

## 経済社会における弁護士的基本的機能

### — 序論的考察 —

濱野 亮

- 一 はじめに
- 二 市場取引の拡大による社会の分化と弁護士の統合機能
- 三 市場における法利害関係者の自律的秩序形成と弁護士の機能
  - 1 市場取引の特質
    - (1) 市場における交換によるゲゼルシャフト化
    - (2) 市場取引の unpersönlich と sachlich な性格
  - 2 私的な主体のイニシアティブによる自律的な法形成
    - (1) 法規範形成の第一次的源泉
    - (2) 弁護士の経験的な法実務・法教育による法の形式的合理化
- 四 おわりに

### 一 はじめに

本稿は、日本の経済社会において弁護士が果たしうる役割とその可能性を、経済社会の秩序形態の原理的特質及

びその変容ないし変容可能性との関連において明らかにするという法社会学的研究課題のための序論的考察を、既存の理論的研究に依拠しながら試みるものである。

近年のわが国においては、一方で、東京をはじめとする大都市の弁護士の中に、企業を依頼者とする本格的な業務を積極的に取り扱い、あるいは、取り扱うことをめざしている者が相当数存在するようになってきていることが明らかに<sup>(1)</sup>なっている。これは、従来、企業の日常活動への関与度が高くなかったとされる日本の弁護士の新しい傾向である。このような動きは、単に弁護士の变化として弁護士研究の視点に限定して取り扱われるべきではなく、次のような日本の経済社会のマクロ的な変化を構成する一要素として、秩序と法のあり方そのものに関わるより大きな広がりをもった現象として研究されるべきである。すなわち、敗戦後今日まで基本的に維持されてきた日本の経済社会の秩序のあり方、具体的には、企業間、及び、政府・企業間における秩序のあり方が変容しつつあり、かつ、政策的にもその変革が論じられているのであり、弁護士の近年の動向及び将来の可能性を、そのような経済社会の秩序形態の原理的な変動という文脈で分析するべきであると考えられる<sup>(2)</sup>。

そのためには、一方で、日本の経済社会の伝統的な秩序の特質を理論的に明らかにし、他方で、弁護士が経済社会で果たしうる機能を理論的に示したうえで、両者を総合する必要がある。本稿は、後者の作業のための基礎をなす序論的な考察として位置づけられるものである。

まず最初に、ドイツとアメリカの法律家とりわけ弁護士を、それぞれの社会の歴史と構造とに関係づけながら比較法社会学的に分析したD・リュシュマイヤーの著書 *Lawyers and Their Society*<sup>(3)</sup> に依りながら、その理論的枠組みを吟味する。アメリカの弁護士（とりわけ開業弁護士）は、経済社会の秩序形成において不可欠の役割を歴史的に果たしてきたのであり、経済との関係が相対的に薄いドイツの弁護士と比較することにより、リュシュマイヤーは、全体社会の構造的変化と関係づけながら、経済と弁護士とのありうる関係を提示していて、我が国の経済と弁

護士の関係を考える上で手がかりとなる。

次に、マックス・ヴェーバーの、主として『理解社会学のカテゴリー』、『経済と社会』(ヴィンケルマン編)の第二部第六章“die Marktvergesellschaftung”及び『法社会学』(同第二部第七章)に基づいて、弁護士が経済と社会の変化の過程で果たした役割に関するヴェーバーの視点を探る。いうまでもなくヴェーバーの著作は、法社会学においても常に立ち返るべき古典であるが、くわえて、近年、その文献学的研究の進展にともない、とりわけ従来『経済と社会』としてまとめられていたものを中心に、改めて読み直す必要が生まれており、今ヴェーバーをとりあげ(5)る意味は小さくないと考える。(6)そして、社会の秩序(「法」はその特殊な形態である)の変容(「秩序の合理化」と経済との関係について、人々の「秩序形成」過程とその帰結に即して、その「普遍的な文化意義(allgemeine Kultur-bedeutung)」を明らかにすることが、まさにヴェーバーの、少なくとも『理解社会学のカテゴリー』とヴィンケルマン編『経済と社会』第二部における主導的問題意識だったと解されているのであり、(7)経済社会における弁護士の機能とその可能性を探るという課題にとつて、とりくむ意味は特に大きい。

経済社会において弁護士が果たしうる機能としては、本稿でとりあげる研究から導かれるものに限定されるわけではないのはいうまでもないが、近代以降の歴史における社会の巨視的な変容過程において弁護士が果たした最も根源的な機能を、経済、特に市場における自由な交換とそれに志向した資本主義との関わりにおいて、明らかにし、かつ、それを抽象度の高い理論的な表現によって提示している点で、検討する価値が大きいと考える。また、そのことを通じて、経済社会における弁護士の機能が、全体社会的意義を持っていること、その一つの可能性を示唆することができるであろう。(8)そのような作業によって、現在の日本の経済社会が直面している問題の解決にあたって、弁護士が何を貢献できるのかを明らかにするための手がかりとしたい。

(1) 一九八〇年代における東京の弁護士の企業法務処理状況とその変化について、参照、拙稿「弁護士による企業法務の処理(1)」(12・完)

『NBL』五三〇号(一九九三年)六一七頁〔1〕、五三二号(一九九三年)三五四一頁〔2〕、五三三号(一九九三年)三五—三九頁〔3〕、五三七号(一九九四年)三六一四一頁〔4〕、五三九号(一九九四年)三八—四一頁〔5〕、五四二号(一九九四年)四三—四七頁〔6〕、五五〇号(一九九四年)六〇—七一頁〔7〕、五五二号(一九九四年)六一—六五頁〔8〕、五五五号(一九九四年)四二—四九頁〔9〕、五五七号(一九九四年)四七一—五一頁〔10〕、五五八号(一九九四年)六一—六六頁〔11〕、五五九号(一九九四年)五二—五七頁〔12・完〕。東京の弁護士<sup>1)</sup>の民事業務一般の状況については、同(1)『NBL』五三〇号(一九九三年)一〇—一七頁、同(2)『NBL』五三二号(一九九三年)三五—四一頁参照。一般に、日本の弁護士による最近の企業法務処理を概観したものととして藤林律夫「企業法務と弁護士」宮川光治、那須弘平、小山稔、久保利英明編『変革の中の弁護士(下)』(有斐閣、一九九三年)一三九—一六七頁、木村庸五「国際化の中の弁護士」宮川他編『変革の中の弁護士(上)』(有斐閣、一九九二年)一三五—一六五頁がある。

(2) 筆者による簡単な試みとして、拙稿「外国法事務弁護士制度の導入とそのインパクト」『法社会学』四一号(一九八九年)一六八—一七二頁、同「弁護士による企業法務の処理(1)」前掲六一八頁、同「東京における大規模法律事務所<sup>2)</sup>の出現」『法社会学』四七号(一九九五年)一五九—一六一頁、同「法化社会における弁護士役割論—民事分野を中心として(2・完)」『自由と正義』四七卷(一九九六年)二号がある。

(3) Dietrich Rueschemeyer, *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States* (Harvard University Press, 1973)。以下では、*Lawyers and Their Society* と略記する。その後のリヒンシュトマイヤーの弁護士に関する論稿については、'Professional Autonomy and the Social Control of Expertise,' in Robert Dingwall and Philip S.C. Lewis (eds.), *The Sociology of the Professions: Lawyers, Doctors and Others* (Macmillan, 1983), "Comparing Legal Professions: A State-Centered Approach," in Richard L. Abel and Philip S.C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society*, Vol. 3, *Comparative Theories* (University of California Press, 1989) がある。後者に関連した専門職業家の社会学理論的研究については、'Power and the Division of Labour' (Stanford University Press, 1986) がある(特に pp. 69-70, 118-140)。

(4) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, fünfte, revidierte Auflage, besorgt von Johannes Winkelmann*, (Tübingen: J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1972), S. 382-385. 以下では本書は、*WuG* と略記する(なお、本稿ではヴェーバーからの引用においては、註で翻訳書を示した場合は、訳文は原則として翻訳書にしたがったが、一部原著に照らしたうえで改めさせていた部分がある。なお、原文のゲシュペルト「隔字体」は原則として表記しないこととした)。「市場」については集中的に扱われている *WuG*, Zweiter Teil, Kapitel 6, Die Marktergesellschaftung は元来未完であり、その位置づけについては、最近の文献学的研究の進展に照らして吟味する作業が必要になるが、今後の課題としたい。本稿では、主に「理解社会学のカテゴリー」及び「法社会学」と合わせて、この章の吟味を、弁護士の機能の観点に即して行う。なお、Die Marktergesellschaftung の章を読むにあたっては、越智啓三「契約による秩序と法——M・ヴェーバーの規範理論を手がかりに」『本郷法政紀要』二二号(一九九四年)六五—九六頁、特に八〇—八三頁が参考になった。

(5) 『経済と社会』全体の根本的再検討の必要性が提唱されている点について、W・シュルプター、茨木竹一訳「『経済と社会』仮構の終焉」『思想』七六七号(一九八八年)二〇〇—二三一頁、折原浩「マックス・ヴェーバー基礎研究序説」(未来社、一九八八年)、マックス・ヴェーバー、

海老原明夫・中野敏男訳『理解社会学のカテゴリー』(未来社、一九九〇年)「以下では海老原・中野訳『理解社会学のカテゴリー』と略記する」。「解説」(中野執筆)、一四七―一九三頁、佐野誠「ヴェーバーとナチズムの間―近代ドイツの法・国家・宗教―」(名古屋大学出版会、一九九三年)八―九頁、註(2)参照。本稿に直接関係する問題としても、『経済と社会』第二部を読むにあたっては、第二部執筆後に執筆された「第一部 社会学の範疇論 第一章 社会学の基礎概念」ではなく、『理解社会学のカテゴリー』(『経済と社会』第一部、第一章「社会学の基礎概念」はこの論稿の改訂稿とされている)における概念規定にしたがって、再吟味する必要があると主張されている。基本的に、『経済と社会』の第一部と第二部は別のものとして扱われるべきこと、及び、第二部は『理解社会学のカテゴリー』の概念構成に基本的に則って叙述されているのであり(但し後にヴェーバーによって追加と手直しがなされたこと、さらに編者によって手が加えられている部分があるとされている)、したがってそこでの概念規定に即して読まなければならないことを理解するべきであるとされる。参照、海老原・中野訳『理解社会学のカテゴリー』一四七―一九三頁、特に一五四―一六〇頁(「解説」(中野執筆)、中野助教授は『経済と社会』第二部は、『理解社会学のカテゴリー』を「冒頭に置くことで相対的にはひとまとまりをなす作品とする」とする。同書一六三頁)、シュルフター、茨木訳「『経済と社会』仮構の終焉」前掲二二―二二二頁。このような再読作業は、中野助教授が力説するところによれば、ヴェーバーの全作品の根本的な再解釈につながるものである。また詳細な文献学的検討として、折原「マックス・ウェーバー基礎研究序説」前掲を参照。

(6) ヴェーバーの再読作業は、従来の通説的ヴェーバー解釈の吟味のみならず、定評ある翻訳の再検討を伴う大規模なものになる。もとよりそのような作業を今行う余裕は筆者にはない。本稿は経済社会における弁護士の機能という観点に即した筆者なりの端緒的取り組みである。さしあたり、上記、折原「マックス・ウェーバー基礎研究序説」前掲書、海老原・中野訳『理解社会学のカテゴリー』「解題と解説を含む」、及び、中野敏男『近代法システムと批判―ヴェーバーからルーマンを超えて』(弘文堂、一九九三年)におけるヴェーバー再読作業から多くの示唆を得た。

(7) 海老原・中野訳『理解社会学のカテゴリー』解説(中野執筆)、特に一七五―一九三頁参照。ヴェーバーによる西洋近代法秩序の「普遍的文化意義」の追求に関する最近の一つの解釈として、中野『近代法システムと批判―ヴェーバーからルーマンを超えて』前掲、第一章を参照。

(8) ある社会における弁護士の存在意義は、もちろん、経済との関わりのみにおいて理解できるわけではない。本稿は、日本の経済社会における弁護士の機能及びその可能性という筆者の問題関心に即して、弁護士の社会的存在意義の一面をとりあげるものである。

## 二 市場取引の拡大による社会の分化と弁護士の統合機能

リュシユマイヤーは、伝統的な機能主義的視点からの法律専門職業 (legal profession) 理解にたちつつ、とりわ

け弁護士機能について、次のような重要な理論的視点を提示している。

リュシュマイヤーによれば、国家によって保障された実定法的秩序と、社会に存在する多様な利益及び諸々の発展との間を媒介する社会的役割としての弁護士（とりわけ開業弁護士）の全体社会にとつての主たる機能的意義は、「統合（integration）」の局面にある。すなわち、社会の構成要素が分化していく過程において当然必要になつてくる、それらの諸要素間の関係づけのために、新しい形式を發展させ、古い形式を新しい条件に適應させ、そしてまた、組織や個人間の対立を処理することによつて、分化した構成要素間の関係を規律することに貢献するのである。<sup>(1)</sup>

ドイツとアメリカの弁護士に関する具体的な分析を踏まえた上で、リュシュマイヤーは、二つの社会が直面した社会統合上の問題と、その処理過程における弁護士の対応について、次のようにまとめている。すなわち、社会的分化の高度化は、とりわけ、それがもたらす権力と経済的利益の配分状況の変化に即して、法の手続及び実体双方の形態と意味をたえず変化させ続けることを要請する。すなわち、手続、実体双方における法的革新（legal innovations）が求められるのであり、それは、法律専門職業の法的能力水準の上昇を必要とし、とりわけ弁護士の社会における位置づけの再構成をもたらす圧力として作用する。中でも、①弁護士界と政府ないし国家との関係、及び、②弁護士界と企業ないし経済社会との関係の、再構成が重要な課題になり、実際にドイツとアメリカの歴史においては、この二つの局面が、重要な節目において社会的争点になり、現実に変容をとげつつ今日に至つていゝのである。<sup>(2)</sup> このようなりュシュマイヤーの分析は、著書刊行後の一九七〇年代以降のアメリカやドイツの弁護士をめぐる状況の変化にも基本的に適合的である。<sup>(3)</sup>

ところで、社会統合のためのメカニズムとして、リュシュマイヤーは、官僚制的組織と市場における交換関係と二つの対照的な形態を抽出し、この二つのメカニズムの相対的な関係を中心にする事によつて、弁護士の

機能を全体社会の構造的な特色と歴史との関連においてとらえている。<sup>(4)</sup>

すなわち、近代以降の諸社会を、社会統合にとつての、(a)中央の官僚制的行政及び司法と、(b)市場における自由な交換(取引)を原型とする分権的な諸メカニズム(私的な任意団体を含む)との、相対的な重要度(但し、双方の要素の相互作用と相互浸透作用を前提にしつつ、それぞれの社会統合にとっての相対的な重要性を尺度としている)を基準にして差異化し、それを当該社会における弁護士の位置づけと諸機能の状況を規定する基本的な因子として把握している。<sup>(5)</sup> さらに、補充的に、①伝統的な社会統合、社会制御メカニズムの残存度、②日常的な行政及び司法による社会統合機能が、政治過程と密接に結合しているか、あるいは切り離されているか、③社会において支配的な価値観が、様々な社会紛争や統合メカニズムに対してどのような評価を与えているか、という諸因子が、弁護士の機能に影響を与えるものとして位置づけられている。<sup>(6)</sup>

具体的には、現代社会で弁護士が高度に発達するのは、次の場合である。<sup>(7)</sup>

- (1) 政府の規制の役割について、その間接性が強調されている。
- (2) 日常的な行政・司法が、政治過程から分離している。
- (3) 社会統合が、広い範囲にわたって、市場的交換、自律的な任意結社、及び、契約関係によって実現されている。すなわち、契約の自由の機能範囲が広大であり、紛争解決のための公式的で、非人格的(impersonal)な形態が多様な争論のために制度化しているために、党派的な弁護活動の需要が高度化する。かつ、自律的な当事者の間の紛争「対立」が、社会生活の日常的で正当な局面としてみなされる程度が高いほど、依頼者への党派的な忠誠は受容されやすい。

