
種 別： 論説

タイトル： 機能的比較法を巡る近時の議論

著 者： 佐藤 亨

所 収： 『上智法学論集』第 60 卷 3-4 合併号（平成 29 年 3 月）97-121 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

機能的比較法を巡る近時の議論

佐藤 亨

- I. はじめに
- II. 主流派の方法論
- III. 新たなアプローチ
- IV. 検 討
- V. まとめに代えて

I. はじめに

比較法を巡る議論においては、現在に至ってもなお、比較法とはいったい何か、その価値はどこにあるのか等々の極めて基本的な問題についてさえ、意見の一致がみられていない⁽¹⁾。そのため、例えば、「法の移植 (Legal Transplants)」論で知られるワトソンの筆になると、「私にとって、学問研究の内容としての比較法の価値は、法が変化する状況を特定

-
- (1) 比較法は単なる方法に過ぎないのか、それとも独立の学問分野であるのかということもかつては盛んに論ぜられたが、それに対しては、例えば、「比較法学者は、百年以上も前から、比較法は単なる方法か、それとも独立した学問かという問題を提起している。抽象的かつ表面的に議論されているこうした論争は、所詮、不毛の域を出るものではない。」とも評されている。レオンタアン・ジャン・コンスタンティネスコ (真田芳憲・後藤武秀訳)「比較法における《様式理論》の様式について」ディーター・ヘーンリッヒ編 (桑田三郎編訳)『西ドイツ比較法学の諸問題』(中央大学出版部, 1988年) 所収 95頁以下, 98頁 [原著独語論文公表年は1979年]。この対立については、大木雅夫『比較法講義』(東京大学出版会, 1992年) 68頁参照。

し、それを通じて法発展の原因を明らかにすることに役立つことにある。…比較法の主たる実践的価値が、法制度に関する多くの知識が、選択的借用による法の改良を可能にすることにあるのと同様に、比較法の理論的研究の主たる価値は、如何にして準則や制度が他の所から採用され変質を被ったかを証明するところにある。…かくして比較法は、法史の一形態である⁽²⁾とまで言われる。それでは、百家争鳴、比較法を論ずる者の数だけ比較法の中味は異なるのかと問われれば、幸い、そこまでの混乱には至っていないものと考えられる。というのも、20世紀後半以降、主流派(main stream)と称される比較法の理論が存在する一方、他方ではそれに対してさまざまな立場の論者が批判を加えるという構図を見てとることができるからである。邦語文献における現在の比較法の定義を探るならば、例えば、滝沢先生による「2つ以上の異なる法体系に属する法の全部または一部を相互に比較して、その間の異同を明らかにすることを目的とする学問⁽³⁾」という大変穏当な定義も見られ

(2) アラン・ワトソン(瀧澤栄治・樺島正法訳)『ローマ法と比較法』(信山社、2006年)117頁〔原著: Alan Watson, *Roman Law & Comparative Law*, 1991〕。なお、このすぐ後に「しかし、比較法は法の借用の研究に止まるものではない。多くの法制度を歴史的に研究することによって、それらの間の関係が要求されまたは強調されない場合ですら、法の性質、そしておそらく、とりわけ色々な法源の性質についても、一般化することが可能となる。」と述べられていることを付言しておかねば、ワトソンに対してアンフェアとの誹りを免れない。

(3) 滝沢正『比較法』(三省堂、2009年)16頁。比較法と国際私法との関係如何との問題意識から、本書第1編「比較法の基礎理論」を主たる素材として「注釈的手法」によって論評されたものとして、山内惟介「滝沢博士の理解とその検討」同『比較法研究 第二巻』(中央大学出版部、2016年)所収461頁以下〔初出:「比較法と国際私法との関係についての一考察——滝沢正教授の所説を手掛かりとして——」法学新報118巻3・4号(2011年)933頁以下〕。山内教授は同論文中で、「2つ以上の異なる法体系に属する法の全部または一部を相互に比較して、その間の異同を明らかにすることを目的とする学問」という「定義」を「滝沢博士の〔比較法の〕定義」として十数回繰り返し引用してらっしゃるが、その扱いには疑問が残る。同「定義」の意義については、同書の対象読者と、同書における当該「定義」の置かれた位置を考慮に入れる必要があると思われるからである。すなわち、同書は初学者向けの入門書であって、当該「定義」はその本文の冒頭に置かれていることから、この「定義」はつまり、比較法という学問分野に不案内な読者に対して、まず最初に、専門用語等を用いずに、平明な表現でごくおま

るが、「比較法は、最も一般的には、種々の法秩序をそれぞれの精神と様式において関連づけて、諸法秩序の形態学的特性やその相互間における類型的親縁性を明らかにし、あるいは特殊的には、種々の法秩序における比較可能な法制度や問題の解決を関連づけて、法の認識と改善を図る課題を有する法学の部門ないし方法である⁽⁴⁾」との大木先生の定義が、より主流派の比較法理解に添っているものと考えられる。ここで、「一般的」、「特殊的」と分けられている比較法をそれぞれ、「マクロな比較法」と「ミクロな比較法」と称したり⁽⁵⁾、「狭義の比較法」と「広義の比較法」に区別する場合もある。このように、主流派の比較法においては、比較法をマクロな比較とミクロな比較とに分け、マクロな比較法の内容をなすのがすなわち諸法秩序の法族〔法系・法圏〕への分類であり、他方ミクロな比較法において法制度や問題の解決の比較に際してその「機能」に着目する方法論が、「機能的比較法」と呼ばれるものである。20世紀後半にあっては、狭義の比較法たる法族の分類こそが比較法学の中心的任務とされ、どのような分類基準を立て、それらをどのように適用し、その結果としてどのような法族の分類を提示すべきかについてが、世界的な比較法学者たちによって議論されていた⁽⁶⁾。しかし、

かな比較法のイメージを提示することが目的であろう。比較法に関する専門的な議論が進むに連れて、比較法の「定義」についても様々な留保や条件が付されていき、より詳細で複雑な内容が説明されるようになるというのは、入門書としては適切な方法と考えられ、それをもって、定義をのちに「修正している」というのは当たらないと思われる。

