The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞比較法の目的はなにか？EU内における法の統一の努力 ： 法の統一は最良の解決なのか？
Author(s)	ムスタイラ, エレニ; 松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2005, 55(2), p. 229-246
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54929
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

翻訳

比較法の目的は何か？
EU内における法の統一の努力
――法の統一は最良の解決なのか？――

エレニ・ムスタイラ
松田岳士／訳

一　比較の対象となる法の間の類似点を強調するかそれとも相違点を強調するか？

文化研究における比較法の役割は、そして、比較法における文化の役割もまた、困難かつ微妙な問題である。比較法の目的は、伝統的には、異なる法文化間に共通点を見出すことにあるとされ、たとえば、国際的に共通する商取引規則の作成といった実利的な目的のためにとられた調整的立場を反映するものと考えられてきた。それは、文化の相違が根本的なものであるか否か、そうであるとしていかなる程度か、という問題を扱うものではなかったのである。

多くの点において、比較法の運命は、比較宗教と共通する。しかし、比較宗教や比較人類学の場合とは反対に、

比較法においては、外国の法文化を特徴づけ、分析するために用いられる方法の重要性が過小評価される危険が存在する。すなわち、比較法においては、異なる法文化間にある豊かな哲学的・イデオロギー的差異に対する無関心と、実務におけるその結果の単一性の強調がしばしば見られる。これは、本質的に、差異を包み隠すことを目指す思考様式であるということができるが、この目標は、それ自体、自らの目的を害することになる。なぜなら、その結果は、現実と合致しないからである。展望を描くことによって、裁判官が判断を行うために必要な条件を描くのは、伝統――歴史的なコミュニティー、我々の住処、あるいは、我々の「先祖の館」――なのである。

現実――物質的な現実であれ、文化的現実であれ――の一つの性格として、多様性が指摘される。多様性は、差異、そして変化の結果である。多様性は、非互換性、紛争、ときには死をもたらすような紛争をもたらしうる。差異は、部分的には自らの手により、自己破壊をも引き起こしうる。しかし、差異なしでは進歩はありえない。なぜなら、進歩は、まさに多様性と同義であるからである。差異は、それが達成する一つ一つの目的において停止するものではなく、進歩の目的は静的で最終的な均衡を意味するものではない。反対に、「到達」があるごとに新たな不均衡が生み出され、それが、また、さらなる革新をもたらすにふさわしい状況となるのである。

（西洋の）法律家が、西洋法の主権および国民国家中心的な（これらの用語が西洋法のすべての特徴を言い尽くすものであるとして）日常から「逃亡する努力」は、比較法学者が、彼らの日常が、そのネットワークを通じて「優勢な」文化が法律研究において従われるべき規則を個々の研究者に強制するようなコンセプト、研究技術、職業倫理、政策等によって形成され、支配されているということを理解しない限り、失敗に終わる運命にあるとして、悲観的に表現するのは、まさにこのことである。この状況は、比較法学者と外国法との関係が間接的であるという事実によって、さらに複雑になる。

いずれにせよ、一定の法の統一の達成を目的とする「より妥協的な」立場を支持する者であっても、「西洋の間文化的な傲慢」、およびそれによって引き起こされる誤解の大きさは計り知れず、また、それが比較法の権威を脅かしていることは認めている。すべての法体系が独自の「雰囲気」をもつということ、そして、一つの法体系内部の法的問題の多くが、その雰囲気に慣れ親しんだ者、そして、それをその細かな色合いにいたるまで理解しようと多くの時間と労力をさいた者によってしか正確には理解できないことを認めているのである。彼らも、国家の伝統、異なる文化および習俗、多様性の尊重が、いまでも、比較法学者の出発点であり続けていることは認めている。彼らは、しかし、あらゆる議論または変容を超えた絶対的な命題としての多様性の尊重は、消滅する運命にある、あるいはすでに消滅してしまったというのである。

