



Title	比較法社会論の課題と方法 : グローバル化のなかの国家と社会
Author(s)	広渡, 清吾
Citation	新世代法政策学研究, 4, 25-58
Issue Date	2009-12
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43708">https://hdl.handle.net/2115/43708</a>
Type	other
File Information	4_25-58.pdf



## 比較法社会論の課題と方法 —グローバル化のなかの国家と社会

広 渡 清 吾

### 1. はじめに——報告の趣旨

報告の機会を与えていただきありがとうございます。吉田先生から北大のGCOEのプログラムに関連して、何か話をしないかとお誘いを受けまして、ここに参りました。

GCOEのプロジェクトの企画趣旨を拝見しました。これからの法学システムをどのようなコンセプトでとらえることができるか、21世紀の状況に照らしてどのように考えればよいかが研究課題とされています。そこでの従来のシステムの整理について、キーワードの重要な1つは、ダイコトミー（二分論）のようです。二分論的な発想で、我々のこれまでの法学システムはつくられているけれども、それをどう考えるか、最終的には多元分散型統御というコンセプトの内実を探るという狙いが示されています。

私も『比較法社会論研究』（報告当時は準備中、2009年3月に日本評論社から刊行）の中で、法学システムのあり方についてもいろいろ論じており、直接にこのプロジェクトの企画に向き合うものではありませんけれども、問題意識として重なりあうところがあるかと思い、報告を準備しました。

「多元分散型統御」という言葉ですが、二元性でないので多元性、収斂型ではなく分散型とか、何か新しいことを言おうとすると、こういう表現を使いたくなります。この表現にひきずられて思い出したことがあります。私は東大の附属図書館長を、ちょうど法人化の前に務めました。東京大学には学部・研究所等の多数の部局図書館があり、学内の図書行政のうえで、部局図書館と附属図書館の関係をどのように考えるかは、重要な問題です。

附属図書館は、司令塔である総合図書館(本郷キャンパスの噴水前にある)と部局図書館を含みこんだ全学的な組織です。昭和30年代の半ばごろに全学で議論をして、図書行政商議会で運営方針を作り、以来これが金科玉条とされてきました。その方針が「調整された分散主義」というものでした。分散主義というのは皆さん、辞書をお引きになっても出てきません。これは要するに部局ごとに「部局自治」に基づいて勝手ばらばらにやっていたが、しかし散らける(ばらける)ことがないようにどこかで調整しましょう、調整するのが附属図書館の役割です、という合意をしたわけです。私のときに、いくら何でもこれでは、というので、「協働する1つのシステム」として附属図書館を位置づけるという運営方針をたて、商議会で決定し、法人化後の中期計画に書き込まれました。余計なことを申しましたが、そういうことを思い出してしまいました。

報告の構成について最初に述べておきます。私の『比較法社会論研究』の内容に即しながら、まず方法的な論点を3つお話しいたします。「分類論的方法と問題論的方法」、「比較論、関係論、段階論のバランス」、および「法の規定要因としての文化と制度の循環」の3つです。

次に、具体的な社会的「問題」を設定し、その問題に対してどうシステムが機能しているかを比較するという比較論が私の方法ですが、その場合、どのように問題を立てるかが非常に重要なポイントになります。そこで問題を立てる際の全体の見通しをつけること、問題設定のための理論的枠組みを考察することがもう1つの柱になるので、これについて「比較資本主義法論としての企業論」、「グローバリゼーションと国民国家」、そして「市民社会論のルネッサンス」の3つのテーマをお話しいたします。

## 2. 学術(科学)のなかの法学

さて、本論に入る前に「学術(科学)のなかの法学」というテーマについて少しだけ述べたいと思います。法学でいろいろ議論しますが、この議論はどのようなレベルの議論なのか、ということ closest いろいろと考えることが多いのです。私と同世代の先生方にはこの気持ちが分かっていただけではないかと思いますが。

つまり、川島武宜先生流に言うと、科学としての議論をしているのか、

自分のたんなる思い付きについて議論しているのか、あるいは立法政策とか法解釈の議論をしているのか、これらの議論のレベルはどのように違っているのか。また、他の学問分野における議論と法学における議論は、どういう関わりがあるのか、同じ性格のものなのか、違う性格のものなのか、違うとすればどう違うのか。

これは戦後の日本の法学が一貫して悩んできた問題で、川島武宜先生は「科学としての法学」を確立することを課題とされ、法学を科学、おそらく初期には経済学モデルで、後期には社会学モデルで、社会の法則性を探究する学問として法学はどうあるべきかを展開されました。

このことが気になり始めたのは、今、日本学術会議で仕事をしていることとも関係があります。そこでは、自然科学系の先生も、人文・社会科学のすべての分野の先生も一緒に議論することになりますので、そこから触発されていることがあります。参考資料として拙論「科学者コミュニティのこれから」(『科学』2008年8月号)を配布していますが、これは、80万人ほどの日本の科学者によって構成される「科学者コミュニティ」とは何かということ議論しながら、「科学」とは何か、それと「学術」という概念とはどう違うのかということ論じたものです。この2つの言葉は、法律用語(法制局用語)としても違いがあります。我々が通常使うコンセプトとしても、ニュアンスがあるでしょう。

私がここで書いたのは——こういう話をしていると脇道にそれすぎてしまいそうですが——3点ありました。第1に、科学はもともと、近代の知の発展に応じて科に分かれていく学問を表現するものであった。経済学とか、法学とか、社会学とか、理学、工学、農学、医学とか、要するに科学というのは分かれて、「諸科学」として存在しているものであるが、これに対して「学術」はそれらを包摂して、知的理論的活動を総称する統合的概念ではないかということです。

第2に、それでは、そのような「学術」の理解にどのような意義があるのか。科学は自然、人間、社会を、それぞれ分別的に認識する学問として発展しているけれども、実は自然と人間と社会の間には、歴史的に見ると循環的な関係があつて、地球環境問題は、この循環がマイナスのプロセスにあることを示している。それゆえ、このマイナスの循環の総体を捉えて、自省し、軌道の転轍を図るためには、諸科学の総合として学術の見地から

のアプローチが必要である。このような学術のアプローチの場合には、価値・思想・文化・社会制度を取り扱う人文・社会科学が鍵の役割を持つことになる。拙論ではこういう議論をしています。

第3に、そこでその学術はどういう体系として理解できるか、という問題について、これは社会学の吉田民人さんが議論されているのですが、認識科学と設計科学、科学的技術という三分論を取り上げました。法学の大部分は設計科学に属するといえるでしょうが、全体としての法学は認識、設計、技術という3つの要素を含んだものであると考えることができます。

この吉田民人さんは、その後さらに、法則科学とプログラム科学という科学の分類を提唱されています。科学の対象である存在は、物質層、生物層および人間層の3層から成り、物質層は「法則」によって「生成」するが、生物層および人間層は「所与の設計図」（プログラム）によって「構築」されるというのが吉田民人さんの説明です。生物層のプログラムとしては、「ゲノム」が目されます。この吉田理論によれば、人間社会は「法則科学」の対象ではなく、「プログラム科学」の対象であり、経済学も法学も同様にプログラム科学であるとされます。人間社会は、「法則によって生成する」のではなく、「プログラムによって構築される」というわけです。このプログラムの具体的例示として「社会契約論」が言及されていますが、ここのところに私は注目しました。吉田さんは次のように記述しています。

「社会契約の理念は、一方<理念型>ないし<虚構的事実>として社会構築を認識し、すなわち社会的現実を認知的に構築し、他方<マスター・プラン>として社会構築を設計する、すなわち社会的現実を指令的に構築する。伝統的な用語でいえば、社会構築への<記述的>アプローチと<規範的>アプローチである。<理念>は、しばしば認識論的（記述的）には現実を隠蔽する<仮象>として機能し、設計論的（規範的）には現実を整合的に解釈するための法技術的な<擬制>として機能する。」（吉田民人「<所有>をめぐる1つの社会学的考察—社会的制御能—の歴史的展開とその理念的・現実的選択」戒能通厚/糊沢能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』日本評論社、2008年169頁）。

ここですでにお気づきのことと思いますが、この吉田さんの議論は、来栖三郎先生のいわゆるフィクション論（来栖『法とフィクション』東京大

学出版会、1999年）と通底するところがあります。私は、自分なりに、来栖フィクション論が提起している重要な問題について考えてきましたが、それが図らずもまったく別の文脈で吉田民人さんの議論とクロスすることに気がつき、報告の前置きとしてお話ししました。

### 3. 『比較法社会論研究』の構想と構成

『比較法社会論研究』という表題の準備中の著作を踏まえて、報告をいたしますが、この本の趣旨は、「はじめに一本書の目的」と題するコピーをご参考までに配布いたしましたので、後でご覧いただきたいと思います。

もともと、比較法社会論という構想は、末弘厳太郎先生の議論からその発想をえたものです。末弘先生が方法論を考える際に直面された時代は、20世紀前半の時代ですが、その先生の構想を21世紀に実行するとしたら、どのような方法論的な課題があるかを考えてみようというのが比較法社会論の出発点です。