(4) 政府の意思決定が法的な制約と法的な審査に服している程度が高い。これは、一般的に、現代社会では政府官僚制の活動領域が大きくならざるをえないだけに、弁護士の活動範囲と正当性を規定する要因として特に重要で

ある。

以上の諸側面の状態は、社会によって様々であり、これが、法サービス全体の需要と個別的な法律業務の需要に影響を与え、法律専門職業の規模と分化の形態、法律家の専門外活動の機会、法律家の主たる依頼者層、司法及び法律家の活動に関心を持つ集団、法律家の活動を制御する集団と制度のあり方を規定するといっているのである。<sup>(8)</sup>

そして、歴史的にみたときの、国家官僚制と弁護士<sup>(9)</sup>の発達の分岐過程について、リュシュマイヤーは、特にドイツとイギリスの例を念頭におきながら、次のように指摘する。

近世において確立した国家官僚制は、伝統的社会の一定の解体を条件とし、また、それに由来する伝統的な社会制御メカニズムの能力を越える諸問題（社会統合上の問題、新しい社会関係の規制の問題、社会紛争の調整の問題）の処理のために、社会に介入する新しい形態となる。その際、官僚制的な制御は、①直接的な行政介入に基づく場合と、②「市場的交換を含む、多少とも自律的な結合及び関係形成の諸パターンに、国家の増強された強制権力を提供することによって、既存の規制メカニズムを變形する」場合とがある。このいずれに帰結するかは、市場的取引やそれに関連する活動の発達と国家官僚制の成立の相対的タイミングによって規定される。<sup>(10)</sup>

初期の官僚制国家の、民間の有力な経済主体及びそれと密接な関係を持つ法律家を中心とする専門家集団等に対する態度は、矛盾したものにならざるをえない。後者は、前者の支持基盤（特に財政的な）であると同時に、中央集権化の政策を推進しまた伝統的諸勢力にも依拠する前者と、敵対的な関係にたちうる。市場及びそれに関与する主体に関係する法の自由な発展や、それに付随する党派的サービスの携わる法実務家集団の発達に対しては一定の抑圧政策が採られることが多かつた。<sup>(11)</sup> 分権的な諸勢力と、彼らを依頼者層とし、かつ出身母体とする法律家階層（弁護士を中心とする）が、社会的・政治的に有力であれば、そのような抑圧に抵抗し、その後の弁護士の発展の基礎を築くことができたのである。<sup>(12)</sup> 市場取引及びそれに関与する自律的な私的主体の社会的・政治的意義が十分高



まっていなないと弁護士の発達は困難であり、しばしば君主ないし国家の官僚によって抑圧されたのである。

以上のような視点からは、近代以前の社会構造上の与件（とりわけ中央の君主によって官僚制の整備が開始される時点における市場取引関係の広がりや程度と、有力な市場取引関係者の政治的地位）に根本的に規定されつつ、市場取引の展開が、官僚制組織の発展との相互作用のもとで、弁護士の機能の拡大と分化を促進するという視角が導かれる。

近代以前にさかのぼる社会構造上の類型的差異は、現代においても依然として残り、それが双方の社会における弁護士とその機能をめぐる諸変数の系統的な差異となつてあらわれているが、他方で、経済の相対的自律性が高まり、市場原理が、経済においてより浸透し重要な役割を果たしていくならば、弁護士の企業法務処理と経済社会における秩序形成への関与が高まるとともに、経済それ自体の自律性を強化するという一つの経路を描くことができる<sup>(13)</sup>。それは、単に弁護士のあり方の変化を意味するにとどまらず、また、経済との関係にとどまらず、より広い全体社会の秩序づけという局面において、分権的なメカニズムを媒介する弁護士の機能が拡大し、官僚との関係においてその相対的な地位を高めていくことを含意している。

弁護士が発展する一つの典型的条件は、社会の分化の高度化と統合という課題を、官僚制と比較して、市場機構を原型とする分権的メカニズムに、より依存して解決していく傾向を社会がもつときである<sup>(14)</sup>。

以上のような、全体社会の分化として近代以降の歴史の基本的な筋道をとらえ、それに伴って発生する社会統合という機能を担いうる一つの社会的役割として弁護士を位置づける見方は、一方で当該社会の歴史的な展開の文脈において、他方で、当該社会の構造的性質と関係づけて、弁護士の理解を深めることができるという意味で、有効な方法であると思われ<sup>(15)</sup>。

ところで、近代の歴史を社会の分化の過程としてとらえる見方は、ヴェーバーにおいては、より一層歴史資料の

具体像に密着しつつ理論的な類型的概念を提示する作業として徹底されている。すなわち、ヴェーバーは、社会の分化を、「ゲマインシャフト行為」の「ゲゼルシャフト化」ないし「目的合理的に制定された秩序」の浸透として把握し、ゲゼルシャフト化の二つの中心的な類型として、官僚制化と、市場における交換を提示した。そして、市場における自由な交換によって形成される社会関係の画期的特性に着目し、それが、伝統的な社会関係の特質と根本的に異なり、かつ、その全面的な展開が、西欧近代における「法(Recht)」の形式的合理化の過程と密接な関係を持つことを示した。ここでは、そのような社会秩序の合理化過程に作用した社会的諸力の重要な要素として法律専門家が位置づけられ、その特質が、政治構造及び経済の特質とりわけ市場取引の性格と関連させて分析されている。

そこで次に、①市場取引の特質、②市場取引関係の浸透(「市場の拡大」)の諸帰結、③市場取引関係における弁護士機能、④弁護士による法形成・法教育と法の形式的合理化との関係についてヴェーバーの所説をまとめることとする。

(1) *Lawyers and Their Society*, p. 183.

(2) *Ibid.*

(3) 一九七〇年代以降のアメリカの弁護士については Richard L. Abel, "United States: The Contradictions of Professionalism," Richard L. Abel & Philip S.C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society: the Common Law World* (University of California Press, 1988), pp. 186-243, Richard L. Abel, *American Lawyers* (Oxford University Press, 1989), Frank K. Upham, "The Role of the Legal Profession in Social Change in the USA," in Kahai Rokumoto (ed.), *The Social Role of the Legal Profession* (International Center for Comparative Law and Politics, 1993), pp. 263-276, Marc Galanter & Thomas Palay, *Tournament of Lawyers: the Transformation of the Big Law Firm* (The University of Chicago Press, 1991), ヘルマンの状況については Christoph Hommerich & Raymond Werle, "Die Anwaltschaft zwischen Expansionsdruck und Modernisierungszwang: Wandlungstendenzen einer klassischen Profession," *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jahrgang 8, Heft 1 (1987), S. 1-22, Christoph Hommerich, *Die Anwaltschaft unter Expansionsdruck: eine Analyse der Berufssituation*

junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Bundesanzeiger und Deutscher Anwaltsverlag, 1988), Erhard Blankenburg & Ulrike Schultz, "German Advocates : a Highly Regulated Profession," in Richard L. Abel & Philip S.C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society : the Civil Law World* (University of California Press, 1988) pp. 124-159, Karl-Peter Winters, *Der Rechtsanwaltsmarkt : Chancen, Risiken und Zukünftige Entwicklung* (Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989), Haimo Schack, "The Role of Legal Profession in Germany," in Kahei Rokumoto (ed.), *The Social Role of the Legal Profession* (International Center for Comparative Law and Politics, 1993), pp. 109-129 を参照。また、本文で述べた弁護士の社会における位置づけをめぐる論点「すなわち、弁護士と政府ないし国家との関係」及び「弁護士と企業ないし経済社会との関係が、今日においても弁護士論における主要論点だとなつてゐることを示す例として」次のものがある。Robert A. Katzmann (ed.), *The Law Firm and the Public Good* (Brookings Institution, 1995) 所収の諸論稿は「アメリカの弁護士」とりわけ大規模法律事務所での弁護士の商業主義化の傾向について、弁護士の公共奉仕性の意義を論じ、Maureen Cain and Christine B. Harrington (eds.), *Lawyers in a Postmodern World : Transgression and Transgression* (New York University Press, 1994) 所収の諸論稿は「ポストモダンリズムの視点から、弁護士と国家及び資本との関係を論じよう」と。Robert L. Nelson, David M. Trubek and Rayman L. Solomon (eds.), *Lawyers' Ideals/ Lawyers' Practices : Transformations in the American Legal Profession* (Cornell University Press, 1992) 所収の諸論稿は「商業主義化と公共性の喪失の危機が指摘される中で、プロフェッション論の意義を再評価しよう」と試みてゐる。Robert W. Gordon, "The Independence of Lawyers," *Boston University Law Review*, Vol. 68, pp. 1-83, Robert W. Gordon, "Corporate Law Practice as a Public Calling," *Maryland Law Review*, Vol. 49, pp. 255-292 を「プロフェッションの理念の価値を現代的文脈において救出しようとする試みである。リーガル・プロフェッションの責任に関する講義のためのリーディングスや、ケースブックももちろん参考になる。例えば、Stephen Gillers & Norman Dorsen (eds.), *Regulation of Lawyers : Problems of Law and Ethics, Second Edition* (Little, Brown and Company, 1989), Geoffrey C. Hazard, Jr. & Susan P. Konik (eds.), *The Law and Ethics of Lawyering* (Foundation Press, 1990), Geoffrey C. Hazard, Jr. & Deborah L. Rhode (eds.), *The Legal Profession : Responsibility and Regulation, Third Edition* (Foundation Press, 1994), Deborah L. Rhode & David Luban (eds.), *Legal Ethics* (Foundation Press, 1995) を参照。邦語文献としては、片岡弘「欧米の法曹資格付与制度の変遷と法的職務の供給」『シヨリスト』九八四号(一九九一年)一三七一―一六一頁、また、書評として次のものがある。太田勝造「Robert Nelson et. al. (eds.), *Lawyers' Ideals/ Lawyers' Practices*」『法社会学』四六号(一九九四年)二九八―三〇三頁、拙稿「Mark Galanter & Thomas Palay, *Tournament of Lawyers*」『国家学会雑誌』一〇七巻九・一〇号(一九九四年)二二八―二二二頁、同「Christoph Hommerich & Raymond Werle, "Die Anwaltschaft zwischen Expansionsdruck und Modernisierungszwang : Wandlungstendenzen einer klassischen Profession," *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jahrgang 8, Heft 1 (1987), S. 1-22」『法社会学』四二号(一九九〇年)二二四―二二五頁、同「Christoph Hommerich *Die Anwaltschaft unter Expansionsdruck : eine Analyse der Berufssituation junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte* (Bundesanzeiger und Deutscher Anwaltsverlag, 1988)」『国家学会雑誌』一〇三巻九・一〇号(一九九〇年)一五八―一六一頁。なお、こちらに新しい論点として、党派性を強調する現在の通説的弁護士倫理と共同体の倫理との矛盾について論じたものとして、David

Luban, *Lawyers And Justice: an Ethical Study* (Princeton University Press, 1983) があり、棚瀬孝雄「語りとしての法援用(一)(二・完)」『民商法雑誌』一一一巻四・五号(一九九五年)一三一—一六〇頁、一一一巻六号(一九九五年)一一三九頁がとりあげている。また、

Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (Harvard University Press, 1993) は、プロフェSSION性について、実践的叡智ないし賢慮の喪失という側面に焦点をあて、特に statesman としての法律家像の衰退の思想的及び制度的背景を分析している(書評として拙稿『アメリカ法』一九九五—一〇六二頁)。なお、クロンマンの提示するアリストテレス的賢慮の持ち主としての弁護士像に対して、棚瀬孝雄「弁護士倫理の言説分析——市場の支配と脱プロフェッション化——」(3)『法律時報』六八巻三号(一九九六年)七六頁註(8)は、批判的評価を示している。

(4) リュシユマイヤーは、弁護士という社会的役割の備えるべき、最少限の特徴として次の三つの要素を挙げる。すなわち、第一に、法的準則に関する専門的知識の保有。第二に、血縁関係(kinship)あるいはそれに類似した社会関係を持たない依頼者に対する党派的な(partisan)助言。第三に、一方で他の当事者と、他方で法律関係機関と関係づけながら、依頼者を代理することである。*Lawyers and Their Society*, p. 1. このような独特の社会的役割が分化し、発展するためには、①これらを可能にする一定の社会構造的特色的もとで、かつ、②当該社会において、不可欠の機能を果たしていることが必要であるとされる。発達した裁判所制度を持つ社会においても、以上の三つの要素を全て備えた弁護士が存在しない例が多いとされる。*Ibid.*, p. 2. ちなみに、日本の公事師がこの三条件を満たしていたのかという問題、一般に公事師の弁護士の前身としての特質の有無の分析は、日本の弁護士の研究にとって重要な課題である。また、明治期における代言人ならびに弁護士の活動の実態を、このような視点から明らかにする作業は興味深い(公事師を含む幕藩体制下における同様の社会的役割との連続性、断絶性の分析を含む)。日本近代法史学と法社会学の共同研究が期待される。

(5) *Ibid.*, p. 7. 近代の歴史を官僚制化と市場における交換の拡大を軸にして把握する視点は、いうまでもなく、ヴェーバーにみられる。例えば、「市場の拡大」と「諒解共同体の機関行為の官僚制化」を「二つの偉大な合理化の力」とする、マックス・ヴェーバー、世良晃志郎訳『法社会学』(創文社、一九七四年)一九〇頁(以下では本書は世良訳『法社会学』と略記する)参照。リュシユマイヤーも他の箇所において明示的にヴェーバーを参照している。例えば、*Lawyers and Their Society*, p. 197, Notes 4, 5, 7, 9等。

(6) *Ibid.*, pp. 7-8.

(7) *Ibid.*, pp. 8-9.

(8) *Ibid.*, p. 9. 同時に、本文で述べた法律家の諸側面の状態が、政治や経済、社会的価値体系の態様にフィード・バックされて一定の効果を与えているが、それは、社会文化的状況を強化するにすぎない場合が通例であるというのがリュシユマイヤーの理解である。同所参照。

(9) *Ibid.*, pp. 5-7.

(10) *Ibid.*, p. 5.

(11) さらに、ヴェーバーが指摘するように、家産君主や官僚の功利主義的ないし倫理的な実質的な政策上の関心と市場利害関係者の形式的な法の要請とは対立する。世良訳『法社会学』三七七頁、三七九頁、三八一—三八三頁等。

(12) ヴェーバーは、法を実質的に合理化し、他方で体系化しようとする国家官僚制への抵抗に成功したイギリスの法曹の特質として、強力なツェンフトへ結集した身分の形成、中央裁判所の裁判官の地位の独占と地理的集中、以上に由来する法曹身分の国民的統一性 (die nationale Einheit)、国民的な法の担い手 (Träger eines nationalen Rechts) としての伝統を挙げている。そしてその根底にあった物質的基礎として Sportelinteresse を強調している。同書三二八頁、三三〇—三三一頁、三四五—三四七頁。

(13) 参照' *Lawyers and Their Society*, p. 190.

(14) ドイツにおいても、第一次大戦後、一部の弁護士の企業法務分野への進出が顕著になるとともに、弁護士の理念やあるべき姿に関する弁護士内部の意見対立が激しくなり、他方で、新しい業務分野への進出によって、変化する社会に適応すべきであるとする議論も展開したとされ、(ibid., pp. 179-180)。今日の日本の弁護士が直面している状況とある意味で類似している。ただし、ドイツでは、ワイマル期の変化の萌芽がナチズムによってつぶされたために、戦後、経済界は、歴史上かつてない程度の社会的評価と自律性を獲得し、開業弁護士の企業法務への取り組みが進んだものの、その現状 (一九七〇年代はじめ) はワイマル期にも及ばないとすらいえるとしている。Ibid., p. 183.

