提供することができる。この点で、日本の法支援へのアプローチ——それはローカルな適合への要請を強調するものであるが——は興味深い例を提供している³⁹。世界銀行とIMFは、より比較法に基礎を置いたアプローチにオープンであることを証明するであろう。

(e) 文化（789-791）

前述のように、Doing Businessレポートに対するフランス法律家の主たる批判は、文化の軽視にある。この批判は、比較法における最近の文化への転向に特徴的である。その傾向は、われわれ比較法学者が文化について抱いているあいまいな概念によって、加速された⁴⁰。しかし現実には、文化と経済学の衝突は、それほど明白ではない。第一に、異なる研究上の問題は異なる視点を重要または非重要とする。法的起源説が興味を持つのは、法と経済的進歩の関係であり、法と価値または法と文化との関係ではない。法と経済的進歩の関係の研究がなぜ文化を含まなければならないかは、明白でない。おそらくローカル文化の適当な理解は、法改革の成功に必要なものであるけれども、文化を強調しすぎると、法全体の進歩を後退させることになる（たとえば、アフリカにおける法移植の場合）。Doing Businessレポートに対するフランス文化の強調は、たんなる保護主義とみなされる可能性がある。

第二に、文化は経済的分析のタブーである必要は無い。ひとつの経済的視点から、文化は非公式な障碍として概念化されうる。しかし大部分の経済学者は、より中立的な立場をとっている。かれらは、

39 Michaelsはここで執筆当時未刊のShuya Hayashiの論文を引用している。

Michaels, *supra* note 33, 789 note 110参照。

40 法文化一般についてのMichaelsの見解は、Ralf Michaels, *Rechtskultur*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Vol. II, ed. by J. Basedow et al. Tübingen: Mohr, 2009, 1255を参照。そこでは、とくに「法文化」の多義性が問題視されている。

種々の社会における文化的な好み、どの法システムが最も適当かを決定する一つの要素として、それを測定することを試みている。最近の研究では、多数のアメリカとフランスの経済学者が、規制の高い程度と、社会における相互の不信の高いレベルとの間の相互関係を示そうとしている。われわれは、経済学が文化を正しく捉えるかどうかについて問うべきであろう。しかし、経済学が文化のための余地を残さないと考えることは誇張であろう。

法的起源説における文化の欠如の問題は、もっと間接的である。文化が各プロジェクトのなかで表現される必要は無く、またそれが経済学の言葉で概念化されなくても、法改革に関する討論が経済用語で行われているという事実は、實際上、文化的特殊性は無視される傾向があることを意味する。コード化は、文化の適当な理解へ容易に導かない。このことは、初期のDoing Businessレポートの「ひとつのサイズが全体に適應する」というアプローチがそうであるように、継受諸国における文化にとって真実である。しかし、継受元の諸国の文化とその法の文化的偶然性にとっては、多分もっと真実である。比較法の核心的目標の一つは、他の法との関係で自国法、さらには文化を理解することである。アメリカ法はしばしば例外的だといわれる。これに対し、法的起源説は反対の極端を好み、アメリカ法は基準、法的収斂のゴール、法史の終点として確立されているとされる。だが、比較法学者はアメリカ法とその構造の文化的特殊性を目立たせるための仕事を続けている。

しかしながら同時に法的起源説は、比較法における法文化の強調しすぎのリスクへの健全な解毒剤を提供するであろう。われわれはしばしば法文化を気まぐれとして、われわれがもっとはっきり表現できない視点の不正確なshorthand（簡潔な言い方）として使用する。文化を無視、またはそれを操作する研究は、われわれに対し、われわれが文化として何を意味するのか、そしてなぜわれわれは経済学者がそれを正確に説明しないと考えるのか、ということをもっと正確に表現するように圧力をかける。このような圧力は、比較法