- (4) 大木・前掲註(1)74頁。この定義が主流派に添っているというのは、主流派の代表格たるツヴァイゲルト／ケッツの教科書〔の初版・1971年〕の定義を下敷きにしているからである。K.ツヴァイゲルト／H.ケッツ（大木雅夫訳）『比較法概論 原論 上』（東京大学出版会、1974年）8頁参照。但し、原著第3版（1996年）には、残念ながら当該「定義」の記述は見当たらない。
- (5) 大木・前掲註(1)69頁。Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., 1987, 31 ff.; Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, 4 f.; Esin Örcü, *Developing Comparative Law*, in: Esin Örcü /David Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, 2007, 43, 56 ff.
- (6) 五十嵐清『比較法入門』（日本評論社、1968年）所収77頁以下「三 法系論と日本

1990年になお「比較法は単なる方法だとするダヴィドを含め、今日の比較法の中心的課題は法系論にある⁽⁷⁾」と書いてらした五十嵐先生が、その20年後に「法系論はどこへ行く?⁽⁸⁾」という疑問を呈されるようになったことに象徴されるように、近時法系論はかつてほどの隆盛を誇る状況ではなくなってきた⁽⁹⁾。それに呼応するかのようになり、ミクロな比較における「機能的比較法」が主流派比較法学の代名詞であるかのようにみなされることが多くなり、比較法における機能主義は近時様々な批判にさらされる事態が見受けられる。

以下本稿においては、まず、主流派の方法論たる機能的比較法の内容につき、ツヴァイゲルトとケッツの教科書の叙述にしたがって確認を行い、次いで、1980年代以降、文芸批評や独仏現代哲学の議論から着想を得た代表的な論者2名による機能主義批判を瞥見した後、それら批判をどのように評価すべきかについて、検討を加えるものとする。

II. 主流派の方法論

1. ミクロな比較に際しての方法論としての機能的比較

比較法を、マクロな比較とミクロな比較とに分け、比較法はそのい

ず」〔初出：北大法学論集16巻2・3号(1965年)71頁以下〕、同『比較法学の歴史と理論』(一粒社、1977年)所収162頁以下「5 法系論再説」〔初出：北大法学論集25巻1号(1974年)147頁以下、3号97頁以下〕。

- (7) 五十嵐清「比較法の40年」同『現代比較法学の諸相』(信山社、2002年)所収5頁以下、9頁〔初出：北大法学論集40巻3号(1990年)1頁以下〕。
- (8) 五十嵐清『比較法ハンドブック 第2版』(勁草書房、2015年)所収291頁以下「第5章第7節 法系論はどこへ行く?」〔初出：「比較法はどこへ行く?」早稲田大学比較法研究所編『比較法と法律学』(早稲田大学比較法研究所、2010年)所収289頁以下〕。
- (9) 法系論を扱う比較的最近の論考としては例えば、Ugo Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *Am. J. Comp. L.* 5 (1997) 及び、このMattei論文を検討するJaakko Husa, *Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn?*, 1-2004 *R.I.D.C.* 11 (2004)。更に、Jaakko Husa, *Legal Families*, in: Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2006, 382-392の末尾には関連文献一覧が見られる。

れをも包含するものであって、且つ、ミクロな比較における方法論としては、法の果たす機能に着目する、これが、現在、いわゆる主流派と呼ばれている考え方であるといえる。主流派の方法論たるこの「機能的比較法」については、ツヴァイゲルトとケッツが1971年に出版した教科書⁽¹⁰⁾において解説が行われている。主流派の方法論であり、また、極めて有名な主張でありながら、この「機能的比較法」なるものの内容を知る手がかりは、ほぼ、ツヴァイゲルトとケッツの教科書の記述に限られている。ツヴァイゲルトらが、方法論のみを主題とした論文をほとんど著していないということ、更には、ツヴァイゲルト／ケッツの教科書が英訳された⁽¹¹⁾おかげでアクセスが容易になり世界中で広く読まれるようになったことを理由に、機能的比較法を擁護する論者も、批判する論者も、等しく典拠として挙げるのは、この教科書の一節⁽¹²⁾、しかも、英訳版の該当部分⁽¹³⁾、ということになっている⁽¹⁴⁾。なお、同書の総論部分を担当したのはツヴァイゲルトであったので、実際のところは「ツヴァイゲルトが主張するところの機能的方法」ということになるのであるが、そのポイントは、次の2点に集約される。すなわち、「比較の第三項としての機能的等価性への着目」並びに「法的解決結果の類似性の推定」である。

次節では、若干長文に及ぶが、ツヴァイゲルト／ケッツの教科書の該当箇所を引用してその内容を確認することにしたい。種々慎重な留保が施された丁寧な議論を安易に要約してしまうことによって、余計な誤解

(10) Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1971 [2. Aufl.: 1984; 3. Aufl.: 1996]. 1996年刊の第3版が、Zweigert/Kötz (FN 5). 初版の邦訳が、ツヴァイゲルト／ケッツ (大木訳)・前掲註(4)。

(11) Konrad Zweigert/Hein Kötz, trans. by Tony Weir, Introduction to Comparative Law, 3rd ed., 1998 [1st ed.: 1977; 2nd ed.: 1987].

(12) Zweigert/Kötz (FN 5), 31-47: Methode der Rechtsvergleichung.

(13) Zweigert/Kötz, trans. by Weir (FN 11), 32-47: The Method of Comparative Law.

(14) Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 339, 340.

を招き寄せてしまうことを恐れるがゆえである（なお、以下の引用部分においては、原著の初版と第3版とで違いがないので、大木先生による初版の邦訳を利用させていただいている）。

(1) 比較の第三項 (*tertium comparationis*) としての機能的等価性
への着目

まず、機能的等価性に着目する意義については、以下のように述べられている。

「あらゆる他の方法論的諸命題——比較されるべき諸法の選択、調査の範囲、体系構成等——を生む根源となる比較法全体の方法的原則は、機能性 (*Funktionalität*) という原則である。比較不可能なものは、意味ある比較ができないのであり、そして法においてはただ、同じ課題や同じ機能を果すものだけが比較しうるのである。この命題は、自明のことにように思われる。それにもかかわらず、それは、比較法の経験を基礎としているので、初心者にとって直には認識できないほど含蓄豊かなものである。とりわけこの命題は、確かにあらゆる社会が自己の法に対して実質的には同様の問題を課しているが、しかし種々の法秩序がこれらの問題を、窮局的に結果は同じことになる場合ですら、著しく相違するやり方で解決しているという比較法の根本的経験に基礎をおいている。⁽¹⁵⁾」

現在の第3版には表れないものの、初版においては、比較される2つの項目について、その両者に共通する、比較の基準となりうる共通項を意味する「比較の第三項 (*tertium comparationis*)」なる用語も用いられていた⁽¹⁶⁾。そして、その役目を果たすものとして、同種の機能や同種の問題に着目せよというわけである。ここで、「比較不可能なものは、意味ある比較ができない」との言い回しはいささかトートロジックに響く

(15) ツヴァイゲルト／ケッツ (大木訳)・前掲註(4)46頁。Zweigert/Kötz (FN 5), 33.

