

6 比較法学からみた日本法のアイデンティティ

滝 沢 正

- I はじめに
- II 特徴その1：法形成の転機としての外国法継受
- III 特徴その2：西欧法継受における比較法的法典編纂
- IV 特徴その3：日本語による西欧法理解
- V 特徴その4：上からの改革
- VI 特徴その5：生ける法の並存
- VII おわりに

I はじめに

早稲田大学比較法研究所より、プロジェクト「日本法の国際的文脈——アジアと西欧の視点から」の一環として話をするようにという依頼をいただき、表題のようなテーマでお話しさせていただくことになった。ところで与えられた「日本法のアイデンティティ」というのは、なかなか扱うのが難しい問題である。しかし、これをより一般的に日本法の特徴と捉えなおしてみれば、比較法学の視点からでないと把握できない部分が多いのではないと思われる。日本法が自己完結的に発達してきたのではなく、外国法の継受によって成り立っている部分が多いからであり、継受のもつ意味を考えることがどうしても必要となるからである。アイデンティティそのものを指摘することはできるかどうかは心許ないが、比較法学からみた日本法の諸特徴

を分析することにより、問題の核心に迫ることはできるのではないかと考えた。比較法の専門家が少ないこともあり、私は元来の専攻であるフランス法のほか最近では上智大学と東京大学で比較法も講義している。日頃講義の準備をしながら気がついた特徴を、以下において5点に集約してお話したい。

II 特徴その1：法形成の転機としての外国法継受

まず巨視的に日本法形成の歴史を捉えようと、古代法、中代法、近代法と分けることができると思われる。それは外国法との関係では、とりもなおさず固本法の時代、中国法継受の時代、西欧法継受の時代と特徴づけられる。わが国では二度の法形成の大きな転機があり、そのいずれにも外国法が極めて重大に係わっていることになる。

古代法を性格づける固本法の時代というのは、聖徳太子による改革、より本格的には大化の改新ののちに律令制を中国から取り入れる前の時代である。固本法の時代というように命名すると、何だか日本独自のすばらしい法がこの時期から既に形成されていたように聞こえるが、実はそのような事実は全然ない。卑弥呼による統治のようなものであり、宗教規範や習俗と十分に区別されないプリミティブな法の状況であった。すなわち、外国法の影響がみられないという観点で、固本法と性格づけられるにすぎない。そもそもこの時代の法の内容がどのようなものであったのかも、いまだわが国に文字がなかったわけであるから、日本の文献で知ることはまったくできない。前漢書、後漢書、三国史とりわけ魏史倭人伝といった中国の文献に拠りつつ推測せざるをえなかった。ここではこの時期にこれ以上立ち入ることはしない。

そこで中代法、すなわち中国法継受の時代の話に移ると、飛鳥・奈良時代に律令制を導入する。それまでの固本法があまりに粗末なものであったので、非常にりっぱなものに作り変えたわけである。しかも日本的に手直しをするなど細工も施している。先進文化を上手に取り入れる才覚は、この時代に既に発揮されていたことになる。こうした手法の詳細は西欧法継受に関し

て述べたい。ところで中国では、王朝が代わるたびに律令を制定し直すわけであるから、律令によって社会が常に実効的に規律される。これに対してわが国では、その後政治の実質的支配者は貴族とか武士に変わるにもかかわらず、律令制を設けた天皇制も存続する。律令は廃止されることなく、その適用範囲を事実上狭くしてゆき、ついには公家の間でのみ適用されるにとどまる。律令制が完全には消滅しなかった事実を象徴するのは、明治維新により王政復古となると、太政官制や律が再び息を吹き返したことである。中国伝来の法制度が1000年以上存続してきたことを自覚させる出来事である。また全面的には実効性のない法の存在を容認する、すなわち法の形式と実質が乖離するのも、のちにもみられる日本の特徴であろう。中代では上世の律令に代わって中世に至ると荘園（本所）法、寺社法、武家法が生成していく。これらの法には内容的にわが国に固有な要素が少なくないのであるが、外国法との関係という面では中国法以外を知らなかったわけであるから、明治期に至るまで中国法継受の時代として括ることができる。近世に支配的であった武家法も、広くは律令から派生した法ということができ、統治のための行政法と刑事法を中核とする規律という基本構造は受け継いでいる。