「末弘法学のトリアーデ」と、勝手に名前を付けましたけれども、末弘先生のお考えを非常に乱暴に要約すると3本の柱がある。第1に、法を世界的な連関の中でとらえる、これは比較法学的アプローチです。第2に、全社会的な構造的連関の中でとらえる、政治、経済、社会との関連で法をとらえる、これは法社会学的なアプローチです。第3に、同時に末弘先生は、このような法の記述的な認識にとどまらず、この日本社会に正しい法を実現することが、法に従事する者の課題である言われている。この3つの課題を末弘法学は追究しようとした。とりわけその基本的なモチーフは、日本社会の法の固有性を探索する。つまり、外国の物まねをせずに、日本社会の固有性をとらえて、法のあり方を考えるという議論でした。

比較法社会学（comparative sociology of law）がすでに国際的に承認された学問分野としてあるのですけれども、私は、末弘先生のトリアーデを受けて、この課題を担うための方法論として、比較法社会学と呼ばずに、比較法社会論（comparative study on law and society）と呼ぶことにしました。特に「正しい法の実現」という、法に従事する者にとってのモチーフの位置づけを考えながら、法の記述的な認識にどう迫るか、その両者の関連をどう考えるかという論点を含むものとして比較法社会論を考えようとい

うことです。

そこで、その比較法社会論をこの21世紀の現実の中でどう展開していくかについて、まず方法論の3つ論点をとりあげます。

#### 4. 分類論的方法と問題論的方法——方法的論点・その1

ここでは「法の比較」の話を行います。比較法の目的あるいは比較法の意義については、これはすでに古典的な名著であるツヴァイゲルト/ケッツの著作（Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996）を読めば、マクロ比較とミクロ比較、あるいは法秩序比較と法制度比較という形でごくシンプルに述べられております。大木雅夫先生の『比較法講義』は、この分け方をさらに敷衍して次のように述べられています。

「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個々の法秩序における比較可能な制度や問題の解決を関連づけて、法の認識と改善を図る…」（大木『比較法講義』東京大学出版会、1992年74頁）

私は、この文章の前半と後半に記述されている目的のそれぞれに対応する方法として、前半のマクロ比較の部分を「分類論的方法」、後半の「あるいは特殊的には」の部分を「問題論的方法」と特徴付けました。

分類論的方法の代表的な議論の仕方は、皆さんご承知のいわゆる法圏論（Rechtskreis, law family）です。私の特徴づけによれば、分類論的方法にたつ法圏論は、結局のところは個別の法秩序のミクロ分析を通して法秩序の特徴を明らかにできるのであって、分類自体を目的とするという研究方法は、それ自体としては生産的でない。分類は分類によって新しい知識を生むのではなくて、分類は総括にすぎず、分類はそれによって個々の法秩序をより適切に特徴づけるものであり、＜個別法秩序の研究の過程＞にあるものと理解すべきだろうということです。

たとえば、日本法がツヴァイゲルト/ケッツの「5大法圏」のうちの極東法圏に属するかどうかという問題があります。しかし、法圏がアプリアリに実在していて、それを認識するという形で研究が行われているとすれば、それは必ずしも適切ではない。法圏は個別の法秩序の研究の結果として出

てくる整理の仕方であって、日本法がどの法圏に属しているかという、法圏への整理の仕方の次に、ではなぜ日本法がそのような特殊な位置付けを持っているのか、他の法秩序とどのような関係にあるのか、という議論が始まります。したがって、比較は分類によって終わるのではなく、他の法秩序との関係論に展開するものです。その意味で分類それ自体を目的とする分類論的方法は適切ではないということです。

私の比較法社会論は、分類論的方法によらずに問題論的方法を取ります。この問題論的方法については、フリードリッヒ・キューブラー（Friedrich Kübler）—ドイツの商法学者です—の書いたものが非常に示唆的でした。

彼は法化論を検討した論文のなかで、ドイツにおける「企業の社会国家的法化」を指摘し、これをアメリカの「厳格な証券取引規制」との比較の文脈に置き「勤労者の福祉の保障のシステム」として「機能的な等価物」であるという議論をしました。

普通の比較法だと、会社法と労働法を合わせた企業にかかわる法律制度（こうした視角からのアプローチも日本では見られません）と証券取引規制法を突き合わせて比較をするという発想は、おおよそ浮かんでこないだろうと思います。キューブラーのように、問題を立てて、システムの機能的比較をすることによって初めてこの2つが比較の対象になるのです。つまり、アメリカの福祉国家では年金基金が民間会社によって運用されるので、投資家を保護するための証券取引規制が厳しくなるのであり、ドイツ型福祉国家では、企業における労働者参加・従業員参加の制度（企業の労資共同決定制度・従業員代表委員会制度）が非常に重要だと位置付けられるわけです。

私は、キューブラーの議論から大きな示唆を得て、形式的な法制度の比較（外見上類似の制度の比較）ではなく、具体的な問題を設定し、機能的な等価物を含めて法システムの比較をすること、つまり、問題論的方法と機能的方法を結び付ける方法を取ることによって、現代社会における法の比較がより有効に行われるのではないかと考えるようになりました。

そうすると、どのような問題を設定するかが非常に重要です。全体の法秩序のありようを最終的には比較をする、つまり、日本社会における法の固有性を特徴付けるところに比較法社会論の最終的なターゲットがあるとすれば、個々の問題を取り上げるときに、その問題が全体をとらえるこ

とについて本質的かどうかということが重要な基準になります。全体構造への見通しが利くような問題設定の仕方が必要だということです。

もう1つは、問題を設定するときにその問題を解決したいという問題解決志向が働くことをどう位置づけるかの問題です。普通によく行われる比較法、実定法論的比較法の場合には、そもそも問題解決そのものが目的とされます。そこで、問題解決志向型の比較について、どのような問題があるかを方法的にきちんと詰めておく必要があります。ここには、比較そのものの視野を狭窄化する、あるいは短絡化する。実用的な、あるいはメリットがある形で結論を引き出すために、比較の視座が浅くなる、つまり、全体の法秩序の比較という目的に不適合な比較に陥る危険性があるということです。

私は、日本ドイツ学会という1985年に創設された学際的学会でも活動していますが、そこで「ドイツ語地域の研究」の位置づけを巡って議論があります。学会の創立20周年のシンポジウムの際に、私は、3つのバージョンがあると整理してみました。第1に、「モデルとしてのドイツ」です。比較をする場合を含めて、研究対象としてのドイツの位置づけが「モデル」として位置づけられるというものです。第2に「手段としてのドイツ」です。最近では、比較を試みる場合、ドイツ、フランス、アメリカ、イギリスと並べて、ワン・オブ・ゼムとしてドイツを取り上げることが多い。つまり、ドイツは比較の手段であり、多元的な比較をして、何かよりよい解決方法を見いだそうとする、そういう比較がある。これらと並んで、第3に、「対象としてのドイツ」がある。これは、ドイツそのものを、そのものとして分析をするというものです。これらの3つは、方法的に優劣の関係を論じることが目的ではなく、それぞれのアプローチにどのような問題があるかを考えておくことが重要だということです。

「問題」の設定を巡る議論は、様々な角度から方法的な問題性を明らかにし、それを自覚するための議論です。どの方法が一番有効なのかということも、もちろん議論の対象ですけれども、いろいろなアプローチがあるなかで、それぞれのアプローチの持っている方法的な問題性をよく確認しておくというのが議論の狙いです。

## 5. 比較論・関係論・段階論のバランス——方法的論点・その2

次に「比較論、関係論、段階論のバランス」についてお話いたします、これも整理すれば、そういうことか、ということになるように思いますが、戦後の日本の法律学は、欧米型の法のあり方のある種の規範的な基準として議論することが多かったので、それだけに一層この比較論、関係論、段階論については、方法的な自覚が必要ではないかと思っています。

さて、AとBを「比較」する。これを比較論というわけですが、AとBを比較するときには、AとBの「関係」がどうであるのかという論点がすでに含まれています。国際比較と国際関係というのは、非常に似たレベルでの議論を含むものであり得るわけです。日本とドイツの比較は、日本とドイツの関係を比較の視野の中に内在的に含み込んでいると思われる。特に現代の段階で日本法とドイツ法を比較するという場合、その比較論は、ある歴史の1時点での比較という形で比較論をすとしても、その背後には歴史があるので、歴史的に見るとその両者の「関係」が当然含まれてきます。

また、その「関係」の理解の仕方の中には、「段階」という要素が含まれてきます。これは日本の社会科学、あるいは日本の法学の1つの特徴だと思いますが、関係を論ずるときに、段階的な差異、先進・後進、先に進んでいるもの、遅れているものという論理が含まれてきます。このように、比較は、すでに「関係」や「段階」という論理を含んでいるものであって、それゆえ、これらがどのような関わり方をするのかということに常に考えなくてはならない。

比較法学の中には、もちろん「関係」を問題にする議論が含まれています。比較対象である法秩序の相互の間にある歴史的な、ないし水平的な変化を視野にとらえますと、それは法の継受論とか、法の移植論という議論として立てられます。

