

## 法の社会史的考察と「戦後法学」

—— 1960年代の基礎法学方法論をめぐる覚書——

出口 雄一

### 1. 序

既に古典的名著の地位を獲得している、村上淳一『近代法の形成』（岩波書店、1979年）の「はしがき」においては<sup>1</sup>、ヨーロッパ近代法の歴史的発展と前近代との連続面を明らかにし、更に、ヨーロッパ一般ではなく対象を限定して社会の全体構造の変動を論ずるという同書の目的を達するために、ある政治社会の「内部組織、社会構造、精神的態度」の総体的把握をめざす「国制史」（Verfassungsgeschichte）の一部をなす「概念史」（Begriffsgeschichte）研究の成果を利用することが明示され、その中核の人物であるブルンナー（Otto Brunner）が「国制史」を「構造史」（Strukturgeschichte）と等置していたことが注記された後に、「概念史」がドイツにおいて「近代的諸概念の過去への投影によって歴史を構成しようとした一九世紀ドイツ史学に対する反省」に基づいて発展し、その成果が『歴史基本概念辞典』（Geschichtliche Grundbegriffe）として公にされつつあることについての言及が続く<sup>2</sup>。

1930年代以降のドイツにおいて展開された「新しい国制史学」の影響の下に出発した日本における「国制史」研究は、戦後日本において「講座派の強い影響を受けて構築された西洋史学の革新に貢献」し、更に、「西洋史学以上にマルクス主義的な普遍的発展史観の影響力が強固であった日本史の領域」にも影響を及ぼした<sup>3</sup>。すなわち、日本における「国制史」研究は、憲

法的体制と価値としての民主主義、研究分野としての法社会学と共に「方法としてのマルクス主義」を特色として「戦前」の法学との断絶を企図した「戦後法学」に対し<sup>4</sup>、批判的な含意を持つ方法論として自覚的に展開されたという側面があると言えよう。このことは、村上自身においても「ヨーロッパ各国の社会がそれぞれ「資本主義の発達」という図式では割り切れない特色を示すもの」である以上は、「資本主義の発達」一本槍の学者」の方法論には限界があると厳しく指摘されているところである<sup>5</sup>。

しかしもとより、村上は「戦後法学」のあり方を全て否定しようとしているわけではない。やはり既に古典的名著となっている、『近代法の形成』の続編としての位置づけを持つ『ドイツ市民法史』（東京大学出版会、1985年）において村上は、川島武宜の「市民社会における法と倫理」に関して<sup>6</sup>、「資本主義的「近代」を浮き彫りにしたいという関心から、「前近代」の「前近代性」を強調するに急であり、それ故に「近代市民社会の母胎たるヨーロッパ伝統社会が絶対主義権力との闘いにおいて「自主的人間人格」を生み出した過程、「前近代」と「近代」との重層性については、ほとんど留意することがなかった」と批判しながらも<sup>7</sup>、その構想については以下のように評するのである。

緒論で引用した「市民社会における法と倫理」ばかりでなく、『所有権法の理論』をはじめとする川島武宜教授の多くの業績から、学生時代の私は新鮮な知的刺激（疑問を含む）を得た。前記『近代法の形成』と本書は、この体験を原点とする私のドイツ法講義の現状を映すものであるが、今後もしも立ち止まらずに努力を重ねてゆきたいと考えている。川島教授を含む何人もこの学者によって先鞭をつけられた法の社会史的考察の試みが、風化してしまうことのないように念じながら<sup>8</sup>。

この文章に明らかなように、『近代法の形成』及び『ドイツ市民法史』における叙述の方法論は、「法の社会史的考察の試み」として位置づけられている。後者が公刊された1980年代半ば以降に村上の仕事が「哲学的な」ものへと移行していくのは、その理論的深化の帰結と理解することが出来よう。しかしもとより、村上の仕事に正面から取り組むことは筆者の能力を大きく

超えるため、本稿においては、1960年代の村上における「概念史」の受容とその前史に範囲を絞って、同時代の法学のあり方との関連からのごく限定的な考察を試みることにしたい<sup>9</sup>。もっとも、このように射程を限定したとしても、ドイツ法専攻でない筆者が村上の仕事に向き合う役割を負う資格を持っていないことは勿論である。本稿が、いずれ本格的な分析が行われることを前提とした分野外からの試論に留まることにつき、予めご容赦を願う次第である。

## 2. 「法学史」から「概念史」へ

1956年に東京大学法学部助手に採用された村上は、民法の助手として来栖三郎に師事したが、翌57年にはドイツ法の助手として山田晟の指導下に移り、59年に同助教授、64年から66年にかけての(西)ドイツ留学を経て、1967年からドイツ私法4単位(夏学期)担当となった。私法担当となったのは、山田が「公法は難しいのでまず私法を担当するのがよいとされているから」という指示をした結果のようであるが、この指示を村上は「民主主義や人権の概念と取り組まざるをえない公法には、政治論が絡んできて難しい問題になりかねないから」という意味に受け取ったという<sup>10</sup>。

東京大学民事判例研究会における判例研究を除き<sup>11</sup>、村上の初の公刊論文は、私法学会における報告を踏まえて『法学協会雑誌』誌上に発表された「ドイツ普通法学の錯誤論」である<sup>12</sup>。村上の最初の単行書である『ドイツの近代法学』(東京大学出版会、1964年)の巻頭論文ともなっている同論稿は、錯誤論における意思主義と表示主義の間の論争について「資本主義の発達に伴う利益衡量の変化だけで片づけてしまうには、あまりにも複雑」であるとして、むしろ「法律構成の次元における対立——とくに法律学方法論(演繹的方法か帰納的方法か)や法源論(すべての法命題は制定法=ローマ法源の下に包摂されるを要するという立場をとるか否か)の対立——に由来するもの」として捉えようとする。村上の問題意識は、「社会学的な「法の解釈」をおこなうには、利益衡量自体を社会学的方法で研究するだけでなく、法律構成の論理構造を歴史的な諸条件との関連において明らかにするこ

と」が必要であるというものであった<sup>13</sup>。このことは、『私法』誌上に掲載された報告要旨に「附記」として加えられた以下の文章に明瞭に示されている。

「法の解釈」が「概念法学」ではなく「社会学的」なものでなければならぬということは、今日多くの学者によって承認されている。しかし、一旦わが国における「社会学的」な法解釈の方法論を反省すると、それが現在なおきわめて未熟であり、具体的な法律問題の解釈をめぐる混乱・紛糾をもたらしていることは、否定されえないように思われる。そして、「社会学的」な法解釈の方法論全体の中で最も弱い点は、おそらく法律構成の研究であり、とくに法源論の社会学的あるいは政治学的研究だと言ってよいだろう<sup>14</sup>。

続いて村上は、同書第 2 論文において、歴史法学派に焦点を絞ってドイツ法学の社会的・歴史的な背景の検討を行い、「歴史法学登場の前夜」である 18 世紀の絶対主義プロイセンにおける司法の近代化過程を踏まえて、「絶対主義国家権力のもとにおける市民法学の存在形態」としての歴史法学のあり方を論証する<sup>15</sup>。そして、第 3 論文においては、村上が歴史法学の代表者として位置づけるサヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) の 19 世紀前半の都市自治をめぐる営為、とりわけ「かれの歴史法学の官僚法学的」と「市民法学の存在形態」としての歴史法学の関係について、「急速な資本主義化の破綻を予防し、経済的自由主義に耐えうる市民的自立性を育成することをひとつの目的と」した当時の官僚制の側に立ったサヴィニーの「実定私法体系における顕著な市民的 = 経済的自由主義 (権利の体系) は、一九世紀前半のプロイセン官僚制の…特徴に照応するもの」であり、その「官僚法学」は「プロイセンの官僚制が市民的 = 経済的自由主義の遂行者だったかぎりにおいて、同時に「市民法学」たりえた」として、「サヴィニーにおける歴史主義、保守主義の契機を後景に押しやり、私法ドグマーティク形成者としての面のみを本質的なものとする傾向」のある「ドイツの法制史家 (Rechtshistoriker)」を批判し、「政治権力の問題と無関係に私法学の方法を論ずること」を戒める<sup>16</sup>。このような村上の分析の背景には、上述した第 1 論文に