近代法をなす西欧法継受の時代は、皆様よくご存知の、明治政府が不平等条約の改定を目指して、近代的な法治国家体制を整える作業に始まる。大化の改新の時もそうであったが、日本は外圧があると本格的に動く。となりに出現した大国である隋や唐に対抗するために律令制を学ぶわけであるが、黒船に象徴される西欧列強に対抗するために今度は西欧法を学んでいく。そして律令を導入する際に固有法は何の役にも立たなかったが、西欧法を導入する際にも幕藩法の知識は何の役にも立たなかった。まさに根本的な法変動が、まったく新たな法を自主的に継受することによって成し遂げられたのである。

このような基本的性格を押さえつつ、以下においては、西欧法継受を中心にして網羅的とはいえないが今日の日本法につきアイデンティティを探る手掛りとなるような、いくつかの特徴を指摘してみる作業を試みたい。その際に、それ以前にみられた中国法継受のあり方も、必要に応じて盛り込むこと

にしたい。それにしても日本法のアイデンティティを探る第一歩が、その存在を否定することに繋がりがかねない、まったく異質の外国法を積極的に取り込む態度であるというのは示唆的である。

III 特徴その2：西欧法継受における比較法的法典編纂

西欧法の継受は各分野で行われたが、以下においてはとくに断らない限り民法を中心とする私法を念頭において話をすることを予め了解願いたい。わが国は法の近代化にあたって西欧法をモデルとしたわけであるけれども、法典編纂が最終的になしとげられた状況を見るならば、ドイツ法を中心としつつも、フランス法の要素も多く取り込んでいる。両国にとどまらずそれ以外の国々の法も参照した形跡があり、さらにはわが国独自の配慮も盛り込まれている。植民地となった国においては、宗主国の法を全面的に継受することが通例であるが、そうでなくとも特定の国をモデルとすることが多い。その点でわが国の手法は、各国の良いところ取り、折衷的摂取であり高度な技術といえよう。もちろん、これに由来する矛盾も散見されるところではある。

しかし、わが国が当初からそのような継受を意図していたというわけでは必ずしもなく、実は偶然によるところが大きかった。すなわち、列強のなかからフランスを選んだという点では比較法の考慮が働いていたとはいえようが、初期にはもっぱらフランス法をモデルとしていた。司法卿の江藤新平が箕作麟祥に命じた六法の翻訳作業は、「日本と欧州各国とは各その風俗習慣を異にすといえども、民法無かるべからざるは即ち一なり。宜しく仏国の民法に基づきて日本の民法を制定せざるべからず。」「誤訳もまた妨げず、ただ速訳せよ。」「それからフランス民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい。そうして直ちにこれを頒布しよう。」というものである。敷写法典といわれ、いくら急いでいるとはいえあまりに安直である。次の司法卿である大木喬任がブスケ等に行かせた民法典編纂もフランス民法典の焼き直しであり、模倣法典の域を出ていない。その後ボワソナードによるフランス流の刑法典、治罪法典の編纂があり、さらに同氏による民法典の草案の起草があ

る。穂積陳重によれば、ボワソナード民法に至ってようやく参酌法典と性格づけられ、比較法的配慮が十分見受けられるとする。他方法曹教育も当初はフランス直輸入であって、司法省明法寮においてはフランスからのお雇い外国人法律家であるブスケ、ボワソナード、アペールなどがフランス語でフランス法を内容とする講義をしていた。

