

比較法とはなにか

五十嵐 清

I 比較法とはなにか

「比較法（学）」とは、要するに、種々の法域（国家がひとつの法域であることが多いが、アメリカ合衆国のように、多くの法域に分かれる例も少なくない）における法秩序全体、またはそれを構成する法制度や法規範の比較を目的とする法学の一分野である¹。そして、「比較」とは、①まず第一に、比較されるもの間に存する類似点と相違点を明らかにすることであり、②つぎに、その類似点と相違点に生ずる原因を明らかにすることである。③さらに近時の有力な見解によると、相違点の存する場合に、どちらがよりすぐれ

1 ここで若干の定義の例を示そう。アルマンジョン／ノルド／ヴォルフ「比較法とは、世界における現行の種々の法体系の規範および制度を接近させ、比較することである。」Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde et Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, Vol.I, Paris 1950, 10. シュニッツァー「比較法学とは、法を記述し、その因果関係を研究し、その時の事態に対する適当な解決をはかることに努めることによって、法を時間と空間において互いに対照させることである。」Adolf Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Vol.I, 2nd ed. Basel 1961, 118. ツヴァイゲルト「比較法とは、種々の法秩序をそれぞれの精神と様式において関連づけること、或いは、種々の法秩序における比較可能な法制度ないし比較可能な問題解決を関連づけることである。」ツヴァイゲルト／ケッツ（大木雅夫訳）『比較法概論 原論上』（東大出版会、1974年）8頁。

ているかについて評価することも必要とされる²。

国際化の進んだ今日、法学における比較法の重要性については、疑問の余地はないが、その厳密な定義はなにかといわれると、比較法学者の間で意見の一致を見ない。とくに第 2 次世界大戦直後に争われたのは、比較法は独立の科学であるか、あるいは法学研究のひとつの方法にすぎないか、という問題であった。比較法が一般に承認を得た 19 世紀後半以来、とくに 20 世紀初頭におけるフランスの比較法学者・サレイユ (Raymond Saleilles, 1855-1912) やランベール (Edouard Lambert, 1866-1947) を中心として、比較法が独立の科学であることについて多くの学者は疑いを抱かなかったが³、第 2 次大戦後、ガッターリッジ (H.C. Gutteridge, 1876-1953) やダヴィド (René David, 1906-90) のような指導的比較法学者により、比較法は独立の法の部門ではなく、法学研究の方法にすぎず、これに比較法という名を冠するのは誤解を招くおそれがあると主張され、学界に大きな反響を呼んだ⁴。たしかに、比較法が憲法や民法と同

2 Konrad Zweigert, Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, in: *Law and International Trade, Festschrift für C.M. Schmitthoff*, Frankfurt a. M. 1973, 403 ff. ツヴァイゲルト/ケッツ (前掲・注 1) 74 頁参照。なお、本稿では「比較」とはなにかという問題には深入りしない。この問題については、野田良之「比較法の基礎としての法の【元型】を尋ねて」学習院大学法学部研究年報 18 号 (1983 年)、山内惟介「比較法学における【比較】の概念について」in: *Toward Comparative Law in the 21st Century*, 日本比較法研究所、1998 年所収、H. P. Glenn, Comparing, in: *Comparative Law; A Handbook*, ed. by Esin Örucü and David Nelken, Oxford and Portland 2007 (以下 *A Handbook* と略称), 91 ff. など参照。

3 Saleilles, Conception et objet de la science du droit comparé, in: *Procès-verbaux des séances et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, Vol. I, Paris 1905, 167 (大木雅夫訳「比較法学の概念及び対象」立教法学 2 号 [1961 年])、Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Vol. I, Paris 1903, 913 ff.

4 Gutteridge, *Comparative Law*, 2nd ed. Cambridge 1949, 1 (ガッターリッジ [水田義雄監訳]「比較法」早大比較法研究所、1964 年、1 頁)。David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 4. この見解は、イギリスではその後も広く承認されている。C.J. Hamson, *The English Trial and Comparative Law*, Cambridge 1952, 3; Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, 82 *Law Quarterly Review* 40 (1966) など参照。

じような意味で法の一分野を占めるものでないことは明らかであり、この意味で多くの国で使われている「比較法」ということば（英語 Comparative Law、フランス語 *droit comparé*、イタリア語 *diritto comparato*）は必ずしも適当でない。「法の比較」を意味するドイツ語 *Rechtsvergleichung* のほうが、より妥当であろう⁵。わが国でも、比較法ということばは、比較法か比較方法かまぎらわしい。しかし、すでに「比較法」ということばが内外ともに慣用されているので、本稿でもこのことばを使うことにする。

