

# 基本的法概念のexplicatioと Kritik

水林 彪\*

## はじめに ——近現代日本の法と法学に おける市民法の不全——

それでは、早速にお手元のレジメに沿って、お話をさせていただくことにする。

報告の題名は、「基本的法概念のexplicatioとKritik」であるが、この2つのヨーロッパ語はどういう意味か、より正確に言えば、これらにどのような意味を込めようとしたのかということ、話を進めるにしたがって、明らかにしていきたい。

本日は、この研究会の初回だということもあり、まず、研究会発足の経緯に関して、若干申し上げておきたい。そもそものキッカケは、民科法律部会の出版計画事業であったが、この計画に参加を要請されたときに私がまず考えたのは、法科大学院時代を迎えて、法学というもののあり方をもう一度根本から考えてみたいということであった。私にとっては、何よりも法史学やや広くとって基礎法学が問題になるのであるが、それと同時に実定法のあり方も、法科大学院時代の到来を機会に、私なりに考えてみたいと思い始めていたところだった。ちょうどその頃に、原島先生の『法的判断とは何か 民法の基礎理論』（創文社・2002年）という書物が出版され、非常に大きな刺激を受けた。法史学や実定法学のあり方を再考するための極めて重要な手掛かりが与えられたように感じた。私の学問的問

題関心を一言で述べるとすれば、「市民法の不全とでも表現したくなる状況にある近現代日本の法と法学をどのように批判し、克服したらよいか」ということになるのであるが、そういう関心から原島先生の『法的判断とは何か』から、非常に多くのものを得ることができた。

以上のような経緯で今後の基礎法学のあり方、あるいは、実定法学のあり方というものを考えてみるということが必要ではないかと私が考え始めた頃に、民科法律部会において研究会の発足の話がもちあがったわけである。相談会の場で先程のべたような私の問題関心を申し上げたところ、その後、話はそのような方向に進み、この研究会が立ち上がることになった次第である。

民科のレベルでの研究会設立と、そこに私が参加するに至った経緯は以上のようなことだが、この話が、幸運なことに、早稲田のCOEと合流しうることとなった。早稲田COEは、「企業社会の変容と法システムの創造」ということだが、企画書によれば、歴史研究を重視したいということがあるようだ。しかも、そのことが「企業社会の変容と法システムの創造」研究プロジェクトがCOEに採択される理由の一つになったようである。採択理由を述べた文章を拝見したが、そこには「志の高さを買う」というような文章があったかと記憶している。「志の高さ」とは何かというと、企業と社会という問題を歴史にさかのぼって根本的に検証するということが課題として含まれているということであり、

\* 一橋大学法学部教授

かくして、民科の研究会と早稲田COEが合流することになったわけである。

さて、今日は、この研究会を立ち上げるに際して、私が考えていたことを多少とも整理してお話したいと考えている。今日は3つの柱をたててみた。最初に「基本的法概念のexplicatio」、最後に「基本的法概念のKritik」のお話をしたい。そして、両者の中間にexplicatioとKritikを繋げるための「フィクションと仮象」という項目をたててみた。

## I. 基本的法概念のexplicatio

### 1. サヴィニー『現代ローマ法体系』における法解釈学

「基本的法概念のexplicatio」を日本語に訳すと「基本的法概念の解釈」ということになる。ただ、「解釈」と訳してしまうと、ニュアンスがとんでしまうので、あえて原語で表示した。

この問題を考えるにあたって、私にとって非常に参考になったのは、先程も述べた、原島先生の『法的判断とは何か』である。そこで紹介されたサヴィニーの『現代ローマ法体系』における法解釈学論、これが大いに参考になった。

原島先生によれば、サヴィニーは、法解釈が成功するためには、二つの条件を満たす必要があるとしている。第一の条件は、私なりに咀嚼して表現するならば、解釈者は、法律の背後にあって法律を創造した人々の精神活動を生き生きと思ひ浮かべることになる。法律は氷山の一角にすぎない。水面下に巨大な氷の固まりがあるように、法律の基礎には豊かな思想がある。その思想が、条文というかたちになってあらわれる。だから、その条文というものを思想にまで還元する、あるいは、豊かな内容を復元する、ということが法の解釈を成功するための第一の条件であるというわけだ。

