

〔翻 訳〕

マリー＝クレール＝ポントロー

## 「外国法と比較法——自律的な学問領域？」

村 田 尚 紀(訳)

訳者はしがき

ここにマリー＝クレール＝ポントロー「外国法と比較法——自律的な学問領域？」(Marie-Claire Ponthoreua, *Droits étrangers et droit comparé: des champs scientifiques autonomes?* Revue internationale de droit comparé, 2015, no. 2) を訳出する。

まずはじめに、拙訳の本誌掲載を快諾して下さった原著者ポルドー大学教授マリー＝クレール＝ポントロー氏に感謝する。

輸入学問として始まった日本の法学は、外国法研究・比較法研究を不可欠の構成部分としてきたといえる。他方、輸入元のヨーロッパ先進国、ここではフランスについてみれば、19世紀に入ってからの植民地拡大、海外交易の発展に伴って、国際私法分野において外国法研究や比較法研究が始まった。フランスでは、自国法研究にとって外国法研究や比較法研究はいわば外的なものであったとみられる。

以上のような日仏の違いは、少なくとも憲法分野においては顕著であったといえる。この点は、それぞれの国の憲法の概説書を一瞥するだけで充分明らかになろう。このような学問のあり方や位置づけの違いはあれども、いずれにしても、外国法学や比較法学の目的や対象選択等、方法論に関する議論は避けられないはずであった。しかしながら、こと憲法学においては、日仏とも、外国憲法研究や比較憲法研究の方法論は、必ずしも盛んであったようには思えない(訳者自身の考察としては、拙稿「比較憲法学の方法と自律性に関する覚書」関西大学法学論集44巻4・5合併号、拙著『比較の眼でみる憲法』(北大路書房、2018年))。

ヨーロッパ統合の影響下に公法分野での比較研究が盛んになりつつあるフランスにあって、ポントロー氏は、この問題にかねてから精力的に取り組んできた例外的な存在である。その *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *Economica*, 2010 は、2010年の Prix du livre juridique を受賞している。本稿は、そのポントロー氏が、外国法学と比

較法学の区別と関連に関する古典的な問いに対して与える回答として興味深い。非力を顧みず訳出を試みる所以である。

\*\*\*\*\*

比較法学の学問的位置に関する問いは、古くからある古典的な問いである<sup>1)</sup>。たしかに議論が激しいのは、比較法学が一体としての実定法学をなさないことによる。さらにこの状況においては、唯一の比較法学はない。法理論を考えれば十分である。それでも多分、比較法学は他の学問分野と密接な関係を維持しているから、学問的位置に関する問いは、比較法学にとっていっそう厳しくみえる<sup>2)</sup>。

「学問分野」をどのような意味で使わなければならないのか? 「学問分野」とは知の専門化の原則を意味するという定義を行えば、議論が始められるであろう。たとえば、法学はさまざまな専門に分かれる1つの知である。しかしながら、外国法学は国内法学の一分野ではない。定義上、外国法学は国内法学ではない。比較法学もまた同様である。したがって、それらを接近させる何かがあり、それらが1つあるいは複数の対象を共有するのかを問うことができる。かくして比較法学は、外国法学がなければ存在しないという外国法学と比較法学との結びつきが創り出される。外国法学は比較の前提条件である。しかし、そのことは、相互依存関係をなすのか? そこから、外国法学と比較法学とは対象を共有するため、自律した学問領域ではないと考えられるのか? 対象を共有することは、同一の方法を共有することを意味するのか? 最後に、そのことは、外国法研究と法の比較研究とは、同一の目的(言い換えれば、同一の教科)を追求するということを意味するのか? この最後の問いに対する肯定的な答は、あまりもっともらしくはないようにみえる。というのは、比較を選択するならば、研究者は、比較の条件について明

1) コンスタンティネスコがフォローする議論を参照。V. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t.I, *Introduction au droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 176 et s.

2) さらに、「ロラン＝ドラゴ (Roland Drago)」プログラムは、1つの好例を与えてくれる。[訳注] ここにいう「ロラン＝ドラゴ」プログラムとは、2009年に他界した公法学者ロラン＝ドラゴに敬意を表して2014年2月14日コンセイユ＝デタで比較法学会とフランス行政学会とが共催した「公法における比較」と題するコロクのことである。ここに訳出するマリール＝クレール＝ポントロー「外国法と比較法——自律的な学問領域?」を含むコロクの記録は、*Revue internationale de droit comparé*, 2015, no. 2 に掲載されている。

確に自問しなければならないことになるからである。しかるに、それは、外国法研究の前提条件ではないからである。

しかし、法的比較も外国法研究も、法規範の単純な再現処理ではない。よって、外国法学と比較法学との分離は、全面的なものにはなりえない。比較法研究者とどこかの外国法の専門研究者とは同一の研究を行うかあるいは行わなければならないかもしれない。他の法を理解することは、構築作業あるいはより正確には再構築作業である。それは、単にデータの集積ではない。両者の違いは、食い違う目的の性質から生じるのである<sup>3)</sup>。外国法専門家は、外国法を「内側から即自的かつ対自的に眺める」<sup>4)</sup>。エリザベト＝ゾラーは、「学識豊かで情報豊かな作品を作ること」が法の知を伝えるために重要であると明言する。その反面、比較法学者は、外国法そのものを研究するよりは、むしろ違った仕方外国法に取り組む、すなわちわれわれのよく知るもののなかにはみられないものを示す仕方外国法を研究しようとするのである<sup>5)</sup>。それゆえに、法の比較と外国法の研究との対象と方法との特殊性と分担という地平に位置することが適切なのであろう。その反面、比較法学者が追求する目的と外国法学者が追求する目的は同一ではないとただちに認めることができる。そこで、「ロラン＝ドラゴ」プログラムのオーガナイザーの最初の問いは、学問領域の構成要素すなわち対象・方法・目的に対応する三方向で展開される。

