

## 西側と東側の法制度の比較についての方法と問題点

フリードリッヒ・ヒックリスチャン・シュレーダー

岡野光雄 訳

早稲田大学比較法研究所の創立三〇周年の記念講演を行なわせていただくことを、非常に光栄に存じております。三〇年前、私は、ミュンヘンの東欧法研究所において、ラインハルト・マウラッハ教授のもとで、ソヴィエト法に関するはじめての研究を書き上げました。<sup>(1)</sup> 西側と東側の法制度の比較についての私の経験をお話する機会をえましたことを感謝いたしております。

### 一 用語についての前置き

「西側の」および「東側の」諸国という概念、ならびに主として西ドイツにおいて用いられている「東欧法」(Ostrecht)という概念には問題があります。日本ぐらいそのことが明らかになる国はほかにありません。ヨーロッパ人にとつては、——地理的にみれば——日本も東側の国であり、また、日本にとっては、東ヨーロッパ諸国は地理的に

西側と東側の法制度の比較についての方法と問題点(岡野)

は西側の諸国であります。このような表示が意味しているのは、もちろん、地理的な方角ではなく、「東側の」という意味は、ソヴィエト連邦およびその影響下にある東ヨーロッパ諸国と東アジア諸国であります。少し前からは、キューバーさえもこれに加えなければなりません。このような表示が依然として維持されているのは、これ以外の表示ではより一層不都合が生ずるからです。いま挙げた諸国家はみずから「社会主義」国家と呼んでおります。しかしながら、マルクスとエンゲルスはその有名な宣言を「共産主義」と名づけましたが、それは明確に言明された目的のためであり、その目的とはあまりラディカルでない運動と一線を画するためでありました。その後、レーニンが、「社会主義」という概念をマルクスのいわゆる「共産主義社会の第一段階」と規定し、また、「共産主義」という概念を「共産主義社会の第二段階」と規定しました。スターリンは、一九三六年にソヴィエト連邦で「社会主義」が実現されるであろうと権威的に言明しました。他の東ヨーロッパ諸国は、六〇年代になって、はじめはソヴィエト連邦とは調和していなかったものを引きずっております。それ故、「社会主義」という表示では、全く一面的な、そしてこれらの国以外では決して承認されない特別の概念を使用することになるでしょう。「共産主義」国家という表示は、マルクスとその後継者がはじめは「共産主義」を全く特別な特徴をもった歴史上の特定の発展段階と解していた、という事実を照らすと、いまでもあまりふさわしいものではありません。このような表示は、それにふさわしい政党に対してのみ、もちろん、その政党が「共産主義」を目指すための要約された公式として支持することができません。それ故、西ドイツでは七〇年代に「共産主義によって統治された」国家という表示を苦心して作りましたが、学問的にはもっともまぎらわしくないものといえるでしょう。

このような種々の困難な点を考えると、「西側」および「東側」の諸国という概念は、おそらく、もっとも問題が

少ないといえるでしよう。<sup>(2)</sup>このような概念形成が支持されるのは、ドイツ語の「東欧政治」という概念が外来語としていろいろの世界の言葉に入り込んでしまったことよってであります。

「西側」と「東側」の諸国における法が部分的には著しい差異を示しているという事実は、決して「比較」のための障害とはなりません。「比較する」という概念は、相違を確認することも包含しています。アメリカの法律学者ジエローム・フランク (Jerome Frank) は、「対照 (kontrastierend)」比較法という表現を用いております。<sup>(3)</sup>

## 二 比較対象の範囲と同質性

西側と東側の法制度の比較についての方法と問題点を論究する場合、比較対象、すなわち、「東側」と「西側」の法制度の一定の同質性から出発するのがふつうです。この場合、一つの制度の内の「内部の制度的な」比較法とは反対に、「国家間の制度的な」比較法、すなわち、異なった制度間の比較法についても論じております。さて、上述した意味での「東側」諸国とは、ソヴィエト連邦、ポーランド、ブルガリア、ルーマニア、チェコスロヴァキア、ハンガリー、東ドイツ、ユーゴスラヴィア、アルバニア、中国、モンゴル、北朝鮮、ベトナム、キューバ、そして、カンボジア、さらに、多分、アフガニスタン、アンゴラ、エジプト、そして、ラオスであり、したがって、一九カ国になります。「西側」諸国という概念はこれを正確に輪郭づけるのは困難ですが、西ヨーロッパ諸国および北アメリカ諸国、ならびに日本およびオーストラリアのほかに、約二〇の種々の国家に及んでいます。

それにもかかわらず、伝統的ながつ一般に承認されている比較法の目的は、無数の国家の法制度をいわゆる「法律圏 (Rechtskreisen)」または「法的同族 (Rechtsfamilien)」にまとめること<sup>(4)</sup>であります。この場合、「東側の」法制度

の独自性は、固有の法律圏として一般に承認されています。<sup>(4)</sup>「西側」諸国は、もちろん、異なった法律圏、すなわち、英米法圏と大陸法圏に属しており、後者はいまでもしばしばローマ法圏とゲルマン法圏に分けられております。<sup>(5)</sup>日本法は、主として、固有の法律圏、北東アジア法律圏に数えられていますが、しかしながら、フランス法、ドイツ法、第二次大戦後は、なかんずく、英米法の強い影響を受けております。<sup>(6)</sup>

「東側の」法律圏は、共産主義イデオロギーへの共通した方向づけによって、また当該国家における共産党の支配によって、ならびにソヴィエト連邦の権力的影響によって、共通の特徴を示しています。「西側」諸国では、異なった法律圏に属している限りにおいても、全くこのような特徴は見られません。さらに、「西側」諸国は、法の機能と個人相互間の権利についての一定の共通した承認によって、互いに結びついております。