さて、独立の科学（またはディシプリン）としての要件はなにかというのも、ひとつの問題だが、通常は独自の対象、目的および方法の存在に求められる。この立場からいえば、比較法はたんなる方法ではなく、法史学、法哲学および法社会学とならぶ地位を法学のなかに占めるものである（その意味では、「比較法」よりも「比較法学」というべきかもしれない〔英語圏でも、最近では *comparative law* の代わりに *comparative legal studies* ということばが使われることが多い〕）。しかし本稿では、「比較法」ということばを「比較法学」と同義で使うことにしたい）。このことは今日においても、多くの学者の認めるところであり⁶、私も基本的にはこの立場を支持したい。もっとも、なにをもって比較法の対象、目的、方法と解するかということになると、これまた学者の見解は一致しない（たとえば、ある者は比較法社会学のなかに科学としての比較法をもとめ⁷、また

5 同旨 Örüçü, *Developing Comparative Law*, in: *A Handbook* 46.

6 前掲の Arminjon et al. や Schnitzer (*supra note 1*) のほか、Hessel Yntema, *Le droit comparé et l'humanisme*, *Revue internationale de droit comparé* (以下 *RIDC* と略称) 1958, 698; Marc Ancel, *Valeur actuelle des études de droit comparé*, in: *XXth Century Comparative and Conflicts Law; Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema*, ed. by Kurt H. Nadelmann et al., Leyden 1961, 24 など。比較的最近のものとしては、ディーター・ヘンリッヒ編『西ドイツ比較法学の諸問題』中央大学出版部、1988年の「編者まえがき」Ⅷなど参照。

7 Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge 1963 (ジェローム・ホール [宮本安美訳] 『比較法と社会理論』慶応通信、1975年)

他の学者は、法系論こそ科学としての比較法だと主張している⁸⁾。このような比較法の多義性が、ガッターリッジをして、比較法は方法にすぎないといわせた背景でもある⁹⁾。他方で、ガッターリッジのような論者も、比較法の方法の独自性は承認しており、これを独立の科学と称するかどうかは、ある意味では、ことばの問題にすぎない。そこで、比較法の定義の問題については、これ以上深入りをするをやめ¹⁰⁾、つぎに、比較法と隣接科学との関係、及び比較法の対象について論ずることによって、多少なりとも比較法の意義を明らかにしたい。

II 比較法と他の隣接科学との関係

独立の科学としての比較法の輪郭をヨリ明らかにするために、まず、他の隣接科学との限界を論ずることが有意義であろう。ただし、比較法を他の科学から峻別することだけに精力を注ぐことは、せっかくの比較法の効用を損なうおそれがある。そこで、ここではむしろ比較法と他の諸科学との協調関係に重点をおくこととする¹¹⁾。

1 法史学

比較法と法史学との関係については変遷がある。19世紀前半までは、法の歴史的研究は比較法に対しむしろ敵対的であった。ところが、19世紀後半になると、イギリスやドイツを中心として、進化論的比較法とか普遍法史とか称される比較法史の研究が盛んになったが、これは法史学であるとともに、比較法でもあった。そこでは、比較

8 Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, Vol.Ⅲ, *Die rechtsvergleichende Wissenschaft*, Köln et al. 1983

9 水田義雄『英国比較法研究』（勁草書房、1960年）41頁以下。

10 比較法の定義の詳細については、L.-J. Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, Vol.I, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Köln u.a. 1971, 203 ff.参照。

11 まとまった文献として、Gutteridge, *op.cit.*(*supra note 4*), 23-71 (水田監訳・37-113頁)、Schnitzer, *op.cit.*(*supra note 1*), 22-35など。

法史的研究により、法の発展法則を見出すことに目的がおかれた。しかし、このような比較法史は、法史学の立場から見れば実証性に乏しく、比較法としても、20世紀に入って現行法の比較に重点が移るにつれて、流行の外に残された。もっとも、その一部は、民族学的法学とか法人類学という形で受け継がれ、今日の比較法文化論に影響を与えている。だが、今日の比較法学者の多くは、過去の法の比較を比較法のなかに含めるのは、比較すべきでないものを比較しているとして、これに対し批判的である¹²。

しかし、以上のように比較法を法史学と区別しようとする立場は、比較法に対する法史学の重要性を否定するわけではない。とくに、今日の比較法は、外国の現行法制度の理解のために、その歴史的背景の研究は欠くことができないことを承認しており、この点では、法史学は比較法にとり重要な補助的役割を果たしている。他方、法史学にとっても、比較方法の重要性は否定できず、両者は協調関係にある¹³。

12 比較法の概説書のなかで過去の法比較を行ったシュニッツァーに対し、批判が多い。たとえば、Zweigert, Zur Lehre von den Rechtskreisen, in: *XXth Century Comparative and Conflicts Law* (supra note 6) 45 (ツヴァイゲルト [真田芳憲訳] 「法圏論について」前掲「西ドイツ比較法学の諸問題」[前掲注6] 78頁) 参照。

