

平成 23 年 5 月 20 日現在

機関番号：13101

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2008～2010

課題番号：20530006

研究課題名（和文）ミクスト・リーガル・システム研究序説 日本法の比較法的再定位と実践的再構成

研究課題名（英文）A preliminary study to the mixed legal system—mapping the Japanese law in the world—

研究代表者

松本 英実（MATSUMOTO EMI）

新潟大学・人文社会・教育科学系・教授

研究者番号：50303102

研究成果の概要（和文）：

コモン・ローとシヴィル・ローの混合を問題とするミクスト・リーガル・システムに対する研究蓄積を日本法の考察に反映すべく、その基本概念、方法論、代表的地域における法の展開を検証した。これに基づいて、法技術的な比較を通して日本法を再定位するための方法的試論を発表し、さらに実証的な比較論へと議論を進めるために対象とすべき法概念・法制度の選定を行って、各論的考察を開始した。

研究成果の概要（英文）：

Japanese law has never been studied by Japanese lawyers from a viewpoint of the mixed legal system, though its modern law has been shaped under the strong influences of European continental law (civil law) as well as of Anglo-American law (Common law). From our study it becomes clear that analyzing Japanese law in the light of the legal experiences of such mixed jurisdictions as South Africa, Scotland, Louisiana, etc. can help us in finding methodology for explaining Japanese law in English, but also in mapping Japanese law in the world.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	1,300,000	390,000	1,690,000
2009年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2010年度	1,000,000	300,000	1,300,000
年度			
総計	3,400,000	1,020,000	4,420,000

研究分野：基礎法学

科研費の分科・細目：比較法

キーワード：(1) mixed legal system (2) mixed jurisdiction (3) Roman Dutch Law (4) 南アフリカ法 (5) スコットランド法 (6) ルイジアナ法 (7) 日本法の発信 (8) 法源論

1. 研究開始当初の背景

従来の比較法の概説書では、コモン・ローとシヴィル・ローという二分法と、国家単位の法システムとを前提としたために、コモン・ローとシヴィル・ローの「混成」であり、また必ずしも国家単位ではない「ミクスト・リーガル・システム」は、ほとんど視野の外におかれてきた（Zweigert/Kötz では複数の「母法」をもつ「混血」法体系（"hybride" Rechtssysteme）の指摘があるが、一つの範疇として独立に考察が施されてはいない）。このような状況にあって、EU統合にともない「ミクスト・リーガル・システム」或いは、「ミクスト・ジュリスディクション（mixed jurisdiction）」研究が、種々の法理論的・実践的活動の中で近時注目され始めたのも偶然ではない。コモン・ローとシヴィル・ロー双方の国家を含む「超国家的法秩序」たるEUが、その法統合に向かう際に法理念的にも技術的にも問題となるのが、コモン・ロー体系と大陸法体系の「インターフェイス」をどのように構築するかである。その際「ミクスト・リーガル・システム」をとる地域、例えば、南アフリカ共和国、スコットランド、ケベック、ルイジアナなどの経験が非常に示唆的となる。特に、前二者ではその民法が法典化（codification）されなかったため最も注目を浴びている。そこで民法典の代役を演じてきたのが、いわゆる「ローマオランダ法（Roman-Dutch Law）」である（Reimann and Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006、特に14, 16章）。

現在、ツィンマーマン（Reinhard Zimmermann）に代表されるローマ法研究者と、地域的には主に南アフリカ、スコットランド等の研究者が、この研究を推進しているのはかかる事情による（Zimmermann R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law - The Civilian Tradition Today*-, Oxford 2001; Zimmermann and Visser (eds.), *Southern Cross - Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1996; Reid and Zimmermann (eds.), *A History of Private Law in Scotland*, 2 vols, Oxford, 2000, Zimmermann, Visser, Reid (eds.), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective, Property and obligations in Scotland and South Africa*, Oxford, 2004）。また国際学会「The World Society of Mixed Jurisdiction Jurists」がすでに発足している。

しかるに、我国においては「ミクスト・リーガル・システム」への関心は極めて薄いといわざるをえない。その理由は、同研究がすぐれてヨーロッパ法的な問題であり、日本法への関係は理論的にも、実践的にも低いと考えられているからである。その前提には、わが国は法典法という意味で大陸法系であり、コモン・ローの影響はあるものの、それは表面的でミクスト・システムとまではいえないという判断がある。しかし、この前提は極めて疑わしい。

