

〔研究ノート〕

社会主義法系は存在したか？

—John Quigley, *Socialist Law and the Civil Law Tradition*,
37 Am.J.Comp.L.781(1989) の紹介を中心に

五 十 嵐 清

目次

- 1 はじめに
 - 2 Quigley の所説の紹介
 - 3 おわりに
- 引用文献一覧表

1 はじめに

最近のソ連および東欧の変動は著しいものがあり、社会主義の将来について懐疑的な見解をもっていた者にとっても、予想をはるかに上回るテンポで、社会主義体制の崩壊が眼前に展開しつつある。社会主義法研究者にとっては、その存在意義が問われている。私自身は社会主義法の専攻者ではないが、比較法学者として、またとくに1960年代より北大スラブ研究施設（現センター）の研究員を兼ねたため、社会主義法についても関心をもたざるをえなかった。私は、社会主義国の法学者やわが国の多くの社会主義法研究者が主張した、社会主義法を資本主義法より上位の法体系であるとする見解にはくみしなかったが、社会主義法系が、資本主義法系と対立する独自の法系として位置づけられるべきことについては疑問をもたなかった⁽¹⁾。そして、これは最近までの西欧比較法学者の通説的見解であった。これに対し、従来も少数ながら社会主義法系の

独自性を否定し、それはいぜん大陸法系の一環であると主張する説が見られた。私はこれまでこの種の見解を軽視してきたが⁽²⁾、事態がこうなってみると、かれらの先見性について再評価しなければならない。そこで、本稿はこの種の見解のうち、最近発表されたQuigleyの論稿⁽³⁾を紹介することを通じて、私自身この問題を再考しようとするものである。さしあたりの結論をいえば、Quigleyの論証にもかかわらず、将来はともかく、少なくとも一時期、社会主義法系が独自の法系として存在したという事実は否定できないように思われる。

(1) この機会に私と社会主義法との関わり合いについて一言しておきたい。私は比較法学者として発足した当初、社会主義法の意義を高く評価していた(五十嵐 1953における Schnitzer 1945や Arminjon 1950に対する批判〔五十嵐 1972, 197 and 205〕を見よ)。1955年のドイツ留学以来、社会主義法を資本主義法より上位にあるとする見解には疑問をもったが、社会主義法から学ぶべきところがあることは承認していた(五十嵐 1957, 35)。そして、そのことを夫婦財産制の比較法的研究をつうじて明らかにしようとした(五十嵐 1959, 同 1963〔いずれも五十嵐 1976に所収〕)。方法論的には、Loeber 1961の提唱する機能的な方法論に影響され、その方法を用いれば資本主義法と社会主義法のように社会体制を異にする国の間の法の比較は可能であり、またそれは望ましいことを論じた(五十嵐 1972, 136)。さて私の法系論はDavidやZweigertの影響を強く受けたものであり、そのことは当然社会主義法系を独立の法系として位置づけるものであった(五十嵐 1972, 77; 同 1977, 162)。かたんなら、この立場から、拙著『法学入門』(1979年)においても、「社会主義法の発展」について言及した(220以下)。

(2) たとえば、Bartels 1982は、社会主義法を大陸法と同一と解する英米の比較法学者として、F.H.Lawson, W.Friedmann, A.Ehrenzweig, M.Rheinsteinをあげ、かれらの方法を体制間比較における形式的観察方法として批判しているが、本書についての私の書評においても、その部分は異論なく紹介されている(五十嵐 1984, 10)。なお以上の4人のうちRheinstein以外については、Quigleyも、自説の先駆者として引用している(後述、なおRheinsteinについては、Bartelsの引用するEinführung in die Rechtsvergleichung, München 1974, 79fでは、問題点を指摘するだけで自説の展開はない)。Bartelsはさらに、同じ見解をもつドイツの学者として、S.Braga, Das sowjetische Zivilrecht und das

Europäische Privatrecht, Jahrbuch des Ostrechts 1 (1960), 69-84をあげている。Bartels 1982, 64f.

- (3) John Quigley, *Socialist Law and the Civil Law Tradition*, 37 Am.J. Comp.L.781(1989).なおQuigley は1940年生まれ、ハーヴァード大学で学んだほか、モスクワ大学にも留学している。現在はオハイオ州立大学教授、ソビエト法と刑事法を専攻している（北大吉田邦彦助教授のご教示による）。

2 Quigley の所説の紹介

以下、Quigley の所説をできるかぎり忠実に紹介することにするが、Quigley の引用文献中で手元にないものも、原則としてそのまま引用する。ただし、大陸法の学者の著作で著者が英訳を利用しているものは、原文を引用した。なお私の全体的感想はさいごのVIおよび「おわりに」で述べるが、個々の問題についてのコメントは、[]内および注で述べる。

これまで社会主義革命は大陸法の国々で生じ、コモン・ロー諸国には生じていない。現在多くの西欧および社会主義国の比較法学者は社会主義法の独自性を認めているが（独自説separationist thesis）、これを否定する学説もある。しかし、後者のこれまでの独自説に対する批判は十分ではない。本稿は、とくに1980年代後半の社会主義法の発展を考慮しながら、独自説の批判を試みようとするものである（781.Quigley 論文の頁数。以下同じ。なおI IIAなどの符号も原文どおりである）。

I 西欧学者の説く独自説

著者（Quigley）が、ソビエト法ないし社会主義法系の独自性を認める学者としてまずあげるのは、David 1950および1964である（五十嵐1972, 87以下参照）。これに同調する学者として、John Hazard (1969, 523)、John Merryman (1985, 1 and 4)、Marc Ancel (1984, 16)、Christopher Osakwe (1982, 268f)、Michael Bogdan (1978)、L.-J.

