HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	第一報告　社会紛争、「内在的」法文化、現代法の二重の傾向
Author(s)	フェラーリ, ヴィンチェンツォ; Ferrari, Vincenzo; 松村, 良之//訳 他
Citation	北大法学論集, 48(5), 96-118
Issue Date	1998-01-16
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15745
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(5)_p96-118.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

第一報告

社会紛争、「内在的」法文化、現代法の二重の傾向

ヴィンチェンツォ・フェラーリ（Vincenzo Ferrari）

松村良之訳

一、法システムと法文化の循環的変動（訳注1）（訳注2）

一、一

社会現象としてのすなわち社会システムとしての法について、前提となる概念を明らかにしておくことが必要である。法は共同体の社会関係全体を覆っているとされているルールの集合として定義される。このような定義は多くの法理論家によって述べられているし、社会学的な観点[1]からも受け入れることが出来る。しかしながら、ルールは単なるメッセージ、すなわち記号的な道具である。非常に簡単に、しかし非常に多くの法についての伝統的な見解に沿って述べれば、

法は、ある送り手が、その記号的な道具を使って、特別の種類の説得の方法によって、ある受け手の行動に影響を与えようとするものである。特別の種類の説得とはここでは肯定的なサンクションの約束あるいは否定的なサンクションの脅しである。(2) 送り手は通常の場合には特定できる。なぜなら、彼らはつねにではないが通常受け手との関係で権利を与えられた地位にある行為者に対応しているからである。これに対して、受け手は法律、指令、規則などの場合のように個人としては特定できない場合もあるし、裁判所の判決、決定、行政機関の命令などの場合のように個人を特定できる場合もある。さまざまな社会的＝法的行為者が送り手としても受け手としても法のコミュニケーションの過程に関与している。裁判官がこの二重の役割の最も重要な例である。サンクションについての決定はいずれにせよ前もって知られているある意思決定の過程を通じてさまざまな社会的行為者によってなされる。

一、一、一

法の基本的な要素としての記号学的な性質を認めること、すなわちメッセージであるということを認めることは、記号的な過程に関与しているすべての社会的行為者がこのようなメッセージの意味を処理することに関わっているということを認めていることである。(3) 送り手はある受け手には意図した意味を隠し、他の受け手、例えば適用されるべきサンクションを決定することが求められている裁判官や仲裁人などの「第三者」にはそれを明らかにすることに利害関係を持つかもしれない。あるいはまた、送り手は責任を逃れ、それを他者に押しつけるために、他の受け手に対して意味を一義的に述べることを選択することも可能だし、意味を特定せずに、あいまいではっきりしないままにしておくことを選択することも可能である。福祉国家の時代の立法技術はこのような現象の重要な一例である。すべての行為者とりわけ受け手はそれゆえ、通常解釈と呼ばれているプロセスにさまざまな異なる形でかかわっている。受け手は、法的ルー

ルの意味を明らかにすること、意味をより詳しく決定すること、すなわち意味を広げまたは限定すること、さらには誤解させることまでをふくめて解釈を行っていると言ってよい。このような現象は、「個別的な」ルールが発せられる最終段階を含めて、解釈という過程のいかなる段階でも生じる。先例の射程範囲すなわち正確な意味が問題となる事案についての決定がしばしば裁判官に求められていることをすべての熟達した法律家は知っている。[4]簡単に言えば、法的ルールの意味はファジーであり、偶発的であり、「文脈依存」的である。

一、一、二

もし我々が過度な単純化をおこなうことを避け、コミュニケーションが複雑な現象である、[5]すなわち線形ではなく循環しているあるいはプリズムのようであるということを認めるなら、いかに法的メッセージが一つの語彙から他の語彙へ投影されるのかに加えて、いかに社会的プリズムの一つの面から他の面へ投影されるのかを容易に理解するであろう。それはたとえ、多くの人々が認めているように我々がコミュニケーション[6]の「相互作用的」性格よりもむしろ「制度的」性格を認めたとしても、固定的な意味が原理的に自明なものとされえないという点で同じである。法的メッセージはまた社会的慣習に依存したものであり、法的メッセージの安定性はそれらのメッセージの背後にある計画的なあるいは計画的ではない社会的慣習の安定性に依存している。なぜなら、コミュニケーションが先行条件に依存していることを我々が認めるならば、これらの条件が変化にも依存していることを認めなければならいからである。

