

論 説

村上淳一教授 ——研究の足跡——

笹 倉 秀 夫

はじめに

第一期：1956年以降

第二期：1964年以降

第三期：1980年以降

第四期：1990年以降

むすび

はじめに

筆者が院生時代以来指導を受けてきた村上淳一⁽¹⁾東京大学名誉教授が、2017年10月24日に亡くなられた（享年84歳。1933年生）。村上教授を追悼した文としては、『桐蔭法学』25巻2号（通巻50号）＝村上淳一先生追悼記念号（2019年3月刊）掲載の諸文や、東京大学大学院法学政治学研究科『News Letter』22号（2018年6月刊）掲載の海老原明夫「村上淳一先生追

※本稿の執筆に際して、石部雅亮大阪市立大学名誉教授より貴重なご教示を賜った。改めて感謝申し上げます。

(1) 筆者は、1970年に進学した東京大学大学院法学政治学研究科修士課程でドイツ法思想史を中心に研究しようとしていたので、法哲学の指導教授であった碧海純一教授のご配慮により村上教授の研究指導を仰いだ。

悼」がある。しかし教授の法学研究を考察した論文は、ごく少ない⁽²⁾。教授のユニークな視座（認識枠組・切り口）、分析手法、思想を確認しそれらから学ぶことは、課題として残っている。そこで筆者は、将来誰かが本格的な村上淳一論を始める際の一助となるべく、ここにたたき台を提示しておく。(以下、敬称は略す。)

村上の法学研究は、筆者の観点からは、視座の変移に対応して四つの時期に分かれる：第一期は、1956年に村上が東京大学法学部助手に就任し近代法・近代法学の研究を始めた頃からの時期で、ここでは当時の近代法研究に立脚しつつもそれを超えようとする試みが確認できる。第二期は、村上が1964年にドイツに留学してからの時期で、ここでは構造史（国制史）・概念史に依拠して歴史（とくに近世・近代史）を古い要素と新しい要素との相互関係を軸に重層的に見る姿勢が鮮明化する。第三期は、およそ1980年頃以降の時期で、ここではイエーリングへの関心が契機となって、近代において前近代的なものが変容しつつも近代を規定し性格付けた態様を考察する視座が鮮明化した。第四期は、およそ1990年以降の時期で、ここで村上は現代社会論をポストモダニズム的視座から展開していった。

かつて（1971年頃）村上は、筆者に次のように述べたことがあった：自分は日本人としてドイツを研究しているから、資料の収集・解読ではドイツの研究者に太刀打ちできない；そこで自分の役割を、それら優れた第一次資料とそれを使った研究とを日本人——ドイツ・西欧の動きを離れた場所から俯瞰的・比較法的に把握でき、かつ〈西欧+日本〉という（西欧限定でない）パラダイムでものを見られる——としての独自の視座・問題意識で構成し、別の歴史像を問題提起することにあると考えている、と。「視座で勝負する」との立場表明である。確かに村上は、近世・近代・現代の法と法学の歴史を、その時期ごとのユニークな切り口で、必要なドイ

(2) 出口雄一「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」(『桐蔭法学』25巻2号、2019年3月)が、唯一の村上法学論である。

ツの様々な文献——とりわけその都度の最先端のもの——を豊富に収集して巧みに使いつつクリアーに描き出してきた。したがって、どの時期にはどのような視座が主軸を成しており・それがどう変移していったかは、村上の学問を考える上で重要である。とりわけ、第四期の村上はポストモダニズムの旗幟を鮮明にするが、それがそれまでの視座とどう関わるのかは、多くの人の重大関心事であろう。

以下では、上記の時期区分に従って村上法学の展開を追いつつ、それぞれの時期の特徴、時期的変化の態様について考察する。

第一期：1956年以降

村上は、1956年に民法専攻の東京大学法学部助手に採用された。指導教官は、来栖三郎であった。しかし村上は、翌年にはドイツ法専攻の助手となり山田晟の指導を受けるようになった。

当初の村上の問題意識は、近世・近代において近世・近代が生み出した新要素が前近世・前近代的要素とどのように対抗しつつ成長していったか（後述（7頁）の「近代主義」的関心）、および近代の後期（1870年代以降）において近代の諸要素がどのように変容していったか（現代法への関心）の解明にあった。これらの関心は、『ドイツの近代法学』（東京大学出版会、1964年）において、そしてその後のドイツ留学以降もしばらくは——つまり第二期においても——研究の中軸を成していた（以下、下線はすべて笹倉による強調箇所である）。

村上は助手時代に京都大学の磯村哲を何度か訪れ、その学風を学び取った。磯村は、民法解釈学の他に、①西欧における近代法学の形成過程を探る課題、具体的には、近世啓蒙主義的法学が西欧の法実務の革新、近代市民法学の形成にどう貢献したかの研究、②近代ドイツにおいて法解釈学・近代法思想がどういう社会の変化にどう反応して変わっていったかを——法解釈内在的な変化を追うこととともに——押さえる研究、③社会との

関わりを重視した法学、とりわけ法社会学的法学の提唱、具体的には、近代の後期においてエールリヒやヘックが法学を革新した点（とくにエールリヒが、国家法に傾斜していたそれまでのドイツ近代法学（法律実証主義法学ないし概念法学）を脱却し国家とは異なる「社会」の視点を重視する法解釈論の構築、および法社会学を創設し、両者の結合を試みたこと）に関する研究、④大正期以降における、末弘巖太郎らによる法社会学的市民法学形成の歴史に関する研究、⑤近代法の発達を社会・経済史や政治史との関連で考える研究、を進めていたのであった。戦後日本法学においては、このような論点で近代法史・近代法学史の研究を進めることが共通の土俵となっていたのであって、その際そこでは多分に後述（本稿 7 頁）の近代主義的視点が強かったのもあった。

1. 村上は、当初磯村らのこうした研究に連なるかたちで、近代法史・近代法学の展開に関する研究を進めた。そうした研究傾向を端的に示すものとして、最初の著書『ドイツの近代法学』中の⁽³⁾「二 プロイセンにおける Machtspruch—司法に対する国王の干渉—」論文がある。村上は、本論文の前半部「水車屋アルノルト事件」においては、君主（フリードリヒ大王）が大権判決（Machtspruch）によって司法に介入したことを、司法部に巣くう旧勢力（等族＝シュテンデ）に対する開明的君主の近代化（近世化）政策として位置づける。また、後半部「牧師シュルツ事件」においては、絶対主義的君主（フリードリヒ・ヴィルヘルム 2 世）の司法介入に対し開明的裁判官たちが近代自由主義の「司法権の独立」の原則によって抵抗し、司法の近代化に貢献した経過を描いている。

すなわち、テーマは〈近代的（近世的）なもの〉が前近代的（中世的）

(3) 『ドイツの近代法学』に収録された、第一期村上の諸論文の初出時期は、次の通りである：①「ドイツ普通法学の錯誤論」、1960年3月、『法学協会雑誌』76巻3号。これは、村上の助手論文を基にしている。②「プロイセンにおける Machtspruch」、1961年4月、『法学協会雑誌』77巻5号。③「プロイセンの都市自治とサヴィニー」、1962年9月、『法学協会雑誌』79巻3号。④「ドイツの協同組合運動とギールケ」、1963年10月、『法学協会雑誌』80巻3号。

な古いものをどう破っていったかの視座から近代法を考察することにある。その際〈近代的なもの〉は、前半部では開明的な君主による特権打破政策に、後半部では近世官僚制がもつ形式的合理性に、体现されており、他方、克服されるべき古いものは、前半部では中世以来のシュテンデの伝統（特権）、後半部では近世の君主専制、に体现されている。そしてそれぞれの「近代的要素の成長」の態様は、社会史的・政治史的文脈の中で考察されている。

2. 次に、同書中の「三 プロイセンの都市自治とサヴィニー」論文を見ておこう。村上はここで、サヴィニー法学の社会的位置を明らかにするべく、サヴィニーが1832年に発表した論文「プロイセンの都市自治法」を検討する：

プロイセンではシュタイン＝ハルデンベルク改革が挫折した後に「新たな官僚制」が成立する。この時期には、「エルベ以東のユンカーとラインラントのブルジョワジー、共に資本主義化の道を進むこの二大勢力」は、ともに「プロイセンの経済的自由主義政策の強力な」推進者でありつつも（179頁）、政治的には分裂していた。すなわちユンカーが「エルベ以東旧シュテンデ制」の復活を求めたのに対し、ラインラントのブルジョワジーは「政治的自由主義」を求めた。このためプロイセンの国内政治は、分裂状況にあった。「新たな官僚制」はこの状況に対して、「市民的＝経済的自由主義政策を強力に推進」（186頁）しつつも、ユンカー的反動政治とは一線を画し、かつブルジョワジーの「政治的自由主義運動とは明確な対立関係に立つ」スタンスをとった。「新たな官僚制」は、このスタンスによって、ユンカー・ブルジョワジー間の上記分裂をうまく統合しえた。

政治的背景をこのように描く村上は、サヴィニーによる都市自治法の評価が、その市民的＝経済的自由主義の支持と「政治的自由主義」への反対とにおいて、上記の「新たな官僚制」のスタンスに近いとする。そして村上は、これを根拠にして、「サヴィニーの「官僚法学」は、プロイセンの官僚制が市民的＝経済的自由主義政策の遂行者だったかぎりにおいて、同

時に「市民法学」たりえたのである」(186頁)とサヴィニーの法学の社会史的・政治史的な位置づけをする。

このような位置づけが妥当かはともかく、ここでの村上においては、法学を社会史・政治史の中に位置づける作業が中軸を成しており、かつ中身としては、近代プロイセンにおける新官僚制が依拠したサヴィニーが樹立したところの「官僚法学」とは何かを、「官僚法学」のステレオタイプ(反自由・反革新の法学というイメージ)をこえて検討しようとしている。この点に、近代法史・近代法学史に対する独自の見方を打ち立てようとの問題意識が鮮明である。

3. また、同書中の「四 ドイツの協同組合運動とギールケ」論文では村上は、①19世紀後半に労働者・手工業者・農民がドイツ資本主義の高度化に伴って窮乏化していったこと、②その生活を支えるべく、自立・自由涵養を目指した協同組合運動が発達したこと、③ギールケは、この運動を支持し、それが依拠するグノッセンシャフトを中世以来のドイツの伝統上に位置づけ、かつ法教義学的に理論化したこと、④しかし、その後、協同組合運動は官僚国家と金融資本主義との論理に絡め取られたこと、⑤それゆえギールケの理論は、結果として自立・自由涵養の道を拓くものではなく、「独占段階のドイツ資本主義に適合的な実定法体系を提示し」(247頁)たものにとどまったこと、を論じる。

ここでも法思想・法史の社会史・政治史との連関付けが主題である。ここではそれが、「独占段階のドイツ資本主義」を迎えたプロイセンにおいては、新段階の(後期近代特有の)〈国家主導・官僚統制の貫徹〉がどのようなものであり、その下でギールケの理論がどのような性格のものとして機能したか、の考察として展開されている。ギールケを市民的自由の闘士と見るのが日本においても近代法学上の定説であったが、村上はここではそうしたステレオタイプを脱して、醒めた眼でギールケを描いている。

*

以上のように、『ドイツの近代法学』の「二」・「三」・「四」においては、

法思想や或る法制度を社会史・政治史との連関において考察することが、村上の主要関心事であった。このうちとくに「二」・「三」においては村上は、ある近代的原理（「二」では近代司法、「三」ではプロイセン的近代官僚）に焦点を当てて、それが歴史の中にどう発生し、古い要素（封建的残存物）とどう対抗し勝利していったかを主軸とする考察をおこなっている。これは「近代主義」と総称されていた研究傾向⁽⁴⁾（当時において法史、経済史学、歴史学、政治学史等に広く見られた）に関係しており、この時期の村上も一方ではそれを共有していた、と言える。

しかし村上は、他方では、「二」においては、前半部で絶対主義的君主による近代化に、後半部で近世官僚が形式的合理性によって近代司法への道を切り開いたことに着目した点で、また「三」においては、独自の近代化に努める「官僚法学」に着目した点で、近代主義の傾向（「君主や官僚に対抗した）市民による近代化」に重点を置いてきた）とは異なる視点を出

(4) その典型は、次のようなものであった：たとえば大塚久雄は、近代の形成をもっぱら、近代人としてのヨーマンリー層の成長過程として描く。彼ら新中産層が、前近代的な、君主・貴族、それらと結び付いた特権的商人との対抗の中から、近代資本主義とその精神を確立していったとする。この見方によっては、君主・貴族が發揮した近代化へのイニシアティブ、ヨーマンリー層に息づく伝統的なエートス・諸制度、等族・身分制の自由の伝統と近代政治・法との関係等は、扱われえない（もっとも大塚は、後年において「半共同体」概念を提示し、前近代の共同体的政治枠組みが近代人の活動基盤として働いた、近代は前近代に依拠して展開した、と論じた。『共同体の基礎理論』1955年）。