しかしながら、文化が、進化論の重要な原則、すなわち、変化は、多くの場合、その安定した状況においては当該組織体を持続するために起こるものであるとの原則に従うということを認めるとすれば、差異を価値と考えること、あるいは、差異をその枝葉末節まで認め、尊重し、そして適用するために戦うことは、変化や協働の拒否を意味するわけではないということができるであろう。

法の差異を尊重する――その結果、人々および文化の差異を尊重する――者による最も興味深い言辞は、おそらく、比較法学者は、「自らの世界に関する自らの見方」を、他の者に悟らせなければならないというものであろう。比較は、したがって、結果として統一をもたらすものであってはならず、多様性をもたらすものでなければならない。それは、さまざまな文化的な形成（教育）によって発せられる言説の差異を組織化することを目的とし、「統一性を好む人間精神の生来的な傾向」に抗うものでなければならない。このような考え方によれば、比較は、「差異の初歩的かつ基本的な研究」を、結果としてだけでなく、その条件としても有することになる。

二　統一法――新ユス・コムーネ？

国家法の改革は、独立の学問分野としての比較法の重要な目的であった。しかし、今日の立法は、国家的であるだけでなく、超国家的でもありうる。この現象は、とりわけ欧州共同体を構成する国々において明らかである。このような超国家的な立法やモデル法を用いて、比較法は、その適用においても解釈においても、国家的なものではない法律を生み出すことを導きうる。したがって、法律家のなかには、国家の法制度と欧州共同体の法制度のあいだの対立は回避されなければならず、それどころか、ヨーロッパ法の発達に関する方法論的・理論的な思索のための国家法の自己変容の帰結はいかなるものでありうるかが探求されなければならないと主張する者さえいる。

そこでは、文化的な自己満足のイデオロギーは、文化的な遅れに対する言い訳であるということが強調される。法は、静的なものではなく、その解決は流通し、外国に拡散し、模倣を生み出す。他方、模倣は、統一の主要な要因となる。にもかかわらず、さまざまな種類の統一性が存在する。このような考え方によれば、国際的な合意または超国家的な規制によって押し付けられた統一は発展および進歩に対する重大な障害をもたらすことになる。この障害は、統一が、非常に非合理的で退行的なものを含むすべての加盟国によってとられた全会一致の決定がない限り将来的に変更の可能性のないような広範な合意の結果であるときには、より重大なものとなる。

(1)　法学および法学教育によるヨーロッパ私法の創出

統一私法を創出するための効果的な方法は、法学および法学教育を「利用する」ことであるとの主張の根拠として、中世後期および近代初期におけるユス・コムーネ(jus commune)の例を持ち出す法律家がいる。

紀元後一二世紀から一八世紀までの期間においては、ユス・コムーネというものが存在したといわれている。イタリアの法律家カラッソ（Calasso）によれば、ユス・コムーネの歴史には、三つの時期があった。第一期は、一二世紀から一三世紀までである。この時期には、カラッソによれば、ほとんどのヨーロッパ諸国に共通のものであった――と仮定される――法が、同時にしかし補充的に効果を持っていた他のすべての法源に絶対的に優越するものであった。第二期は、一四世紀および一五世紀であるが、この時期には、ユス・コムーネは、第二次的な地位をもつにすぎず、主として第一の法源としてのユス・プロプリウム（jus proprium）の間隙（lacunae）を埋めるために役立った。一六世紀以降の第三期においては、カラッソによれば、王や絶対君主によってなされた立法は、ユス・コムーネの重要性をさらに低下させ、その効果は、絶対君主がそれを認めたときにしか認められないことになったのである。