(16) ツヴァイゲルト／ケッツ (大木訳)・前掲註(4)67頁。

が、逆に言うならば、意味ある比較を行うためには、一見比較が不可能と思われるものの間の比較可能性を拡大する必要がある⁽¹⁷⁾、そのための方策が、同種の機能や同種の問題への着目である、ということになる。

続いて、或る国における或る規範の機能的な対応物が、他の国では、法規範として存在しているとは限らないので、調査にあたっては、法規範ばかりに目を向けるべきではない、という注意が行われている。

「もちろんこれらすべての事例において、われわれが相互に関連づけなければならないものは法的な諸規範（たとい相異なる体系的装いをとってしようとも）だということには、依然として変りはない。しかし、かなりしばしば比較法学者は、それ以上に手を上げていかなければならない。というのは、しばしばかれは、或る規範の機能的な対応物が、或る外国の法体系においては、そこに現存している法規範のなかで見出されるのではなくて、法事実探究によってでなければ視野におさめられない或る種の法外在的諸現象（außerrechtliche Phänomene）のなかで見出されるということを確認しているからである。⁽¹⁸⁾」

すなわち、同等の機能は、よその国においては必ずしも法規範によって担われているとは限らず、慣行等によって満たされている場合もあるということである。

(2) 〔法的〕解決結果の類似性の推定（*praesumptio similitudinis*）

次に、とりわけ議論の紛糾する「類似性の推定」に関しては、ツヴァイゲルト／ケッツは、以下のように説明している。

「ここに挙げられた諸例は、比較法上の基本的法則——いささか誇

(17) 滝沢先生にあつては、比較可能性の拡大の解決を、法文化的比較へと進むことに見出してらっしゃることが注目される。滝沢・前掲註(3)31頁。

(18) ツヴァイゲルト／ケッツ（大木訳）・前掲註(4)53頁。Zweigert/Kötz (FN 5), 37.

張しすぎるにもせよ——について述べようという気持ちを起させようほど、比較法学者が研究を行う際に極めて頻繁に出会うもう一つの現象を証明している。すなわち、種々の法秩序は、それぞれの歴史的発展、それぞれの体系的・理論的構成におけるあらゆる相違およびそれぞれの実践的適用の様式におけるあらゆる相違にもかかわらず、なお同等の生活問題において、しばしば細目に至るまで、同等の、或いは確かに驚くべきほど類似した諸解決に達しているという現象である。⁽¹⁹⁾

冒頭の「ここに挙げられた諸例」というのは、この引用文の直前において、英米法と大陸法とが類似した解決に到達しているという例が示されていることを指している。そして、続けて、

「なるほど人間の共同生活の多くの領域は、特殊な、強固な道徳的および習俗的価値判断によって彩られており、しかもこの価値判断は、宗教的見解、歴史的伝統、文明の発展或いは国民性におけるそれぞれの特性に由来するものであるから、これらの生活領域を規律する法規範の一致が僅かな範囲でしか確認できないだろうと思われるほど、諸民族間において相違しうものである。⁽²⁰⁾」

という冷静な観察がみられる。このように、社会的な諸問題に対する、道徳、習俗、宗教等々の影響力の大きさについても、明確に認識をしている。しかしながら、それを踏まえた上で、更に、次のように述べる。

「しかしわれわれが特に著しく価値観や道義的命令で満たされたこ

(19) ツヴァイゲルト／ケッツ(大木訳)・前掲註(4)55頁。Zweigert/Kötz(FN 5), 38.

(20) ツヴァイゲルト／ケッツ(大木訳)・前掲註(4)56頁。Zweigert/Kötz(FN 5), 38. なお、真田教授は、社会における法の果たす役割に相違がある場合には機能的比較には一定の限界があるとされ、それを補完するものとして法社会学的方法の必要性を説かれており、その一例として、同じイスラーム法のもとにあるサウジアラビアとパキスタンが1948年の世界人権宣言の採択時に異なった対応をしたという興味深い事例を紹介してくださっているが、そもそも宗教に深く関わるような事案は機能的比較の適用範囲に含まれないのではないかと思われる。真田芳憲「基礎法学と比較法」日本比較法研究所編『比較法の方法と今日的課題』(中央大学出版部, 1990年)所収3頁以下, 17-21頁。

これらの——そしてその大部分は家族法とか相続法上の——諸問題を度外視して、その他の、比較的『非政治的な』私法を取扱うならば、ここでは、世界のあらゆる発展した法秩序における、法的交流についての同じ必要は、同じかまたは極めて類似した仕方では解決されているということが、繰返し確認されている。その限りでは、まさに『類似の推定』(*praesumptio similitudinis*)、すなわち実際の諸解決の類似性についての推定ということと言ってもよいだろう。⁽²¹⁾つまり、価値観やモラルの影響が大きい家族法や相続法はひとまず措くとして、非政治的な私法分野に着目するのであれば、発展した法秩序においては、同種の問題については、これまでの比較法研究の経験に照らせば、採用されている解決方法が種々異なるとしても、その解決結果は類似している、と推定して構わないのではないか、というのである⁽²²⁾。

どのような法分野においても、どのような国々においても、すべからず、社会的問題の解決結果は似通っているという推定が可能である、などとは決して主張していないにもかかわらず、この「類似推定則」は、その後激しい批判的的となる。

(21) ツヴァイゲルト／ケッツ (大木訳)・前掲註(4)56頁。Zweigert/Kötz (FN 5), 39.

