

ラテンアメリカ諸国における法および法学界の現実と動向

黒木三郎  
奥山恭子

序

一、これまでのラテンアメリカ法学——植民地の遺物

(一) 歴史的法制定過程

(二) その他の外的要因

(三) 国民の法意識——国民と法規との関係

二、今後のラテンアメリカ法

(一) 従来の法学教育

(二) 法学教育と研究の新しい波

結び

序

近時、いわゆる第三世界の法が注目を浴びつつある。ところ

で近頃、スペインや西独の民法改正、アメリカの同権修正法（E R A）裁可をめぐる動き、キューバの家族法改正等、特に家族に関連した法の分野で、法律の動きが激しいが、第三世界、特にラテンアメリカに関しては、法律を問題にする前に、その基底にある背景から目をそらすわけにはいかない事情がある。例えば法改正があった場合には、その改正が何を目的としたものか、改正の声はどこから生じ、盛り上ったのかを是非とも知らねばならない。

つまり、ラテンアメリカの現実の姿は、法規からの推測だけでは把握できないし、むしろ役立たないといっても過言ではないのである。それだけ法規と現実の間には大きな溝があったのであり、比較的ラテンアメリカ法研究の進んでいるアメリカの

研究者等から批判的に指摘されもしていた。

ところが近時、外国の学者のみならず、ラテンアメリカ人自身の中から、実態を踏まえた、或は実態からわき上った研究の必要性がさげばれ、周辺領域の研究との融合や、法社会学的な法論を組み込んだ法学教育も広がりつつある。それゆえラテンアメリカの法学の見通しは、従来考えられていた程暗くはなく、むしろ大きな可能性を秘めたものではなからうかと思われる。

そこで本稿では、現存するギャップが生じるに至るには、どのような過程があり、法が現実とどう拘わりあってきたのか、或いは法が社会に受け入れられない要因は何であったか、そして今後どのように進展していくのか検討することとする。

注

(1) 「ラテンアメリカ」と一括することの問題性については、種々の分野で取り上げられ議論されているところであるが、法律に関しては、後述のように歴史的立法過程にも共通点および相互の関連性があり、まずは一括しその後各国の特異性を探ることも一方法と考える。

(2) なお「イスラム家族法の近代化」湯浅道男(『法社会学第三二号)は、イスラム法研究においても、「第三世界の法の研究が、単に制定法の翻訳解釈だけではなくにも語

っていない。……」として、第三世界の法の研究に際して、法社会学的比較法学が必要であることを説く(同書一六五頁)。

一 これまでのラテンアメリカ法  
——植民地の遺物

(一) 歴史的法制定過程

ラテンアメリカの母国であるイペリアの、スペイン・ポルトガル法は、その中心的な法源をカノン法に置く訳であるが、世界のイペリアでは法と宗教とが相携えており、カノン法の厳格なドグマやモラルにもとづいて、教会は世俗の法の中に、数多くの抽象的・観念論的あるいは理想主義的(従って具体的実行性の少ない)行動規範を打ち出してきていた<sup>(1)</sup>。この思想が新植民地にそのまま導入され、現在に至るまでのラ米諸国の観念主義的法のベースとなっていた。また一方で、観念主義を言う場合のもう一つの要因は、立法に至るプロセスにあることにも着目しなければならぬ。ラテンアメリカの立法作業は、一般人の利益とは関係なく、卓越した法律家の手によって起稿されていた。しかもその作業の主眼は、現実問題をいかに解決するかという点よりもむしろ、他国がどのような立法をなしているかに注がれ、いかに論理的かつつまが合うかに最大の関心が寄

せられていた訳である。その地固有の政治・経済・社会等々の特異性や具体的慣習などの事実調査にはほとんど注意が払われず、たとえ個々の規範の妥当性をめぐって論争があったとしても、恐らくは法技術的・学理的論争であつたであらう。

ところで、一般的にラ米法の法源はイベリアの法とする見解が多いなか、イベリアよりもむしろフランス法の影響が大きいとする学説もいくつか表われている。例えば Alan Watson は中南米諸国の民法典成立過程を、フランス民法のはほぼ完全な模倣と断定する。『民法の形成』の中に見られる彼の見解をしばらく追ってみよう。