この時代のユス・コムーネは、主としてローマ法に基礎をおき、学生たちを教えていた法学者によって創出された「法制度」であった。彼らは、その著書において、当時有効であった法制度を比較し、それらの法の類似点と相違点を研究していた。そして、彼らはヨーロッパ的な思考方式を基礎に学生を教育した。学生たちは、後に実務家になる場合には、大学で学んだこと、すなわち、実質的には学者らが作り出した共通法を適用した。こうして、ユス・コムーネは、理論から実践へと姿を変えたのである。

そこで、新たなユス・コムーネを、同様の方法により生み出すことができるのではないかとの主張がなされることになった。しかし、当時のユス・コムーネと新たに提示されたそれとのあいだの類似点の存在については、かつては、法学には、ラテン語という共通の言語と、二次的に適用可能であったローマ法という共通の基礎があったが、現在ではそれは存在しない、との批判がなされた。

かつてのヨーロッパにおいて――おそらくは、一定の程度において――存在していた法的な統一状態は、次のような五つの特徴をもっていたとされる。

・ローマ法という、どこにいっても権威を持つ一つの法源があった。

・全ヨーロッパにおいて、学生を法学にいざなうための同一の教材および方法を用いた単一の法学教育があった。

・単一の言語および同一の概念枠組を用いた共通の法言語が存在した。

・大学教育を受けた法律家という具体的な社会集団が、自らが学んだことを実際に展開させていく地位にあったため、理論と実践のあいだに齟齬が生じなかった。

・ヨーロッパの広い範囲で、法が、ほとんど同一の文化のなかで「生きて」いた。

このような見解が正しいものであるとしても、これらの性格が、一つとして現在では存在しないことは明らかである。また、そもそも、かつてのユス・コムーネ――そのようなものが本当に存在していたとして――は、新たなユス・コムーネの創造のための模範例となりうるであろうか。さらに、このような過去に関する客観的な研究はそもそも可能なのであろうか。

原則として、過去というものを絶対的に客観的な方法で研究することは不可能であるように思われる。しかし、その目的が、現代の何らかの目的の達成のためにインスピレーションを引き出すことにあるのであれば、このことは、必ずしも悪いことではないというべきであろう。過去の誤った利用であっても、それが実践的な目的――ここでは、とくにヨーロッパにおける私法の統一という目的――を実現する唯一の手段である場合には、非常に有益でありうるとの極端な見解もありうるところである。

たとえそうであるとしても、次のような問題が提示されうる。ヨーロッパにおける新たなユス・コムーネの展開は、かつてのユス・コムーネのように、法学を通じて可能となるのであろうか。その可能性を信ずる者は、イギリス法がそのような学問的伝統に属さないということを忘れている。過去においても、イギリス法は、基本的に裁判官たちによって生み出されてきた。たしかに、この状況は、かなり変化を被りつつある。というのも、イギリスにおいても、現在では、立法が非常に活発になされており、重要な法源を構成しているからである。しかし、理論の役割は、大陸の法律家のそれほどには重要なものとは考えられていない。

そこで、かつてのユス・コムーネは、主として法源を扱う方法としてのみ、将来のユス・コムーネのためのインスピレーションの源になりうるものと思われる。当時採られていた方法も、法源が作られた国や時期にかかわりなく紛争解決のために役立つと信じられていたこれらの源を用いることにあったのである。

(2)　ヨーロッパ法学の創出は可能か？

比較法に関する多くの著作が公にされ、また、多くの研究プロジェクトが展開されている。法学者のなかには、ヨーロッパ域内の法の共通の基礎や共通の発展の可能性を示すためのイニシアティヴをとる者もいる。ヨーロッパ法学の発展ということもいわれる。しかし、どんなに楽天的な者であっても、そこには多くの問題があることは認めざるを得ない。

司法面での統一の一方法として提示されたヨーロッパ法学の概念を支持する法学者もいる。もちろん、これらの法律家が望んでいるのは、そのようにして作られた理論が法実務に受け入れられることであり、反対に、彼らが警戒しているのは、それが実務に受け入れられないか、あるいは、非常に限定的にしか受け入れられないことである。

