

おわりに 「二等国連合」

—— ミクスト・リーガル・システムの戦略 ——

葛西 康德

南アフリカ及びブラジルからの研究者を招いて、ここに比較法国際シンポジウムを新潟で開催できることは、筆者にとっていささかの感慨無しとしない。

1982年4月、筆者は当時存在した「教養部」の法学担当の専任講師として新潟大学に赴任した。その約10年後、いわゆる「大学設置基準の大綱化」に伴い、「教養部」なる組織は日本全国の大学から消滅する（東京大学だけ例外）。教養科目としての「法学」という単純な看板は、もしかしたら改革に無頓着などこかの大学には残存しているかもしれないが、恐らく日本国内から完全に消滅した。現在見られる看板は、担当教員が自分の専門分野について1回ずつリリースする「継投」授業か、「現代家族と法」とかいった法の「パーツ」教育である。

ところで、筆者を同僚に迎えて下さった教養部の法学教員は、イタリア法哲学ご専門の嶋津英郷先生（故人）とイベロアメリカ法ご専門の佐藤明夫先生のお二人であった。筆者の専門は古代ギリシア・ローマ法であったので、他の分野の先生方から見れば、我々法学の教員はみな変な専門の先生と映ったかもしれないが、筆者はともかく、お二人の法学の授業は極めてオーソドックスな内容であった。もっとも、人文社会系の教員の中には、旧約聖書学、日韓関係史、そして今は無きユーゴスラビアの専門家など、他にもユニークな先生方がおられたので、我々法学の教員はあまり目立たなかった。さらに、当時の新潟大学法学部に目を転ずれば、カナダ法の専門家が二人おられ、カナダの大学との研究教育交流が盛んにおこなわれていたのである。このように、今にして思えば、新潟大学の比較法・法制史を専門とする教員は、「二等国」、即ち英米・独・仏以外の国の法律を研究していたのである。

ところで、少し脱線するが、「英国」の場合はどうか。さすがに英国を二等国と言う人はいないが、こと法学の世界では、少なくとも米・独・仏に比べて圧倒的にマイナーな国に戦後は成り下がっていた。戦後に著された「イギリス法」の概説書は何冊あるだろうか？ ジョン・ベーカー卿の「イングランド法制史」の小山貞夫教授の翻訳（しかも初版）が、最も広く読まれた（買われた）概説書ではないかと推測する。東京大学法学部が「イギリス法学校」として出発したことを思い起こせば、この事実には啞然とせざるをえない。

筆者はここでイギリス法が二等国法として米・仏・独法よりも研究価値が劣るかどうかを問題にしているのではない。むしろ、筆者が問題としたいのは、イギリス法への関心が低いことと、米・独・仏以外の法を一段低く見る研究者の態度には共通点があるのではなかということ

である。つまり、日本法にとって理論的・実務的に関係があると思われる一国だけを取り出し、その法分野ないし時代の一部だけを切り取って、日本法と「パラレル」な存在として分析する態度、「個室化 (compartmentalization)」こそ問題なのである。アメリカ法の場合は、実務的に重要だとし、ドイツ法およびフランス法は戦前同様「理論的」範型として扱っているのである。

さらに、英国についても一言述べておきたい。英国法は連合王国の法であって、イングランド法と同一ではない。通常のイギリス法を扱った我国の研究者の論文は、「イングランド及びウェールズ」の法だけを（断わった上で）考察対象とする。スコットランド及び北アイルランド法は、視野の外に置かれる。筆者は北アイルランドの法については全く無知であるが、スコットランド（法）は、ローマ法の研究・教育が維持されている国として、かねてより気になる存在であった。例えば、亡命ユダヤ人ローマ法・ヘブライ法学者ダウベ (David Daube) がアバディーン大学に戦後「新設」されたローマ法講座の初代教授に就任した際、クンケル (Wolfgang Kunkel) が祝福論文を献呈している。また、実務的に見ても、スコットランドは、弁護士 (advocate) 資格を取得するためには、「ローマ法」は必修である。このような国は、管見の限り、(イタリアは別として) スコットランドとオーストリアだけである。

近時、以上のような「二等国」の法を「ミクスト・リーガル・システム (Mixed Legal System 混合法)」と名付けてその全体的特徴を分析するとともに、「コモン・ロー」、「シヴィル・ロー (ローマ法)」に次ぐ第三の法グループとして、市民権を確立しようとする戦略的研究がなされ始めている。このような研究はまだ緒についたばかりであり、論者によってどの範囲まで「ミクスト・リーガル・システム」グループに含めるかについて大きな意見の隔りがある。つまり「西洋」に限るか、「非西洋」も入れるかである。日本やトルコは「境界」に位置するかのように見える (思いたい?) が、果たして西洋人はそのようにみなすであろうか。

しかし、「個室化」と「グローバル化」に二極分解している我国の研究状況において、日本法がこのグループに含められるかどうかを具体的に検討してみる価値はあるように思われる。従来から日本法は法典編纂のとき以来、種々の外国法の「混合」であると言われてきた。そこで言われている「混合」と本研究がテーマとしている「ミクスト・リーガル・システム」は同じなのかどうか。そして、この問題、即ち、「同じかどうか、異なるとすればいかなる意味において、いかなる点において異なるのか」を考えることが、法典編纂以降我国の比較法・法制史学が歩んできた研究史を振り返り、その問題点を析出することにつながると、筆者は考えている。さらに、「日本法の透明化」などの実践的研究にも貢献するのではないかと期待している。

南アフリカやブラジルは、我国から遠い国である。しかし、その法は我国の法に近い。「東に向かったローマ法」と「西に向かったローマ法」。遠くしてきたのは、我々自身である。

◇

The Codification in the 19th Century — Comparative Perspectives from (Post-) Colonial Experiences —

It is often said that the 19th century is the century of codification, most notably exemplified by the Code Civil of 1804 and the BGB of 1900. Japan is no exception. However, if we look at other countries than France and Germany, this is not always the case, let alone the common law countries. This is the collection of the papers read at the international conference entitled “The Codification in the 19th Century – Comparative Perspectives from (Post-)Colonial Experiences –” held in Niigata on 4 February 2012. The speakers include Rena van den Bergh (UniSA) and Masato Ninomiya (Saõ Paulo) along with Japanese civil and comparative lawyers as well as legal historians. To the best of our knowledge this is the first attempt of comparative study between South Africa, Brazil and Japan, tackling the question of codification through “non-codification”, highlighting Roman Dutch Law, Brazilian efforts in vain of codification throughout the 19th century, and paying more attention to the stage before the codification of Japanese law.