

日本の経済社会の法化

——法的コミュニケーションの分離という側面について——

濱野 亮

一 はじめに——課題の設定

1 近年の経済社会の構造変容

2 法化の媒介項としての法的コミュニケーション

二 法的コミュニケーションの分離

1 全体社会の機能的分化と法の分離

2 法的コミュニケーションの分離と法律家の役割

三 おわりに

一 はじめに——課題の設定

本稿は、既存の理論的研究に依りながら日本の経済社会における「法化」について、法社会学の視点から見取り図を得ようとする試みである。経済社会における「法化」に関する包括的な理論を提示するものではなく、わが国の経済社会の「法化」過程における問題の所在についての筆者の視点を提示する。

近年、日本社会に関する「法化」が一般的に論じられているが（多くは「法化」の進行を前提としつつその特質や問題を論点として⁽¹⁾）、本稿は対象を経済社会に限定する。ここでの分析の中には経済社会以外の領域における「法化」にもあてはまる要素も含まれるが、さしあたり筆者の問題関心に即して、特に経済社会において端的ではあるもののその兆しが認められると考えられる構造的な変容としての「法化」について、一つの理論的な分析を行うものである。

(1) わが国における「法化」に関する文献は多数にのぼるが、最近のものとして田中成明『現代社会と裁判』（弘文堂、一九九六年）、同『現代司法の位置と課題』岩波講座『現代の法 五 現代社会と司法システム』（岩波書店、一九九七年）一～三六頁、広渡清吾『日本社会の法化』岩波講座『現代の法 一五 現代法学の思想と方法』（岩波書店、一九九七年）一四三～一四六頁、濱野亮『法化社会における弁護士役割論——民事分野を中心として』『自由と正義』四七巻一号（一九九六年）五〇～五九頁、二号（同年）七〇～七七頁「補論を付加し、わずかに加筆して、日本弁護士連合会編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』（有斐閣、一九九七年）一～二二頁に再録」、その他の主要文献としては、田中『現代社会と裁判』前掲四〇～四一頁註（20）～（25）所掲の文献、広渡『日本社会の法化』前掲一七二～一七三頁註（1）～（2）所掲の文献、濱野『法化社会における弁護士役割論』前掲『あたらしい世紀への弁護士像』二頁註（6）所掲の文献を参照。

1 近年の経済社会の構造変容

戦後復興と高度経済成長をもたらした日本の経済社会のあり方（例えば村上泰亮氏は一九八二年に「戦後日本の経済システム」と呼んで分析した⁽¹⁾）は、一九七〇年代後半にすでに変容の兆しを見せ、一九八〇年代にはいと、激化し恒常化する日米間及び日欧間の貿易摩擦ないし経済摩擦を背景として、一九八六年四月に発表された前川レポートに象徴されるように、従来のあり方からの離脱の必要性とそのため⁽²⁾の制度改革が政治日程に上ってきた。さらに、一九八九年から九〇年にかけて展開された日米構造問題協議（Structural Impediments Initiative）を大きな契機として、取引慣行や行政慣行及び行政と業界や個別企業との関係というレベルをも含めた経済社会をめぐる制度

改革に向けて、国際的な圧力と日本経済内部に起因する圧力とが合呼応する形で明確に作用しはじめた。⁽³⁾ このような政治経済における一連の動きは、いわゆるバブル経済の崩壊と平成不況のもとで、日本経済の将来展望が楽観論から悲観論へと転換する中で、現在、日本経済全体の国際競争力を回復しうるか否かを左右する重要性を持つものとして広く認識され、「日本の経済社会の構造改革」として政治、行政をも対象としてまきこんだシステムの全般にかつ根本的な再検討として一般の人々の認識レベルで位置づけられるに至っている。これは、一九九〇年代における政界再編成及び行政改革の過程と連動しているだけでなく、⁽⁴⁾ 民事訴訟法改正や、司法試験制度及び法曹養成制度をはじめとする司法制度の改革の動きとあいまって、政治、経済、法の分野における全般的な戦後システムの変動という文脈で理解する必要がある。

以上のような日本の経済社会の戦後以来のあり方の改革ないし変容については、経済学や政治学においては顕著な研究の進展が見られるのに対して、法社会学においては十分な研究の蓄積がない。⁽⁵⁾ 日本法社会学会も一九九七年から「構造変容と法」という統一テーマのもとで、経済社会の上記のような変化を含め日本社会全体が現在直面している変化を「構造」次元のものとして位置づけ、学会の取り組むべき課題として問題提起するに至っているが、⁽⁶⁾ 研究はようやく緒についたばかりである。

ところで、日本の経済社会の「構造変容」ないし「構造改革」⁽⁷⁾ を法社会学において扱う場合、いくつかの視点がありうるが、本稿は、現在われわれが直面している日本経済の大きな変化を、秩序づけのあり方の原理的な次元に及ぶ変容と相関しうるものとして位置づけ、その一つの側面を、主として、Autopoiesis論を導入する以前の、⁽⁸⁾ いわば前期のニクラス・ルーマンによる法の社会学的理論を手がかりとして明らかにしようとするものである。

これは、近年の日本の経済社会において論じられている構造変容ないし構造改革のもっている一つの側面を、法を含む社会的秩序づけ (social ordering) という「構造」の変容過程たりうるものとして理解し、かつ、そういう

意味においての法化の可能性を秘めているものとしてとらえようとする基本的発想に基いている。

そこで次に、日本の社会の「法化」傾向に関して、経済社会に限定せず日本社会一般について論じられているところを、代表的な論者である田中成明氏の最近の所説を参照しつつふりかえり、経済社会の法化について検討を加えるにあたっての基本的な視点を得ることにしたい。

- (1) 村上泰亮「戦後日本の経済システム」『エコノミスト』一九八二年六月一四日号三八〜五四頁（後に同『新中間大衆の時代』〔中央公論社、一九八四年〕に収録）。
- (2) 一九八〇年代半ば前後までの時点で、戦後日本の経済社会のシステムからの訣別が必要とされているという理解を示していた文献として、参照、村上『新中間大衆の時代』前掲、Yasusuke Murakami, "The Japanese Model of Political Economy," in Kozo Yamamura & Yasukichi Yasuba (eds.), *The Political Economy of Japan*, Vol. 1: *The Domestic Transformation* (Stanford University Press, 1987), pp. 82-90, Masahiko Aoki, *Incentives, and Bargaining in the Japanese Economy* (Cambridge University Press, 1988), pp. 293-297 「永易浩一訳『日本経済の制度分析——情報・インセンティブ・交渉ゲーム』〔筑摩書房、一九九二年〕三〇三〜三二六頁」、嶋山昌一「金融自由化の経済学」〔日本経済新聞社、一九八九年〕、中谷巖「責任国家・日本への選択」『アステイオン』六号（一九八七年）一八〜四三頁。
- (3) 参照、通商産業調査会編『日米構造問題協議最終報告』（通商産業調査会、一九九〇年）、宮里政玄『国際大学日米関係研究所編『日米構造摩擦の研究』（日本経済新聞社、一九九〇年）、藪中三十二「日米構造問題協議」『ジュリスト』九六五号（一九九〇年）四六〜五二頁、鶴田俊正『宮智宗七編著『ポスト構造協議』（東洋経済新報社、一九九〇年）、坂井昭夫「日米経済摩擦と政策協調」〔有斐閣、一九九一年〕。
- (4) 経済社会の構造改革と政界の再編成及び行政改革とが複雑に絡み合いつつ一体となつて展開している様子を示すものとして、政治システムと経済システムの接点としての大蔵省・日本銀行の改革をめぐる一九九六年二月から一九九七年三月までの政治過程を分析した真淵勝「大蔵省はなぜ追いつめられたのか——政官関係の変貌」〔中央公論社、一九九七年〕を参照。
- (5) 本文で触れたように、経済学や政治学をはじめとする他の社会科学諸分野においては、一九八〇年代以来顕著になつている戦後システムの変容ないし日本社会の構造変動を課題とする研究の蓄積が豊かであるのと比較して、法学の分野ではそのような問題意識からの研究は不十分であるが、例外的に、民主主義科学者協会法律部会は、筆者とは視点を異にするものの、以前からこのテーマについて活発な研究活動を展開している。最近の成果の一つとして『法の科学』二四号（一九九六年）の「特集 日本的企業社会・国家の再編と法的改革」や、渡辺洋三『甲斐道太郎』広渡清吾『小森田秋夫編』『日本社会と法』（岩波書店、一九九四年）を参照。さらに、同様の視点に立ちつつ、より広い視野から、現代日本社会の構造分析に取り組んだ東京大学社会科学研究所編『現代日本社会』全七巻（東京大学出版会、一九九一〜九二年）は、「会社主義」および「企業社会」という概念を鍵に政治、経済、法の各分野に関する論考を集めており、日本の経済社会の法化を考察する上でも示唆に富ん

でいる。なお、長谷川貴陽史「事前調整指導の法社会学的考察——放送免許の一本化調整と大型店の出店調整を素材として」『本郷法政紀要』五号(一九九六年)二〇七—二二七頁は、「業界」に対する監督官庁による、法と政治が融合した非公式的要素を多く持つ事前調整について西洋的秩序原理とは異なる日本の秩序原理に基づくものとして分析し、そこに前近代のないし文化的側面と現代的側面とを見いだしているが、末尾で簡単に触れられているように、このような事前調整指導は、今日すでに厳しい批判と客観的変容圧力に曝されており、「次第に過去のものとなりつつある」(同二三二頁)。そこから生まれうる新しい行政—業界関係がまさに分析される必要があると思われる。今後の研究が期待される。また、内田貴氏や Michael Young 氏を中心として継続的取引に関する日米比較研究が行われている(参照、一九九六年三月二六日開催の二一世紀法政策研究会主催シンポジウム「拡大する民事責任——契約と不法行為の国際比較」第一部「信頼と責任——継続的取引の日米比較」とそこにおける配布文献)。同プロジェクトに参加した John O. Haley 氏による論考として、「Relational Contracting: Does Community Count?」 in Harald Baum (ed.), *Japan: Economic Success and Legal System* (Walter de Gruyter, 1997) pp. 167-183 がある。なお、校正時に、内田貴「継続的取引に関する実証的研究の目的と意義」『NBL』六二七号(一九九七年)六—一〇頁、北山修悟「継続的取引に関する国内アンケート調査の結果」(同一一—一八頁)に接した。

これに対して、外国の日本法研究者による次のような業績は、変化の兆しをとらえるよりは、従来のあり方を欧米の実態と比較して明らかにする側面に重点が置かれがちであるものの、日本の経済社会における法と秩序形態の特質に関する鋭い指摘を含むものがあり、今日直面している課題を考察するうえで参考になるところが大きい。参照、Frank K. Upham, *Law and Social Change in Postwar Japan* (Harvard University Press, 1987), Upham, "Speculations on Legal Informality: On Winn's 'Relational Practices and the Marginalization of Law,'" *Law and Society Review*, Vol. 28 (1994), pp. 233-241, フランク・アップハム、寺尾美子訳「日本的行政規制スタイルの試論的モデル」石井紫郎＝樋口範雄編『外から見た日本法』(東京大学出版会、一九九五年)四九—八四頁、John Owen Haley, *Authority without Power: Law and the Japanese Paradigm* (Oxford University Press, 1991) [かひの] "The Myth of the Reluctant Litigant," *Journal of Japanese Studies*, Vol. 4, No. 2 (1978), pp. 359-390 における、もっぱら制度上の要因を強調して日本における訴訟回避傾向について論じる立場を離れ、川島説を批判する立場は維持しつつ、日本の前近代以来の歴史と文化の関連性を強調しつつ制度面の特徴を明らかにすることによって、司法の領域の狭さをもたらした諸要因を分析し、西洋の法秩序と日本の法秩序の差異を浮き彫りにしている。Michael K. Young, "Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan," *Columbia Law Review*, Vol. 84 (1984), pp. 923-983 「行政指導とそれに対する裁判所のチェックの方法を判例を通じて分析し、行政指導を枠として私人間の交渉と権利、利益の調整が促進されるシステムとしてとらえ、それを歴史的文化的背景に由来すると同時に、現代における行政が直面する任務に適合的なメカニズムとしての側面を持つ点を強調、裁判所の審査において、法準則や公式手続には必ずしも拘束されず、むしろ、社会的コンセンサス(社会通念や妥当性として表現される)を裁判官が確定しそれを基礎として結論を導く手法を高く評価している」。また、Harald Baum (ed.), op.cit. 所収の諸論考は日本の法と秩序の特質に対する評価の点で差異があるが、参考になる。隣接分野の文献としても多数あるが、例えば系列、談合に関する Ronald J. Gison & Mark J. Roe, "Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial

Organization," *Yale Law Journal*, Vol. 102, No. 4 (1993), pp. 871-906, Brian Woodall, "The Logic of Collusive Action: The Political Roots of Japan's *Dango* System," *Comparative Politics*, Vol. 25, No. 3 (1993), pp. 297-312. シャーナリストによる文献であり、一面的で正確な記述も多いが、しかし、日本における法と秩序の実態に関する鋭い指摘を含むものとして、Karel van Wolferen, *The Enigma of Japanese Power: People and Politics in a Stateless Nation* (Macmillan, 1989) [篠原勝訳『日本／権力構造の謎』(上) (下) (早川書房、一九九〇年)]、特に八章を参照。本書の書評(『千葉大学法学論集』五巻二号「一九九一年」二〇三〜二一八頁)において森田朗氏は、特に、ウォルレンによる日本社会における法のあり方に関する分析に興味を示し、「われわれの社会の法運用の実際のルールについての理論の欠如とその必要性を痛感させられる」と述べている(同二二三頁)。そして「日本における権力行使、とくに官僚制による権力行使の秘密を解きあかす鍵は彼らの法規操作——立法・解釈・運用等——の技術の分析にあるのではないか」(同二一八頁)とし、行政による「法形成・法運用の実態の分析」すなわち法社会学的分析が「日本の社会科学において今後取り組まなければならない最も重要な課題であると確信している」と述べて、書評を結んでいる。また、田中成明氏はウォルレンのこの著書について、方法、内容とも問題が多いとし、西欧と日本の原理的異質性を一面的に強調する姿勢を批判しながらも、「国際化時代における日本社会の『法化』の在り方をさぐるにあたって、彼らの挑発的な分析から学ぶべきところも少なくない」とする(田中氏はウォルレンとラムザイヤー『法と経済学——日本法の経済分析』をとりあげて論評している)。田中『現代社会と裁判』前掲六頁。

(6) 『法社会学』五〇号(一九九八年刊行予定) 参照。九七年を初年度とする日本法社会学会企画委員会は「構造変容」の多様な側面の中で、「社会の個人への解体及び連帯」という問題に焦点を絞って、シンポジウムを展開した。これは、日本社会の広い意味の法化について、社会福祉や生活世界に及ぼすインパクトという側面に即して検討しているものと理解することができる。これに対して、本稿の関心は、福祉や生活世界の側面はひとまず捨象し、経済社会における企業間及び政府・企業間関係の秩序という「構造」が変容する過程について、法的コミュニケーションの分離という視点から理解しようとするものである。

(7) 「構造」次元での変容を分析する上で二つの側面を区別する必要がある。第一に、経済に内在する諸要因に基づく変化を促す動きであり、第二に、それと密接に関連する制度改革の動きである。いずれの要因も重要であり、双方はしばしば相互規定的に進行するが、両者は常に照応関係にあるわけではなく、双方の間のずれの存在及び自覚的に制度改革を実施することの意義も強調されなければならない。また、改革は、広い意味での政治過程において実現するものであり、理念とイデオロギーの影に潜む権力闘争の契機をも視野にいれて考察する必要がある。本稿においてはこのような法制度改革をめぐる法律家内及び法律家と他の主体との間の権力闘争の局面については触れることができないが、P・ブルデュ門下の法社会学者Y・デザレ及びB・G・ガースの分析枠組みを参照しつつ、近年の日本の司法改革及び司法の領域の拡大の兆しについて簡単に述べたものとして、Ryo Hamano, "Japanese Lawyers in Transition," (paper presented at the joint meetings of the Law and Society Association, Research Committee on the Sociology of Law (ISA) in Glasgow, Scotland, July 10-13, 1996) がある。

(8) ルーマンを取り上げる理由は、彼が、全体社会の機能的分化という側面に焦点をあてた法理論を構築している現代の法社会学理論家のなかで代表的存在であるからであり、かつ、法的なコミュニケーションの特質を、ドイツの法実務に基本的に依拠しているという偏りはあるもの

の、鮮明に描き出しているからである。

周知のようにルーマンの理論的変貌は著しいものがあり、特に一九八〇年代前半以降、Autopoiesis論を取り入れつつ新たな進化論にたつ高度に抽象的なシステム理論を構築し、それを、法、経済、宗教等各機能領域についてあてはめつつ多数の著作を発表し続けている。クニールとナセヒは、一九九三年の時点で、ルーマンの研究活動を二つの段階に区別し、Soziale Systemeが刊行された一九八四年をもって第二段階が開かれたとする。ゲオルク・クニール・アルミン・ナセヒ著、館野受男・池田貞夫・野崎和義訳『ルーマン 社会システム理論』(新泉社、一九九五年)三九頁。ルーマンのシステム理論におけるこの時期の転換については、村中知子『ルーマン理論の可能性』(恒星社厚生閣、一九九六年)一四〇―一五頁、三四頁、一三二―一四〇頁「社会システムの要素を「行為」概念から「コミュニケーション」概念に転換させて点について」、中野敏男『近代法システムと批判——ウェーバーからルーマンを超えて』(弘文堂、一九九三年)一三四―一三八頁、村上淳一『ドイツ現代法の基層』(東京大学出版会、一九九〇年)七四―八二頁(特に七五―七六頁)も参照。

私見によれば、少なくとも西欧における近代法成立過程とその特質の理解にとつては、八〇年代前半以降の高度に抽象的ではあるが極めて相対的な議論よりも、Gesellschaftsstruktur und Semantik Band 1, 2 (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980, 1981) [以下 Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik Band 1, 2 と略記] ころまでのいわば前期ルーマンの方が示唆に富むと感ぜられる(その社会進化論には限界があるとはいえ)。もとよりルーマン研究ではない本稿では、彼の著作を網羅的に検討するものではなく、日本の経済社会の秩序形態と法化過程に関する理解の手がかりを得るという目的に即して彼の研究を参考にするものである。ルーマンの著作を参照するにあたっては、村上淳一氏が引用される「ルーマンの理論的業績を追って解説と批判を加えていくすべての試みは絶望に終る」というドイツのルーマン研究者の嘆き(村上『ドイツ現代法の基層』前掲七四頁)を実感しつつも、自己の研究課題に即して理解に努めるという態度を採る以外に途はないであろう。