Constantinesco (1983, 158) があげられる (781-782)。〔代表的な西欧比較法学者が含まれているが、著者はドイツ語が不得意のようであり、ドイツ系の比較法学者、とくに K. Zweigert がここに登場しないのは残念である。〕

これらの見解に対し、Wolfgang Friedmann (1959, 9) はソビエト法のなかに基本的に新しい概念や法律関係を見出さず、F. H. Lawson (1954, 780-784) と Albert Ehrenzweig (1970, 1006) も、そのなかに大陸法系から独立させるに十分な新奇性を見出さない。Lawson (1977, 13) はソビエト法を多くの重要な点で大陸法系の一員と特徴づけている。またイタリアの比較法学者 M. G. Losano (1978, 117f) も社会主義法を大陸法の亜種としている (782)。〔以上のうち、Ehrenzweig を除くと、他の学者はただそう述べているだけで、理由を詳述していない。Ehrenzweig は、Hazard 1969 の書評のなかで、Hazard が社会主義法の特徴としてあげている諸点は、現在の大陸法のなかにも見出されるという観点から批判しており、Quigley の本稿のモデルとなっている。〕

さて著者は、独自説論者が社会主義法を大陸法と区別する特徴としてあげる以下の 6 点について、批判している〔この部分の紹介が本稿の中心部分である〕。

A. 法の将来における死滅

共産主義社会では法は死滅するので、社会主義法は過渡期的性格を有するにすぎない、とする点を社会主義法の特徴とする説であり、著者はこの説の提唱者として David (1964, 27)、Hazard (1969, 524f)、Ancel (1984, 14) およびソビエトの学者をあげている。しかし、ソ連においても 60 年代以降はこの説は強調されていない。もっとも、60 年代のはじめ、司法過程への素人の登用など、法死滅説の若干のインパクトがみられたが、それだけでは社会主義法を大陸法の伝統から離れさせるにいたらない (784-785)。〔法死滅説は社会主義国でもユートピア論であり、今日では社会主義法の特徴として論ずるに値しないように思われる。〕

B. 支配的政党の役割

これは単独政党の支配を社会主義法の特徴とする説であるが、その論者として、著者はDavid (1964, 27)、Osakwe(1982, 278)、Hazard(1969, 523f)をあげている。とくにHazardは、非社会主義圏にも権威国家があるのではないかという主張にたいし、社会主義国では一党支配が生産財の国有と結びついている点を相違点としている。これに対し著者は以下のように批判する。支配的政党が経済をコントロールした例として、マルコス政権下のフィリピンがある。また社会主義諸国でも、最近は一党政治の支配が揺るぎだした（たとえば、1989年のソ連の議会選挙やポーランドの連帯をみよ）。他方、大陸法諸国のなかで、ドイツ、イタリアはじめファシズム政権の支配下にあった国や、現在もラテン・アメリカやアフリカで単独政党の支配下にある大陸法系の国が多いが、それゆえにそれらの国が大陸法から離脱したことはない(785-786)。〔著者の批判にもかかわらず、Hazardのテーゼは、根拠があるように思われる。現実のソ連型社会主義では、たしかに一党支配と国有化・計画経済が密接に結びついており、それなしには社会主義法は考えられない。したがって現在展開している一党支配の崩壊は社会主義そのものの崩壊へつながっている。〕

C. 公法による私法の吸収

この説のポイントは政治的経済的教義にある(Zweigert 1961, 53)⁽¹⁾。この説によれば、国家の経済における役割が私法を公法に吸収し、そのため社会主義法を大陸法から離脱させたのである。著者はこの説の提唱者として、David (1964, 27)、Hazard (1969, 523)、Osakwe (1982, 40)、Bogdan (1978)をあげている。とくにHazardは、社会主義国家と福祉国家の法体系の枠組みを特徴づける経済的要素を、両者の第一の相違点とし、それは社会とその制度のあらゆる要素が、完全に国有化された計画経済の作用のなかに組み入れられる程度により明らかになるとした(同上)。

これに対し著者は、「社会主義法の特色として国家の経済に対する役割に焦点を合わせることは、私法の私的性質を強調しすぎることになる。」と批判する (787)。私法も公的機能につかえるからである。他方、大陸法においても今日は私法と公法の区別はあいまいになっている (Merryman 1985, 94f; Glendon 1982, 115f)。この点ですでにLawsonは、「すべての経済は混合経済であり、ソビエトの経済も例外ではない」と批判している (Lawson 1954, 782)。さらに従来 of 独自論者の分析は、80年代の経済改革の前に書かれているが、この改革により、著しい経済活動が私的または協同組合的コントロールに服するようになった。社会主義法において私法的規制の数が少ないことは確かだが、しかしその領域では大陸法と同一である。国营企業間および国营企業と私人間も大陸法の伝統の上にたつ私法規範により規制されている (たとえば、ソ連の民事立法の基礎 [1961年] をみよ)。結論として、経済的事項に関する社会主義国家の役割も、古典的私法と呼んできた本質的に大陸法的な構造をかえなかったとするEhrenzweigの所説 (Ehrenzweig 1970, 1006) が引用されている。

