

比較法研究所の使命と将来への期待

比較法研究所長 戒 能 通 厚

1 比較法研究所50周年事業の概要

比較法研究所は、1958年に創設され、2008年度に創立50周年を迎える。この比較法研究所の50周年を祝賀するにあたり、私は、関係委員会等における審議を通じて、①次なる半世紀を展望しつつこの研究所の我が国及び世界での役割を再定義し、それに見合う機能強化、とりわけホームページの刷新による研究所の研究成果の発信に加え、研究者による日本法に関する法情報の海外への発信を核とした事業を展開すること ②従来から行われてきた連続講演を、A（比較法と法律学）、B（理論と実務の協働に関する共同研究・連続講演）として展開するとともに、研究員による国際シンポの連続的開催を支援すること ③研究所機関誌である『比較法学』において記念号を組むこと（これが本号である） ④2008年の然るべき時期に、50周年を祝賀する式典を行い、可能な限り海外からもゲストを招き、この短期間での50周年を記念する一連の行事の成果を踏まえ次なる半世紀を展望する、という計画を策定し、私が所長に就任した2006年9月からこれを積極的に推進してきた。この当初計画になかったものとして、2007年12月8日（土）・9日（日）の両日にわたって、早稲田大学8号館106大教室（8日）および国際会議場井深ホール（9日）で、早稲田大学比較法研究所創立50周年記念国際シンポジウム『パンデクテンのゆくえ〈グローバル化時代の

法のターミノロジーヨーロッパ・東アジアにおける法移植に関する比較法的研究』(主催:早稲田大学比較法研究所・COE〈企業法制と法創造〉総合研究所,後援:早稲田大学法学部)を開催した。このプロシーディングズも2008年3月に日本語による記録として公表している⁽¹⁾。このシンポジウムは、COE〈企業法制と法創造〉総合研究所の支援を得、かつその事業の一環として、また法学部からの後援も得ることによって、②の当初の計画になかった研究所独自の国際シンポジウムとして開催することになったものであり、同研究所およびその所長である上村達男法学学術院長には心から感謝申し上げる次第である⁽²⁾。

通常予算をもって行われてきた比較法研究所の連続講演プロジェクトは、50周年事業の一環として「比較法と法律学—新世紀を展望して」として2007年4月から開始し、2008年6月をもって終了する予定である⁽³⁾。

-
- (1) 早稲田大学比較法研究所50周年記念国際シンポジウム『バンデクテンのゆくえくグローバル化時代における法のターミノロジー—東アジア・ヨーロッパにおける法移植に関する比較法的研究』
- (2) 50周年記念事業については、ほぼ白紙状態で引き継いだ。30,40周年事業時には数年前から準備があったようであったが。もちろん、特別の事業費もない。こういう中では何もできないということ諦めるのもひとつのあり方だったかも知れないが、後述の理由で、早稲田大学比較法研究所の半世紀にわたる歴史とそれによって築かれたこの研究所の声望自体は、もはや一大学の問題ではなく、大げさに言えば日本の比較法学さらには法律学の将来にも関わる「公共的」事項である。そこで事業費がないというのであれば、通常予算を効率的に使ってやる以外ないと判断した。また、記念の国際シンポも研究員の方々が企画されたものに乗る以外ない。こういうなかで、甲斐教授が医事法関係、箱井教授が海法関係、高林教授が「企業法制と法創造」COEの一環として知財関係の国際シンポを企画下さった。感謝に堪えない。
- (3) これには三成美保、西谷敏、井ヶ田良治、中村 英郎、山本敬三、五十嵐清各氏からご講演いただき、今後、棚瀬孝雄、兼子仁、望月礼二郎各氏のご講演が予定されている。又、早稲田大学創立125周年記念および比較法研究所50周年記念として、2007年10月に「自由概念の比較史とその現代的位相」と題し、中島徹氏(早稲田大学大学院法務研究科教授)の司会で、笹倉秀夫(早稲田大学法学学術院教授)樋口陽一(元早稲田大学法学学術院特任教授)石川健治(東京大学法学部教授)の3氏の講演とパネルディスカッションが行われ、院生代表

比較法研究所は、早稲田大学の機構が学術院体制に移行することに伴い、運営上もさまざまな困難に遭遇している。法学学術院の下に置かれた比較法研究所は、しかし、法学部、法学研究科の専任教員のみでなく大学院法務研究科の専任教員も研究員としているのであり⁽⁴⁾、他の学術院所属の機関からも研究員が加わっており、もともと早稲田大学の独立の研究所であったことから、従来の運営方針とは異なる運営を模索するほかなく、ことに事務組織と施設の大幅な縮小は比較法研究所にとって大きな打撃で

による討論も加わりまさに白熱の議論となった。この成果は、『比較法学』に近く掲載予定である。主として学外の諸先生にご講演いただき、これに我が研究所の所員が何を学んだかという形でのコメントを書くというスタイルが定着しこれまで以下の叢書を刊行している。『比較法研究の新段階—法の継受と移植の理論（早稲田大学比較法研究叢書30号、以下『叢書』と略す、2003年）、『日本法国際的文脈—西欧アジアとの連鎖』（『叢書』、32号、2005年）、『比較と歴史のなかの日本法学—比較法学への日本からの発信』（『叢書』34号、2008年）。関連して『日本法のアイデンティティに関する総合的・比較法的研究—源流の法とグローバル化の法』（『叢書』33号、2006年）がある。これらは、国際的に見られる比較法の近時の特徴を意識しつつ企画してきたという一応の自負がある。なお、これらのシリーズは、近刊の34号を除き比較法研究所のホームページにアップされている（発行部数が少ないためほとんど知られていないようであるためもある）。