2 法化の媒介項としての法的コミュニケーション

田中成明氏は、「法化」概念を非常に包括的に定義することによつて、その多様な側面を取りこみながら、それを、日本の社会における近年の法をめぐる状況の変化を把握するための概念として提示している。すなわち、わが国で「法化」が論じられる際、ドイツやアメリカの議論が紹介されることが多いのであるが、田中氏は、それぞれの社会が現在直面している法の変容に即して展開されている欧米での議論を踏まえた上で、それらとは区別されるわが国固有の問題に焦点をあて、より幅広く、わが国で初めて「本格的に」「広く」「法」が用いられる兆候が現れたという基本的な認識のもとで(高度経済成長期を画期とするべきであろう)⁽¹⁾ そのような傾向を「法化」として把握

している。⁽²⁾

まず、田中氏は「法化」を「およそ一定の問題を『法』によって解決すること」と広くとらえた上で、「法」が用いられる「基本的方式」として、立法が多く用いられるという意味での「議会化」、行政的規制が多用されるという意味での「官僚制化」、及び、訴訟が頻発するという意味での「司法化」をあげ、「法化」とは、少なくとも、これらの方法を基本にして、問題を「法」によって解決する傾向とその高まりであるとされ⁽³⁾る。

そして、「法化」には程度の差異(不足や過剰)がありえること、及び、「法化」は当該社会にとって問題をはらみうることを前提にしたうえで、社会ごとの法システムや法文化の特徴との関連で「法化」を理解するための戦略として、三つの主要な側面に区別し、各側面の相対的独立性と相互間の「ずれ」に着目すべきことを強調する。⁽⁴⁾

三側面とは、第一に社会構造の次元での法化、すなわち「社会内部の構造・関係の変動によって法システムに対する必要性・依存性が高まり、法的要求が発生・増大する」という「社会の側の客観的条件」という側面である。

第二に、「制度化」の次元での法化(「法的制度化」)であり、法規範や手続の「増加」と「複雑化」である。法化の第三の側面は、人々の意識と行動の次元での「社会化」に関するもので(「法的社会化」)、「一般の人びとや法曹の間で支配的な法文化・法観念」という要素が、「法的な価値・原理・規範・手続などを内面化し法的になる」現象を指す。⁽⁵⁾

ところで私見によれば、今日のわが国社会の法化過程にとっての問題は(経済社会の法化過程にとどまらず一般に)、三つの側面の中の「ずれ」の存在そのものではなく、「ずれ」がどのような相のもとにあるのかである。「ずれ」はわが国において近代化開始以来長期間存続し続けているという意味でパターン化しているが、このパターンが今日変容しつつあるのではないかという想定が可能である。この仮説は最終的には経験的研究によって吟味されるべきであるが、その準備作業として、「ずれ」という安定的パターンを変容させうる因子を理論的に明らかにす

る必要があると思われる。

社会構造、制度化、社会化の三側面の「ずれ」の背後には、なんらかの形で歩調を合わせた法化状況を類型として想定することができる。たしかに現在では、かつて川島武宜氏がそうであったように、単純に、西洋近代法とそれに対応する市民社会というものを収斂すべき目標として設定することはできない。しかしながら、近代法を長い歴史過程において自生的に生み出した西欧社会において、社会構造、制度化、社会化の三つの側面は相対的に同期的に法化（田中氏のいう広義の意味であり、二十世紀末の欧米において直面している「法化」ではない）の過程を歩んだと考えるべきである。もちろん、西欧社会における法化過程は数百年単位で進行し、かつ、短期的には彼の社会においても三つの側面における「ずれ」は当然に存在したはずであり、一挙に法化が三側面で同時に進行したわけではない。しかしながら、西欧においては三つの側面は、全体社会の構造としての「法」において相互につながりながら、そのようなものである。そのようなものとしての「法」の変容（ルーマンのいう「法の作りかえ (Umbau)」——後述）が西欧近代を特徴づける法制度と法観念を生み出したのである。

翻ってわが国の現状を考えるならば、今日なお認められる三側面間の「ずれ」は、文化的要因によって強く規定されているものとして、今後もきわめて長期間維持され続ける可能性もあるが、それをア priori に措定すべきではなく、むしろ、一定の文化的要因の作用のもとで、かつわが国前近代の歴史的伝統を基礎にしつつ、しかし、長期間にわたって法化過程が進行しつつあり、そこには、三つの側面の同期的法化を推し進める要因も存在していると考えるべきである。すくなくとも、理論的にそのような可能性を視野にいれた分析枠組みを設定する必要がある。

このような発想にたつならば、三側面は各々概念的には独立した要因として区別できるものの、それぞれの間に「ずれ」が生じうるだけでなく、理論的にそれぞれは相互に関連しあっており、わが国においても相互規定的関係

を程度の差はあれ持っている点を強調したい。相互間の「ずれ」に着目する場合、社会構造、制度化、社会化という三つの側面のそれぞれが独立した動因によって変化すると理解してはならないのであって、三側面は相互に規定しあいながら、変化している。そして一つの側面、例えば制度面の法化の進行が、社会構造面における反法化傾向や、社会化の側面での反法化傾向の作用により、影響を受ける。ここで重要なことは、これら三側面の相互的規定関係においていわば媒介項として、全ての側面に関わりつつ、法化のあり方を左右しているものの存在である。

三側面が相互的関連性を維持しつつ同期して(ただし長い時間をかけて)一つの法システムを出現させたのが西欧の近世から近代にかけての歴史であったという理解にたつならば、そのような西欧近代法システムの存在を可能にしたミクロのプロセスを理論的に把握する必要がある。

本稿は、日本の経済社会の法化過程のミクロのプロセスにおいて、伝統的な要素の中に、「法」的な要素が拡大していく傾向について、法が「近代法」として理解されているものに長い歴史を経て変容した西欧社会の過程において、社会統制と社会構造のあり方及びコミュニケーションの形態に何が生じたのかを社会学的理論の形で説明しているルーマンの分析を参照して、理論的な手がかり、いわば一つの索出枠 (heuristic) を得ようとするものである。

(1) 高度経済成長期が、日本の社会秩序のあり方の、全体社会レベルでの変容過程を開始させたという認識は広く共有されている。但し、その変容内容の確定と評価については、本文で述べた広義の「法化」傾向という点では論者の見解は一致しているが、それ以上については十分議論されているとはいえない。この問題に関する非常に早い時期における研究として参照、六本佳平『民事紛争の法的解決』(岩波書店、一九七一年)。

(2) 田中成明『現代社会と裁判』前掲一六頁。

(3) 田中氏による広義の「法化」概念における「法」は明示的には定義されていないが、田中氏の提唱される「法」の三類型モデルを前提とするならば(とりわけ自治型法をも「法」として位置づけている点を考えるならば)、国家の実定法システムを中心としつつも(そのことは普遍主義型法「後に「自立型法」という呼称に変更されたようである、参照、田中成明「岐路に立つ弁護士——その背景と展望」日本弁護士連合会

編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』前掲二六〇頁註(5)、同「法システムの相互主体的動態化をめざして」『法学教室』二〇〇号(一九九七年)六〇一二頁」と管理型法概念にあらわれているが、その中でも普遍主義型法、すなわちあえて単純化すれば西洋近代法を中核に据え、「法的なるもの」の核心に位置づけるのが田中氏の基本的立場である)、それにとどまらない広い意味での「法」を指しているが、その背景には、現代社会における「法的なるもの」の拡散」という田中氏の認識がある。例えば、田中『現代社会と裁判』前掲一八頁によれば、自治型法は「インフォーマルな社会規範や社会一般の正義・衡平感覚に基づいて生成・成立し、妥協的調整図式による問題処理を優先することを特徴とする」とあり、他の箇所の叙述と総合するならば、実定法上の権利・義務図式からはある程度自由な利益調整や紛争解決を含むように読め、さらにそのような要素を重視しているとも解釈できる。但し、そのような自治型「法」も普遍主義型法(自立型法)の基本的な特質と「重なり合うメカニズムを共有していなければならない」とする。同書一八頁。

(4) 同書一六〇一七頁。類似の指摘としてそれ以前にすでに、田中『日本の法文化の現況と課題』『思想』七四四号(一九八六年)三〇四頁や、田中『法理学講義』(有斐閣、一九九四年)八四〇八五頁他があった。なお、田中氏は法化につき、三側面の区別と並んで、三類型(同氏の法の三類型モデルに対応した三類型の法化形態、すなわち普遍主義型法化、管理型法化、自治型法化)の区別が必要であるとしている。田中『現代社会と裁判』前掲一七〇一九頁。

なお、法制度、社会化、社会構造間の法化の「ずれ」の重視という視点は、周知のように丸山眞男氏による、わが国における諸制度の西歐化について、問題の核心は「制度における精神、制度をつくる精神」にあるという指摘に既に現われており、『日本の思想』(岩波書店、一九六一年)三六頁)、また、六本佳平氏による川島理論の批判的継承(『民事紛争の法的解決』前掲)においてとりあげられていたところである。

(5) 法化の三側面の区別と相互の「ずれ」に関する具体的な事例に即した研究は、田中氏自身によって本格的に展開されているとはいえないが、六〇年代後半以降の民事訴訟の増加現象について、とりわけ現代型訴訟ないし政策志向型訴訟の登場に焦点をあてた言及がある。田中『現代社会と裁判』前掲一〇四頁。但し同所では三側面相互間の「ずれ」については言及されていない。

二 法的コミュニケーションの分離

1 全体社会の機能的分化と法の分離

(1) 西欧では近代において法は、諸々の自生的な社会集団によって担われる秩序と区別された国家の実定法システムとしてとらえられうるようになったのであるが、⁽¹⁾ルーマンによれば、そのような一つのシステムとして、他と区別された自律性と自立性を備えた西欧の近代法(なかならず大陸法)⁽²⁾は、近代以前より西欧社会に存在し機能し

ていた(そしてまたローマ法の*ius*の系譜に属するという要素をも持つ) *Recht* (法=権利) の長期間にわたる「作りかえ」(*Umbau*) を経て、形成されたものである。⁽³⁾

マックス・ヴェーバーによる、西欧近代における法が形式的合理的なものへと発展する歴史的過程の社会学的分析は、そのような近代法の成立過程の古典的定式化であるが、このヴェーバーのテーゼを、ルーマンは、「第一次的に実質的な法」から「第一次的に形式的な性質(概念を用いて抽象的に規定された、手続き的に最も実現しやすい性質)を持つ法」への「作りかえ」(*Umbau*) と要約した上で、⁽⁵⁾ それを「法の分離」(*Ausdifferenzierung des Rechts*) の過程としてとらえなおしている。

ルーマンは次のようにいう。⁽⁶⁾

ヴェーバーが考えていたのは、もろもろの法規範から成る構造物がますます他から分離され自立化してゆく発展、すなわち他の社会的な諸構造や諸予期と一体をなしている状態から解放され、特定の機能を果たしうるように精密化されてゆく過程であった。

そのような発展の結果、法の運用における個人的恣意の要素(カードイ裁判の場合) や、伝統によって伝えられ、よそ者が知ることができないような小集団の習俗と倫理観念への拘束が、除去されることになる。それによつてはじめて、法的に信頼できるものとして保障された計算可能な見込みの上に、長期的かつ広範な投資を行なうことができるのであり、複雑に分岐した目的―手段関係の長い鎖を組織化し、そのあらゆる部分を故障から守ることができるとなる。要するに、より抽象的に計算可能なもろもろの見込みが個人に保障されなければならないのであって、その計算可能性は、ますます複雑になってゆく社会的環境においても依然として維持され、具体的な信頼と状況および人物の知悉とにたよる古いやり方にとって代わるのである。

日本は、このような西欧という歴史的文化的環境の中で長期間にわたる発展の結果出現した産物としての近代法を、圧倒的に制度の次元に偏ってしかもいわば完成品として輸入し、移植した。ローマンの「作りかえ」概念を用いるならば、わが国の場合、一方で、一九世紀半ばに西洋と大規模な文化接触を経験するまでに形成された「法」という概念をめぐる諸観念（当時においてわが国で用いられていた「法」という概念で観念されていたところのもの）と、他方で、同じく近世までの日本社会における、西洋の Recht（及びドイツ語圏以外におけるそれに相当する諸観念）の機能的等価物を表現する概念（それは様々な概念に分化していたと考えるべきである）⁽⁷⁾ をめぐる諸観念とが（この二つの要素を広義の「伝統的法観念」と呼ぶべきであろう）⁽⁸⁾、西洋「法」の制度上の体系的整備を経て、明治、大正、昭和、平成の各時代の条件のもとで、それが運用され、利用される過程で、一定の「作りかえ」を経ている。また、実定法制度の運用、利用とは別に、欧米から、わが国にとっては新しい「法」と「権利」及びそれに関連する諸観念が様々な媒体を通して流入し（といっても一定の変容を経て）、それらもまた伝統的法観念との間で持続的に相互に影響しあっているはずである。

わが国における「Rechtの作りかえ」に相当する過程は、このようにとらえるならば、この一世紀あまりの間に緩慢に進行しつつあるものと理解すべきである。⁽⁹⁾ そして、その研究はまだ十分行われているとはいえない。⁽¹⁰⁾

そこで、以下では、ローマンに依拠しつつ、法律制度、社会化、社会構造という三側面の相互関係と、その中でも重要な作用を果たした要素が何であるのかを明らかにしたい。

ローマンのいう意味での西欧における「法」の「作りかえ」の、それもミクロの過程を明らかにすることは、単に西欧における法と社会秩序の歴史的变化の本質を知る上で重要であるばかりでなく、現在わが国が直面している法と社会秩序の根本的問題を把握するためにも有効な作業である。ローマンの所説に基いて敷衍するならば、現実には、社会秩序の根本的問題を把握するために、システムとしての自律性と自立性を維持しつづけるためには、社会構造、制

度、観念の相互間を媒介する独特のメカニズムが不可欠であって、西欧におけるそのようなメカニズム（法の自律性と自立性が再生産されるミクロのメカニズム⁽¹¹⁾）を知ることは、わが国における伝統的な *Recht* の機能的代替物が、継受された西洋法制度や西洋法関連観念との接触の過程で、どのような変容を経ているのか、それが社会構造のあり方とどのような関係にあるのかという課題にとりくむための基礎的な作業になる。また、わが国に包括的に継受された西洋法制度が、「本来」予定されている機能を果たすにはどのような条件が必要なのか、またわが国においてそれがいかなる機能を現実にも果たしているのかという日本の法社会学にとり伝統的な研究課題の一つにとって、法制度、社会化、社会構造の三つの側面にまたがる部分（本稿でいう法化の媒介因子）に注目するという新しい視点を提示する意味も持っているのである。

(2) 西欧社会においては、ローマンによれば、一般に *social control*（社会統制、社会的制御⁽¹²⁾）と呼ばれているものの形式は、近世から近代にかけて（一七、一八世紀における変化が重視されている⁽¹³⁾）、社会全般にわたって徹底的に変化した⁽¹⁴⁾。ローマンによればこれは、全体社会の分化の主要な形態の原理的变化という文脈において進行したのであり、法の領域においてそれは、法 \parallel 権利 (*Recht*) が、特定の機能を果たすシステムとして分離 (*Ausdifferenzierung*) するという現象として現れた。

このような近代の形式的法システムが分離する過程としての、より根源的な意味における「法化」は、現代法現象としてドイツで実質的法の増大ないし法の実質化とよばれているものを指す場合の「法化」や、アメリカにおける弁護士、法令、訴訟の爆発的増大に伴う諸現象を指す場合の「法化」とは異なり⁽¹⁵⁾、むしろ、歴史的にそれらの前提となっているものである。

そこで以下、このような西欧における根源的な意味での「法化」過程に関するローマンの理論的分析について、

①社会統制（社会的制御）の形式の変化と、②法的決定手続の分化・自立化との関係、及び、それらと③法律家と

いう役割の機能との関係、そして④それに即して変化する法観念に焦点をあてて検討する。⁽¹⁶⁾これを先の田中成明氏の図式に即していえば、①が社会構造のレベルに、②と③が制度のレベルに、④が社会化のレベルに関わり、そのうえで法律家が担う法的コミュニケーションがこれら全てに関わりつつ法化を媒介する因子として位置づけられることになる。

(a) 自己規律

ルーマンによれば、明示的な社会統制に先行して、「自己規律」が社会統制の機能的等価物として存在する。

ルーマンの議論は既存の役割理論を基礎としたものであるが、⁽¹⁷⁾その要点は次の通りである。まず、「役割」は、その役割に固有の、他者の相補的な (komplementär) 役割行動を指し示し、したがってそれに対応した行動を当該役割を遂行する者に要求する。⁽¹⁸⁾ところで、人はいかなる社会においても様々な役割を果たすが、機能的分化が社会の主要な分化の形式になる以前や、現代における機能的にあまり分化していない小システムにおいては、数多くの異なる役割において同一の人に出会う傾向がある。⁽¹⁹⁾これは、社会関係が、機能的に不特定の (重疊的) であることを意味する。人々は、他の機能を果たす役割においても、再会する蓋然性が強く、従って、再会した時に生じる結果 (自己の他の役割や相手の他の役割) を予見し、自らを規律することになる (「再会の法則」)⁽²⁰⁾。

このような条件のもとでは、様々な役割がそれぞれ切り離して観念されておらず、特定の人を介して複数の役割が固定的に結びつけられて観念されているため (「人に結びつけられた、不変の役割連関 (der invariante, in der Person verknüpfte Rollen-zusammenhang)」)⁽²¹⁾、ある特定の相互行為においても、当該人と結びついている別の相互行為連関上の役割を顧慮せざるをえなくなるのである。別の役割連関において再会する蓋然性の認識によって、人々は、逸脱や規範的主張の対立を回避するように動機づけられ、規範に関するコミュニケーションなしに、自己規律により自らを制御する。⁽²²⁾

これに対して、西欧社会における機能的分化の進展過程では、このような、機能的に不特定のな社会関係における自己の他の役割の顧慮という内在的な自己規律形式とは異なる社会的制御の形式の制度化が生じたのである。⁽²³⁾

それは、包括的に言えば、分化した諸々の特定機能に即した相對峙する他者の役割による制御⁽²⁴⁾という社会的制御形式であり、それはさらに、①その時々々の相互行為の相手方による制御という最も単純な形態と、②制御の機能に特定化された特別の制御役割が制度化しているという条件の下での、制御機能に特定化した諸役割の関わる相互行為における、相對峙する他者の役割による制御に區別される。⁽²⁵⁾

この②がまさに法に関する諸々の役割と手続という法的な制度に関わっている。

(b) 法の分離・自立化

すでに述べたように、自己の他の役割の顧慮(自己規律)という社会統制の先行形態と根本的に異なって、機能的分化が進んだ社会における社会統制は、「他者の相對峙する役割による制御」という性格を持つが、それは次のような二つの形式に區別できる。

まず、最も単純な制御形式は、その都度の相互行為における對峙する相補的な他者の役割による制御であり、自己規律が欠落しても、これにより補完されえる。ここでは、相互行為自体は制御のためになされるのではなく、制御は本来の機能に付随して行われる。

その際、機能的分化が進行していない状況とは異なって、役割連関は、様々な役割領域の重疊的な結合(diffuse Verquickung verschiedener Rollenbereiche)に依拠する必要はなく、機能的に特定化しうる(funktional spezifizierbar)⁽²⁶⁾。