また、川島武宜は、ヨーロッパ近代法をモデルにしつつ、その根底に商品交換の論理があると見、この観点から近代所有権（近代法の基礎を成す）の特徴である私的支配・観念性・絶対性や、近代における人格の独立・契約の自由・平等の構造を分析し、発達した産業資本主義はこの商品交換の論理の全面展開として位置づけられるとした。彼はまた、日本の現状を、この論理が適正に発現していないとして批判した。この見方によっては近代私法は、近代の経済関係に還元され、それゆえ過去（中世・近世）の法や思想、運動との断絶・対立においてとらえる。

なお、大塚、川島と並ぶ「近代主義者」とされる丸山眞男については村上は、後述のように、第四期に至っても批判することは一切なかった。丸山もまた、村上を高く評価していた。

してもいた。

村上はまた、「四」においては、ドイツの近代の考察を主題にしているものの、近代的原理の成長ではなく後期近代を対象としているし、近代主義者たちが（下からの）自由主義の旗手と見たギールケを相対化している点で、近代主義のステレオタイプを破ろうとする意識をより鮮明に出している。

4. 以上に対し、同書中の「一 ドイツ普通法学の錯誤論」⁽⁵⁾は、前記3論文とは性格が異なる。この論文（助手論文）で村上は、近代ドイツ民法学における錯誤論を対象にし、その歴史、すなわち解釈論史を追う点では、⁽⁶⁾ここでも歴史的観点が主軸である。本論文で村上は、①1838年にプフタがその錯誤論において、ローマ法源への拘泥と論理的体系性重視とのゆえに意思主義をとり、これが通説となったこと、②1840年にはサヴィニーがローマ法源に対する自由な精神を発揮しかつ実務を顧慮する立場から、取引の安全を重視する政策的判断のゆえに表示主義を押し出したこと、③1860年代にはイエーリングが、衡平重視の政策的判断のゆえに表示主義に近づいたものの、ローマ法源に拘束される傾向を脱却しえなかったため、政策的判断と法源重視とのこれら双方の要請を両立させるべく手の込んだ解釈論（概念法学的な構成法学）を展開したこと、④1876年代以降にはベール、シュロスマン等が市民法学的な立場から実務を尊重し、法源から自由な政策的判断によって表示主義を押し出し、それを慣習法・学説・条理に依拠して理由づける努力を示したこと、⑤これに対抗してティーテルマンが官僚法学の立場から意思主義を再興しようとしたこと、⑥プフェルシェらが、ティーテルマンに対抗して表示主義を押し出したこと、⑦ヴィントシャイトが、取引の利益を重視しつつも法源に強く拘束された思考によ

(5) 私法学会報告を基にした、『私法』22号（1960年）掲載の「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」が別にある。https://www.jstage.jst.go.jp/article/shiho1949/1960/22/1960_22_84/_pdf/-char/jaをも参照。

(6) 錯誤論研究は、磯村哲にとっても一つの主軸であった。磯村は後年、『錯誤論考——歴史と論理』を出版した（有斐閣、1997年）。

って（法源のもつ）意思主義を解釈論として精緻化する構成法学を確立したこと、⑧ドイツ民法典は、このヴィントシャイト説に依拠して成文化されたこと、等を論じる。そして結論として、構成法学の意思主義がドイツ民法典で成文化された点を、ドイツにおける市民法学の不全、「市民法学と官僚的・国家的法律観との妥協」（『ドイツの近代法学』67頁）と評価する（この評価には、磯村哲ないし磯村が親しんだエールリヒがとった「市民法学」の立場からの、ドイツ近代法学批判が鮮明である）。

「ドイツ普通法学の錯誤論」では、(イ)ローマ法源に強く拘束される法学かどうか、(ロ)法教義学上の理論構成に強くこだわる法学かどうか、(ハ)実務・実益重視の法学かどうか、によるちがいを追う作業が中軸となった。このような諸テーマを軸にして法解釈論の歴史を扱う考察では、〈社会構造の変化が法学をどう規定し性格づけたか〉、および〈近代法的要素が古い時代の中からどういふかたちで成長していったか〉の視座が——先に見た3論文のように——前面に出ることはない。村上自身、「この論文では、法律構成の構造をいくつかの基本的な型に分解しえたにとどまり、それぞれの型の社会的・政治的基礎については、ごく単純な想像を述べることしかできなかつた」（同書81頁）と述べている。このことはしかし、本論文の欠点ではない。それは、当時の近代法史研究に強かつた〈法学者の営みとその階級性や社会史・政治史的イデオロギー、資本主義の経済関係に無媒介に還元する傾向〉と、近代的なるものの成長を軸に歴史を見る近代主義とをいったん離れて対象に即して語る姿勢（本論文では、法律構成に拘泥するか否か、ローマ法の法源に忠実であることに拘泥するか否か、実務に敏感かどうか等を軸に考察する姿勢）とへの第一歩となるものだったからである。この点で、法学界に支配的なパラダイムから自由に、対象に即して語ろうとする村上の後年の姿勢——近世以来の西欧社会をその中の「中世」・「近世」・「近代」・「現代」の諸要素がどう相戦っていたかに着目しつつ押さえる——への芽が、既に本論文に確認できる。

以上を総括するに、『ドイツの近代法学』において村上は——とくに上記「二」・「三」・「四」の論文において——(プロイセンにおける)それぞれ近世、近代、後期近代(現代)の社会史・政治史の展開と法学との連関を押さえようとしている。これら第一期の4論文においては、後述する第二期に鮮明化する、村上の〈近世西欧においては、すべてが近代化(近代化)され尽くしたのではなく、古い伝統が近世的なものに対抗した;それゆえその後の近代においても、近代化にもかかわらず古い伝統が——変容しつつも——なお強く残り近代化の態様に影響した〉との視点はまだ出ていない。さらに第三期に鮮明化する、村上の〈古い伝統は近代においてもなお残り、近代を支える積極的な働きをしている〉との見方は、この時期にはまだ鮮明ではない⁽⁷⁾。しかしこれら4論文には、その萌芽、すなわち〈近代主義に立脚したそれまでの近世・近代の見方と一線を画そうとする動き〉の端緒が——当時の近代法論的視座とともに——うかがえる。

第二期：1964年以降

村上は、1964年にフンボルト財団奨学生としてドイツに留学し、かねて注目していたハンブルク大学のブルンナー (Otto Brunner, 1898-1982) に師事した⁽⁹⁾。石井紫郎によると、村上は当初はハンブルクのマックス・ブラ

(7) ただしここで村上は、フライヘル・フォン・シュタインについて、彼に体现されていた「理想化されたシュテンデ制」という身分制的自由の精神(『ドイツの近代法学』155頁)が彼の「近代的な政治的自由主義」を支えていた、と見ている。またギールケについて、中世的「ゲノッセンシャフト」に定礎しつつ「コルポラツィオン」として自立的な法人格を獲得した⁽⁸⁾ 団体を構想する(同書199頁)点で、伝統的要素が彼の思想内部に働いていた、と見ている。

(8) 近代主義に結びつく権威に対する挑戦は、「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)にとりわけ顕著である。ここで村上は、マックス・ヴェーバーを——社会と政治との近代化を推し進めた思想家として評価する近代主義的理解に対抗して——ナチスに至る国家主義の流れの中に位置づける。

(9) 前掲『桐蔭法学』25巻2号中の「村上淳一 経歴と著作」(村上が作成したものの)には、村上の留学先が、1964年夏学期・1964/1965年冬学期はハンブルク大学、

ンク研究所にいたが、「そこではおもしろくない、石井がブルンナー、ブルンナーと言っているのを思い出して自分で手紙を書いて、ブルンナー先生のところに移った」のだった（インタビュー発言。石井も、1965年から、堀米庸三の紹介で、ブルンナーに師事した）。村上は、こうしてブルンナーから学んだ新しい視点から、近代の成立過程と、西欧近代の特徴について論じるようになった。ブルンナーの問題提起で、村上のその後の研究を性格付けた要素としては、次の諸点が重要である。

第一に、ブルンナーの『ラントとヘルシャフト』（*Land und Herrschaft*, 1939）を初めとする中世・近世研究が提起した見方。本書でブルンナーは、中世13世紀以降のオーストリア内の諸ラントの政治構造を論じ、そこでは領主と諸身分（等族）・領民が法に服しつつ双務的な（領主の守護と、等族の助言・援助）関係を形成していた、すなわち法共同体としての「ラント」を構成していた、と見た。領主による一方的な上からの支配の貫徹でもなく、バラバラの勢力分立でもなく、統合者としての領主と、領主に服するが自立性に支えられて抵抗もする諸身分との、〈主従がともに神聖な法に服している〉という観念が、ここでは重要なのである。

近世が近づくにつれて君主側が「行政」によって国家の統合・革新を進めようとするのに対して、諸身分側は君主に服しつつも〈君主を超えた「法＝権利（Recht）」の観念〉によって抵抗しもする。この関係は、上記の構造の延長線上に位置づけられる。近世とは君主の絶対主義的支配（制度的領域国家の面）が貫徹した世界ではなく、君主に服しつつ議会（憲法・自然権尊重）および司法（私権・私法尊重）を拠点にして抵抗しもする諸身分と、それらがもった中世以来の特権・自治もまた、無視できない力（人的結合国家の伝統につながる）としてあった、という見方だ。

第二に、ブルンナーの論文、Das „ganze Haus“ und die alteuropäische

1965年夏学期・1964/1965年冬学期はチュービンゲン大学、と書かれている。

(10) ただし、ブルンナーと村上の結びつきは、すでに、1963年の「ドイツの協同組合運動とギールケ」に見られる（『ドイツの近代法学』198頁以下）。

„Ökonomik“, in: Brunner, *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 2. Aufl., 1968, S. 103-127. (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)に収録)が提起した見方。この論文でブルンナーは、家長が支配している共同体としての「家」が、古代以来、近代までの西欧社会の基礎単位を成していたことを強調した。「家」は、現代人がイメージしがちな〈私的な親密圏〉ではなく、家長が「家」構成員に対し支配と保護を行使する政治的基礎集団であり、経営体であり、教育・扶養・医療の場であり、祖先崇拜と結びついた宗教団体でもあり、この点で「全き家」(das ganze Haus)であった。それは、独立自営の農民・商工業者においてだけではなく、君主や貴族においても重要であった。家長たちは、この「家」を基礎にして様々な仲間団体に結束しつつ社会的に共同する。それらの活動が、ラントにおける政治の実体を成しており、〈君主と諸身分の間での忠誠と反逆〉の構図は、ここに現出した。マックス・ヴェーバーにおける「家産制的支配」は、近世君主の支配形態(絶対主義国家)の面を前面に出すが、(支配の契機とともに)自立した家長たち相互の共同関係をも組み込ませてこれを構成し直せば、ブルンナーらの「家」の概念に近づく。

これら「ラント」や「家」への着目は、次のような視座構築の可能性をもつものだった。

(1) **社会史・構造史・国制史** 従来の法制史や政治史には、国家(君主)の立法・行政・司法や、統治者の政治・軍事行為に着目した歴史描写が多かった。これに対し「ラント」や「家」への着目は、(国家・君主をも含む)諸階層の活動する場としての全体社会への眼を啓かせ、かつ(君主が活動する)国家・中央行政だけではなく、(諸勢力の拠点である)地域の権力構造や諸活動に着目すること(地域史)も重視する。それゆえこれらへの着目は、(広い意味での)「社会史」重視への端緒となった。『近代法の形成』の「はしがき」v頁にある、「行政の展開に対抗する法共同体の要素を重視する」視座への道である。

加えて、このような総合的な歴史記述の姿勢は、中世・近世の歴史描写において〈国家と社会の全体構造〉をとらえ、それとの関連で個別問題を考える見方を確立させた。この見方に立った歴史学は、社会（国家も含む）の全体構造を歴史変化において考え、かつ諸問題を、変化する全体構造と関連づけつつ考えるから、「構造史」（Strukturgeschichte）ないし「国制史」（Verfassungsgeschichte）と呼ばれる。『近代法の形成』の「はしがき」iv 頁にある、「当該社会の全体構造の変動との関連において、各種の法分野の有機的つながりに留意しながら近代法の形成を論じる」見方である。

（2）**概念史** 上記着目は、近代の概念で過去をとらえようとする姿勢や、近代の枠組みで過去との関係を再構成する傾向（国家が社会全体を實力で上から統合・支配しているとか、公法と私法が前近代においても峻別されていたとかと見る傾向など）を批判することにも向かわせるものだった。逆にそれは、この観点からして、一つの概念が歴史や場所のちがいによってどのように異なった意味をもち、社会の構造変化にともなってどう変化してきたかを見、また逆に歴史や場所のちがいを越えて同一の意味をもっていった事実をも考える、「概念史」（Begriffsgeschichte）への道も開きうるものだった。「国家」（「市民社会」）・「公法」・「私法」・「所有権」・「法・権利」などの諸概念が時代・文化圏によって異なる（あるいは異ならず同じ）意味内容をもっていたことを明らかにし、かつ「そのような意味内容が社会構造の変化（近代化）に対応して変化してゆく過程を追跡する」⁽¹¹⁾（『近代法の形成』の「はしがき」v-vi 頁）、作業である。

