

比較法の若干の問題

久保 欣 哉

- 一 問題提起
- 二 孤立的観察方法の限界
- 三 方法の具体的吟味
- 四 要約と展望

一 問題提起⁽¹⁾

一 法は一定の歴史的社會環境、社會諸關係の所産であり、同時にそれが存在し機能する場である社會の、重要な社會構成 *Sozialgestaltung* の手段である。

一つの社會は、一つのまとまった法體系と、それを実施する組織を持つ。一つの法體系の各構成部分は、相互に協同して機能し、実施されて、社會構成を実現する。それ故部分は全体との関連において考察されねばならな

い。実体法は、手続法、司法制度と綜合して考察されねばならない。⁽²⁾ 実体法上の個別制度は、かかる綜合的な考察によってその機能が吟味されなければならない。⁽³⁾ 制度はその靜態的な觀察にとどまらず、その動態において觀察されなければならない。

このことは、特定の社會の法の機能の觀察の方法として妥当するのみならず、複數社會間の法の比較の方法としても妥当する。比較法は、各國の対応する制度のみを比較して、その外觀上の異同を論じ、かつかかる限定された視野のうちで優劣を論ずるのみでは足りない。むしろそれは有害ですらある。機能比較がなされなければならない。機能比較は、実体法、手続法、司法制度の綜合的考察を前提とする。例示しよう。ある國では、會社理

事者の責任規定が嚴格であるにも拘わらず、当該規定の実現過程は、極めて貧弱な司法制度とその担い手——それは優れて司法制度、とりわけ裁判官の独立性の存否にかかわる——に委ねられているとしよう。他の国が実体法上同一問題につき緩かな態度をもって望む場合に比して、ただちにいづれの国の責任規定が嚴格であるかにつき、誤りなき結論を下すことはできない。ただし他の国の司法制度は、極めて効果的な貫徹手段を用意して、その責任規定を実施しているかもしれないではないか。かくて会社理事者の責任は、必然的に訴訟によるその実現過程を綜合して、その機能が測定吟味されるべきである。⁽⁴⁾

二 われわれの正当とする比較法は、しかしながらすでに右の文脈中に一部指摘されているように、特定社会の社会環境、文化的特質に考察の視野を拡げることをも要求する。法が一定の社会環境の所産である以上、法の機能の考察は、当然その社会環境の考察にまで及ばざるを得ない。その際、社会環境をも比較法の対象とするならば、われわれはその出発においてすでに用語上の著しい困難に逢着するであろう。⁽⁵⁾ ある国の裁判官、あるいは弁護士は、他の国のそれらとただちに等置しうるか。そ

の内実を、各国における法学教育、司法制度を綜合して規定しようとするならば、ことは簡単ではない。彼らの職業的倫理観、社会的地位、機能は、それぞれの社会環境において同一ではない。しからば用語の公平無私等置は許されない。さらにまた、裁判、とりわけ民事訴訟における権利実現過程が特定社会においてもつ重みにも、社会環境の相違が反映する。民事訴訟は、原告個人の権利実現過程であるのみならず、実は、彼の権利において権利一般が防衛されるのであるところ、特定社会においては、これが他の社会に比して一層強く民衆に意識される。かかる意識はなにによって触発されるか。かかる意識もまた一般的に社会環境の所産である。それ故われわれは、特定社会における法の機能を正解しようと望むならば、法の実現過程である訴訟機構、すなわち司法制度にとどまらず、社会環境に遡ってそれを説明しなければならぬ。比較法における機能比較という手法はそれ故社会学的方法を呼び起すこととなる。⁽⁶⁾

二 孤立的觀察方法の限界

一 従来われわれが暗黙の了解事項としてきたことは、

よりよき解決 *bessere Lösung* としての比較法、解決の貯蔵庫への入口 *Zugang zu einem Vorrat an Lösungen* としての比較法ということであった。

かかる了解事項に対する批判は、まずその実用主義に向けられるかもしれない。しかし、法がその現実機能において社会構成の役割を担う以上、法の実用的側面を否定することはできない。それ故、批判は比較法についてその実用主義ではなく、その方法と内実とに向けられなければならない。すでに個別制度の比較による異同の指摘とその間の優劣の記述は不充分である。かかる孤立的観察方法は改められなければならない。それはしばしば単なる外国法制の知識の集積を結果するにすぎない。それは実用性の観点からも不満足なものである。いわずや、最も合理的な法規の発見、普遍的な法の原理の発見を比較法の課題として措定するならば、個別制度の孤立的観察方法は、到底この課題に應え得ない。いま比較法の課題をよりよき解決という実用主義に限ってみても、この要請に應ずるためには、すでに述べたように機能的比較が尽されなければならず、機能的比較方法はたたくまづして法社会学的方法に到達する。敷衍しよう。