それから、第二の条件というのは、法典な

いし法律全体の一部にすぎない条文、これに対応する思想体系の中の一部だけを問題にするのではなく、条文のレベルでも、思想のレベルでも、常に法体系全体を考えなければいけない、ということだ。部分は、その全体の中であって初めて意味があるものだという事にどれだけ留意できるかどうかが、法解釈というものが成功する第二の条件であるというわけである。

以上の二つの条件によって成功すると言われている法の解釈をサヴィニーは、“explicatio”, ドイツ語では“Auslegung”というふうに表示した。原島先生のご紹介だと、サヴィニーは、Erklärungという語を意識的に避けて、Auslegungとかexplicatioという言葉を使っているということである。Erklärungというのは、「不明瞭なものを明らかにする」ということだと思うが、法の解釈というのはそういうことではないと述べている。explicatioというのは、もともと巻物を広げるという意味であるということであり、とすれば、個々の条文は巻物のおもてに表示されている簡単な見出しということになる。巻物を広げると、見出しに簡潔に要約されている内容が現れてくる。法を解釈するという営為は、そのような、巻物を紐解く行為に似ているというわけである。法文だけを対象として解釈するというのではなく、常にその背後にある豊かなものを開示してゆく、そのような作業がサヴィニーの法解釈である。

### 2. サヴィニー法学の意義

以上のような法解釈方法論をとくサヴィニーの法学は、どのような意義をもっているのか。これについては、歴史的意義と、今日的意義の2つの面で考えてみる必要があるように思う。

#### (1) 歴史的意義

歴史的意義としては、これは、よく言われることであるが、身分制的国制およびこれを前提とする法が、ドイツでは19世紀の初頭まで持続していた。それを否定して、それに

かえて近代市民社会的な国制あるいは法というものを構築する。そういう意味では、法というものを身分制社会の原理から完全に切断する。切断したところで、新しい市民社会の法の世界を構築する。そういう意味で、サヴィニーの法学は、歴史の中においてみれば極めて革新的な法学であったということになると思う。そういう革新的なものを構築するために参照した古典がローマ法であった。ローマ法は、社会の構造上、身分制的な国制を克服して、civilisation（文明）の段階に突入した、そういう社会の法であるから、南欧古典古代世界におけるローマ法へ遡及するということは、西欧社会においては、身分制社会の否定と、西欧的 civilisation としての近代市民社会 *société civile* の構築、ということの手段としての意味をもったと言えると思う。

## (2) 今日の意義

それでは、そういう歴史的意義をもっているものが、どのような今日的意義をもつのか。サヴィニーの法学に今日的意義を見いだす人は少なからずいるが、それはどういうことなのか。私の見るところ、次のようなことではなからうかと考えている。

サヴィニーの法学は、歴史の中に置き返してみれば、身分制的国制の否定と近代市民社会の建設という革新的意義を担っている。しかし、その近代市民社会とは、今日の資本主義社会ではない、したがって、市民社会の法学は資本主義社会の法学とは質的に異なる、ということがあるように思う。こんにち社会は爛熟した資本主義社会であり、その上に巨大な官僚制国家システムが成立している。そして、その巨大システムと人々の生活世界が対抗しあっている。こういう構図の中で、一方では、資本主義経済と巨大官僚制国家に適合的に法学が変質していくという傾向が生まれる。しかし、他方では、それらと対抗して、人々の生活世界を巨大システムから擁護しようとする法学の再構築の志向も当然に生まれるであろう。このような対抗関係の中で、サ

ヴィニーの古典的な近代法学は、後者の法学のモデルとして意味をもつ、ということがあるのではないか。古典的な近代市民法学は、身分制的国制への対抗という意義を担って歴史的には登場するのだが、歴史の現局面においては、爛熟資本主義と巨大行政国家から市民の生活世界を擁護する機能を担うのではないか、ということである。サヴィニー流の「基本的法概念の *explicatio*」を行なうことは、市民法の原理を探求することであり、現代的巨大システムに対抗しうる原理を再構築する課題遂行に繋がるのではないか、ということである。