〔著者の批判にもかかわらず、この点は、Bと結びついて、やはり社会主義法を大陸法または資本主義法と区別する基本的なメルクマールであったと思われる。もっともこの点は、社会主義国の学者により、イデオロギー的立場から過度に強調されすぎたきらいはあるが、西欧の比較法学者も基本的には支持していた。80年代後半になり、ソ連のペレストロイカや東欧の民主化が進むにつれ、この議論が成り立たなくなるのは当然である。この点で、社会主義法と資本主義法が将来接近すると説いた収斂説 (たとえば、Tunc 1961) は先見の明を誇ってよいであろう。⁽²⁾〕

D. 法の宗教的性格

社会主義法の擬似宗教的性格 (pseudo-religious character) については、著者はOsakweの説を引用し、それは「究極性への請求、規範的なものへの深い関連性、誠実とコミットメントの要求、異端と背教の恐怖、

儀式と神話、一団の神学者と伝道師、そして全体として人生に意味、重要性、目的を与えるような人生の解釈をするというその役割」のなかに見出されるとする (Osakwe 1985, 685)。具体的にOsakweは、ソ連憲法 (1977年) 39条2項 (「市民による権利と自由の行使は、社会と国家の利益および他の市民の権利を損なうものであってはならない。」⁽³⁾、60条(働く義務) および66条 (親の子に対する養育・教育義務をおよび子の親に対する配慮・扶助義務) をその例としてあげているが、これに対し著者は同じような規定は大陸法上いたるところに見られると批判している (789-790)。

Osakweはさらにソビエト刑法における宗教的要素を、「刑法をとおして新たなソ連人の創造を画策する意図」のなかに見出し、その例として、一定の犯罪を報告する義務など8つの義務をあげている (Osakwe 1985, 688)。しかし著者によれば、そのような義務も大陸法諸国でどこにも見られるとされる (791)。さらにOsakweは、ソビエト不法行為法における以下の3視点、すなわち①懲罰的損害賠償の除外、②名誉毀損を除き、物質的損害だけ補償、③名誉毀損の救済として、取消と謝罪だけ規定、のなかにも宗教的要素を見出し、これらの規定を「金銭は鎮痛剤として用いられるべきでない」という哲学の反映と性格づけている (Osakwe 1985, 689f)。しかし著者によれば、この点では社会主義国でも足並はみだれており、他方、大陸法諸国はコモン・ロー諸国より一般的に損害賠償を制限している。社会主義不法行為法の一般的性格 (過失責任主義) は大陸法にとり典型的なものである (791)⁽⁴⁾。

[Osakweが社会主義法の宗教的性格という言葉で表現したかったのは、その具体例との関係では、けっきょく法の教育的親権者的役割ということになる。とすれば、それは少なくともソ連や中国の法の特色の一つに数えられるであろう。それを大陸法と変わらないとする著者の批判は、今日の大陸法にはあてはまらない (ただし啓蒙期の法典 [とくにプロイセン一般ラント法典] にはパターンリズムが顕著に見られた)。しか

し、この特色は社会主義法としてのものか、あるいはロシア人や中国人の法文化に由来するものか必ずしも明らかでない⁽⁵⁾。ただ、もともと英米法には大陸法と比較してパターンリズムの傾向が乏しいので、著者がこの点を大陸法と社会主義法に共通の性格と解したことは納得できることである。]

E. 裁判所の役割

Osakweによれば、社会主義国における裁判所の役割は大陸法のそれとは異なり、そこでは国家制定法をより機械的に適用している(Osakwe 1982, 273)。しかし著者によれば、この点でも大陸法と社会主義法の間に差はない。むしろ社会主義国の最高裁判所は、具体的事件と関係なしにいわゆる「指導的説明」を発することができる点で、大陸法諸国よりも広い権限を有している⁽⁶⁾。とくにソ連の最高裁判所は指導的説明を利用して重要なルールを作り出してきた。また、社会主義国の裁判所も、大陸法諸国の裁判所と同様、必要な場合には制定法の欠缺を埋めている。さらに違憲法令審査権制度も1970年までにソ連を除く多くの東欧社会主義国で認められている(791-793)。

[要するにここでは、社会主義国における裁判所の役割が大陸法諸国に較べ限られているという主張に対し、著者は両者の間に差はないか、または場合により社会主義国の裁判所の方がより広い権限もっていると反論している。しかし、一般的にいえば、社会主義法における裁判所の役割は今日の大陸法諸国に較べはるかにかぎられたものであるといえるであろう。そのことは、つぎの論点との関係でより明らかになる。]

F. 特権主義 (Prerogativism)

ここで著者はまずZweigertとKötzを引用する。かれらは、社会主義法を大陸法と区別する主要な特徴として、「マルクス主義は、国家による干渉を免れた自由領域を個々の市民に保障することによって政治に限界を画することができるのが法だ、とする見解と戦っている」という事実をあげている(Zweigert u. Kötz 1984, 339)⁽⁷⁾。同じく松下輝雄は、社会