一、一、三

「閉じている」すなわち「自律的」つまり「自己再帰的」と主張されている法の性質に関しては、これらすべてが重

要でないというわけではない。法理論家とりわけヨーロッパ大陸法文化の法理論家によって法はこれらの性質をもつものとしてくりかえし描かれている。(7) このことはある程度までまぎれもなく真実である。目的論的、文理、体系的、類推というような、一般化している解釈の方法は、より一般的な概念からより一般的ではない概念への連鎖に沿ったさまざまな意味の選択を何らかの意味で形式的に導くために提示されているものである。しかし、適用可能な解釈の方法が多様であること、より多くの方法を同時に用いる可能性があること、あるいは、さらに（衡平法の場合のように）それらの解釈の方法を避けること、解釈の過程のすべての段階において多様なありうる記号的選択が存在すること、それに加えて法的なもの以外の言語システム（経済学的、政治学的、生物学的など）から法的意味を借りてくる必要から生じる問題があること、それらの事実はまさに自己言及が理念型すなわちユートピアでしかありえないけれども、倫理的な根拠に依拠した行動を命令したり推奨したりするには有用であることを意味する。しかし課題が法の作動をとりわけ社会学的な視点から記述することとなれば、有用でもなく、時には人をあやまたせるのである。

一、二

法的メッセージの意味をめぐる闘いは社会紛争の反映であるということを主張できる。社会紛争の存在を認めそれを民主的に解決することに努力している社会では、社会紛争が先鋭化すればするほどこのような「記号上の」闘いは頻繁になり、ある程度までではあるが、法の不確実性はますます高まる。(8) さらに、いかなる社会も法体系の「閉鎖性」を求める行為者とその「開放性」を求める行為者の間の闘いを示していると主張することができるであろう。社会変動、とりわけ現れつつある社会集団の成長が法的領域の紛争の主な要因であり、それゆえ、法システムの閉鎖性と開放性の闘いの主な要因である。

一、二、一

歴史上、法システムの構造は開放性と閉鎖性の間を循環的に変動している。この現象は異なった時代に異なった言葉で呼ばれてきた。その証拠は法の歴史と法の理論化の両方から示すことができる。ほんの二、三の事例を上げてみると㈠古代ローマにおいて厳格市民法(ius civile)とともに名誉法(ius honorarium)が発展したこと、㈡イギリスのコモンロー体系と平行して発達した衡平法(equity)の存在、㈢ヨーロッパ大陸における普通法(ius commune)の危機とそれが啓蒙哲学によって触発されて法典によって徐々に置き換えられたこと、㈣福祉国家の優勢期における初期の法典の危機、そして最後に㈤福祉国家の過剰規制に対する反発としての最近の規制緩和の動きを思い起こしてみよう。法律家の文化はかような現象にさまざまな説明の方法を与えてきた。古典的にはサヴィニーの法における政治的要素と技術的要素の区別[9]を、もっとも最近のものとしてはファン・デ・ケルホーフェ(M. van de Kerchove)とオスト(F. Ost)の―彼らは法をオープンゲームと考えているが―法が秩序と無秩序の間をどのように変動するかについての記述[10]を思い起こしてみよう。

一、三

法の世界では形式主義と反形式主義の間の論争が長く続いているが、それは法システムのこの二重の傾向の反映でしかない。価値とそこから導かれるルールについての合意が行き渡っている時代には法は確定的で紛れのないものとして存在し、法理論は形式主義に傾く。このような傾向はまた権力が多かれ少なかれ大規模な支配的な集団の手に強く中央集権化している社会において普及する。社会的合意の感覚が弱まり、価値とルールについての闘争がより激しく、そしてそれが目に見えるようになると反形式主義に好意的な傾向が広まり、新たな支配階級が政治権力に対する完全な支配

を獲得するまで続く。この点において時間は非常に大きな影響を与える変数である。法典の編纂は一般的には法理論において形式化と解釈学化をもたらす。そして時間がたつにつれ、新しく出現する社会的価値、新しく出現する集団と相容れなくなる。このことは法学においては反形式的な傾向をもたらすことを意味する。(11)

二、「秩序対無秩序」のパラダイムにおける一つの変数――一元的法のビジョンと多元的法のビジョン

二、一

古典的には法源についての教義である一元主義と多元主義について取り上げよう。(12) 一元主義の教義はただ一つの正当な法源が存在すると主張する。それは、法制定権力がその源泉からヒエラルキー的に秩序づけられた下位の多くの源泉に委譲されることを認めるに過ぎない。これに対して、多元的教義は、法はさまざまに絡み合った多様な源泉から発生することが可能であると主張する。このようなさまざまな源泉は事実上異なった複数のレベルで存在する。それらは拘束力においても、共同体の広さにおいても、またカバーしている行動の幅においても多様ではあるが、同調を要求するものとして記述される。またそれらは部分的にせよ全体的にせよ相互に両立することもあれば両立しないこともある。

二、二

立法主義は一元的教義のもっとも近代的で重要な一タイプである。それはしかし一元主義の唯一のものではない。我々は前国家的なあるいは超国家的な一元主義的教義を考えることができる。ローマの共和制は近代世界の意味での国家ではない。それはあたかも法、慣習、規則への支配を独占する政治的実体としてみることができるであろう。国際法に関

するケルゼンの見解もまた一元的である。しかし、それは彼が『一般国家学』の中で叙述した国家中心システムの最後の発展である一種の目標に過ぎない。[13] それに加えて一元主義はつねにではないがしばしば政治権力の集権化の理想像の一つの表明である。それは独裁的でもありうるし、民主的でもありうる。ホッブスの理論は一元的であり独裁的でもある。ケルゼンは一元的であり、また民主的である。