このようなその時々々の對峙する相互行為の相手方による制御は、機能分化とともに発生する諸々の役割と、当該機能上対応関係にある役割との連関において、第一次的な機能に付随して「ついでに」なされるという意味で、中

間的な制御形式とされる。⁽²⁷⁾ このような制御は第一次的機能にとって負担になる。

機能的分化の過程の進展には、そのような負担の軽減が必要になる。それと同時に、負担軽減を専ら担う新しい役割が出現しうる。「制御の機能に特定化された特別の制御役割が制度化されて、相互行為の場から制御機能の負担を取り除いてやるようになる」⁽²⁸⁾。

このような制御のための特別の役割による制御が、機能的分化に転換した社会における独自の社会的制御の形式なのである。西欧における全体社会の機能的分化は、諸々の特定機能上の対応関係にある役割のセットによる付随的な制御という形式だけでなく、制御という機能に特化した法的な役割群を分化させたというのがルーマンの理解である。

(c) 手続の分離と制度化

機能的分化は、規範的主張の多様化、したがって、規範の対立と違背（規範的予期の非充足）を増大させ、法的な役割の負担を増大させる。⁽²⁹⁾

日常的な相互行為の場に内在する制御に依然として相当程度依存する⁽³⁰⁾か、あるいは、規範的な主張の表明や対立を抑圧する文化が存在する場合（その場合は法は例外的な場面における最後の手段となる）は別である⁽³¹⁾が、西欧においては、法Ⅱ権利の放棄や規範的主張の妥協的調整（例えば和解や調停）ではなく、対立する法Ⅱ権利の主張のうち一方の選択（二分法的な図式）とそれによる規範的予期の維持（抗事実的安定化）⁽³²⁾が徹底した。

そのような相対立する法的主張の一方の選択を、日常の相互行為から分離した形態⁽³³⁾で行うのが「手続」であつて、そのような選択のためには、事案の具体性からある程度距離のある、抽象的で、かつ「法生活を内容的に分析し、範疇化し、分類し、評価する」ための、「あらかじめ定義されており、普遍的に—すなわち決定者の特殊な属性やつながりとの関係を考慮することなく—適用される特定の基準」⁽³⁴⁾となる規範としての準則（ルール）を利用す

ることが可能であり、また、必要になつた。⁽³⁵⁾大陸では継受されたローマ法が、イギリスでは蓄積された判決例がそこにあり、機能的分化へ転回する過程で、そのような基準を提供した。

分離した手続において、制御という機能を担う諸々の役割は、こうして、制御の諸条件を、抽象的、一般的な形で、「定式化し、変動させ、さらにそれ自体を制御する、という新たな種類の問題」に取り組むことになる。⁽³⁶⁾そのためには特別の能力を必要とし、彼らは独特の技術により法それ自体を制御した。彼らが担う特殊なコミュニケーションは、手続における法的決定過程において、また手続外で法的決定を予期する活動(予防法学や裁判外紛争処理)において、法を、個々の事案の社会的文脈に内在する互恵性ないし互酬性とは距離を置いて、様々な事象をカバーさせていく。こうして、機能的分化に対応した過剰な規範投射がなされるなかで、⁽³⁷⁾法として全体社会的拘束力をもつ規範が選択されるメカニズムが最終的に手続において制度化されるのである。

ところで、以上のようなルーマンによる指摘はきわめて重要である。近代の法は、それ以前においては法が一般的相互行為に内在していたのと根本的に異なつて、⁽³⁸⁾法以外の領域における様々な相互行為に内在的な制御が持つている過剰負担を取り除くという意義を持つていたのである。そのような機能を果たすものとして予防法律家による活動の社会的意義はきわめて大きい。

それとともに、他方で、法それ自体も相互行為に内在性が払拭され、そこから切り離して、抽象的に吟味し、精緻化させうる自立化した機能領域になる道が開けたわけである。このことは、法以外の領域においても、経済、政治、教育、医療といった特定の機能を果たす相互行為連関群が分離し、自立化することを可能にする条件の一つとなる。

逆に言えば、特別の制御機能を担う法の領域が十分分化せず、その発展が高度化していない社会においては、社会統制の形態としては、相互行為の役割セットに内在的な制御、あるいはそれに類似した社会制御の形式が広範囲

に存在し、機能的分化も不徹底で、異なる機能が十分分離しつつ進化することが困難になる事態が理論的に想定される。相互行為に負わされる付随的制御機能の過剰な負担は、当該特定機能の遂行及び各特定機能システムの自律性にマイナスの影響を及ぼす可能性がある。⁽³⁹⁾ 経済に即していえば、市場における自由な交換によって決定される価格に基いて計算される利潤(期間収益)に志向した個々の資本主義的企業が、その合理的経営を遂行することによって実現される、経済システムの固有法則性が維持されるか否かを、法のシステムとしての分離が左右しているのである。⁽⁴⁰⁾

西欧においては、法律家が法的専門職業として独特の文化と機構を形成し、特殊な様式の相互行為を通じて、単に他の諸々の機能領域の相互行為を制御するだけでなく、法的決定過程それ自体を制御する役割を果たした。ルーマンは、法律専門家としてのプロフェッション性を、その社会的機能の角度から評価し、法律専門家間の特殊な法的コミュニケーションが他の一般的な社会的コミュニケーションから分離することによって、法的決定過程の制御(法それ自体の制御)を果たしながら、全体として法の自立的でかつ自律的なシステムとしての性格が維持されるととらえているのである。

(d) 法観念の変容

このような法の分離の過程では、法と正義の観念も変容した。それまでの法(Recht)と正義(Gerechtigkeit)の観念が、応報と互恵という給付の均衡を意味する広義の相互性(Reziprozität)を意味していたの⁽⁴¹⁾に対して、特定の決定前提(準則・条件プログラム)を「他の役割」や「人の如何を問わず」平等に適用することが正義と観念されるようになる。こうして、「個々の相互行為に内在する具体的な調整的正義」は、放棄される⁽⁴²⁾。

「法の前の平等」は、具体的衡平ではなく、形式的平等、すなわち「人物を顧慮することなく」(ヴェーバー)決定基準を特定化し、普遍主義的に適用することを意味するようになる。「正義とは、今や、法をその妥当だけのた

めに一様に実現することにはかならない⁽⁴³⁾」。

このような変化は、Subjektives Recht という概念の制度化と並行した。それとともに、Recht は、役割に特定のな、具体的で局部的な（ローカルな）利益の多重的な互恵バランスから解放され抽象性を獲得する⁽⁴⁴⁾。

このようにして、客観的で一般的な準則に基づいて、手続において決定される「権利」という形式に作りかえられた「法」は、互恵を配慮しない非対称的な履行関係⁽⁴⁵⁾のより長い連鎖を実現する必要性を満たし、他方で、自由に選択された互恵性 (frei gewählte Reziprozität) を可能にする（双務契約という方法によって）ことにより、市場における自由な交換の連鎖から形成される経済の拡大を可能にした⁽⁴⁶⁾。相互行為に内在せざるをえない原初的な法Ⅱ正義原理であるところの互恵性は、ここにおいて双務契約の準則によって根拠づけられた権利・義務関係の束として、抽象的な形式で、あらためて表現を与えられなければならない（あるいは、そのような抽象的な表現を与えることが⁽⁴⁷⁾できるようになる）。そのことは、同時に、新しい互恵的關係を、全く新たな当事者間で自由に創造することが可能になったことを意味している。

ここでは、互恵性の質的变化がおこる。すなわち、既存の互恵的秩序から自由に設定できるだけでなく、義務と権利の内容が、準則（条件プログラム）に基づいて特定化されるという意味で可変的になる⁽⁴⁸⁾。かつての互恵性においては、ある者の権利は、その者の義務の履行によって相手との間で長期的な互恵性が実現しているという条件が満たされる限りで実現したが、法の実定化によってもたらされた主観的権利は、そのような権利と義務とが当該関係に具体的であるが曖昧な形で一体化した状態から決別し、個人という主体 (Subjekt) の自由な行為を授権する形式となったのである⁽⁴⁹⁾。

西欧では、このような変化は社会の他の領域の機能的分化と並行し、その結果、互恵性という規範観念は、「社交」 (Geselligkeit) という私的な領域に押しやられることになった⁽⁵⁰⁾。伝統的な「愛」や「友愛」という「社会的連

帯関係の統一的観念」も同様に力を失い、個人的で私的な領域へと分化した (Ausdifferenzierung ins Persönliche und Private)⁽⁵¹⁾。西欧においても、争いやあからさまな異議申し立てを抑える規範が、それを肯定する規範とともに、社会の上層階級の相互行為レベルにおいて存在していたが、前者は、機能的分化とともに、全体社会にとっての行動モデルとしては維持しえなくなったのである⁽⁵²⁾。愛に基づく、コミュニケーションなしでの他者の予期の先どりによる充足は、個人的な世界において主に期待されることとなり、経済や政治といった公的世界においては、全く逆に、分離した法規範に基づく権利・義務の主張と争いが可能になり、かつ必要になった⁽⁵³⁾。こうして法は公共的領域において、行動予期の安定化とそれを通じた紛争の処理ないし行動制御という社会統制機能を専ら担うことになったのである。

- (1) M・ヴェーバー著、世良晃志郎訳『法社会学』(創文社、一九七四年)八〇九頁、六四頁、一〇八頁(かつて『法形成』の担い手であった他のあらゆる諸団体が、単一の国家的強制アンシュタルトの中に解消してゆき、今やこの国家アンシュタルトが、自分があらゆる『正当的な』法の源泉であると要求するにいたっている)、一九〇〜一九二頁、村上淳一『近代法の形成』(岩波書店、一九七九年)、同『ヨーロッパ近代法の諸類型』—英・仏・独における『国家と社会』—平井宜雄編著『法律学』(日本評論社、一九七九年)四一〜六二頁。但しイギリスの場合は、大陸と異なり、国家アンシュタルトの全面的拡大はくい止められ(ローマ法の全面的継受もなされることなく)、国王の統治権拡大への動きと、社会の側の旧き法たるコモン・ローの支配(法の支配)との間の緊張に対しては妥協が成立した。参照、村上『ヨーロッパ近代法の諸類型』—英・仏・独における『国家と社会』—前掲四六〜六一頁、同『近代法の形成』前掲一一四〜一一七頁。イギリスにおけるコモン・ローと制定法との関係が、ドイツやフランスにおける判例と制定法との関係と異なるのは、いうまでもなく、このような近代社会成立過程における国制の構造的差異に規定されている。
- (2) ルーマンの議論は、主としてヨーロッパ大陸西部とりわけドイツとフランスを念頭に置いて展開されているように思われるが、法の実定化過程に関しては、西欧に関するシステム論として的一般性をもった議論として提示されている。私見では、イギリスとドイツ、フランスとは、法の実定化、法システムの分離自立化を検討する場合、区別して論じるべき要素が多いと考えるが(前出二・一註(一)参照)、この点に関しては今後の課題としたい。

(3) Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 45-104.

(4) ヴェーバー、世良訳『法社会学』前掲参照。ヴェーバーによる法の形式的合理化過程については、彼による弁護士機能分析を中心に、濱野亮「経済社会における弁護士の基本的機能」『立教法学』四四号(一九九六年)一〇九〜一五五頁においてまとめた。

(5) N・ルーマン著、村上淳一 六本佳平訳『法社会学』（岩波書店、一九七七年）（以下、ルーマン『法社会学』として引用）一九〇二〇頁。
 (6) ルーマン『法社会学』二〇頁。ルーマンの“Ausdifferenzierung”概念には、本稿では「分離」の語をあてる。なお、村上 六本訳『法社会学』や、村上淳一『ドイツ現代法の基層』〔東京大学出版会、一九九〇年〕四四頁他は「分離」と訳すが、今井弘道氏は「分化独立」〔『手続を通しての正統化』風行社、一九九〇年〕六六頁他）、服部高宏氏は「分化自律」〔『システム理論と法・法的思考——法の射程』研究序説』國學院法学』二九卷四号「一九九二年」四頁）、中野敏男氏は「分立化」〔中野『近代法システムと批判』前掲一三五〜一三六頁〕と訳している。

(7) 一九世紀半ばまでの日本における Recht の機能的等価物としては、さしあたり「道理」、「理」、「義」、「義理」、「分」、「法度」などが想起されるが、この問題の解明は法史学、法思想史学、政治思想史学の研究を参照しなければならない。ここでは、本文で述べたように、当時「法」という概念で観念されたことがらと、それ以外の関連諸概念とを、為政者ではない者を起点とする正しさの主張を表現する概念とあわせて考察する必要がある点を強調することと定める。なお後出三註(4)を参照。

(8) 広い意味で社会秩序のあり方に関する諸観念を「法観念」としてとらえる発想として六本佳平『法社会学』（有斐閣、一九八六年）一九四〜一九五頁を参照。

(9) わが国における「Rechtの作りかえ」に相当する過程に関する本文のような理解を得るにあたっては、一九九六年一月九日における東京大学「法と社会研究会」での筆者の報告「日本の経済社会の秩序と法」に対する六本佳平教授のコメントに示唆を得た。

(10) 川島武宜氏の「ずれ」論、六本氏、田中成明氏のこれまでの研究は、いずれもこのような根源的なレベルでの変容に目を向ける必要を説いているが、本稿は一九八〇年代以来の経済社会の法化傾向を前にして、一般人の法意識ないし法観念、及び、法制度という、これまで日本人の法意識論や訴訟回避傾向が論じられる際、二分法的に対置される傾向が強かった二つの因子について、相互間の関連性と、連関を媒介する要素としての法的コミュニケーションの意義を強調しようとする試みである。

なお、わが国は欧米から法解釈論（及び判決文における法律論）も継受したが、それは日本の伝統的法観念の持続的影響のもとで、今日母法国とは原理にかかわる次元において大きな差異を生んでいるということが近年明らかにされつつある。ドイツとの差異について、参照、村上淳一「包摂技術とコミュニケーション」同『現代法の透視図』（東京大学出版会、一九九六年）一〇六頁、一一一〜一一三頁、一二二〜一二四頁、クリステイナ・エツシャールヴァインガルト 村上淳一「『宴のあと』事件と『メフィスト』事件——ドイツから見た日本の裁判」(上) (中) (下)『UP』一九九四年六月八月号、海老原明夫「ドイツ法学継受史余滴・紛争解決と訴権論」〔その一〜三〕『ジュリスト』九五八号（一九九〇年）一〇〜一一頁、九六〇号（同年）一二〜一三頁、九六一号（同年）一〇〜一一頁、同「ドイツ法学継受史余滴・法の継受と法学の継受」〔その一〜三〕『ジュリスト』九九五号（一九九二年）一〇〜一一頁、九九七号（同年）八〜九頁、九九九号（同年）八〜九頁。海老原氏は、私的な主体の主張しうる前国家的権利（主観的権利）の観念がわが国には希薄であって、そのことがドイツの学説を継受する過程で彼の地における議論の核心を理解しえない結果となったことを示している。Guntram Rahn, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan* (C.H. Beck, 1990) は、明治以来の民法解釈論の展開を一九八〇年代の平井・星野論争の直前まで詳細に跡づけつつ、利益考量（較量）論（第三の波学派の

議論にも言及している)や民事裁判実務に、わが国の伝統的法観念、裁判観念が反映し、百年を経て、その反映過程が貫徹しつつあるという理解を提示している。その上で、平井宜雄氏による利益考量(較量)論批判にも触れ、振り子の揺り戻しの始まりとして位置づけている。Ibid. S. 426. 同書の書評として和仁陽『国家学芸雑誌』一〇八巻一・二号二五五〜二五七頁があり、「……著者の二十年來の研鑽を大成し、ドイツにおける日本法研究のレヴェルを一举に高めた作品」と高く評価する。広渡「日本社会の法化」前掲一六七〜一七一頁は、ラーンの研究と平井宜雄氏による戦後民法解釈論批判に触れながら、日本の法解釈方法論(民法学に限定しているが)の特徴が、ミクロ正當化を尊重する法テキスト準拠的なものではなく、当該事件の具体的妥当性と社会の実情を重視した社会規範準拠的なし事実準拠的である点(なお、わが国の裁判実務において規範と事実が一体的にとらえられている点について村上「包摂技術とコミュニケーション」前掲一二二頁註(2)、一二四頁註(4)参照)について、これが「日本社会の法化」という問題とどのように関わるのかは、十分に検討に値すべき事柄であろう」として、問題の所在を指摘している。日本の法解釈論ないし法律論の特質を学説、判決文、行政官、検察官等の議論、弁護士論、助言活動のレベルで、比較法社会的に明らかにする作業は緒にたばかりであるが、本稿でも一端を取り上げた日本における法的コミュニケーションと日常的な他の一般的なコミュニケーションの関係と交錯という研究課題にとつて重要な意味を持つている。関連して、著者と問題関心は多少ずれるが、同様の観点からの先行研究として、樫村志郎「法律相談における協調と対抗」棚瀬孝雄編『紛争処理と合意——法と正義の新たなパラダイムを求めて』(ミネルヴァ書房、一九九六年)二〇九〜二三三頁、同「裁判外紛争処理における弁護士の関与」『法社会学』四九号(一九九七年)五二〜六二頁、同「民事裁判改革と弁護士」『法律時報』六八巻一一号(一九九六年)二七〜三一頁、同「法律相談制度の可能性」『自由と正義』四五巻二号(一九九四年)五〜二一頁参照。

なお平井宜雄氏による八〇年代末になされた利益考量論批判ないし法的議論・論は、日本社会の法化過程の文脈においてとらえることができ。この点はすでに濱野「法化社会における弁護士役割論——民事分野を中心として」前掲『あたらしい世紀への弁護士像』所収において指摘した。

(11) 棚瀬孝雄氏は、近年、近代法の自律性が維持されるミクロのメカニズムについて、その非法律家に対する権力作用と疎外効果を強調する議論を展開している。参照、棚瀬孝雄「語りとしての法援用」(二) (二・完)『民商法雑誌』一一一卷(一九九五年)六七七〜七〇六頁、八六五〜九〇三頁、同「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」『法律時報』六八巻(一九九六年)一号五二〜六一頁、二四七〜五六頁、三三七〜三七六頁、四四五〜六三頁。本稿は、そのような影の側面の随伴は不可避的なものと認めつつ、少なくとも現在のわが国の経済社会においては、法の自律性の維持が機能的に要請されているという観点から、法が分離するための条件を理論的に探らうとしたものである。

(12) “social control”は、法の重要な働きの一つである。ルーマンは「法社会学」において法の機能として「規範的予期の整合的一般化」という概念を提示しているが、本稿において参照した法の実定化とシステムとしての分離の過程に関する叙述の箇所においては、それまで一般的に受け入れられていた発想、すなわち「社会統制」を法の働きとする理解を前提にして議論している。彼の「法社会学」は、その全体を通して、「規範的予期の整合的一般化」という当時としては革新的な法概念をシステム理論(但し Autopoiesis 概念導入以前の)とともに提示したものと

である。後の *Das Recht der Gesellschaft* においてルーマンは、法がシステムとして分離した社会においては、「機能」と「作用 (Leistung)」が区別されると、他の機能的等価物によっても充たされるものは「作用」として位置づけ、法の「作用」として行動制御と紛争解決を挙げている。N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp, 1993) [以下、Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* と略記], S. 156-161.