主義的適法性は法治国家や「法の支配」の概念と異なると指摘している。かれによれば、政治の必要は法規範に優先するとされ、その例として、違法な投機行為に対し遡及的に死刑を適用した1961年のソ連最高会議幹部会令をあげている(松下 1972)⁽⁸⁾。さらにOsakweは、同じ特徴を特権主義とよんでいる。かれによれば、特権主義とは、当事者の必要を国家の必要の強化に合わせるために規範を侵害することを意味する。もっとも、この合法的非合法性はソ連に著しく、他の社会主義国のなかではそれほどでない国もある (Osakwe 1985, 679)。Osakweはソ連の刑事訴訟法から具体例として以下の4点をあげている。①KGB (国家保安委員会) がすべての犯罪を調査する権限を有している。②KGBの取調べの対象となった容疑者は公判以前弁護士を依頼する権利を有しない。③一定の軽罪については弁護士を依頼する権利は手続きの後の段階ではじめて認められる。④共産党員は党を除名されないかぎり訴追されない (Osakwe 1985, 882-887)。

以上の4点に対し著者は、①KGBの権限は制限されている、②そのような規定は存しない、③他の多くの国でも同様である、④そのような立法はなく、実務上は訴追当局の通報により党員を除名しており、60年代には裁判所が党に同意を求めることをしなくなった、と反論するほか、この領域において両者をはっきり区別することは危険であるとする。たしかに社会主義国では西欧諸国に較べると個人の人権の保護は足りないが、60年代には改革が進み、両者の差は緩和された。ソ連においても法の支配と政治権力の追求との関係は以前から問題となっており、とくに80年代後半になると、法治国家が強調されるようになったとして、19回党大会におけるゴルバチョフの演説をその例としてあげている (793-796)。

「法の支配」の有無が西欧法と社会主義法を区別する主要な特色であることは、上記のほか、David も1961年の論文で強調している (五十嵐 1972, 91-92参照)。著者は専門の刑事訴訟法の分野で具体的な反論をして

いる。どちらが正しいか私に判定する能力はないが、過去の情報公開が進むにつれ、著者に不利な証拠が増える可能性はある。いずれにせよ、ソ連を中心とした社会主義諸国に「法の支配」が欠如していた事実は否定できないであろう。ただしこの点も、社会主義法に理論的に必然的にもなう欠陥なのか、あるいはロシア人の法文化とより関係する欠点なのか、私としても迷うところである。]

II 社会主義学者の説く独自説

著者はここで社会主義国の法学者の説く独自説を紹介しているが、この点については、私もしばしば紹介している⁽⁹⁾ので、かんたんにすませたい。

多くの社会主義国の法学者も、理由は異なるが、独自説を採用している。かれらは、社会主義法と大陸法の違いよりも、大陸法と英米法を一緒にして、それと社会主義法の違いに関心を示している。かれらの議論は、社会主義国は資本主義国と異なる社会・経済的基礎をもち、それゆえに社会主義法は大陸法や英米法と異なるという点にある (796)。

ソビエトの法学者は、1920年代では、当時のソビエト法を西欧スタイルの法と捉えていたが、30年代半ばになり、社会主義経済が進展するにつれ、ソビエト法を社会主義法と呼んだ。第2次大戦後に成立した東欧社会主義国では、法学者により、社会主義法が資本主義法より優れた法であることが強調された。社会主義国の独自論者は、西欧の論者と同様、マクロ・レベルを強調している。かれらも、かれらの法体系が大陸法に淵源することは認めるが、社会主義法は大陸法系より離脱したと説く。とくにハンガリーの指導的比較法学者Imre Szabóは、大陸法系と英米法系は法の同一類型が異なる外観を呈するだけであり、それは法のブルジョア的類型として、類型としての社会主義法と同一レベルに立つとする。要するにかれは、史的唯物論に立ち、法を上部構造の一つととらえ、その形式・内容は社会・経済的要素により規定されるとし、法を奴隷・封建・資本制・社会主義社会の法の4類型に分けるのである (Szabó 1975,

72f ; 1977, 9 f)。同じくハンガリーの指導的法学者Gyula Eörsi も、法の社会・経済的基礎を重視するが、他方、かれは法制度の相対的独自性を認めている (Eörsi 1973, 198 and 205)。さらに社会主義国の法学者のなかには、法系と法類型を区別し、大陸法と英米法は法系の区別であるのに対し、社会主義法とブルジョア法は法類型の区別であると主張する者がいる (たとえば、Péteri 1984 , 343) (796-800)。

