

書評

広渡清吾著『比較法社会論研究』（日本評論社，2009年）

高村学人

I. 本書の位置づけ

本書は、東大社研に長年勤務された広渡清吾氏が退職前に自身の研究の方法を体系的にまとめ上げられた渾身の研究書である。その体系は、『比較法社会論研究』という名称で呼ばれる。近年、著者は、自身の専門分野を比較法社会論とされており、発表される論文でそのディシプリンのスケッチがなされることはあったが、本書のような形で方法論を総体的に提示されることはなかった。既発表の論文がベースとなっているが、各章は大幅に書き改められており、論文集ではなく、全ての章の有機的連関によって比較法社会論の体系が展開している書物になっている。

著者の比較法社会論は、「末弘法学のトリアーデ」を継承・発展するものであり、次の3つのアプローチから成るものとされている。第一は、世界的連関のなかで社会と法をとらえる比較法的アプローチであり、第二は、法を政治的経済的社会的構造との関連においてとらえる法社会学的アプローチであり、第三は、「正しい法」の実現を政策的、法実践的に追求する法解釈学的アプローチである（本書i頁）。これらの3つのアプローチを統合したものが比較法社会論である。

三部からなる本書の構成も先のトリアーデに対応するものとなっている。第一部「比較法社会論の課題と方法」では、これまでの比較法学の方法を批判的に検討しつつ、グローバリゼーションが進展する今日の世界的連関のなかで法と社会を捉える著者の比較法研究の枠組みが提示されている。第二部「グローバル化のなかの国家と社会」では、第一部で提示した枠組みに基づき、日本社会における訴訟利用の少なさ、

労使関係の特質、競争法、国籍法といった問題を題材に、日本の法の特質が比較の中で明らかにされ、そのような特質を持つ法が政治的経済的社会的構造との関連において法社会学的に分析されている。第三部「総合フォーラムとしての法理論」では、来栖三郎、原島重義の法解釈方法論を検討しながら、「正しい法」を法律家が判断するための基盤を、利益衡量の結果の妥当性ではなく、フィクショナルな法についての人々の共通理解に求めるという法フィクション論の法学方法論の立場が提示されている。

著者のこれら3つのアプローチからなるトリアーデ「比較法社会論」の要にあるのは、問題論的方法と呼ばれるものである（12頁-）。それは、法を比較する際に、各国の実定法秩序の形態や法体系の特徴を導き出すことを重視するのではなく、共通の問題、例えば、外国人の参政権や母親の扶養保障などの問題について、どのような解決を各国の法が与えているのか、といった問題解決のアプローチを比較することを重視する方法である。このような方法を取る理由は、日本社会の法が抱える問題についてより適切な解決のあり方を他国の解決の処方箋の中に探し出したいという実践的意図に起因するものであるとされる（22頁-）。

日本社会の問題の所在を法の比較を通じて把握し、法を用いることで日本社会を変革しようという立場を鮮明に打ち出す著者には、社会問題の解決のための実用的法律学を追究した末弘厳太郎の法学の立場がかぶさってくる。

評者は、このような実践的立場を比較法社会論研究という方法論の提示にまで高め、とりわけグローバリゼーションが進行する現代において法を分析するに必要な視角を先駆的に展開

された著者の学問的営為を高く評価している。

一般的に書評は、対象とする書物の内容紹介を適切に行いながら、学術の専門分野の中に書物の価値を同定・分類していくものであろう(分類論的方法)。しかし、以下では、著者の提唱にならない、各章の紹介を事細かに行うのではなく、本書を読了して評者が感じた問題を示し、それが解決されるためにはどのようなアプローチが存在するか、という方法で評していくことにする(問題論的方法)。

II. 比較法社会論の社会科学的可能性

評者が第一の疑問として抱いたのは、資本主義史研究の成果を大いに取り入れる著者の研究は、法律学者のサークルに対しては他分野の知見導入という貢献があったとしても、社会科学一般においてどのような貢献をなすことができるのか、という点である¹⁾。この疑問は、以下の4点に分節することができる。

1. 法学的アプローチの存在意義 著者は、共通の問題への各国の解決の与え方を総合的に比較することが実定法学的な比較法学と区別される比較法社会論の固有の意義であるとされている(14頁)。例えば、「母親の扶養保障」というテーマであれば、家族法上の扶養請求権、夫婦財産制度、相続制度といった法的論点だけではなく、女性の労働政策、生活保護、児童手当、住宅手当の社会政策、それらの政策の機能、当該国における家族やジェンダーの観念のされ方などを学際的視野から分析していくことが重要だとされている。実際、著者の所属した社研は、このような学際的共同研究をプロジェクトとして行うことをミッションとしており、著者もそのプロジェクト研究の中で多くの論文を書かれている。