なお、「social control」概念は多様な用いられ方をすることで知られている。ルーマン自身、『法社会学』において明確に定義していない。ここでは、「社会の一般構成員に、社会の期待に沿って行為するよう、人為的または非人為的な、直接的なまたは間接的な影響力が及ぼされる過程」〔六本佳平『法社会学』前掲一三八頁、註(41)〕という意味に理解すれば十分である。なお、「social control」は通例「社会統制」と訳されているが、しばしば「統制」では不適切な文脈があり、「制御」の訳語の方が適切な場合も多い。そこで以下では、文脈に応じて、「統制」と「制御」を適宜使いわけることにする。

(13) Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 1, S. 72ff, 162ff, Band 2, S. 57ff.

(14) ルーマン『法社会学』三二一頁(ルーマンは「きわめて広範で徹底的な変化 (die sehr allgemeinen und durchgehenden Veränderungen)」とする。N. Luhmann, *Rechtsoziologie*, 3. Auflage (Rowohlt, 1987), S. 284.

ルーマンは『法社会学』においては、後に修正したとされる「システムと環境との間の複雑性のギャップが進化を促すという進化論の立場をなお採っている。周知のようにこの立場は後に大きく修正される。しかしながら、西欧において近世以来全体社会の分化の主要形態が、分節的・階層的な分化を経て機能的分化へと転換し、それとともに、機能特定の諸々の社会システムが分離する (ausdifferenzieren) という基本命題は、その後も一貫して維持されている。

西欧におけるこのような機能的分化への転換としてルーマンが理論的に図式化した社会的変容過程については、そのような「ありそうもないこと」が他ならぬ西欧にどのような事情でもたらされたのが当然問題になる。この問題は、いまでもなくヴェーバーにおいて西洋近代の合理主義の淵源という課題としてその研究の中心におかれたものと重なりあう。

また、最近の歴史学研究が明らかにしている、近世、とりわけ一七世紀に決定的になった西欧社会の一般的危機とそれへの対応としての「社会的紀律化 (Sozialdisziplinierung)」(G. エストライヒ) というこの時期の根本的な社会変動の側面とも重なり合っているであろう。「社会的紀律化」については、千葉徳夫「近世における社会的紀律化とポリツァイ」ゲルハルト・エストライヒ著、坂口修平・千葉徳夫・山内進訳『近代国家の覚醒——新ストア主義・身分制・ポリツァイ』(創文社、一九九三年) 一四六〜一五四頁、村上淳「『仮想の近代』(東京大学出版会、一九九二年) 三八〜三九頁、ゲルハルト・シュツク著、和仁陽訳「一九〇〇年前後の歴史諸学問における近代的社会化の理論——モデルネの危機の文脈における社会的紀律化観念の形成によせて」『法制史研究』四六号(一九九七年) 一〇六〜一二六頁を参照。一七世紀のイギリス社会における社会的規律化については、ピューリタニズムを、全般的貧困化という経済危機からの脱却という物質的条件との深い関わりという視点から実証的に研究した文献として、常行敏夫『市民革命前夜のイギリス社会——ピューリタニズムの社会経済史』(岩波書店、一九九〇年) 参照。今関恒夫『ピューリタニズムと近代市民社会——リチャード・バクスター研究』(みすず書房、一九八八年) などとともに、こうした実

証的な歴史研究は、ヴェーバーによる西欧近代合理主義の淵源に関する所説を吟味する上で参照すべき業績である。なお、ヴェーバーが追求した西欧におけるあらゆる分野における形式的合理性の貫徹という特徴的現象を、「規律」の普遍化及び進化としてとらえた論考として、シュテファン・プロイアー著、諸田實・吉田隆訳『規律の進化——マックス・ヴェーバーの前合理主義世界論における合理性と支配の関係』（未來社、一九八六年）を参照。

ところで、一六世紀後半から一七世紀にかけての西欧におけるこのような根本的社会変動過程に端を発して、普遍的で抽象的な原理や準則を演繹的に適用する「原則理性」（シュピナー——後述）が優越していったのであるが、その過程の背後にあって、二〇世紀後半に至るまでその陰に隠れがちであったが、もう一つの理性の形態として生きていたというべき「機会理性」の価値について正當に評価する必要がある、そのことは、西洋近代法の特徴をどのようなものとして理解するかに関わってくる。参照、村上『仮想の近代』前掲におけるG・エストライヒ他（三八〜三九頁）やS・トゥールミン、H・F・シュピナー（一四三〜一七五頁）の所説の紹介（「原則理性」と「機会理性」については一五八〜一六三頁）、千葉徳夫『近世における社会的紀律化とポリツァイ』前掲、佐藤俊樹『近代・組織・資本主義——日本と西欧における近代の地平』（ミネルヴァ書房、一九九三年）特に一四七頁を参照。

なお、原則理性に対比される機会理性について、ルーマンの理論体系は、その問題意識に制約されて十分な評価を与えていないように思われる。しかしながら、今日、ヴェーバーのいう形式的合理性あるいはシュピナーのいう原則理性の全面的浸透という状況のもとで、それに対抗する要素としての機会理性の全体社会的意義を追求する必要があると思われる。この点については、例えば、S・トゥールミンの所説が参考になる。参照、村上『仮想の近代』前掲一四三〜一七五頁「S・トゥールミンによる、「合理主義的近代」を「ルネッサンス」人文主義的近代」によって補完せよとする所説を紹介」、Albert R. Jonsen and Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning* (University of California Press, 1988) 「西洋の道徳論において、一六世紀から一七世紀前半に、個別的具体的な決疑論が全盛期を迎えたにもかかわらず、一七世紀半ば以降衰退し（パスカルによる攻撃に焦点をあてている）、普遍主義的な原理、準則に基づく議論にとつかわられた事情を分析し、現在のアメリカにおいて原理論的議論がしばしば解決困難な手詰まりに直面している事態に対して、決疑論の復活を力説し、この決疑論が英米法におけるケース・ローに継承、維持されている点を評価している」。A・クロンマンによる「法と経済学」及び「批判的法学」に対する厳しい批判ならびにケース・メソッドと人文主義教育の重要性の指摘や英米法の伝統であるケース・ロー及び practical wisdom の保持者としての法律家の再評価も、機会理性の復権をめざすものとして理解できる。参照、Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Fading Ideals of the Legal Profession* (Harvard University Press, 1993) 及び、濱野による書評として『アメリカ法』一九九五—一九九六二〇頁。

(15) 「法化」には、アメリカで顕著に見られるような裁判を通じての権利及び法的正義追求の拡大傾向という側面もあり、馬場健一氏が強調するように、わが国においては、ドイツ的な法化概念とならんで、あるいはそれ以上にこうした側面が重要である。馬場健一「法化と自律領域」 棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』（法律文化社、一九九四年）七三〜九七頁。本稿がとりあげる法システムの分離としての「法化」は、アメリカ合衆国においては歴史的に前提とされているものであるが、わが国の現状においても、仮に法システムの分離が進行、維持されれば、裁判に

よる権利実現の拡大を結果しうるが、法システムの分離度が低くても、わが国において裁判による「権利」の「実現」は拡大しうる。そのこと自体歓迎すべきでありまた「法化」として理解することは可能であるが、それにとどまらず、わが国における裁判による権利の実現の拡大現象についても、単にその頻度を議論するのではなく、そこに展開されている法的コミュニケーションとそれに隣接するコミュニケーションのあり方を問題にする必要があると考える。これまで六本氏、田中成明氏によつてとりあげられてきた日本社会の「法化」論の中核にある問題意識は、西洋近代法の原理の日本における定着可能性であり（この点について広渡「日本社会の法化」前掲一五一頁参照）、本稿もそのような関心を共有しつつ、ルーマンの議論を参照して理論的な手掛かりを得ようとするものである。

(16) ルーマンは、『法社会学』においては「法の分離（機能特定化）」と一般化との間の補完関係の局面に焦点をあてているが、その後、西欧においては、法が厳格に二分法的コード化（権利の存否、違法か適法かといった二値論理型のコミュニケーション）したという側面に焦点をあてて議論している。ルーマン自身によるそのような位置づけについては、Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 72, Anm. 61. 参照。

(17) ルーマンの役割理論は、ネーデルの議論に依拠しているところが大きい。S・F・ネーデル著、斎藤吉雄訳『社会構造の理論——役割理論の展開』（恒星社厚生閣、一九七八年）、特に九五頁以下（「役割体系の緊密性」）を参照。

(18) ルーマンによれば、役割行動は、①他者の役割への感情移入（Einfühlung）、②視座の交換、及び、③相補的な行動予期の安定化をもたらすか、あるいは、意思の疎通の欠如のために中断させられることになる。また、継続的な相互行為の前提条件は、役割の引き受け（Rollenübernahme）*rolle*。Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Auflage, (Luchterhand, 1978) [以下、Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* と略記], S. 85-86.

(19) ルーマン『法社会学』三二〇頁。

(20) 同所。

(21) Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 157-158.

(22) ルーマン『法社会学』三二〇頁。Kommunikationという用語の翻訳に関して、ルーマン『法社会学』の村上・六本訳三二〇頁は、「伝達」の語をあてているが、本稿ではわが国における通常の用語にしたがった。村上氏は後の論文ではルーマンの用いるKommunikationを「コミュニケーション」と訳している。村上淳「ドイツ現代法の基層」（東京大学出版会、一九九〇年）四三頁以下、八二頁等参照（但し、ハーバースの用いるKommunikationに対しては「言語交流」という訳語をあて区別をきわだたせている）。

なお、ルーマンは『法社会学』においては、「象徴的に一般化されたコミュニケーション・メディア」の一つとしての「法」という当時のルーマンの基本的観念を基礎にしていることは明らかであるが、「コミュニケーション」概念を直接的にはほとんど援用していない。前後に刊行された『信頼』（原著初版一九六八年刊、邦訳として野崎和義「土方透訳『信頼——社会の複雑性とその縮減』」未来社、一九八八年）、原著第二版一九七三年刊、邦訳として大庭健「正村俊之訳『信頼——社会的な複雑性の縮減メカニズム』」勁草書房、一九九〇年）、『権力』（原著一九七五年刊、邦訳として長岡克行訳『権力』「勁草書房、一九八六年」）では、一般化されたコミュニケーション・メディアという概念について多くの頁がさかれ、さらに、八〇年代前半以降、Autopoiesis概念の導入を経て、社会システムをコミュニケーション・システムとしてとら

える発想を全面的に展開する。参照、ルーマン著、佐藤勉監訳『社会システム理論』(上)(恒星社厚生閣、一九九三年)二一四～二七八頁。

(23) ルーマン『法社会学』三二〇～三二二頁、N. Luhmann, "Zur Funktion der subjektiven Rechte", in Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Suhrkamp, 1981) [以下同書は'Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* と略記する], S. 367.

(24) 「相對峙する他者の役割」とは、例えば医者と患者、教師と学生といった役割のセットを指している。

(25) ルーマン『法社会学』三二〇頁。

(26) Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 158.

(27) ルーマン『法社会学』三二二頁。

(28) 同書三二〇頁。

(29) 同書一五六頁、三二〇頁。

(30) 近代における、日常の相互行為に内在する制御に多く依存する現象については、ルーマンは『法社会学』においては多く述べていない。この問題は、全体社会と相互行為の関係、及び、相互行為と全体社会的なコミュニケーションとの関係という理論的に重要な論点に関連しているが、日本の社会における分化のあり方と法の形態を明らかにする作業にとって手がかりを与えてくれるように思われる。

(31) ルーマンは、日本や中国、韓国について、西欧の文化的伝統とは対蹠的な法文化であるとし、すでに『法社会学』において言及している(三七〇頁)。そして、最近の *Das Recht der Gesellschaft* においては、次のように述べている。西欧近代のシステムとして分離した法においては、相対立する当事者の直接的な(加工されていない生の)規範投射(規範的主張)の対立が、(日本でしばしば試みられるように)「調整」されるのではなく、メタレベルの(セカンド・オーダーの)観察(認識)という次元(eine Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung)に当事者が位置づけられ、そこで実定法準則という条件プログラムに基づいて、権利の有無ないし適法・違法という二分法的な決定がなされる(法的決定)。ルーマンは、このような二分法的コード化による規範の対立の処理の仕方は、「蓋然性に逆らっている(gegen die Wahrscheinlichkeit)」とし、ヨーロッパの伝統という特殊な条件に由来するものであるとしている。Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 168.

しかしながら、ルーマンによれば、このような性格の法的決定こそが、二分法的にコード化されたシステムという形式を法に与え、それによって初めて、法が法によってのみ確定され(法の自己塑成(自己産出)性)、したがって、法が他から切り離されて自由に用いられるようになったのである。Ibid.

ルーマンは、日本について(中国、韓国をもあげている)、既存の文献的研究に基づき、このような二分法的コード化による規範投射の対立の処理を避ける傾向の存在を指摘し、そこでは、対立する規範投射において自制が奨励され、法に権利への固執が否定的に評価されること、政治的な調整が選好され、全体社会の統一性(die Einheit der Gesellschaft)が、差異や対立(Differenz)とことばはなく、調和(Harmonie)として表現されているとする。ルーマンの診断は、そのような社会では、法は、「言ってきかせてもわからない(unbelehrbar)」例外的事件に対する技術的な、その場しのぎの解決策(eine technische Notlösung)であって、固有の機能を果たすシステムとして分離していないというものである。Ibid., S. 167. このようなルーマンの所説をふまえて、日本における法の歴史を概観したものととして、村上淳一『法』の歴史』

(東京大学出版会、一九九七年) 参照。本稿で、*zwewertige Codierung* を「二分法的コード化」、*Beobachtung zweiter Ordnung* を「セカンド・オーダーの観察」と訳すのは村上訳による。Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 167 の理解にあたっては、同書、とりわけ一〇〇〜一二頁、及び村上「包摂技術とコミュニケーション」前掲一一〜一六頁が参考になったが、なお理解困難な部分が多く、今後の検討課題としたい。

(32) 西欧では、すでに前近代において、「法は、裁判所に対する訴提起を通して承認されるべきもろもろの規範的行動予期の複合体」となっていて「違背処理は裁判所に訴える道へと定常化され」ており、「予期の予期の構造のなかに、裁判官の予期に対する予期は最終的な決定要素としてとり入れ」られていた。ルーマン『法社会学』一九一頁。

(33) 手続において関係者が日常の相互行為の諸役割から切り離されることの社会学的意義については、ルーマン『法社会学』一五八頁、ルーマン著、今井訳『手続を通しての正統化』前掲一〜一七六頁参照。

(34) ルーマン『法社会学』一九八頁。

(35) 同書三二一頁。

(36) 同書三二〇〜三二一頁。なお、ルーマンによる法のこのような理解は、再帰性(反射性)の概念がその基礎にある。

(37) 同書一五六頁。

(38) 同書一五五頁。

(39) 逆に、機能的分化の亢進がもたらす諸問題を免れ、あるいはそれを処理する点で優れている可能性もある。

(40) 経済システムの分離とその固有法則性の貫徹については、ニクラス・ルーマン著、春日淳一訳『社会の経済』(文真堂、一九九一年)を参照。

(41) Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 50-51, ルーマン『法社会学』一七一〜一七三頁。N. Luhmann, "Zur Funktion der subjektiven Rechte", in Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 362-364 (ius et right et Recht et 義務に対するものという意味をもっていなかったとする [S. 364])。Reziprozität の訳語としては、互恵性、互酬性、相互性等があるが、本稿においては、文脈に応じて適宜選んで用いている。

(42) 以下法の分離にともなう法観念の変容については、ルーマン『法社会学』二〇四〜二〇六頁、三二一頁。N. Luhmann, "Zur Funktion der subjektiven Rechte", in Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 364-5, Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 48-68 による。

(43) ルーマン『法社会学』三二一頁。国家の強制装置による準則の貫徹を前提とした、予防法学の発展は、このような、個々の具体的相互行為に内在する調整的正義が放棄されるという、根本的な社会転換Ⅱ法システムの分離と社会構造の変化を前提としているのである。弁護士に対する予防法的業務の需要の増大も、このように根本的に構造が変化した社会領域の拡大によって初めてもたらされるものであることに注意しなければならない。

- (44) Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 69, 72, 六本佳平「ルーマンとセルズニックの法理論における権利の位置——権利概念についての覚書」日本法社会学会編『権利の動態I』(有斐閣、一九八六年)一四二〜一四三頁。
- (45) 権利と義務が対応している関係(グールドナーのいわゆる補完的な関係)は、義務者の権利者に対する一方的な履行関係が存在するだけであり、それとバランスをとる逆方向の履行関係は念頭に置かれていない(概念的に切り離されている)という意味で非対称的である。実定法による「非対称的な(asymmetrisch)」関係の形成は、互恵性原理における対称的関係に対比されるものである。参照、ルーマン『法社会学』三三七頁。Luhmann, "Zur Funktion der >>Subjektiven Rechte<<," *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 362, Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 101-102, 六本佳平「ルーマンとセルズニックの法理論における権利の位置について」前掲一四一〜一四三頁、村上『現代法の透視図』前掲一七四頁。
- (46) Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 69.
- (47) Ibid., S. 73. 村上淳一『権利のための闘争』を讀む(岩波書店、一九八三年)二七九〜二八〇頁。
- (48) 六本「ルーマンとセルズニックの法理論における権利の位置——権利概念についての覚書」前掲一四二頁、Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 73.
- (49) N. Luhmann, "Zur Funktion der >>subjektiven Rechte<<," in Luhmann *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 362-366, Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 48-80, 六本「ルーマンとセルズニックの法理論における権利の位置——権利概念についての覚書」前掲一四一〜一四三頁、村上『現代法の透視図』前掲一三三〜一六一頁参照。
- 西欧における「法」の国家実定法への作りかえの過程においても、家長たちの伝統的な互恵的秩序は、一九世紀中葉ないし後半に至るまで残存し、近代法における「権利」の行使と「法」のあり方を倫理的に基礎づけていた(法の領分ではなく、倫理の領分と位置づけられた点が重要である)とされている。参照、村上淳一『現代法の透視図』(東京大学出版会、一九九六年)一六三〜一九二頁、特に一七一〜一七七頁、村上『権利のための闘争』を讀む(岩波書店、一九八三年)、村上『 \wedge 法 \vee の歴史』前掲、特に一五〇〜一五一頁、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会、一九七九年)「イエーリングの法学方法論の一貫性と変容(前期から後期へ)」を通して、伝統的な実質的秩序と仮想秩序としての近代法秩序の関係を描きだしている。
- 村上氏は西欧の近代法を、上記のような意味での旧ヨーロッパの実質的な秩序と拮抗するが、その実質性を反映するものとして構想された「近代の表層としての仮想現実」であったとし、旧来の実質的秩序の一九世紀末以来の解体が近代法秩序に対してつきつける問題と、その解決過程で西欧で構想されつつあるポストモダンの法秩序について紹介している。同書や村上淳一『ドイツ現代法の基層』(東京大学出版会、一九九二年)六七〜一〇四頁、「現代法分析の視角」、村上『 \wedge 法 \vee の歴史』前掲一六三〜一八八頁。村上氏は、日本の社会秩序の現状と将来に関して、近代法の仮想現実と、それと構成原理を異にする新たな仮想現実(ポストモダンの法秩序)の双方を、日本の現実に対する批判的吟味を加えた上で自らの力で構築しなければならないという「二重の課題」を負っているとしている。村上『現代法の透視図』前掲一八〇頁、村上『 \wedge 法 \vee の歴史』前掲一八七〜一八八頁。本稿も、同様の判断のうえにたつて、必要条件としての法化について焦点を絞って論じたものである。