こうしたフランス法一辺倒の方向に重大な変化がみられたのは、フランス流に起草された旧民法、いわゆるボワソナード民法の施行延期をめぐる民法典論争が契機となっている。民法典論争には、純粹に比較法的観点からフランス法よりもドイツ法の理論的水準が高いことを主張する、富井政章のような学者もいなかったわけではなかった。しかし中心は別のところにあったように思われる。そうした偶然的要素として3点を指摘したい。その第一は、「民法出でて忠孝亡ぶ」といった、わが国の淳風美俗への影響を指摘する排外主義的な動きである。憲法学者の穂積八束が代表的論者である。実は家族法の部分は日本人が起草に当たっており、その主張は根拠に乏しかったとはいえ、人々に訴えるところは強かった。その第二は、司法省明法寮のほか明治大学、法政大学、専修大学、関西大学といったフランス法学派と並んで、当時の法学教育を二分してきたイギリス法学派の反撃である。東京大学のほか中央大学、早稲田大学、日本大学などがこれに属する。フランス法学派は断行派であるのに対してイギリス法学派は延期派であり、学閥争いが実態であった。その第三は、ヨーロッパにおける政治状況の変化である。すなわち、普仏戦争の結果フランスは帝政から共和政に転じたのに対して、ドイツはプロイセンによって統一され帝政となった。薩長藩閥によるわが国の政治的支配構造が確立し、天皇中心の明治憲法を制定する状況となったのに伴い、政治的にモデルとする国に変更が生じた。伊藤博文が民主主義が定着したイギリスやフランスではなくプロイセンに留学し、その憲法制度を学んだことは、この変化を象徴する。

以上述べた偶然的要素は、フランス法からドイツ法に軸足を移動し、比較法的立法を行う契機とはなったが、そうした折衷的立法作業を可能にする土台がわが国にはあったことを指摘する必要がある。まず江戸時代末の蘭学

の発展は、オランダのみならず西欧に対するかなり正確な知識の集積をもたらした。明治維新の後にも、立法的継受はフランスを中心として意図されたけれども、イギリス法の研究と教育もこれと並んで盛んであったし、新興国であるドイツ法も早くから注目され、また研究もされていた。お雇い外国人法律家も、フランスのみならずイギリスやドイツからも多く、また留学先も同様に多様であった。

他方、ボワソナードの立法作業が比較法的であったことも影響している。ボワソナードはパリ大学で比較法も講義しており、旧民法を起草するにあたっては、フランス民法典を基本としつつも、その後のフランスにおける運用、ベルギー法、イタリア法、ドイツのBGB草案なども参照し、さらに日本の事情を考慮しまた自己の考え方も盛り込むなど、比較法的知見を総動員している。参酌民法の第一歩ということができ、その内容が日本人起草者の参考に供されたことのほか、その立法作業における比較法的手法もモデルとなったといえよう。

かくして特徴の第二も、通常は一貫性を前提としているアイデンティティの観念に反するような採長補短主義、良いところ取りのつまみ食いである。しかもその対応がすばやいことも特筆すべきであろう。BGBは長年にわたるドイツのパンデクテン学の集成であって、卓越した内容をもつ。ドイツはこれを1896年によりやく完成させ、満を持して1900年に施行した。これに対してわが国は、BGBの草案やヴィントシャイトの学説を勉強し、1896年（前3編）と1898年（後2編）に民法典を完成させ、母法よりも早い1898年に施行するという離れ業を演じた。しかもフランス法の要素もかなり残しており、八方美人で目端が利くやり方である。また第二次大戦後はアメリカ法が大量に入ってくるが、その場合にも決してアメリカ法一辺倒ではなく、大陸法的伝統も多く残している。そこでも比較法的継受の手法が生きているとみうる。各省庁や法制局が立法にあたって外国法を入念に参照する伝統も、法学部が外国法教育を重視するカリキュラムを組んでいることも、比較法学会や各大学の比較法研究所が盛んな活動をしていることも、同じところから出発している。よくEUは比較法の壮大な実験場であるということが言われ

る。フランス法とドイツ法との融合があり、ECの拡大以後は大陸法と英米法との融合があるからである。しかしわが国は、レベルは異なるとはいえそのような融合を西欧法継受においてつとに実現してきたともいえるのである。

IV 特徴その3：日本語による西欧法理解

日本の法典を作るのであるから、母語である日本語で法典編纂することは、当たり前のことではないかと考えられよう。しかし、当時の状況を考慮すると、必ずしもそうとばかりは言い切れない。たとえば植民地の国々が法典編纂を行う際には、宗主国の言語でこれを行うことが少なくなかった。それにはまず政治的配慮が係わっている。植民地国の多くは多民族、多言語によって構成されており、自国語で起草しようとする、いったいどの言語にするかで問題が生ずる。特定の有力部族の言語で立法すると、他部族との間でいらい摩擦が生じる。また他部族の者は、自らの言語でなければその内容を理解することができない。これに対して、宗主国の言語であれば、どの部族であろうが少なくともエリート層、指導者達にとっては、理解可能な共通語である。