## 1. 共通のまたは/および特殊な対象

学問領域の科学的地位は、その建設的側面によって即ちそれが自らの対象を創造するかによって評価される。比較法学者は、諸国の法の多様性に直面する。したがって、比較研究は多様である。それは、どの法を観察するか？というあらゆる法の科学が提起する前提問題とともにすぐに現れる多様性である。どのような概念を用いるか？どのよ

---

3) ただし、比較法学者の主な任務は外国法の理解であるべきであると考え——これは、E = ワルドの擁護する立場である——かもしれないが。E. WALD, “Comparative Jurisprudence (I): What was It Like To Try a rat?”, *University Pennsylvania Law Review*, vol. 143, 1995, p. 1889.

4) E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *Droits*, 32, 2000, p. 134.

5) この意味で、L. ROSEN, “Beyond compare”, in P. LEGRAND, R. MUNDAT (eds.), *Comparative Legal Study: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 508.

うな法文化を統合するか?比較法学者は、その対象を構成するにおいて自由である。外国法の認識もまた、当該法をどのように認識するか?という認識論上の考察を他のあらゆる方法以前に前提する。ついで法律家は、どこにそれを見出すか、すなわち法源はどれか?と自問する。

19世紀末以来、形式的な法源に関する問題提起に与えられた重要性が、それと背反的な法の実質的基準一切の断念に導いてきた。ここで想起しなければならないのは、近代比較法学が、法の起源を学問的に明らかにすることを目指す諸国の法の統一を促進するための「比較立法学」として生まれたということである。そこから、研究を外国法の成文規範だけに限定する傾向が生まれたのである。ということは、認識論の段階が飛ばされて、外国法の記述的で形式的な研究が優先されてきたことを意味する。こうして、外国法学と比較法学とのつながりが緩んでいるのである。繰り返さなければならないが、比較法学は、実定規範のまとまりをなすのではなく、逆に、外国法を比較する作業、または少なくとも外国法の構成要素のいくつかを比較する作業全体と関わる。すなわち、いくつかの実定規範やいくつかの制度、いくつかの概念、いくつかの法学説、いくつかの法文化ないし伝統の比較である。共通の対象があるが、比較は何よりも法（あるいは、より多くの場合は法の構成要素）の突き合わせ作業である。それは、相違点と類似点を測定する単純作業のようなものではない。

よって、法の比較は、形式的な法源の権威に立脚する法概念と衝突する。比較法学説は、国によって多かれ少なかれ、「形式主義的な実証主義的文化に反対する」<sup>6)</sup>批判を展開してきた。ナショナルな学説は、実際、多かれ少なかれ実証主義的な企てに影響される。とはいっても、規範に対する懐疑的なアプローチは、比較法学の方法に固有のものではない。実証主義のオルタナティブな理論すべてが、それとは別のアプローチを提案しようとする。たとえばアメリカでは、批判は、比較法学よりはむしろ異議申立する学説から出てくる (*Law in Context, Law and Economics, Law and Literature*……)<sup>7)</sup>。

機能主義的方法を広めたドイツの私法学者ツヴァイゲルトおよびケッツの業績<sup>8)</sup>と並

6) P.G. MONATERI, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *R.I.D.C.* 4-1999, p. 992.

7) G.A. BERMANN, “ The Discipline of Comparative Law in the United States ”, *R.I.D.C.* 4-1999, p. 1041.

8) K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, trd. A. WEIR, Oxford University Press, 1998, pp. 21-40. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 3<sup>e</sup>, 1996 (1<sup>ère</sup>éd., 1971).

ぶ、比較法の現代的発展へのフランスの大きな貢献は、法系への分類を練り上げたダヴィドによるものである。1964年に初めて公開されたマニュアル『現代の法大系』は比較法教育と同じくらい比較法研究に影響を与えてきた。それは、さまざまな法秩序が与える法的解決を体系化することを目的とするマクロ比較を生み出した。ダヴィドが提案したこの体系化は、まず5つの系に基礎づけられた法系の分類として通用している。ダヴィドの分類は、すぐに批判の対象となり、それに対してオルタナティヴが提案された<sup>9)</sup>。しかしながら、この分類は、比較それ自体よりは法に中心を置いたフランス的な比較思想の特徴をなしている。

このように、フランスは、近年変化が見られるにしても、批判的比較法にも異議申立説にも影響されない二重の遅れを告発しているようにみえる。1つのオルタナティヴに耳が貸されるようになってきたが、英米の世界に比べれば最近のことで僅かである。英米においては、比較法研究の内部における批判的な議論が1990年代末以来、アメリカ合衆国において始められているのである<sup>10)</sup>。まず、フランスのこの考察は、個人的なものであるため、孤立している。2000年代初頭、比較法に関する議論、とくに方法論の問題に関する議論を活気づけたのは、とりわけ何人かの公法学者である<sup>11)</sup>。ピエール＝ルグラン（パリ第1大学教授）によって展開された業績は、たしかに別格である。というのは、部分的にはフランス語で書かれているにしても、それは法の比較に関するフランス的な見方ではないからである。ルグランの研究は、当の本人がコモンローと同時に大陸法の伝統によって養成されたカナダ人であるという点において促進され、完全に国際的な議論のなかに位置づけられる<sup>12)</sup>。ルグランのラディカルな立場（法的伝統の通訳不可能性）<sup>13)</sup>

---

9) 議論の経緯について、J. HUSA, «Classification of Legal Families Today is it the Time for Memorial Hymn?», *R.I.D.C.*, 1-2004, p. 11.