理論的な理由として、シヴィル・ローと法典法は決して同一ではない。フランスでは法典成立後少なくとも19世紀半ばまで実務においてローマ法が重要な法源であった（Gordley, J., *Myths of French Civil Code*, 1994; いわゆる「注釈法学」の再検討 Jaminet Jestaz, sur E. Gaudemet, 2002）。ドイツでもBGB成立は1900年であり、成立後必ずしも法典教育が大学教育の中心とはならなかった。日本も裁判制度設置から民法典成立まで20年間は法典のない下で裁判を行った。シヴィル・ロー＝法典法とする理解には裁判実務を基点にして考える視点が欠如しているのである。

研究代表者はこれまで、「裁判実務」に注目して、フランス法の特徴を歴史的に研究してきた（古法下の裁判管轄争いと裁判・法秩序形成について、パリ大学提出博士論文 Emi Matsumoto, *Jurisdiction consulaire dans la justice de l'Ancien Régime. Rivalités et conflits avec les autres jurisdictions*, 2002, thèse, Paris II, 452pp. 裁判官による法律の公布について、科研費研究H13-14, 15-16, 民法典と裁判官について同H17-18）。民法典については、法典が古法からの連続性を隠蔽してきたとするR. Libchaberの見解によりながら一次資料を分析し、一般に語られてきた「法典下の裁判官像」とは大きく異なる法創造者の側面と、これがヨーロッパ化に伴って一気に表面化した現状を明らかにした。かかる「裁判」を手がかりとしたシヴィル・ロー/コモン・ローの峻別論の見直しは、日本法にも及ぶべきものである。

次に実践的理由として、「ミクスト・リーガル・システム」を日本法に引き付けて考察すべき理由がある。それは、英語による日本法発信の困難さの克服であり、このことは法整備支援という極めてアクチュアルな課題と結びつく。

申請者は国際比較法アカデミーで日本

法における「先例」について発表を行ったが、日本におけるそれは、法典法国のモデルに則してとらえることはできない。他方、研究代表者・分担者は新潟大学での英語による修士コースで日本法を教えてきたが、アジア留学生のうちシヴィル・ローとコモン・ローの双方を知るフィリピンの学生には日本民法が理解され易いという経験をしている。問題は、大陸法系の日本法は英語のコモン・ロー概念に翻訳しにくい、という単純なものではない。このような日本法を説明するインターフェースを見つけることが必要なのであり、ミクスト・リーガル・システムがその鍵となりうることをフィリピンの例は示唆する。

葛西・松本両名は、ヨーロッパにおける法科大学院生の研修旅行も行って来た（法科大学院等専門職大学院形成支援プログラム「裁判と法実務の国際的体験研修プログラム」）。その成果として『イングランド法入門』の教科書を作成中である。John Baker 教授をはじめ、英国きっての執筆陣による論考の翻訳と日本人研究者による解説から成るが、その中に大陸やスコットランドの研究者による「外から見たイングランド・コモン・ロー」という章を設けたのは、同様の問題意識によるものである。

2. 研究の目的

本研究「ミクスト・リーガル・システム研究序説 日本法の比較法的再定位と実践的再構成」は、コモン・ローとシヴィル・ローの「混成」法システム、即ち「ミクスト・リーガル・システム (Mixed Legal System)」に対する最近の研究を批判的に吟味することを通じて、日本法の比較法上の位置と特徴の一端を明らかにすることを目的とする。同時に、日本法を英語で説明・発信するための教材を準備する。

3. 研究の方法

大別して(1)方法論についての検討、(2)ミクスト・リーガル・システム各地域の研究、(3)日本法の位置づけの三点について考察を行った。

研究体制としては、松本がシヴィル・ローを出発点に、葛西がローマ法を出発点としてコモン・ローとミクスト・リーガル・システムに接近するという方法を採用した。海外のミクスト・リーガル・システム研究先進地域の研究者との協力関係の下に研究を遂行した。

(1) 方法論についての検討

ミクスト・リーガル・システム研究の方法論についての現在の研究状況を明らかにし、

日本法に対するその意義を明らかにすると同時に、日本法分析が行いうる寄与について考察を進めた。

ミクスト・リーガル・システムを論じる枠組を根本から問うために、法の「継受 reception」概念の批判的検討を行い、法の「普及 diffusion」概念の導入を検討した。