こうした事情もさることながら、自国語で法典を編纂するということは、実は知的に極めて高度な作業であり、どの国でも可能というわけではないということが一層重要である。西欧法を継受するのであるならば西欧の法観念を理解しなければ法典編纂することが不可能であるし、またその法観念を示す法律用語に対応する言葉が自国語になれば表現できない。法典の翻訳などは単純な言葉の置き換えで大部分ができるのではないかと考えられるが、およそ共通する観念の存在を前提としてはじめて翻訳は可能となる。太陽とか月、暑いとか寒いといったどこにでもある自然現象や人間感情であれば対応する観念が存在している。しかし、異なる社会構造をもっていれば、それを表現する言葉もないのがむしろ通常である。

わが国では、先人の大変な努力により植民地化を免れたため、宗主国の言

語を強制されるといった制約はなかった。また母語が日本語であって全国共通に通用するため、多言語国家におけるような日本語のみによる法典編纂に対する反対論もなかった。しかし、西欧の法観念にまったく慣れ親しんだことがないという制約は、やはり大きいものがあつた。その点で箕作麟祥によるフランス六法の翻訳作業というのは、西欧の法観念を理解しまたそれに対応する訳語を案出する上で画期的な業績であつた。箕作の偉いところは、何よりもまずフランス語を理解しえたことである。江戸時代において西欧との窓口になつたのはオランダであり、蕃書調所（のちの洋学所）において蘭学が行われていた。したがって、当時オランダ語を解する者は少なくなつた。しかし開明的学者は、ヨーロッパにおける大国が既に英仏に移っていることを知り、オランダ語のほかに英語、フランス語を学ぶことの必要性を自覚し、自主的に勉強する者がいた。フランス語につき、佐久間象山、村上英俊らがいる。明治維新ののち英和辞典も仏和辞典もなくとも、政治思想や社会思想に関する英仏文献のすぐれた翻訳がすぐに現れたが、このような基盤があつたのである。さらに、西欧の社会や文化を理解していることが、法典の内容を把握するために不可欠であつた。その点で江戸時代のわが国の法を担ってきた者、すなわち奉行のような純粹国内派よりも、法そのものは扱つたことがなくとも、西欧社会を理解できる者、洋学所の教授のような者が翻訳に適していた。

このようにフランス語を理解できて、西欧の法内容をおぼろげながらも把握しえたとしても、これを表現する日本語が存在しなければ、翻訳不可能である。ところがわが国では、droit に対応する権利といったもっとも基本的な言葉すら存在していなかつたのである。外来語に対応する方法としては、一番根本的な手法として、英語とかフランス語とかをわが国の公用語としてしまうものがある。明治の初年にこうした議論が現実になされている。最近でもわが国において英語第二公用語論が主張された。ここではそうした議論に立ち入ることなく、日本語を公用語すなわち國語とすることを前提として、法律用語をどう表現するかという問題のみを扱う。

法律用語の表現方法については、大きく二つの流れが認められる。一つは

表音主義であり、一つは表意主義である。表音主義はさらに二つに細分され、一方では発音を日本語で忠実に再現する方法があり、他方ではそれでは長くなりすぎる場合がある（たとえば一般債権者はクレアンシエ・キログラフェール、双務契約はコントラ・シナラグマティクとなる）ので、複数の音を一語で示す漢字を造語して表現する方法がある。発音を忠実にという場合にも、これをカタカナで表記する方法と漢字で表記する方法とが区別される。実際に提案された例を示すとわかりやすいであろう。Acte: アクト、亜克土；弼 action: アクシオン、亜克孫；溫 造語漢字における「口かんむり」はア音で始まる単語を示し、下の部分でこれに続く部分の中心的発音を表示しており、工夫の跡がみえる。こうした表音主義では、言葉の意味内容は説明されなければまったく予想がつかない。これに対して、表意主義によれば言わんとするところを相当正確に示すことができる。その点で、わが国はひらがなで表記されるやまとことばのほか、漢字という表記手法をもっていたので、漢字の組み合わせによってかなり自由に新しい観念を造語することが可能であった。一例として *droit* という言葉はウィリアム・マーチンの『万国公法』を中国で翻訳する際に既に権理という言葉が当てられていたのでこれを利用することとし、のちに今日の権利と表現されるようになった。