## II フィクションと仮象

II 「フィクションと仮象」の話に進むことにする。この報告では、最後の III において、基本的法概念の *Kritik* ということ述べるが、それへの繋ぎとして、「フィクションと仮象」ということについて考えてみたい。なぜ、これが繋ぎとして登場するかというと、I 「基本的法概念の *explicatio*」の最後のところで述べた、「市民法学の再構築」という課題と、「フィクション」ということが深くかかわり、その「フィクション」はさらに「仮象」という社会現象とかかわり、これを媒介にして、「近代市民法学の *Kritik*」という課題に連なっていくからである。

「フィクション」ということで念頭にあるのは、言うまでもなく、来栖先生の『法とフィクション』（東京大学出版会・1999年）である。この書物の最後の文章は、多くの人によって好んで引かれるものだが、そこでは、「フィクションと社会契約」について論じられ、次のような趣旨の文章によって結ばれている。すなわち、社会契約論というのは、実際には存在しない社会契約というものを、あたかも存在するかのように仮定するものである。だから、社会契約はフィクションである。しかし、それは、現実に根拠をもった理想と

してそういった仮定を行うのであり、架空の存在ではない。そのようなフィクションを想定するということが、現実にはね返って、現実を批判する有力な武器になる。そういう意味で、フィクションというのは悪であるとか必要悪というものではなくて、まさに市民社会の理想・思想そのものだ。来栖先生は、最晩年に、このような思想に到達するわけだが、そういうことと、先程来、話題にしてきた、原島先生の著作およびその前提にあるサヴィニーの法学とが強く響きあうように思われるので、ここで、来栖先生のフィクション論ととりあげてみようというわけである。

### 1. 来栖三郎のフィクション論：道程と到達点

来栖先生のフィクション論の到達点は、さきほど申し述べた通りなのだが、そこに到達されるまで、来栖先生は、長い思考の道を歩まれてきた。

#### (1) 「法の解釈と法律家」(1953—54)

フィクション論に関係する来栖先生の最初のお仕事は、「法の解釈と法律家」で、1953年に学会で報告され、54年に活字になったものである。そこで先生は、法の解釈の複数性ということ正面から承認された。法の解釈の方法としては、法規範を、実定法の規範から論理的演繹によって導き出すというのではなくて、むしろ、現実の社会関係の観察・分析の中から汲み取ってくるという意味での解釈の社会学的な方法を提唱された。しかし、その社会学的な方法による法の解釈というものもまた、複数ありうる。なぜかといえば、解釈という作業には必ず解釈する者の価値判断がともなうからだ。そして、そこに解釈者の政治的責任が発生する、という議論である。

#### (2) 「法の解釈における制定法の意義」(1956)

その次のお仕事は、56年の「法の解釈における制定法の意義」である。この論文で、先生は、判決というものが法であり、制定法は法源の一つに過ぎないということを主張さ

れた。そして、法であるところの判決というものを導くところの社会学的解釈方法というものを学問の中心に据えている。制定法(法源)、つまり代表的ではあるが一つの法源でしかないものと、判決(法)は、しばしば矛盾する、せざるをえない、という現実から先生は出発する。判決は、日々生起する事件の妥当な解決をめざそうとするが、そうすると、法文の論理的な解釈だけで事をすますわけにはいかなくなる。何らかの意味で社会的な現実を考慮にいれて、法の解釈をする。そうすると、制定法と判決、法源と法のあいだに矛盾が生じる。その矛盾をあたかも一致するものであるかのように構成するテクニックとして擬制(フィクション)というものが発達してくる。こういうような議論をされていたと思う。

この段階の来栖先生の思考は、サヴィニーや原島先生の普遍主義的思考とは対蹠的に、個別主義が濃厚であるように思う。サヴィニーや原島先生においては、法とは、全体的で体系的なものである。個別的事件が発生した時に、法律家はその個別的なものを普遍としての全体的法にどのように包摂するかを考えるわけである。あくまでも、法律の体系的全体が法である。しかし、来栖先生は、その発想を逆転させたわけである。体系的全体としての法律も、法源の一つにすぎない、と言われた。そして、法源の一つにすぎない法律から時には離れて、現実妥当的に下される判決こそが法であると主張された。個別的なものを法とするという意味で、個別主義、パティキュラリズムの思考であると思う。