(22) 大木先生は、比較の作業において類似推定則は欠かせないものであるとしながらも、それを強調しすぎる危険についても警告されている。大木雅夫「比較法における『類似の推定』」藤倉皓一郎編集代表『英米法論集』(東京大学出版会、1987年)所収105頁以下、大木・前掲註(1)99-100頁。

また、現在の第3版では削除されているが、初版においては、「もちろん、この推定がいかなる法域にも妥当するとは限らないことを、もう一度強調しておきたいと思う。その推定は、法が或る特定の社会の、特殊な政治的および道徳的価値観によって極めて著しい影響を受けているような諸領域においては、適用できない。しかしながら、その他すべての、比較的価値中立的な、『技術的な』法の領域については、実際の解決が類似しているという推定は、有用な作業仮説であるものとわれわれには思われる。」という慎重な立場が表明されていた。ツヴァイゲルト／ケッツ (大木訳)・前掲註(4)57頁。

2. 主流派方法論の起源：ラーベル

多少議論の順番が前後することになるが、ここで主流派の機能主義の起源についても触れておきたい。機能に着目する現在の主流派の方法論は、ツヴァイゲルトに始まるのではなく、比較法における機能主義の父の名は、ラーベル (Ernst Rabel, 1874-1955) に帰せられる。ツヴァイゲルトは、現代ドイツにおける比較法の方法論は、「ラーベルが発展させ実行した」ものであると述べている⁽²³⁾。

その、ラーベルによる方法というのは、国際私法における「法律関係の性質決定問題⁽²⁴⁾」に関するラーベル説、として知られている。法律関係の性質決定問題とはすなわち、問題となっている当該法律関係が、ある抵触規則上のどの法的カテゴリーに包摂されると考えるべきか、逆

(23) 「『立法共通法』を求めたパリ国際会議の努力は、多かれ少なかれヨーロッパ大陸の実定法体系の枠内で営まれていた。それは、制定法の比較 (Gesetzesvergleichung) であった。この枠は、『第二期』において決定的に打砕かれている。すなわち、比較法は、『同様な生活問題に関して種々の国々における極めて充実した法生活の全体から生み出される』法的諸解決の比較にまで進んでいる。方法についていうならば、この時期は、もはや比較法の過去 (Geschichte) ではなくして、その現在 (Gegenwart) である。今日教えられ、かつ、実施されている方法論は、ラーベルが発展させ実行した研究から発しているのである。

単なる制定法比較への限定から解放されたことは、明らかにコモン・ローの『発見』と関連している。[…中略…] 世紀の変わり目に行われていた『比較しうるもののみが比較しうる』という比較法の古い理論的公理は、そもそも法の教義学的構造を念頭において立てられたものなのであるが、この公理は、ラーベルやランペールの研究所における実践的な『実験』によって覆された。」ツヴァイゲルト／ケッツ (大木訳)・前掲註(4) 99-100頁。Zweigert/Kötz (FN 5), 59 f.

ラーベルについて簡単には、Rheinstein (FN 5), 58 ff.; Reinhard Zimmermann, »In der Schule von Ludwig Mitteis«: Ernst Rabels historische Ursprünge, 65 Rabels Zeitschrift 1 (2001). 邦語文献としては、マックス・ラインシュタイン (桑田三郎訳) 「ラーベル教授における国際私法の比較法的研究」比較法雑誌 6巻3・4号 (1971年) 155頁以下、ハンス・ゲオルク・レーザー (永田誠訳) 「エルンスト ラーベル——近代比較法の創設者」日本法学 54巻3号 (1988年) 467頁以下。

(24) 基本的文献として、例えば、池原季雄『国際私法 (総論)』(有斐閣、復刻版・1994年) 94頁以下「第二章 法律関係の性質決定」。

にいうと、抵触規則上の法的カテゴリーの範囲は、何を基準にして画定すべきか、という議論を指す。しばしば挙げられる例としては、例えば、離婚に際する未成年の子の親権者ないし監護者の指定について、この法律関係を、離婚に付随する問題と考えるのか、つまり、離婚という性質であると決定するのか、それとも、親子関係に付随する問題と考える、つまり、親子関係という性質だと決定するのか、というものがある。また逆に、抵触規則上の「離婚」という概念の内容は、何を基準に画定すべきであるのか、法廷地法によるのか、それとも準拠法になのか、ということが争われた。この問題について、基準とすべきは法廷地法でも準拠法でもなく、国際私法上の法概念は、国際私法自体が決定すべきであるとの説を提示したのが、ラベルであるとされる⁽²⁵⁾。つまり、例えば、国際私法上の「離婚」という法概念を考える場合、その内容や範囲は、法廷地法や準拠法などの実質法を基準にするのではなく、各国の離婚に関する法の比較によって、それらに共通の離婚一般の概念を、いふなれば、離婚の機能を抽出して、国際私法における離婚概念とすべきであるという理論である。

実質法からの解放という点では賛同を集めはしても、その実際の方法としての比較法の利用という主張は、残念ながら国際私法の分野では主流とはならなかったが、その基本的な考え方は、ツヴァイゲルトやラインシュタインらに受け継がれて、現在の機能的比較法へとつながることとなった。

3. 小括

以上見たところから、ここで、主流派比較法における機能主義の内容を、簡単にまとめてみる⁽²⁶⁾。

(25) Ernst Rabel, *Das Problem der Qualifikation*, 5 *Rabels Zeitschrift* 249 (1931). 邦訳として、エルンスト・ラベル（桑田三郎訳）「性質決定の課題」桑田三郎『国際私法の諸相』（中央大学出版部、1987年）所収 503 頁以下。

まず、比較に際しては、規則や法制度ではなく、比較の第三項 (*tertium comparationis*) としての同種の機能ないし、同種の問題に着目すべきである、ということが挙げられる。そして、そうすることによって、一見比較可能でない法体系間における規則や制度の比較が、可能となる。また、この考え方の背景には、規則や制度ではなく、機能や社会的問題そのものに着目することにより、特定の法体系の法概念から解放されるという点で、中立性や普遍性が確保されるという主張も含まれている。

次に、このような機能的比較法が仮定している推定としては、発展した社会においては問題が類似していないし普遍的であるとの推定、また、実際の解決は類似しているとの推定 (*praesumptio similitudinis*)、そして、法は社会的な問題に対する応答であるとの推定を挙げることができる。

ひとたび機能主義の主張をこのように単純化して要約してしまうならば、直ちに反論が予測される。とりわけ、中立性や普遍性に関する主張や、類似の推定に対しては、相違や文化などを根拠に批判が行われることになり、これが次の時代の、比較法における新たなアプローチへと繋がる。

