

(書評) Arthur T. von Mehren 編

# Law in Japan

猪俣 幸一

「われわれが協力するときに、

なし遂げ得ない共同事業はほとんどない。」

—J. F. ケネディ就任演説より

本書は、日米両国の法律家の協力の見事な成果である。いかにして日米両国の法律家の共同事業がはじめられ、いかにしてかかる大部の著作(744ページ)が世に出ずるに至ったかは、本書冒頭の「日米法学研究共同計画」と題するケーヴアス教授の論文に詳しく説明されている。彼は、ハーバート大学ロースクールのアソシエート・ディーンとして、1950年秋日本から田中耕太郎最高裁長官を団長とする6人の裁判官を、その2ヶ月後に、中央・慶応・京都・東北・東京の各大学法学部教授たちを迎え、はじめて、日本の法律が占領軍の指示によって広範囲に改正され、裁判官や教授たちは不案内の法理論を用いたり、教えたりすることを要求され、少なからず当惑していることを知った。そこで彼は日米両国の法律学者間の相互理解と交流をはかる構想の下に、自ら1953年夏日本を訪れ、日本側及び東京で開業している米国人弁護士の助力を得て、米国がその法律と法制とを日本に移植する大胆な実験を試みた結果日本の法曹及び法学者に与えた困難を除去するための計画を立案した。彼はさらにフォード財団と国際教育協会の援助を得て、第一段階として日本の大学及び司法研修所から8人の若い法律家を2年間米国に招き、第2段階として4人の米国の法律学教授を日本に送り、第3段階としてさらに日本から8人の若い法律家を米国に招くと共に、3人の米国ロースクール卒業生を日本に送って勉強させた。彼はこの計画は成功であったと考え、現在においてもこのような協力は依然として重要であり、日米両国の法律学者が、将来条件が整ったときに、この

7年間の日米法律家の共同計画の経験に基いてこれに代る計画を立案することを希望している。

このような日米法学研究共同計画及びその他の日米間の共同研究によって得られた成果を総合し、反省する機会を提供する目的で、共同計画に参加した米国ロースクール（ハーバート・スタンフォード・ミシガン）の共催で、日本の6大学法学部（中央・慶応・京都・東北・東京・早稲田）、及び司法研修所の協力を得て、1961年9月5日から9日まで、ハーバート・ロースクールで「日本法についての会議」が開催せられ、日本側出席者15人、論文のみを提出した者5人、米国側出席者30数名が参加した。

本書の主要部分は、右会議のために準備せられた論文で、論文の筆者はすべて日本人、ただし川島武宜氏を除く全員を、米国の法律学者が編集協力者として助力している。すべての論文には、日本の法律に不案内な米国の読者を念頭においた親切な註、会議の際に発表された重要な意見、批評、反論が註として小さい文字で附加されており、その分量は驚くほど多い。そればかりか、編者ヴォン・メーレン氏は、本文を3部に分け、各部について1篇ずつの会議の際の論議の模様を総括的に叙述した注釈を附加している。各論文には必要な限度において統計表も附されており、日本の読者にとっても興味深く、示唆に富み、大いに役立つことは疑を容れない。現に筆者は講義の際の参考書として本書を使用し、大いに便宜を受けた。しかし編者によれば、本書は米国の読者を対象とし、「日本の法律と社会についての知識を提供し」、「米国と日本その他の極東諸国との文化交流の一般的な課題について米国人の考えをさらに前進せしめる」ため出版されたものの如くである。なお編者ヴォン・メーレン教授はハーバート・ロースクールの教授で、前記共同計画の第2段階の計画に参加して来日し、司法研修所及び東京大学法学部で、司法過程、産業事故、商取引、労働関係などについてのセミナーを教えた比較法学者である。