#### (3) 「法における擬制」について(1975)

「法の解釈における制定法の意義」から約20年の後、来栖先生は、「『法における擬制』について」という論文をお書きになった。法源にすぎない制定法と法そのものである判決というものが矛盾せざるをえなくなったときに頻繁に使われるテクニックとしての擬制(フィクション)が、具体的にどのような形態

をとってくるか、という問題を考えられたのがこの論文である。そこで、立法上の擬制、法解釈技術としての擬制（歴史的擬制というふうに述べられている）、解釈によって法を發展させる技術としての擬制、条文からの論理的演繹ではない解釈、などについて、お書きになっている。

(4) 「モデルと擬制」(1983)、「文学における虚構と真実」(1987)

それから、8年ほど経って、先生は、ファイインガーという20世紀初頭の哲学者の「フィクション論」に学びながら、「モデルと擬制」、「文学における虚構と真実」という二つの論文を書かれた。ファイインガーによれば、フィクションには、真正なフィクションと準フィクションの二種がある。真正なフィクションは、「aを、aではなく、aとは対立するbであるかのように観念する」というものだ。これに対して、「aという複雑なものを抽象して、単純なbというものに置き換える」、これが準フィクションである。非常に異なったものだが、大づかみに言えば、実在からそれぞれの仕方でも離反する。そのような意味において、両者ともにフィクションである。

「モデルと擬制」論文では、準フィクションが論じられている。準フィクションの場合、実在から離反しているけれども、実在とフィクション（理論）の間に矛盾はない。というより、矛盾のないように抽象し、構成しようとしたものがフィクション（理論、モデル）である。我々の学問的作業は、ほとんどの場合、この準フィクションの構築である。混沌であるように見える現実の中から、意味のあるものを抽象してくる作業は、もはや実在そのものではないけれども、実在から離れることによって、かえって実在そのものを鋭角的に切り出すという意味で、実在そのものの認識に役立つ。そういう意味で、この準フィクションは、非常に有意義であるというわけだ。

来栖先生の場合、法における擬制という問題から出発して、そもそも擬制一般とは何であろうかという探求に向かわれ、ファイインガーに行き着き、そして最初に、準擬制論を紹介し、展開された。

「文学における虚構と真実」で探求された文学的虚構については、ファイインガーの準擬制に含めて良いのか私には分からないが、要するに、文学的な虚構というものは、現実にあるものではないが、現実を鋭利に文学的に創作するために、様々な典型的な人物というものを、作家は創作する。そういう仕方でもって、現実よりもよく現実を活写し、批判できるようになる。そういうふうに理解すると、「文学における虚構と真実」も「モデルと擬制」とワンセットに考えて良いと思うのだが、そういう理論を1980年代に議論されている。

(5) 「フィクションとしての神」(1992)、「フィクションとしての自由意志」(1995)、「フィクションとしての社会契約」(1996)

1990年代に入って、先生は、いよいよ真正フィクション問題に取り組み、市民社会の不可欠の思考様式としてのフィクション論という考え方に到達している。92年に「フィクションとしての神」、95年に「フィクションとしての自由意志」、そして96年に「フィクションとしての社会契約」、この三本の論文をお書きになった。さきほど、社会契約に関する論文を紹介した。存在しないのに存在すると仮定するのだけれども、しかし、それは現実に根拠をもった理想であって、架空的なものと考えべきではない。理想であるということにフィクションの価値というものを認め、それによって現実を批判する。そういう風に考えると、フィクションは、やむを得ざる悪というふうに考えるべきものではない、本質的に市民社会的なものとして考えるべきだという議論に最後は到達していくわけである。

## 2. 仮象

### (1) 初期マルクスの近代批判：「ユダヤ人問題に寄せて」など

唐突に聞こえるかもしれないが、来栖先生が晩年に取り組まれた「真正フィクション問題」特に「市民社会的フィクション問題」は、マルクスが市民社会を「仮象」論の観点から批判してきたことと重なる問題であるように思われる。マルクスは、終生、現実を〈本質 a—仮象 b〉構造として、すなわち、「a という現実を隠蔽し覆い隠すような仮象的な意識形態 b」というものの見方で現実を把握し、批判していたと私は理解している。そう考えるならば、フィクション論と仮象論は重なることになる。ただし、発想は正反対である。正反対の発想であるが、問題としてはほとんど完全に重なっていると思う。

