

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 30 日現在

機関番号：32634

研究種目：基盤研究(B)

研究期間：2010～2013

課題番号：22330006

研究課題名(和文) グローバル社会における法源論の再検討 - 法学概論の書き換え

研究課題名(英文) Reconsideration of the Theory of Legal Sources in the Globalized Society - Rewriting a Introduction to Jurisprudence

研究代表者

小川 浩三 (Ogawa, Kozo)

専修大学・法学部・教授

研究者番号：10142671

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 12,200,000円、(間接経費) 3,660,000円

研究成果の概要(和文)：法源論について、英・米・独・仏等の先進国を中心としたあり方を研究するとともに、こういった先進国から法を受容した国々における受容の仕方、その後の展開を視野に入れて研究する基礎固めを行うことができた。欧米先進国における、法典にとどまらず判例と学説の意義を歴史的に検討し、現在の到達点を明らかにした。他方で、研究の重点を占めた受容国については、日本における独自の展開を民法や憲法の法制度に即して明らかにするとともに、とりわけ、南アフリカやブラジル、バルカン諸国について混合法系、法典編纂のあり方、慣習法調査と法典編纂の関連のあり方について検討し、今後の展望を開いた。

研究成果の概要(英文)：Concerning the theory of legal sources we have studied not only its systems in Europe and America but also those in the countries which accepted legal systems from those western countries. We have considered the significance of judge-made-law and academic theories in the European American countries. We have made clear the original improvement of the concrete legal institutions in Japan. We have also studied the mixed legal system in South Africa, an example of late codifications in the twentieth century in Brazil and relationship between survey of legal usages and codification. As the result of these studies we have laid a foundation of a new of Comparative Law.

研究分野：法学

科研費の分科・細目：基礎法学

キーワード：基礎法学 民事法学 公法学 刑事法学

### 1. 研究開始当初の背景

法科大学院が始まって、法学部教育をどのように行うべきかが、大きな課題であった。さらに、グローバル化の中で伝統的な英米法と大陸法という枠組みでは不十分であり、さらに、こうした両法系から影響を受けた国々の法を新たに位置づけなおすことも課題であった。従来の比較法のあり方を、根底から再検討し、それを踏まえた法学教育を再構築することが課題であった。

### 2. 研究の目的

法源論の歴史的・比較法的研究を目指した。法源とは、法を認識するための手段である。それがどのようなものであり、それとどのように対峙してきたか、また、しているかを明らかにすることによって、法のあり方の特徴を明らかにすることを目指した。あわせて、それを明確化することによって法学教育のあり方、学生の法源との付き合い方の教育をより自覚的なものにできると考えた。

### 3. 研究の方法

法源として、さしあたり法について書かれたテキストと理解して、そのテキストのあり方、その扱い方を歴史的・比較法的に検討する。とりわけ、一つにはコミュニケーション論の中で発展してきた儀礼についての議論を参考にして、テキストの意味を明らかにする。また、混合法系論に見られるテキストのあり方の違いによって出てくる問題に焦点を当てることによって、それぞれのテキストの持つ意味を明らかにする。

### 4. 研究成果

1. 法源論をめぐって、第一に、英・米・仏・独等における展開を歴史的にたどった。その場合、もちろん、法典国と判例法国の伝統的な区別があるものの、しかし法典自体は19世紀以降の事柄であり、長い目で見ればその存在は必ずしも決定的ではない。そのことをローマ以降の法源論の中で確認した。

(1)ローマにおける法源(fons iuris)は、法を認識するための手段あるいは手がかりであって、法律はそのうちの一つであって、全てではない。父祖の倣い、学者の意見、判決等も法を認識するための手段として有用であり、何を採用するかは法を適用するものの裁量に大幅に任されていた。しかし、帝政後期になると、法学のダイナミズムが失われ、皇帝官房に対する照会と回答、あるいは何らかの形の書かれたものといった権威が重要になってきた。

(2)中世においては、初期のとりわけ教会において書かれたものが重要な意味をもった。政治権力の衰退の中で、政治的権力の決定が十分に機能せず、書かれたものに基づく説得が大きな意味をもった。しかし、書かれたものは言うまでもなく、そのままでは新しい問題への手がかりを与えるものではない。書かれたものの新しい解釈方法、とりわけ分類(divisio)と分別(distinctio)を用いることによって、書かれたものから新たな概念あ