にとり役立つだけである。

（３）結論（791－795）

以下はMichaelsの論文の結論である。

比較法と経済学の関係にとって、以上から何が答えとなるか。最初の答えは、経済学はいまや比較法にとって代わるという予言であろう。法的起源説論者は、ちょうど100年前（1897年）に、Holmes裁判官が、将来の法学研究者は統計学や経済学の精通者である、と宣言したのを実現したことになる⁴¹。法的起源説とDoing Businessレポートの驚くべきほどの政治的成功は、比較法の衰退する政治的重要性と比べて、一層その感を強くする。しかし、経済学のために比較法が終焉することは、ありそうもない。まず比較法は、政治や法改革の手段のほか、重要な役割を維持するであろう。つぎに、法的起源への経済的アプローチはより良い比較法の理解に依存するということが、すでに明らかになっているからである。比較法の終焉の惧れは、その分野自身の永続的な不安の徴である。少なくとも比較法は、新たな比較経済学の必要な基礎として生き延びるであろう。

反対の答えは、比較法の見地からあまりにも欠陥が多いとして、法的起源説を捨て去ることであろう。しかし、これもまた、行き過ぎであろう。法的起源説はその中心において明らかに経済的であり、法的ではないので、そのような欠陥は驚くべきことではない。さらに、経済学の内部でも、法的起源説の価値や欠点について精力的な討論が継続している。その討論のなかには、比較法学者にとってもパラレルなものもあり、相互の会話が可能である。一方では、良い経済学者でも良い法的分析をするのは困難であるし、他方では、経済学はわれわれ比較法学者にとって興味深いものである。最近再び現れた経済学者の法に対する関心を、われわれ比較法学者は育て、

41 Holmes, The Path of the Law, 10 *Harvard L. Rev.* 457, at 469 (1897).

支持しすべきであって、捨て去るべきではない。

そこで第3の答えとして、経済学と比較法とのより強い学際的提携が示唆される。そのような学際性は長い伝統をもつ。Holmesの予言の3年前に、ベルリンで「比較法学・経済学の国際協会」が組織され、その機関誌の巻頭言で、法律家と経済学者は、世界における一般的福祉の改善のため協力すべきである、と宣言された⁴²。しかし、その後両者の協力はほとんどなされずに終わった。シカゴ学派による「法と経済学」は、非歴史的かつ非比較的であった。他方、ほとんどすべての現在の比較法学者は経済学を無視した。

法の起源説は、経済学と比較法との新たな学際性にとって、喜ばしいインセンティブを提供している。しかし、経済学と比較法は少なくともある程度分離したまま残るであろう。まず、法は測定するにはあまりにも複雑であるのに対し、経済学の魅力は、複雑性を操作しうるデータに還元する点にある。つぎに、法・経済学者 (lawyer-economists) は法の外の見解に関心を示す傾向があるのに対し、法律家の内向きの視点は、社会科学としての経済学に近づきにくいままである。そのことは、われわれ比較法学者は法・経済学者と対話をすべきであることを示唆する。われわれは、かれらのプロジェクトに複雑性と正確性を寄与できるし、またそうすべきである。かわりに、われわれはかれらから、経験的事実の測定と、結果を単純化し操作する方法を学ぶことができる。もっと重要なことだが、われわれは、政治的経済的決定に影響するような学問的研究成果の使用方法を学ぶことができる。

そして結局、経済学からの挑戦は、われわれ自身の知識の特殊性をふたたび自覚させることになる。われわれは久しく、比較法

42 この協会については、簡単ながら五十嵐清『比較法学の歴史と理論』（一粒社、1977年）29頁以下、および五十嵐・前掲（注28）36頁参照。ただし、比較法と経済学の協調については触れていない。この点は、Michaels, *supra* note 33, 792 f.参照。

は、法以外の何ものか——多分、比較社会学、比較文化研究、または比較経済学——であるというアイデアをもて遊んできた。もしそうなら、比較法学者は不適切である。比較社会学は社会学者により、また比較経済学は経済学者によって行われるほうがベターである。それとともに、これらのディシプリンは、法とその比較については、不適切な理解をもっている。われわれ比較法学者が持っているのは、法についてのこの特殊な知識であり、結局、法的起源説やDoing Businessレポートは、この特殊な知識が実際にかに重要であるかを示している。