13 このテーマに関する近時の文献として、Hein Kötz, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte? *Juristenzeitung* 1992, 20 (両者は同一の幹に由来する木材); Jean Hilaire, La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et dans la formation du comparatiste, *RIDC* 1998, 319 (比較法学者の養成に対する法史の重要性を説く); Mathias Reimann, Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 496 (1999) (貝瀬幸雄『国際倒産法と比較法』有斐閣、2003年383-5頁に詳しい紹介がある); Michele Graziadei, Comparative Law, Legal History and the Holistic Approach to Legal Cultures, in: Schulze & Ajani (ed.), *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts*, Baden-Baden 2003, 25 ff. (比較法が法史学にとりどんなに有用かを説く); James Gordley, Comparative Law and Legal History, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. by Mathias Reimann and Bernhard Zimmermann, Oxford 2006 (以下、*Oxford Handbook*と略称) 753-773 など。

2 法哲学

比較法と法哲学との間には、もともと密接な関係がある。近代的比較法学が建設されるまでは、比較法に言及した学者は主として法哲学者であったし、19世紀後半の普遍法史的比較法に対してもヘーゲル哲学の与えた影響は多大である。20世紀初頭における比較法学者（たとえば、サレイユ）にとって、比較法の主たる目的は自然法の客観的実現としての共通法の探求にあり、この点では比較法と法哲学とは一体であったともいえる。そして今日でも、このような傾向は西欧の比較法学者の間に根強く残っている。しかし、比較法を利用することにより実証性を高めることができるにしても、法哲学には他の方法も用いられるべきであり、また法哲学の目的は多様であり、比較法と法哲学とを一体化することには限界があろう¹⁴。

今日では、比較法の理論、とくに比較方法論に対する法哲学の貢献は多大であり、比較法がより科学性を高めるためには、最近の哲学の成果を学ばなければならない¹⁵。

14 たとえば、ザンドロックは、サレイユを含めて、このような比較法を思弁的比較法 *spekulative Rechtsvergleichung* と称し、批判をしている。Otto Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt a.M. 1966. 12-22.

15 法哲学と比較法の関係についての最近の文献として、William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What was it Like to Try a Rat?* 143 *Penn. L. Rev.* 1889 (1995); *idem.* *The Jurisprudential Approach to Comparative Law; A Field Guide to "Rats"*, 46 *AmJCompL* 701 (1998)（前者は、比較法に対する法哲学的アプローチの重要性を強調する長大論文、後者はその要約）; Geoffrey Samuel, *Comparative Law and Jurisprudence*, 47 *International and Comparative Law Quarterly*（以下 *ICLQ* と略称）817 (1998)（比較法の目的のひとつとして、法知識の内部構造の研究があり、そのために法理学が主要な貢献をする）; William Twining, *Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition*, in: Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley 2000, 21-76（比較法と法理論との関係は相補的、弁証法的である）など。わが国の法哲学の教科書で、この問題に触れるものとして、背井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）591頁以下がある。

3 法社会学¹⁶

19世紀後半に比較法が科学として一般に承認された背景には、当時成立した社会学の影響が大きいといわれる。この意味で比較法は、本来は社会学と密接な関連をもっていた。しかし20世紀に入り、比較法の重点が現行立法の比較に移るにつれ、両者の関係は希薄になった。そして、法の社会学的研究は法社会学として成熟するにいたった。今日、比較法の方法論についての反省が進み、抽象的な法規範の比較だけではたりず、法の適用の場である社会的実態を明らかにしなければ比較は無意味である、ということが一般的に認められるようになると、比較法は法社会学を有力な補助科学としなければならなくなった。他方、法社会学が研究対象に外国法を選ぶ場合、得られた成果は比較法であるともいえる。したがって今日では、外国法の社会学的研究は比較法でもあり、法社会学でもある。ここから、アメリカの刑法学者ホール（Jerome Hall）は、比較法がたんなる方法にすぎないという批判を克服するためには、それは法社会学でなければならぬとし、比較法社会学の提唱をしている¹⁷。このような比較法社会学の今後の発展は大いに期待できるであろう¹⁸。ただし、比較法のすべてを法社会学に吸収しつくすことはできない。比較法のもつ実用性からいえば、従来広く行われている法解釈のための比

16 詳しくは、五十嵐清『民法と比較法』（一粒社、第1版第2刷、1992年）181頁以下参照。

17 前掲注7参照。なお、本書に対し、出版当時アメリカでは批判的な書評が多かったことについて、Roger Cotterrell, *Comparatists and Sociology*, in: *Comparative and Legal Studies; Traditions and Transactions*, ed. by P. Legrand and R. Munday, Cambridge 2003, 138-140 参照。Cotterrell自身は、当時の比較法と社会学の状況ではやむをえないと弁護している。

