

「法の比較」についての再考

—比較法社会論のための覚書—

広 渡 清 吾

概 要

本稿は、法の比較について方法的な考察を行うものである。法の比較は、比較される法秩序のそれぞれの固有性をあきらかにするものである。このことを出発点にして、本稿では、次の6つの論点を検討した。法の比較においては、比較のための「問題」の設定が必要であるが、そこに問題を解決するという実践的な意図が含まれうることをどう考えるか。比較の対象である世界の諸法秩序の相互関連と変化の力学をどのように見通すか。法の歴史的発展に普遍的な段階があるという考え方は、法の比較にどのような作用を及ぼすか。とくに近代社会の法発展モデルは、日本の戦後の社会と法の分析にどのような影響を与えたか。固有の法現象を説明する場合、法意識や法観念などの文化的要素は、どのような作用を営むものとして考えるのか。そして法文化とはどのように定義され、法現象の構造のなかに位置づけられるべきか。筆者は、これらの方法的検討を比較法社会論というコンセプトを基礎づける目的をもって行った。

キーワード

比較法社会学, 法のグローバル化, 近代法と現代法, 法意識論, 法文化

1 課題の設定

筆者は、「法の比較についての方法的考察」と題する論文で「法の比較」について考慮すべきいくつかの方法的な課題を提示してみたり¹⁾。本稿は、それを基にしたがらさらに論点を発見し、あらためて考えを整理してみようとするものである。

1) 広渡清吾「法の比較についての方法的考察—『比較法社会論』のために—」『比較法学の課題と展望』（大木雅夫先生古稀記念）信山社、2002年、下記に引用する本文は31, 34頁。

法の比較の意義を検討するについて、前稿では「比較法社会論」という用語を立ててその考え方を示してみた。その内容をどのように理解するかについて議論があるとしてもすでに確立した専門分野としての「比較法学 Comparative Law」および「法社会学 Sociology of Law」があり、また、その二つを結合した「比較法社会学 Comparative Sociology of Law」の可能性も示されている²⁾。したがって、このなかで「比較法社会論 Comparative Study in Law and Society」なるものをあらためて論じることの意味は何であるのかがまず問われなければならない。その意味は、上記の「……学」とよぶものが一つのディシプリンとして存在し、それ自体として目的・対象・方法を持つものであるのに対して、比較法社会論はそのようなディシプリンの提供する方法的知見を参照し、検討しながら、より限定的な目的のために、より目的意識的な方法を考えようとするところに

2) “Comparative Sociology of Law” の用語はたとえば David Nelken (ed.), *Comparing Legal Culture*, 1996 において、Roger Cotterrell や David Nelken によって使われている。ドイツの法社会学者ライザーは 1995 年刊行の法社会学の体系書において「今後の課題」として「比較法社会学」(vergleichende Rechtssoziologie) に言及する。かれは、「ドイツ連邦共和国の法文化」を具体的に分析することを法社会学の重要な課題とするが、このような個別のナショナルな法文化の解析は、必然的に他のナショナルな法文化との相互の比較を展望するものとなる。ライザーは比較法学に固有の法圏論に対して、それが制定法中心のとして懐疑的であるが、個別の法秩序の法社会学的分析を基礎にすれば法圏論が有意義なものになりうると考えている (Thomas Raiser, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 1995, S. 335 ff.)。日本では、黒木三郎の論文集が『比較法社会学研究』と題されて公開されており、「はしがき」で「本書は、私にとっての比較法社会学研究である。序論的な方法論も総括的な結論もない。これらは未着手である」とされるが、すぐその後に「私は、日本の法をよりよく知るために外国の法のあり方を具体的に知り、歴史と社会のからみあいの上に構築されるイデオロギーとしての法制度を比較したいと思う心が根底にあった」と述べられている (黒木『比較法社会学研究』早稲田大学比較法研究所叢書 13 号, 1984 年)。日本法社会学学会創立 50 周年を記念して刊行された『法社会学の新天地』(日本法社会学会編, 有斐閣, 1998 年) は法社会学の研究動向を整理・展望するものであり、そこには「比較法社会学」の章が設けられ、「法文化へのアプローチ」(角田猛之) 及び「アジア法研究の方法と課題」(安田信之) の二つの論文が収録されている。「比較法社会学」とは何かについては論及がない。五十嵐清は、比較法学と法社会学の二つのディシプリンの関係をめぐる議論を整理した上で「両者の間には密接な関係があり、究極的には比較法社会学の形で両者が統一される可能性もある」と 1980 年代半ばに展望している (五十嵐『民法と比較法』一粒社, 1984 年, 184-185 頁)。ツヴァイゲルト/ケッツの最新版 (第 3 版, 1996 年) では、比較法学と法社会学が相互に学びあうものであるばかりか、その方法を部分的に共有すること、とくに機能的比較における問題の設定 (生活関係や利益状況の把握) に関して法律学的ドグマによる先入見的理解や特有の文化的環境から「中立的な概念」が科学的に必要であり、これを提供することにおいて法社会学的方法が比較法学に不可欠なものであることが指摘されている (Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, 3. Aufl. 1996, S. 10-11.)

馬場健一は筆者が比較法社会学といわずに比較法社会論と呼んだことに対して、法社会学が社会学のディシプリンの枠内にとどまるものではないがゆえに、比較法社会論として説かれているところをみるならば、全く意味のない区別であると批評している (『書評・広渡清吾編『法曹の比較法社会学』』『比較法研究』第 66 号, 2004 年)。筆者の構想は、もともと比較法学と法社会学の二つのディシプリンの統合をそれとして問題とするという文脈から発したのではなく、日本社会と法の固有の相を探索する、そして本稿であらためて述べるようにその課題に「比較から問題解決へ」という実践的、規範的関心を接合させるという問題意識に由来するので、あえて比較法社会学とよばなかった。二つの呼称の区別は課題意識の差異に由るものとして理解したい。

ある。

上記論文では、比較法学におけるいわゆる法圏論 (Lehre von Rechtskreisen, Theory of Lawfamily) が分類学に帰するものであって比較の方法としては適切でないことを検討した³⁾後に、次のように述べていた。

「法の比較を諸法秩序の体系的分類に結びつけるようなものとしてではなく、個別のミクロ研究を基礎にする比較として簡明に考えるならば、法の比較の原則的目的は、比較の方法を用いて複数の法秩序を研究し、それを通じて『特定社会の法秩序』の特質 (固有の相) を明らかにすることであるといつてよい。この特定社会は、法の比較を行う者の属する法秩序であることが通常であろう (しかしこれは sollen ではない)。ドイツの比較法学者がトーマス・マンの次の言葉を引いて比較 (法) の原理的意義を説いているのは、この趣旨によく合致している。『比較によってのみ、人は、あるべき自分と、今そうある自分を区別し、そして経験し、そうあるべき自分になろうとするのである。』 (Denn nur durch Vergleichung unterscheidet man sich und erfährt was man ist, um ganz zu werden, was man

3) 比較法学のいわゆる「法圏論」は、世界の諸法秩序の分類をその学問的課題にしている。コンスタンティネスコの完成に至らなかった試みは、その典型的なものとされる。分類には分類の基準が必要であり、この分類の基準をどのように設定するかについて争いがある。周知のところであるが、ツヴァイゲルト/ケッツは次の5つの標識 (Kriterien) を提案した。①法秩序の歴史的由来と発展、②その法秩序を支配している特殊に法律的な思考方法、③とくに特徴的な法制度、④法源の種類と解釈、⑤イデオロギー的-政治経済的、宗教的-因子。それを不十分で不適切とするコンスタンティネスコは次の9つの標識を提示した。①法の観念と法の役割、②法及び国家に権力に影響を与える公式的、非公式的イデオロギー・教説、③社会的現実と法規範の関係、④経済構成法、⑤国家の概念と役割、⑥市民の基本権とその基礎、⑦法源とその体系、⑧法源と法の解釈、裁判官の地位と解釈におけるその役割、⑨法概念と基礎的法的カテゴリー (コンラート・ツヴァイゲルト/真田芳憲訳「法圏論について」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71-94頁、レオンタアン・ジャン・コンスタンティネスコ「比較法における〈様式理論〉の様式について」同上書95-130頁参照。Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 67-71。コンスタンティネスコの標識については Keebet von Benda-Beckman, Einige Bemerkungen Über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Jg. 78, 1979, S. 62-67.)

ある法秩序の全体的特徴を分析し把握しようとする場合、標識を多く取ればより詳細に正確な特徴づけができることになるが、各標識による特徴づけの組合せの数が多くなり (分類のための箱が増える)、標識を増やせば分類数が増加し、それだけ比較による分類の意義は減少することになる。しかし、逆に少ない標識をとって大雑把な分類をすれば、そのような分類に (個別の法秩序の特徴を示すための) いかなる意義があるのかが問題となる。また、分類のためには個々の法秩序の各標識にそったミクロ分析が前提であり、このミクロ分析の結果に基づいて整理・分類するわけであるが、この整理・分類によって、ミクロ分析が明らかにしたそれぞれの法秩序の特徴に付加して、さらに何らかの新たな知見がもたらされることになるのかどうか問題である。法圏論は、「法圏」が世界に実在的に存在しており、それを実証すべく個別の法秩序のミクロ研究を行い、そのマクロ比較を目指すと考えるのであろうか。むしろ「法圏」は、実証できるものとしてアプリアリに存在しているものではなく、個別のミクロ研究の実証成果に基づく分類によってはじめて帰納されるものであり、諸法秩序の共通性が見いだされた場合には「なぜ共通なのか」という理由・原因が次に追求されるというものではないだろうか。そのように考えると「法圏の確定」とは帰納的分類以上の意味はなく、それ自体を学問的作業の目的とすることには懐疑的にならざるをえない。

sein soll.)

このような複数の法秩序の比較を試みる場合、全法秩序を総体として、いきなり突き合わせる比較は、法圏論における標識の取り方が難しいという問題と同様に、方法的にも実際的にも容易ではない。そこで法の比較を試みようとする者は、それを通じて比較を行うという『問題』を設定する必要がある。そのようにして選択・設定される『問題』が『法秩序の特質』に本質的に関わるものであるかどうか、このことの検討も法の比較の重要な作業の一部をなすであろう。そして設定される『問題』は、比較の対象において共通に存在するものでなければならない。よく言われるように、『比較は比較可能なものを前提にしなければならない』のであり、それが比較の出発点だとされる。」

「比較は、どのような『問題』が設定されるかによって比較の対象を選択するものとなり、種々の『問題』を通じた比較によって、ある特定の社会と法の特徴が描き尽くされていくということになるのではないか。比較法社会論は、こうして諸『問題』における法の比較を通じてある法秩序の固有性（それは社会と法の関わりそれ自体の特徴づけをも含む）を探索しようとするものである。『問題』は現代において発見されるのであるが、それが問題の『歴史的経路』の分析を必要とすることはいうまでもない。」

筆者は、ここで「問題」を通じて「特定社会の法秩序の特質（固有の相）」を明らかにすることを目的としているが、さらに付加して論じるべきことがある。それは、そうした目的の次にくるもの、あるいはそうした比較を内的に動機づけるものについてである。これを法の比較のなかで位置づけることは、比較法社会論なるものをあらためて論じる意義の一つに加えられる⁴⁾。

筆者の専門領域はドイツ法研究であるが、これまで日独の法比較を関連する諸問題を通じて行うことによって、日本とドイツそれぞれの法秩序の固有の相を描きだすことを試みてきた。日本とドイツの法の比較における問題設定に際して筆者は、「戦後社会

4) ある研究会において筆者は「日本社会と法の固有の相」の探索を課題とすることについて、「そうすることの意味」を問われた。本稿で実践的、規範的な関心を明示することの意味を検討したのはこの問いに由来している。また佐藤岩夫は、法社会学にとっての比較研究のパターンを検討し、①一定の理論モデルや理論仮説の妥当性を検証するために複数の事例を利用するタイプの「理論検証型」、②各事例の固有の特徴浮き彫りにするために複数の事例の比較を行うタイプの「事例解釈型」、および③法現象の因果関係を分析する目的で複数の事例の比較を行うタイプの「因果分析型」の3つを挙げて、筆者の比較法社会論が②の事例解釈型に属するとする。この3つのタイプでは、それぞれ、理論モデル、事例そのもの、および因果関係のありよう、が主題となる。法秩序の固有の相の分析を主題とする比較法社会論においては、事例そのものが主題たらざるをえないが、対象事例の歴史的形成の経路が問題となるかぎり因果分析型は利用可能である。たとえば、アメリカの反トラスト法の日本とドイツにおける戦後の継受の比較は、因果分析型の分析を通じて、相互の固有性を明らかにすることができるであろう（佐藤「書評・小森田秋夫編『市場経済化の法社会学』を読んで」『社会体制と法』第2号、2001年、70-77頁参照）。

Nachkriegsgesellschaft」という共通項を立ててそれに重要な役割を与えた。「戦後社会」とは、英米仏の戦勝国とは異なり、「敗戦」によってその前後の歴史が切断され、過去を克服するべく新たな社会形成をはじめざるをえなかった、そのような社会を意味する。日独二つの戦後社会は、多くの共通の問題をかかえながら、その問題解決において大きなコントラストを示すことが認められるのである⁵⁾。アメリカの影響下で進められた憲法制定をも含めた法改革、再軍備問題と安全保障体制の構築のあり方、戦後50年を前後してクローズアップされた戦後責任と戦後補償をめぐる問題⁶⁾、あるいは戦後の経済成長における政策選択としての外国人労働者の導入に関わる問題⁷⁾など、これらのテーマの比較は、二つの社会の法の固有の相をよく示すものであった。

この日独の法と社会の比較研究は、二つの社会の法の固有の相を発見することを目的としたが、しかし、同時にこの目的には二つのことが黙示的に含まれている。

第一に、その固有の相を明らかにする最終のターゲットが「日本社会の法秩序」におかれることである。第二に「固有の相」の把握という目的は、たとえば上記のような問題をことさらに取り上げることから推測されるように、隠れた意図を伴っていることである。それは、共通の課題に対する異なった対応や解決の処方箋を見比べることによって、より適切な解決のあり方を探りたいという意図である。法の比較に際しての以上の第一、第二の態度は、議論に実践的、規範的な性格を与えることになるから、このことは方法論的に自覚されていることが必要であろう。法の比較の最終ターゲットを「日本社会」におくということは認識者の選択の問題であり、これは「ドイツ社会」であっても、「アメリカ社会」であってもよい。この選択それ自体は、方法論的に意味があるわけではなく、実践的な性格のものである。一般的にいて、法の比較を博物学的な整理分類学に終わらせるのではなく、法の変化のダイナミズムを捉えるものにするために、認識者が特定社会の法秩序のあり方に研究のターゲットをあて、その変化に実践的な関心を持つことは、方法的にも重要なことであろう。

もともと比較法という手法は、立法者が新規の立法をてがけようとする際にしばしば当該分野の外国の立法例の調査から始めることから分かるように、実践的であり、政策選択のために用いられることが多い。この場合には、比較法の成果が、別の実質的理由によっ

5) 広渡清吾『二つの戦後社会と法の間——日本と西ドイツ』大蔵省印刷局、1990年、同『「戦後社会」について考える』『法律時報』1993年11月号参照。

6) 広渡清吾「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」粟屋憲太郎ほか編『戦争責任・戦後責任——日本とドイツはどう違うか』朝日選書、1994年、同「憲法と戦後責任——戦後50年」『法律時報』1995年5月号参照。