一九世紀に独立を達成したラテンアメリカの多くの国家は、次々にフランスのナポレオン法典 (Code Civil, 1804) を受け入れていった。ドミニカ共和国は一八四五年に、フランス語のままのナポレオン法典を自国法として採用し、一八八四年になってやっとスペイン語に移し変え、ハイチの民法典 (一八二五年) とボリビア民法典 (一八四五年) にしても翻訳の域を出てはいない。チリ民法典 (一八五五年) は非常に独創的ではあるが、フランスをモデルにしていることは明白であり、そしてそれがエクタドル (一八六〇年)、コロンビア (一八七一年) および他の中央アメリカ諸国に影響を与えた。ただこれら法典編さんに先立って、ハイチではヘンリー

ラテンアメリカ諸国における法および法学界の現実と動向

王の治世の一八二二年二月に、早くも法典が作られており (ヘンリー法典 Code Henry)、その序文には、「ハイチ国は、この国の精神や慣習・特性を享有しない人間が作った法に治められている。……国民は長い間、自国の慣習や風土に合った法を要請してきた。王が即位して最初に考えたことは、国民のためにこの利益を追求することである。」と記されている。ヘンリー法典は内容的には非常に独創的ではあるが、民法を三十四のタイトルに分けたこと等、明らかに伝統的民法の射程距離内に入っている。確かに、新しく独立した中南米諸国は、ある種のモデルを必要としており、モデルとしては植民以来の影響力を持つスペインが疑いもないとする説明には一理あるが、次のように言うのがより適切ではなからうか。つまり、ナポレオン法典以降の各国の諸法典は、多かれ少なかれその影響を受けているが、程度のいかに問わず、外国法が任意に受け入れられる本質的かつ最も重要な要素は、受け入れられやすさがあるという点であろう。そしてツヴァイゲルトやケッツがいうように「受け入れ易い唯一のモデルはフランス民法典である」ということになる。<sup>(3)</sup>

注

(1) イスパニアのカトリック法思想について、イエズス教派の神学者であるフランシスコ・スワールズ (Francisco

Suárez (1548-1617) は、国家と国民との関係を、法に対する真摯な態度の反映ととらえる。そしてこの場合の法とは、永久的かつ不枯のもの、すなわち自然法を成すものであり、合理的理性・永久的真実に基づき、道徳や正義が存在する規則と理解できよう。それゆえ主権は支配者に単に譲渡されたにすぎず、主権者の専断的行為に對しては、国民は反抗する権利を持っていたと解される。(O Scott, "Francisco Suárez: His Philosophy of Law and of Sanctions," 22 Georgia Law Journal 405, 414 (1934))

(2) Alan Watson, *The Making of the Civil Law*, Harvard U. pr. 1981.

(3) 右同書第一二五頁。

(二) その他の外的要因

ラテンアメリカ諸国の特質の一つとして、公的事務手続きの繁雑さ、夥しく費される時間数、必要書類や資料等のぼう大さ等が指摘されることがある。このことが一国のみならず複数のラテンアメリカ諸国にほぼ共通した現象であるからには、何らかの要因があると思われるが、一つには、植民地時代に征服者が原住民に對して、種々の命令が正当性なものであることを示

すため、多くの文書を作つて、形式を重じるといふ効果的な演出をしたことが挙げられよう。しかもその他にも、イベリア民族の習慣として、多くの文書を複雑に介在させる間に、一つの業務に複数の人間を関与させることによる相互の監視抑制作用をも期待したとする指摘もある。<sup>(1)</sup>

ラテンアメリカ諸国のこのような形式重視主義の成り行きとして、最も極立った傾向を示すのは、法規定の中に精巧な抜け穴があり、しかも為政者はそれを黙認していることがかなり一般的に行なわれている点であろう。一例として、家族法に關連した部分でも、法が現実的作用をなさないまま弱者が泣き寝入りしている多くの事例があげられる。夫の家庭遺棄 (abandono) は離婚原因の一つに法定されてはいても(例えばメキシコ民法第二六七条)、遺棄の事実が社会的に横行し、むしろ通常の現象とすらなっている点、その結果としての事実的重婚の黙認、つまり婚外子出生率が非常に高いことから知り得るのであるが、制度としての婚姻以外の男女の結合が、もはや社会的事実である点などである。<sup>(2)</sup>