Ⅲ. 新たなアプローチ

1. 文芸批評方法論からの着想

1996年に刊行された『法哲学・法理論必携』の「比較法 (Comparative Law)」という項目の執筆にあたって、ハイランドは、「普遍主義 (Universalism)」、 「機能主義 (Functionalism)」、 「法族 (Families of legal systems)」、 「理想型 (Ideal types)」、 「差違理論 (Defference theory)」というキ

(26) Julie De Coninck, *The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?*, 74 *Rebels Zeitschrift* 318 (2010) を参考にした。

一概念を順に挙げて、ほぼ時系列に沿った形で解説を行っている。ハイランド自身もが与する差異理論に関する一節には、以下のようにある。

「現代フランス哲学、フェミニスト思想、ポスト構造主義文学理論における、近時の差異 (difference) への着目は、比較研究に対してこのアプローチ [= 差異理論] を活気づかせている。更には、批判的法学理論 (critical legal theory) は、比較法における差異への着目は、法律家に対して、法秩序における変化を準備するのに必要な批判的距離を提供することを示唆している (Frankenberg, 1985; Legrand, 1995)。

差異を指向する比較研究にとっての基本的な方法論的要請は、法体系間のあらゆるレベルの差異——概念の面であれ結果の面であれ——は、抑圧されるのではなく、承認されるべきである、というものである。とりわけ、類似性の発見を意図した比較においては一般に無視されるような周辺的な差異が、前面へと持ち出されなければならない。それらのみが、各々の体系に含まれている理解の入念な描写を可能にする。更には、特に重要となるのは、どの問題が法の内部で取り扱われ、どの問題が法外規範によって規制されているかに注目することである。あらゆる還元主義的な仮定は、例えば、法族関係という概念をも含めて、放棄されねばならない。実際、知識に関するあらゆる潜在的源泉を利用されないがままにしないことを保障するため、差異論者は、法体系はそれぞれ異なっており、我々が益する独自の理解を含んでいるものと推定する。換言すれば、比較法における差異理論の効能は、差異の推定 (*praesumptio dissimilitudinis*) ——ないし、より適切なラテン語では、差異の推論 (*conjectura dissimilitudinis*) ——である。⁽²⁷⁾」

(27) Richard Hyland, Comparative Law, in: Dennis Patterson (ed.), Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 1996, 184, 193. 文中に参照指示されている Frankenberg, 1985; Legrand, 1995 はそれぞれ, Frankenberg (FN 32) と Pierre Legrand, Comparative legal

ここではまず、フランス哲学、フェミニスト思想、ポスト構造主義理論などが「差違」に着目したことの比較法の議論に対しての影響、また、これらを受けての批判的法学研究の台頭、更に進んで、批判的法学研究から比較法への影響が指摘されている。そして、主流派が類似性を重視するのに対して、そのような方法では無視されるような差違にこそ注目をしなくてはならず、いうなれば、類似の推定ではなく、差違の推定とでもいうべきもの、を強調している。

ここに登場する「批判的法学研究 (critical legal studies) ⁽²⁸⁾」というのは、20世紀後半のフランス現代思想の影響を受けたアメリカの法学傾向のひとつであり、1977年にウィスコンシンのマディソンで行われた研究集会に起源を有するとされる。そして、「法は政治以外の何ものでもない」をスローガンとして、既存の理論の中立性や客観性を激しく糾弾した⁽²⁹⁾。また、この批判的法学研究の内部には、フェミニズム運動に賛同する法学者も含まれている。

比較法の分野においてこの批判的法学研究の流れを受けて、“New approach to comparative law”を標榜するのが、ユタ大学のグループであり、1996年に開催された同名のシンポジウムに端を発するものとされる⁽³⁰⁾。そして、この、新アプローチグループに大きな影響を与えたのが、ドイツ人の憲法学者であるフランケンベルク (Günter Frankenberg ⁽³¹⁾) が1985年に公表した、「批判的比較：比較法再考⁽³²⁾」

studies and commitment to theory, 58 *Modern Law Review* 262 (1995) であるが、後者については未見。

(28) 批判的法学研究については、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題 1・2完」法律時報 58巻9号 (1986年) 12頁以下、10号 78頁以下。

(29) ジャック・デリダ (堅田研一訳) 『法の力』 (法政大学出版社, 1999年) 所収 197頁以下「脱構築と正義——訳者解説」、高橋哲哉『デリダ』 (講談社学術文庫, 2015年) [原本刊行 1998年] 187頁以下「第四章 法・暴力・正義」。

(30) Anne Peters/Heiner Schwenke, *Comparative Law beyond Post-modernism*, 49 *Int. Comp. L. Q.* 800 (2000), 801.

(31) フランケンベルクの経歴については Frankenberg (FN 32) の著者名に付された脚註には、“Dr. phil., Dr. jur., Research Fellow of the Max Planck Institute for Social Sciences;

という非常に過激な論文であった。

他方で、独仏の現代哲学の用語を駆使して比較法を論ずる新たな論客として近時非常に著名であるのが、フランスのルグラン (Pierre Legrand⁽³³⁾) である。彼は、また、フランケンベルクも同様であるのだが、「比較法 (comparative law)」ではなく、「比較法学研究 (comparative legal studies)」と称するのであるが、そこにおいて重視すべきは、差違やコンテクスト、そして、文化である、と主張している。

次節では、フランケンベルクについては「批判的比較：比較法再考」から、ルグランについては主として彼の初期の論文『「法移植」の不可能性⁽³⁴⁾』を元に、両者の主張の要点をみることにする。

2. 批判的比較法：フランケンベルク

まず、批判的法学研究の流れを汲む、フランケンベルクが称するところの「批判的比較法」につき、彼による主流派に対する批判をまとめるならば、以下の3点を挙げることができるかと思われる。すなわち、「自民族中心主義 (Ethnocentrism) ないし西欧中心主義 (Eurocentrism)」、 「法文中心主義 (Legocentrism)」, そして「隠された意図 (Hidden agenda)」, である。

University of Frankfurt/Main”とあり、Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, 2012 の Contributors の頁によると “Günter Frankenberg teaches public law, philosophy of law and comparative law at the Goethe University in Frankfurt.” となっている。

(32) Günter Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, 26 *Harv. Int. L. J.* 411 (1985).