4 その他の批判

その他の批判としては、主としてThe American Journal of Comparative Law誌の57巻4号に掲載された他の論文を紹介したい。ただし、Michaelsの紹介に紙数を取りすぎたので、以下は簡単にしたい。

（1）Spamannの批判

まず紹介するのは、ハーバード大学教授のHolger Spamannの「比較法のための大量サンプル、量的研究デザイン？」と題する論文である⁴³。Spamannの論文は、法的起源説の特色をタイトルのように捉え（頭文字をとって、LSQRDと称する）、それが比較法にとっていかに重要かを説くものであり、他方、法的起源説の中心的テーゼである法系間の優劣は問題としない⁴⁴。かれによれば、これまでの比較法は、主として1国または2国を比較の対象として取り

43 Holger Spamann, Large-Sample, Quantitative Research Designs for Comparative Law?, 57 *AmJCompL* 797-810 (2009).

44 Spamannは、アメリカ法はコモンローの中でも特殊であるとしているので、数量的研究において法系間の優劣を問題とすることに批判的であると思われる。Spamann, *supra* note 43, 804.

上げてきたが、それだけで比較法の理論を形成するのは、不十分である。そこでできるかぎり多くの国を対象とすべきである。そのためには、数量的方法が必要となる。そこには必然的に多少のエラーが生ずるが、大量のデータを使うことで、誤差は治癒され、客観的な結論が得られるとして、LSQRDは支持される。以下は、その結論部分の要約である。

「この短い論文で私は、われわれ比較法学者が、LSQRDの力を比較法の利益のために利用し、われわれの専門知識を他の領域における量的比較法研究の改善のために寄与すべきである、と主張した。若干の人たちは、法的インプットを用いるLSQRDは比較法の領域に属するか疑問に思うであろう。私の見解では、この問題は二次的な重要性をもつにすぎない。重要なことは、そのような研究が適切な質問に答えることを助けることができるか、そしてそれらの研究が、種々の国の法についての知識と比較の困難性に対する評価をもつ研究者のインプットから、利益を得るかどうかである。私の考えでは、答えはどちらの争点についてもイエスである。

LSQRDは“比較法に取って代わる”べきとか、またはそうなりうるということを、私は信じていない。比較法には、LSQRDにはなじみにくい大きな領域がある。そして、なじみやすい領域でも、LSQRDは質的方法と敏感に結合しなければならない。他方、われわれ比較法学者は、LSQRDをわれわれの方法の宝庫に組み入れることによって得るところがある、と私は信じている。」⁴⁵

(2) Milhauptの批判

つぎに紹介するのは、コロンビア大学の日本法研究者Curtis J. Milhauptの「法的起源を越えて：法の経済に対する関係を再考する——政策への含意」と題する論稿である⁴⁶。この論稿は、Mil-

45 Spamann, *supra* note 43, 810.

46 Curtis J. Milhaupt, Beyond Legal Origin : Rethinking Law's Relationship to the Economy—Implications for Policy, 57 *AmJCompl* 831-845 (2009).

hauptがコロンビア大学の同僚、Katharina Pistorとの共著『法と資本主義』⁴⁷の要約であり、それ自体独立に紹介するに値するが、比較法理論への言及が少ないので、ここではごく簡単に紹介するにとどめる。

Milhauptによれば、法的起源説はコモンローと大陸法との区別を中心とするが、それは各国における法と経済の関係を説明できるものではない。各国の法システムは、以下の諸要素によって区別される。①まず、それは法システムの組織によって区別される。それは、中央集権化型か分散化型に分かれる。②つぎにそれは、法に帰属する機能によって区別される。その機能は、保護的機能（とくにアメリカ）と協働的機能（ドイツ）に分かれる。各国とも、それらの型や機能について程度の差がある。各国がそのマトリックスのどこに位置づけられるかは、その国の政治経済（political economy）による。そこでは、法的起源は大きな意味をもたない。Milhauptらは、このような方法論に基づいて、世界を代表する6か国（アメリカ、イギリス、ドイツ、日本、韓国、中国）における金融危機を背景として生じた会社のトラブルについて、ケース研究をした（日本では、ライブドア事件が取り上げられた）。以下は、本論稿の結論である。

