

大陸法序説

五十嵐 清

目次

- 一 おことわり
- 二 大陸法研究の必要性
- 三 大陸法の意味
- 四 大陸法の適用範囲
- 五 大陸法と英米法
- 六 資本主義と社会主義法
- 七 大陸法と日本法

一 おことわり

本稿は、もともと筑摩書房から刊行される予定であった『大陸法』（現代法学全集第四九巻）の第一章として、十年前に執筆されたものである（同時に、二〇年来行ってきた私の「比較法」講義の冒頭部分のノートでもある）。

大陸法序説（五十嵐）

その後諸般の事情により私の執筆が進まず、出版社側も事情により全集の継続出版を断念したので、この部分だけ独立に公表しようとするものである。したがって、本稿は著書の一部としては多少の意味があるとしても、独立に公表する意義があるかは、私としても自信があるわけではない。とくに後半部分は、他の機会に言及している問題ばかりであり、改めて公表するのも気がひける次第だが、前半だけでは分量が少ないので、やむをえず割愛しないことにした。あしからずご了承いただきたい。なお、この十年間に公表された文献については、不十分ながら、注で示した。

二 大陸法研究の必要性

大陸法とは、フランス・ドイツなど西ヨーロッパ大陸の諸国を中心とし、世界中に広まっている法系のことである。今日われわれがそれを学ぶ必要性について、以下三点にわけて述べることにしたい。

(1) 大陸法は何よりもまず世界における法と法学の本流である。それは古典期のローマ法にはじまり、中世イタリヤにおけるローマ法研究の復興によってヨーロッパ普通法となり、中世末より近世初期にかけてヨーロッパ各国に継受された。しかし、そのことは各国における伝統的慣習法を全く廃止したわけではない。近世ヨーロッパでは自然法論が共通に支配し、それは一八世紀末から一九世紀初頭にかけて、プロイセン、オーストリア、フランスの法典編纂となって結実した。とくにフランスのナポレオン法典はその支配下にあったヨーロッパ各国だけでなくアメリカ大陸から中近東や東アジアにかけ、全世界に伝播した。他方、一九世紀のドイツでは私法学が花と咲き、その成果が世紀末の民法典となり、これも多くの国に影響を与えた。さらに二〇世紀初頭のスイス民法典は新しい世

紀のさきがけとなった。このようにして、大陸法はヨーロッパだけでなく、世界中に影響を及ぼしており、世界における法と法学の本流といってさしつかえない。

(2) つぎに大陸法は、明治以来の日本の法と法学に対し圧倒的な影響を与えたことによって、われわれにとつてとくに重要である。その詳細は七にゆずるが、明治初年以來、わが国ではまずイギリスとフランスから法学が輸入され、ついでフランスとドイツの影響のもとで各種の法典編纂がなされた。以後はドイツ法学が支配的な影響を与えた。大正期以後、このような外国法過剰に対し反省が生じ、また第二次大戦後は英米法の影響も強くみられるようになったが、いぜんとして日本法に対する大陸法の影響は大きい。したがって、日本における法と法学を考へる場合、大陸法にさかのぼって研究することが必要となる。

(3) もっとも、今日においても大陸法の研究がそれほど重要かは、一つの問題である。たしかに、一九世紀までは「ヨーロッパの栄光」⁽¹⁾が妥当したとしても、第二次大戦後の今日の世界では、アメリカの比重(したがって英米法の比重)が増大するとともに、新たに社会主義法系が成立・発展することによって、世界における大陸法の独占的地位は低下した。それに加えて、ドイツ法学は概念法学やナチス法学の汚名をおび、フランスでは国力低下は否定しえない。これに対し、日本の経済力が西欧各国を抜くにおよんで、西欧学ぶに足らずという意識が日本人のなかに見られるにいたった。

われわれはそれでもなお今日大陸法を学ばなければならない。まず今日においても大陸法を学ぶ実際的重要性はいぜんとして大きい。西ヨーロッパとの経済的文化的交流はますます拡大しており、それは法的交流の意義を増大させている。さらに、今日の大陸法は全世界に拡大されているので、西欧以外の諸国(とくにラテン・アメリカ諸

国)との交流にさいしても、大陸法の知識が不可欠な場合が多い。つぎに大陸法を学ぶ理論的必要性もきわめて大きい。第一に、われわれは大陸法を継受したために、他の法系と較べ、大陸法にとくに親近感をもっており、大陸法から学ぶことが容易である。第二に、その大陸法の現状は、長い伝統を生かしながら現代社会の要請を充たそうと日々に発展しており、われわれはその姿勢に多くを学ばなければならない。第三に、今日の大陸法には従来の伝統からの脱皮も見られる。概念法学はつとに克服され、利益考量を中心としたものに移行しつつあり、法社会学や比較法学の発展にも見るべきものが多く、新たにわれわれが学ぶべき対象に事欠かない。第四に、いま西欧ではヨーロッパ共同体(ＥＣ)を中心として統一の気運がみなぎっている。ＥＣの発展は、大陸法のなかでの各国法の差異を接近・融合させるだけでなく、イギリスの加盟によって、大陸法と英米法の接近も現実の問題となっている。ＥＣ法の推移は、わが国にとり実際の見地に立ってもきわめて興味深いものであるが、理論的にもつぎつぎと重要な問題を投げかけている。以上のような事實は、今日においてもわれわれは大陸法から多くを学ばなければならないことを示しているといえよう。

(1) このことばは、岩間徹『ヨーロッパの栄光』(河出書房、一九六九年)から借用した。

三 大陸法の意味

「大陸法」ということばは、Continental Law, droit continental, kontinentales Recht の訳語であり、ヨーロッパ大陸の法を意味している。このことばは、主としてイギリスの側からヨーロッパ大陸の法を見る場合に使用

われたものである。ところで、イギリスでは大陸法を示す場合に、より一般的にシヴィル・ロー (Civil Law) ということばを使い、これと伝統的なイギリス法の名称であるコモン・ロー (Common Law) とを対比してきた。このシヴィル・ローということばは本来ローマ法 (市民法大全 Corpus Iuris Civilis) をさすものであったが、今日ではローマ法の流れをくむヨーロッパ大陸法を総称することばとして用いられている。⁽¹⁾ これに対し大陸の法学者は、シヴィル・ローということばは今日の大陸法とローマ法との差異を無視し、また民法 (droit civil) と混同するおそれがあると批判している。⁽²⁾

他方、ヨーロッパ大陸の内部では、大陸法ということばをどう受けとめているか。ヨーロッパ大陸に現実に存するのは、ドイツ法、フランス法、イタリア法等々である。これらをグループに分ける場合にも、フランス法を中心としたロマン法系とドイツ法を中心としたドイツ法系 (または中部ヨーロッパ法系) に分類するのが通例であった (今日でもアルマンジョンやツヴァイゲルト⁽³⁾)。しかし、今日のヨーロッパの比較法学者のなかには、シュニッツァー⁽⁴⁾ やダヴィドのように、大陸法を全体として統一的な法系と解し、これを英米法系などと対比させようとする傾向が見られる。ただしその場合でも、ヨーロッパ大陸は世界における唯一の大陸でないので、大陸法ということばが妥当であるかどうか、疑問であるとされる。⁽⁵⁾

