HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法の三類型(自立型法と管理型法･自治型法）モデル再考 ： その問題関心と多元的調整フォーラムとの関連を中心に
Author(s)	田中, 成明
Citation	新世代法政策学研究, 4, 59-92
Issue Date	2009-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43718
Type	other
File Information	4_59-92.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

GCOE 連続講演会

法の三類型（自立型法と管理型法・自治型法）モデル再考
－その問題関心と多元的調整フォーラムとの関連を中心に－

田　中　成　明

はじめに

本日は、このような場でお話しする機会を与えていただき有難うございます。長谷川晃教授の只今のご紹介にもありましたように、今世紀に入ってからは本来の法理論的研究から少しずれた仕事に時間をとられて、研究はあまり進展していなかったので、これまでの研究を現時点で見直す機会を与えていただき感謝しております。

昨秋、吉田克己教授から北大法学研究科のグローバルCOEプロジェクト「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の企画趣旨を送っていただいて、法の三類型モデルなどの私の法理論について、プロジェクトと関連し参考になりそうなことを話すようにというお誘いをいただきました。お誘いいただいてまず思い浮かべたことは、吉田教授には、本日の報告の資料としてその一部を配布している拙著『転換期の日本法』を刊行した際に、「法学セミナー」559号（2001）で書評をしていただき、そのなかで法の三類型モデルと多元的調整モデルとの関係の問題点を指摘され、この点は、私もそれ以前からすっきり整理できず説明に苦慮しており、見直しの必要を感じつつも、そのままになっていることでした。また、このプロジェクトの企画趣旨は、説明がコンパクトで抽象的なので、これだけでは具体的インプリケーションを十分に理解しにくいのですが、「多元分散型統御」、

「市場、立法、行政、司法、その他の社会組織間の役割分担の設計」、「多極的・双方向的・動態的なガバナンス構造の設計」、「プロセス正統化を基軸とする新たな法治主義像の提示」などのキーワードを拝見する限り、私のこれまでの研究と問題関心や構想に関連がありそうに思われました。ただ、抽象的な理論レベルではともかく、法の三類型モデルなどの私の法理論は主として現代型訴訟、司法制度、最近では生命医療倫理に焦点を合わせて展開してきたものでして、このプロジェクトで焦点を合わされている、知財・競争・環境などの分野の法理論・実務の動向には疎く、プロジェクトの具体的な推進にどれだけお役に立つのかあまり自信はなかったのですが、この機会に、私の法理論を少し整理してお話しして、皆様のご意見を伺いし、勉強させていただきたいという、私の個人的な事情が先に立って、お引き受けした次第です。

法の三類型モデルを現代日本の法状況の分析や改革提言の理論的枠組として提唱しはじめたのは、1970年代中頃ですが、その後、内外の法理論・実務の動向に対応して、私自身の研究も今世紀に入るまでは多少進展してきただけでなく、いろいろ批判や問題点の指摘を受けて、当初の問題関心から重心が移ったり拡がったりして軌道修正してきており、各法類型の呼び方を修正したり各類型やモデル全体の意義づけなどの説明を変更したりしたところもあるのですが、なかなかうまく説明できず、苦慮している問題点もあります。今日は、このあたりを、類似の法モデル論などとも対比しつつ説明した上で、多元的調整フォーラムという法構想との関連、また、時間があれば法政策学構想との関連についてお話させていただきたいと思います。

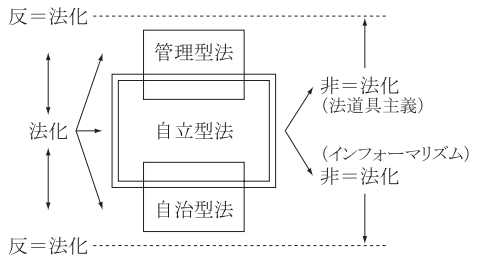
Ⅰ　法の三類型モデルとその法理論的位置づけ

法の三類型モデルの特徴や意義づけなどについて、最近では、参考資料として配付している『転換期の日本法』の「プロローグ」でまとめているように考えております。法化・非法化論議に焦点を合わせた説明になっておりますが、次頁の図1【法の三類型モデル】（同書14頁）や図2【「法化」現象説明図】（同書17頁）をみていただくと視覚的に少しわかりやすいと思いますが、まずその概要をかいつまんで説明させていただきます。

図1　法の三類型モデル

特徴＼法類型	管理型法	自立型法	自治型法
基本的特質	特定の政策目標の実現手段	一般性、形式性、普遍主義	非公式性、自生的性質
思考・決定方式	目的=手段図式	要件=効果図式	合意型調整図式
法的過程	行政過程	裁判過程	私的交渉過程
法的関係	垂直関係	三者関係（triad）	水平関係
法化への対応戦略	法道具主義	リーガリズム	インフォーマリズム

図2「法化」現象説明図



法の三類型モデルは、法の概念規定によって法と法でないものを識別することに主たる関心を向けてきた、従来の支配的なアプローチとは違って、法的な領域ないし空間を、法的色彩の濃いものから薄いものまで、隣接領域と交錯している領域をも含めて広くとらえた上で、「法的なるもの」の核心を構成する狭義の典型的な法類型である「自立型法」と、この自立型法と重なり合って作動し、補完的ないし対抗的な機能を果たしている、拡大された広義の法類型である「管理型法」と「自治型法」から構成された、多元的な法モデルでもって、このような拡大ないし拡散した法的空間の形態的特質を動態的に解明しようとする試みです。現代日本法の問題状況やそこでの対応戦略を考察するための理論的枠組ですが、現代法現象の分析