二、三

これに対して、多元主義はしばしば少数者あるいは部分からなるという観点の表明である。現れつつある集団すなわち文化や規模や政治的影響力などによって周辺に押し込められているが強いアイデンティティの感覚を示す集団はしばしば理論的な法多元主義の塹壕から集権化された権力に法的な活動の場で挑戦する。偉大なユダヤの歴史家であるモミグリアーノ（Arnaldo Momigliano）が、かつて国際会議において口頭で論争したように、エールリッヒがユダヤ人の共同体に属していたという事実はもちろん彼の多元的理論を十分に説明しているわけではないが必ずしも的外れというわけではない。同じことはギルヴィッチについても言えるかもしれない。これらの豊富な事例を歴史に見ることができる。キリスト教共同体と後のローマ帝国の時代におけるゲルマンの侵略者たち、イギリス、スペイン、ポルトガルから分離しようと努力していたアメリカの植民地、[14] さらにまた、今日の世界において自律を要求する民族的、文化的、さらにはジェンダーの集団を思い起こしてみよう。多元主義のラベルはしばしば完全な政治的法的独立のための闘いの第一歩である。この点は旧ユーゴ、レバノン、あるいは中央アメリカのスペイン-アメリカインディアン系の国家のような多民族国家においてあきらかである。何十年いや何世紀にもわたって法多元主義への忠誠を強調してきた法文化は、彼らの準拠集団が一旦領土に完全な支配を確立すると極端に一元主義的になるかもしれない。

二、四

法の一元主義と多元主義の間の議論は法がいかに秩序と無秩序の間を往復しているかということと直接対応している。一方で閉じたシステム―秩序―形式主義―一元主義と他方で開放されたシステム―無秩序―反形式主義―多元主義の間の直接的な歴史的対応関係を法の歴史の中にみることができる。

三、紛争とその集団

三、一

今までいかなる社会科学者も社会紛争が法変動と法的教義の中での闘争の背後にあることを否定してはいないということを強調してきた。[15] 社会紛争は自分達の利益を満たし、彼らの各々の権力の領域、すなわち自由を拡張しようと求める社会集団によって引き起こされる。なぜなら、自由は相対立する集団との関係で自律的に法をつくり出す実際の機会の存在の象徴となるからである。

三、二

それゆえ、法、法の制定、法的教義に関する紛争は社会紛争に関する理論、そしてその主な提唱者たちを記述する理論と結びつかなければならない。社会紛争は国民、民族集団、社会階級のようなマクロ集団であるにせよ、職能集団、労働組合のような中規模な集団であるにせよ、職場単位、さらには家族の役割のようなミクロ集団であるにせよ、異なったさまざまな規模の集団とかかわる。

三、三

近代史は社会紛争と法の関係についての重要な例を示している。自然法論者のもっとも最近のもっとも成功した表現としての法典編纂への要求は、権力と法の確実性を求めた商業ブルジョアジーの発展と絡み合っていた。また、ますます複雑になり、矛盾し、専門化した国家法ーそれらは刑罰ではなく（補助金などの）積極的なサンクションに依拠しているーの現代の発展は西欧の豊かな社会における給料生活者の影響の増大の一つの表れとして通常説明される。多分、人権についての歴史の動向はそのもっとも良い例であろう。実際、その各段階は、不正な権力からの解放を求めた人類の闘いという最も重要な歴史の段階に対応しているのである。[16] 市民的権利（civil rights）は貴族とブルジョアジーが専制君主から奪いとったものである。政治的権利（political rights）は一九世紀のブルジョアジーの主要な獲得物であり、後の時代には、政府を支配していた貴族や上層階級からの下層階級の獲得物である。社会的権利（social rights）は大部分労働組合運動の成果である。アイデンティティ、すなわち文化的権利（cultural rights）は、紛争が階級よりも役割の問題となってきている、アトム化が進行する社会の一つのあらわれとして考えることができる。

三、四

特定の法文化の異なる下位集団がこの紛争にいかに参加しているかはほとんど認識されていない。法の制定者、裁判官、法律家、官僚は通常異なった法的教義の標語のもとで法を支配することを競いあっている。[17] 過去二世紀の形式主義と反形式主義の闘争は一九世紀初期のヨーロッパにおける（サヴィニーの法典編纂への論争を見よ）法制定者と法律家の間の闘争、一九世紀後半の米国における（ケースメソッドに対する社会学的法律学、および法リアリズムの文化からする批判を見よ）弁護士と裁判官の間の闘争、さらには二〇世紀初頭のイタリーにおける（裁判官も「国民精神」に依