III 独自説の妥当性

以上、これまで著者は西欧と東欧の比較法学者の説く独自説を批判的に紹介してきたが、ここでは全体として独自説の妥当根拠を問題とする。

独自論者はマクロ比較法とミクロ比較法を区別し、法系間の区別は前者についてだけ意味をもつとする。しかし、かれらが「技術的」とするものは法の基礎概念を含んでいる。たとえば、裁判の糾問的スタイル、法典への信頼、法の大陸法的範疇への分類、犯罪の審理方法、推定と举证責任のルールは、大陸法的伝統の中心的特徴をなすものであるが、いずれも社会主義国で使用されている。「社会経済的基礎の相違は、法の機能にとって重要であるが、社会主義法が大陸法系のなかにとどまるかという問題にとっては重要でない。」(801)。この違いは、法類型と法系とを区別する社会主義国の法学者によっても承認されている。その例として、相続法があげられる。両者の間に機能上の相違はあるが、社会主義国の相続法は大陸法のそれとまったく類似している。多くの社会主義国では、社会主義化されたあとも、長らく大陸法系の民法典が施行されていた。社会主義国の法学者のなかにも、社会主義法の大陸法的伝統の維持をより認める者が出てきた。ユーゴのBorislav Blagojevic は、社会主義法の多くの領域で大陸法の伝統が維持されているという事実を否定したり、隠したりする理由はないと述べている (Blagojevic 1968)。さらにポーランドのロマニスト Witold Wolodkiewicz は、ローマ法上の法準則や制度が大陸法をこえて社会主義法にまで伝えられているとして、所有権概念や、不法行為責任と契約責任に共通な債権総論を、その例として

あげている (Wolodkiewicz 1982 and 1987)。最近はソ連の学者も、このような説に同調している (Tille and Shvekov 1978, 125f ; Ioffe 1987, 46 ; Chkhikvadze 1988, 90) (800-803⁽¹⁰⁾)。

かくして「社会主義法系と西欧大陸法系の間には、個々の点では著しい相違があるにもかかわらず、法の基礎領域においては大きな類似性が見出される」(803)。Hazardは、この点から両者の共通点と相違点を指摘している (Hazard 1981)。「しかしソビエト法または社会主義法をグローバルな視点から見るならば、これらの相違は、大陸法伝統の一部としての社会主義法のアイデンティティを消すことはない」(804)。アメリカ法とイギリス法との間にも大きな相違点がある (民事事件における陪審の関与、治安判事裁判所における素人の登用、違憲法令審査権)が、両者はコモン・ロー世界に属する。もし独自論者が、コモン・ロー国のなかで社会主義革命により、現在の社会主義国のような法を採用するため、コモン・ローを捨てた国の存在を指摘できれば、独自説は補強されるが、どんなコモン・ロー国も完全な社会主義秩序を確立していない⁽¹¹⁾。イギリスやタンザニアなどは、社会主義への試験的な歩みをしたが、コモン・ローからは離脱しなかった。グレナダでは1979年より83年まで社会主義政権が続いたが、コモン・ローは放棄されなかった。コモン・ロー諸国でも、高度の国家的統制経済が行われることがありうるが、そのときでも裁判所は stare decisis の原理を使用するほか、他のコモン・ローの特色も残すであろう。他方、大陸法的社会主義国の国営セクションでも、裁判所は創造的な役割を果たすであろう (803-805)。

IV 独自説のネガティブな諸結果

ここでは独自説がどのようなネガティブな結果をもたらすかを論じている。

著者によれば、西欧学者の独自説は社会主義法の諸特徴を誇張し、社会主義国においても法が正常に機能している点を軽視している。アメリカ法がイギリス起源なしには理解されえないと同様に、社会主義法は、

社会主義法系は存在したか？

その大陸法的伝統ときりはなしては理解されえない。さらに独自説は、社会主義的要素を切りはなすことにより、大陸法の理解を妨げている。というのは、現在の大陸法系においても、経済に対する国家の干渉は必要であり、この点で社会主義法に学ぶべきところが多いにもかかわらず、独自論は社会主義法を考慮しないからである⁽¹²⁾ (805-806)。

ところで、社会主義国の法学者が社会主義法を大陸法の一部と見ない理由の一つは、西欧比較法学者の以下のような学説が受け入れがたいからである。それは、①西欧比較法学のアプローチにおける法の一般原則の発見の追求(この点は史的唯物論と矛盾する)、②法の統一をもとめる西欧比較法の傾向、③比較法における主要西欧工業国の歴史的優位、の3点である。しかし、これらの障害にもかかわらず、最近では社会主義国の法学者のなかにも、資本主義法との比較の必要性を説く者が増えてきたとして、著者はPéteri(1984)、Maria Borucka -Arctowa (1973)、Samuel Zivs (1964)、Blagojevic (1968)、Szabó (1977)をあげているが、そのことについては私もこれまで指摘しているので、ここでは紹介を省略することにしたい⁽¹³⁾ (806-808)。

V 結論

かくして著者は結論として以下のように述べているが、それはこれまで述べたことの繰り返しにすぎない。

「社会主義法は、それを大陸法系の他の法体系から区別する特徴を含んでいる。しかし、これらの相違点は、社会主義法を大陸法の伝統から離脱させるにいたらなかった。離脱したという結論を引きだすことは、社会主義法の大陸法への歴史的結合と、社会主義法における大陸法的ルール、方法、制度、訴訟手続の継続的重要性を見落とすことになる。」(808)

VI Quigley 論文の問題点

(1) Quigley 論文は、法系論をとりあげていながら、法系分類の基準について、明確な立場を示していない(もっとも、このことは英米の比較法学者一般についていえることで、逆に大陸の比較法学者に対し法系論

がどんな意味をもつのか反論することが可能であろう)。しかしDavidの分類基準にしたがえば、著者は技術的要素を重視し、イデオロギー的要素を軽視しているといわざるをえず、したがって著者の見解は、大陸法系の多くの比較法学者に対し説得力に欠けるところがある(これに対し、英米の法学者からみると、著者の見解は素直に受け容れられる可能性が多い。この点は、私としても反省しなければならない)。

