

1. 「法の継受」に関する理論的研究の検討

日本からの報告は、法の継受に関する理論的研究を扱う総論部分と具体的な法継受についての研究史を扱う各論部分とに大きく分けました。各論では家族法分野を取り上げます。

総論部分では、そもそも法の継受とはどのようなものかということに関心を持って行なわれた研究を検討します。総論部分を設けて継受理論に注目する理由は、これから個別具体的な研究の成果を横断的に利用して東アジア共通法を模索するにあたって、議論の基軸をどこにおくかを考える一助となると考えたからです。

日本における法の継受の理論的研究は1960年代半ばから1970年代前半までに最も進んだと考えられます。そのため、近年盛んに行なわれている法移植論が、1960年代後半の日本における法継受論とどこまで共通性があり、どこに新しさがあるのか？ということが問題となります。そこで本報告では主として、1960年代後半に日本で行われた法継受に関する理論的研究と1990年代後半以降欧米諸国も含めて本格的に行なわれている法の移植に関する理論的研究とを概観し、その異同を明らかにすることを通じて、これからの検討課題を明らかにしたいと思います。

(1) 継受同時代の問題意識

まず、西洋法継受を実際に行っていた明治期の同時代的認識を見てみましょう。民法典起草者穂積陳重などの若い法律家たちは、日本民法典を「比較法の所産」として認識していました。そして国際学会での報告や機関誌・法律雑誌等でしばしば日本の立法事情を紹介するなどして、ヨーロッパ世界の学問・ネットワークと直接に繋がっていました。このような学問状況は1920年代末まで続きます。しかしその後は次第に日本の「固有法」研究へと関心が移り、また1930年代後半からは留学も難しくなり、国際的ネットワークとの隔絶が生じます。

(2) 1960年代後半までの研究関心の特徴

1945年8月の日本の敗戦とその後の民主化過程は、日本の「固有法」研究への決別をもたらしました。50年代初頭までの占領期には英米法継受が行なわれ、憲法、刑事訴訟法、家族法等々の改正が実現しました。その時期には、西欧法をモデルとしながら、日本社会がそれに適合するよう変化するべきだ、と考えられていました。やがて60年代に入ると、経済的には欧米諸国に追いついた日本が、欧米諸国とは全く異なる「社会」を持っているということへ関心が向きます。この時期の継受研究は、西欧法がどのように日本の社会、社会経済関係に影響していったのか/いかなかったのかを解明するという方向で行なわれ

ました。

(3) 1960 年代後半までの法継受の理論研究で明らかになったこと

1960 年代後半までの継受研究は、明治期の法継受を、西洋的法体制の「包括的」な、しかし「主体的」で「選択的」な継受だと理解します。そのうえで、継受研究は、「継受」をどのような範囲で捉えるべきか、が議論されました。ある論者はそれを、法典・法典の草案・慣習法・判例法・学説など、客観的な存在とします。また別の論者はもっと広く、法思想や法理論などもそこに含めるべきと述べます。後者のような関心のもとでは、法の継受は「文化」変容の現象として捉えられました。その結果生まれたのは、継受法が社会へ影響を及ぼす過程および同化の過程（これを「根づき」とされました）に着目した法社会学的研究です。その一方で、前者の研究アプローチも、明治期以降の法学における学説継受の流れを重視するという点で、後者ととも継受を「過程で捉える」という視点を共有していました。

日本の 1960 年代後半までの研究は、法規範相互の問題であるか、他の社会規範との接合を問題とするものであるかはともかく、いずれにしてもいわゆる継受法の根付きに強い関心を示してきました。そして、それらの諸現象を数十年のプロセスの中で捉えていた点に特徴があったといえます。

(4) 個別研究の時代

1970 年代から 80 年代にかけて、法の継受研究は、個別の事例研究を行ない、問題を具体的に提起分析するようになっていきますが、理論的関心はむしろ後退していったとも言えるでしょう。1960 年代後半からアメリカで盛んになった「法と開発」研究も日本にはほとんど影響を及ぼしませんでした。

(5) 1990 年代後半からの研究関心の特徴

しかし、90 年代後半に至り、再び法の継受という問題への関心が復活します。この背景には、西洋近代法への懐疑の高まりと法整備支援の開始があります。

西洋近代法への懐疑 1980 年代後半から日本では法文化論やアジア法論、ポストコロニアル論の展開がみられ、その結果、西洋近代法の価値の相対化が進みました。とくに 1990 年代後半には、植民地への法移植・施行（強制）の問題が取り上げられるようになりました。さらに、経済や法のグローバル化が進んでも、普遍的な解決基準を生み出すということ必ずしも意味しないという現実があります。