(33) ルグランの経歴としては Pierre Legrand, *Paradoxically*, Derrida: For a Comparative Legal Studies, 27 *Cardozo L. Rev.* 631 (2005) の著書名に付された脚註には, “B.C.L., 1982, McGill; LL.B., 1982, McGill; D.E.A., 1985, Panthéon-Sorbonne; M.Litt., 1986, Oxford; Ph.D., 1993, Lancaster; Ph. D., 2000, Panthéon-Sorbonne. Professor of Law and Director of Postgraduate Comparative Legal Studies at the Université Panthéon-Sorbonne, Paris.” とあり, Pierre Legrand, *Le Droit Comparé*, 4^e éd., 2011 にも “Professeur à la Sorbonne” とある。

(34) Pierre Legrand, *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*, 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997).

まず、自民族中心主義ないし西欧中心主義というのは、人は、他者を自らの基準で見るということから逃れることができず、中立的な立場などというのは幻想であって、西洋の研究者が行う比較研究は、飽くまで外部からの観察者の視点にとどまり、必然的に西欧中心主義になる、との批判である。

「他者を自らの基準で見るという我々を捉えている無意識の魔力を、批判という利益を捨て去ることなく破るためには、比較と同様に旅行は、差異 (difference) の中で行われなければならない。…差異化 (differencing) が必要であるのは、観察者の比較法学者 (observer-comparatist) が、現前の (西洋的) 観念および概念の内容が、普遍的眞実および論理という基準であるものと混同するのを避けるがためである。⁽³⁵⁾」

次の、「法文中心主義」と訳した“Legocentrism”というのは、おそらく、“Logocentrism”「論理〔ロゴス〕中心主義」という用語に倣ってフランケンベルクが造語したものだと思われるが、その述べるところは、機能主義者たる主流派比較法学者たちは、法規や法制度にしか着目せず、その他の法外の要素は無視をしている、という評価である。

「規制技術としての法、ないしは社会問題解決技術の束としての法、という機能主義者の法概念はまた、法文中心主義として批判され得る。機能主義者にとっては、法文および法制度の外には、何も存在しない。⁽³⁶⁾」

そして、3つ目の、隠された意図、というのは、批判的法学研究のテーマそのものであって、法とはイデオロギーであり、既存の権力構造の固定化という意図が、外国法の比較研究という困難かつ複雑な仕事を引き受けることの背後に隠された覇権的な動機だと主張している。

「したがって、法学識は、法一般と同様、基本的にはイデオロギー

(35) Frankenberg (FN 32), 414.

(36) Frankenberg (FN 32), 438.

であって、権力行使の獲得・固定化・正当化を目的とする理論構成であり、それはとりわけ、他者 (the Other) の支配と差別とを意味する。…この主張は、伝統的比較法は、『霸権的』なものたる秘密の (ないしは無意識の) 政治的意図 (political agenda) に従っている、イデオロギー的企てなのである、との非難へと繋がる。⁽³⁷⁾

3. 文化的差異を強調するアプローチ：ルグラン

ルグランが1997年にアメリカに滞在した際に数日にわたってメリマンに対して比較法に関する質問を行いそれに対してメリマンが答えたという対話の内容が活字で公表されているが、その対話の最後の部分で、比較法研究における「文化」の重要性に関して、ルグランはメリマンに向かって以下のような「提案」を行っている。

「ルグラン：提案させていただきたいのは、比較法研究 (comparative legal studies) が、しばしば繰り返される実証主義へのコミットメントから離れて、自らを現代化させ、成熟させるのに最適の機会を提供するものは、『文化』という概念である、ということです。研究対象の『文化化 (enculturation)』を通じて、比較法研究はもはや旅行者の任務ではなくなり、そして学界内の現代的議論においてより注目を集めるものになりましょう。⁽³⁸⁾」

規則の意味について、ルグランは次のように述べる。

「規則の意味は、しかしながら、規則それ自身からは完全には提供されない。規則は決して、完璧に自明 (self-explanatory) なのではない。…規則の意味は、それゆえに、解釈者の認識論的仮定の機能であり、それ自体、歴史的かつ文化的に条件づけられているものである。

(37) Peters/Schwenke (FN 30), 822 f.

(38) Pierre Legrand, John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue, 47 Am. J. Com. L. 3(1999), 65.

これらの先入見 (pre-judices) (私はこの用語を語源的に用いているのであって、その否定的ないし後天的意味においては) は、例えば、法学生が没頭する学校教育課程を通じて……鍛え上げられる。実際には、法学校に進むよりも前に、学生たちは——イギリス人であれイタリア人であれドイツ人であれ——文化的プロフィールに同化してしまっており (ガダマー的に「前理解 (Vorverständnis)」と呼ぼう)、それが、彼らの法学教育経験及び自らが参加する物語と神話の内面化に対して、最も的確な方法で影響を及ぼすことになる。例えば、イギリス人の子どもは、当人が法学校に進むことを決心するずっと前から既に、生まれながらのコモンロー法律家なのである。⁽³⁹⁾」

ルグランは、大陸法学者と英国法の関係为例に、別稿にてよく似た議論を展開している。

「例えば、大陸法学者は英国の法的経験を決して理解できない、であるとか、男性は女性性を決して理解することができない、ということではない。そうではなくて、ポイントは、大陸法学者は、英国の法的経験を、英国人法律家と同じようには決して理解できないということであって、それは、彼がそれを文化それ自体の内部から解釈することが出来ないからである。理解はありうるかもしれないが、しかし、それは異なる理解にならざるを得ず、というのは、大陸法学者は英国の法文化に居住 (inhabit) できないからである。すなわち、英国法は、大陸法学者が観察する何かである一方で、それは、英国人法律家が生き抜く何かである。他者の他者性 (the alterity of the other) が保持されるべきで、他者の自己理解 (および自己前理解 [Selbstvorverständnis]) が批評されるべきであるとする、着目されるべくは、理解と、(英国人法律家にとって) 何が問題かとの間

(39) Legrand (FN 34), 114 f.