ただし、表意主義という方法を採用すると、同じ言葉であっても異なる意味で用いるときは、場合に応じて訳し分ける必要があるという事態が生じる。たとえば *droit* ——イタリア語の *diritto* やスペイン語の *derecho* さらにドイツ語の *Recht* も同様である——は、権利であると同時に法である。権利と法は大陸法の国々では実体的にもさることながら、言葉の上でも切り離しがたく関連しており、とくに区別して表現する場合には主観的 *droit* (=権利) や客観的 *droit* (=法) と言ったりする。これに対してわが国では、法は伝統的に人民を統治する手段として使われてきており、権利は明治以降に新たに造語され自由民権論者が権力に対抗する手段として利用した。同一の基礎を持つ言葉が、完全に分離して理解されてしまったことになる。さらに *justice* ——英語の *justice* も同様である——は、西欧においては裁判をも正義をも示す観念である。テミスの神は右手に剣をもって裁判による強制を

示すが、左手には秤をもって公平と正義を示している。このように裁判官は人民の心強い守護者である。これに対してわが国では、裁判はお上による秩序維持のための装置という面が強く、裁判というと刑事裁判を中心にどうしても考えてしまう。悪いことをすると閻魔さまに裁かれ、舌を抜かれてしまうとか地獄に落とされてしまうというのも、刑事裁判を念頭に置いている。裁判は民事裁判において重要とされる公平や正義と必ずしも結びついて理解されていないのである。こうしてわが国では国民は一般に裁判を忌避する傾向が強くなる。さらにもうひとつ例をあげるならば、acte というのは法律行為とかいう場合の行為であるが、同時に行為の結果である証書をも示す。ドイツ語の Akt もこれと類似する。なお英語の act はフランス語とは異なり、行為のほか法律という意味をもち別のかたちで多義的である。これに対してわが国では、法律行為を証拠として残すために必ず証書を作成するという習慣が乏しいこともあって、まったく関連性のない別の言葉をあてることにした。意思主義の発現形態である近代の諾成主義は、西欧では形式主義を克服して認められたものであり、現実には依然として証書の重要性は極めて高い。これに対してわが国では、証書は必ずしも必要ではなく単に口約束でも有効となることを、形式主義の伝統がないこともあって諾成主義の近代性の名のもとに正当化してしまったという面がつよい。

同じ言葉の場合によって訳し分けるという手法は、状況に応じた訳語の当てはめであり日本的な知的作業の代表例である。例として適当でないかもしれないが英語の入試問題としてもよく出題される。しかし、少なくとも訳語のみを手掛りとする者にとっては、原語のもつ意味の一体的理解を妨げている面がある。表意主義の採用が西欧法を早急に理解し、取り入れることを可能としたプラス面があると同時に、私法を中心として個人主義に立脚する権利の体系であること、裁判による救済を中核とする法であること、法律行為の存在形式が重視されてきたことなど西欧法の本質的部分を広く理解させることを困難にしたマイナス面もあったといえよう。

V 特徴その4：上からの改革

法典編纂は、外国法を参照し、比較法的継受の手法により、さらにテクニカルタームを含めて全面的に日本語により作り上げるというかたちでなしとげられた。しかし、国民がそうした法典が完成するのを望んでいたかというとは必ずしもそうではなく、政府が不平等条約を改正するために、形式的ではあれ近代的六法を整備しなければいけないと考えたことにもっぱら原動力があった。過去において律令を整備したのも、武家法を整備したのも、今日的表現でいう公法中心の立法であって、統治の便宜が優先していた。近代的法典編纂にあたっては、民法典など私法分野を含めて、さらに言うならばむしろ私法分野を中心として法典の整備が行われた。しかし、法典編纂を主導したのは常に維新政府であった。西欧諸国で法典編纂といえば民法典なくしてはありえないわけであって、法治国としての体裁を整えるにあたって形式面ではこれに倣わざるをえなかっただけである。