しかし、実務家が国家的に振舞っている以上は、ヨーロッパ私法学は、せいぜい一学問領域の域を抜け出ることはできないとの指摘もある。そうだとすれば、理論と実践のあいだのギャップがより大きくなり、――創出されたとされる――ユス・コムーネは、各国の法実務になんらの影響も持たない理論上の遊びに堕してしまう可能性がある。

さらに、このような理論を提示する法律家が望むように、「共通の法が均衡に加えられることになる」そのときから、共通の核を特定することによって、ヨーロッパの多様な法制度の間に共通する特徴を確定する可能性も、かなりあやしいものであるように思われる。また、共通の言語が存在しないことも、そのようなヨーロッパ法学の発展にとっての障害となるであろう。

共通のヨーロッパ文化の発展を究極の目的とし、様々な国で用いられた方法に関する比較法的研究に主眼をおいたプロジェクトのなかで、ここ数年で展開された最も重要なものは、次の二つであろう。すなわち、「欧州私法の共通の核(The Common Core of European Private Law)」プロジェクトおよび「欧州ケースブック・プロジェクト(European case-books project)」である。他方、欧州諸国に共通の規則を創出することを目的とする長期的な射程をもつイニシアティヴとしては、国際的な商取引に関するユニドロワ諸原則や、(委員長を務めるデンマークの法学者オレ・ランド(Ole Lando)の名に由来する)欧州契約法の諸原則に関するランド委員会のプロジェクト、そして、ドイツ人学者クリスティアン・フォン・バール(Christian von Bar)によって主催されている欧州民法典プロジェクトがある。

(3)　ヨーロッパ私法の共通の核

一九九五年には、EUの枠組内での司法の統一に関して活発に議論がなされたが、同時に、構成国の国家法の間

には非常に多くの差異があることを意識して、「欧州私法の共通の核」という名のプロジェクトが開始された。そのイニシアティヴをとったのは、マリオ・ブッサーニ(Mario Bussani)とウーゴ・マテイ(Ugo Mattei)である。

百人を超える法律家が、主としてヨーロッパから、しかしそれだけではなく、アメリカ合衆国からも、このプロジェクトに積極的に参加した。その基本的な目的はＥＵ構成国の私法、とりわけ契約法、不法行為法、物権法の――存在すると想定された――共通の核を発見することにおかれた。ここでは、ＥＵの構成国の法制度のもつ様々な側面の背後にある、相違および共通の要素の探求がなされたのである。

このプロジェクトの鍵となる方法論は、ルドルフ・シュレンジンガー(Rudolf Schlensinger)がコーネル大学(Cornell University)で主催したセミナーにおいて実施したように、アンケートである。その目的は、ヨーロッパの法律の「地図」を描くことにあった。この地図を描いた「地図製作者」にとって、これがいかにして用いられるか、そして何のために用いられることになるのかは、その関心の外にあった。

この研究プロジェクトおよびヨーロッパ諸国の私法の共通の核の発見の基本的性格は、何らかの統一的な解決を提示するのではなく、現状の分析をする、というところにあった。つまり、この研究の目的は、できる限り正確に、ヨーロッパの様々な法制度を特徴づける要素を提示することにあったのである。

この研究においては、比較法の方法や技術が用いられ、それによって従来の伝統的な分析よりも正確かつ精密な分析が可能になったのであり、これらの複数の法制度に共通する多くの性格を特定することが可能になったとされる。こうして、共通の核についての研究は、司法の統一の進展ないし齟齬（差異）の縮減に間接的につながるものと評価することも可能である。同時に、それは、法の調和にとっても有益なものである。なぜなら、これによって、新たな共通の解決の確立のために用いられる信頼にたるデータが供給されることになるからである。しかしながら、

これはすべて、共通の核に関する研究の真の目的とは関係のない副作用である。なぜなら、共通の核に関する研究は、信頼に足る情報の提供に主眼を置くものであり、またそれに限定されるからである。