- (4) 法科大学院の設置によって、実務家教員を多数迎えることになったのは、比較法研究所にとっても意義深いことであった。多くの実務家教員が、任期のある客員教授であるけれども、早稲田大学に來られてせっかくの経験を研究面でも生かされ、任期終了後も早稲田大学の研究面に貢献いただく場としては、比較法研究所はきわめて適切な場であるとする、研究・企画委員会の石川委員長の提案を受け、箱井崇史比較法研究所幹事および上柳敏郎教授を世話人として共同研究・連続講演企画チームを編成し、比較法研究所のプロジェクトA「比較法と法律学」と別に、Bプロジェクト「21世紀の訴訟および訴訟法の構造変化と展望」を2007年4月に発足させた。これは、一連の司法改革により、21世紀を迎えたわが国の訴訟には、構造的な変化が生じているとの想定の下に、実務家教員中心に研究者教員も加わって共同研究を実施するというものである。激動する今日の司法または紛争解決システムの実務的な状況を理論的に把握し、これらを訴訟法の歴史＝比較法学的な分析などを駆使して新たな地平へと定位させるための、比較・総合的な研究を行おうとするものであるが、そのために連続講演の形で現職裁判官等からの話題提供をいただく企画が進行している。

あった。こういうなかで50周年記念事業を展開するのは容易なことでなく、事務職員や比較法研究所助手の負担はかつてなく大きくなっている⁽⁵⁾。

本稿は、比較法研究所の創立50周年の時期に、図らずも所長に就任した私が、この研究所への期待を込めて実施してきたさまざまな試みを継承いただくよう望みつつ、それなりの自負をもって次なる半世紀への展望を語るものである。

2 比較法の問題状況

先の国際シンポジウムのテーマは「グローバル化時代の法のターミノロジー」である。比較法の視点からすると、現代は、ヨーロッパで典型的に見られるように、法源の定義が、国家主権を前提とした法から、ソフト・ローと言われる国家を前提としない法を含むものとして「多元化」されつつある。しかしそれらの法は、内容において「統一」の方向に向かいつつあるともされ、民法の分野では19世紀の「パンデクテン法学」によって構築されたパンデクテン・システムが、そこでの重要な参照対象とされているように思われる。これに対して、東アジアでは、我が国の明治期の民法典編纂にあたって参照されたパンデクテン・システムが、植民地的支配を通じて中国・韓国・台湾等に我が国の民法が移植されたということによって、日本を媒介としてそれらの民法典に影響をおよぼしているという歴史的条件が存在している。そして、興味深いことに現在ではむしろ、パンデ

(5) 早稲田大学は創立125周年を期して総長の諮問により「ネクスト125」という将来計画が策定されつつあるが、このなかには早稲田大学の教育研究体制に関わる重要な事項が含まれており、これが学術院長会の議を経ずに設置されていることも一つの問題である。それとともに、「戦略的研究」のために新たな研究所の推進がうたわれると共に、既存の研究所についての整理・統合が提案されている。先端的・戦略的研究は、基礎研究を欠いては成り立たない。このようなことから、比較法研究所の役割はかつてなく重大なものとなっていると言っておくべきであろう。

クテンの有する普遍主義的性格およびその理念が、これら東アジア諸国・地域において日本法からの離脱が進むに際しての重要な立法指針とされているように思われる反面、日本で開始しつつある民法典改正においては、パンデクテンのよりいっそうの相対化が進行しているように思われる。このようなことから、このシンポジウムは比較法の課題としての法源論から、より具体的にパンデクテンをいわば「共通言語」として用いつつ、ヨーロッパと東アジアにおける法、とりわけ民法典的諸規範のダイナミックな変動の動態を探ってみることにしたのである。

「パンデクテン」は、民法典の編成原理、その思想、あるいは法学であるのか、それとも現代において復古的なものとしてではなくその思想・規範の普遍性から目指されるべき理念的なものとして「範型化されたもの」であるのか、そういった原理的な課題が、討論のなかで、石部雅亮大阪市大名誉教授によって論じられた。また、比較法研究所所員の笹倉秀夫教授によって、法の継受について、法典輸入の意味の継受の段階、こうした形の法の「継受」が、学識者の法学によって具体化され、かつ実務家の養成がこれと並行して行われる過程、さらに実務家による法の現実的適用の過程、というように総じて法の「継受」の三段階的發展による継受法の「浸透過程」が論じられた。オックスフォード大学の Vogenauer 教授は、「法源」を、formal sources of law という拘束的、権威的、命令的性格のそれと、それらに法という形態を与えるようなその他の実質的な法である substantial sources に分けて論じているが、この区分は法源の多義性とその歴史的変遷を論じるのに有用と思われる（シンポジウムプロシーディングズ『パンデクテンのゆくえ』2008年刊、参照）。石部氏の発言を契機として、パンデクテンの有する自由主義的・普遍主義的特質への「参入」という意味でのトレンドに積極的な意味を付与しようという流れが議論の過程で生まれ、これに当日のパネリストの間での共感が示される一方、日本の植民地支配によって社会生活の基本的規範までが解体されたことへの強い批判が、韓国の金相容氏から強く指摘され、物権法制定における個人の所