の、この時差 (décalage) が実際決定的だということである。⁽⁴⁰⁾」

文化を強調する論者がしばしば展開する議論だと思われるのだが、ある文化の意味内容は、その文化の外部からの観察者によっては、その内部の人間と全く同じようには理解することができない、というわけである。

IV. 検討

以上のような、フランケンベルクによる主流派批判や、ルグランによる比較法学研究における文化の強調は、それぞれどのように評価すべきであろうか。

まず、フランケンベルクによる主張については、批判的法学研究の基本的スタンスが色濃く出ているように思われる。また、彼が機能主義の内容であるとして批判しているものが、果たして、機能主義の内実を的確に捉えているのかどうか、甚だ疑わしいような点も見受けられる。

西洋的な観念によるバイアスが掛かっているとの批判は、西洋に起源を有する学問分野や、西洋出身の研究者が行う学問すべてについて主張可能と思われるが、しかし、西洋とそれ以外との境界自体が曖昧なものであるし、また、元々西洋に発する概念や理論であったとしても、その後、他の多くの文化圏によっても、押し付けによってではなく、受け容れられるようになったのならば、そこにはもはや西洋的なバイアスがあるとはいえないようにも考えられる。

また、機能主義者は法文や法制度しか研究の対象として見ようとなし、との指摘がなされているが、確かに、実際の比較法的調査においては一部そのような例が存在するのかもしれないが、少なくとも、元々の理論的立場においては、外国法を調査する際には、法以外の諸要素にも

(40) Pierre Legrand, The same and the different, in: Pierre Legrand/Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies*, 2003, 240, 297 f.

十分な目配りをするように注意がなされていたのは、先に見たとおりである。

そして、方法論の議論は本来、どのように比較を行うかをテーマにしているにもかかわらず、フランケンベルクの場合には、比較法学者はなぜわざわざ比較を行うのか、という面を重視して、隠された意図や動機を持ち出して批判するが、これは適切ではないと考える。霸権的な動機や意図がもし存するとするならば、それを批判することはもちろん必要ではあろうが、それは、方法論の批判という形で行うべきではない⁽⁴¹⁾。

続いて、ルグランによる文化的差異を強調するアプローチに対しては、既にさまざまな論者からの反応が寄せられているので、ここではそれらを紹介することで検討に代えるものとした。

ルグランとメリマンとの対話において、ルグランからの「提案」に対してメリマンは、確かに比較法において法文化は重要な一部をなすものではあるけれども、自分としては、非科学的な説明よりも、科学的な説明のほうを重視したいという趣旨の返答をしている。

「ジョン・ヘンリ・メリマン：法文化は、理論枠組 (paradigm) における重要な一部ですが、しかし私が期待するのは、理論枠組が、法文化よりもずっとオープンである (hospitable) ことであり、また、理論枠組が、より通俗的で非科学的な学識の態様 (the more familiar non-scientific modes of scholarship) だけでなく、科学的な説明を促進することなのです。⁽⁴²⁾」

次に、ルグランによる「法移植の不可能性」という論文に対しては、ワトソン自身が反論を行っている。1970年代以来の、ワトソンによる「法の移植」に関する主張に対しても、さまざまな批判が寄せられているところではあるが、ルグランのように、法は文化と切り離せないという立場からすると、法の移植は不可能という結論となるが、他方、法史

(41) Peters/Schwenke (FN 30), 824.

(42) Legrand (FN 38), 65.

研究者でもあるワトソンが、その歴史研究の結果として、法の移植は、異なる法体系からであっても、極めて容易に、そしてしばしば生じてきたと述べる時、両者は鋭く対立する。そして、ルグランがベンヤミンなどを引き合いに出して論じたことを法にあてはめて同列に扱うのは、陳腐な主張になると指摘している。

「ルグランのアプローチと我々の相違の多くは、ドイツ語の *Brot* という語はフランス語の *pain* という語とはいくぶん異なるものを意味するという（ベンヤミンに倣った）彼の所説によって明らかとなっている。もちろん、私も同意はするが、しかし、法という文脈においては、少なくとも二つの根本的な点において、問題は単純である。

〔…中略…〕 同じ法規則が二つの国において異なった働きをするということを指摘するのは凡庸 (*banal*) である。それは、一国の内部でさえも異なった効果を及ぼすのであるから。〔…中略…〕 移植された規則は元の本国にあったときと同じではないということを私が長らく主張してきたということを強調する必要はないものと思う。借用されるのは、規則——単に制定法規則のみでない——、制度、法概念、そして構成であって、法体系の『精神 (*spirit*)』ではないという私の長らくの見解もまた、強調する必要はない。⁽⁴³⁾」

ケッツからも、ルグランの主張に対して疑問が呈されている。すなわち、確かに、メンタリティや、伝統、前理解などの比較分析にも、一定の真理は含まれているであろう。しかし、実際の法の統一にあっては、それぞれの関係する人々のメンタリティや前理解までもも考慮に入れなければ、有効に働く法律にならないのだろうかと問うている。

「多くの注意をここ数年は、ピエール・ルグランの諸業績が集めている。彼にとっては、概して、様々な国々の法生活がそこに埋め込

(43) Alan Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, 4.4 *Eur. J. Comp. L. & Gov.* (EJCL) (2000) <<http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>>, Ch. I.

まれているような、特有の心性 (spezifische Mentalitäten)、伝統 (Traditionen)、前理解 (Vorverständnisse) の比較分析が重要である。そこにも多くの真実はある。実のところ、私の懸念は、極めて大急ぎで仕上げるヨーロッパ契約法の統一にあつて、自らの行動がこの法文によってコントロールされる人々の心性や前理解にも配慮がされない限りは、この統一法文をもってしては何も得られないということ を証明するのだろうかということである。⁽⁴⁴⁾

ルグランのテキスト引用の方法について批判をするものもある。ルグランは、ツヴァイゲルト／ケッツの英訳版からの引用を行っているのであるが、それが意図的かどうかは不明ながらも、ドイツ語原著の意図していることとは違うことを主張しているものとして引用しているという例が指摘されている。

「更には、若干の批判者たちについては、機能的比較法に関して特定のイメージを既に予め有していて、加えて、このイメージを例証するために、見たところ手当たり次第にテキストの箇所を関連性なしに引用している、というような印象を受ける。その好例は、上で論じたような、ツヴァイゲルトとケッツ〔の叙述〕から客観性と評価についての矛盾を構成しようとする、ルグランの試みである。ルグランは…と問うている。とりわけドイツ語版において明らかになるのは、ツヴァイゲルトとケッツ〔の著書〕の引用された箇所では、ルグランが示唆しようとしていることとはまったく異なることが述べられているということである。⁽⁴⁵⁾

この点に関連して、ルグランによるガダマーの「前理解 (Vorverständnis)」引用の問題点について触れておきたい⁽⁴⁶⁾。ルグランはしばしばガ

(44) Hein Kötz, Alte und neue Aufgabe der Rechtsvergleichung, 657 Juristen Zeitung 257 (2002), 263.