7) 「外国人と外国人政策の論理」『現代日本社会6・問題の諸相』東京大学社会科学研究所編、東京大学出版会、1992年、同「外国人・移民政策と国民国家の論理——日本の場合」梶田孝道・小倉充夫編『国際社会3・国民国家はどう変わるか』東京大学出版会、2002年参照。

て決定されている選択の説得力を増すために利用されるということも少なくないであろう。それゆえ、政策選択に活用するための比較法は、比較対象である社会の法の特質・固有の相を明らかにするという比較の本来の目的をショートカットして、政策選択者にとって意味のある形で実用主義的に行われる危険性が常に存在する。にもかかわらず、「日本社会と法の固有の相」を探索したい、それを知りたいという学問的要求が、ときどきの政権の政策課題に応えるというレベルの問題としてではなく、日本社会のあるべき進路を考えるという要求に結びつくことは、当然にありうることである。

たしかに論理的にみれば、「問題」をめぐる複数のものの比較を通じてより適切で優位な「解決」を見通すというプロセスは、比較のための基準を必要とする。この場合、この比較のための基準が比較の作業そのものから導きだせるのか、あるいは比較対象から独自に、認識者の側が採用する規準であるのか、これは一つの重要な論点である。しかし、この比較のための規準が常に認識者が独自に採用する判断基準・価値基準であるしかないとみるのは、形式論理的にすぎるであろう。それぞれの社会が課題解決のために模索するその客観的なあり様を深く探ることによって、人々がそこで追求しようとしている価値や目標、懸念している弊害などの共通性を把握することは可能であり、これらが認識者にも共有され、比較のための基準の形成に資するものとなりうる。認識者は、比較対象の研究において、自己の固有の判断基準で比較対象のいずれかに優位性を認めて選択するというのではなく、比較による総合的判断を通じて問題のよりよい解決の処方箋を見いだしていくという作業ができると考えられる。

以上のように、法の比較の目的は、より実践的、規範的要素が加わるものとして理解したい。以下においてはこの論点に関する問題を新たに論じるとともに、前稿で展開した論点をあらためて敷衍することにしよう。

2 法の比較における「問題」と「解決」の関連

(1) 比較対象の相互の「固有の相」を明らかにすることにとどまらず、そこから進んで特定の社会に即して「比較の対象それ自体のもつ問題を解決する方向を探る」、あるいはより普通的に「問題のよりよい解決の処方箋を探る」という発想は、実のところ、法の比較に携わる者が多くの場合に意識的、無意識的に採っているものでもある。そうであるがゆえに、こうした立場を方法として自覚的に位置づけ、そこに所在する問題や条件を整理しておく必要がある。

まず、処方箋志向型の比較の陥る問題についてである。筆者の専門に関わる「ドイツ研

究」は、地域研究 (areastudy) として位置づけられるし、また、比較研究という性格も有する。これを例にとりて日本におけるドイツ研究の意味について考えることにすると、「モデルとしてのドイツ」、「対象としてのドイツ」および「方法としてのドイツ」という三つの切り口がある⁸⁾。

「モデルとして」の意味は、目指すべき理念・目標というものである。明治維新以来の日本の近代化においてこの意味での西欧モデルが絶えずセットされたが、明治14年の政変以降ドイツモデルが政府の中で重味を増していったことは周知のことである。第二次世界大戦後の日本社会のなかでモデルとしてのドイツの比重が大きく低下したことはいうまでもないが、戦後ドイツが新たに作り出したものへの着目を含めて、なおドイツは「モデルとして」研究されうるといふわけである。

「対象としてのドイツ」は、「モデルとしてのドイツ」の実用主義的性格を意識的に排除して「ドイツそのものを深く認識すること」をもって研究の目的とする。モデルとして研究することが必ずしも対象の認識を浅くしたり、あるいは歪めたりするわけではないが、しかし、そのような恐れがありうるからである。「対象としてのドイツ」研究においては、また、ドイツの世界政治経済に占める役割（あるいはまた世界の問題を解決する上において占める役割）の重要性それ自体をその研究を通じて明らかにする（したがって、ドイツ研究は実際上も重要な意味をもつことが証明される）という趣旨が主張されることもある。

「方法としてのドイツ」は、ある問題の発見や解明のための比較の素材としてドイツ研究が行われるというものである。たとえば環境問題や都市問題の研究においては、ドイツについての研究が重要な位置を占めるであろう。ここではドイツ研究それ自体の意味が、前二者に比べて明らかに相対化されている。筆者のいう比較法社会論と関連づけてドイツ研究を位置づけるとすれば、この「方法としてのドイツ」が適合的である⁹⁾。

ところで、「方法としてのドイツ」には二つの危険性が常に付随する。一つは、上述の意味での「モデル化」の危険である。理論を考える際には比較対象のいずれかをモデル化することが、対象の深い認識を妨げて本来の比較を歪めることを容易に指摘できる。しかし、実際の作業においては処方箋を志向するなかでモデル化の危険性が絶えず存在するのである。モデル化は、作業者の事前の価値判断が作用したり、あるいは、ある問題の解明に際して段階的な発展モデルが作成されたりすることから生まれる。もう一つは、「視野

8) 筆者が属する日本ドイツ学会は2004年6月に創立20周年を迎えて「ドイツ研究」のあり方を考えるシンポジウムを開催するが、ここではその準備討議での議論を参照している。

9) このようにいうことは、筆者にとってのドイツ研究の意味を小さくすることにはならない。なぜなら、日本社会と法の固有性を明らかにすることについて、比較の対象としてのドイツの意義は、歴史的にドイツが「モデルとしてのドイツ」であったということ、さらにたとえば「戦後社会」という枠組みの共通性に由来して、極めて大きなものであるからである。

の狭窄化・実用主義化」の危険である。比較対象の研究については「そのものについての深い認識」が必要であり、「比較の素材」という切り取り方によって、視野を狭め、比較の目的に限定したてごろな知識で充足することが許されるわけではない。しかし「方法としてのドイツ」にはそのような危険性が存在している。

以上指摘した三つの切り口は、ドイツ研究に固有のものというより、あるナショナル・ユニット（あるいはある地域）の研究を行おうとする場合に、それぞれの比重の違いはあれ共通に問題になりうるものである。そして、比較研究の実際において、上にみたようにこの三つの要素は相互に排他的ではなく、重なりあいながら研究をリードするものであるから、その自覚的取り扱いが必要である。

比較を有意義なものにするための条件についても、考慮すべきことがある。比較の場合には一般的にいて、＜比較の目的にしたがって比較可能なものを比較すること＞が前提条件である。「比較可能」の理解については、「機能的比較」の考え方に依るものとするが、それにしても比較を通じて問題の解決の処方箋を求めようとする場合には、比較対象の選定がさらにより一層センシティブな問題になりうる。極めて一般的に日本を中心にして比較の対象群を想定すると、たとえば次のようにいくつにも整理できる。①現代の先進資本主義諸国（日本は現代の先進資本主義国であるから）、②アジア諸国（日本はアジアに位置するから）、③アジアの漢字を採用している諸国（漢字の採用で共通だから）、④儒教・仏教国（日本は儒教・仏教の影響がとくに大きいから）等々。①の先進資本主義諸国（OECD諸国を考えると）のなかでは問題に応じてまたいくつかに群を分けることもできる。さらに、「固有の相」を見いだすために、対極の対象群を設定するという方法も考えられないわけではない。たとえば⑤イスラム諸国。

ここでみるように、「問題」を限定することなしに一般的に比較を試みようとするれば、その比較の対象群も際限なく広がるのが分かる。そこで、比較の課題は、特定の「問題」に即して立てられるべきであり、それに応じて比較の対象が設定される。さらに、比較を通じて「問題」の解決の処方箋を探ろうとする場合には、比較の対象がさらにより限定的に設定されることになるであろう。しかし、このように考えると、これはこれで一つの別の問題を生み出さうる。

それは、一定の共通の枠組みで比較の対象を選択するとすれば、逆にその枠組みが解決の処方箋の枠組みを規定する（限定する）ということである。ここでは、「問題」と「解決」の距離がどのようなものかということが論点である。つまり、「解決」の具体的可能性を求めれば、確かに性格のより近い対象相互の比較が適合的であるが、他方で、より根本的な「解決」へのパースペクティブを求める場合には、距離の遠い、あるいは、異質にみられる対象相互の比較のほうがより適合的だということがありうるのである。一般的に

言えば、立てられる「問題」の性格（より抽象的，より具体的）と求められる「解決」の処方箋の性格（より抽象的，より具体的）の相関関係のなかで，比較対象の選択の枠組みは，多元的であり，また，多層的でありうる．比較対象の選択は，問題—解決のパースペクティブに応じて多元的で，かつ，多層的に構成することが必要となる．

(2) <日本社会の法秩序の固有の相を見だし，そこにおける「問題」の「解決」への処方箋を探るための法の比較>として法の比較の目的を限定した場合でも，以上みるように，法の比較のディメンションは，限定的，固定的に決して考えるべきではなく，多元的，多層的な法の比較が必要である．ここから逆に，法の比較のための対象の多元的，多層的な構造とは，どのように把握されるかという問題が提起される．

さきに「法曹」に関する比較法的共同研究を行った際に¹⁰⁾，日本以外の比較の対象として①日本における近代法制度の継受において何らかの規準国としての役割を果たし，かつ現代の議論においてもモデルとしての作用をもっている有力な国（ドイツ・フランス・イギリス），②現代世界において de facto なグローバルスタンダードを提供している国（アメリカ合衆国），③戦前以来の歴史的経緯によって日本の法制度の影響が小さくなく，かつ，現在，日本と同様にアメリカン・モデルの影響を受けつつある国（韓国・台湾），および④いわゆる体制移行国（ポーランド・ロシア・参考として中国）の4つのグループを分けて9ヵ国を選択した．各グループの位置づけは，法曹という問題に即しているが，他の問題についても応用可能な一般的な位置づけともいえる．共同研究の狙いは，こうしたグループの選択によって，法曹制度の変化をもたらしているもの，変化の内容および変化の方向について各国毎の分析を基礎に相互に関連づけた全体の見取り図を描き，そのなかで日本の位置規定を行うというものであった．

ここでのグルーピングは，日本を中心に行っているが，このように日本を中心にするのであれ，また，より一般的なグルーピングであれ，法の比較の対象を多元的，多層的に把握しようとするれば，そのときどきの比較における「問題」を基軸にこれを行うということであるにせよ，世界における多様な法秩序の分布についての一定の見取り図が必要となるように思われる．それでは，この見取り図は比較法学の法圏論が目指したものとどのように違うのかが，あらためて問われざるをえなくなる．

法社会学者であり法人類学者である千葉正士は，法圏論とは異なり「世界のすべての法の存在を解明しその相互関係の調整を模索する法理論」を期して西欧法と非西欧法を包括的に捉えるべく「総合比較法学 Comprehensive Comparative Law」を提唱している．

10) 広渡清吾（編）『法曹の比較法社会学』東京大学出版会，2003年．

かれは、そのためには西欧法モデル・西欧法概念によって全体を包括するのではなく、「西欧法はもとより非西欧法をもそれぞれの実態に即して客観的に把握できる第3の立場からする操作的道具概念（傍点原文）を開発すること」の必要性を指摘する。かれ自身の提案によれば、その操作的道具概念として「アイデンティティ法原理下の3ダイコトミー」が示される。3ダイコトミーとは、公式法と非公式法、固有法と移植法および法規則と法前提の3つであり、各法秩序はこの3つのダイコトミーをいかに調整するかにおいて、それぞれの特徴的なアイデンティティ法原理を示すとされる¹¹⁾。

このような千葉の議論は、各法秩序が外からの入力によって（移植法）どのように変化するかを捉えるフレームを提示し、法秩序相互間のインターアクションを捉える視点を明確にうちだしている。問題は、「アイデンティティ法原理」なるものが当該法秩序に不変の固有のものとして捉えられているのではないかということである。もしそうであるならば、たとえば日本について、明治期、戦後改革期および現在の法改革における法の継受のそれぞれが「移植法」のカテゴリーによって捉えられ、その移植法が固有法とどのように関係し、また、公式法にどのように採用されるかの調整は、歴史の時期を問わず同一のアイデンティティ法原理にしたがって行われるということになる。ここでは、このような議論の立て方が非歴史的、非実証的な「不変の文化の型」を語ることに帰着しないかどうか、重要な検討の論点である。

「問題」を基軸に「解決」への実践的、規範的関心を伴って行う法の比較は、世界における法の見取り図の描き方について当然に法圏論と異なったアプローチの方法を要請する。それは、なによりも「変化」を捉えるものであることが重要である。現代世界では、法のグローバル化、体制移行国や開発途上国における西欧法モデルの導入・整備、先進資本主義国相互間あるいは一定の地域における法の相互学習のプロセス、ヨーロッパ共同体における法の統一・調和化など、多様な法秩序の間でのさまざまな力が作用している。歴史的に法の継受・法の移植とよばれる現象は、各法秩序の現在のダイナミクスにも影響を及ぼしているであろう。こうした法秩序の相互関係を変化において把握する理論が、ここでの世界における法の見取り図を描くものとして要請されている。静態的な法制度や法文化の比較による法秩序のグルーピング（法圏論）は、ここでは役に立たない。

11) 千葉「総合比較法学の推進を願う」前掲『比較法学の課題と展望』18頁、22頁。同『アジア法の多元的構造』1998年、成文堂も参照。

3 法のグローバル化・アメリカ化と法の継受・移植

(1) 現代世界の法の見取り図について何かを考えようとすれば、法のグローバル化の問題をさけて通ることはできない。

法のグローバル化については、グローバリゼーションが何であるかということと同様にスタンダードな理論があるわけではないが、法のグローバル化の問題については、二つのディメンションが区別されうる。一つは、一定の内容をもった法が transnational に通用性（妥当性）を獲得していくことに注目することである。もう一つは、transnational な空間において、新たな性質をもった新たな法としてグローバル・ロー（global law）が生成していることに注目することである。この二つは、法のグローバル化そのものを捉えるが、さらに第三としてグローバリゼーションの下で法の世界にどのような機能変化がもたらされているかという問題の立て方もある¹²⁾。

新たな法としてのグローバル・ローの生成については、たとえばドイツの法社会学者のトイブナーが、国内法と国際法のダイコトミーと国家中心的な既存の法理解を超えて、法の多元主義的存在を主張する立場（legal pluralism）から、“global law without state”の生成を論じる。かれは具体的に国際的な企業間取引において形成される商慣習法的なもの（global lex mercatoria）に注目し、その法的基礎づけ（多元主義の意味での）を試みている。そこでは、取引当事者間の約束（関係内部的な規範）がいかにして両者に対する外部的な規範に転化するかについて、国際的私的仲裁制度の作用に焦点をあてた分析が行われている¹³⁾。

グローバル・ローの法理論的基礎づけは、それとして重要であり、法の比較が法の多元

12) Wolf Heydebrand, *From Globalisation of Law to Law under the Globalisation*, in: *Adapting Legal Cultures*, ed. by D. Nelken/J. Feest, 2001, pp. 117-137. ハイデブランドは、グローバル法の生成と共に、グローバル化のなかで組織され形成され活動する様々なネットワークの作用が従来の法システム・法の機能・法観念などを変容させる可能性——それはこれまでの法の適切な作用を解体することも含む——について検討している。Sonja Buckel, *Empire oder Rechtspuluralismus? Recht im Globalisierungsdiskurs*, *Kritische Justiz* 2/2003, S. 175-191. ブッケルは、法のグローバル化をめぐる二つの理論的視角、法が一つの帝國的権力のもとで収斂するとみる理論、および法そのものが多元主義化するという理論を世界政治と経済の動向との関連で捉えるという立場から整理している。

13) Gunther Teubner, “Global Bukowina”: *Legal Pluralism in the World Society*, in: *Global Law without State*, ed. by G. Teubner, 1997, pp. 3-28.