「法的起源説の分析は、経済学者、法学者、および法改革者のあいだで、なぜ、そしてどうして法は、望ましい経済的制度と結果の発展にとって重要であるかについての、すぐれた対話を始めるために大きな功績を示した。しかし、会話が順調に進行している今日では、法的起源を越えて、なにが法であるか、どのように法は変化する

47 Curtis J. Milhaupt and Katharina Pistor, *Law and Capitalism; What Corporate Crisis Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2008. なお、Pistorの比較法理論については、カタリーナ・ピストー（佐藤育己訳）「市場化社会に向けての比較法」櫻村志郎編『規範と交渉』（法律文化社、2007年）92頁以下参照。

るのか、なぜ法は経済の発展について重要なのかについての、より有益で現実的な構想に移行する時期である。」⁴⁸

Milhauptの研究は、法的起源説を無用とするものではないが、それに対する評価は、他の比較法学者に比べると低いといわざるを得ない。かれらの行った研究は、質的比較法研究というべきものであり、そのほうが量的比較法にまさるというのが、かれらの主張であるように思われる。

(3) Reitzの批判

つぎに、アイオワ大学教授John Reitzの「法的起源、比較法、および政治経済」と題する小論をとりあげる⁴⁹。この論稿は、今回紹介する論稿のなかで最も法的起源説に同調するものである。Reitzは、法的起源説のなかで最も新しい論稿であるLa Porta et al. (2008)⁵⁰を考察の対象としているが、その点も特色といえる。

Reitzはまず法的起源説の量的方法を、伝統的比較法の代用物ではなく、その拡大としてポジティブにとらえる。そして、法的起源説の量的方法に対するいろいろな批判にもかかわらず、その方法自体を否定する根拠は無いとする⁵¹。比較法は、法システムについての一般性を発展させ、検査するために量的方法の有用性を開発すべきであるとする。

さてLa Porta et al. (2008) は、研究の到達点を次のように述べている。「この論稿では、われわれは経済生活の社会的統制の一つ

48 Milhaupt, *supra* note 47, 845.

49 John Reitz, Legal Origins, Comparative Law, and Political Economy, 57 *AmJCompL* 847-862 (2009)

50 Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes, and Andrei Shleifer, The Economic Consequences of Legal Origins, 46 *Journal of Economic Literature* 285-332 (2008). この論文には、La Porta et al. (1998) とは違い、Vishnyは加わっていない。なお、この論文については、本稿では「Ⅳ その後のLa Porta et al.」として詳細に紹介する予定であったが、紙数の関係などで省略したい。

51 Reitzはこの点で、前掲のMilhauptらのケース研究を批判する。Reitz, *supra* note 49, 853 f.

のスタイルとして法的起源についての広い概念を採用する。われわれは強い形で、コモンローは私的な市場の結果の支持を求める社会的統制の戦術の味方をするのに対し、大陸法はそのような結果を国家によって望まれた割り当てに置き換えることを求めると主張する。」⁵² Reitzは、これまでのアメリカ、イギリス、ドイツ、フランスの4カ国における各種の法制度についての政治経済的研究の結果として、この結論を基本的に支持する。ただし、法的起源説とReitzの見解には相違点もある。とくに、コモンローと大陸法のあいだだけでなく、それぞれの法系のなかにおいても、国による違いが見られるとされる。簡単にいえば、アメリカがもっとも市場指向型であるのに対し、イギリスはそれに続き、ぎゃくにフランスがもっとも国家中心であるのに対し、ドイツがそれに続く。各法系の内部における国による違いも大きいが、法的起源説はそれを無視している⁵³。