二 孤立的観察方法は、しばしば考察対象を実体法上の個別制度に限定し、無批判、無思慮に自国の対応する制度と等置し、あるいはその間の異同、優劣を論じ、性急によりよき解決を得たいとして、安易な結論を引出そうとする⁽¹⁰⁾。もとよりかかる孤立的観察方法においても視野は国際的に拡大され、偏狭な国粹主義を排し、異質な文化の存在することを気付かせるであろう。他国の法文化への関心を触発せしめ、やがてそれは自国法の改善に役立つこととなる。あるいは自国法改善のための批判的尺度ないし視点を入手する契機となる。法史上後期注釈学派に学ぶべく、ヨーロッパ各地の中世都市や領邦君主から派遣されてイタリアに下っていった青年達⁽¹¹⁾は、なほどこかそのような驚きをもって彼の地の文化とローマ法に接したのであろう。

けれども孤立的観察方法は、知識の断片的集積と当座の問題解決の為の解答を得んとする外的要請に抗し得ないことになりがちである。かくてそれは考察対象となった外国法制の機能の測定を誤る。われわれは孤立的観察方によって観察の視野を狭めてはならない⁽¹²⁾。実体法上の制度の実現過程やより広い社会環境への配慮のない比較

法は、しばしば独断的解釈に陥るであらう。⁽¹³⁾ この危険は、法の継受と継受法の解釈運用に当り、母法国と子法国との間に次のような事情がある場合に増幅されるであらう。すなわち、両国間に、その社会の歴史的形過程、地理的諸条件に密接な関係がみられず、それぞれの社会環境に共通性、等質性があまり存在しないならば、移入制度は不協和音を高めるであらう。社会環境の等質性、共通性が僅少ないし皆無の場合には、移入制度はより一層強く、高く、不協和音をあげるであらう。より一層悪いことは、外国法制に対する盲目的讃嘆である。外国法制を模範として様式化し、その文化的異質性を顧慮することなく移植する場合がこれである。外国法制の孤立的観察方法は、しばしば新奇さのみを追い、問題の自主的な態度による究明を放棄する結果に陥る。⁽¹⁴⁾

三 それでは孤立的観察方法はまったく無価値であらうか。そうではない。この場合も、考察対象自体はすでに社会諸関係の所産たる法制度である。われわれは、比較法の方法としての機能的方法および法社会学的方法の必要性を指摘し、社会環境一般も考察の視野にいれなければならぬ、と述べはした。けれども、法学者は同時に

すぐれた専門的社会学者でなければその命題をはたし得ないというものでもない。⁽¹⁵⁾ のみならず、もし法社会学的方法が実用主義をまったく考慮の外におくならば、そのことがまた批判されなければならない。

たとえ孤立的観察方法であっても、その対象がすでに社会諸関係の所産である法制度である以上、その観察作業は、それ自体社会環境の考察作業の一端をなす。社会環境の動態は法制度の変容を結果し、ひるがえって法は社会環境の指針であるという点に留意しよう。すでに人間の精神的社会的生活を反映する文化現象としての法を観察することは、たとえそれが孤立的観察方法であっても、われわれの比較法的要求する社会環境の考察の出発点に、われわれを立たしめるのである。重要なことはまずただ一步を、かかる自覚のもとにそこから踏み出すことである。このようなアクセントの置換えが、孤立的観察方法の危険性からわれわれを免れしめる。けだし、かかる自覚は、真によりよき解決を求めて、われわれを極めて慎重な態度におもむかせるからである。矮小化された実用主義に陥る危険をかかる慎重さが救うのである。⁽¹⁶⁾

部分品の真の機能は、その形状、材質、硬度、大きさ、

重量を仔細に観察してみても、それだけで正しく測定することはできない。矮小化された実用主義は、これらの観察のみで、その機能をも測定し得るという思い違いをする。部分は全体との関連においてその機能を測定すべきである。実体法上の制度は、司法制度を介してそれがどのように実現していくかの観察によってその機能を測定するべきである。のみならず、その社会がかかる権利実現過程に期待することが何かを説明せずして、実体法の機能を理解することはできない。われわれはこのことを具体的素材によって示そう。

三 方法の具体的吟味

一 われわれの戦後法制は、アメリカ法にかなり多くの部分を負っている。アメリカ法の移入に当り、アメリカ法の機能は正しく測定されたかといえば、それは大いに疑わしい。占領という特殊事情が慎重な作業の余地を与えなかったことは事実である。けれども当時われわれの正当とする比較法の方法が確立されていたかと問えば、これまた疑わしい。日本の近代化を急速に推し進めるに当り、外国制度を、それを生み出した文化の異質性など