おける問題意識から引き継がれた、「法学史研究の方法として、政治的・社会経済的背景を重視する方法をとるべきことは、かなり多くの研究者によって肯定されている」にもかかわらず「実際には、かような方法が具体的な研究に適用されて成功を取めた例は少ない」こと、その背景として、「法学史研究者がいわゆる「社会的背景」について、きわめて初歩的な常識をもつことで満足している」結果として「歴史法学、法実証主義、自由法運動などに関するわが国の従来の研究は、少数の例外を除いて、安易な決定論に陥るか、社会的背景を云々しながら実は思想の自己発展を承認する結果となって」いることへの批判的な視座があったことは言うまでもない<sup>17</sup>。

ここで村上が「少数の例外」として明示しているのは、第2論文において「歴史法学の社会的・政治的機能の分析」の例として、なお「実証的・機能的な分析はまだ十分ではない」との留保をつけながらも「すぐれた研究」として言及され<sup>18</sup>、『ドイツの近代法学』において山田・来栖と並んで指導を仰いだことが特記されている、磯村哲による仕事である<sup>19</sup>。磯村は1950年代に、「十九世紀におけるドイツ・ブルジョアジーの立場」に照応する歴史法学派の営為が、「当時のドイツにおけるブルジョア化の要求に応ずる、官僚による「上から」の自由主義的改革の目的に対応するもの」であると同時に「統治者・官僚の反動的「恣意」を抑制する機能を担い、「古代ローマ法の体系的概念的的操作」を「近代的経済自由主義の武器」に転化することを介して「啓蒙期自然法思想——自由市民層の諸理想——の諸成果を承認すること」へと繋がったと述べていた<sup>20</sup>。この構想が、村上の上述の分析の前提をなしていることは明らかであろう。

さて、第1論文から第3論文にかけての分析によって「一九世紀後半のドイツ法学史、ことにロマニステンのそれについては、ある程度の見通しを立てうる段階に達した」と判断した村上は、同書第4論文において「残された最大の問題」である「ゲルマニステンの法律学——とくに、法曹法に対抗して民衆法の地位の回復を主張するその法源論——について、その政治的・社会経済的意義を確定」する作業に、ギールケ (Otto von Gierke) を素材として取り掛かる<sup>21</sup>。ここで本稿の問題意識から興味深いのは、以下に見られるような形で、同論文において「法史学者」ブルナーの研究が参照されている点である。

戦後のドイツ法史学界においては、歴史法学派とは反対に、法ドグマティックよりはむしろ純粋な歴史研究の方に重点を置き、法史学をして真の意味での歴史学たらしめようとする努力が顕著だ、と説かれている。断るまでもなく、ここで法史学ないし歴史学とは、かつて歴史法学派が研究対象とした時代——ゲルマン法史の分野ではとくに中世——を対象とするものにほかならない。しかし、歴史法学派の特質に対する認識の深化によって裨益されるのは、単に古代・中世史研究のみではないのである。古代・中世史研究にとっては、歴史法学派によって歪曲された歴史認識を破壊することが今後の研究の前提として不可欠なのであり、歪曲の事実がみとめられさえすれば、その原因を探求することは副次的な意義をもつにとどまる。これに対して、かような歪曲の原因、とくにその政治的・社会経済的条件を徹底的に追求することは、われわれが従事する近代法学史研究にとって、きわめて大きな意義をもつのである。むろんこの仕事は、法史学者によっても試みられなかったわけではない。右のような観点からする近代法学史の検討にさいして、法史学者、たとえば O・ブルンナーによる学説史研究の意義を過小評価することは許されない<sup>22</sup>。

村上は、ブルンナーが 1939 年の著作『ラントとヘルシャフト』(Land und Herrschaft) において手がけたギールケの学説史研究について、その「中世国家論の時代的被制約性を指摘した点において法史学に大きな貢献をなしとげたものとされているが、同時にそれは、近代法学史の研究者にとっても重要な手がかりを提供している」とした上で、コンツェ (Werner Conze) によってブルンナーの指摘を発展させる研究が行われていることに目配りしつつ「この点に着目した近代法学史研究は未だになされていない」と述べ、その欠陥に関しても「かれが近代についての専門家でなかったという理由のみによるのではなく、ナチス的国家論の肌理の粗さがブルンナーにうけつがれたことにも起因する」としている<sup>23</sup>。この時期の村上が、自身の仕事を「近代法学史研究」と位置づけていたことは、師の一人である磯村が、同時期の仕事について「広義の社会学的法学にとどまるものであれ、さらに法学の独立の学問分野としての法社会学を構想するものであれ、上述の性格

を有する法学理論ないし法思想として法学史・法思想史上の一つの「類型」を構成する」ものとしての、「法と社会の関係（法の歴史的社会的諸条件）の認識を法学の重要な構造契機と見る「社会法学」の展開と構造の分析という共通の問題意識に導かれた「近代法学史」に関するものと自己規定していたことと併せて、示唆的である<sup>24</sup>。

さて、『ドイツの近代法学』を上梓し、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団の給費による在外研究を経て帰国した村上は<sup>25</sup>、ヤスパース(Karl Theodor Jaspers)<sup>26</sup>、ダーレンドルフ(Ralph Gustav Dahrendorf)<sup>27</sup>、ハーバーマス(Jürgen Habermas)<sup>28</sup>等のドイツの同時代的な仕事の積極的な紹介者となるが、本稿において注目すべきなのは、「いたるところで現代文明の危機が論じられている」1970年に、「古代・中世から近世に至るヨーロッパの社会・精神構造についての認識を欠く場合にはヨーロッパ近代の正確な把握は不可能であって、誤解ないし自由な想像力の駆使による「新解釈」にもとづき壮大な砂上樓閣を築きあげることにもなりかねない」という警句とともに、その「誤解」を避けるための基本研究としてリーデル(Manfred Riedel)の仕事を位置付ける村上が、更にその方法論的前提として、ヨーロッパの社会・精神構造の歴史的解明を目指し「新しい道」を拓いたブルンナーの『国制史及び社会史の新しい方法』(Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte)を、「政治的な「国家」と非政治的経済社会としての「市民社会」の分離を見た一八世紀後半以降の状況との対比において、societas civilisが同時に政治社会でありつづけた古代から近世に至る時期、とくにヨーロッパの形成後一八世紀後半までのいわゆる旧ヨーロッパ(Alteuropa)の社会・精神を明快に分析している」と、極めて高い評価と共に紹介している点である<sup>29</sup>。このブルンナーの著作の邦訳が、「平均月一回の読み合わせを行うほか、幾度かインテンシブな研究合宿をもこころみ、各自の分担する論文の訳稿について、忌憚なく徹底的に論じあい、修正をくりかえした」結果として刊行された、オットー・ブルンナー／石井紫郎・石川武・小倉欣一・成瀬治・平城照介・村上淳一・山田欣吾訳『ヨーロッパ——その歴史と精神』(岩波書店、1974年)である<sup>30</sup>。同書が1970年代以降における日本の基礎法学における「国制史」研究に大きな影響を与えたことは、ここで改めて指摘するまでも無いであろう<sup>31</sup>。