(15) リュシュマイヤー自身は、*Lawyers and Their Society* 全体の基本的な理論的枠組みとして、パーソンズによって代表される機能主義に依拠していることを示している (ibid., p. 243' Notes to Chapter 5 (103)' Notes to Chapter 6 (11) 等) が、近代の歴史を全体社会の分化の進行過程としてとらえ、それに伴って近代に特有の社会統合の課題が生じるという認識は、一九世紀後半以来の社会学に共有された中心的問題意識の一つであり、近年では例えばルーマンによってシステム理論の枠組みのもとで継承発展されている。一九七〇年前後よりパーソンズを中心とする構造—機能主義は厳しい批判の対象となつていくことは周知のとおりであるが、弁護士の機能を考察するにあたって本稿で検討した理論的枠組みは、弁護士の機能の一つの側面を明らかにするものにとらえる限りにおいて有効性を失っていないように思われる。パーソンズの理論を批判的に発展させた、現在最も注目されている社会学理論の一つであるルーマンのシステム理論における弁護士機能論 (ルーマンにおいてはより広く法律家機能論というべきであるが) を検討するのが、次の課題になる。なお、パーソンズのプロフェッション論に対してはリュシュマイヤーは既に批判を加えている。Ibid., p. 199, Notes to Chapter 1 (20)。リュシュマイヤーのその後のプロフェッション論としては、前出一註 (3) に掲げた文献を参照。

### 三 市場における法利害関係者の自律的秩序形成と弁護士機能

#### 1 市場取引の特質

##### (1) 市場における交換によるゲゼルシャフト化

近代における社会の分化と組織化の進行は、ヴェーバーにおいては、ゲマインシャフト行為の合理化<sup>(1)</sup>、ゲゼルシャフト化の過程 (Rationalisierungs- und Vergesellschaftungsprozesse) が、「発展の基本的な推進力として」あらゆる領域において漸進的に浸透し続けていく現象としてとらえられている。そして、その一つの局面として、制定された秩序の侵入の増大 (das zunehmende Eingreifen gesetzter Ordnungen) が位置づけられている<sup>(2)</sup>。その際、「ゲゼルシャフト関係ないしゲゼルシャフト化 (Vergesellschaftung)」が、鍵概念として設定されている<sup>(3)</sup>。

ヴェーバーによれば、「市場における交換」によるゲゼルシャフト化 (関係) [die Vergesellschaftung durch Tausch auf dem Markt] は、あらゆる合理的なゲゼルシャフト行為の原型 (der Arche-Typus alles rationalen Gesellschaftshandeln) である<sup>(4)</sup>。

この「ゲゼルシャフト行為」は、ゲマインシャフト行為のうちで、次の三の要件を満たすものとして定義されている<sup>(6)</sup>。

第一に、当該行為が、「秩序にもとづいて立てられた予想に意味上準拠しつつ方向づけられて」いること (als es [= ein Gemeinschaftshandeln] 1. sinnhaft orientiert ist an Erwartungen, die gehegt werden auf Grund von Ordnungen) (括弧内は引用者による)。

第二に、「その秩序の『制定 (Satzung)』が、ゲゼルシャフト関係にある人々のいかなる行為が結果として予想さ

れるかを考慮しつつ、純粋に目的合理的に行われ」ていること (wenn 2. deren Satzung rein zweckrational erfolgt im Hinblick auf das als Folge erwartete Handeln der Vergesellschafteten)」

第三に、第一で述べた「意味上の準拠・方向づけが、行為者の主観において目的合理的に行われる (wenn 3. die sinnhafte Orientierung subjektiv zweckrational geschieht)」以上の三つの要件である。<sup>(7)</sup>

さて、ゲゼルシャフト関係は、その「制定された秩序」が、①一方的な要請によって成立したのか、あるいは、②双方向的な意思表示によって成立したのかによって二つの系列に区別され、<sup>(8)</sup>「交換」は、そのうちの後者に属する。

すなわち、第一の系列では、「ある人間による他の人間に対する一方的な要請 (Aufforderung)」、それも合理的な極限事例では、明示的な要請として「秩序が成立し、第二の系列では「人々相互の双方向的な意思表示、それも、合理的な極限事例では、明示的な意思表示として」秩序が成立する。<sup>(9)</sup> 後者の理念型として、「目的結社 (Zweckverein)<sup>(10)</sup>」と「交換」があげられている。

より厳密に言うと、第二の系列のゲゼルシャフト関係の最も単純なものが「臨時のゲゼルシャフト関係 (Gelegenheitsvergesellschaftung)」であり、「交換」は、<sup>(11)</sup>機関を欠いたゲゼルシャフト関係の極限事例とされ、「合理的に協定された秩序」以外には目的結社に固有なあらゆるメルクマールを欠いている。<sup>(12)</sup> そして、「交換」相互が「因果的に関連しあっているような大量現象」が「市場」である。<sup>(13)</sup>

歴史的には、「必要充足のために存立した持続的ゲゼルシャフト関係 (der Bedürfnisdeckung halber bestehenden perennierenden Vergesellschaftungen)<sup>(14)</sup>」の解体 (Zerfall) を通じて、一方で、市場という「無定型な (amorph) 形成体」が生み出されたのであり、他方でそれとともに国家という「持続的な (perennierend) 形成体」の成立に至ることがあった。<sup>(15)</sup>

ヴェーバーの基本的認識は、個別的な例外はあるが、「全体的には (im ganzen)」、「見通しうる歴史的発展の経過において (im Verlauf der für uns Übersehbaren geschichtlichen Entwicklung)」、「ゲマインシャフトの秩序の合理化」を確認できるといふものである。それは、「諒解行為が制定律 (Satzung) によつてますます包括的かつ目的合理的に秩序づけられて」いき、「また特に団体が目的合理的に秩序づけられたアンシュタルトへとますます変化する」過程である。<sup>(16)</sup>

このような、社会の分化と合理化の進展 (Der Fortschritt der gesellschaftlichen Differenzierung und Rationalisierung)<sup>(17)</sup>、いいかえれば、伝統的な社会関係のゲゼルシャフト化を通じた解体過程を、ヴェーバーは、先に挙げた二つの系列に即して、市場の拡大と、官僚制化として把握したのである。<sup>(18)</sup>そしてその過程は法の領域に関しては、法の合理化、とりわけ形式的合理化としてとらえられたのであった。しかも市場における交換によるゲゼルシャフト化は、国家以外の諸団体の解体と、法の形式的な合理化 (実質的な合理化ではなく) を推し進める契機としていわば根源的な位置づけが与えられているのである。

ヴェーバーは次のように述べている。

「とくに近代的な形の経済秩序は、実際には『国家的』秩序としてのみ可能であるような、きわめて特殊な諸性質を持った法秩序なしには、実現されえないことは疑いをいれない。今日の経済は、契約によつて獲得されるチャンス为基础として成立している。確かに、『契約の合法性』に対して自分自身もっている利害関心や、また相互の財産保護に対して有産者たちが共通にもっている利害関心が、きわめて大きな働きをしていることは事実であるし、また、習律や習俗が、今日なお、これらと同じ意味で、個々人の行動を強く規定している。しかし、習律や習俗の力の影響力は、伝統が——一方では伝統によつて秩序づけられた諸関係が、他方では伝統の神聖性に対する信仰が——動揺してきた結果、はなはなだしくその意義を失ってしまったし、また、諸階級の利害関係は、かつてみ



られなかったほど相互に鋭く分裂するにいたっている。かくして、近代的な取引速度の迅速性は、迅速かつ確実に機能する法、すなわち、最強の強制権力によって保障された法を要求することになる。またとりわけ近代的な経済は、その特質によつて、かつては法の、したがつてまた法的保障の担い手であった国家以外の諸団体を破壊してしまつた。これは、市場発展 (Marktentwicklung) によつて生み出された結果である。市場ゲゼルシャフト関係 (Marktergesellschaftung) が全面的に支配するようになると、一方では、法が合理的な諸規則にしたがつて計算可能な形で機能することが要求される。そして他方においては、(中略) 市場ゲゼルシャフト関係の支配に伴う特徴的な傾向である市場の拡大 (Markterbreitung) は、それに内在する諸帰結を展開することによつて、多くは経済的な独占に基礎を置いていた身分的その他の分立的な強制装置を解体し、一つの普遍主義的な強制アンシユタルトがあらゆる『正当』権力を独占し・規律するようになるのを促進してゆく<sup>(19)</sup>。

そこで次に、このような社会全体のゲゼルシャフト化過程においてその起動力としてとらえることができる、市場における交換によるゲゼルシャフト関係について、ヴェーバーはどのような理解をしているのかを概観し、その上で、市場取引の拡大が法の形式的合理化を、とりわけ弁護士の媒介によつて、いわば「下から」、無数の私的な主体のイニシアティブによつて自律的に推し進めていったメカニズムを見ることにしたい。

## (2) 市場取引の unpersönlich と sachlich な性格

ヴェーバーによれば、「市場の固有法則性」が貫徹している場合、そこにおける社会関係は、通常の間人関係の持つ人的 (persönlich)<sup>(20)</sup> な心情を欠き、のみならず、それを敵視する。その点で、市場における交換によるゲゼルシャフト関係は、伝統的な社会関係と全く異質のものである。人物の顧慮を知らず、事物の顧慮のみを知る特殊な倫理としての市場倫理が支配し、それは、合意の形式的遵守義務を意味する。

ヴェーバーは次のように述べている。市場共同体は、「人々が相互に入ることができ、最も非人格的な実際の生活関係 (die unpersönlichste praktische Lebensbeziehung) である」<sup>(22)</sup>。最も非人格的である理由は、市場が利害関係者間の激しい闘争であるからというわけではなく、「特殊・即对象的に (spezifisch sachlich)」「交換財 (die Tauschgütern) への関心にのみ準拠しているからである」<sup>(23)</sup>。

この市場取引における準拠 (方向づけ) の特殊・即対象性については次のように説明されている。

「市場がその固有法則性に任されている場合には、事物の顧慮 (Ansehen der Sache) のみを知り、人物の顧慮 (Ansehen der Person) を知らない。同胞 (身内) の義務 (Brüderlichkeitspflichten) もピエートの義務 (Pietätspflichten) も知らない。原生的な (urwüchsig) 人的ゲマインシャフト担われた人間関係 (von den persönlichen Gemeinschaften getragenen menschlichen Beziehungen) を知らないのである。これらは、いずれも、裸の市場ゲマインシャフト関係の自由な展開の妨げとなる」<sup>(24)</sup>。

人的共同体を基礎にした人間関係及びそこにおける倫理 (同胞ないし身内の倫理) は、市場における交換によるゲゼルシャフト関係には欠如している。そこでは、目的合理的な利害関心と、同胞倫理とは別の特殊な倫理すなわち市場倫理 (die spezifische Marktethik) が支配する。

「合理的な目的関心が、特に高度に市場状況を規定する。合理的な合法性、とりわけ一度約束されたことの形式的な遵守義務が、交換の相手方に対して予期される特質であり、市場倫理の内容を形成する」<sup>(25)</sup>。

「このような絶対的な即対象化 (absolute Versachlichung) は、(中略) 人間関係のあらゆる原生的な構造形態にとって快く思われない (widerstreben)。利益布置状況と独占状況の徹底した利用と値切り (Feilschen) を随伴する、倫理的な諸規範に拘束されないという意味での『自由な』市場は、あらゆる倫理において、同胞間における不道德 (unter Brüdern verworfen) とされる。あらゆる人的な仲間関係 (persönliche Verbrüderung) 及び大抵の血縁

関係を前提とする他のあらゆるゲマインシャフト関係と、市場とは、常に全く対蹠的であり (in vollem Gegensatz)、あらゆる仲間関係 (Verbrüderung) と根本的に無縁 (fremd) である<sup>(26)</sup>」。

伝統的な社会関係における同胞倫理は、しばしば、同時によそ者 (アウトサイダー) に対する倫理の希薄ないし欠如を随伴していた。「あらゆる共同体の経済取引に原生的である二重道徳 (die doppelte Moral, welche im Wirtschaftsverkehr jeder Gemeinschaft urwüchsig ist)」、すなわち、対内道徳と対外道徳の構造的二重性 (Dualismus der Binnen- und Außenmoral) である<sup>(27)</sup>。ヴェーバーのいう市場倫理は、この二重構造の一つの克服形態と解釈<sup>(28)</sup>できる<sup>(29)</sup>。

市場倫理は、ヴェーバーにおいては、市場取引関係者の徹底した形式的合理性の基礎にあつてその貫徹を支えているものであり、対内道徳の持つ素朴な相互主義 (die einfache Reziprozität) 及び実質的合理性と激しく衝突する<sup>(30)</sup>。市場の拡大過程において目的合理的な利害関心が求める形式的合理性は、伝統的で人的な紐帯及び同胞 (身内) 間の倫理による関係の制御によつてはその進展を妨げられる<sup>(32)</sup>。ここに市場倫理 (但しそれは、自由な交換関係の継続に対する当事者の利害関心によつても規定されている点をヴェーバーは強調している<sup>(33)</sup>) と表裏一体をなし相互に補充しあうものとして、国家の強制装置によつて保障された形式的合理的な法秩序としての実定法的秩序が求められるのである<sup>(34)</sup>。

西欧、とりわけイギリスの近代においては市場における法利害関係者<sup>(35)</sup>は、その日常的助言者たる弁護士の予防法学的活動と訴訟代理活動を媒介として、法が形式的合理化していく過程において重要な役割を果たした。そこで次に、市場取引関係の展開における弁護士の機能を法の形式的合理化の観点からまとめたい。

(1) ヴェーバーのいう「合理化」、「合理性」概念の意味それ自体からして難問であるが (彼自身多様な意味で用いており、またヴェーバーの用

いた意味の解釈も多岐にわたる)、本稿では検討する余裕がない。アクセスしやすい文献として、平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣、一九九一年)六一七頁、嘉目克彦『「合理化」と「合理性」——マックス・ウェーバーにおける「合理化問題」によせて——』『社会学評論』三六卷二号(一九八五年)五八—七〇頁(平井前掲書九頁註(9)に引用されている)がある。

(2) 世良訳『法社会学』前掲五七頁、WuG, S. 196. 「合理化IIゲゼルシャフト化過程」というこの時期のヴェーバーの根本的な問題意識について、参照、シュルフター『「経済と社会」仮構の終焉』前掲二〇四—二〇七頁。なお、一九一五年ころ(『世界宗教の経済倫理』の「中間考察」が転換点とされる)を境に、ヴェーバーの歴史的視点が変化していると指摘されている。参照、佐野誠『ヴェーバーとナチズムの間——近代ドイツの法・国家・宗教——』前掲一四〇—一四二頁(モムゼンの見解が紹介されている)、一六一—一八頁。同書は次のように要約する。すなわち、「中間考察」を境に「初期の目的論的、進化論的、不可逆的構成から、後期の普遍的、多元的、可逆的構成へとヴェーバーの歴史的視点が変化してきた。特に、後期の著作では、カリスマと合理化、形式的合理性と実質的合理性の競合関係が歴史を推進する力であり、両者は互いに緊張関係にありつつも、完全に対立するものではなく、相互補完関係にあるというのがモムゼンの基本的立場であった」(一四二頁)とし、このモムゼンの見解に基本的に賛成している。また、シュルフター『「経済と社会」仮構の終焉』前掲二〇一—二二二頁も、「理解社会学のカテゴリー」(特にその後半部分「ヴェーバーの表現によれば、「いくらか以前にすでに書かれていた」[第二の部分]「や『法社会学』における「著しく発展的な基調」を指摘している。『理解社会学のカテゴリー』と『法社会学』に主として依拠する本稿は、ヴェーバーの「進化論的、不可逆的構成」がより鮮明な前期の歴史的視点に従っていることになる。

(3) ヴェーバーが「理解社会学のカテゴリー」と『「経済と社会」第二部において用いたこの「ゲゼルシャフト」概念について、従来、テンニース的に、「ゲマインシャフト」概念と対置されて理解されてきたきらいがある点、及び、ヴェーバーの定義に即して「再読」する必要を指摘するのは、海老原II中野訳『理解社会学のカテゴリー』一六〇頁(中野執筆「解説」)である。また、折原「マックス・ウェーバー基礎研究序説」前掲七二頁以下が参考になる。後にヴェーバーが、この「ゲゼルシャフト」概念と「ゲマインシャフト」概念を根本的に修正した点について、同書七四—七七頁を参照。

(4) WuG, S. 382.