有権の国家からの独立という意味でのパンデクテンの評価と、その意味での民法への「憲法」の浸透を積極的に評価する孫憲忠氏、および王澤鑑氏の論議がなされたことには、特別に重要な意義があったように思う。

3 比較法のアクチュアルな課題

1900年7月31日から8月4日にかけてパリで行われた記念碑的な比較法会議の基調には、レーモン・サレイユ、エドゥワール・ランベール等の目指した法の統一に向けた理念が所在し、その方法として比較法学が壮大な理念を掲げて登場したのであった。それから1世紀有余を経て、今日の世界では、法の統一や調和発展が比較法学の課題として前世紀からの連続で捉えられるとともに、法の移転や移植の問題が、ある国の法の歴史的地理的文化的等々の固有性から離れて法が流通する可能性があることを示す、すぐれて理論的かつ現代的な現象として注目されるようになった。けれども他方では、一定の法モデルの「流通」現象を、法の多元化と対比し、各国の「固有法」との相克としてこの現象を捉えようとする非西欧世界における法理論の形成が展開しつつある。これはまた、西欧に生まれた比較法の、パラダイムの新たな転換を促すことになるのであった。

このような傾向は、従来、比較法の関心が稀薄であった現代のイギリスの法学界においても変化の兆しをもたらしつつある。ロンドン大学高等法学研究所 (Institute of Advanced Legal Studies 現在の所長は、ウルフ卿記念法学教育講座教授の Avrom Sherr) が毎年行っている W. G. Hart Workshop は、2000年7月4日から6日まで開催されたそれでは「21世紀の比較法」というテーマを扱っている。これをオーガナイズした、Esin Örüçü は、比較法のかつてない興隆を指摘し、「比較法研究が今、存在しなかったとすれば、それは今からでも作り出されなければならない」との評価を下している。また、もう一人のオーガナイザーであり、アジア法研究（とくにシンガポールやマレーシア）でも知られる Andrew Harding は、伝統的な比較法がほとんど私法を対象にしてきたのに対し、公法が扱われ

ようになってきたことに現代比較法学の特徴を見出している⁽⁶⁾。

比較法の主流的傾向であった法系論に対し、今日、とくに際立つのは法文化論の隆盛である。それは、法の比較を規範のレベルから社会の深層のレベルにまで構想するという点では法系論の延長にあると言ってよいが、法の移植や移転についての、Pierre Legrand の法の移植は不可能とする理論と、アラン・ワトソンのそれは可能であるばかりでなく容易であるとする議論があるが、Gunter Teubner は法の文化的歴史的深層のコンテクストを重視する観点から移転可能な法の重層的構造に注目する⁽⁷⁾。

ニクラス・ルーマンにおいては、社会システムは個人によって構成されるのではなくそれぞれのシステムのコードによって構成されるのであって個人はシステムの外にあると捉えられる。ルーマンによれば、近代以降の社会は、機能的な分化とそこからの個人の排除の「一時化」とシステム相互間の「相互依存」の切断を特色とする。このことから、合意や普遍の原理＝規範的観念を根拠とする「社会統合」が語られるとき、それは、いまや自らの生活を自己責任で計画せざるを得なくなった個人が、そのための枠組みが全く用意されていないにもかかわらず、自らのアイデンティティーを保ち続けることを要求され、強制される結果を導くことになる。途上

(6) Andrew Harding and Esin Örtücü (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, 2002, Institute of Advanced Legal Studies, Published from Kluwer Academic Publishers, pp. 1-2. p. 249-250 また、Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom; The Story of the Last Thirty-Five Years*, 2003, Oxford-Portland Oregon には、記録長官 Master of the Rolls の Lord Phillips (現首席裁判官) の序文が付せられ、同書が実務家にとって比較法の重要性を説くものとして推奨されていることなども注目されてよい。さらに、Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann eds., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, Oxford University Press も日本（北川善太郎執筆）を含む比較法の関心の多様性を物語るものとして注目される。

(7) Pierre Legrand and Roderick Munday eds., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, Cambridge University Press, esp. R. Munday pp. 3-28 この書物について、戒能、書評、『比較法研究』66, 2004年所収、参照。

国の問題や、農業手工業の伝統的家族経営の解体と新自由主義的「統合」システムの展開、さらには教育改革における統合の論理が現実にも果たす役割など、ルーマン理論の現実との格闘を示すその特質を、法の移植の課題と関わらせて理解すると、法の深層構造についての研究のために、社会システムの観察を含む情報の多元的な収集が重要性を増していることが理解できよう⁽⁸⁾。比較法学はまた法社会学との関係でもその有用性と協働関係を必要としている。法と社会との全体的、部分的、断片的なカプリングの有り様にしたがって法の移植は可能である場合とそうでない場合、可能であっても移植によって他の言説からの影響を受けて異なったものとなることがあり得ること、等々のことが、法の移植というアクチュアルな課題についての両者の関係を示すのである。

我が国に展開している先の「法整備支援事業」は、こうして見ると、実は、世界的な現象であって、そこには一定の法則的な関係が認められるのである⁽⁹⁾。いわゆるグローバリゼーションという現象が、ここでの検討課題となる。但し、グローバリゼーションという概念は、多義的であって、比較法の現代的課題を明確にするためには時に、有害でさえある。例えば、それを「市場経済化」の「世界化」の意味で使うなら、法は商品流通の手段的なものと技術的に捉えられることが顕著になるが、そこにおける「市場経済化」を資本主義的社会システムとして捉えれば、この問題は近代社会の形成の問題そのものとなり、法の道具主義的な把握は法整備支援の妨げになる。しかし現実には、「市場経済化」の段階がグローバリゼーションとして表象される諸国諸地域の支配—従属関係によって規定される結果、「近代社会」の形成という意味での市場経済化は、ルーマンのいう意