### 3. 「市民法学」をめぐる闘争？

ところで、『ドイツの近代法学』に対しては、同書が公刊された年の5月の『法律時報』誌に矢崎光圀による書評が寄せられている。同書を「ドイツの近代法学の『問題史』とすることができる」として、「網羅的な、ときには平板にすぎる学説史、ないし法思想史よりはるかに重みがあり、光彩陸離たるものをもっている」と評する矢崎は、しかし、特に第3論文における「市民法学と官僚法学という対比」に即して、同書の「連作の環にところどころヒズミが生じているのではないか」として、以下のように指摘する。

著者のように、法学をその政治的、社会的機能から考察しようとするばあいには、右のカテゴリーはかなり大きな比重をもつもののように考えられる。第三篇の手法をくりかえしていえば、官僚制に奉仕するかぎりでサヴィニーの態度は保守主義的官僚法学であるが、官僚制が経済的自由主義のみにない手たるかぎりで彼の態度も市民法学的だったのである。…ところで第一篇になると、官僚法学（的法律実証主義）は観念的な体系の論理的完結性を追求するのに、これに対し現実に通用する利益衡量を重視し国家的制定法を二次的なものとみるのが市民法学のようである。第三篇と第一篇とをくらべてみると、二つの法学のとらえかたにはズレがあるようにみえるがどうだろうか。著者の立場からいえば、その差はせいぜい、おなじ対象をいくらか角度を変えてみたときにおこる偏差くらいのものではないかとおもう。しかし、経済的条件と政治的動向、行動様式の一つの結節点として、かりに市民法学と官僚法学とがすえられているとすれば、このカテゴリーについて将来はより統一的な見解を示されることが肝要ではないだろうか<sup>32</sup>。

矢崎のこのような指摘の背景には、磯村により提起された「市民法学」概念についての村上との間の認識の齟齬が存在しているように思われる。矢崎は、磯村が鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座 日本近代法発達史』（勁草書房、1958～67年）に3回にわたって寄稿した「市民法学」



において、その冒頭において与えられた定義である「仕事の領域やアプローチの途は異なるにしても、市民的権利の確立という目的を追求した法思想」との認識を踏まえて<sup>33</sup>、やや時期が後になるが、「目的追求の面から見た法学のタイプ」として「市民法学」を捉えるならば、磯村が展開する「社会法学」と「両立することも、あるいは市民法学が他のファクターと結びついて社会法学から離れることも、その逆もまた可能になる」ことを指摘し、「ここで用いられたのと同じ意味で他の人びとがそれを用いているとは限らないし、市民法学という言葉がもつ今日的意義から見ても、同種の言葉の用法には注意を要する」ことに言及しているのである<sup>34</sup>。

ここで矢崎が「今日的意義」として参照先としているのは、同時代において、「戦後第二期」の市民社会論との関わりからは必ずしも十分に展開されなかった、「戦後法学」の磁場の下での「市民法学」のあり方である<sup>35</sup>。周知のように、1950年代後半の「大衆社会論争」と「60年安保」を通じて、松下圭一らを始めとする論者が戦後日本社会における「市民」概念のあり方への問いと関連付けた「市民社会」論を展開したが<sup>36</sup>、この時期の「戦後法学」の中心的なテーマは「国家独占資本主義」概念をめぐる「現代法」に関する論争であり、そのマルクス主義的な市民概念の限界から、「戦後法学」の圏域にある多くの法学者たちは「市民」及び「市民社会」についての論争と距離をとっていた<sup>37</sup>。1966年に刊行された『思想』誌上において法学の立場から「市民法学」について論陣を張った矢崎は、上述の磯村の定義を参照しながら「市民法を対象とした法学にはすでにドイツや日本では伝統的な概念法学があり、市民法学はどちらかという、その内在批判、そうして市民的権利の確立という方向で展開された」と指摘しつつも<sup>38</sup>、「上からの近代の形成を担う法律学」すなわち「官僚法学」と対置される「下からの形成を担う法律学」としての「市民法学」という「戦後法学」側からの渡辺洋三の定義を明示的に参照する<sup>39</sup>。しかし一方で矢崎は、「大衆社会論」との関連から「市民の観念はブルジョワという歴史的カテゴリー以上に、それよりもひろく、価値的にもたかいものとしてもちいられようとする」ことにも注意を促し、マルクス主義法学への批判的な立場を慎重に選びとっている<sup>40</sup>。同時期の「戦後法学」を相対化するこのような矢崎の方向性は、1980年代以降に清水誠らによって展開される「新しい市民社会論」と連動する「市民

法学」の論点がある程度先取りしたものと言えよう<sup>41</sup>。

さて、矢崎の書評及びその前提となる「市民法学」理解に対して、村上はただちに反論を行い、「市民法学」ないし「官僚法学」の概念は「超時代的な論理的カテゴリーではなく、それぞれの時代の市民的自由の擁護または官僚制の支配に奉仕した法律学の呼び名にすぎない」として、「市民的自由の内容や官僚制の機能の変化に応じて「市民法学」ないし「官僚法学」の性質が変化していくことは、当然なのである」と応じている<sup>42</sup>。この点は、上述した第 1 論文についての「附記」において、既に「裁判官を制定法に拘束するという意味での法治国思想は、歴史的にはむしろ啓蒙的絶対主義の子だったのであり、絶対主義的な傾向をとどめる国家権力の下では、法治国思想は状況に応じて権力的支配の正当化に奉仕しうるものとなる」として、その際には「自由法運動がまさに市民法学の性格を帯びて登場するのであって、自由法運動に加えられる非難の多くはここでは的外れである」ことへの言及、更に、「法治国思想が常に権力的支配と結合して現われるというのではない。法規に忠実な司法・行政が市民的権利の擁護に役立つ場合の多いことは、否定しえない事実である。だが、これを直ちに一般化することによって混乱がはじまる」との指摘に見られるような鋭利な分析視覚として示されていた<sup>43</sup>。

村上は、師の一人である山田を「ニュヒテルン (nuechtern) な観察者」であったとして、東大紛争直前に退官して成蹊大学において学生との交渉に臨んだその姿を「先生のニュヒテルンハイトは、温かいユーモアと人間味の側面でもあった」旨を回顧しているが<sup>44</sup>、山田が去った後に自身も東大紛争の当事者となり<sup>45</sup>、同時代の西ドイツの学生運動の急進化を「高度の経済成長」とともにもたらされた「技術革新時代、科学時代」の、内部から生まれた反逆にほかならない」として、一部の知識人により展開されていた「お手本型」や「劣等感克服型」のドイツ観を戒める村上自身もまた<sup>46</sup>、時代状況に対する「ニュヒテルンな観察者」であった。村上は、同時代の「市民社会論」に対して、日本社会における「市民法の不全」の問題化ではなく、「概念史」的方法に基づく分析によってこれに応じたのである<sup>47</sup>。この後の村上は、ヨーロッパの「市民社会」の多様性を歴史的に析出し<sup>48</sup>、「良き旧き法」ないし「既得権」の射程について既存のイメージを刷新し<sup>49</sup>、「所有権」概念の変質の過程を詳細に追い<sup>50</sup>、これらの成果を踏まえて 1979 年に