(5) 「ゲマインシャフト行為」は、『理解社会学のカテゴリー』において提示される基本的諸カテゴリーの冒頭に置かれ、行為者の「主観において他人の人間の行動へと意味の上で関係づけられている」行為と定義されている。海老原II中野訳『理解社会学のカテゴリー』四三頁。

(6) 同書四九—五〇頁。原著は「Max Weber, "Über einige Kategorien der Verstehenden Soziologie, in derselbe, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, [7. Aufl., herausgegeben von Johannes Winckelmann], (Tübingen: J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1988), S. 442 [元来一九一三年に「雑誌 *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, 4. Band. Heft, に発表]」。以下は *Kategorien* の略記である。Vergesellschaftung の概念は「世良訳では多くの場合「利益社会関係」と訳されており、最近の海老原II中野訳『理解社会学のカテゴリー』では、「ゲゼルシャフト関係」と訳されている。折原「マックス・ウェーバー基礎研究序説」前掲五四—一〇四頁も同様である。同書八九—九三頁は、この語の我が国における訳語をめぐる混乱を指摘している。本稿では最近の見解に従って、原則として「ゲゼルシャフト関係」または

「ゲゼルシャフト化」と訳した。Vergesellschaftung 概念は、ヴェーバーの社会学において、近代に始まる伝統的構造の解体ないし変容過程の分析を理解する上で不可欠の鍵概念の一つであり、また、ヴェーバー社会学全体との関連で理解する必要があり、それは、最近の新しい解釈の成果をもふまえてなされるべきであろう。本稿では、「市場取引」概念の分析に必要な限りで簡単に触れるにとどめる。ヴェーバーにおけるこの概念の独特な位置づけについての最近の解釈として、海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』「事項註」七頁(53)、(58)、一三二—一四六頁(海老原執筆「解題」、一五八頁、一六〇頁(中野執筆「解説」)参照。また、ヴェーバーが用いるSatzungないしgesetzte Ordnungの概念に、「制定」、「制定(された)秩序」という訳語をあてるのは、意味が限定されすぎないように感じられるが、適切な訳が見い出せないので、本稿では、世良訳及び海老原中野訳に従った。

(7) 目的合理的な行為は、「(主観的に)一義的に把握された目的に適合するものと(主観的に)観念される手段に、もっぱら準拠する」行動と定義されている。海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』一〇頁。

なおゲマインシャフトとゲゼルシャフトの概念についての折原『マックス・ウェーバー基礎研究序説』前掲七二—七三頁の次のような要約は、ヴェーバーの理解を深める上で参考になった。

「△理解社会学のカテゴリー△において、△ゲマインシャフト行為△とは、△他の人間の行動に、主観的に有意味に関係づけられた人間行為△一般であった。それゆえ△ゲマインシャフト△とは、そうした△有意味な関係△(したがってそうした△ゲマインシャフト行為△を交わす複数行為者)の一定のまとまり(集団)をさし、△Vergemeinschaftung△とは、そうした△ゲマインシャフト△を実体化することなく、生成の相のもとで、複数諸個人による△ゲマインシャフト関係の形成△として動態的に把握しようとする構成概念である、といつてよからう。

それによつて、△ゲゼルシャフト行為△とは、そうした△ゲマインシャフト行為△が、△目的合理的に制定された秩序△に△準拠△する、特定のばあい、(いわば「制定秩序準拠行為」)であり、それゆえ△ゲゼルシャフト△とは、そうした△準拠△関係(したがって△制定秩序△を媒介として△ゲゼルシャフト行為△を交わす複数行為者)の一定のまとまり(集団)をさし、△Vergesellschaftung△とは、△目的合理的な△秩序制定△によつてそうした△ゲゼルシャフト関係△を結成△していく動態に着目し、このアスペクトに力点を置く概念構成である、といえよう」(傍点は原文)。

(8) 『理解社会学のカテゴリー』を後に改訂した『社会学の基礎概念』においては、制定秩序の二類型(指令と協定)は、ある秩序が正当的に妥当する根拠の四類型の一つたる「合法性があると信じられている実定的制定律(positive Satzung)による」場合の、当事者が、合法性を正當なものとして妥当させる二つの類型として提示される。また、秩序についての集中的分析(5 正当秩序の概念、6 正当秩序の種類・習律と法、7 正当秩序の妥当根拠・伝統、信仰、制定律)とは別に、「ゲマインシャフト関係概念とゲゼルシャフト関係」概念が導入され、それに引き続いて、団体概念が提示され、その秩序に関する説明(13 団体の諸秩序)の冒頭で「ゲゼルシャフト関係の制定諸秩序(die gesetzten Ordnungen)は、a 自由な協定によつて、または、b 指令と服従によつて成立しうる」という一文が示される。参照、マックス・ウェーバー、阿閉吉男・内藤莞爾訳『社会学の基礎概念』(恒星社厚生閣、一九八七年)五五—五六頁及び七七頁。

(9) 海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』五〇—五一頁。

(10) 同書六二頁。目的結社の定義は、ゲゼルシャフト行為の内容と手段についての、すべての関与者によって目的合理的に協定された (vereinbart) 秩序を伴っている、ゲゼルシャフト行為とされている。同所。

(11) 「機関」については同書六二―六五頁、六九頁参照。目的結社は定義上、団体機関の存在が不可欠になる。同書六九頁。

(12) 同書七一頁。

(13) 同書七二頁。交換が相互に因果的に関連しあっている大量現象たる「市場」は、諒解ゲマインシャフトである。市場における交換行為は、当事者間の交換の協定(そこで合意されている要素としてヴェーバーは理念的に三つの要素を抽出している、参照、同書七一頁)に準拠しているだけでなく、「他の交換志望者(双方の競争者)たちの可能的行為についての予想と、その予想に対応する適法の諒解にも準拠してなされている」。同書九九頁。ヴェーバーは、そのような交換当事者以外の行為への意味上の関係づけを含んでいる点をとらえ、かつ、それが合理的に協定された秩序ではないにもかかわらず、あたかも、「そうした秩序が協定されているかのように経過している」現象である点に着目し、「諒解 (Einverständnis)」概念を提示している。同書七七一―七五頁。そうしたゲマインシャフト行為の複合体が諒解ゲマインシャフトである。

(14) 我が国の、継続的關係を基礎とし、監督官庁をもまきこんだ企業ネットワークは、この「必要充足のために存立した持続的ゲゼルシャフト關係 (der Bedürfnisdeckung halber bestehenden perennierenden Vergesellschaftungen)」の要素を含んでいると位置づけることができるかもしれない。少なくとも、そのような観点から、ヴェーバーの所説を吟味し、他方で今日の経済学の研究成果を検討する作業は意味があると思われる。(15) 同書七三―七四頁。

(16) 同書一二〇頁。もちろん、ヴェーバーは単純に単線的な議論をしているわけではない。同所参照。また、本文でのべた秩序の合理化が、関係する人々の全面的な行為の合理化をもたらすものではなく、むしろ、通例は、人々は秩序の合理的基礎からますます引き離されていくという点を強調している。同書一二〇―一二六頁(この箇所は折原『マックス・ウェーバー基礎研究序説』前掲五〇―五二頁の訳の方が通りがよいように思われる)。また、世良訳『法社会学』前掲五三四―五三五頁(素人の側の法の無知は、法を目的合理的に変更可能な、技術的な装置としてとらえる見方の強まり、法の技術的な内容の一層の増大、法の専門性の増大とともに、法の不可避の運命であるという指摘)参照。いったん目的合理的に作り出された秩序の「固有法則性」をヴェーバーは指摘しているのである。なお、この点については、海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』一七五―一八〇頁、中野『近代法システムと批判』前掲二八―三五頁、三八―三九頁、一一六―一七頁が示唆に富む。

(17) 海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』一二五頁、Kategorien, S. 473. この「合理的な社会分化」及び「合理的な社会組織化」について、ヴェーバーは次のようにいっている。同書九七―九八頁。「個々の人間は自らのなす行為において絶えず数多くの、そして常に新たなゲマインシャフト行為、諒解行為、ゲゼルシャフト行為に関与する。彼のゲマインシャフト行為はあらゆる実行行為のひとつひとつごとに、他者の行為の別の圏域に、そして、そして別のもろもろの諒解やゲゼルシャフト関係の意味の上で関係づけられうるとも考えられるのである。個人が自分の行為を合理的に準拠させる諸圏域が、それらにとって構成的な可能性のあり方の点で数多く、また多様であればあるほど、『合理的な社会分化 (gesellschaftliche Differenzierung)』は進展していることになるし、個人の行為がゲゼルシャフト関係の性格を持つほど、『合

理的な社会組織化 (gesellschaftliche Organisation)』は進展していることになるのである」。

- (18) 世良訳『法社会学』一九〇頁。ヴェーバーは次のようにいう。「あらゆる個々人やあらゆる個々の事実がますます一つ一つ——少なくとも今日では、原理的に形式的な『法的平等』にもとづいている——アンシユタルトに編入されてきたということは、二つの偉大な合理的な力 (grob rationalisierenden Mächte) によって成しとげられた仕事である。すなわち、一つには市場の拡大と、一つには諒解共同体の機関行為の官僚制化によって、成しとげられた仕事なのである」。ヴェーバーはここでは、西欧の合理化過程における自律的な法創造の技術的形式の変化について論じている。

- (19) 同書六三—六四頁、*WiG*, S. 198.

- (20) ヴェーバーの著作における *persönlich* (及び *Person*) 概念の解釈は、難問であるが、その *sachlich* (及び *Sache*) 概念及び *Pietät* 概念との関係を含め、法社会学とりわけ日本の法観念と伝統的秩序原理の法社会学的研究にとつて重要な課題である。例えば、西欧近代と中国との経済秩序の比較を *sachlich* と *persönlich* の概念を用いて分析している代表的な箇所として、『儒教と道教』の第八章「結論—儒教とピユウリタニズム」があり参考になる。マックス・ヴェーバー、大塚久雄『生松敬三訳『宗教社会学論選』(みすず書房、一九七二年) 一六五頁以下、特に一八二頁、一八三—一八七頁、一九二—一九四頁、一九九—二〇〇頁。また、伝統主義(とりわけ家長制)及び伝統への恭順 (*Pietät*) と *sachlich* な関係及び *persönlich* な関係に関して同書八七—八九頁に原理的な説明がある。大塚久雄『社会科学の方法—ヴェーバーとマルクス』(岩波書店、一九六六年) 一四七—一五二頁、一六八—一八五頁は、ヴェーバーにおける *Person* 概念の多義性とその理解の重要性を強調している(「或る点で正反対の二重の意味に用い、しかも、それによっていわば逆説的に、さまざまな重要な真理をまことに巧妙に表現している」[引用箇所は同書一四七頁])。

- (21) 交換の大量現象としての市場は、ゲマインシャフトとしての性格を持つ。市場における交換は、交換に直接関わらない第三者も交換の結果を尊重するであろうという予期に志向してなされるからである。海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』七二頁。また、同書七四頁、七七—七九頁、マックス・ヴェーバー、阿閉内藤訳『社会学の基礎概念』前掲六六頁、*WiG*, S. 382. なお、「市場」については、ヴェーバーは、*WiG*, Zweiter Teil 2, Kapitel 6 において次のように定義している。「ともかく一方側だけでも、多数の交換申込者が、交換のチャンスめぐる競争している場合には、それだけで市場と言う」。*WiG*, S. 382. 「競争」については、後に『社会学の基礎概念』において、次のように定義している。まず、「行為が一人または複数の相手の抵抗を排して自己の意志を貫徹する意図に指向している限りの社会関係」を「闘争」と言い、「現実的な物理的暴力行使を行わない闘争手段」が「平和的闘争手段」であり、平和的闘争のうち、「他者によってもまた望まれるチャンスに対する自己の処分権 (eigene Verfügungsgewalt) を求める形式的に平和な努力 (formal friedliche Bewerbung)」を「競争 (Konkurrenz)」と呼ぶとされている。さらに「目的と手段において、秩序に準拠している競争を「規制された競争 (geregelter Konkurrenz)」と呼ぶ。マックス・ヴェーバー、阿閉内藤訳『社会学の基礎概念』前掲五八頁、*WiG*, S. 20.

- (22) *Ibid.*, S. 382.

- (23) *Ibid.*, S. 383.

(24) *Ibid.* Brüderlichkeit, Verbrüderung については、マックス・ウェーバー、厚東洋輔訳「経済と社会集団」尾高邦雄編『ウェーバー』（中央公論社、一九七九年）五六―五五五頁を参照。

(25) *WuG.* S. 383.

(26) *Ibid.* なお、市場における自由な交換の特徴の一つとされる「値切り (*Feilschen*)」と、目先の利益状況を利用した「際限のない値切り (*das schrankenlose Feilschen*)」とはウェーバーにおいて明確に区別されている。*Ibid.* また、後出註(33)参照。

(27) 世良訳『法社会学』四一八頁訳註三、*WuG.* S. 369-370. この箇所は『宗社会学』からの再引用である。参照、マックス・ウェーバー、武藤一雄Ⅱ藺田宗人Ⅱ藺田担訳『宗社会学』（創文社、一九七六年）三〇九頁、*WuG.* S. 369. また、ウェーバー、大塚Ⅱ生松訳『宗社会学論選』前掲一〇―一四頁にも同様の指摘がある。なお、ウェーバーの対内倫理と対外倫理の二重構造論は、周知のように戦後しばらくの間が国の社会科学にも大きな影響を与えたが（例えば、大塚久雄『共同体の基礎理論』（岩波書店、一九七〇年）四三―四六頁、川島武宜『日本の社会的家族的構成』（川島武宜著作集 第十巻）（岩波書店、一九八三年）一一―一二頁）、最近ではその近代化論的文脈との密接な関連のために省みられることが少ない。しかしながら、私見によれば、現在、なお、日本の社会の秩序形態を分析するにあたって、その分析用具としての価値を失っていないように思われる。そのことは一九九〇年代に入っていわゆるバブル経済崩壊後の平成不況のもとで明白になっている日本の経済秩序の混乱と不祥事や事件が示唆しているところであろう。