主義的理解をどのように受けとめるのかは、あらためて論じるべき問題の一つである¹⁴⁾。他方で、国際社会学者のサッセンが指摘するように¹⁵⁾、グローバル・ローとみなされる“global lex mercatoria”を担う法律家が圧倒的に英米の法律家であり、それを通じて英米法のグローバルな支配が進んでいるという事実も重要であろう。

この点に着目すると、グローバル・ローの生成も、一定の内容をもった法がその通用性をグローバル化するという、もう一つのディメンジョンに重なることになる。アメリカの社会学者ハイデブランドは、法のグローバル化として「法が経済のグローバリゼーションに伴って文化財やサービスと同様に輸出品となる」ことを指摘し、その実質を「法のトランスナショナルなルールのアメリカ化」と特徴づけている。

かれによれば、法のグローバル化、つまり、法のトランスナショナルなルールの形成をめぐるのは、多数の異なった法システム、NGOをも含む法主体が関与しており、そのプロセスは多面的、非同質的、多方向的であるようにみえる。たとえば、東欧諸国の法改革は、「大陸市民法的なルールを基準とする法文化 rule-oriented legal culture of continental civil law」に向かっているが、同時に、アメリカ法曹協会東欧法イニシアチブ委員会 (American Bar Association's Committee on Eastern European legal Initiatives) 等の援助を通じアメリカ的コモン・ローを継受することにも熱心である。しかしいずれにしても、「法のグローバル化への主要な圧力は、コモン・ローの取引文化 (bargaining culture of common law) およびグローバリゼーションそれ自体を形づくっている方式の影響が拡大することから生み出されている。」¹⁶⁾

ここに指摘されるように、法のグローバル化は、経済のグローバル化に伴う現象としてあらわれており、経済のグローバル化が旧社会主義諸国や発展途上国の資本主義市場経済化を促進し、かつ、それをアメリカ的コンセプトの下に進行させることから、法のアメリカナイゼーションを引き起こしているのである。ハイデブランドは、東欧諸国の法改革に言及しているが、日本の法律家が関与しているアジア諸国の法整備支援についても同様にその位置づけが検討の対象になりうる¹⁷⁾。「トランスナショナルな空間でのルール」がどのように生成するかという問題とあわせて、「トランスナショナルなレベルでの多数の法システムと法主体の関係およびそれを変動させるダイナミズム」をどう捉えるかは、法の

14) 法の多元主義は、西欧近代法の法のコンセプトおよびカテゴリーを普遍的なものとして法を論じることに對する異議申し立てであり、国家法を原則型とし、制度的な制裁・統制・強制などの要素を本質的なものとする法のコンセプトに対して多元主義的な法のコンセプトを提起しようとするものである。さきにみた千葉の総合比較法学の提唱も法の多元主義的理解を前提にしている。法のコンセプトの多元主義的なパースペクティブをどう位置づけるかは、実践的、規範的な意図をもった法の比較にとって一層重要である。

15) サスキア・サッセン (伊豫谷登士翁訳) 『グローバリゼーションの時代——国家主権のゆくえ』平凡社、1999年、65-70頁参照。サッセンも法のグローバル化をアメリカナイゼーションとして捉えている。

16) Wolf Heydebrand, op. cit., p. 118.

比較ための「見取り図」を描く上で重要な課題である。

(2) 法の比較において、現在の法のアメリカナイゼーションを問題にするとすれば、第二次世界大戦後のアメリカ法の世界的波及についても見ておくべきであろう。

日本に即してみれば、第二次大戦後の戦後改革において、明治期に次ぐ「第二の法の継受」(古代律令制における中国法の継受を加えれば「第三の法の継受」となるが、ここでの関心は近代法の継受である)が、アメリカ法の継受として行われた。戦後のアメリカの法の継受を特徴づけると、第一に形態的な側面として占領権力を背景にした戦後改革としてそれが行なわれた。第二に、内容的な側面として、人権保障および社会経済的な分野での法の継受が中心であった。憲法(1946年)と刑事訴訟法(1948年)は前者の代表例であり、後者については独占禁止法(1947年)、証券取引法(1948年)、労働組合法(1945年、49年)、労働基準法(1947年)、生活保護法(1946年)、商法・会社法(1950年)、会社更生法(1952年)などがあげられる。さらに第三の特徴を付け加えれば、社会経済的な分野の法継受のモデルとなったのは、アメリカのニューディール期の立法が多かった。そして第四に、明治期の法の継受の場合にはドイツ法学説の継受がそれに続いたが、戦後の法の継受の場合にはこれと同じようにアメリカ法学説の継受が後続したわけではなかった¹⁸⁾。

戦後日本におけるアメリカ法の継受は、しかしながら、孤立した現象では必ずしもなかった。第二次大戦後の戦後世界においては、アメリカ合衆国の軍事的、経済的な圧倒的優位を基礎に国際的秩序が形成され、ソ連を中心とする社会主義ブロックに対抗しつつ、資本主義ブロック世界が構成された。それはパクス・アメリカーナと呼ばれる¹⁹⁾。この世界では、アメリカの民主主義と自由の観念、そして経済的には自由貿易と市場自由主義が伝

17) 「法整備支援」を比較法学の見地からどう捉えるかは日本でも課題となっている。これについて『比較法研究』第62号2000年参照。実務にも携わっている佐藤安信はこの事業の方向について「アメリカナイゼーションでない、真のグローバル化をめざすのであれば、法制度整備支援に英米法律家以外の人材の幅広い参加による一種の中和が必要であるし、そもそも、先進国の法制度を移植する発想から、現地の社会伝統に見合った新たな法の創造というパラダイムへの転換が必要であろう。すなわち、現地の法律家を中心とする比較法の観点からする多様な法制度のあり方を尊重することで初めて、世界法ともいべきグローバル・スタンダード生成への糸口が生まれるであろう」と述べている(「国際機関による法整備支援と日本の役割」同誌155頁)。問題は、法整備支援をめぐる当事国と世界の外部環境との関係の中でのリアルな実態をまず分析することであるが、これに携わる関係者がどのような理念をもって行動するかは方向性に影響を与える要素でありうる。

18) 木下毅「日本法と外国法：法継受論」『北大法学論集』46巻2号174-204頁、46巻4号360-394頁、1995年参照。もちろん戦後法律学へのアメリカ法の影響は大きなものがあり、憲法領域ではとくにそういえるが、法の体系原理や法思考はなおドイツ法的鑄型に支配されている。Vgl. Zentaro Kitagawa, Die Entwicklungsphase im japanischen Zivilrecht, in: Die Japanisierung des westlichen Rechts, hrsg. von H. Coing u. a., 1989, S. 125-141.

19) 館山豊「パクス・アメリカーナの構造」工藤章編『20世紀資本主義Ⅱ——覇権の変容と福祉国家』東京大学出版会、1995年、43-78頁参照。

道されたのである。たとえば具体的には「国際貿易機関 (the International Trade Organization = ITO)」の設立を定めた国際貿易機関憲章 (1948年3月24日。その採択の地であるハバナにちなんでハバナ憲章とよばれる) は、全9章のうち1章をカルテル問題にあて、加盟国が競争制限的取引行為を禁止する立法措置をとることを定めた。ハバナ憲章は53ヵ国が署名したが発効せずに終わった。とはいえ、これは、アメリカ法的な独占禁止立法が世界的に波及することに大きな役割を果たしたのである。

これについて、ドイツの経済法学者ホプトは、競争法の歴史的、比較法的考察を行った論文において「反トラスト法は1776年のアメリカ合衆国憲法と並んで世界の法発展に対するアメリカのもっとも重要な寄与である」と指摘し、実際に1890年のシャーマン法 (反トラスト法) の影響が「約半世紀のタイムラグをともなって、第二次世界大戦後のヨーロッパ諸国で見られることになった。まず、1945年にフランス、1948年にイギリス、1951年にオーストリア、1957年にドイツ、そして1962年にスイスで」と述べている²⁰⁾。

ヨーロッパでの競争制限禁止立法の普及は、この他にさらに、アイルランド (1953年)、ノルウェイ (1953年)、デンマーク (1955年)、オランダ (1956年)、ベルギー (1960年) にもみられる²¹⁾。また、いうまでもなくこのリストアップには、アジアから「1947年に日本」を加えなければならない。

競争制限禁止・独占禁止立法に関するアメリカ法の波及は、現在の法のアメリカナイゼーションが経済のグローバル化、すなわち経済のアメリカナイゼーションに付随して引き起こされているのと同様に、戦後資本主義世界の構築に関するアメリカのイニシアチブに帰せられるのである。ホプトが言及しているもう一つの領域、憲法の分野においても、戦後の各国での憲法裁判の制度や人権制度についてアメリカ法の大きな影響が見られる。

以上のように戦後世界においては、少なくとも二度に渡り法のアメリカナイゼーションが生み出されていることになる。ただし、現段階では、戦後改革期と異なり、法のアメリカナイゼーションに対してヨーロッパ共同体 (EU) の法の統合が対抗運動として展開されているなど、両者の展開の態様は異なっている。法の比較において「見取り図」を描くとすれば、このような反復するアメリカナイゼーションについて検討しなければならない。また、あわせて国際法学が注目している法の「普遍化」に関わるさまざまな国際法的現象、国際経済取引に関する法規制のハーモナイゼーション²²⁾、国際司法裁判所の司法判断の普遍化、国連法体系の展開、global commonsの形成などにも目を配って法のグローバル化

20) Klaus J. Hopt, Wettbewerbsbeschränkungen und Verrechtlichung, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 229 ff., insb. S. 245.

21) 広渡清吾「競争法の普遍化——資本主義法の発展と20世紀システム」『20世紀システム5・国家の多様性と市場』東京大学社会科学研究所編、東京大学出版会、1998年、47-79頁参照。

22) 中川淳司「経済規制の国際的調和 総論」『社会科学研究』第53巻4号、2002年、1-21頁。

の多面的位相を考察することが必要であろう²³⁾。

4 近代法発展モデルの陥穽

(1) アメリカの法社会学者フェルドマンは、『日本における権利のかたち——権利意識の歴史と発展』(2003年)において「日本社会には権利主張がかけている」、「権利の主張は日本の法や政治や社会の規準と根本的にあわない」という言説が、「権利意識に取り憑かれたアメリカ」という対称的風景を背景にして作られた神話であると主張している。かれは、日本の権利に関わる運動と政治を患者の権利、エイズ、脳死と臓器移植の問題に即して取り上げて調査・分析し、「権利」がシンボルとしていかに大きく利用されているかを実証しようとしている。同時にこの著作は、「日本社会には権利主張がかけている」という「日本社会と法の固有性」についてのシェーマが「神話化」される理由を考察し、法の比較の方法について有益な素材を提供している。

フェルドマンによれば、神話の形成には、①アメリカを規準として日本の固有性＝「独特さ」を認定する発想（「権利の主張」を訴訟件数を規準にとらえて日本の少なさを問題化する）、②「独特さ」を遅れとして位置づける発想、および③遅れが「文化」に根ざして「制度」の導入があっても変わらないとする発想が寄与している。そして、このような発想の基盤は、＜西洋の近代化が遅れた社会で反復遂行されるもの＞という近代化理論にあるという。またこれと同根の議論として、各社会の進化の段階が異なるから、普遍的な法システムが先進国から後進国へ移植 (transplant) されるという移植理論があり、これが遅れた社会における「制度」と「文化」の乖離を説明するものとなるという。

フェルドマンは、この神話を解体するために「権利の主張」の定義と社会的意味を日本社会に即して構成し、そのような定義・意味での権利の主張の実態を追求し、次のように結論している。「権利がシンボルおよびリソースとして利用され、日本の法や社会を変える重要な要素となって(おり)……権利が法的な文脈から社会・政治的文脈に移され、紛争の文化的、制度的特色とさまざまに絡み合っているのが日本の権利の風習 (ritual of

23) 『現代の法2・国際社会と法』岩波書店、1997年所収の広部和也「国際『公領域』の拡張」、古川照美「国際司法の新展開」、最上敏樹「国連法体系の展望」参照。

rights=権利のかたち)を定義づける特徴である。]²⁴⁾

フェルドマンは、このように神話化を近代化理論に関係づけたが、これは日本の社会と法の固有性に関する戦後法学の議論に大きな影響をもったものであり、法の比較について考察すべき重要な論点の一つである。

(2) 1980年代後半に日本の法学界では、「法化」(Verrechtlichung, Legalization)についての議論が一つの 이슈となった²⁵⁾。この議論は、日本の法律学の内発的なテーマ化によるというよりも、ドイツおよびアメリカ合衆国の法理論の動向に触発されて、日本への紹介が試みられたものである。このなかで、たとえば「高位法化社会を実現した西欧」と「遅れた低位法化社会としての日本」という対置図式の提示が行なわれることがあった²⁶⁾。ここでは、「法化」という概念が社会の発展の度合いを図る基準として用いられている。この用い方は、「法化」の概念がもともとその原産国において、ポジティブな概念としてではなく、法や訴訟の過剰さがもたらす問題状況を把握する概念として、その意味で「批判的な」概念として用意されたということからしても、ミスリーディングであるが、こうした対置図式の利用にはさらに方法論的に検討すべき次のような問題が含まれている。

日本の戦後の社会科学の特殊性として、西欧近代の歴史的発展をモデル化して、日本社会の発展の課題をそのモデルの後追いの実現として理解する発想が強く存在したことが指摘される²⁷⁾。戦後、社会科学たるべきことを目指した法律学も同様の傾向をもった。法解釈学にとっても、西欧近代モデルに基づいて体系を構成することは適合的であったと考えられる。

24) エリック・A・フェルドマン(山下篤子訳)『日本における権利のかたち——権利意識の歴史と発展』現代人文社、2003年、17頁。本書の原題は“The Ritual of Rights in Japan. Law, Society, and Health Policy”である。“ritual”がタイトルでは「かたち」、本文では「風習」と訳されている。日本語の「風習」のニュアンスからしてこの訳語が適切かどうか検討の余地がある。また、フェルドマンのもう一つの重要な指摘は、この神話の解釈をめぐる日本の学説が「文化と構造という間違った二項対立」に囚われているということである。日本の学説は、「独特さ」=「遅れ」を説明する要因として文化か制度かの争いを続けてきたことの故に、神話そのものの当否を疑うところに行かなかったという批判である(138-151頁)。これについては本文で項をあらためて後述する。

25) 法化論については広渡清吾「日本社会の法化—ドイツとの対比で」岩波講座『現代の法 15・現代法の思想と方法』1997年参照。

26) 勝田有恒「比較法史への私法学からのアプローチ」『歴史と社会のなかの法——比較法史研究第2巻』1993年69-82頁。とくに81頁。「法化」の理解については問題があるが、勝田論文の趣旨は「比較法史」によって「西欧の普遍性」を相対化し、「柔かい普遍性」を世界的な普遍性として求めようというものであり「法の比較」の意味を論じる本稿と通じる問題意識が示されている。

27) 石田雄『日本の社会科学』東京大学出版会、1984年参照。石田によればこの性格は、基本的には戦前以来のものである。同『社会科学再考—敗戦から半世紀の同時代史』東京大学出版会、1995年第3章「近代西欧像の変化」は、近代主義から西欧近代の相対化へ、さらにポストモダンに展開する日本の社会科学における議論を跡づけている。

