

比較法学の新段階；滝沢正編集代表
『比較法学の課題と展望——大木雅夫先生古稀記念——』

戒能 通厚

1 本書の構成

大木雅夫はその著書『比較法講義』（1992年、東大出版会）において、ラートブルッフの「それ自体の方法論に耽る機会のある科学は、病める科学である」という言葉を引き、いささか方法論過剰なドイツで語られたこの言葉は、基礎理論を久しく敬遠し借り物の理論を墨守しているようなマンタリテが支配的な我が国の学問にとってはかえって有害な働きをしかねないと指摘している（同書、91頁）。大木のこの指摘にあるように、我が国では法学における方法論議は決して活発ではない。また大木が追求してきた比較法学は、我が国においては法学部に主要な講義科目とされている例は少なく、依然として少数派である。本書の編集代表者の滝沢正が大木比較法学を「権威や有力な学説におもねらない批判精神にその真骨頂がある」と評している（本書、8頁。以下、単に頁で示すことがある）ように、大木たちが担ってきた比較法学は、我が国では法学の主流に対して終始、批判的なスタンスを維持してきたと言えるであろう。本書は、この大木雅夫の古稀を記念して編集され、彼に献呈された書である。

大木の比較法学の軌跡は、我が国における比較法学の本格的展開そのものに重ね合わさっていると行ってよく、その到達点をどのように認識し、そこからどのような展望が開かれるかを一度、検討する必要があった。本書は、まさにそのような期待に応える待望の書と言ってよい。

本書は、第1部「比較法原論」、第2部「外国法の諸相」よりなる。1部には、千葉正士、広渡清吾、大江泰一郎、滝沢正、五十嵐清、木下毅といった比較法の方法論について独自の主張を行っている代表的な論客が顔を揃えている。2部ではイギリスの憲法改革について分権化を中心に分析する、加藤紘捷論文、アメリカにおける *amicus curiae* とロー・クラークの働きを分析して世論と裁判所をむすぶその機能に照射する、金原恭子論文、アメリカのロースクールの歴史的な経緯とラングデルの名とともに著名となったケース・メソッドの成功と「失敗」の要因を分析し、大学における法学研究は実務家養成教育といかなる関係にあるべきかといった我が国の現在の問題状況に一石を投じる、大川裕紀子論文、フランス1958年憲法の1993年改正の眼目となった政府高官の刑事責任追及の峻厳な仕組みを我が国の状況と対照する、田辺江美子論文、ヨーロッパ人権条約による「人権のヨーロッパ化」現象をフランスの破毀院・國務院判決を通じて分析し、普遍的な人権保障の確立に向けた締約国の国内裁判所の同調とともに人権裁判所へのその逆作用、す

なわち「相互作用的關係」に注目する、小林真紀論文、18世紀ドイツの大学の講義が教授たちの自発性に委ねられた自由競争主義であったことを明らかにし、聴講者数などの量的指標のみによって大学における教育科目の整序を行う政策の愚かさを指摘する、荒井真論文、「西洋法」とキリスト教の關係という自明視されたことがらについて、ドイツ宗教改革期の法学者であるオルデンドルプの生涯とその著作を検証し、法学の方法論において、キリスト教前的な人文主義の影響を含む歴史的な連続性があることを明らかにする、佐藤亨論文、第2次大戦の戦後処理の中でドイツ・ポーランドの国境線で強制移住を迫られたドイツ人の財産没収などの問題が東西ドイツの統一後、どのように表面化し、連邦憲法裁判所で扱われたか、さらには旧東独におけるソ連占領下の土地改革によって無償没収された土地の保障問題など未解決の問題について詳細に検証する、小林公司論文、が掲載されている。

同じ第2部の森下敏男論文は、帝政ロシア法研究の欠落を克服するという問題意識で彼が発表してきた論文の延長にあるが、スラブ法の精神とロシアの非西欧的精神の直結的理解を避けるべきとしながら、伝統的ロシアに近代的所有権概念が発達しなかったことについて、この精神の背景にある歴史的事情に注目している。すなわち、世帯の労働力の増減にも配慮した、したがって個人でなく「世帯」を単位とした定期的割換制を持った農村共同体ミールと、形式的平等主義で土地の割換制がなされるゲルマン的な共同体の差違が、全員一致と協同といった統一的原理で動く農村共同体およびギリシャ正教の非合理性に支えられたロシアと、有機的人間関係に代える個人間への外的強制としての法を必要とした西欧近代との差違を生み出したとする歴史的考察が行われている。(426頁以下)。同時に、森下が、東西の狭間にあるというロシアの地政学的位置がロシアの文化に独特の意味合いを付与し、西欧への近さがかえってロシアを西欧から遠ざけ原因となったとする点(本書、438頁)などは、森下「ロシア法論」の全面的な展開の中で検証されるよう期待したい。