ところで、初期の村上（と石井紫郎）に上記視座に結びつく重要な影響を与えたもう一人の研究者に、片岡輝夫（1924-2011年）がいる。東大法学

(11) 村上に先行してオットー・ブルナーに着目しつつ領主と等族の共同性・拮抗において近世、近代初期を考察していた歴史学者として、成瀬治（1928-2016年）がいる。成瀬『絶対主義国家と身分制社会』（山川出版社、1988年）および阪口修平によるその書評『法制史研究』40号（1990年）参照。

部でローマ法を担当していた片岡は、その師原田慶吉(1903-50年)が体现したアカデミズムの伝統を守り実証・論証はきわめて厳密であったが、他方では、醒めた反権威主義の人であり、かつマルクス主義をはじめとした科学的歴史学の動きを吸収することによって、師を超える構想・視野をもち〈歴史科学としてのローマ法学〉の基礎を築いた。第一に、片岡は、一方で、日本で発達したマルクス主義等の社会科学の精神を体现し、この点において、社会科学性が弱かった西欧の歴史学に対して強い自立の精神——日本に伝統的な、学説輸入・紹介業とは対極の——を保持した。また、マルクス主義では、ことがらを階級闘争や政治・国家との関係で考えるのであるが、この見方を片岡はローマ法(ローマの私法)研究においても重視し、西欧(および日本)によく見られるような〈国家や政治、階級闘争のもつ問題を捨象して、もっぱら私法に自閉した視点から私法を扱う傾向〉を批判し、ローマ法解釈史・ローマ法史をも、ローマの国制、政治、階級闘争との連関で考究することを重視した。第二に、片岡はまた従来のローマ法学批判の一環として、近代の概念で前近代をとらえようとする傾向(「公私の分裂」、「公法と私法の峻別」の観念や、〈国家が社会全体を上から統括しきっている〉との観念で前近代社会をもとらえようとする)を批判した。第三に、これとの関連でさらに、政治的立場に規定されそれを弁証するべく過去を構成する、19世紀前後のローマ法学の傾向(たとえばモムゼン(Theodor Mommsen)は、そのドイツ自由主義者としてのナショナリズムの立場から、カエサル讃美の歴史を描いた)の問題性をも指摘した。

見られるように片岡は、上記プルンナーの国制史等と内容的に通底する方法論を出していた。

(12) 村上は『ドイツの近代法学』において、〈サヴィニーの私法学を近代法学・市民法学と見てその進歩面を一般化して、彼が政治的にも市民的・進歩的だとする見方〉——これは戦後もドイツ・日本で見られた——を、「政治権力の問題と無関係に私法学の方法を論じることが可能であるとする伝統的な思考」(187頁)だと批判している。これは、私法学をも国家・政治との関係において考えるべきだとする片岡輝夫の主張に通底する。

1970年代末までの村上は、これらの問題提起を踏まえつつ発展させて法史・法理論史の分野で、法制度や法概念の近代化、さらには近代から現代への社会の変移⁽¹³⁾に関して以下のような見方を鮮明化した。すなわち、①西欧の近世・近代において、特殊近世的・近代的なもの（近代的な国家・所有権・人権・公法私法関係・平和等の概念ないし制度）がどのように、前近代的なもの（古代・中世の伝統）との格闘の中から成立していったか、②またそのことに伴って、成立した近世・近代的なものは前近代的なものにどう規定され性格づけられたか、③前近代的なものは近世・近代においてどう変容しつつ近世・近代に作用していったか等、「それぞれの法文化が歴史的沈殿物としての側面を残しながらそれとの緊張関係において発展してきたという事情」（『近代法の形成』iii・iv頁）を重視する視点である。

主要問題となるのは、(a) 概念の歴史変化の研究と、(b) 国制の歴史変化の研究とであった（(a) もまた (b) の視点を踏まえていたが）：

(a) 概念の歴史変化の研究

①一つの例としての「市民社会」の概念 村上の主要業績の一つに、「市民社会」概念が古代・中世とヘーゲル以降の近代とでは異なること、すなわち特殊近代的な「市民社会」概念は「市民社会と国家の分離」を鮮明にしたヘーゲル『法の哲学』（1821年）において確認できることを明確に示し、かつその背景にはどのような社会変化があったかを考察した点がある（「ドイツ〈市民社会〉の成立」（『法学協会雑誌』86巻8号、1969年）、『近代法の形成』第1章）。

永らく、それぞれの「家」を拠点とし身分ごとに結束した諸勢力が、統合を強める君主に服しつつも自立性を保持し「法共同体」としての国家を形成してきた。それは、典型的には古代の市民、中世における各領邦や

(13) この第二期の特徴が鮮明なのは、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）中の「ドイツ法学」；論文「ドイツ『市民社会』の成立」（『法学協会雑誌』86巻8号、1969年）；『近代法の形成』（岩波書店、1979年、再刊1990年）；『ゲルマン法史における自由と誠実』（東京大学出版会、1980年）などである。

「帝国〔神聖ローマ帝国〕における等族」(〔 〕は笹倉による)に見られるように、古代から18世紀末まで続いた。こうした関係下では、国家と市民社会との区別は、出現しなかった。しかし君主による統合はさらに進み、それぞれの領邦において主権国家が確立し諸勢力の脱政治化が進行した。1806年には神聖ローマ帝国が、ナポレオンによって消滅させられた。他方この時期には、新しい企業家に担われた自由な経済活動が活性化し、国家活動とは区別された、国民市場を核にした社会関係が形成された。こうした構造変化の結果、政治権力を独占した君主の国家と、脱政治化され生業(経済活動)にもっぱらとなる市民の社会とが、相互に乖離し、新しい「市民社会」概念が法史・法理論史の分野で析出されていったのだ、と。村上のこの概念史は、ブルンナーの影響を受けたリーデル(Manfred Riedel, 1936-2009)のヘーゲル研究、*Zwischen Tradition und Revolution: Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*. (1969)等と結び付いて⁽¹⁴⁾いる。

②別の例：「良き旧き法」の観念 ケルン(Fritz Max Friedrich Ludwig Hermann Kern, 1884-1950)らや、ケルンを日本に紹介した世良晃志郎(1917年-1989年)は、次のように考えた：中世においては、統治者とそれに服する者たちを超えて「良き旧き法＝権利」の観念があった；そうした「法＝権利」を尊重しない不誠実な統治者に対して抵抗することには正当性がある、とされた；こうした法観念・抵抗権思想の起源は、自由農民の共同体マルク・ゲノッセンシャフトや〈ゲルマンの森の自由な戦士たち〉の古ゲルマン的伝統に遡る、と。⁽¹⁵⁾

(14) 村上は1971年頃筆者に、〈学部授業では、すでに研究発表したテーマを扱う。大学院授業では、目下研究中のテーマを扱う〉と述べた。実際村上は、1970・71年の大学院授業では、リーデルの *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1969や、ハーバーマス(Jürgen Habermas)の *Arbeit und Interaktion. Bemerkungen zu Hegels Jeneser 'Philosophie des Geistes'*, in: *Technik und Wissenschaft als „Ideologie“*, 1968.を使った(ちなみに、筆者が受けた村上の1968年度の学部授業「ドイツ私法」(1967年度が村上の初講義)は、『ドイツの近代法学』関連のドイツ語文献を購読するゼミ形式——実際の聴講生は6、7人——だった)。

(15) Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter: Zur*

これに対しダンネンバウアー（Heinrich Dannenbauer, 1897-1961）が提唱した国王自由人学説は、この〈古来の自由な戦士たち〉に結び付いていた定説を批判し、ゲルマン人はその原初においてすでに有力者に従属した存在であったし、中世を通じてそうした支配・服従の関係は持続してきた；したがって支配者をも縛る「法＝権利」の観念やそれに結び付いた抵抗権思想は確認しえない、とした。

また、カール・クレッシエル（Karl Adolf Kroeschell, 1927-）らの概念史研究は、*ius* や *lex* の概念の歴史に関し、12世紀までは *ius* は「権利」を意味するが「法」は意味せず（ローマ法の観念が支配的だったのである）、したがって「良き旧き法＝権利」の中世的・ゲルマン的観念も、12世紀まではなかったとした。

これらの見方をブルンナーの見方と結びつけて考えると、「良き旧き法＝権利」や抵抗権の思想は、古ゲルマン・中世前期にはまだなく、13世紀以降の中世盛期に初めて出てきたものである、ということになる。13世紀以降には、君主が次第に国家統合を進めるにつれ、領域内に妥当する法と法の神聖視とが形成される。その法は、まだ統合力が弱い君主の下では、諸勢力が保持する自生的な諸権利を反映しつつ立法していくほかない。「良き旧き法＝権利」の観念や法の神聖視、〈それにもとづく、等族や農民の、君主に対する服従と抵抗〉の思想は、こうした状況下で形成されていたのだ、ということである（たとえば、『近代法の成立』19頁、『ゲルマン法史における自由と誠実』⁽¹⁶⁾234頁以下、266頁以下）。

Entwicklungsgeschichte der Monarchie, 1914; Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, in: *Historische Zeitschrift*, Bd. 120, 1919. ケルン『中世の法と国制』（世良晃志郎訳、創文社、1968年）。

(16) 世良が翻訳等を通じて結びついていった、ケルンやミッターイス（Heinrich Mitteis, 1889-1952）らがナチスに果敢に反対したのに対し、村上たちが結びついていった、ブルンナー、ダンネンバウアー、コンツェ（Werner Conze, 1910-1986）、その史観の前提を提供した、フライヤー（Hans Freyer, 1887-1969）、シュミット（Carl Schmitt, 1888-1985）らはナチスに与した。戦後の反ファシズム・戦後啓蒙・「近代」に結びついた世代の世良と、少年期の戦争体験・敗戦体験もあつ

(b) **構造史の研究** 近世における近代国家の成立論で、村上は、近代化へのイニシアティブは、君主が担ったが、それは等族の抵抗との緊張の中で進行したとする。村上はとくに、上記身分制の自由が近代法形成史においてもった役割を追跡する：17世紀以降、西欧で近代化が進行していくが、その過程でも身分制の要素（等族の「良き旧き法」の観念や、家長の独立性）は残っており、これが、上からの近代化を進める君主との関係に作用した。一方には、①ポリツァイを確立させ、また紀律化運動を通じて統合を進める国家権力（君主）の動きや、②近代化を求めつつも、近代化がもたらす副作用を緩和すべく、君主ないしその国家が福祉行政によって社会の問題に対処すべきだとする近代思想形成の動きがあった（とくに着目すべきはヘーゲルである。彼は、フランス革命や産業革命を理論の前提にしつつそれらの副作用をも見据えて思考した）。他方には、①等族の自立・自由、②それを反映し「良き旧き法」を重視する司法（貴族が中軸を成していた）の動きがあった。近世は、こうした諸要素の全体的関係において把握されなければならない、と。

村上はまた、絶対主義期における国家と法共同体の格闘の中で、シュロツサーの思想に見られるように、国家に担われた公法と、法共同体に担われた「良き旧き権利＝法」との対置が先鋭化した（『近代法の形成』143頁）が、やがて後者が政治性を喪い私法に収斂していったこと（同書178頁以下

で政治的に懐疑的であったため、戦後啓蒙的な立場の先輩研究者たちのコミットメントに対してシニカルであった村上ら若手との対照性である（村上においてこのシニカルさは後述のように、近代主義に対するシニカルさと結び付いてポストモダニズムへの傾斜をもたらした、と考えられる）。

ドイツにおいても、19・20世紀の自由主義や戦後啓蒙は、歴史を〈近代的要素による前近代的要素の克服過程〉として近代主義的に描いた。これに対してナチの歴史観は、近代への懐疑・近代の相対化、近代的なものとは異なる積極的な力を歴史の中に見いだそうとした。したがって日本においても、前近代を考えるに当たってそれまでの近代主義的な見方を克服するためには、ナチの歴史観ともつながる見方が有効であったといえる。そしてまた、現代を考えるに当たってのそれまでの近代主義的な見方を克服するには、近代主義批判としてのポストモダニズムが有効であった、ということでもある。

等)、および19世紀を通じてサヴィニー以降のローマ法学がその私法の整備を進めたこと、を指摘する。私法の近代化は、新旧のこうした「重層的構造」・ダイナミズムにおいてとらえられなければならない⁽¹⁷⁾、と。

(c) **近代主義からの乖離** 歴史のこうした見方は、前述した近代主義の見方とは大きく異なる：旧い要素自体に近代（の一極）を担う原理が内在している；近代的なものの淵源は、純近代的なものの成長だけではなく、前近代的なもの、伝統的なものの中にも求められるべきであり、この点を踏まえて、これまでの近代観は改められるべきだ、となる。すなわち、村上の近代観においてはたとえば、①近代の自由は、近代的啓蒙の個

(17) 『近代法の形成』の冒頭（2頁）には次のようにある：「常備軍と整備された行政組織とをもつ機構としての国家（シュタート）の観念は、ドイツにおいてもようやく一七世紀の後半以降、徐々に広まってきたものであって、それまでは——そして、そのような国家の観念と競合しながら一八世紀の末に至るまで——自由人ないしさまざまな自立的権力の形成する「法共同体」（Rechtsgemeinschaft）こそが、国家ないし政治社会（civitas sive societas civilis）にほかならぬとされてきたのである。」