わが国でも、大陸法ということばは、ヨーロッパ大陸法を示すものとして使用されている。もともと、講義課目名や著書名としては、「フランス法」や「ドイツ法」のように国別の法体系の名称が用いられており、これまで大陸法という表題の著書が書かれたことはない。

要するに「大陸法」ということばは、ヨーロッパ大陸で発展した法体系全体を主として英米法と対比して示す場合

に用いられる法系概念^(a)である⁽⁷⁾。

- (1) 今日でも英米諸国においては、著書名や講義題目名として「Civil Law」を用いることが多い。前者の例としては、Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor 1953; von Mehren & Gordley, *The Civil Law System*, Boston and Toronto, 2nd ed. 1977; Ryan, *An Introduction to the Civil Law*, Brisbane 1962; Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford 1969; de Vries, *Civil Law and the Anglo-American Lawyers*, Dobbs Ferry, N. Y. 1976 などが代表的。後者の例については、五十嵐清「アメリカにおける比較法研究および教育の現状について」(同『比較法学の歴史と理論』「一粒社」一九七七年)所収)一一四頁以下参照。
- (2) David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1^{re} éd. 1964, p. 18 note 1 (この部分は五版以降は削除)
- (3) Arminjon, Nolde et M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 vols. Paris 1950-52 (紹介・五十嵐清『比較法入門』〔日本評論社、改訂版、一九七二年〕一九八頁以下)、ツヴァイゲルト・ケッツ〔大木雅夫訳〕『比較法概論』(東大出版会、一九七四年)(書評、五十嵐清『比較法学の歴史と理論』前掲一九八頁以下)。
- (4) Schmitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, 2. Aufl. 1961 (五十嵐『比較法入門』〔前掲〕八〇頁以下および一九一頁以下参照)。
- (5) David, *op. cit.* p. 18. なおダヴィドは代わりに「ローマ・ゲルマン法族 (famille romano-germanique)」という名称を使っている。
- (6) 法系論については、五十嵐『比較法入門』七七頁以下、同『比較法学の歴史と理論』一六二頁以下参照。近時は「法圏 (Rechtskreis)」ということばが使われることも多い。なお本稿では、同一法系のなかのグループを示すための用語として「法群」ということばを使うこととする。
- (7) したがって、大陸法の理解のためには、ヨーロッパそのものの理解が前提となる。しかし、この問題は私の能くするところではない。この点については、最近の(といってもやや古いが)ヨーロッパ論の参照を乞う。たとえば、増田四郎『ヨー

ロッパとは何か』(岩波新書、一九六七年)、同編『西洋と日本』(中公新書、一九七〇年)、並木信義他編『地域研究講座現代の世界4西ヨーロッパ』(ダイヤモンド社、一九七〇年)、『講座比較文化第3巻西ヨーロッパと日本人』(研究社、一九七一年)、里野泰昭編『ヨーロッパ文化の源流』(有斐閣、一九八四年)など。

四 大陸法の適用範囲

大陸法ということばは法系概念であるので、その適用範囲というのは正確ではないが、ここでは大陸法の影響の及んでいる範囲という意味で用いることとする(なお、個々の国における大陸法の適用の詳細は、将来「大陸法の歴史的展開」のなかで論ぜられることになっているので、ここでは、その可能性の少ない法体系についてだけ、注で若干言及することとする)。

1 ヨーロッパ大陸内

ヨーロッパ大陸の諸国のうち、今日では東ヨーロッパの諸国は社会主義法系に移行したため、西ヨーロッパだけが大陸法に含まれる。それは、以下の三つの法群に分けられる。

(1) ロマン法群 フランス、ベルギー、オランダ、ルクセンブルグ、イタリア、スペイン、ポルトガルが含まれる。これらの諸国はフランスのナポレオン法典の影響を強く受けている点に共通性をもつが、ベルギー、ルクセンブルグ以外は、それぞれフランス法に対する独自性も有する。

(2) ドイツ法群 ドイツ(今日では西ドイツ)のほか、スイス、オーストリア、ギリシアが含まれる。もっともドイツ、スイス、オーストリア三国法の共通性をどこに求めるかははっきりせず、ドイツ語を共有するだけだ

という見解もある。⁽¹⁾

(3) 北欧法群 スウェーデン、デンマーク、ノルウェー、フィンランド、アイスランド五国が含まれる。これら北欧五国は歴史的に共通の発展をし、現在においても類似点が多い。それが大陸法と区別される独自性を有する法系といえるかどうかについては、争いがある。大陸法系における独立の法群と捉えるべきであろう。⁽²⁾

(4) 東ヨーロッパ諸国 この地域に属する諸国のうち、革命前のロシア法はもともとビザンチン・ローマ法に起源を有し、近世においても大陸法の影響が強く、その一環と考えられていた。革命後のソビエト法は社会主義法としての独自性を有することは否定しえないが、法技術の観点からいえば、今日でも大陸法の影響が強い。東ヨーロッパの他の諸国のうち、ポーランドとルーマニアはフランス法の影響を受け、それ以外の国はドイツ・オーストリア法群に属していたが、これらの国は第二次大戦後、社会主義法系に移行した。しかし、東ヨーロッパ諸国はそれぞれ独自の伝統を有しているので、社会主義法としての統一性は必ずしも存せず、大陸法との交流も盛んである。⁽³⁾

2 ヨーロッパ大陸外

(1) ラテン・アメリカ法群 中南米諸国はスペイン・ポルトガルの植民地となったため、そこにはスペイン・ポルトガル法（したがって大陸法）が移植された。さらに一九世紀に入って各国が独立したあと、その後の法典編纂に対し、ナポレオン法典が大きな影響を与えたため、中南米諸国も大陸法の一環と解されている。しかし、今日においては、それぞれヨーロッパ大陸法に対する独自性を有し、ラテン・アメリカ法群として、大陸法における独立の法群と捉えるべきであろう。⁽⁴⁾

(2) 中近東諸国 この地域では今日でも一般的にはイスラム法が支配しているが、大陸法の影響の強い国もあ

る。とくにエジプトに対してはフランス法の影響が強く、トルコでは第一次大戦後、ドイツ・スイスなどの大陸法典を継受したため、大陸法に属するとされる。⁽⁵⁾ なお前述のギリシアは（大陸か近東かはっきりしないが）ドイツ法群の影響を強く受けている。他のイスラム法諸国についても、その近代化の過程で、英米法やソビエト法と競合して、大陸法の影響を受けつつある。

(3) アフリカ諸国 アフリカ大陸の諸国の大部分は第二次大戦前はイギリスまたはフランスの植民地であったが、戦後それぞれ独立した。これらの国の近代化に対し、それぞれかつての宗主国が大きな影響を与えており、したがってフランス系の諸国に対しては、フランス法の影響が強い。この点で、とくにエチオピア民法に対するフランス法の影響が有名である。⁽⁶⁾

(4) 東アジア諸国 日本、中国、タイは近代化の過程で大陸法の影響を受けたため、これらの国は極東における大陸法諸国といわれたが、今日では中国は社会主義法系に移行し、他の国の場合も大陸法の影響の度合が問題とされ、むしろ東アジア法系として独自の存在を認めるべきであるという見解が有力となっている。⁽⁷⁾