10) «Symposium: New Approaches to Comparative Law», *Utah Law Review*, 1997, p. 255; «Symposium: New Directions in Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 597.

11) E. PICARD, «L'état du droit comparé», *R. I. D. C.*, 1999, p. 885; E. Zoller, «Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?», *Droits*, 32, 2000, p. 121; O. PFERSMANN, «Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit», *R.I.D.C.*, 2001, p. 275.

12) P. LEGRAND et R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003; P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.

13) とくに、P. LEGRAND, “The impossibility of Legal Transplants”, *Masstricht* ↗

もまた、議論における彼の存在感に大いに一役買った。まったく明らかにまさしく公法分野において、アメリカ同様フランスで近年、学問的生産が最もめざましかった。というのは、比較私法と比べて取り戻すべき遅れがあったからである。より特殊には、アメリカ立憲主義の影響力の喪失に答えるのに遅れていたからである<sup>14)</sup>。

考察のこの段階で、対象の問題あるいは正確には研究の諸対象の問題に関する次のような提案をすることができる。すなわち、たしかに外国法学と比較法学は対象を共有するが、比較法学は、法的な借り物もしくは移植またはモデルの通用、法的伝統もしくは文化などの比較の観念と結びついた特殊な対象を有する。これら特殊な対象は、法がどのように観念されているかという問いに比較研究が集中することを示す。それに対して、外国法の研究は、法とは何であるかという問いに集中する。法の定義の問題を提起するよりむしろ法の定義を観念することによって、研究の対象が移動され、比較研究が外国の法システムの古典的研究の彼方に推し進められる。換言すると、規範や制度を組織する原則や知的土台を理解することが問題なのである。この法学観は、もっぱら法規範や法的解決、法的制度を参照することによっては法の定義はできないという考え方に対応している。それは、法学の道を全面的に法思想に譲り、したがって学問分野構築における大学教員の役割に道を譲る考え方である。ということは、理由づけの方法や解釈方法、学説の分析に関心をもつことが必要であるということの意味している。これによって、研究対象が相当、移動させられる。たとえば、比較憲法学の古典の対象である国家形態と政府形態の分類は、何よりも比較の道具として扱われる<sup>15)</sup>。その意味で、学問分野の形成や研究対象の定義に対する学説の重要性を理解するうえでそれ自体重要なものである、大学の伝統や学説の考え方の枠組みと関連する文化の違いを掘り下げることもしなければならない。たとえば、ドイツでは、法学は、法律の解釈とみられているのに対して、フランスでは、通常、判決の評釈とみられている。その点から、法律家がライン川のどちら側にいるかによって法形成における裁判官と立法者のそれぞれの位置に関して何が演繹されなければならないか？

2点詳述することが適当である。まず、この法学観は、「文化としての法 (*Law as*

*Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111.

14) 憲法学において比較を行う理由は、大西洋の両岸で同じではない。私 (ポントロー) の説明として、M-C. PONTTHOREAU, «Les études constitutionnelles comparatives en France après Louis Favoreu», *R.F.D.C.*, 100, 2014, p. 1045.

15) M-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) compare(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 175.

Culture)』<sup>16)</sup>という比較法学の潮流に通じる。それによれば、ウィリアム＝エワルドが「理性のなかの法」(*Law in mind*)と呼ぶものである、規範や制度の基部にある観念が比較法学者の注意を引くに値するというのである。しかしながら、この法学観は、ウィリアム＝エワルドやピエール＝ルグラン（彼は、「心性」<sup>17)</sup>について語ることを好むが）が擁護する考え方から離れる。彼らは、学問領域を確立するように、比較研究にとっての唯一の目的の観念を支持する。唯一の目的とは、すなわち、さまざまな法システムの中に存在するアクター（裁判官や弁護士、立法者、法に対する市民……）が法を考え、理解し、用いる仕方を比較することである。エワルドやピエール＝ルグランが理解しようとすることは、したがって、法システムの主要なアクターの頭脳の中で起きていることと照応する。法は、単なる経験的手段（法令集や判例集の閲覧や裁判所の組織の仕方の検討など）によって理解できるものではないという観念を共有しながらも、この考え方は、法を實在たらしめるもう一つの側面すなわち規範と制度を軽視しているようにみえる。それゆえ、それらについて形成される規範や表現を一国の学説のなかに組み入れるのが適当である<sup>18)</sup>。

第2の詳しい説明は、研究対象の共有に関連する。外国法研究者がたとえ以上の考え方を採るにしても、それでもやはり比較法研究者との対象の共有は、全面的ではなからう。比較法研究者は、比較可能性という特殊でとりわけ明確な解決すべき問題を有するであろう。この問題は外国法研究者にとっては存在しないか、またはせいぜい暗黙の了解に属する、すなわち研究者の国の法と研究対象の外国法との暗黙の比較の管轄に属するのである。それに対して、すべての比較法研究者にとって、この問題は中心的で、しばしば比較法学が方法の問題でしかないことになるほどである。しかし、就中、この問題は、すべての比較法研究者にとって明確であり、あるいは明確であるはずであろう。比較可能性の構築は、少し前から<sup>19)</sup>比較法研究者が社会科学における実践的な

---

16) この潮流に関して、さらに詳細は、M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 1-2005, pp. 15-16.