枠組の構想という法理論的関心だけでなく、現代社会の法化・非法化論議への対応戦略の考察にも用いる限りで、法制度設計の在り方も考えることになりますので、このような意味では法政策学的な実践的問題関心とも重なり合っております。

このような多元的法モデルによるアプローチは、現代法の機能の拡大・多様化に伴って、法の形成・運用に携わる主体も多元化し、「法的なるもの」の拡散傾向がみられるなかで、法の固有の価値理念や制度的枠組の核心を現代的コンテクストのもとでどのように同定するかという、「法とは何か」という古典的な問いの現代的課題に対する私なりの対応の仕方です。

法の三類型モデルのねらいの一つは、近代西欧法モデルを相対化して批判的に評価するとともに、非西欧社会である日本におけるその現代的意義をどのように受け止めるべきかを考察するための、より普遍的な法理論モデルを構築したいということです。もう一つは、典型的な法的過程とみられ自立性が最も鮮明な裁判過程だけでなく、行政過程、裁判外紛争解決過程、私的交渉過程など、法が政治・行政や道徳・経済などとより直接的に交錯する領域をも法的空間の内部に位置づけ、このような多層的な法的空間のなかでそれぞれの過程が相互に作用しあいつつ多様な法的ニーズに応答し、法システム全体が各過程への人々の主体的参加に支えられて創造的に展開していく動態を解明したいということです。

このようなねらいから、この法の三類型モデル論では、まず、近代西欧法の普遍主義的・一般的・形式的な存在形態とそこで支配的であった法の支配・立憲主義・権力分立制などの制度原理を抽象化して再構成した「自立型法」を狭義の法類型として、現代法システムの背景的枠組として中枢に位置づけており、近代法の価値理念や制度的枠組をもう過去のものだとして片づけてしまうのではなく、その核心部分は現代的コンテクストのもとでも継承発展させて堅持するという姿勢をとっており、ポスト・モダン的な脱中心的アプローチはとっておりません。しかし、同時に、自立型法だけでは現代社会の多様な法的ニーズに適切に応えられなくなっている現実をふまえて、拡大ないし拡散した法的空間の問題状況をも「法的」問題として解明し対応するために、行政過程あるいは裁判外紛争解決過程・私的交渉過程など、現代法システムの多様な法的ニーズへの応答的対応の先端的拠点となっている領域で、自立型法と重なり合って作動しつつも、

相対的に独自の思想と論理で作動する「管理型法」と「自治型法」をも法的空間のなかに取り込んで、これら三つの法類型の組み合わせによって、現代日本法の問題状況やそこでの対応戦略を考察しようと試みております。

このプロローグでは、法の三類型モデルについては、法動態への相互主体的視座を確立した上で、法システムを「法の支配に基づく議論・交渉フォーラム」として活性化する必要があるという、私の法理論の全体的な構想をスケッチした後で説明しているのですが、この法動態への相互主体的視座の確立、議論・交渉フォーラム、法の三類型モデルという三つのアイデアの相互関係がどうなっているのかという点について、従来から不整合であるとか曖昧であるとかいろいろ批判・質問を受けております。私の説明にも不十分で誤解を招くようなところや当初から変わってきているところがあり、気になりつつもそのままにしていたので、今回、報告を引き受けた機会に、このあたりを点検し直して、現時点でどのように考えているのかを整理してみた次第です。

プロローグでは、これら三つのアイデアを、「法の支配に基づく多元的調整（議論・交渉）フォーラム」として統合的に把握しようとしているのですが、それぞれのアイデアをごく簡単に説明しておきますと、まず、法動態への相互主体的視座というアイデアは、市民一人一人が、たんに法的な規制・保護の客体としてではなく、それぞれが善き生や正しい社会と考えるものを実現するために必要に応じて法を用い動かす主体であることを自覚して、相互に自由平等な人格として尊重・配慮し合いながら法に関わり合うという姿勢のことで、これが私の法理論的構想全体の背景となる、法への基本的な視座です。そして、このような視座と直接関連するのは、現在では、法というものを、国家が強制権力を背景に人々の行動を規制したり裁定を下したりする強制的命令システムとしてではなく、意見や利害を異にする人々が共通の公的規準に準拠して公正な手続的状況のもとで自主的な交渉と理性的な議論によって行動調整を行うフォーラムとしてとらえ、このような法的空間の知的地平を対話的合理性基準の法的制度化という観点から基礎づけ解明しようとする構想です。法をこのように議論・交渉フォーラムととらえることによって、国家の強制権力の行使に関わる領域だけでなく、社会レベルで私人が法を用いて相互関係を自主的に

調整する活動をも法的空間のなかに取り込み、しかも、このような社会レベルで私人が法を用い動かす実践との関連における法の役割が第一次的で、国家の強制権力の行使に関わる法の役割は、このような法の社会レベルの円滑な作動を外から保障する第二次的なものと位置づけて、法システム全体の作動方式を、トップ・ダウンだけでなくボトム・アップも含めて、国家と社会の垂直関係ではなく、社会レベルの水平関係を基軸にとらえることができて、法動態への「相互」主体的な視座が切り拓かれることになると考えております。

このように、法的空間を議論・交渉フォーラムとしてとらえる構想は、法的規律の規範的特質や法的実践の知的地平をどのように解釈するかという、いずれかといえば法哲学・実践哲学プロパーのレベルの理論ということになります。