顧慮することなく移入し続けてきた自主性の乏しさは、この時点でも清算されてはいなかった。このことの外に大陸法の影響下にあったわが国では、実体法と手続法とを分離するバンデクテン法学の思考様式⁽¹⁷⁾が、災いしたであろう。この場合には、実体法の訴訟による実現過程を全体的に把えて機能測定を行なうという視点が確立し難いからである。皮肉なことに、われわれが範を仰ぎ、多くを移入したアメリカ法の世界では、法の機能は法の実現過程において把えられるのである。アメリカの法律家の視点は、常に具体的な事件の解決という課題に向けられ、法学教育もまたここに焦点を合わせて展開される⁽¹⁸⁾。ひとり実体法の領域において、法文解釈にあたり論理の精緻さを競うだけの法学は、実現過程の考察を欠落させているが故に、法の機能を正解し得ない。アメリカ法の移入に当りわれわれが真に留意すべきであったのは、法を裁判規範とみる思考⁽¹⁹⁾であった。われわれは、いま改めて、われわれの正当とする比較法の方法によってアメリカ法を吟味しなおしてみなければならぬ。その作業は期せずして戦後のアメリカ法の移入が、アメリカ法の機能測定において著しく不十分なままになされていること

を示すはずである。

二 素材の一は、われわれの株式会社が取締役に相当するコーポレーションのディレクターの責任である⁽²⁰⁾。彼はその重大な過失についてののみ責任を問われ、経営的判断については、経営判断の原則 *rule of business judgment* によって責を免れるというのが、裁判所の打建てた伝統的な一般原則である。彼らが *due care* を払い、誠実に経営する限り、責を問われることはない⁽²¹⁾とされる。その評価は行為の時点の事実を観察してなさるべきものとされ、行為に後続して発生する事件に誘発され、加えられた事実によってではない⁽²²⁾。彼らが賠償責任を問われるのは、直接間接に自らを利した場合のごときである。しかしながらこの一般原則の実現過程を考察の視野に入れるときは、一般原則とは異なった結果が引出されてくる⁽²³⁾。彼らの責任追及は、株主単独の派生訴訟 *derivative suit* により遂行され⁽²⁴⁾、今日この種訴訟についても陪審による途が用意されている⁽²⁵⁾。しからば巨大会社の取締役の行動は、彼らに対して厳しい判断を下す素人裁判官(陪審)の評価を免れ得ない⁽²⁶⁾。この結果として、取締役の注意義務は一般原則によって軽減されながら、結局厳しい責任

を追及されるのである。かくて、派生訴訟および陪審制度を視野の外において合衆国における取締役の責任を論ずるならば、その結論は奇異なものとなり、判例の変遷の意味を正解し得なくなるであらう。

三 次に合衆国における損害賠償判決額が高額であるという指摘をとりあげてみよう⁽²⁶⁾。それは日本の場合に比して視覚的に高額であるというだけの問題にとどまるのではない。高額の理由の一は、合衆国における社会保障制度の未発達に求められる。そこでは、被害者を自らの安全と防衛を民事訴訟に求めて克ちとる姿勢に赴かせる。他の理由として、後述する弁護士報酬の高額、懲罰的賠償 *punitive damage* が指摘される。しかしながらなによりも合衆国における損害賠償判決に特殊なこととして、判決の執行可能性には多くの場合、著しい困難が伴うことが留意されなければならない⁽²⁷⁾。合衆国の国土の広大さ、住民移動の激しさ、住民登録制度の不存在、ある州での判決がときに他の州で執行されねばならぬこと、したがって債務者の財産の発見が困難であること、こうした社会環境の特殊性を考慮して問題を考えなければならぬ⁽²⁸⁾。損害賠償判決が、大企業や責任保険を付した被

告に対するものである場合を除いて、その執行可能性は極めて低いのである。それ故訴訟事件の処理は極度の緊張さを原告ならびに弁護士に強いるのである。高額の弁護士報酬を含む高額の損害賠償額が、彼らの訴訟遂行上の緊張さを支える機能をはたすであろう。

四 投資家保護の見地、これはわが国でも戦後自明のことのように唱えられる。その原型はもとより合衆国にある。一九二九年の恐慌は、企業理事者の欺瞞行為、不正行為を白日の下に曝した。それは、一九三三年証券法、一九三四年証券取引所法という連邦法制定の契機となった。⁽²⁹⁾これら連邦法はとりわけ内部者取引を厳しく規制する。当該問題の正当な評価は、しかし合衆国における連邦法と州法の並存と、そこに生ずる問題の意味を吟味することから始めなければならない。⁽³⁰⁾各州法は基本的にはコモンローの共通の基盤の上にあるけれども、内容的には非常に異なる州法が並存する。連邦は制約された立法権のみを有し、経済法の領域においては連邦法の増大する傾向がみられるが(反トラスト諸法、破産法、証券法、証券取引所法)、なお、すべての民法および有力な商法は各州の権限に属する。したがって老朽化した州法から

現代的州法に至るまでの多様性がみられる。合衆国は巨大な法政策の実験場 *gigantisches rechtspolitisches Experimentierfeld* といわれる所以である。その際一つの問題となるのは、ときに州法がその地域的利害を明白に、また極めて露骨に表現することである。投資家保護との関連では、一九世紀末の各州間の会社誘致競争に、その典型例をみることができる。⁽³¹⁾州財政に対する会社設立登録税の増収や、地域弁護士収入の増加を目的として、各州は会社を自州に誘致することに関心を払った。この競争において勝利を得たのはデラウェア州であった。合衆国の人口比五分の一パーセント、面積比十三分の一パーセントにすぎない同州に、大株式会社の三分の一以上が設立された。⁽³²⁾他州もまた誘致競争において勝利を占めんが為には、発起人、大株主、会社理事者に利益を感じさせる会社法を用意しなければならない。いきおい群小投資家の保護は、立法者の関心の外に置かれる。かかる会社誘致競争の背景にあわせて、合衆国における老令者保障制度の欠缺の故に、各人の社会的安全保障機能をはたすことが証券投資に期待されるという事実を顧慮するとき、州会社法に対する連邦立法者の干渉、とりわけ連邦

