

比較法社会論と『社会と法』比較の可能性 ——広渡報告へのコメント

石 田 眞

1 広渡清吾教授の「比較法社会論のパースペクティブ」という壮大なテーマをもった講演に対してどのようなコメントをおこなったらよいのか戸惑っているが、専門の労働法学の他に法社会学にも関心をもって研究を行ってきた者として、ささやかなコメントを行いたい。ただし、講演当日は、コメントに許された時間が短く、意を尽くせない点もあったので、ここでは当日のコメントに若干の補足を加えて述べることにする。

2 ところで、比較法社会論と銘打って「法の比較」を行う場合、問題は三つあると考える。第一は、何のために法と社会の比較を行うかという〈比較の目的〉の問題であり、第二は、どのようにしたら法と社会の比較は可能なかという〈比較の方法〉の問題であり、第三は、比較の対象である社会と法、とりわけ対象としての法とは何かという〈比較の対象〉の問題である。以下、この三つの問題にそくしてコメントを行うことにする。

3 比較の目的。広渡教授は、自らの比較法社会論の目的を日本社会と法の固有性を比較を通じて明らかにすることであると述べている。第一の問題は、この広渡教授の比較の目的論をどのように位置づけるかである。

従来、「日本社会と法の固有性」の探求については、明確に異なった二つのモデルがあった。一つは、「日本法の固有性の探求」とでもいうべきモデルであり、末弘巖太郎が戦時中の論文「法律と慣習—日本法理探求の方法に関する一考察」（『法律時報』15巻11号2頁以下）において展開したものである。そこでは、継受した近代法の土着化過程における継受法と法に関する日本固有の社会的・文化的観念の緊張の中に日本法の特質が探求されていた。もう一つは、「日本人の法意識の探求」と

でもいうべきモデルであり、川島武宜が『日本人の法意識』（岩波新書）において展開したものである。そこでは、継受した近代法と日本人の法意識の落差を「遅れ」として認識し、遅れた日本人の法意識と理念としての近代法の乖離の中に日本法の特質が探究されていた。

こうした〈比較の目的〉との関連で析出した従来の「日本社会と法の固有性」探求の二つモデルからみると、広渡教授の比較法社会論は、教授自身も自認されているように、第一の末弘モデルを継承するものであることは明らかである。末弘モデルを引き継ぎ、日本社会と法の固有性を、西欧社会との優劣ではなく、それらとの等価的固有性において探求しようとする広渡教授の比較の目的論については、私も、次に述べる川島モデルに批判的な立場から、それを好意的に受け止めている。

4 比較の方法。比較の目的が日本社会と法の固有性の探究であるとする、その際の比較の方法の原点は、かかる固有性を探究する方法ということになる。この点に関しても、従来、二つの方法が存在した。一つは、法的慣行（「生ける法」）のあり様を通じてそれぞれの社会と法の特質を明らかにしようとする末弘の「社会秩序の力学的構造論」である（末弘・前掲論文）。末弘は、この方法によって、華北農村慣行調査を行い中国社会の特質を解明しようすると同時に日本社会と法の特質をも明らかにしようとした。もう一つは、理念としての近代法と現実の法意識の乖離のあり様を通じて日本社会と法の特質を明らかにしようとする川島の近代化論である。川島は、この方法によって、明治期における西欧法の継受以来の日本法の特質を日本社会の前近代性との関係で明らかにしようとした。

ところで、以上の日本社会と法の固有性を探究する方法は、それ自体では異なる社会間の比較の方法ではない。比較の方法というためには、固有性の探究のための方法が社会間比較の方法に接合されていなければならない。そうした意味での比較の方法という観点からみると、末弘の「社会秩序の力学的構造論」は未だ社会間比較の方法としては未知数であった。これに対して、川島の近代化論には、西欧近代における社会と法との比較において明治以降の日本社会と法の特質を探究しようとした点で、社会間比較の方法が内在されているように見える。しかし、川島の近代化論的比較論は、〈理念化された西欧近代の社会と法〉と〈現実の日本社会と法〉が比較されている点で最初から「答え」が用意された比較論である。西欧近代社会自体における〈理念〉と〈現実〉との関係（とくに両者の乖離を含む関係）は無