(8) ルーマンの論集の翻訳である『ポストヒューマンの人間論—後期ルーマン論集』（村上淳一訳、東大出版会）の最終章「インクルージョンとエクスクルージョン」参照、これについては、前掲、『叢書』34号所収の村上論文およびそれへの棚澤能生のコメントを参照。

(9) Harding & Öricü, op. cit. pp. 13 et seq. Legrand & Munday pp. 437 et seq. これに伴い、様々なタームが検討されている。戒能、前掲、書評、272-273

味のすべての機能システムを横断する社会からの排除の「寄生的ネットワーク」を作り上げるように機能し、実際にはどのシステムからもエクスクルーデされる人々を生み出す結果を導いてしまう。この問題は、かつてアメリカで、法と開発（発展）運動の挫折として論じられた問題にその原型があるが、それでは我が国の戦前における植民地支配と並行的に展開した慣習法の調査などの当時の法社会学的な研究が、現在の法整備支援事業と連続する関係にあるかなどの課題は、すぐれて現代的な含意をもつとともに、歴史的かつ国際的コンテキストにおいて検討される必要がある。

4 これからの比較法研究と比較法研究所

比較法については様々な定義が与えられてきたが、諸国の個別的法制度の比較にせよ、法秩序や法圏の様式ないしは特性を解明しようとする法系論や比較法文化論にせよ、従来の比較法の方法に関わる理論は見直しを求められ、今日、比較法の基盤は大きく揺らいでいると言えよう。

比較法研究所は、このような比較法の課題転換を意識的に取り上げ、2001年5月に開始した比較法研究所連続講演プロジェクトを通じ、研究所の外からの講師の協力も得つつ比較法の新段階に対応する方法的な課題の追求とともに、我が国の法のアイデンティティすなわち、継受法である日本法の源流の探索とその今日的な変容の位相を探る研究を行ってきた⁽¹⁰⁾。

今日、世界では、すでに言及したように、法の調和と融合が進むとともに、それに対する反発や抵抗が現れ、法の普遍的な価値とされたものや、法的関係・諸制度に揺らぎや転換が生まれつつあるように思われる。とりわけ、市場経済化のもとたらず世界の一元化が、かえって民族対立の「古層」を掘り起こし、あるいは法の理念や目的をめぐる対抗を鮮明にしつつある。こうした状況において欧州統合の加速化に伴って、欧米と一括さ

(10) 前掲『日本法のアイデンティティ』（叢書33号）が科学研究費を得て行った比較法研究所としての共同研究の成果である。

れた「西側」諸国の間に法の調和と統合をめぐる対抗が生まれる一方、アジアにおいては、市場経済に移行しつつある諸国の間で法の移転や継受が進みつつ、それに対する反発も生じ、法の多元的な構造はむしろ増幅されているといいであろう。これらの動向に対し、比較法はその本来的目標を再構築し、法の「調和」や「統一」を模索する新たな使命を課されつつあるという、比較法学からの強いメッセージも寄せられている。法の多元化と法の統一という二律背反するかに見える命題は、主権国家のパラダイムの喪失という、すぐれて現代的現象、総じて「グローバリズム」という現象についての、より理論的な解明を促しているとも言えるのである。

このような世界的なレベルでの法の変動に伴い、我が国の法学の、その国際的な文脈での再定位が必要とされてきている。我が国の法学は、この変動に立ち向かうのみならず、比較法学の現代的な意義につき、その法の特質にそくした問題の提起を、世界へと発信していくという課題に取り組んでいくことが急務である。

比較法研究所は、現在、120名にのぼる研究員を擁しているが、わが国の同種の大学研究所でこれほどの歴史と規模そして研究実績を持つところは他になく、「比較法研究センター」としての位置づけをすでに担っている。またその「英文年報」を、四半世紀の長きにわたり刊行することにより、法学分野の日本情報を世界に発信する役割を担い続けてきている。英文による研究成果、研究情報の世界への発信は今や全学的な緊急の課題として認識されてきているが、比較法研究所はその先駆者として十分な実績を基礎に、全学的支援を得つつ、たんに本学のみでなく、我が国に課された「比較法研究センター」の構築という責務に積極的に挑戦していきたい。

アジアの他の諸国・地域の日本法への関心の高さに比べ、我が国は、法情報のネットワークの構築においては中国、韓国が国家的事業としてこれを行っているのに比べ、大きく後れをとっており、その期待に応えている

とはとうてい言い難い。この点で、早稲田大学は元々「官」に対し「民」のための法学校を中心として発足したこともあって、明治期から蓄積された人的ネットワークは優に「官」のレベルを凌駕しており、アジア以外にオセアニア、アメリカ、ヨーロッパに広がるこの人的連鎖を活用すべきであり、そうする責務がある。