それに対して、法の三類型モデルは、このような法的空間全体の形態的特質の解釈モデルであり、法社会学・法人類学・法史学・比較法などとも共通する理論枠組です。議論・交渉フォーラム構想が行動調整の法独特の規範的な在り方の解明に関わるのに対して、三類型モデルは、現代法システムについては、法の機能の多様化に伴って拡大した法的空間の多層的構造の形態的特質の解明に関わるという相互関係にあります。現在では、議論・交渉フォーラムと三類型モデルを組み合わせた「法の支配に基づく多元的調整フォーラム」という複合的な法モデルによってはじめて、「法とは何か」という伝統的な問いの現代的課題に十全に取り組めるのではないかと考えております。

ただ、三つのアイデアの相互関係や法の三類型モデルの位置づけについて、当初からこのように整理して理解していたわけではありません。70年代中頃に、法の三類型モデルという理論枠組を用いはじめた頃は、それによって法動態の重層的・主体的理解をめざすと言っていたのですが、80年代に入って、法動態への相互主体的視座の確立というように、たんに主体的ではなく、「相互」主体的ということを強調して、対話的合理性基準の法的制度化としての議論・交渉フォーラムという、法の規範的特質の解明に関心が向かうようになってから、三類型モデルでめざしていたねらいのある部分については、議論・交渉フォーラム構想によって対応するほうが適切でないかと考えるようになり、とくに自治型法の位置づけ・特徴づけ

について、どうもうまく説明できないところが出てくるようになってきました。たんに主体的ではなく、「相互」主体的ということを強調するようになったのは、哲学的には、近代哲学の主観・客観図式や個人のアイデンティティ論などへの批判という原理的な問題ともからんでいるのですが、法理論的には、法の生成・発展の動態の考察において、立法・司法・行政過程への私人の主体的参加だけでなく、私人相互間で自主的に法を用いて法的関係を形成・変更していくという実践の意義を一般に考えられている以上に重視すべきであり、後者のような法の用い動かし方がベースにないと、前者のようなボトム・アップ的な参加活動を実効的に行う市民社会的基盤も形成されないという考え方と関連しています。この問題は、裁判という典型的な法的制度を、国家的制度と社会的制度のいずれの側面からとらえるか、法というものを国家と社会のいずれをベースに理解するかという、国家・社会の見方をめぐる原理的な問題につながる難しい論点ですが、今日は、問題の所在の指摘というかその一端に触れるぐらいのことしかお話しできません。

また、この問題とも関連するのですが、プロローグ14頁の図1（61頁参照）のように、各法類型の特徴を少しずつ付け加えて、三類型モデルをいわば増築して、いろいろな問題に対応してきているうちに、かなり欲張った多目的モデルになってしまって、それなりにうまく説明できる問題もあるのですが、ミスリーデイングなところもあり、とくに各法類型と思考・決定方式の相関関係については、少し無理な関連づけをして、理論がパンクしそうになっているところもあります。

このあたりの事情を、それぞれの時期に影響を受けたり示唆を得たりした類似の法類型モデルなど、内外の法理論の動向と関連づけて説明して、ご批判・ご意見を伺って、これからどう対応したらよいか、考える手がかりを得たいと思っていますので、どうかよろしくお願いいたします。

Ⅱ　法の三類型モデルの問題関心と問題点

法の三類型については、レジュメ（次頁表参照）でその概要を示しておりますように、当初、普遍主義型法と管理型・自律型としていたのを、まず自律型を自治型法に、さらに普遍主義型法を自立型に変更してきており、

また、このような呼び方の変更とも連動して、各類型の特徴の説明を少しずつ詳しくして付け加え、そのうち思考・決定方式については呼び方の変更もしてきております。まず、これらの変更理由の説明などを手がかりに、この理論モデルの問題関心や問題点を、影響・示唆を受けた法理論との関連にも触れながら説明させていただきます。

1976:「法・権利・裁判についての一考察」(『加藤教授退官記念・法理学の諸問題』)
　普遍主義型法と管理型法・自律型法
1978:「法の特質と構造」(磯村哲編『現代法学講義』)
1979:『裁判をめぐる法と政治』
1984:『現代法理論』…普遍主義型法と管理型法・自治型法
1986:「日本の法文化の現況と課題」(思想744号)
　＋思考・決定方式等---包摂モデル、目的=手段モデル、妥協的調整モデル
1987:『現代日本法の構図』
　＋法化・非法化論議対応戦略
　　リーガリズム、法道具主義、インフォーマリズム
1993:『法的空間』
　法動態への相互主体的視座の確立→対話的調整(議論・交渉)フォーラム
1994:『法理学講義』…包摂モデル→要件=効果モデル
1996:『現代社会と裁判』
1996:「岐路に立つ弁護士」(自由と正義47巻12号)…普遍主義型法→自立型法
2000:『転換期の日本法』…妥協的調整モデル→合意型調整図式

(一) 問題関心とその変化

法の三類型モデルを初めて提示したのは、加藤新平先生の退官記念論文集に寄稿した論文ですが、直接的には市民運動の権利闘争・裁判闘争などの法的戦略の法理論的考察のための試論的な分析枠組として構想していたものです。それを「法とは何か」という法哲学・法社会学の原理的問題との関連でスケッチしたのが、磯村哲先生が編集された法学の教科書の分担執筆でして、これらをベースにその概要を博士論文『裁判をめぐる法と政治』に収録しております。