しかし、問題への解決の与え方の分析を、法学の範囲にあえてこだわらず、関連する諸政策全てを対象に収め、それらの機能や背景にあ

る社会観をとらえていくといった方向に拡大していく場合、法学をベースにすることの強みをどうやって示していくのか、という問題が生じる。先の「母親の扶養保障」というテーマについて比較分析を行うならば、明瞭な分析枠組みを持つ比較福祉レジーム論やジェンダースタディの影響を受けた家族政策研究の方が、よりはっきりとした比較の座標の設定が可能であろう。

他国での当該問題に対する法体系の構造の違い、判例や法解釈論による解決の与え方を分析し、日本法への示唆を導くオーソドックスな比較法学と異なり、対象を先のように広げる比較法社会論は、法律学内部での新風となっても、他の社会科学に対してどのような独自の貢献がなし得るのか、というのが評者の率直な疑問である。これは、法律学はいかにしたら社会科学に貢献しうるのか、という大きな問いにも繋がる。

2. 対象選択の恣意性 著者は、比較のために設定される「問題」は対象の全体像の把握に近づくことができる本質的な問題でなければならぬとしている(68頁)。しかし、評者には、選択される問題がなにを持って本質的に重要なものであり、なにを持って些末な実証分析にしかならないものか、ということを区別する基準というものがよく理解できなかった。著者は、企業の問題が最も本質的であるとするが、企業の問題も著者の方法に従えば、さまざまな法制度や諸政策から多角的にアプローチされるのであるから、設定された問題の本質性は相対化されてしまうのではないかと評者には思えた。

著者の「問題」の設定の判断基準には、日本における問題の解決という実践的意図が大きく関わっている。しかし、それでは、比較を行った時点において著者が日本社会にとって切実だと考える問題が選択されるだけであり、時代の移り変わりによりその問題の性質は変化するのではないかと、とも思えた²⁾。さらに、日本の法

1) このような問いは、著者の比較法社会論に限ったことではなく、法社会学研究が法律学の中への社会諸科学の導入という消極的役割に留まらず、いかにしたら社会一般の理解に寄与し、他の社会科学の発展に積極的に貢献することができるかという問いにも重なるものである。

改革という提言を伴う性質上、どうしても日本よりも進んだ先進国の問題解決のあり方が研究対象として設定され、比較法社会論は先進国中心の啓蒙主義的な外国研究ではないのか、という疑問も持った³⁾。第一部補論において法整備支援が扱われ、非西洋諸国の法への関心も示されるが、そこでは、法整備支援における課題が列挙されるばかりで、著者の法整備支援に対するスタンス、先進国以外の法と社会のあり方を比較法社会論研究にどう取り込むのかという視点が提示されていない。

3. 変化をいかに説明するか 著者が比較の際に重視しているのは、法は資本主義の発展段階に応じて同じような形を取るのではなく、経済環境が変化しても各国の法は、歴史的固有性を要因として異なったあり方を取るという視点である。この視点は、「段階」論だけではなく、「比較」論も見えていくという第Ⅲ章で最も体系的に説明されている。資本主義の多様性を重視する比較資本主義論の成果を比較法学の方法にも援用される筆者の視点は高く評価できる。しかし、著者の説明において法の変化をもたらすものは、常に資本主義化の進展という経済的要因に求められており、その点に評者は不十分さを感じた。第二部の各章で展開しているように著者が重視しているのは、グローバリゼーションという世界的な市場経済の進展が日本の法システムに与える影響である。

このような世界的連関の中で日本法の変化を把握しようとする著者のマクロ志向には評者も共鳴するが、著者の本書での論述を追っていると法の変化の要因はいつも外圧にあってナショナル内でのアクター間の関係の変化が十分に分析されない印象を受けた。

例えば、経済学ベースの比較制度分析では、制度変化を分析する際に、制度を取り巻くアクターの認知・行動・戦略から分析を出発し、アクター間で成立するゲームのルールを均衡 (= 制度) として掴みだし、制度変化をもたらすパラメーターを明確化し、均衡点の移動として制度変化のメカニズムを内的に説明する方法を提示している⁴⁾。このような方法と比較するならば、著者の提示する比較法社会論は、変化の基本的な独立変数は世界経済という外圧、変化のあり方を各国で異なるようにさせる媒介変数は各国の法文化というパラメーター設定に留まっており、変化を説明する社会科学のモデルとしては、やや大雑把な印象を受けた。