先の1900年比較法パリ会議が、BGD（ドイツ民法典）の施行の年でもあったため、そこでの比較法はフランス法とドイツ法の比較が主題とされたが、西暦2000年の比較法学の世界では、かつて想像もされなかったようなコモン・ローとヨーロッパ大陸法の統合の可能性が論じられている⁽¹¹⁾。Örücü は、「21世紀ヨーロッパの舞台での新たな *ius commune* の可能性はどうだろう。おそらく〈多様性を除去しての収斂や統合〉の方向でなく、〈多様性のなかでの統一または調和〉の方がより現実的なものであって、各国法は音楽用語で言う「移調」transposition のようにその形を移調させていくであろう」と述べている⁽¹²⁾。比較法の理論の国際的な傾向として、1900年当時と異なって現代では比較法学的方法的な統合は不能であるという共通認識があるように思われるが、それではいかにして比較法学または比較法的研究の役割を提示することができるのであろうか。

Legrand および Munday は、そこには大きく言って、法の普遍的な目的やその精神を認める「普遍主義」、そのような普遍性の追求を断念し、法の機能的な等価を発見し、追求しようとする「機能主義」、途上国の法学者に見られる「植民地主義の遺産」を重視する潮流や、さらにはグローバルゼーションによって融解するナショナルな法のレベルに基点を求める

(11) H. Patrick Glenn, *On Common Laws*, 2005, Oxford University Press は実に興味深い書物である。これは「共通法」または「普通法」という意味での「コモン・ロー」をドイツ、フランス、スペインを対象に概観しつつイングランドコモンローの特色を分析し、これらの法の世界的伝播を解明してコモンローの世界史的文脈を探ろうとする画期的研究である。Glen はカナダの McGill University の比較法研究所前所長である。

(12) Harding & Örücü, *op. cit.* p17

「ナショナリズム」の潮流があると、指摘している。そしてこれらは、互いにオーバーラップしていると言うのである⁽¹³⁾。

1900年代階で有力であった普遍主義の系譜が現代の法の統一における起動力となっているとは言えないにせよ、歴史を鳥瞰した法原理に一定の普遍性への収斂の傾向が認められるのではあるまいか。「植民地主義」の遺産とは、植民地的な収奪の媒介となった西欧法が西欧法の普遍性を喪失したものに転移するとともに、市民的自由の劣位の状態をフーコーの言説編制を通じて静態的なものとし、それ故にまた人権という広範な権利創設が妨げられてきたことを強調する。このように植民地主義とは植民地支配と被支配の2項対立構造が植民地支配の終焉によって断絶的に消滅するのではなく、この対立構造が植民地支配後に形を変えて再生している構造を重視しつつ、ポスト・コロニアリズムの批判的超克の観点から分析されなければならないと説く。言い換えれば、ポストコロニアルの状況でのコロニアリズムの潜在的な機能について、観察される必要がある、とするのである。西欧の普遍主義は植民地主義と表裏の関係にあり、ポストコロニアルな時代においても植民地の政治的独立にもかかわらず多国籍企業の支配や「南北の格差拡張」が続く。「ポスト」とは、植民地的支配や収奪のプロセスの終焉を意味するものでなかった。他方、かつての植民地宗主国は自己を理想型として、植民地的な支配の対象を他者として生産するとともに、これを周縁的な存在として排除してきたが、いまやその周縁が中心部にたいて反抗・抵抗の論理を突きつけている。そして、「中心」・「周縁」のダイコトミーが、15世紀のヨーロッパに出発した資本主義の成立を起点とした「世界システム」のとらえかたについてのイマニュエル・ウォーラステインの中核・半辺境・辺境という3地域の相互浸透性、あるいはグローバルとローカル相互浸透という理論に発展し、そしてこれが、この

(13) Pierre Legrand and Roderick Munday eds., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, Cambridge University Press, esp. R. Munday pp. 3-28 この書物について、前掲注(7) 戒能、書評、参照。

3つの半恒久的な循環関係として、現代に連続する支配＝従属の構造を示唆するものとされている。

「ナショナリズム」の潮流におけるキー概念は言うまでもなく国民国家であるが、この遺産が及ぼした影響は大きい。けれども今日、いわゆるグローバリゼーションやリージョナリズムと言われる現象、換言すれば、国民国家主義の退潮は、国民国家と各国法と国際法の3軸の関係が融解しつつあることを物語り、また、そこでは実は、ローカライズの傾向とパティキュラリズムの生成が、グローバリゼーションと同時的に進行している。このように国家主義の遺産の、比較法における現代的な意味合いは、国民国家を前提とした法の統一という1900年の比較法学とは異なって、比較法学における法の比較の単位が融解していることを示す。言い換えれば、法から距離や地域という観念が消し去られ、法自体のダイレクトの比較ということさえ必要とされるに至っているのである。

国民国家主義の遺産が、一方でネイション・ステイトの相対化によって現代的に特徴付けられるとすれば、ベネディクト・アンダーソンの『想像の共同体』のモチーフによるところのステイトでなく社会的な、つまりナショナルなものを經由しない統合、または、サイドなどが注目した脱＝植民地的「一致団結」の抵抗思想を通じた統合があり得るのであって、それは地理的な領域を超えてリージョナルにグローバルに展開するのである⁽¹⁴⁾。

比較法学は、先のように近代法と伝統法または固有法や土着の法に関する比較研究とともに、ネイション・ステイトの枠組みで捉えきれない国境を越える法の伝播や融解現象の解明のために、機能主義の有効性に着目する。そのプラグマティックな構想は、法をその言語的さらに文化的なコンテキストから切り離し、文字通り機能的な比較を重視するものである。法が距離、地域からも切り離され、こうして機能的な共通性に着目される

(14) *ibid.* esp. Munday. pp. 8 et seq.