『近代法の形成』を上梓するに至った。基礎法学のみならず同時代の実定法学にも大きな衝撃をもたらした同書について<sup>51</sup>、矢崎は「近代を中世との峻別において捉える手法に対し、中世からの連続のうちにさまざまな観念、諸制度が徐々に近代の変形をとげる側面をクローズアップすること」は「読者に考えさせるものをもっていると思う」と評し、村上が採用した「概念史」の方法についても「構造史、社会史などとの関連においても、背後に議論を含むものをもち話題となるであろう」と好意的に紹介している<sup>52</sup>。これに引き続いて村上は、やはり「概念史」的手法に基づいて精力的に論考を発表し、その成果を1985年に『ドイツ市民法史』へとまとめるが<sup>53</sup>、その内容に関して村上を「新保守主義者」として批判する書評に対する以下のような反論は、首尾一貫した「ニュヒテルンな観察者」としての村上のスタンスを示すものであろう。

《信仰(思想・精神)に立脚する自律人》なるものは、やはり一個の理念ないしイデオロギーではなからうか。その理念を歴史的事実であったかのように説きさえすれば安心立命を得られるものであろうか。私の試みたイデオロギー批判のゆえに私を「新保守主義者」と呼ばれるのであれば、それに抗議するつもりはない。保守主義者たることは必ずしもつねに不名誉なことではないのである。しかし、課題としての「近代」(弱者を支えることによってすべての人間の自律の理念を——福祉国家的他律の下で——不完全ながらも実現すること)に立ち向かうのでなく、想定された歴史的過去としての「近代」を信奉して《信仰(思想・精神)に立脚する自律人》の夢を追うことが、果たして進歩的なのであろうか<sup>54</sup>。

一方で村上は、「市民法学」及び「官僚法学」に関して「勝利を収めたのは両者のいずれでもな」かったという、『ドイツの近代法学』における検討の帰結を踏まえて<sup>55</sup>、その「勝者」である初期イエーリング(Rudolf von Jhering)及びヴァイントシャイト(Bernhard Windscheid)によって代表される「構成的法律学」の検討へと進む<sup>56</sup>。これに続き、イエーリングの『権利のための闘争』の改訳<sup>57</sup>、及び、同書を元にした市民セミナーを手がけた村上は、後者の中で、実生活の必要にこたえるための「法的構成」を主要な

任務とする「構成法学」としての「概念法学」に言及し、師である山田のような例外を除くと、日本ではこれを「講壇法学」の意味で理解する 경우가多いことに言及している<sup>58</sup>。このことは、磯村がかつて「市民法学」と対置した、日本における「概念法学的法実証主義」の成立の背景についての村上からの応答とも捉えることができるであろう<sup>59</sup>。更に村上はここから、「われわれにとつての『権利のための闘争』」について考えるためには「精神構造をも含んだ社会構造をそれぞれの社会について明らかにする必要なのではないか」と述べ、川島に加えて野田良之、更に大木雅夫の日本社会論の分析に踏み込んでいる<sup>60</sup>。しかしこの頃から村上は、ロマン主義の分析から同時代のドイツにおける「論証倫理学」論争の検討を通じて<sup>61</sup>、1970年代以降村上が理論的参照軸として重視していたルーマン (Niklas Luhmann) が<sup>62</sup>、ハーバーマスの論争を踏まえて展開していく「自己塑成的」な社会システム理論を本格的に受容していくことになる<sup>63</sup>。

#### 4. 結びに代えて

1993年に東京大学を停年退官して同学の名誉教授となり、桐蔭学園横浜大学(当時)法学部へと転じた村上は、翌年に創刊された同学部の紀要『桐蔭法学』の巻頭論文において「包摂技術 (Subsumtionstechnik)」について取り扱い、ドイツにおいては法学教育のみならず法実務においても重視されるこの「包摂技術」が<sup>64</sup>、日本では重きを置かれていないことに注意を促す<sup>65</sup>。この村上の分析の背景には、上述のように、後期ルーマンの社会システム理論に基づく法の捉え方が置かれている。すなわち、「法システムが二分法的にコード化されている」ことを強く意識するが故に「ドイツの法学教育と法実務において包摂技術を重視せざるをえない」こと、その前提として「法においてセカンド・オーダーの観察のレベルが設定されていること」が「ヨーロッパの伝統の特徴をなしている」というルーマンの所見を紹介する村上は、これが決して自明のことではなかったとして、「法規範の提示を控えるべきだと説き、法にこだわるのは良くないとする高文化 (Hochkultur) も現に存在する」とのルーマンの議論に言及した上で、「各種の機能システムの文

化を「進化的成果」として理解するルーマンのシステム理論によれば、こうした文化はやはり〈遅れた高文化〉として位置づけられることに」なり、「日本の法学教育において包摂技術が重視されていず、法実務においても包摂過程の明示が要求されていないことは、「蓋然性に逆らった進化」の問題と関連するであろう」と述べているのである<sup>66</sup>。

しかしもとより村上が、ドイツ法及びドイツ法学を理想化して日本法の「不全」を批判しようとするわけではないことは<sup>67</sup>、村上自身が自らの法律学への取り組みの最初期において、その論理は「主観に客観の外観を与える二枚舌ではないかという疑問」を抱き、『近代法の形成』及び『ドイツ市民法史』を執筆する動機について「学者が説く近代法の図式とヨーロッパ近代社会の現実との落差を明らかにすることにあつた」と回顧していることから明らかである<sup>68</sup>。思想家フルッサー(Vilém Flusser)に刺激を受けた村上は<sup>69</sup>、西洋の「近代」は、「それぞれの権利を実定的な権利として保障してくれる」ような国家主体を「各人は契約により、自己にとっての客体として生み出す」と同時に「各人は、客体として生み出される国家主体によってはじめて個人主体(Subject)として生み出される」というような「仮想現実」を「それが現実でなく仮象にすぎないことを知りながら」構築し、イギリスやフランスと異なり、ドイツにおいては「互酬関係という現実が倫理の領分に追いやられること」により「仮想現実だけが——国家の優位の是認に傾きながら——法の現実を占領することになった」と述べるに至る<sup>70</sup>。ここでは、ルーマンの社会システム理論を踏まえて「もろもろの機能システムと並んで法/不法の二分法的コードをもつ法システムを分化させ」ることで「世間を知らず人間を知らなくとも、具体的ケースについての決め手を知ることができる」状態をつくり出した西洋の近代と、「西洋法を受容した後にも二分法的なコード化になじまず(法規によって黑白をはっきりさせることへの前近代的懐疑)、人情の機微に通じた上位の第三者による情理兼ね備えた紛争解決を待ち望んできた」日本とが対置され、後者が「上位の第三者による二分法コードの相対化」として「西洋の眼にはポストモダンと映ることもある」とされるのである<sup>71</sup>。

この時期の村上の仕事が、1998年に逝去した師の来栖三郎の遺稿を『法とフィクション』(東京大学出版会、1999年)の形でまとめ<sup>72</sup>、かつ、「来

栖のフィクション研究を現代の理論水準によって補強することを意図」したものであったことは<sup>73</sup>、上述のような〈法〉に関する日本と西洋のあり方の差異の認識・背景とするものであったと思われる<sup>74</sup>。同書の「はしがき」において村上は、来栖が「フィクションに対し、あえてアンビヴァレントな態度をとっている」ことに注意を促し、「このアンビヴァレンスこそがフィクション論に必然的に伴うものだということを、著者は明らかにしたかったのであろう」として、1950～60年代において「法解釈論争」へと展開していった来栖の問題意識を以下のように整理する。

各人の主観が打ち出されるファースト・オーダーにポジションをとったときは「人民を擁護する心掛け」をもつべきであり、さらに、さまざまの主観が相対化されるセカンド・オーダーにポジションをとって、法／不法の二分法的コードによる法的コミュニケーションのために欠かせない「正確さへの熱意」を示すべきであるというのが、〔来栖三郎「民法の講義を始めるに当って」『歩む』7号（1969年）〕当時の著者〔来栖〕の基本的なスタンスであった。…しかし、問題は、まさに著者の言う「正確さ」が、法文解釈の正確さであれ社会学的観察の正確さであれ、解釈者ないし観察者によって意識されないその主観と無縁ではないこと、「正確さ」自体が厳密に言えばフィクションにはほかならないということであろう<sup>75</sup>。