なお、アメリカにおいても、かつては「権利」行使とその社会的責任との結びつき、及びそれをなされるコミュニティが実在していた点を強調する議論があり、近代法の基礎にあってそれを支えていた実質的秩序の解体がもたらす問題の大きさが現在関心を集めている様子がうかがえる。参照 Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (Free Press, 1991)。

(50) Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* Band 1, S. 167, 147. また、石井紫郎『日本人の国家生活』前掲二四一〜二四二頁は、近世日本における義理規範の体系について、西欧の社交の世界における互恵的関係の存在を踏まえ、わが国の幕藩体制における社会の等質性という自己認識とそれに基づく法の世界と社交の世界との区別の不明瞭を背景要因としてあげ、西欧と対比して論じている。ルーマンは、石井氏及び六本氏の英文論文を引用して、「義理」について、それは、予期のコミュニケーションの回避を通じて、「ヨーロッパで発達した社会秩序に典型的に見られる、社会的再帰性と明示的に規範的な予期様式との分化 (die Differenzierung von sozialer Reflexivität und explizit normativem Erwartungsstil) ないし、社交と法との分化 (die Differenzierung von Geselligkeit und Recht) を回避しているのだから」とし、このような秩序のあり方は、「現代の諸条件のもとでは、伝達される予期と伝達されない予期の著しい乖離 (eine erheblichen Divergenz von kommunizierten und nichtkommunizierten Erwartungen) ならびに、潜在的な社会的緊張をもたらす」と考えざるをえない」と診断している。ルーマン著、春日訳『社会の経済』前掲三〇〇頁（一部訳を変えさせていただいた。原著 N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* [Suhrkamp, 1989], S. 295)。ルーマンのこのような分析は、一九九一年に発覚した証券会社による損失補填事件や一九九七年に摘発されたいわゆる総会屋に対する銀行による不正融資事件と証券会社による利益供与事件等、いわゆるバブル経済崩壊後に噴出してはいる様々な経済社会における「不祥事」を法社会的に理解する上で、重要な示唆を与えている。なお、ルーマンの「義理」に関する指摘については、正村俊之『秘密と恥——日本社会のコミュニケーション構造』(勁草書房、一九九五年) 一一〇頁以下に興味深い分析がある。

(51) N. ルーマン著、土方昭監修『システム理論のパラダイム転換——N. ルーマン講演集』(御茶の水書房、一九八三年) 六五〜六六頁、Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Band 2, S. 140-150. 特に S. 150. のような変化の背景としてルーマンは、「一七世紀における「宗教的、政治的な市民戦争」とそれによる社会的対立の激化を指摘している。同書六五頁。これは前出二・一註(14)ですすでに触れたこの時期の西欧における社会的紀律化の進行や禁欲的プロテスタントイズムの浸透、及び近代合理思想の誕生と深い関わりを持っている。

(52) Niklas Luhmann, "Konflikt und Recht," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 104-105, Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (Suhrkamp, 1985), S. 456. N. ルーマン著、佐藤勉監訳『社会システム論』[下] (恒星社厚生閣、一九九五年) 六一七頁、ルーマン『システム理論のパラダイム転換——N. ルーマン講演集』前掲六五〜六七頁。
(53) 同書六六〜六七頁。

2 法的コミュニケーションの分離と法律家の役割

(1) 西欧において近代に至るまでの歴史過程において実現した法の分離は、日常的な相互行為の場における互恵的な安定的秩序に埋め込まれていた法が、立法、司法、行政の諸手続や、法律専門家の関与する予防法的活動や手続内外における紛争処理過程において、自立的に形成され発展する可能性を与えられたことを意味する。

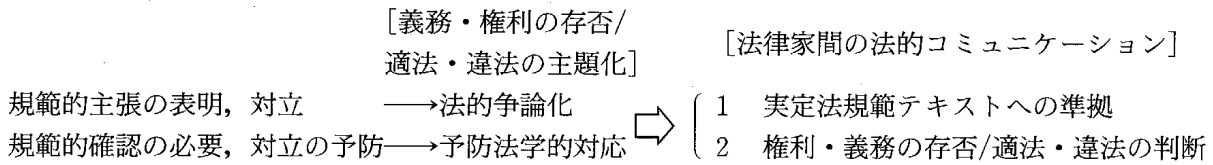
このような「法⁽¹⁾権利の作りかえ」を、コミュニケーションの形態に即してみるならば、日常生活のコミュニケーションから特別の法的なコミュニケーションが分離することによる、規範的コミュニケーションの変容としてとらえることができる。⁽²⁾

すなわち、日常言語による規範的主張としての「法⁽¹⁾権利」は、法の分離とともに、次のように変容する。まず、日常言語による規範的主張は、法律専門家によって加工された規範的主張を発動させ、さらには法律専門家間の法的コミュニケーションを開始させる起点となる。そして、法の分離が徹底するならば、法的コミュニケーションは、日常言語による規範的主張とは区別された独立の自立的な存在として、精緻化し、複雑化していく。そのような法的コミュニケーションにおいては、制定法の条文、判例上の準則といった規範テキストが援用され、その解釈が専門家間の評価にさらされつつ、最終的には裁判所手続において、法的争点に関して、全体社会に妥当する判断としての権利の存否ないし適法か違法かの決定が行われる。法的コミュニケーションはこうして、それ独自の領域を他のコミュニケーションと区別する形で発展させていく。⁽³⁾

このように、法が分離すると、法援用ないし権利主張は、非法律専門家と法律専門家との間の相互行為ないしコミュニケーション、及び、法律専門家間の相互行為ないしコミュニケーションという二つの異なった局面にわかれる。本稿ではこの双方を広義の法的コミュニケーションと呼ぶことにする。⁽⁴⁾

二つの局面の境界面を規定する条件に特に注意して、広義の法的コミュニケーションの展開過程を図式化すると

[図1] 法的コミュニケーションの展開過程



上のようなになる（「図1」）。

出発点は、規範的な主張である。これは、すでに発生した行為や事柄が正しいことの主張、あるいは、ある予期が違背に際しても固持されるべき予期⁽⁵⁾である旨の主張である。または、予防的に、将来発生するであろう行為や事柄について、正しいのか否か、また何が正しいのかについて、事前に確認し、あるいは議論が必要である場合も、法的コミュニケーションが開始される契機となりうる（規範的確認と呼ぶことにする）。規範的主張や規範的確認には、何が違法なのか、権利侵害なのかという主張、確認が含まれる。

規範的主張においては、それに対立する規範的主張の存在ないしその予想に遭遇することによって、規範性を確認する必要があることになる。規範的主張の対立は、双方ないし一方の譲歩等の調整によって解消ないし抑圧されうるが、分離した法のもとでは、法的準則その他の法的決定基準に照らして、当該主張が適法か違法か、または権利・義務の存否の問題として主題化する道が開かれている。

このように、規範的主張の対立を、その具体的な社会的文脈から切り離して、一般化された権利・義務の存否ないし適法・違法の問題として処理する過程を法的争論化と呼び、規範的確認のために、一般化された権利・義務の存否ないし適法・違法の問題として予防的に対応する過程を予防法学的対応と呼ぶとすれば⁽⁶⁾、当事者による法的争論化及び予防法学的対応によって、法律専門家間の法的コミュニケーションが開始される可能性が生れる。そこには、後に述べるように、法律専門家間の直接的な相互行為に伴うコミュニケーションの類型と、法解釈学説上の応酬や判

例における法律論への参照といった、より一般化された間接的なコミュニケーションの類型とがある。本稿では、双方の類型を含めた法律専門家間の特別の法的なコミュニケーションを、狭義の法的コミュニケーションと呼ぶことにする。

狭義の法的コミュニケーションに特有の性質については、多くの論者によって議論されているが、ルーマンは、第一に、規範的テキストへの準拠性⁽⁸⁾、第二に、権利・義務の存否ないし適法か違法かの二者択一的(二分法的)判断への最終的収斂⁽⁹⁾を重視すべき要素としてあげている。ここでの議論にとっては第一の特色が重要である。⁽¹⁰⁾

すなわち、狭義の法的コミュニケーションは、条文、判例、学説、契約書の文言といった実定的な法規範的テキストに準拠して行われ、かつ法律家による特有の制御に服するという特徴を持つ。非法律専門家同士や、非法律専門家と法律専門家の間でも、実定法規範に関係づけたコミュニケーションは行われるが、法律専門家間の法的コミュニケーションは、それだけでなく、特別の評価基準に服している点に他のコミュニケーションと区別される独自性がある。⁽¹¹⁾

そこでは、共同して判断する他者からなる一つの共同社会(準拠集団)としての法律専門家集団が想定され、法律専門家のテキスト解釈やテキスト作成の質は、共に判断するメンバーとしての他の法律専門家によって受け入れられるか否かにかかっている。⁽¹²⁾

法律専門家は、様々な役割(弁護士、裁判官、検察官その他)に分化し、所属組織も多様である。これらの違いを架橋するのが、「法律家が法律家のために作り出すテキストに対する共同的志向」なのである。これにより、「利害関心の違いがあるにもかかわらず、相互行為が容易になり、意思の疎通可能性、少なくとも関連性の有無に関する準則の獲得が可能になるのである」。⁽¹³⁾

(2) このような法律専門家間のコミュニケーションは、すでに述べたように、それを通じて法それ自体を制御し

ている。社会制御をはたす特別の機能として一般的な相互行為から分離した法は、それ自体が制御の対象となると
 いう反射的構造を獲得するのである。⁽¹⁴⁾

ところで、法律家間のコミュニケーションを通じた法の制御は、直接的な相互行為によるものと、それを一般化
 した間接的な形態に区別される。

まず、法律家間の相互行為には、相互行為一般に共通するところの相互行為内在的な制御メカニズム（たとえば
 弁護士と裁判官という一組の役割セットに内在するメカニズム）が作用するとともに、⁽¹⁵⁾直接的な「対話（Dialog）」によ
 る意味了解的（hermeneutisch）な制御」という他に見られない独特の制御の形式が発達している。⁽¹⁶⁾法律家間の意
 味了解的対話においては、実定法規範テキストの「意味の解釈と論証」がもたらす「説得力」によって制御がなさ
 れる。法的判断のもたらす結果を「健全な法感情と短絡的に比較するやり方」は排除される。⁽¹⁷⁾手続においては、
 「個々の段階と個々の論証について」個別的に吟味されたものの積み重ねから決定が導きだされる。⁽¹⁸⁾

このような「対話」という相互的制御はその相互行為システムの内部においてのみ成立する。「そこでは、同等
 の専門知識と同等の技術が、異なる種類の、機能的に分化したいくつかの役割において発揮されるという状況が生
 まれる。弁護士たちは当事者の代理人としての役割において相互に制御しあい、またそれぞれ裁判官を制御する。
 裁判官は裁判官で、弁護士の陳述を批判的にフォローすることができる。こうした関係の網の目は自己規律作用を
 営むものであり、可能な逆襲や反論の先取りによつてすでに、⁽¹⁹⁾的外れの議論が締め出されるのである」。

このような直接的な相互行為としての「対話」を補完するものとして、それをさらに一般化した制御形式がある
 （法律専門職業的制御 [professionelle Kontrolle]⁽²⁰⁾）。

具体的には、文献の上での通説の形成とそれをめぐる法律専門家同僚間の論争連関であつて、法律問題に関し
 て、様々な意見が法律家達によつて一般的な形で表明され、許容される行動の限界が明らかにされる。このような

法律家集団の一般的な見解が、直接的な「対話」に類似した制御を行う。⁽²¹⁾

法に対するこれらの制御は、専門職業集団の準拠集団としての一体性の程度、各メンバーの専門職業志向性、及び、準拠集団によるサンクシヨンの現実的効力に左右される。⁽²²⁾ 一般にリーガル・プロフェッション論で指摘されているところによれば、メンバーの専門職業としての忠誠、思考様式や態度の類似性、その他法律専門職業としての結合度、教育や資格付与制度の統一性、数、業務環境や依頼者層に由来する分化の程度、裁判官・弁護士・検察官等の間の文化の差異が関係する要因といえよう。

以上のような法律専門家間の直接、間接の法的コミュニケーションを中核とし、それをとりまいて、法以外のコミュニケーションと境を接するところの、非法律家による法外権利に依拠したコミュニケーションの双方を含めた、広義の法的コミュニケーションが分離し、その総体が一つのシステムを形成しているというのがルーマンの認識であろう。⁽²³⁾ ルーマンによれば、このような法的コミュニケーションが、変化に即して十分複雑化しつつ、様々な事象をカバーし続けることが、法がシステムとして分離し続けるための必要条件なのである。⁽²⁴⁾

(1) 法をコミュニケーションないしディスコースの側面から理解し分析する方法は、最近では、システム論以外の多様な潮流が合流し、従来の方法論との間で議論をまきおこしつつ、有力な法社会学方法論の一つとして支持されている。学説の状況の概観として、David Nelken, "Law as Communication: Constituting the Field," and "Can there be a Sociology of Legal Meaning?" in Nelken (ed.), *Law as Communication* (Dartmouth, 1996) pp. 3-23, 107-128, 和田仁孝『法社会学の解体と再生』(弘文堂、一九九六年)参照。法をめぐるコミュニケーションについて、エスノメソドロジーを自覚的に援用した、わが国における先駆的な業績として、櫻村志郎『「もめぐと」の法社会学』(弘文堂、一九九七年)「初版：一九八九年」があり、法現象を対象としたエスノメソドロジーに依拠する方法について、その手法と意義が判りやすくまとめられている。

(2) 村上『八法』の歴史』前掲一〇七頁(ローマ市民法は、直接的な利益主張から距離をとった第二段の認識によってもたらされたものであり、これを受け継いだ西洋の法と法学はますます明確に第二段の空間で展開されることになるのである)として、現実から距離をおいた「論証的言説」として法的コミュニケーションが展開する西欧の特徴を述べている(及び二二八頁参照)。また、近代法のもとで、規範的コミュニケーションが日常言語性を失う点について、Boaventura de Sousa Santos, "Law and Community: The State Monopoly of the Production of

Legality," in Richard L. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Vol. 1 (Academic Press, 1982), pp. 251ff. 参照。

(3) こうした事態が西洋近代法の自律性として表現されてきたものの一側面であるが、それは、完全な自律性、独立性を獲得することは現実にはありえず、法は他の領域の諸変数によって強く規定されているという社会学的事実を覆い隠すという面では、法的自律性の所説のイデオロギー性は否定できない。しかしながら、自律性には程度の差があることを前提として、日常の相互行為から切り離されてきたという歴史的成果の側面と、他の機能領域からの相対的独立性(イデオロギーのはたす機能を含めて)を表現していると理解するならば、西洋近代法の社会学的分析として広く受け入れられているところである。但しルーマンの法理論における法の「自律性」、「閉鎖性」、「自己塑性」の概念については、その理論的整合性を追求する余り、一面的な傾向が強く、さらに慎重に吟味する必要がある。例えば、Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Suhrkamp, 1989) S. 36-60 [トイブナー著、土方透・野崎和義訳「オートポイエーシス・システムとしての法」(未来社、一九九四年)四八〇〜八一頁]における法の自律性の段階論的理解や、Roger Cotterell, *Law's Community* (Oxford University Press, 1995), pp. 91-110 における、法に対する外部からの影響を過度に限定的に設定しているオートポイエーシス論に対する批判を参照。本稿は、法と法的コミュニケーションの分離に限定して、主として前期のルーマンの理論を参照している。システムとしての閉鎖性、自己塑性の側面を強調するに至ったパラダイム転換以後のルーマンの理論については、関連する限りで最小限度触れるにとどめる。

(4) ルーマンは、法的コミュニケーションに関して、本文で述べたような、非法律家と法律家の間のコミュニケーションと、法律家間のコミュニケーションという二つの局面については、Luhmann, "Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen," in *Ausdifferenzierung des Rechts* S. 53-72 で両局面の区別を前提として議論を展開しているが、『法社会学』においては、特別の関心を払っていないようである。

なお、ルーマンの法システムに関する分析は、特にドイツに限定しているわけではなく、西欧法一般論として表現されているように見えるが、ドイツの法と法実務を強く反映している部分があることは当然である。法的なコミュニケーションについてのルーマンの理解も、ドイツにおける法学方法論や法実務に由来する偏りがあるように思われる。英米における議論とあわせて、さらに検討する必要がある。

(5) 規範的予期を、違背に際しても固持されるべき行動予期とする理解については、ルーマン『法社会学』四七〇〜六三三頁、Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 133-134 参照。

(6) 訴訟判決を中核とする法的紛争処理が、生の規範的主張を法的争点に関する法律上の争論に変容させたメタ・コンフリクトの処理であることについて、六本『法社会学』前掲一〇七頁参照。

(7) 法的コミュニケーションの独特の性格とその意義については、主として法哲学において議論され、膨大な研究の蓄積がある。基本的な邦語文献として、田中成明『法的思考とはどのようなものか』(有斐閣、一九八九年)、同『法理学講義』(有斐閣、一九九四年)三〇〇〜四二二頁を参照。

(8) 法的コミュニケーションの規範テキスト準拠性については、Luhmann, "Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 175-176, Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 338-406 を参照。

(9) 法的コミュニケーションにおける権利・義務ないし適法・違法という二分法的図式への依存性については、Luhmann, *Rechtssystem und*

Rechtsdogmatik (Kohlhammer, 1974) 「ルーマン著 土方透訳『法システムと法解釈学』(日本評論社、一九八八年)」, Luhmann, "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 384-388, Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 60ff. 等を参照。二分法的図式はルーマンの社会システム論においては「一般的に、重要な位置づけが与えられている。この点については」Luhmann, *Soziale Systeme* (Suhrkamp, 1985), S. 123, 311-317, 598-599 「ルーマン著 佐藤勉監訳『社会システム理論』前掲一七八頁、三六二〜三七二頁、八〇三〜八〇五頁」参照。

ルーマンの *Recht/Unrecht* の概念を本稿では、権利・義務ないし適法・違法という二分法的図式として理解したが、この概念については、ルーマン自身の叙述に不明確な点が残っているように思われる。なお、関連して村上淳一氏は、ルーマンにおける *Recht/Unrecht* の二分法「法・不法」という訳語をあてている」と、妥当/非妥当の二分法との関係について、「必ずしも明確でない」と指摘する。村上「包摂技術とコミュニケーション」前掲一二六頁註(12)。

(10) なお、西欧の独特の法的コミュニケーションが二分法的図式(適法か違法か、権利があるかないか)によってコード化されているという特殊性については、わが国における西洋近代法受容を規定する西洋法側の条件の一つとして、きわめて重要な位置を占めていることは、川島武宜氏が強調し「例えば『日本人の法意識』(川島武宜著作集)(岩波書店、一九八二年)三三二〜三七五頁」²⁹、また、一般にしばしば指摘されてい

(11) N. Luhmann, "Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 174-175.