(28) ウェーバー、大塚Ⅱ生松訳『宗社会学論選』前掲一〇頁（但し *Dualismus* の訳語を変更した「大塚Ⅱ生松訳は「二元論」とする」）。

(29) ウェーバーはこの特殊・市場倫理（「遵法精神」と関わる）の起源について、*Marktergesellschaftung* の章では、詳しく分析していないが、禁欲的プロテスタンティズムが、この市場倫理の浸透すなわち対内倫理と・対外倫理の二重構造の克服に具体的にどうかかわったか、他方で、西欧近代以外において、とりわけ宗教との関わりにおいてこの二重構造がどのような経過をたどったかは、合理的資本主義の他の局面の源泉・展開と並んで、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』以来の彼の問題意識であったと考えてよいであろう。そして、資本主義化の過程で非西欧社会においてこの二重構造がどのような経過をたどっているかは、今日においてなお依然として研究課題としての重要性を失っていないように思われる。一九九〇年代の日本経済の直面している重要な課題の一つはこの二重構造の克服に関わっている。ウェーバーが禁欲的プロテスタンティズムに西欧近代の市場倫理の起源を求めていたと早急かつ単純にいうことはもちろんできず、亡くなるまで書き続けられた諸著作と総合して（とりわけ最近の文献学的成果を参考にして）、改めて検討されるべき課題である。さしあたり、ウェーバー、武藤Ⅱ藺田訳『宗社会学』前掲書（特に例えば、三三三―三三三頁）、や、ウェーバー、大塚Ⅱ生松訳『宗社会学論選』前掲書、マックス・ウェーバー、木全徳雄訳『儒教と道教』（創文社、一九七一年）（「世界宗教の経済倫理」序言も収録）、マックス・ウェーバー、深沢宏訳『ヒンドゥー教と仏教』（日貿出版社、一九八三年）が参考になる。例えば、ウェーバー、木全訳『儒教と道教』前掲四〇五頁の次の記述参照。「外面的な『端正』』 Contenance へしか顧慮しなかった儒教的君子は他人にたいして不信を抱いており、また自分自身にたいしてもそのような不信があることを前提していたが、こうした一般的不信がすべての（商業上）信用 (*Kredit*) とすべての取引行為とを妨げた。が、こうした儒教徒のあいだの不信と対照的であったのが、ピューリタンのもとでみられる同信者 (*Glaubensbrüder*) の・宗教的に制約されているがゆえに、無条件でゆ



るぎのない合法性に対する信頼—とくに経済上の信頼を含めた—であった。この信頼は、現世と人間との—最高位にある者を含めた、またまさにそうした者の—被造物的墮落に関する、ピューリタニズムの深い現実主義的な、またまったく憚ることのない悲観論を、資本主義的取引に不可欠の〔商業上〕信用 (Kredit) の障害たらしめないで、むしろこの悲観論を誘って、相手方の客観的な(外的な、また内的な)能力に対する公平な考量をさせるにまさしく足りたのであった。この相手方の能力の考量というのは、『正直は最良の政策である』という原則にしたがつた没主観的な営業をおこなうために欠くことができない諸動機の恒常性を期待するものなのである」(一)内は訳者木全氏の挿入、ヴェーバー、大塚II生松訳『宗教社会学論選』前掲一九九頁にも訳出されている箇所である)。これらのヴェーバーによる宗教社会学関係の論稿に関する最近の文献学的研究として、参照、折原「マックス・ウェーバー基礎研究序説」前掲二二—三〇〇頁。

なおまた、ヴェーバーによる禁欲的プロテスタンティズムの評価に関しては、最近の歴史学研究成果も吟味しなければならない。この点については、村上淳一教授による一連の紹介が、参考になる。すなわち、より広い意味で経済的合理化の発展を、西欧において禁欲的プロテスタンティズムが促したというヴェーバーのテーゼについて、ゲーアハルト・エーストライヒ、ハルトムート・レーマン、ヴォルフガング・シュルプターらの研究を挙げて、一七世紀における全ヨーロッパ的な「紀律化」というより包括的な過程の一環として理解する見解を紹介している。村上淳一『仮想の近代—西洋の理性とポストモダン』(東京大学出版会、一九九二年)一〇—一二頁、三八—三九頁註(4)。また、ヴェーバーの問題意識の中心にあった西欧近代の合理主義を、「合理主義的近代」(近代のいわば一つのあり方—一七世紀的合理主義)として相対化しつつ、その歴史的条件を明らかにする最近のポストモダニズムの観点からの研究も紹介されており、ヴェーバーを理解する上で参考になる。例えば、「ヨーロッパの近代とポストモダン」同書一四三—一七五頁。

法的準則や契約の遵守観念という論点は、我国の法社会学においても、周知のように川島武宜博士によってとりあげられ、わが国における法の存在形態を規定する根本的な因子としての位置づけを与えられたが、近年では、規範遵守観念(「順法精神」)の法社会学的评价と理論的位置づけに関して、かつて存在したと考えられる一定の合意がなくなっており、あらためて特に経済社会における秩序のあり方という視点から、規範遵守観念について再検討する意味を持つ時期に現在至っているように思われる。

(30) ヴェーバー、大塚II生松訳『宗教社会学論選』前掲一一〇頁。

(31) 同書一一三—一四頁参照。

(32) 同書一一四頁。ヴェーバーは、このような性格を持った市場は、近代資本主義の初期段階において西欧ではじめて出現したとする。「安定的な、いいかえれば、あらゆる買い手に均等な価格と厳格な信用性 (die strikte Realität) は、西洋中世の規制された (reguliert) 局地的近隣市場にとつてのみ、特殊高度な程度において、そしてオリエントと極東と対蹠的な点において、固有 (eigen) であるのみならず、加えて、資本主義的な、ということとは、初期資本主義的な、経済の特定の段階の前提であると同時にその産物でもある」WAG, S. 383-384。

(33) ヴェーバーは、市場における自由な交換関係の秩序メカニズムとして、将来の交換関係の維持に対する当事者の利害関心の役割を重視している。『経済と社会』第二部、第六章では、次のように述べている。「交換の相手方の合法性(約束の遵守)の保障 (die Garantie der Legalität des Tauschpartners)」は、「結局は」、「双方とも、将来にわたっても、交換関係の継続(その相手が、当該交換の相手であろうが、

あるいは他の交換相手であろうが、いずれにせよ)に利害関心があり、したがって、与えた承諾を守り、少なくともセンセーショナルな信義誠実の原則の違反は犯さないであろうという、通例、双方にとって正当であるような前提に基づいている。そのような利害関心が存在する限りにおいて『正直は最良の政策である』という格言は妥当だが、この格言は、もちろん決して普遍的に合理的な正しさを持っているわけではなく、したがって、経験的な妥当は安定していない。しかしながら、継続的に存在する顧客層を持つ合理的な経営 (rationale Betriebe mit dauernd gegebenem Kundenkreis) にとってはいうまでもなく合理的であり、安定した妥当性を獲得する。というのは、安定的な顧客関係、したがって、倫理的な市場的特質に関する相互の人的な評価 (gegenseitiger persönlicher Würdigung in Bezug auf die ethischen Marktqualitäten) と結びつけることを可能にする顧客関係を基礎とすることによって、交換諸関係は、価格の揺り動かしや目先の状況を利用しつくすことを当事者が自己の利益のために比較的自制するおかげで、関与者の利害関心に支えられて、際限のない値引きの性格 (Charakter des schlankenlosen Feilschens) を最もよく免れるからである』。Müg, S. 393. 『法社会学』においても、交換当事者の契約の遵守メカニズムについて、国家の強制装置によって保障される法よりも、第一に、交換関係の継続に対する当事者の利益 $\parallel$ 利害関心の重要性を指摘している点には注意しなければならない。世良訳『法社会学』三九頁、四六一四九頁、五一頁、六二頁、六三頁。さらに、契約の履行を保障する他の諸要因に関するヴェーバーの所説については、越智「契約による秩序の形成と法」前掲六五—九〇頁、特に六八頁以下が綿密に検討を加えていて参考になる。

ヴェーバー・テーゼのポイントは、それにもかかわらず、「万一の場合」のために、客観的な準則のみによって純粹に形式的に基礎づけられた主観的権利が国家の強制装置によって保障されることが、近代資本主義の成立・発展にとって不可欠であるという点にある。世良訳『法社会学』三九頁、四八一四九頁、五二頁、六三一六四頁。なお、市場における交換が「習律」によって保障される可能性に関するヴェーバーの所説についての解釈として、越智前掲論文八一—八三頁、八六—八八頁は示唆に富む分析を行なっている。

(34) ヴェーバーは、厳格な契約及び規範遵守義務を交換の相手に要求する市場倫理が、対内倫理と対外倫理の二重構造を破壊して人的ゲマインシャフト内部に歴史的に浸透していく一つの契機として、禁欲的ピューリタンが内面化している倫理的格率の作用を重視していることは間違いないと考えられるが、一度成立した近代資本主義のもとでは、そのような特殊宗教的な倫理的資質とは切り離され、市場倫理が「強制」される点を次のように指摘している。「現在の資本主義が存続しうるための条件としてその個々の担い手、たとえば近代資本主義的経営の企業家や労働者がこの倫理的原理を主体的に習得していなければならないという意味ではない。今日の資本主義経済秩序は一つの巨大な既成秩序であって、各人は生まれながらにその中に入りこむのであり、各人(少なくとも個人としての)には事実上動かしがたいがその中で生きねばならぬ外枠として与えられているものである」。現代では誰もが「市場連関に組み込まれている限り (soweit er in den Zusammenhang des Marktes verflochten ist)」「経済的淘汰」を免れるには「経済行為の諸規範 (die Normen seines wirtschaftlichen Handelns)」を強制されるのである。ヴェーバー「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」尾高邦雄編『ヴェーバー』(中央公論社、一九七九年)一一九頁「梶山力 $\parallel$ 大家久雄訳」Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I* [9. Aufl., herausgegeben von Johannes Winkelmann] (J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1988) S. 36-37.

(35) ヴェーバーにおける法利害関係者という概念を理解するには、『理解社会学のカテゴリー』における次のような指摘を念頭におくべきであろう。ゲマインシャフトの秩序の合理化とともに、その定立と執行に直接関与する者は別とすると、当該秩序の少数の利害関係者以外の「大衆」は、「その平均的に理解された意味に何ほどか近似的に一致する行為を『伝統的に』——とわれわれは言いたい——身につけ、大抵は秩序の目的や意味を、さらにはその存在さえをも全く知らぬまま、その行為を守り続ける」。海老原Ⅱ中野訳『理解社会学のカテゴリー』一二四頁、WAG, S. 472-473。「新しい『法律』や『結社規約』の新しい条項を設けることが議論されている限りでは、実際特にそのことに関わる利害関係者は少なくとも、新しい秩序の実際に考えられた『意味』を見抜くのが常である。しかし、その新しい秩序がもし実際に『定着』すれば、この当初は制定者たちが多少とも統一的に考えていた意味は、全く忘れ去られるか意義転換によって蔽いかくされるかするので、こみいった法規範がかつて協定ないし授与された際の『目的』を本当に見抜いている裁判官や弁護士の数のごくわずかになるし、『公衆』にいたっては、法規範がつくられて経験的に『妥当』しており、したがってそこからさまざま『可能性』が帰結するという事実さえも、この上ない不都合を避けるためにまさに必要な限りで知っているにすぎない。秩序がますます複雑化し、社会生活がますます分化していくにつれて、この事態はいよいよ一般的になる。制定された秩序の経験的に妥当している意味を、すなわち、秩序がかつてつくりられ、現在特定のしかたで平均的に解釈されて強制装置によって保証されているということから平均的に導きだされる『予想』を、最もよく知っている者は、疑いもなく、計画的に諒解に反して行為する、したがって秩序を『犯す』か『くぐりぬける』ことをもくろむ人々にほかならないのである」。海老原Ⅱ中野訳『理解社会学のカテゴリー』一二二—一二三頁、WAG, S. 472。官僚や法律専門家を別にする、法の形成、発展を左右するのは、まさに、このような意味での少数の法利害関係者である。他方で、多数の人々は、法を知らないが、しかし、その原理的合理性を信仰し、その機能の計算可能性を確信(信頼)するという点で合理的であるとされる。海老原Ⅱ中野訳『理解社会学のカテゴリー』一二五—一二六頁、及び前出、註(16)参照。

## 2 私的な主体のイニシアティブによる自律的な法形成

### (1) 法規範形成の第一次的源泉

ヴェーバーは、西欧における法の合理化の過程を、政治的条件、経済的条件、宗教的権力と世俗的権力の状況、法名望家層内部の条件という多様な因子の関連の相のもとに歴史に即して分析した。そして特に弁護士、とりわけイギリスの弁護士による法発明(Rechtserfindung)及び弁護士を供給源とする裁判官による法発見(Rechtsfindung)によって、法の形式的合理化<sup>(1)</sup>が実現された過程を、ヨーロッパ大陸の状況とは、対照的な類型として描い

ている。

ヴェーバーは、西欧の法の合理化は、並行して作用する二つの力の産物であったとする。すなわち、第一に、「厳格に形式的な、それゆえまた―その機能において―できるだけ一個の機械のように予測可能な法と、とりわけ、そのような訴訟手続とに対する資本主義的利害関心の力」であり、第二に、「絶対主義的な国家権力の官僚的合理主義の力」であったとし、イギリスにおいては、後者が欠如した結果、ドイツ的な法典化された法体系と高度に学問的な法律解釈学は成立しなかったが、しかし、弁護士(1)の創造になる、形式的でかつ「経済的有力者の自律 (die Autonomie der ökonomisch Mächtigen)」を保障する形式的な特質をもった法が発展した(2)。その法は、先例と「それに対応する (entsprechend)」予防法学であり、「利害関係人の不断の影響下」で作られ、計算可能性を保障し、「契約の自律 (Vertragsautonomie)」に「広い十分な活動の余地を与えた」(3)。

ところで、ヴェーバーは、客観的な法規範が新たに形成される源泉を分析するという方法で、法の発展のメカニズムを理論化している。そこでは、私的な法利害関係者のイニシアティブによる経験的な法形成に対して光が当てられ、君主や官僚等による家外的 (außerhäuslich) な権力 (インペリウム [Imperium])(4) による、そして最終的には国家による制定法(5)の成立と介入以前の、基底のないし根源的性格が与えられている。そして、そのような基礎的・根源的な法規範形成過程の内部に、弁護士の活動を通して、市場の拡大と近代資本主義の成立・発展に適合的な法 (形式的合理的法) が成立する一つの契機が求められ、それをもたらし条件が明らかにされている。(6)

すなわち、制定法以前の時代において、法の発展はどのようなようにして生じたかという問題(7)について、ヴェーバーは、『法社会学』の「第三節 客観的法の形態性格 (Der Formcharacter des objectiven Rechts)」において次のように分析している。(8)

ヴェーバーは、「法規範の形成の第一次的源泉 (primäre Quellen der Rechtsnormbildung)」として、二つの類型を

挙げる。第一に、「特定の諒解及び、とりわけ目的合理的な合意の模範化 (Das Typischerwerden bestimmter Einverständnisse und vor allem : zweckrationaler Vereinbarungen)」であり、後者は、個々人の行為が、自分たちの利益領域を訓練された弁護士の助けを借りて相互に画定することによって、ますます意識的に作り出すようになっていく。第二に、「裁判官の先例 (die Präjudizien der Richter)」である。<sup>(9)</sup>これらは、第三の類型たる法創造 (近代以後は立法) (「法準則の自発的な指令による法準則の新形成」 die Neubildung von Rechtsregeln……durch spontane Oktroyierung von solchen )<sup>(10)</sup>と対照的な位置づけが与えられている。すなわち、いわゆる「法曹法 (Juristenrecht)」として弁護士とそれを供給源とする裁判官が法名望家として、私的な法利害関係者のイニシアティブによる自律的な法形成において、不可欠の役割を果たし、かつ、彼らの実務と教育の専門的合理性の特性に強く規定されて (他の諸条件とあいまって)、法秩序及び法的諸制度の一定の合理化が進展した。ヴェーバーは、このようなイギリスのコモン・ロー的な意味での「法曹法」に、客観的な法規範を形成する「第一次的源泉」の地位を与えているのである。<sup>(11)</sup>

そもそも法の発展は、端緒的には、妥当する法の意義転換 (Bedeutungswandel)<sup>(12)</sup> または新しい法の創造を意味するが、<sup>(12)</sup> それをもたらす頻度の高いケースは、「ゲマインシャフト行為及びゲゼルシャフト行為の新しい内容の、個々の人々の『発明 (Erfindung)』による創造」と、それが「模倣及び淘汰」によって伝播していく形をとる。これは、「生活様式がいくらかでも合理化されているあらゆる段階において (近代になって初めてというわけではない)、とりわけ経済的な新しい志向の源泉として (als Quelle ökonomischer Neuorientierung)、最も傑出した意義を持っている (von der hervorragendsten Bedeutung sein)」<sup>(13)</sup>。