なぜ法の三類型モデルを考えるようになったかは、法哲学プロパーの問題関心から言いいますと、私が法哲学の研究を始めた頃、加藤新平先生と碧海純一先生との間で、法の概念規定の方法論について、事物定義か名目定義かの論争が行われており、私もこの論争をフォローするのに結構時間を割いたのですが、そのうち、このような方法論論議をいくらやっても法現象自体の理解は大して進展せず、あまり意義はないのではないかと考えるようになりました。法哲学だけでなく法社会学・法人類学・法史学などの関連分野の文献を読んでいるうちに、むしろ、「法とは何か」という根本問題について、現にいろいろな対立する見解が古来提唱されてきており、また、比較史的にみても様々な法形態が存在しており、現代社会の法現象も複雑多様化する傾向にある事実を直視して、何故いろいろな見解が対立し、様々な形態の法が存在するのか、その理由や背景を解明することのほうが有意義ではないかと考えるようになりました。そして、法システムの自立性の識別基準に焦点を合わせた、法哲学などで支配的なアプローチも重要ではありますが、このような一元的な法モデルだけでは、法システムの全体像、とくに法の生成・発展のダイナミックスを十全に解明することは難しく、法哲学・法社会学などの代表的な法理論や主要な法の存在形態を類型化して組み合わせる多元的な法モデルを構築したほうが、様々な法観念・法類型が対立的ないし相補的に絡み合いつつ、法システム全体の生成・発展のダイナミックスを規定している実態をより的確にとらえることができ、法システム全体の理解の進展にも寄与するのではないかと考えるようになったわけです。

法の三類型という構想の直接的な示唆を得たのは、70年代初めにハーバード・ロースクールでロベルト・M・アンガーの法理学の授業を聴いていたとき、彼が配布していた資料で提示されていた「三つの法概念」という考え方からです(配付資料に加筆したものが、後に、LAW IN MODERN SOCIETY: Toward a Criticism of Social Theory (1976) として公刊されています)。彼は、最広義の customary or interactional law から、bureaucratic or regulatory law を経て、より狭義の一般的・自立的・公知的・実定的な legal order or legal system へという、三つの法概念を用いて、中国法などにも言及しながら、ポスト・リベラル社会における法の位置について、近代西欧社会における一般的・自立的な法システムの矛盾・緊張を摘出することに焦点を合わせて批判的な考察を行っており、後に批判的法学運動のスロー

ガンとなる「法の根本的矛盾」テーゼの基礎となる分析が示されております。彼は、当時流行っていたLaw and Developmentプログラムの一環としてブラジルに教えに行った、ハーバード・ロースクールのH・J・シュタイナー教授がハーバードへ学生として連れてきて、LL.M.をとった後、法理学のL.L.フラー教授が後継助教授に採用した人で、私はその初講義を聴いたのですが、「ハーバードのマックス・ウェーバー」と同僚や学生から評価されていて、まだ20代でした。シュタイナーと一緒にLaw and Development コースも担当していましたが、振り返ってみると、彼の講義や書物の内容は、Law and Developmentプログラムが前提としているような法の見方の批判に他ならなかったわけです。

法の各類型の特徴づけや三類型の相互関係・位置づけは、彼の見解とはかなり異なり、とくに近代西欧法の理解について、たしかに彼が鋭く指摘しているような内的な矛盾・緊張をはらんでいることを基本的に承認するにしても、そのようなものとして、最も合理的とか最良であるという評価はせずに、社会の規範的秩序づけの一方式としての法の特質を最も鮮明に示している典型的な法類型として、そのメリット・デメリットを現代的諸条件のもとで評価して適宜取捨選択して継承していくというアプローチをとればよいのではないかと考えており、彼のようなCLSに展開していくラディカルな立場には与しておりません。彼の見解を手がかりに、E.エールリッヒ、H.ケルゼン、C.シュミット、M.ウエーバーらのそれまで勉強していたドイツ系の法理論、その当時から勉強し始めたH.L.Aハート、L.L.フラーらの英米系の法理論、さらに法社会学・法人類学における法の概念論争などから学びとったことを私なりに整理統合して三類型モデルを考えはじめました。三つの法類型を、法制度や法文化の比較史的分析枠組みにとどまらず、法の生成・発展過程のダイナミックスの解釈枠組としても用いるという問題関心については、これらの法理論のうち、生ける法・法曹法・国家法という、エールリッヒの法の生成・発展過程の三層的理解から示唆を得たところが当初から大きかったと思っています。

当初、現在では自立型法と呼んでいる類型を普遍主義型法と名付けたのは、自律型法と紛らわしかったからですが、その後、自律型法を自治型法へ変更してこの問題が解消したことと、普遍主義型法が普遍的法と誤解されたり正義論における普遍主義をめぐる論争とからみ合ったりして無用

の論議を招いているところもあったので（後ほど触れるJ.ハーバマスの法理論との異同とも関連しています）、自立型法に変更しました。

法の三類型モデルの問題関心としては、当初から先ほど話した『転換期の日本法』プロローグでも述べている二つのねらいが一貫してありました。

一つは、過去および現在の法システム・法制度だけでなく、法観念・法文化の特質をも含めて、「法的なるもの」を比較史的に解明するモデルの構築ということで、とくにわが国については、西欧から継受した法制度と法曹や一般の人々の法観念・法文化のずれの解明に強い関心がありました。そのためには、それまでとかく普遍妥当的あるいは最もすぐれた法の存在形態だとされがちであった近代西欧法を、内的矛盾・緊張をはらんだものとして相対化してとらえ、その現代的意義を批判的に考察できるような理論モデルを構築する必要があり、近代主義的リーガリズムからの脱却が不可欠だと考えていました。この背景には、70年代中頃には、法の近代化＝民主化アプローチは少し下火になって、いわゆる現代法論争が行われていたこともありました。現代日本社会におけるモダン、プレ・モダン、ポスト・モダンの契機が複雑に交錯する法状況の解明には、「国家法」対「生ける法」という対比モデルでは不十分であり、近代法から現代法への展開に伴う国家法の変容をふまえ、国家法を普遍主義型法と管理型法に分ける一方、他方では、近代法から現代法への展開を介入主義的法の増大という側面からだけとらえるのは一面的であり、インフォーマルな非国家法は、伝統的な慣習法ばかりではなく、私人相互関係や社会集団・組織内で現実に人々の行動を規律する新たな慣行も次々と形成され、現代法システムのもとでも無視できない重要な役割を果たしており、これらを適切に位置づけるためには、三類型モデルが必要だと考えるようになったわけです。これは、基本的に法化・非法化論議への対応へと展開してゆく問題関心です。