ちなみに、この時期の村上においては、近代化の過程上で——とくに近世において——古代・中世以来の伝統と近世の新しい国家原理という新旧両要素が格闘しあう重層性の解析が作業の主軸であったが、この時期にはどちらかというと、旧要素（すなわち古代・中世以来の前近代）を克服していく新しい要素（近世・近代の原理）の成長に焦点が当てられていた。新しい要素が支配的になって成立した近代（近代国家や近代市民社会、近代法実務等）においても旧い要素の作用が変容しつつ残って働くとはされたが、別の形式で残存したそれら旧い要素がいかに積極的に（近代を支える方向で）作用しているかの視点——1980年代以降の第三期において鮮明になる——は、まだ鮮明ではなかった。

とはいえ村上は、①『近代法の形成』51頁では「アメリカの独立宣言と諸憲法における旧ヨーロッパ的伝統との連続面」を指摘し、②また同書60頁ではヘーゲルをめぐって、「もともと、実際には、政治社会の伝統は一朝にして消滅したわけではない。ヘーゲルの場合も、「倫理性の崩壊の形態」としての市民社会の内部で展開される行政と職業団体の活動に、倫理性を媒介する機能が期待される」と述べ、これを、近代を伝統が支えている「一九世紀ドイツの社会的現実に対応するもの」と見、③さらに同書221頁以下では、罪刑法定主義や口頭主義や公開制、陪審制度、裁判官の独立などの近代刑事法制度が、「伝統的な刑事裁判観によって媒介されたものであった」とも述べている。

人主義的要素にだけでなく、君主に抵抗した等族の伝統にも淵源をもつ、②近代は単なる孤立的個人主義の世界ではなく、伝統から来る共同体性・倫理性をも重要な要素とするものとなる、③近代の共同体性・倫理性については、(カント的な発想ないし日本のヴェーバー学者的な発想のように)純近代的要素からだけで説明しようとするのではなく、伝統的秩序との関連でも考えられるべきだ、等々ということになる(「近代主義者」の見方からの村上の乖離は、後述する1980年代以降(第三期)の村上においてさらに鮮明となる。また、村上が近代主義の根底にある社会像や人間像、認識論のラディカルな再検討を進めるのは、第四期におけるポストモダニズムへの接近を契機にしてである。これも後述する)。

村上らは、ドイツの最先端の法制史学・歴史学を摂取し発展させるべく「国制史研究会」を結成した。中心メンバーには、堀米庸三門下の成瀬治・石川武の他、石井繁郎、小倉欣一、平城照介、山田欣吾がいた。その共同研究の成果の一つとして出版されたのが、上記のブルンナーの著作の翻訳書『ヨーロッパ その歴史と精神』(岩波書店、1974年)⁽¹⁸⁾である。メンバーは、法制史学会へ積極的に参加し、報告・討論等で活躍した。後続の研究会や科研費によるプロジェクト等には、さらに石部雅亮、小川浩三、

(18) 大塚や川島ら近代主義者と、村上らとでの、西欧史の見方のこのちがいは、青年期の学問環境のちがいとも無関係ではないだろう。大塚(1907-1996年)や川島(1909-1992年)は、戦争のため青年期にイギリスやドイツに留学できなかった。西欧、とりわけ1968年以前のイギリスやドイツ、さらにはフランスやイタリアの地方都市で1、2年暮らせば、古い秩序意識・権威主義・家長長制、中世以来続く制度・慣行・Sitte・生活ぶり・都市や農村の景観等を実感し、自分たちが戦中戦後の日本でもっていた「近代ヨーロッパ」のイメージ——〈中世・近世を市民革命・資本主義によって破碎し、自由・平等・個人主義・市場経済の原理によって純化した近代〉——が崩れる体験をすることになるが、村上・石井・石部らの世代においては、それ可能だったのである。ちなみに、1968年以降大きく変化した西欧(「カルティエ・ラタン」闘争・五月革命を契機に各地で変化が大きかった)に留学した筆者(1979-1981年にドイツ留学)でも、革新・自由・平等の進展とともに、西欧社会に残る「伝統の規定力」や「歴史の連続性」をも、なお強く実感しえた。

田口正樹、西川洋一、新田一郎、林信夫、和田卓朗、和仁陽らが加わった。筆者が村上の許で学んでいた時期（1970年代前半）、およびその前後は、こうしたかたちで村上を一人の担い手としてポレミッシュな問題提起がとくに盛んであった。このような時期の村上に親しく学べたことは、筆者にとって誠に幸運だった。

第三期：1980年以降

村上はこの時期には、ブルンナーらから学んだ視点をさらに発展させ、近代に焦点を当てて次のような方向にも議論を展開させた。すなわち、（前近代のみならず）近代のヨーロッパにおいても中世以来の身分制的自由の伝統がなお強い規定力をもっており、近代の法や法観念、市民社会のエートスをプラスの方向で性格付けていた；このため、〈国王による国家統合より前からあり、国王も尊重しなければならないものとしての特権〉、〈国王の上にある法＝権利〉の観念や、等族的自由の諸制度（団体の自由・自治、地方自治、議会の独立性、司法の独立）、自由人ないしさまざまな自立的権力の形成する「法共同体」・「良き旧き法」の観念等は、近代の自由観念の中に形を変えつつも生き続け近代社会のあり方を方向付けた；ドイツ等では身分制的自由の伝統、諸身分の政治的な力は1820年代以降、後退した；しかし古い秩序の基盤を成した家長の自立の伝統、そのエートスは、その後も——1870年代（資本主義が高度化し始めた時期）に至るまでは——規定力をもった；西欧近代になお残る家父長主義や「家」観念が、近代の主体の自由・自立・責任感（自律）・共同性（連帯）の伝統を支えた——家父長制は近代的自由・平等や革新とは論理的には矛盾するものの——というのである；「家」はまた、近代資本主義を実際的に支える基盤としても重要であった（たとえば、強固な家族経営があつたうえに、企業活動に必要な資金（資本）の集積にとっても家族的紐帯が重要だった）、と。

近代におけるそうした伝統的エートスの担い手としては、「財産と教養」

(Besitz und Bildung)のある階層が重要であった；この階層は、強固な財産的基盤と自立的判断力をもった家長の伝統に定礎していた；

西欧近代において前近代的要素がもつ積極的意義——政治的諸自由・経済的作用の他に、とりわけ倫理的作用を及ぼし続けた——への着目である。村上自身はこの点を——のちの第四期に属す本からの引用になるが——次のように語っている、

「もとより、いわゆる「旧ヨーロッパ」の実質的秩序〔互酬性〕が〔19世紀に〕直ちに崩壊したというわけではない。それは、少なくとも一九世紀後半に入るまで、一七世紀に生まれた仮想の秩序〔近代的自我・その権利や近代市民社会の原理〕と拮抗しながら、これと重なり合って現実のヨーロッパ近代を規定し続けた。」(『現代法の透視図』東京大学出版会、1996年、174頁)

以下、この点を詳論しよう。村上は、たとえば近代私法・人権が中世の伝統にも定礎していることを次のように論じ始めた：

「ヨーロッパでは、もともと実力によって裏づけられていた前国家的な権利の体系が、私法ないし民法なのです。基本的人権は、そのような権利が、実力のないものにまで拡大して認められたものだ」(『「権利のための闘争」を読む』1983年、84頁)。

村上が、カントやフランス民法典について「家長だけが共同体の秩序の担い手であるという長い伝統の上に、位置づけられる」(106頁)と述べ、また「伝統的な国家共同体の観念が残っていたからこそ、近代ヨーロッパの政治的自由主義というものが生まれたのではないか」(157頁)と述べているのも、これらの見方に関わっている。

これは、西欧社会を〈個人主義・自由競争＝レッセフェールに定礎しかつ全面開花させた近代市民社会〉と見るのとは、対照的である。この点で第三期の村上において、大塚久雄・川島武宜等の近代主義者の西洋近代社会観(近代主体が近代化を阻害する古い階級・伝統を克服しきったところに西洋近代が展開したとの見方)からの乖離は、より鮮明になった。

そして村上は、この視点から、日本における近代と西欧における近代とが根源において大きく異っている点をも論じた。日本近代は——家制度を残したものの——前近代由来の〈家長的自立を基底にしたエートス・倫理〉は（既に近世においてかなりの程度）喪っていた；これに対し西欧近代は、そうしたエートスになお支えられており、近代資本主義・私法生活もまたそれを基底にした倫理（『現代法の透視図』176頁にある「家長たちの互酬性の秩序」——後述）⁽¹⁹⁾に規制されていた、と。西欧近代の方がむしろ、日本近代よりも古いものを——別の面では——強く残し有効に機能させた社会だったのである（以上『「権利のための闘争」を読む』283頁）。

村上は、この延長線上で、①西欧においては1870年代以降の資本主義の高度化（それに伴い、近代的自立人の主軸であった独立自営業者が衰退し、他方で国家が経済全体にも統制力を強める）によって「財産と教養」の階層が基盤を喪失した；②そのため家長の自立性が喪われ、それゆえ強い自己主張の主体が存在しなくなった；③彼らの代わりに社会を秩序化すべく前面に出てきたのは国家であった；④近代精神を担う主体をなくしたことによって近代のパラダイムは自壊していった、との認識を出すようになった。⁽²⁰⁾ たたとえば、次のように、

(19) 村上は西欧の近代市民社会の倫理性を、たとえば次のように伝統との関連で描いている、「市民社会の自律性は、「経済的自律」のみに基礎づけられるのではなく、団体によって媒介された「倫理的自律」をも必要としたのであろう。この「倫理的自律」が失われ、市民社会が「我利我利亡者的利己主義者」の社会に変質してゆくにつれて、「経済的自律」もまた不可能になる。団体的秩序としての市民社会が崩壊してはじめて、川島論文が市民社会の構成単位とした「自由な孤立せるアトム的人間」が出現する」（『ドイツ市民法史』6頁。第三期の特徴が鮮明な本としては、他に『「権利のための闘争」を読む』（岩波書店、1983年）がある。（アトムの個人の社会としての西欧近代社会）が実際に成立したのは1870年代以降だった、との見方である。

(20) 村上は、『「権利のための闘争」を読む』204頁以下では、「権利」のとらえ方の変化として、「力」から「利益」への変移を指摘している：当初「権利は力である」として権利主体の主体性・自立性を前提にしていたイェーリングは、1865年

「社会の秩序は法的な自由の倫理的行使（意思の自律）によってはじめて形成されるという発想は、旧ヨーロッパの伝統を受けつぎながら一九世紀後半に入るまで、つまり市民＝家長によって担われていた倫理的秩序が崩壊するまで維持されていたのであって、Willkür（ないしその意味での Wille）を要素とする私法上の契約に自律（Autonomie）なる観念を結びつけ、脱倫理的な契約の自由（および自由な所有権、団体設立の自由、営業の自由等）を私的自治（Privatautonomie）と称するようになったのは、〔その秩序の崩壊後のことであって、それゆえ〕それほど古いことではなかった。」（『ドイツ市民法史』358頁）

ちなみに、後述する第四期に入ると村上は、この点の延長線上において、現代においては、近代が土台にしていた上記の家長的自立の伝統が崩れ、このため近代的な自立・自律の人間像や、それを基盤にした〈個人・国家〉の関係は虚弱化し、それらがもともと仮想であったことがはっきりした；このような現代においては、自立・自律の人間への期待は不可能となった、との見方を前面に押し出すようになる。村上は、〈こういう状況下にあるのに、今日の社会理論は未だに、近代的な自立・自律の人間が社会を担うことに期待を寄せている〉とし、現代社会の悲観的現実、「近代なるものの基盤の仮想性・虚構性（フィクション性）」を指摘して、この事実を踏まえて社会を考え直す必要があると主張するに至る。こうして、後述するように第四期の村上における現代認識は、次のような方向のものとなる：近代は家長になお担われている点で同様な傾向をもつ前近代と連続していたが、この家長的連続性が断ち切られたところに現代・ポストモダンがある；したがって現代は、長い西洋文明人類史上きわめて新しい現象である、というものに。

の『ローマ法の精神』第3巻第1部では、権利を「法的に保護された利益」とし、さらに1872年の『権利のための闘争』では権利を「国家によって付与された」ものだとした；〈国家〉・〈法〉が前面に出てきて、〈個人の実力発揮〉が後退した、と。

村上第三期は、村上と筆者とがもつとも接近していた時期であった。それは、イェーリング研究がともに主軸となり、かつ上記の視座（近代を支える前近代）の視点から19世紀ドイツの法・政治思想を考察することがともに主たる関心事であったことに現れている。