このように来栖のフィクション論を理解する村上の理論的背景には、「主観的価値判断を貫こうとする「意欲」は、当然他人も同様な意欲をもつことを認めざるをえず…いくつもの主観的価値判断のなかからの主観的選択が裁判だということになると、法は予め与えられている確かな基準ではなく、さまざまな主観の争いから——あたかも豆乳にニガリを加えれば豆腐が固まってくるように——おのずと形成されてくる「析出物」、暫定的で可変的な析出物だということになる」というような形で展開される、村上による「法のポストモダン理論」がある<sup>76</sup>。しかし、そうであるならば一層、法律家には「法的コミュニケーションはフィクション（仮構・擬制・約束事）のレベルで展開されるものだという前提の下で、その仮構を保つための論理的な思考能力・表現能力を身につけること」が必要となろう<sup>77</sup>。司法制度改革審議

会の議論に基づく法科大学院制度の導入を見据えて、このことが日本社会において正面から問われたことを踏まえ、2002年10月に村上の主導の下で桐蔭横浜大学において開催されたシンポジウムが「法律家の歴史的素養」であった。

「法科大学院を支える法学の基礎研究と基礎教育のあり方」についての十分な再検討がなされていないという前提の下に、「先端的な法学基礎研究と取り組んでいる法学者が専門横断的、大学横断的に討論を重ねる必要がある」という発想に導かれて、「先端的な基礎研究が実務重点教育のためにも役立つはず」であるということを伝えない限り、既存の法学部と法学研究科の存在意義が問われるばかりか、法科大学院においても「実務家の常識を覆すような現代社会の展開をきちんとフォローできないままで「実務重点教育」に忙殺されることになりはしないか」との村上の憂慮に導かれたこのシンポジウムにおいては、報告及び討論において様々な論点が提示されたが<sup>78</sup>、本稿の末尾において言及すべきなのは、守矢健一のコメントに対する村上の以下のような応答と、その前提として執筆された2つの論考である。

サヴィニーによる「非常にラディカルなドグマティック」樹立の試みは、構造史 (Strukturgeschichte) 的ゼマンティックの観点から見れば当時の身分制的环境を近代法システムのなかに——Unrecht ないし Nicht-Gelten として——転写する作業に他ならなかったと解することができるというのが、この論文〔「貴族サヴィニーの民事訴訟」〕で私の言いたかったことです。これは、実はオットー・ブルンナーからニクラス・ルーマンへの展開として跡づけることのできる〈構造史としての概念史〉の構想に由来するものです。…皆さんからご覧になれば、私の仕事は、いろいろ「哲学的」なものに手を出しているように見えるかもしれませんが、1979年の『近代法の形成』から現代に至るまで変わりばえしないやりかたでオッシレーション (Oszillation) を試みているだけのことです。ちょうど餅を焼くのに何度も裏返しては焦げつかないように気をつけるのに似たやり方です。「パラドクスの不可視化」といった観念も、〈構造史としての概念史〉を試みるための道具立ての1つなのです<sup>79</sup>。

自身の方法論の変遷をこのように位置づける村上は、貴族であったサヴィニーによる近代法概念の構築の営為を「システムの自己観察と自己記述」によって「パラドクスの不可視化」を模範的に実現した「セカンドオーダーの観察者」としてのものであったとして、現代の状況に当てはめるならば「自覚的または無自覚的に違法行為をしても自己の利益の実現を図る政治家や経営者は、少なくとも法システムの観点から見ればファーストオーダーで行動している、ということになる。かれらの行動を法／不法のコードによって判断する法律家は、サヴィニー以来のセカンドオーダーの観察に習熟した専門家として、近代法システムの自己準拠的作動を可能にしている」と述べ<sup>80</sup>、かつ、ルーマンの『社会構造とゼマンティック』(Gesellschaftsstruktur und Semantik)を、ブルンナーがコンツェ及びコゼレック (Reinhart Koselleck) と共に編者となった、本稿の冒頭において言及した『歴史基本概念辞典』を「批判的に継承する概念史」として位置づける<sup>81</sup>。そのような村上にとって、「1つ上のオーダーから観察することによってサヴィニーの業績の位置づけを行う」ような仕事は「法制史学者の皆さんが手がける歴史とは趣を異にするかもしれませんが、少なくとも歴史社会学の一種であり、実定法学の自己理解を助ける役割をそれなりに果たせるのではないか」というような位置づけを与えられることになる<sup>82</sup>。村上の仕事は、実定法学との接続を念頭に置いた「近代法学史」として始まり、法の社会史的考察を行う方法論として「概念史」を受容した上で、意味論的に——おそらくは〈法〉に対する思想史的なアプローチとして<sup>83</sup>、しかし、あくまで実定法学との接続を最後まで堅持する形で——展開されたということにならうか。そうであるならば、村上によって「趣を異にする」として距離を置かれた法制史学／法史学の側から、その仕事の意味と射程を改めて検討する必要があるように思われるが、しかし、この課題は筆者の能力の到底及ぶところではない。

※本稿は、平成 30 年度科学研究費基盤研究 (C)「「戦後体制」の形成過程に関する近現代法史の観点からの実証的再検討」の一部である。



(Endnotes)

- 1 本稿は歴史的検討であるため、以下敬称を略する。御海容いただきたい。
- 2 村上淳一『近代法の形成』(岩波書店、1979年) iii頁以下。
- 3 西川洋一「国制史学の対象と方法」水林彪・青木人志・松園潤一朗編『法と国制の比較史——西欧・東アジア・日本』(日本評論社、2018年) 37頁以下。
- 4 広渡清吾「戦後法学と法社会学」『法律時報』80巻10号(2008年) 70頁。
- 5 村上淳一「ヨーロッパ近代法の諸類型」平井宜雄編『社会科学への招待 法律学』(日本評論社、1979年) 42頁。
- 6 川島武宜「市民社会における法と倫理」同『法社会学における法の存在構造』(日本評論社、1950年) 97頁以下〔初出1942年〕。ただし、初出時のタイトルは「自由経済における法と倫理」であり、同書への収録時に改稿が施されている。この点に関し、高橋裕「川島武宜——その初期の活動」小野博司・出口雄一・松本尚子編『戦時体制と法学者 1931～1952』(国際書院、2016年) 283頁以下、及び、拙稿「戦時期の生活と「遵法運動」」法政大学大原社会科学研究所／榎一江編著『戦時期の労働と生活』(法政大学出版局、2018年) 245頁以下を参照されたい。
- 7 村上淳一『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、1985年) 2頁以下。
- 8 同前 365頁。なお、本稿における引用は、後に単行書に収録されている場合にはそちらに依ることとし、初出年次のみを示した。引用箇所においては、断りのない限り原文の圈点及び注を省き、必要に応じて原語を( )で補った。〔 〕は筆者による補記、「…」は中略箇所である。引用文中で表記が統一されていない用語があるが、原文のままとした。
- 9 詳しくは、Kenichi MORIYA, *Neuere deutsche Rechtsgeschichte in Japan*, 2. Teil: Von 1980 bis zur Gegenwart, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 31, 2009, S. 96-107. を参照。なお、筆者の問題関心については、拙稿「戦時・戦後初期の日本の法学についての覚書(2・完)——「戦時法」研究の前提として」『桐蔭法学』20巻1号(2013年) 40頁以下、及び、拙稿「「戦後法学」の形成——一九五〇年代の社会状況との関係から」『年報日本現代史』編集委員会編『戦後システムの転形(年報日本現代史 20