眞田芳憲はイスラーム法研究で知られる稀少な比較法学者であるが、イスラーム法の便宜かつ恣意性をシンボライズしているとされるカーディー裁判という評価はイスラームのカーディーの在り方を正しく伝えていない。イスラームの裁判官は訴訟手続、証拠に関する厳格な原則の下にあること、また、イスラームの法であるシャリーアは、これを補充しその一部を形成する手続的な国家法=カーヌーンとともにイスラーム的「法の支配」を貫徹させているのであって、世俗法であり権利の体系として構成されるヨーロッパ近代法の観念での「法の支配」と同じものを発見できないからといって、イスラーム法に「法の支配」が欠けていると非難するのは妥当でない。イスラームの社会の全生活過程がイスラームの神聖法、アッラーの命令の総体であれば、イスラームの法は義務の体系となることが必定である。逆に何故にイスラーム法が政教一致の法体系として構成されなければならないかは、イスラーム社会の構成原理を知らなければ理解不能である。このように法と宗教的規律とが社会の構成原理として渾然一体となっているイスラーム法に対して、法的な領域の固有性を所与の前提として法と他の宗教的・社会的規範の区別を固定化する西欧的な法を、法のすべてに共通すると考え、そのような一方的な観念を前提にイスラーム法を法でないとする西欧法中心主義こそが、イスラームの法の理解を難しくしているのだ、と眞田は明快に説く。

安田信之と浅野宜之によるインドにおける人権概念の生成に関する論文が巻末に置かれているが、この論文で安田がアジア・非西欧の人権とは、「共同体の正義」ともいうべき集团的・社会的権利という構成を特色とすると説く議論は、先のイスラームについての真田論文、さらには森下論文とも通底する非西欧法分析の方法論とも関連し、むしろこの3論文は第1部との関連でも扱われることが妥当であろう。しかしながら、この書評では何よりも紙幅の関係から、また評者の力量不足から第1部の諸論文に限定していることをお詫びしておきたい。

2 比較法学の現在——「比較法社会論」の位相

第2部所収の諸論文は、外国法研究とされるものであるが、比較法研究と言いうるものとなっているのは、そこに「比較」という観点があるからである。自国法を念頭において行われる外国法研究が、当該の「外国」について自国法として研究している研究者による研究と異なるものとなることは当然であるが、その理由は、「比較」という観点における相違による。今後我が国において、外国法教育が当該の「外国」からの研究者によって担われていく事例が一特に法科大学院設置後において一増加していくであろうが、いかに情報としての外国法研究が進んでも、それが我が国の法との「比較」という観点を欠いたまま進行するならば、比較法学の発展にとってどれほど積極的な意義があるか、疑わしいことになる。

比較法研究は、外国法の研究を前提にするけれども、比較法研究には外国法を自国法と異なる法として認識する以上のことが要求される。大木は、それ故に、比較法研究は比較の対象とされた各項目をその国の法秩序全体において構造連関を含めてとらえる方法が必要であると説き、機能的比較法から構造的比較法という方法的進歩の方向を示唆していた（前掲書、96-100頁参照）。ダヴィッドやツヴァイゲルトに象徴される法圏論ないしは法系論は、その最終的な到達点を模索したとも言えるコンスタンティネスコが述べたように、異なる法秩序を支配する全体構造やその特殊な形態を明らかにするマクロ的比較の方法として、ミクロ的比較に対置されるべきものとして追求されてきたのであった。大木は、ミクロの比較のみによっては比較法という学問的営為は完結しないというコンテキストの中で、法圏ないし法系論の一定の意義についての、これらの比較法学者の見解への支持を表明している（前掲書、70-71頁）。大木はまた、ツヴァイゲルトが法の様式を特徴づける要因（＝様式形成要素）のなかでとくに重要で本質的なものに着目し、ミクロの比較から比較普遍法学を目指した方向に同意しているが、コンスタンティネスコのように厳密な「規定的要素」の確定によるいっそう客観的な法圏分類を求めること自体に比較法学の目的を限定しておらず、ツヴァイゲルトにしたがって、法圏論の構築自体が比較法学の目的でなく、その普遍主義的な比較法学の方法にとってそれは、補助的な枠組として位置づけられるものとしている（前掲書、127頁）。この主張は、本書において広渡清吾が、「比較法社会論」と名付ける方法を提起しているのと親和的である。広渡は、法社会学の観点から「比較」とは、種々の問題を通じてある特定の社会と法の特徴を描き尽くすことではないかとのべ、「比較法社会論」とはこうした諸問題を通じてある法秩序の固有性を探索することであると主張する（本書、34頁）。