時、比較の対象は無限に拡大する。「類似の推定」*praesumptio similitudinis* というツバイゲルトとケッツの機能主義的比較法学における方法的な操作は、こうした状況のなかで、今日、あらためて「法の移植」における有効な方法として多用されている。法の移植とは、このような観察から見れば、法と当該社会との切り離しを含む法の伝播の表現にすぎないが、「法の継受」とは福島正夫の理論に見られるように、社会の諸階層の意識過程も含む法の定着過程であって、移植された法自体のみの観察ではその内容を表現され得ないものである。そこで機能主義においても、その方法的な有効性が担保されるためには、当該社会と法の間を「解釈」する営為を伴わざるを得ない⁽¹⁵⁾。

したがって、法の継受と移植とは、結局のところ、法を社会のすぐれて歴史的な観察によって、その定着の条件や、そのプロセス自体をも観察するための理論を必要とするということになるのであって、これこそ、我が国の法がほとんど「継受法」であるが故に、独自性のある考察を可能とする与件とされるべきものであろう。

さらに、ヨーロッパ連合への加盟条件として市場経済化の条件とともに、そのための法の *harmonization with acquis communautaire* (common achievements) および、民主化と「法の支配」の成熟度が条件となることが指摘できるが、この西欧的基準から見た場合に、「アジア法整備支援」とは何かについての論議は、少なくとも理念を捨て去るのでない限り避けて通ることはできない。とりわけ「体制移行国」という概念をたてる

(15) 我が国の比較法学の「悲観的」な状況について大木雅夫教授の指摘がある。

大木雅夫論文（前掲、『比較と歴史のなかの日本法学—比較法学への日本からの発信』（『叢書』34号，所収）参照。また滝沢正編『比較法学の課題と展望—大木雅夫先生古稀記念』（2002年，信山社）が我が国の比較法学の現段階の状況に問題提起していたことが注意されるべきである。この書物について，戒能通厚「書評」参照（『社会体制と法』4号，2003年，所収）。先の50周年記念連続講演において大木教授と共に我が国の比較法学を牽引してこられた五十嵐教授が「比較法はどこへ行く」という重要な報告をして下さった。いずれ「叢書」に収められる予定。

のであれば、そこでの市場経済化が社会主義的なシステムとともにそれによって抑圧されていた社会的な力に複雑な作用を及ぼすことも観察される必要がある。

この関連で、「アジア的価値」または「共同主義」といった観点からの西欧的システムへの一元化に対する否定的な立場が生じる。他面、ヨーロッパ近代における国家と個人の間にある、中間的な団体または空間の存在の問題があるが、欧米における現代市民社会論においては、市民たる個人の間の理性的討議を通じた「公論」の形成を課題とする「市民的公共圏」論の議論が盛んである。そこでは生産者の個人が担った近代とは対照的に、「生活世界」への浸食として「経済社会」=市場を控除した「市民社会」の概念が「公共圏」とほぼ同義で用いられ、「法整備支援」のタイプとしては「法の支配」導入型のその理念もしくは価値設定とされることがある。しかし、大陸法型の民法は、市場経済促進型であるとともに、例えば、多国籍化した巨大資本による寡占的支配に対しては、自由平等の取引主体としての市民もしくは個人のための法=市民社会の法として、市場経済化の抑制としても機能する。民法の憲法的な意義、「社会の基本法」という規範的な意義（星野英一『民法のすすめ』）が、今日、あらためて重視されていることは、民商法中心型の我が国の「法整備支援」にも重要な示唆を与える。先の「パンデクテンのゆくえ」50周年記念国際シンポでも、「パンデクテン」の有した「近代」の価値が、より現代的なコンテキストで、中国・韓国・台湾で引照されていたことが、この点でも注目される。

他方、この国際シンポでも、韓国の金相容教授が指摘していたように、日本の法と法律学は、近代における所有論のリベラルな構成、換言すれば個人権としての私的所有権論の一元的な把握およびその「席巻」によって見失ってきたもの、ことに総有の観念を含む「前近代」的形態とされたもののや、それによる所有の共同性についての理論的探求を軽視してきたように思う。しかし、これら生活、生きること自体に結びついた外界に対する

人間の営為を表現する所有の形態は、所有の従来の観念を超える人間と自然の在り方を原理的に示すものとしてすぐれて現代的な観点から再構成されるべきものである。それは、何よりも、市場経済の論理に人間と自然のすべての関係を置き換えられるように仮定する支配的なイデオロギーへの有力なオルタナティブ提起の出発点となるであろう⁽¹⁶⁾。

先の50周年記念国際シンポジウムにおいて、プレーメン大学のクニーバ一名誉教授は、豊富な法整備支援の経験を踏まえつつ、法整備支援の目的は市場経済の手段的な道具としての法の移植でなく、市場経済を動かしていく国家制度的システムの構築であるとし、法典による普遍主義的法の原理的定立が、英米型の司法の存在を所与の前提とする「法整備支援」よりも優れていると論じた。本研究所所員の榎澤教授はこれを受け、法整備支援が市場経済と非市場経済のシステムの共存可能性を求めるべきとしたことも重要であった。総じて、当該社会のコンテクストを前提とした「普遍的法」の「移植」という観点で東アジアが語れるかが、この国際シンポジウムで提起されていたことを、あらためて指摘しておきたい。