さらに、ヨーロッパ諸国の私法の共通の核に関する研究プロジェクトと、一連の規則の創出の声明やプランの類との間には基本的な差異の存在が指摘されうる。すなわち、後者の一連の規則は、合理性、調和、そして改革の理念を志向するものである。このような作業は、法規定の選択、そして、より一般的には、これらの理念の実現に寄与しうる素材の選択を前提とする。その結果、そのような枠組内に入ってこないものは、切り捨てられ、却下されることになる。反対に、複数国における法制度の共通の核に関する研究においては、その対象となる法制度の性格が、その作業の過程において常に重視され、それが最終的な「地図」の一部となることが要求されることになるのである。

(4)　欧州ケースブック

ヨーロッパの――存在するものと想定されている――共通法について一連の教科書を書くという、「ヨーロッパの共通法および法学教育の将来」という名のプロジェクトが、一九九一年にマーストリヒト大学によって主催された会議において提示された。このプロジェクトの管理委員会のメンバーとしては、ファン・ゲルフェン(W. Van Gerven)、デ・ヴィッテ(B. de Witte)、コープマンス(T. Koopmans)、ケッツ(H. Kötz)が挙げられる。

このような教科書の目的は、「ヨーロッパ諸国の生きた法のなかにすでに存在する共通の一般諸原則を明らかにすること」、そして、ヨーロッパ法学部――そのような大学ができるとして――あるいは、そのほかの法学部において用いられうるような教材や、裁判官による事件の解決に有益な原則や規則を探求するヨーロッパ諸国の裁判所

において用いることができるような教材を作ることにおかれた。

このプロジェクトは、主として、法学を学ぶ学生に向けられたものである。これは、学生が自分の国の法制度と異なる法制度を理解する必要があると考えられたために、その要素を学ぶことができるように、現存の教材の慎重な選別を行うことを前提とする。この選別は、大学の教官たちによってなされることになる。その理念は、判例、法律および理論を、学生たちに、共通の法学教育を提供しながら、外国法の諸要素を提示する目的のもとに用いることにある。

そのために選択された科目は、憲法、行政法、不法行為法、契約法、会社法、経済法、国際私法、刑法および社会保障法である。現在出版されつつある、あるいは出版される予定の教科書は、イギリス、フランスおよびドイツの法制度に関するものである。これらの教科書には、独自の解決法を提供するという要請のもと、他のヨーロッパ諸国の法制度に関する資料も含まれている。

(5)　ヨーロッパ契約法の諸原則

一九八〇年には、ヨーロッパ契約法委員会(Commission on European Contract Law)が、オレ・ランド教授の主催のもとで、「ヨーロッパ契約法の諸原則」の草案作成を開始した。その第一部は、一九九五年に公にされたが、そこには、契約に関する総則、契約の内容および執行が含まれている。第二部は二〇〇〇年に、第一部の改訂版とともに、公にされた。そして、二〇〇三年二月には、第三部が公にされた。

「諸原則」には、一三一の条文が含まれており、それぞれに注釈や比較法的な情報がつけられている。起草者の意図は、各国の法制度が提供する最善の解決を集めることにくわえ、伝統的な法制度によって提供される解決と比

べてより「進歩的」と思われる解決を提示することにもある。これらの「諸原則」の適用領域は、すべての契約に及び、それが商業的なものであるか否か、国家的なものであるか国際的なものであるかを問わない。その主たる目的は、ヨーロッパ契約法典の基礎を作ることにある。この「諸原則」は、そのような目的の達成に向けての第一段階と考えられているのである。