このように論述することは、「西側の」法制度と「東側の」法律圏はそれぞれ全体的にのみ相互比較されうること（いわゆるマクロ比較法<sup>(7)</sup>）を意味するものではありません。個々の国家間における二つの制度の比較も有意義であり、それどころか、止むをえない一括的な全体的比較よりもしばしばはるかに有意義であります。しかし、その場合でも、常に、異なった法律圏に属しているということが背景にあります。とくに、個々の「東側」諸国の法を調査する際には、「東側の」法律圏の内部でそれぞれの規制が行き渡っているかどうか、あるいは単一のものにすぎないのかどうかを指摘することが得策であります。

### 三 東・西比較法の機能

東・西比較法の方法は、その機能にかかっています。一般に承認されている比較法の機能によっては、「西側」と

「東側」の法制度間の法的統一化はほとんどその力を發揮できません。しかしながら、私は、いづれにせよ、比較法のこのような機能は最後に位するものと考えております。それは、世紀末の無邪気な楽天主義に基づくものであり、このような楽天主義はこれまでの発展によって論破されています。さらに、比較法のこのような機能が自己を排除するにいたると思われるのは、比較法は異なった法制度の存在を前提としているからであります。立法者を支援するというしほば挙げられてきた比較法の任務も、東・西比較法の場合には、主として単に見せしめを警告するものとして現われています。しかも、そのために、自己の法をより良く認識するという機能、および政治上のかつイデオロギー上の基本的な考えが法に影響を及ぼしていることを認識するという機能が、ますます強く特徴づけられています。たとえば、旅行者、商社員、学者のために「東側の」法制度に関する情報を提供するという機能も、また重要です。たしかに、このような機能は、しほば単なる「外国法学 (Auslandsrchtkunde)」とみられており、価値の少ないものとみなされています。<sup>(9)</sup> しかしながら、このような情報は、情報を提供される者にとってはその国内法についての知識を得ることになるはずであり、それ故、「簡約比較法 (abgekürzte Rechtsvergleichung)」です。<sup>(10)</sup> したがって、このような情報は、通説とは反対に、解釈比較法より価値の少ないものではありませんが、たいていの場合、かなりめんどろなものであります。

これに加わる機能は、法制度の特殊性を知ることによってその国民に対する理解を深めるという機能、および国際的な共同研究という機能であります。最近、法の問題に関する数え切れないほどの東・西のシンポジウム、コロキウム、著作集がみられますが、これらは、関係学者間の、その研究所間の、さらに最近では、国家間の共同研究を非常に促進させております。もちろん、これに関して、一定の問題点を指摘しなければなりません。国際的な共同研究を

行うために、比較法的な総括的論文集が編集されたり、シンポジウムが開かれたりしますが、その際、「東側の」法制度に関する国別報告をする法律学者がその国自身から動員されることがますます多くなっております。外国法に関する情報は可能な限り「簡約比較法」であるべきだと考えるだけに、たいいていの場合、このような学者ではそうすることができません。当該外国法についての優れた知識を有する自国の学者の方が、たいいていの場合、それによく適しております。それ故、この場合、国際的な共同研究の機能は、比較法の機能と矛盾することになります。<sup>(1)</sup>

#### 四 イデオロギーに批判的な政治学からのアプローチ

または法律学からのアプローチ

共産主義のイデオロギーは、本来、革命後には法は死滅すべきものであると主張していました。二〇年代に、ソヴィエト連邦ではこのような見解が主張され、そして、法典は一般的に述べられたわずかの条文に還元されました。スターリンは、一九三六年に「社会主義」が出現すると予告したにもかかわらず、ソヴィエト連邦は法なくしてはやって行けないであろうと見抜いておりました。彼は、今度は、以前の方向を「法ニヒリズム」と罵倒しました。しかしながら、「社会主義」法は、「ブルジョア」法と共通するところの全くない質の高い法と見られていました。今日でもなお、ソヴィエトの法学では、ソヴィエト法は共産主義のイデオロギー的基礎から断固として派生したものであり、その一般原理を実現するものである、という見解が主張されております。

このような主張は、西側の東欧法研究者の多くによって無批判に受け入れられています。彼等は、その比較的叙述を、東と西における法の機能について基本的見解が異なることの記述に集中させています。これらの研究は、「東側」

諸国においては法は政治に従属しているというテーゼ、また、政治目標を貫徹するために、徹頭徹尾、法の細部にいたるまで厳しく組織化するというテーゼに、たいいていの場合、非常に早く到達しております。彼等はそれによって「東側の」法制度を暴露しようとしたにもかかわらず、もっぱら他の評価によって、「東側の」法理論の主張と宣伝そのものを受け入れております。なぜなら、原理を貫徹し、司法機構のもっとも下位の構成員にまで指導の指図を貫徹することは、組織上の重要な仕事だからであります。それ故、非常に興味がありかつ重要なことは、どのようにしてこのような仕事達成されるのか、また、そもそも達成されるのかどうかという問題であります。なぜなら、具体的に再調査をしますと、「東側の」法制度によって主張されている特定の原理の実現は、しばしば、単なる宣伝的主張であることが判明するからであります。