次に、ヴェーバーは、私的な当事者における発明に基づく合意の形成による、新しい秩序の萌芽が、「法」の、すなわち、団体の強制装置によって保障されるチャンスと結びついた秩序の、変化と発展に転化する過程を分析す

る。

まず、このような社会行為レベルの「発明」による新しい社会関係の形成、すなわち当事者間の合意 (Vereinbarungen) は、法強制によって (少なくとも政治的な法強制によって) 保障されうるというチャンスを持つかどうかという問題については、「さしあたりはしばしばまったく無頓着である (sich kümmern ..... zunächst vielfach gar nicht)」。すなわち、①きわめてしばしば、利害関係者たちは政治的な法強制を不必要 (unnötig) なし自明 (selbstverständlich) と考えている。<sup>(15)</sup> ②それ以上にしばしば、各関与者が、自分自身の利益を、あるいは他の関与者の誠実を、あるいははこの両者を重視し、「これとさらに習律による圧力があれば、それだけで十分な保障になると考えている」ケースがある。<sup>(16)</sup>

しかしながら、「本来の『取引』生活 (das eigentliche „Geschäfts“-Leben)」、すなわち財貨市場における契約 (die Kontrakte der Gütermarktes) については、「政治的な法強制に対する利害関係者の無頓着 (die Unbekümmertheit) は、「かなりわずかの程度でしかあてはまらない」<sup>(17)</sup>。法形成において、市場取引に関与する法利害関係者は特殊な意義を持っているのである。そこでは、ゲゼルシャフト関係の諸形式の新形成は、通例次のように行われるし、また昔から行われてきた。<sup>(18)</sup> ①政治権力の裁判所による法強制のチャンスがきわめて厳密に計算されて、②締結されるべき目的契約<sup>(19)</sup>がこのチャンスに適合させられ、③とりわけ、新しい契約類型 (Kontraktsschemata) の発明もまたこのチャンスを考えて行われる。

その場合、妥当している法の意義転換は個々の法利害関係者の活動によって、あるいはむしろ、その職業的助言者たちの活動によってもたらされるが、それは、まったく意識的かつ合理的に、裁判官による法発見 (判決) の予期に適合させられている。「本来の意味で『職業的』な・合理的に作業する『法律家』たちの活動の中で、最古の種類の活動は、まさにこの活動 (ローマの『カウェーレ』, „cavere“) だったのである」<sup>(20)</sup>。職業的な法律家の最古の形態

は、予防法学的活動であり、政治的な法的強制装置の作動の予期に、意識的、合理的に適合させて、私的な市場取引当事者の利益のために、契約を締結し、新しい契約範型などを発明する業務であった。

ヴェーバーによれば、このような予防法律家の「発明能力 (die Erfindungsgabe)」の技術的な前提条件 (die technische Voraussetzung) であり、かつ原動力の一つ (eine der Triebkräfte) が、①「発展しつつある市場経済という条件のもとでの」、②「強制装置の機能の計算可能性」である。<sup>(21)</sup>

このような予防法学的活動は、既に述べたように古代ローマにも見られたが、特に西洋近代の合理的な資本主義的経営は、資本計算の高度な計算可能性を追求し、そこから、法 (行政と司法) の機能の高度な計算可能性と予防法学に特別の関心をよせたのである。<sup>(22)</sup>

弁護士による予防法学は、裁判官の判例形成と次のような意味で有機的な連関を持っているとされる。

第一に、法利害関係者によるゲマインシャフト行為の新しい志向によって、一定の類型の合意や合理的な合意の普及という事態 (法強制に適合させられていなくてもよい) が生じれば、それは、裁判所の法発見を新たな状況に直面させ、政治的強制装置の保障が与えられる事例が多い。<sup>(23)</sup>

第二に、裁判官は、「諒解または合意によって既に妥当している秩序の中で何が生き残るべきかを判断する」ことによつて、及び、「合意の思念された意味についてなお争いがあり、また合意の普及度が不十分であつて、変革としてはまだ不安定である、というようなケース」において、法の新形成の「第二の独立的な担い手 (eine zweite selbständige Instanz)」となる。裁判官は「具体的なケースにおいて強制保障を与えることによつて、(中略) 一般的規範の経験的妥当—「客観的な法」として—を作り出す」。これが裁判官の「判例」である。<sup>(24)</sup>

以上のような「下から上へ汲み上げる」<sup>(25)</sup>型の法の形成は、国家制定法出現以前から存在する基本的な形態であつて、<sup>(26)</sup>英米では依然としてこのような判例法と予防法学の有機的な結合が法規範形成の第一次的な源泉としての性

格を維持しているわけである。

## (2) 弁護士の経験的な法実務・法教育による法の形式的合理化

前項で述べた、法利害関係者の目的合理的な合意を、弁護士が国家の強制装置による保障のチャンスに志向させることを基本的要素としてなされる法形成は、西欧の中世以来の歴史においては、イギリスで典型的に観察される。ヴェーバーは、このような法曹法において、次のような、「法の合理化」の諸結果がもたらされたとしている。

西欧法は近代以前において多少とも形式的性格を持っていたが、<sup>(27)</sup>これを出発点として、市場ゲマインシャフト<sup>(28)</sup>と自由な契約を基礎とした経済の合理化、及び、それにとまなう法によって調整されるべき利害衝突の絶えざる高まりは、<sup>(29)</sup>法それ自体の専門的な (FachmãBig) 合理化の発展と、政治的諸団体のアンシユタルト的性格の発展を強く促した。とりわけ、市場取引や市場取引に従事する法利害関係者の意義の高まりに起因して、法実務家の経験や専門知識に対する要求が増大するとともに始まった法の合理化の過程<sup>(30)</sup>において、当該法実務家の法教育の特質に規定されて、独特の形式的性格が展開していったのである。<sup>(31)</sup>

法実務家の「始原的」形態は、カリスマ的な資格を持った法通曉者 (Rechtswissende)<sup>(32)</sup>であり、彼らは法発見に従事する層を構成していた。<sup>(33)</sup>これに対して、法実務家の、いわば、第二次的形態が、法利害関係者の私的な助言者や代理人 (Fürsprecher, Advokaten) であり、彼らは、「裁判がますます多くの経験を必要とし、ついにはますます多くの専門的知識を必要とするようになってくるにつれて」、「『法発明』によって法形成にとって非常に影響のある法実務家のもう一つのカテゴリーとして」、第一のカテゴリーの法実務家を「助けるようになる (zur Seite treten)<sup>(34)</sup>」。

この歴史上の弁護士の出現過程についてヴェーバーは次のように述べる。「法学的な専門的知識 (juristische



Fachkenntnis) の要求の増大が職業弁護士 (Berufsanwalt) を創出したのである。この、法実務家の経験と専門知識への要求の増大、及び、それに伴う法の合理化一般への始動 (der Anstoß zur Rationalisierung des Rechts im allgemeinen) は、ほとんど常に、財貨取引と、それに参加する法利害関係者の重要性の高まり (steigende Bedeutung des Güterverkehrs und derjenigen Rechtsinteressenten, welche an ihm beteiligt sind) から生じている。財貨取引からたえず新しい諸問題が発生し、その処理のためには、専門的な、すなわち合理的な教育が不可避的な要請になったからである。我々にとって、この点に、まさに (speziell) 法の合理化の道と運命 (die Wege und Schicksal der Rationalisierung des Rechts) が、したがって、法の今日の特異『法学的な』性質の展開 (der Entwicklung seines heutigen spezifisch juristischen Qualitäten) が関わってくるのである<sup>(35)</sup>。

既に述べたように、市場の拡大とともに、市場における法利害関係者は、妥当する法の計算可能性を求める。これは、決定の準則拘束性 (Regelhaftigkeit) を求める側面と、妥当する規範の国家の強制装置による保障を求める側面の二つの要素にさらに区別できよう。前者は、非合理的な決定に対して、形式的に合理的な根拠を求め、また決定を論議の対象とすることを求める合理的要求である<sup>(36)</sup>。決定が規範に拘束されたものへと変化すると、一般に、法形成に専門的に (fachmäßig) 従事する法実務家が必要になるが<sup>(37)</sup>、市場取引の拡大は特に、国家による保障と法を結びつける必要を持ち、一方で利害関係者の諸要求を配慮し、他方で強制装置の作動のチャンス<sup>(38)</sup>を計算して、個々の契約の締結、契約類型の発明 (目的合理的合意の定型化) を専門的に行なう弁護士を生み出すのである。加えて、裁判手続きの合理化によって、当事者のために訴訟の準備や証明手段の収集という技術的な業務を行なう (概念的には区別される新しい) 弁護士層も出現する<sup>(38)</sup>。

イギリスでは、中世末には、弁護士が、裁判官職と法的知識を必要とする官吏の地位を独占し、法教育 (Rechtslehre) においても、大学との闘争 (ローマ法教育との闘争) に勝利し、実務家による、実務そのものの中に

おける経験的法教育が確立された。

このような法教育は、「形式主義的な、先例と類推に拘束された法の扱い (eine formalistische, an Präjudizien und Analogien gebundene Behandlung des Rechts) を生み出した」。弁護士<sup>(39)</sup>の法実務それ自体も「合理的体系性 (rationale Systematik) ではなく、実務的にもちいえる、法利害関係者の典型的に繰り返される個別的必要に志向した、契約と訴訟の範型の創出 (die Schaffung von praktisch brauchbaren, an typisch wiederkehrenden Einzelbedürfnissen der Rechtsinteressenten orientierten Schemata von Kontrakten und Klagen)」、<sup>(39)</sup>をめぐった<sup>(39)</sup>。また擬制や類推といった操作が多用された。

法概念は具象的で、日常的経験にとつて直観的によく知られている (この意味で形式的な [formal]) 事実 (Tatbeständen) に志向していた。そのような事実は、可能なかぎり、①外面的で一義的なメルクマールにしたがつて相互に限界づけられ、②類推や擬制によつて拡大された<sup>(40)</sup>。

推論は、常に個別から個別へ行われる。個別から出発して一般的命題 (それから個々の決定を演繹しうるような一般的命題) を求めるような推論 (抽象的、論理的意味解明)、及び、包摂と二段論法による推論はなされない<sup>(41)</sup>。

このような、個別から個別へという推論形式や、言葉に縛られた性格は、<sup>(42)</sup>実用的 (praktisch) で適応能力が高く、かつ、非法律家たる依頼者が理解しやすくその法技術を追体験しやす<sup>(43)</sup>いという利点があった。

他方で、法の体系化<sup>(44)</sup>へ発展する契機を法実務と法教育の内部に全く持たない。むしろ、職業上の手数料収入への利害関心 (Sportelinteresse) から体系化は抵抗を惹起した<sup>(45)</sup>。

このような法概念の①具象性、直観性、及び②個別から個別への推論形式という特色のために、法思考は、「法利害関係者の日常的要求」と密接な関係を維持しえた。その結果、法利害関係者の諸要求が、法形成の起動力の一つとして、重要な役割を果たし続けたのである<sup>(46)</sup>。もちろん、イギリス法も形式的な法という性格を持っている限り

において、その論理的な固有法則性ゆえに、私的な法利害関係者の期待を裏切る結果がもたらされることがあるのは否定できない<sup>(47)</sup>。しかしながら、次に述べるように、ドイツにおいて、法思考が法利害関係者の日常的要求から解放され、純論理的、純学問理論的固有法則性に支配され、法利害関係者の諸要求が法形成から大幅に排除されたのと比較するならば、その日常生活との距離の近さ、法的推論それ自体の素人による理解のしやすさ、実際のな適応能力の高さは明白である<sup>(48)</sup>。

総括すると、以上のような法形成は次の諸特質を持っていた。

(1) 法形成の主体の観点からは、私的な主体のイニシアティブによって自律的に法が形成された。そして実際には、法形成は主として弁護士及びそれを出身母体とする裁判官の手中にあった。予防法学と裁判官による法形成は有機的な関係を持っていた。

(2) 法利害関係者と法との距離が近く、法は私的な主体からの影響を「不断に」受け続けた<sup>(49)</sup>。

(3) 法の形式的合理化を、経験的に、かつ、いわばミクロの過程の集積として、日常生活に即して実現した<sup>(50)</sup>。

弁護士は、予防法律家的活動と訴訟代理活動の双方を統合して、法利害関係者間の秩序形成と国家の実定法との有機的な関係を媒介した。この意味で、妥当する秩序に、国家的強制装置による保障を与え、国家的強制装置によって保障された規範を私人間（とりわけ市場取引当事者間）に秩序として妥当させる機能を弁護士は果たした。その際、私人の日常的な利害関心と衡平感情が持続的な影響力を法に与えた点が強調されなければならない。

以上のようなイギリスにおける先例に拘束された経験的な形式的法と対照的に、ドイツに典型的に見られる、大学における合理的な法律学教育（但し、一定限度で経験的な法教育と結合されている）によって規定された法は、その形式的な合理性においては、市場における自由な交換に志向した資本主義に適合的であるが、市場取引関係者の日常的要求との距離が大きく、法律学内在的な固有法則性は、しばしば、彼らにとって非合理的なものになった

とされている。

すなわち、大学における法律学教育は、合理的に体系化された形で行われる。したがって、大学教育が形成する諸概念は、抽象的であり、「具象的直観的な内容 (Anschaulichkeitsgehalt) に乏しい」。その結果、法思考は「法利害関係者の日常的要求から大幅に解放されうるものになる。法理論の—日常的要求から解放された—純論理的な諸要請とこのような法理論に支配された実務との力 (die Gewalt) は、利害関係者の諸要求が、法形成の起動力としては、大幅に排除されるという結果を生み出しうる<sup>(51)</sup>」。ドイツで発展したような「純粹に論理的な法律学的構成の諸帰結は、取引利害関係者の諸予期にとってむしろ、きわめてしばしば、全く非合理的 (gänzlich irrational) で、ほとんど遊離した (geradezu disparat) 関係に立つ」のである<sup>(52)</sup>。

このような体系化という方向への法の合理化を促進していこうという決定的な動因 (entscheidendes Motiv) は、資本主義それ自体の中には存在していない<sup>(53)</sup>。むしろ、アングロ・サクソン型と大陸型の裁判と法形成が「相互に競争し合う機会をもったところでは、アングロ・サクソン型の優位 (überlegen) が明らかになり」、これが大陸型を「比較的急速に駆逐した (verdrängen)」<sup>(54)</sup>。このようなヴェーバーの指摘からは、市場における自由な交換に志向した資本主義経済にとっては、形式的合理性の高度化だけではなく、私的な主体の日常的要求と法形成との直接的な結びつきも重要であること、及び、実務から切り離された純粹に学問的な法律学に内在する固有法則性が市場取引の円滑な展開にとって阻害要因となりうることが示唆される。

(1) ヴェーバーは、「形式的で合理的な法」を、「実体法上 (materiell-rechtlich) も訴訟 (法) 上 (prozessual) も、もっぱら一義的で一般的要件メルクマールのみが尊重される」ものとして定義している。WuG, S. 396. 世良訳『法社会学』一〇四頁は「訴訟上」と訳している。六本佳平『法社会学』(有斐閣、一九九四年) 六六頁は「訴訟法上」と訳す。なお、ヴェーバーにおける formal 及び material と、formell 及び materiell の概念の使い分けは、重要な問題たりえ、W・シュルプター、嘉目克彦訳『近代合理主義の成立』(未来社、一九八七年) 一二四—

二五頁(シュルプターによる解釈の意義については、水沼知一教授による指摘〔「みすず」三三五号(一九八九年)三八頁〕がある)や、中野敏男『近代法システムと批判』前掲書四三―五四頁で議論されている。これまでこれらの概念の解釈については、一般に十分な配慮がなされていたとはいえず、したがってこの問題に関する議論の進展によっては、ヴェーバーによる「法の合理化」論の理解も影響を受けうるが、いま充分検討することができないので、ここでは通説的理解に従う。

なお、ヴェーバーは、中国において法曹身分 (Juristenstand) が存在しなかった理由は、「西洋の意味における弁護士の職がなかったからである。そしてこの弁護士職がなかったわけは、弱体な職権をそなえた中国的福祉国家の家産制には、世俗法の形式的発展にたいする感覚が欠けていたからであった」とする。ウェーバー、木全訳『儒教と道教』前掲二五一頁。Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* 1, S. 437. ウェーバー、木全訳『儒教と道教』前掲一七六頁においても「中国の家父長制的裁判においては西洋的な意味での弁護士のための場所は全然なかった」という記述がある。

(2) ウェーバー、木全訳『儒教と道教』前掲二五二―二五三頁。Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* 1, S. 438.