本書の主要部分は日本人の筆になる論文で、3部分に分かれている。第1部は「法律制度と法律過程」という表題が附されている。高柳賢三氏は、

「革新の世紀，1868年—1961年にわたる日本法の発達」と題し，明治維新以後の立法の歴史，法理学，法制史を概観し，明治維新以来の日本の法制史は西洋の法律と法理学の継受の歴史である，日本の法律家がコンモン・ローから学ぶ最大の益は，法解釈の技術，法の支配の精神である，しかし法典の条文とその適用としての現実の法とは必しも一致しない，日本の法典の条文が西洋的であっても，その条文は西洋諸国に行われていると全く同じには日本では行われない。法は生きものであり，それ自身動く力を有し，絶えず変化している，生きている法を，事実を基礎として，多くの学者が協力して研究することこそ最も重要であると述べている。川島武宜氏は，「現代日本における紛争の解決」と題し，伝統的紛争解決方法である裁判外の“示談”，及び裁判所でなされる訴訟，調停について論じ，西洋的な制度である民事訴訟法による仲裁，中央労働委員会による仲裁は殆んど行われていないことを指摘した後，日本の近代化が進行するに従って，裁判外の示談を可能ならしめた社会構造が変化し，示談は困難となった，裁判所における調停手続においてさえ，合意に達することの困難な事態が，東京のような大都市で見られるに至った。権利義務の予測可能性が確立しない限り，近代的産業社会における企業は危殆に瀕するから，将来は紛争解決方法として訴訟が選ばれるであろうと述べている。田辺公二氏は，「訴訟過程，当事者主義の実験」と題し，戦後の司法改革を境として，民事訴訟の当事者の役割が変化したことを事実審における裁判所による釈明，準備手続，証人尋問について論証し，当事者主義を採用した改革は成功の途上にあり，大陸法系と英米法系の長所を取り入れた日本における実験が新しい，実際の訴訟の型を創り出したと論じている。服部高顕氏は，「日本の法曹，歴史的発達と現状」と題し，戦後法曹の役割が重きを加えたこと，法曹一元，すなわち弁護士から裁判官を選任することは，言うは易いが行は難く，現在裁判官の空席の大部分は司法研修所で養成された法曹で充されていること，日本の法曹の数は過少であることを指摘し，有能な法曹を養成するためには，法曹と社会との関係を根本的に改めることと，

法曹3部門の伝統的閉鎖性を打破して、門戸を開放することが必要なことを強調している。

安倍恕氏は、「法律家の養成」と題し、日本における法曹教育の実状を説明し、司法研修所の教育内容を充実し、新しい時代における法の支配の拡大に伴う法曹に対する社会的要求の増大に答えなければならないと論じている。この点について、会議の際、平野竜一氏は、法曹の養成機関としての司法研修所の独占的地位を打破して、国家試験により法曹の資格を附与する制度を設けることを主張し、トマス・ブレイクモア氏は、英国の制度を日本に導入し、ソリシターにあたる弁護士は国家試験で資格を与え、バリスターにあたる弁護士のみを司法研修所で養成すべしと主張した。

第2部は、「個人及び法」と題し、7つの論文に分れている。伊藤正己氏は、「法の支配、憲法上の発展」と題し、憲法上の生存権、経済権、表現の自由、思想及び良心の自由の保障について論じ、公共の福祉による自由の制限、刑罰法令（わいせつ罪）による表現の自由の制限、違法行為の扇動についての明白現在の危険の存否、デモ規制に関する事前の制限の合憲性についての最高裁判決を論評し、新憲法によって米国から移植された司法審査権が日本の土壌で成長するためには多くの困難を克服しなければならないと述べている。橋本公亘氏は、「法の支配、行政行為の司法審査のある面」と題し、日本の裁判所が、行政庁の自由裁量処分が法律によって与えられた裁量権の範囲を超え、又は裁量権の乱用にあたる場合にのみこれを取り消し得るという方式を打ち立てていることを、判決例に基いて論評し、この理論は抽象的には非難できないが、これを無思慮に適用するときは、個人から行政行為につき司法審査を受ける権利を奪うことになるから、裁判所は法律をよく吟味し、個人の権利と政府の必要との正しい調和を図らなければならない、現在日本の裁判所は、法律に明文がある場合のみ行政機関の事実認定を、実質的証拠法則に基いて審査し、その他の場合は始審の審査をしている点で、日米両国間に大きな差違がある、しかし条件が熟したら、日本でもすべての場合に司法審査を実質的証拠法則によって制

限すべきであると論じている。平野竜一氏は、「被告人と社会、日本刑法のある面」と題し、西洋思想の伝来以前は、日本には刑罰を応報とする思想がなかったこと、日本では家族と部落の統制が強く、村八分事件が今でも跡を断たないことを指摘し、将来日本の近代化が進むにつれて社会統制の手段としての刑法の役割が益々広くなり、刑法は益々機能的となり、道徳的色彩を喪失し、刑罰と区別される処分（保安処分）の技術が益々重視されるだろうが、刑罰学におけるいわゆる科学的方法を無批判にとり入れることは、社会構造の複雑な日本にとって危険だろうと結論している。長島敦氏は、「被告人と社会、日本における刑事司法」と題し、検察官の公訴提起に関する裁量権、弁護人の役割、被告人の地位、裁判官による公判について論じ、刑事司法は糺問主義から弾劾主義に変化しつつあり、将来は、陪審裁判に復帰する道も開かれるだろうし、犯罪事実の存否の認定の手續と刑の宣告の手續とは分離され、事実認定手續では被告人は自発的に証人として尋問を受けるようになるだろうと予測している。安倍治夫氏は、「被告人と社会、日本における刑事司法の矯正的及び予防的な面」と題し、刑事司法における伝統的なしくみが実効のないことは、再犯率の上昇と少年犯罪の悪質化となって現われているとし、今は犯罪者の矯正よりも、犯罪の予防に重点を移すべきで、そのために法律家は、精神分析医、心理学者、社会学者、ケースワーカーと協力し、総合的な施策を実行すべきであると論じている。渡辺洋三氏は、「家族と法、個人主義的前提と近代日本 家族法」と題し、婚姻・離婚・親子、家族制度について、戦前と戦後とを比較し、新家族法の平等主義について論じ、今や問題の重点は徐々に家族制度上の制度的差別から経済的要因からおこる不平等に移行しつつある、相続と扶養とが将来どうなるかは政府の農業政策と社会政策にかかっていると論じている。加藤一郎氏は、「自動車事故の処理、技術の変化の法律関係に及ぼす影響」と題し、自動車事故に関する法規が、近代化と自動車数の増加に伴って進化したことを論証し、民法上の自動車事故に因る民事責任の要件、損害の算定と、自動車損害賠償保障法上の賠償責任、強制保険、