筆者はドイツ留学（村上の紹介でエアランゲン大学のリーデルの許で学んでいた）2年目の初秋（1980年）に、フライブルク出張中の村上に招かれ、家族でこの古都に滞在した。車でシュヴァルツヴァルトを案内してもらい、フライリヒト・ムーゼウム（Schwarzwälder Freilichtmuseum Vogtsbauernhof）を訪れ、歩きながらいろいろ議論した。筆者が、「ヴェーバーのプロテスタント企業家ないしアダム・スミスの資本家の精神は、大塚史学が出したような純粋な近代人ではなく、古代・中世以来の自由人のエートスがなお規定力をもっている旧市民（Bürger）、ジェントルマンのそれではないか；〈経済活動を自由放任にしても、ジェントルマン的自制力・節度と社会の倫理規範とが働く社会なので、予定調和が期待できる〉というのが、スミスの自由放任主義の根底にあり、これがまた、ヴェーバーが言うところのプロテスタント企業家の精神の中軸を成していたのではないか；この観点から自分は、近代ヨーロッパの市民とその精神を洗い直している」旨語ったところ、村上は興奮気味に、「実は自分も目下、まったく同じ視座で研究をしている。君も是非その点を深めて欲しい」と答えた。この視座からの村上の研究が最初に結晶化した本が、『権利のための闘争』⁽²¹⁾（岩波書店、1983年）であった。

(21) 村上の上記視座を筆者は、「村上淳一『権利のための闘争』を読む」の書評（『法制史研究』34号、1984年）で次のように描いたことがある。「しかもさらに興味深いのは、このような伝統と近代との関係を、著者がたんなる並存（“近代にもかかわらず伝統が残った”という形）ではなく、むしろヨーロッパ的な近代意識は、そのような伝統的精神に内的に支えられその基盤上に成立したものと捉えていることである。例えば著者は、ルソーにおける家長的共同体の観念と彼の自由の立場との関係について、「伝統的な國家共同体の観念が残っていたからこそ、近代ヨーロッパの政治的自由主義というものが生まれたのではないか、というのが私の着想です」（一五七頁）と述べ、また、家父長的企業家家族と近代資本主義との内的

ちなみに、筆者自身は帰国後上述の視座から、拙著『近代ドイツの国家と法学』（1979年）の延長線上で、ヘーゲル、ヴェーバー、丸山眞男、ヴィクトリアニズム、マキアヴェッリの研究を進めた。たとえば、ヘーゲルやヴェーバーについては、次のように論じた：彼ら19世紀のドイツ自由主義者に共通して、〈個人の自立〉・〈国家共同体の確立〉・〈そして両者を媒介にする「コルポラツィオン」（中世以来の共同体生活の伝統を踏まえる）の重視〉の三項同時追求の思想が確認しうる；「コルポラツィオン」の伝統、とくに共同性と自己抑制を重視する点で、彼らはなお古い制度やエートスを基盤に置いていた；そして彼らの社会的基盤に関しては、彼らがともに属していた「財産と教養」の階層（「旧市民」や教養専門職）の考察が重要である；「財産と教養」の階層は、中世以来の「旧市民」の伝統、すなわち身分制的自由の伝統、を継承しつつ、新たに近代の社会において、とりわけ1870年代まで、独自の主軸的担い手として——産業資本家層とは異なるかたちで——働いた；この階層は、そうした伝統に根差したエートスを体現していたがゆえに、資本主義の高度化の中で資本主義に向き合う際に、進歩と反進歩の間で独特の動き方をした；その思想的・政治的・社会的行為態様は、——ヘーゲル・イエーリングからヴェーバーやトマス・マンに至る——ドイツ思想史を強く規定し、政治的にはドイツ自由主義の主軸を成している、と。村上と似た方向性をもって、「財産と教養」の階層に着目しつつ、前近代から近代への変移、近代における伝統的階層の独自の意味・重層構造に光を当てようとしたのである。

関係について、「しかし、まさに家父長制的特徴をもった企業家家族がヨーロッパの資本主義の担い手だったのだとしますと、それは、「前近代的」残滓、個人主義的経済社会の「反対構造」といったものではなくて、近代経済社会の重要な構成部分であった、ということになりましょう」（一八九頁）と指摘する。」

第四期：1990年以降

村上は、現代社会に対する上述の悲観的認識を強め、1990年代以降、ポストモダニズムに傾斜していった。⁽²²⁾ 村上は2000年に、次のように回顧している：自分は1990年代からは、「合理主義的近代」なる仮想現実が今日においてもはや維持しえなくなった事実を前面に押し出すようになった；そしてそれは、「[内外の] 学者が説く近代法の図式」が現実と合致していないことを示す仕事——自分が助手として研究を始めて以来やってきた——の延長線上に位置づけられることだった、と（『システムと自己観察』1頁）。村上におけるポストモダニズムへの傾斜は、けっして突然変異ではなく、内外の「近代法」論・近代主義的な法学に対する、青年期以来の彼の批判的研究（既述）の延長線上に位置づけられるものだった。

村上によれば、「合理主義的近代」なる仮想現実が現代において維持しえなくなった理由は、次の諸点——相互に関連する——にある：

(1) 家長の衰退 前述したように、前近代および近代の社会を担ってきた自立的主体・「ホモ・ポリーティコス」（『権利のための闘争』を読む』166頁）としての家長が、1870年以降衰退していく。家長的伝統を支えた「家」が、資本主義の高度化の結果、消えていったからである。もともと近代社会は一つの仮想現実（virtual reality。ここでは、タテマエが規定力をもった状態）であったが、今やその仮想現実はい手を喪い存続できなくなった。家長が健全であった1870年までは、「近代の表層としての仮想現実がなお基層の実質性」をもつことを「家長たちの互酬性の秩序」が保証していた（『現代法の透視図』176頁）が、その後これが喪われていったか

(22) この第四期の特徴が鮮明なのは、『ドイツ現代法の基層』（東京大学出版会、1990年）、『仮想の近代』（東京大学出版会、1992年）、『現代法の透視図』（東京大学出版会、1996年）、『〈法〉の歴史』（東京大学出版会、1997年）、『システムと自己観察』（東京大学出版会、2000年）などである。

らである。こうして、近代的主体が通用しなくなる（個人的主体の死）のポストモダン情況が拡大していくのである。村上はこの点を、1990年に次のように描いている：

「家長個人主義の意味における実体性が崩壊するにつれて、「実体なき主体性」が登場せざるをえない。この変化を逸早く読み取ったジンメルは、「実体なき主体性」を「モダン」としてとらえることができた。〔…〕多くの思想家は、家長の倫理性の崩壊にもかかわらず、依然として実体的な理性を「モダン」の要素と考え、その意味での「モダン」に執着して「理性の崩壊」を嘆いたのであり、ようやくジンメルから一世紀近く後に、「実体性」の崩壊が「モダン」から「ポストモダン」への変化としてとらえられるに至ったのである。しかし、実際には、遅くともジンメルの時代、一九世紀末から二〇世紀初頭には、実体的主体性はすでに大幅に「実体なき主体性」に転じていたのではなからうか。」（『ドイツ現代法の基層』221-222頁）

（2）「個人⇄国家」の崩壊 近代の仮想現実の主軸にあった「個人⇄国家」の関係が、もはや維持されえなくなった。「個人⇄国家」とは、国家と個人の相互規定的関係のことである。村上によれば近代には、「各人は〔社会〕契約により、自己にとっての客体として」国家を生み出し、その国家が——諸権利・秩序を実定法化することによって——「はじめて個人主体」を生み出す、という関係があった。個人と国家とのこのような相互規定的関係、「主体と客体とのこのような循環」こそが、「一つの閉じられた仮想空間としての「近代」であり、その実定的秩序であった」。とこ

(23) 村上が1990年以降、ドイツ・ロマン主義を再評価する議論に与し始めたのも、この認識と連関する。家長が健全な時期には、「家」は理性と感情を統合した公的世界だった。しかし、経営と家計が分離し、経営とその合理性は家庭の外に出て一人歩きするようになり、家庭は日陰の親密圏となり感情は私的なものとなった。こうして劣位化された感情を復権させようとしたのが、また、合理性の支配の下に無視され始めた偶然性を再評価した歴史観を提起したのが、ロマン主義であり、それゆえこれは、ポストモダニズムの先駆けだった、と村上は議論し始めたのだった。「近代化と合理主義・反合理主義」（『北大法学論集』41巻5・6号、1991年）他。

ろが、この個人が自己主張を強め、「国家の仮象性を攻撃し、仮想空間を破」ってしまった。しかしこのことは逆に、国家の力で確保されていた「主体そのものを崩壊させ」ることをもたらした〔民主化の進展と大衆社会化現象の拡大?〕。こうして個人主体はその存立基盤を喪うこととなり、主体を喪ったことによって近代社会の仮想現実⁽²⁴⁾は空洞化した（『〈法〉の歴史』126頁以下）。

（3）価値の分裂（ニヒリズム） 上述のように1870年代以降、家長が衰退していくなかで、その家長たちが基盤として維持していた基幹価値の基盤（「古い市民社会」（互酬性の秩序）の現実」（『〈法〉の歴史』136頁）も消滅した。このことは、「西洋近代」の「万人に通用すべき何らかの基準（人間の理性、歴史の進歩の方向）からすべてを演繹できる」との前提が崩壊したことを意味し〔「神は死んだ」の情況認識に通じる〕、法の世界でも「確実で安定的な法秩序が存在するという仮象が見破られた」こと、を意味する（『〈法〉の歴史』82頁）。

（4）社会の超複雑化 この現代においては、社会は機構的にかつて経験したことがないほどに複雑化し、人は全体も将来の結果も見通せず、ある行為が何をもたらすか予測不可能となった。設計図・青写真をつくって社会の動きを計画的に方向付けようとする動き、社会の動きに介入しようとすることは、思わぬ副作用をもたらし新たな混乱を惹起するものとなった。近代の、社会維持の処方箋が通用しなくなったのだ。

以上のように考える村上は、ハーバーマスの〈近代人的自立とその共

(24) 村上の〈旧いエートスが新しい時代の自立を支えた〉というこの認識は、丸山眞男の『忠誠と反逆』の認識に似ている。すなわち丸山は、明治（近代）の思想を担った人びとの精神的自立を支えるものとして、武士の精神（前近代）が中軸を成していたが、大正期以来、すなわち1920年代以降（現代）の世代においてはそれが喪われ、このことによって日本人は、大衆社会化現象に抵抗することができず、その病理が今日をも規定している、とする。丸山はしかし、この認識から村上のようにポストモダニズムにいくのではなく、その近代の「虚妄」の事実を踏まえつつも、大衆社会化に抗しうる〈近代原理の強化の道〉を追求したのであった。拙著『丸山眞男の思想世界』（みすず書房、2003年）。

同性を強化することによって現代の困難を乗り越える「近代—未完のプロジェクト」戦略)は、そうした主体の仮象が崩壊したのだからもはや幻想にはかならないとして、彼らの論争相手であるルーマン(とりわけ後期の)のシステム論に傾斜していく。ルーマン(Niklas Luhmann, 1927-1998)は、このような新しい時代において社会を機能させるのは、人間主体を超えて動いていく社会それ自体の自己調整力、社会の諸システムがそれぞれ自分を自分で制御し再構成して全体として環境に適応していく作用だけである；これからは、近代まで支配的であった「人間主義的伝統」(社会を個人が形成し動かすと見る)でなく、システムそれ自体の力学において、社会を考察しなければならない、とした。村上はこの考えを共有することによって、近代の「大きな物語」の崩壊後の法実務⁽²⁵⁾に対し、具体的方向として次の2点を提言する。

(イ) **包摂技術** 村上と言う、社会の各システムが自動調整しうるためには、各システムが自己塑性性(Autopoiesis。自己準拠性とも言う)をもって機能することが必要である；世界の複雑性は、それによって縮減できるからである；この自己塑性性は、法システムにおいては、問題の法的処理が人びとから客観的だとして信頼されるところで可能となる；そうした信頼を得るためには、〈事実を法規範に照らし、三段論法的に処理した(法と不法とを明確化させた)と人びとに印象づける必要がある、と。

村上はこの観点から、ドイツの法曹養成課程・法実務において重視されている、包摂技術(事実をルールに厳密に当てはめるかたちで問題処理をする)を——ルーマンの「手続きを通しての正統化」論と結びつくかたちで——評価する。村上と言う、

「裁判が信頼されるためには、同一の事件についてすべての裁判官

(25) これは、〈近代の諸概念を使って現代社会を理解する〉ことに対する批判という点で、〈近代の諸概念を使って過去を理解しようとする〉ことに対するブルンナーらの批判と、思考を共通にしている。ブルンナーらは〈近代の目で過去を見る〉傾向を批判したのだが、それとはちょうど180度向きを変えて、〈近代の目で現代を見る〉傾向を村上はここで批判しているのである。

が同じ理屈で同じ結論を下すという擬制が仮想現実として通用しさえすればよいのであり、その擬制を通用させるために政治や経済や道徳からの直接的な影響を排除する法的コミュニケーションが行われさえすればよい」（『システムと自己観察』71頁）。

この「政治や経済や道徳からの直接的な影響を排除する法的コミュニケーション」の道が、包摂である。包摂による裁判によって、「裁判官が同じ理屈で同じ結論を下すという擬制」（＝信頼）が生まれ法システムの自己塑性が現実化する、とここでも村上は考えている。このように村上にとって包摂は、「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」（同書108頁）だった。