(12) *Ibid.*, S. 175-176.

(13) *Ibid.*, S. 189. 様々な利害を代理し、多様な環境において業務を行うにもかかわらず、依頼者からの距離を一定に保ち、専門職業家としての「公共的」な役割遂行を果たせる一つの安全装置が、実定法規範テキストへの共同志向性である。ルーマンは次のように述べている。「法律家が法律家のために作り出す」規範テキストによってもたらされる「相互行為と意思疎通の容易化のたすけを借りることにより、法律家は、依頼者及び活動する所属組織にサービスを提供することができ、同時に、専門職業的接触を濃密にすることで、特有の自己意識と代理する利益からの距離を獲得することができるのである」。 *Ibid.*

(14) ルーマン『法社会学』三二〇〜三二二頁、二三四〜三七七頁。なお、法的決定過程の制御方法として本文で述べた二つの類型(直接的な対話による意味了解的制御と専門職業的制御)の他に、ルーマンは、上級審や憲法裁判所による制御(「手続の背後に手続を置く」方法)と政治過程による制御(「政治的制御」)を指摘している。

「政治的制御」についてルーマンは次のように述べている。法の実定化とともに、政治過程が法制定の準備にあてられるようになる。それはインフォーマルな性格をもち、「政治的な決定準備に役立つ相互行為文脈のなかに組み込まれている」。これは、決定をその正しさによってではなく、結果によって判断するという点で、対話による意味了解的制御及び職業集団的制御と根本的に異なるのみならず、それらとは「非整合的な視座」で働く。ルーマンによれば、決定を結果によって修正するという制御が、現在の実定法システムにおいては不十分にしか制度化されて

いない。法律家も政党政治家もこの制御を十分はたしえていない。行政ヒエラルヒにおいても「役に立たない法律の適用困難を下から上へと伝えるやり方はおよそうまく機能するものではないし、その適用の対外的効果を批判的に監視するなどということは問題にならない」。同書三七〇～三二八頁。

ただし、「利益団体と、立法過程に参画する本省官僚との直接の接触は、政治的な結果制御による点検のためのルートを開くのに最も有利である」とされている。同所。これは、わが国においても機能していると言いうことができる。但し、この制御の欠点とし「つきはぎ細工 (Flick-work)」と妥協を生み出すだけで、構造的適応ないし法の革新をもたらすことは「まずない」という過去の経験に基づいた診断がなされている。同書三二八頁。ルーマンは、三つの類型の制御形式はいずれも不十分であり、新たな制御形式を発達させなければならないとしている。同書三一八～三一九頁。

(15) 法的決定過程の相互行為は、そもそも他の一般的な相互行為を制御する機能を遂行するためのものであるが、それ自身も相互行為であるので、相互行為内面的な自己規律が、及び、それが欠落した場合でも相互行為連関における相對峙する他者による社会的制御のメカニズムが、作用する。同書三二二頁。

(16) 同所。

(17) 同所。なお、近代の法的コミュニケーションにおける「結果の考慮」のミクロ正当化レベルでの排除は、その決定的なメルクマールであり、決定の結果に対する責任からの解放をもたらした。ルーマン『法社会学』二五三～二五六頁（条件プログラム化と関係づけて論じている）参照。しかしながら、今世紀初め以来、結果を考慮する傾向が増大し、それが法実務においても法理論においても関心を集めている。参照。ルーマン著、土方透訳『法システムと法解釈学』前掲三八〇～三六二頁。Luhmann, "Ausdifferenzierung des Rechtssystems," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 44, 47-49. なお、この問題に関するルーマンの所説については、服部高宏「システム理論と法・法的思考——法の射程」研究序説『國学院法学』二九巻四号（一九九二年）二〇五～二一五頁、村上淳「現代法分析の視角——西ドイツ法学におけるシステム理論の展開」同『ドイツ現代法の基層』（東京大学出版会、一九九〇年）七八～七九頁、同『現代法の透視図』（東京大学出版会、一九九六年）七九～八一頁も参照。

(18) ルーマン『法社会学』三二二頁。この箇所のルーマンの指摘はもちろんドイツにおける法律家間の特殊な様式のコミュニケーションを前提としているが、それとわが国における法律論との間には大きな差異が存在する。参照、前出二・一註(10)。日本における狭義の法的コミュニケーションの特色とその実態については、今後研究されるべき重要な課題である。

(19) 同書三二四頁。

(20) 同所。

(21) 同書三二四～三二七頁。

(22) 同書三二六頁。最近、わが国で弁護士の「プロフェSSION性」を否定し、あるいは軽視する議論が一部で支持を得ているが、そこにおいては、「リーガル・プロフェSSION」に本来託されている「公共性」の意味について十分な配慮がなされていない傾向があるように思われる。

西欧社会において「プロフェッション」という観念によって制度化されていた仕組みが法の機能にとつてもつていた意義を踏まえたうえで、「脱プロフェッション化」の傾向をもたらしている背景とその帰結について社会学的に検討する必要がある。ルーマンは、「法律家の職業実務の専門職業指向性、すなわち、共通の教育、それに典型的な抽象性の強制 (typische abstraktionszwänge)」、及び、機能的な役割相互依存関係に基づくその一体性は、法システムの分離によってはじめて可能になったものであるが、しかし、今日では、相対的に自律的に機能する法システムの最も重要な存続条件の一つであるとしたうえで (N. Luhmann, "Ausdifferenzierung des Rechtssystems," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 51)、「法律家が所属する組織や事務所が多様化し、それぞれが準拠集団として分立する内部分化の傾向について、法律家のプロフェッションとしての一体性を危うくし、分離した法システムの存続と、法の専門職業的制御にとつて、法テキストの爆発的増大と法の不断の変更や、判決実務と法解釈学における結果志向性の増大と並んで、不利な条件の一つとなっているとする。Ibid., S. 51-52, Luhmann, "Die Profession der Juristen," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 175-176, 189-190, ルーマン『法社会学』三一七～三一九頁。

近年各国で見られる弁護士商業主義化の傾向、及び、弁護士を端的に「ビジネス」として把握する見方の出現と広がりは、このような法の分離に及ぼす影響及び分離した法システムの維持可能性という観点から分析されるべきである。

(23) 前出二・二註(4)で述べたように、ルーマンは、「Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen」は別として、『法社会学』においては、非法律家が法に権利に依拠しておこなうコミュニケーションと、法律専門家間の法的コミュニケーション、及び、非法律専門家と法律専門家との間のコミュニケーションという三つの類型について、十分区別して吟味していないように思われる。その後、*Das Recht der Gesellschaft* においては、この問題に関わる理論展開を行なっているが、彼のいわば後期の理論体系全体に深く組み込まれており、十分咀嚼することができなかった。今後の研究課題としたい。今日では法社会学的研究の発展によって、非法律家と法律家間のコミュニケーション・ギャップや葛藤とそこから発生する権力の問題に光が当てられつつあり (例えば、Austin Sarat and William L. Felstiner, *Divorce Lawyers and Their Clients* [Oxford University Press, 1995])、広義の法的コミュニケーションを類型的に区別したうえで、法の機能について考察していく作業が重要になる。このことは、法律専門家間のコミュニケーションの広がり相対的に限定されており、また、そこにおいて、他の機能の視点がしばしば重要な役割を果たし、「社会通念」といった「実定法的準則」次元ではなく全体社会的統合機能を果たす「価値」次元のコミュニケーションが大きな役割を果たしているわが国を対象とする場合、特に留意する必要があると考える。

(24) Luhmann, "Ausdifferenzierung des Rechtssystems," in *Ausdifferenzierung des Rechts*, S. 39-40, 44-52.

三 おわりに

(1) 以上のような前期のルーマンの研究を中心に参照した検討からは、近代法の機能の基礎にある原理的な特質

を次のように要約できる。

法は分離することで、可変性と複雑性を獲得する。また、専門家間の一般性の高い次元での独特の議論にさらされ、吟味される。こうして法は一つの分離したシステムとしての形態を整えていく。そして、一般化された規範的予期の体系として、一般性のゆえに、数多くの問題と事件を、その具体性を一定限度で捨象して、対象化しうるようになる。

規範的主張が法律家間のコミュニケーションにまで到達するには、いくつかの関門があるが、原理的には、法の分離とともに、相互行為に内在的な互酬性(互惠性)は、私的、個人的ことがらとして区別され、広い範囲の問題や事件が、法律専門家間のコミュニケーションに委ねられるようになり、特別の法的な制御の下に服するようになる。

こうして、いったん相互行為の文脈から切り離された法は、再び、しかし性格を大きく変えて、諸々の相互行為の場に帰ってくる。近代以降の西欧における法の社会統制機能とは、このような迂路を経るという意味においてであって、そのことによって、法以外の様々な社会的機能も特定化され、分離しうるようになるのである。

このような西洋近代法の原理的特質の認識をふまえると、本稿冒頭において提示した法化の三側面の媒介項としての法的コミュニケーションという位置づけは、あらためて次のように解することができる。

まず、法制度の次元で、いかに精緻な機構や準則の体系が構築され、優れた解釈論が法解釈学者によって展開されようとも、それが法的コミュニケーションを通じて、一般の相互行為の制御過程にフィードバックされない限り、社会構造次元での法化は制約される。他方で、裁判所や弁護士といった法制度の拡充は、法的コミュニケーションの一連の流れにおいて、狭義の法的コミュニケーションへの移行を日常的にかつ全体社会の広い範囲で現実化させるために不可欠の条件である。

また、非法律家の法的社会化は、広義の法的コミュニケーションの過程において、仮に、実定法規範的主張と確認の日常化を促し、対立回避傾向を弱め、法律問題の主題化を容易にするならば、法律家間のコミュニケーションを広範囲に浸透させる引き金を引く。そして、法制度の拡充を伴うならば、紛争予防という日常的局面と紛争解決において、法律家、とりわけ弁護士を用いることを当然視する意識が広く受容されていく。法律家の法観念に関しても、生の規範的主張や対立当事者の社会的文脈に即した「具体的妥当性」を重視する発想にとどまらず、それとならんで、あるいは、それを排して、実定法規範に準拠したミクロ正当化を中心にした専門職業的論争連関を尊重する発想が広範囲の法律家に共有され、実践されるならば、法的コミュニケーションの自律性が高まり、法の分離は徹底する方向にむかう⁽²⁾。

このような法化過程においては、社会構造次元についてみれば、様々な相互行為連関において、法の機能が狭義の法的コミュニケーションに委ねられることによつて、他の諸々の特定の機能が追求されうるようになる。これによつて各機能は、互酬的な構造から解放され、自律度を高める方向に向かうことが可能になる。

本稿冒頭で述べた、法的コミュニケーションが法制度、法観念や法意識とそれに基づけられた法行動、社会構造という法化の三側面を媒介するというのは、このような意味においてである。様々な私的な主体による予防法的な法使用を含むところの、法律家を媒介とした実定法に準拠したコミュニケーションの拡大という要素が、「法化」過程の実質を規定するものとして重視されるべきである。

ルーマンに依拠して本稿が強調したように、西欧近代の法は、全体社会の機能的分化への転換の過程において分離していったのであり、様々な場面における個々の法律家による独特の、しかし彼らの間で受け継がれ共有されている言説と論証的議論を通じて、それは、全体社会レベルでの他の機能領域や日常の一般的な相互行為から分離した一つのシステムとして絶えず「形成」され続けているのである。

分離した法的コミュニケーションは、たしかに、法から日常の「ことば」を失わせ（とりわけ大陸法においては、また、異文化の西洋法を継受した日本の場合は二重の意味で）、国家権力と国家官僚制及び法律家の権力を肥大化させる結果をもたらすが、他方で、既存のローカルな互酬的構造からの解放をもたらし、私的な主体のイニシアティブによる合理的な秩序の自律的な形成を、高度の複雑性、安定性、可視性をもって、全体社会レベルで可能にするのである。

(2) 日本の経済社会が直面している課題は、単なる法の不在あるいは法の機能不全ではなくて、「法」の、ある形態の機能不全であり、そこでは「法」のあり方の転換、すなわち、特殊近代日本的な「法」の原理的転換が求められていると思われる。

わが国においては、行政官僚制による統治の手段としての「法」は高度に発達し複雑化している。⁽⁴⁾ 行政官僚が運営する法は、その執行方法が日本社会の組織性と「文化」的観念に依拠した特有の方法に依っている側面があるといえ、いうまでもなく、全く無視されているわけではなく、むしろ、ある程度高い貫徹度（規範内容の実現）を獲得しているものと思われる。⁽⁵⁾

問題は、それが私人によつて（法律家を媒介として）、普遍主義的な観点から吟味される機会に乏しい点にある。それが法的コミュニケーションを貧困化し、法の精緻化と、私人による法を通じた行政の制御を妨げている。有権解釈や通達という名の一方的な法的コミュニケーションは、本稿で示したところの分離した法的コミュニケーションとは似て非なるものである。現在問題になっている、経済社会における、行政を巻き込んだ既得権の構造的ネットワークは、法が相互行為から分離して自律したコミュニケーションとして発展せず、相互行為に内在するローカルな互恵性と法とが一体となつて機能しているために、自覚的に改造することが困難になっている。

私企業間においても、経済社会において広い範囲を覆う継続的取引関係のネットワークは、それに内在する互恵

性原理によって安定的な秩序を実現してきた。そこにおいては、これまで、法的コミュニケーションの果たす役割は限定的であり、むしろ自己規律と相互行為内在的な制御が重要な役割を果たしていたと考えられる。それは経済的には、ある尺度に照らすならば合理的と評価されるはずのものであり、少なくとも戦後、高度経済成長長期終焉までは日本の環境条件に適合的であったと考えられる。しかしながら、戦後の経済成長を支えた内外の諸条件がすでに失われて久しい今日では、そのような従来の企業間関係の在り方が問題をはらみ、一定の限度で変革を必要としているという認識が広まっている。

このように、政府・企業間関係と企業間関係のいずれにおいても認識されている、戦後の安定した秩序パターンの変革の必要性は、「法化」と深い関わりを持つていたのであって、それは、本稿で吟味したルーマンの議論によれば、二重の意味での「法と秩序の作りかえ」を意味している。

すなわち、一方で、わが国の前近代から持ち越した「法」の作りかえであり、行政官僚を中心とする「おかみ」の統治の道具としての「法」を、私人のイニシアティブによって発動される主体の法 (subjektives Recht) としての「権利」を中心とした「法」に作りかえる必要がある⁽⁶⁾。官僚の法的コミュニケーションの一方的支配に対して、法の自律性を維持するには、弁護士が関与する法的コミュニケーションと公式の (formal) 手続における法的議論が不可欠になる⁽⁷⁾。

他方、「法」として表現を与えられていないものの、わが国において、秩序形成と予期の安定化の機能を果たしている、いわば「Rechtの機能的等価物」と呼ぶべきものは、現在でも経済社会の広い範囲において機能している。それは、伝統的な「法」とも、継受した「国家法」とも概念的に区別されるが、作用のうえでは、これらの「法」の機能と深い関わりをもたざるをえない。そのようなわが国における「Rechtの機能的等価物」の代表的な例として「義理」⁽⁸⁾があげられるが、「義理」は相互行為内在的な互惠性原理が妥当する秩序として、西洋近代法の

補完性原理と衝突する。「法的コミュニケーション」は義理的秩序空間によって浸透を拒否される傾向が強いが、⁽⁹⁾「法化」の傾向は、そのような二つの秩序原理の抵触する場面において、義理的秩序原理が要求する互恵性からの解放と、非対称的な関係の形成とを可能にし、あるいは、法的コミュニケーションの中に、義理的秩序の諸要素を取り込むことよって、新しい環境条件に適合的な秩序を形成することが可能になる。⁽¹¹⁾ いずれにしても、「義理」の「作りかえ」が要請されているのであり、⁽¹²⁾「義理」以外の伝統的な秩序原理の要素も同様な状況に置かれていると考えられる。

わが国における「法」の存在形態のこのような理解が正しければ、近世以来の「法」と国制の伝統的形態の基盤の上に展開した近代日本の国家と社会と「法」の関係のあり方に、変容を迫る諸々の力が作用しているのが今日の状況であると考えられるのである。⁽¹³⁾

以上のような、今日の日本の経済社会における「法」の存在形態の変容可能性を瑞緒的にはあるが示唆する最近の顕著な例としては、株主代表訴訟の増加とそれがもたらしつつある企業とりわけ大規模企業の関係者の意識と行動の変化があげられる。一九九三年の商法改正（二六七条第四項の追加及び二六八条ノ二第一項の改正）によって株主代表訴訟の提起が容易になったため、実際に代表訴訟の数が増加し、⁽¹⁴⁾企業の代表訴訟リスクが高まった。企業の取締役は業務の適法性確保に鋭敏にならざるをえない状態に追い込まれており、代表訴訟による責任追及を懸念して、紛争処理に際して公式の法手続をより頻繁に利用する兆しが見られ、あるいは、予防法的に弁護士や法務部門に相談する機会が増えているとされている。⁽¹⁵⁾ こうした近時の傾向は、本稿で示した法的コミュニケーションの分離という文脈においてとらえることができる。制度面での代表訴訟制度の改革が、関係者の意識面での変化を通じて、法的コミュニケーションの分離を促しているものであり、それは、社会構造次元において、取引関係の形成の仕方や負債処理のあり方の実定法への準拠の傾向と透明化を促し、⁽¹⁶⁾また、非公式的な行政指導の影響力の低下をはじめ

めとする行政・企業間関係の変化をもたらす方向へ作用しうる。こうした三つの次元における相互的運動による法化は、さらに、弁護士の数が増大や企業法務分野への進出といった制度面での法化の進行を、社会構造と法意識の変化を通じて求めていく力となる。このような法的コミュニケーションの分離としての法化過程は、弁護士活動の活性化とともに、権利・義務ないし適法・違法を確定する最終的な場としての裁判所を中核とする司法の領域の拡大を要請する。他方、株主代表訴訟制度の今後の改正内容によっては、このような意味での法化促進の循環過程は押しとどめられるであろう。

もちろん、このような法化の端緒的傾向は、既存の実定法外的秩序を全面的に解体させると考えることはできない。それがどのような秩序をもたらすのかは、理論と実証の両面でさらに検討を必要とする。しかしながら、少なくとも言えることは、法的コミュニケーションの分離は、これまで、実定法と法外的な秩序とが切り離され、建て前と本音として使い分けられてきた状況から、法外的秩序について、法システム内在的な視点を基準にして吟味する機会を増やし、法外的秩序の中から一定の要素を取捨選択し、実定法の中に取り込む機会を拡大する⁽¹⁷⁾。前者は、実定法の基準に照らして、法外的秩序それ自体を変容させていく方向に作用しうる。