17) この概念は、法的合理性の深部の構造に関連する。その構造によると、法律家は、コモンローの世界に帰属するか大陸法の世界に帰属するかによって同じように推論するわけではない。P. LEGRAND, “European Legal Systems are not Converging”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52.

18) 憲法の比較に関して、v. M.-C. PONTTHOREAU, *Droits constitutionnel(s) comparé(s)*, *op.cit.*

19) ただし、参照、比較可能性の問題に対する答を、決定要素の理論を用いて証明

方法の影響の下に関心を寄せている認識論的な問題であることを認識しなければならない。

## 2. 共通のかつ／または特殊な方法

伝統的に対象と方法との間には相互依存関係がある。したがって、方法論の次元において共有と特異性の二項対立が見出されても何も驚くべきことはない。まず、共有される方法論上の問題は、共通の方法によって現れるであろう。というのは、法的比較は、外国法研究と同様、法規範の単なる復元作業ではないからである。まさしくこの点において、外国法学と比較法学との分離は部分的に不当なのである。何故なら、両者は、法への接近や法の理解という同一の問題に直面するからである。ヴァン＝ヘッケ (M. Van Hoecke) とウォリントン (M. Warrington) が正確に想起するように、「1つの法システムの規範を記述し理解することは、原理的に、2つないし複数の法システムの規範を記述し理解することと比べて類似しているはずであろう」。2人は、こう付け加えている。「比較それ自体は法学説において通常行われていることとは異なるけれども、比較される法的素材の再構築は、法学説にとっても比較法学にとっても同一の作業である。ある外国法システムを自国の法システムと比較する際に法の理解がずっと多くのことを前提するとすれば、それは、それぞれの法システムについて法の理解・解釈・適用の方法を暗黙のうちにかつ無意識のうちに規定する多くの要因があることを意味する。(……) 比較法は、あらゆる次元で法に影響を与える要素に対する注意をよりいっそう喚起する。比較法によって、我々は、我々の隠れたイデオロギー構造に直面せざるをえなくなる」<sup>20)</sup>。これは、たしかに比較研究、外国法研究の効用の一つである。それらによって、あらゆる次元で法に影響を与える要素に対して我々はよりいっそう注意するようになるが、そこから法規範だけが重要なのではないという考えが生まれる。他の法を理解することは単にデータを集積することではない。それは解体と再構築という作業で

↘しよとしたコンスタンチネスコの試み。ショートバージョンとして、L.-J. CONSTANTINESCO, «La comparabilité des orders juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants», *R.I.D.C.*, 1-1973, p. 5; 掘り下げたバージョンとして、*Traité du droit comparé*, t.1, *cit.*, p. 219.

20) M. Van HOECKE, M. WARRINGTON, «Legal Cultures, Legal Paradigms, Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 497.



ある<sup>21)</sup>。したがって、外国法の認識へのアプローチは認識論上の障碍を想定する。この障碍はそれを克服するための方法論的な選択を想定する。法律家（比較法研究者あるいは外国法の専門家）は、自らの法的現実とは異なる法的現実を理解する際に、この現実を歪めるおそれがある。この現実のなかにはナショナルな法律家が必ずしもいるわけではないのである。

比較法研究者と外国法研究者が共有しうることは、状況のなかへの位置づけ、または文脈のなかへ置くことである。これは、それぞれの法共同体が法をどのように考えるのかを明らかにするように法共同体の認識枠組や了解枠組に重点を置くことによって歪み効果を軽減することを目的とするのである。法律家は、時折、研究対象をめぐって現実の効果を生み出すことを狙いとして、文脈を都合よく安易に使うことがある。「文化としての法」学派の支持者は、個々の法規範の連環の土台となっている言語や諸制度、概念、法価値、法的慣行を考慮する必要を強く主張しつつはるか先に行く<sup>22)</sup>。

伝統的なやり方では、法的文脈と法外的文脈は区別される。法的文脈の認識は、きわめてしばしば法律家が受ける教育のお陰で獲得される。無意識のうちにかしこみに、この認識は、法の知覚・解釈・適用の方法に一つの役割を果たしている。法規範のあらかじめの理解は、法律家が教育を受けた共通の伝統によって統一された共同体に帰属していることを表す先入観によって規定される。困難は、外国法の修得と合致する。文脈化という作業の複雑さは、法外的な現実を把握するために多くの知、とりわけ歴史的・言語的・社会経済的・哲学的知を動員する必要と結びつく。具体的には、二重の詳しい説明を与えることができる。すなわち一方で、文脈化の強度は研究の目的に左右され、他方、文脈の構成は、研究の進展に応じて改められよう。実定法規範だけにこだわる比較法や外国法研究は、とくに文化にふさわしい場所を与えるより広い社会学的文脈のなかに実定法規範を位置づけ直そうとする比較法や外国法研究に比べて浅薄なものになることは確実であろう。たしかに文脈化にはさまざまな程度があることが想像できる。最高の程度は、多くの次元において展開された比較である。想定される同一の対象に対する視角を多様化することにより、比較法研究者は、法的な複合物を意識し法を批判的に理解することを望みうる。しかし、結局、唯一のよい方法はない（その意味で、機能主義を文脈主義と対立させても意味がない）。研究に適合的な文脈化の程度を見出すのは

21) この作業について詳細は、v. M.C.PONTHOREAU, «Le droit comparé en question(s)», *op.cit.*, p. 11.