包摂技術は、ドイツにおいては近世以来の伝統的手法（法律実証主義への傾斜傾向）であるが、村上のここでの議論の特徴は、それをポストモダニズムの立場から位置づけ直すことにある。19世紀の概念法学は、包摂だけを決め手にしていた点で問題だった；今日の法システム論は、〈自己塑性のためには包摂を主軸にして問題処理していくことを重ねることが欠かせない〉とのマクロ的な判断でもって包摂を位置づける点で——しかも包摂作業において利益衡量を正当に位置づける点で——概念法学とは異なる、と。

包摂作用をこのようなかたちで重視する点において村上は、世の単線的ポストモダニストとは異質な、〈ルーマンと結び付くことによって近代的伝統（合理的な法とその論理的操作）をも受け止める、醒めたポストモダニスト〉とでも位置づけられる独自性を有している、と言える。⁽²⁶⁾

(26) 村上が、ハーバーマスではなくルーマンに与した理由としては、次の点が挙げられる：①前述のように村上は、近代主義や近代の原理に対し懐疑的でシニカルであった。それゆえ、ハーバーマスのきまじめな啓蒙主義（＝近代主義）性よりも、ルーマンの斜に構えた「近代の相対化」論——近代主義批判、近代の主体的個人への期待に対するシニカルな批判——が、第一期以来近代主義批判のスタンスをとり続けてきた村上の体質に合った。②二項の間で緊張性を保ちながら問題を考えて、その点で「煮え切らない」ハーバーマスよりも、ことがらをシステム論で割り

(ロ) プロセス化 上記のように村上は、予測不可能性の現代社会においては、予め一つの方向を決めて進むよりも、その都度の解決を出しつつ状況に応じて自己修正を繰り返していく柔軟な調整、プロセス化(Prozeduralisierung)が大切だと考える。彼はこの立場から、トイブナー(Günther Teubner, 1944-)やラデーア(Karl-Heinz Ladeur, 1943-)を支持して、

「法システムもまた、ある程度の連続性(接続可能性)を保ちながら絶えず自己修正を繰り返すことによるのみ、急速な社会変化に対応してゆけるのであって、これからの法秩序は不断の自己修正を可能にするような、フレキシブルな構造をもたなければならない」(『法の歴史』東京大学出版会、1997年、166頁。同180頁も)

とする。具体的には、一般条項による処理を再評価することや、関係者間で自主検証を重ね協議を積み上げて問題に対処していくことなどである。

村上は、この不断の調整を可能にするためには、「抗争と媒介」のシステム、すなわち関係者(統合が不可能ほどの多様性にある)が抗争と媒介を繰り返す意志をもち続けていかなければならない、とする(『ポストモダンの法秩序』法社会学会編『法社会学』46号、1994年。『現代法の透視図』26頁以下)。この点では村上は、〈自分を強く押し出す主体的人間〉をなお基底にしている、と言えよう。村上は、前近代以来のヨーロッパの家長的自立人の主体性を、闘争主体の条件としては依然として大切にしているのだ。村上自身、「その意味では、いわゆる「ポストモダン」も、古典古代以来のヨーロッパ的伝統、少なくとも「ルネッサンス＝人文主義的近代」[…]の伝統に深く根ざしているのである」(『現代法の透視図』26頁以下。岩波講

切って処理するルーマンの方が、第四期の村上には親和的だった。③ルーマンは法学の素養がありそれを踏まえている点で、より説得的に見えた。とくにルーマンの法律実証主義的な法理論(手続き的正当化に特化する)が、法解釈(構成法学やドイツの包摂訓練)に関心を持ち続けてきた村上と共振した。④ルーマンは古代・中世に関する新見解、豊富な情報を踏まえて近代・現代を考える姿勢を見せていたが、これが同様な姿勢をもつ村上を魅了した。

座『社会科学の方法』第6巻（1993年）所収のラデーア論文と村上淳一論文をも参照⁽²⁷⁾）と述べている。このような鬭争的な主体的人間が、先に引用した、「二〇世紀初頭には、実体的主体性はすでに大幅に「実体なき主体性」に転じていた」という村上の言説とどう関係するのかは、明確ではない。思うに、村上的ポストモダニズムは、（啓蒙主義的・近代主義的な）理性的

(27) 私見だが、村上が提唱する、(a)「包摂」と(b)「プロセス化」とは、原理・思考方法においては相互に対立する面をもつ。(b)は、あらかじめ明確な概念化によって方向を定めようとするのではなく、当事者が状況に応じて問題を柔軟に処理し——そのためには一般条項や裁量を重視する——、その成果を積み上げていくというものだ。これは、(a)の立場、すなわち明確な法（という青写真）を前提にしそれからの厳密な論理的帰結によって問題を処理していくこととは対立する。(a)は近代法的な「法の支配」や法律実証主義法学の伝統を引き継ぐのに対して、(b)は現代法的な、「法の枠」から自由な法実務に属する。実際、(a)につながるルーマンと、(b)につながるラデーアとの間には、緊張があった。二人の差異について村上は言う、「ルーマンは、ラデーアもその一人であるポストモダン論者を、「近代社会の構造的連続性を過小評価している」と批判する」（『現代法の透視図』128頁）。これによればラデーアの方が、徹底したポストモダニストだった。そもそもポストモダニズムは〈無限の解釈可能性〉、不確定性を説くのであるから、法文の明確性を前提にした「包摂」的運用は排斥する。村上自身は、(a)、(b)のどちらに近いのか。村上は、第四期の初めには(b)に親和的だったが、後になるほど、ポストモダンの口調を強めながらも戦略としては(a)に傾斜していった。

なお、私見だが、(a)包摂は主要には近代法運用上の解釈手法に関わるが、(b)プロセス化もまた、近代法を前提としつつその運用態様の一部修正である（形式的合理性より実質的合理性を目指す）点で、近代法の現代的運用（日本でいわゆる「現代法における法の政策化」の一態様）に関わる（ここでの「現代」とは、村上の言う「ポストモダン」ではなく、法学者が通常使う意味での「後期近代」である）。このように、村上に独特の（ポストモダニズム的）位置付けから離れて考えると、(a)・(b)はともに近代法上の手法なのであり、法実務上では相補的なのである。

ドイツでは近代法の現代的運用の分析としての現代法論が未発達だったゆえに、日本で「法の政策化」として把握されている現象がようやく最近になって議論されはじめ、このため議論がポストモダニズムと結びついた（「法の政策化」がポストモダンの法現象とされた）。しかし、日本での研究成果を踏まえれば、(a)・(b)ともポストモダンの所産ではなくモダニが高度化した段階での現象なのだから、ポストモダニズムと結びつけて論じる必要はない、ということになる。

個人＝普遍人は排除するが、これとは異質の、反普遍主義の人文主義が提起する現実的個人（Stephen Toulmin, *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*, 1990）や、個人的特性を押し出して普遍主義に抵抗するロマン主義はなお評価するのであるから、この議論もその一環として位置づけられうるのであろう。

以下は、上述した、第四期の諸点に関する笹倉のコメントである。Eulogy を兼ねているこの文にふさわしくない批判論と映るかもしれないが、学問研究に関わる事柄であるから、思うところを率直に記しておく。村上の議論を含めポストモダニズムについて筆者はすでに1990年代から批判を公刊し村上から何度か反論を受けてきたのであるから、ここで批判を繰り返しても、さほど不公平ではないと判断する。⁽²⁸⁾

まず、村上の**包摂論**について述べる。

(1) **包摂と複雑性の削減** 村上が実際に考えているのは、包摂が即「法システムの自己塑成性」をもたらすということではもちろんなく、〈包摂によって事件を処理する裁判なら、恣意を排除し客観性を確保できるから信頼できる〉と考える人がかなり多い法文化圏（たとえばドイツ）においては、彼らはそれによる（ように見える）裁判結果に納得するので、裁判を通じた問題処理がうまくいき秩序化が図れる、ということだろう。だとすれば、そういう法文化圏に属さないところ（日本をも含む非西洋地域）ではポストモダン社会においても、包摂作業よりも別のも——〈我々の裁判官は人情を解すから、良い〉とか、〈我々の裁判官はきわめて優秀だから、信頼できる〉とかの観念——に結び付いた裁判が信頼対象となる可能性が大きい。逆に言えば、後者（非西洋）の法文化圏では包摂だけによ

(28) 筆者は、村上の議論をも念頭に置きつつポストモダニズム批判を公刊してきた（拙稿「ポストモダニズム考—民主主義法学のあり方に関わらせて」(『法の科学』25号、1996年；『法思想史』下巻16-2（東京大学出版会、2007年））。これらに対しては、村上から何度かシニカルな反論があった（村上『システムと自己観察』；村上編『法律家の歴史的素養』（東京大学出版会、2003年）等参照）。

る処理に不信感をもつ人も多い。したがって地域差を考えずに「ポストモダン社会」一般を想定して、〈ポストモダン下では包摂だけが、「法システムの自己塑性性」のための道だ」とすることはできない。村上自身一方ではそう言っている（たとえば『現代法の透視図』111頁）が、しかし彼は他方では包摂を無前提に前面に押し出して議論してもいる。

（2）西欧でも「包摂」に依拠できない場面がある 上述の点を踏まえば、当のポストモダンのドイツ——そのようなドイツが本当にあればの話だが——等でも包摂だけで処理することを許さない雰囲気・関係がある場（時代、ケース、階層）では村上的戦略が成り立たない、と言える。人びとが包摂を受け入れる情況下（安定した時代）にあるか否か、および当面する問題が包摂による処理で済ませられる性質のものかどうか、問われる：①法改正が必要なほどに法文のもつ問題が重大化している情況下では、当該法律の単純な包摂的適用だけで問題処理をすることは受け容れられない。②法文が予期しなかった問題・争いが根底にある事件でも、世論の動向、世の中の意識の変化、外国での新たな動きを踏まえた法適用が必要となる。③また、どんな事実関係の下でも機械的・画一的に処理をしてよい、ということにはならない。刑法や憲法中の統治法など国家を縛る法規の場合には厳格な解釈が重要だが、人権保障法規の場合には拡張解釈・類推などの解釈が必要となる場合がある。これらは、「その人権保障は何のためにあるか」の——法文を超えた——考察を不可欠とする。

（3）包摂と法解釈の全体との関係 後述のように、包摂は法解釈作業の一部にすぎない。裁判は、包摂だけでなく広く法解釈に関わる。したがって、村上の「包摂による裁判は、恣意を排除し客観性を確保できるから、人びとの信頼をかちとれる」は、正確には「妥当な解釈によって——単に包摂作業だけではなく——事件を処理する裁判は、恣意を排除し客観性を確保できるから、人びとの信頼をかちとれる」というものとなる。

この点を敷衍しよう。筆者の法解釈の構造論（『法解釈講義』第1章・『法学講義』第4章）からは、次のようになる。すなわち法解釈において、(a)

条文解釈に当たって参照する要素としては、「文理解釈」・「体系的解釈」・「立法者意思解釈」・「歴史的解釈」、「法律意思解釈」がある。解釈者は、「法律意思解釈」——政策的判断・正義判断（利益衡量）・当該の法の目的等の考察を含む——を司令塔として常に踏まえつつ、「文理解釈」、「体系的解釈」、「立法者意思解釈」、「歴史的解釈」のいずれか、または複数を使って条文解釈の方向を出す。

また、(b) 条文の適用上の工夫に関しては、(a) の作業を前提としつつ、「文字通りの適用」、「宣言的解釈」、「拡張解釈」、「縮小解釈」、「もちろん解釈」、「反対解釈」、「類推」、「比附（法意適用）」、「反制定法的解釈」のいずれかを通過して結論を示す。

村上の言う〈三段論法に依拠した包摂〉とは、第一義的には、これらの内の「文字通りの適用」のことである。「文理解釈」から「文字通りの適用」にいくかたちでの処理が日常の法務では多いだろうが、しかし解釈者は場合によっては、「宣言的解釈」、「拡張解釈」、「縮小解釈」、「もちろん解釈」、「反対解釈」に依拠する。これらにおいては、包摂の前提作業として、解釈者が条文にかなり能動的に働きかけるのだから、本来の包摂には入らない（広義の包摂作業である）。さらに「類推」、「比附（法意適用）」、「反制定法的解釈」に依拠することもあるが、これらはもはや「包摂」を⁽²⁹⁾超えた解釈作業である。

法解釈のこうした構造を踏まえると、村上の裁判官論にも疑問が出て来る。すなわち村上が包摂を中心に裁判を考へるから、裁判官の「リーガル

(29) 村上がルーマンとともに、利益衡量をも条文でカバーするのが「包摂」だとも言う（『現代法の透視図』105頁）。ケースによっては、利益衡量（われわれの言葉で言えば法律意思解釈）が決め手となっている、しかしそこでも「包摂」が説得的であるべきだと言うのであろう。だがこういうケースをも含めるのであれば、「包摂」の代わりに「解釈」の語を使うのが自然である。