5 具体的な提案

第一に、比較法研究所のホームページの刷新であり、それにアップすべき比研固有資料の整備である。この第一段階は2008年の4月に達成された。先の国際シンポにおいては、海外ゲストとの間でこの新構想に基づく比較法研究所のホームページを介した協働関係についての議論を行なっている。今後はこれらの機関や個人との連携を駆使し、リンク先の精査とピンポイントによる意見交換であり、英文のニューズレターの配信が開始さ

(16) 21世紀 COE 〈企業法制と法創造〉の「基本的法概念のクリティーク」研究会の二つのシンポの記録がこの関連で重要と思われる。『コモンズ・所有・新しい社会システムの可能性—小繋事件が問いかけるもの』(2007年, 同研究所), および『社会的共通資本・コモンズの視角から市民社会・企業・所有を問う』(2008年, 同研究所) また戒能通孝『法律時評 (全収録)』(慈学社, 2008年) の「解題」(戒能通厚執筆) も参照されたい。

れている。

第二に、この構想は、比研の固有資料のウェブによる公開のみならず、時代に対応できる比較法研究のための資料、ことに日本法の最新情報を発信することにある。研究者の専門的精査をへた署名入りの法情報とわが国の特定分野の研究状況についての発信は、大学の研究所であってはじめて可能となることであろう。この点で、我が国の法令が日本語のままがほとんどで、英文の公式資料としては不備な状況にあることを指摘しなければならないが、この関連では名古屋大学法学研究科およびアジア法政国際教育協力研究センター（CALE）が「法整備支援事業」との関連でこれに大々的に取り組んでいるのでそれと提携することが早道である。ホームページ上でのこの試みも現在進みつつある。

第三に、我が国の法の特性に即した「日本法のアイデンティティ」に関わる比較法の素材について研究しつつ発信するという、固有の発信方法の強化が必要である。これについては、言うまでもなく人的物的基盤が必要であるほか法学学術院のなかでの協働関係、COE 研究所そして法学会さらに法務研究科との連携が必要であるが、さらに学内においても図書館や他箇所、研究所との連携が模索されるべきであろう。ただそれにはまず、比較法研究所が日本法の基礎にある欧米の法の現在の状況について研究するとともに継受段階とそれらの「母法」の現代化の現代との、異動を分析し発信することから開始されるべきである。予算的には限りある中で、比研は全研究員のほか、これからの法学研究者であればそうした法情報についての比較法的知見が不可欠であることから、若手研究者のキャリアパスにこのような比較法研究のプロジェクト参加を選択させ、「発信型」法学研究のトレーニングの場としての比研を構想してはどうであろうか。ただしそれをオーガナイズする者が必要であり、これは全学的観点からの措置が必要と考える。

第四に、比較法研究において重要な動く情報の収集とその発信である。現在の我が国の企業社会状況は、このようなガバナンスにかかわる動く情

報の集中的蒐集分析が急務として要請されているが、比研はこの中核にあって COE とも協働しつつ機能すべきであろう。

第五に、比較法教育に関わる点である。この構想は非常に大きなものであって、例えば我が国がアジアにおいてもっとも早期に「工業化」を経験したことから発生した社会問題を「経験化」し、「公害の先行発生事例」や工業化に伴う農地の減少等々の問題について、法学研究の実践的適用の成果のモデル化を探求、これを発信していくことである。これは、具体的には、工業化に伴う環境問題、農業の衰退問題等々のように、アジアの途上国において生じている問題の「先行的」発生事例のデータ化による提供などであるが、比較法研究所自体がこのような研究を行うのではなく、研究員やそれが指導または参画する研究組織へのリンクを手始めに、研究所における海外発信機能の強化によって、さらに拡充可能なプロジェクトになり得ると考えている。

第六に、私の言う「日本法のアイデンティティ論」が関係する。既存の研究や研究情報だけでなく法学が取り組むべきジェンダーをはじめとする「新領域」や、障害者、高齢者、等の問題やさらに法科大学院の発足に伴う法学の再構築、総じて学の創造というコンセプトで、法情報、フィールド調査、蒐集・分析、Emerging Discipline として、例えば法整備支援のために作成・蒐集された膨大な記録を一部研究者が保有しているだけでなく、これを研究者の共有の資産にし、かつ若い研究者の養成にこれを駆使するなどと言う構想である。このいわゆる Emerging Discipline の初期段階に着手していくために、比較法研究所が基盤的な情報をホームページ上で公開する意義はきわめて大きいであろう⁽¹⁷⁾。

(17) 私は日本学術会議副会長を務めたが、その関係で「アジア社会科学研究協議会連盟」(AASSREC)の会長として2007年9月27日から30日にかけて名古屋大学で第17回隔年総会「アジアにおける経済発展と環境問題—社会科学からの展望」を開催した。この総会において報告された比較法研究所所員でもある淡路剛久教授が寺西俊一教授とともに、日本における「公害問題」のアジアにおける「負の遺産化」のためのデータの共有を提言していたことなどが具体例で