18 わが国における比較法社会学の提唱の代表的論稿として、広渡清吾「法の比較についての方法的考察——『比較法社会論』のために」滝沢正編『比較法学の課題と展望』（信山社、2002年）所収、同「比較法社会論のパスpekティブ」早稲田大学比較法研究所編『日本法の国際的文脈』（早稲田大学比較法研究所、2005年）所収（両者は広渡『比較法社会論研究』日本評論社、2009年に収録）など。

較法（いわゆるドグマ的比較法）も依然として重要性を失わない。

いずれにせよ、今日では比較法と法社会学は相互依存的であるだけでなく、両者は一体となって現代的な問題の解決に努めなければならない¹⁹。

4 法と経済学

法と経済との間にはもともと密接な関係がある。わが国では、従来両者の関係は主としてマルクス主義経済学の立場から考察され、法は経済の上部構造と捉えられていた。これに対し近代経済学は、法とはほとんど無縁であった。ところが、アメリカでは1960年代に、近代経済学の手法を法学に導入し、法の問題を「費用」と「効用」という観点から分析する「法と経済学（law and economics）」と称する学際的領域が誕生し、わが国を含め、諸外国にも大きな影響を与えている²⁰。「法と経済学」が研究対象として外国法を選ぶ場合には、比較法との間に密接な関係が生ずる。今後の比較法は、実証性を高めたり、法系により異なる法制度（たとえば英米法の信託と

19 比較法と法社会学の関係に関するパイオニア的論文は、Ulrich Drobnig, *Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie*, 18 *RechtsZ* 295 (1953) である。この論文を含め、1970年代までの代表的論文を集めたものが、U. Drobnig und M. Rehbinder (ed.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin 1977 (U.ドゥローブニク・M.レービンダー編 [真田芳憲・後藤武秀訳] 『法社会学と比較法』中央大学出版部、1987年)。最近の文献としては、Cotterrell, *op.cit.* (supra note 17), 131-153; idem, *Law, Culture and Society; Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot 2006, 127-143 のほか、Annelise Riles, *Comparative Law and Sociological Studies*, in: *Oxford Handbook* 775-813 など。イギリスの法社会学者コテレルは、比較法学者が社会学の理論に精通することは困難だが、両者は究極的には相互依存的であり、またその一部は同一であるとする。アメリカの比較法学者ライルスも、従来（とくアメリカでは）両者は区別されていたが、グローバル化した今日、両者は一体となったことを強調している。

20 「法と経済学」に関する入門書として、小林秀之・神田秀樹『「法と経済学」入門』（弘文堂、1986年）、林田清明『法と経済学』（信山社、1997年）など参照。

大陸法の代用制度)について、どちらがより効率的かを判断するために、「法と経済学」から学ぶことが多いと思われる²¹。日本法に関しても、アメリカにおける代表的研究者のひとり・ラムザイヤー (J. Mark Ramseyer) による「法と経済学」の手法を用いた研究が注目されている²²。しかし、それを超えて、「比較法と経済学」という独立のディシプリンが認められるかどうかは、将来の問題であろう²³。

5 法文化論

今日、法学の一分野として、法文化論が脚光を浴びている。それに関する著書・論文が多く書かれ、講義の対象にもなっている²⁴。法文化論、とくに比較法文化論と比較法とはどのような関係にあるのだろうか。法を文化現象のひとつと見ることは、すでに19世紀の後半にコーラー (Josef Kohler, 1840-1919) によって主張されていた

21 Udo Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor 1997 (書評・長澤道行「法と経済学」と『比較法学』の融合」[1999] アメリカ法247頁) 参照。

22 マーク・ラムザイヤー『法と経済学——日本法の経済分析』(弘文堂、1990年)。なお五十嵐清『現代比較法学の諸相』(信山社、2002年) 282-4頁も参照。

23 Florian Faust, *Comparative Law and Economic Analysis of Law*, in: *Oxford Handbook*, 837 (at 864) .

24 わが国の代表的文献をあげると、野田良之『内村鑑三とラアトブルフ——比較文化論へ向かって』(みすず書房、1986年)、藤倉皓一郎・長尾龍一編『国際摩擦——その法文化的背景』(日本評論社、1989年)、千葉正士『法文化のフロンティア』(成文堂、1991年)、木下毅ほか『法観念を中心とする世界法文化の比較——比較法文化論への試み』比較法研究60号(1999)、角田猛之『法文化の探求——法文化比較にむけて』(法律文化社、2001年)、青木人志『動物の比較法文化——動物保護法の日欧比較』(有斐閣、2002年)など。なお、外国語文献としては、Csaba Varga (ed.), *Comparative Legal Culture*, Aldershot et al. 1992 (1980年代までの主要論文27編を集めたもの); David Nelken (ed.) . *Comparative Legal Cultures*, Aldershot et al. 1997; David Nelken & Johannes Feest (eds.) *Adapting Legal Cultures* , Oxford and Portland 2001; Cotterrell, *Law, Culture and Society* (supra note 19)など。