小森田秋夫編の『市場経済化の法社会学』（2001年、有信堂）の書評（本誌、第2号）のなかで法社会学者の佐藤岩夫は、法社会学における「比較」には、3つのタイプがあるとのべている。第

一は、「理論検証型」で、ある法現象に関しての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比較研究である。第二は「事例解釈型」で、第一の型とは対照的に法現象の各事例の固有性を浮き彫りにするために複数の事例の比較を行うタイプである。これは広渡の「比較法社会論」も包含し、法学の分野での比較を伴った研究に多いタイプであるが、これが事例の単純な集積に終わらないようにするためには、複数の事例の比較の手がかりとなる明晰な主題や概念さらには「理念型」の存在を必要とするとしている。第三が、「因果分析型」で、ある法現象が観察されるときにそのような現象の要因となった独立の要因を探るため、他の要因を加えた観察をいくつか行って、それらの観察の比較と総合を通じ、ある現象の発生に因果的な関係にある要因を抽出していくという方法である。市場経済化がロシア・東欧・中国などでの脱社会主義化の進行が進みつつあるといわれる国の法制度にいかなる変容をもたらしているかといった当然取り組まれるべき課題にはじめて本格的にチャレンジしたと言っている小森田たちの作品を高く評価しつつも佐藤は、一定の注文をつけ、上記の比較研究の方法の問題を次のようにパラフレーズしている。

すなわち、「理論検証型」は、たとえば「市場経済化は司法容量を拡げ、西欧型の司法の生成を促す」という理論仮説を仮設し、それを各国の比較において検証するというような方法である。次に、国有企業の私有化のプロセスにおける事例を比較し、その異なった現れ、たとえば「全市民モデル」と言えるポーランド型と異なる型を他の脱社会主義諸国に見いだせるかを明らかにするなどの例が「事例解釈型」である。最後に、これら司法の独立や所有に関わる問題について異なった現れが生じる要因を明らかにするのが「因果分析型」とされるが、これは「事例解釈型」とされた法社会論的「比較」に含まれるべきものとも、佐藤は敷衍している。

ツヴァイゲルト（ケッツを含む）＝大木においても、先の「様式形成要素」に関連して特殊な法的思考方法と法観念、法源とその解釈方法、イデオロギーの諸要因というように、比較の基準は多元的であり、また「特徴的な法制度」が、それぞれの法圏の様式を規定するほど特殊なものであるものとして解明されるべきとする視点も存在する（大木、前掲書、133頁以下、ことに144－145頁）。さらに、大木自らが、法圏論自体についての再構成も提案していることが注意されている（165頁）。

これまでの考察からも、大木の比較法学の到達点は、内外の比較法学について論じられてきた論争点をほぼカバーしていると思われる。それに対して本書でこれと真っ向から切り結ぶのが、千葉正土論文である。

千葉の「総合比較法学の推進を願う」という論文は、千葉の比較法研究の「自分史」という体裁で書かれているが、その基点は我が国の比較法研究への不満にある。それが比較法学会から千葉が距離を置いている理由でもあるのかは不明であるが、多かれ少なかれ我が国の法制度を基準として西欧に範を求めてきたその傾向を、英米独仏以外の西欧に拡大し、非西欧諸国の法にも注意を向け、国家法中心主義的なその主流的傾向を法文化という観点からようやく補正しつつあるとは言え、我が国の比較法学および比較法学会は、日本が比較法研究におけるパラダイム転換の絶好の位置にいることを自覚し切れていない。自分の主張は国際的にはある程度注目を集めているとは言え、日本では正面から受け止められていないというのが、この千葉論文の強烈な問題提

起の眼目となっている。千葉自身は努めて抑制的な表現を用いているが、はからずもその比較法学会で責任ある立場に置かれている私には、「日本比較法学会の活動状況を外部から見て」、として千葉が暗示するところは、非常に気になる（本書、5頁、22-23頁参照）。項を改めて千葉とその理論の射程を検討してみたい。

3 比較における「西欧的」基準の功罪——千葉理論への疑問

国際的にはウッドマンや千葉の所説を批判的に紹介した宮澤節生らの「包括的比較法学」や、千葉によれば世界法文化圏の観察を展開した木下毅の「法文化論」もまた、西欧法を基準とする観点を潜在させているという点で、千葉の完全な承認を得るところとなっていない。千葉は、世界に展開する法の全体構造を正確に理解し、そのために適切な道具概念の構築を目指して「総合比較法学」を提唱する。