このような努力は、これ以外の事情によってさらに支援を受けています。「東側の」国家学と法律学は「西側の」法に対する「東側の」法の原理上の違いを主張するにもかわならず、ソヴィエト連邦は伝統的な法からたくさんの法制度と基本概念を受け継いでいます。ソヴィエト連邦は部分的には外見上これらの制度を受け継いではいませんが、内容的には違った機能を営んでおります。しかし、他の制度や基本概念は実際にも受け継がれています。それに加えて、個々の「東側」諸国の間で法制度に著しい違いが存するということがあります。すべての「東側」諸国に唯一存在している法制度というものを見つけ出すことはほとんどありません。このような理由から、法律圏ないし法的同族を限界づける際、比較法には次のような見解、すなわち、「東側」諸国の法の共通性と「西側の」法に対するその差異は、社会の形態、保護される価値、ならびに支配的なイデオロギーおよび政治におけるよりも、法律的技術と法制度における方が少ないと思われる、という見解が存在しています。

そこで、ダヴィド (David) によると、法律的技術 (それは、再び、法的語い、法源の順位および法律家の方法論に分類されますが) と並んで法的同族の区分にとって決定的なのは、社会の形態、哲学、政治的ならびに経済的秩序であります。<sup>(12)</sup>

ジョン・ハザード (John Hazard) は、「共產主義者とその法」という著作の中でこのような見解に従っており、その際、彼にとって重要なことは、共產主義の法的同族を他の大きな法的同族から一線を画するという問題よりも、むしろ、個々の共產主義国家の法に著しい差異があるにもかかわらず、これらの国家の法の「共通の核」になお到達することであり<sup>(13)</sup>ます。彼によれば、このような共通の核、それ故、他の法的同族との相違は、法の発見および法の適用の方法の中にもみられないし、法と政治、経済および社会機構との緊密なからみ合いを承認することの中にもみられない。むしろ、それは、根底にある価値そのものの中に、なかんずく、現行の道徳規範、および政治的、経済的ならびに社会的構造の中にみられる。第一の相違は、経済的ファクター、すなわち、完全国有のかつ計画された経済の実施に際し社会のあらゆる要素とその制度にわくをはめることである。第二の相違の特徴は、政治的なもの、すなわち、厳格な、そのうえ不変の指導を確保するための社会の構築です。それ以外の特徴は、全体的な社会的わくはめ、あらゆる生活領域の把握である。国家の死滅という構想でさえ、このような経済的、政治的および社会的変遷を遂げますが、この構想には住民がそれに強く関与することになる、ということでもあります。

コンスタンチネスコ (Constantinesco) によると、法的同族ないし法律圏への組み入れを決定する法秩序の決定的要素は、とりわけ経済体制と公的イデオロギーだとされています。<sup>(14)</sup>

このような見解も、自分たちが「東」側の国だからという点にその支えを見出し出しているのは、注目に値します。

そこで、「東」にも「西」にも同じ規則があるという指摘に対しては異議が唱えられており、同じ規則があるとは、経済的政治的関係を度外視したことになるのであって、このような種類を異にする政治的経済的関係のため、「東側」諸国における法制度は全く異なった性質を有しているのだとしております。<sup>(15)</sup>

この種のテーゼによると、法律学の領域は放棄され、これに代って、イデオロギー批判と政治学が立ち入ってきてしまいます。比較法は比較政治学となるのです。

われわれの見解によると、共產主義国家の法の研究にとつても特別な法律的アプローチが必要とされます。この法律的アプローチは決して単なる法律上のポチョムキン（訳者註・「見せかけ」の意味）の村（訳者註・「見せかけ」の意味）を認めようとするものではありません。それは、まずもって、当該法規範に向けられなければなりません。「東側」諸国は分化した規範体系を意のままにすることができません。とくに、この規範体系についての詳細な研究は、すでに実定法の中に個人の権利に対する重大な制限がなされていることも提示しています。たしかに、このような制限はしばしば文言上は隠されていますが、しかし、詳しく分析すると、また、なかならず当該国家の住民にとつては全く認識が可能です。それ故、もつとも重要な自由権でさえ、ソヴェト憲法では次のような付加条項、すなわち、自由権は「民族の利益との一致において、かつ社会主義秩序の確立と発展のために」、および、「共產主義構造の目標との一致において」保障される、という付加条項を有しています。このことから明白となるのは、自由権の著しい機能化であり、このような機能への従属であります。さらに、基本権も、ソヴェト憲法ではそれぞれ、この権利は特定の制度と処置によって保護ないしは保障される、という付加条項を有しております。このことから明らかになるのは、基本権は言及された保護においてその持分が制限されており、それ以外の機能を何ら有していないということです。結局、自由権の「主張」はいま

でも基本的義務の履行に従属させられており、そのために欠かせないのは、ソヴェエト法と社会主義共同生活の規則の遵守、ソヴェエト国家の利益の保護、および、その権力と權威を強化するための協力であります。それ故、まさに実定法から自由権に対する制限が、それがゼロに還元されないにせよ、生じています。したがって、基本権の制限を説明するために、共産主義の法理論では個人の立場が軽視されていることについて長々と詳しく論ずる必要はありません。

「東側の」法制度では、一般条項や不明確な法概念が非常に多く用いられています。このことは、なかんずく、個人に不利となる法規定、それ故、資格に対する干渉権限の付与や制限に妥当します。とくに刑法の中に「ゴム条文」(訳者註・弾力性のあるあいまいな条文)が存在するのは、一九五六年以来、「東側」諸国において「法律なければ刑罰なし」という原則が承認されていますが、この原則も不明確な構成要件によって侵害されているという事実が今まで認識されていないからであります。

「西側の」法制度にとってはすでに久しく、次のこと、すなわち、法の現実の形成は、単に法規範によってではなく、裁判官の法の適用によって明確に決定されるということが認識されているので、<sup>(16)</sup>「東側の」法制度の規範におけるはつきりと分る解釈の余地ならびに政治機関の強力な干渉に直面するとき、このことはなお一層妥当するものといわなければなりません。