が²⁵、今日の法文化論は文化人類学の一分科である法人類学として発達し、当初は、主として未開民族を研究の対象としていた。しかし現在では、世界の主要国の文化も比較の対象となっている。そうすると、法文化論、とくに比較法文化論と比較法の関係が問題となる。この問題は、比較法に劣らず、法文化とは何かという点で意見の一致が見られないため、解明が困難である。法文化についての代表的定義として、フリードマン（Lawrence M. Friedman）は、「法文化を法、法システム、そしてそのさまざまな部分に関して社会で持たれている態度・価値・意見」と捉えているが²⁶、これではあまりに漠然としており、定義の役割を果たしていない。このため、文化という概念を放棄すべきだとする見解もある。しかし、法の比較を行うにさいし、対象国の法制度の背景にあるものの探求が必要であることは今日広く認められているので、比較法文化論は、比較法社会学とともに、その目的達成のための重要な手段である。

私は、いまのところ比較法文化論を比較法の一部と捉え（究極の比較法といえないこともない）、その発展を大いに期待しているが、比較法社会学と同じく、現代の比較法はそれだけで尽きるものではなく、文化の要素の少ない部門での活躍の余地が多いので、比較法文化論が比較法にとって代わるわけではない²⁷。

25 Kohler, *Das Recht als Kulturerscheinung; Einleitung in vergleichende Rechtswissenschaft*, 1885（小野誠一郎「文化現象としての法律（コーラー）」『法理学と「文化」の概念』[有斐閣、1928年] 47頁以下）参照。もっとも、コーラーの「文化」概念の理解は、今日では「文明」に近いといわれる。五十嵐清『比較法学の歴史と理論』（一粒社、1977年）39頁、注18参照。

26 フリードマン（石村善助訳）『法と社会』（至誠堂、1980年）103頁。

27 比較法と法文化の関係を論ずる最新の文献として、Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in: *Oxford Handbook*, 709-737が興味深い。コテレルは、法文化概念の多義性を認めるものの、比較法に対するその意義を評価し、比較法における文化の違いを強調する比較法文化論者（Pierre LegrandやVivian Grosswald Curran）に対して、（極端な主張をする前者については批判を加えながらも）その活躍を期待している。

6 国際私法²⁸

比較法と国際私法は次元を異にしているので、両者の異同は問題にならず、ただ両者の密接な関係だけが問題となる。国際私法とは、国際取引や国際結婚などの渉外的私法事件に適用されるべき法（準拠法）を定めるための法である。渉外的私法事件については、国際私法規定（抵触規定）の適用の結果、事件解決のために外国法が適用されることが多い（たとえば、韓国人同士の夫婦の離婚については、法適用通則法27・25条により、韓国民法が適用される）。このため、国際私法の実務家と学者は日常的に外国法と接触しないわけにいかない。20世紀に入ってからの比較法の発達は、国際私法上の必要性によるところが大きい²⁹。

比較法と国際私法との関係では、まず、国際私法規定の立法における比較法の重要性が指摘される。現に、わが国の国際私法の主要法源であった法例（1898年）は、当時として比較法の粋を集めたも

28 詳細は、五十嵐清『民法と比較法』（前掲・注16）130-150頁参照。その後の主要な文献として、Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Droit comparé et droit international privé: La confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux*, *RIDC* 2000, 797; idem, *Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspective on an Old Couple*, 49 *AmJCompL* 407 (2001); Harold Koch, *Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht; Wider die Reduktion des IPR auf sich selbst*, 61 *RabelsZ* 623 (1997)（山内惟介「国際私法における“比較法”の意義について——コッホ教授の所説を手掛かりとして」法学新報109巻5・6号; 110巻5・6号; 111巻1・2号 [2003-04]、詳細な紹介のほか、きびしい批判を含む）; Erik Jayme, *Rechtsvergleichung im internationalen Privatrecht—Eine Skizze*, 1978; idem, *Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, 1995; both, in: idem, *Gesammelte Schriften*, Vol.2, Heidelberg 2000, 45-56 and 62-81（山内惟介「国際私法における“比較法”の意義について——ジェーム教授の所説を手掛かりとして（1）」法学新報111巻9・10号 [2005]、ジェームの第1論文の紹介）; Mathias Reimann, *Comparative Law and Private International Law*, in: *Oxford Handbook*, 1363-1396など。最後の論稿が一番まとまっている。

29 現在、世界最大最良の比較法研究所といわれるドイツのマックス・プランク外国私法・国際私法研究所（1926年創設）は、当初から、その名のように、比較私法と国際私法の共同研究所として発足した。