拠すべきだと言う増大するファシストの文化の主張に対する法の確実性の名のもとでの裁判官の抵抗を見よ）裁判官と政治階級の闘争などに遡ることができる。

四、「地球を包む村落（Gloval Village）」（訳注3）における紛争と法文化

四、一

今日の世界と、人類の歴史における過去のすべての時代との間には根本的な違いがある。現在、地球は有限な場所であると自覚され、この場所は定常的な妨げられることのない物理的なそして象徴的なコミュニケーションの流れでおおわれている。そのような流れはさまざまな方向に動き回り、ある記号体系、環境から別の記号体系、環境へ移動し、あらゆる距離を圧倒し、時間の差を最小化する。この惑星は、もし我々が、現在科学における議論でも当たり前になった矛盾語法を採用すれば、一つの地球を包む村落である。人為的な国境の中に自分達を押しとどめ、コミュニケーションの流れを妨げようとする国家は―かつてのソビエト連邦のような―回復不可能な危機を経験している。

四、二

コミュニケーションの革命は社会紛争の条件と決定要因を根底から変えてしまった。経済的エリートと経済的取引は世界的な規模での広がりを達成した。一五〇年前のマルクスの予言はそれゆえ実現された。しかしながらプロレタリアも一つに統一されるであろうと言う彼の政治的信条は少なくともこれまでのところ失敗している。経済的生産は依然として労働者の分業に負っている。そして、実際、分業もまた資本と同じように、それは国際間（internationally）で構造

化されているが、超国家的(transnationally)ではないという点を除いては世界的な規模での広がりを示している。

四、三

ここであげた例は、経済的関係がもっとも重大ではないにしても重要な社会紛争の源泉であるという点においてそれ自身重要であるというだけではない。その重要性は国際的(international)と超国家的(transnational)との間でそれが必然的に伴う対立から発生しているのである。今日の社会的結びつきの中に、それゆえ社会紛争の中に基本的な不安定が存在する。国家というシステムは依然として生きている。ある程度までそれは非国家的なシステムにとっても機能的である。異なる国々の労働者の側の極端に異なる経済力に対応した国家中心の国際的分業は、超国家的広がりを持つ生産と取引の直接の反映である。しかしながら、国家中心の国際的分業と超国家的広がりを持つ生産と取引は多くの程度まで相容れない。増大する大衆はわれわれの「地球を包む村落(Gloval Village)」によって見せられたこの深刻な違いを乗り越えようと努力する。大量の移民は労働の国際的分業に対抗する、国家という制度がほとんど立ちはだかることができない超国家的な現象である。移民は我々の時代を特徴づけている別の現象—それが単一国家であれ、多元国家であれ内部からの国家の腐食—に決定的に影響を与え、また主権の原理の危機に決定的に影響を与えている。

四、四

法、法源、法的教義の範囲についても社会組織のレベルの間の対立と紛争を反映している。西欧の国家法はこの数十年間に福祉政策がもたらした財政危機の結果として深甚な変化を経験した。その変化をあいまいさの増大として、さらには空白として記述することはここ何年かの法社会学では当たり前であり、それは現実に問題と闘う機会を徐々に失っ

てきた政治的エリートの利益のためでもあった。多くの優れた分析によって示されているように国家法は下からも上からも、すなわち地域主義の塹壕からも超国家主義のそれからも挑戦を受けているということは、現在では明白な現実なのである。なお、もっとも最近のすぐれた分析はローレンス・フリードマンのヨーロッパ法アカデミーにおける講演である。[18] いまだもって不確実なことは、まず第一に、このような挑戦が実際にどのように起きたかということであり、第二に、その将来の発展である。

四、五

法的地域主義への圧力は法システムにおいても法の理論化においても最近極端に強くなってきている。その主な要因は、つねにそうであるように伝統的な社会的絆の弱化に直接対応した自律への闘いであり、少なくとも西欧社会においては、より自由な、よりアトム化した、さらには偶然的とも言える集合への社会の変容であり、また同様に、人的文化的多様性に対する個人のそして社会的集団の権利についての人々の認知である。[19] 社会は徐々にその固有の特色を失い、ある場合には社会的自由の、また他のある場合には社会的苦悩の感覚をもたらす。自由と苦悩というこの両者の感覚が、伝統的絆の崩壊とそれに続いて起こる再構築を弁護し、法の生成とその法が公式に承認されることについて地域主義の高まりをもたらす。科学的にこれらの現象を説明するためにいくつかの説明がなされた。自省的法の理論、[20] さらにはもっとも極端な、積極的ではないにしろ一つの場所で互いに競い合うことを認める多数の法システムの併存を「考え得るもの」とする多元主義的見方、[21] それらは、法哲学と法社会学の有効な例である。

四、六

超国家主義への圧力もまた法システムと法的教義の両方における強い現実である。商取引法(lex mercatoria)は、それを形式的に定義するのは困難であるが、[22] 実体と手続に関してある種の普遍的な規則になりつつあるものとして記述される。人権運動—それは第四世代に、あるいはさらに第五世代に到達したが—は一般的には(その超国家主義の方向への)一方向の現象として考えることができる。絶え間のない国際的な人権憲章の生成が示すように、その後退は原理的に許されない。