マルクスの最初期の作品である「ユダヤ人問題によせて」(1844)は、「全ての政治的結合の目的は、人間の自然的にして不滅の諸権利の保全にある」というフランス人権宣言の第2条を引用し、ここにおいて、「政治的生活」(人々の共同性)は「市民社会の生活」(人々の利己的競争世界)を目的とする手段に墮していると批判している。社会契約という形での人々の共同性構築は仮象にすぎず、その本質は、人々が利己的に敵対しあう関係にあるというわけである。「ヘーゲル法哲学批判」(1844)においては、「国家は社会的結合の倒錯した世界である」という言い方がされており、そして、近代の「政治的解放」はまだ「人間的解放」になっていない、「人間的解放」の実現のためには、人々が利己的に敵対しあう市民社会そのものを揚棄しなければならない、という議論に向かっていくわけである。ここでは、「社会契約」的フィクションが、人々の置かれている真実の状態を覆い隠す仮象として批判されていると見ることができる。

### (2) 『資本論』における本質と仮象、日常的宗教批判

マルクスの学問の完成形態を示す『資本論』は、本質と現象形態が一致しているならば、学問は不要だ、という趣旨のことを明言している。『資本論』は、①資本主義社会を解剖し、その階級的編成を資本主義社会の本質として別括しつつ、②それが、資本には利子、労働には労賃、土地所有には地代という、かの三位一体的な日常的宗教意識を仮象として形成していく次第、さらには、それを体系化するブルジョア経済学が成立していく次第をも同時に解き明かした。マルクスの学問の特質は、① b (仮象) を a (本質) に還元して見せるだけではなく、② a (本質) が b (仮象) に転倒していく次第を解明するところにあったと私は理解している。

#### (3) 仮象とフィクションの同一性と差違性

このように見てくると、マルクスの仮象論と来栖先生のフィクション論との間には、同一性と差違性が認められるように思う。

同一性は、両論とも、社会のあり方に、「本当は a なのであるけれども、それが b という形に置き換えられて現れる」という、いふなれば転倒的構造を見出しているということである。

しかし、同一性はおそらくそこまであって、そこから分岐する。マルクスは、その倒錯的構造を、① b の a への還元と、② a が b として現象してくる次第の解明、という方法で、〈a 本質—b 仮象〉構造を kritik した。対して、来栖先生のフィクション論は、「現実 is a であるのだが、それとは異なる b を理想として掲げる、そして、b をもって現実 a を批判する」という仕方、すなわち、〈a 現実—b 理想としてのフィクション〉という形で議論を反転させたわけである。

いま一つ、こういう違いもあるだろう。それは、マルクスの〈a 本質—b 仮象〉論においては、人々一般は、仮象を仮象としては意識しておらず、それが社会の現実そのものであると観念している。マルクスの言葉でいえば、「日常的宗教」になっているのだが、来

栖先生のフィクション論においては、「現実  
はaであることを了解しつつ、意識的にそこ  
から離反し、理想としてbを掲げる」という  
ようになっているところである。bのaに対  
するKritikの機能を前面に押し出している議  
論だということである。

おそらく近代という世界の真っ只中にあっ  
て、たとえば社会契約説がまずは仮象として  
形成された。ところが、それから、100年、  
200年経って、それ自体は本当のものでは  
ないということ、人々は意識できるようにな  
り、実際にそのように意識するようになった。  
しかし、社会契約論は、現実に対するKritik  
という意味では、かえって、存在価値が出て  
くる。そういうものが、仮象としてではなく、  
フィクションとして肯定的な意味を持つよう  
になる、こういうことではないかと思う。