- 号)』(現代史料出版) 37 頁以下を参照されたい。
- 10 村上淳一「日本におけるドイツ法研究と山田晟先生」『日独法学』22 号 (2005 年) 3 頁。本号に所載の「経歴と著作」も参照されたい。
  - 11 木場顕は、来栖の下で民法学に取り組んでいた村上の「判例評釈をみると判断が早いような気がした」ので「歴史をやるようにと勧めたというふうに来栖先生はおっしゃった」というエピソードを紹介している(清水誠・山田卓生編『来栖三郎先生を偲ぶ——来栖先生を偲ぶ会の記録』(信山社、2000 年) 63 頁)。
  - 12 村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」『法学協会雑誌』76 卷 3 号 (1960 年) 278 頁以下。
  - 13 村上淳一「ドイツの普通法学の錯誤論」同『ドイツの近代法学』(東京大学出版会、1964 年) 3 頁以下。
  - 14 村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論——意思主義・表示主義論争の意義について」『私法』22 号 (1960 年) 87 頁以下。
  - 15 村上淳一「プロイセンにおける Machtspruch」同前掲『ドイツの近代法学』138 頁〔初出 1961 年〕。
  - 16 村上淳一「プロイセンの都市自治とサヴィニー」同前 186 頁以下〔初出 1962 年〕。ここで批判的に言及されるのは、ヴィーアッカー (Franz Wieacke) と、それに依拠した世良晃士郎の仕事である。
  - 17 同前 142 頁。
  - 18 村上前掲「プロイセンにおける Machtspruch」85 頁以下。
  - 19 村上前掲『ドイツの近代法学』序。なお、守矢健一「日本における解釈構成探求の一例——磯村哲の法理論の形成過程」松本博之・野田昌吾・守矢健一編『法発展における法ドグマティックの意義——日独シンポジウム』(信山社、2011 年) 13 頁を参照。
  - 20 磯村哲「啓蒙期自然法理論の現代的意義」同『社会法学の展開と構造』(日本評論社、1975 年) 136 頁以下〔初出 1956 年〕。
  - 21 村上淳一「ドイツの協同組合運動とギールケ」同前掲『ドイツの近代法学』195 頁〔初出 1963 年〕。
  - 22 同前 198 頁。
  - 23 同前 200 頁以下。この点に関しては、西川洋一「Volksgeschichte と Ver-

- fassungsgeschichte —— ドイツ国制史研究史への一視角『国家学会雑誌』109巻9・10号(1996年)130頁以下、同「オットー・ブルンナーの「ラント」論をめぐるいくつかの問題」『国家学会雑誌』123巻11・12号(2010年)108頁以下を参照。
- 24 磯村前掲『社会学の展開と構造』1頁。「イデオロギー的な熱狂」に対する「学問的分析」のあり方として、「社会学からの挑戦を、単に政治的にのみならず、法学的に受け止める」ために、磯村が「法源論に本格的に取り組むことが重要だと考えた」との指摘は(守矢前掲「日本における解釈構成探求の一例」12頁以下)、村上の方法論への影響という観点からも重要である。
- 25 村上淳一「ドイツ法学の方法と民主主義」『法学協会雑誌』83巻6号(1966年)118頁。
- 26 カール・ヤスパース／村上淳一解説・訳「戦後保守体制の苦悩——一党寡占から独裁へ」『世界』254号(1967年)35頁以下。
- 27 村上前掲「ドイツ法学の方法と民主主義」108頁以下。
- 28 村上淳一「〈紹介〉ハーバマス「公共の構造変化」」『法学協会雑誌』84巻4号(1967年)52頁以下。
- 29 村上淳一「〈紹介〉リーデル「ヘーゲル法哲学研究」」『法学協会雑誌』9巻10号(1970年)49頁以下。
- 30 成瀬治「訳者あとがき」オットー・ブルンナー／石井紫郎他訳『ヨーロッパ——その歴史と精神』(岩波書店、1974年)384頁。
- 31 佐藤雄基「過去の法へのまなざし——日本法史学史」高谷知佳・小石川裕介編『日本法史から何がみえるか——法と秩序の歴史を学ぶ』(有斐閣、2018年)178頁。なお、ブルンナーに影響を与え、「新しい国制史学」の方法的基礎の構築に寄与したフライヤー(Hans Hreyer)が、19世紀の市民社会・産業社会を「存在のすべての領域の市場経済への従属と、市場に特徴的な思考方法の倫理の領域への拡張」として批判の対象としていたとの指摘は、本稿の分析にとって示唆に富むものである(西川前掲「VolksgeschichteとVerfassungsgeschichte」135頁以下)。
- 32 矢崎光圀「村上淳一「ドイツの近代法学」」『法律時報』36巻5号(1964年)60頁以下。

- 33 磯村哲「市民法学」同前掲『社会法学の展開と構造』3頁〔初出1959年〕。
- 34 矢崎光圀「近代法学史における市民法学と社会法学——磯村哲『社会法学の展開と構造』を読んで」『法律時報』48巻5号(1976年)84頁以下。
- 35 山口定『市民社会論——歴史的遺産と新展開』(有斐閣、2004年)85頁以下。
- 36 詳しくは、植村邦彦『市民社会とは何か——基本概念の系譜』(平凡社、2010年)、及び、趙星銀『「大衆」と「市民」の戦後思想——藤田省三と松下圭一』(岩波書店、2017年)等を参照。
- 37 前掲拙稿「戦後法学」の形成」56頁以下。ここで「戦後法学」において用いられる「現代法」概念は、後述する後期村上の「現代法」概念と異なるものであることには注意を要する(松本尚子「戦時法研究をめぐる作業概念の変遷について——ドイツ法史の立場からみた「現代法」を中心に」小野・出口・松本編前掲『戦時体制と法学者』43頁以下)。
- 38 矢崎光圀「法と市民主義」『思想』504号(1966年)801頁。
- 39 渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」同『現代法の構造』(岩波書店、1975年)15頁以下〔初出1965年〕。この参照の仕方からも理解されるように、矢崎自身は「現代法論争」に積極的なコミットメントを行っておらず、方法論としても——川島武宜の影響下にあるものの、川島自身がそうでなかったように——「戦後法学」の潮流に属しているとは言えない(矢崎の方法論に関しては、角田猛之「矢崎法哲学と法文化——法文化の視座からの内面的理解」ホセ・ヨンパルト他編『法の理論』26号(2007年)133頁以下、同「矢崎法哲学と法文化——法理学から法文化論への展開」『関西法学』59巻3・4号(2009年)451頁以下を参照)。この点を含めて、戦後の法学と「戦後法学」の関係については、人的な継承関係や学会・研究会等のあり方も含めて、一層の検討が必要であろう。他日を期すこととしたい。
- 40 矢崎前掲「法と市民主義」803頁。
- 41 この点と関連して、後に「新しい市民社会論」の理論的基盤となるハーバーマスの理論が果たす役割に対して、同時代の村上が、1967年6月にハーバーマスが学生に呼びかけた「西ドイツの学生の任務、学生の反対運動の任務は、理論的見通しの不足、隠蔽と異端視に対する感受性の不足、急

進性の不足、社会的法治国家とデモクラシーをうたう憲法の解釈と実践における徹底性の不足、先取能力と政治的想像力の不足を克服することであったし、今でもそうである」との発言にもかかわらず、「急激に急進化した学生運動家は、もはや歴史の発展についての公衆啓蒙家としての役割に満足しえない。ハーバーマスの理論にもかかわらず、西ドイツの公衆は、帝政ドイツ以来の権威主義的思考とこれを再生産する「操作的公共」の圧力の下に、「批判的公共」を展開するどころかむしろ…右傾の徴候を見せて」おり、学生運動家は「ハーバーマスと袂を分かった」旨を紹介していることは示唆的であろう(村上淳一「「権威主義」から「人間性の回復」へ——西独の思想状況と学生運動」『世界』270号(1968年)163頁以下)。