(2) 著者は80年代後半の社会主義法の発展を考慮しているが、まさにそのときにソ連のペレストロイカや東欧の民主化が始まり、それ以前とは問題状況が大きく変わったのである。したがって、従来社会主義法系の独自性を主張していた多くの西欧比較法学者も、この時期以後は自説の維持を躊躇した可能性がある⁽¹⁴⁾。それゆえ、本稿のようなテーマをとりあげる場合には、各文献の発表時期が問題となる。著者は、多くの文献を発表年の前後を顧慮せず引用しているが、もっとその点について神経質になるべきでなかったか。

(3) いろいろ問題はあるが、私としては、著者の批判にもかかわらず、少なくとも一定期間社会主義法ないし社会主義法系が存在したという事実を否定することはできないように思われる。

(1) 本論文の邦訳として、ツヴァイゲルト(真田芳憲訳)「法圏論について」ヘーレンリッヒ論(桑田三郎編訳)『西ドイツ比較法学の諸問題』[中央大学出版部、1988年]所収がある(引用箇所は89頁)。

(2) タンクの収斂説の要約については、五十嵐 1972, 148f参照。なおタンク教授が1991年9月末に北大を訪問されたさい、30年前の予言があたったと思うかどうか尋ねたところ、現在の成り行きは予想外であったという答えが返ってきた。

(3) 宮沢俊義編『世界憲法集第4版』[岩波文庫、1983年]296頁参照(藤田勇訳)。なお、他の条文についても同書を参照。

(4) 不法行為のところでは、私もOsakweの所説に賛成できない。たしかにソ連の法学者は、人格の商業化はマルクス主義に反する主張していたが、同じことは、19世紀末ドイツ民法典編纂にさいし問題となり、立法者は人格の商業化に反

社会主義法系は存在したか？

対して慰謝料を制限した。しかし、第2次大戦後の西ドイツでは、この制約を突き破って広く慰謝料を認めるにいたっている。ソ連でも最近では慰謝料を肯定する議論が出ている。その状況につき、直川誠蔵「ソビエト民法と精神的損害の賠償」比較法学22巻1号(1988年)参照。ちなみに1991年5月31日に成立したソ連の新民事立法の基礎(1992年1月1日より施行予定であった)では、市民に違法な行為により精神的損害が生じた場合に、損害惹起者に過失があるときは、損害賠償の義務があるとし、しかもそれは金銭その他の形によるとされた(131条)。

〔イズベスチヤ1991年6月25日による〕

- (5) Berman 1963は、ソビエト法の特色を「社会主義法」、「ロシア法」のほか、「親権者法 (Parental Law)」のなかに見出しており、Osakweなどの主張の起源はここにある。
- (6) ソ連における判例の意義について、中山研一「ソビエトの法源論」日本法哲学会編『法源論』〔有斐閣、1965年〕所収、稲子恒夫「判例の比較法的研究(ソ連)」比較法研究26号(1965年)など参照。
- (7) ツヴァイゲルト・ケッツ(大木雅夫訳)『比較法概論原論下』〔東大出版会、1974年〕550頁参照。
- (8) 著者はここで松下の英語論文Matsushita, Legality in East and West: A Comparative Study of 'Socialist Legality,' in: Perspectives on Soviet Law for the 1980s(F.J.M.Feldbrugge and W.B.Simons, eds.)99, 104-06 (1982)を引用しているが、われわれはすでに松下輝雄『ソビエト法入門』〔東大出版会、1972年〕44頁以下(死刑の問題については22頁)でその見解を知ることができるので、本文ではこちらを引用した。
- (9) 五十嵐 1972, 142fおよび1984, 7f参照。最近のソビエト法学者の見解につき、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22巻2号(1989年)参照。
- (10) なおIoffeはソ連の代表的民法学者であったが、その後出国し、本書(アメリカのソビエト法研究者Maggsとの共著)執筆当時(1987年)はコネチカット大学教授であり、ソ連の学者としてここに掲げるのは適当でない。
- (11) Hazardはその理由として、コモン・ロー諸国では「共同体より個人にバランスをおき、私的事項であると考えられることに対する政府の干渉に嫌悪を示す長年の経験」があることをあげているが(Hazard 1981, 100)、著者(Quigley)は、西欧大陸法諸国も社会主義法を採用していないので、それだけでは理由として不十分であり、より深い分析が必要であるとする。804 note 152.
- (12) Quigleyのこの所説も私には納得できない。西欧の独自論者も、社会主義法を研究対象としないわけではない。
- (13) 五十嵐 1972, 142f. 同 1984, 7f参照。なおジーフスについては、畑中

和夫訳が立命館法学54号195頁以下(1964年)にある。

- (14) ちなみに、1990年10月ソビエトのドネツクで経済法についてのドイツ・ソビエト法学者シンポジウムが開かれたが、Birgit Vosskühler (マックス・プランク比較私法研究所研究員)の記事によれば、ペレストロイカのもとでも、ソビエトの企業は自主性をもたず、ドイツとソビエトの企業法はいぜんとして機能が異なるとされる。Vosskühler 1991, 551f.