もう一つは、法システムを所与的存在として静態的・受動的にとらえるのではなく、法システムの生成・発展のダイナミックスを、法動態の重層的・主体的理解という観点から解明するという問題関心です。重層的理解とは、国家の強制権力の行使にかかわる領域だけでなく、私人相互の自主的な法利用活動をも法的空間内部に位置づけ、かつ、そこでインフォーマルに形成・運用される非国家法を独自の法類型として位置づけ、その意義・役割を積極的にとらえようとするものです。主体的理解とは、法の形

成・運用過程における市民や法曹の主体的参加の役割を、立法過程についてはもちろんのこと、行政過程や司法過程（裁判員制度のことではなく現代型政策形成訴訟を念頭においています）についても、さらに、私人相互の水平関係における自主的利用（いわゆるprivate ordering）も含めて、積極的に位置づけようとするものです。このような問題関心については、「法の発展の重心は社会自体にある」というスローガンを掲げて、すべての法源を国家制定法に求める国家的な法の見方を批判し、生ける法を法曹法によって汲み上げる裁判官の法創造的な役割を強調する、エールリッヒのボトム・アップ的な法の形成・発展理論から示唆を得たところもあります。公害問題や消費者問題などへの法的対応において、管理型法による行政のパターナリズム的な配慮介入ばかりに依存せずに、もっと自律型法による自主的規律を重視し、それを裁判過程には現代型訴訟、行政過程には市民参加によって反映させてゆくという法的戦略を肯定的に評価して、このような法形成の多元的なチャネルに適切な法理論的位置づけをしたいという関心がありました。

しかし、自律型法については、比較的早い段階で、企業組織や宗教団体などの部分社会における法的規律の多様性・問題性などに気付き、日照権などの市民運動を基盤とする法・権利形成を念頭においていた当初の肯定的な位置づけ・特徴づけを修正する必要を感じ、自律型法という呼び方は、個人の自律的な決定や合意に基づくものと誤解されやすいので、中立的な自治型法（self-ordering law）に変更しました。さらに80年代中頃から、法動態への相互主体的視座の確立ということを強調しはじめ、このような視座を法哲学的に基礎づけるために、対話的合理性基準の法的制度化としての議論・交渉フォーラムという構想を展開するようになってからは、法の形成・運用において個人の主体性・自律性を対等な水平関係で相互に尊重・承認しあうという関係を重視することと、ある程度の規模の組織・団体内部で形成・運用される自治型法を重視することとが必ずしもつながらない面も出てきて、当初の問題関心について、自治型法を三類型の一つとして位置づけるというモデルで対応するのが適切な問題関心と、議論・交渉フォーラム構想で対応するのが適切な問題関心とが、部分的に重なり合いつつも、ずれはじめるようになってきました。この点が、これから説明いたしますように、法の三類型モデルなどの私の法理論が抱えている諸々

の問題点の根源ではないかと認識いたしております。

現在では、法の生成・発展過程およびそれに関与する主体とその思考方式の多元的・多極的・分権的な相互作用のダイナミックスの解明は多元的な三類型モデルで、法的空間の多層的・相互主体的把握は基本的に議論・交渉フォーラム構想で、と分けるのが適切ではないかと考えております。

（二）法の三類型モデルの主な問題点

次に、基本的には以上のような二つの問題関心の説明の敷衍にもなるのですが、法の三類型モデル自体の主な問題点について、これまで批判・質問を受けてきた点や私自身が考えあぐねている点の説明に移らせていただきます。

（１）自立型法（普遍主義型法）の特徴づけと位置づけ

まず、普遍主義型法（自立型法）の特徴づけ・位置づけについて、近代西欧法の内的な矛盾・緊張やその限界・逆機能を補正・緩和するために、近代法の現代法への構造的変容という展開が生じたことを認めつつも、近代西欧法の存在形態とそこで支配的であった法の支配・立憲主義・権力分立制などの制度原理を抽象化して再構成し、典型的な法類型として理念化し、現代法システムの背景的枠組として法的空間の中枢に位置づけていることは、近代主義的リーガリズムに対する批判と矛盾するのではないか、少なくとも不徹底ではないかという批判・疑問を受けております。

この点については、近代西欧法を普遍妥当的とか最も合理的だとは評価しないし、近代西欧法のいずれかの基本的属性が欠けていたり弱かったりする法を、法として劣っているとかそもそも法とは呼べないとみたりはしませんが、その基本的に自由主義的な価値理念や制度原理の核心部分は、法というものの規範的構想の典型として普遍的な現代的意義をもつものと受け止めて、批判的に継承発展させるべきだと考えている限りで、一定の価値・制度へのコミットメントを含んだモデルであることは、当初から否定しておりません。近代法は過去の遺物であり個人の主体性や自律性なども幻想だとみるポスト・モダン的風潮には与しないが、しかし、近代法から現代法への構造的変容を重視し、非西欧社会の法制度・文化におけるプレ・モダンとポスト・モダンの交錯状況にも敏感であるという点では、