以上のようにして、私的な主体のイニシアティブによって法的コミュニケーションが開始される機会が増大することによって、その私的な主体と法とを媒介し、法的コミュニケーションを専門的に担うとともに、法外的なコミュニケーションとの間を調和させる役割を果たす弁護士の重要性が高まるのであり、⁽¹⁸⁾そのことを通じて、日本の経済社会における「法」の形態も、徐々にではあるが、変化していくものと思われる。

(3) 以上のようなとらえ方は、日本の社会において、単に、直線的に西洋法的要素が浸透する(あるいは浸透するべきである)という発想にたつものではない。微視的に見れば、対立する秩序原理の葛藤と融合の相にあることを前提として、法化過程という巨視的な傾向を現在進行中の過程として理解するべきであるという考え方にたつて

いる。本稿においては、そのような法化とそれに対抗する諸要素との間の相剋については触れる余裕がなかったが、日本の経済社会における法化を評価するには、法化が持っている諸価値ないし機能的意義だけに着目するのではなく、それが経済に及ぼす影響について、対蹠的な秩序原理（特に互惠性原理）に基づく経済のあり方との比較において検討を加える必要がある。すでに、法化のもたらす影の側面に関する指摘とそれに対処するための理論的提言が、市民間の紛争解決と秩序形成を主たる対象として念頭においてなされているが、⁽¹⁹⁾日本の経済社会の法化過程に関しても、同じ問題が存在する。とはいえ、本稿は、「法化」の進行という側面をまず第一にとりあげられるべき論点として位置づけ、その理論的整理を行ったものである。

ルーマンによれば、今日、もろもろの機能システムは「全世界的な作動連関に結び合わされている」⁽²⁰⁾。とりわけ経済と法においては、わが国にとってもそのような傾向が強まっている。わが国でも一九八〇年代以来「経済のグローバル化」が避けられないという認識が共有されており、最近ではさらに「グローバル・スタンダード」ないし「世界標準」を法と経済の諸制度や諸慣行に関してどの程度採用するべきかが広く議論されている。⁽²¹⁾

もちろん、このような議論とその背景を前提に、欧米の機能的分化を主要な原理としたシステムに収斂する客観的傾向があると、にわかには断定することはできない。また、収斂することが望ましいという考え方を単純にとることもできない。

しかしながら、経済の相互依存度が高まるなかで、機能的分化の原理に基づく欧米（とりわけ英米）の経済と法のシステムが、基本的な範型としての力を持ち続けていることは否定できない。それは、ルーマンが指摘するように、「全世界的に広まった機能的分化の標準型」⁽²²⁾となっている。たしかに、わが国の経済システムが、既存の欧米の「標準型」に対して一定のインパクトを与えているのは事実であるが、⁽²³⁾具体的には未知数である。いずれにせよ、各社会（とりわけ非西欧諸社会）の「特殊性」は、標準型に対抗しつつ自己を確立するという困難な試みを通

してのみ成立しうるような状況に我々は今置かれている。⁽²⁴⁾

このような不可避的な潮流の中で、日本の経済社会とその秩序の特性を認識するには、西欧の社会が近代以降今日に至るまでに経験してきた「機能的分化」という標準型のメカニズムを理解し、それとの対比において日本の個性を浮かび上がらせる必要がある。

わが国の経済社会における法化過程は、それを妨げる伝来的パターンを破壊し変容させる過程である。法化の三側面、すなわち制度、意識と行動(社会化)、社会構造のいずれの次元においても、「法化」を妨げ、既存の安定的パターンを持続させ続けようとする諸力が作用している。

今日の状況は、そのような、「法化」の傾向とそれを妨げるパターンとの衝突の中から、新しい秩序が生み出される過渡的段階である。「法化」を妨げる伝統的秩序の原理的特徴を、法化がもたらしうるものと対比させながら、さらに明確にし、過渡的状況が向かいうるいくつかの方向とその意義を検討する作業が次の課題である。

(1) わが国の民法解釈方法論における「具体的妥当性」の重視を、ドイツの法解釈方法論と比較して鮮明に提示してみせたものとして、Rahn, op.cit. 参照。

(2) 注意すべきことは、わが国の司法実務の伝統と現状を前提とした「法の分離、自立化」が、現実からのフィードバックのチャネルの狭い、効率的な官僚制司法の徹底を帰結する危険が大きいことである。わが国の「法化」が、裁判官の広い裁量に委ねられた具体的妥当性の追求(和解を中核とする)と、効率的ではあるが機械的な「要件事実論」志向型判決との二元主義に落ち着く可能性が強い。但し、このような、一方に形式主義的な手続の世界があり、他方に、形式主義から自由な実質主義的な「話し合い」ないし「対話」の世界が存在するという二重構造は、笠谷和比古『士(サムライ)の思想——日本型組織と個人の自立』(岩波書店、一九九七年)の分析に依拠すれば、日本の伝統的な組織原理のいわば祖型に合致するということになり、日本社会にむしろ適合的であるという評価をする余地があるといえよう。同書一八〇〜一九二頁(形式と実質という二つの基準の併用による状況適応原理について分析している)。このような秩序は、関係者が限られており、あるいは、限定された関係者のもとに集合的利益が集約されており、かつ彼らが日常的に接触しているという条件のもとで成立しうるように思われるが、問題は、このような秩序が今日維持されることに全体社会にとっての機能的支障がないかどうかである。日本社会の法化及び法の在り方という問題を考える上で、この論点は避けて通れないが、本稿では経済社会を対象を限定し、そこにおいては社会構造次元での一定の法化を避けられないものとしてとらえ、議論を展開したものである。本稿で提示した法的コミュニケーションのモデルを、日本の伝統的な秩序原理と関係づけて考察す

る作業は今後の課題としたい。

(3) 法の世界から日常の「ことば」が失われたことを批判的に分析し、法における「ことば」の復権を説き、あるいは当事者の主体的な関係形成を法の世界においても尊重するべきであるとする議論が近年では展開されている。わが国におけるそうした所説として、参照、棚瀬孝雄「語りとしての法援用」(1)(2・完)『民商法雑誌』一一一巻四・五号(一九九五年)六七七〜七〇六頁、一一一巻六号(同年)一〜三九頁、同「関係形成型調停のモデル」『法学論叢』一三四巻、三・四号(一九九四年)五五〜九六頁、和田仁孝「民事紛争処理論」(信山社、一九九四年)、井上正三・高橋宏志・井上治典編『対話型審理——人間の顔』の見える民事裁判(信山社、一九九六年)「いわゆるNコートにおける実践とその検討」。

(4) わが国において、法が国家権力とりわけ行政官僚の政策実現の手段ないし統治・支配・管理の手段としての性格を強く持っている点は、幕藩体制期以来の伝統として(但し、それと対蹠的な法観念も同時に存在していたことが認められている。とはいえ、それが全体社会において優越したわけではないことが強調されている)法制史において理解されている。例えば、石井紫郎『日本人の国家生活』(東京大学出版会、一九八六年)、同「伝統社会とその近代化——日本 1 明治以前」川島武宜編『法社会学講座 九』(岩波書店、一九七三年)二六〇〜二六三頁、二六九〜二七一頁、水林彪「近世的秩序と規範意識」相良亨・尾藤正英・秋山虔編『講座 日本思想 3 秩序』(東京大学出版会、一九八三年)一〇九〜一五五頁(特に一二二〜一三三頁)、同「日本の法意識」の歴史的基礎」日本法社会学会編『法意識の研究』(有斐閣、一九八三年)四〇〜四二頁、同「封建制の再編と日本の社会の確立」(山川出版社、一九八七年)。なお、六本佳平『法社会学』前掲二二七〜二二八頁も参照。このような特徴は明治期の近代法体制成立期において整備された諸々の制定法(多数の特別法さらに法典も)のあり方にも明瞭に見てとれらとされている。参照、利谷信義「伝統社会とその近代化——日本 2 明治以後」川島武宜編『法社会学講座 九』前掲二九二〜二九三頁。このような日本における優越的な「法」の存在形態においては、法は政策と未分離であり、政治が法に優越する傾向が強く、西欧における「法の支配」ないし「法治国原理」とは対蹠的な原理が支配しているものとして理解されている。石井『日本人の国家生活』前掲二二六〜二四六頁、二四七〜二五二頁、三三一〜三四二頁、三六二〜三六六頁、同「伝統社会とその近代化——日本 1 明治以前」前掲二五八〜二五九頁、二六七頁、利谷「伝統社会とその近代化——日本 2 明治以後」前掲二九二頁(「法は国家権力を拘束するものではなく、政策主体の行動の自由を最大限に保障することが、制度的にも、法理論的にも追求された」とする)。

西洋法観念と遭遇した明治期の人々の観念を実証的に明らかにすることによって、日本の伝統的な法観念との間の相剋と相互作用を分析するという視点からの研究は、間接的にこのテーマを扱うものを含めると、法制史や政治史ないし政治思想史においてすでに膨大な蓄積があり、それらは法の社会学的理論の研究にとっても有益である。法制史の最近の研究では、網羅的ではないが(基本文献については、牧英正・藤原明久編『日本法制史』[青林書院、一九九三年]「参考文献」リスト一八〜三一頁が有用である)、一般的な概観として、利谷信義「西洋法と日本法の接点——『法の継受』を中心として」日本法哲学会編『東西法文化』[法哲学年報 一九八六年](有斐閣、一九八七年)一〇四〜一二〇頁があり、司法制度ないし司法権の形成・確立過程については、大阪会議で合意された制度改革までの司法機構形成過程(明治九年頃まで)について、菊山正明『明治国家の形成と司法制度』(御茶の水書房、一九九三年)「なお、同書一一〜三七頁に明治初期の司法制度史に関する先行研究

が概観されていて便利である」がある。「司法権」の観念の形成、確立過程に関しては、その政治的文脈を無視しえないが、政治学的視点からの分析として、例えば、三谷太一郎『近代日本の司法権と政党』（塙書房、一九八〇年）七〇―一四三頁（明治憲法制定過程における陪審制をめぐる議論を含む）がある。裁判については、実定法が未整備の段階における民事裁判の基準に関する村上一博『旧民法公布（明治二十三年）以前の離婚判決と『破綻主義』』大阪上等・控訴裁判所および同控訴院の判決を中心として『神戸法学雑誌』三九卷四号（一九九〇年）八八九―九三七頁、同『明治六年太政官第二一号布告と私生児認知請求』『法律論叢』六七卷二・三号（一九九五年）五〇九―五四二頁、同『明治六年太政官布告第二一号布告と嫡出子』『法律論叢』六七卷四・五・六号（一九九五年）五一三―五三四頁、同『明治一〇年司法省丁第四六号達と婚姻の成立要件』『法律論叢』六八卷三・四・五号（一九九六年）三六九―三九五頁、同『明治初期の裁判基準』——二松学舎創立者・三島中洲の『手控』を手掛かりに『日本文理大学商経学会誌』一一卷一号（一九九二年）九五―一三五頁、同『明治初期における一裁判官の法意識』——三島中洲の『民事法律見聞録』と質地論『明治大学社会科学研究所紀要』三二卷二号（一九九四年）一―一六頁を参照。なお、三島中洲については、すでに福島正夫『三島中洲と中江兆民』『思想』六四一号（一九七七年）八四―一〇〇頁があり、八八―九〇頁において、ポアソナードの講義に関する三島の理解を示す『民事法律見聞録』に即して、ポアソナード説と、三島の思想における伝統的基盤である孔、孟の説との相互作用について簡潔に触れられている。また、岩谷十郎『明治期司法官の近代法適用をめぐる逡巡』——旧刑法の運用実態分析・総則規定を中心として『杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』（敬文堂、一九九二年）六九―九八頁、同『訓令を仰ぐ大審院』——明治一二年代の司法権』『法学研究』六六卷八号（一九九三年）一―五八頁、同『司法省により『冗長』と批判された判決文をめぐる一考察』『法学研究』六八卷四号（一九九五年）一九―五七頁は、司法機構形成期における刑事「裁判」観念を知る上で有益な実証的研究である。幕末の公事宿から代言人、代書人制度に至る過程の連続性と不連続性については、荃田佳寿子『内済と公事宿』朝尾直弘他編『日本の社会史 第五卷 裁判と規範』（岩波書店、一九八七年）三二七―三四九頁（幕末江戸における公事宿に対する社会的需要の増大とそれに対応した公事宿及びその周辺機能の分化を分析）、同『公事宿から代言人へ』『日本歴史』四八八号（一九八九年）一―一八頁参照。資料として、村上一博『明治法律学校出身の代言人群像』——至明治二六年』『法律論叢』六八卷六号（一九九六年）九九―一三〇頁がある。また、法制官僚については、井上毅の法、政治、秩序、道徳に関する観念に即して、西洋思想との相剋を分析した坂井雄吉『井上毅と明治国家』（東京大学出版会、一九八三年）は示唆に富む。また山室信一『法制官僚の時代』——国家の設計と知の歷程』（木鐸社、一九八四年）も参照。法律学者については、穂積八束の法思想に関するR・H・マイニア著、佐藤幸治・長尾龍一・田中成明訳『西洋法思想の継受』——穂積八束の思想的考察』（東京大学出版会、一九七一年）がある。なお、法典論争において見てとれる法律家の民法観を分析した民法研究者による最近の論考として大村敦志『民法と民法典を考える』『民法研究』一卷（一九九六年）三四―四二頁参照（但し、「思想としての一つの民法」の価値を確認し擁護するという解釈学者としての実践的関心が基礎にあり、分析の視点もそれによって強く規定されている。法社会的にいえば、今日の法化状況を背景とした「民法」の再発見の試みとして理解できる）。

法観念は当然「権」、「公」、「私」といった観念とも密接な関係を持つが、福沢諭吉の明治十年前後頃までの思想におけるこれらの観念について、政府と社会の関係という側面に即して分析した松田宏一郎『福沢諭吉と『公』・『私』・『分』の再発見』『立教法学』四三号（一九九六年）

七六〇―四〇頁は、その基本的な分析の視点も含め示唆に富む。福沢が、「権」ないし「権理」の観念を伝統的な「分」の観念と重ね合わせて提示することによって、西欧の基本的観念を咀嚼しつつ、わが国の伝統的観念との接合に心を配りながら彼の理想とする政府と社会との関係を提示しようとした思索の跡を知ることができる。特に一三二―一三三頁に引用されている『通俗国権論』におけるいわば「日本人の法意識」に関する福沢によるポジティブな評価（百姓の土地境界争いなど私人間の争訟を、競争と正理の追求として評価し、それを日本の伝統社会において蓄積されてきた「報国の心」としてとらえ、訴訟提起を容易にする制度設計を提唱している）と、この箇所に関する松田氏による分析は興味深い。またわが国の伝統的観念としての「公」と「私」が二元論的な相互排他的分類概念としてではなく、「分」の観念をいわば媒介項として「異名同実」関係にあるという指摘も示唆に富む。松田前掲一〇一―一〇二頁及び一〇二頁註(1)、一〇六頁註(24)も参照。関連して笠谷「士(サムライ)の思想」前掲書も「分」の観念に着目して日本の伝統的な組織秩序について論じている。同書六七―八九頁(「持分」的秩序原理として分析)、一八〇―一九二頁参照。

ちなみに、流動的な一八七〇年代を経て、明治一四年の政変前後以降における日本社会の政治、経済、思想面での大きな転換と、「権」や「分」、「法」や「律」ないし「令」、「理」や「利」、「公」や「私」、「国」や「民」をめぐるセマンティックスの変動との相関関係を、井上毅を筆頭とする法制官僚や法律家、および外国入達、及び民権運動家や思想家の言説を通じて明らかにし、それとの関係において、一八八〇年代から一八九〇年代にかけて整備される諸々の法律の制定過程と具体的制度及び条文の形成を分析する作業は、日本の近代法体制を今日まで基本的に規定し続けている基底的要素の由来を明らかにする上で重要である。この時期が、わが国における広い意味での「法」の「作りかえ」過程の、近代におけるいわば初期設定がなされたと位置づけられるからである。そのような作業にとつて参考になる既存の研究としては、法社会学に近接した領域では既に指摘した業績のほかに、網羅的ではないがさしあたり次の諸論者が参照されるべきである。利谷信義「天皇制法体制と陪審制度論」日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』(木鐸社、一九八三年)五二―五七頁(治罪法と帝国憲法制定過程を中心に陪審制をめぐる議論の動向を実証的に分析する)、同「日本資本主義と法学エリート」(一)(二)『思想』四九三号(一九六五年)二二―三四頁、四九六号(同年)一〇四―一一九頁(近代日本における「法」の機能を規定する重要な要因としての法学教育の基本的特色が、一八八〇年代から九〇年代にかけての政府による法学教育政策の展開と、官吏任用制度の確立によって規定された様子を分析)、林真貴子「勸解制度消滅の経緯とその論理」『阪大法学』四六巻一号(一九九六年)一四一―一八〇頁(一八七五年に導入された勸解制度が一八九一年の民事訴訟法施行とともに姿を消した経緯を実証的に分析し、井上毅の見解をも明らかにしつつ、当時の関係者の「裁判」や「勸解」の観念、民事紛争処理のあり方についての見解を浮かび上がらせ、また、当時の政府による裁判所利用抑制政策の実態が示されている)、熊谷開作『「権利」の語の定着時に脱落した二つの観念』同『近代日本の法学と法意識』(法律文化社、一九九一年)二二〇―二四〇頁(株)、「分」、「分限」というわが国の伝統的観念と西洋の「権利」観念との類似性を指摘し、他方で、「権利」観念が国家による法令上の公用語として定着したという理解の上になつて、その定着過程において脱落した要素として、「誠実、正直、真」と「裁判所、判決」という二つの観念を指摘する)。

これに加えて、当時の法律実務家、法制官僚、法学者のみならず、すでに研究が蓄積している明治期の思想家、政治家の観念を通じて、近代日本の「法」観念のいわば原型を探る作業は、資料的制約による困難がきわめて大きいですが、同時に一般庶民や経済人の法観念の探求を通じて補

完される必要があることはいうまでもない。端緒的な研究であるが示唆に富むものとして、参照、熊谷開作『近代日本の法学と法意識』前掲一〇八〜一九頁(自由民権運動期の民事紛争を分析し当時の人々の法意識を模索している)、一四一〜一六三頁(庄内平野の農民による一八七〇年代後半のいわゆるワツパ騒動「ワツパとは勝訴によって償還される金穀を分配するための「曲物の弁当箱」であるという」における民事訴訟をとりあげて分析している)。なお、熊谷氏は、ワツパ騒動の民事訴訟原告への福沢諭吉の思想(「学問のすすめ」の中の「国民の職分を論ず」の影響を指摘する研究を紹介し、同時に明治初年の庄内地方における法学教育の影響の可能性についても示唆する。同書一六〇〜一六一頁。また、村上博「明治二四年旧民事訴訟法施行以前における民事法廷の一齣」『明治大学社会科学研究所紀要』三二巻二号(一九九四年)一〜一六頁は、民事判決原本(国立大学移管以前)に偶然綴り込まれていた原被告調書に基づいて、明治二四年旧民事訴訟法施行以前、明治一六年から一七七年にかけての大分県の竹田区裁判所及び竹田治安裁判所における民事裁判の実態の一端を紹介している。