るいは、ルールを導き出すことが出来るようになった。

(3)初期近代は、ローマ法のテキストを歴史的なものとして見ることによって、書かれたものによる拘束からさらに解放されることになった。書かれたものは、一定の歴史的条件下において成立したものであり、歴史的条件の変化によって、あるいは解釈により、あるいは立法によって、それを改変することが可能になった。

(4)19世紀以降の発展では、法典化が目される。しかし、法典化にも拘らず、フランスにおいては判例が独自の展開を遂げることができた。たとえば、民法の瑕疵担保責任は、本来家畜を基準とするものであったが、工業化に合わせて期間制限を解釈を通じて延長することができた。あるいは、使用者責任においては法典の古い不明確な文言を利用して、賠償責任を導入することができた。これに対してドイツでは、法典化は法律家の解釈による発展をあらかじめ織り込んだものであった。

(5)英米法については、とりわけ厳格な先例拘束性の原理を前提にしながらも、事案を分別(distinction)することによって、具体的に妥当な解決を図る技術に焦点を当てて研究した。この分別と中世スコラ学以来の分別(2)参照)との比較あるいはドイツ法における目的論的縮小解釈との比較が行われ、その機能的類似性を指摘することができた。

(6)結論的には、書かれたテキストが解釈論においていかなる意味を持つかを、明らかにすることができた。我が国では必ずしも書かれたテキストに拘束されているという意識は高くない。そのことが、解釈論における議論の可能性を狭め、明確性を阻害している。書かれたテキストを共通の出発点とする、その意味でテキストを尊重することは、議論の明確性のためには重要である。しかし、それによる具体的事件の妥当な解決が妨げられてはならない。テキストに即しながら、それを不都合な場合には適用を排除する技術は、法典国であれ判例法国であれ十分発達してきた。それは、今後の我が国の法学の発展にとって重要であり、とりわけ専門法曹の養成・教育にとって是非とも必要なことである。

2. 法源論をめぐってこの間特に研究してきたもうひとつの事柄は、外国法の受容の問題である。比較法の新しい傾向といっても良いが、受容国の受容の仕方、あるいはその後の発展の研究は、当該受容国の法の研究にとどまらず、比較法的にも重要である。

(1)違った法的前提をもつ国である国の法が受容されることによって、両者の調和がどのように図られるかが問題となる。違いが意識されれば、受容国の法的思考が明確になってくる。これをその国の「遅れ」ではなく、多様なあり方の一つと理解することによって、受容国の法伝統が明らかにされる。

(2)これによって、受容された法あるいは法

制度の内容的特徴もまた明らかになる。南アフリカにおけるイングランド法の受容は、イングランド法の特徴をあぶり出し、その結果イングランド法の法史的・比較法的研究を劇的に変化させた。

(3)法の受容、あるいは受容される国からすれば、法の移植は移植それ自体のために本国法をも変化させる。あるいは、変化があつてはじめて移植が可能となる。南アフリカへのオランダ法の移植は、グローティウスの著作「オランダ法入門」によってオランダ法がコンパクトになったことによって可能になった。あるいは、イングランド法のインドへの移植のためには判例法のある程度の法典化が必要であった。そのことが逆にイングランドにおける法典化の運動を支えることになった。

(4)以上の法の受容、あるいは、移植の問題はより深められなければならない問題であり、本研究によって、更なる研究のための基礎が据えられた。

#### 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 11 件)

1. 小川浩三「法の循環 新しい比較法と東アジア法の可能性」専修大学法学研究所所報 48 巻 22 - 28 頁、2014 年、査読なし。
2. 小川浩三「君はこれをどうやって確かめたのか」専修大学法学研究所紀要 39 巻 1 - 28 頁 2014 年、査読なし
3. 守矢健一『『使命』におけるサヴィニの慣習法論について』法学雑誌 60 巻 381-415 頁 2014 年、査読あり
4. 松本英実【書評】「長谷川晃編著『法のクレオール序説 異法融合の秩序学』(北海道大学出版会、2012)」法制史研究 63 号(法制史学会年報 2013)p.163-171、2014、査読有り
5. MORIYA, Kenichi, 【書評】“ Reutter, et al., ‘ Objektiv Wirkliches ’ in Friedlich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre, ZRG RA vol.130 p.716-723, 2013 査読あり
6. 松本英実「比較憲法の視点」法律時報 85 巻 5 号 49 - 53 頁 2013 年査読なし
7. TAMARUYA, Masayuki, Transformation of Trust Ideas in Japan : Drafting of the Trust Act 1922, Rikkyo Law Review, 88, p.218-201, 2013 (立教法学 88 号、218-201、2013) 査読無し
8. KASAI Yasunori, In Search of the Origin of the Notion of Aequitas (Epieikeia) in Greek and Roman Law, 廣島法学 (Hiroshima Law Review), 37-1(2013), p.543-564、査読有り
9. 葛西康德「古代ギリシアにおける法