この「諸原則」は、アメリカの「契約に関するリステイトメント(Restatement on Contracts)」と多くの点で類似する。なぜなら、両者ともに、その基本理念が、新たな法を創出することにあり、単なる現存の法の分析に求められるのではないからである。両者の基本的差異は、「諸原則」においては、よりラディカルなアプローチの仕方がとられているところにある。それは、所与の法制度の中に現存する解決法のなかからの単なる選択ではない。ときに、彼らは、異なる法環境に実践的な解決を提供しなければならないがために、ヨーロッパのいずれの国の法制度にも存在しない規則を提供することもあるのである。

(6)　国際商取引に関するユニドロワ諸原則

一九七一年には、すでに、ローマにおいて「私法統一国際協会(International Institute for the Unification of Private Law; UNIDROIT)」が、国際的な商契約に関する諸原則についての単一の（統一的）規定を作るという理念を打ち出していた。一九八〇年には、ボネル(M. Bonell)の主催のもと、ワーク・グループが立ち上げられ、草案を作成した。最終的には、一九九四年にユニドロワ諸原則の第一部が公にされ、一九九九年には第二部が、二〇〇三年には第三部が公刊された。

ユニドロワ諸原則の適用領域は、国際的な商契約に限定される。これらの原則は、規制的な意味を持つという

「野望」を持っているが、実際には、その源が国ではないために、拘束力のないソフト・ローとして理解されている。その目的は、共通の法的環境の創出を推し進めるところにあり、立法によってそれを強行的なものとすることにあるわけではない。法制度間の差異の大きさを考えると、このような義務づけの努力は失敗する可能性が高い、というのが起草者の意見である。

起草者によれば、この「諸原則」の適用には、五つの可能性が考えられる。第一に、これらの諸原則は、当事者が自らの契約にその旨記載した場合に適用されうる。これは、和解の場合にのみ可能となる。なぜなら、当事者が国の裁判所に訴える場合には、裁判所はその国の国際私法に関する規則を適用することになり、それによって、当該契約の準拠法が決定されることになるからである。

第二に、「諸原則」は、当事者が、自らの契約が「法の一般原則」または「国際商慣習法(lex mercatoria)」に服することに合意する場合、あるいはこれに類似の表現を用いた場合に、適用されうる。しかし、契約の当事者がこのような表現を用いるということはほとんどありえないことのように思われる。

第三に、「諸原則」は、準拠法の具体的規定を決定することが不可能である場合、または、その決定のために多くの労力や時間が必要とされるような場合に、解決策を提供する可能性がある。「諸原則」の起草者は、彼らが提供する解決は、通常の法廷地法(lex fori)の援用よりもよいものでありうると考えている。

第四に、「諸原則」は、国際条約によって成立した国際的な統一規則の解釈または補完のために用いられる可能性がある。これは、もちろん、そのような国際条約が自律的な解釈を予定し、要求している場合に問題となる。この場合には、国内の裁判所および仲裁者は、国内の法制度の解釈を援用する権利を認められないため、「諸原則」の力を借りて判断を下す可能性があるのである。

第五に、「諸原則」は、国内の新立法のためのモデルとしてだけでなく、国際条約等のモデルとしても用いられうる。

(7)　ヨーロッパ民法典

ヨーロッパ民法典という統一法制の創出の発想は、最初から、法律家の世界において多くの議論と批判を生み出した。共通のヨーロッパ法の形成のために、このような法制を創出する必要は本当にあるのか。そもそもそのようなものを作ることは可能か。あるいは、法の調和は他の方法によって達成可能であるのに、そのようなものを作り出すことに意味があるのか。さらに、統一民法典が必要か否かを誰が決めるのか、あるいはどのような規定がそこに含まれるべきかといった問題が提示された。

一九八九年五月二六日および一九九四年五月六日には、欧州議会は、二つの「決定」により、ヨーロッパ私法典の創出の提案を採択した。さらに、二〇〇〇年五月および二〇〇一年一一月にも、二〇〇一年七月一一日にも、欧州委員会による告示があった。