「東側の」法制度の研究は、法の適用についても始めなければなりません。

法の本質とその「有用な役割」に関する共産主義の法理論についての意見はすべて、それが法規範の適用に作用を及ぼす限りでのみ、また、どのように及ぼすかの限りでのみ、これを考慮すべきです。その際、まず第一に、解釈の

権限を検討しなければなりません。ここで、まず明らかになるのは、「西側」と「東側」の法制度の間の深刻な、またしばしば誤解されている相違です。たしかに、法律に対する解釈の余地は、「東側」諸国では「西側」諸国におけるよりも著しく大きいです。しかしながら、個々の裁判官の大きな解釈の権限がそこから生ずるものではありません。なぜなら、「東側」諸国では、解釈の権限は最高裁判所に集中しているからです。すべての「東側」諸国では、最高裁判所は、特定の事件をいかに解決すべきかについて具体的な手続を顧慮しないで一般的な指図を発することができます。それ故、最高裁判所は、法の重要な具体化と拘束力のある法解釈を行っています。このほかに、最高裁判所は、個々の裁判所の判例を指導するために、他の機関の全系列を自由に処理できます。<sup>(17)</sup> 政党も、その決定によって、法の適用のための一般的な指図を与えています。

このほかに、個々の事件における政党の干渉もあります。このため、その間、「電話権 (Telefonrecht)」が発展して制度になりました。その意味するところは、特定の裁判につき裁判官に対し電話によって指図することと、反対に、特定の裁判のために裁判官が電話によって問い合せることです。ソヴィエト連邦では、もちろん、この点、党本部の影響は、——部分的には争いがありますが——地方の党幹部の影響より少ないです。もちろん、このことは、また、はじめから法に対する政治の優位さを、したがって、実定法を顧慮されないものと宣言するという結果をもたらすものではありません。比較法では、このような干渉可能性はむしろ法の適用の範囲で調査されるべきであり、この場合、裁判所の独立性のところでも調査されるべきであります。

法律学的方法によって、また、「社会主義」法律圏の単一性と「西側の」法律圏に対するその限界を確かめることができます。この場合にも、決定的となりうるのは、法的理念やモデルの表象ではなく、また、決して「東側」諸国

の政治目標ではなく、このような表象がどの程度法の現実に入り込むかの基準となるにすぎません。このために、全体の法を特別な政治的表象によって特徴づけたり、完全に組み立てたりすることは決して必要ではありません。むしろ、一方で制度の政治目標を十分に確保するために、他方で法に服従している者のために制度の中の「法律上の生活の質」を決定的に変えるためには、ほんのわずかの構成要件と法制度でたります。私は、このような構成要件と法制度を「鍵の構成要件 (Schlüsselbestandteile)」と「鍵の法制度 (Schlüsselrechtsinstitute)」と呼びました。<sup>(18)</sup> このような「鍵の構成要件」とは、たとえば、刑法にとっては、ならず者ないし無法行為、労働嫌忌(寄生)の禁止、自国を捨てることに対する犯罪構成要件、反共産主義的意見および個人的な企業活動の可罰性、制裁としての団体の監視、改善のための労働および全財産の没収であり、民法における「鍵の法制度」とは、たとえば契約の自由とか、許されない契約の対象物を没収する可能性であり、家族法においては親権剥奪の可能性であります。ポーランドの学者・イゴア・アンドレイエフ (Igor Andrejew) は、広範囲にわたってこのような概念に従っております。<sup>(19)</sup>

この「鍵の構成要件」と「鍵の法制度」から比較的早く明らかとなるのは、「東側の」法制度と「西側の」法制度の明白な差異のみならず、「東側の」法律圏の目に見えるような単一性でもあります。もちろん、この鍵の構成要件の場合にも、すべての「東側の」法制度に存在するような鍵の構成要件はないといつてよいでしょう。この場合は、これ以外の概念、すなわち、タイプないしはモデルの概念の助けを借りなければなりません。「東側の」法制度にはしばしば存在し、「西側の」法制度にはあまり存在しない構成要件と法制度から、「東側の」法のタイプまたはモデルを形成することができません。「東側の」法律圏に属しているというためには、典型的なもののみなされる構成要件と法制度の全てが当該法制度の中に存在する必要はなく、その多くが存在すればたります。このような方法は、それ

その法制度がどの程度タイプまたはモデルに近いかの決定を補足的に可能ならしめます。この場合、ソヴィエト連邦への政治的従属の程度との興味ある相関関係が明らかになります。

## 五 東・西比較法の概念関係的または機能関係的方法

東欧法の研究と東・西比較法のために、可能な方法の全カタログの輪郭を描こうという努力がなされてきました。ここでは、記述的、概念・理論的、法・機能的、社会・機能的、歴史的、対照的、そして類型学的方法という区別がなされています。<sup>(20)</sup> このような方法がすべて相互に厳密に分けられるかどうかは疑わしいものです。また、「記述的」方法が一般に比較の方法となるかも疑いのあるところです。「概念・理論的」比較法という概念は多義的です。決定的な対立が現われるのは、比較法は、二つの異なった法律制度における同じような文言のまたは類似の法概念と法律制度を結びつけ、その内容と機能を問題にするのか、それとも反対に、特定の機能に結びつけ、また、その法的解決を問題にするのかどうか、という点です。後者の方法が以前から比較法における「機能的」方法として有力であり、他方、前者の方法は古くなったものとみなされています。