四、六、一

両方の現象は現在のところ十分分析されていないが、矛盾した姿を示しているということを私は強調したい。商取引法(lex mercatoria)は法の純粋に民主的な生成のように見えるし、実際そうかもしれない。現実には、その源泉は巨大な国際的に確立した法律事務所とかビジネスローヤーを通じた強力な多国籍企業とかそのような権力のあるエリートによって徐々に独占されつつあるのかもしれない。[23] すでに述べたように、それはまた国家法の重要な部分と絡み合っている。労働法の国家による違いは商取引法がビジネスの領域において守ることを予定しているまさに同じ利害を反映している。人権運動については、それが増殖し個別化することは競合する集団の間の紛争が増殖し個別化するもととなっているのだという一般的な認識が広まっている。[24] さらに加えてこのような紛争は、要求されている権利の「絶対的な」性格と超国家的なひろがりが権威をゆるがし、圧倒しているからそのような権威によってはほとんど解決不可能である。さらに、権利の増殖は超国家主義の観点から理論的に考えることが可能であっても、多数の集団が特別の承認と完全な自律を求めて闘っている程度に対応して、社会的地位が分裂していくことのもととなっている。この点において超国家主義は個別主義へと向かう。

五、富者と貧者は市民権（citizenship rights）といかに関連するか

五、一

西暦二〇〇〇年の入口にあって、世界を狂気に陥れている混乱は法と法文化へ直接はねかえる。

法は我々の先進国の社会においては、破壊と再構築の両方の過程を経験しているように見える。[25] 開放性と閉鎖性、反形式主義と形式主義、多元主義と一元主義、曖昧さと明晰さ、常識に基づく衡平と科学的確実さ―それらは何世紀にも渡って、個々の法システムと法文化の歴史的発展における循環的段階に対応してきたのだが―それらはわれわれの「地球を包む村落（Gloval Village）」の「閉じた空間」の中でいまや一緒になって進行していくように見える。この二つの同居が平穏に行くのか争いあうようになるか、民主的になるか非民主的になるかはわからないが、この問は法律学の様々な領域の研究者にとって知的に挑戦的な課題である。

五、二

このような見かけ上矛盾した趨勢の間の関係は、次のような表現は現実の一部を反映したものでしかないとしても、おそらく貧しい法と富める法の古典的な対立に帰着できる。

五、二、一

「富める法」のもっとも重要な領域―たとえば、商取引法(lex mercatoria)、会社法、特許法、商標法―は世界的な一元化と形式的な再構築の急速な過程を現在経験しているように見える。企業家にとって不確実性は耐えることができな

いリスクである。それゆえ規制的な方策の選択は実体的なものであれ、手続的なものであれ、リスクを最小限にするように作られるであろう。統一化と形式化へのこのような動きは商取引法の場合のように(あるいはそのように見えるように)、時には、社会的相互作用の中から自然に起こりときにはヨーロッパ連合という領域の規制や指令の場合のように上からおしつけられる。もちろん、このような現象に対する例外も、それが現実に存在しているというよりはそう見えるだけである。時にはリスクは柔軟な変更可能な規制という手段によってうまく避けられる。伝統的な「堅い法」とともにさまざまな形の「柔らかい法」に頼る—それはさまざまなレベルで見られるが—という選択は、問題を、それに応じて堅さを変えて取り扱う必要があるということを的確に表現しているように見える。(26) しかし、「柔らかい法」で通常意味されているものはある種の「軽い」規制である。それはさまざまな機関、主として執行機関や行政機関によって、しばしば堅い法の単なる解釈あるいは具体化というラベルのもとに行われる。それは「堅い法」によって制度的に作られる複雑な手続を避けて、不確定な条件に依存している人々の行動を方向づけることをねらっている。この種の規制は容易に変更可能であるが、それは包括的でかつ非常に的確なものにすることができる。それゆえ、確実性を求め、リスクを回避することを希望することによって、もう一度用いられるのである。

五、二、二

貧しい法のもっとも古典的な分野、すなわちさまざまな方法によって恵まれない人々をも取り扱ってもいる法、例えば労働法や家族法などは絶え間のない変化、そして現在では徐々に起こりつつあるその崩壊に対して依然としてなすすべがないように見える。先進国、とりわけヨーロッパにおける労働法の場合が特に重要である。労働運動の一世紀は資本家と労働者の間に複雑な社会的結びつきを作り出す結果をもたらした。これらの結びつきは多くの程度まで柔軟であ