近代主義とは一線を画しており、このような中間的立場が、批判を受けたり誤解を招いたりしている一因であることは自覚しております。

自立型法の特徴づけは、ドイツの法理論で法律の一般性・形式性と言われているもの、L.L. フラーが legality の要請内容と理解しているもの、古典的な「法の支配」原理が法の不可欠の属性として想定していたものなどを参考に、自由平等な市民の私的・公的協働活動の公正な制度的枠組という側面に焦点を合わせて再構成したものです。

このような仕方で西欧近代法の規範的構想の現代的意義を評価することは、自立型法を近代西欧法から抽象化・理念化して再構成するにあたって、資本主義的市場経済社会の法的枠組という側面に焦点を合わせるのではなく、このような市場社会をその重要な部分として含んでいるけれども、それだけではない、自由平等な市民の多様な協働活動からなる市民社会の法的枠組という側面に焦点を合わせており、このような市民社会（civil society）については、基本的に J. ロックらの近代初期のイギリスの社会契約論などが想定していたような意味での政治共同体と理解して、ドイツ流の国家と社会の二分論には与せず、国家を government として市民社会の機関と位置づけるという理解をしていることと関連しております。近代法の形式的な自由・平等の保障のもとで生じた実質的な不自由・不平等という、いわゆる社会経済問題に対応するための国家の配慮介入が、近代法から現代法への展開の主因であり、このような展開が法システムの構造的・機能的変容をもたらしたことは重要ではあるけれども、現代法システムも、自由平等な市民の私的・公的協働活動の公正な制度的枠組という意味で、市民社会の法的枠組である点では基本的に変わらず、国家・社会の現代的諸条件の下で市民社会の法としての近代法の理念・規範的構想をできるだけ現実化しようとする企てであるという理解をしています。ただ、この問題は、市民社会と経済社会との関係、近代市民社会と現代市民社会との異同をどのように理解するかという難しい問題にも関連しており、吉田克己教授も論戦に参入しておられる現代市民社会論や J. ハーバマスの公共圏・市民社会論などを手がかりに私なりの整理を試みつつあるのですが、なかなかすっきりした理解ができなくて難儀しているところです。

いずれにしましても、法の三類型モデルは、たんに三つの法類型を析出してそれらを組み合わせて法現象の分析道具として用いるという構想ではなく、自立型法を典型的な法類型として現代法システム全体の背景的枠組として法的空間の中枢にすえている限りにおいて、一定の価値・制度へコミットしており、また、国家・社会の見方をめぐる論争と深く関連したモデルであるということです。

（2）自立型法の管理型法と自治型法に対する関係

次に、このように自立型法を典型的な法類型として現代法システムの背景的枠組として法的空間の中枢にすえて、管理型法と自治型法をその補助装置として広義の独自の法類型と位置づけていることについて、歴史的にみてそれぞれ管理型法や自治型法と特徴づけられているような法秩序が存在していただけでなく、現代法システムのもとでも相対的に独自の法類型ととらえたほうが適切な役割を果たしていることは認めるとしても、自立型法の管理型法と自治型法に対する関連は同じではなく、管理型法と自治型法を併置して、まるで横綱が露払いと太刀持ちを連れて土俵入りするようなシンメトリカルなモデルを提示するのはミスリーディングではないかという批判・疑問を受けております。横綱の土俵入りという比喩は六本佳平教授が用いられた表現ですが（「対談・法をどうとらえるか」書斎の窓352号（1986）参照）、露払いも太刀持ちも土俵入りの際は横綱を飾り立てる従属的な役割を務めるわけですが、いつかは自分も横綱になるのだという野心を秘めつつ役割を果たしているという関係にもあるという意味では、自立型法の中枢的位置と管理型法・自治型法との緊張をはらんだ関係を象徴的に表現する比喩として、私自身は気に入っているのですが、たしかに指摘されているような問題点があることは否定しがたいところです。

同じ国家制定法である自立型法と管理型法の関係と、国家法である自立型法と非国家法である自治型法との関係がシンメトリカルでないことはその通りでして、先ほどの図1、2（61頁参照）のように平板に図表化すると、管理型法と自立型法とが連携して自立型法の制度的制約を骨抜きにするような働きをしている局面をうまく表現できないなど、ミスリーディングなところがあります。

もともと、三つの法類型を法制度・法文化の比較史的分析枠組として用いる場合と、現代法システムのダイナミックスの解釈モデルとして以上の

ように相互関係を位置づけて用いる場合では、各法類型や三類型モデルの意味するところが少し異なっております。自立型法だけでなく、管理型法や自治型法のどのような特徴に焦点を合わせるかも、歴史的・比較的分析に用いる場合と現代法のダイナミックスの解釈モデルとして用いる場合では少しずれており、現代法のダイナミックスの解釈モデルとしては、たんなる現状分析ではなく、ヴィジョンの提示という評価的・規範的要素も含んだモデルとなっております。このような違いがあることを前提とした上で、現代法システムの動態の解釈モデルとしての問題点として、国家制定法をさらに自立型法と管理型法に分ける意味と、国家制定法と自治型法とを区別する意味とが異なっており、とくに自立型法と管理型法を理論的にどのような基準で区別するのか、自治型法は国家法の下でどのように扱われるのかということが問題となります。

国家制定法を自立型法と管理型法に分けることについては、民法や刑法など、一般的なルールを行為規範として定めそれを事後的に裁決規範として適用するという方式で作動する法と、行政法など、一定の政策目標を実現するための手段として主として行政機関に関する組織規範として作動する法とを構造的・機能的に異質のものとして区別することは、区別の具体的な基準自体に関する見解のずれはありますが、大陸法に関しても英米法に関してもかなり一般的に行われており、とくに近代法から現代法への展開の問題性を解明する区別としては有意義だと考えられているとみてよいのではないかと思います。