また、現代の段階では、法のグローバル化というものも、世界の中で圧倒的に影響力を持つ国の法の内容が水平的に波及することとして、「関係」を問題にするものです。これは法のアメリカナイゼーションと呼んでもいいかもしれません。あるいは国際法が国際条約を通じて国内法へ浸透していく、こういう法のグローバル化の現象も、この「関係」論の中に含まれ

るでしょう。

日本から見ますと、法のアメリカナイゼーションは、第2次世界大戦後の戦後改革の中に認められ、さらに90年代の構造改革の中で見られますが、これは日本のみにとどまらない現象であるといえます。特に戦後の改革の中で、日本を含めてヨーロッパ諸国は、アメリカの反トラスト法を継受して、独占規制の法制をつくり上げていきます。これは明らかに法のアメリカナイゼーションといえることができます。

以上のように、「比較」は、「関係」を含んで、法現象を把握する論理を内在しているということです。特に現代の問題としては、法整備支援もここにあげることができます。法整備支援を通じて展開する現象は、法のグローバル化の一形態と呼んでもいい。ここでは、そのモデルの選択問題として、シビルロー（civil law）、ヨーロッパ型の民法法なのか、コモンロー（common law）、米英法型の民法法なのかという競争と対立が見られます。ここでも、比較論から始まって関係論に展開する比較法の問題が示されています。

次の論点は、段階論と比較論の関わりです。戦後に日本社会と法の特徴づけを行った代表的な議論が2つあります。川島武宜先生の日本人の法意識論および野田良之先生の日本人の国民性論（ナショナルメンタリティー論）で、皆さんよくご承知の通りです。

この代表的な議論は比較論と段階論がどのように関わるかという問題の特徴をよく示しています。川島先生の法意識論は、近代法の発展モデルを普遍的に想定し、日本社会はその段階的な発展モデルにおいて遅れた段階にあると位置づけられました。したがって、ここでは比較論は、段階論によって置き換えられます。つまり、比較的な差異が段階的な差異として位置づけられるということです。これは、欧米諸国と日本の比較を正面から行うことに問題を産むでしょう。

これに対して野田良之先生の議論は、国民性を3つのモデルとして定式化し、日本は農耕民型の国民性を持った民族であり、社会であると想定されました。この3つのモデルは、不変の文化の型であって、歴史的に変化せず、その社会をいわば普遍的に（永遠に）規定するものであると考えられました。したがって、ここでは段階論的な発展は想定されずに、もっぱら比較論だけが適用されます。つまり比較の絶対化が行われています。

このように戦後の日本社会と法を特徴づける代表的な議論は、比較論と段階論の関わり方という論点から整理をしますと、それぞれにある種の問題性を持つ理論であることが、お分かりいただけるのではないかと思います。川島理論と野田理論は、共通に文化要因を重視していますが、これについてはまた後で話します。

比較論と段階論の関わり方について、もう少し一般的な論点をだせば、日本の戦後の法律学には資本主義法の発展モデルがかなり有力な理論枠組みとしてありました。ただし、私たちの世代とちがって、若い研究者の方々には、もうなじみがなくなっているかもしれませんが、少なくとも日本の戦後の法律学が生み出してきた多くの業績は、資本主義法が一定の段階的な発展を遂げるというイメージに基づいて、議論をしてきています。

これをどう考えるかということですが、私は結論的に言えば、資本主義法が大きな段階を経ながら発展してきているという歴史的、実証的な認識を踏まえることはできるが、それは非常に時間的な幅のある段階的な発展なので、同じ発展段階にある個別の法秩序の比較がそれを踏まえてさらに行わなければならないと考えています。

つまり、現代資本主義という非常に大きな法発展の段階において、たとえば欧米先進諸国で共通の法のシステム、法のモデルを見いだすことができるでしょうが、その段階論を踏まえながら、さらにその中で日本、アメリカ、ドイツ、フランスなどがどう違うのか、現代資本主義法としてどう違うのかという議論が比較論としてさらに個別的に追究されなければならないということです。

ここで注意したいのは、欧米先進諸国を念頭においた資本主義法の発展モデル、こういう理論的な枠組みがアジアやアフリカの発展途上国に適用できるかどうかという問題です。

そういう批判の1つとして、千葉正士先生の「総合比較法学」の試みというものがあります。千葉先生の理論によると、あらゆる法秩序は、公式法と非公式法、固有法と移植法、法規則と法前提、この3つのダイコトミーで把握することができるが、その3つのダイコトミーがそれぞれどういうウエートを持っているかということを決める、「アイデンティティー法原理」というものがすべての法秩序の中に存在し、これを探ることが比較法学の課題であるとされます。ここでは、すべての法秩序（欧米諸国も発

展途上国も含めて)に普遍的に妥当する方法が示されたということになり  
ます。

私は、この「アイデンティティー法原理」について疑問を持っています。  
たとえば具体的に、日本の明治期の改革、戦後期の改革、それから1990年  
代の改革、こういう改革に際して、すべて日本法の「アイデンティティー  
法原理」が作用する、それが法のあり方を規定すると考えるとすると、こ  
れは野田良之先生の議論と同じように、ある文化の型が永遠不変にその社  
会の法のあり方を規定するという議論になってしまいます。したがって、  
ここにも「アイデンティティー法原理」の比較をもってする比較の絶対化  
が見られます。これには十分に方法的な警戒が必要です。しかし千葉先生  
の議論は、我々が陥りがちな、欧米先進国基準で法のモデルを考えること  
への批判として受け止めなければならない点が多くあると思います。

比較法社会論は、比較論、関係論、段階論の意義と射程を適切に位置づ  
けることを求めるわけですが、これについてゴールデン・プロポジション  
があるというものではない。何を、どのように問題として取り上げるかとい  
うことに関わらせながら、この3つの視点の違いを方法的に整理しつつ、  
比較をすべきであるというのがここでの主張です。

## 6. 法の規定要因としての文化と制度の循環—— 方法的論点・その3

さて、次に文化と制度の循環という問題についてお話しします。先ほど  
川島先生、野田先生の議論について、文化要因を決定的なものとする議論  
として位置づけました。ここでは、その文化要因のとらえ方を検討します。  
法において文化の取り扱いをどうするかは、比較法文化論というコンセプ  
トも主張されているので、整理する必要があります。

法文化は、もちろん比較の対象になります。法文化概念は、定義をする  
と2つに分かれます。1つは広義、広い意味での法文化の概念です。これ  
は、あるまとまりを持った法秩序、たとえば日本の社会の法秩序について、  
それを総体的に特徴付けるもの、日本社会の法秩序の精神的な個性を記述  
するもの、それを法文化という。そこで、日本の法文化という場合には、  
「日本の法文化は権利について謙抑的である」といったような、総体的に

法秩序の特徴づけをしたものを法文化と呼ぶ。これは分析概念ではなくて  
総括概念です。ここでは、対象の個性を記述するという意味で法文化の概  
念が使われている。これが広義の文化概念であり、たとえば、ドイツの法  
社会学者のトーマス・ライザーさんは、この法文化概念を利用しています。  
ドイツ連邦共和国の法文化であるとか、アメリカ合衆国の法文化である  
とか、こういう言い方で、総体として何か精神的な特徴づけを与えるもの  
であり、これはこれで法文化の比較が可能です。

文化要因論を議論する場合に重要なのは、以上と異なる狭義の法文化概  
念です。ここでは、六本佳平さんの定義を借りますが「1つの社会集団の  
法生活に独特の意匠やデザインを与える象徴的な意味の体系、法意識や法  
観念など」と規定されます。このような法文化概念は、法文化がその社会  
の法現象、法のあり方をどう規定しているかという文脈に置くことができ  
るので、これは分析概念ということになります。

さて、ここで問題になるのは、この分析概念としての法文化、つまり法  
現象、法のあり方を規定する要因としての文化を、他の諸要因との関係で  
どのように位置づけるかということです。これが、法文化を論じる一番重  
要なポイントです。

ここでも川島先生と野田先生を引き合いに出しますと、野田先生の場合、  
国民性が法のあり方を決定するというわけですから、野田先生の比較法文  
化論は文化決定論です。そして、この文化は不変の型として理解されてい  
て、宿命論的ですからあります。川島先生はそれに対して、文化の要因を重  
要視されながら、文化は経済的、社会的要因によって変化すると理解され  
ています。それゆえ、日本人の近代的でない法意識は、日本の資本主義の  
成熟(工業化・都市化の進行)によって変化することを予測されていまし  
た。1960年代の後半においてもそうでした。しかし、事態はそのように進  
まず、法意識(権利意識)の特徴づけの重要な基準である民事訴訟の頻度  
は、欧米諸国に比べて、少なくとも1990年代の初めごろまではずっと低位  
にありました。そうしますと、川島先生の理解に立って、文化は経済的、  
社会的要因によって変化することを前提にすれば、「変化するのだけれど、  
しかしなかなか変わらない」という「文化停滞論」を中間理論として援用  
しなければならなくなります。