周知のとおり、ラテンアメリカ社会は階級社会と言ひ換えても過言ではない程であるが、事実としての慣習もまた、階級性とかけ離して論ずる訳にはいかない。<sup>(3)</sup> 一般的には下層階級に至る程事実的慣習の度合いが強しと言えよう。例えばベトロンの

制度は、イペリアの君主制に發生源を持つというが、ラテンアメリカでは特に地方に今もなお残存し、忠誠と奉仕の見返りとしての庇護のもと、大方の紛争はパトロンによって仲裁され、解決される。

しかしながら、このような社会的慣習 (usos sociales) を権利として認めることについて、国家は明確な態度を示さなざることが多く、学説も否定的見解が多い。「商行為や銀行関係での慣習は専門的規範であるが、それ以外の単なる社会的慣習は事実規範であつて、国家がこれを承認する必要はない」とする意見に代表されるであろう。

とはいつても、例外もない訳ではない。メキシコ民法は、一定の条件下で事実上の婚姻 (Concubinato) にある妻に対し、エヒードと呼ばれる共有地の利用権の相続を認めているし、また判例によつて軍人の遺族年金もこの事実上の妻に認められるようになった。<sup>(3)</sup>

注

- (1) これに関連した現象として、ラテンアメリカにおける公証人制度の発達が挙げられよう。メキシコの公証人制度については、Margadant, "The Mexican Notariate" 6 Calif W. Law Review 218 (1970)。

ラテンアメリカ諸国における法および法学界の現実と動向

- (2) 拙稿「メキシコにおける家族と家族法」法研論集(早大)第二〇号二七頁参照。

- (3) 社会学や人類学の研究成果は、ラテンアメリカ人、特に下層階級者の日常を語ることにより、貧困者の生活がいかに法と無縁であるかを教える。例えば、OSCAR LEWIS, "FIVE FAMILIES" (Mexican Case Studies in the Culture of Poverty) 1959, 等。訳書としては、柴田他訳「サンチェスの子供達」(みすず書房一九六九) 同「ラ・ビータ」(みすず書房一九七〇)

- (4) RAFAEL DE PINA, DERACHO CIVIL MEXI-CANO (MEXICO, 1977) 69-72.

- (5) 前掲注2と同。拙稿三三頁。

(三) 国民の法意識——国民と法規との関係

法が公然と脱法され、しかもそれが社会的に批判の対象となるよりもむしろ是認されることすらある場合、通常は立法上の問題があると考えられるが、ラテンアメリカの場合は立法の機構に問題がありそうである。ゴンザレス・カサノバは、メキシコの場合について、この間の事情を次のように説明している。<sup>(1)</sup>  
「……メキシコの立法府は象徴的な機能をもっている。つまり、立法府は行政府の活動を是認している訳である。立法府は

行政府に伝統的形而上学的な正当性を与えている。行政府の行動は非常に古くさく通俗的なメカニズムに従って法的地位を得て、法体系の中で裏付けられ補強されることになる。……人類的な視点からみると、メキシコにおける法律や政府のモデルは一種の信仰体系である。……こうした状況に対する国民の失望と欲求不満は深刻であり、……<sup>(2)</sup>と。またあるいは、「立法・行政作用を一般国民が監視することができず、しかもたとえ官僚政治的色彩を放ったとしても、最終的に国家が何の制裁をも受けないことが、法規定と現実的解釈の間に齟齬を生ずる一因となっている」とも指摘されている。<sup>3</sup>

またこうした立法機構の問題とは別に、国民一般にとって、法律を検索する必要性があるときに、何らかの資料を手にして、その上で法的解決への道を探すが、容易にできることか否かも、国民と法との関係を計る一つのメルクマールとなろう。まず諸法典に関しては比較的容易に入手できるであろうが、例えば判例の検索や改正法令を知ること等は、多分に運に左右され、それも徒労に終る場合が多い。<sup>(3)</sup>大方のラテンアメリカ諸国の法改正の方法は、法典的部分的修正の積み重ねであるため、問題解決のために適用条文を探す際には、法典の出版年までの分を末尾の改正法欄で確認し、出版年以降については官報を網羅的に探すことになり、ぼう大な量を読みこなすことが強いら