- 42 村上淳一「「市民法学」と「官僚法学」——「ドイツの市民法学」に対する批評にこたえる」『法律時報』36巻6号(1964年)59頁。
- 43 村上前掲「ドイツ普通法学の錯誤論——意思主義・表示主義論争の意義について」87頁。
- 44 村上前掲「日本におけるドイツ法研究と山田晟先生」4頁以下。
- 45 村上淳一・石井紫郎・三谷太一郎「「学生参加」と「学生自治」——大学共同体の解消を」『朝日ジャーナル』10巻52号(1968年)109頁以下。  
なお、後年村上は「自己の内部に「自律的人格」の核を見出せない若者が一層の他律に走ることを、どうして阻止できよう。一九六〇年代末の「学生の反乱」は、まさに、「うそ」(仮象)を「事実」(実在)と取り違えた「権威」に向けられたのではなかったか」と回顧している(村上淳一「あとがき」同『現代法の透視図』(東京大学出版会、1996年)195頁)。
- 46 村上前掲「「権威主義」から「人間性の回復」へ」157頁以下。
- 47 水林彪『法と国制の歴史理論』(創文社、2010年)6頁以下。なお、水林の方法論はその後「比較文明史的国制史論」へと進むが、その意義については別稿において検討を行いたい。
- 48 村上淳一「ドイツ「市民社会」の成立」『法学協会雑誌』86巻8号(1969年)。
- 49 村上淳一「「良き旧き法」と帝国内制 (1)~(3)」『法学協会雑誌』90巻10号~91巻2号(1973~74年)。
- 50 村上淳一「近代的所有権概念の成立」星野英一編『私法学の新たな展開』

- (有斐閣、1975 年)、同「近代法体系の形成と「所有権」」『法学協会雑誌』93 卷 2 号 (1976 年)。
- 51 『法制史研究』30 号 (1980 年) は、中世史 (山田欣吾)、近世史 (成瀬治)、民法学 (星野英一) の 3 名による書評の形でその衝撃に応答している (362 頁以下)。
- 52 矢崎光圀「村上淳一著『近代法の形成』」『法律時報』51 卷 12 号 (1979 年) 120 頁
- 53 同書は、村上淳一「倫理的自律としての私的自治」『法学協会雑誌』97 卷 7 号 (1980 年)、同「倫理的人格・法的人格・法人」『法学協会雑誌』98 卷 6 号 (1981 年)、同「近代ドイツの経済発展と私的自治」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(東京大学出版会、1980 年)、同「ドイツにおける労働者代表制度の形成」『法学協会雑誌』99 卷 1 号 (1982 年)、同「ドイツ市民社会と職業身分制」『法学協会雑誌』99 卷 11 号 (1982 年)、同「ドイツ市民社会と家族」『法学協会雑誌』100 卷 3 号 (1983 年)、同「西ドイツの経済権力と私的自治」『法学協会百周年記念論文集 (3)』(有斐閣、1983 年) を元にし、これらに手を入れて大幅に組み替えたものである (村上前掲『ドイツ市民法史』364 頁)。
- 54 村上淳一「河上倫逸氏の書評に寄せて」『法制史研究』37 号 (1987 年) 371 頁以下。《 》は河上書評において用いられた文章の引用箇所を示す。
- 55 村上前掲「『市民法学』と『官僚法学』」59 頁。
- 56 村上淳一「法律の「一般性」について——近代法律概念の成立と変質」鈴木祿弥・五十嵐清・村上淳一編『概観ドイツ法』(東京大学出版会、1971 年) 91 頁以下、同「ドイツ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1976 年) 118 頁以下。
- 57 イェーリング／村上淳一訳『権利のための闘争』(岩波書店、1982 年)。
- 58 村上淳一『「権利のための闘争」を読む』(岩波書店、1983 年) 227 頁以下。
- 59 磯村前掲「市民法学」4 頁以下。
- 60 村上前掲『「権利のための闘争」を読む』274 頁以下。なお、この点は本稿の末尾で若干言及する。
- 61 村上淳一「ロマン主義の政治思想——アーダム・ミュラーにおける秩序と人間」、同「道徳意識の理性」同『ドイツ現代法の基層』(東京大学出版会、

1990年〔初出1987年、1989年〕)。

- 62 N・ルーマン／村上淳一・六本佳平訳『法社会学』（岩波書店、1977年〔原著1972年〕）。
- 63 村上淳一「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」同前掲『ドイツ現代法の基層』67頁以下〔初出1990年〕。
- 64 「包摂技術」に関しては、さしあたり、青井秀夫『法理学講義』（有斐閣、2007年）425頁以下を参照。なお、児玉寛「サヴィニーと「法律解釈の一義的明晰性ルール」・断章Ⅰ」河内宏他編『市民法学の歴史的・思想的展開 原島重義先生傘寿』（信山社、2006年）243頁以下、同「サヴィニーの類推論について 断章Ⅱ」林信夫・佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系——無償行為論・法過程論・民法体系論 広中俊雄先生傘寿記念論集』（創文社、2006年）545頁以下、及び、石部雅亮「要件事実論と法史学」伊藤滋夫編『要件事実論と基礎法学』（日本評論社、2010年）231頁以下も参照されたい。
- 65 村上淳一「包摂技術とコミュニケーション」同前掲『現代法の透視図』101頁以下〔初出1994年〕。村上淳一「ドイツにおける法律可用性の現況」『ジュリスト』1016号（1993年）72頁以下、同「ドイツの法学教育」『法律時報』67巻2号（1995年）63頁以下も参照。なお、ドイツにおける法学教育及び法曹養成の歴史的背景については、石部雅亮「「実務法学（Praktische Rechtsgelehrsamkeit）」について——レラチオンステヒニク（Relationstechnik）を中心に」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』（東京大学出版会、1993年）137頁以下、同「啓蒙期自然法学から歴史法学へ——18世紀ドイツの法学教育の改革との関連において」河内他編前掲『市民法学の歴史的・思想的展開』154頁以下を参照。
- 66 村上淳一「包摂技術とコミュニケーション」111頁以下。ニクラス・ルーマン／馬場靖雄・上村隆広・江口厚仁訳『社会の法（1）』（法政大学出版局、2003年）179頁以下〔原著1993年〕。ルーマンはこの種の「高文化」として、韓国の儒教文化とともに川島武宜の日本法分析を引用し、「川島のテーゼについては、今日的状況に照らして異論も寄せられているが、日本において、厳格な二分コードに対して距離がとられていることを示す、他の研究」として石村善助の論考を挙げている（370頁以下）。

