

序説——日本法の中の外国法

田 口 守 一

- I はじめに
- II 日本法の中の外国法
- III 比較法学の連続性
- IV 外国法の継受と日本法の形成
- V 日本法の発信
- VI むすび—比較法の課題—

I はじめに

比較法研究所の2011年—2012年連続講演会企画として「日本法の中の外国法」という共通テーマの下で、憲法、民法財産法、民法家族法、刑法、商法、民事訴訟法および刑事訴訟法の7つの法分野につき連続講演会を開催した。その講演内容を原稿化していただいて本叢書の上梓が可能となった。「日本法の中の外国法」という共通テーマを掲げた趣旨は以下に述べる通りであるが、各論者は、いずれも、それぞれの専門領域において学問的に極めて刺激的な問題提起を含むレベルの高い論文を寄せて下さった。共通課題に真摯に取り組んで下さり、力のこもった講演と原稿を寄せて下さった先生方および講演に対して貴重なコメントを加えて下さった先生方に厚く御礼を申し上げる。

Ⅱ 日本法の中の外国法

1 日本法への2つのアプローチ

日本法は「混合法 (mixed law)」と言われる。それは、日本法は、日本の固有法と継受した外国法とが混合して形成されているという意味であろう。このような日本法についての比較法的な考察として2つのアプローチがある。1つは、固有法としての日本法の探求であり、他は、日本法となった外国法の探求である。

後者の「日本法となった外国法」を考察するためのアプローチとして、さらに、2つのアプローチを区別することができよう。第1は、外国法の「日本化 (Japanisierung)」⁽¹⁾の内実を析出するアプローチである。外国法継受の過程で、外国法のどの部分がどのように修正されたかである。ある外国法が全体として無修正で継受されることは、少なくとも基本的法典についてはほとんど無かったといえよう。さらには、外国法の条文の「文言」が継受されたとしても、その実質的意味内容に変更が加わることもある⁽²⁾。つまりこれは立法過程の研究と言ってよい。この問題は、外国法の継受に関する基本的研究課題であり、今後もさらに研究が進められる必要がある。

これに対して、第2は、継受された外国法の日本の土壌への定着の過程をいわば時の経過という時間軸の中で考察するアプローチである。その考察対象は、あるいは継受された法の実務上の適用過程であったり、あるいは継受法に関する判例の変遷であったり、また継受された法に関する学説の変遷であったり、さらには法社会学的な日本社会への継受法の定着過程であったりするであろう。

本連続講演会「日本法の中の外国法」の問題設定は、この「日本法となった外国法」に関する考察を行ってみようというものである。前者の法の継受に関する研究については、それぞれの法分野で研究の積み重ねがあるが、さらに新たな切り口からの研究も期待されるところである。これに対して、や

や新しい問題提起を含むのが、後者の「継受された外国法の日本の土壌への定着の過程」に関する研究である。「外国法の継受—その後」という問題といってもよい。継受法はその後の歴史の中でどのように変容していったか。「日本法となった外国法」は、もはや「日本法」なのか、それともやはり「外国法」なのか。ここでは「日本法とは何か」という比較法の原点を考えさせられる。

2 基本法の比較法的考察

「日本法の中の外国法」連続講演会では、いわゆる基本六法といわれる実定法すなわち憲法、民法財産法、民法家族法、刑法、商法、民事訴訟法および刑事訴訟法を検討対象とした。それは、日本法としてすでに定着している外国法を考察の対象とするという視点からすると、日本法として比較的歴史の古い基本六法がまず検討の対象とするにふさわしいと考えたからである。これに対して、新しい法律で、すでに国際化・グローバル化が進んだ時代に立法されたものは、日本法と外国法（あるいは国際基準）との関係が比較的明らかであり、またすでに議論の対象となってきたように思われる。グローバル化時代に立法された「日本法」は立法時点ですでに「外国法」を前提とするので、日本法と外国法の厳密な区別も初めから存在しない。このような新しい法分野における「日本法の中の外国法」という問題も検討に値すると思うが、それは将来の課題である。