それは、西欧・非西欧の双方に適用可能な概念枠組の全体構造を把握するため、その内部構造を成す3ダイコートミーとそれを構成する6つの法概念（「公式法と非公式法」、「法規則legal rulesと法前提legal postulates」、「固有法」と「移植法」）、これを統合するアイデンティティ法原理から成る「操作的概念枠組」を構築するという壮大な構想である（さしあたり本書、14-18頁参照）。かなり難解であるが要するに、西欧法を正統な法として行われてきた比較法学に対して、まずは非西欧法の独立の存在を主張し、次いで西欧法に対する非西欧法の多元的な存在＝多元的法体制論を展開し、最後には西欧法と非西欧法の双方に適用可能なニュートラルな概念枠組の操作的な適用による「総合比較法学」の構築を目指すというように、千葉は終始壮大な比較法学の提唱を行ってきたのであるが、その方法論が終始、西欧中心的な欧米起源の比較法学への批判に向けられてきたことが特徴的である。千葉の主張のいま一つの特色は、いかに非西欧的世界について理解のある西欧の学者であっても、彼らに非西欧法を語らせることには限界があり、西欧法とともに非西欧法の両方に主体的経験を有する日本の法学者こそが、非西欧人として西欧法について語り、また非西欧人として非西欧法について語るだけでなく、両方の世界の総合をはかる、資格と責任があるのだというように、我が国の法学者に強烈なメッセージを送るところにある（本書、24-25頁参照）。

千葉は、1980年、日本政府が、国内原発施設からの低レベル放射性廃棄物をミクロネシア海域の公海に実験的投棄をする旨の決定をしたが、オセアニア諸国の反対で最終的にこれを断念した一連の過程について、「日本の法文化」と「オセアニア法文化」の衝突という観点から分析を行ったことがある（千葉『法文化のフロンティア』1991年、成文堂、第10章）。

ここで千葉は、外部からどんなに異様に見えるものを含んでいても、日本人は、主としては非公式的法規則と法前提において、また公式法レベルでも、相当に固有の法文化を育ててきたとする。言い換えれば、公式国家法の法規則と法前提の基礎とするために日本は近代西欧法を移植してきたが、固有法と移植された西欧法の二つの異質の法文化は、同化を遂げつつも対立を不可避とした。けれども、一部の固有法を公式法に採用するか、逆に移植法を固有法と両立するように修正するか、調整できない場合は相互を互いに無縁のものと分離、つまり固有法を法の外に放逐して、この矛盾対立を調整することに成功してきたとし、そこには「法に関する日本人の文化的

アイデンティティを維持させる基礎的前提」があって、そのため、「固有法と移植法との比重の関係を環境の変動に応じて修正しつつ法の全体構造をいかに再調整するかの方途を指導」してきたという推論が成り立つとした。そして、この種の法に関するアイデンティティの維持を図ろうとする法前提は、民族のすべてにある普遍的原理であろうとしてこれを「アイデンティティ原理」(identity postulate of a legal culture)と名付け、日本のそれは合理主義や一神論からすれば無原則といわれるほど柔軟であって、「アメーバ的思考様式」(amoeba-like way of thinking)と名付けられるのを適当しよう、千葉は結論づけた。

これに対してオセアニア地域においては、西欧や日本のそれと異なって、各個人があらゆる物と資源を自己自身のために使用し処分する権利を有するというよりも、祖先及び同世代の人々とこれを共同に利用する義務を負っていると考える法文化が共有されているとし、このような法文化が前提になっているときには、国際法の原則である公海自由の原則を盾にとっても妥協は成り立ち得ない。日本政府は、日本法文化の中には確認されなければ権利侵害があっても免責される、要するに黙って投棄してしまえばその事実が分からない限り免責されるという日本の「固有法文化」をも放棄し、国家の公式法や人類の共通道徳などに従順たろうとする、これとは矛盾したいま一つの日本の法文化を優先させ、結果的に国内への投棄に政策変更し、国際的な紛争となることを回避した。このように千葉は、この事件の一連の経過を彼の「アイデンティティ法原理」理論によって説明したのである。

千葉の説明は千葉も自認するように、ことからの「法文化論」的観点からの説明である。核問題的な観点、政治的な観点や世界経済論的観点など、十分に他の観点からの説明も可能であるが、しかしながら、法哲学、比較法学、法社会学、法人類学等の法学の諸学の協同、それも国際的なそれを目指すという点で有意な問題の提起であるとされている。ここで私の率直な疑問を表明するなら、千葉の説明は、結局のところ西欧法中心主義の裏返しであって、歴史的に検証されるべき多くのことがらが、ア・プリオリに仮設された法の二項対立の方式に当てはめられて言い換えられているにすぎないように思われる。