川島先生のテーゼ、日本人の遅れた法意識が日本社会で権利を追求する

訴訟を停滞させているという議論は、日本にとどまらず、国際的にも論争の対象となってきました。ここでは、文化的要因に対して制度的要因が持ち出され、いずれの要因が規定的かという論争が展開しています。これを平たく言えば、裁判制度が悪い、弁護士制度が悪い、つまり訴訟の使い勝手が悪いので、日本人は訴訟を使わないのだというのが、制度的要因論です。これは、そのような制度を維持している支配者が悪いということになる。それに対して、いや、日本人のメンタリティー・法意識が問題なのだというのが、文化的要因論であり、これは、民衆が悪いという議論になる。法意識については、エリートの法意識と民衆の法意識を区別して論ずるという議論もあるので、制度論はまわりまわってエリートの法意識の問題だという議論を立てることができるかもしれません。

説明の議論としてはさらに、制度的要因や文化的要因という問題の立て方が適切でなく、制度的な要因や文化的な要因に基礎づけられながら、人々はパフォーマンスするのであって、そのパフォーマンスの仕方は、コスト・パフォーマンスからみれば、合理的な選択になっている、という議論もあります。

比較法社会論の方法では、文化決定論という意味での比較法文化論の議論は採れません。つまり、文化的要因も要因ではあるけれども、その文化的要因が、その他の政治的、経済的、社会的要因と関わりながら、どのように法現象や法のあり方を規定するのか、また、文化的要因とその他の政治的、経済的、社会的要因がどのような関係にあるのか、これらを考察する必要がありますからです。文化的要因は、重要だが相対的な因子の1つとして位置づける必要があります。

法意識については、法社会学の中で議論があります。重要なポイントは、いろいろ法意識の方法論的な意義を議論しているけれども、仮説を検証する実証的研究がこれまで十分に行われていないということです。「日本人の法意識」というけれども、それについて実証的データがどれほどあるのかが問題です。

そこで、法意識の実証的研究が試みられています。加藤雅信さんが主宰された法意識国際比較研究会は、諸外国と日本人の法意識の比較調査を行いました。ダニエル・フットさんがこの調査でのデータを基にして論じていますが、アメリカ人と日本人と中国人を比べると、日本人の法意識とし

てこれまでステレオタイプでいわれてきたものはアメリカ人に見られる、これまでアメリカ人の法意識としていわれてきたものが中国人に見られる、しかし全体としていけば、ほとんど差がない、と述べています。そこから、法意識をどういうものとして実証できるかということと同時に、法現象全体についての文化的要因の規定性について、もっと複雑な関係性を想定しなければならないというのが、彼の結論になっています。

日本人の法意識という場合に、もう1つの問題は、日本の国内でも地域偏差がかなりあるので、高知県を取るとアメリカと似ているとか、北海道は中国と似ているとか、いろいろな議論が出てきます。地域偏差を平均化して日本人の法意識という場合、その「日本人」の法意識とはいったい何なのか、これは方法論的に議論しなければならない問題でしょう。

また、社会のなかの部分集団ごとの法意識を見ると、これもかなり偏差が出てきます。そういうものを全部方法的にきちんと処理をしなければ、法意識というコンセプトを正しく使うことはできないという議論は、法社会学でかなり展開されています。これについて、法社会学者のフリードマンとコットレルの論争を紹介しようと思いましたが、これは省かせていただきます。なお、日本については、村山眞維さんを研究代表者とする「民事紛争行動についての調査」が2005-2006年に全国で大規模に行われました。この成果が日本人の法意識論にどのような新しい知見をもたらすかを期待しています。

さて、ここでの問題は、文化的要因と制度的要因の「循環」ということです。文化と制度は、いずれかが規定的な関係にあるというのではないが、ある歴史的な断面を取るとどちらが優位している、どちらかが規定的だといえるときがある。しかし法現象はある歴史の段階で止まっているわけではないので、歴史の流れの中に置くと、文化と制度は循環する関係にあるというのが、ここが一番重要な論点です。

ドイツの法社会学者のエアハルト・ブランケンブルグが、面白い調査をしています。ご承知の方もいるかと思いますが、彼は、文化と制度の関係を探るために、オランダとドイツのノルトライン・ヴェストファーレン州を比較の対象としました。ドイツのノルトライン・ヴェストファーレン州はオランダに隣接していて、オランダと人口規模がほぼ同じなのです。地理的条件にもよく似ていて、人口規模も同じで、社会経済的な構造もよく

似ていて、従って潜在的な紛争可能性はほぼ同じだと見られるところで、民事訴訟の頻度がどのように異なるかを調べました。

調査の結果は、オランダはドイツに比べて訴訟回避の傾向が強いということになりました。ブランケンブルグは、その要因を「民事訴訟フィルター」と彼が呼ぶものの存在に求めました。オランダでは、紛争が民事訴訟に出てくるまでのプロセスにおいてそれを調整し、処理する社会的な紛争処理システムが、さまざまに用意されている。行政が用意しているものが多いのですが、借地借家紛争、労使紛争、消費者紛争、公害紛争、こういったものについて、民事訴訟になる前の段階で社会的な紛争処理システムが用意されているので、オランダは民事訴訟の頻度がドイツに比べて小さいというわけです。

ブランケンブルグは、結論として次のように言いました。結果において、オランダの人々の法的パフォーマンスは、訴訟回避型のパフォーマンスを取っているので、オランダ人は訴訟回避の法文化を持つということが出来る。しかし、オランダの人々のパフォーマンスに見られる訴訟回避の法文化は、制度的条件によって規定されている。それゆえ、文化は制度と関連して存在するものだと理解すべきである。このように論じるブランケンブルグは、そこで、制度論者、インスティテューショナルリストといわれます。

これに対してネルケンという法社会学者が、ブランケンブルグの議論はよく分かるのだけれども、しかし、なぜオランダがそういう制度的条件を準備したのかを説明しようとする、そういう制度を成り立たせている一般的な国民文化を想定しなければならないのではないかと、新たな論点を出しました。

ネルケンの指摘は、論理としてその通りではないかと思えます。歴史的に見ると、ある制度をつくるために文化的な要因が前提にあり、また、その文化的要因は、その前の制度によって規定されていると考えざるを得ない。したがって、制度と文化の関係は、歴史的に、その循環的な関係まで視野におさめないと実証的に正しく判定できないということになるでしょう。

さらにいうと、文化と制度はある歴史的な断面を取ると、安定的な循環構造を保っている。日本では、民事訴訟の頻度が欧米に比べて低位の状況がずっと推移をする。安定的な構造は循環しながら維持されるので、その

安定的な循環構造を変えようとするときには、意識を変えるか、制度を変えるかが必要であり、前者は一朝一夕にはいかず、それゆえ、制度改革が決定的に重要になる。まさに平成の司法改革は、そのような論理に立っています。

そこで、制度を変えることになるのですが、その制度を変えるということは、主体的な行為であって、意識を媒介にするという意味で1つの文化現象です。なぜ制度を変えるのかについて、制度を変えようとする、エリートの意識がそこでは形成されており、そしてこの意識が形成される前提に制度があり、また、政治的、経済的、社会的な要因が作用します。このように、文化的要因と制度的要因、あるいは文化的要因と政治的、経済的、社会的要因の関係は、ある歴史的な断面を取ると、どれが一番規定的かということはいえるかもしれないが、しかしそれはその歴史的な一時期における規定関係であって、歴史の流れの中で見ると、諸要因の相互関係、相互の位置関係、相互の循環関係を捉えて構図を描く必要があります。このように全体の循環構造をとらえることが重要です。

理論の上では以上の通りですが、たとえばブランケンブルグの事例に即して、実際に実証研究を進めようとするれば、相当の力量と時間が必要です。ここでは、比較法学、法社会学、法史学などの諸分野の研究者の共同研究が必要だと思われまます。こういう実証研究がないままに議論が推移しているのではないかと思います。個々にたくさんの研究が積み重ねられていくことにも期待したいと思えます。

## 7. 比較資本主義法論としての企業論——

### 「問題」設定のための理論的枠組み・その1

さて、以上で方法論のテーマを3つ、お話ししました。次の大きなパートは、「問題設定のための理論的枠組み」というテーマです。比較法社会論の方法にとって一番重要なのは、比較のために、具体的にどのような「問題」を設定するかということです。その問題を立てるときには、徒手空拳で問題を立てるわけにはいかないので、社会全体を見渡す理論フレームを持っていなければならない。これは、法学の範囲を超えるので社会諸科学の知見を援用しながら、それを借りながら、だいたいの見当を付けた上で、

法的な観点から問題を設定するという形で攻めようではないかということです。そこで最初に「比較資本主義法論としての企業論」という理論フレームを考えてみます。

これは、現代資本主義は比較可能だという議論を前提にしています。1つの資本主義があるわけではなくて、いくつかの資本主義の型があるという、議論から始めるということです。ご承知のように、日本研究者のロナルド・ドーアさんとか、これはフランスの研究者ですけれども、ミシェル・アルベールなどが主張するように、資本主義はアメリカ型資本主義が1色ではなく、ヨーロッパ型資本主義—あるいはライン型資本主義と呼ぶ人もいます—があり、現代資本主義には違ったタイプがあるというのが出発点です。