III 比較法学の連続性

1 早稲田大学比較法研究所叢書

日本法への比較法的アプローチに2つの方法があり、固有法としての日本法の探求と日本法となった外国法の探求があると述べた。早稲田大学比較法研究所でも、これまでさまざまな角度から日本法の研究が進められてきた。その成果は『早稲田大学比較法研究所叢書』として結実している。列挙する

と以下の通りである。

- ① 『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所叢書30号, 2003年)
- ② 『日本法の国際的文脈—西欧・アジアとの連鎖—』(早稲田大学比較法研究所叢書32号, 2005年)
- ③ 『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—』(早稲田大学比較法研究所叢書33号, 2006年)
- ④ 『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—』(早稲田大学比較法研究所叢書34号, 2008年)
- ⑤ 『比較法と法律学—新世紀を展望して—』(早稲田大学比較法研究所叢書37号, 2010年)

今回の連続講演会「日本法の中の外国法」も、これまでと同じく日本法の比較法的研究ではあるが、これまでの研究との違いを強いて挙げるとすれば、以下の2点といえよう。第1は、上述のように、日本法となった外国法という切り口からの日本法の比較法的検討を試みたこと、そして、第2は、その検討素材として基本六法という実定法を取り上げたことである。あるいは、比較法研究ではあるが、いわゆる比較法学の専門家というより純粋の実定法研究者が比較法的検討を行っている点も違いといえるかもしれない。いずれにせよ、日本で、現に施行されている基本的実定法を検討素材として、日本法の比較法的検討を進めた。以上の点で、本叢書は、日本法の比較法的研究という点ではこれまでの比較法研究所叢書の問題意識を引き継ぎながらも、新たなアプローチを試みるものである。

2 2つの前提

ところで、「日本法の中の外国法」という問題設定は、私見によれば、2つのことを前提としている。1つは、そもそも「日本法と外国法」という二分法は、これからの比較法の道具概念としては必ずしも適当ではなく、とりわけ基本的な法分野においては、「日本法」という観念自体がすでに「外国法的要素」を含んで成立していると理解すべきではないかということであ

る。近代における西洋法の継受の場面だけでなく、日本の歴史は、そもそも古くから外国法摂取の歴史であったといえよう。そのような歴史的経緯も踏まえると、いわゆる「日本法」においては、「固有法的日本法の要素」と「外国法的日本法の要素」がすでに不可分のその構成要素となっているのではないか。これが本問題設定の第1の前提である。

さらに、日本法は、内在的に「グローバルな要素」を帯有していると理解すべきではないかというのが第2の前提である。日本法が外国法の摂取の歴史から成り立っているとすると、日本法の「混合法」的性格は実は日本法の本質そのものなのではないか。いわゆる日本法は、様々な外国法を摂取し、それをそれまでの日本法と混合させ、あるいは統合させ、不断に新たな日本法を形成させてきたように思われる。そうであれば、そのような混合あるいは統合機能の点において、日本法は閉鎖的ではなく開放的である。あるいは、自己完結的・固定的ではなく、他者受容的・発展的と言ってもよい。このような日本法は、したがって、もともとグローバルな性質を持っており、その点に日本法の注目すべき特質があるのではなかろうか⁽³⁾。

もっとも、このような前提問題に深入りすることは、ここでの課題ではない。「日本法の中の外国法」という問題設定の背後にある日本法への理解の一端を明らかにしたにすぎない。これらの前提の検証それ自体は、筆者の今後の課題である。

IV 外国法の継受と日本法の形成

1 外国法の継受

外国法の継受は、明治時代以降、例えば刑事法分野においても、刑法および刑事訴訟法の継受がなされてきた。詳細は、本書の井田論文および川出論文にゆずるが、ここでも、外国法の継受時点において、外国法がそっくり日本に移植されたというより、一定の日本的修正を加えた刑法あるいは刑事訴訟法の継受がなされている。例えば、明治13年の治罪法はフランス法を継