第七に、このような「法整備支援」に関わっては、研究者交流が効果的

ある（『学術の動向』2008年2月号所収の私の論文を参照されたい）。なお、比較法研究所が早稲田大学のスタッフの特性を活かして比較法研究の新たな領域を開拓していくことに大いなる意義があると信じている。例えば「海法」である。地球温暖化問題がもっとも顕著に表れているのは海であり、水位の上昇のみならず海中生物の絶滅をはじめとしてみっとも緊急を要する課題であるにもかかわらず、学問の縦割り状況が顕著に現象し、法学では「海」は商法の一部にとどめられ海上運送・事故関連法律の問題にとどめられるか、国際法の一部で扱われるに過ぎない。私が箱井教授の海法シンポを比研50周年記念事業の一つとして推進いただくようお願いしたのは、「海法」が何故に比較法学の課題とされていないかに興味を持ったからでもあった。周知のように、イギリスでは、1873-5年の「最高裁判所法」によって、ばらばらであったコモンローとエクイティの裁判所は「高等法院」High Courtと「控訴院」Court of Appealによって構成される「最高裁判所」に一元化された（実際には保守党の巻き返して貴族院の上告管轄権が復活させられて「最高裁」は貴族院（その上告委員会）になってしまった）が、この高等法院に設けられた「検認・離婚・海事部」(Probate, Divorce and Admiralty Division) は、いずれも「こわれる」という性格の共通性によって偶然一つにされたものすぎないとされているが、重要なのは、ここで扱われる事件がローマ法の知識を不可欠とすることと共に、「慣習」としてコモンローと異なる淵源を持つそれが重要性を占めていたからであった。海事裁判所の起源は古く、中世に遡るが、この裁判所が扱うのはイギリス臣民またはイギリス国籍の船舶の乗組員が国籍を問わず、公海で犯した犯罪や海賊行為についてであった。しかし、16世紀にはこれらは、コモンロー裁判所に奪われ1834年には中央刑事裁判所つまりオールドベイリーに移された。海事裁判所のこうした刑事管轄権でなく民事管轄権は、海事法と商事法で行われたがこれらはいずれもコモンローでなく、オレロン海法という判例法またはLaw Merchantすなわちイタリア商人の法であった。コモンローとはその国際法化のレベルを異にしていたのである。その後においてこの商事慣習法は、18世紀後半に登場したマンスフィールド卿（首席裁判官）の時代にコモンローへの組み込みに遭遇するが、高等法院出現後も商事慣習法のコモンローへの完全吸収はなされず、「海事部」を担う専門裁判官の必要はなくならなかったのである（以上について、Hanbury, English Courts of Law, 4th ed, 1967, Oxford, 小堀憲助訳、『イギリスの裁判所』, 鳳舎）。このような経緯の故に、海事部はもっとも専門性に長けるとともに、慣習法のコモンローとの整合化、前者の国際法的な性格の正面からの肯定を前提にしつつ、イギリス法の優位を主張していく存在となるのであった。ここでは比較法は実際には行われ、あるいは機能しながら、それがイギリス法として貫徹されるという特徴が見られるのである。とすればこのような「海法におけるイギリス法」の地位を探ること

である。ことにアジアからの研究者を共通のプロジェクトの推進のために常時数名が滞在している状態を作り出すことが急務であり、そのためには少なくとも研究室などの確保が必須である。最近、事務長等の努力で9号館の部屋の確保がある程度達成されたことは重要である。また、それらの研究者の方たちによる早稲田大学の法学関係科目としての特別講義などの教育の実施を、比較法研究所が他の機関と連携して進めていく意義は大きい。

比較法研究所は、箇所間協定の第一号を締結した中国社会科学院法学研究所とは、学術資料の交換、学者の交流、若手研究者の交流促進、学術シンポジウムの共催を間断なく行ってきた。この間、中国側から8名の長期研究員、21名の短期研究員を受け入れ、その時々々のアクチュアルな課題を取り上げてすでに11回の共同シンポジウムを実施し、法学系では我が国のもっとも重要な交流機関の一つとして、中国側の評価を得、それに見合う実績を示してきているが、2009年には当研究所による共同シンポが実施されるべき時期に来ている。予算削減のなかこのような海外の機関との交流を持続してきた執行部の努力は、並大抵のものでなく、私自身も多少試みたオーストラリアのメルボルン大学、国立オーストラリア大学等との連携もまた、重視されるべきであるが、所長、副所長（幹事）のみでは支えられないことも確かである。奇しくも今年は、比較法研究所とともに中国社会科学院創立50周年を迎える。

韓国の法制研究院が熱心に取り組んでいる「アジア法情報ネットワーク」ALIN と、当研究所の協働も極めて重視されるべきであろう。

以上のように、比較法研究所がこのような我が国の法学に課された責務を意識的に遂行することは、たんに早稲田大学の利害にのみ関わるのではなく、公共的な意義を有する。そして一つの大学の一研究所がこの役割を果たしていくためには、比較法の現代的アクチュアルな諸課題についての、

は、海法を支配する比較法の方法論は何かを探ることに通じるはずであり、その意味でこれは、比較法学の重要な対象となると考えたのである。

協働の営為を引き出し、それを交流させる公共的な場を用意する必要がある。これを追求するのが比較法研究所 WEB サイト構築である。比較法研究所の国際的な連携や新たな連携システムの構築はたんにサイトをつなぐのみでなく、研究の共同を現実のものにしていくために活用されるべきであらう⁽¹⁸⁾。

いま、比較法研究所の新しい挑戦が始まったのである。

(18) 私の構想の少なくとも基盤は、批判は覚悟しつつ相当に無理を重ねて1年半余りで作ってきたつもりである。職員や助手の方々への負担が増えたことは事実であったが、私が去ることによってすべて潰えてしまうのでは、私のみでなくこの方々の努力は何であったかということになろう。だが私は、必ずやこれまで進めて来た試みが支持され継承されるであらうと、信じている。