22) M.Van HOECKE, M. WARRING, *op.cit.*, p. 498.

法律家のなすべきことである<sup>23)</sup>。

二重のシステムにおいて教育された場合を別にして、比較法研究者も外国法研究者も、文化的にたまたま備えた視線をもってしてこの文脈化の作業に着手する。パースペクティビズムは根本的な問題で、これによって比較法研究者は、自分がどこから比較しているのか自問し、他の法に対する自らの視線に否応なくバイアスがかかっていることを意識することになる。この主観性は、あらゆる外国法研究に内在しているが、比較法研究者は、多分、よりよくそのことを意識している。何故なら、比較法研究者は、われわれの見解によれば、その選択を説明する義務を負う特別な問題に直面するからである。

拙著『比較憲法』(*Droit(s) constitutionnel(s) comparés*)<sup>24)</sup>で明らかにした比較研究の第2段階として提起された「比較可能性の問題」の解決は実際、比較法研究者のなすべきことである。2つの問いによって、比較の企て全体の主な困難が確認される。第1は、比較可能な2つのものの認識を可能にする基準は何か?という問いである。この問いの定式は、2つのものが比較可能であることの認識を可能にする基準は何か?とひっくり返すことができる。第2は、比較を証明するために受け容れられる最小限度の類似性とは何か?という問いである。決定的な答えはない。何故なら、比較の基準は、より正確には、適用の問題を提起するからである<sup>25)</sup>。2つの場合が比較可能あるいは逆に比較不能となるための条件をアプリアリに決定することは不可能であるから、比較可能性の観念と結びついた操作に注意を及ぼすべきである。ここで、われわれは、ラン＝ヒルシュル(Ran Hirschl)が従うやり方と合流する。ヒルシュルは、政治学や社会科学の分野においてケース選択の複数の原則を提案するように進められている作業から着想を得ているのである<sup>26)</sup>。

第1の提案は、「できる限り類似しているケース」の探求である。この選択の原則は

23) 憲法学における妥当な文脈に関して、v. M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op.cit.*, p. 75.

24) *Ibid.*, p. 77. 比較を想定していない特異な場合の選択に関する点を除いて、そこで述べたことの多くを繰り返す。

25) J. WROBLEWSKI, «Problem of incomparability in comparative law», *Riv. Int. Filosofia del diritto*, 1976, p. 92.

26) R. HIRSCHL, "On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law" *in*, S. CHOUDHR (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 47. 正確には、私は、ヒルシュルが提案するのと同じ原則に従うわけではない。

次の2つの問題を解決すると察せられる。一方で、ケースの類似性を規定する要素は何か？他方で、あらゆる変数が結集しなければならないのか？これらの問いに対する回答は、すべての変数が同じでなくても採り上げた場合を統一するものを提供する共通の問題に存する（比較点（*tertium comparationis*）すなわち共通の枠組のなかで比較すべき要素を関係づけることをまさに可能にする比較の第3の要素を参照する比較法研究者は多い）。共通の問題は、特殊な制度の研究でありうる。たとえば、民主的移行過程にある国における（したがって類似の文化的・イデオロギー的コンテクストにある）憲法裁判所の研究であるが（「憲法裁判所」概念に関して意見が一致しなければならない）、それらの国は制度移植のさまざまな把握を説明するような多くの変数（とりわけ政党制と結びついた変数、すなわち一党制から複数政党制への移行）を提示する。比較の構築は、「憲法裁判所」を特徴づけるものとしてとらえられる理論的要素の決定に依拠し、また選択したさまざまなケースとのその突合に依拠する（変数は比較される法的対象にとって外的なものである）。ジョヴァンニ＝デ＝ヴェルゴツツイニ（Giovanni De Vergottini）が正当に指摘しているように、実際にはしばしば、比較を進める人は一国の制度を抽象的なモデルとすることがある<sup>27)</sup>。このことは、不可避免的に比較に色を着け、その概念的寄与を減らす。この困難は、比較の対象が一国の実定法のなかに存在せず、比較法研究者が概念化の努力をしなければならないときに回避される。

第2の提案は、反対に、「できるだけ異なるケース」の探求である。第2の原則は、2つの問題を解決することを想定する。すなわち一方で、ケースの相違を規定する要素は何か？他方で、あらゆる変数が異ならなければならないのか？この命題は、ある意味で、第1の提案のネガである。これは、異なる比較対象の間に一定の等質性が存在する場合にかぎり比較は可能となるという想定と対立する。研究対象を評価し比較してしまう前に類似のものしか比較できないと主張するのは、実際、逆説的である。この命題は、比較可能性が必ずしも類似性を意味するわけでないことを理解するうえできわめて重要である。比較は、何よりも多様性を想定する。その意味で、次のカトリーヌ＝ヴァルケ（Catherine Valcke）の提案はまったく承認できるものである。「(……) 類似と相違は比較手続のありうる結論であって条件ではない」<sup>28)</sup>。あらたに、共通の問題は、きわめ

27) G. De VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padoue, CEDAM, vol. I, 7°, 2007, p. 51.