また、西欧中心型の比較法学が西欧的な法概念・法観念に基づいて非西欧地域の法の独自の論理を軽視するかそもそも理解できていなかったとする点には賛成できるが、同時に、国家法のみを対象とする西欧型比較法学の限界を説くことにどれほど正当性があるかという点である。外国法研究、ことに先の広渡論文が提案している比較法社会論的比較法研究では、当該の「外国」の社会と法の関係こそが研究の対象であって国家法よりもその生成過程における社会の中の法と国家法の矛盾対立こそが問題とされるのである(最近、私もイングランド・コモン・ローの発展についてそのような趣旨を改めて主張した。戒能編『現代イギリス法事典』、2003年、新世社、総論参照)。

「アイデンティティ法原理」の最大の功績は、現代世界に現存する法の多様かつ多元的な存在を認めその間の共生を展望していること、また、西欧的な価値基準やかつての「法と発展」運動に見られたようなそれぞれの社会の特有の存在形態を無視した自国中心主義的価値判断基準による法の「近代化」論などの、帝国主義＝新植民地主義的な西欧法中心主義を清算していることにある。それは、西欧法的価値基準の普遍性を否定するから、その限りで今日の法学の潮流の中でも

有力なポスト・モダン的な方法枠組と親和する点がある。しかしながらポスト・モダンの思考に関しては、笹倉秀夫がその近著の『法哲学講義』（2002年、東大出版会）で厳しく批判したように、近代自体の多様な側面やその歴史への関心を否定する「近代」の片面的な否定と、逆にポスト・モダンの内容、それによる代替的提案の今のところの空疎さがある。西欧的価値基準の否定が歴史としての「近代」やその価値、さらには一法学の場合には決定的に重要な「概念枠組」の精緻さやその説得性のみならず、来栖三郎が説いたように、法はフィクションを必然とする故に法的構成には独自の修練を必要とするなどの、総じて法的な概念やその枠組の担ってきた意義や、その教育の必要をさえ「まるごと」否定してしまうような、清算主義＝二者択一主義的な単純な性急さがあり、これには私もまた、ある種の受け容れがたさを感じ、笹倉とその感想を共有する（「近代法」の多義性とそれぞれの果たした役割について、戒能、前掲書、65-71頁参照）。

「アイデンティティ法原理」については、何よりもまずその原理についての歴史的な起源であるとか、あるいは多段階の層を成していると思われるそれぞれが、いったい、いかなる力によってその時々表層に現れるのが明確でないという疑問がある。そこでは福島正夫の継受法の「根付き理論」にあるような、国家権力による法の強制と固有法のそれへの反発という論点は、中心的な、いいかえれば我が国における法の近代化における決定的契機としてではなく、たかだか、はるかに長い歴史的スパンをとった法の操作的枠組の一構成要素に位置づけられているにすぎないように思われる。

かつて野田良之が、比較法の基礎として措定した「元型＝根元法」論を広渡論文が批判的に検討しているが、千葉の「アイデンティティ法原理」にもそれに一種の歴史貫通的な性格が認められるように思われる。この千葉理論をも踏まえつつ、野田理論の「復位」という性格をも包摂しながら、ポストモダン法学が「共有」する「近代」批判を比較法学のレベルで全面的に展開したのが木下毅の「比較法文化論」であるように思われる。この評価は、本書に寄せられた木下論文から抱いた感想の域を出ないので、ここで木下理論（同『比較法文化論』1999年、有斐閣。ただし目下、理由あって絶版中）を多少なりとも扱っておきたい。

4 法文化論への疑問

木下論文は、古代史的観点から、「西洋法文化」の核を形成してきたとされる4つの古代法について、古代オリエント世界を中心にその源流を探し求めるものであるが（本書、209頁）、西洋法の源流にさかのぼって「裁判」ないしは「訴訟」を通じた「正義」とりわけ「社会的正義」の飽くなき探求という法観念を古代法のこの系列に共通に発見することができたと結論づけている（210頁）。この作業は、木下のメンタリティ論に依拠したその「法文化圏」構想の完成のために必要とされたのであろう。後述の大江論文との合致する主張も見られる。

木下の「法文化圏」論は、法圏（法系）論を再構成し、一つには西欧法中心主義や国家法中心主義を排し、法に対する人々の態度や価値観、法観念、法意識のすべてを包含した、しかも千葉のアイデンティティ法原理に相当する多元的な法のインテグレート契機をも読み込んだ「法文化」の概念を措定するところに特色があり、このため法圏論に見られたようなそれぞれの「様式