### 3. フィクションへの向き合い方の2重の スタンス

以上の考察をふまえて、あらためて、フィ  
クション論そのものを、「フィクションへの  
向き合い方の2重のスタンス」という観点か  
らまとめてみたいと思う。

#### (1) 来栖のフィクション論の到達点

来栖先生が晩年に到達されたフィクション  
論は、市民社会と市民法の擁護という思想を  
内在させた議論である。マルクスの、〈a  
本質—b 仮象〉という現実批判は、そこには  
ない。しかし、現実批判一般がないのではな  
く、異なる形態であるのだと思う。仮象は仮  
象なのだけれども、しかし仮象に現実を批判  
する機能を託す、これが来栖フィクション論  
であろうと思う。

来栖先生の書物の巻末につけられた木庭顕  
氏の「余白に」という文章もそのように読む  
ことが出来る。木庭さんは、来栖先生のフィ  
クション論を、はっきりと市民社会の立場に  
立っているものというふうに評価している。  
そして、それを、長いヨーロッパ思想史の中  
に位置づけている。

#### (2) 原島重義における市民法への二面的態 度

ところが、きょうのこの報告の1つのキッ  
カケとなった原島先生の議論は、もう少し複  
雑である。来栖フィクション論ないし市民法  
論に対して、2面的な態度があるように思う。

一つは、来栖先生のフィクション論の土台  
の上に原島先生の法学が構築されているとい  
う面があると思う。つまり近代市民法とい  
うものを来栖先生の言う意味でのフィクシ  
ョンというふうに肯定的にとらえた上で、その近  
代法とか近代法学というのはどういう構造を  
持っているのかということを追った。そう  
いう意味で、来栖フィクション論と原島法学  
とは、順接的な関係があるように思う。

ところが、原島法学には、もう一つの面が  
ある。『法的判断とは何か』の108ページあ  
たりの議論に注目したい。原島先生ご自身が  
「自分のProgrammshrift, 綱領論文」だとい  
うふうに言われた1963年の「民法規範の抽  
象的性格について」と題する論文に言及され  
た箇所だが、「社会も法も常に動いていて、  
市民法と一口に言うけれども、それが実現す  
る面もあれば崩れる面もある。場合によつて  
は全く崩れ去ってしまう。経済的には資本制  
社会なんだけれども、資本制社会というのは  
非常に幅があって、右にも左にも非常に揺れ  
る。1つ間違るとファシズムになる。これが  
資本制社会のあり方である。すでにそういう  
ことが現実にあった。またそういうことに  
戻って行くことが一番心配だ」というご趣旨  
の議論の後、次のように述べられている。  
「市民法が実現すれば万々歳というふうに自  
分は思っているわけではない。マルクスの指  
摘にまつまでもなく、市民法それ自体にも問  
題があるのだ。そのことについては、自分は  
30年以上も前に綱領論文で指摘している。  
民法規範は、そのままでは社会的意味がわか  
らず、このわかりにくさというのは非常に抽  
象的な性格があるからだ。……」。原島先生  
の議論のこの面は、先程来、私が、マルクス

的仮象論的市民社会・市民法批判とよんでいる議論である。

原島法学には、以上のように、市民社会・市民法に対して、相異なる2つのスタンスが認められるのだが、『法的判断とは何か』で議論されているのは、圧倒的に来栖先生のフィクション論と順接的な関係に立つと思われる議論だ。ご自身で「綱領論文」と命名されたものの、「民法規範の抽象的性格について」での議論は、『法的判断とは何か』ではほとんど展開されていない。おそらく、先生は、市民社会・市民法批判よりも、それを崩していくファシズム的動きを批判することの方が、少なくとも今は重要であるとお考えなのだと思う。

### (3) 仮象・フィクション批判の課題

原島先生のお考えが仮にそうだとすれば、私も、そのような判断に基本的に同意するものである。同様の観点から、来栖先生の晩年のフィクション論もまた、非常に大きな意義があると思う。しかし、そうだからといって、仮象論的視点がもはや無用だということにはならないのではないかと、とも私は考える。そう考える理由を二つ述べることにする。