また、利益衡量を決め手とする法解釈は、ルーマンの見地からすれば「自己塑性」や「法/不法」のコードの枠には入りにくいはずである。いったん利益衡量を容認すると、正義や世間の法感情など、手続きの正当化になじまないものが入ってくるからである（『現代法の透視図』151頁以下参照）。

マインド」・「全人格的な感覚」を重視する諸説に反対する（『システムと自己観察』21頁以下）のだが、法解釈においては、包摂（文字通りの適用を中軸とする）だけではなく、それを超えそれを方向付ける利益衡量や正義判断（法律意思解釈に関わる）が重要な役割を果たしているし、またなによりも事実認定がきわめて重要である。このうち事実認定について言えば、ここでは、裁判官が公平に言い分を聞ける人であるか、支配者や社会権力、俗論に臆することなく事実認定・法解釈をおこなえる精神的自立の人であるか、複雑な諸データから真相に迫れる総合力・構想力・人を見る眼・社会を見る眼をもっている経験豊かな人物であるか等は——包摂作業にも関わる論証能力を備えていることとともに——やはり重要である。

村上がその議論で警告しているのは、裁判官が〈自分は「全人格的な感覚」を備えている〉と過信して説得的論証（包摂をも含む）・実証をしないことであろう。これ自体は、妥当な警告である。しかしその程度のことを主張したいなら、ポストモダニズムと結び付けての包摂論を展開する必要はないし、高野耕一らが裁判官の「リーガルマインド」等を強調するのをシステム理論的包摂論を前面に出してシニカルに排斥する必要はない。

（４）歴史における「法/不法」のコード 紛糾する世界に対応しうるため法を確立し「法/不法」のコードに依拠して問題を処理していくこと自体は、新しいものではない。たとえば、①アメリカにおける制定法重視は、〈アメリカ社会は多様で統合が難しいから、法的処理（法律を整備し、それに忠実に問題を処理すること）に頼るほかない〉との判断が根底にある（これは、今日のリベラリズム——価値の多様化・衝突状況下での自由の確保を重視する——からするリーガリズムの再評価とも通底する）。近世以降の法典編纂も、身分制的諸関係のもつ多様性や、地域的多様性に対する「法による複雑性の削減」と無関係ではないだろう。それどころか、②そもそも、紛争を（私闘によってではなく）裁判によって処理すること、裁判を三審制や陪審制にして終結させること、厳格法の発達、さらに一事不再理や禁反言などの原則や時効を使うことなども、〈法的処理による複雑性縮減〉

の先駆けである。③中世以来の、裁判上の決闘や雪冤宣誓、神判、くじ引き、長子相続制なども、争点の中身に立ち入らず、法（あらかじめ定めた手続き・作法）によって出た結論を尊重しようとする点で、〈法的処理・手続きによる正統化で複雑性を縮減しようとする発想〉と無縁ではない。

この点を踏まえると、次のように言える。そうしたアメリカや西欧でも（、また中世等においても）、一方で「法/不法」のコードに依拠した法的処理が発達してきたが、しかし、他方では、それだけに頼って問題処理がなされてきたわけではなく、柔軟な——「法/不法」のコードを相対化する——判断も重視されてきた。法の世界では、厳格法と衡平、形式的正義と実質的正義、法的処理と政治的・超法規的処理とが拮抗しあってきたのだ。こうした拮抗がポストモダンの時代になっていきなり消えてしまい、包摂、すなわち厳格法・形式的正義の論理しかなくなり、またそれだけでうまくいく状況になったと、はたして言えるだろうか。

（5）村上的「フィクション」・「擬制」論について 村上は上述の立場から、これまでのいくつかの法理論を再評価する作業をも進めた。その一つが、来栖三郎のフィクション論をポストモダニズムの先駆として評価することであった。来栖は1953年に、法解釈論争の嚆矢となる論文「法律家」、および同年の私法学会での「法の解釈と法律家」（私法11号）の報告で、解釈は法の形式的適用ではなくて、解釈する主体の「主観的価値判断によって左右される」ものである；それなのに「自分の主観を客観の名において主張しようとする」のは「権威主義」に他ならない、と批判した。

来栖は後年、この問題を「擬制」と結びつけて考えた。1999年に遺作を村上と木庭頭とが本として出版した『法とフィクション』（東京大学出版会）において来栖は、法的フィクションのみならず、自由意志・文学・神などのフィクション性をも論じている。村上は来栖のこの議論、とくに法的フィクション論を、ポストモダン情況を読み取り、そこでの「複雑性の縮減」をもたらすための道具としてのフィクションの意義を明らかにした先駆的業績として評価した。

この点は、どうだろうか。来栖の議論はある種の法解釈を「フィクション」による作業だとし、そうした法解釈の功罪を、フィクションの功罪の代表例として論じている。しかし、第一に、来栖が例に挙げている、拡張解釈や類推などを使った解釈の事例や拙劣な事実認定等の事例は、実はフィクションの事例ではない（そもそも裁判官は、フィクションする権限をもたない）。来栖、そして村上はこの前提を誤ったまま議論している。また、第二に、法解釈が主観的か客観的かの議論自体は19世紀以来のものであるから、それと結びついた来栖の議論は、現代における価値多元化・分裂状況を基底に置く、村上のポストモダニズム論やフィクション論とは直には結び付かない（村上は、ポストモダン状況は近代からのものだとも言うが）。そもそも来栖は、〈価値多元の現状においては、人権や正義、人間味ある裁判官といった価値物に依拠する解決は放棄し、その都度の妥協・投企をフィクションに頼って合意し、それを重ねるかたちで、自ずと開ける道を進むしかない〉などと考えているわけではない。要するに村上はここで、自分が敬愛する人物の議論を、世の先端をいくと考えた自説に引き寄せて、「先駆的」だと評価しているのである⁽³¹⁾。

(30) 拙稿「末弘巖太郎『嘘の効用』考：併せて来栖三郎『法とフィクション』論」(『早稲田法学』90巻2号、2015年)。

(31) 村上は、丸山眞男の『自己内対話』(みすず書房、1998年)中の、「自己内対話は、自分のきらいなものを自分の精神のなかに位置づけ、あたかもそれがすぎであるかのような自分を想定し、その立場に立って自然的自我と対話することである。他在において認識するとはそういうことだ」という言葉を自分のフィクション論に引き寄せて、「脱近代的な」思考と通底すると評価する(『システムと自己観察』5・6頁)。だが丸山が言っているのは、自説に対立する意見をもその立場に立って評価して自説を組み直せということである。自分を客観視せよとの主張であって、これはむしろ近代合理性に属する。そもそも、「近代」(＝自由と民主主義)の永久革命(現代の病理をも近代的諸原理の徹底・再生によって乗り越えようとする姿勢)を説く丸山がポストモダニズムと同定させられることなど、ありえない。村上には、自分が敬愛する人物の議論を自説に引き寄せその最先端説の先駆として評価する——その分、論敵は激しく攻撃する——ことが散見される。先に見たように村上はドイツ法実務上の「包摂」をポストモダニズムの立場から高く評価するのだが、これも自分が愛するドイツの法実務を最先端の理論の先駆として評価する議論

村上自身の「擬制」(フィクション)のとらえ方にも問題があるので、ここで言及しておこう。先に引用した箇所では村上は、自分のポストモダニズム戦略について、次のように語っていた、

「裁判が信頼されるためには同一の事件についてすべての裁判官が同じ理屈で同じ結論を下すという擬制が仮想現実として通用しさえすればよい」(『システムと自己観察』71頁)。

しかし、ここでの「すべての裁判官が同じ理屈で同じ結論を下すという擬制」は、本当に「擬制」であるか。前述のように、ここで村上が言っているのは、「すべての裁判官が同じ理屈で同じ結論を下す」と人びとが思うようになれば、裁判は信頼され秩序化に貢献するから法システムの自己塑性が可能になる、ということだろう。

①擬制とは、bがaではない(あるいは、常にaであるとは言えない)ことを承知のうえで、そのbをあえてaだとすること、そういう特則をつくることである。本件では人びとは、「すべての裁判官が同じ理屈で同じ結論を下す」ものではないことを知っていながら敢えて「包摂でいこう」としているわけではない。すなわち、〈裁判は包摂で処理し切れているわけではなく、それゆえ信頼できないが、しかし敢えて「裁判は包摂で処理し切れている」として信頼しよう〉としているわけではないから、擬制ではない。〈裁判は信頼できないが、しかし敢えて信頼できるものとしてすませよう〉のが擬制であるが、こんな考えのところでは、逆に「裁判への信頼」は欠如している。擬制と「裁判への信頼」とは——村上が考えているのとは正反対に——相互に対立物なのである。

②村上が言う〈包摂で処理すれば、裁判は信頼できると映るのでうまくいく〉という状態は、擬制の世俗的な定義、たとえば『広辞苑』の言う「実際にはないことを頭脳の所産として作り上げること」には当てはまる。しかし擬制のこの世俗的定義では、(イ)そうではないのに、一般の人がそう思い込んでいること(誤認・誤解・嘘)、(ロ)そうでないと知ってい

の一つだと思われる。

て敢えてそうだと前提で動いていること（これなら擬制である）、（ハ）〈今はそうではないが、だからこそそういう状態を追求しよう〉としていること（目標設定）、（ニ）実はそうではないが、生理的・心理的原因でそう見えてしまうこと（仮象・妄想）等のどれもが「擬制」になってしまう。これらのうち村上がここで実際に論じているのは、（イ）の〈そう思い込んでいること〉＝誤認・誤解・嘘や、さらには（ニ）の仮象に関わっている可能性がある（（ロ）の可能性は上述のようにない。（ハ）でもない。上記注30の拙稿参照）。

村上はまた、『システムと自己観察』において次のように言う、

「法律家は、一方では社会の複雑化に対応して、多種多様な法令と判例（外国のそれを含む）を参照し、さまざまな複雑なシステム（個人・企業・経済システム・政治システム等々）のインタラク션을観察しながら自己の責任で決定を下さざるをえないが、他方ではその決定を簡明な法律論にまとめ（法律の条文に事実をインプットすれば結論が出てくるという線形的因果性＝三段論法の使用）、外部とのコミュニケーションを図らなければならない。[…] 法律家にとって何よりも必要なのは、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であろう。」（202頁）。

ここで「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」とは、どういう意味か。人びとが、包摂による処理は裁判官による客観的な判断だとして、その判断を信頼することである。したがってこれも、フィクション・擬制ではなく、〈そう思い込む〉ことであり、上記（イ）の〈そう思い込んでいること〉＝誤認・誤解、ないし（ニ）の仮象に関わっているに過ぎない。

要するに村上の「擬制」・フィクション概念は、『広辞苑』などの世俗的定義のレベルでのものであり、正しい意味での「擬制」には当てはまら

ない。早稲田大学の学生を調査するのに「東京の大学にいる学生」との概念規定で出発するのと同様、村上的「擬制」もまた、学問的に擬制を論じるための概念としては不適當である。

次に、村上のポストモダニズムについて、コメントしておく。

(1) **重層性認識の後退** そもそも現代社会をポストモダニズムの図式だけで扱おうとすることが、村上の本来の姿勢から乖離している、と筆者は考える。村上は、ポストモダニズム論を展開する前までは(正確には1996年の『現代法の透視図』の頃までは)、歴史の中の重層性を捉えようとしていた(『現代法の透視図』189頁注24)。ある時代において、前史的な要素、現在的な要素、未来に強まるであろう要素の三つが対抗し合いつつその都度の状況を構成している、との視点である。彼が、①近世における、君主の統合とそれに抵抗する諸身分の運動、②伝統的(中世的)諸制度を破ろうとする、君主による近世化・近代化の動き、③近代における家父長的伝統、その価値観(互酬性や生活世界の倫理)と、近代法の諸原理との関係、④近代精神とそれを支える伝統的基盤・主体の関係、等々に眼を向けてきたこと、前述の通りである。

ところが村上は、現代を本格的に論じるに至って(第四期の後半において)、そうした重層性認識を自分から削ぎ落としてしまった。この結果、現代においては、自立・自律の主体は突如として完全に消失し、「近代」はその仮象性がむき出しになって存立不能となり、超複雑・不確実・制御不能のポストモダン情況が席卷し、一枚岩の諸「システム」が並存しあう時代が到来した、ということになってしまった。このような現代においては、〈近代原理とポストモダン原理との拮抗〉や〈内に異質の諸要素を内在させ、それらを拮抗させあいつつ全体を構成して機能するシステム〉などは——本来これが重要なのだが——問題にならない(村上は『現代法の透視図』(128頁)では、前述のように(注27参照)、ルーマンが現代における「近代社会の構造的連続性」をなお強調していることを肯定的に評価していた

が、この視点も第四期後半になると消えてしまった）。〈ポストモダン社会は、これまでとはまったく別次元の社会だ〉・〈近代の終焉〉といった思考が一人歩きするようになり、1960年前後の大衆社会論者たちによって〈大衆社会下では「近代」は消滅してしまった〉とされたのと同様、「近代」はここでも消滅させられてしまった。