3 英米法と大陸法の混合法系

地理的にいえば本来英米法系に属すべき地域が、歴史的理由により大陸法の影響を強く受けたため、今日においても、大陸法に属するか、または大陸法と英米法の混合法系というべき地域がある。その代表的なものは、以下の四地域である。

(1) スコットランド 一八世紀初頭までは、スコットランドはイングランドとは独立の王国であり、その間に大陸法の影響を受けたため、今日でもスコットランド法には大陸法的色彩が見られる。⁽⁸⁾

(2) 南アフリカ共和国 この地域は近世初頭にオランダの植民地となり、当時のオランダ法（ローマ法の影響を受けたオランダ法、いわゆる Roman-Dutch Law）が適用された。一九世紀以降イギリスの植民地となるに及んでイギリス法が導入されたが、従来のローマ・オランダ法は、オランダ本国でナポレオン法典が施行された後も維持された。このため、今日の南アフリカ共和国法は大陸法と英米法の混合法であるばかりでなく、ローマ法が補充法として適用されている例として、比較法上、スリランカとともに、稀少価値を有する。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(3) ルイジアナ州 アメリカ合衆国の南部のルイジアナ地方は、当初フランス、ついでスペインの植民地であったが、一九世紀初頭フランスに復帰した後、アメリカに売却され、合衆国の一州となった。しかしこの地方では、一八〇八年以来フランス民法典にならった民法典が制定施行されているため、今日でもフランス法とアメリカ法の混合法域とされている。⁽¹¹⁾

(4) ケベック州 今日のカナダの東部地方はもとフランスの植民地であったが、一七六三年のパリ条約によりイギリスに割譲され、カナダの一部（ケベック州）となった。しかし、ケベック州に適用されていたフランス私法はそのまま維持され、さらに一八八六年にフランス民法典にならった民法典が制定され、今日に至っている。このため、ケベック州はカナダにおけるフランス法とイギリス法の混合法域として深刻な問題を投げかけている。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

(1) たとえばアイヒラー (Eichler) の見解。五十嵐『比較法学の歴史と理論』一七八頁参照。

(2) たとえばデンマークの Gonnard は、スカンジナビア諸国が大陸法に属するか、英米法に属するかについては、明瞭な解答を与えることはできないとし、その理由として、デンマーク法にローマ法の影響は見られるが、その継受はなく、また近代的法典もなく、法学は判例の単なる記録ではなく、その予言であり、非形式主義が貫かれており、要するにデンマーク法はその

国民性を離れては存在しないと論じた。Gomard, *Civil Law, Common Law and Scandinavian Law*, 5 *Scandinavian Studies in Law* 27 (1961). (この論文は近時塙浩により翻訳された。塙編訳「北欧諸法叙論」神法三八卷四号九四一頁以下〔一九八九年〕)。これに対し、スウェーデンの Sundberg は反論を加え、スカンジナビア法は大陸法に属すると主張している。彼は法系分類の基準として、①インスピレイション、②法典編纂の程度、③法の進化における支配的人物の職業、の三点をあげ、①についてはスカンジナビア法に対するローマ法の影響を認め、②については、スカンジナビア諸国も法典を持つとし、ただそれは断片的なものではあるが、学説はドイツの影響のもとで法理論を論じている、③については、大陸法のもとにおける官僚制はスカンジナビアでも見られ、裁判官は支配層のポリシーと一致する傾向がある、と指摘している。Sundberg, *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*, 13 *Scandinavian Studies in Law* 182 (1969). (この論文も近時塙によって訳出されている。塙・前掲九五五頁以下)。比較法学者の法系論においても、北欧法の独自性を強調する見解として、アルマンジョン(五十嵐『比較法入門』二〇四頁参照)やツヴァイゲルト(ツヴァイゲルト・ケッツ『比較法概論原論』下巻第四編北欧法圏参照)があるが、大勢は北欧法を大陸法の一環と捉えている。なお、一九世紀における北欧各国の法の発展についての詳細なハンドブックである Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen u. Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. III/4, *Die nordischen Länder*, Frankfurt a/M 1987, S. 3 ff. によれば、スカンジナビア法群の大陸法のなかでの独自性の承認が、北欧諸国では通説であるとされる。

なお、わが国でも近時スカンジナビア法に関心を有する学者が増えているが、とくに石渡利康の一連の著作活動が注目される。石渡『スカンジナビア法論集』(一九八〇年)、同『スカンジナビア法史論』(一九八三年)〔以上未見〕、同『北欧共同体の研究』(高文堂、一九八六年)、同『アイスランド法の発展と理念』(高文堂、一九八八年)など。

- (c) 一九世紀における東ヨーロッパ諸国の法の発展についても、Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur*, Bd. III/5, *Südosteuropa*, 1988. がモニュメンタルな業績である。わが国では、(c)でも塙浩が一連の訳業を発表している。塙「東部中央ヨーロッパ法史略説」産大法学一八卷二・三号(一九八四年)、ヴァニエチェク他(塙訳)「一九四五年までのチェコスロヴァキアにおける国家および法の歴史の概要」産大法学一九卷一号(一九八五年)、塙「東欧中欧法史雑記」神戸法学年報一号(一九八五年)、クロロス(塙訳)「ユーゴスラヴィア法の歴史的背景」神法三六卷一号(一九八六年)など。

- (4) アメリカの比較法学者 Karst と Rosenn によれば、ラテン・アメリカ法文化の特色として以下の五点があげられる。① アイデアリズム(Suarez)の影響であり、自然法の観念が実定法の不遵守、さらに革命へ発展する)、② パターナリズム(恩情主義となる)、③ リーガリズム(制定法万能主義、裁判官や行政官の裁量の制限)、④ フォーマリズム(書類の必要性、実質より形式の尊重)、⑤ 浸透の欠如(公式の法システムは大衆のなかに浸透せず、都市においても法規の発見は困難)。なお、中川和彦「ラテン・アメリカ法・緒論」成城法学二一(一九八二年)参照。近時ラテン・アメリカ法の概説書として、中川和彦・矢谷通朗編『ラテンアメリカ諸国の法制度』(アジア経済研究所、一九八八年)が刊行された。
- (5) トルコにおける大陸法の継受については、法の継受の代表的事例のため、多くの文献があるが、ここでは大木雅夫「トルコにおける外国法の継受」立教法学二一(一九六九年)をあげるにとどめる。
- (6) エチオピアは戦前より独立国であったが、一九六〇年にフランスの比較法学者ダヴィドの指導のもとで民法典を制定した。Code civil de l'Empire d'Ethiopie de 1960, Avec une note introductive de René David, Paris 1962; David, A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries, 37 Tulane L. Rev. 187 (1963). など参照。
- (7) 五十嵐清「法系論と日本法」『東西法文化(法哲学年報一九八六年度)』(有斐閣、一九八七年)参照。
- (8) エドワード一世により一二九二年イングランドはスコットランドを征服したが、数年後スコットランドは独立を回復し、以後フランスと同盟関係に入った。このためスコットランドはヨーロッパ法文化の影響を受けることとなり、ローマ法の継受がなされた。近世のスコットランド法は、土着慣習法、制定法、ローマ法および自然法学説が混合したものであった。一七〇七年にイングランドとスコットランドは連合王国となったが、スコットランドの私権に関する法律はそのまま残ることとなった。だが一八世紀末以来、スコットランドに対するヨーロッパの影響は断絶し、それに代わって、コモン・ローの影響が強まった。多くの制定法はイングランドとスコットランドで等しく適用され、コモン・ロー(イングランドの判例法)も貴族院の判例によりスコットランドに導入され、先例拘束性の原則も継受された。しかし、スコットランド私法は今日においても、契約法では約因理論はなく、第三者のためにする契約が認められ、不当利得では統一的基礎理論が存し、不法行為法でも一般的構成要件が認められるなど、コモン・ローに対する独自性を有している。もっとも、スコットランドの場合、独自の法典も、