したがって、国民を本当に権利意識に目覚めさせて、法典を十分に利用させるということまでは考えていない。それどころか、自由民権運動をさらに勢いづかせるそのような事態を恐れていたふしもある。droit civil は今日では民法と訳すべき言葉であるがこれを民権と訳したところ、民に権利があるというのは何事であるかという抗議がなされ、弁明に大わらわとなったというエピソードもある。封建的な恩や義理に基づく規範に慣れ親しんだ者からみると、社会的に従うべき者に権利といった他人に要求できる地位を認めることは許しがたかったのである。また民法が認める実体的権利を本当に実現するために裁判所を身近なものにするとか、そこでの手続きを国民に開かれたものにする努力は少ない。訴訟依頼人を助ける弁護士も数が極めて限られており、法典編纂にもかかわらず法は依然として国民から遠い存在であった。

近時における司法制度改革、法化社会の実現という動きは、以上のような上からの改革の欠点を糺し、戦後改革でも十分に行き届かなかった国民のた

めの司法を目指すものである。それが必要とされる遠因は、律令制以来のわが国における公法中心の法体系、統治技術としての法伝統にあらう。したがって、これまで民法典の編纂など私法を中心に検討してきたけれども、近代的法整備にあたっては統治のための公法制度の確立も決して怠っていたわけではなかった。天皇中心の統治機構を定める明治憲法の制定があり、中央集権的な行政組織の実施などが同時並行的にみられた。

西欧では法の中核に私法があり、法は私法を中心に発達してきた。私法は社会関係を規律するため、時代や地域による差異は少なく、いわば自然的秩序の一部としてローマ法以来の伝統を有する。これに対して公法は国家のあり方を規律するため、時と場所に依じて多様な形態が可能であり、また近代公法は立憲主義、法治行政主義が確立したのちの成果であるから、比較的新しい法分野といえる。こうした性格の違いから西欧における公法に対する私法の優位は歴然としている。これに対してわが国では、六法の配列、カリキュラムの順序、法律学全集の並び順のいずれをみても、公法が先をゆずる気配はみえない。法は政治社会に関することがらを優先的に規律するのであって、市民社会に関する事項は二の次に考えられているわけである。上からの改革を支える律令制以来の伝統は健在である。

VI 特徴その5：生ける法の並存

為政者が不平等条約の改正に熱心であり、法典編纂を急いだのに対して、国民の大多数は無関心であった。法治主義が貫徹している国であれば、法典編纂がなされれば国民生活に多大な影響が及ぶはずであるから、本来当然に関心をもってしかるべきである。しかし、西欧的な法化社会を経験していなかったため、国民は自己の将来が係わっているという意識をほとんどたず、そのため内容に注文をつける動きもない。こうした法典国家の体裁を是が非でも整えるという政府の姿勢が一方であり、内容に関する国民の要求という「雑音」に惑わされる心配がなかったという事情が他方であったことが、わが国において比較法的配慮を含む立派な法典をもたらした背景であ

り、ゼロから出発して早急に法典編纂を完成させる原動力となったわけであるから、皮肉である。

わが国における近代的法典編纂は、こうして国民の意識からして行為規範としてただちに定着するには程遠い状況で出発した。ただし、単につくり放しでいわば神棚にたてまつって、まったく社会から無視されていたということではなく、その後これを具体化し、実定化する努力を少なくとも法律家たちは相当に払ってきたことは注意してよい。すなわち、立法継受に続いて、まず学説継受を熱心に行っている。もっとも、それが当初はドイツ法一辺倒という傾向がなきにしもあらずという問題はあった。フランス法起源の規定であることが無視された解釈が行われたり、また日本の判例・学説が未発達ということもあって、ドイツの学説がなんらの媒介項なしに日本の学説と並列されることが見受けられた。しかし、外国の学説を英独仏にわたってこれほど熱心に研究した国はまれであろう。同様に裁判所も、学説継受の成果もうけて、係属する事件に理論的筋道がついた、かつ具体的妥当性にも配慮した判決を下し、大審院判例を確立していった。その点で裁判実務も立法の実質化に向けてわが国での達成度は低くない。