れる。場合によっては、法を執行する立場にある者ですら、法の改正を知らずにいることすらあると指摘されている。<sup>(4)</sup>このように、急激な立法上の変化に追いつけないことによる法の無知もまた、形式的規範と現実に適用される法との差異を生ずる原因ともなっているのである。

注

(1) P・G・カサノバ「現代メキシコの政治」賀川俊彦他訳、敬文堂（昭和五六年）

(2) 右同書一五および一六頁。

(3) Karst & Rosen, Law & Development in Latin America, 1975 II, Historical Development of Latin American Legal Institutions, pp. 58-60

(4) 憲法 (Constitucion Politica) 民法 (Codigo Civil) 民事訴訟法 (Codigo de Procedimientos Civiles) 商法 (Codigo de Comercio) 等の各法典は、ラテンアメリカ諸国にはほぼ共通して、ペーパーバックで比較的安価に購入できる。

(5) これらを掲載した官報 (EL DIARIO OFICIAL) は、外形は文字通り日刊新聞であり、目次もなく、各官庁別の標目だけを頼りに、目的のものを見つけ出さなければ

ならない。最も整理されていると思われるメキシコ国立自治大学<sup>1)</sup>、法律学研究所(Instituto de Investigaciones Juridicas)内の官報整理カードも、その内容にはほとんど立ち入ってはいない。

(9) 前掲注(8) pp. 66-67.

## 二 今後のラテンアメリカ法

従来の観念的・形式主義的と称されてきたラテンアメリカの法制も、これからは大きく変遷し、独自の発展の仕方を示すであろうと思われる兆候が表われている。その大きな変化はまず教育の場面から生じ、従来の西欧追従の教育を反省し、自国の現実を直視し得る方法論が考えられる等の変化が見える。

### (一) 従来の法学教育

ラテンアメリカ諸国の法律研究者の大半は、大学教員であると同時に実務家でもある。一方ラテンアメリカ諸国の大学での法学教育のうち、専門コースでは何よりも法文の理解に力点がおかれ、重要な部分を覚え、あるいは注釈書や教科書の理論構成を理解することが中心となる。メキシコ大学の例では、試験は口頭で行なわれる場合もあり、実務家でもある教授は多忙を

極めるため、試験時期には出番を待つ学生が廊下にたむろし、条文の暗唱に余念のない姿が見受けられる。従って法規定が存在する社会的・経済的背景にまで学生の目が向けられる余地は非常に少ないことがわかる。

一方、学生が卒業後実務家になる道についてであるが、一般的にラテンアメリカ諸国では、法曹界へ入る試験は存在しないといえよう。(例外的にブラジルでは、弁護士試験に合格するか、二年間法律事務職についたものでなければ弁護士になれないとされている)。従って法学部(ロー・スクール)をも含めて)の卒業証書が、一応実務家へのパスポートとなる訳である。ただし在学中に法律事務所働き、あるいは法律相談や法律扶助の仕事することなどで、実務の感覚をある程度取得することは可能であろうし、またセミナーでこのような仕事を義務づけている場合もあるが、その際にもいわゆる講義が基本となり、形式的に編集された法律書にもとづき、法文の分析、解説が主になるという。

### 注

(1) この点について、Boris Kozolchik 教授は次のように説く。「[ラテンアメリカの法学教育は]根本的にスコラ哲学である。その方法は、抽象的概念をのみ探索する

演えきの技術にだけ頼るものであり、経験論は純粹理論にとつて不用のものとなる。結果として、演えきされた法概念は、社会的・経済的前提を欠くものとなる。」

Toward a Theory on Law in Economic Development. 1971 Law and The Social Order 681, 751-54.