一つは、天皇制的仮象ないしフィクション問題である。

私が日ごろ行っている仕事のかなりの部分は、天皇制的な仮象ないしフィクション批判にあるが、ここから発想されてくる問題である。私の専攻する日本の国制史ないし法制史の問題を考えていくと、究極的には天皇制の問題に行き着くわけだが、その天皇制は古代から今日に至るまで日本社会におけるいわば仮象形態であり、フィクションなわけである。天皇制の論理は、今日においても全く架空な話ではなく、ある社会関係に基礎を持ちつつ、それがフィクションとして機能する面がある。日本は非常に複雑な社会構造をもっている。天皇制的なフィクションを引きずりつつ、他方では市民法的なフィクションを継受している。そういう混合状態の中で、わけのわから

ない状況がいろいろとある。その天皇制フィクション、仮象をどう批判するかという学問的作業のことを思い浮かべると、やはり、マルクスが創造した仮象論という視座がなお重要な意義を有していると思う。

今一つは、全地球的規模で人類史を観察してみるならば、西欧的近代市民社会・市民法は、文明の一つのあり方にすぎず、これを相対化する視点が必要であろうということである。今年の比較法学会で、「西欧法の普遍性と特殊性」というテーマで報告する機会があり、その原稿を事前に皆様に御送りしたわけだが、そこで議論した視点を、私はこの文脈で強く意識するわけである。

そこで、最後の柱である「基本的法概念のKritik」という話に入っていきたいと思う。最初の柱である「基本的法概念のexplicatio」は、来栖的フィクション論の地平の上で、近代市民法というものを深く理解したいという志向から、立てた柱であった。対して、「基本的法概念のKritik」は、仮象論的観点からの近代市民法のKritikということになる。

## Ⅲ. 基本的法概念のKritik

### 1. 仮象としての近代市民法とそのKritik ——その1・古典的形態——

仮象論的観点からの近代市民法のKritikには、それなりの伝統があり、蓄積があるのだが、このごろすっかりこういう方面の議論がなくなってしまった。日本の学説史は大概そうであるが、一時は流行るのだが、それに対する真剣な総括がないまま、次の流行りに移行するという非常にまぜい癖があると思う。いつの間にかなくなってしまったマルクス主義法学というものの遺産を、我々が今日の視点でどういうふうにか、それを批判し次のことを考えるのか。このことを、私も含めて、その時代を生きた人々は、考えねばならないと思う。あるいはその前提にあった、当時の法社会学。先日、原島先生を囲んで、

『法的判断とは何か』の合評会があったが、先生はその会で、私の聞き間違いでなければ、「法社会学的解釈法学というものが、ほとんど何物も残せなかった」という趣旨のことをおっしゃったと思う。「ほとんど何物も残せなかった」とするならば、「なぜ残せなかったのか」ということの議論が必要であろう。戦後の法学史の総括も必要かと思う。

## 2. 仮象としての近代市民法とそのKritik

### ——その2・私の試み——

私自身の研究についていえば、きわめて不十分なものだが、いくつか試みてきたものがある。

1つは、「西欧近現代法史像の再構成」(『法の科学』26号, 1997)である。伝統的なマルクス主義法学による西欧近代法史像を批判し、それとは異なるものを打ち出そうとしたものである。一言でいえば、西欧の近代法というのは、これまで言われてきたような資本主義法ではなく、その一段階前の法体系であること、そして、17-19世紀初頭の近代法から19世紀末以降の現代法への転換のうちに、法の資本主義法化を認めるべきであるということ述べた。このような新しい歴史像を提出したという限りでは意味があったと思っているが、この報告で論じてきたような「仮象論」的な水準での近代市民法のKritikになっているかといえ、そこまでは全然到達していない。

この論文の延長線上に、「ナポレオン法典におけるcivilとcommercial」(清水誠先生古稀記念論文集『市民法学の課題と展望』日本評論社, 2000年)を書いたが、これは、前資本主義法時代のcivilの論理が、今日の資本主義法体制のもとにおいて、特に人々の生活世界を巨大システムから守るという観点にたった場合にどのような意味があるかを考えようとする意図に出たもので、「基本的法概念のKritik」というよりも、civilなるもののexplicatioとして、すなわち「基本的法概念のexplicatio」の次元の仕事として位置づけ

るのが適当なものであろうと思っている。

もう1つは、先程も少しふれた「西欧法の普遍性と特殊性」(『比較法研究』65号, 2004予定)である。これは、西欧近代法とは異なるタイプの法との比較において、西欧近代法を相対化し批判するという手法で書いた論文である。