3 おわりに

ここでは社会主義法ないし社会主義法系がどうなるかについて、見通しを述べておきたい。まずソ連・東欧を中心とした現代社会主義法系は崩壊しつつあるといわなければならない。ソ連については、なお経済的混乱が続いているため、保守派の巻き返しが起こりうる余地があるが、それでも独自の法体系を示す可能性はほとんどない。そうすると、なお社会主義国として残るのは、中国、北朝鮮、ベトナム、キューバくらいになった。これだけでは、社会主義法系として独立するのは難しい状況である。しかも、中国法はもともと社会主義法系のなかで独自性を示していた。さしあたり、中国、北朝鮮、ベトナムを中心として東アジア社会主義法系として位置づけることはできよう(もちろんここでは将来どこかで新たな社会主義法系が誕生する可能性までを否定するわけではない。)

では、ソ連・東欧は今後どうなるか。東欧の多くの国(中欧)は第2次大戦前は大陸法、とくにオーストリア法文化の影響下にあっ⁽¹⁾た。したがって、今後これらの国が大陸法系にもどることはまちがいない。では大陸法系のなかで、これらの国がどの法群に入るか(オーストリアをつうじてドイツ法群に入るか)、または独自の東ヨーロッパ法群として相対的に独立するかは、なお今後の問題である。問題はソ連(ロシア)の扱いである。革命前はロシアも大陸法の一部であった。しかし、社会主義法系が成立するまでは、ロシア法と東欧諸国法のあいだには交流がなか

社会主義法系は存在したか？

った。今後両者の間にどのような文化的交流が続けられるか不明であるが、多くを期待できそうもない。とすると、ソ連（ロシア）はさしあたり独自の法体系として位置づけられるほかない。アメリカで発達したスラブ地域研究やドイツで伝統を誇る東方研究（Ostforschung）⁽²⁾が、将来もこれらの地域を統一的にとりあつかう可能性はあり、それにより共通の法文化を発見する可能性もある。将来を見守りたい。

(1) 加藤雅彦『ドナウ河紀行』（岩波新書、1991年）29頁以下参照。ただしルーマニアはもともとローマ法—フランス法の影響が強かったので（1864年の民法典はナポレオン法典の継受であり、1887年の商法典にはイタリア商法典の影響が強い。なお両法典とも社会主義政権下で廃止されなかった）、今後はロマン法群に復帰することになろう。Zlatescu 1991, 829参照。なおこの論文によれば、ルーマニアの法律家はつねにラテン系法律家としてとどまっており、ルーマニア法のローマ法的性格は否定できないとされ(p.833)、Quigleyの主張を補強している。ただし、共著者の一人V.D.Zlatescu（現ルーマニア最高裁判事）は1976年の論文では、Péteriと同様、法系と法の類型を区別すべきであると主張していた。Quigley 1989, 800.

(2) 五十嵐 1977, 90参照。

〔引用文献一覧表〕（*）は参照しなかった文献である。

Ancel 1984=Marc Ancel, La confrontation des droits socialistes et des droits occidentaux, in : Legal Theory – Comparative Law; Studies in Honour of Prof.Imre Szabó, Budapest 1984.

Arminjon 1950=Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde et Martin Wolff, Traité de droit comparé, 3 vols. Paris 1950-52.

Bartels 1982=Hans-Joachim Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, Tübingen 1982.

Berman 1963=Harold J.Berman, Justice in the U.S.S.R.; An Interpretation of Soviet Law, Revised ed. Cambridge 1963.

Blagojevic 1968=Borislav Blagojevic, La caractère révolutionnaire du droit des états socialistes, 12 Revue Roumaine des Sciences Sociales et Sciences Juridiques 19 (1968).（*）

Bogdan 1978=Michael Bogdan, Different Economic Systems and Comparative Law, 2 Comparative Law Year Book 89(1978).（*）

- Borucka-Arctowa 1973= Maria Borucka-Arktowa, Methodological Problems of Comparative Research in Legal and Other Social Sciences, in : 6 Archivum Iuridicum Cracoviense 13 (1973). (*)
- Chkhikvadze 1988= В. М. Цхиквадзе, О некоторых международных аспектах проблемы прав человека, «Советское Государство и Право» 1987, No. 7.
- Constantinesco 1983 = Léontin -Jean Constantinesco, Traité de droit comparé, tome III, La science des droits comparés, Paris 1983.
- David 1950= René David, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris 1950.
- David 1961= do., Existe-t-il un droit occidental?, in : XXth Century Comparative and Conflicts Law; Legal Essays in Honor of H.E. Yntema, Leyden 1961.
- David 1964= do., Les grand systèmes de droit contemporains (Droit comparé), Paris 1964. (ただし、本稿では 9 ème éd. par Camille Jauffret-Spinosi 1988 を引用)
- Ehrenzweig 1970= Albert Ehrenzweig, Book Review" of John Hazard, Communists and Their Law, 58 Calif.L.R. 1005. (1970).
- Eörsi 1973= Gyula Eörsi, On the Problem of the Division of Legal Systems, in: Mario Rotondi (ed.), Buts et méthodes du droit comparé, Padova 1973.
- Friedmann 1959= W. Friedmann, Law in a Changing Society, London 1959.
- Glendon 1982= Mary A. Glendon, Michael W. Gordon and Christopher Osakwe, Comparative Legal Traditions in a Nutshell, St. Paul 1982.
- Hazard 1969= John N. Hazard, Communists and Their Law; A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States, Chicago & London 1969.
- Hazard 1981= do., Is Soviet Russia in a Unique Legal Family ?, in: Jubilee Lectures Celebrating the Foundation of the Faculty of Law, University of Birmingham 93 (1981). (*)
- Ioffe 1987= Olimpiad S. Ioffe and Peter B. Maggs, The Soviet Economic System; A Legal Analysis, Boulder and London 1987.
- Lawson 1954= F. H. Lawson, Book Review" of John Hazard, Law and Social Change in the U.S.S.R. etc., 21 U. of Chic.L.Rev. 780 (1954).
- Lawson 1977= do., The Field of Comparative Law (1949), in: The Comparison ; Selected Essays, Vol. II, Amsterdam -New York-Oxford 1977.
- Loeber 1961= Dietrich A. Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, 26 Rabels Z 201 (1961).
- Losano 1978= Mario G. Losano, I grandi sistemi giuridici, Torino 1978.