私自身、「戦後社会」というキーワードで日本とドイツを比較したときに、企業体制と労使関係について、アメリカを参照しながら、日本とドイツのそれぞれの特徴を考えましたが、ドーアさんの議論に接し、私と相似的なアプローチを見出しました。ドーアさんの議論に示唆をうけて立ててみた仮説がカンパニー・ロー・モデルとコミュニティーモデルの対置です。

カンパニー・ロー・モデルは、商法の株式会社法のモデル通りに、株主の利益を最大化するべく、会社を運営することが社会的に要求され、そのように運営されるという、そういう企業のあり方です。コミュニティーモデルは、株式会社法のモデル通りには実際の企業は運営されていないで、むしろ、株主を括弧にくくって、企業の本体、つまり企業とは経営者と従業員が一緒になって活動・生産している場ですけれども、その活動・生産している場を共同体として運営するという企業のあり方を指します。

ドイツと日本の会社は、このコミュニティーモデルであり、これがドーアさんに言わせるとライン型資本主義に属します。つまり、カンパニー・ロー・モデルのアメリカ型資本主義とは異なる、資本主義の別の型を示すものというわけです。一言でいえば、株主本位か、経営者＝従業員本位かというように分けることができるかもしれません。私は、ドーアさんと違って、コミュニティーモデルに属するドイツと日本を法の役割を基準にしてさらに分けますが、これについては後で申しあげます。

カンパニー・ロー・モデルがどういうものであるかは、神田秀樹さんの『会社法入門』(岩波新書、2006年)をみるとよく分かります。この本は、

ご承知のように、会社法が新しく制定されことをうけて一般の市民向けに書かれたものですが、株式会社についての本質的問題を明確に示しています。神田さんは、株式会社の特質として、次の5つを上げます。①出資者による所有、②法人格の具備、③出資者の有限責任、④出資者と業務執行者の分離、⑤出資持ち分の譲渡性、です。このように、株式会社とは、出資者のための制度であることがその本質です。この本は、このように株式会社を特徴づけますが、私が注目したのは、神田さんが、従業員の位置・役割について、従業員は会社にとって、社会的に見れば非常に重要な存在であり、企業にとって従業員なしの企業はあり得ないのだけれども、従業員のことは会社法の範囲の外にあるのだと繰り返して述べていることです。私の議論のポイントは、ここにあります。

カンパニー・ロー・モデルは、社会的な存在としての企業をみれば従業員なしにやっつけられないのだけれども、会社法のシステムが従業員をシステムの外におくことをそのまま認めるモデルです。もちろん会社が破産したときに、貸金債権の債権者になるという形で従業員はでてきますが、法システムとしての会社の外にあることには変わりがありません。株式会社というのは、出資者が出したお金を経営者が運用して、利潤を出して出資者にバックするという制度であり、それ以上でも以下でもない。このことを社会も法も認めているところで、カンパニー・ロー・モデルが作用するわけです。

ドイツと日本は、これにあてはまらないというのが、コミュニティーモデルの主張です。ただし、ここでドイツと日本の差が出てきます。ドイツは企業を共同体化するために国家法による介入を行います。つまり、「企業の legalization Verrechtlichung」です。具体的には、企業経営の労資共同決定制度(従業員と労働組合の経営参加)、それから従業員代表委員会制度(企業内労使関係形成についての共同決定)が2つの柱です。これらの法制度は、出資者のための株式会社に対して、従業員をメンバーとする企業を法的に構成し、そこにおける従業員の地位を国家法によって権利化するものです。したがって、ドイツの企業コミュニティーは、法的コミュニティーであるといえます。さきほど言及したように、キュブラー教授は、このような企業の法的処理を「企業の社会国家的 legalization」と特徴づけました。

日本の場合、企業コミュニティーは、法的な存在ではなく、戦後の労使

関係政策、経営政策によって作り出されてきた、従業員重視の体制であると言われます。これを企業共同体とか、日本の会社主義というように経済学者が呼んだわけです。このような日本の企業共同体の構成原理と要素について、キーワードを上げれば、終身雇用、年功序列賃金、企業別組合、従業員出身の経営者、株主を排除した経営者支配、株式の相互持ち合い、それから銀行を通じた間接金融などです。総じて言えば、会社主義の体制とは、従業員出身の経営者が、株主、株式市場を気にせず、従業員の忠誠心と勤勉さを確保し、メインバンクのバックアップをあてにして、長期的な戦略で企業経営を行うものとして特徴づけられました。この下では、会社の法的な構成メンバーでもない従業員が「社員」とよばれて怪しまれることがない、ということになります。

従業員が「社員」と呼ばれるというのは、欧米先進国では見られない現象のようです。私が親しくしているトーマス・ライザー教授は、会社法や共同決定制度にも詳しいので、この問題について議論したときに何度も確かめましたが、「社員とは、言わないね。やはり、従業員は、従業員だね」ということでした。ここには確かに、日本の社会における、会社・企業に対する見方が反映されています。最初に確認しておくべきでしたが、「企業は営利を目的として活動する経済的な単位、会社はその法形式」というのが議論の前提になる定義です。

さて、バブル崩壊後、日本における企業共同体が変容しつつあるというのは、皆さんご承知の通りです。世界金融危機でさらにどう変容するかということが、今問題になっています。少なくとも平成の会社法改革を含めて、90年代後半以降の日本の法改革は、カンパニー・ロー・モデルにそって企業を運営するという企業経営者の要請に対応する形で進められてきています。なぜならば、カンパニー・ロー・モデルがグローバル・スタンダードであるからという理由です。つまり、アメリカ型の企業モデルでなければ、世界のグローバル競争に勝てないということです。

そのような事態は、どこまで進んだのか、今後どうなるのかということがさらに問題になります。そのなかで、私が注目したのは、経済学者の岩井克人さんが平凡社から出された『会社はこれからどうなるのか』(2002年)、『会社はだれのものか』(2006年)という2冊の本です。ここでは、興味深い議論がみられます。それは、会社における「2重の所有関係」、ある

いは「2階建て構造」という議論です。岩井さんは、カンパニー・ロー・モデル型のアメリカ型の資本主義ではなく、日本型のコミュニティーモデルをこの新しい議論によって説明しようとしています。

この2重の所有関係、2階建て構造の内容ですが、かいつまんでいえば、会社というものは、株主によって所有されている会社が一方にあり、他方に、企業財産を所有して、労働者を雇用し、実際の生産をしている会社があり、2重の所有関係、2階建て構造によって成り立っているというわけです。

一方で株主にとっての会社(2階)と他方で従業員にとっての会社(1階)があり、それを経営者がつないでいる。実際に社会的に意味のある活動をしているのは、企業としての、つまり経営者と従業員が一体となって活動をしている1階部分ということになります。2階の会社である株主は、1階の会社がうまくやって利潤を上げてくれることを期待している、というのが会社であり、この2つが重なり合って資本主義企業があるということなのです。

この岩井さんの議論の視角は、企業共同体論の着眼点と非常によく似ています。企業共同体論は、出資者としての株主のウエートをうんと低くして、経営者と従業員が一生懸命やっているのが日本の会社なのだ、だから経済的にパフォーマンスが良かったのだ(ただし、「過労死」問題まで引き起こすシステムでもある)という議論をしました。岩井さんの二階建て構造論も、株主=経営者(出資者=業務執行者)の会社から、経営者=従業員の会社を分けて、ここに注目しているからです。

岩井さんの議論も参照しながら、私がさしあたりの結論として考えていることは、企業共同体、日本の会社主義と呼ばれるものは変容過程にあるけれども、相変わらず、株主・経営者・従業員の関係のあり方、企業のあり方は、資本主義・資本主義法を比較研究する場合の中心的なテーマだということです。資本主義の組織的な基幹にかかわる企業のあり方についての比較は、資本主義社会の法秩序のあり方を特徴づける重要な指標だと考えます。

ついでに言いますと、宇沢弘文先生がヴェブレン(Thorstein B. Veblen)の議論を引いて、インダストリーとビジネス、つまり生活のための生産活動(インダストリー)と営利活動(ビジネス)が、いわば資本主義企業の中

で一緒に行われていて、それが緊張関係にあり、矛盾する場合もあるといわれていますが(宇沢『経済学の考え方』岩波書店、1989年)、これもここで取り上げている論点と絡んでいます。

もう1つ、企業論として面白いと思うのは上村達男さんの議論です。上村達男さんは会社法の専門家ですが、公開株式会社と人民資本主義論(ピープルス・キャピタリズム)という議論をしています。株式会社は社会的投資機構であって、経営者は投資機構を管理している、つまり人民の財産を預かって管理をするという立場の者が企業経営者であり、企業経営者の責任の厳格さはこれに由来するものであるというわけです。ここでは、出資者(投資者)として人民(ピープル)ないし市民が想定されますので、こうした株式会社のあり方は、会社が社会を支配するのではなく、社会の中に埋め込まれた会社になるという議論です。これは一種の理想論ですが、会社・企業の問題は、社会と法の全体像に関わる重要な論点であることがあらためて示されています。