受したものであるが、そこではフランスの陪審制度の継受はなされていない。また、大正11年の刑事訴訟法はドイツ法を継受したものであるが、ドイツ法の核心的制度ともいえるべき起訴法定主義は採用されず、かえって日本的な起訴便宜主義が採用されている。このような、法の継受における日本的な取捨選択がいかなる基準でなされたかは、大きな比較法的研究課題といえよう。

大久保泰甫教授は、ボアソナードの立法活動について、ボアソナードが「自然法」を前提とし、したがって「理性は全ての人間を支配する」がゆえに日本にも妥当すると考えていたことを指摘されている⁽⁴⁾。そこには、日本における外国法継受の基本的な考え方が示唆されているように思われる。それは、例えばフランス法の特殊性あるいは固有性（例えば、ヨーロッパで一番の強国の法である）からフランス法の継受がなされたのではなく、その法制度の「普遍性」のゆえに法の継受が受け入れられたということである。言い換えれば、たとえフランス法の制度であっても「普遍的」でないものは導入しないということになる。上述した陪審制度を採用しなかったのも、そのような理由からであったと見ることもできよう。大久保教授は、明治の外国法継受が成功した理由は、例えば日本の「家」制度のような「土着的伝統」と西洋法の「普遍主義的伝統」がシンクロナイズしたところにあるとされたが、重要なことは、西洋法が「普遍的」と考えられたからこそ継受がなされたという点にあらう。日本が近代国家としての法制度を整備するためには、普遍的な法制度の継受が不可欠と考えられたのである。したがって、それは、「外国法の継受」というより、より正確に表現すれば、「(外国法に見られる) 普遍的法の継受」であったということができよう。明治期における立法者が「西洋法の普遍性」をどのように理解していたかは、興味ある研究課題である。

2 日本法の形成

外国法の継受により順次新たな日本法が制定され、実施されることになった。当然のこととして、継受された外国法も、時間の経過とともに次第に

「日本法」として定着していった。こうして「日本法となった外国法」が、その後の時の経過の中でどのように変遷していったかも、「外国法の継受—その後」の問題意識からは検討に値する問題である。

例えば、戦後に制定された刑事訴訟法では、証人尋問の方法として、英米法の交互尋問制度は時期尚早として法律で制定することは見送られ、法律上は、まず裁判官が尋問し、ついで検察官、被告人または弁護人が尋問することができることとなった（刑訴法304条1項、2項）。これが今でも現行法である。これは大陸法のいわゆる職権尋問制にほかならない。立法当初は、いわゆる交互尋問制度は刑事訴訟法規則に定めるにとどめられたのである（刑訴法規則199条の2）。ところが、新刑事訴訟法の施行直後から、実務では、法律の規定する証人尋問の順序を変更して（刑訴法304条3項）、当事者がまず証人尋問を行うという刑訴法規則の交互尋問制度が実行された。すなわち、新刑事訴訟法の施行当初は、日本の公判手続に当事者主義が定着するのは当分先のことと考えられたところ、実際に新法を施行してみると、予想外に当事者主義公判手続が迅速に実行に移されたのである。法律ではなく規則の片隅に置かれた英米法の交互尋問制が、法律を押しつけて公判実務の中心に出てきた。なぜ、そのようなことが可能であったかは検討に値する問題である。ここでは深入りはできないが、そこには、英米法の当事者主義という考え方を受け入れようという戦後の時代精神があったように思われる。

以上は、制定法規が運用上において、日本の土壌の中で変遷していくプロセスの一例である。これに対して、先にも触れた日本の訴因制度は、英米法の訴因制度を採用しつつ、訴因変更制度という英米法にはない制度と組み合わせで制定された。英米法の継受の段階ですでに一定の修正が加えられた事例であるが、そのような修正された訴因制度の日本の土壌への定着過程も研究に値する。外国法が修正されつつ日本に継受されて新たな日本法を形成していくプロセスである。

さらに、裁判員制度の創設も、この関係で興味ある問題である。もともと大正12年（1923年）の陪審法は、明治憲法の「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ワル、コトナシ」（24条）との規定との関係で、