法整備支援 1995 年前後から日本・韓国および欧米諸国は、いわゆる体制移行国に対する「法整備支援事業」として、法体制の移植をする側の国となりました。しかし西洋近代法的価値への懐疑の高まり以後、ローカルな文化・伝統と西欧的法体制とをどのように接合していくかが常に課題となります。「アジア的価値」と「普遍的な人権」の緊張という

問題もその一つのヴァリエーションでしょう。

(6) 1960 年代後半の議論と 1990 年代後半の議論との差異

では、現在の議論は 60 年代末までの法継受論とどのように異なるのでしょうか？

法と社会の関係性 近時の議論では、法移植がローカルな文化と無関係に行ないうるかどうかの問題とされています。従来の議論では、継受法とその「根づき」の問題は扱われていましたが、法と社会とのシステムの断絶を意味する「法の自律性」という発想は日本では強くありませんでした。そしてまた、にもかかわらず、60 年代末までは、法継受とレシピエント側の社会状況の類型的把握という発想はほとんどみられませんでした。

法の移植の「成功」 近年は、法整備支援事業の進行によって、移植の「成功」を測る基準が模索されています。しかし、このような発想は日本では明治期以降伝統的にありませんでした。

先にも述べたとおり、日本のこれまでの議論の特徴は、法と社会との関係を重視する点、および法継受をプロセスとして捉えてきた点にあります。法の継受とは、翻訳語を造語し、概念を策定するところから始まるきわめて創造的な活動であって、さらにそれに引き続き、さまざまな行為が漸次的になされる、そして、その長い時間軸の中で「生ける法」の変化や社会の変化も起こるものだ、と認識されてきたのです。

(7) 法継受のプロセスからみえる研究課題 明治期の西洋法継受を素材として

法と社会との関係は、継受を行なっている同時代において既に、法典編纂者だけではなくて政治家や経済人にも意識されうる問題です。法典編纂の順序や法執行の在り方などもふくめて、さまざまなアクターが関与する継受のプロセスにこそ、当該社会の性質が現われ出るのではないのでしょうか。すべての固有法が変化の途上にあり、文化も社会も変化し、変容され続けています。このような中で、西洋法の普遍性に疑義を挟むのであれば、法移植を行なう際の「原理」を何にもとめるのか、「法の支配」にそれだけの内実があるのか

これらが、今後の検討課題だと思います。

(林真貴子)

2. 日本における法継受・法創造についての研究の現状と課題

日本近代家族法史を中心に

(1) はじめに

各論部分では、明治以降の家族法とその歴史を対象とした研究を主な素材として、日本の近現代法学がどのような問題意識をもって、またどのような方法を用いて形成されてきたのかを振り返りたいと思います。

(2) 本報告における「法」の概念 「法テキスト」の多層性

本報告における「法」には、制定法、判例、法学者による法理論（法学説）と実務上形成されてきた法的理論（法学説）が含まれます。この4つを総称して「法テキスト」を呼ぶこととします（図1参照）。

4つの「法テキスト」を区別する指標は、「法学」としての「体系性」です。すなわち、最も体系的な「法学」として存在するのが「制定法」であり、他方、体系化される傾向が最も少ないけれども、一つの「法」として現実の行政や司法を動かしている法的素材、それが法学説です。法学説として、例えば人事訴訟に至る前に必ず行われる家事調停で形成された解釈論等が挙げられます。

ところで、慣習や慣行も、きわめて重要な法テキストの一つです。しかし、これらは独自の体系性を有する可能性があるにしても、自ら「西欧法学」としての「体系」を持つものではありません。したがって、慣習・慣行は、狭義の「法テキスト」には含まないこととしますが、他方で、西欧法継受と慣習・慣行との関係は重要な研究史上の論点であるので、広義の「法テキスト」には含まれるものとして扱います。

(3) 研究の対象とされてきたもの

制定法の継受

継受の中心であった制定法に関する研究業績は歴大です。なかでも継受準備・編纂過程期（1860～1890年代）の法律法典の草案を素材とする研究は伝統的に盛んです。また、近代法史上の重大事件である民法典論争は、継受法と伝統的規範の衝突、その後の制定法の構造を規定した事実などから重要な研究対象とされています。

家族法および家族法史研究が隆盛をきわめたのは、1945～1960年代です。契機となったのは、1945年の家族法改正と1954年の「家族制度復活論」であり、いずれも封建遺制的な「家」制度の温存・復活を求める勢力に対抗するという、実践的な問題意識を研究者に与えました。民法学者・法社会学者である川島武宜は、日本の「家族制度」の民主化という明確な目的意識をもって、日本社会における「家」意識と「家族制度」との関係性を鋭く分析しました。川島が提示した＜近代家族法＝民主的・個人主義的家族法＞と＜前近代家族法＝封建遺制的・不平等な家族制度＞という対立構図は、家族法および家族法史研究に