大正期以降に関しては、川口由彦『近代日本の土地法観念』(東京大学出版会、一九九〇年)が、日本の伝統的法観念と近代法観念の相剋と相互作用について、一九二〇年代の小作立法の制定過程における土地に関する法観念に焦点をあてて(主として官僚、法学者、弁護士の法律論ないしイデオロギーに即して)実証的に分析しており、法の社会学的理論に取り組む上で吟味されるべき文献である。

(5) わが国における実定法の貫徹度に関する実証的研究は非常に少ないが、一定範囲の主体間の根回しを経て制定された実定法規については、相当程度高い貫徹率を示している可能性がある。但し、建前として認知されているものの遵守度が低い、いわば死文化し、かつ放置されている実定法規もまた少なくなく、二重構造性が見られるように思われる。

(6) 主にアメリカ法を参考にしつつ、わが国の法のあり方について、私人のイニシアティブの制度的活性化の必要性を説いた田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(東京大学出版会、一九八七年)「初出は一九七一〜七二年」を参照。

(7) 近代化の過程における官僚制の支配に対抗する弁護士役割については、濱野亮『経済社会における弁護士の基本的機能』『立教法学』四四号(一九九六年)一〇九〜一五五頁を参照。

(8) 義理については膨大な文献があるが、法学関係の文献として、川島武宜「義理」「思想」三二七号(一九五一年)二一〜二八頁「古くなつたが依然として示唆に富む」、同「法社会学序説(講義)」川島武宜著作集 第二巻(岩波書店、一九八二年)二四〇〜二四五頁、六本佳平『法社会学』前掲二二一〜二三二頁、石井紫郎『日本人の国家生活』(東京大学出版会、一九八六年)二二三〜二四〇頁、二四〇〜二四三頁、村上淳一『権利のための闘争』を讀む(岩波書店、一九八三年)二七八〜二九五頁、利谷信義『日本の法を考える』(東京大学出版会、一九八五年)一七三〜二〇三頁、和田安弘『法と紛争の社会学』(世界思想社、一九九四年)一九〇〜二四五頁を参照。法学関係以外の最近の重要な文献としては、正村俊之『秘密と恥——日本社会のコミュニケーション構造』前掲六九〜一三〇頁がある。

(9) 川島武宜『法社会学序説(講義)』川島武宜著作集 第二巻「前掲二四四頁。

(10) 前出二・一註(45)参照。

(11) 継続的關係の持っている互恵性原理を、実定法のコミュニケーションに乗せる試みとして、内田貴氏の所説を位置づけることができる。内田氏は、日本の裁判例において、信義則に依拠して継続的關係内在的な互恵性原理が実現されている様子を整理したうえで、アメリカにおける

理論を参照しつつ「関係的契約」として理論構成することを提唱された。参照、内田貴「契約の再生」(弘文堂、一九九〇年)、内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項」(一)〜(五・完)、『NBL』五二四号(一九九三年)六〜一頁、五一五号(同)一三〜二二頁、五一六号(同)二二〜三三頁[特に三三頁註(31)参照]、五一七号(同)三三〜四〇頁、五一八号(同)四四〜五三頁、五一九号(同)六一〜七一頁、五二〇号(同)七二〜八三頁。内田理論については、中田裕康「継続的売買の解消」(有斐閣、一九九四年)四五五〜四五六頁が懐疑的な論評を加え、伝統的な契約理論を踏襲したうえで、「ルールを原則としつつ、部分的にその修正を図る」という同書で詳細な検討が加えられている方法による方が、「少なくとも現在のわが国には適しているのではないだろうか」とする。内田氏と中田氏の見解の相違には、わが国の経済社会において広範囲に存在する継続的關係の法化過程の原理的な分岐点が見てとれるのであり、日本の経済社会における秩序の形態をどのようなものとして構想していくかという論点とも深く関わっている。

(12) 村上『権利のための闘争』を読む』前掲二九四頁は、「伝統的な義理規範の一部を権利義務規範に組み替える」過程が現在の日本で困難に直面しながら進行している、かつ、そのような組み替えの実現が必要であるととらえている。

(13) 本文のような想定背景には、西洋から継受した法の基礎にある秩序原理と、日本社会の西洋法継受以前からの伝統的な秩序原理との間には差異があり、現在においてもその差異は存在しているという認識があり、かつ、この社会秩序の原理的な差異の態様と変動ないし行方を明らかにすることが法社会学にとって重要であるという認識がある。

このような秩序原理の差異とその動向を明らかにするには、一方で、法制度それ自体の変容、例えば、法解釈方法論、法律家や行政官僚の展開する法律論、判決文等が、日本社会の法と秩序に関する伝統的要素が作用することによって、母国のそれらとの間で見られるに至った変異について検討する必要がある[Gunttram Rahn, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan* (C.H. Beck, 1990) は代表的な研究である]。他方で、わが国における相互行為や組織形成のあり方において、日本で歴史的に形成された伝統的要素が基底において作用する中で、継受した西洋法の諸要素が、政治と経済との関わりのもとで、一定の影響を及ぼし変容をもたらしているという局面を明らかにする必要がある。

なお、西洋近代法の秩序原理と日本の伝統的な秩序原理との差異とその行方という問題は、周知のように川島武宜氏以来の日本の法社会学の中心的課題の一つであるが、その後も、利谷信義氏『日本の法を考える』(東京大学出版会、一九八五年)、六本佳平氏『民事紛争の法的解決』前掲、『法社会学』前掲、「日本人の法意識論再訪——ヘイリー教授の『神話説』によせて」望月礼二郎・樋口陽一・安藤次男編『法と法過程——社会諸科学からのアプローチ』(創文社、一九八六年)二七九〜三〇五頁、「法社会学研究における法文化」『法社会学』四七号(一九九五年)一八三〜一八九頁他、田中成明氏『日本の法文化の現況と課題』『思想』七四四号(一九八六年)一〜三二頁、「現代社会と裁判」前掲、石井紫郎氏『日本人の国家生活』前掲、村上淳一氏『権利のための闘争』を読む』前掲、『法の歴史』前掲、広渡清吾氏『資本主義法の段階論と比較法——方法的覚書』(東京大学社会科学研究所、一九九六年)、「日本社会の法化」前掲。他によって引き続き研究関心を集めている。関連して、日本人の法意識論に関する川島武宜テーゼに対する批判として、John O. Haley, "The Myth of the Reluctant Litigant," *Journal of Japanese Studies*, Vol. 4, No. 2 (1978), pp. 359-390 や大木雅夫『日本人の法観念——西洋的法観念との比較』(東京大学

出版会、一九八三年)、及び、ヘイリー論文に対する批判的検討として、六本「日本人の法意識論再訪——ヘイリー教授の『神話説』によせて」前掲、大木氏の所論に対する批判として、村上「権利のための闘争を読む」前掲二六七〜二九五頁、同「八法」の歴史」前掲八〜一七頁がある。その後のヘイリー氏の著書 Haley, *Authority without Power* (Oxford University Press, 1991) については、前出1・1註(5)参照。

(14) 一九五〇年の改正商法によって導入された株主代表訴訟制度は、「ほとんど利用されてこなかった」(森本滋『会社法』「有信堂、一九九三年」二六二頁註(19))が、一九九三年改正とともに代表訴訟は急増した。商事法務研究会編『株主代表訴訟事例集』(別冊商事法務一七五号「一九九五年」)には、九五年一〇月現在で公表されている代表訴訟の判決八七件が収録されているが、四〇件が九三年一〇月の法改正以後に提起されたものである。相澤光江「北沢義博編著、山川萬次郎・藤本美枝著『株主代表訴訟』(清文社、一九九四年)五頁(三四八頁以下に一覧表)は、制度導入から一九九〇年までの四〇年間に提起された「主要な代表訴訟」として、判例集に搭載された事件を中心に二四件という数字をあげている。近年の代表訴訟の急増は続いており、最高裁判所の調べによると日本全国の裁判所における一二月末日現在係属中の株主代表訴訟件数は、一九九三年八四件、一九九四年一四五件、一九九五年一七四件、一九九六年一八八件とされている。「商事法務」一四二〇号(一九九六年)四一頁、同一四五四号(一九九七年)四二頁。株主代表訴訟の増加が企業経営者に及ぼしているインパクトはきわめて大きく、そのため、四大証券会社によるいわゆる総会屋に対する利益供与事件の捜査が進行中である一九九七年九月に、自由民主党法務部会「商法に関する小委員会」と経済団体連合会「コーポレート・ガバナンス特別委員会」によって、代表訴訟制度の見直しを内容とする商法改正が提案されるに至っている。「日本経済新聞」一九九七年九月五日付朝刊五頁、同一一日付朝刊三頁。自民党法務部会「商法に関する小委員会」による「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」(一九九七年九月八日)と経団連「コーポレート・ガバナンス特別委員会」による「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」については、「商事法務」一四六八号(一九九七年)二七〜三一頁を参照。この商法改正の動きに対するすばやい批判として、森岡孝二(株主オンブズマン代表)「株主の経営監視の芽を摘むな」『朝日新聞』一九九七年九月二四日朝刊四頁(「論壇」欄への投稿)がある。また、校正段階で、自民党の改正案を特集した『商事法務』一四七〇号(一九九七年)二二〜二三頁に接した。

なお、近年の株主代表訴訟において顕著な特色は、「市民オンブズマン」等、株主代表訴訟を活用して、企業経営の適法性の確保と社会的不正の是正をめざす弁護士、税理士、研究者その他の専門家や一般市民によって構成されるグループが活発に活動し、経済社会の法化に寄与している点である。参照、高橋利明「小さな司法」との訣別」『自由と正義』四七巻(一九九六年)九五〜九六頁、塚原英治「株主代表訴訟の機能と今後の役割」『法と民主主義』三〇七号(一九九六年)一三〜一六頁、辻公雄・坂口徳雄「株主代表訴訟とその社会的機能——ゼネコンとの関わりから出発して」『法学セミナー』四七五号(一九九四年)五二〜五四頁。

株主代表訴訟を日本におけるコーポレート・ガバナンスのための機構の一つとしてどう位置づけて制度を構築するかについては、今後さらに経済ならびに法律の専門家による検討が進められるべきであるが、日本の経済社会における秩序形態の在り方に大きな影響を及ぼす重要な問題である。少なくとも九三年改正がもたらした代表訴訟の増加は、従来から存在する株式会社をめぐる実定法規定(法の建て前)と現実の乖離について、本格的な再検討を迫っている。

- (15) 株主代表訴訟が、取締役等の意識と行動に及ぼしている影響としては、例えば、池下裕造氏(三菱商事法務部長〔当時〕)は、「大きな損失が出るような撤退案件」などで、経営者が代表訴訟のリスクについて法務部に相談する機会が増えており「大きく変わった」とする。座談会(池下裕造〓太田勝造〓小島武司〓小林利治〓濱野亮〓山岸憲司)「法務部——その組織活動」『別冊NBL』三八号(一九九六年)一六〇一七頁。同様の变化は、マスメディアを通じて頻繁に伝えられている。例えば、経営破綻した日産生命の処理をめぐる過程において、同一企業グループの中核企業である日産自動車と日立製作所は、資金提供を含む支援を拒否する姿勢を示したが、その際、株主代表訴訟提訴による責任追及が懸念されると報じられた。『日本経済新聞』一九九七年五月二一日付朝刊一頁、七頁。関西国際空港の対岸に先端産業を集めた研究開発団地を開発するために、大阪府、泉佐野市、銀行、総合建設会社(ゼネコン)など一九団体が共同して設立したいいわゆる第三セクターの「泉佐野コスモポリス」は、経営が破綻したため、一九九七年九月八日大阪簡裁に調停を申し立てた。調停申し立ては、巨額の損失を負担せざるをえない「銀行側の意向」とも合致しているとされており、「調停が成立すれば、判決と同等の効力を持つだけに、巨額融資した責任を問われて株主代表訴訟を起こされても勝てるという思惑が働いている」と記事は書いている。『日本経済新聞』一九九七年九月八日付朝刊三〇頁。経営が破綻した住宅金融専門会社の処理をめぐる大蔵省と関係銀行との交渉過程においても、銀行側の譲歩の限界を根拠づける論拠として、株主代表訴訟に耐えられるか否かという基準が用いられている様子が伝えられている。参照、湯谷昇羊〓辻広雅文「ドキュメント住専崩壊」(ダイヤモンド社、一九九六年)六六頁、七三頁、一〇二頁、一一三頁、一五四頁、二〇〇頁。
- (16) さくら銀行末松謙一会長(当時)の、次のような雑誌記者によるインタビューへの発言参照。「株主代表訴訟制度の導入で企業と銀行の関係はかわらざるをえない。いくらメインバンクだからといって、助けたくても法を超えて資金を出すわけにはいかなくなる」。同書六六頁。
- (17) 前出三註(11)で示した内田氏による判例分析を参照。
- (18) 経済社会の秩序の合理化過程において、官僚制の支配に対抗しつつ、私的な主体のイニシアティブを發揮せしめる役割としての弁護士について、濱野「経済社会における弁護士の基本的機能」前掲。また、一般的に、法化過程のもとで、法システムと他の社会システムとの間を媒介する必要性が高まり、その役割をも弁護士に果たすことが期待される点について、濱野「法化社会における弁護士役割論——民事分野を中心として」前掲参照。
- (19) 法化の影の側面とそれへの対応について、弁護士役割論に限定して最近の日本の議論を整理し、私見を述べたものとして、同七〇一五頁参照。
- (20) ルーマン著、春日訳『社会の経済』前掲三頁「日本語版への序文」。
- (21) 「グローバル・スタンダード」をめぐる議論は様々な分野において展開されている。例えば、金融については、植田和男〓深尾光洋編「金融空洞化の経済分析」(日本経済新聞社、一九九六年)「収められている論考はいずれも、日本の金融の現状をグローバル・スタンダードの方向へ接近させる方向での改革を必要とする」とし、例えば、神田秀樹「金融・資本市場の規制と実際」三三頁は、金融モニタリングシステム間の国際的な競争が、金融の競争力や空洞化を左右する重要な要因であり、「透明性が高いシステム」が有利であるとすると、「金融関係者の見解の例として、多胡秀人〓山口健一郎〓松尾順介〓大久保勉「グローバル・スタンダード——金融ビッグバンが求める「意識改革」(金融財政事情研究

- 会、一九九七年) 参照。なお、そうした論考においても、もちろん単純な収斂説が採られることは少なく、日本型システムが重大な転機に立っていることを前提として、それをどのように変容させうるか、及び、変容させるべきかがまさに議論の対象になっている。理論的検討として、青木昌彦『経済システムの進化と多元性』前掲「制度的補完性」と「歴史的経緯に依存した差異」を強調しつつ、日本型経済システムの進化の方向を探っている」、村上泰亮『反古典の政治経済学——二世紀への序説』(上)(下)(中央公論社、一九九二年)、同『反古典の政治経済学要綱——来世紀のための覚書』(中央公論社、一九九四年)、具体的な制度論として、岩田一政・深尾光洋編『経済制度の国際的調整』(日本経済新聞社、一九九五年)、貝塚啓明・植田和男編『変革期の金融システム』(東京大学出版会、一九九四年)、ケント・カルダー著、谷口智彦訳『戦略的資本主義——日本型経済システムの本質』(日本経済新聞社、一九九四年)、及び後出註(23)の諸文献を参照。
- (22) ルーマン著、春日訳『社会の経済』前掲三頁「日本語版への序文」。
- (23) 日本の企業と経済社会の戦後の経験を客観的に評価しつつ、その中から積極的に参考にすべき特質を日本と西洋の比較の上で吟味しようとする研究は近年膨大な数にのぼるが、代表的研究として、参照 Masahiko Aoki, *Information, Incentives, and Bargaining in the Japanese Economy* (Cambridge University Press, 1988) 「永易浩一訳『日本経済の制度分析——情報・インセンティブ・交渉ゲーム』(筑摩書房、一九九二年)」、青木昌彦『経済システムの進化と多元性——比較制度分析序説』前掲 Masahiko Aoki and Ronald Dore (eds.), *The Japanese Firm: The Sources of Competitive Strength* (Oxford University Press, 1994) [ZERTバータ通信システム科学研究所訳「システムと」の日本企業』(ZERT出版、一九九五年)]、Masahiko Aoki and Hugh Patrick (eds.), *The Japanese Main Bank System: Its Relevance for Developing and Transforming Economies* (Oxford University Press, 1994), Masahiko Aoki and Hyung-Ki Kim (eds.), *Corporate Governance in Transitional Economies: Insider Control and the Role of Banks* (World Bank, 1995), Kozo Yamamura and Yasukichi Yasuba (eds.), *The Political Economy of Japan Vol. 1: The Domestic Transformation* (Stanford University Press, 1987), Takashi Inoguchi and Daniel I. Okimoto (eds.), *The Political Economy of Japan Vol. 2: The Changing International Context* (Stanford University Press, 1988), Shunpei Kumon and Henry Rosovsky (eds.), *The Political Economy of Japan Vol. 3: Cultural and Social Dynamics* (Stanford University Press, 1992), Ronald Dore, *British Factory-Japanese Factory: The Origins of National Diversity in Industrial Relations* (University of California Press, 1973) [山之内靖・永易浩一訳「イギリスの工場・日本の工場——労使関係の比較社会学」(筑摩書房、一九八七年)]、Ronald Dore, *Flexible Rigidities: Industrial Policy and Structural Adjustment in the Japanese Economy 1970-80* (Athlone Press, 1986), Ronald Dore, *Taking Japan Seriously: A Confucian Perspective on Leading Economic Issues* (Athlone Press, 1987), Mari Sako, *Prices, Quality and Trust: Inter-firm Relations in Britain and Japan* (Cambridge University Press, 1992), Michael L. Gerlach, *Alliance Capitalism: The Social Organization of Japanese Business* (University of California Press, 1992) 「三輪芳朗・西村清彦編『日本の流通』(東京大学出版会、一九九一年)、伊藤修『日本型金融の歴史的構造』(東京大学出版会、一九九五年)、伊藤秀史編『日本の企業システム』(東京大学出版会、一九九六年)、橋本寿朗編『日本企業システムの戦後史』(東京大学出版会、一九九六年)、浅沼萬里『日本の企業組織革新の適応のメカニズム——長期取引関係の構造と機能』(東洋経済新報社、一九九七年)。また、特に法システムに焦点をあてた同様の視点か

らの研究として、Harald Baum (ed.), op. cit. を参照。なお、最近短絡的に唱えられている傾向が強い「日本型システム」没落論とアメリカ的な市場型システム万能論に対する冷静な批判として、宮本光晴「日本型システムの深層」(東洋経済新報社、一九九七年)がある。

(24) ルーマン著、春日訳『社会の経済』前掲三頁「日本語版への序文」。