陪審の更新を認めるという英米法の陪審制度とは似て非なる制度であった。この点、日本国憲法では「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない。」(32条)と規定され、憲法と同時に施行された裁判所法も「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない。」(3条3項)と規定して、新たな陪審制度の制定の可能性を示唆していた。ところが、戦後のGHQと日本側との刑事訴訟法改正作業の中でも陪審制度が復活することはなかった。それから60年を経た後、2001年の『司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—』(司法制度改革審議会)は、英米法の陪審制度とも大陸法の参審制度とも異なる、いわば両者を統合した日本独自の「裁判員制度」の創設を提言し、2004年に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」として成立するに至った。陪審制度も参審制度もそのままの形では継受されなかったが、これらの法制度の精神を受け継ぎつつ新たな法制度を創設したものといえよう。ここには、これからの外国法との関係における日本法の新たなあり方が示唆されているように思われる。

ともあれ、継受された外国法が、日本の土壌の中で変遷していくプロセスにせよ、あるいは、現に法の継受という形はとらなくても外国法を参考としながら新たな日本法が創設されていくプロセスも、これからの日本法の比較法的研究にとって大いに研究に値する問題といえよう。

V 日本法の発信

1 日本法の特殊性と普遍性

日本法は、外国法を継受し、日本の固有法と混合しあるいは統合していわゆる「日本法」を形成してきた。外国法の継受に際しても、外国法の丸ごとの移植ではなく、外国法に見る普遍的法制度を継受してきたと見ることができる。こうした法の発展過程における日本の固有法と外国法との混合と統合の機能は、日本法の注目すべき特質である。このような特質のゆえに、日本

法は、その特殊性が同時に普遍性を帯びることも多いということができるようになる。

藤岡康宏早稲田大学名誉教授は、「ヨーロッパにおける関心事が法の統一であるとする、われわれの課題は混合法系として固有の日本法を創り上げることである。ヨーロッパ法をも比較の対象としなければならないわれわれはヨーロッパよりさらに難しい課題を背負わされているともいえる。」⁽⁵⁾と論じられた。ここに指摘されている「混合法系として固有の日本法を創り上げる」作業は、例えば上述した日本の裁判員制度に見られるように、すでに一部では自覚的に進行している。これまでの日本における法の継受とその後の法の形成過程を見てみると、「混合法系としての固有の日本法」の形成を発見することはそれほど難しいことではないように思われる。外国法との混合と統合の法でありながら、国有法でもあるという日本法の特質は、今後さらに自覚的に議論されてよいであろう。

2 日本法の発信

藤岡名誉教授は、同時に、的確にも、「法のヨーロッパ的統一に対比されるべきわれわれの課題は、混合法としてのあらたな法創造と、その国際的な発信であろう。これが法の国際化に対応するわれわれの課題である」⁽⁶⁾とされた。日本法の帶有する特殊性と普遍性は、外国に対してその情報が発信されることを日本法自体が要請している。

その際、法の発信にも2つのレベルがあろう。第1は、各国の法制度についての特殊情報の発信である。これは、その情報が外国にとって直接意味あるものというより、その国の事情を外国に理解してもらうことを目的とする発信である。主にその国に特殊で、外国にはない法制度や慣習などの紹介がその内容となろう。第2は、普遍性のある法情報の発信であり、外国の法制度にとって一定の示唆を与えうる情報の発信である。法の発信のあり方としては、むろん、双方が必要であるが、これからの日本法の発信を考えると、後者の発信に積極的に取り組むべきであろう。それは、藤岡名誉教授の指摘されるように、「法の国際化に対応するわれわれの課題」というべきである。

そのためにも、「日本法の中の外国法」という視点から日本法を分析しておくことは、日本法の普遍性に関する外国人の理解を得るためにも有益なことといえよう。

このような日本法の発信の例として、ここでは刑事訴訟法の分野から2つの制度を指摘しておこう。1つは、上述した日本の「訴因制度」である。英米法の狭い訴因概念だけでなく、また大陸法の広い公訴事実概念だけでもない、日本法に独自の「訴因と公訴事実」の制度は外国の刑事訴訟法にとっても示唆するところがあると思われる⁽⁷⁾。2つ目は、上述した「裁判員制度」である。とりわけ、職業裁判官3名と市民6名の合議体による「素人と専門家との協働システム」という新たな司法形態は、十分に普遍性を持った問題提起となると思われる⁽⁸⁾。現に、中国の研究者から「裁判員制度には関心がある。」との意見も聞いている。