この法典の研究および起草に従事した法学者のグループは、三つのレベルで作業を進めてきた。すなわち、ドイツの法学者、フォン・バールが議長を務める指導委員会(directory committee)と、調整グループ(coordinating group)と、作業グループ(working groups)である。指導委員会はオーガナイゼーションを担当するのに対し、調整グループは、大学の研究者のみによって構成され、作業グループによって準備された草案についての議論を担当する。そして、作業グループは、若手の法律家とによって構成され、監督者によって指導された。これらの委員会およびグループのメンバーは、フォン・バールという「ピラミッドの頂点」によって選任され、そこでは、共通の

言語として英語が用いられた。二〇〇一年には、議長から、最終的な版には、ドイツ語、フランス語およびイタリア語の翻訳がつけられる旨報告された。

ヨーロッパ民法典の発想の指導者となったフォン・バールは、ヨーロッパを統一的な全体と見るようにしなければならないと説いた。このような観点から見れば、ヨーロッパ私法は、奇妙なものには見えない。ヨーロッパ民法典の起草プロジェクトに従事した委員会およびグループのメンバーは、議論の統合や単一のコンセプトやシステムの提示――必要と判断された場合には、新たなコンセプトや新たなシステムの提示――ほどには、法の比較には関心を払わなかった。その目的は、バールが指摘するように――その実現が言葉で言うほど簡単でないことは知りつつも――議論の場の拡大であり、全ヨーロッパ的な学問的なネットを形成することにあったのである。

このような法典がどのような内容になるのかは不透明である。さらに、共通の法的枠組の創出のための諸措置の実行の可能性が、法の施行にまで及ぶのか否かも疑わしい。

法律家たちは、このようなプロジェクトとは反対に、マーストリヒト条約に定められた「補充原則」は、このような法典の施行を許すものではないとしている。なぜなら、ＥＵは、排他的な権限を持たない分野――私法分野もその一つである――においては、追求されるべき目的が国家のイニシアティヴによっては達成不可能であるときに限って介入することができるにすぎないからである。ＥＵ法の選択的調整は、有益である。しかしそれは選択的なものにとどまるべきである。中心的な権限の掌握は、その任務の外にあるのである。

ＥＵが、ヨーロッパ民法典を「強行する」権限を持っているか否かという問題に加えて、そのような計画それ自体についての正当性ないし意義についても、疑義が提示されている。

私法の法典化は、法実証主義とも関連がある。今日において、多くの西洋諸国において、法実証主義は主導的な

イデオロギーではなくなってきているが、そうであるがゆえに、中心的な政治的権威の発現としてのヨーロッパ民法典は、時代精神に適合しないものといえるであろう。もっとも、このような見解に対しては、たとえば、中央・東ヨーロッパにおいては、法典主義の発想が再び興隆を見ている国もあるとの反論もある。

また、統一的な規則の創出は、必ずしも統一法の創出を意味するものではないとの主張もある。各規則の持つ意味は、それが施行される法文化的な枠組に大きく依存する。その結果、同一の規則は、言語が関係してくることになる以上、異なる国の法的枠組においては、異なる形で解釈されることが多い。このような異なる解釈は、伝統的に異なる「法系」、すなわち、大陸法とコモン・ローのあいだではより明確なものとなる。

さらに、ヨーロッパの統一法典の目的は、大陸諸国の法律家の「メンタリティー」を、最善のものとしてコモン・ローの法律家に押しつけるものである限りにおいて、非常識なものと理解される可能性もある。実際には、このような法典作成構想においては――他の同種の構想と同様に――、そこで目的とされていたことが、文化的な差異を、経済的目標に従属させることになる。その目的は、つねに、域内市場、すなわちヨーロッパ経済市場の発展にあるのである。