以上のように、企業と労使関係の実際と法制度は、比較法社会論の重要な問題設定の対象です。実定法学の領域区分にしたがって、会社法と労働法の話の別々にしていたのでは、重要な比較対象を把握することができません。さきほど触れましたドイツの企業における労資の共同決定制度(従業員と労働組合の経営参加制度)は、ドイツでは「企業法」という新しい法領域を作り出すことになりました。ドーアさんも、ライン型資本主義の特徴づけに際して、ドイツのこの制度を非常に重要だと言っています。EUは27カ国ありますけれども、ほとんどすべての国で、なんらかの形で従業員の経営参加制度を取り入れています。ドイツが一番従業員の権利を強く認めています。2,000人以上の大企業では、従業員(・労働組合)と株主が同数の役員を監査役会に送ることになっています。大陸ヨーロッパの会社システムは、英米型のボードシステムと異なり、監査役会が取締役を選任し、経営の基本方針を決めます。したがって、この制度の下では、企業の戦略部門に従業員が対等の立場で参加をすることになります。

日本とドイツの資本主義企業は、同様にコミュニティ型であっても、それについての法の役割が決定的に異なります。これをテーマにした比較(アメリカ型を入れたトライアングル比較の意義が大きい)は、それぞれの法秩序の固有性を明らかにする有力な手掛かりを提供するでしょう。

## 8. グローバリゼーションと国民国家—— 「問題」設定のための理論的枠組み・その2

次にグローバリゼーションの問題です。私のここでの整理はあまりうまくないと思いますが、お話をいたします。グローバリゼーションと国民国家の問題を論じようとするならば、資本主義法論で企業論を取り上げたように、グローバル企業と国家の関係、技術的な問題でいえば、知的財産権の制度など、これらについての国際法と国内法の関係がどうなっているか、それがグローバル化の中でどう展開・変化しているか、世界的な企業がその中でどう運動しているか、そういうところにフォーカスを当てなければ本格的にはなりません。私は、グローバル化のなかで個人と国民国家の関係がどのように変容するかについて、これまで多少のことを考えてきました。

グローバリゼーションはいろいろな定義がありますが、私自身は、社会主義崩壊の後に、資本主義がフロンティアなしにすべての地球を覆うようになってしまった、つまり資本主義経済のグローバル化がグローバリゼーションの柱だと思っています。また同時に、経済レベルのグローバル化と並行しつつ、人々が地球規模の問題を共有するという規範的な意識が広がっている。つまりグローバルな規範意識が拡大しているということも併せて、グローバル化の意義としてとらえる必要があります。

グローバル化に関連して、国民国家の変容が生じている。3つにまとめてみました。第1に、国家主権の脱中心化、これは国家が国民経済を管理する全面的な能力を減退させているということです。第2に、国民国家の脱国民化、国家が国民を保護する機能(福祉国家的機能)が後退している。第3に、国民社会の多国籍化、これは社会における外国国籍者の増大です。欧米先進国はいずれも外国国籍者をたくさん抱える国々になっています。日本は1億2,400万人のうち、まだせいぜい200万人ですから、1960年代初めのドイツとあまり変わりませんが、しかし傾向的にはこういう状況が進んでいる。

国民国家の変容の中心は、第2次世界大戦後の日本を含めて、欧米先進国が同様に追求してきた、あるいは20世紀のコンセンサスといわれた、福祉国家という国家体制(国民の福祉保障体制と混合経済体制を2つの柱に

する)が変容の局面に入っているということです。

ドイツの社会学者のウルリッヒ・ベックは、ナショナリズムにコスモポリタニズムを対置し、グローバル化の時代にあっては、ナショナリズムの思考が状況の変化を正しく捉えることができないという問題を指摘しました。彼は、国民国家という制度を認めるとか認めないかが問題なのではなく、我々の思考がナショナルな思考にとらわれていることについての自覚が必要なのだと言います。ナショナルな思考では、物事の展開をもはやとらえられなくなっている。そこでコスモポリタンの思考が必要だというわけです。

ベックは、その例として、ドイツの先進的工業地帯であるエッセンという町で、イタリア人の父とトルコ人の母から生まれた子のナショナルアイデンティティーをどう語ればよいかという問題を出しています。この子供と同級生のドイツ人の子供の会話をとりあげて、「君はどこの生まれなの」という問いかけから始まるこの会話がとんちんかんになってしまうことを取り上げて、ナショナルな思考の限界性を説明しています。

グローバル化は、そのような意味で、我々がこれまで社会システムを理解してきた思考方式の変化を迫るものでもあるといえるかと思えます。

そのことを法のレベルに戻して見るとすれば、国民国家を基礎にする法観念、国民国家を支える法制度の変化が生じつつあるということになるでしょう。まだ端緒的ですが、これまでの法がナショナルな法とインターナショナルな法の二元論で理解されてきたことに対して、一方で法の多元主義、他方でグローバル・ローというものが議論され始めています。

グローバル・ローについては、国際連合のような国際組織によっても支えられない、レックス・メルカトリア(中世における地中海世界の商人法)と同じようなものが、世界の国際取引の現場で生まれつつあるのではないかということが、国際法社会学のレベルでは議論をされている。つまり、グローバル・ロー・ウィズアウト・ステート(global law without state)の可能性と現実性についての議論です。

それからEUのような国際組織の法のあり方をどう見るのか。ナショナル・ローとインターナショナル・ローという二元論の中で、リージョナル・ローというのか、それは、まったく新しい法の生成構造をもつものではないか、等も議論の重要なポイントになってきつつあります。たとえば、ド

イツの連邦憲法裁判所が、EU条約に基づいて制定された、いわゆるEU第二次法の憲法審査をどの範囲でできるかは、難しい法理論の問題です。EUの立法権は、加盟国が条約に基づいて委譲した各国の立法権に基礎づけられています。したがって、その委譲の趣旨と範囲に抵触しない限り、各国での憲法審査は行い得ないということになると思います。ドイツの連邦憲法裁判所の判断もそのような論理に立っています。こうなると、ドイツの法的空間には、ドイツの立法者によって制定された法とEUの立法者によって制定された法が混在し、かつ、EU法の国内法に対する優位原則が適用されます。ドイツの法秩序の、主権国家的ないし国民国家的性格は、これによって明らかに変化しているといわざるをえません。このような法的空間、法秩序をどのように特徴づけるか、これは新しい問題です。

グローバル化の問題としては、国際経済のシステム、安全と平和のシステム、それから地球環境保全システム、これらが国際レベルで展開し、国内レベルの問題とどう絡み合っているのかなどが法現象の最先端の問題だと思います。私自身はその中でも、国際的な人的移動に関する法制度に関心をもって、多少調べているところです。

難民問題や外国人労働者の問題、あるいは移民の受け入れ、出入国管理、こういった一連の法制度が、このグローバリゼーションの中でそれぞれの国家の社会的、経済的、政治的条件に規定されながら、変化を遂げつつあります。特にドイツと日本の比較は、双方の社会と法の特徴をつかむために非常に意味のあるものだと思います。

ドイツと日本は、血統主義の国籍制度、移民を認めないという出入国管理の制度など、外国人問題について相似的な制度を持っていますが、第二次世界大戦後の経済成長のプロセスでドイツは外国人労働者を積極的に導入し、日本は外国人労働者を入れないという政策をとりました。その結果、法システムに大きな差ができつつあります。端的にいえば、ドイツの場合には移民国型の法制度に展開しつつあって、日本は旧来型の法制度のままにとどまっています。ついでにいえば、日本の出入国管理システムは、戦後、アメリカ型の制度として創設されたものです。そこで、制度的には、一度も使われたことがありませんでしたが、「移民」を受け入れることが可能でした。「移民」の法的な定義は、通常の外国人が期限と目的を限って入国を認められるにすぎないのに対して、期限と目的を限らずに、つま

り永住を許されて入国を認められる者のことです。日本は、1990年の入管法改正の際に、この移民の制度的可能性を削除しました。ドイツは、紆余曲折を経ています、移民を認める方向に向きつつあります。

国民国家の変容について、詳しくお話ししませんけれども、象徴的なことだけを1つ紹介します。憲法における「国民主権」の位置づけについてです。東西ドイツが統一するときに、東西の市民とかなりラディカルな法律学者たちのグループが、統一ドイツのための憲法草案を発表したことがありました。1992年のことです。

その憲法草案を見ますと、主権者としての「国民」(Volk)の定義は、「ドイツ国籍者」および「市民の地位を取得した者」と表現されています。この市民の地位を取得した者とは、5年以上合法的にドイツに滞在している外国人で、かつ市民の法的地位を申請によって取得した者と規定されています。いわば、永住権者です。