(3) ウェーバー、木全訳『儒教と道教』前掲一七六頁。Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* 1, S. 393.

(4) インペリウムについては、世良訳『法社会学』九二―九五頁参照。インペリウムには、「家外的な諸関係に転用された家支配的な(家産君主的な *patrimonialfürstlich*) 権力」も含まれる。同書九二頁。

(5) ここで制定法とは「ある団体の慣習的な (*gewohnt*) 憲法または指令された (*oktroiyert*) 憲法によって、そのために、正当なものとして妥当している諸形式 (Formen) における人間による制定律 (*menschliche Satzung*)」を言う。世良訳『法社会学』二六九頁。

(6) 大陸法圏において弁護士によって媒介される法形成が資本主義経済の展開にとってもっている機能的意義の分析は、ヴェーバーの関心の少なくとも中心には存在していなかったといえよう。しかしながら、ヴェーバーの弁護士論は、本稿が示したように、日本を含む、コモン・ロー法圏以外の経済社会において、弁護士ならびに判例法と予防法学が果たしうる機能にまで、その適用範囲を拡大しうる普遍性を備えているように思われる。

(7) 同書二六九―二七〇頁。近代の「立法」は、規範が人間によって「定立」されることが可能であるという観念を前提としているが、そのような観念が古くから存在していたわけではないことをヴェーバーは前提としている。参照、同書二六九―二七一頁、二八五頁。このような理解が現在の法史学の研究水準に照らして維持しうるのか、維持されなるとき、法社会学理論的にかかなる対応をとるべきかについては、今後の課題としたい。なお関連して、後註(33)及び同所に掲げた文献や、W・エーベル、西川洋一訳『ドイツ立法史』(東京大学出版会、一九八五年)をも参照。

(8) 世良訳『法社会学』二六九―二七五頁。

(9) 同書二八二―二八三頁。

(10) 同書二八五頁以下。法の形成および合理化過程に関して、法の「指令」(後の国家の制定法へつながる)といういわば「上から」の類型と、経験的な法(法名望家の法発明と、裁判官の法発見)という「下から」の二つの類型を区別し、理念的かつ歴史的に分析しているヴェーバー

の視点については、ベンディクスやシュルプターもそれぞれの解釈を示している。ラインハルト・ベンディクス、折原浩訳『マックス・ウェーバー—その学問の包括的一肖像』(三一書房、一九八八年)四四—四四九頁(原著: Reinhard Bendix, Max Weber: an Intellectual Portrait [Doubleday & Company, 1960], pp. 403-411) W・シュルプター、嘉目克彦訳『近代合理主義の成立—マックス・ウェーバーの西洋発展史の分析』(未来社、一九八七年)一三二—一三八頁。「上から」、「下から」というのはシュルプターの表現である(同書一三二—一三三頁、「比喩的に言えば、法を上から下へ『汲み下ろす』法の制定の場合とはちがって、下から上へ『汲み上げる』、法慣行による法が発生する。この場合、法は関与者の利害関心状況に応じた、『私的』な主導権に起因する『特定の諒解が類型化する』結果である」)。シュルプターは、弁護士と裁判官による「下から汲み上げる」法形成について、「法発生」の文字通りの意味での前政治的なこの形式は、しかし『政治的』法の介入の余地を決定的に狭める『獲得された』主観的法の形成をも助長する。『獲得された』主観的法は、とりわけそれが政治化されるときには、伝統および規約とともに、政治的権力の最も重要な限界を設定することになる」と指摘している。同書一三三頁。

(11) 妥当する法(ないし秩序)の「意義転換」については、世良訳『法社会学』一七三—一七四頁、海老原||中野訳『理解社会学のカテゴリー』六六頁、一二三頁参照。

(12) 世良訳『法社会学』二七二—二七四頁。

(13) 世良訳『法社会学』二七四頁、WuG, S. 442.

(14) 世良訳『法社会学』二七四頁、WuG, S. 442.

(15) 世良訳『法社会学』二七四—二七五頁、WuG, S. 442-443.

(16) 世良訳『法社会学』二七五頁、WuG, S. 442-443.

(17) 世良訳『法社会学』二七六頁、WuG, S. 443.

(18) 世良訳『法社会学』二七六—二七七頁、WuG, S. 443

(19) 「目的契約」は、身分契約に対比される概念で、財貨取引したがって市場共同体に特有な契約類型である。参照、世良訳『法社会学』一一一—一五六頁。

(20) 世良訳『法社会学』二七七頁、WuG, S. 444.

(21) 世良訳『法社会学』二七七頁、WuG, S. 443-444.

(22) 周知のようにこのテーゼをウェーバーは様々な箇所で提示しているが、『理解社会学のカテゴリー』の最後の部分において触れられているのが彼の関心の文脈を示唆していて興味深い。すなわち、『理解社会学のカテゴリー』は、その最後のパラグラフ(原文)において、ゲマインシャフトの秩序の合理化が「実際に意味すること」の検討にあてられ、次のような記述で結ばれている。「合理的な技術や秩序に実際に関わる人々が、その技術や秩序の合理的な基礎から全体としてみれば、ますます引き離されていく」のであり(この点については既に触れた)、現代の「文明人」の状態が特殊「合理的な」色彩を持つのは、次の二つの点においてであるとす。第一に、裁判や行政を含む近代の日常生活の諸条件(そこにヴェーバーは、交通、貨幣、軍隊、医療を、裁判と並べている)が、「原理的に」合理的なものであること、すなわち、「合理的に

知り製作し制御できる人間の製作物であるという信仰 (Glaube) において、第二に、それら日常生活の諸条件は、「合理的に、つまり周知の規則に従って機能するのであって、(中略)、だから、人間は少なくとも原理的には、それらを『あてにし (rechnen)』、その動きを『計算』し、そこからもたらされる、一義的な予想に準拠して自ら行為しようのだ、という確信 (Zuversicht) においてである。そして、ヴェーバーは、この一文 (『法』に即して言えば、その実定性の信仰と機能の計算可能性の確信を指摘した一文) の直後に、「ここに、合理的な資本主義的『経営 (Betriebses)』の、その実際の機能を、その可能性において (in seinen Chancen)、機械の機能と同じように計算できる (berechnen kann) 『合理的 (rationalen)』秩序に対する特殊な関心 (das spezifische Interesse) が存在しているのである」と述べ、「この点については別の箇所述べる。(Davon an anderer Stelle)」と云う一文で『理解社会学のカテゴリー』全体を終えている。海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』二二五―二二六頁、Kategorien, S. 473-474. ヴェーバーによる近代法の機能の計算可能性と近代資本主義経済の関係に関するテーゼについては、今日一部で批判の対象になっているが、ヴェーバー再読作業の一貫としてこのテーゼの意味をあらためて吟味する必要があるように思われる。

(23) 世良訳『法社会学』二七七―二七八頁、二八四―二八五頁、WuG, S. 444, 445.

(24) 世良訳『法社会学』二七八頁、二八三頁。

(25) 前出註 (10) 参照。

(26) 客観的な法規範の新形成にはもう一つの形態があり、それが法規則の意識的な指令 (Oktroyierung) であり、かつては、主として、新たなカリスマ的啓示によってなされ、後に立法という形をとった。参照、世良訳『法社会学』二八四―二八七頁。西欧では、この三つの類型の法の新形成がいずれも形式的性格を持っていたことが、その後の法の発展にとって重要な意義を持つとされている。同書二八七頁以下、また一〇五頁等を参照。

(27) 同書二八七―三二五頁、三七六―三八五頁、四三二―四三三頁。

(28) 市場ゲマインシャフト化 (Marktergemeinschaftung) については、海老原中野訳『理解社会学のカテゴリー』六九頁以下、及び一三六―一四三頁 (『解題』海老原明夫執筆) を参照。また、本稿前出三、1註(13)も参照。交換というゲゼルシャフト関係は、「諒解行為」としての性格をもっており、その大量現象たる「市場」は、決して「社会的形成体」をなさず、ゲマインシャフト行為の複合体 (しかも、ここでは、目的合理的に協定された秩序を欠くにもかかわらず、そうした秩序が存在するかのよう) に [als ob] ゲマインシャフト行為がおこなわれている) という意味での「ゲマインシャフト」なのである。

(29) 世良訳『法社会学』一〇一頁、WuG, S. 395.

(30) 世良訳『法社会学』三二二頁、WuG, S. 455.

(31) ヴェーバーによれば、法実務家の諸特質が、法の形式的 (formal) な諸性質 (Qualitäten) の発展していく方向を「直接的に規定している」のであり、特に、「法教育のあり方、法実務家たちの訓練」のされ方が「最も重要な要素」であって、「一般的な経済的および社会的な諸条件は、ただ間接的にそれを規定しているにすぎない」。世良訳『法社会学』三二二頁。ヴェーバーは他の諸要因とりわけ、政治構造上の特質を

も同様に重要な規定要因として挙げ、総合的に分析している。

(32) ドイツの審判人 (Schöffen) 等である。同書三〇六頁。

(33) 同書三〇六―三一一頁、三一九―三二二頁、*WuG. S. 451, 455*; *Rechtsfindung* 概念に関する学説史的検討として、K・クレッシェル『法発見』——ある近代的観念の中世的基礎——同、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社、一九八九年) 一〇六―一〇八頁参照。クレッシェルは、*Rechtsfindung* という概念について、中世ドイツにおいては稀にしか用いられていないことを示し、「おそらく近代の法学書が人為的に創り出したことばなのである」とする。同書一九頁。この問題については、また、クレッシェル「二世紀における法と法概念」同書四一―一〇三頁を参照。ヴェーバーの著作を法制史及び法思想史の観点から吟味した上で、その法社会学理論の側面を評価する作業は今後の重要な課題である。

(34) 世良訳『法社会学』三二二頁、*WuG. S. 455*。

(35) 世良訳『法社会学』三二二―三二二頁、*WuG. S. 455*。

(36) 世良訳『法社会学』二八一―二八三頁。

(37) 同書三二二頁。

(38) 弁護士二つの起源、すなわち、①ディンググゲノッセンシャフト的訴訟の特質と結びついた判決発見人の一人としての *Fürsprecher* と、②君主の裁判所における訴訟手続きの合理化によって出現した、当事者の訴訟代理人としての *Anwalt* (*avoué, solicitor, attorney, procurator*) 及び、イギリスにおけるバリスタの前者的地位の継承について、同書三二六―三二九頁を参照。

(39) 同書三二九頁、*WuG. S. 457*。同様の指摘がマックス・ヴェーバー、中村貞二、山田高生、脇圭平、嘉目克彦訳『政治論集2』(みすず書房、一九八二年) 三五二―三五三頁にある。

(40) 世良訳『法社会学』三二九頁、*WuG. S. 457*。

(41) マックス・ウェーバー著、世良晃志郎訳『支配の社会学』(創文社、一九六〇年(1)、一九六二年(2)) 九四頁。イギリスの裁判は、神聖化された伝統によって拘束された法発見に属し、その二つの類型の一つ、すなわち「カーデイ裁判」と並ぶ「経験的裁判」に分類される。その「二つの技術学にまで洗練され・合理化され」た形態である。同所。但し、カーデイ裁判である陪審や治安判事の裁判と結合している。世良訳『法社会学』五二七―五二八頁。

(42) 同書三三〇頁、五二七頁。

(43) 同書五二七頁。

(44) 体系化とは「分析によって獲得されたすべての法命題を相互に関係づけて、それらが相互に論理的に明瞭な・それ自体の中に矛盾を含まない・とりわけ原理的に欠缺のない準則の体系を構成するようにすること」を意味し、かつ「そのような原理的に欠缺のない準則の体系は、考えうるあらゆる事実がこの体系の諸規範の一つに論理的に包摂されなければならず、そうでなければその秩序は法的な保障を欠くことになる」という要求を掲げる」。同書一〇三頁、*WuG. S. 396*。



- (45) 世良訳『法社会学』三二九頁、三三〇—三三一頁、三四七頁、マックス・ウェーバー、世良晃志郎訳『支配の諸類型』(創文社、一九七〇年) 三九頁、同『支配の社会学』前掲九五頁、一九七頁。
- (46) 世良訳『法社会学』三三二頁、四四七—四八一頁、五二—五三〇頁。
- (47) 同書五一四—五一五頁。
- (48) ヴェーバーは、形式的であるが経験的な名望家裁判が、資本主義的利害関係者たちの利益に対して障害になる可能性も指摘し、その理由として、訴訟手段の複雑性、多額の経費を挙げている。そして、近代資本主義の担い手である市民階層は(イギリスにおいても)「体系的に法典化された法」を要求したとし、「イギリスが資本主義の発展において優位を獲得したのは、イギリス法の構造の故ではなく、むしろ部分的にはその法構造にもかかわらず、そうだったのである」とする。同書三八四頁。
- (49) ヴェーバー、木全訳『儒教と道教』前掲一七六頁。ヴェーバーは、判例法が私的な利害関係者たちの「不断の影響下」で形成された点について、「この影響力は、裁判官が弁護士たちのうちから補充されることによってすでに保障されていた」とし、法曹一元制の一つの側面を強調する。同所。
- (50) 私的な法利害関係者と法名望家との「相互作用」によって、日常生活に即した法規範の「定式化(formulation)」が促進されるというミクロの合理化プロセスをより強調してヴェーバーを解釈する視点は、ベンディクス、折原訳『マックス・ウェーバー』前掲四四—四四三頁に見られる。
- (51) 世良訳『法社会学』三三二頁、*WuG*, S. 459.
- (52) 世良訳『法社会学』四六八頁、*WuG*, S. 493.
- (53) 世良訳『法社会学』五二九頁、*WuG*, S. 511.
- (54) 世良訳『法社会学』五二九頁、*WuG*, S. 511. アングロ・サクソン型の裁判・法形成と大陸型の裁判・法形成のカナダにおける競争と、前者による後者の駆逐というヴェーバーの評価について、ヴィンケルマンの注解は、Sir Frederic Pollockに由来するとし、それはエールリッヒの『法社会学の基礎づけ』でも引用されていると述べている(ただし「不正確に(ungenau)」とヴィンケルマンは付言している)。Johannes Winckelmann, *Ehrleungsband, WuG* (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976), S. 218. エールリッヒは、大陸法よりもイギリスの法曹法の方が優れていると叙述する箇所次のように述べている(二重括弧内はポロックからの引用とされている部分である)。「ケベック州、ケープ植民地、その他のイギリスの植民地といったもともと大陸法体系の下にあった地域でそうであったように、イギリスの法体系がそれと競合した所では、私の知る限り、裁判の判決に排他的権威を与える方法が例外なく受け入れられたのである。」換言すれば、自由な法発見に基づいているイギリスの判例法体系が、大陸の法適用の方法と抵触した所では、後者は必ず排除されてしまったわけである。法律家の保守的な気質を知る者なら、この事実からして、イギリスの法発見のやり方がいかに優秀であるかということ判断し得ることであろう。E. エールリッヒ、河上倫逸 II M・フープリヒト訳『法社会学の基礎理論』(みすず書房、一九八四年) 二八四頁。Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts, vierte Auflage* [herausgegeben von Manfred Rehbinder] (Duncker & Humblot, 1989) S. 253. ノーグンターは同書において新たに

自らの註を付しているが、上記のポロックからの引用の出所を、Sir Frederic Pollock, *Principles of Contract*, 8th ed. (London, 1911) として  
いる(頁は記されていない)。ibid.