自立型法と管理型法を区別する意義としては、このような観点からの区別と重なり合ってはいるのですが、少し異なる観点を含んだものとして、エールリッヒの法理論からの示唆もあります。彼の法の生成・発展理論については、わが国では「国家法」と「生ける法」という対比図式を中心に議論されることが多いのですが、しかし、彼は、まず「生ける法」と「法規（Rechtssatz）」を対置して、法規をさらに「法曹法」と「国家法」に区別し、法曹法は必ずしも国家制定法である必要なく、むしろ法曹が生ける法を汲み上げて形成していくものが中心であるということを強調しており、そして、このような法曹法と国家法の区別は、英米法におけるコモン・ローと制定法の区別に類似しているということを指摘しているのですが、私の自立型法の特徴づけにはこのようなエールリッヒの法曹法のとらえ

方も組み込んでおります。国家法・法曹法・生ける法という、エールリッヒの法の三類型との関連では、管理型法・自立型法・自治型法という私の三類型は、ほぼ対応関係にあるのではないかと考えております。

いずれにしろ、国家制定法を理論的に自立型法と管理型法に区分すること自体には、区別の具体的な基準やその意義をどう考えるかはともかく、あまり異論はないのではないかと思われます。

他方、自治型法は、自立型法や管理型法との関係では、国家がその制定・運用に直接関与せずに、私的な組織・個人の行動を現実に規律しているという意味で、インフォーマル（非公式）で自生的なものであることに決定的な特徴がみられ、自立型法と管理型法の関係とは区分の基準自体が違います。また、管理型法があくまでも国家制定法のなかでの分類であり、その実定法性が問題とならないのに対して、国家制定法ではない自治型法については、その実定法性が問題となり、管理型法と自治型法を単純に対置することには異論も少なくないと思われます。さらに、現代法システムの問題性の解明において管理型法の増加やそのウエイトの高まりということが広く注目されているのに対して、インフォーマルな自治型法は、伝統的な慣行を基礎とする慣習法などを念頭において、近代法以前のプレ・モダンの法の存在形態ではないかとみられ、その現代的意義を重視する見解は必ずしも一般的ではないかもしれません。しかし、私は、自治型法の概念を慣習法など典型的なものに限定せずに、私的な組織・個人の行動を現実に規律しているインフォーマルで自生的な法的規律、いわゆるprivate orderingをかなり広く取り込んで理解して、現代法のダイナミックな生成・発展過程において、管理型法に勝るとも劣らない重要な役割を果たしている、あるいは果たすべきではないかと考え、管理型法と対抗する方向への法の創造的展開の拠点として独自の法類型と位置づけております。そして、先ほども触れましたように、当初は、日照権などの新しい権利の生成過程など、現代型訴訟における市民運動や弁護士・裁判官の法形成的役割を念頭において、エールリッヒの「生ける法から法曹法へ」という、ボトム・アップ的な法形成チャネルの重視と同じような考えから、自治型法を自律型法と名付け、肯定的に評価する特徴づけ・位置づけを与えていました。

しかし、この点については、自治型法をインフォーマルな利害調整・紛

争解決の規準・手続なども含めて広く理解すればするほど、宗教団体・企業組織などのいわゆる部分社会の自主的規律や、闇カルテルや談合などの業界の協定などのように、種々雑多のものが含まれることになり、自治型法の基盤となる組織・関係次第では、必ずしも個人の自律的決定や自主的合意などの主体的姿勢に基づくとは言えないということ、また、国家の強制権力とは無関係に各部分社会内部で作動している場合はともかく、実際に紛争が生じて裁判の場に持ち出された場合、慣習法や社会自主法、条理や社会通念として実定法の具体的な実現過程のなかに取り込まれるものもあれば、公序良俗違反とか個人の人権の侵害として実定法の規範的内容としては受け容れられないものもあり、自治型法と国家制定法との関係は微妙で、しかも流動的であることに気づきました。そこで、自律型法という呼び方をより中立的な自治型法に改め、インフォーマルな自治型法が、積極的、消極的のいずれであれ、現代法システム全体の実効性の確保や創造的な展開において一般に考えられている以上に重要な役割を果たしていることは強調し続ける必要があるけれども、管理型法が悪くて自治型法が善いというような価値判断を含ませることは適切ではなく、管理型法にも自治型法にも、善いものもあれば悪いものもある、問題はどのような仕方で用いるかであるという、価値中立的な位置づけをする必要があることを強調するようになりました。

また、自治型法を重視する思想的根拠としては、共同体主義的なものが挙げられることが多いのですが、自治型法を広く理解すれば、私的自治の原則に基づく諸々の形態の private ordering も含まれ、官主導から民主導の法運用へ、という点では、リバタリアン的・新自由主義的な立場からも自治型法の支配領域の拡大が要求されるわけでして、このあたりのポスト・リベラルな正義論の展開との関連をどのように理解するかということも、自治型法の位置づけの仕方を難しくしていることが気になっております。三つの法類型の相互関係全体について、私のように、現代社会の多様な法的ニーズに適切に応答するためには、自立型法だけでは不十分であり、管理型法も自治型法もどちらも補助装置として必要であり、問題領域ごとに三つの法類型をうまく使い分けることが肝要であると考え、日本の現状では、自立型法を法システム全体の背景的枠組として社会的に定着させた上で、管理型法の肥大化の抑止と自治型法の規制領域の拡充をはかるという