のと評価できるし、1989年の婚姻・親子関係の改正も、さらには、最近の法適用通則法（2006年）も、従来の判例の積み重ねに基づくものではなく、最新の比較法研究の結果である。また、国際私法に関しては、各国の実定国際私法規定の間の相違が大きく、国際的統一の必要性が要請されている。このため、オランダのハーグ国際私法会議が中心となって、国際私法の各分野での統一法が作成されている（ただし、わが国で批准したものは少ない）。この統一法の作成過程で比較法の果たす役割はきわめて大きい。

つぎに比較法は、国際私法規定の解釈・適用の段階で多大な寄与をする。まず登場するのは法性決定の問題である。この問題については法廷地法説と準拠法説との対立があるが、第三の説として、ラーベル（Ernst Rabel, 1874-1955）により、国際私法独自の立場から比較法を用いて法性決定を行うべきであるという見解が発表され、学界に大きな衝撃を与えた³⁰。この見解は世界的には通説になっていないが、国際的通説である法廷地法説の立場をとったとしても、この問題に対する比較法の重要性は否定できない。さらに、国際私法規定の適用の段階で、反致（法適用通則法41条）が認められるかどうかの問題になるが、この点に関しては、準拠法国の国際私法規定を見なければならず、比較法が必要となる。

第三に、比較法は準拠法適用の段階において、さらに重要である。とくに、外国法が準拠法として指定された場合、裁判官はその外国法を適用しなければならない（たとえば前述のように、韓国人夫婦の離婚問題については、裁判官は韓国民法を解釈・適用しなければならない）。そのさい、法律の条文だけではなく、学説・判例も考慮しなければならず、かなり高度の比較法的知識が要求される。また、そのさい外国法の内容が不明の場合もある（かつては、北朝鮮の法

30 Rabel, *Das Problem der Qualifikation*, 5*RabelsZ* 241 (1931); Also in: *Gesammelte Aufsätze*, II, Tübingen 1965, 189.

律が不明とされた）。その場合の解決にはいろいろあるが、そこでも比較法の活躍する余地が多い。さらに、外国法の適用が公序に反する場合には、その外国法を適用してはならないが（法適用通則法42条）、なにか公序かをめぐって見解の分かれることが多く、ここでも比較法が不可欠な役割を演じている。

なお、国際民事訴訟法の領域に入ると、ここでは国際裁判管轄権や外国判決の承認が問題となり、ここでも比較法が必要となる。たとえば、アメリカの裁判所でなされた懲罰的損害賠償の判決をわが国で承認できるかどうかは、高度の比較法的判断を必要とする³¹。

しかし、このような比較法と国際私法との同盟関係は、近時ゆらぎつつある。比較法の主要な目的のひとつは国際的法の統一にあったが、最近それが現実に進展しつつあり、そのことは国際私法の適用領域を狭めている。また、各国の実質法が比較法の影響を受けて、接近しつつある（たとえば、韓国の数次の家族法の改正により、日韓両国の家族法の差異は減少した）。その意味では、両者は敵対関係にあるといえないこともない。さらに近時、とくにヨーロッパにおいて、国際的人権規約に基づく基本権の侵害に対し、国際私法における公序の発動が一般化した。グローバル化が進むにつれ、このような傾向はいつそう進展するように思われる。比較法と国際私法の関係も新たな時期を迎えつつある³²。

31 最判平9・7・11民集51巻 6号 2573頁は、アメリカ・カリフォルニア州の認めた懲罰的損害賠償に基づく強制執行を、当時の民訴法200条3号（現118条3号）の「公序」に反するとした。解説として、『国際私法判例百選』（有斐閣、2004年）194頁（横山潤）など参照。ちなみに、ドイツの判例の結論も同様である。

32 比較法と国際私法の関係の将来については、前掲注28所掲のFauvarque-Cossonの両論文（とくに英語論文が興味深い）、Reimann論文（とくに1392頁以下）のほか、Axel Halfmeier, Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung, 68 *RabelsZ* 653 (2004) など参照。

7 外国法

比較法と外国法の区別ははっきりしない。一応、比較法は二つ以上の法体系における法の比較をいうのに対し、外国法ということばは、特定の外国の法を比較を含まないで記述する場合に用いられる。しかし、比較の契機なしに外国法の記述をすることはほとんど考えられず、外国法研究の多くは比較法の名を冠してもさしつかえないと思われる。わが国では、両者を区別する傾向が強いが、諸外国ではあまりこだわっていないようである³³。私は、比較法のなかに原則として外国法を含むべきである、と考えている。なお、両者を区別するとしても、外国法の理解が比較法研究の欠くことのできない前提となることはいうまでもなく、他方、外国法としてなを取り上げるべきかについては、比較法の助けを借りることが多く、両者は密接な関係にある。