多大な影響を与えました。また、福島正夫を中心とした研究グループは、「戸籍」と「家」制度の関係を歴史的・実証的に分析し、戦後近代家族法史の基礎を築きました。

「学説継受」

諸法典の完成後、制定法の解釈のために、主にドイツの学説が移入されました。民法典の総則および財産法を中心としたこの「学説継受」によって、解釈学の豊富な業績が蓄積されました(1900年代以降)。「家」制度をもつ家族法分野は、例外的に「学説継受」を経験しませんでした。かえってそのために家族法の独自性・特殊性が見いだされ、家族法解釈学が生み出されたといえます。

判例研究と「生ける法」の発見 「法社会学」の誕生

解釈学を中心とした法学にとって転換点となったのが、末弘巖太郎の登場と法社会学の誕生(1920年代)です。末弘は、制定法の注釈に専念する当時の法学を批判し、国家制定法のみを法として捉える理解を徹底的に相対化しました。具体的には、(1)判例研究の重要性、(2)国家法とは異なる「社会」に存在する法、「生ける法」を発見することを主張しました。家族法学への影響も大きく、末弘自身が「家団」という概念を提示して、民法上の「家」を批判しました。

実務における法テキストの「継受」と「創造」

法継受の準備段階・編纂過程期(1860~1890年代)には、実務と学説、立法は密接な関係にありました。政府は、旧民法典の草案に対する司法官等の意見を参考に法案を修正し、また、検事や裁判官、弁護士が私立大学の講師を務めました。戦後は、家族法学者の扶養義務論が行政に採用され、家事調停の実務で形成された解釈論や判例は、1996年の民法改正要綱にも影響を与えています。しかし他方で、訴訟法分野では、制定法および法学説は法学説と乖離しており、制定法と法学説は継受されたが、法学説は継受されずに固有の実務が連綿と継承されているとも指摘されています。

(4) 継受法と固有法

継受法と固有法(慣習・慣行)に関する研究の多くが、制定法の成立過程との関係で検討されています。利谷信義は、伝統的な概念である「家」が、資本主義経済の発展に寄与する制度として修正され、西欧法原理と衝突しながらも、最終的に西欧近代法に整合的な「家」として民法に規定されていく過程を鮮やかに描きました。利谷理論の第一の特徴は、1950年代に封建時代の遺物としてその前近代性を批判されていた「家」に、近代日本の資本主義経済の発展を促進する側面を見いだした点です。こうした分析の前提には、1960年代以降、理想とされた「近代家族」像に疑義が呈され、日本の近代と近代法を資本主義経済の発展との関連から捉え直すべきだとの問題意識があります。第二の特徴は、資本主義経済との関係に焦点があてられたため、本来伝統的な概念である「家」そのものの分析も、前近代に遡ることなく、近代完結的に把握されたという点であるといえます。

他方で、継受準備期・編纂期(1960年代~80年代)の裁判制度研究や判例研究に取り組

む研究者は、前近代と近代との関連にも関心を持っており、さらに広い歴史的視野をもつ研究として、江守五夫や水林彪の研究が挙げられます。

(5) 法現象と他の諸現象の関係

法を資本主義経済との相関関係で把握する方法は非常に重視されました。それは、近代法史の時代区分が、資本主義の発展段階と制定法の生成・展開を軸として示されたことに象徴的に現れています。ただし、こうした見方へのアンチテーゼとして、経済的要因を加味せず、外国法摂取のプロセスとして近代法史を捉えた時期区分も提示されています。

資本主義経済が重視されたのは、西欧近代法を「資本主義法」と規定し、日本近代法も当然に「資本主義法」であると理解されたためですが、1970～80年代、西欧近代法自体の理解が転換しました。家族法では、西欧近代家族法自体が家父長制の法であると解され、近代家族法一般の不平等性が明らかにされました。明治民法「家」制度の不平等性も、伝統的な法規範と近代法内在的な要素からなる多元的な構造を持つものと把握され、川島が提示した、前近代法としての家族制度と個人主義的近代法という構図は修正され、家族法史研究は新たな段階を迎えています。

(6) むすびにかえて

最後に、近代法史を学ぶものの立場から、今後の法の継受と創造に関する研究の課題を簡単に述べたいと思います。

第一に、法とその他の諸現象との関係について、「経済」を資本主義に限定することなく、また政治や文化といった他の上部構造との関係も視野にいれる必要があることです。

第二に、法テキスト相互の関係について、より多様なアプローチを試みる必要があると考えられます。たとえば、憲法と民法との関係が、西欧各国においてどう認識されてきたのかを歴史的に解明し、それが日本においてどのように理解され、あるいは誤解されていたのかを法史的に検証するという方法等が挙げられるでしょう。 (宇野文重)