形成要素」あるいは特定の法圏に特殊性を付与する制度的な要素は、きわめて相対化されたコンテキスト（主要には木下の言う「法系」のレベル）においてのみ、この構想に含まれることになる。ここで木下「法文化論」を細部にわたって検討する余裕はないが、法の全体像を指し示す「法概念」を法圏論から導出しつつこれを、法体系、法秩序、法文化という3要素によって成るものにとらえ、その上で「法文化圏—法系—法族」という順序で下降していく段階的分類論を展開したが、その基底には、「狭義の法文化」という野田から継承したと思われる法概念＝メンタリティ論があり、このようにしてそれぞれの法文化圏は、それらの深層部に脈打つ歴史貫通的なしかし多元的な秩序を止揚して構築される「文化的アーキタイプ」によって規定されつつ、併存するという構想が示されたのである。しかしすでに広渡が指摘しているように、各レベル（段階）に配置された標識が、実は孤立的に存在するのではなく、たとえば法意識や法概念は社会構造や法制度との相互規定的な関連のなかに存在するものであることからすれば、木下構想ではこれらの法の諸要素が一3次元といわれる—それぞれのレベルで孤立したかたちで扱われることになり、結果的に現実の法秩序のより静態＝固定化把握を招くことになるのでないか、といったかなり本質的な疑問が提起されている（本書、広渡論文、とくに56頁参照）。

木下や先の千葉の理論では、このような法秩序の異なるタイプの分類またはそれぞれの特色を把握するに際して価値判断が介在することを意識的に排除することが追求されており、そのため千葉の言う「操作的枠組」や木下の広狭両様の「法文化」についての定義でも西欧的な所与の読み込みは極力排除される。しかしここで問題になるのは、このような「相対化」によって何が捨象されてしまうかという問題である。

石部論文は、穂積陳重の法律進化論やドイツのコーラーの民族学的比較法学の展開を丹念に跡づけながらそれらの比較法学につきまとった自民族中心主義や西欧中心的な法の進化論がそのようなバイアスの中で「普遍主義化」し、進化論に基づく自然科学的方法の法学への導入という画期的な方法を含みながら法学の全体を動かすことはできず、反対に、各民族やその法の固有性への検証を怠り、結果的には凋落していく過程に注意を喚起しつつ、法文化論的比較法学が二の轍を踏むことがないように戒めている（本書、124－126頁）。石部のこの控えめの表現は、壮大な法文化論的比較法学や総合比較法学の構想による、西欧中心主義的・国家法至上主義的な欧米型＝比較法学への痛烈な批判の積極面は高く評価しながらも、比較法学の基礎には基礎法学の諸学、とりわけ各国の社会と法の歴史的な実証研究やその多様な側面についての法社会学的な研究があることを忘れてはならないとする含意がある。そして、我が国の法がほかならない「継受法」であるために、「比較法学」のみならずいわゆる解釈法学のレベルでも法の「比較」という作業は、「日常茶飯事」の問題にならざるを得ないという特性が潜在していることを、学問的に「問題」とする趣旨が含まれていると思われる。

「法の継受と移植」に関しては、積極的な法の受容という側面を表現する「継受法」という他に、植民地的支配の手段としての強制された法の移植の両者を含めて「法の移植」transplant (transplantation) of law というのが適切であろう。つまり千葉が言う「固有法」indigenous law と、「自発的な継受」voluntary reception または「おしつけてきな強制」involuntary impositionであれ他の文化からの「移植法」transplanted law との間のダイコトミーという問題は、我が国ではほとん

ど「継受」の面で論じられるが果たしてそれでいいかという問題もあるが、ここでは法が継受法としての国家法であることに伴う、法の解釈適用の側面での法学の発展、さらには、その凝縮した主張とも言うべき、来栖が強調した「擬制論」あるいは原島重義の言う「法的判断」論（この点については何よりも原島『法的判断とは何か』2002年、創文社の参照を求めておきたい）という問題提起が最近なされていることを、きわめて重視すべきであることを、強調しておきたい。

このような解釈法学の展開は、一方では法学の「保守化」をまねいたことも否定できないが、他面では、法的事務から独立した学問的な再生産が、外国法の摂取についても厳密な研究上の操作を要求しつつ積み重ねられてきたことを重視しておきたい。ロースクールの構想にはこのような「法学論」への考慮はきわめて稀薄である。法理論が法実務と乖離していることは事実であるが、後者によって前者を包摂または置き換えることが、この関係の正しい補正になるとは思えない。基礎法関係諸学との関係を含めた、解釈法学と言われるものの「功罪」が総括される必要があるのもあって、それがなされないまま一もっともそれが短期間でなされ得るとは思わないが一しかも、法科大学院においてこのような面での法学の継承者を養成できるのかという点についての論議を決定的に欠落させたまま、これまでの法学の清算が急がれているように思えてならない。