実際に、機能的方法は、東・西比較法に対しても、優れた、そしてしばしば非常に興味のある成果をもたらせています。とくに、機能的方法によってのみ、「東側の」法律制度における国家による禁止を回避するためにしばしば行われる法律行為の把握が可能となります。たとえば、ソヴィエト連邦では、土地の個人的な所有は可能でなく、また、土地の取引きが禁止されているのがそうです。しかし、小さな個人住宅に関しては両者とも可能です。土地の取引きの禁止は、いまだでは、見せかけの建物の建築と売却によって、また、土地利用権を持ち込んで組合契約を締結するこ

とによって回避されています。<sup>(21)</sup>「東側の」法律制度における不十分な行政法上の保護は、部分的には、検察官の一般的な監視によって、また、新聞の強い社会的制裁機能と抑制機能によって補正されていますが、それは、もちろん、あらゆるに多数のそしてしばしば効果のある名誉毀損訴訟を招来しています。<sup>(22)</sup>

しかし、他方において、比較法の概念・理論的方法もまさに東・西比較法にとって非常に重要であります。ソヴィエト連邦が、三〇年来、「西側の」法概念と法律制度、たとえば、責任と刑罰、基本権と個人の権利等をもはや「ブルジョア的」および「資本主義的」なものとして拒否するのではなく、これを受け入れ、そしてその機能を変える方へ移行していることはすでに言及しました。概念・理論的方法の助けを借りて、概念のあいまいさと機能障害を暴露し、そしてその仮面を剥ぐ必要があります。たとえば、東側の法律制度における基本権は、自由権、国家に対する抵抗権としてではなく、共同形成権、すなわち、社会主義制度を共同して形成する権利として把握されているのがそうです。

規範と制度は、「西側」国家に対する「東側」国家の隔絶に直面するとき、社会の現実を帰納的に推論するための重要な補助手段となりえます。一つの例を提供するのがソヴィエトの薬物立法です。いまでもソヴィエトの公的宣伝では、薬物の乱用を西側の生活様式の展望のなごの典型的な産物として表現する一方、六〇年代の初めから、薬物乱用に対する一連の法律を次々と発布してきましたが、その構成要件（取引き、発送、未成年者を薬物乱用へと誘惑すること）にはソヴィエトにおける薬物乱用の社会の現実が明白に反映しております。そして、ソヴィエト社会主義共和国連邦の最高裁判所が、すでに一九六六年、にせの薬物を売却することが薬物立法違反となるのか、それとも単なる詐欺罪となるかの問題について態度を決定しなければならなくなったとき、<sup>(23)</sup>重要なことは、その存在に対する疑念がも

はやありえないような進行した薬物シートの典型的な現象であります。

いずれにせよ、比較法の概念・理論的方法に対して留保を付するとしても、その結果、法理論は比較法の正当かつ実り豊かな対象とはみなされないなどというような結論になるのであつてはなりません。すでに述べたように、特定のイデオロギーが法にどのような影響を及ぼしているかの研究は、東・西比較法のもっとも重要な任務の一つであります。このために、理論はまさに非常に興味のある解明をもたらせています。その例として、すでに基本権<sup>(24)</sup>についての理論を指摘しました。これ以外の興味ある比較対象は、犯罪行為の構成です。

結局、東・西比較法における「概念・理論的」方法を広く拒絶すると、比較する者は外国法を事実<sup>(25)</sup>に則して把握するためにはしばしば自国の理論体系を展開しなければならぬ、という点に目を向けることもできなくなり得ます。

このような課題がまさに東側の法制度を研究する際に非常にしばしば現われるのは、これらの国の法律学が、イデオロギー上の理由にせよ、能力がないにせよ、その法を把握するための、人を納得させるにたたる概念の利用手段を往々にして何ら示していないからです。たとえば、ソヴィエト刑法学における「国民経済に対する重大な犯罪行為」が、それぞれの侵害される経済の「領域」によって実がなくかつ形式主義的に構成されているのがそうであります。その結果、法益、発現形態および行為者の目的の点できわめて緊密に關係している投機と個人的な企業活動の構成要件が互いに非常に離れて取扱われており、そして、比較分析のためのそれぞれの可能性、それ故、二つの構成要件の厳密な限界づけがさえぎられております。<sup>(26)</sup>ソヴィエトの国家法学と「東側」諸国の法律学一般にとつては、支配的な共産党の立場を国家法と憲法に組み入れることは、人を納得させるほどには成功していません。これに反し、この場合、「西側の」東欧法学は、「内部」と「外部」の国家法を区別することによって（マウラッハ）、また、「形式的」

と「実質的」な憲法を区別することによって（マイスナー）有用なモデルを提供しております。<sup>(27)</sup>

## 六 東・西比較法における歴史的方法

法規範と法制度の歴史的発展を叙述することが比較法において有意義なのは、歴史的発展がしばしばそれぞれの法制度の一定の特殊性の原因となっているからです。<sup>(28)</sup> 東・西比較法の際に、歴史的方法がこれ以外に特別の意義を有するのは、「東側の」法制度の短い歴史の中に非常にラディカルな変化が存するからです。それは、なかんずく、すでに述べた二〇年代の「法ニヒリズム」からスターリンによる「社会主義」法の創造へと移行したことと関係があります。