28) カトリーヌ＝ヴァルケは、この言葉を法システムに関して述べているが、それはより一般的なものになりえ、比較されうる異なる法的言説にも関連しうるのであ

て多くのありうる変数のために異なるものとしてあらわれる取り上げた場合を統一するものを提供するであろう。たとえば、コモンローの伝統の文脈とローマ法の伝統の文脈（これに混合システムを付け加えることができる）という対照的な文脈において憲法裁判官が外国の先例を援用することを研究することである。次のようなより大胆な別の仮説を提案することもできる。すなわち、基本権保障に関連するフランス憲法院の判例とイランにおける「監督者評議会」や「専門家会議」の判例のような「比較不能なものを比較する」<sup>29)</sup>という仮説である。これは、研究対象を構築しフランスとイランのシステムの問題点を明らかにするため比較可能性を利用しようと努めることを想定する。

比較の実践が、同一と考えられた対象に関する視点を多様化する方法であるとするれば、第3の提案において以上の2つの提案を結合することを企てることができる。同一と想定された対象が、法的現実の複雑な理解を提供するよう、類似点と相違点の二重の観点から検証されることになる。先の例に基づくならば、外国の判例を用いる憲法裁判所や最高裁判所から出発して、研究を完成することができる。すなわち、それらを確立した裁判所と強化途上の裁判所という2つのグループに区別し、グループの内部において対照的な文脈の基準を適用し基準の組み合わせがどのように相互作用するかを確かめるのである。

提案された解釈の一覧表は、異なる対象に基づいて構築されるか、または比較されるシステムに対象が存在しない場合には異なる機能に基づいて構築される。一覧表は、研究の結果によって常に再構成される余地がある。比較の深化は、比較の豊かさを明らかにするが、最初の問いの妥当性に新たな光を当て、それゆえしばしばその問いの再定式化に導く。比較は相次ぐ試行錯誤によって書かれる。すなわち、比較は比較の後に続くことによって前進するにつれ、まったく前もって構想できない仕方でもその方向を考えつくのである。たしかに解釈の一覧表や比較の道具が表す構造化や合理化の努力はある。それらは一定の論理に応じようとするものである。しかし、比較の実践的性格は、疑問視することも消すこともできない。比較実験は、試みからなる。成功とまた失敗とに基づいてプロセスは修正される。かように比較は、かなりの点で不思議な作用である<sup>30)</sup>。

↘る。C.Valcke, "Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The comparability of Legal Systems" 52 *American Journal of Comparative Law*, 2004, p. 72.

29) この見事な定式は歴史家で人類学者のデティエンヌから借りている。M. DETIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, Seuil, 2000.

30) トルコ出身の比較法学者エシン＝エリユキュは、著作の1つに『比較法の謎』という題を付けたが、これは以上の考えを完璧に表している。

比較法研究者は、自らの選択と比較の基準とを説明することによって、反面で、自らの妥当性を判断するように進められる比較に対するコントロールを可能にする。

### 3. さまざまな目的

外国法の専門家と比較法研究者とが対象を共有するとしても、それぞれの対象との向き合い方は異なる。違いは異なる目的の性質から生じる。比較法研究者は、外国のケースそれ自体を研究することを何より目的とする外国法専門家と違って、自らの法に対する別の見方を提案しようとする。比較法研究者は、また、類似性を強調する統合的比較 (*comparaison intégrative*) を重視するか、あるいは逆に違いを強調する差別化比較 (*comparaison différentielle*) を重視するかという選択を行うこともできる。また、比較法研究者は、比較の対象とされた法システムに共通の原則を特定しようとしたり、一国の法に影響を与えまた改良するように外国の解決策から着想を得たりすることができる。外国法の専門家の選択は、そのケーススタディが文脈化の程度によって多かれ少なかれ深く行われるとしても、たしかに限られている（先述の観察を参照）。

比較法研究者の選択がどうであれ、その目的は比較という活動に意味を与えることである。比較法研究者がその選択を説明すれば、追求している目的が何であるか認識できるよう。実際、比較法研究者が自分のしていることを語らないことが多すぎる<sup>31)</sup>。比較の基準が適用という問題を提起することを認識しなければならない。比較研究が論議的になるのは、比較の正確さを検査する尺度となる確認基準が存在しないからである。法的比較の妥当性の条件を確立することに1度でも成功したことのある比較の一般理論はないことを確認せざるをえない。

より正確に言えば、比較研究は繰り返し批判に曝される。すなわち、比較研究は、その科学性が問題にされるのである。せいぜい比較研究は、副次的な意味でしか科学的とは考えられない。なぜなら、きわめてしばしば、レトリックな議論というその唯一の特質こそが考慮されるからである。しかしながら、この批判の妥当性には疑問がある。法的言説の中立性と客観性について論じることができるのか？中立性はあらゆる法的言説にとって幻想である。それは比較研究に対する的はずれの非難ではないか？

問題となっているのは、比較法研究者の対象と方法に関する選択の自由である。その

---

31) 方法論的な厳密さの養成は法学研究者のみに向けられる。何故なら、法的な借り物を実践している裁判官や立法者、憲法制定権者は科学的と形容できる手続きのなかにいるわけではないからである。