戦後の法学分野ではじめての大型出版企画であった『日本近代法発達史講座』（全11巻 勁草書房、1958-67年）は、編者の総括によれば戦前の法制の展開が「近代法不発達史」であることを実証したものとされたが²⁸⁾、このことは、日本の戦後法学が戦後日本の課題を、欧米なみの近代社会と近代法の確立とみなすという姿勢につながった。日本の法社会学の先駆者の一人である川島武宜の初期の立場は、この一つの典型を示している²⁹⁾。これをかりに「法学における近代主義」とよぶとすると、日本の法学に対する近代主義の影響はきわめて大きなものであった。

ドイツ人法律家としてきわめて丹念に日本の法思考・法理解の特徴を歴史的に分析した研究書（1990年）のなかでグントラム・ラーン弁護士は、現在の日本社会における法観念（法の本質、社会におけるその役割などに対する態度や意見）について三つの見解があり、そのうち長きに渡って支配説であったのが次の見解であると述べている。

「法制度（裁判）をあまり利用しないことのなかに示されている日本人の法に対する態度は、前近代的で封建的な日本的思考の伝統的な要素と社会構造に由来するものである。十分に形成されてこなかった日本人の権利意識は、日本の近代化の進展とともに、近代的な西欧的な意識に収斂し、最後には日本においても、西欧と同様に法の手段の利用がみられるようになるだろう。」³⁰⁾

ラーンは、この見解に示された予想・診断が日本が世界でも最もモダンな工業国になりながらも、確認されていないことを付加しつつ、さらに第二の少数説として日本と西欧の法意識には特段の差異がなく日本でも近代以前から権利のための闘争がみられるとする説、また第三の説としていまや西欧から継受された要素を日本の文化にふさわしく総合した日本独自の法観念が形成されているという説をあげて、現段階ではこの第三説が支配的ではないかと指摘している。

ラーンのこの整理は、日本の法学者にとって近代主義的な発想がいかにか馴染みやすいものであったかをあらためて示している。第二説、第三説もこの強力な第一説への対抗をもちばら目指して形成されているのである。第三説が現在支配的ではないかというラーンの観察には疑問符を付しておくが、いずれにしても上で見た「遅れた低位法化社会としての日本」という表現はこうした環境のなかで生み出されるということである。

近代主義的発想は、欧米を普遍化しモデル化することによって、日本の社会と法の固有性を見だし、これを欧米普遍モデルへの途上にある後進的な段階としてとらえることに

28) 『講座・日本近代法発達史——資本主義と法の発展』（勁草書房）は計画では全12巻の予定であったが11巻で終わった。編者（鶴飼信成、福島正夫、川島武宜、辻清明）の座談会で川島はこのように述べている。第2巻付録月報、42頁（1967年刊、第2刷、334頁）。

29) 川島の主張については本文後述参照。

30) Guntram Rahn, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, 1990, S. 404.

なる。このことは同時に、欧米の社会と法の固有性をそれを普遍化・モデル化することによって見失うということの意味する。いいかえればこれは、二つのものの比較的な固有性を、発展段階的な先進—後進の図式に当てはめてしまうということである。

ところで、日本の社会と法における固有性を近代主義的な発想とは違った形で——つまり「遅れ」とみずに——それ自体として位置づけようとする、ここにもそれなりの問題が生まれる。ここでは、採られる道が二つある。一つは、比較的な固有性は固有性として、その違いのみを確認する道、いわば比較的な差異を絶対化する道である。これは「文化が違う」という議論に帰結する。野田良之の比較文化論的な基礎づけによる「国民性 national mentality」差異論は、この代表的な試みである。これについては後にあらためて言及しよう。もう一つは、日本的固有性のほうになんらかの積極的な意味づけを与える道である。これは、日本的固有性に優位性を認めるという論理を内包しうる³¹⁾。この場合はいうまでもなく、近代主義的な発展段階論に立った「遅れ」論が正面から批判されることになる。

民法学者・星野英一の採った道は、制定法を西欧近代法である継受法として位置づけ、これに対して日本社会の生ける法（日本的自然法）を対置し、この生ける法の再認識を求めることであった。星野によれば、日本人が権利主張をしない、「日本人の法嫌い」というのは、外国産の制定法＝継受法に対する反発であり、日本人にとっての真の法、日本社会を真に規律する法が別に存在しており、これが何であるかを問題にしなければならないとされる³²⁾。

これは1980年代半ばの主張であるが、90年代後半には星野は、日本社会ではますます継受法としての民法典の定める規範が社会生活を支配するものとなること、そのことが人々の行動の自由をより大きくする積極的な意味をもつものであることを承認しつつ、他方で、日本社会の固有の社会規範とされているものには価値あるものがあり「『日本的』とされているものが実は普遍的な価値をもつことを認め、進んでそれらを法律の解釈や立法に生かそうとする試みは、少しずつながらすでに始められている」という認識を示している³³⁾（傍点引用者）。

日本社会の法にみられる「継受法としての制定法と日本的生ける法の二元性」という議

31) 日本経済のパフォーマンスが最盛期を迎えていた1980年代には、日本の特殊性に対する再評価が国内外で生じた。単純な例として、たとえば「法律に基づく行政」の近代法的原理に抵触する日本のいわゆる「行政指導」がドイツの新しい現代的な行政手法である「インフォーマルな行政活動」と実は同じものではないかという議論がある（大橋洋一『行政法学の構造的変革』有斐閣、1996年、第1章参照）。大橋がそのように主張しているわけではない。

32) 星野『民法論集』第5巻有斐閣、1985年297頁以下、357頁以下。本文でラーンが挙げている第三説は主として星野の主張を指している。

33) 星野『民法のすすめ』岩波新書、1998年、236-237頁。

論は、契約法の領域において、民法学者・内田貴によってきわめて洗練された形で受け継がれた。

内田は、契約法におけるこの二元性（制定法と生ける法）が日本だけの問題ではなく欧米諸国にも認められるものであるとし、「古典的（川島の言う「近代的」）契約法と現実の契約実践の二元性」という欧米諸国にも共通の普遍的な枠組みで捉えられるものであると整理する。このような枠組みの下で、日本的固有性は、現実の契約実践における規範（「内在的規範」と呼ばれる）がどうであり、その内容がどのように実定契約法規範と関係し、裁判所によって拘束力を与えられているか、というところに求められる。内田は、この分析を通じて日本の取引社会における内在的規範が「関係的契約」モデルによって把握しうるものであるという見通しを示す。この関係的契約モデルは、アメリカの社会学者I・マクニールの関係的契約理論を参照して、意思論的契約法である近代契約法に対してポスト近代法の契約法として位置づけられる。

内田によれば、現代日本の契約法はこうして古典的契約理論と関係的契約理論の二つの柱によって捉えられるものである。このような構成を通じて日本の取引社会の規範は位置づけを与えられ、法の世界に取り込まれる。しかし、ここで取り込まれるものは、もはや日本に固有なもの・特殊なものではない³⁴⁾。

内田の議論は、星野が求めたように日本の生ける法＝取引社会の内在的規範（外見的には川島が批判した日本的契約意識、すなわち契約内容を締結の時点において一義的に明確に「ルール」として確定せず、誠実協議条項のような一般条項によって当事者の「関係」に委ねる等のあり方に類似する）を積極的に位置づけるものであるが、その論理は二重の普遍化（欧米諸国と共通するという位置づけ）を経るものとなっている。

第一に、継受法と日本の社会規範の関係を制定法と生ける法の二元性として捉えて普遍的問題とすること、そして、第二に日本の生ける法の内実を普遍的な概念として構成されるポスト近代法的な関係的契約モデルで把握することである。この二重の普遍化は、一方で段階論的な近代主義から離れると同時に、他方で比較的差異の絶対化とも距離をおくものである。内田の近代主義に対する批判は「固有性＝遅れ」論に向けられているものであって、日本の法が欧米と同様のポストモダンの状況にあること、それゆえ普遍的な発展段階にあることを認める点においては、内田も近代主義と同様に発展段階論的発想に立つも

34) 内田『契約の時代——日本社会と契約法』岩波書店、2000年、マクニールの関係的契約理論については同『契約の再生』弘文堂、1990年参照。

のといつてよい³⁵⁾。

日本の後進性をもっぱら問題にした川島の近代主義に対して、日本のなかでもっとも早くから批判を行ったのは、民法学者・比較法学者の北川善太郎であったと思われる。すでに1971年6月『朝日新聞』紙上で「日本的あいまいさ、今や再評価の必要」と題するエッセイによって日本的固有性を後進性ときめつける発想を批判している。この論稿の原題は「マクシムローとミニマムロー」であった。かれのその後の比較法的工作は、日本法の異質性と普遍性を選び分けて、欧米モデルと日本モデルの共生をはかることに向けられた。国際摩擦のなかで、欧米で新たなたかまりをみせた日本異質論に適切に対処するためには、欧米モデルと日本モデルの共生で普遍的な法システムをめざすことが重要だと北川は指摘する³⁶⁾。このように北川の比較法は、近代主義の呪縛をきれいに取り払っているようにみえるが、これは、かれの目的が問題解決・処方箋志向型の比較法であることに由っている。これについて留意すべき問題は、すでに見た通りである。

法の比較における「日本社会と法の固有の相」の発見は、近代主義的思考を軸にして、これまでしばしばその固有性をどのように「評価」し、「位置」づけるかについての判断を目的としたり、あるいはこれを伴うものとして行われてきた。これらについての方法的な自覚が、法の比較の作業には必要である。

5 法発展の段階論と資本主義法の比較論

(1) 近代主義は、日本の固有性を遅れと認める場合に、すでにみたように普遍的な近代法の発展モデルを前提にしている。近代法は、自由意思を担った独立・平等の市民を権利主体とする法システムとして「近代市民法」と把握され、また、社会の基礎構造である経済システムが資本主義経済であることから「近代資本主義法」とも把握されるが³⁷⁾、戦後日本の法律学は、戦後の経過のなかで必然的にこうした近代法の「変容」を問題にした。この場合、日本の法秩序はこの普遍的な近代法モデルの変容の一例として取り扱われることになる。

1950年代には「市民法と社会法」の対概念が論争的なものとして取り上げられた。近代市民法は、すべての個人が独立で自由であることを原理とするが、この原理は形式的、

35) 星野、内田の以上の議論については、広渡清吾「日本社会の『近代化』と『法化』」本間重紀教授追悼記念論文集（花伝社・近刊）参照。内田の二段階の普遍化をどのように評価するかという論点について棚瀬孝雄「関係的契約論と法秩序観」棚瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』弘文堂、1999年および同論文に対する内田の書評（前掲『契約の時代——日本社会と契約法』に所収）を参照。

36) 北川「国際摩擦のなかの日本法」『NBL』500号6-11頁、501号27-35頁、502号36-46頁、1992年。

抽象的なものであり、社会の実際においてはその社会的経済的地位の弱さのゆえに自由・独立を享受できない社会階層が存在する。この社会的矛盾は次第に顕在化し、法の世界に反映せざるをえなくなる。社会法は、こうした社会階層（中心は労働者階層）を集団として把握し、この集団に国家法による支援を与え、それによってこの階層の人々の自由・独立を回復させるものとして位置づけられた。社会法は、市民法を補強して市民法原理を貫徹させるものとして構成され、理論化されたのである。近代資本主義法の歴史的变化はこのように対象化されたのであるが、この主題には、戦前すでに法哲学者の加古裕二郎や橋本文雄が取り組んでいた³⁸⁾。

1960年代後半には「近代法から現代法へ」というシェーマが登場する。さきにみた『近代法発達史講座』のあとの大型出版企画として、『講座・現代法』全15巻（岩波書店、1965-66年）が刊行され、これは新しく「現代法」という概念を学界に提起することになった。講座の編者たちによれば、世界的にみて「今世紀初頭から、近代市民法の体系は急角度の転換を始め」「第二次大戦を契機にますます広く、かつ深く全法律分野をつつんで進行」しているが、日本でも「この世界の動向のなかで、敗戦を境として激的な社会変動を体験した日本の法体系が、いっそう大規模な変革を要請され」「わけても昭和30年以降の高度経済成長政策の実施にともない、社会の近代化が急激に進行する反面、多くのひずみも現われつつある現状において、現代法の実態もいよいよ錯雑の度を加えるにいたった」と認識され、このために「現代法の全体をとらえ」るべく共同研究としてこの講座が企画されたと述べられている³⁹⁾。

ここでは、一方で近代法から現代法への転換が世界的な動きであること、他方で日本の戦後以来の、そして高度経済成長政策による急激な変化も同じ動きのなかにあること、という二つの認識が示される。つまり、日本の社会と法の変化を普遍的な「現代法化」として捉える認識が示されているのである。しかし、この場合においても日本の固有性を「遅れ」とみる近代主義的思考は、現代法化のなかでもなおこの遅れが問題になること、それ

37) ただし水林彪は、近代法を資本主義法と同置する歴史的把握を批判し、19世紀末のいわゆる現代法の展開時期をもって資本主義法の成立とする視角を提起している。これによると、いわゆる近代市民法は前資本主義的市場経済に対応し、市民革命期から資本の原始的蓄積の段階、さらに産業革命の段階を経てはじめて資本主義法が成立すると理解される。この理解は現代資本主義の法の重層的構造（市民的關係・単純商品交換法と商人的、資本家一賃金労働者の関係・資本主義的商品交換法）を解明する手がかりとしても位置づけられる。「現代法的状況の日本史的文脈——西欧史的文脈との対比において」『法秩序の近代と現代』法社会学46号、1994年、54-60頁、および「西欧近現代法史論の再構成」『法の科学』第26号、1997年、84-96頁参照。

38) 1953年に沼田稲次郎『市民法と社会法』が刊行され、のち日本法社会学会が「市民法と社会法」をテーマにシンポジウムを行なう（『法律時報』30巻4号、1958年参照）。加古『近代法の基礎構造』日本評論社、1964年、とくに所収の「近代法体系の多元的構造に就て」、橋本『社会法と市民法』有斐閣、1957年。

39) 『現代法1・現代法の展開』1965年の「まえがき」参照。

ゆえ「現代法化」と同時に「近代法化」(遅れをリカバーするプロセス)が二重に進行すべきものという議論のパターンを生み出した。

「現代法」の Kategorie そのものについては、講座全体を統一する明確な定義が示されたわけではなく、講座の諸論文とその後の議論を通じて、現代法論は一つの論争テーマになった⁴⁰⁾。現代法論をそれ自体としてもっとも詳細に展開したのは渡辺洋三であるが、その重要な特徴は、資本主義経済の歴史的段階的变化と法体系の段階的变化の関連に着目して社会と法の分析を行うことである。渡辺によれば、「現代法」は市民革命から産業資本主義段階にかけて成立する「近代法」の変容形態として、独占資本主義段階から形成され始め国家独占資本主義段階において成立するものとされ、経済過程への国家の介入の量的拡大と質的深化が現代法への変化の指標であるとされた⁴¹⁾。国家独占資本主義は、当時のマルクス主義経済学の論争的概念であった。

日本を含んで欧米諸国の近代資本主義法を対象にしたこうした総体的な段階論的分析は、より理論的な形態でも提示された。1974年に刊行された藤田勇『法と経済の一般理論』(日本評論社)は、資本主義法の歴史的段階的形成の見取り図について、市民革命期を経て産業資本主義段階に資本主義法の体系が成立すると仮設し、その体系を法カテゴリーの系列として編成する試みを提示した。これは、一定の歴史研究を踏まえながら、資本主義経済システムに対応するものとして理論的に構成されたモデルであるが、個別の法カテゴリーとカテゴリー系列の編成の展開を歴史的に分析する作業のためのガイドラインという意味をももちえた。