4. 実証性 このような著者のパラメーター設定の不十分さは、各論部分における実証性の弱さという形で表出する。著者は、日本人の訴訟件数の少なさの原因を、日本人の法意識の未確立に求める文化説、弁護士の数少なさや裁判所の敷居の高さなどに求める制度説のいずれも退け、日本の企業共同体が従業員の人格を包摂するマイクロコスモスになっている点に原因を求める企業社会仮説を提唱されている。このような社会構造重視の視角自体は、法意識の問題を考えるために農村社会の構造を分析し、日本社会理解にとっての大きな成果を挙げた川島法社会学の方法を継承するものであり、評者も賛同するものである。しかし、この企業社会仮説は、いかにしたら検証されるものなのか、企業共同体のあり方(原因)と訴訟件数(結果)がどのような因果関係になっているのか、ということが本書で示されておらず、著者の印象論の域を出ておらず、実証的研究プログラムへの展望が開けないものとなっている。

2) 例えば、1980年代であれば、企業福祉を通じて労働者の全生活を支配した会社主義のあり方が問題とされたが、構造改革や世界不況の影響もある今日では、企業による労働者の切り捨て、生活保障の低下が問題となっている。著者の設定した問題が本質的かそうでないかは、経済・社会情勢といった時代状況によって評価が変わってくるのではないかと、思えた。

3) もちろん、そのような法改革志向の研究が良くないということを言いたいのではない。著者の『二つの戦後社会と法の間 一日本と西ドイツ』大蔵省印刷所、1990年、日本の戦後問題の解決のあり方を構想する上で非常に有益なものとなっている。

4) 青木昌彦『比較制度分析に向けて』NTT出版、2003年

本書の中では、第VII章の「20世紀における競争法の普遍化」が最も力の入った事実重視の各論研究になっているが、この章も立法過程での議論や法学者の学説が資料として扱われるのみで、アメリカ流の競争法が、ドイツや日本という固有の伝統力を持つ社会では、なかなか意図通りに根付きにくく、法が変容していつてしまう、という法と社会の相互作用のダイナミズムが社会の側から十分に実証的に描かれているとは言えない。このような問題は、先に述べたパラメーター設定の問題性に関連していると思えるのである。

III. フィクションとしての市民法論

以上に述べた社会科学の方法という問題のみならず、評者にとって腑に落ちない点は、著者の法フィクション論の主張にある⁵⁾。著者は、第X, XI, XIII章において、市民法論の現代的意義を述べている。

近年の西欧近代の社会史的研究は、「理念としての市民社会」と「実在としての市民社会」が大きく異なっている点を明らかにした。またリアリズム法学は、法解釈とは法律家の政治的判断に他ならないことを明らかにした。このような研究動向は、市民法の相対化、法律学への懐疑をもたらすものである。しかし、これに対して著者は、近代法とは「擬制(fiction)」であり、近代法が前提とするような「擬制」(例えば、自由意思をもった市民の成立、それらの市民による社会契約の締結)が歴史的に社会で実在したかどうかを問うことは間違いであり、「擬制」は有用であるかのみが大事なのである

とする。普遍的価値を「擬制」として掲げる市民法は、その掲げる価値が普遍的であるがゆえに現代においても普遍性を持つとされる。

評者も、法の本質は、「擬制」としての機能にあることは承認する⁶⁾、そのような機能を持つことが期待されている法に対して、実在としての歴史社会を対峙させたり⁷⁾、法の政治性をいわずらに強調したりすることで法の相対化をはかる研究動向⁸⁾には懐疑的である。

しかし、評者が疑問に感ずるのは、著者においては、法律学の中で用いられる「擬制」は、それらが有用なので用いられているという認識披露に留まっており、そもそも用いられている「擬制」がいかなる意味で有用なのか、有用であるか否かというのはいかなる枠組みで判断されるのか、といった法的擬制の内容そのものの正当性が問われることがなく、その後の思考作業が展開されないことにある。

これは、かみ砕いて表現すれば、法律家ではない素人に対しては、法律家の述べていることは難しいことで現実とは遊離しているが、結論としてもたらされることは正しいことなので、法律家の思考様式や言語作法には素人は口を挟むな、ということになる。もちろん法律学とは、法専門職が独自の思考様式、言語作法を発展させたところに成立したものであり、本質的に現実とは異なる独自の様式で物事を処理することにその正当性の源泉が社会学的には存する⁹⁾。