り、実際の内容においては時と場合により変更可能であった。しかしその変更は厳格に定められた範囲内のことである。労働者の権利はある限界を越えて挑戦されることはありえない。今日では、労働の国際分業は異なった国の労働者の間の恐るべき競争を生み出している。この場合大量の移民は競争をさらに悪くさせる。なぜなら、大量の移民は先進国の中で競争をもたらすからだ。これらすべての結果が多くの地域での、また多くの経済部門での失業の増大であることは明らかである。西欧諸国、少なくともヨーロッパに関する限り、このような現象は、どんどんスピードを早め、いまだ経験したことのない労働法の変化を生み出している。伝統的な労働契約の形態は―そこでは労働者の形式としての従属が多くの保証とさらには生活のいくつかの分野における特典によって埋め合わせされている―その効果を失い、さらには徐々に消えつつあるのかもしれない。国際的競争のみならず、目に見える集中化された実体としての工場という観念を失わせようとしているテクノロジーの発展もまた労働法を戻ることができない危機の中に放り込んでいる。それゆえ、労働関係の全分野において、社会権、労働者の権利についてもっとも強い印象を与える保護を発達させていた国々を含む多くの国々で、規制緩和がなされつつある。異なった形で発展し、徐々に伝統的な労働契約にとってかわりつつあるさまざまな役務についての多くの契約は補償、契約期間、賃金などにおいて基本的には規制されてはいない。しかし、労働組合は、歴史的歩みは労働者の権利の保護を取り戻すことになるであろうというような古くさい哲学を表明している。カーン-フロイント(Otto Kahn-Freund)のような偉大な学者は英国アカデミーでの何年も前の一九七八年の講演において、[27]すでにこのような未来像を予想していた。

五、三

ここで述べることができるのは、来たるべき数十年は予想できない、ますます悪化した形態の世界規模での社会紛争

によって特徴づけられるかもしれないということである。とりわけ西欧世界は経済的のみならず文化的分野でもさまざまな攻撃の標的となるだろう。世界の多くの部分を占める恵まれない人々は恐るべき力となるであろう。それは、国家中心の国際法の伝統によって供給される法技術を含む伝統的な法技術で制御することはほとんど不可能である。それゆえ、法システムの詳細な将来ののぞましい変化を叙述するどころか予想するだけであっても現時点では不可能である。しかしながら、次なる数年間に法の分野において問題となるであろう決定的な問題が存在する。それはラルフ・ダーレンドルフ[28]からローレンス・フリードマン[29]まで多くの分析家が現在はっきりと認めるように市民権の問題である。この問題は永遠の問題であることを私は強調したい。Constitutio Antoniniana[訳注4]を認めた紀元二一二年に、カラカラ帝はローマ帝国の住民に完全なる市民権を与えた。なぜなら、ローマ市民(civis romanus)という古い制限された概念は、巨大な、複雑な、多元的な政治的実体と明らかに相容れなかったからである。われわれの「地球を包む村落(Gloval Village)」においてはいかなる市民権の概念が採用されるべきであろうか。我々の社会における恵まれている部分は国家と国家の伝統的な境界を維持し強化するようにつとめるに違いない。さらには各々の国家の中に新たな境界をもうけるようにつとめるに違いない。多くの場合旧ユーゴスラビアのように、アイデンティティを求める無謀な探求の中で恵まれない人々の支持を獲得するかもしれない。私の見解では、これはもっとも悲劇的な選択である。多分、第一世界における限られた年数の相対的繁栄を長引かせることは可能であろう。しかしながら、すぐその後には彼らは修復不可能な災禍に向かうことになるのだ。しかし、それに代わるものはあるのだろうか。象徴的に言えばそれが問いである。我々の多くは、そのような立場には疑問を持っていると私は確信する。

五、四

控えめな提案は、否、提案と言うより希望であるが、今日観察し得る一つの潮流と関連しているかもしれない。すなわち、それは世界的なマクロな領域の集合体である。そのおのおの領域は特定の特色、特に文化的なものによって特徴づけられるが、しかしさまざまな異なる対等関係のレベルで他の領域と相互作用を行い－私はあえて自由主義的な思想家として語るが－互いに自由を失うよりはむしろ容易により自由を輸出しているのだ。ヨーロッパ統合の構築者・分析者であるデュヴェルジェ(Maurice Duverger)は最近彼の『人々のヨーロッパ』(Europe des hommes)の最後の数ページの中でそれを叙述している。[30] 国際市民権は依然として我々の視野のかなたにあるがマーストリヒト条約が示すように、ヨーロッパの中ではマクロ国家市民権はすでに我々の視野の中にある。まず努力すべきはこれらのマクロ国家－私はまず第一にヨーロッパ連合に言及しているのだが－の各々が合理的な条件のもとではあるが、自分自身の領域に属している人のみならず、世界の誰にでも容易に開かれるべきであるということである。一連の人権の中で、[31] 何らかの意味で自由に市民権を選ぶ基本的権利は今までのところ明白には認められていない。出国の権利はしばしば拒否される。亡命の権利は、時には自衛のため、また時には移民が労働市場において容易に搾取されうるからという理由で、徐々に制限されている。[32] 人々が自由に世界のある地域から他の地域に移動でき、対応する義務と一緒にその権利を選択し得る時には、法の世界でも根本的な革命がなされているときであろう。

本文注

(1) 法が、特定のディスコースに有用なコミュニケーションの道具として、単に約束上のものとして、そして手段的にのみ定義されるということは分析的な法哲学の伝統の中では広く認められている。著者は、法社会学的なディスコースの文脈の中でその定義の適合性を示そうと試みた。V.Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio criticoricostruttivo.* Laterza. Roma-Bari

1987 (6th ed. 1992); Id., "Socio-legal Concepts and their Comparison", in E. Øyen, *Comparative Methodology. Theory and practice in international social research,* Sage, London-Newbury Park-New Delhi 1990, pp.63 ss.