藤田の法カテゴリー論は、所有権論や営業の自由論など、それまでの比較法史学的研究の成果⁴²⁾を具体的な内容として踏まえることによって可能になったものである。たとえば、土地所有権については、まず土地の商品化を保障する法制が確立し(自由な土地所有権の成立)、つづいて土地利用権が土地所有権に優越する法制が展開する(土地所有権の地代取収権化)という近代的所有権論、また、営業の自由について、まず前近代的な同業組合を否

40) 現代法の位置規定そのものを論じるものとしてとくに第1巻「現代法の展開」、第7巻「現代法と経済」を参照。1970年代のドイツでも初期資本主義の法と後期資本主義の法という対置図式で資本主義法の変化が議論された。これについては広渡清吾「西独『民主主義法学』の周辺」『法の科学』第11号、1983年、133-143頁参照。現代法の規定をめぐる議論(70年代までの)まとめとして広渡清吾「現代法論とブルジョア法の歴史的分析」『季刊現代法』第10号、NJ研究会編、成文堂、1979年、119-142頁参照。1980年代前後から、市民の法過程への参加、法の資源配分的ないし管理的機能の強調などをポイントにする、従来とは異なった文脈での現代法の議論があらわれる。平井宜雄「現代法律学の課題」同編著『法律学——社会科学への招待』日本評論社1979年、7-40頁、田中成明『現代法理論』有斐閣、1984年参照。

41) 渡辺『現代法の構造』岩波書店、1975年。渡辺は、しかし、法発展が経済的な規定性で説明しつくせると考えているのではなく、人々の法的実践・運動を媒介にして法のあり方が決まるという側面をあわせて重要視している。これについては前掲・広渡清吾「日本社会の『近代化』と『法化』」を参照されたい。

42) たとえば高柳信一／藤田勇編『資本主義法の形成と展開』全3巻、東京大学出版会、1972-73年参照。

認し、解体するものとしての営業の自由が創出されるが、それはカルテルを承認する自由一般としての「営業の自由」へ推転するという営業の自由論等である。

さて法の比較について、現代法論や法の一般理論は、どのような意味をもつのが、ここでの問題である。

現代法論や法の一般理論は、近代資本主義法について、その法発展が資本主義経済の段階的發展によって規定されること、そして個々のナショナルな法秩序を貫通する普遍的な発展モデルがあること、という二つのシェーマを基礎にしている。方法論的に厳格に言えば、日本の社会と法は、資本主義法一般の発展の個別具体的な形態——したがって偏差もある——として捉えられることになる。ここからさらに、資本主義法一般と個別具体的な日本法の関係は、分析者の関心によって、日本法が資本主義法発展の普遍的論理を析出するための素材的実態として位置づけられるか、あるいは資本主義法一般発展図式が日本法分析の枠組みに利用されるのか、という違いが生じる。

資本主義法の歴史的段階的發展の一般的見取り図、近代法から現代法への法体系の変化の見取り図は、比較の対象の共通の枠組みを示しうるものである。共通の枠組みは、それがより詳細であれば、比較の対象の差異がより細部に至るまで発見できることになろう。近代的土地所有権の発展段階について見取り図があれば、発展のプロセスやスピード、それを媒介する法制度とその作用についての差異、そしてその差異をもたらす固有の歴史的要因・条件などの比較法的検討が可能になる。現代法について、その共通の標識が経済過程への国家介入とされるならば、国家介入の具体的な領域や法的手段、そしてその作用などがすぐに比較研究の対象として挙げられうる。

しかし、法の比較に即してみれば、いくつか重要な問題点がある。

第一に、現代法論も法の一般理論も、先進資本主義諸国の法発展を念頭においた理論であり、それゆえ比較の対象の共通の枠組みの提供というのも、その範囲に止まることである。第二に、現代法論も法の一般理論も、それ自体の理論構築において法の比較研究を行い、一般理論形成の素材を獲得しなければならないものである。そのかぎりでは、それらは、所与の理論枠組みとして比較の対象の共通の枠組みを提供するけれども、同時に、その理論的枠組みは比較研究によって理論枠組みへのフィードバックが行われ、その内容が補正されていくという循環的な関係に立っている。共通の枠組みという場合、このことが考慮されていなければならない。そして、第三に、これらの一般理論は、資本主義経済の発展段階を規定的なものとしているが、現代の資本主義法のナショナル・ユニット毎の固有性を明らかにしようすれば、そのような発展段階論を前提にしつつも、現代の各国の資本主義の個性を探ることが必要である。つまり、長期的にみて同一の歴史的発展段階にある諸資本主義の相互の固有性を発見し、その固有性が経済の法に対する規定性としてどのよう

に現われているかを追求しなければならない。

(2) この第三の論点は、経済のグローバル化との関連でとくに論じておく必要がある。

1980年代の日本の資本主義は、「法人資本主義」とか「会社主義」とかの特徴づけが行われた。そこで指摘されたことは、日本の資本主義経済の基幹をになう株式会社のあり方の特徴である。法人資本主義はとくに株式所有のあり方を問題にする⁴³⁾。日本の株式所有の特徴は、個人株主がきわめて少なく法人株主が大きな比重を占め、かつ、事業会社の相互持ち合いが行われて、会社に対する株主支配が有効に作用していないということである。また、会社の財務は、銀行からの借入を主とする間接金融であり、証券発行による直接金融の比重が小さく、この点でも株主支配を回避する構造になっている。こうした株式所有の構造に相関して、会社には経営者支配が確立する。そして、この経営者は従業員の出身であり、会社の従業員は日本的労使慣行、すなわち、終身雇用、年功序列賃金、企業別組合の下にあり、また、本来の会社の構成員たるべき株主に代わって「社員」とよばれ、手厚い従業員福祉も用意される。会社の中で経営者と従業員の外見的な利害の共同性が作り上げられ、こうして、会社は経営者と従業員からなる1種の運命共同体を形成する。従業員は、あたかも「会社教」を宗旨とし、会社を自らの小宇宙とするような行動パターンを示す。ここに日本資本主義の光（経済成長の促進）と影（社会的諸問題の惹起）の基礎条件がある。「会社主義」は、こうした構造を指摘するものであった⁴⁴⁾。

日本資本主義、具体的に日本の株式会社のこうしたあり方は、会社法、証券取引法、独占禁止法、労働法、さらには社会保障法などを中心に企業に関わる法システムのあり方と相関関係（現実の企業のあり方が法システムを規定している関係と同時に法システムのあり方を要素として現実の企業のあり方が成立しているという関係）にあると考えられる。実のところ、法人資本主義や会社主義による日本資本主義の特徴づけは、明示的にはないがそのなかにすでに資本主義経済の比較論を含んでおり、アメリカの会社企業のあり方が一つの有力な比較のための引証基準となっている。こうであるとすれば、各国の資本主義法の種差は、企業の構造（コーポレート・ガバナンス等）、株式所有・株式市場規制、企業規制、労使関

43) 奥村宏『法人資本主義——「会社本位」の体系』御茶の水書房、1984年（改訂版・朝日文庫・朝日新聞社、1991年）、同『法人資本主義の構造』日本評論社、1975年（新版・現代教養文庫・社会思想社、1991年）等参照。

44) 馬場宏二『教育危機の経済学』御茶の水書房、1988年、同『経済政策論と現代資本主義』『社会科学研究』第41巻2号1989年、橋本寿朗「企業経営と労使関係——『会社主義』の構造と変化」馬場宏二編『シリーズ世界経済Ⅳ・日本』御茶の水書房、1989年参照。これらの業績が先行しながら『現代日本社会』全7巻、東京大学社会科学研究所編、東京大学出版会、1991-92年は「会社主義」の概念を中心にすえて現代日本社会の全面的分析を試みたものである。筆者の会社主義理解について広渡「いま何が問題か」同シリーズ第6巻『問題の諸相』1-30頁参照。

係、労働者福祉などのあり方の差異によって基礎づけられるものとして、資本主義法の比較論を行うことができるであろう。

筆者は、このような発想に基づいて企業体制を中心とした日独比較を試みた⁴⁵⁾。そこでは、企業の共同体性は西ドイツにおいても認められるが、国家レベルで成立するコーポラティズムの力によって積極的な法の関与があり、これによって企業共同体が法的な制度（共同決定制度、従業員代表委員会制度等）に基礎づけられているところに（ドイツの学者は「企業の社会国家的法化」と呼ぶ）西ドイツの特徴があることを分析した。

筆者はまた、会社主義的な日本資本主義の構造の下に、会社従業員が会社共同体に吸収されてしまうことによって、自立した市民としての権利の主張が妨げられ、資本主義の発展にも関わらず、相変わらず権利主張の乏しい日本社会が維持されることになるという仮説をたてて、川島の近代主義的シェーマの再解釈を試みた⁴⁶⁾。

80年代型の日本資本主義の構造は、しかしながら、バブル経済の崩壊から90年代不況を経て、かつ、アメリカナイゼーションとしての経済のグローバル化の圧力によって、変革・改造を迫られている。

労働の領域においては、「人としての労働者の会社共同体」から「モノとしての労働者の機能的労働組織」への転換と評されるような企業の労務政策とそれをサポートする政府の労働法制改革が進められている。労働形態の多様化、すなわち、さまざまな非正規型の雇用（正規型＝期限の定めのないフルタイム雇用）が増大し、労働者保護法制の規制緩和（1998、2003年の労働基準法改正、1999年労働者派遣法の改正等）がこれを後押しする。企業における一所懸命型の労働者のあり方は否定され、能力に応じた雇用とそれに対する個人責任が強調される⁴⁷⁾。80年代型の会社主義的構造は、まさに否定されつつあるようにみえる。

会社の領域においては、経済のグローバル化＝アメリカ化に対応するグローバル・スタンダードの導入が進められている。「平成の会社法大改革」（2001-2003年）の目的は、不良債権問題で間接金融を通じた銀行のモニターの機能が破綻をきたしたなかで、企業マネージと企業ガバナンスを分離し、マネージに対する外部者によるコントロールを確保すること、証券発行による資金調達容易化・迅速化、情報開示と公的監督を強化する株式市場の整備等によって市場によるガバナンスを目指すことであり、アメリカ型への移行が意図

45) 広渡「社会国家と会社主義——企業体制を中心とした日本と西ドイツの比較——」『法の科学』第18号、1990年。

46) 広渡・前掲論文「日本社会の法化—ドイツとの対比で」。

47) 西谷敏「労働法制改革の現段階」『ポリテイク』第3号、2002年、108-133頁、同編『転換期の労働法学の課題——変容する企業社会と労働法』旬報社、2003年参照。

される⁴⁸⁾。実際の株式所有においても、この間法人企業の相互持ち合い比率（安定株主比率）は減少し（1995年31%→2000年22%）、外国人株主比率が上昇している（1995年8%→2002年19%⁴⁹⁾。ここでも、80年代型の企業体制からの変化が進んでいるように見える。

アメリカナイゼーションとしての経済のグローバル化が日本の資本主義の構造をどのように変容させるかはなお今後の検討課題であるとして、各資本主義経済をすべからくアメリカ化するようなグローバリゼーションの状況は、逆にアメリカ資本主義に対して異なったタイプの資本主義を対置して考察する議論の一定の広がりを生んでいる⁵⁰⁾。そのタイプとしては、ヨーロッパ型資本主義があり、あるいは縦前型の日本型資本主義が取り上げられる。こうした比較資本主義論は、どのような経済モデルを選択するのかという問題意識にも導かれている。経済のグローバル化はこれまでの各資本主義経済の種差がアメリカ型に収斂するように作用するのか、また企業に関する法制がそれとともにグローバル化＝アメリカ化するのか、そのような「問題」がいま法の比較の極めて現代的な問題として提示されている。資本主義経済と法体系の展開を関連づけて分析した現代法論・法の一般理論の方法的意識は、このような課題に応用される必要がある。

法の比較においてとりあげる「問題」として、資本主義経済システムの中心である企業と労使関係の法制について論じてきたが、これと同じレベルで取り扱うべき「現代的問題」がさらに考えられる。

一つは、国民国家をめぐる法システムである。グローバリゼーションの下で国民国家の機能・役割・位置に大きな変化が生じている。第一に、国民国家が主権国家として世界の

48) 「座談会・会社法大改正の意義」『ジュリスト』1206号、2001年、6-38頁参照。上村達夫『会社法改革—公開株式会社法の構想』岩波書店、2002年参照。上村は、平成の大改革が戦後の財閥解体・株式の個人所有の拡大・証券の民主化（1948年の独占禁止法・証券取引法の制定）を背景にした1950年の会社法改革の意図につながるものと位置づけている。かれによれば、厳格に管理され投資家保護と整備された証券市場の下に個人株主中心の株式会社を作り出すことが市民社会の要請（会社が社会を支配するのではなく、会社が市民社会に埋め込まれているようなあり方）であるという。ここには、本文でさきに指摘した「二度に渡る法のアメリカナイゼーション」という論点、および、資本主義経済（企業に関する法制）のモデル選択という論点をみることができる。

49) 橘川武郎「グローバル競争下における日本の企業集団」『社会科学研究』54巻6号2003年3-22頁によると、いわゆる6大企業集団の株式持ち合い構造は1996年以降も堅持されているが（20%台）、財閥系（三井、三菱、住友系）に比して銀行系（三和、芙蓉＝富士、一勸系）が不安定だとする。橘川は、日本資本主義の構造変化について、生産システムは90年代の前後を通じて連続的に維持されており、問題は金融システムにあると分析している（同「橘本寿朗が遺したメッセージと日本経済再生の方向」前掲誌71-97頁参照）。

50) ドイツを代表とする「ライン型資本主義」をアメリカ型に対比する Michel Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, 1991（邦訳『資本主義対資本主義』竹内書店新社、1993年）、ヨーロッパ型資本主義をアメリカ型に対置する福島清彦『ヨーロッパ型資本主義—アメリカ型市場原理との決別』講談社現代新書2002年、日本型を評価するロナルド・ドーア（藤井真人訳）『日本型資本主義と市場主義の衝突』東洋経済新報社、2001年など。田端博邦「ヨーロッパの『福祉国家』と資本主義」『ポリティク』第5号、2002年は、比較資本主義・比較福祉国家の議論を整理している。

なかで果たす役割が相対的に後退する「国家主権の脱中心化」である。世界では国民国家の財政規模をこえるビジネス量をもつ多くの多国籍企業が国境の障壁と関わりなく活動し、いまや国民国家は企業から生産立地として選択される対象になる。第二に、国民国家の保護機能が後退する「国民国家の脱国民化」である。国民国家は、国民経済を管理し、国民の福祉に責任をもつ能力を大きく削がれている。管理と税収の対象であるべき企業はもはや国境のうちにとどまることがないので、国民国家は生産の立地と規制のない市場を提供するだけの受け身の存在になってしまう。国民国家は、国民に対して市場のなかで自己責任で生活を確保することをアピールするしかなくなる。そして、第三に、国民として確定すべき人々の範囲が流動化する「国民国家の多国籍化」である。国境をこえた人的移動がますます増大し、移民、移住労働者、経済難民、政治亡命者、多国籍企業内転勤者など、さまざまな非・国民が国民社会に居住するようになる⁵¹⁾。以上を総じて第四に、国民民主主義の力能と正統性が問題化する。

揺れ動く現代の国民国家を装置として作用させる法のシステムはいうまでもなく多岐に渡り、これを全体として考察することは議論のポイントを拡散させうる。このなかで、とくに国民国家の必須の基礎である「国民」という制度に関わる法システムの比較は、基幹的な問題としてそれぞれの法秩序の固有性を浮かび上がらせることができる。