かくして日本の概説書をみれば、日本法は表面的には西欧型の立法、学説、判例とりっぱにそろっていて、一見したところ西欧法と少しも異ならないようにみえる。立法者のみならず学者や裁判官といった法律家が、広い意味での上からの改革に協力した図式がそこに浮かび上がってくる。しかし、我々の誰一人として、日本が西欧諸国と同じように法運用をなしているとは思っていない。我々が法律家に紛争解決を依頼することは少なく、裁判に訴えることは一層稀であり、また裁判外の解決に依拠する場合には、その解決の多くは制定法規が予定するものや学説・判例が述べている内容とは相当に異なる。それにもかかわらず、こうした事実は、法社会学の書物を除けば、実定法のテキストにはまったく指摘されず、法の建前の部分のみが、記載されてきた。現実にはどうかといえば、当事者は、法を適用して黑白をはっきりつけるのではなく、妥協的解決を求めることが多い。弁護士も訴訟ではなく和解に持ち込むことを好む。裁判官ですら直ちに判決を書くことは少な

く、ほとんど常に和解を試みる。法に基づき裁判による紛争解決が、国民の社会生活まで十分には浸透しておらず、さらにそのことを法律家も国民自身もさほど気に病んでいなかった。私なども、法学部で法現実と遊離しあまり実社会でそのまま機能していない法規そのものの解説をしつつ、まあ法学教育とはそのようなものかと思ひあまり気にしなかった典型的日本人である。これに対して、近時司法制度改革を推進しておられる方々は、こうした事態を大変憂慮しておられるようで、国民に身近な法、法化社会の実現という、生ける法レベルでの西欧化の完成を急いでおられ、国民もこの方向におおむね理解を示している。このことは、生ける法を考えれば現在でも西欧法と相違があり、またそうしたことが一般に認識されていることを示している。最後に述べる日本法の法系分類に係わってくる論点である。

VII おわりに

日本法のアイデンティティについて考える手掛りとして、比較法的にみた特徴を5点にわたって指摘してきた。最後に、アイデンティティを探るもっともポピュラーな議論である日本法の独自性を外国法との対比で考える視点、言い換えれば法系論上の位置づけに言及しておきたい。

現在の日本法をこうした観点から性格づけるにあたって、「日本法は、西欧化した法であるが、西欧法そのものとはいえない」とよく言われる。制定法レベルで対照させれば西欧法と異なるところはほとんどないけれども、生ける法のレベルで比較すれば相当に異なるわけである。法系論に即していえば、前者の側面を強調すれば大木教授のように日本法を西欧法に分類する立場となり、後者の側面を強調すれば木下教授のようにこれを極東法に分類する立場となる。法系分類の基準に関する重点の置き方の相違ということで、いずれの考え方も可能であろう。真理は半ばにあるというのが、私の実感である。ただグローバル化が進み法の統一への動きが盛んである今日、制定法に過度に拘泥すれば各国法の相違はほとんどみえてこない。困難ではあるが、制定法を取り巻く環境、法運用の実態に立ち入って相違を検討すること

こそ比較法的に意味があるとはいえよう。

これとの関連で、アイデンティティを実定法にではなく法意識に求めることも考えられる。日本人の法嫌い、裁判嫌いといったものが歴史的、文化的背景からわが国で一貫して流れているという見方である。古くは川島教授の日本人の法意識に関するその特殊性を指摘する研究があり、さらにその背景に関する野田教授の民俗学的、国民性格学的説明も展開された。もっとも他方では、これを批判し、時の権力者の政策といった外在的要因を重視する立場も大木教授などにより主張された。ここではこうした議論に深入りしないが、固有法の時代と中国法継受の時代がわが国において1000年を超える長きにわたって支配してきたことの意味は重く考えるべきであり、西欧とは異なる日本人の法に対する意識を深いところで形成してきたことは否定できない。

比較法的視点からの私見による日本法のアイデンティティの所在は、法の内容でも法観念でもなく、外国法への対応におけるその手法の一貫性に求めたい。様々な国から時々の時代の要請に応じて、もっとも良いと思われるものをしかもすべてではなく必要とされる範囲で日本語により取り入れてきた。和して同ぜずという対応なので、それまでの法伝統と重畳的となり、改革の中にも常に継続の要素が認められる。もっともその継続の要素というのが時宜による取捨選択の結果であって必ずしも固定的ではない点に、日本法のアイデンティティを内容的に確定することの困難さがあるとみた。言い換えれば、実体法的に日本法固有の内容を挙示することを可能としない柔軟な適応を繰り返してきた。こうした実利的採長補短主義、外国法の日本的変形を伴う摂取のあり方に、日本法の本質が認められるのではないかと考える。