視され、〈理念〉があたかも〈現実〉であるかのような前提で比較を行う川島の方法では、結局のところそれぞれの社会と法の固有性を明にすることができなかった。例えば、川島は、日本社会においては、契約の成立と内容に明確さを求める近代的契約規範にもかかわらず、契約実践においては、契約の成立についても内容についても不明確・不確定であり、そこに日本人の契約意識の前近代性があるという。しかし、アメリカ法社会学の研究成果によると、アメリカの企業間取引においても近代的な意味での契約を回避する現象がみられ、①契約締結時に契約内容について詳細な条件を定めることを回避し、②契約紛争解決手段として契約規範に基づき法的手段に訴えることを回避するとされている（S. Macaulay, 'Non-Contractual Relations in Business: Preliminary Study' 28 American Sociological Review 55 (1963)）。つまり、近代的契約規範と契約実践の乖離という点では日本もアメリカも違いがないのである。それぞれの社会における違いがあるとすれば、それは、「乖離」という問題のあり様に違いがあり、その違いの背景や根拠を追求したとき、それぞれの社会と法の固有性が明になるということであろう。

さて、以上のような〈比較の方法〉をめぐる問題状況を踏まえたとき、広渡教授の比較法社会論をどのように位置づけることができるだろうか。広渡教授は、まず、日本社会と法の固有性を探究する方法として、比較的・歴史的アプローチおよび法把握について非法律実証主義的、法社会学的アプローチを採る、とされている。ただし、そこで言われている、「比較的・歴史的アプローチ」「非法律主義的・法社会学的アプローチ」が何を意味するのは必ずしも明らかではない。また、広渡教授は、社会間の比較の方法も積極的に提示されている。具体的には、現代的な文脈のなかで設定された「問題」に即して機能的な比較を行い、そこから引き出される固有の相についての認識を、「諸問題」の比較を通じて総合化し、法と社会の全体像の固有性の認識を獲得するというものである。日本法の固有性の探究する方法（アプローチ）を前提とした広渡教授の〈比較の方法〉は、比較にあたっての共通の「問題」を設定し、「問題」にそくして機能的比較を行うという点で、末弘の方法の欠落を補いつつ、川島の弱点を克服しているという意味で優れているといえる。私自身は、〈比較の方法〉として、それぞれの社会と法が機能的には等価であることを前提として、それぞれのあり様はその社会の選択の結果であり、その選択の中に各社会の歴史的・文化的経路性をみる比較制度論的発想をもっている。広渡教授の〈比較の方法〉も、それに親近性をもつものであると理解している。

5 比較の対象。誤りを恐れずに言えば、広渡教授の比較法社会論においては、〈比較の対象〉である「法とは何か」について、〈比較の目的〉、〈比較の方法〉に比べ明確さを欠くというのが私の率直な印象である。これまで度々言及した末弘にしても、川島にしても分析の対象である「法」については、明確な概念規定をもっていた。末弘の場合は、対象たる法とは、その社会で行われている法的慣行（「生ける法」）であり、川島の場合も、それは、「生ける法」を基礎とした「生ける法」と「国家法」の対抗と緊張の構造というべきものであった（川島武宜『法社会学における法の存在構造』）。これに対して、広渡教授の場合は、実際の「問題」に即して機能的比較を行った論述から推測すると、〈比較の対象〉たる法とは、さしあたり、「生ける法」ではなく国家法であるようにみえる。

この点に関連して、広渡教授は、かつて、1990年代までの日本社会を日本的企業社会と規定し、日本的企業社会の論理が企業を「法の出番のない社会」にしているという仮説を提示されたことがあった（広渡清吾「日本社会の法化と戦後法学」『社会科学研究』49巻2号）。その仮説とは、企業は統一した目的のために組織され、強い集団的組織規範を維持して、独自のコードによって組織の目的を実現・再生産されており、かかる企業にとって法は、所詮外部環境にすぎず、法のコードが企業組織に内面化されることはないというものである。この仮説において法とは、企業の外部環境としての公式な法制度（法令や判例）のことであり、企業の内部規範は「法」とは認識されていない。しかし、社会と法の特質を検討する場合、企業などの部分社会における内部規範と外部環境としての公式法制度との関連こそが重要であり、そこに日本社会と法の特質があるように思われる（この点に関しては、拙稿「〈企業組織の法社会学〉にむけて」日本法社会学会編『法社会学の新地平』所収）。そうであるとする、〈比較の対象〉としての「法」には、国家法だけでなく部分社会の内部規範（「生ける法」）も含め、その関連の中にそれぞれの社会と法の固有性を明らかにする必要があるように思われる。広渡教授からは、そのようなことは当然の前提であるとの反論があるかもしれないが、なおこの点についてのご見解をどこかで伺いきできればと願っている。