独自の言語も、また独自の立法権もないので、将来も独自性を維持できるかどうかは疑問であろう(以上は、ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲下巻三八七頁以下による)。イギリスの代表的比較法学者ローソンも、「もし私がスコットランド法をコモン・ローか大陸法かどちらかの陣営におかなければならぬとしたら、私は躊躇なくそれを前者におくだろう」と述べている。F. L. Lawson, *The Comparison*, Amsterdam, New York, Oxford 1977, p. 11. スコットランド法を概観する文献として、Walker, *Principles of Scottish Private Law*, 4 vols. Oxford, 3rd ed. 1982; Hélène David, *Introduction à l'étude du droit écossais*, Paris 1972; Helmut Weber, *Einführung in das schottische Recht*, Darmstadt 1978. などがある。ウェーバーによれば、スコットランド法には、英米法と大陸法を統合する将来のヨーロッパ法体系にとって、モデルとしての役割が期待されている。Weber, a. a. O. VII. わが国では、久しくスコットランド法に関心を有する学者が出現しなかったが、近時角田猛之が法思想史を中心として一連の研究を発表している。角田「近世スコットランド法思想史研究」中京法学一九卷二号(一九八四年)以降連載中。

(9) スリランカ法には、ローマ法的オランダ法、イギリス法、土着法の三者が混合している。その全体像については、千葉正士編『スリランカの多元的法体制』(成文堂、一九八八年)参照。西欧法の継受については、第一部第二章「法移植の問題とスリランカの対応」(山田卓生)で取り扱われている。

(10) 南アフリカでは、イギリスの支配とともに憲法や裁判制度がイギリス化されたほか、商事法の分野でコモン・ローが継受された。これに対し、民法の分野では今日でもローマ・オランダ法が維持されている。その例として、統一的所有権概念、物権行為と債権行為の区別、債権法の一般理論、相続における包括承継と特定承継の区別、などがあげられる。これらの問題については、今日においてもユスチニアヌスの市民法大全が参照されている。もっとも、南アフリカ共和国におけるローマ法の今後の運命については、悲観論と楽観論の対立がある。この点で、一九七三年に設置された「南アフリカ法律委員会 (the South African Law Commission)」の活躍が期待される。南アフリカ共和国法の解説書として、W. J. Hoston et al., *Introduction to South African Law and Legal Theory*, Durban 1977; Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht in Sudafrika*, Darmstadt 1983. などがある(とくにローマ法の将来については、前者 pp. 212-216 参照)。邦語では、ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲下巻四四一頁以下に簡潔な叙述があるほか、真田芳憲「二十世紀におけるローマ法の現代

的慣用——南アフリカ共和国において」比較法雑誌六卷一・二号（一九六八年）は貴重な文献である。

- (11) ルイジアナ州法の歴史については、土井輝生『ルイジアナ民法史序説』早大比較法研究所紀要一四号（一九六〇年）が詳しい。

- (12) ケベック州民法典については、ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲上巻二〇三頁以下参照。最近わが国でもケベック州法に対する関心が高まっている。たとえば、大島俊之「ケベック民法の性格」比較法研究四八号（一九八六年）など。

- (13) 同じくセイシエル（アフリカ東側の諸島）も当初フランス人が植民し、フランスの法典が施行されたが、後にイギリスの植民地となりイギリス式制定法が適用され、混合法域となった。一九七六年にセイシエルは独立し、イギリスの比較法学者クロスの指導のもとで民法典と商法典を改正し、注目された。その条文と解説については、A. G. Chloros, *Codification in a Mixed Jurisdiction, The Civil and Commercial Law of Seychelles*, Amsterdam 1977. 参照。

五 大陸法と英米法⁽¹⁾

1 序 説

前述のように、大陸法は英米法との対比で用いられる概念なので、ここで大陸法と英米法との比較について概観しておきたい。大陸法は今日の世界の多くの地域で適用をみているが、英米法もイギリスのほか、アメリカ、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、さらにインドやアフリカ新興国の多くに適用を見ており、社会主義圏を除く先進諸国を大陸法とともに二分している。さらに前述のように、今日若干の地域において英米法と大陸法の混合法域が見られる。

従来大陸法と英米法は二大法系であり、しかも両者間には架橋できない深淵が存すると考えられていた。しかし、今日の世界では他にも多くの法系があることが認められるようになり、それとともに大陸法と英米法の差異も相対

化され、両者を西欧法として統一的に捉えようとする傾向も存する。

2 両法系の対立点

ここではツヴァイゲルトの提唱する法系分類のための多元的基準⁽²⁾に従って、大陸法と英米法の対立点を概観しよう。

(1) 歴史的伝統 大陸法と英米法の対立は、まずその歴史的伝統の相違に基づく。とくに決定的なのは、ローマ法の影響の有無である。大陸法がローマ法を基礎として発展したのに対し、英米法の母法であるイギリス法(コモン・ロー)は、ローマ法の影響をほとんど受けることなく、独自の発展をとげた。その理由としては、イギリスの地理的位置とか、大陸諸国にくらべいち早く国王の中央集権が確立したとか、法曹の養成機関として大陸のように大学がその役割を果たさず、法律家の団体である法曹学院がこれにあたったというような、種々の事実があげられている。このため、イギリスでは中世に起源を有する多くの独自の制度が近世まで残り、その非合理性がイギリス人を苦しめたが、大陸法には見られない独特の法文化を形成することができた。

(2) 法源 両法系の歴史的伝統の相違は、具体的には法源の相違となって現れる。大陸法の基礎をなすローマ法源はユスチニアヌス帝の市民法大全に集成されたが、それは成文法の形をとった。中世の慣習法の多くも成文化された。さらに一八世紀後半以降、自然法学説の影響のもとで法典編纂がなされ、以後、法典が主要法源となった。慣習法は二次的意義を有するにすぎず、判例の法源性は否定された。裁判官は制定法にのみ拘束されるべきであるとされた。

これに対し、イギリスのコモン・ローは裁判所の判決によって形成された。個々の制定法が作られることはあ

ったが、法典編纂はなされなかった。しかも一九世紀に入ると、裁判官は裁判にさいし先例に拘束される法的義務があるという原則（先例拘束性の原則）が次第に確立された。今日の英米諸国では、制定法の比重が増大しつつあるが、いぜんとして判例法が第一次的法源とされ、この点での大陸法との差異は明瞭である。