ここでは明らかに「国民」国家のコンセプトが、「市民」国家のコンセプトに切り替えられています。ドイツという国家は、ドイツ社会に居住している市民、すなわち、ドイツ国籍者と外国人市民によって構成されるということです。これは実定憲法ではありませんけれども、そういう憲法構想が出現していることに私は注目しました。国民国家をめぐる法制度、法理論の比較検討は、まさに21世紀的なテーマだと思えます。

## 9. 市民社会論のルネッサンス——

### 「問題」設定のための理論的枠組み・その3

レジュメに記載した問題をいくつもはしりましたけれども、最後の市民社会論について、少し駆け足でお話いたします。

「市民社会論のルネッサンス」という意味ですが、20世紀の終わりから21世紀にかけて、シビル・ソサエティー (civil society) に関する社会科学の文献が、国際的にたくさん出ております。その国際的な議論の中で、「市民社会論のルネッサンス」ということが言われています。その背景には、次のようなことが指摘されます。

まず、20世紀の終わりから21世紀にかけて、民主主義をいかに活性化すればよいかという議論と新しい運動が広がり、その運動は市民社会のあり

方を問題にする形で展開している。また、市場至上主義（マーケットファンダメンタリズム）に至るほどに市場の重要性が強調され、国家（公）から民間領域（私）に事業を移すという大きな変化が生じていますが、民間（私）という観点から考えると、それは市場だけではなくて市民社会も含むわけであり、あらためて市民社会とは何かということが議論になる。

発展途上国や体制移行国は、先ほど触れた法整備支援との関わりでいえば、民法を作り、刑法を作り、商法・会社法の整備をするという中でどうい社会を目指すのか、そこでも、市民社会とは何か論じられることとなります。

もう1つ、社会主義体制が崩壊して、資本主義に対するオルタナティブが何もなくなくなった状況のなかで、資本主義を批判する運動論的な戦略的議論として市民社会論が使われている。以上のような様々な事情が、これらに関連しあって時代の状況を作り出しているわけですが、市民社会のルネッサンスの背景にあると考えられます。

それでは、市民社会の概念はどう理解されるのか、ということです。吉田克己先生もすでに整理されていますけれども、市民社会概念の理論モデルは、3つに整理できます。もっと細かく7つぐらいに分類する山口定さんのような分類の仕方もありますけれども（山口『市民社会論—歴史的遺産と新展開』有斐閣、2004年）、分かりやすいので3つにします。

ラテン語のソキエタス・キウィリス (societas civilis)、ギリシア語の「ポリティア・コイノニア」は、もともと、国家を意味するのと同時に、国家を構成する市民の集合体を意味するものであったわけですが、この概念が近代になって論じられるシビル・ソサエティーの先駆だと言われます。このシビル・ソサエティーが、市民社会概念の第I型です。この概念の下では、市民社会は国家を含めて全部を包摂する。政治、経済、社会を全部包括したものと市民社会をとらえる、そういうモデルです。したがって、これは国家・市民社会一元論のモデルです。

次が、ビュルガーリッヘ・ゲゼルシャフト (bürgerliche Gesellschaft) を市民社会として理解するモデルです。これはヘーゲル・マルクス型といわれるものですが、政治的国家と経済的社会とを分けて、経済社会として市民社会をとらえるというコンセプトです。このモデルは、国家・市民社会二元論である。これを市民社会の第II型とします。

それから最も新しい概念は、ツィビルゲゼルシャフト (Zivilgesellschaft)、あるいはまったく同趣旨で、ビュルガーゲゼルシャフト (Bürgergesellschaft) (これは、文字通り「市民の社会」です)とも表示されますが、これをⅢ型とします。これは、国家と市場をそれぞれシステムとして捉え、これに対峙して、自由なコミュニケーションによって市民が構成する公共圏を市民社会として規定するものです。これを最も明確に打ち出したのは、ドイツの哲学者、ユルゲン・ハーバーマスです。

見ているところ、だいたい議論の仕方としては、日本では第Ⅱ型、二元論的に理解するのがこれまでの法律学者、社会科学者の通念だったと思えますけれども、これに対して第Ⅰ型と第Ⅲ型のコンセプトによって、新たな問題提起が行われているというのがルネッサンスの状況かと考えています。

さて、それでは法理論的に、市民社会というカテゴリーで何か新しい問題がとらえられるのかということです。実は戦後の日本法学は市民社会論を一貫して問題にできています。これはドイツと違います。ドイツでは、そういう議論の仕方はない。たしかに、現在のドイツでは、第Ⅲ型の市民社会論が非常に隆盛ですが、これは、まさに現代の問題に向かうものです。しかし、戦後日本の法学、より一般的に戦後の社会科学は、市民社会論をいろいろな形で重要視してきました。川島先生の議論がそうであり、戒能通孝先生の議論もそうです。

これはなぜかということ、ここに日本の固有性があるわけですが、戦前型の社会の克服、戦前型の法思考と法体制を本質的に批判し、これと決別するために、市民社会という欧米モデルの社会論が位置づけられたということです。つまり、戦後社会にとっての課題として市民社会の確立が位置づけられた、と考えることができます。

それでは、その課題は達成されたのかという問題がここにでてきます。これに明確に回答するのは、広中俊雄先生です。先生は、1960年代後半に日本でも市民社会が成立したと判断します。その場合の要件は、資本主義的経済体制と民主主義的政治体制の確立、人権意識の社会的定着があげられます。広中先生は、このようにして成立した市民社会の秩序を与件にして『民法綱要・第1巻・総論上』(創文社、1989年、新版2006年)を書かれました。この著作は、文字通り、日本市民社会の法の構造を描くことを目

的にしています。

ところで、さきほど市民社会論のルネッサンスの背景の1つに、社会主義的オルタナティブが喪失したあとの、資本主義への戦略的批判があると述べましたが、このような市民社会論の位置づけは、戦後日本の法学が市民社会を「課題」として捉えたことに実は連続するものだと考えています。

1950年代の半ばごろに、戒能通孝先生は、市民社会がもはや墮落したブルジョアジーによっては実現できないこと、その役割を担うのはいまやプロレタリアートであり、社会主義の下で初めて市民社会が十全に展開すると予測されたことがあります。これを現代の状況の下でどのように解釈すべきか、難しい問題ですが、いずれにしても市民社会が、現代資本主義を克服したところで実現するものとして捉えられているところがポイントです。戒能先生の視角は、現在の市民社会論のルネッサンスとつながっているように見えます。戒能先生のこの問題意識は、渡辺洋三先生、清水誠先生に引き継がれているというのが私の考えです。そうであれば、「課題としての市民社会」論は、内容を変容させながら、継続しており、そこでは、市民社会が現代資本主義を克服するどのような経済体制をもつものとして構想されるのかが、重要な問題だということになるでしょう。

それからもう1つ、市民社会の理解に関わって重要な議論は、法体系論をどうとらえるかです。北大GCOEのプロジェクトの中でも公法私法二元論について、1つのダイコトミーですけれども、これがどのように変化していくかをとらえる、新しい法的な思考が必要だとメンションされていました。まさにそこにかかわる問題です。

伝統的な公法私法二元論は、ドイツ由来だと思いますけれども、公法と私法の領域の概念の定義それ自体は、少なくともドイツのレキシコン、法律用語辞典の範囲で見ると限り1950年代の基本的な考え方からそんなに遠く隔たっていないように思われます。二元論の問題は、公法・私法の領域を分ける概念定義にあるのではなく、公法領域に私法領域と異質な、国家の権力的優位を承認する原理が妥当すると考えるかどうかにあります。法理論の実際においては、こうした特殊の公法原理を体系的に維持するという議論はほとんどなくなっていると思われませんが、それではあらためて公法・私法を包摂する法体系論をどう考えるかについては、十分に論じられているわけではない。

日本では、広中先生が『民法綱要』で法体系一元論を強く打ち出されました。また、融合論、あるいは協働論という形で、公法学者と私法学者が議論をしていることはご承知の通りです。このように、法体系を論じることになれば、その法の拠って立つところ、またその法が対象にする社会の基本構造がどうなっているかは、避けて通れない議論のはずです。どういう社会を念頭に置いて、法体系論を語るのか。第Ⅱ型のように、国家と社会という二元論で考えているのか、あるいは第Ⅰ型のように、市民社会の中に国家を包摂して、国家というのはガバメントであって、市民社会のインストゥルメントだと理解するのが、重要な関連をもちます。たとえば、川島先生の初期の市民社会論をご覧になればお分かりのように、川島先生は、おそらく第Ⅰ型の発想で、「私法への公法の融合」を論じられました。私法への公法「融合」による一元論です。

こうした問題への関心は、広中先生の議論に触発されたところが大きいのですが、とくにその中で、市民社会論・法体系論において人権論をどう位置づけるかというのが日本の戦後法学を考える上で、非常に重要なポイントであることをあらためて思っています。