しかし、著者の市民法論の現代的意義の主張の仕方には、法の価値がどうして正当化されるのかということを考え続けるというプロセスが欠落していく危険性を評者は感じる。

5) すでに評者の著者の法フィクション論への疑問は、高村学人「コモンズ研究のための法概念の再定位」社会科学研究 60 巻 5・6 号、2009 年で述べたが、ここでは、その疑問点をもう少し詳しく敷衍していく。

6) 評者は、近代法のフィクションの典型とされるフランスの反結社法の理念や機能を分析したことがあるが(高村学人『アソシアションへの自由』勁草書房、2007 年)、そこでも実在としてのフランス近代に中間団体が不可欠であったことと、理念としての反結社法がその後のフランス法の世界に大きな影響を与えたことは、分けて論じており、法が社会に対して持つ自律性を重視する立場を取っている。

7) 著者が批判的に検討されている佐伯啓思の研究が念頭にある。

8) アメリカの批判法学(CLS)に影響を受けた研究動向が念頭にある。

9) マックス・ウェーバー『法社会学』創文社、1974 年、Bourdieu, Pierre, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, 1986, pp. 3-19.

自由, 平等, 独立の市民達から構成する市民社会の法が市民法であり, 市民法はそのような普遍的価値を擬制するがゆえに常に正しいという主張がなされる場合, そのような擬制が各場面において本当に有用なものとして機能しているのか, という批判的検証がなされなくなるのではないか。市民法論は, 市民的自由を奪う権威的な国家法改革への批判, 市民の独立性を危うくする市場至上主義的な改革立法への批判を組織的に行うという点では有用な機能を果たしうるのかもしれない¹⁰⁾が, 市民間での民事紛争が生じた場合, 抽象的な理念を掲げる市民法論がいかにして紛争を有効に解決できるのか, という疑問がある¹¹⁾。

国家や市場に対抗する運動論の理念としては, 市民法論は有用かもしれないが, 法律家の出番, すなわち法の解釈を必要とする多くの場面 (= ハードケース) では, 「擬制」への投企という戦略が解決をもたらすものなのか, 評者には疑問がある。

ハードケースにおいては, 利益衡量を行えば良い, という単純な解決法にも立てないがゆえに, 現代の法理論は, 規範的正議論を発展させ, 法の正当性を実定法よりも上位のメタ規範に求めるという戦略を展開している¹²⁾。また利益衡量論の枠内でも, 新古典派的な全体の効率性を基準とするのではなく, 正しい配分のあり方に注目する厚生経済学的なアプローチが発展し, 衡量すべき利益の多元化, 人格化が展開している¹³⁾。他のアプローチが法解釈の正当化の方法を周密化しようとしている現在, 著者の法のフィ

クション性の強調が市民法論そのもののヴァージョンアップに繋がっているのか, かえって法の自閉化, 硬直化を招く恐れがあるのではないか, という疑問が評者にはある。

IV. トリアーデの連結性

この疑問は, 著者のトリアーデである比較法的アプローチ, 法社会学的アプローチ, 法解釈学アプローチが上手く連結しているか, という疑問にも繋がっていく。

第三部の「法的判断論の構図」は, 本書の中で最も議論の密度が濃い論述になっており, 評者も勉強になった点が多々ある。しかし, 法律家が正しい法をいかなる方法で判断できるのか, という法解釈方法論が著者の比較法社会論のどこに位置しているのか, が定かではない。

第三部では, 日本, ドイツ, アメリカの法解釈方法論が扱われるが, その際, 各国の固有性においてこれらの議論が扱われるのではなく, 「法的判断論という一つの法理論の普遍的なフォーラムの個別の討論素材として位置づけて検討を行う」とされ (291 頁), 各国の固有性を重視する比較法社会論の研究プログラムは一旦, 停止することになる。

もちろん法学は, 社会からある程度自律したものであり, 三つの国の法学者は, それぞれの議論を相互参照する関係にあるのだから, 法的な議論に法外な要素を持ち込むのは, かえって議論の道筋を不鮮明にするだけなのかもしれない。

しかし, 裁判官の役割どうあるべき, 裁判官

10) もちろん, ここでもフィクションとしてそのような機能を果たしていることが大事なのである。社会運動においても, 多様で複雑な実態を覆い隠す仮面 (persona) を与え, 集合的アイデンティティを構築することが大事になる。