(Nomos)の概念について とくに「立法」および「立法者」に焦点をあわせて」国際哲学研究(東洋大学国際哲学研究センター編)、別冊 2「法 概念の時間と空間 法の多様性とその可能性を探る」、p.51-60、2013、査読無し

10. 松本英実「ミクスト・リーガル・システムと日本法」、比較法研究 74 号、p.206-216、2012、査読有
11. TAMARUYA, Masayuki, Mixed Legal System from the Perspective of Japanese Trust Law, 比較法研究 74 号 237-255 頁 2012、査読有

〔学会発表〕(計 6 件)

1. MATSUMOTO, Emi, “Searching for the Customary law in Japan: is Japanese Law a mixed system of the Civil law and the Customary law?” Southern African Society of Legal Historians Conference May 2013 ‘Ius est ars boni et aequi’ (Kwa Maritane, South Africa), 2013.5.13
2. KASAI, Yasunori, “Philosophical foundations of the notion of aequitas (epieikeia) in Greek and Roman Law” Southern African Society of Legal Historians Conference May 2013 ‘Ius est ars boni et aequi’ (Kwa Maritane, South Africa), 2013.5.13
3. 葛西康德「古代ギリシアにおける法 (Nomos)の概念について とくに「立法」および「立法者」に焦点をあわせて」シンポジウム「法 概念の時間と空間 法の多様性とその可能性を探る」東洋大学国際哲学研究センター、2012 年 12 月 15 日
4. 松本英実「ミクスト・リーガル・システムと日本法」、比較法学会第 75 回学術総会ミニシンポジウム C (京都大学) 2012 年 6 月 2 日
5. TAMARUYA, Masayuki, Mixed Legal System from the Perspective of Japanese Trust Law, 比較法学会第 75 回学術総会ミニシンポジウム C (京都大学) 2012 年 6 月 2 日
6. MATSUMOTO, Emi, Japanese Law as a Mixed Legal System, Mixed Legal System Seminar, (Tulane Law School), 2010.9.27

〔図書〕(計 9 件)

1. T. Rueckert & Th. Duve, Savigny International?, Vittorio Klostermann, 2014, (to be published)
2. M. Busson & Sebeck, Comparative Tort Law, Edward Elgar, 2014, (to be published)
3. 樋口範雄、佐久間毅編、溜箭将之他著『現代の代理法 アメリカと日本』弘文堂、2014 年、320 頁
4. 苅部直、黒住真他編『岩波講座日本の思想第 6 巻秩序と規範』、岩波書店、2013 年 318 頁
5. 村上淳一、P.マルチュケ、守矢健一『ドイツ法入門改訂第 8 版』有斐閣、2012 年

348 頁

6. G. トイブナー (村上淳一、小川浩三訳)  
『結果志向の法思考』、東京大学出版会、  
2011 年、236 頁
7. 松本博之、野田昌吾、守矢健一編 『法発  
展における法ドグマーティクの意義』、信  
山社、2011 年、369 頁
8. 河内祥輔、新田一郎『天皇と中世の武家』、  
講談社、2011 年、390 頁
9. シェイエス (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』、  
岩波書店、2011 年、257 頁

〔産業財産権〕

出願状況 (計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況 (計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

小川 浩三 (OGAWA KOZO)

専修大学・法学部・教授

研究者番号：10142671

### (2) 研究分担者

守矢 健一 (MORIYA KENICHI)

大阪市立大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：00295677

新田 一郎 (NITTA ICHIRO)

東京大学・大学院法学政治学研究科・教授

研究者番号：40208252

松本 英実 (MATSUMOTO EMI)

青山学院大学・法学部・教授

研究者番号：50303102

葛西 康德 (KASAI YASUNORI)

東京大学・大学院人文・社会系研究科・教  
授

研究者番号：80114437

溜箭 將之 (TAMARUYA MASAYUKI)

立教大学・法学部・教授

研究者番号：70323623