(2) Law NU, 4. 215 1963, Art. 48 (III)

(二) 法学教育と研究の新しい波

一九七四年一〇月二七日から一一月二日まで、アルゼンチンで開催された第五回ラテンアメリカ法学部会議 (Las Quintas Conferencias de Facultades de Derecho de America Latina) において、法学教育に関わる問題をはじめとして、ラテンアメリカ各国が抱える法学をめぐる諸問題の討議が行なわれ、今日の社会的、文化的、技術的变化に伴なう、法律家および大学の果たすべき役割について話し合われた。この会議を契機としてか否か、この前後から今日まで、法と他分野との関連性、その研究の必要性、法の社会への適合性を論ずる著作が相次ぎ、目に触れる機会が多くなった。<sup>(1)</sup> なかでも CHARLES EISENMAN<sup>(2)</sup> は、同時代的に二つの原理を並列させて行なう法学教育及び研究の必要性を説いている。その一つは法がそれ自体内在して持つ非法律的側面を重視することであり、第二の原理は、

法を他の文化的、社会的、政治経済的要因と密接に関わらしめる必要性である。また EDUARDO NOVOA MONREAL<sup>(3)</sup> は、法が社会に遅れをとっている事実を明確に受けとめ、社会の新しい価値や必要性が間断なく法を打ち打っているとして、社会生活を満足できるものにする手段たる法が、伝統をのみ維持していることへの疑問を提起している。<sup>(4)</sup>

また新しい傾向の表われとして、近時のメキシコにおける法学教育改革のプランも特筆に値いしよう。

メキシコでは、一九五四年以来法学部やロー・スクール (escuela de derecho) の数が急増し、わずか二十年程しかたない一九七五年には、五四年当時の十六から二十九校も増加している。<sup>(5)</sup> しかし数の上でのこれだけの増加も、質的にはあまり変化がなく、多くは自治大学法学部の制度や教育内容を踏襲しており、自治大学法学部のあり方が他大学等に大きく影響を与えている事実は否定できない。ところでその国立自治大学法学部では、一九七一年にある改革を試み、メキシコの法形成の機能および意義を再確認するための研究の方法論的位置付けを行ない、<sup>(6)</sup> 七二年には、法学部としての、大学制度を明確にする努力もなされた。そしてその際、大学の目的は大学教育を国民の大きな部分を占めるまでに拡大することであるとして、大学の内外で学ぶ人々に知識の伝達・評価をなすことを制度化する

構想を練った。この制度は他学部にも影響を及ぼしたが、法学部としては、これを現実のものにするために、次の三つの行動をとった。第一は、法律教育機関である各種のセンター<sup>(7)</sup>とに、指導者のもしくは経験ある者によるグループを形成することであり、第二として全体的な目的を明らかにした上で導くことであり、最後に管理運営上、特定の教育資材や学問上の組織をはっきりさせることであつた。<sup>(8)</sup>この改革案が実行された割合は、現在のところあまり大きくないと聞か、その他、同じ趣旨のもとに発した種々の変化は、表面立たずに着実に行なわれ、あるいは少くとも既存のもの<sup>(9)</sup>の問題性を指摘することが一般的に行なわれるようになっていったことは確実に伺われる。<sup>(10)</sup>

またメキシコは国際婦人年世界大界の開催国となつたことで、開催以前から同大会への認識の度合いが非常に高く、これを契機として、主に国内の婦人法律家を中心となつて、婦人差別の条文を修正する動きが高まり、一九七四年には、家庭維持のための権利義務を男女とも平等にする等の法改正をなし得た。<sup>(11)</sup>この運動の成果は、国立自治大学法学部の女性教員が中心となつて編さんされた「メキシコにおける婦人の法的状況」(CONDICION JURIDICA DE LA MUJER EN MEXICO)にまとめられた。<sup>(12)</sup>