かくして、従来大陸法と英米法の差異を、制定（成文）法主義と判例（不文）法主義の対立と捉えるのが通例であった。しかし、英米法においても、先例拘束性の程度は国により異なり（イギリスはきびしく、アメリカはゆるやか）、最近では、イギリスを初めとし本格的法典化の動きが見られるようになった。他方、大陸法諸国においても、法典編纂から年月がたつにつれ、判例の重要性が高まり、多くの国では、判例は事実上法源として機能するようになってきた。したがって、法源論に関する大陸法と英米法との差異は、今日では一見するほど大ではない。

(3) 法的思考方法 大陸法と英米法との間には、法的思考の点でも顕著な差異があるといわれる。一言でいえば、大陸の法学者は抽象的演繹的に思考するのに対し、英米の法律家は具体的帰納的に推論する。すなわち、大陸法のもとでは、まず抽象的な法規範が形成される。もっともローマ法源は本来カズイスチックなものであったが、主として近世自然法学者の手によって整理・体系化され、抽象的規範となった。近世の法典編纂がそれを成文化した。かくして一度抽象的規範が成立すると、その後の法の適用は、演繹的三段論法によることとなる。しかも、このような抽象的規範はあらゆる事件に適用されることができると信じられ（法秩序の無欠缺性）、ここに概念法学が成立した。

英米法には、このような抽象的法規範は存在しない。コモン・ローに関しては、法規範は先例のなかにある。具体的事件の裁判にさいし、裁判官のまずなすべきことは、同種の先例を探すことである。先例が見つかったら、そ

のなかに含まれる判決理由（レイシオ・デデンダイ）に従って裁判をするわけだが、判決理由はあらかじめ一般的な形で宣言されることはなく（たとえ宣言されたとしても、それは「傍論」として拘束性なしとされる）、後の事件の裁判官が自分で先例のなから発見または構成しなければならぬ。このために、英米の法律家の思考様式は具体的帰納的にならざるをえない。

もっとも、以上のような思考方法の対立も最近は緩和されつつある。大陸法のもとでも、今世紀に入って以来、概念法学を克服する試みがなされ、自由法学や利益法学が提唱されたりして、具体的類型的思考の必要性が強調されるようになった。他方において、英米諸国では判例の数がぼう大になるに及び、それを整理するための一般理論の必要性が感ぜられるようになった。したがって今日においては、この点でも両者の峻別を結論づけることは困難であり、われわれ大陸法の側では、今後ますます（法学教育におけるケース・メソッドの導入をふくめ）英米における具体的帰納的思考方法に学ぶべきところが多いと思われる。

(4) 特徴的法制度 各法系はそれぞれその法系を特徴づける法制度を共有しているので、ある法制度を共有するかどうかも法系分類の基準となる。この点は、とくにツヴァイゲルトの強調するところである。この観点から大陸法と英米法を比較すると、われわれにとり、とくに英米法のなかに多くの特徴的制度を見出すことができる。コモン・ロー裁判所の開発した不動産法上の諸制度の多くは、今日でも英米法をわれわれに近寄りにくくしている。大法官裁判所によって作られたエクイティ上の制度も、英米法に特徴的である。とくに信託制度は英米の社会に広く根をおろしている。今日では大陸法にも信託制度が導入され、また同種の機能を果たす制度を見出すことも困難ではないが、その社会的重要性について著しい相違がある。したがって信託制度を共有するかどうかも、英米法と大

陸法の区別の一基準となるであろう。

(5) イデオロギー 法系分類の基準としてイデオロギーを重視するのは、ダヴィドの見解である。そして彼によれば、大陸法と英米法は、ともにキリスト教の道徳的原理、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おり、両者の間に共通性が存するとされる³⁾。たしかにイデオロギー的観点からいえば、両者の間には本質的差異はなく、両者を西欧法または資本主義法として一体として捉えることが可能となり、この点で社会主義法や宗教法と区別される。

3 両法系の接近

大陸法と英米法の間には以上のような対立点があり、それは今日においても無視できない。それにもかかわらず、最近では両法系の接近・融合が顕著に見られる。その歴史的原因としては、何よりも両法系に属する国々の間の交流の増大があげられる。光榮あるイギリスの孤立は終わりをづけ、ECへの加盟が物語るように、今日のイギリスはヨーロッパ大陸なしでは生存ができなくなった。今世紀以来のアメリカの発展は、ヨーロッパにとり（日本にとっても）アメリカとの交流を不可欠のものとした。そのため両者の間に法学上の交流も進んだ。近時の機能的比較方法による研究の成果として、大陸法と英米法の間には、法律制度に関しては多くの相違点があるにもかかわらず、具体的事案の解決において、おどろくべきほどの一致がみられることが明らかにされた。その結果、両法系の多くの法学者により、両法系の間には「共通の核心 (common core)」が存するという確信が増大しつつある。その理由は、両法系に属する多くの国の間に、ダヴィドのいうような政治的・経済的・社会的・文化的共通点が存することに求められよう。

かくして、大陸法と英米法は「西欧法」として統一的に把握され、それは資本主義法としての特色において社会主義法と対比され、先進国法としての資格で、アジア・アフリカにおける異なる文化を有する法と区別されることとなった。現実の問題としても、国際間の動産売買に関するハーグ統一法は、大陸法と英米法を融合させるものとして、一応すでに一九七二年に発効しているし、翌七三年にはイギリスとアイルランドがECに加盟したので、今後両者の接近・融合はますます促進されるであろう。⁽⁵⁾

(1) 本文は、五十嵐清「大陸法と英米法」(同『比較法入門』所収)、同「英米法と大陸法」(中川善之助監修『現代法学事典1』〔日本評論社、一九七三年〕所収)の要約である。他の邦語文献として、ロソン(小堀憲助ほか訳)『英米法とヨーロッパ大陸法』(日本比較法研究所、一九七一年〔前掲六頁注1引用の文献の邦訳〕)、大木雅夫「大陸法と英米法——制定法と判例法を中心に」上智法学論集二四巻特別号(一九八〇年)、グロスフェルト(関英昭訳)「アメリカ合衆国と西ドイツにおける比較法上の諸問題」青法二三巻四号、二六巻一号(一九八二—八四年)、望月礼二郎「大陸法と英米法——ひとつの素描」広中俊雄還暦記念『法と法過程』(創文社、一九八六年)所収などがある。

(2) ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲上巻一〇七頁以下参照。

(3) 五十嵐『比較法入門』八七頁以下参照。なおダヴィドはその後西欧法の一体性を示すものとして、従来の三要素を放棄し、新たに「法の支配」にそれを求めている。

(4) もっとも、ハーグ統一法については英米側に不満が多く、国連国際商取引法委員会によって新たな統一売買法の作成がすすめられた。それは一九八〇年にウィーン統一売買法として採択され、一九八八年一月一日より発効している(曾野和明「国際売買に関する二つの条約の発効」ジュリ九一二号〔一九八八年〕参照)。この統一法は、ハーグ統一法の根幹を維持しつつ、より英米法に歩み寄ったものであり、大陸法と英米法の接近の点で画期的な出来事である。五十嵐清『民法と比較法』(一粒社、一九八四年)一五八頁以下参照。