社会主義法系は存在したか？

- Merryman 1985 = John H. Merryman, *The Civil Law Tradition; An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd ed. Stanford 1985.
- Osakwe 1982 = Glendon et al., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, St. Paul 1982.
- Osakwe 1985 = M.A. Glendon, M.W. Gordon and Ch. Osakwe, *Comparative Legal Traditions, Text, Materials and Cases*, St. Paul 1985.
- Péteri 1984 = Zoltán Péteri, *Le droit comparé et la théorie socialiste de droit*, in : *Legal Theory – Comparative Law; Studies in Honour of Prof. Imre Szabó*, Budapest 1984.
- Schnitzer 1945 = Adolf Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel 1945.
- Szabó 1975 = Imre Szabó, *The Socialist Conception of Law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chap. 1, *The Different Conceptions of the Law*, the Hague and Tübingen 1975.
- Szabó 1977 = do., *Theoretical Questions of Comparative Law*, in: Szabó and Péteri (ed.), *A Socialist Approach to Comparative Law*, Leyden and Budapest 1977.
- Tille and Shvekov 1978 = A. A. Тилле, Г. В. Швеков, *Сравнительный метод в юридических дисциплинах*, Москва 1978.
- Vosskühler 1991 = Birgit Vosskühler, *Funktionswandel des sowjetischen Unternehmensrechts ?* 55 *RabelsZ* 551 (1991).
- Wolodkiewicz 1982 = Witold Wolodkiewicz, *The Romanist Tradition of Civil Liability in Contemporary Poland*, in: W.E. Butler (ed.), *Anglo-Polish Legal Essays*, 1982. (*)
- Wolodkiewicz 1987 = do., *The Continuity of Roman Law in the Civil Law Socialist Countries*, 1987 *Yearbook on Socialist Legal Systems* 23. (*)
- Zivs 1964 = С. Л. Зивс, *О методе сравнительного исследования в науке государство и праве*, «Советское Государство и Право» 1964, No. 3.
- Zlatescu 1991 = V.D. et I.M. Zlatescu, *Le droit roumain dans le grand système romano-germanique*, R.I.D.C. 1991, 829.
- Zweigert 1961 = Konrad Zweigert, *Zur Lehre von den Rechtskreisen*, in : *XXth Century Comparative and Conflicts Law*, Leyden 1961.
- Zweigert u. Kötz 1984 = K. Zweigert und Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. I: *Grundlagen*, 2. Aufl. Tübingen 1984.

- 五十嵐 1953=五十嵐清「三つの比較法」比較法研究 7 号 (1953年) [『比較法入門』185 頁以下に収録]
- 五十嵐 1957=同「ドイツにおける家事裁判制度」『家族問題と家族法Ⅶ家事裁判』(酒井書店、1957年) 所収
- 五十嵐 1959=同「夫婦財産制」『家族法大系Ⅱ婚姻』(有斐閣、1959年) 所収 [『比較民法学の諸問題』201頁以下に収録]
- 五十嵐 1963=同「社会主義諸国家における夫婦財産制の諸問題」スラブ研究 7 号 (1963年) [『比較民法学の諸問題』231頁以下に収録]
- 五十嵐 1972=同『比較法入門』(日本評論社、改訂版1972年)
- 五十嵐 1976=同『比較民法学の諸問題』(一粒社、1976年)
- 五十嵐 1977=同『比較法学の歴史と理論』(一粒社、1977年)
- 五十嵐 1984=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 1 巻 1 号 (1984年)
- 松下 1972=松下輝雄『ソビエト法入門』(東大出版会、1972年)

(1991年11月末脱稿。92年 1 月中旬補正。)

[付記]本稿の校正段階で大木雅夫『比較法講義』(東大出版会、1992年)に接した。大木も、今日における社会主義法系の崩壊を認めるものの、「しかしそれまでの70年、とりわけここ半世紀は、社会主義法圏が——人類の歴史的な大実験としてであれ——現実に存在していた」ことは認めている(158頁)。そして旧ソ連・東欧社会主義国をさしあたり「脱社会主義途上法圏」と名付け、可能なかぎり一括して研究するしかないとする(160頁)。(92年 4 月21日記)