裁判過程の中でどのように法概念・法制度が形成されるかを分析する視角を重視し、裁判資料に基づきこれを行う方法を模索した。

(2) 各地域の法の検討

ミクスト・リーガル・システム地域としては、スコットランド、南アフリカ、ルイジアナを対象を絞り、現地で基本的な資料調査、資料収集を行って、その研究状況の概要を把握するとともに、各地域の研究者と直接面談し、研究協力を進めた。

各地域における主要概念の法的特徴とその歴史的形成過程について、分析を行った。各地域の研究動向の特徴のみならず、地域間の比較研究について明らかにした。

スコットランド法および南アフリカ法の共通基盤をなすローマン・ダッチ・ローについて、研究状況を明らかにし、その歴史的展開と現状を明らかにした。

ミクスト・リーガル・システム分析の前提として、コモン・ローの基本的理解を批判的に検討した。一方では法源論を重点的に考察し、他方で比較分析の際に問題とすべき概念についての検討を進めた。

(3) 日本法の再定位の試み

日本法の英語化に伴う方法的問題の分析を行った。

日本法の中に見られるコモン・ローの制度・概念について検討を行った。

法典化以前の法状態についての接近方法を検討し、民事判決原本の意義を探った。d. 1) で挙げた「継受」と「普及」概念の考察を、日本法に適用してその意味を探り、日本法分析の国際的な意義をこの点から探った。

日本法について海外で積極的に発表を行い、これをミクスト・リーガル・システムとしてとらえる議論の有効性を議論した。

4. 研究成果

第一に、ミクスト・リーガル・システム一般、各地域法（スコットランド法、南アフリカ法、ルイジアナ法；イングランド法、カナダ法）およびローマン・ダッチ・ローについて、以下の大学図書館において資料調査を行い、日本に知られていない重要文献の収集を進めた。

Oxford, Cambridge, Edinburgh, Glasgow, Aberdeen, Alberta, Tulane, Stellenbosch, Cape Town, Pretoria, University of South Africa.

第二に、ミクスト・リーガル・システムの定義をめぐる議論を整理し、方法論を異にする二つの立場をめぐる論争に対し、日本法を素材とする新たな貢献を試みた。通常の議論では、広義の定義（あらゆる法の混合を包含する）によらなければ日本法はミクスト・システムとはされない。しかし、コモン・ローとシヴィル・ローの混合という狭義の定義を採用しつつ、日本法の中に二法の混合を分析する意義がある。この主張を、信託等を例に行った（論文後掲、発表、）

第三に、法典化されない市民法としてのローマン・ダッチ・ローにおける法源論・法資料の存在態様を探求すると同時に、成文化・法典化されること、されないことの意味を多角的に検討した（法のテキスト化に内在する問題を問う論文、成文化・法典化されず、かつ判例法も生まない法としての古代ギリシア法について論文、発表、法典化以前のフランス法について論文、発表）。さらに法典化以前の日本法について、明治初期の判決原本研究の持つ可能性に注目し、この新資料に立脚して日本における西洋法の混合を分析し、かつ日本における「コモン・ロー」とは何かを問う視点を示した（発表、）

第四に、日本法の英語化の困難を方法的に考察し、日本法を再定位するために、法の「継受 reception」概念ではなく「普及 diffusion」概念を方法的に用いるべきことを論じた（論文、発表、）

第五に、日本法をミクスト・リーガル・システムとして論じていく際に特に取り上げるべき概念・制度を抽出した。すなわち条理（論文、発表）名誉毀損（発表）信託（発表）。さらにコモン・ローにおける bailment（発表）スコットランド法における personal bar 等は重要な手がかりとして注目すべきである。