結論として、Reitzはコモンローと大陸法との違いを認めるものの、そこからコモンローの優位を導くことをしない。他方で法的起源説も、La Porta et al. (2008) では、従来の見解を軟化させ、法的起源は運命ではなく、変更可能であるとするほか、市場中心主義は通常の経済状況で通用するが、世界大戦や大恐慌が発生したときは、国家介入主義が勝るとする。Reitzの政治経済的研究は、異なる法系間における相互理解の助長を促すものであり、La Porta et al. (2008) もその方向をめざしているように思われる⁵⁴。

なお、The American Journal of Comparative Law誌の57巻4号には、そのほか、ピッツバーグ大学の比較法学者Curranによる

52 La Porta et al., *supra* note 50, 286.

53 Reitzはここで、コモンロー法系に属するニュージーランドに触れている。ニュージーランドは、19世紀後半より国家中心になっているとされる。Reitz, *supra* note 49, 860.

54 Ibid. 862 ; La Porta et al., *supra* note 50, 326 f.

「比較法と法的起源説」と題する論稿が掲載されているが⁵⁵、これはMichaelsの問題提起に正面から答えたものではなく、かつ私には理解困難なところが多いので、ここではその紹介を省略し、代わりに最近ドイツで公表されたLiederの批判の紹介をして、この章を閉じたい。

(4) Liederの批判

法的起源説に対する比較法学者による最も新しい本格的な批判は、ドイツの若手研究者Liederによる「法的起源と経験的比較法」と題する論文である⁵⁶。この論文は、内容が充実しているだけでなく、執筆者がドイツの利益を代表しているので、ここで取り上げたい。

Liederは、法的起源説について、その内容と最近までの発展を跡付けた後、詳細な批判を試みている。しかし、ここでは比較法の側からなされた批判にしばって紹介したい(241-256、数字は本論稿の頁数。以下同じ)。まず、法系分類についてであるが、Liederも、法的起源説の出発点である、コモンローと大陸法の区別という精密な2分論を疑わしいとする。とくに、特定の国家をどこに入れるかは、困難な問題である。その例として、日本の会社法をあげる。さらに両者については、最近の収斂現象があてはまる。

55 Vivian Grosswald Curran, *Comparative Law and the Legal Origins Thesis*, 57 *AmJCompL* 863-876 (2009). なおCurranは、法学以外の領域についても造詣が深い比較法学者であり、引用頻度の多い論文として、*Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 *AmJCompL* 43 (1998) があるほか、ユニークな比較法教材として、*Comparative Law ; An Introduction*, Durham : Carolina Academic Press, 2002が刊行されている。

56 Lieder, *supra* note 32. Liederは、ハーバード大学のLL.M.をへて、ニューヨーク州で弁護士資格をとった後、現在はイエーナ大学の民法講座の研究協力者である(法学博士)。なお、この論文のタイトルは「法的起源と経験的比較法」となっているが、Liederにとって、「経験的比較法」は「法的起源説」の上位概念であり、経験的比較法として、ほかに「法とファイナンス」および「法と経済学」が考えられている。Lieder, *supra* note 32, 228-231.

つぎに、コモンローにおける裁判官と法の創造の意義についてであるが、コモンローが大陸法よりも、法の発見と創造において勝っているとはいえない。最近では、大陸法の裁判官のほうがより自由であるといわれる（とくに信義則の活用）。他方、コモンローでは、株式市場法の領域で、裁判官法のほか、制定法や行政規制が大きな役割を果たすようになった（とくにオバマ政権下）。さらに、コモンローの裁判官がその強さを発揮できる場面でも、大陸法の裁判官に勝るわけでもない（英米の裁判官が投資者や少数株主のために判断を下すとは限らない。ぎゃくに、アメリカの判例は、会社法の領域で、取締役や大株主に味方する傾向がある）。