さらに、次の時代においても一層ラディカルな変化が生じたのは、とくに、フルシチョフの下で国家の死滅という目標へ復帰したことによってであり、彼は、もちろん、国家の機能を社会に委ねるためにこの目標を修正しました。ソヴィエト連邦においては、はじめは「責任」と「刑罰」という概念は典型的に「ブルジョア的」とみられており、「社会的危険性」と「社会防衛処分」という概念によって置き換えられました。これに対し、三〇年代の中葉以来、再び「責任」と「刑罰」という概念が復活し、それから再び、フルシチョフの下で刑法的制裁の教育的性格が強調されました。ソヴィエト連邦では、二〇年代においては離婚が極端に容易であったのが、スターリンの下では著しく困難となり、その後再び非常に容易になりました。これらの構想は互いにラディカルに異なるにもかかわらず、すべてそれはマルクス・レーニン主義のイデオロギーによって基礎づけられました。さきほど、政治上およびイデオロギー上の基本的立場が法に影響を及ぼしていることを認識することが東・西比較法の機能の一つであると特徴づけま

したが、歴史的方法はその限りで重要な意義を有しております。それは、まず第一に、マルクス・レーニン主義のイデオロギーによって支持されうる法形態の妥当範囲を示しています。

もちろん、このようなラディカルな変化は、マルクス・レーニン主義のイデオロギーの持つ拘束性と一義性という観念像と対立します。それ故、「東側の」イデオロギーと法律学は、このような変化をもみ消そうとし、そして、これをイデオロギーに対するアクセントの移動および小さな修正と称しようと試みています。このことは正しくないという証明は、そもそもはや比較法の任務ではなく、それはイデオロギー批判に移行することになります。もちろん、比較法が、そのための資料を手に入れた後で、このような任務を同時に処理してはならないという理由は存在しません。このほかに、変化をもみ消そうとする試みは、さらに、法の現実そのものへの影響にもなされています。なぜなら、このような試みによって、東側諸国における法の発展の各段階において、それ故、現在においても、以前の原則が多かれ少なかれ共振することになるからです。この場合、ヘーゲルがドイツ語の「止揚する (aufheben)」という言葉の有する二重の意味を指摘したのは、正しいことと証明されています。すなわち、何かが「止揚される (aufgehoben)」つまり、取り除かれるときは、常に、その中の何かがまた「保持される (aufbewahrt)」という意味で「止揚される (aufgehoben)」のであります。

「東側の」法制度における変化のラディカルさに直面するとき、歴史的方法は、しばしば、次のこと、すなわち、イデオロギーから規制を強く推論することは、解決のための他の根拠を覆い隠し、そして解決に対し高度のイデオロギー的な厳粛さを付与するのに役立つ単なる外面にすぎない、ということを証明することができます。その際、歴史的な方法は、「東側の」法制度の期間にこれを限定してはならず、革命あるいは変革を越えて先行している法に立ち

帰らなければなりません。その際、証明されるのは、典型的に「社会主義的」なものとして、また、西洋においてもそのようなみなされている一連の法制度は実際には大ロシアに由来している、ということですが、この点については、革命前のロシアにおける「地域裁判所 (Gesellschaftsgerichte)」(訳者註・その地域、地方に起きた軽微な刑事事件等を扱う裁判所。国の裁判所ではない) に関する私の研究を参照していただきたい。<sup>(29)</sup> 「東側の」法制度における検察官の機能も、ピョートル大帝 (Peter der Große) によって作られた制度にさかのぼります。<sup>(30)</sup>

## 七 法律学の種々の機能

「東側の」法制度では解釈の権限を集中させることから、法律学の広範にわたる他の機能も生じます。「西側の」法制度では法の解釈に法学も関与しており、裁判所は、その法の発見に際し、法律学のテーゼを考慮します。「東側の」法制度では、このようなことはほとんどありません。裁判所の判決で学問上の見解を引用することはありません。最高裁判所の要綱の起草に際してのみ、一部、法律学者が動員されます。<sup>(31)</sup> それ故、ほとんどの「東側」諸国の法学上の叙述は、はじめから独自のかつオリジナルな法規範の解釈を断念しており、最高裁判所の要綱とそれ以外の裁判に対する批判のない再現で我慢しております。ソヴィエト連邦では、最高裁判所の裁判に対する批判も全く存在せず、東ドイツでは、批評は好意的な解説に限定されています。一九五七年、すなわち、フルンチョフがスターリン主義の仮面を剥いだ後の「雪解け」の頂点時には、ソヴィエトにおいて、指導的な学者によって、批評を可能とするための提案が遠慮がちになされ、しかも、ポーランドでのその実行が指摘されましたが、<sup>(32)</sup> しかしながら、今日までこのような発議が実施されたとは聞いておりません。現実に法規範の解釈について学問上の陳述がたまに行われても、

判例に対するその意義は非常に少ないものであります。

「西側の」法律学の機能とは完全に異なっている。「東側の」法律学のこのような機能を、法の比較をする者は考慮しなければなりません。それ故、比較する者は、学問上の叙述から現行法を推論することはできません。他方、比較する者にとって、「東側」諸国における法の現実を把握することが「西側」諸国におけるそれよりも簡単なのは、文献を考慮する必要がほとんどないからです。これに対し、「東側の」法律学者の問題が表象されるのは一度だけに限られるでしょう。「東側の」法律学者は、とくに西ドイツにおいて、あふれるばかりの沢山の注釈書、教科書および論文によって、裁判所の期待される裁判を予測するはずで

このほか、法律学の種々の影響に関するさらに詳しい調査は、比較法のさし迫った未解決の問題であります。<sup>(33)</sup>

## 八 法的事実の意味

東・西比較法に対しては、重要な法的事実の提示は、比較法一般に対するよりも一層重要です。それ故、それぞれの経済的および社会的秩序の全体的関係において調査の対象を設定するだけでは不十分であつて、<sup>(34)</sup>そのためには必要な統計上の報告がなされなければならず、それによつてはじめて論じられるべき法制度の重要性を表象させることが可能となります。かくして、所有権に関する調査の際には、「東側の」法制度における所有権は異なつた所有の種類に分割されているということを指摘するだけでは不十分であつて、たとえば、当該国家において個人の所有がどの範囲を占めているのか、どれだけ多くの個人住宅、自動車等が個人の所有に属しているかを確める努力を払わなければなりません。コルホーズ農民の副次的経済(Nebenwirtschaft)の評価にとつて重要なことは、この副次的経済がソ