(5) ECにおける法の統一は、経済の統合に較べ遅れているが、この点で注目されるのは製造物責任に関する一九八五年七月の

EC閣僚理事会の指令である。これにより加盟国は三年以内にそれぞれの国の製造物責任法をEC指令に合致させることが義務づけられた。イギリスはすでに製造物責任立法を果たしたが（一九八七年「消費者保護法」第一編）、西ドイツやフランスでは目下改正案を検討中である。好美清光「EC指令と製造物責任」判タ六七三号（一九八八年）参照。

六 資本主義法と社会主義法

1 社会主義法の形成と大陸法

大陸法は英米法とともに資本主義法（ブルジョア法）として社会主義法に対立する。そこで、こんどは大陸法と社会主義法との関係について概観することにした。

まず大陸法は社会主義法の形成に対し若干の影響を与えた。社会主義法は一九一七年のソビエト革命以後ソ連を中心として形成された法系であるが、革命前のロシアは大陸法（とくにフランス法とドイツ法学）の影響下にあった。ソビエト革命政権は当初旧法をブルジョア法として一掃したが、二〇年代のネップ期に入ると、刑法や民法をはじめ各種の法典編纂を行った。これらの法典編纂に対しては、少なくとも形式面では大陸法の影響が濃厚であり、このため当時のソビエト法を大陸法の一環と捉えることも可能であった。ところが、ソ連では一九二〇年代の後半以降本格的な社会主義の建設をはじめたので、三〇年代に入ると、社会主義法としての性格をおびるようになった。第二次大戦後のソ連は、スターリン独裁を批判し、社会主義的適法性を強調し、ふたたび大規模な法典編纂を行い、社会主義法制を整備したが、六〇年代の民法典はいぜんパンデクテン方式を維持しており、形式面での大陸法の影響は残存している。

第二次大戦後、東ヨーロッパを中心とし、多くの社会主義国家が発生し、ここに社会主義法系の成立をみた。そこにはソ連型社会主義法の影響が強く見られるが、今日ではユーゴをはじめとし独自の道を歩むものが多い。とくにアジアでは、中国をはじめとし独自の社会主義法が形成されつつある。⁽²⁾ 以上のような若干の例外はあるが、社会主義法の発展に対し少なくとも形式面で大陸法が寄与した事実は否定できない。

2 社会主義法の独自性⁽³⁾

社会主義法の独自性は主としてイデオロギーの面でみられる。社会主義法はマルクス・レーニン主義に基づく、社会主義的社会経済体制の上部構造と解され、この点で資本主義体制を基礎とするブルジョア法と区別される(さらに、社会主義国の側からは、社会主義法は資本主義法より高次の型だといわれる)。そのような社会主義法の特徴的な法制度は数多くあるが、とくに社会主義的所有権と計画契約をあげることが許されよう。

たとえばソ連では、土地および生産財の私有は認められず、それらはすべて国家、協同組合、コルホーズのみが所有し(社会主義的所有権と称する)、この点で、なお原則として生産財の私有を認める資本主義法と区別される。もっとも、ソ連でも、家屋、動産、金銭など消費財については私有(したがって相続)を認められているが、それを個人的所有権と称し、それは社会主義的所有権に由来するものと説明されている。

またソ連型社会主義は計画経済を基礎としているが、計画の遂行のために行われる国营企業間の財貨の移動は、契約の形式をとる。これを計画契約と称し、資本主義経済機構における自由契約と区別される。このような計画契約については各企業の自由の余地が乏しく、契約といえるかどうか疑問とされたが、現行民法典はいぜんとしてこれを契約と捉え、しかも経済改革に伴い、自由の余地が拡大した。

以上のように、ソ連を中心とした今日の社会主義諸国の法制度を社会主義法として資本主義法と区別することは、十分に可能であるが、従来とくに社会主義国の側からイデオロギーが過度に強調されてきたうらみがある。現在の資本主義国においても、国营企業が大きな役割を果たし、不動産に対する国家的規制は強化されているので、所有権の自由は必ずしも存せず、契約自由もいたるところで制限されており、社会主義国における社会主義的所有権や計画契約は（それ自体社会主義法として必ずしも普遍的でないだけでなく）、資本主義国に類似の制度がないほど独自性を有するがどうか疑問の余地がある。⁽⁴⁾この問題は、資本主義法と社会主義法のような社会体制を異にする国間で比較は可能か、またはそれは望ましいかという、つぎの問題に連なる。

3 資本主義法と社会主義法の比較の問題点⁽⁵⁾

(1) 比較は可能か 一般に比較のためには、比較の対象となる二つの物の間に何らかの共通性（いわゆる「比較の第三項 (tertium comparationis)」）の存在が必要とされる。そこで資本主義法と社会主義法のような社会体制を異にする国間の比較が可能であるためには、両者の間に共通項の存在が必要となる。この点については、少なくとも形式上は両者の間の共通項は存するといえる。たとえば、「所有権」や「契約」という概念は両者に存する。その限り、両者の比較は可能である。しかし、社会主義国の法学者は形式と実質を区別し、たとえ形式上共通の制度があっても、その実質は社会経済体制により規制されているので、両者の間に共通性が存するという結論を出してはいけなさと批判している。そこで西欧の比較法学者も、近時は形式だけを比較すべきではなく、実質も取り入れた比較をすべきであり、そのために機能的比較方法や法社会学的比較法を提唱している。いずれにせよ、社会体制と関連する制度（所有権や契約）の比較にさいしては、体制との関連を考慮した比較が必要である。

(2) 比較は有用か 従来ソ連の法学者は、資本主義法との比較は社会主義法の優位を明らかにするためのみ行われるべきであると主張し、また西欧の学者のなかにも反共的立場からの社会主義法研究が見られた。しかし、このような比較はプロパガンダにすぎず、有用な結果は期待できない。今日では種々の立場から資本主義法と社会主義法の比較の有用性が強調されている。まず平和共存の今日、たがいに相手方を理解することが不可欠であり、法についてもそれはいえる。東西間に貿易をはじめ経済的文化的交流がすすんでくると、相手の法を知ることが実際上も必要となる。理論的にいっても、社会体制を異にする法の比較から、同質的な法の比較では得られない多くの刺激が与えられる。とくに資本主義国の側からいえば、今日解決を迫られている多くの問題について、社会主義がよりすぐれた体制であるかどうかは別としても、社会主義法から学ぶところが少なくはないと思われる。

(1) 当時の法典編纂がブルジョア法の継受であったか否かをめぐる論争につき、大木雅夫「フェリーとソヴェト刑法——法継受の一事例」比較法研究一四号（一九五七年）、同「ソ連におけるブルジョア法の継受」立教法学九号（一九六七年）参照。

(2) アジアの社会主義法については、社会主義法研究会編『アジアの社会主義法』（法律文化社、一九八九年）および稲子恒夫・鮎京正訓『ベトナム法の研究』（日本評論社、一九八九年）など参照。

(3) ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲下巻六〇一頁以下参照。

(4) この問題については前注のほか、大木雅夫「契約における自由と強制」上智法学論集二五卷一号（一九七一年）、五十嵐清「東西契約法の比較——D・A・レーバーの所説について」スラヴ研究二〇号（一九七五年）参照。