11) 市民法論が描くように市民が自由, 平等で博愛的な存在であれば, 市民は, 市民間の紛争を自律的に解決できるはずであり, 法専門職や裁判所の必要性は存在しないことになる。実際, 市民の持つ理性力を信仰したフランス革命では, 法専門職による裁判所は不要とされ, 理性の法である民法典 (Code civil) に基づき市民が自律的に紛争を解決していくことが想定された。市民法論においては, 職業裁判官の裁定による紛争解決という様式がどのように位置づけられているのか, 定かではない。

12) ロールズ以後の正義論の展開と実践的法解釈の現場を結びつけようとする試みとして, 浅野有紀『法と社会的権力』岩波書店, 2002 年を参照。

13) 若松良樹『センの正義論 効用と権利の間で』勁草書房, 2003 年を参照。

を統制する法学研究者の役割どうあるべき、という議論は、各国の法システムのあり方に大きく依存するものと思われる。制定法の密度が高く立法者中心で法が観念される仕組みを持つ国と、判例を中心に法が観念され裁判官の法創造に重きが置かれる国とでは、法解釈における制定法と解釈者のあるべき役割関係は大きく異なる。比較法社会論では、問題に対する解決のあり方の各国の違いのみが比較され、法システムそのものの構造の比較¹⁴⁾が重視されていない印象を持った。

いずれにせよ、正しい法的判断を実現する法解釈論の方法と、第一部、第二部で展開された比較法的アプローチ、法社会学アプローチで得られるであろう「あるべき法」のあり方がどのように連結していくのか、ということが本書では明らかでない。

また、先述したように、世界的連関の中で法を捉える比較法的アプローチ（これはグローバル化の影響を重視するという点に繋がる）と、ナショナルな法のあり方を政治的・経済的・社会的要因から分析していくという法社会学のアプローチとが、どのように連結するかという点についても説明に不十分さがある。

トリアーデの一つ一つは、先立つ研究を整理・批判する中でその輪郭が見えてくるのであるが、三つがどのように連結するのか、という点で評者は不満を感じた。ある場合は、法解釈学者になり、ある場合は、比較法学者になり、ある場合は、法社会学者になるという役割の使い分け

を超えて、三者の方法を統合するようなものが比較法社会論であるという積極的なモデル提示が欲しかったところである。

V. まとめ

著者の比較法社会論がどのように社会科学に貢献したかは、本来、著者と専門分野を近くする者によって論じられるべきではなく、著者がプロジェクト型共同研究を多く実践された社研の法学以外の研究者からもっと活発に論じられるべきものであろう。

とりわけ、評者から見れば、法フィクション論に近年、傾斜していき法学の独自性を強調された著者の研究方法が、法律学基礎付け論としてではなく、社会分析を行うにどのような寄与をもたらしたか、社会の認識を深めたのか、が学際的に検証されるべきではないか、と考える¹⁵⁾。

著者が本書で提唱している、比較研究を行い、日本社会を総合的に分析し、あるべき理想を社会に対して示す、という研究ミッションは、社研自体が掲げてきたものに他ならない。著者は、このミッションを先頭に立って推進し、その答えとして本書を上梓された。

著者が体系化した「比較法社会論」は、基礎法の中でどこに分類され位置づけられるのか、という狭いサークル内の分類論的方法ではなく¹⁶⁾、われわれの社会認識をどのように改め、社会科学をどのようにヴァージョンアップさせたのか、という問題論的方法で今後もっと幅広い範囲で検証されることが期待される。

14) 比較法システム論を掲げるものとして、六本佳平の研究（『比較法システム論』放送大学教育振興会、2002年）があるが、こちらは、各国の法システムの記述のみが重視され、法システムの相違が法的問題の解決のされ方にもたらす影響が分析されていないという欠点がある。

15) ただし、東大社研の最近の共同プロジェクト研究である希望学プロジェクトの成果においては、法のフィクション的な機能のアナロジーで「希望」というものが社会や個人に対して持つ機能を描いていくという方向も示されている（例えば、東大社研編『希望学 第4巻』東京大学出版会、2009年）。しかし、評者には、法専門職が紛争解決のために用いる法の擬制と、人々が「具体的な何かを行動によって実現しようとする願望」とされる希望とは、かなり性質を異にするのではないか、と考える。この点についても法フィクション論を希望研究に取り込んだ研究者からの広渡法学への積極的な発言を期待したい。

16) 本書で展開された広渡氏の研究は、そのような狭い分類論に収まりきらない、独自の体系を社研での研究活動から築き上げたところに最大の魅力があると思われる。