#### 四 おわりに

日本の経済社会の発展のための一つの条件は、本稿で検討した概念を用いるなら、より一層の分化と統合を確保しながら、個々の企業がその経済的競争力を維持、強化させていくことであろう。そのためには、企業間関係及び政府・企業間関係において、既存の諸秩序(実定法以外の慣行をも含む)の目的合理的な観点からの見直しと、新たな目的合理的な諸秩序の定立を、絶えず変化する経済環境のもとで実現していかなければならない。八〇年代以降論じられている(そして九〇年代に入り政治的な課題として周知のものとなっている)日本の経済社会の構造改革は、経済の国際化、グローバル化という要因によって加速された市場の固有法則性の浸透が、それを促す要因の一つとして作用していると考えられ、その過程においては、本稿で示したように、ミクロの秩序形成の局面で、「目的合理的に制定された秩序」の拡大が必要になる。官僚制による社会統合の根強い伝統のもとで、私的な主体のイニシアティブを發揮させるには、秩序形成における弁護士よりも一層の関与が不可欠になる。

明治時代以来企業の日常的活動への関与が希薄であったとされるわが国の弁護士が、近年企業法務分野への進出の動きを一定の限度と範囲で示している背景には、押し寄せる市場の波が、伝統的・人的要素を伴う継続的な企業間の取引関係及び監督官庁Ⅱ業界Ⅱ主導的大企業間の関係を動揺させ、実定法的諸機構への依存度を高め、加えて、外国企業や外国の消費者を含めた取引相手の拡大と、事業活動の上での急速な多様化、高度化や欧米モデルの喪失が、企業自らの責任とリスクにより、日常的な秩序の形成と紛争処理における実定法使用を不可欠のものにし

つつあるという状況の関係者による認識があると思われる。<sup>(2)</sup> それと同時に、弁護士、より広く司法制度と行政制度を含めた伝統的な実定法制度の枠組みと諸機構が、急速な変化に十分対応しえないのが現状であると解釈できらるであろう。<sup>(3)</sup>

ヴェーバーの分析は、弁護士による予防法学とそれと有機的に協同した裁判官による判例の展開が、法典を中心とする制定法及び官僚による法の形成と、等位的意義を持つのみならず、私的な主体の日常的な利害関心との距離の近さや、私的な自律への適合性という意味において、優位に位置づけられる可能性を示唆している。

官僚制と結合した国家法の経済社会への過度の介入による経済システムの自律性の毀損を防ぎ、経済社会における秩序形成を私的な主体の側から制御するために、弁護士の機能の拡大と分化を通じた私的な主体のイニシアティブによる秩序の形成がより重要になると思われる。<sup>(4)</sup> 社会の分化の主要な動因が、市場取引を原型とする分権的メカニズムと官僚制とであるならば、前者において統合機能を中心に担う開業弁護士の力量が相対的に弱体であるならば、官僚制化の過度の進行をくい止めることはできないであろう。

ヴェーバーは、『古代農業事情』の末尾において、古代ローマで資本主義が「死滅においやられた」事情を分析した箇所が続いて、執筆当時のドイツを念頭におき、次のように述べている。「官僚制が私的な自発的経済意欲を阻害する (Die Unterbindung der privaten ökonomischen Initiative)」ということは古代に特有のことではないのである。すべて官僚制というものは、その拡大によって同様の影響をうみだす傾向がある。わが国の官僚制もそうである。そして、古代ではポリスの政治が資本主義のための先導者とならなければならなかったが、今日においては、資本主義が経済の官僚化の先導者である。<sup>(5)</sup> ヴェーバーは、近代のイギリスとオランダの、政治に寄生せず、市場における自由な交換に志向した市民的な産業資本主義を、国家が有産者の財産を直接的に利用しそれに依存する形態とは対蹠的なものとして、君主制と資本との「同盟 (Bündnis)」という「間接的な」形態を出現させた点で

例外として位置づけている。そして「古代におけるように現代においても、社会の官僚化がいつか将来において資本主義を抑圧するものとなるであろうことが十分に予期される」と診断している。<sup>(6)</sup>

もちろん、君主や官僚の活動は、特権付与や恣意的な裁量の行使によってのみ特徴づけられるのではなく、場合によっては功利主義的な合理主義を特徴とするのであるが、<sup>(7)</sup>そこでは「実質的」な諸基準、諸原理、正義が追求され、その限りで非形式的な要素を伴う。さらに、近代の合理的な官僚制のもとにあっても、形式性と実質性は常に葛藤せざるをえない。<sup>(8)</sup>そして、君主や官僚（近代ではより一般的に国家）と資本との関係が直接的な場合、政治に寄生した経済主体は、特権や、恣意に依存しているのであり、形式的な法と、それに基づく権利の保障には鋭敏ではない。<sup>(9)</sup>市場における自由な交換と自由な競争に志向する私的な主体の「自発的な経済意欲」を妨げないためには、多かれ少なかれ官僚制が経済を導かざるをえない現代の資本主義のもとでは、実質的合理性と形式的合理性の相剋の中で、なおかつ法の機能の形式的合理性を可能な限り維持し続け、自由な経済活動を保障することによって、経済の発展を抑圧する傾向を防ぎ止めなければならない。官僚制化と、実質的な観点からの法の経済への介入が<sup>(10)</sup>不可避の傾向である以上、私的な自発的な経済意欲の自由な展開の保障と、司法と行政の機能の計算可能性の維持を、それを妨げる潮流の中で実現する「制度的機構」が不可欠になる。<sup>(11)</sup>

弁護士は、本稿でリユシユマイヤーとヴェーバーに依拠して示したような機能を経済社会において果たしうるならば、そのような「制度的機構」としての位置づけを与えられることができるであろう。官僚制による「私的な自発的な経済意欲の阻害」を抑止し、私的な経済主体のイニシアティブを最大限発揮させながら経済社会の秩序を形成し、分化と統合の課題を達成する役割を果たすことが弁護士に期待されているのである。

(1) 日本における高度成長期以来の社会構造の変化と「法化」に関するマクロ的な理解として、参照、六本佳平「民事紛争の法的解決」（岩波

書店、一九七一年)、特に一九七二—一九七三頁、『法社会学』(有斐閣、一九八六年)二四八—二五三頁。

(2) 本文で想定した近年の日本の経済社会における「市場の国有法則性の浸透」とは、もちろん、十九世紀西欧的な古典的自由市場経済の秩序をそのモデルとして念頭に置いていっているわけではない。伝達的な秩序形態が変容を迫られているが、その方向としては諸条件に規定されて、複数のシナリオが考えられるはずである。ウェーバーの古典的な市場経済モデルを今日の経済学の研究成果をふまえて吟味する作業を含め、今後の課題としたい。

(3) 弁護士制度の改革の遅れが、他の秩序関連諸変数との構造的な連関のもとで、環境の変化への対応を不十分に行っている点について、拙稿「弁護士による企業法務の処理(12・完)」[NBL]五五九号(一九九四年)五二—五七頁、Ryo Hamano, "Lawyers in Tokyo and Their Work for Businesses,"『立教法学』四三三号(一九九六年)二一八—二三五頁、特に二二—二五頁、拙稿「東京における大規模法律事務所の出現」『法社会学』四七号(一九九五年)一五九—一六一頁、特に一六〇—一六一頁参照。

(4) 官僚制化とそれに対抗するオートナティブとしてのプロフェッションという問題設定は、ニューディール期の官僚制の拡大下で、パーソンズが提示し、その後のプロフェッションの社会学の中心的テーマの一つとなり、最近ではルーマンもいくつかの論稿で取り上げている重要な社会学論点である。参照) Talcott Parsons, "The Professions and Social Structure," in *Essays in Sociological Study Pure and Applied* (Free Press, 1949) pp. 34-49 (初出 *Social Forces*, Vol. 17 (1939) pp. 457-467), Niklas Luhmann, "The Legal Profession: Comments on the Situation in the Federal Republic of Germany," in D.N. MacCormic (ed.), *Lawyers in Their Social Setting* (W. Green & Son, 1976) p. 98 [Translated by Th. Elster] の独語版が "Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland", in ders., *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre* (Suhrkamp, 1981) S. 173-190 (以下), ders., *Organisation und Entscheidung* (Westdeutscher Verlag, 1978), S. 39-46 (以下) ders., *Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation* (Westdeutscher Verlag, 1981) に収録されている。なお、以上の視点と並んで、他方で、政府と企業の官僚制化が、弁護士を吸収する形(組織に雇用される弁護士の増大)で進行している現在の欧米の状況は、専門職業(プロフェッション)性を動揺させ、プロフェッション内部の分化の進行と合わせて、プロフェッション概念そのものの変容ないし喪失という角度から論議されており(パーソンズ流の伝統的なプロフェッション理解それ自体についての批判も有力であり、プロフェッション概念それ自体を否定する見方と、その再構成をめざす立場とがある)、官僚制組織と専門職業の葛藤ないし相互作用の現代的な新しい局面として注目を集めている。

(5) マックス・ウェーバー、上原専禄、増田四郎監修、渡辺金一、弓削達訳『古代社会経済史—古代農業事情—』(東洋経済新報社、一九五九年)五〇〇—五〇一頁、Max Weber, "Agrarverhältnisse im Altertum," in ders., *Gesammelte Aufsätze zur Sozial und Wirtschaftsgeschichte* (herausgegeben von Marianne Weber) (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1924), S. 277.

(6) ウェーバー、渡辺、弓削訳『古代社会経済史—古代農業事情—』前掲五〇二頁、Weber "Agrarverhältnisse in Altertum", S. 278.

(7) 例えば、世良訳『法社会学』三八二頁、四七二頁、五〇九頁、五一六頁参照。

(8) ウェーバー、世良訳『支配の社会学』前掲九七—一〇〇頁。近代の官僚制においては、それ以前の伝統的支配の下での官僚制と異なり、

「自由な恣意や恩寵・個人的動機による恩恵や評価・の王国」を形成するものではなく、「没主観的支配」とこの目的に対する合理的な考量と献身とが、常に行動の規範として存在している」。同書九八頁。もちろん、「没主観的な観念」に「始めて具体的に利用しうる内容を与え、疑わしい場合に決定を与えるものは、結局のところ彼ら（官僚）自身の勢力関心である」（括弧内は引用者）。しかし「決定的」なことは、「真に官僚制的な行政の一切の行為の背後には、原理的に云って、合理的に議論しうるような『理由』の体系—すなわち、規範への包摂あるいは、目的と手段との考量のいずれか—が存在している」。それにもかかわらず、「民主制的な潮流」は、一方で、その「『権利の平等』と恣意に対する権利の保障の要求とは、往事の家産制的支配にみられる・恩恵に発する個人的な自由裁量を排斥して、行政の形式的・合理的な『没主観性』を要求する」が、他方で、「具体的なケースと具体的な人」と志向した・実質的『正義』への要請を伴って、官僚制的行政の形式主義および規則に縛られた冷酷な『没主観性』と不可避的に衝突し、更にこの理由から、合理的に要求されたものを感情的に非難する」。同書九九頁。

(9) 世良訳『法社会学』四四八—四四九頁、ウェーバー、世良訳『支配の社会学』前掲三六四—三六五頁、マックス・ウェーバー、富永健一訳『経済行為の社会学的基礎範疇』尾高邦雄編『ウェーバー』前掲四三八—四四一頁、マックス・ウェーバー、黒正巖、青山秀夫訳『一般社会経済史要論（下巻）』（岩波書店、一九五五年）二〇九—二二二頁。

(10) 現代の西欧とりわけドイツにおいては、わが国でもよく知られているように、近代法の変容は、実質的（ウェーバーのいう意味での）観点からの、国家の実定法を手段とした経済社会への介入という意味での介入主義法の増大として論じられている。参照、村上淳一『現代ドイツ法の基層』（東京大学出版会、一九九〇年）六七—一〇四頁、二二五—二三三頁、樫沢秀木「介入主義法の限界とその手続化」ホセ・ヨンプルト、三島淑臣編『法の理論10』（成文堂、一九九〇年）一一七—一七九頁、糊澤能生「オートポイエシスと法理論—西ドイツにおける『ポスト福祉国家の法理論』の一潮流」『早稲田法学』六六卷二〇号（一九九一年）一一八二頁。

ただし、注意すべきは、トイプナーがヴェーバーに依拠しつつ強調するように（ヴェーバーが、形式性と実質性の葛藤を西欧法の合理主義の「避けることのできない運命」として理解していた点については、たとえば、世良訳『法社会学』五〇六—五三五頁、特に五三三—五三五頁参照）、近代の形式的法の、現代における実質化傾向とは、単に実定法が形式的性質を失っていくという意味ではないのであって（その意味で「形式法から実質法へ」という表現はしばしば用いられるもの、ミスリーディングである）、法の実質化は、形式化のより一層の強化が生み出しているのであり、両者が不即不離の関係において進行している過程として理解されている点である。トイプナーは次のように言う。「法は、その機能の点で自律的になることによって—形式性—、ますますその社会的環境から出される目標達成の要求に左右されるようになるのである—実質性。そして今日の状態においてこのことが意味しているのは、自律的で、実定的で、高度に形式化され、専門化された法は、もしそれが社会国家的統御の目的のために道具化された場合には、一方で政治的な特定の要求に、他方で規制対象たる生活領域の特定の要求にさらされるということである。自律性の強化と相互依存性の強化というこの緊張関係は、現代の法化の必然性と問題性とを同時に根拠づける」。グンター・トイプナー、樫沢秀木訳「法化—概念、特徴、限界、回避策—」『九大法学』五九号（一九八九年）二三五—二九二頁、二五三頁（原文では傍点の付されている箇所があるが、省略した）。少なくとも、西欧近代法の発展過程という文脈においては、その現代法現象としての法の変容はこのようなものとして理解するのが、正統的であるといえよう。但し、システム理論と異なる立場にたてば、法の形式性と自律性の必要性

に関する理解は、引用したトイブナーの所説とは異なったものになりえるかもしれない。また、西欧近代を脱構築する認識枠組みにたつならば、西欧法の歴史と現状について別様の解釈が可能であろう。

そもそもわが国の場合、形式的合理的法ないし経済社会の自律的な展開の枠組みとしての近代法の機能的不徹底という構造的な問題があり、それは依然として取り上げるに値する重要な問題であると思われる。というよりは、わが国における近代法の諸要素の制度的不備は、少なくとも経済社会に関する限り、八〇年代以降の日本経済とその変化の過程において、その問題性をより一層明確にしつつあると考えられる。同時代の欧米の研究動向を参考にする際に注意すべきことは、わが国における近代法の不徹底という側面を軽視してはならないという点である。なお、日本の法の評価については、例えば、そもそもその機能において形式性の程度が低く、実質性の程度が高い法として、あるいは、システムとしての自律性の低い法として、理解し、それを積極的に評価する方向（たとえば現代社会により適合的な法として）も可能である。しかしそのような評価を下すためには、法の形式性と自律性の社会的機能についての徹底した再吟味を経る必要があるだろう。いわゆるポストモダンの立場を含め、別様の解釈の可能性とその位置づけについては、今後の課題としたい。

(11) 広中俊雄教授は、ヴェーバーによる法の機能の計算可能性テーゼについて、「資本主義的計算可能性なるものは、静止的にそこにあるものではなくて、不断に維持・確保しようとする力によって支えられている動的なものだ、と言わなければならない」と述べている。広中俊雄「法学とヴェーバー」大塚久雄編『マックス・ヴェーバー研究―生誕百年記念シンポジウム』（東京大学出版会、一九六五年）三九―五五頁、五一頁（後に同『法社会学論集』（東京大学出版会、一九七六年）に「マックス・ウェーバーの法理論とその現代的意義」として所収）。