この論文では、おおよそ、次のような議論を展開している。

(1)西欧近代法の根本をなす民法(lois civiles)は、共同体が崩壊し、土地市場経済社会(生産物にあらざる自然の一部としての土地までもが取引の対象となるにいたった社会)が形成されたこと(経済史的意味でのcivilisation文明化。フランスでは、16-17世紀の頃に生じた)に対する、西欧社会の対応として形成されたものである。

(2)〈共同体から土地市場経済社会へ〉という意味での文明化は、地球上の様々な地域で経験された普遍史的過程であったが、この経済史的過程への対応は、諸地域ごとに、まことに個性的であった。

(3)中国では、右の意味での文明化の過程は、紀元前4世紀の頃から始まった。しかし、この過程への中国歴代王朝は、紀元8世紀の頃まで約千年にわたって、土地取引には否定的ないし抑止的に対応した。文明化により共同体はすでに崩壊してしまっているが、しかし、土地取引の自由を政策的に制約し、全社会的規模で均田制(家族員に応じて土地を国家が均しく割り付ける制度)を施行することによって、全社会的規模での共同的社会を構築しようとしていた。

(4)このような中国と対比するならば、西欧社会が経済的文明化という普遍史的過程に対してとった対応策は、何ら普遍的なものではなく、特殊西欧的、個性的なものであったことが理解される。すなわち、経済的文明化に対する西欧社会の対応の特質は、この過程をいとも簡単に承認するということにあった。civilisationの帰結として形成されるsociété

civileと、この社会を規律する lois civiles の特質は、特に中国との対比においては、共同体ないし共同的なものを犠牲にしてまで、私的所有の運動の自由を承認しようとするところにあったといえることができる。

以上のような議論は、先にも紹介した、「ユダヤ人問題によせて」や「ヘーゲル法哲学批判序説」における西欧近代市民社会批判・西欧近代法批判を、比較国制史・比較法史学の領域から補完するものであると考えている。

現代世界の状況をふまえると、法を含む西欧世界的価値の Kritik のためには、中国との比較研究に加えて、イスラムとの比較研究が重要であるように思う。この点で、私が最近読んだ書物としては、宗教社会学者の中沢新一さんの『緑の資本論』が印象的であった。「緑の資本論」とはイスラム教のことで、「赤の資本論」との対比が意識されている。「赤の資本論」とは、いうまでもなくマルクスの『資本論』である。マルクスはマルクスのやり方でヨーロッパの資本主義を批判したが、イスラム教はその独特の宗教によって資本主義を批判した、という見方で書かれた書物である。確かにそういう面はあると思われる。私はよくわからないので、これからぜひイスラムの世界を勉強してみたいと思うが、例えば利子という概念を認めないとか、非常に発達した市場経済社会を持つに至るのだが、にもかかわらず土地というものの商品化形態を認めないといった、独特の装置を生み出している。我々から見ると、イスラムは西欧型でもない、ローマ型でもない、中国型でもない、しかし極めて高度に発達した文明社会なのだが、その文明社会において、中国均田制とは異なったやり方で、土地市場社会批判・資本主義批判がなされたのではないかと思う。それはともかくとして、そういうふうな諸文明を横に並べることによって、普遍的だ、あるいは普遍的価値を体現していると思われるヨーロッパ近代世界が、実は一個の特殊な

世界なのだということが了解されるようになると思う。

## 結びにかえて

---

以上、本日は大変に雑駁な話に終始した。簡単に要約すると、「基本的法概念の explicatio」ということで、我々の今日の法の大元をなしている思想を、すなわち近代市民法の思想というものを、丹念に発掘し、勉強してみようということである。「基本的法概念の Kritik」とは、西欧近代法の世界を絶対視することのないようにしよう、それと冷静に距離を取ろうという試み、それを対象化しようという試みである。その手法の一つとして、西欧以外の大文明の法のあり方を研究し、それとの比較で西欧近代法の特殊性を照射してみることを提案してみた。

\*本稿は、2003年12月13日、早稲田大学において開催された「基本的法概念のクリティーク」第一回研究会において、水林彪東京都立大学教授（当時）が行われた研究報告を再現したものである。