国籍制度、外国人管理制度（出入国管理制度）、移民制度、人的登録制度（戸籍制度、外国人登録制度）等のあり方は、国民国家の統合原理や開放性に相関している。国籍取得が出生地主義か、血統主義か、多重国籍を承認するか、入国管理のシステムがどうか、労働許可がどのように扱われるか、外国人労働者の受け入れ制度はどうか、移民（将来国民として受け入れることを前提に入国を認める外国人）を認めるか、国民と外国人の平等処遇がどこまで進んでいるか等、一連の法システムを比較することによって、国民国家の基礎をなすナショナルリティの問題に迫ることができると思われる。グローバル化のなかで、このような国民国家の法システムが収斂する方向があるのかも論点であろう⁵²⁾。

もう一つは、市民社会に関わる法システムである。市民社会に関わる法システムといえは、市民法であり、民法（典）のことだとなりそうであるが、ここではもっと具体的な狭い意味を考えている。市民社会を人々の共同性が組織化される場所であるにとらえて、経済的市場や血縁的な家族をのぞいて、人々の任意の結社や組織に関わる法システムをとりあげるという趣旨である。フランスにおける association⁵³⁾やドイツにおける Verein な

51) 広渡清吾「制度としての国民国家——そのメタモルフォーゼ」『ドイツ研究』第35号、2002年、8-20頁参照。

52) 広渡清吾「『市民・市民社会』と『国民・国民国家』——法律家的覚書」『市民法学の課題と展望』清水誠先生古稀記念論文集、日本評論社、2000年、3-37頁参照。

53) これについては大村敦志『フランスの社交と法』理想社、2002年参照。

どを典型的に想定するが、日本でいえば、生活協同組合等の各種の協同組合、NPO法（1998年）や中間法人法（2001年）による組織、その他市民運動の諸組織など（労働組合を含めるかどうかは一つの理論問題になるかもしれない）、市民社会における共同性の組織と法制度のあり方を比較するという問題である。現代の市民社会においては、個人にとって必然的であり自明視されるような結合・紐帯（国民としての国家との紐帯、血縁としての家族結合、日本では企業も一種の運命共同体としての性格をもちうる）が自覚的に問い直され、人々の共同性が新たに組織される可能性と必要性が生まれているのではなかろうか⁵⁴⁾。とりあえずは対象から除外した「家族」も、これらの任意の共同性の組織と関連して、考察される必要がある。

法の比較においてとりあげる「問題」は、以上のように、わたしたちが構想する社会や解決することを願う課題に関連して、選ぶことができる。

6 法の比較における法意識・法観念の意味

(1) 比較においてある法秩序の固有性が見いだされた場合、それが発展段階論的な関係において捉えられるか (A)、あるいは、比較論的に絶対的に異なるものとして捉えられるか (B)、という二つの捉え方があり、前者の代表的議論が川島武宜の、後者の代表的議論が野田良之のそれであることは、上で述べた通りである。ところで、これらのいずれの議論に立つにしても、この次に問われることは、このような固有性が何によってもたらされているのか、固有性を規定する要因は何であるかという問題である。「日本社会では権利主張が欠けている、訴訟の利用が極めて少ない」という比較の上での固有性が見いだされたとして、では、それがどのような要因・条件に規定されてそうであるのか、という問題である。

これについて、川島は、日本人の「法意識」を、野田は日本人の「国民性（ナショナル・メンタリティ）」を問題としてとりあげ分析した。川島の法意識論も野田の国民性論もいずれも、日本人の法や訴訟に対する態度・見方といったものを捉えるものであり、人間の精神的、心理的、主観的なあり方・パターンを問題とするから、その意味で法にかかわ

54) 世紀転換期を挟んで社会における共同性のあり方をめぐる議論は法社会学や理論法学の一つの重要なイシューとなっている。『法社会学』第50、51、52号、1998-2000年は、「構造変容と法社会学」をテーマとするシリーズとして「連帯の法社会学」、「共同性の変容と法変動」、「法社会学における個と共同性の理論とその発展」をそれぞれ取り上げている。同第59号、2003年は「地域の法社会学」を特集テーマとして、地域に注目した共同性の問題を取り上げている。また『法の科学』第33号、2003年は「共同と連帯」をテーマにし、アソシアション、協同組合、NPO等を取り上げている。

る「文化」、「法文化 legal culture」が取り上げられているといえる。川島は、自己の主張の展開において法文化の位置づけを明示的に行っていないが、野田はその議論を正面から比較文化論の議論として敷衍している。二人の議論は、上記の A と B の捉え方において違いがあるが、いずれも「法の比較において、法秩序の固有性が法文化によって規定される」という論理を示すものである。そこで、二人の議論にやや立ち入って、この論理の意味を検討してみよう。

川島は、戦後日本の社会と法の固有性を「遅れ」とみなして次のように位置づけた。かれによれば、明治期以降の法体制の整備および第二次大戦後の改革によって法制度の近代化が進められてきたにもかかわらず、日本社会の人々の意識や関係の近代化がこれに伴っておらず、戦後日本の課題は「紙のうえにある近代」を現実の生活のなかに実現すること、すなわち社会において現実に作用し、人々を現実に支配している規範である「生ける法」の近代化にあるとされた。克服すべきとされる生ける法は、いわゆる義理・人情規範にささえられる前近代的な法意識と社会関係であり、川島は、これに対して日本社会と法の近代化のために近代法に必須の精神的要素として人々の権利意識の確立が不可欠であると論じたのである⁵⁵⁾。

戦後初期の川島は、この権利意識の確立を社会の民主化、民衆の主体性の確立と結びつけていたが、戦後の時代を経るにつれて（1960年代の高度成長期のころには）、資本主義の発展による社会経済構造の変化（工業化・都市化等）と結びつける客観主義的な理解に相対的にシフトする⁵⁶⁾。いずれにしても川島は、日本の社会における生ける法の近代化、人々の権利意識の確立が権利の主張、訴訟の利用を増加させ、日本社会の遅れを取り戻すことになるの見通したのであった。

川島の法意識論は、次のような特徴をもつものである。第一に、法意識は「変えられる、変わりうるもの」と把握されている。したがって、それは、最終的な規定要因ではなく、その背後に資本主義的経済関係が歴史的規定要因として考えられている⁵⁷⁾。第二に、戦前については「資本主義と近代法が不発達であった」としても、戦後の高度成長期のころにはそのような立論はもはやできない。したがってその段階でなお前近代的な法意識が存在するというためには、棚瀬孝雄が指摘するように「文化要素は、人の判断枠組みから基底

55) 「遵法精神の精神的および社会的構造」『法学協会雑誌』64巻7号, 9=10合併号, 1946年, 『川島武宜著作集』第4巻所収「遵法精神」参照。

56) 岩波新書『日本人の法意識』1967年, 『川島武宜著作集』第4巻所収参照。

57) 六本佳平『日本法文化の形成』財団法人・放送大学教育振興会, 2003年181頁以下参照。川島の戦後初期の作品はマルクス主義の影響が大きく、このことはいわば当然のこととして考えられていたと思われる。六本は川島のこのような捉え方を確認した上で、自己の見解としては社会経済的な作用と並んで文化的なものの独自の働きを認めることが重要だと述べている。

論 説

的なパーソナリティーにまで及んでいるがゆえに、社会の変化に遅れがちである」という社会学にいう「文化停滞論」を補助的な論理として使わざるをえない⁵⁸⁾。第三に、制度的な近代化＝「紙のうえにある近代」と「前近代的な法意識＝生ける法」との対置は、外からの継受法と土着の固有法の対置に対応しており、上でふれた、後進地域への普遍的法システムの法の移植の論理と同様の思考が認められる。

そして第四としてもう1点あえて付け加えれば、川島の法意識論は、日本社会と法の固有の相を「遅れ」として描き出すことによって、それを改革するという強いメッセージともなっていたことである。戦後の近代主義と呼ばれた思想潮流は、「近代」を、日本社会を分析する場合の方法的規準として用いるだけでなく、しばしば実現すべき目標・理念として位置づけたと批評される。川島の法意識・生ける法の近代化論もそうした発想を共通にしている。筆者が法の比較において「問題と解決」を関連づけて実践的、規範的な要素を位置づけることは、川島のこの実践的観点を方法論的に自覚化するものともいえる。

川島が提示した「日本社会に権利の主張が欠ける、訴訟の利用が少ないのは、人々の遅れた法意識に由来する」というテーゼは、その後、アメリカの日本法学者O・ヘーリが「訴訟嫌いの神話」を書いて(1978年)、訴訟頻度の小ささは法意識にではなく、日本の裁判制度のあり方に原因があることを主張し川島テーゼに反論したことを始めとして⁵⁹⁾、多くの議論を呼び起した。

川島テーゼをめぐる議論においては、人々が裁判を利用しにくい制度的な壁、裁判を利用させないようにする権力側の政策のあり方、裁判を利用しなくてもすむ代替的手段の存在、経済合理的な選択としての訴訟回避行動等が、訴訟の利用の少なさの規定要因としてそれぞれ理由づけて指摘され、川島理論が「遅れた法意識」に問題を還元するものとして批判されている⁶⁰⁾。逆に、明治以降の日本の民事訴訟件数の推移を欧米諸国と比較的に分析して、前者が全体として一貫した低水準にあることから、このことの説明は、明治期の前提条件、つまり遅れた法意識の存在が今日まで一貫しているとするしかなく、川島テーゼが支持されるとする説もある⁶¹⁾。また、川島が法意識論を展開したのと同じ時期に発表されたアメリカの社会学者の調査が、訴訟回避をアメリカのビジネス社会においても顕著にみられるものとして指摘している⁶²⁾、この調査結果を援用して訴訟回避を日本の社

58) 棚瀬孝雄『権利の言説——共同体に生きる自由の法』勁草書房、2002年、13頁。棚瀬は「近代の理念とゆらぎ——川島法社会学の理論と実践」の章において、川島の思考の歩みのなかに、日本人の法意識を発展段階論的な「前近代的」なものとして位置づけることを基本にしながらも、日本の固有のもの、「日本的」なものとして比較論的にみる発想が散在しており、揺らぎのあることを指摘している。

59) John O. Haley, *The Myth of the Reluctant Litigant*, *Journal of Japanese Studies* 4(2), 1978, pp. 196-225. 加藤新太郎訳「裁判嫌いの神話」『判例時報』902号、1978年、14-22頁、907号、1979年、13-20頁。その後の補説として Haley, *Authority without Power; Law and Japanese Paradox*, 1991.

会と法の固有性として特徴づけることに対する疑問が示されることもある。

川島は、日本人の法意識が実際に具体的にどのようなものとして存在しているのか、それが比較的どのような特徴を示すのかを統計的調査によって明らかにした上で、その法意識論を展開したわけではない。川島テーゼの批判者たちも、法意識のありようを調査して川島に異論を立てるのではなく、法意識要因論がおかしいとしているのである。その限りでは、これらの議論において日本人の法意識とは、間接証拠を利用した理論的な構築物にとどまっているのである。

裁判利用に関する法意識の調査としては、1971、1976年の二回に渡る日本文化会議によるものがあるが⁶³⁾、新しく「法意識国際比較研究会（代表・加藤雅信）」（1994-2003年）による25ヵ国を対象にした比較調査（アンケート調査）が行われ、それに基づく成果が発表されている⁶⁴⁾。これによると、たとえば訴訟利用の法意識に関して日本・アメリカ・中国の3ヵ国を比較すると、相違点よりも類似性のほうが目立ち、微細な差異まで注目すれば、むしろアメリカ人のほうがステレオタイプにおける日本的回答（訴訟回避）を示し、

60) 川島の法意識論への代表的批判者は大木雅夫である。『日本人の法観念』東京大学出版会、1983年は、日本人の法観念と西欧のそれを異質なものとすることを批判し、日本人の訴訟利用の少なさについては制度的要因を重視する。「ある法秩序ないし法圏における法観念が地理的諸条件や風土あるいは国民性等によって最終的に規定されるとみる考え方は、一種の宿命論として排斥されなければならないであろう。……西洋と極東の法観念といっても、それらはむしろ生成発展し、それぞれの時と場所における具体的な状況によって変化しうるものとみななければなるまい」、「わたくし自身は、はなはだ把握し難い『国民の法意識』よりも、明々白々たる『国家の司法制度』の方により大きな問題があると思う」とのべている（同書243頁）。また大木雅夫『比較法講義』（東京大学出版会、1992年）は、「(法学的思考と法観念を)ひとえに国民性ないし民族の性格によって説明しようというのは、著しく性急であり、あまり根拠のない一般化の誹を免れまい」（同書133頁）とし、「法思考方法の相違は、例えば裁判組織、訴訟手続、その担い手たる法律家の養成方法ないしその人格形成の相違というような種々の事情によってもたらされることに注意する必要がある」（同書135頁）と述べて、法意識や法観念をそれ自体として法現象の主たる規定要因と把握するのではなく、制度に相関して形成されるものとして分析する視点を明確にしている。そこから、「国民性としての訴訟愛好とか、訴訟嫌悪などというのは、学者の分類癖に起因するものではなからうか」（同書142頁）として、川島の法意識論、野田の国民性論を批判している。熊谷開作『近代日本の法学と法意識』法律文化社、1991年は歴史的にみて日本人が権利の主張をしないというのは誤りであり、権力者の裁判回避の政策に問題があるとする。マーク・ラムザイヤー『法と経済学——日本法の経済分析』は、交通事故の損害賠償事件を例にとって予見可能な裁判外の紛争処理手続きを利用するという経済合理的な当事者の行為が訴訟を回避させていることを主張した。以上を含んでより詳細に議論を整理するものとして五十嵐清『現代比較法学の諸相』信山社、2002年「西欧法学者がみた日本法——『日本人は裁判嫌い』は神話か?」の章を参照。

61) Christian Wollschläger, Die historische Entwicklung der Zivilprozeßfähigkeit in Japan und Europa seit 19. Jahrhundert, Kawashimas These im internationalen Vergleich, 『比較法雑誌』第27巻2号, 1992年, 1-33頁。

62) Stewart Macaulay, "Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study", American Sociological Review, vol. 28, 1963, p. 55.