第3に、各国とも、休みなしに経済法の改革が行われている。したがって、大陸法は、コモンローに比べ適応能力が乏しいというテーゼも説得力が無い。とくにドイツでは1965年以来、株式・資本市場法について数多くの法改革が行われた（詳細は省略）。制定法による改革には、判例法によるよりも優れた点が多い。他方、判例においても、企業・資本市場法に管轄をもつ連邦最高裁判所（BGH）の民事2部の法創造的活躍が注目される（ここでも詳細は省略）。とりわけそこでは、民法826条（故意に良俗に反する不法行為）が一般条項として活用され、このため、制定法主義と判例法主義の収斂がここでも正当である。

つづいてLiederは、法的起源説の提起した種々の問題について私見を述べている（256-263）。まず、法が先か経済が先かという問題に関しては、法と資本市場の発展については相互の影響が見られるとする。つぎに、法の役割には限界があり、たとえばfiduciary dutiesはコモンロー諸国でも株主保護には十分ではないし、他方、日本、韓国、中国は、法の発展が不十分でも経済大国となったとする。さらに一国の経済政策をきめるためには、法以外の種々の要素

57 La Porta et al. *supra* note 50, 321 ff.

が大きな役割を果たしているとされる。

La Porta et al.も最近の論稿において、コモンローと大陸法の違いの生ずる理由を、コモンロー諸国が経済政策の基礎を市場の自由を求めるのに対し、大陸法諸国は国家の介入に求めるとする⁵⁷。この立場に立てば、法制度と経済、政治、文化との関連性を認めざるを得なくなる。しかしそうなると、量的比較方法には限られた効用が認められるに過ぎないことになる。

終わりのほうは、いささかごちゃごちゃしたが、以上でLiederの論稿の紹介を終えたことにし、最後に結論について要約したい(263 f.)。

「経験的比較法の方法は革新力を持ち、新たな研究の視点を開いた。しかし、数量的比較方法は、唯一の研究方法としては否定されるべきである。その決定的弱点は、一つの法秩序の複合体を、法のコード化の方法で表現することはできないということにある。いずれにせよ、コモンローの大陸法に対する優位から出発する法的起源説の基本テーゼは、経験的にも、また理論的にも否定されるべきである。両法系の収斂と、最近共通に展開された数多くの法発展（とくにドイツ）が、法的起源説に対抗している。それでもなお残存している西欧世界の発展した工業国家のあいだの差異は、法外の要素によって説明される。といっても、資本市場の発展に対する法規定の質が非常に重要なことは否定できない。法の質はすべてを決定する要素ではなく、複合した全体システムの数多くの要素のひとつなのである。発達した資本市場とコーポレート・ガバナンスの構造についてのこれからの研究については、各方面の研究分野の協働が必要であるが、そのなかで、比較法学者はまず伝来的な質的比較方法を利用すべきであり、ついで補充的に、経験的比較法の近代的方法を、それがその研究対象においてより効果的であるときに限り、利用すべきである。」

以上のようにLiederは、他の比較法学者の批判に比べると、法的起源説に対する評価が比較的低い。基本的には、従来の伝統的比較

法の立場に立っているからであろう（もちろん、そのなかでは革新的というべきであろう）。これがドイツで支配的な見解かどうかは、今後を待ちたい⁵⁸。

IV おわりに

本稿は、ここ十数年来、ひろく世界的に注目されているにもかかわらず、伝統的比較法学者によって無視されていた法的起源説について、その内容の概要と、最近ようやく比較法学者によってなされるようになった批判の概要を、紹介することを目的とするものである。私自身は、この論争に加わる意思も能力も無いので、以下感想めいたことを述べることで、本稿を閉じたい。

（１）法的起源説が伝統的比較法に投げかけた問題に対し、比較法学者の受け取り方にはニュアンスの差はあるものの、おおよその反応は、①法的起源説は比較法に取って代わるものではない、②しかし、それは捨て去るべきものではない、③計量的経済学は今後の比較法の発展にとって有用であり、比較法学者は経済学者と協働すべきである、というものである。私もこの見解にとくに異論は無い。