証券取引所法による内部者取引規制の意義が正解されるのである。⁽³³⁾

五 われわれは合衆国における司法制度の担い手に觀察の目を向けよう。まず素人裁判官（陪審）に対する意味での職業裁判官——この場合の用語は職業の最初の段階において裁判官を選択し、その後その職に在り続ける、いわゆる *career judiciary* の意味で使うのではない——をとりあげる。⁽³⁴⁾ 彼らは *social engineer* と称されるが、その背景には、合衆国の裁判所が社会構成機能の担い手として、諸他の制度に卓越せる地位を占めていることが、まず留意されなければならない。州裁判所、連邦裁判所の並存、上級裁判所と下級裁判所の別に由来する職業裁判官相互間の詳細はしばらく措く。⁽³⁵⁾ 彼らは多くの場合、ロースクールにおける法学教育の後、多年豊かな実務経験を積んだ弁護士の中から、比較的短期間の任期で選ばれる。それ故下級裁判所から上級裁判所へ昇進するということに伴う官僚主義から免れて自由であり、ことはそれにとどまらず司法権の独立と深くかわる。⁽³⁶⁾ ところで職業裁判官の多くが弁護士出身者であるとともに、合衆国における弁護士の機能と地位とが、あわせて顧み

られなければならない。連邦法と州法の並存、先例拘束性の原則⁽³⁷⁾にみられる判例の占める比重、これらに由来する合衆国における法の不透明さが、弁護士のはたす役割を非常に大きなものにする。とりわけ営業取引、州際取引においてはたす役割は大きい。彼らの職業的倫理観や階級的プレスティージは、他の国の場合と異なる。法曹一元と呼ばれるように、彼らが職業裁判官の地位につくのであるから、アメリカ司法制度を本当に動かしているのは弁護士達であるといわれるのである。⁽³⁸⁾ 職業裁判官の選任は、政治的、政党的観点から行なわれる色彩が強く、この傾向は、州裁判官の場合特にそうである。功労ある地方政治家——その多くは、弁護士でもある——の受入れ口として州裁判官のポストが用意される。⁽⁴⁰⁾ それ故良くも悪しくも視野の極めて広い、経験豊かな人物が職業裁判官となるから、*social engineer* の呼び名が彼らに相応しいこととなる。しかも後にみるような、民事訴訟の社会構成機能に対する期待が、合衆国においては非常に強いことが、彼らの *social engineer* とした機能を一層増幅する。

六 われわれはかかる職業裁判官とともに、合衆国司法

制度の担い手としての素人裁判官(陪審)の存在と機能⁽⁴²⁾とを見落すことができない。陪審制度に批判があることは勿論である。⁽⁴³⁾ 批判の主要点は、陪審制度の故に、弁護士が、陪審の情緒に訴えてこれに賭ける行動を展開する点にあるといわれる。⁽⁴⁴⁾ それにも拘わらず陪審制度が廃止されることは、まず考えられない。それは植民地時代からの記憶が一つの重要な役割をはたすからである。当時陪審は本国イギリスの王冠に服しない裁判を保障するものであった。自由なアメリカ人は自由人によって評価される、⁽⁴⁵⁾ と思考された。人間平等の思想は、国家の権力作用に、人が平等に関与する権利と義務をもつとし、司法作用への介入もまたこの思想の帰結である。⁽⁴⁶⁾

今日合衆国の社会環境のなかで陪審制度は一定の長所を発揮する。老朽化した制定法の下で陪審が弾力的な態度をとることは、法の技術的専門家の硬着化した法の適用から生ずる弊害、いわゆるプロクルステスの寝台への auf das Prokrustesbett 事件の縛りつけを免れしめる。それは流動・変転の激しい社会環境に適合した事件の解決に資する。住民移動が激しい反面、住民登録義務が存在しないことにみられるような、弛い結合の社会環境、人

種や価値観の多様性、地域差、これらは、社会の実情の把握を困難にする。実情把握は庶民の常識から遊離してはなされ得まい。ここに陪審の存在意義がある。今日では、とりわけ経済的強者に対する経済的弱者の防波堤として陪審制度が意識され、実際陪審はそのような機能をはたす。とりわけ大企業に対する生産物責任訴訟において⁽⁴⁷⁾ そうである。