人間の尊厳論は、今ではありきたりの議論に聞こえるかもしれませんが、よく考えるととても意味深長な議論です。近代の始まり、近代を宣言したのがフランスの人権宣言であるとすると、第2次世界大戦後の世界、現代世界の始まりにだされた世界人権宣言をそれと対比してみると、2008年は、世界人権宣言の60年です。フランス人権宣言の第1条と世界人権宣言の第1条を比べると、フランスの人権宣言の場合は「権利において平等に生まれ」と書かれていますが、世界人権宣言は「権利と尊厳において平等に生まれ」と書かれています。ここにおいて、人間の尊厳、ヒューマン・ディグニティーというコンセプトが世界に向けて発信された国際的法的文書に登場したのです。これ以降、第2次世界大戦後の各国の実定憲法に人間の尊厳の概念が採用されていき、最近では欧州連合人権憲章にも人間の尊厳の概念が採択されました。

それでは、人間の尊厳の概念が市民社会論・法体系論にどのように関わるかということです。広中先生の議論をお借りしながら述べると、人間の尊厳概念の登場は、市民社会および市民社会の法主体（法人格）が歴史的に2段階的に発展したという理解を導くこととなります。近代の法主体は、

商品交換経済の担い手、市場主体としてとらえられています。その限りで、普遍的な権利能力、自由で平等な法人格が法的に承認されました。これが近代民法典の法人格です。これが第Ⅰ段階、そして、人間の尊厳を担った主体として法主体をとらえ直す、市民社会がそのような人権観念を定着させる、これが第Ⅱ段階になります。

このような変化は、法の承認する価値、法的規制の射程とあり方に規定的な影響を及ぼすでしょう。ここには、現代の法のあり方に関わる重要な論点が多様に含まれていると考えられます。商品交換主体としての自由と平等は、労働者の自由と平等から照射するときには、形式的であり、仮象的なものとして捉えられます。これに対して、人間の尊厳の価値が法的な原理的視点として位置づけられるとすれば、法の世界はこれまで以上に、より実質的な価値決定に踏み込み、形式性・仮象性を解消する方向に動くでしょう。しかし、人間の尊厳を法的な概念として位置づけるかぎり、限界なく実質的な価値決定の世界に開かれていることはできない。いいかえれば、人間の尊厳の概念といえども、どこかで仮象の世界を作ることになる。

すこし、議論の筋をずらすことになるかもしれませんが、法におけるこの仮象性、フィクション性について、述べてみたいと思います。お手許の資料「ドイツ民法典第1条の含蓄」をご覧ください。みなさんのお目にはあまりとまらない『ドイツ研究』（第42号、2008年）という雑誌に書いたものです。この雑誌は、日本ドイツ学会の学会誌で、2008年から編集も装丁も一新して、信山社から刊行していただくことになったものです。その記念すべき号から「研究余滴」一何でも書けるように「余滴」というわけですが、欄が設けられて、そこに掲載されました。

この小論は、ドイツ民法典の出発点である“Person”（ペルゾン＝法人格・権利主体）をめぐる考察です。ペルゾンという概念は、ホッブスが『リヴァイアサン』の中で定義し、説明しています。ホッブスによれば、もともとペルゾナというのは仮面の意味であり、衣装を着て何かあるものに扮するというのがペルゾンの原意です。ホッブスの定義は、次の通りです。ペルゾンとは「かれのことばまたは行為が、かれ自身のものとみなされるか、あるいはそれらのことばまたは行為が帰せられる他人またはなにか他のものことばまたは行為を、真実にまたは擬制的に（fictional）代表する

ものとみなされる」人、のこととされています (ホブス (水田洋訳)『リヴァイアサン』第1巻、岩波文庫。2006年260頁)。

ところで、ドイツ民法典の第1条は、皆さんご承知のように「人間 (Mensch) の権利能力は、出生とともに始まる」と規定しています。そして、ドイツ民法典のこの節の表題が「Person」です。いいかえれば、人間 (Mensch) は、権利能力を取得することによって「Person」になる、というのがここで示されている論理です。このMenschからPersonへの転換は、ホブスが指摘しているように、「かれのことはまたは行為」が「かれ自身のもの」と「みなされる」(法がそのようにみなす) ことによって行われるわけです。ホブスは、これを、意思能力を有しない者のために代理人が行為し、その行為が本人のものと「みなされる」ということに着目して、同じ論理で説明したのです。

これを実定法的なシステムに具体化するためには、権利能力と行為能力という概念を分けて概念操作をすることが必要でした。ホブス的なペルゾン概念をそのまま踏まえると、意思能力のない者は、ペルゾンそのものではなく、ペルゾンに代表されることによって、ペルゾンであるのと同じ効果をもつ者になります。そこで、ホブス的な意味でのペルゾンには行為能力の概念をあて、行為能力者によって代表される者が権利能力者であり、ペルゾンであるという法的構成がドイツ民法典では採られます。このように構成すれば、通常の人々は、自己の行為能力によって権利能力者＝ペルゾンであり、行為能力を欠く者も代理人によって権利能力者＝ペルゾンとなり、すべての人々がペルゾンとして承認されることになります。

このように、ペルゾン (法人格) の概念は、その法的構成において、「みなされたもの」というフィクション性を示しています。他方で、現実社会との関係においても、ペルゾン概念の抽象性は、フィクショナルな性格をはらんでいます。商品交換主体＝市場主体として、自由で平等な存在としてすべての人間をとらえるというのが近代民法典のペルゾン概念の社会的基礎ですが、そこでは、経済的な異質な利害の対抗が捨棄され、労働者も資本家も農民も一緒にとらえられたわけです。このフィクション性は、資本主義の歴史的発展の中で、実際の矛盾を生み出し、さまざまなリアクションが起こり、法のあり方の変化 (社会法の登場など) を作り出すことになります。

私は、法における「性別」も法によって見立てられたもの、その意味でフィクショナルな性格を持っているのではないかと考えています。ご承知でない方のほうが多いと思いますが、ドイツにおいて、近代民法典への過渡期を担った啓蒙主義的なプロイセン一般ラント法 (1794年) は、ツヴィッター (Zwitter)、つまり両性具有者の存在を法律上認めて、それに対処する制度を設けていました。これに対して、ドイツ民法典の起草者は、プロイセン一般ラント法の時代と違い、近代医学の知見によれば男か女に必ず分別できるので、ツヴィッターの制度は無用だとしました。

プロイセン一般ラント法のツヴィッターの制度によると、出生時には、とりえず、親がどちらの性別で育てるかを決め、18歳になったら本人がいずれの性別にするか選択するとされていました。法制度らしく、性別の変更によって第三者の権利を害することができない、とする規定も設けられています。いずれにしても、最終的に本人に性別の選択を認めているのです。

近代民法典が性別について極めて厳格な態度をとったのは、もちろん医学的な知見によるという理由が述べられていますが、実際上の必要性として民法典および全体の法制度そのものが、男女に異なった法と権利を用意していたからだと言えます。ドイツ民法典第1草案理由書は、民法典第1条がすべての人間の権利の平等性と法の共通性を承認したものであるとしてその意義を高らかに宣言すると同時に、この2つの原則が絶対的なものでなく例外を含むものであると述べています。そして、その例外のもつとも重要なものが性別とされているのです。

性別がペルゾンの普遍的承認の例外を産むという公式の言明は、社会経済的実質の差異を商品交換主体という抽象によって社会的にフィクショナルな法を作り出すことと合わせて、近代法の性格を形づくるものといえます。現代における人間の尊厳の承認は、法主体の法的あり方についての再考を求めることになりますが、人間の差別化・実質における不平等につながる法のフィクション性を実質において補正しながら、しかし、法と権利の規範性が含むフィクション性を勘案して、人間の尊厳にふさわしい法のあり方をどのように考えるべきか。話がやや一般的になりましたが、これも市民社会論と関連して出てきた論点として、述べさせていただきます。

最後に、市民社会論のルネサンスの中で、法的に重要な問題になっている1つは、社会の中の間団体への注目です。アソシエーション、ネットワーク、コミュニティーなど、多様な中間団体・組織について、この役割をもっと重要視して、法のなかに取り込むこと、そのような法制度的な対応が必要なのではないかという議論が広がっています。これはハーバーマスのツイビルゲゼルシャフト論、人々の自由なコミュニケーションの場、公共圏としての市民社会と直接に結び付く問題関心でもあります。具体的には、法人制度のあり方、団体活動の助成のあり方などが検討の対象になります。

市民社会論のルネサンスに関わっていくつかの論点をみてきましたが、これを活かしながら法の比較のための問題設定をすることになります。たとえば、法人制度とその社会的機能の比較などは、すぐに思いつかれるでしょう。市民社会論は、その位置づけについて、戦後の社会科学と法学の思い入れという、日本的な固有性があり、これを活かして比較の問題設定をすれば、面白い論点を引き出すことができるのではないかと思います。

## 10. おわりに

以上、論点が拡散気味になりましたが、比較法社会論の方法と問題設定の枠組みについてのお話をいたしました。申し上げたような方法的問題に留意しつつ、面白い問題設定を行う。そのような個々の問題の設定と研究を積み重ねることによって、一挙に全体の比較はできませんから積み上げ方式によって、日本の社会と法の固有のあり方を研究する。これが比較法社会論の構想です。

お聞きいただいて誠にありがとうございました。