その他にも、いわゆる法社会学的的方法論による論文が続出し

ラテンアメリカ諸国における法および法学界の現実と動向

ており、ラテンアメリカの法学が新しい進展を示すであろうことが伺われる。<sup>(13)</sup>

#### 注

- (1) メキシコ大学法律研究所で論文集としてまとめられた *Antologia de estudios sobre enseñanza del derecho* 中の各論文は、各々テーマは異つても、現状への反省と将来の展望を持つ意味で、立脚点を同じくしてゐると見える。(Jorge Wilker V. 編 *Instituto de Investigaciones Juridicas, MEXICO 1976*)
- (2) ハリ大学法経学部教授。
- (3) “LOS OBJETIVOS Y LA NATURALEZA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO.” 注(1)論文集所収。
- (4) 元チリ大学教授。現在メキシコ大学法律研究所客員研究員。
- (5) “ALGUNOS ASPECTOS SOBRE CONTENIDO DE UNA ENSEÑANZA MODERNA DEL DERECHO.” 前掲注(1)論文集所収。
- (6) 法学部 (Facultad de Derecho) ‘ローヌ・クルル (Escuela de Derecho) とも、大学における専門的法学教育機関であるが、メキシコ連邦教育法によれば、四段

ラテンアメリカ諸国における法および法学界の現実と動向

階に分類され(同第一五および一八条)それぞれ既存の機関が区分されている。すなわち、(a)国立自治大学およびその他の国立大学に附属する機関、(b)科学研究施設のような、大学タイプの機関に附属する法学校、(c)文部省(Secretaría de Educación Pública)もしくはメキシコ国立自治大学に於いてその研究が承認されている法学教育の機関、(d)自由な大学。連邦区自由法律学校(Escuela Libre de Derecho del Distrito Federal)のみ。

このうち「学部」(facultad)の各がいくつかは、(a)範疇の自治大学法学部のみである。

- (7) 改革委員会(Comisión de la Reforma Académica de la Facultad de Derecho de la UNAM)が構成され、文書による計画プロジェクトが作成されている。
- (8) LEONCIO LARA ASEÑZ, "LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MEXICO" p. 213.
- (9) 前注(8)の LEONCIO は、大学での法学教育のみならず、法律実務家養成の問題点をも指摘。メキシコにおける弁護士(abogado)の適性については、他にも制度の改革の主張がある。
- (10) 一九七四年十一月三二日公布。連邦官報(Diario Ofi-

cial de la Federación)に公表。

- (11) Mexico, 1975. その内容の一部紹介は、前掲拙稿「メキシコにおける家族と家族法」参照。

- (12) たとえば、Jorge Barrera Grap, "La sociedad unimembre en el derecho mexicano," Boletín Mexicano de Derecho Comparado 1979 Nr. 34, 313-336. Mauro Cappelletti, "FORMACION SOCIALES E INTER-ESSES DE GRUPO FRENTE A LA JUSTICIA CIVIL," Boletín Mexicano de Derecho Comparado 1978 Nr. 11, 1-40 等。

## 結 び

ラテンアメリカの場合、法が直面すべき社会現象でまず問題となるのが、他の社会・経済問題等の場合と同様「階級性」である。この一部のエリート階級および中産階級と、その他の大多数の国民層とは、法の浸透の形態も、また紛争がある場合の解決手段もおおのびから異なるところ。市民経済の標的から隔絶した者にとつての法は、中産階級の法意識と同じであろうはずがない。大都市の周囲に還状に居住する住民は、もっとも法の浸透度の少ない部分であるといわれるが、それは彼らの居住形態自体が、多少なりとも形式的合法性を逸脱しているからであ

ろう。

ところで、こういった階級性をも含めて、今までラテンアメリカ諸国が引きずってきた歴史的因果、思想的背景の重い鎖も、徐々に立ち切れる時が来るであろうし、それは決して遠い将来のことではないことが、近年の動向で知り得る。しかも現在の教育制度の中からも、自国の恥部を指摘せんとする真摯な態度で書かれた学生の卒業論文も現われていると聞くに及び、政治・経済学者等が指摘しているように、八〇年代以降のラテンアメリカでは、国民の不満が高まることから生ずる、自らの国を創らんとする情熱の噴出があるとすれば、ラテンアメリカ諸国の今後の法制も大きく進展していくことが期待できよう。

追、なおこの小稿は、奥山のメキシコ大学留学当時、自由な学問を目ざしてチリからメキシコへ移り住み、終始学生と語り合うところから出発しようとする態度を崩さなかったホルヘ・ウィッケル (Jorge Wicker) 教授から賜った論文集 (前掲二)注(1) に拠るところが大きく、感謝の意を表する次第である。