Ⅲ 比較法の対象

1 対象一般

比較法の対象としてまず問題となるのは、比較法に固有の対象があるかである。この点、比較法については、憲法や民法など実定法の各領域とは異なり、固有の対象を明確に規定することが困難である。しいていえば外国法ということになるが、法の他の領域でも外国法を取り扱うことが多く、また比較法にとっては、比較の基礎として日本法も重要である。さらに、国際統一法を比較法の固有の対象とすることができるが、比較法の対象はそれだけではなく、他方、商法などでも国際統一法は重要な地位を占める。このようにはっきり

33 比較法と外国法との区別を否定する見解として、Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel 1971, 89ff（書評・野田良之・比較法研究 5号174頁以下、とくに186頁[1974年]）；George Winterton, *Comparative Law Teaching*, 23 *AmJCompL* 69, at 70 (1975)；William Twining *op.cit.*(*supra* note 15), 47（「外国法と比較法の研究の間の明白な区別は、理論的にも実際的にも維持できない。」）

した固有の対象を持たないことが、比較法の独立科学性にとって弱点のひとつである。

しかしこのことは、あらゆる法域の法が比較の対象になることを意味し、比較法の適用範囲を拡大することになる。そこで、以下、比較法の対象として問題になる諸点に簡単に言及したい。

まず比較法の対象は一個の法域に限るか、数個の法域に及ぶべきかという問題がある。それにより、比較法は個別的比較法と総合的比較法に分かれる。総合的比較法のほうがより客観的な結論を導き出すことができるが、場合によってはかならずしもそうとは限らず、一法域の比較で足りることもある。また、多数の法域を対象とする場合には、個人の仕事として厳密性を欠くおそれがあり（したがって、ここでは共同研究が要請される）、個別的比較法のほうに、すぐれた成果をあげることができる場合が多い。

つぎに、比較法の対象は現在の法に限るか、過去の法も含むかが問題となる。前述のように、前世紀には、過去の法の比較を比較法のなかから排除しようとする傾向が強かった。しかし、このことから、過去の法の研究が比較法にとり重要でないという結論を導き出すべきではない。最近の比較法学者が法伝統（legal tradition）を強調するようになったのは、歓迎すべき兆候である。

現在の法に対象を限るとしても、さらに先進諸国の法に限るか、発展途上国を含むかが問題となる。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、発展途上国法の比較は、比較法の対象となりにくいことは認めざるをえない。しかし、発展途上といっても程度の差があり、今日のアジア・アフリカの新興国の多くは急激に近代化しており、その近代化の過程は現代比較法の絶好の研究対象になっている。

先進諸国（文化発展段階を等しくする諸国）同士のあいだでも、同一法系に属する国と異法系に属する国とがある。かつては、比較法は同一法系のあいだでは生産的であるが、異法系間の比較はそうでないと主張された。しかし今日の比較法学者は、むしろ異法系間

の比較に関心を示している³⁴。

前世紀後半に提起された問題のひとつとして、社会経済体制を異にする国のあいだで比較が可能であるか、ということが論ぜられた。これも異法系間の比較の問題であるが、具体的には、資本主義法と社会主義法の比較が可能であるか、可能であるとしてもそれは望ましいか、という形で議論された³⁵。社会主義的法系が崩壊した今日、この問題は、異なる文化を有する法域のあいだで比較は可能か、として論ぜられる³⁶。

以上では、比較法の対象を、原則として一国の法体系を単位として取り上げてきたが、アメリカ合衆国のように、もともと一国が複数の法域に分かれることも多い。その他、今日では先住民などマイノリティ・グループの存在も無視できない。他方で、EUに代表されるような超国家的組織も比較の単位として登場しており、グローバル化の進展にともない、国家以外の組織が比較の対象として増えることになろう。

2 実定法の各分野と比較法

比較法の対象として、なお問題となるのは、実定法の各分野にお

34 ツヴァイゲルトは、すでに1949年の論文で、このような主張をしている。
Konrad Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode,
15 *RebelsZ* 5, at 13 (1949).

35 詳しくは、五十嵐清『比較法入門』（日本評論社、改訂版、1972年）136頁以下参照。

36 アメリカでは、ラジカルに異なる文化を有する法として、カリフォルニア州法（西欧法）、エジプト法（宗教法）、ボツアナ法（伝統法）、中国法を比較する教材として、J.H.Barton, J.L.Gibbs Jr., V.H. Li and J.H. Merryman, *Law in Radically Different Cultures*, St. Paul 1983がある。

いて比較法がどのように関係するかということである³⁷。従来この点では、実定法の分野により、比較法に親しむものと、そうでないものがあるといわれてきた。この点で、従来好んで比較法の対象とされたのは、私法、そのなかでも合理性と普遍性を有する民法債権（契約と不法行為）法と商法³⁸である。これに対し、民法のなかでも、一国の伝統・慣習に依存することの多い物権法（物権取引法を除く）³⁹や親族・相続法は比較法に親しまないとされた。しかしこのような見解は、比較法の目的を主として法の国際的統一に求めることに由来するものであり、他の目的のためには、これらの分野の比較にも効用がある。事実、今日では、たとえば比較家族法の重要性は無視できない（それだけではなく、最近のヨーロッパでは、家族法の統