(5) この問題については、五十嵐清「資本主義法と社会主義法——その比較方法論上の問題点」（同『比較法入門』所収）、同「社会体制の相違と比較法——バルテルスの新著を中心として」札幌学院法学一卷二号（一九八四年）、大木雅夫「ソビエト法とブルジョア法の比較可能性について」立教法学一〇号（一九六八年）、松下輝雄「法制度の異質性と比較可能性——社会主義法の典型的特質」野田良之古稀記念『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、一九八三年）所収、シュレーダー（岡野光雄訳）

「西側と東側の法制度の比較についての方法と問題点」比較法学二二巻一号（一九八八年）など参照。なお現在のソビエトの代表的比較法学者の見解を示すものとして、トゥマーノフ（直川誠蔵訳）「類型を異にする諸法体系の比較について」比較法学二二巻二号（一九八九年）がある。

七 大陸法と日本法

1 日本における大陸法の継受⁽¹⁾

(1) 外国法の教育 わが国における大陸法の勉学は、幕末に津田真道、西周の兩人がオランダに渡り、法学を学んだことに始まった。明治維新以後、新政府は海外よりボワソナード (Gustave Boissonade) をはじめとし、すぐれた法学者を招き、法学教育にあたらせた。それは当初司法省内の明法寮で行われた。明法寮はその後数度名称を変え、今日の東京大学に吸収されたが、そこではフランス人教師によるフランス法の講義がなされた。その卒業生はフランス法学派を形成した。彼等の手により明治一〇年代に若干の私立学校が創設され、フランス法の普及がはかられた。他方、東京開成学校（東京大学の前身）ではイギリス人によるイギリス法の講義がなされ、その卒業生はイギリス法学派を形成した。要するに明治初期のわが国の法学教育はフランス法またはイギリス法の教育であった。そして法典の整備されなかった当時、フランス法やイギリス法の内容が「条理」として裁判上適用されたとされる。このようにして、わが国では当初大陸法（とくにフランス法）はイギリス法とならんで理論として継受された。

(2) 法典継受 すでに明治三年江藤新平はフランス法に明るい箕作麟祥に命じてフランス民法典を翻訳させ、そ

のままわが民法典としようとした。しかし、これは江藤の失脚とともに挫折した。政府は改めてポワソナードの指導のもとで、フランス法を範にとって本格的な法典編纂事業をはじめた。それはまず明治一三年の刑法および治罪法となつて実を結んだ。ついでポワソナードは民法の編纂に着手した。ここでも主としてフランス民法がモデルとなつたが、それにポワソナードのすぐれた創見が加わつた（なお身分法の部分は日本人の手により起草され、わが国の伝統が顧慮された）。かくして成立した民法典（旧民法）は明治二三年に公布され、二六年に施行の予定であつた。さらに商法については、ドイツ人レスラー（Hermann Roesler）の手により主としてフランス商法をモデルとして起草され、また民事訴訟法については、ドイツ人テッヒョー（Hermann Techow）の草案（これにはドイツ法の影響が強い）を基として起草され、いずれも明治二三年に公布された。他方、憲法については、自由民権運動を押さえるためにも国権を強化したものでなければならぬとされ、このためヨーロッパでも君主の権限の強いベルギーとプロイセンの憲法を範とし、それにわが国の国体を顧慮して編纂が行われ、明治二二年に大日本帝国憲法として発布された（明治憲法）。これにより、わが国もまがりなりにも立憲国家となつた。

さて明治二六年の旧民法施行を前にして、断行派と延期派との間で有名な法典論争が行われた。これはフランス法学派とイギリス法学派の争いであつた。結果は、国権派の政治家が加担した延期派が勝ちを占め、改めて民法典編纂がなされることとなつた。このため、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三名が起草委員に任ぜられた。彼等はいずれもヨーロッパに留学し、大陸法に明るい人たちであつた。彼等はそこで旧民法を基礎とし、それに必要な修正を加えるという形で法典編纂をしたが、そのさい当時発表されたドイツ民法第一草案をとくに参照し、明治二九年より三一年にかけて現行民法典を成立せしめた。この民法典は、一言でいえば、フランス民法とドイツ民法を混

合的に継受したものであり、形式的にいえばドイツ民法典の体系（パンデクテン・システム）に従っているが、實質的には、旧民法以来のフランス式規定の多くが残っている。もっとも、以上は財産法の分野のことであり、身分法についてはわが国特有の家制度が一層強化された。なお商法については、明治三二年に現行商法典が成立したが、これはドイツ商法典に依拠したものであった。

かくして明治三〇年代のはじめに、わが国の法典編纂は一応完成した（このあと、刑事法については、明治四〇年に現行刑法、さらに大正一一年に改正刑事訴訟法が成立し、旧法と代わった。これらは、いずれもドイツ法の影響を強く受けている）。この法典編纂にさいし、イギリス法は後退し、大陸法が前面に出た。大陸法のなかでも、前期はフランス法の影響が強かったが、後期に入ると、ドイツ法の影響が圧倒した。憲法の場合は、明治政府にとり、国権主義的なドイツ系憲法が模範とされたのは当然であるが、他の分野では、当時のドイツ法の優秀性がわが国で高く評価されたためであると思われる。

このように明治期のわが国の法典編纂は大陸法の継受という形で行われた。それがわが国の法の近代化に貢献したことはいうまでもない。しかし、この法の継受は無批判的になされたものではなく、わが国の伝統や実情も相当程度考慮された。とくに憲法における天皇制や身分法における家制度の維持は、その代表的なものであるが、それは法の近代化を阻害する要因ともなった。

(3) 学説継受⁽²⁾ 法典編纂後の法学の任務は、各部門ごとに体系化をすすめる、実務における法の適用を容易にすることにある。わが国の法学は、この任務をドイツ法学の圧倒的影響のもとで遂行したので、この時期を学説継受期ということができよう。多くの法典がドイツ法をモデルとしたこと、当時のドイツ法学が世界的に評価されていた

ことなどが、その理由であるが、ドイツ学説の継受は刑法や民法など必ずしもドイツ法が唯一のモデルではない領域に及んだ。ところで、当時支配的であったドイツの法学（とくに私法学）はパンデクテン法学の流れをくみ、概念法学の色彩が強かった。それはわが国の官僚に好まれ、官僚法学を形成するのに役立った。かくして、明治後期のわが国はドイツ法全盛時代を迎え、「独法に非ずんば人に非ず」とまでいわれ、法学生はこぞってドイツ法を学んだ。しかし、このようなドイツ法学の影響は、日本の実情を重視し、そこから妥当な結論を導き出そうとする方法の発達を阻害した。

このような学説継受への反省は、大正期に入ると生じた。第一次大戦でわが国がドイツと対戦したため、法学者のドイツ留学は不可能となり、代わりにアメリカ、イギリス、フランスなどが留学先に選ばれた。その結果、それらの国の法と法学が評価されるようになり、ドイツ法一辺倒の風潮が減少した。また法学研究の対象として慣習や判例の重要性が認識されるようになり、それまでの過度の外国法依存から脱却した。この傾向は昭和期に入っても継続したが、新たにナチス法学が当時の臨戦期のわが国に影響を及ぼした。しかし、全体としては不毛のうち終戦を迎えた。