村上の構造史の視座を現代の認識においても活かすならば、別の現代社会論が展開しうるはずである：現代においても、近代原理を追求し堅持しようとする社会主体の動きや、それを支援する諸活動（政治・社会教育、グループ活動、さまざまな書籍）、それを支える諸制度（討議、社会体験、優れた政治・社会活動の実例などの外国の情報）はなお残っているし、再生産されている；したがって、現代社会もまた新旧両要素の対抗関係において、ダイナミックにとらえられるべきである、との社会論が。

（2）21世紀の現実と村上的処方箋 村上が出している処方箋は、すでに今日、2010年代の現実に照らすと有効と思えない。たとえば村上はラデーアとともに、次のように予言しつつ、近代の諸原則（自由・権利・主体性等）の排除を押し出す、

「二一世紀においては、抽象的な「主体」概念（および、それと関連する「自由」や「権利」や「意思」の概念）に基づく仮想的社会秩序の構成に代って、それぞれの人間がその具体的な属性とともにコンピューター・ディスプレイに描き出され、社会秩序はこの具体的仮象（ゼロ次元の点から成る一種の画像）を前提とした仮想現実としてデザインされることになるであろう。これに逆らって近代の抽象的な仮想現実を固執することは非現実的であり、ほとんど「無駄な抵抗」だと思われる。」（『現代法の透視図』178頁）。

この予言自体は、当たっていないわけではない。「矮小化だ」と言われるかも知れないが、たとえば今やそれぞれの個人がブログやSNSなどで直接意見を発信するようになっており、「人間が具体的な属性とともにコンピューター・ディスプレイに描き出され」るようにはなった。しかしその

結果、村上の言う「二一世紀において」拡大したものは、(個人の情報発信可能性とともに)ヘイトスピーチや名誉毀損、フェイクニュース、ポピュリズム等である。生の感情論やパフォーマンスが直接公共化ようになったからである。このような現状において、〈「権利」や「人格性」、「正義」、「真実」などに固執することは「無駄な抵抗」だから放棄せよ〉との提唱がどういう事態をもたらし、誰に与することになるかは、明らかである⁽³²⁾。

理論というものは現実に対して一面性・断片性を免れないものだが、社会システム理論は超抽象的な構成物、スーパー理念型で heuristisch なモデル論である。またポストモダニズムは、理論が現実を客観的に描けないことをとくに強調する理論(不可知論)である。それゆえともに、現実の社会に実際に作用する具体的提言は示せない性質の理論である。だから両理論の論者は、具体的提言ではなく、「カオスからの秩序化」を信じて「闘争」の成り行きに期待するとか、「脱構築から何かが出てくるはずだ」とするとか、「「手続き的正統化」でいく他ない」と論じるとかに自己限定しようとする。ところが、両理論でも論者によっては——村上もその一人である——そのレヴェルに留まらないで、〈包摂を重視せよ〉とか〈不断

(32) ポストモダニズムは、私見によれば、2010年代以降政治の世界ないし市民社会で広まるポピュリズムに好適な土壌を、1980年代に思想界において準備した。ポピュリズムの特徴は、①近代の諸原則・諸価値(寛容・公平・人権・自由・自制等)を否定し、近代の諸原則・諸価値の下で規制されていた、排外主義・反民主主義、アウトローであること等へ居直り、タブー破りを語ること、②これまでの歴史認識を否定し(歴史修正主義)、侵略や暴行の加害行為への謝罪を否定する、さらにはフェイクニュースや根拠のない他者否定の言辞を広めること、③情念・エゴイズムを政治の世界で解放すること(ヘイトスピーチ、排外主義、自集団の利権追求等)、④〈特権階級批判とも結び付いた〉反アカデミズム・反知性主義、⑤無原則・オポテュニズムを恥じないことなどである。ところが、これらは、ポストモダニズムの次のような特徴にそれぞれ重なっている。すなわち、①価値ニヒリズムにもとづく近代の諸原則・諸価値の無化、②本質の否定、認識の主観性強調・真実否定、③反合理主義・反理性、④反知性、⑤原理・原則の拒否(プロセス思考・ネオプラグマティズム)などである。ポストモダニストの提言がポピュリストの手法に対し理論的・思想的に一線を画すことが困難な関係が、あるのである。

の交渉（プロセス化）に期待する）とか〈人権・正義を持ち出すな〉とか〈「人間味ある裁判官」像を拒否する〉とかと、具体的方針を打ち出す。具体的提言を模索するのは、法学者などではごく自然なことである。しかしそうなると、①原理論の超抽象性と提言の個別具体性との（経験を超えたものと経験・実験の場のものとの）ミスマッチが不可避となる。②それ以上に、超抽象的な原理論から帰結する提言は、それであるがゆえに超抽象的なものとなるのは不可避であり、このためそれら提言は具体的現実に対応しえないものとなる。

（3）「趨勢」とどう向き合うか 上の点とも関連するが、ポストモダン化が強く進行している、あるいは支配的となっているからといって、その流れに乗って思考するほかないとする発想に、筆者は問題を感じる。〈新動向によってつぶされてしまいそうな側に与するのは愚かに見えるかもしれない。しかし自分は、敢えてその立場で闘うのだ〉とする姿勢がありうるし、状況によっては必要である。また、〈新動向に照らすと時代遅れに見える古い武器を活用して、これからも諸問題と闘うのだ〉との選択もありうるし、状況によっては必要である。

村上やルーマンは、〈社会システム維持のためには、複雑性の縮減が必要だ。人権、正義、環境保護、真理などへの固執は、複雑性の縮減を阻害する。それゆえそれらは、法実務から排除されなければならない〉との三段論法でいく。しかし、①「人権擁護や正義追求が複雑化を促進するとしても、人権や正義が人間に必要ななら、そうした複雑化増進を覚悟してでも進む他ない」というのも、人の生き方である⁽³³⁾。②〈複雑化する可能性があ

(33) 丸山眞男は言っている、「[あるべき社会原理を問うてみても、終局的な答えは出せない。] けれど終局的な答えが出せない、ということ、その問いが無意味だということはやはりちがうわけです」（『丸山眞男座談』第8巻、岩波書店、1998年、260頁）。これを言いかえれば、「複雑性が増進するから」、「人間の主体化等は幻想だから」追求するな、ということではなく、複雑性の増進が不可避でも、主体性が「幻想」であっても、それらを追求し続けることが実践的にも学問的にも欠かせないのである。

る)から〈複雑化は避けねばならない〉は、直接には出てこない。加えて次の点もある。法システム内で、人権、正義、環境保護、真理などを追求すると複雑性が増進するのだとしても、〈そうしたことによる複雑性増進を伴いながらも全体において機能している〉とするのが、本来のシステム理論だろう。〈複雑化は、絶対に避けねばならない〉は、社会システム論中の特殊な立場からしか出てこないのである。③そもそもルーマン・村上の議論は、循環論法によっている。人間が無化した状況下で諸個人を超えて自生的に動くものとしてシステムを想定するのだから、そこからは個人の権利や価値判断にこだわる姿勢は当然出てこない。

(4) 近代と家長 家長の衰退に伴って市民社会の仮想現実が基盤を喪ったとの認識にも疑問が残る。1870年代に家長文化が衰退した後も、それに代わり社会を担う主体形成が新しい市民的公共(ゼクテ・労働組合・諸教育機関・サークル等の小集団)によって作り出された。家長に代わる新たな自立・自律の諸主体が20世紀の政治を——「大衆社会化現象」と呼ばれるにもかかわらず——担った事実は、無視できない。そうでなければ、反ファシズムや1960年代以降の諸変革は説明できないだろう。2010年代以降、それらが衰退し、ポピュリズムが台頭した。しかしこの新現象に抵抗しようとする主体は、なお根強い。

そもそも家長が有力であった近世・近代が自立・自律者の時代であったと言えるかも、実際には検討を要することがらである。したがって、家長なき現代が自立・自律を喪失した時代だとか、自立・自律を放棄すべき時代だとかと言えるかについても、検討は必要なのである。

2000年頃のことであったらどうか、ある日村上に、「現代においても、先生がおっしゃるようには近代人の主体性がまったく展望なくなったというものではなく、教育や社会制度によってはまだ再強化の可能性もあり、現にドイツ等は、その独自の教育や世論の動向によって、そういう市民をなおつくり出しているのではないのでしょうか」と話したら、村上は、「君

は、楽天的で幸せだ。自分は、とてもそのように楽天的にはなれない」と語った。悲観が強まったようだった。その際村上は、筆者の立場をハーバースの楽天的イメージと重ねて見ていたようである（注26参照）。

その後の思想動向を見るに、ポストモダニズムは2010年代に入ってから急速に影響力を失った（村上はそう見ないが）。これは、ポストモダニズムの提唱者たちが舞台を降りたから等⁽³⁴⁾だけではなく、①計画・設計を否定しアドホックな対処にまかせるほかないとする理論は、現実社会を生きる人間の姿勢——慎重な計画・設計を求める——と食い違うものだからである。②計画・設計の排除の背景には、世界が超複雑化し予測不可能化したという見方があるが、すべてが予測不可能化したわけではないし、予測不可能化は今に始まったことではない（二つの大戦期や世界恐慌期など、その最たるものであった）というのが、共通理解だからである。③近代の法や政治の諸原則（すなわち個人尊重や人権追求）を排除する理論は、現実起こっている、人間破壊、政治の私物化など現実の問題に対処できないからである。④厳密な論証や実証の重視、総合的・体系的思考の必要性、批判的スタンス護持、古典の尊重など近代の学の原則は、学問研究、討論による問題解決が追求されているかぎりは否定しきれものでないからである。⑤結局、(近代的なものを)超ラディカルに否定して展望なき空虚を目指すよりも、(近代に対し)肯定と否定を重ねて変革していく地道な道が、

(34) ①ソーカル事件が1996年に表面化し、1998年に問題の雑誌が廃刊になったこと、ソーカルが1997年にポストモダニズム批判の書『「知」の欺瞞』を出版したこと、②デリダが2004年に、ローティが2007年に、死亡したことなどが、ポストモダニズム凋落の一因であろう。加えて、③新自由主義はなお盛んだが、「自生的秩序」だけでは社会が成り立たず、リーマンショック・温暖化対策・原発事故、目下の新型コロナウイルス問題など国家による未来設計・統制が欠かせないことが再び分かってきたこと；中国や日本をはじめとして今日でも国家統制はさらに強まっているという事実、④各国にナショナリズムが強まり歴史修正主義や民族の伝統が強調され、また宗教性が強化されるなど逆に「大きな物語」への傾斜が進んだこと、⑤監視社会の進展（治安警察・軍事情報網の肥大化）なども、ポストモダニズム衰退の一因であろう。

人間の知のあり方に親和的だからである。

むすび

以上、村上の法学研究を、四つの時期に分けて論じた。村上は、第一期においては、来栖や磯村をはじめ当時の日本法学の共通関心の影響下で、近代法学の展開や近代法実務の浸透を歴史的発展として描く近代法史を中軸にした。第二期においては、オットー・ブルンナーらの国制史・概念史の影響下で、旧ヨーロッパ的国制や概念の特徴を明らかにしつつ、それらが近世から近代における君主統治の強化、資本主義の発達とどう緊張関係をもち、次第にその本来のものをどう失っていったか、そうした旧きものが近世・近代をどう規定しヨーロッパ近世・近代の独自性をどう作り出したか、を問題にした。第三期においては、西欧近代が、そこにおいてもなお独自のかたちで残存しつつ働く、前近代の制度やエートスにどう支えられて形成され機能しているかの考察を進めていった。第四期においては、現代においてもはや近代を支える主体や制度が機能しなくなっているという認識（近代的なものは前近代的エートスに支えられていたが、近代化のいっその進展の中でその旧きエートスが消失したため仮想性を強めたとの認識）を契機にして、さらにまた、現代社会の分析を進めるなかから〈ポストモダン状況が現出するに至った〉と主張するに至り、そうした状況下での法のあり方を考えるようになった。

このような時期区分が妥当か、それぞれの時期における研究の特徴把握が妥当か、もっと別様の展開もあったのではないか、これらの点については今後さらに検討を重ねる必要がある。

村上は、その時々ドイツの最先端の諸議論を巧みに相互に結び合わせ新しい問題提起をし続けた。筆者はあるとき村上に、「先生はどのようにして、それぞれのテーマ毎に自分の独自の問題意識に結びつく新しい文献

を次々と掘り出されるのですか」と尋ねた。村上の回答は、「時々ドイツについて研究者と話していたら、情報が集まる」というものだった。筆者が思うに、それに加えて、日頃の膨大な量の読書——芋蔓式の？——と、生かせる文献かどうかを素早く判断する嗅覚、および自分の視座からそれら諸文献を関連させて構成していく力が、根柢を成していたのであろう。

視座転換を重ねつつ問題提起をし続けた村上、その作品を送られるたびに筆者は静かな叱咤激励を覚えてきた。それら作品をこの機会に読み直し、スケールが大きく深沈だが熱く迫ってくるその学風を改めて確認した。寡黙で一見近寄りたいたいが温かいその人となりを偲び学恩の深大さを思い返しもした。