やり方が直観や想像に立脚しているともはや思わせないように——たとえそれらが一定の役割を果たしているとしても——またもっぱら認知解釈に立脚しているともはや思わせないように、方法論上の選択を説明し、どのケースを斥けあるいは考慮したかを正当化するの、比較法研究者の役目である。比較の対象を離してみることによって、比較法研究者は科学性を獲得する（何故なら正当化のルールが尊重されるからである）。これは、比較法学者がその選択の際に中立で客観的であることを意味するのではない。法の比較の「科学性の基準」はさまざまな自然科学の科学性の基準（命題の検証可能性、反証可能性など）とは無関係である。比較が大部分不可解な活動であるとしても、それはまた大部分、合理的な論証でもある。ここでとくにアウリス＝アールニオを参照しよう。彼によれば、合理性の枠外で法的推論について論じることは不可能である。何故なら、それは、われわれの文化に深く根差していて別の思考戦略を評価するために用いる思考様式であるからである<sup>32)</sup>。自らの選択それゆえ自らの比較の基準を説明することによって、その代わり、比較法研究者は、自らの妥当性を判断するように進められる比較に対するコントロールができるようにしなければならないであろう。しかしながら、方法論上の困難はそらされるだけである。何故なら、妥当な基準は、比較の対象とされる外国の法システムの認識に依存するからである。それゆえに、考慮するケース（また排除するケース）の選択に注意することが重要である。これが四方に広がった次元の比較を避けるために熟慮された方法である。

すでに言及した法のグローバル化やヨーロッパ化の進行の圧力の下に、比較研究が一定の熱中の的になっていることはたしかである。しかし、成文テキストの重みが外国法の利用や法の比較の利用にとってプレーキになっている。とくにローマ法の伝統においてそのことがいえる。というのは、成文の法源が「それを考慮しないことが決定者、たとえば裁判官の公的な責任を問題にすることになるから、強い意味で拘束力をもつ」のであり、「他方、背景において、研究者は、認識論上、拘束力のある法源に従う義務を負う」<sup>33)</sup>からである。

レトリックと論証とに傾注されたカイク＝ベレルマンの著作のなかで、まったく主要な教えの1つは、法的言説が論者の話しかける相手に応じて考えられた議論である、何

32) A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit* (trad. The Rational as Reasonable. *The Treatise on Legal Justification*, 1987), Bruxelles, Paris, Story-Scientia, LGDJ, 1992, p. 236.

33) A. AARNIO, *op.cit.*, p. 111.

故なら論者は相手の確信を勝ち取ることを目的にしているから、ということを明らかにしたことである。したがって、聞き手はキーコンセプトである。正当化は常に現実のまたは空想上の誰かに対して向けられている<sup>34)</sup>。裁判官や学者は同一の法共同体に属し、部分的に「最もよく考慮される可能性のある解釈とは、透明で欠缺がなく、冗長でなく、目的において一貫性があり手段と目的との整合性がある法システム像を強化する解釈である」<sup>35)</sup>という同一の制約に服するのである。このことにより、一般に法的論証において、またとくに司法的論証において、外国法や比較法には補足的なそして目立たない位置しか残されない。現実の聞き手の考慮は、法的合理性の順応主義的で保守的な考え方を補強する。そこから、法的推論における法の比較に適切な位置を与えるためには、ナショナルな法共同体の共同の場と先入観から抜けだそうとしなければならないという結論になる。

比較法の単なる功利主義的な援用に反対するにしても、(比較)方法はすべての人(法律家)に帰属する。比較の道具としての利用に反対することは、イデオロギー的な利用に行き着くことになりうる。何らかの目的を他の目的よりも擁護しようとすることは、きわめて単純化するやり方にみえる。比較は法の読み方を提供する(たとえば、法のアメリカ化のように)。たしかに研究対象を完全に捉えることは不可能であると考えられる。しかしながら、まさに同一とみられる対象に対する観点を多様化することによってこそ、比較法研究者は、法的複雑性を把握することが要求できるが、これは法およびその表れの批判的理解の一条件である。しかし、比較のコストはますます高まってきている。

ダニエル＝ジュトラ(Daniel Jutras)もまた、比較思想の一潮流(比較は、違いによってはじめて価値があるものになると考える思想潮流)を非難する。すなわち、それは「比較の有効性にますます高くつく条件を押しつけること」で、その押しつけは、「保護主義的な意思、すなわち国境を越えた法的活動の発展を利して場を包囲している『普通の法律家』を犠牲にして専門家に独壇場を保障したいという気持ち」<sup>36)</sup>を多分隠蔽するのである。たとえすべての法律家が比較法研究者である(またはそうあるべき)

34) C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup>, 1979, p. 107.

35) J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythe-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 1980, p. 83.

36) D. JUTRAS, « Enoncer l'indicible: le droit entre langues et traditions », *R.I.D. C.*, 4-2000, p. 787.

ときでも、比較法研究者が、法的比較の批判的アプローチを提供する必要性を感じていたのは確かである。しかし、そうであるからといって、すべての比較法研究者が法文化の通訳不能性に同意している訳ではなく、次のようなポストモダン思想の主な信奉者の一人の徹底ぶりを共有しているわけでもない。「……フランスの法律家は、認識論的前提の一見必然的なまたは当然の性質をテストするために、別の法的経験に身を曝さなければならない限度において、ドイツ法やイタリア法よりもむしろイギリス法の研究に従事することを選ぶであろう（このことは、唯一のローマ法学的伝統より下に閉じ込められた比較をけっして許さないであろう。そのような実践は、比較法研究のマイナーなジャンルに属するにすぎない）」<sup>37)</sup>。