陪審制度が存続する理由の他の一つは、専門的法律家一般に対する不信、職業裁判官の人選に対する不信にも求められる。⁽⁴⁸⁾ とりわけ大企業の弁護士であったものが職業裁判官になる場合は、その不信は否定し難い。陪審が会社取締役の責任追及訴訟においてはたす役割は先に一瞥した。他の事例も示そう。⁽⁴⁹⁾ 多くの州においては今日なお、寄与過失 contributory negligence は実定法である。それによれば、被害者もまた損害について僅かな過失をもって寄与するときは、彼はすべての請求権を失う。今日この理論は、双方の過失の程度により損害を分配する理論であるところの、比較過失 comparative negligence によって後退せしめられている。しかも寄与過失がなお実定法である州においても、それは額面通りには実施さ

れない。賠償が實際上それを適用しないことが多いからである。賠償は被害者に過失なしとし、また比較過失の考え方も考慮にいれて、損害額の算定上被害者の過失をも織り込んだ判断をするからである。⁽⁵⁰⁾

賠償は、一般に従来考えられているよりも、はるかに高い程度で職業裁判官の法の説示 instruction, charge を十分理解することも、明らかにされている。⁽⁵¹⁾ 説示の存在はまた、実体法を常識により理解し易いものにする効用がある。⁽⁵²⁾ しかし他方では、一定の状況の下で、例えば宗教的少数者や外国人の関与する事件では、職業裁判官より厳しい判断を下すこともある。⁽⁵³⁾

七 合衆国では民事訴訟法の社会構成機能に期待するところが極めて大きい。それはどういうことであろうか。

「各人は彼の存在空間において裁判官であり、法の執行者である。」「彼の権利において、彼は同時に公共の不可避の秩序としての法律を防衛する。」「私の権利は、私の権利において、同時に、侵害され、また主張される権利一般なのである。⁽⁵⁴⁾」イエリンクのこれらの主張は、私人が、自らの権利の擁護において、深く彼の存在する社会の構成にかかわるものであることを示す。

合衆国では、諸他の国家組織や州組織に比して、裁判所がはるかに卓越せる社会構成機能の担い手である。⁽⁵⁵⁾ そのことを、裁判所を利用して自己の権利を貫徹しようとする私人の観点からとらえるならば、私人による訴訟、すなわち民事訴訟が卓越せる社会構成機能をはたす、ということである。合衆国の社会環境の下で、私人は民事訴訟を通じて社会構成に関与する。民事訴訟に対する期待は、彼の権利の貫徹において、権利一般を防衛することである。

合衆国の社会において必ずしも自明でないが故に、合衆国の社会がその解決を望むものとして、私人は問題を裁判所に提出する。職業裁判官はかかる問題提起に曝されるのである。換言すれば、彼は合衆国の社会の趨勢の前に曝されるのである。彼はその解決者として social engineer なのである。民衆の民事訴訟に対するかかる期待はなにに由来するか。賠償制度に関してわれわれはすでに、人間平等観が、民衆みずからの司法作用への介入の権利と義務という思考を結果することを指摘した。⁽⁵⁶⁾ 植民地時代から天は自ら助くる者を助けるといふ、自主の信仰は、合衆国における社会保障制度、老令保障制度の

未発達の理由であろう。ここにまた自らの権利の貫徹を求める姿勢の強さの由来が読みとられる。それは展開して、民事訴訟は私人の権利回復の主張であるとともに、合衆国の社会にとって自明でないところを明らかにする手段であると感じ識される。ここにすでに公共の利益が顧みられているのである。私人の権利の貫徹において公共の利益の貫徹が目論まれるのである。⁽⁵⁷⁾ 反トラスト法違反事件に対する三倍賠償 *treble damage*、生産物責任訴訟、株主の派生訴訟等は、その発現である。⁽⁵⁸⁾

合衆国における民事訴訟に対する期待がかくのごとくであるが故に、例えば、裁判所はほとんど英語を解しないポーランド移民のなした派生訴訟を次のように取扱った。⁽⁵⁹⁾ この訴訟提起は原告の義理の息子のアドバイスによったものであるところ、下級裁判所はこれを権利の濫用として退けてしまった。しかし連邦最高裁判所はこれを破棄・差戻し、その際、株式会社法を貫徹すること、必要な訴訟上の制約を設けないことが、まさに経済的弱者、無学の人々の利益に奉仕するのである、としたのである。

八 民事訴訟に期待される社会構成機能は、合衆国にお

ける訴訟費用の負担が、原告にとり重荷となっていないことによって補強される。⁽⁶⁰⁾ そこでは一般に敗者は勝者に対して費用償還を命ぜられることがない。敗者が全費用の過重な負担で「罰せられる」のは不公正であると考えるのである。慎重な審理を経た判決すら誤りを犯す可能性がある。加えて敗者に費用負担を求めるならば、ひょっとすると判決をはるか不公正の彼方に追いやることとなるかもしれない。合衆国における株主の派生訴訟の成功は、なにより原告株主が訴訟提起による金銭上の大きな危険に曝されないことに求められる。⁽⁶¹⁾ 訴訟費用に関連して、弁護士報酬の合意がなされる慣行を顧みなければならぬ。この慣行は *Code of Professional Responsibility for Lawyers* が明白に許容するところであるが、原告勝訴の場合にのみ弁護士報酬の支払いをしなければならぬ。⁽⁶²⁾ 敗訴の場合は単に名目的な訴訟費用を支払うのみである。結局原告の費用負担は相対的に小となる。これにひきかえて、裁判所は、特に陪審は、損害賠償額の算定に当り、弁護士報酬の額だけこれを高めるかもしれない。この限りで被告は過大な費用を負担しなければならぬ。また仮りに被告勝訴の場合にも、彼は彼の弁護士