第六に、各国研究者との研究協力を進めた。面会して意見交換を行った研究者は以下の通りである。

John Allison, Queens' College, Cambridge

Sir John Baker, St. Catharine's College, Cambridge

David Ibbetson, Corpus Christi College, Cambridge

Neil Jones, Magdalene College, Cambridge

Boudewijn Sirks, All Souls College,

Oxford

Paul Brand, All Souls College, Oxford
Timothy Endicott, Balliol College, Oxford

John Cartwright, Christ Church, Oxford
Jeremy Horder, Law Commission

Hector MacQueen, University of Edinburgh, Scottish Law Commission

Paul du Plessis, University of Edinburgh

John Blackie, University of Strathclyde

Kenneth Reid, University of Edinburgh

Elspeth Reid, University of Edinburgh

Ernie Metzger, University of Glasgow

Angelo de Forte, University of Aberdeen

Mark Godfrey, University of Glasgow

Philip Bryden, Alberta Law School

Vernon Palmer, Tulane Law School

A.N. Yiannopoulos, Tulane Law School

Jorg Fedtke, Tulane Law School

James Gordley, Tulane Law School

Ronald Scalise, Tulane Law School

Jacques du Plessis, University of Stellenbosch

Remco van Rhee, University of Maastricht

Cornie van der Merwe, University of Stellenbosch

Rena van den Bergh, University of South Africa

Philip Thomas, University of Pretoria

Caroline Nicholson, University of Pretoria

Daniel Visser, University of Cape Town

Margaret Hewett, University of Cape Town

Helen Scott, University of Cape Town

以上の協力関係の具体的な成果として、ミクスト・リーガル・システムをテーマとする国際研究集会を日本で開催することについての具体的な計画を、国際学会 World Society of Mixed Jurisdiction Jurists 会長 Vernon Palmer 教授の協力を得て策定することができた(2012年度東京・京都において開催予定)。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計19件)

アンダース・ウィンローズ著、松本英実 訳「19世紀および21世紀におけるグラーティアヌス教令集の校訂：リヒターとフリートベルクから今日まで」19世紀学研究、査読有、5号、2011年、113-122

葛西康德「界面(インターフェース)としての教養」人文社会科学研究所年報 2009 (敬和学園大学) 査読無、2010年、11-18

Yasunori Kasai, On Aristotle's *epieike*

ia, Gerhard Thuer, ed., *Symposion 2009*, 査読有、2010年、117-129

Emi Matsumoto, Lost in translation: the Reception of German Law in Japan, 法政理論、査読無、40巻3・4号、2010年、110-128

葛西康徳「法の透明化プロジェクトへの比較法・法制史からのお返し」ジュリスト(有斐閣) 査読無、1394、2010年、29-36

葛西康徳「宗教的情操を考えるいくつかの視点」宗教研究(日本宗教学会) 査読有、82巻4輯(359号)2009年109-110頁

Yasunori Kasai, "General Comments, Symposium: Is Japanese Law a Strange Law?", *Zeitschrift für Japanisches Recht (Journal of Japanese Law)*, 査読有、28、2009、230-235

葛西康徳(書評)Richard Susskind, *The End of Lawyer? Rethinking the Nature of Legal Services*(リチャード・サスキンド『法律家の終焉? - リーガル・サービスのあり方再考』)OUP, 2008、法とコンピュータ(法とコンピュータ学会、第一法規) 査読有、27号、2009年、153-154頁

葛西康徳、(書評)「池津哲範「古典期ギリシアの聖域逃避を成立させる観念と“hiketeia(嘆願)”」」法制史研究(法制史学会、創文社) 査読有、58号、2009年、333-336頁

ゲーアハルト・チュール著、葛西康徳訳「法廷に立たされたソクラテスプラトン『ソクラテスの弁明』は法廷弁論か?」コミュニケーション文化論集、査読無、7号、2009年、133-140頁

葛西康徳「法の界面活性」(特集「ここがヘンだよ日本法」)NBL、査読無、900号(2009年3月1日)、2009、100-103頁

葛西康徳「宗教的情操を考えるいくつかの視点--古代ギリシアとの比較」(特集「宗教的情操教育」をめぐる諸問題)学術の動向(日本学術協力財団) 査読無、13(12)、153、2008、49-51

葛西康徳「古代ギリシアにおける法の解凍について」林信夫・新田一郎編『法が生まれるとき』創文社2008年11-36頁

葛西康徳「コミュニケーション文化としてのレトリック」コミュニケーション文化論集(大妻女子大学文学部コミュニケーション文化学科) 査読無、6号2008年107-129頁

イザベル・ジロドゥ著、松本英実訳「フランスにおける環境権の憲法による承

認」法政理論、査読無、40巻3・4号、2008年、75-96頁

松本英実「フランス民法典 アンシャン・レジーム廃止?」『教養教育の再構築 第三回シンポジウム報告集』査読無、2008年、pp.224-243

フランソワ・アルトグ著/松本英実訳「古代・国民・時間」『教養教育の再構築 第三回シンポジウム報告集』査読無、2008年、pp.10-25

ジャック・ルヴェル著/松本英実訳「時の不一致 フランス人と国民の歴史の現在 ジャンルの承認と問い直し」『教養教育の再構築 第三回シンポジウム報告集』査読無、2008年、pp.45-53