(2) とりわけ J. Wróblewski, "Law and Communication", in A. Febbrajo and D. Nelken (eds.), *European Yearbook in the Sociology of Law,* 1993. Giuffrè. Milano 1994, pp.163 ss.

(3) J.Wróblewski, op. cit., pp.172-174

(4) A.Beck, "Adjudication and the Sign", *International Journal for the Semiotics of Law,* I, 1,1988, pp.7 ss.

(5) とりわけ、U. Eco, *Trattato di semiotica generale (1975),* Gruppo Editoriale Fabbri-Bompiani, Sonzogno, Etas S.p.A., Milano 1987

(6) E.Landowski, "Deux points de vue socio-sémiotique", in B.S. Jackson, *Legal Semiotics and the Sociology of Law, Onāti Proceedings, Onāti* 1994, pp.9 ss. (特に pp.15ss.)

(7) 法学におけるこの教義学的傾向は、その支持者の間でも認識論的限界が広く認められているにもかかわらず、生きながらえ続けている(もっとも最近のものとしては、例えば、F.Denozza による優れた論文、"La struttura del'interpretazione", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* XLIX, facs. 1.1995, pp.1 ss. を見よ)。それゆえ、Niklas Luhman の *Ausdifferenzierung des Rechts,* Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981 および *Das Recht der Gesellschaft,* Surkamp, Frankfurt a.M. 1993 のように自己再帰的なコミュニケーションのシステムとして法を表現することが、法の社会学的なビジョンの中心であるという考え方が多数現れてくるのかもしれない。もっとも、Luhman は、彼の思想の絶え間のない発展の中で、異なったシステムの間の構造的カップリングの存在を認めつつも、徐々に、より開放された社会システムのビジョンを築き上げている。

(8) 最近、この仮説はとりわけ福祉国家の政策と、法の「応答的」利用という事実によって示されている。Ph. Nonet and Ph. Selznick. *Law and Society in Transition. Toward responsive law.* Octagon Books. New York 1978

(9) F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzsgebung und Jurisprudenz.* Mohr und Zimmer. Heidelberg 1814

(10) M. van de Kerchove et F. Ost. *Le système juridique entre ordre et dédordre,* Presses Universitaires de France, Paris 1988; Id., *Le droit ou les paradoxes de jeu,* Presses Universitaires de France, Paris 1992

(11) 形式主義と反形式主義およびその社会学的な帰結については R.Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi,* Einaudi, Torino 1988. pp.103 ss. の議論を参照。

(12) R. Treves, op. cit., p.162. 「多元主義」がさまざまな異った概念を意味するために用いることができるということを忘れてはならないのは明らかである。この点については、J.-G.B [elley], "Pluralisme juridique", *Dictionnarie encyclopédique de théorie et de sociologe du droit,* sous la direction de A.-J. Arnaud et al., 2me éd., L.G.D.J., Paris 1993, pp.446-449 参照

(13) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre,* F.Deuticke Verlag, Wien 1931

(14) 競合する法システムの衝突は土地の支配をめぐる果てしない闘いにおいてとりわけ顕著である。それは最近の Chiapas 事件が示しているように、現在とりわけメキシコにおいて先鋭的である。M.E.Pauda, "El artículo 27 de la Constitución mexicana. ¿Un debate interminable?", *Sociologia del diritto,* XXI, 1994, 2. pp.113 ss.; G. Gómez González-J.E.R. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Derecho y poder, La cuestión de la tierra y los pueblos indios · Powe and Law. The Land Matter, the Indigeous Peoples,* Universidad Autonoma Chapingo, 1995 を見よ。

(15) 私は、友人であり、ローマ大学の前任者である V.Tomeo の *Il siritto come struttura del conflitto,* Angeli, Milano 1981 のすぐれた分析を思い起こしたい。

(16) G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. I. Teoria general,* Eudema, Madrid 1991

(17) V. Ferrari, "Sociology of Law", in R.E. Asher and J.M.Y. Simpson (eds.), *The Encyclopedia of Language and Linguistics,* Pergamon Press, Oxford-New York-Seoul-Tokyo 1993, vol.8, pp.4033 ss.

(18) L.M.Friedman, "Law and Social Change: Culture, Nationality and Identity", *Collected Courses of the Academy of European Law,* vol.IV. Book 2, Kluwer Law International, 1995.

(19) L.M.Friedman. *The Republic of Choice,* cit., passim

(20) G.Teubner (ed.), *Reflexive Law.* de Gruyter, Berlin 1987; G. Teubner, *Law as a Autopoetic System.* Blackwell, Oxford, Eng. and Cambridge, Mass., 1995

(21) A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne,* Presses Universiaires de France, Paris 1991

(22) Lord Justice Mustill, "The New *Lex Mercatoria:* the First Twenty-five Years", in *Liber amicorum for the Rt. Hon. Lord*

Wilberforce, PC, CMG, OBE, £C, ed. by M.Bos and I.Brownlie, Claredon Press, Oxford 1987.