報酬の支払いをしなければならない。訴訟費用、弁護士報酬の負担は、いづれにしても原告に有利となる。⁽⁶³⁾

弁護士報酬の機能の他の一つは、訴訟提起に向けて弁護士を刺戟することである。⁽⁶⁴⁾このことは、原告の費用負担の危険の小さいこととあいまって、訴訟提起を促進する。あわせて弁護士費用の合意は、既述の合衆国における判決の執行可能性に困難さが伴うということとかかわらしめて、その持つ意味が理解されなければならない。⁽⁶⁵⁾執行の困難さは、訴訟が極度の緊張をもって遂行されることによって克服される。しからば、弁護士報酬の合意は、執行可能性の低さを克服することに向けて、弁護士を刺戟するのである。

四 要約と展望

一 われわれは、ここで、提起された問題に再び立帰ることになる。よりよき解決を求める比較法の方法が、外国法制の孤立的観察方法であるならば、実は所期の目的は達成し難い。けだし、かかる方法は考察対象とされる制度の機能を的確に測定し得ないからである。部分全体との関連において考察されなければならない。実体法、

手続法、司法制度は総合して観察され、吟味されなければならない。のみならず、それらの法制を生み出した基盤である社会環境と、その社会環境のなかでそれらの法制が社会構成の手段としてはたしている機能が、トータルに把握されなければならない。ここに比較法の方法として、機能比較が要請される所以があり、機能比較は、たくまずして法社会学的方法をも呼び起すこととなる。

われわれは素材を合衆国に求めてこのことを検証することにした。もとよりとりあげられた素材が適切であったかどうか、また素材の理解の仕方に誤りがあるのではないか、すべていまは自信をもって答えることができない。いづれについても他日補正しなければならない。例えば、合衆国における支配層がかつてのヨーロッパ系移民の末裔たちであるのに対し、先住民民族であるアメリカインディア人や、黒人、メキシコ系人種、さらに南米からの短期的な出稼ぎ労働者が少数派として混在し、ここから複雑かつ深刻な問題が生じている点については、本稿はまったく顧みていない。合衆国の社会環境の理解の仕方として、それは片手落ちの謗を免れない。われわれは、合衆国の民衆意識として、自ら守らなければならないとい

う点を強調した。しかしながら合衆国における被抑圧少数派の存在を社会環境を観察する視野のうちに入れるならば、民衆が自らの権利の貫徹によって克ち得ると信ずる社会的公正さ⁽⁹⁾とはいかなるものであるかは、改めて考えなおしてみなければならぬであろう。しかしいまはそれについて何も語り得ない。こうした留保付きであるが、われわれの明らかにしたことは次のようであった。

二 会社取締役の責任原則は、これを追及する訴訟過程、実現過程を一体として観察しなければ、その正確な機能測定はできない。また視覚的に著しく高額とみられる損害賠償額については、合衆国の社会環境が判決の執行を著しく困難としていることを顧みて、その意味が理解されるべきである。いわゆる投資家保護の見地も、合衆国における社会保障制度、老令保障制度の未発達と、群小投資家の保護を無視して、発起人、大株主、会社理事者を優遇する州会社法による会社誘致競争の背景の下で考察すべきものである。州会社法に対する連邦法（証券法、証券取引所法）による介入、干渉の意味は、そうでなければ正解し得ない。さらに司法制度の担い手達に目を向けるならば、法曹一元が確立され、とりわけ合衆国にお

ける真の法の担い手達は弁護士であることが留意されなければならぬ。良くも悪くも豊かな実務経験と広い社会的視野をもった弁護士達から、短い任期で選任される職業裁判官が、social engineerとして機能し、かつ司法権の独立性を支えていることを知るべきである。本国イギリスの王冠に服さない裁判を保障するものとして、自由なアメリカ人は自由人によって評価されるべきであるという植民地時代からの記憶に支えられた素人裁判官（陪審）の存在とその機能を顧みずして合衆国の司法制度を語ることはできない。あわせて私人の権利の貫徹を裁判所に求めて実現することは、合衆国の社会にとって自明なことではないことは合衆国の社会のために明らかにされなければならない、という思考と結合して、公共の利益（社会的公正）の実現手段と解されることが留意されなければならない。訴訟に伴う原告の費用負担が著しく原告に有利であるという事実が、これを補強する。かくて合衆国における民事訴訟は、卓越せる社会構成の手段となるのであり、またそうなることが期待されるのである。