ヴェイト社会主義共和国連邦の農業供給の範囲においてどのような地位を占めているのか、また、それに費される労働時間がどのような分け前を占めているかということ。民法に対しては、さらに、法的保護の可能性、訴訟の回数、成功する機会、コストに対するリスク、およびこれと類似の事柄を挙げなければなりません。刑法の構成要件に関する研究は、——可能な限り——犯罪統計学上および犯罪現象学上の報告を含むべきであり、とくに、異例の犯罪構成要件は若干の具象的な事例によって例証されるべきです。たしかに、若干の「東側」諸国ではいまだに犯罪統計は国家機密ですが、しかし、その他の点では、経済的および社会的領域の豊富な統計学上の資料が「東側」諸国から提出されており、法規定の意味を解明するためにこれを利用することができ、また、利用しなければなりません。

## 九 東・西比較法における評価の問題

古典的な比較法の一部をなすのは、比較によってえられた結果に対する法政策的な批判的評価です。<sup>(35)</sup>しかし、このような要素は、なかんずく、立法者を助言し、法を統一化するという比較法の機能に基礎を置くものです。われわれは、すでに、東・西比較法の際には、このような機能はその力を発揮できないことを確かめました。

東・西比較法に際し苦心して明らかにされた相違は、たいていの場合、調査される制度に対する基本的な評価の相違に基づいているため、その評価はこのような相違を確認しており、それ故、たいていの場合、それは無駄なものであり、しばしば、自己の制度が優れているというひとりよがりの賞讃となっています。もちろん、このことは、外国の制度に対し相違が否定的な結果となるときでも、名目上は相違と呼ぶことのできることを排斥するものではありません。

これ以外の点では、東・西比較法の際にも、「東側の」法律制度に対する全く肯定的な評価が可能です。このことは、とくに、「東側の」法律制度の異なった様相が苦心して明らかにされたときに明白となります。たとえば、地域裁判所および刑事手続への社会の参加という制度については、次のことが区別されるべきだとされています。

(a) 社会復帰の効果

(b) 行為者に対する精神的負担

(c) 訴訟に関する基本権、とくに、無罪の推定と証拠調べの直接性の確保

(d) 裁判への住民の参加

行為者の精神的負担は高く、また、訴訟に関する基本権の実現に対しては著しい危険が存在する一方で、社会復帰の効果は、提出されている全ての報告によると大きく、また、裁判への住民の参加には全く肯定的な立場がとられています。

しかし、東・西比較法の際、とくに危険なことは、異なった評価が意識的にまたは無意識的に叙述の質を落していることです。その際、通常は、自己の法律制度を優れたかつ誤りのないものとして叙述しているはずですが、ドイツでは、しばらく前から、東・西比較法の独得の方向が現われており、そこでは、「東側の」法律制度を弁明するためにせよ、自己の「西側の」法律制度の名を汚すためにせよ、二つの制度間の差異は相対化されまたは軽視されています。その際、次のような承認しがたい同一視に出くわします。すなわち、

——ある制度における法規範を、他の制度における法の現実と同一視すること

——ある制度における法的規制を、他の制度における法の発展の単なる傾向と同一視すること、がそれです。

その際、「傾向」自体は、いまでもしばしば、個々の法規または文献上の意見から推論されますが、その法規または意見は、表向きの傾向のための「実例」にまで価値が高められています。

—ある制度における法的規制を、他の制度における単なる学問上のテーマと同一視すること

—ある制度における通説を、他の制度における単なる少数説と同一視すること、がそれです。

さらに、価値のない内容によって完全に異なる現象が同一視されています。たとえば、

—ある制度における通常の実行を、他の制度における違法な例外的事例と同一視すること

—ある制度における大量の有罪判決を、他の制度における個別的事例と同一視すること

—ある制度における重い有罪判決を、他の制度におけるきわめて軽い刑と同一視すること

—ある制度における包括的な刑法上の刑の加重を、他の制度における個々の規定の刑の加重と同一視すること

—ある制度における有罪判決を、他の制度におけるその後の無罪判決を隠してなされる単なる公訴の提起と同一視すること、がそれです。

—このような誤りは、鏡の中にうつし出されるようにはつきりと、比較法に対する積極的な要求を認識させておりません。

質の低下は、比較されるべき対象の選択に際してもすでに存在することがあります。たしかに、広く行き渡っている見解とは反対に、特定の題材を、それが一つの制度を否定的なものにさせるといふ理由だけでタブー視することは許されません。また、一つの側面に対し否定的な題材をすべて、それに対し肯定的な題材によって補ってはなりません。しかしながら、質の低下は、全体的叙述あるいは研究者あるいは研究所が、個々の研究を続けて行う際に、一

この制度を否定的に印象づけ、そして故意に他の題材を横取りするような対象だけを取り扱うときに生じております。

これをもって私の論述を終わりますが、皆様のご静聴を感謝いたします。早稲田大学比較法研究所が、その学問上の研究において、一層の成果を挙げられんことを願っております。