さて、我が国の国家法が継受法であることに伴って、「生ける法」に関しての法社会学研究と解釈法学の関係が特有の構造を形づくってきたことにも注目すべきであろう。こうしてしばしば、「生ける法」と国家法としての「継受法」の、とりわけ歴史的「発展段階」認識をめぐる比較法学の方法のレベルでも重要な課題が提起され続けてきたのであるが、本書にはさすがに、この点へ目配りした論文が掲載されている。大江論文である。

5 法の発展と比較法学

大江論文は、ルソーのロシア専制に関する叙述の分析を通じて近代西欧とりわけフランスにおける法律ないしは法の認識方法を探るというもので、その手法はユニークであるが、そのねらいは、結局のところ、大江が高い理論的地平を切り開いてきた比較法文化におけるロシア法の位置づけ、あるいは、東西の法文化を横断的に貫通するレグルマン型とレヒト型という主張に収斂していく。

大江は、ウェーバーのロシア法論の要諦であるロシアに対するヨーロッパ的理解、具体的にはヨーロッパ中世の「例外」としてのロシア、したがってエカチェリーナ2世の治世までにあらゆる社会勢力を君主への勤務に結びつけた「家産制的君主政」が成立し、このなかでロシア農民共同体（ミール）が非レーンの勤務貴族＝地主の領地支配へと組み込まれ再編されていくこと、このような説明によって、総じて近代ヨーロッパの「例外」としてロシアを位置づける「ヨーロッパ寄り」のウェーバーの理解を修正すべき、と主張した。大江によれば、19世紀前半のロシアにおける立法と後半の農奴解放の結果としてのレグルマン的「家産君主的法典編纂」、その底辺を共同体農民が支えることから顕在化していったその「特別法」…というウェーバー的な理解は、ロシア農民の「慣習」にヨーロッパ的な「習俗→法律」という成長の方向を認めるものであるが、実はロシア農民世界の「慣習」の法的性格はこの方向には成長せず逆に否定され、一種の「法外秩

序」とされ、レグマン法秩序とこの広範な「法外的秩序」との抱き合わせとして、社会主義革命前のロシアの社会秩序が成立したのが実態ではなかったか、と見るのである（本書、99-101頁参照）。社会主義革命後、スターリン体制の下で農民共同体は農業集団化の強制的結果、解体されていくが、その「法外的秩序」は、党=国家体制または行政的・指令的システムとなって社会主義体制のなかに同化せしめられた。社会主義体制崩壊後、そこは空白化するが、その代わりに登場してくるのが「実力が支配する市場経済」であり、したがって体制崩壊後のロシアが非=西欧的な「市場経済」の法的枠組による馴化のため、なおも「法治国家」の創生を目指さざるを得ないのも、この歴史的な「レグマン的秩序」が源流にあるためである。

このような大江の主張は、本書所収の大江論文で、ルーマンからの示唆を受けつつ、さらに精緻な「西欧法」=レヒト型に対するロシア的法文化=レグマン型とする年来のそれに回帰し、加えて興味深いいくつかの仮説の提示へと向かう。たとえば、「習俗（慣習、慣習法）→法律」の二項式は、モンテスキュー=ルソー的西欧的観念では、法律は、本来的には主権国家の作用の所産としてではなくいわば法現象内在的に基礎づけられようとしたとする。そして自然法的な理性一般には還元できないすべての法の基礎にある「神聖な法」の存在を仮設するルソーの場合、正義は相互的なものでなければならないことから出発し、敷衍すればそれは応報と互酬という法のプロトタイプの制度化となるという「ヨーロッパ型」との比較からのロシア専制への批判となる。ヨーロッパ型では、ルーマンの言う「裁判手続によって裁判手続のために定立される法=Recht」という観念が妥当する正義のコンセプトが前提になるのであり、これに照らして見た場合のロシアの専制の特質は、ルソーの言う「神聖な法」の媒介なき行政に由来する法律、すなわちレグマン型の法の優位であって、裁判に由来する法すなわち正義の制度化とはなり得なかったのである。大江は、さらに、エーリッヒの「生ける法」とは、制定法律の持続的基礎として主権的国家の作用でなく、法発展の動因を考える点で、このモンテスキュー=ルソー的な「習俗→法律」論を継承したものではないかとする注目すべき指摘を行っている（本書、91頁）。