（２）法と経済の関係については、以前より種々の見解があったが、法的起源説は、法は経済の発展にとって重要であることを改めて強調した。それが、発展途上国や体制転換国の経済改革に対する立法の重要性を認識させた点は、見逃せない。しかし、この点については批判も強い。やはり、両者はたがいに影響しあいながら発展すると見るべきであろう。

58 ドイツ人によって書かれた批判のうち、世銀のDoing Businessレポートを厳しく批判した論稿として、Christoph A. Kern, Die Doing-Business-Reports der Weltbank – fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität? *Juristenzeitung* 2009, 498 – 504がある。

(3) これまでの比較法は、一国や、せいぜい数国を対象として行われてきた。これに対し法的起源説は、数量的方法を用いることで、全世界の国を対象とすることができた。もちろん、そこには限界があり、伝統的比較法学者からは批判が強いが、当初の弱点も次第に克服されつつあるので、比較法に対するその意義は大きい。それでもこの方法では、制定法や各種の規制が中心にならざるを得ず、法外の諸要素も対象とすべきであると主張する最近の質的比較法の側からの批判は免れない。

(4) 問題はその先にある。法的起源説は、たとえば各国の投資者保護の程度について、諸国間の違いを明らかにするだけではなく、比較法の領域で20世紀後半の世界を風靡した法系論と関係せしめた。そして、世界の法系をコモンローと大陸法（シビルロー）に大別し、さらに大陸法をフランス・ドイツ・スカンジナビア法群に3分し、投資者の保護や、さらにヨリ一般的に経済の成長について、どの法系が優れているかについてまで論じた。私のように、長年法系論と取り組んできた者にとっては、これはうれしいことでもあるが、法系論は1980年代ころから、比較法学者のあいだで批判が強くなっていることを考えると、複雑な心境とならざるをえない。

とりわけ問題なのは、法的起源説が当然の前提とするコモンローと大陸法の2分論である。もちろんこの点については、今日の比較法学者のあいだでも見解が分かれているが⁵⁹、一方では両法系はしだいに収斂しつつあり、また（日本を含め）多くの国が今日どちらの法系に属するか判定が困難な場合も多い。とくに法的起源説が主に対象としている商法や倒産法の領域は、ローマ法の影響が少なく、それだけもともと両者の対立は深刻でなく、他方、この分野では、今日両者の相互影響が強い（日本の第2次世界大戦後の会社法や倒産法制の改革を見よ）。したがって、法的起源説の今後にとっ

59 五十嵐・前掲注28, 224頁注71) 参照。

て、その基礎として法系論を維持できるかどうか疑わしい。

さらに法的起源説は、伝統的比較法学者による法系論に全面的に従っているわけでもなく、イスラーム法系、ヒンドゥー法系、東アジア法系などの非西欧法系の独自性を認めない。法的起源説が扱う領域では、これら非西欧法系諸国法の独自性が乏しいというのが、その理由のひとつであるが、すべての非西欧諸国の法を、それぞれの起源だけで位置づけることは困難であり、将来における修正が必要であろう。

（５）法的起源説はさらに世界の各国を法系に分けるだけでなく、投資者保護や経済成長にとってどの法系が優れているかを、数量的方法で明らかにした。これが法的起源説が世界的な成功を収めた理由であり、また低く位置づけられたフランスなどから反論を招いた原因でもある。従来と比較法では、各国間の優劣の判定については消極的であったが、Zweigertなど積極的な論者もあり、今後の比較法学に影響するところが多い。さらに前述のように、最近の法的起源説は、両法系の違いの根本を、コモンローの市場中心主義に対し、大陸法の国家介入主義に求め、経済が順調に推移しているときは、市場中心主義がベターであるが、世界大戦や大恐慌のような混乱時には国家の介入が必要であるとしている⁶⁰。この見解が正しいかどうかは、私には判定が困難であるが、一つの見解として注目に値すると思われる。

60 La Porta et al., *supra* note 50, 327. この論文の公表された2008年の秋に、世界は同時的金融危機に見舞われ、各国で金融市場に対する国家の規制が強化された。これが一過性的なものかどうか将来を見守りたい。