三 このように述べてくると、ただちに想起されるのは、

わが国の法律、司法制度および社会環境の特殊性である。日本は、その近代化の過程においても、また現代においても、外的条件(例えば条約改正あるいは占領)に強制された事実はあるが、性急によりき解決を求めて外国法制の移入につぐ移入を続けて来た。このこともまた事実である。その際これも外的条件により強制されたが故にやむを得なかったという弁明がなされるとしても、移入される外国法制が、その国における社会構成機能を充分測定されることなく移入されたことは、これまた紛れもない事実である。その際孤立的観察方法による機能測定は行なわれたかもしれない。しかし社会環境、文化的異質性にまで遡って、外国法制のトータルな機能吟味がなされたかといえは大いに疑わしい。われわれはさらに次の点を指摘しなければならない。すなわち、移入に当たって、移入される外国法制がデフォルメされて承継されたことである。もともと機能測定が正確でない以上、意識する与否とを問わず、かかる結果を生ずるのは当然である。デフォルメされて移入されたのは実体法のみではない。司法制度もまたそうである。司法制度は、フランス型、ドイツ型、アメリカ型を順次移入しながら、母法

国とは全く異なった特殊日本型に帰着している。⁽⁶⁸⁾ そうであるから、デフォルメされて移入され続ける外国法制は、かかる特殊日本型の司法制度を介して実現される。しかば移入制度は当初の予測を裏切った機能を発現するであろう。⁽⁶⁹⁾ 極端な場合はまったく休眠状態になってしまう移入制度も存在することとなる。⁽⁷⁰⁾ いづれにしても、移入制度はさまざまな不協和音を奏でることとなる。それはそれでまたわが国法制の実情であるという意味において、日本の社会環境の特殊性の一端には違いない。われわれの比較法は、このことを明確に認識したところから再出発しなければならぬ。よりよき解決を求めるわれわれの比較法が、今後も外国法制の移入を続け、ますます不協和音を高め続けることのないようにするためには、われわれのおかれている特殊日本の状況の認識から出発して、われわれの正当とする方法によって比較法を展開すること、これがさしあたり必要である。そのことの実現のためには、われわれは、苦しいかつねばり強い作業の蓄積を必要とするのであろう。

(1) 本稿は、ほとんどすべてを、グロースフェルト教授
(ミューンスター、前ゲッティンゲン)の次の論文に負っている

る。同論文は一九七五年五月教授から筆者に贈られたものである。記して感謝の意を表わした。

Grossfeld, Bernhard, Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereinigte Staaten von Amerika — Deutschland, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Sonderdruck, 39 Jahrgang 1975, Heft 1.

(2) 三ヶ月章「司法制度の現状と改革」岩波現代法5現代の裁判(一九六五年)三頁。

(3) 五十嵐清「比較法学と日本の法学」岩波現代法14外国法と日本法(一九六六年)三三四頁以下。

(4) Grossfeld, Bernhard, Management and Control of Marketable Share Companies, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XIII Chap. 4, s. 127 (p. 65) and also s. 113 (p. 50).

(5) 吉永榮助「継受・比較法的方法論序説」一橋論叢六九巻四号(一九七三年)参照。

(6) 五十嵐・前掲(3)。

(7) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 9, 6用語。

(8) 五十嵐・前掲(3)。

(9) 吉永・前掲三〇〇頁。

(10) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 9, 吉永・前掲11九五頁。

(11) Lange, Heinrich, BGB Allgemeine Teil, 10. Aufl.

1968 S. 10ff.

(12) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 11.

(13) 吉永・前掲二九五頁。

(14) 吉永・前掲二九五頁は、新奇さ、自己知識の誇示の危険を指摘批判される。なお二九七頁は、戦前のドイツ概念法学への心酔、戦後の米法研究ブームを指摘される。三ヶ月・前掲一六七頁は、日本の司法制度がフランス型、ドイツ型、アメリカ型と推移している点につき、日本における外国司法制度に対する評価の激変を指摘し、その自立性のなさを批判され、比較法的視座設定の必要性に及ばれる。

(15) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 11f. また、五十嵐・前掲三四九頁は、方法として法社会学的方法のみを追うこと、とくにこれを唯一の方法とすることは、比較法のもっとも重要機能である実用性を軽視する危険に陥り易いと批判される。

(16) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 12.

(17) a. a. O. S. 13.

(18) 伊藤正己・アメリカ法入門(一九六一年日本評論社)一三九頁。

(19) 伊藤・前掲一七三頁。

(20) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 12 f., derselbe, Management, s. 123 (p. 54) — s. 127 (p. 56).

(21) Grossfeld, Management, s. 124 (p. 55f.).