- 67 村上は、「ここでは包摂の「演繹的部分」の省略を非難しようというのではない。日本の法思考の一つの顕著な、ドイツとは対照的な特徴をここに見出し、比較法の手がかりとしようというのが、本章の意図である」と述べている (村上前掲「包摂技術とコミュニケーション」123 頁)。
- 68 村上淳一『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉』(東京大学出版会、2000 年) 1 頁。
- 69 村上淳一「思想家ヴィレム・フルッサーの多文化的背景」同前掲『システムと自己観察』143 頁以下〔初出 1998 年〕。ヴィレム・フルッサー／村上淳一訳『サブジェクトからプロジェクトへ』(東京大学出版会、1996 年)、同『テクノコードの誕生——コミュニケーション学序説』(東京大学出版会、1997 年)。
- 70 村上淳一『〈法〉の歴史』(東京大学出版会、1997 年) 123 頁以下。
- 71 同前 96 頁。しかし、言うまでもないことだが、村上はいわゆる「日本特殊性論」や「日本的経営論」に加担しているわけではないことは、上述した『ドイツ市民法史』に対する書評への反論において、「現代の日本についても、『日本型組織資本主義』が『封建遺制』たる「中間的組織』によって支えられているという河上氏の論旨に賛同するか否かは別として、河上のいう《非政治的中間的組織》なるものが家父長的経営を意味するのなら、私がそのような経営を応援する意図をもっていないことは当然だし、誤解する粗忽者がいるかもしれない(そのことも河上氏の心配の種なのであろう) からといってドイツに関する研究の発表を遠慮する必要もあるまい」と述べていることから明らかであろう (村上前掲「河上倫逸氏の書評に寄せて」370 頁以下。村上淳一「フルッサーのコミュニケーション論と「線形性」」『思想』913 号 (2000 年) 3 頁も参照)。
- 72 病床にあった来栖は、万一の場合には「解説を付して、フィクション論を一冊の書物にまとめてもらっても良い」との意思を村上に示していた (三藤邦彦「本書の成り立ち」来栖三郎『法とフィクション』(東京大学出版会、1999 年) 385 頁)。村上から同書の解説の執筆を依頼された木庭頭は「村上先生そのときの態度は尋常でなく、非常な決意がうかがえました」と回顧している (清水・山田編前掲『来栖三郎先生を偲ぶ』62 頁)。
- 73 村上前掲『システムと自己観察』5 頁。



- 74 村上は来栖のフィクション論を「構成主義」の観点から捉え、フェルスター (Heinz von Foerster) の自己観察論を援用しながら論じるが、一方で「構成主義」における「構成」は、「法律構成」の「構成」では別である」との(村上にとっては自明の)注釈を加え、「法実務・法曹養成・法学教育における演繹的な包摂技術の軽視は、複雑化する社会を辛うじて安定化させるための形式的な「トリヴィアル化」(複雑性の縮減)の重要な手段を放棄することを意味するであろう。紛争解決のために当事者間のコンセンサスを重視することは重要だが、それが過度に及べば、社会の複雑性の縮減に役立つどころか、ケース・バイ・ケースの処理によって複雑性を増大させるばかり、ということになりかねない」と述べている(村上淳一「法の解釈」と「構成主義」同前75頁以下)。
- 75 村上淳一「はしがき」来栖前掲『法とフィクション』vi頁以下。
- 76 村上前掲『〈法〉の歴史』81頁以下。村上淳一「ポストモダンの法理論」同前掲『現代法の透視図』1頁以下〔初出1993年〕。言うまでもなく、来栖の法学方法論及びフィクション論については、木場顕が『法とフィクション』に寄せた上述の解説(木場顕「余白に」来栖前掲『法とフィクション』361頁以下)を始め、村上のものとは異なるアプローチがあるが、本稿ではこれ以上立ち入ることが出来ない(児玉前掲「同「サヴィニーの類推論について 断章Ⅱ」564頁以下、守矢健一「イデオロギーの時代の市民法——来栖三郎の市民法研究の歴史的的分析(1)」高田昌宏・野田昌吾・守矢健一編『グローバル化と社会国家原則——日独シンポジウム』(信山社、2015年)81頁以下、及び、高橋裕「戦後日本における法解釈学と法社会学——川島武宣と来栖三郎における事実と法」『法と社会研究』1号(2015年)33頁以下等)。
- 77 村上淳一「司法制度改革・法学教育改革」管見」同前掲『システムと自己観察』202頁〔初出1999年〕。
- 78 村上淳一「はじめに」同編『法律家の歴史的素養』(東京大学出版会、2003年)ii頁以下。村上のこの憂慮が残念ながら現実のものとなったことについては、勿論、別途検討が必要であろう(桐蔭横浜大学法科大学院は、2017年5月に次年度の募集停止を発表した)。
- 79 「討論：法律家の歴史的素養」同前118頁以下。守矢健一「サヴィニーの

- 法学が採った、過去に対する態度について」同前 3 頁以下も参照されたい。
- 80 村上淳一「貴族サヴィニーの民事訴訟」同前 191 頁〔初出 2003 年〕。兎玉寛「サヴィニーの《法制度論》——理論と実践の架橋」同前 29 頁以下も参照されたい。なお村上は 1990 年の段階でルーマンに依拠して「法律家は「十分な根拠」とか経験則とか職業上の周到さを引き合いに出してこのパラドクスを解消できたつもりでいるが、社会学的に見れば、「人は未来を知ることができないからこそ結果の認定を容易に攻撃できない」というだけのことである。一般市民が結果を考えて判断するようになると、法を破れば実際に捕まることになるかどうか、相手が本当に自分を訴えるかどうかという結果だけが判断の基準となり、法／不法のコードが機能しなくなってしまふ」と述べていた(村上前掲「現代法分析の視角」79 頁)。
- 81 村上淳一「「差異の寄生者」としての個人——ルーマンを読む」同前 148 頁以下〔初出 2000 年〕。ただし、同辞典に対するブルンナーの寄与に関しては、その概念批判には「近代における発展を明らかにする方向での認識関心は少ない」ことから、他の編者よりも低く見積もるべきと指摘される(西川前掲「オットー・ブルンナーの「ラント」論をめぐるいくつかの問題」153 頁)。
- 82 前掲「討論：法律家の歴史的素養」121 頁。このように自己規定する村上の方法論は、法のパラドクスが「法システムの内部でパラドクス(問題)と脱パラドクス化(問題解決)という図式で観察されることは」なく「そうした図式でパラドクスの問題を観察するのは、社会学のような外部の観察者だとする」ルーマンのものとはやや距離がある(高橋徹「訳者あとがき」ニクラス・ルーマン／高橋徹他訳『社会構造とゼマンティック(3)』(法政大学出版局、2013 年)572 頁〔原著 1989 年〕)。村上は、ルーマン的なシステム理論が法解釈論に大きな示唆を与えることを主張するトイブナー(Gunther Teubner)の仕事を「一見して保守的な印象を与える閉鎖的・自己塑成的システム理論が、少なくとも法解釈論に対しては革新的な影響を及ぼしうる」ものと評価し(村上淳一「〈書評〉トイブナー『自己塑成的システムとしての法』」同前掲『ドイツ現代法の基層』225 頁以下〔初出 1990 年〕)、その紹介者となった(グンター・トイブナー／村上淳一訳「法の自己塑成(アウトポイエーゼ)は如何に経験的か?」『思

想』852号(1995年)55頁以下、グンター・トイブナー編／村上淳一・小川浩三訳『結果志向の法思考——利益衡量と法律家的論証』(東京大学出版会、2011年)等。後者についての守矢健一の書評も参照(『法制史研究』62号(2012年)270頁以下))。なお、瀬川信久編／グンター・トイブナー／尾崎一郎他訳『システム複合時代の法』(信山社、2012年)も参照されたい。やや穿った見方かも知れないが、同シンポジウムにおける石部雅亮の「サヴィニーはみずからが法律家であることを忘れたことはありませんでした」とのコメントは、村上にも向けられたものであったのかも知れない(石部雅亮「歴史研究と体系形成」村上編前掲『法律家の歴史的素養』70頁)。

- 83 村上は、後に『〈法〉の歴史』として刊行されることになる桐蔭横浜大学における法史学の講義案を、『法史草紙』と名付けていたという(村上前掲「転換期の法思考」12頁)。その含意を直接尋ねることが出来ないのは、大変残念である。

(でぐち・ゆういち 桐蔭横浜大学法学部教授)