63) 日本文化会議編『日本人の法意識』至誠堂、1971年、日本文化会議編『現代日本人の法意識』第一法規、1982年。

64) 総括的なものとして河合隼雄・加藤雅信『人間の心と法』有斐閣、2003年。

論 説

中国人のほうがステレオタイプにおけるアメリカ人的回答（訴訟好き）を示す傾向がみられるとされる⁶⁵⁾。

法社会学者のダニエル・フットは、この調査結果について次のように論評している。

アンケートの回答の結果によれば、「程度の差こそあるがアメリカ人も日本人も訴訟に関しておおむね同じような考え方をもっている」ことになる。しかし、訴訟率はアメリカが日本の10倍である。それゆえ回答（意識）と実際の行動は大きくずれている。これを説明するとすれば、次のことがあげられる。①アメリカよりも日本において裁判を起こすのは、難しい。それと同時に日本では裁判に代わる手段が比較的便利である。その両方が訴訟率を減らす結果となっている。②逆にアメリカにおいては代替的紛争解決手段が日本より少なく、これが訴訟率を高めている。実際に、アメリカの裁判上の和解は日本よりもはるかに高く（民事通常訴訟で9割をこえる。日本では5割程度）、これは、アメリカ人が裁判で徹底的に争うことを望んでおらず、他に手段があればそれを利用することを示している。③アメリカ人が友人や親戚でもすぐに訴えるというイメージは、調査結果から大きく外れている。④そこで結論は、以上のような制度上の諸要素を考慮しても訴訟率10倍のギャップの全部は埋められないかもしれないが、これまでステレオタイプで把握されていたよりも「両国の法意識がかなり接近している」と考えるべきである⁶⁶⁾。

川島テーゼをめぐる議論やフットの論評が示しているのは、ある固有の法現象がそのようなものとして現われることについて、法意識以外にもさまざまな要因があり、法意識も含んでそれらの諸要因の相互関係——どの要因が規定的であるかというだけでなく、要因相互の相互規定的、循環的關係がどうか——の分析が必要であるということである。この点は次項でより立ち入って検討することとし、その前にもう一つの議論である野田の比較文化論的なアプローチをみておこう。

(2) 比較法学者である野田は、川島と異なり、法現象を規定するものとして文化を位置づけ文化の型の違いをもって日本と西欧の社会と法の差異を説明することを試みた。野田は、同じ法制度の下であっても、法の具体的な機能の仕方が異なるのは、法の作用する単位である集団（国家）における「法に関する考え方、感じ方、行動の仕方」（これを「法観

65) 河合・加藤前掲書第4章「紛争に対する態度の日米中3ヵ国比較」109-142頁（太田勝造・岡田幸宏執筆）参照。

66) 河合・加藤前掲書第9章「アメリカ人は日本人より日本的なのか」212-242頁、とくに236-240頁（ダニエル・フット執筆）。比較分析は、訴訟利用に関してのみならず、法に対する態度一般、契約意識、および、法にかかわることの意識についても行われている。日米の差異がはっきり出ているのは、法に対する態度一般であり、アメリカ人は日本人よりも法を法であるがゆえに守るという遵法精神がはるかに強い。逆に訴訟意識や契約意識においてはアメリカ人は日本人よりも従来の日本人のステレオタイプに近いという結果になっている。

念」とよぶ)の差異に基づくものであるという仮説をたて、法観念の基礎になるより一般的な「ものの考え方、感じ方、行動の仕方」を「メンタリティ」と総称し、この「メンタリティ」——国民のメンタリティであるので「国民性」——の解明が比較文化論の課題であるとした。

かれによれば、メンタリティを基礎づける条件には「外因的条件」と「内因的条件」があり、人類のメンタリティに決定的な影響を及ぼした外因的条件として、人類がその発展史において獲得した三つの生活様式、すなわち狩猟採集、農耕、および牧畜があげられ、また、内因的条件として「人間の性格」(野田はこれを遺伝的に継承されると考える)があるとされる。この上で野田は、人類が獲得した三つの生活様式におうじて、①狩猟採取型メンタリティ、②農耕民型メンタリティ、および③遊牧民型メンタリティを類型として理論的に構成し、②が日本(ないしより広くアジア)、③がヨーロッパのメンタリティを基礎づけるものとする。そして、①はより前期的なものとして、②及び③のより深層に存在すると説明する。「人間の性格」に関しては、フランスの性格学の議論にもっぱら依拠して、そこで示されている8つの性格型のうち3つが日本人の性格を代表するものという推論を展開しているが、性格と法観念の関連はあまり明確に指摘されていない⁶⁷⁾。

日本人の法観念(その内容は川島の法意識論が指摘するものとほぼ差異がない)と西欧人の法観念の差異は、このようにして農耕民型(性格としては「感情型」)のメンタリティと遊牧民型のメンタリティの違いによって説明される。野田によれば、これらのメンタリティは世界各地域での人類の発展史において形成され、長い歴史を通じて不変のものであり、こうしたメンタリティを基礎にした文化の比較は数千年の単位でマクロ的に行うべきものとされ、それゆえ古代ギリシアの訴訟と現代日本の訴訟が比較されてもアナクロニズムというものではないことになる⁶⁸⁾。

野田によれば、①このような「不変の」メンタリティに基礎づけられる文化の差異は動かしがたいものであり、また②異なった文化の間では、先進・後進、優劣などの比較はそれ自体として無意味であり、文化の共存、相補的關係でのハーモニーが目指されるべきであることになる。ただし、自らの「国民性」の欠陥を自覚するならば、教育などを通じて変える努力をするべきであると野田は付け加えている⁶⁹⁾。

67) いくつもの論文がこれらについて論じるがとりあえず野田良之「比較法文化論的に見た日本人の法観念」同『内村鑑三とラアトブルフ——比較文化論へ向かって』みすず書房、1986年、121-152頁を参照。

68) 野田「比較法文化論の1つの試み」『比較法と外国法』早稲田大学比較法研究所創立20周年記念講演集、1978年、36-38頁。

69) 野田「日本人の性格とその法観念」前掲『内村鑑三とラアトブルフ——比較文化論へ向かって』42-44頁。これを述べたのは1971年の講演であるが、1980年代に入ると野田はヨーロッパ型のメンタリティをむしろ問題視するようになる。前掲「比較法文化論的に見た日本人の法観念」(1981年の講演)150-152頁。

論 説

野田のいう「国民性」は、それが具体的に何かということについて「法意識」よりももっと実証の難しいものである。むしろ、それは、理論的な構築物であり、具体的な事実を任意に取り込めるような極めて反証可能性の小さい理論である。

例えば「農耕民型メンタリティ」は、まず仮説的に構成されてその仮説に適合的な歴史的事例や現代的現象がランダムに拾いだされて、日本人と農耕民型メンタリティが結び付けられるので、これ自体に反論したり、実証的に争うことは難しい。これらの説明の一連の流れは論理的には説得的であるが、実証のレベルの問題としていえばくそうであるかもしれないし、そうでないかもしれない>と言わざるをえないようなものである。この例として典型的だと思われるので紹介すれば、農耕民型メンタリティのより深層に存続する狩猟採集型メンタリティ（「現に何人の実力支配にも服していなければ、これは無主物と考える」）の「現存」の証明として、次のような事例が挙げられるのである。すなわち「道端に置いてあったココオラを飲んで死亡した少年のメンタリティ、国鉄ストの場合の車体へのスローガンのなぐり書きのなかにみられるメンタリティ、禁止された公共の場所への自転車の不法駐車を平然としてやってのける人のメンタリティ⁷⁰⁾。」

以上の野田の議論の特徴は、さきの川島との対比を念頭におきながらまとめると次のようになる。第一に、日本人の法観念は<変わらない>。それは日本人の国民性に基礎づけられており、国民性とは不変のものであるからである。第二に、他方で野田は、教育などによって変える努力の余地を語っているが、これは理論的な整合性に問題を生む。国民性が<変わる>という議論をたてるとすると、<歴史的に長期にわたる不変の国民性>を維持するためにはそれを維持する別途の条件（「教育などで変えない限り」つまり「そのような政治的選択が行われない限り」という条件）が必要であることになり、これでは国民性が最終的な規定要因とはならなくなる。第三に、不変の国民性を前提にすると、他の国民性に基礎づけられた法制度の継受は、受け入れ社会に完全に馴染むことがなく（共存的調和はありうる）、継受法と固有の法観念のなんらかの二元性が不変にみられることになる。

野田理論の問題性は、文化決定論であることと同時に、「不変」の「型となる文化」を措定すること、つまり「変化」に関する歴史的な視角を欠いていることである⁷¹⁾。ある「文化の型」が存在するとして、それが作用し続ける（作用がなければ存在しないのと同じである）ためには、歴史的プロセスのなかでその「文化の型」の作用する条件が維持・再生産されることが必要であろう。「生活様式」が「メンタリティ」を規定するのであれば、なぜ「生活様式」の「変化」は「メンタリティ」を「変化」させないのか。狩猟採集・農耕・牧畜という「生活様式」のみが人類のメンタリティに決定的な刻印をなし、ほとんど

70) 野田「比較法文化論の1つの試み」29頁。

不変的なメンタリティを形成し、これに対して以降の生活様式の変化・歴史的発展が無視し得るのは何故なのであろうか。最初に形成されたものが「基層」として存続するというレトリックは判りやすいが、それは「基層」がなぜ変化しないのかを説明するものではない。メンタリティや根源的法観念は生物学的に人類にすり込まれ遺伝的に継承されると考えられているが、それがネーションを単位にこれに規定性をもつものとして、どのように証明できるのであろうか。

仮に一定のメンタリティが存続し続けることを承認したとしても、それが人々の法行動に作用を及ぼす仕方は、歴史的な発展のなかで異なった条件の下に置かれるのであるから（法行動の与件としての法制度・社会的経済的条件は大きく変化するのであるから）、そのときどきの歴史的条件のなかでのメンタリティの法行動への作用の仕方が歴史的に明らかにされなければならない。あるメンタリティが歴史貫通的に、つまりどんな歴史的段階であれ同じ仕方で法行動に影響を与えると考えることは困難である。

野田の議論は、法意識や法観念の法現象に対する規定性が自明のことではなく、歴史的に異なり、また、さまざまな要因の相互関係のなかで考察されるべきであることを逆に浮かび上らせる。

7 文化と構造——作用因をどう捉えるか

最後の論点として、法の比較において「法文化」をどのように位置づけるかについて整理をしてみよう。

「法文化」の用語法は、法文化の概念にどのような役割を与えるかによって広狭二つに大きく分けられる。

ドイツの法社会学者ライザー（Thomas Raiser）は、法社会学の課題の一つに「ドイツ

71) 野田は自己の理論展開の最後の段階で「比較法の基礎としての『元型』=『根源法』」という考え方を提示している。これによれば、人類はその初期において長期間同じ生活様式（農耕や牧畜に分化する以前である）を繰り返し、この結果「万人に共通のメンタリティ」が形成され、これが「遺伝のメカニズムを通じて蓄積」されて「人類の精神の最低部に最も厚い層をなして存在」とされる。この人類共通のメンタリティに規定される「正しさ」「ふさわしさ」についての観念が「根源法」とよばれる。野田は、この「共通者」の存在が比較法の基礎（法の比較を可能にするもの）であり、根源法と比較される種々の法は「テーマとそれのヴァリエーション」という関係に立つと想定し、このような根源法の探求は、「先史学、生物学（主として進化論と遺伝学）、無意識の心理学、エトロジー等」の学問の成果に頼るものとする（「比較法の基礎としての法の『元型』を尋ねて」『学習院大学法学部研究年報』18号、1983年、1-39頁、引用は5,9頁）。この「根源法」も種々の手がかりをもとにしながらであれ、思弁的に構成されるものであって、その実証は極めて困難であり（実証が想定されているかも問題であるが）、また、歴史的な変化という視角を欠いたものである。

連邦共和国の法文化」の考察をあげるが、法文化は「社会において存在する、法に関係づけられた価値観念、規範、制度、手続き規則および行動様式の総体」として定義されている。この定義によれば法文化とは、社会的に独自の分化した領域として、一つの統一体として現象する法の総体の特徴を記述する概念である。ライザーによれば、こうした法文化概念はナショナルなレベルが中心的な考察対象であるが、それに限定されるわけではなく、ある一つの社会の内部で、諸階層・諸グループ・諸団体が固有の法文化を持っており、ここでは法的多元主義 (rechtlicher Pluralismus) が存在する。ライザーは、ドイツの「法文化」について具体的に統治構造、外国人法制、家族、企業と労使関係、社会保障などの対象を実定法制度を中心に分析して、その特徴を示そうとする⁷²⁾。

ドイツとアメリカの法文化の比較をタイトルにするある著作は、アメリカの「憲法文化 (constitutional culture)」について、①アメリカの立憲主義の起源、②人格的自治としての個人主義、③アメリカ史での中心的な問題としての人種、④紛争を訴訟に持ち込み、法的問題を憲法問題化する傾向の強い訴訟社会 (litigious society)、および⑤憲法を問題解決のために積極的に利用する裁判所の役割、をそのメルクマールとしてあげているが⁷³⁾、これもライザーと同様の用語法であるといえる。

これらの用例においては、法文化概念は、全体として彼我の法秩序の固有性を記述するために使われるのであり、そこでの法文化概念の利用の積極的意味は法秩序を実定法制度に限定せずにより広く歴史や社会のなかの作用も含めて考察するというところにある。

六本は、法文化をこのように記述の対象として位置づける、法文化概念の広義の理解に対して、分析の手段として利用するためにはより精練した狭義の法文化概念が必要であるとする。かれによれば、文化は「一つの社会集団の生活に独特の意匠、デザインを施す象徴的意味の体系」として「社会集団の構成員のものの方や考え方を共通に規定する構造的な要素として働き、……代々に受け継がれていく」ものであり、そのなかで「法」文化は「社会秩序に関する基本的な考え方に関わるものである⁷⁴⁾。」ここでの「社会集団」は、一国レベルのネーションに限定されるわけではなく、一国内部の地域集団や職業集団の法文化もある (サブカルチャー) とされるが、ネーションレベルで捉えれば法文化は「ある国の文化の一部をなす、法や規範秩序に関わる基本的な考え方で、その国の法制度や法過程に独特の一貫した特徴を生み出すもの⁷⁵⁾」と定義される。川島の「法意識」および野

72) Thomas Raiser, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 1995, S. 335-427.

73) A. E. Dick Howard, *America's Constitutional Culture*, in: *American and German Legal Cultures. Contrast, Conflict, Convergence?* ed. by Knud Krakau/Franz Strng, 2003, pp. 9-21.

74) 六本佳平『日本法文化の形成』財団法人・放送大学教育振興会, 2003年, 28-29頁。すでに同様の論点について「法社会学研究における法文化」『法社会学』第47号, 1995年参照。

75) 六本佳平『日本の法システム』財団法人放送大学教育振興会, 2000年, 23頁。

田の「法観念」は、まさにこの定義の意味における「法文化」である。

記述的な用語としてではなく、分析的な手段である概念として法文化概念を使うという場合には、法現象全体における作用因として法文化にどのような位置を与えるかが本質的な問題となる。六本のこれについての見解をまとめると次のようになる。①法文化は、歴史的に形成されるもので、かつ、作為的な変容可能性をもつものであり、万古不易のものではない⁷⁶⁾。②法文化の背後には社会経済的な要因があるが、しかし、それに解消できず、文化的なものの独自の働きがある。③法文化としての法意識・法観念は法現象（法過程）の「一つの規定因子」であり、また、法制度との循環的作用関係（意識と制度の相互規定関係）も考えなければならず、それゆえ法文化に絶対的規定性をみることはできない。④法文化の変化は近代化の進展、経済の発展にしたがって自動的に普遍的・単線的に進化・発展するものではなく、人々の法体験を介して展開するものであり、制度による働きかけ、人々のそれへの対応など、相互的な循環を通じて法文化の変化と新しい形成が進む⁷⁷⁾。

六本のこのような見解は、上でみた川島の法意識論および野田の国民性論に対する批判的なコメントになっており、また、法文化の位置づけについて基本的な論点を示しているが、これについてさらに見てみよう。

法文化概念について先駆的な仕事をしたとされるのは法社会学者のフリードマン (Lawrence M. Friedman) であるが、かれは、法社会学者コットレル (Roger Cotterrell) の批判——「フリードマンの法文化論は行動科学的なタームでの説明ではなく、推論や示唆の手段、また体系的な経験的分析によって容易には支持されえない一般的な印象を記述する手段でしかない」——に対して、自己の法文化概念を擁護して次のようにあらためて説明している。

フリードマンの法文化概念は、「なにかしらの公衆 (public) が、または公衆の一部が保持している、法および法的諸制度に対する意見、評価、期待および態度」として定義される。法文化は、それゆえ、「測定可能な」現象である。ただし「測定可能な」ということは、「測定された」ということと同一ではない。このような法文化は、同一化が可能などんなグループにでも存在する。