政府の補償とを比較し、自動車損害賠償保障法は日本人の法律的な考え方を交える契機となるであろう。すなわち従来日本では、法学は理論上の問題のみを多くとり上げ、損害額算定の基準、自動車の同乗者及び被害者の家族に対する責任といった実際上の細かい問題はしばしば無視してきたが、今後は実際の事柄にも関心を向け、裁判所や法律学者は、日常生活で起る具体的な争点の解決にもっと努力するようになるだろうと論じている。

第3部「法と経済」には、5つの論文が集めてある。いずれも法律及び法制と経済との関係を考察したものである。石川吉右衛門氏は、「雇傭関係の規制、日本労働関係法」と題し、米国法を原型として立法された日本の労働関係諸法が日本の社会において米国と異った様相を呈していることを明らかにしている。金沢良雄氏は、「会社企業の規制、不公正競争に関する法と独占的な力の抑制」と題し、米国から継受した独占禁止法が日本でどのように運用されているかを観察し、日本では独禁法適用除外規定が数多く設けられ、独禁法自体も一部改正され、独禁政策の緩和が行われたが、それでも独禁法は相当の影響力を有し、大企業がカルテルを結成することを防止する力を持っているし、又物価抑制の面でも役に立つと信ぜられている。しかし、輸出産業や小企業の場合に見られるように、日本の経済と社会とに役立つ限度において取引制限を許可すべきであると論じている。道田信一郎氏は、「企業の法的構造、日本商法のある面」と題し、商人の概念、代理商、仲立人、問屋、売買、担保、中小企業に対する信用供与、有価証券と、広い分野にわたって論じ、将来の法律改正の方向を予測し、この分野における外国法研究の重要性を強調している。矢沢悳氏は、「会社企業の法的構造、日本法における株主と経営者との関係」と題し、株主の経営参加、取締役の忠実義務、株主の会計帳簿閲覧権、会社の経理の諸問題について論じ、昭和25年の商法改正法で株主に新たに与えられた権利は十分に行使されておらず、株主は現在でも古典的救済手段である株主総会決議取消の訴や、取締役の職務執行停止仮処分申請などの方法を用いて

いるようである、しかし証券取引法による上場会社の經理の公表は、効果があり、上場会社の年次報告は会計の面で以前よりも改善されている、今や過去の経験及び米国の根本的な考え方を参考にして株主と経営者との関係を再評価し、法律の改正をなすべき時が熟していると論じている。植松守雄氏は、「日本所得税法における所得の算定、現実と理論との調整の研究」と題し、明治20年の所得税法制定以来の歴史を辿り、戦後のシャープ勧告による所得税法の改正と、シャープ勧告に従った総合課税主義よりの後退について論じている外、現行の所得税体系、所得の算定を概説し、減価消却、経済的報奨措置、家族を従業員として使用し、これに給与を支払った場合の取扱などの特殊問題につき、随所にシャープ勧告を引用して論じ、最後に池田勇人氏の「人情を無視した税制は成功しない」という言葉を引用して結論に代えている。

以上本書の片鱗を紹介したに過ぎない。本書におさめられた論文はすべて実証的であり、具体的な立論が多く、全篇にわたって日本法に対する米国の影響を看取するに難くないであろう。ロスコー・パウンドは、「コンモンローの精神」の中で、英米の法的伝統は、対立する法的伝統との争いにおいて、ただ1ヶ所において敗北を喫した、それは日本における新しい法典編纂においてドイツ法におくれをとったことであると述べているが、時代は代わり、英米法が日本法に対しもはや拭い去ることのできない影響を及ぼしていることは、本書のいたるところに現われている。これをもってパウンドの言うような意味での英米法の勝利とは言い難いかも知れない。しかし新しい血は家系を強壮ならしめると言われているように、英米法の影響が日本法系を一層改善する上に役立っていることは、本書によって立証することができるであろう。この観点からも本書を学ぶことは大いに益のあることである。

(*Law in Japan*, Modern Asia Edition, Harvard University Press, Charles E. Tuttle Company, Tokyo, ¥2,700)