(22) op. cit., s. 123 (p. 54f.). 単なる不注意及び任務懈

- 怠行をも責任を生ぜしめんとし (Schneider v. Mangane Corporation of America, 224 A. 2d 634 (Pa. 1966))。一九三四年連邦証券取引所法の下で、同僚取締役、役員に言に信頼したことは、法の要求する due care とはならない、理性あるものは、いかにかなりと彼自身の調査をなすであろう、したがって盲目的に他人の言を受容しなうべきでない (Escott v. Barchin's Construction Corporation, 283 F. Supp. 643 (S. D. N. Y. 1968))。
- (23) vgl. Grossfeld, Bernhard, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968 S. 224ff., derselbe, Management, s. 298 (p. 121) —s. 335 (p. 132).
- (24) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 20, N. 58. 伊藤・前掲一二〇頁。連邦憲法修正第七条による。
- (25) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 14.
- (26) a. a. O. S. 14f.
- (27) a. a. O. S. 15f.
- (28) 今川英一「アメリカ政治紀行」(一) (朝日ジャーナル 一九七五年八月一日号—九月一日号)は、極めて有益なレポートである。本文に指摘した点について、戸籍制度の不存在、交番の不存在、警察官自身の戸別訪問による住民調査の不存在が報告されている (その四九月五日号二六頁)。
- (29) 拙稿「利益調整の論理の崩壊」青山法学論集一六卷三・四号 (一九七五年) 二一七頁。
- (30) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 16ff. 参照、伊藤・前掲六頁以下。
- (31) a. a. O. S. 17.
- (32) Grossfeld, Aktiengesellschaft, S. 168.
- (33) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 17. また、今川・前掲 (その四) 四二頁は、多くのアメリカ人にとって老後は自分の責任であることを報告する。
- (34) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 17ff. 伊藤・前掲一五六頁以下。
- (35) 伊藤・前掲一六〇頁以下。
- (36) 伊藤・前掲一五七—八頁。
- (37) 伊藤・前掲五二頁以下。
- (38) 三ヶ月・前掲三五頁以下、伊藤・前掲一四二頁。
- (39) 伊藤・前掲一六一頁以下。
- (40) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 19. 参照、伊藤・前掲一四九頁。
- (41) その批判とについては、いまだ多量な Frank, J., Court on Trial, 1950 (邦訳「古賀正義・裁かれる裁判所」)。
- (42) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 19ff.
- (43) a. a. O. S. 20. 伊藤・前掲一二五頁以下。
- (44) a. a. O. S. 20. 法廷技術の高度な発展の理由でもある。伊藤・前掲一一六頁。
- (45) a. a. O. S. 20.

(39) 比較法の若干の問題

- (46) 伊藤・前掲一二三頁。
- (47) a. a. O. S. 20. 伊藤・前掲一二四頁は自動車事故の際の保険会社を被告とする訴訟につき、同様のことを指摘せられ。
- (48) a. a. O. S. 20f. 伊藤・前掲一二三頁。
- (49) a. a. O. S. 21.
- (50) 注(49)伊藤・前掲一二四—五頁。
- (51) a. a. O. S. 22.
- (52) 伊藤・前掲一二三頁以下。
- (53) a. a. O. S. 22.
- (54) *„Der Kampf ums Recht“* (1872) によつて *„Der Kampf ums Recht“*。Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 24f., derselbe, Aktiengesellschaft, S. 193—S. 198 によつて用いられる。
- (55) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 17.
- (56) 伊藤・前掲一二三頁。
- (57) a. a. O. S. 23.
- (58) Grossfeld, Aktiengesellschaft, S. 271 N. 316, derselbe, Rechtsvergleichung, S. 23f.
- (59) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 24; Surowitz v. Hilton Hotel Corp., 283 U. S. 363 (1966).
- (60) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 25f.
- (61) Grossfeld, Management, s. 315 (p. 125), derselbe, Aktiengesellschaft, S. 262ff.
- (62) 派生訴訟の場合には、勝訴原告は、弁護士報酬その他の訴訟遂行上の費用は、会社に対し償還を求めうる。Grossfeld, Management, s. 316 (p. 125).
- (63) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 25.
- (64) Grossfeld, Management, s. 317 (p. 125 f.), *Bal-lantine, On Corporations*, rev. ed. 1946, p. 369.
- (65) Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 26.
- (66) 今川・前掲論文その(一)(二)は、それぞれアメリカンディアン、ラテン系アメリカ人、黒人社会の現代合衆国社会において持つ意味を考えさせる。とくにその(二)(八月二日号)三二頁末尾は、多くのよきアメリカ人たちが、自分が実際に加害者であるか否かは別として、いわゆる被抑圧民族の感情を理解することが難しいと指摘される。
- (67) 注(57)に対応する本文の箇所。
- (68) 三ヶ月・前掲論文参照。注(14)参照。
- (69) 八幡製鉄政治献金事件訴訟は、一株主の派生訴訟(代表訴訟)として提起されたのであるが、それは日本の司法制度の枠組み中で処理されて、原告敗訴に終わった(最判(大)昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁)。
- (70) 派生訴訟のアメリカにおける成功はアメリカの社会環境と司法制度を前提とする。
- (71) イギリス法にならった公益信託(信託法六六条以下)などはその例であらう。

(青山学院大学教授)