- (1) F.-C. Schroeder, Das sowjetische Strafrecht de lege ferenda (Studien den Instituts für Ostrecht München, Bd. 3), 1958.
- (2) 1964年10月1日、F.-C. Schroeder, "Kommunistische" oder "sozialistische" Staaten?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. 10. 1982, S. 12. 参照。
- (3) Civil Law Influences on the Common Law—Some Reflections on "Comparative" and "Contrastive" Law, Univ. of Penn. L. Rev., Band 104, 1955/56, S. 887ff., 914, 923.
- (4) 1964年10月1日、K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band 1, 2. Aufl., 1984, S. 332ff. 参照。
- (5) Zweigert/Kötz, aaO, S. 87ff.; K. H. Ebert, Rechtsvergleichung, 1978, S. 45 ff. 参照。
- (6) G. Grasmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 1966, S. 35ff.
- (7) 註(5)を参照した文献を記す。
- (8) R. David, 1964年10月1日、F.-C. Schroeder, Das Strafrecht der DDR und der Sowjetunion—Ein Beitrag zur Meso-Rechtsvergleichung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 91. Bd. (1979), S. 1065ff.,

1069. 法學叢刊
- (∞) Zweigert/Kötz (註(≠)), S. 2ff.
- (∞) 李國棟譯 F.-C. Schroeder, Literaturbericht Rechtsvergleichung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 86. Band (1974), S. 783ff., 793f.
- (∞) F.-C. Schroeder, (註(∞)), S. 790.
- (II) F.-C. Schroeder, Literaturbericht Rechtsvergleichung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 96. Band (1984), S. 917ff., 929f.
- (2) David-Grasman, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 1966, 19f., 25f., 156f.
- (3) 維羅德譯 Osteuropa-Recht, 1972, 194ff. 譯自維羅德和維羅德
- (4) L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. I, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1972, S. 262ff.
- (5) 皮爾斯譯 P.-B. Schultz, Zu aktuellen Fragen der Rechtstheorie und des Klassenkampfes, Zeitschrift "Neue Jurist", Ost-Berlin, 1970, S. 689. 法學叢刊
- (9) 皮爾斯譯 J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956. 參照
- (17) 維羅德譯 F.-C. Schroeder/D. Graf, Geheime Rechtsprechungsanweisungen in der DDR, Zeitschrift "Recht in Ost und West", 1987, S. 291ff.
- (2) F.-C. Schroeder, Zum Problem des "sozialistischen Strafrechts", Zbornik pravno fakulteta u Zagrebu, Jahrgang XXVIII (1978), S. 479ff., 483.
- (2) Zur vergleichenden Darstellung des Strafrechts der sozialistischen Staaten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 99. Band (1987), S. 152ff., 156.
- (2) Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 26. Jahrgg. (1961), S. 201ff., 211; D. Müller-Römer, Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung zwischen beiden Teilen Deutschlands, Zeitschrift "Recht in Ost und West", 1969, S. 1ff.;

- O. Luchterhand, Gegenstand, Ziele und Methoden der Ostrechtswissenschaft, Zeitschrift "osteuropana Recht", 1976, S. 85ff.
- (11) F.-C. Schroeder, Das Eigentumsrecht in der UdSSR, Marxismusstudien, 4. Folge 1962, S. 219ff., 239f. 参照ノ。
- (12) A. Hastrich, Alltag und Recht der UdSSR im Spiegel der Sowjetpresse, 1967, S. 186. 参考ノ。
- (13) Postanovlenie No. 1 vom 25. 2. 1966 : Bulletin' Verchovnogo Suda SSSR (Bulletin des Obersten Gerichts der SSSR), 1966, Nr. 2, S. 13.
- (14) F.-C. Schroeder, Die Gliederung der Straftat in der Sowjetunion und in der DDR, in : Feschr. für Hans-Heinrich Jeschbeck Zum 70. Geburtstag, 1985, S. 1249-1264.
- (15) E. Rabel, Gesammelte Aufsätze, Band III, 1967, S. 186. 参照。
- (16) F.-C. Schroeder, Wandel der strafrechtlichen Behandlung der privatunternehmerischen Tätigkeit in der Sowjetunion, Zeitschrift "Recht in Ost und West", 1977, S. 1ff., 4. 巻。
- (17) 1985年10月1日付 F.-C. Schroeder, The Status of the CPSU within the Soviet Legal System : A Survey of Concepts Used in West German Ostrecht Studies, Review of Socialist Law, Band 12 (1986), S. 367ff.
- (18) 機能的方法の補助手段としての歴史学的方法 J. Esser (編(19)), S. 346 参照。
- (19) F.-C. Schroeder, Gesellschaftsgerichte und Administrativjustiz im vorrevolutionären Rußland, Zeitschrift "osteuropana Recht", 1962, S. 292ff.
- (20) M. Fincke, die Kontrolle der sowjetischen Verwaltung- Ursprünge, Entwicklung, Gegenwart-Teil I, Jahrbuch für Ostrecht, Band VI/2 (1965), S. 165ff.
- (21) 1967年4月25日付 F.-C. Schroeder, Das Oberste Gericht der UdSSR, 1983, S. 60. 参照。
- (22) 参考書籍 F.-C. Schroeder, (註(20)), S. 66f.
- (23) 今井のミヅノ「東欧」犯罪圈の調査 Peter H. Solomon, Jr., Soviet Criminologists and Criminal Policy, 1978.

- (34) Loeber, (註(28)), S. 218. 法學雑誌 三十一卷 一號。
- (35) Zweigert/Kötz (註(34)), S. 52; H.-H. Jescheck, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955, S. 43.
- (36) K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken, Possibilities of Comparing Institutions of Law in Different Social Systems, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, Band XV (1973), S. 107ff, 129; dtsh. Übersetzung in : Rechtsvergleichung, hrsg. von K. Zweigert und H.-J. Puttfarcken, 1978, S. 395ff., 425.