フランソワ・アルトグ著/松本英実訳「古代人の都市、近代人の都市」『教養教育の再構築 第三回シンポジウム報告集』査読無、2008年、pp.179-193

[学会発表](計20件)

Emi Matsumoto, "Japanese Law as a Mixed Legal System", Seminar "Mixed Legal Systems: Japan and South Africa, University of South Africa, 2011年2月15日

Yasunori Kasai, "Diffusion and reception in Japanese Law", Seminar "Mixed Legal Systems: Japan and South Africa, University of South Africa 2011年2月15日

Emi Matsumoto, "Japanese Law as a Mixed Legal System", 1st Private Law Seminar 2011, Stellenbosch University, 2011年2月7日

葛西康徳「法律家としてのWilliam Jones - Bailment and Speeches of Isaeus」現代インド研究センター 2010年度第4回伝統思想研究会、龍谷大学、2010年11月29日

Yasunori Kasai, Cultural Transfer - Diffusion and Reception - A Japanese Lesson, 2010-2011 Classics International Colloquium Series, Brown University, 2010年10月7日

Yasunori Kasai, Performing Procedure in Sophocles Oedipus Tyrannus - Looking at the voices of the others and Listening to the faces of the others - , 2010-2011 Classics International Colloquium Series, Brown University, 2010年10月6日

Emi Matsumoto, "Japanese Law as a Mixed Legal System", Tulane Law

School, 2010年9月27日
Emi Matsumoto, "Japanese Law",
Pacific Rim Law Course, Alberta Law
School, 2010年9月9-23日

葛西康徳・吉原達也「ギリシア・ローマ
法の実践的再構成 - 法廷弁論作品を参考
にしたシナリオ作成の諸問題」法制史
学会(東北大学)、2010年5月27日

Yasunori Kasai and Emi Matsumoto,
"Why the History of Japanese Law has
not been finished", Brown Legal
Studies Seminar, 2010年2月19日、
University of Exeter

松本英実「フランス近世法史料再考
商事裁判所資料を顧慮しつつ」比較国制
史研究会、2009年9月26日、東京大学
葛西康徳「古代ギリシアにおける『神聖
(*hieros*)』概念について」日本宗教学会(京
都大学)2009年9月12日

Yasunori Kasai, "On Aristotle's
epieikeia", Symposion 2009(国際ギリ
シア法学会)、2009年8月27日、Graz,
Austria

Yasunori Kasai and Emi Matsumoto,
"Why the History of Japanese Law has
not been finished", 19th British Legal
History Conference, 2009年7月8日、
University of Exeter

葛西康徳、シンポジウム「ここがヘンだよ
日本法」特定領域研究「日本法の透明化プ
ロジェクト」(代表 河野俊行)総括コメ
ント2008年12月

葛西康徳「宗教的情操教育について 古代
ギリシア宗教から考える」日本学術会議
哲学・倫理・宗教分科会・日本宗教学会
共催(筑波大学)2008年9月14日

Emi Matsumoto, "Reception of German
Law in Japan", 37. Deutscher
Rechtshistorikertag (第37回ドイツ法
制史学会)、2008年9月8日、
Universität Passau(パッサウ大学、ド
イツ)。

Yasunori Kasai, "A Comparative Aspect
of the Methodology of the Ancient Roma
n Jurists: Friz Schulz on Methodolog
ie der roemischen Rechtswissenschaft",
18th British Legal History Confer
ence, 2007年7月4日、オクスフォ
ード

Emi Matsumoto, "Publication" of law in
French Old regime---a comparative
aspect", Emi Matsumoto, 18th British
Legal History Conference 2007, British
Legal History Conference, Oxford(2007)
2007年7月3日、オクスフォード

葛西康徳「リュシ阿斯とギリシア法」基盤
研究A「プラトンと政治哲学」(代表加藤
信朗)2008年6月28日

{図書}(計1件)

シイエス著、稲本洋之助・伊藤洋一・川
出良枝・松本英実訳『第三身分とは何か』
岩波文庫、257頁

{その他}

ホームページ等

<http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/sympo2008/>

(<http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/sympo2008/minute/sokatsu.pdf>)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

松本 英実 (MATSUMOTO EMI)

新潟大学・人文社会・教育科学系・教授

研究者番号: 50303102

(2) 研究分担者

葛西 康徳 (KASAI YASUNORI)

大妻女子大学・文学部・教授

研究者番号: 80114437