大江のこのルソーを介したロシア法文化の理解は、さらにハートの法の概念論、すなわち、責務の観念を内容とする「第一次的ルール」と、承認、変更、司法的決定（adjudication）の「第二次ルール」の「結合」論にも結びつけられていく。評者の専門との関係でも興味深いのは、ハートにおける「究極のルール」としての「承認のルール」とは、法律の制定と言うよりもむしろ、裁判所、公的な権威、私人によってさえ一定の基準に照らしてなされる法の確認=発見という形で発生し、かくてハートが言う pre-legal から legal の段階へと移行するとされていることである。大江がこの点に注目してイギリスについて述べている点は、コモン・ロー形成史についての最近の私の主張とも重なる点が多い（戒能編、前掲書、「総論」参照）。一言で言えば、コモン・ロー法史の中心は「裁判手続によって裁判手続のために定立される法」の形成にあり、それについてのディテールが深まるほどコモン・ローの特性が浮かび上がってくるからである（たとえば、J.Baker の4版を重ねる法制史、あるいは S.F.C.Milsom の理論の眼目は、このことにある）。

ところで、このような大江の主張は、「比較法社会論」を展開した先の広渡論文と共鳴しあう点が多々ある。結論的には、法の一定時期における併存状況を観察する比較法学とともに、法の発展段階ないしは法の「進化」の方向を予測し、法学研究を通じた何らかの活動によってこの方向

に向けて意欲するという課題をも、比較法学のそれとして加えるか否かという点である。

6 おわりに

滝沢論文がこれからの比較法学が歩むべき道筋についておよその構図を与えてくれている。滝沢は、2003年度の比較法学会でこの課題に正面から挑戦する企画の責任者であるのでその成果に期待し、ここでは省きたい。ただ、滝沢が指摘するように、欧州共同体法の研究は比較法、外国法研究として重要であるだけでなく、隣接学問との協同を必要としているけれども、いずれについてもきわめて寒々しい状況にあることであって、このような点からも比較法学会の役割は大きいと言うべきであろう。そのためにも、現在の英米法・大陸法・社会主義法といった「古典的」部会制は再考を必要としよう。

本書には、大木と並び戦後の我が国の比較法学を担ってきたと言える五十嵐清が、「日本人の法意識」をめぐる周知の論議の最新の解説を寄せている。我が国から「発信」されたもっとも著名な比較法学的素材が、テーマの背後にある欧米観が「過去」に属する、川島武宜や野田良之の「日本人の法意識の世界」ではいささか、暗澹たるところがある。外国の日本法研究者の圧倒的な少なさにもよるのであろうが、我が国の側からの発信が少ないことにもよるのであって、今後は比較法学会の報告も外国の研究者を加えて行うなど、新たな試みがなされる必要があろう。とりわけアメリカ以外の研究者、ことにアジアやオセアニアの研究者との共同なども追求されるべきであろう。この点からも、本書に「法整備支援」に関する論考が含まれなかったのはいささか残念なことであった。

本書の書評としてはまことに不適切なものとなってしまったが、この500頁に及ぶ大冊を読みこなすだけでも大変な力量を要求され書評という形式では限界があると感じたことも事実である。ただこの書評に多少なりとも意味があるとすれば、本書に限定されているとはいっても、比較法学の方法をめぐって実に奥深い論議があることを私なりに整理し紹介できたことにあるのかもしれない。そこでは、東西文化の対照を共通前提としながらもそれを記述的に説明するか、あるいは法の普遍的機能を認め、そこに向かって法が収斂していくと見るかの価値的なレベルでの相違があるように見受けられた（もっとも眞田論文が分析したイスラーム法や安田が取り組んできたアジア法の場合に「普遍主義」を語れるかは論争されるべき最大の課題である）。しかし、世界の法についての比較のための道具概念から、西欧的な価値観を除去するというのと、法の発展についての普遍的な傾向を抽出し、予測していくこととは必ずしも矛盾することではないのであるまいか。また、法的な概念から価値的なものを完全に除去し、比較のためのニュートラルな道具を作り上げるものなのかについては、私自身は懐疑的である。この点でも、大木が、制度や担い手から切り離された規範のみの比較では真の比較にはならない、と指摘していることを想起すべきである。

今後我が国では、法実務のレベルでの課題が「学問化」されるという新たな法学の潮流が現れてくることは間違いあるまい。その場合、比較法や外国法研究は、我が国の法の実践的なアイデンティティを導出し、進むべき方向を提示するといった新たな任務を負うことになる。先に述べた解釈法学との橋渡しや我が国の法学が作り上げてきた法的構成または法的判断のための学を支

えてきた比較法や外国法研究の新たな出発点が、そこでも想定されているべきであろう。

私も本書に執筆する予定であったが、怠慢のため果たせなかった。異例ではあるが、この書評を、この債務の遅ればせながらの履行のごく一部として、大木教授に捧げることをお許しいただきたい。

(信山社、2002年4月27日、本体定価14800円)