(45) Sarah Piek, Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung, 2013 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 60 (2013), 85.

(46) ガダマーの「前理解」(ないし「先行理解」)については、例えば、加藤哲理『ハン

ゲダマーの「前理解」に言及するが、その引用が極めて恣意的であるように思われるのである。先に引用した部分においても⁽⁴⁷⁾、ルグランの語り口からはまるで、前理解は強固で変えようがなく、人はその前理解を前提に一方的に他者を了解するしかないかのような印象を与える。しかし、ゲダマーの言う「前理解」は決してそのようなものではない。すなわち、ゲダマーの主眼（のひとつ）は、啓蒙主義批判なのであって、自らの理性のみを恃みに虚心坦懐に物事に当たるなどということは人には不可能で、既に前理解を有していることに自覚的であるべきだと述べているに過ぎない⁽⁴⁸⁾。更には、この前理解は、不変のものでもないし⁽⁴⁹⁾、理解も前理解から対象に向かう一方的なものとは考えられてお

ス＝ゲオルグ・ガーダマーの政治哲学』（創文社、2012年）72頁。ゲダマーの「哲学的ヘルメノイティク」からラーレンツ（Karl Larenz）、エッサー（Josef Esser）、ミュラー（Friedrich Müller）らの「法学的ヘルメノイティク」への影響を解説するものとして、Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., 2015, Rn. 210 ff., 217 ff. [初版（2007年）の邦訳：トーマス・ヴェスティング（毛利透ほか訳）『法理論の再興』（成文堂、2015年）]。

- (47) 前掲註(39)の箇所。更に、ルグランは、Legrand (FN 34), 116でもゲダマーを引用しているが、そこにゲダマーの言として引用されている「個々の部分の意味はつねに文脈から、究極的には全体からしか明らかにならない」というのは、実際はシュライエルマッハーの考えであり、しかもゲダマーは、シュライエルマッハーを批判しているのだから、まったく文脈を無視した引用を行っている。ハンス＝ゲオルク・ゲダマー（髙田収・巻田悦郎訳）『真理と方法Ⅱ』（法政大学出版社、2008年）314頁。
- (48) 「このように言語用法の先行意見について当てはまることは、しかしそれにおとらず内容にかかわる先行意見に当てはまる。この内容的な先行意見をもつことによってわれわれはテキストを読むのであり、また、これらの内容的な先行意見がわれわれの先行理解をなすのである。ここでもまた同様に問われるのは、そもそもどのようにすれば自身自身の先行意見の呪縛から脱するのかということである。」ゲダマー（髙田・巻田訳）前掲註(47)425頁。（髙田・巻田訳ではVorverständnisは「先行理解」と訳されている）
- (49) 「ある先入見を先入見として際立たせるということは、明らかに、その妥当性を中断することを要求する。……先入見が——他者やテキストが語ることに直面して——疑わしくなったとしても、それはその先入見が単純に脇に押しやられ、他人ないしは他なるものがそれに代わってただちに有効になる、ということではない。……本当のところは、先入見はそれ自身危険にさらされることによって、真に本来的な仕方理解に働き始めるのである。先入見は自らを賭けることによってのみ、他者の真理請求というものを経験しうるのであり、またそれによって、他者もまた自らを賭けることができるようになる。」ゲダマー（髙田・巻田訳）前掲註(47)468-469頁。

らず、ヘルメノイティク的循環こそが、ガダマーの思想の中心であると言える⁽⁵⁰⁾。

V. まとめに代えて

以上見てきたところから引き出しうる結論は、せいぜいのところ、主流派の方法論たる機能主義が従来のみで妥当であるのかどうか、または、それに対する新たなアプローチ群による批判は成功しているのか否か、実際、機能主義に代わるような方法論を提出しているのかどうか、それどころか、そもそも対立ではなくすれ違いが生じていたに過ぎないのではなかったか、ということになるはずであるが、ここではいくぶん異なることを述べることにする。

それはすなわち、恐らく最初フサが2003年の論文で提案をして⁽⁵¹⁾、それをデウ・コニクスの2010年の論文も検討しており⁽⁵²⁾、そして、2012年に刊行された論文集に収録された各論文においても採用をされている⁽⁵³⁾、「穏健な機能主義 (moderate functionalism)」ないしは、「穏健かつ純化された機能主義 (moderate and refined functionalism)」の主張である。

ここでいう、moderate な、そして refine された機能主義というのは、先に要約した機能主義の特徴のうち、一点目の、「比較に際しての機能への着目」以外は断念するというものである。すなわち、中立性・普遍

(50) 『真理と方法』出版の前年(1959年)にガダマーが公表した論文「理解の循環について：哲学的解釈学について」〔竹市明弘訳〕ガダマー、アーベルほか(竹市明弘編)『哲学の変貌』(岩波書店、2000年)〔原本刊行1984年〕所収163頁以下において、『真理と方法』の第二部第Ⅱ章第1節の思想内容が凝縮した形で述べられている。

(51) Jaakko Husa, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, 67 *Labels Zeitschrift* 419 (2003).

(52) De Coninck (FN 26), 334 ff.

(53) Mauris Adams/Jacco Bomhoff, Comparing law: practice and theory, in: Mauris Adams/Jacco Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 2012, 1, 13 f.

性の主張や、類似の問題が存在するとの推定、解決の類似性の推定、法は当該社会特有の問題に対する応答であるとの推定のいずれについても、一定の批判を受け容れて、もはや維持できないものとする。

しかしながら、機能主義の核心部分である、「機能に着目することによって比較可能性を拡大し、異なる法体系間の比較を可能にする」という働きについては、これまでも極めて有用であったし、その点を保持し続ける moderate で refine された機能主義であるならば、ミクロな比較においては、今後も依然として有用ではないかと考えられる、ということをもとまざるまゝとて稿を閉じるものとした。

〔附記〕 本稿は、2016年6月4日に関西学院大学において開催された比較法学会第79回総会の大陸法部会報告「比較法方法論を巡る主流派と新たなアプローチとの対立」の原稿に若干の加筆を行った上、邦語文献を補ったものに過ぎない。より包括的な考察については他日を期するものとさせていただきたい。

(本学法学部客員研究員)