37 本稿では、この問題を詳論することができない。最近刊行された比較法のハンドブックは、この領域について多くのページをさいている。とくに*The Oxford Handbook of Comparative Law*(*supra note 13*)は、一流の学者による16編、500ページをこえる論稿を集めている。また*Comparative Law; A Handbook*(*supra note 2*)も、6編の論稿を収録している。前者がオーソドックスな論稿を集めているのに対し、後者には個性的な論稿が見られる。

38 商法の領域における文化の相違の重要性を強調するものとして、Nicholas HD Foster, *Comparative Commercial Law: Rules or Context?* in: *A Handbook*, 263, esp. 277ff.参照。なお、比較会社法について、Klaus J. Hopt, *Comparative Company Law*, in: *Oxford Handbook*, 1061は、それは国際化と学際的研究により、高度に有望な領域となるとする (at 1190)。

39 比較物権法の現状については、Sjef van Erp, *Comparative Property Law*, in: *Oxford Handbook*, 1043参照。van Erpは、英米法と大陸法の物権法を比較し、結論として、「比較物権法はしばらくは、もっとダイナミックな債権法の影のなかにあったが、今は変わりつつあり、物権法の比較研究は急速に重要性を獲得するであろう」と述べている (at 1069)。

一も視野に入っている)⁴⁰。

私法より独立した労働法、経済法、社会保障法などの新分野は、もともと国際性が強く、比較法が実り豊かな領域である。

今日では、比較公法も重要な役割を果たしている。とくに憲法では、比較憲法は独立のディシプリンとなっている⁴¹。本稿が主として考察の対象とした比較私法について妥当することが、どれだけ比較公法に当てはまるかはひとつの問題である。

刑事法の比較は、長い歴史を有し、今日も広く行われている⁴²。

裁判手続法（とくに民事訴訟法）は各国の伝統や実務と深く結びついているため、長らく比較法にとって不毛の地とされてきたが、今日では、この分野でも制度改革や国際的調和のために、比較法が

40 たとえば、オランダの家族法学者 Masha Antokolskaia による *Comparative Family Law: Moving with the Times?* in: *A Handbook*, 241- 262 は、ヨーロッパにおける家族法の統一について積極的である。これに対し、アメリカを代表する家族法学者 Harry D. Krause による *Comparative Family Law*, in: *Oxford Handbook*, 1099-1129 は、現代世界の家族法の諸問題を概観し、自分の仕事は「判読できないカオスを生みだした」のではないかと自省している (at.1127)。なお、親族法以上に比較法から見放されていた相続法についても、最近変化が生じていることを指摘するものとして、Marius J. de Waal, *Comparative Succession Law*, in: *Oxford Handbook*, 1071-1098 参照。

41 樋口陽一『比較憲法』（青林書院、全訂第 3 版、1992 年）、辻村みよ子『比較憲法』（岩波書店、2003 年）など。

42 比較刑事法の歴史と現状を概観する論稿として、Markus D. Dubber, *Comparative Criminal Law*, in: *Oxford Handbook*, 1287-1325 参照。興味深い近刊として、ジェイムス・Q・ウィットマン（伊藤茂訳）『過酷な司法——比較史で読み解くアメリカの厳罰化』（レクシスネクシス・ジャパン、2007 年）は、ヨーロッパ（独仏）とアメリカの刑事司法を比較し、アメリカの厳罰化の理由を文化の違いによって根拠付けている。

活気を帯びてきた⁴³。

要するに、比較の対象は限定的ではなく、比較の目的との関係で、各種の法体系や法の分野が比較の対象になる、ということができる。

[おことわり] 本稿は、拙著『比較法入門』（日本評論社、改訂版、1972年）1-12頁をベースとし、それに大幅加筆したものであり、近刊予定の拙著『比較法』（仮題）（勁草書房）の第1章となることを予定している。ご批判いただければ幸いである。

43 その現状については、小島武司編『訴訟法における法族の再検討』（中央大学出版部、1999年）や貝瀬幸雄「比較民事手続法学へのチチェローネ——比較民事手続法学のアイデンティティと効用」同『国際倒産法と比較法』（有斐閣、2003年）281頁以下（初出、2001年）、同「ヨーロッパ民事訴訟法序説」同『普遍比較法学の復権』（信山社、2009年）1頁以下（初出、2008年）などの力作参照。なお、Joachim Zekol, Comparative Civil Procedure, in: *Oxford Handbook*, 1327-1362は、民事訴訟法の国際的調和に重点を置くが、貝瀬論文の域を出るものではない。