VI むすび—比較法の課題—

最後に、国際化時代、グローバル化時代における比較法のあり方に触れておきたい。インターネットに代表されるボーダーレス時代の法律問題は、それ自体がグローバル化し、これに対応する国内法も次第に国際化・グローバル化していくことになる。この傾向は、各国共通のものであり、したがって、各国の国内法は国際的に「協力」し合う関係に立たざるをえなくなる。このような国際的協力関係を可能とするためには、各国国内法が相互に大きく異なることは好ましいことではなく、たとえそれぞれが個性を持つとしても、それらが相互に「調和」することが必要となる⁽⁹⁾。こうした時代の要請に応えるためには、今後さらに新たな比較法研究が必要となってくるであろう。

各国が、相互に無関係に国内法を制定し、執行するという時代から、各国が、相互に学術的な情報交換を行いつつ、国内法を制定し、執行する時代となっている。そうでなければ、グローバル化した法律問題により適切に対応することができないからである。そのためには、日本からも多くの法律情報

を発信し、これに対する外国からの反応を学ぶといった比較法の相互交流を強く進めていく必要がある。こうして、「日本法の中の外国法」の研究は、さらに「グローバル世界の中の日本法」の研究へと発展していくことになる。こうして、比較法研究の重要性は、今後、さらに高まっていくであろう。

- (1) このテーマでのドイツにおけるシンポジウムもあった。*H. Coing et al. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 26. bis 28. Juli 1988, 1990.*
- (2) 例えば、刑事訴訟法の分野で、戦後の新刑事訴訟法は「訴因」制度を採用したが（刑事訴訟法256条3項参照）、その訴因概念は「訴因変更」（同312条参照）が可能なものである点において、英米法の訴因概念と同じではない。
- (3) 刑事法の分野で、松尾浩也教授は、日本の刑事司法制度の「ガラパゴスの状況」を指摘されたが、それは近代の日本法の歴史の中では、戦後の一時期における特殊現象とみるべきではなかろうか。松尾浩也「刑事訴訟の課題」ジュリスト『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（2002年）7頁参照。
- (4) 大久保泰甫「明治日本の『法整備事業』とボワソナード」『日本法の国際的文脈—西欧・アジアとの連鎖—』（早稲田大学比較法研究所叢書32号、2005年）61頁以下参照。
- (5) 藤岡康宏「法の国際化と比較法の課題—五十嵐報告へのコメント—」早稲田大学比較法研究所編『比較法と法律学—新世紀を展望して—』（早稲田大学比較法研究所叢書37号）295頁以下、299頁。
- (6) 同298頁。
- (7) その一つの試みとして以下参照。*Morikazu Taguchi, Der Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht, ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) 2-2008, S. 70 f.*
- (8) その一つの試みとして以下参照。*Morikazu Taguchi, Neue Entwicklung des japanischen Strafprozessrechts, Jan C. Joerden et al. (Hrsg.), Das vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2011, S. 20f., 田口守一「日本の陪審制度—『裁判員』」法律活用2005年第4期91頁以下（中国北京・丁相順訳）、同「日本における裁判員制度の創設と証拠法の変動」中国政法大学証拠科学16卷（2008年）5期553頁以下（中国北京・張凌訳）、同「日本の裁判員制度の意義と課題」西北政法大学法律科学2012年第1期*

Vol. 30, 195頁以下（中国西安・付玉明訳）。

- (9) ウルリッヒ・ズィーパー／甲斐克則＝田口守一監訳『21世紀刑法学への挑戦—グローバル化情報社会とリスク社会の中で—』（早稲田大学比較法研究所叢書39, 2012年），とくに，「変わりゆく比較刑法—比較刑法学の任務，方法および理論的アプローチ」（201頁以下）（田口守一訳）参照。