逆に、比較学説は、その内部における複数主義に基づいて開かれているべきであり、「正しい」比較の方法を推奨する人に疑惑の目さえ向けるべきである。さらにある。比較は他の方法のなかでも知的な方法である。比較は、他の論証や方法を除いて、不可欠ではありえない。逆に、それは他の方法と突き合わせるべきである。比較実践は、法が提起するあらゆる問題に答を与えることができるわけではない。その限界を認識すべきである。多分、ある時代、比較研究が支持される必要があった。しかし、今日、徹底的な積極的態度を示すのは無益であるようにみえる。しかしながら、比較の方法と目的との相互依存関係と結びつく方法論的・政治的選択の正当化において手のかかる比較研究を普及するように努力を維持すべきである。

科学的手続における厳密さの要求は、次の諸問題を回避しないことを前提とする。法をどのように考えるか？誰が法を正確に決定するのか？何が法にとって必要不可欠か？また何がそうでないか？しかし、概念の不確定性は、比較アプローチによって必ずしも解決されない。たとえば比較法は、予防原則の理解を本当に助けるのか？「[……] 比較法は、さまざまな試みのうちの法をアイデンティファイするための試みで、探求の結果にすぎないしまたそうでしかありえない」<sup>38)</sup>。比較法があらゆる答を与えられるわけではない。法律家は比較研究にすべてを期待すべきでない。しかし、法律家は比較研究を真剣に受け止めるべきである。

「認識目的」<sup>39)</sup>としての比較研究は、したがって、つぎのようになるであろう。法の

37) P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, coll. « Que Sais-Je ? », 1<sup>e</sup> éd., 1999, p. 111.

38) E. PICARD, *op.cit.*, p. 912.

39) M. -L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison » in P. LEGRAND (dir.) *Comparer les droits résolument, cit.*, p. 137.



解釈を提供するのは自らの権限ではないという考え方から出発することによって、比較研究者は、反省的・批判的観点をとることにより法とその表象との外側に自らを置くことになる。比較法の科学は、比較に立脚するさまざまな法の解釈をアイデンティファイしようとするべきであろう。というのは、その1つ1つから学ぶべきことがそれだけ多くあるからである<sup>40)</sup>。まさにこの意味で、比較法研究者の「政治的熱望」は、比較法研究者の言説に関心を持つ人の「科学的熱望」に通じ、その豊かさを否定するのではなく、むしろ逆にその評価を引き上げ、その（特殊性と普遍性を同時に考える）弁証法的な面白さを示すことになろう。目的は、重心を比較言説と方法論的選択の正当化の必要とに移動させることである。それは、比較が固有の限界を孕んでいることを謙虚に認識する仕方である。「比較は理由にならない」という古い格言が示唆することはあるにしても、比較する正当な理由はある。しかし、何が何でも比較を強制する理由はないのである。

結論として、ロラン＝ドラゴの言葉が引用に値する。「比較法は、法の比較の科学的研究に存する法学の1部門である」<sup>41)</sup>。2000年代初めに書かれたこの言葉は、グローバル化のコンテキストにおける方法論議の展開のなかで確かになった。認識しなければならないことであるが、このことは、比較研究の有効性のますますコストのかかる条件を表している。簡単にいえば、比較研究は時間がかかり、超専門化に導く。フランスの比較研究を装飾的で周辺的な機能から救出するために、超専門化に譲歩しさらにまたグローバルなパースペクティブに譲歩しなければならない。超専門化は、自覚的で同時に根拠のある認識論的多元主義に向けて前進するように方法論上の諸問題に関する研究を補強することを前提とする。この考察は、とくに定量的方法の発展に好都合な背景的な運動の一環をなす。今日、定量的方法は、ますます複雑化している法的現実を把握するためにたえず大きくなっている地位を占めている<sup>42)</sup>。それは、今やグローバルで複雑

---

40) 多元的な比較について、v. M.-C. PONTHEIU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit.

41) R. DRAGO, «Droit comparé», in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 454.

42) A. MEUWES, M. VERSTEEG, «Quantitative methods for comparative constitutional law», in M. ADAMS, J. BOMHOF (eds), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 230; R. MICHAELS, “Comparative law by numbers” 57, *American Journal of Comparative Law*, 2009, p. 765; M. SIEMS, “Numerical Comparative Law: Do We need Statistical ↗

な法的世界の分析を可能にするだけでなく、定性分析のために定量的データを文脈化するのを忘れてはならない法学研究者に慎重であるべきことを呼びかける。グローバルなパースペクティブは、比較法研究者や外国法の専門家にとって今や自明のことであり、ナショナルな法共同体内部により広く拡散するはずである。ヨーロッパの範囲から教えられることは、24の公式言語が承認されたことから最大多数の人が使う言語を探求しなければならなくなる以上、英語が今や決定的に研究言語となっていることである。それゆえ、一方で法的外の文化やコンテキストへの注意、他方で英語でのヨーロッパの議論および国際的な議論への参加が欠かせない。この二重の難問は、教育分野の明白さはないという意識とともに指摘されるべきである。今日、私法学者と公法学者とのアカデミックな分離は、私法・公法の境界線が実際にはぼやけているにもかかわらず、フランスではあまりにも明らかである。教育プログラムに自明な点はない。何故なら、とくに比較公法にはとりわけ制度の重要性と結びついた特質があるからである<sup>43)</sup>。

---

“Evidence in Law in Order to Reduce Complexity?”, 13 *Cardozo Journal of international and Comparative Law*, 2005, p. 521.

43) この特質について、v. M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., p. 43.