ヨーロッパ民法典が国家法にとって代わるものであるとすれば、それを採択する国にとって、個別の分野において適正な法規制を行うことが難しくなるだろうとの指摘がなされていることは興味深い。立法者は、裁判官に紛争解決のための指針を提示するような具体的な規則を定めることができた。にもかかわらず、この種の具体的な規則の施行に関して合意が得られる可能性は非常に小さいのである。

一般的な諸原則の創出のほうがより好ましい解決になりうる可能性が高いように思われる。しかし、この場合にも、各国の裁判所によってそのような諸原則について異なる解釈がなされるという――非常にその生起の蓋然性の

高い――問題が生ずることは明らかである。これは、いわゆる法の統一の幻想である。

さらに、ヨーロッパ民法典の創出に対しては、統一法の創出は、「必要以上のものを達成することになる」との批判がなされている。私法に関するいくつかの規則の統一という当初の目的は、統一市場の中での取引の促進にあるとすれば、統一民法典の必要はない。よく指摘されるように、ＥＵのもとで法の統一を行うことを最良と信ずる者であっても、ＥＵにヨーロッパ民法典の起草を行うことを正当化するような法的基礎を見出すことは困難である。なぜなら、民事立法権は、伝統的に各構成国の権限に属するものとされてきたからである。

私法の分野が、主として、「文化、同一性、集団心理、各民衆の日常生活」にかかわるものであること、そして、それが各国の権限に属するものであることは疑いがない。したがって、各構成国の現行民法典にとってかわることを目的としたヨーロッパ民法典は、各国の権限の「強奪行為、剥奪行為として、市民の頭の上から降ってくる」ものである。各国の民法典は、歴史を通じて、その国の特徴に統合されてきた。「昨日は書かれた法であったものが、今日は生ける法となる。……法典は博物館ではなく、民家なのである。それは、我々が訪れるべき塔ではなく、我々が住み着くべき住居なのである」。

より一般的には、異なる法システムに属する法律家――研究者、言語学者、翻訳家、そして実務家――たちの学術的な会合は、国家法の発展に関する限りで有益かつ実益の多いものである。大学間の研究者や学生の交換も、外国の司法制度やメンタリティーを理解するための最良の方法の一つである。

しかし、これらは、法の人工的統一がなされてしまえば、無益なものとなる。このような統一は、必ずしも人々の調和的な強制に結びつくとは限らない。なぜなら、強制された類似性は、自らのアイデンティティ、すなわち、人間の疑いのない目的である個別的な発展を守るために、敵対心を助長し、積極的な離反をも生み出すことが多い

からである。

比較法が自由であることが強調されるのは、そのためである。そして、この自由は、ときに、その目的によっては、一定の外国の法的規則を借用することを、国家法に勧めることもある。

訳者あとがき

本稿は、エレニ・ムスタイラ（Ελένη Μουστάϊρα）助教授により、二〇〇五年二月二一日に、「市民生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証」平成一四―一七年度科学研究費補助金・基盤研究（A）の第二ユニット研究会においてなされた報告を翻訳したものである。

エレニ・ムスタイラ助教授は、ギリシャ共和国アテネ大学の法学部で、比較法を担当されている。代表的な著作としては、The equality of creditors in private international law of bankruptcies [*in Greek*], Athens – Komotini 1992 ; Forum Non Conveniens. The equity in the frame of legality [*in Greek*], Athens – Komotini 1995 ; The evolution of private international law in United States of America. Tradition – Revolution – Counter – revolution [*in Greek*], Athens 1996 ; Milestones in the Course of Comparative Law. Thesis and Antithesis [*in Greek*], Athens-Komotini 2003 ; Comparative law. University courses [*in Greek*], Athens – Komotini 2004 等が挙げられる。ムスタイラ助教授には、本研究会において、比較法学の観点から、ヨーロッパにおいてなされてきた「法の統合」の試みについて、批判的に検討していただき、その後、EU統合が進むなかで、各構成国の文化的・制度的な多様性をいかにして維持していくかについて、参加者の間で活発な議論が行われた。