(23) Y.Dezalay, *Marchants de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationles de droit,* Fayard, Paris 1992 を見よ。

(24) 著者は大規模な世論調査に基づく研究を通じてこの問題に関心を引きつけようとつとめた。V.Ferrari, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche,* Angeli, Milano 1995. なお、一般的な意味では S. Rodota, *Tecnologie e diritti,* Il Mulino, Bologna 1995, *passim.* を参照せよ。言論の分野での競合する権利の間に生じた紛争に対する興味深い洞察は最近 R.L. Abel, *Speech & Respect,* Stevens and Sons-Sweet and Maxwell, London 1994 によって提示された。

(25) V.Ferrari, "Note sull'alternativa del diritto contemporaneo", *Sociologia del diritto,* XX, 1, 1993. pp.19 ss.; L.M. Friedman, "Law and Socila Change", cit.

(26) ヨーロッパ共同体にそくしてこの傾向を探求することはとりわけ興味のあることである。F.Snyder, "Soft Law e prassi istituzionale nella comunità europea", *Sociologia del diritto,* XX, 1, 1993, p.79; M.C. Reale, "Le comunicazioni interpretative della Commissione della Comunità Europea", *Rivista di diritto europeo,* 1993, 3. pp.507 ss.

(27) O.Kahn-Freund, *Labour Relations, Heritage and Adjustment.* Oxford U.P. 1979

(28) R.Dahrendorf, "Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento", *Sociologia del diritto,* XX, 1, 1993, pp.7 ss.

(29) L.M. Friedman, "Law and Social Change", cit., pp.271 ss.

(30) M.Duverger, *Europe des hommes,* Odile Jacob, Paris 1994.

(31) 技術変革に対して「最新の時代」の人権の叙述として、V. Frosini, *Teoria e tecnica dei diritti,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993.

(32) ヨーロッパの状況の分析と批判的な概観として、F. Belvisi, "Il diritto d'asilo tra garanzia dei diritti dell'uomo ed immigrazione nell'Europa comunitaria", *Sociologia del diritto,* XXII, 1, 1995, pp.53 ss.

訳者注

(訳注1) 訳出を割愛した部分（訳注2参照）で、著者は、L.M.Friedman, *The Legal System. A social science perspective,* Russel

Sage, New York 1975; Id., *The Republic of Choice. Law, authority and culture*, Harvard U.P., Cambridge, Mass. and London, Engl., 1990 に言及しつつ、ここでは特定の法文化、すなわち、法の作動者（法学者、裁判官、法律家、官僚。なお、フェラーリは彼ら法の作動者を社会的法的行為者"socio-legal actor"と呼ぶ）によって共有されている価値、観念、推論と解釈のスタイルの集合としての法文化について議論がなされるとのべる。そのような、専門家の法文化が「内在的」法文化"Internal Legal Culture"である。なお、「内在的」という訳は、ローレンス・M・フリードマン著、石村善助訳『法と社会』至誠堂、一九八〇（第七章参照）に従った。

（訳注2）著者の最終稿では、この前に、国際法社会学会東京大会関連の謝辞、本稿のアイディア成立のもととなった諸講演およびその際の討論者に対する謝辞の部分（Acknowledgement と題する章）と、国際法社会学会（RCSL）の統一テーマである「法文化―その出会いと変容」との関連を述べた部分（Premise と題する章）があるが、それらについては訳出を省略した。

（訳注3）Marshall McLuhan の言葉に由来する。彼は「地球は電気によって縮められ、一つの村落以上のものではない」と述べる（*Understanding Media: The Extensions of Man*, McGraw-Hill, New York, 1964, p.5. "Global Village"という表現については、ibid. p.93 参照）なお、「地球を包む村落」という訳は、後藤和彦・高儀進訳『人間拡張の原理』竹内書店、1967, p.117 に従った。

（訳注4）いわゆるカラカラの勅令の正式名称。

訳者注記

本稿は、北大法学会シンポジウムに引き続いて行われた、同年八月の国際法社会学会（RCSL）東京大会全体会での講演"Social Conflict, 'Internal' Legal Culture and the Twofold Tendency of Today's Law"に加筆訂正したものの翻訳である。従って、北大法学会シンポジウム『法社会学理論の現在』での報告からタイトルが変更されている他、表現が若干異なっている部分がある。また、この翻訳では（訳注2）にあるとおり、訳出を割愛した部分がある。

本文中の人名の表記については、日本の法学研究者にとってよく知られていると思われるものについてはカタカナ書とし、そうではない場合にはカタカナに加えて原つづりを付記した。なお、注においては便宜上原つづりのまま表記した。文献の引用の

形式は基本的に著者の表記法に従った。