(4) 第二次大戦後 第二次大戦後のわが国における外国法との関係のうち、もっとも重要なのは英米法の影響である。わが国の戦後改革の多くはアメリカ占領軍のインシアティブのもとで行われたが、その結果、とくに憲法、労働法、商法、経済法、刑事訴訟法の改正に対しアメリカ法が大きく影響を及ぼした。このため、戦後のわが国は英米法の継受により、従来の大陸法から脱却し、英米法系へ移行するのではないかといわれた。しかし今日からみると、戦後の英米法の影響はわが国の法体系の大陸法的性格を根本的に変更するにはいたらなかった、というべき

であろう。ただ上述の法分野では、いたるところ大陸法的なものとの衝突が見られ、比較法上興味ある対象となっている。⁽³⁾

他方、大陸法との交流も戦後まもなく復活し、以前にもまして活発となっている。⁽⁴⁾とくにフランスとの間で一九五九年に日仏法学会が、西ドイツとの間で一九七六年に日独法学会が創設され、両国との交流の組織化がなされるようになった。⁽⁵⁾しかし、大陸法に属する他の国との交流はいぜんとして不十分である。EC法に対する関心も、最近まで乏しかった。

2 日本法は大陸法系に属するか

これまで本稿では、日本法は明治期の法典継受以来大陸法系に属することを自明のこととして叙述してきたが、そこには問題がないわけではない。そのうち、第二次大戦後のアメリカ法の部分的継受により日本法は英米法系に移行したか、少なくとも大陸法と英米法の混合法系と捉えるべきではないか、という問題については前述した。後者の点についても、日本法の現状は混合法系とは程遠い。しかし、これまた前述したように、英米法と大陸法が西欧法として接近・融合の方向に向かっている今日、日本法に対する英米法の影響の増大は今後ますます期待されるであろう。

今一つの問題は、形式的にいえばたしかに日本法は明治以来大陸法系に属するが、果たしてそれが日本人の法生活をどれだけ西欧化したか、という点をめぐるものである。従来の伝統的見解はこの点をあまり意識せず、日本法は法典継受により大陸法、とくにドイツ法群に属すると考えられてきた。⁽⁶⁾今日でもこの種の見解が見られるだけでなく、⁽⁷⁾それは大陸諸国の法律家の常識であるといつてよい。

しかし、最近の西欧の比較法学者の多くは、日本法を大陸法とは独立に東アジア法系の一環と捉え、その固有の法文化に注目している。⁽⁸⁾ とくにダヴィドは中国法につき、西欧法にくらべ、法は社会統制の二次的役割を果たすにすぎず、社会の基礎は第一次的には礼によって構成され、法は必要悪と考えられているにすぎず、両大戦間の大陸法の継受も表面的なものであり、中国人の伝統的観念を変更することはできなかつた、と指摘している。そして彼によれば、日本法も本質的には中国法と変わりないとされた。もともと、彼は後には日本法を中国法とは独立に取り扱っているが、日本の近代化が法の近代化（西欧化）をもたらしたかどうかについては、いぜん懐疑的である。⁽⁹⁾

この問題は要するに法系分類の基準をどう捉えるかに関係している。主として法技術的観点から捉えるかぎり、日本法は大陸法の一環と考えられる。しかし、歴史的伝統、法的思考方法、イデオロギー（ここではとくに文化）を中心として法系を分類する場合には、日本法と大陸法との間にはかなりの差があり、日本法を大陸法に入れるのに躊躇を感じる。もともと最近のわが国では急速に法意識が高まっているので、今後大陸法（より一般的には西欧法）との距離が狭まることが期待される。いずれにせよ、日本法を世界の法系のなかにどう位置づけるかは、わが国の法学者に課せられた課題である。⁽¹⁰⁾

(1) この問題についての基本的文献は、伊藤正己編『外国法と日本法（現代法14）』（岩波書店、一九六六年）である。近時の注目すべき論文として、ローラント・パール（平野敏彦訳）「ヨーロッパの立場から見た日本の法継受——和魂洋才、再検討の鍵と尺度」（河上倫逸編『ドイツ近代の意識と社会』（ミネルヴァ書房、一九八七年）所収）をあげたい。なお本文は、五十嵐清『法学入門』（一粒社、一九七九年）二二五頁以下と大同小異であることをお断りしたい。

(2) 詳しくは、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、一九六八年）参照。

(3) 戦後三〇年間における英米法の影響については、ジュリスト六〇〇号記念特集『日本法と英米法の三十年』（一九七五年）

参照。

- (4) より詳しくは、五十嵐『比較法入門』六五頁以下参照。その後の発展については、次注参照。
- (5) 機関誌(年刊)として、それぞれ『日仏法学』(一九六一年より)、『日独法学』(一九七七年より)があるほか、日独法学会は独文機関誌 *Recht in Japan* を一年おきに(一九七五年より)フライブルグ大学比較法研究所の協力のもとで発行している。その後の注目すべき発展としては、日仏間に法学交流シンポジウムが開催されていることであり、一九七六年に第一回(その成果として、日仏法学会編『日本とフランスの契約観』有斐閣、一九八二年)、一九八八年に第二回目(ジュリ九二九号七九頁以下、九三二号八四頁以下参照)の会合が開催された。日独間にも一九八八年「西洋法の日本化」をめぐるシンポジウムが開催された(ジュリ九二七号以下)。さらに、日独間では大学間の交流がめざましい。
- (6) この見解のルーツは、Hozumi, *Lectures on the New Japanese Civil Code, as Material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Rev. ed. Tokyo 1912, p. 41 にちかひのほるように思われる。穂積陳重はそこで、日本民法はヨーロッパ文明の導入によりシナ法族から大陸法族に移行したと説いている。
- (7) Arminjon, *Nolde et Wolff, Traite de droit compare*, t. II, Paris 1950, pp. 427-8. (五十嵐『比較法入門』二〇四頁参照)。なお日本法(とくに民法)がドイツ法のひきうつしにすぎないというのは、国際的誤解であるが、この点についてはとくに星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」(同『民法論集第一巻』〔有斐閣、一九七〇年〕所収)参照。
- (8) 次注のダヴィドのほか、シュニッツァー(五十嵐『比較法入門』一九五頁以下参照)やツヴァイゲルト(ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲下巻六五五頁以下)がこれに属する。
- (9) 五十嵐『比較法入門』八九頁以下および九三頁以下参照。後者については、Noda, *Introduction au droit japonais*, Paris 1966 の影響が強い。
- (10) 上の点については Noda, op. cit. のほか、Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, Frankfurt a/M. u. Berlin 1970; Murakami, *Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts*, Darmstadt 1974. 最近では Sanada, *The Cultural Bases of the Japanese as a Key to the Myth of the Reluctant Litigant in Japan*, in: *Conflict and Integration*, Chuo U. P. 1988, pp. 105-129 などが貴重な貢献をしている。日本

語で書かれたものとしては、とくに大木雅夫『日本人の法観念』（東大出版会、一九八三年）が注目される。私自身のものとしては、「比較のなかの日本法」判夕五〇〇号一頁（一九八三年）、「法系論と日本法」前掲『東西法文化』（一九八七年）所収があるにすぎない。