では法文化概念は、なぜ重要なのか、フリードマンによれば、それは、法文化が「法の停滞や変化を作り出すプロセスにおける本質的な介入の変数」であるからである。法の変化は、こうのとりが運んでくるわけではなく、人々が引き起こすものである。変化のため

76) 前掲『日本法文化の形成』29-30頁。

77) 前掲『日本法文化の形成』181-186頁。六本は、社会秩序の原理に関する伝統的、日本的な法文化の存在を認め、それを自覚的に活用する可能性を語っている。

の政治的、法的プロセスを開始し、その形や産物を決めるのは、法文化における変化の直接的結果であるところの、圧力である。法文化そのものは、複雑な相互的行為の産物であり、それゆえ、同一の事件が生じても異なった社会ではそのインパクトも異なる。事件が発生し、社会的な変化が招来される。この社会的変化はすぐに法的な結果につながるのではなく、まず法文化の変化を引き起こし、これが法制度に圧力をかけて、法的な結果を生み出すのである。「法文化とは、公衆が持っている精神の状態や意見をあらゆる包括的な用語である。この精神的な状態は社会全体における出来事や状況によって影響され、法システムを変化させるようなインパクトを持つ行動に導くのである⁷⁸⁾。」

フリードマンはこうした意味での法文化を「近代」や「西欧」、さらに「世界」といった単位で語り得るとすると同時に、一つの社会における法文化の多元性 (plurality of legal culture) を強調する。それゆえ、「アメリカの法文化は一つではなく、人種、社会階層、性別等に応じて多元的であり、また、専門法律家の法文化 (internal legal culture) と非専門家の法文化 (external legal culture) も分けられるとされる⁷⁹⁾。

フリードマンの法文化概念は、以上のように極めて一般的に「法の変化のプロセスにおける変数」として位置づけられ、かつ、極めて多元主義的に語られる。かれによれば、セクシュアル・ハラスメントを訴えるために警察を呼ぶことをフランス女性は警戒するが、イタリア女性はそうではない。これもまた法文化の差異と考えることができるのである。

コットレルは、フリードマンのこのような一般的、多元主義的法文化概念が社会現象の因果的、機能的関係を解明する経験科学としての比較法社会学にとって有用性の少ないものだとして批判する。つまり、「変数」といっても、それが「法の結果」にどのように因果的、機能的に作用するのか、それをフォローできるような仕方で法文化概念が構成されているわけではない。かれによると、フリードマン的な法文化概念の法社会学にとっての意義は、比較法学にとっての法圏論の意義と同じように極めて疑わしいものである。コットレルのみる法圏論は、極端に広い範囲で印象主義的なタームによってランダムに独特の諸要素を集めてそれを特徴づける方法にすぎない。

そこで、コットレルは、法文化概念を「法イデオロギー legal ideology」概念に置き換えることを提案している。法イデオロギーとは、法教説 (legal doctrine) に関係づけられるもの、法律専門家の意識等に関わるものとして考えられている。それは、「法システムの内部で発展し、解釈し、適用する法教説の実務 (practice) によって、前提され、表現さ

78) Lawrence M. Friedman, The Concept of Legal Culture: A Reply, in: Comparing Legal Cultures, 1996, ed. by David Nelken, pp. 32-39.

79) フリードマン「現代法の特徴とその正当性」『多文化社会における比較法』日本比較法研究所編, 中央大学出版部, 2000年, 1-29頁。

れ、共有されている価値の要素や認識的なアイディアに基づいて作り出されているもの」として説明される。

コットレルによれば、フリードマンの法文化概念は専門化した法実務と法教説が当該の環境に及ぼす力について極めて漠然としか捉えておらず、法システムへの文化の影響を潜在的には無限定で多様なものとして位置づけているが、これに対して、法イデオロギーの概念によれば、制度化され専門職的にマネージされる法教説がどのようなメカニズムで法の変化に作用するのかを追求することができるとされる⁸⁰⁾。

コットレルが批判するように、フリードマンの法文化は、なんでも入ってしまう袋のようなものであり、収集して記述する対象ではあっても、分析の手段とはなりにくいものである。これに対して、コットレルの法イデオロギー概念は、なるほど法文化の一つの特定のあり方である法実務に内在する法文化を捉えるものとして位置づければ、有用なものである。しかし、これをもって法文化概念に置き換えることは、フリードマンが反批判するように、法の変化に作用する別の次元の文化的なものを追放してしまうことになり、適切ではない。

一つのネーションにおいて法文化が多元主義的に存在するというフリードマンの議論——ライザーも同旨——は、川島の法意識論にせよ、野田の国民性論にせよ、法文化をもっぱらナショナルな単位で考察してきた日本の法学にとって、新たな論点である。さきに言及した「法意識国際比較研究会」の調査では、日本国内の地域について有意の偏差があることが指摘され（契約遵守意識は関東地域、関西地域、中京地域の順に低くなる）、これらと「日本人」の法意識の関係を理論的にどのように整理するかという問題がだされている⁸¹⁾。

このように、一つのナショナル・ソサイティにおいて多様な担い手をもつ多様な法文化の存在を前提にすれば、それぞれがどのように関係するのか、また、このような多様性を通じてどのようにナショナルなまとまりをもった法文化が形成されるのか。あるいは、そもそもナショナルな法文化というものがフィクションとしてではなく「測定可能な」ものとして語りうるのか、といった問題がつぎつぎと立てられることになる。多様な法文化がモザイク的に混在するのではなく、ある一つのものに統合されるとしたら、そこにどのようなメカニズムが働くのであろうか。担い手集団の政治的、経済的パワーがそれぞれの法文化のもつ影響力に強弱を与えるのではないか。また、専門家の法文化が、一国レベル

80) Roger Cotterrell, *The Concept of Legal Culture, Comparing Legal Cultures*, ed. by Nelken, pp.13-31.

81) 加藤雅信／河合隼雄編・前掲書 66-67 頁。かりに関東地域がアメリカ人の平均と同じ値を示した場合、日米の比較において、日本人の平均像と関東の平均像の関係を説明する補充の理論が必要になるのではないか。ただし、ここでの「有意の偏差」とされるものが母集団の選定の仕方等の関係でどこまで実証性のあるものか、なお検証の余地がある。

の法文化形成について、素人市民の法文化への影響力を通じて統合的な作用を営むのではないか等、問題はさらに展開しうる。

ここにすでに問題が示されているように、フリードマンの単純な図式、〈事件の発生→社会の変化→法文化の変化→法の変化〉では見通しの利かない、法の変化を引き起こす諸要因の因果関係と循環関係が存在する。法文化は、諸要因の作用の結果（複雑な相互行為の結果）でありながら、同時にまた法の変化に影響を及ぼす作用因でもあり、かつ、この二つも循環する関係に立ち得るのである。このように見れば、法文化は法文化を「起点」として、なにかしらの体系的理論が展開されるような位置にあるのではなく、法と社会の全体の構造のなかに位置づけられる一つの、しかし極めて重要な作用をもつ因子として捉えられるべきものである。ここで「重要な」という理由は、五十嵐清が指摘するように、戦後日本の比較法学において、まずは機能的比較法の必要性が唱えられて法社会学との結びつきが要請され、その際にはマルクス主義が大きな役割を果たしたが、「最近では、それらの試みにあきたらず、法文化論的アプローチの必要性も強調されるようになった⁸²⁾」という事情を考慮するからである。

ここで言及されるマルクス主義的アプローチは、法現象に対する社会経済的なシステムの規定性を最も重視し、また、法の社会経済的機能に着目する。これに対する批判として、逆に法現象における文化的な規定性を重要視し、法の文化的な機能を考慮するという考え方が生じる。これと関連して、レベルがずれるけれども、法の分析において、制度や構造のような社会における客観的な要素を重視するか、あるいは人々の意識・価値観、それによって規定される行動パターンのような主観的な要素を重視するか、という対立が見られることになる。文化的なものの位置づけがこれまで十分に顧みられなかったとすれば、それにふさわしい位置づけを与えることが重要である。しかし、そのことは法の比較において文化起点論や文化絶対論に立つべきことを意味するものではない。

法文化を以上のような位置づけにおいて捉えれば、「権利の主張が欠けている、訴訟の利用が少ない」という法現象を説明するについて決め手になるのが「法意識か、法制度か」という議論の立て方は、もはや適切でない。フェルドマンが、日本人の権利意識に関するこれまでの議論が「法と訴訟を同一視しすぎる」（訴訟が少ないのは権利意識が弱いのだとみなす）傾向にあるのと同時に、「文化と構造という間違った二項対立」に立っていると指摘するのは、このことである。かれによれば、「日本人の法的実践を、もっぱら文化のあるいは構造の産物として考えるのではなく、文化と構造の影響が織り成す複雑な網の一部として考える」べきである⁸³⁾。

82) 五十嵐清『民法と比較法』一粒社、1984年48頁。

83) フェルドマン前掲書、149-150頁。

そこで「文化と構造の影響が織り成す複雑な網」について具体的な検討を行う議論の例をみてみよう。

オランダの法社会学者ブランケンブルク (Erhard Blankenburg) は、オランダおよびオランダと隣接するドイツの1州 (ノルトライン・ヴェストファレン州) の訴訟頻度の比較を行っている⁸⁴⁾。訴訟頻度の比較は、法文化の比較の指標として用いられることが多い。ブランケンブルク自身もこれに関するヨーロッパレベルの実証的比較研究を行っている。オランダに対してノルトライン・ヴェストファレン州が選択されたのは、人口規模 (1700万人)、面積、社会経済的状況、その他の一般的文化状況などが相似的であり、かつ、社会的紛争の基礎ライン (basic line of social conflict) の指標、たとえば離婚件数、交通事故件数、労働争議件数、借家関係の比率 (借家紛争の可能性に関わる) などが相似しているからである。このように法的紛争についての潜在的状況 (訴訟を生み出す可能性のある社会的状況) が比較の対象とする法集団において相似的であれば、それだけより純化した形で訴訟提起にかかわる法文化の作用力が析出され、比較可能になる。

かれは、さらに、この比較をより精確にするために、民事訴訟の全体ではなく、問題分野ごとに (離婚、交通事故、労働争議、借家紛争など) 訴訟頻度の比較分析をする方法をとった。

オランダは、ドイツに比べると実際の訴訟頻度が小さい。法的紛争についての潜在的状況が同程度の水準にあるとすれば、訴訟頻度が小さいことは、訴訟回避の行動・態度、すなわち「訴訟回避文化 (litigation avoidance culture)」が存在していることを示すことになる。ブランケンブルクは、問題分野ごとの比較分析によってオランダにおけるこの「訴訟回避法文化」の内実が次のようなものであることを明らかにしている。

オランダでは、まずドイツに比べて社会的弱者のための紛争調整制度 (民事訴訟フィルターと呼んでいる) がより整備されており (積極的な公的消費者苦情処理機関、借家人団体と家主団体が形成する賃貸借紛争委員会による仲裁、地方労働当局による解雇事例のチェック、訴訟を必要としない簡易な執行など)、裁判に代わる代替的手段が多様である。

次に訴訟のコスト (費用と時間) がドイツより大きく、訴訟運営が効率的でなく、それゆえオランダでは訴訟が「最後の手段」として考えられているのに対し、ドイツでは訴訟がより効率的で使い易いものとして考えられている。

このように、オランダでは裁判へのアクセスがドイツより悪く、他方で裁判の代替的手段がドイツより手厚く用意されている。このことが「訴訟を促進するか回避するかを条件を決めているのである」。そこでオランダにおける訴訟頻度をドイツより小さなものにし

84) Erhard Blankenburg, Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Cultures, in: Comparing Legal Cultures, ed. by David Nelken, 1996, pp. 42-68.

ているのは、オランダ人のメンタリティではない。「原告が法廷を利用するか、回避するかは境界のいずれの側でも（オランダでもドイツでも）相似的な戦略的合理性を基礎にしている」のであって、「異なっているのは法システムが提供しているインセンティブである」⁸⁵⁾。

ブランケンブルクは、以上のような考察から「法文化」の意義を次のように位置づけようとする。上記のような訴訟行動における差異を説明するためには、実体法においても手続法においても規範的に大きな差異のない（ドイツとオランダの）法システムの下で、与えられた制度的可能性に対してどのように振る舞うかという行動のパターン、つまり「法的行動の“文化”」を比較すべきことになる。この法文化はしかし上記に見るように「法に対する態度・信念・価値観」というものではなく、「法、制度及び行動パターンの相関関係」として把握することが適切である。このように、法制度との関係における行動パターンとして法文化を理解すれば、存在する法制度の外側にある法文化というものはない。比較法学者は「法文化」を語るけれども、それは彼ら自身の法についての自己理解、つまり「内的文化」を語っているのであり、法律専門家のこうした法文化も法システムの産物である。そこで、ブランケンブルクによれば、「法文化は制度的な供給物」であり、「存在する法制度の外にいかなる法文化もない⁸⁶⁾」とされる。

法社会学者のネルケン (David Nelken) は、このブランケンブルクの論文を論評しながら、法（文化）の研究において、「構造（制度）と文化」についてそのいずれかを決定的なものとするのではなく、相互の関連を解析する方法が重要であることを強調する⁸⁷⁾。

ネルケンは、日本人の訴訟行動についての川島（文化的要因）対ヘーリー（制度的要因）の対立を典型的なものとして取り上げている。上述のブランケンブルクの議論は、ネルケンによればヘーリーと同様に「構造主義者 structuralist」（「文化主義者 culturalist」に対して）として位置づけられる。

ネルケンは、そこで構造主義者に次のような新たな問題を提起する。あるナショナルな法秩序において一定の法制度的特徴が示される場合、その制度を通じてそのナショナルな「一般的文化」が表現されているという理解が可能ではないかという問題である。ネルケンによれば、一方で個人が訴訟行動の選択に際して意思決定をするマイクロなプロセスにおける文化要因的な説明と、他方で諸個人の行動のマクロなプロセスにおける構造的・制度的な要因による説明を区別しなければならない。この場合文化は、前者のみに関わるので

85) Blankenburg, op. cit., p. 62.

86) Blankenburg, op. cit., p. 65.

87) Nelken, David, Puzzling Out Legal Culture: A Comment on Blankenburg, in: Comparing Legal Cultures, ed. by Nelken, pp. 69-92, especially pp. 85-88.

はなく、一定のシステムを愛好するという「一般的文化」の存在を通じて構造・制度にも関わるのである。たとえば、オランダと日本は結果において訴訟回避型のシステムを提供しているという点で、「パターナリスティックな傾向」の一般的文化を持つという類似性を語る事が可能である。

さらにネルケンが強調するのは、構造と文化をいずれか一方から他方への規定—被規定関係にあるものとして捉えるのではなく、相互が循環的に規定しあい、相互の循環的被規定性によって現象が安定性をもつということである。それゆえ、この相互の関係・交渉のダイナミックなあり方の解明こそが重要であり、安定した現象が変動する可能性は、このダイナミックスの具体的な分析を通じてはじめて明らかにしうるのである。

8 おわりに

比較法社会論というコンセプトは、筆者がドイツ法の研究をベースに、日本とドイツの「社会と法」の比較を試みるなかで考えてきた方法的な問題を整理して提示するために用意したものである。ここでの問題意識は、現代社会が直面し、人々が解決を迫られる問題に対して、法と社会の比較研究がどのように寄与できるのかを考えることである。そのような意味で、本来の課題は、具体的な問題への取り組みであり、方法はそれをガイドしつつ、その取り組みからフィードバックを受けて、問題の取り組みに次の視野を開くという関係に立つものである。