戦略を提唱するのは、基本的にはリベラル・リーガリズムの立場ということになりますが、自治型法の特徴づけ・位置づけについて、とくに共同体主義か新自由主義かのいずれかにコミットしているわけではありません。

自治型法の重視は、もともと、市民のイニシアティブによる法システムの活性化の可能性と条件を探るという、法システムの市民社会的基盤の拡充・強化という問題関心に基づいていたのですが、このような関心は、基本的に市民社会論の問題関心と重なっており、正義論におけるリベラリズム、リバタリアニズム、共同体主義の複雑な交錯関係をどうみるかという問題と議論構図は基本的に同じであり、自治型法の特徴づけ・位置づけはこの問題をどのように考えるかということと相関的なところがあります。例えば北大グローバルCOE企画趣旨では、非国家的アクターとして、最初に市場、最後にその他の社会組織を挙げておられますが、私の自治型法は、その基盤として市場と社会組織の双方を含めて広く理解しているのですが、リバタリアニズム・新自由主義ならば市場重視、共同体主義ならば社会組織重視ということになり、それぞれに応じた自治型法の特徴づけ・位置づけをすることになろうと思われます。

私自身は、最近では、自治型法の特徴づけが広すぎることがその位置づけを難しくしているのではないかと考えており、どうしてこの欠陥を是正するのが適切か思案しているところです。一つの対応策として、自治型法については、共同体主義的な特徴づけだけに限定し、新自由主義的な自治型法の特徴づけは、自立型法の復権要求のラディカルなバージョンとして、自立型法がその私的自治論に基づいて本来もっと重視すべき私人相互間の法的関係・過程におけるその役割の正当な位置づけを求めるものと理解して、自治型法に含ませないほうが理論的にすっきりするかもしれないという気もしております。

例えば、安田信之教授は、固有法・共同法理、移入法・市場法理、開発法・指令法理という、日本法も含めたアジア法の三類型・三法理モデルを提唱され、私の法の三類型モデルとの対応関係についても、自治型法が共同法理、普遍主義型法が市場法理、管理型法が指令法理にそれぞれ対応すると整理しておられます（『東南アジア法』日本評論社(2000)、45頁以下参照）。この安田教授のモデルのように理解すると、各法類型と共同体主義や新自由主義との関係は理論的にすっきりするのですが、私の法理論モ

デルとの対応関係は、安田教授が整理されているのとは少し違っております。移入法や開発法の特徴づけ・位置づけについては、先ほどそれぞれ自立型法や管理型法に関連して触れましたように、安田教授と問題関心が重なり合っているところもありますが、かなりずれており、安田教授のほうが各法類型の特徴づけが私の場合よりも限定的であるように思われます。自立型法や管理型法の特徴づけを安田教授のように限定的にするつもりはないのですが、自治型法については、安田教授のように、基本的に共同体主義的なもの（ただ古いコミュニティーだけでなく新しいコミュニティーも含めて）に限定して整理し直して、法システムの市民社会的基盤の拡充・強化という問題関心は、もっぱら議論・交渉フォーラム構想によってカバーしたほうが自治型法の特徴づけや位置づけがすっきりすることになるのではないかと考えているところです。この点は、後ほど改めて触れさせていただきます。

（3）各法類型の思考・決定方式や法化・非法化対応戦略などとの関連づけ

80年代中頃から、法の三類型それぞれの特徴を、先ほどの図1（61頁参照）のように、各類型が法の生成・発展の基軸として重視する法的過程や法的関係など、当初から念頭においていたものだけでなく、思考・決定方式、法化・非法化対応戦略などについても、各類型と相関的に関連づけて、三類型モデルを、法的思考の在り方や法化・非法化対応戦略をめぐる論議にも用いるようになり、理論モデルの使用目的というか射程を拡げるようになりました。それに伴って、三類型モデルと関連づけてそれなりの説明をしてきてはいるのですが、特徴づけや関連づけに迷いが生じたり、ちょっと無理な説明ではないかと思ったりする点も出てきておりまして、今話した自治型法についての問題点などもその典型的な一事例です。

例えば、自治型法が法の水平関係における機能を重視するという、当初の関連づけは、L.L. フラーの interactional law の説明などを念頭においていたのですが、自治型法の特徴に共同体主義的な契機を取り込み、いわゆる部分社会のような共同体の内部的秩序づけなども含めて理解するとなると、このような契機を強調すればするほど、自治型法と法の水平関係の重視とを関連づけることは必ずしも適切ではなくなってきています。この点は、自治型法に対する当初の肯定的な位置づけが一面的であったこととも関連します。このような問題点について、法システムの作動における社会レベルの相互主体的な水平的関係の重視は、議論・交渉フォーラム構想で対応するのが適切だとすると、自治型法に特徴的な法的関係として、水平関係に代わる特徴づけをどうするかという問題が生じ、interactional, relational, associational, communal などが考えられ、communal でよいのではないかという気もするのですが、そうすると、管理型法の垂直関係、自立型法の三者関係との対応関係があまり意味をもたなくなるという難点があります。あれこれ考えると、自治型法を先ほど話したように共同体主義的なものに限定して特徴づける場合には、三類型とそれぞれが重視する法的関係との相関関係は、特徴づけのリストから削除したほうがよいのではないかとも思われ、迷っております。

また、自治型法に特徴的な思考・決定方式について、関連づけはじめた当初は、慣習法などの実体的規範よりも、ADR などのインフォーマルな紛争解決手続を念頭において、妥協的調整モデルと特徴づけていたのですが、妥協というのは日本語ではどうもニュアンスがよくなく、利益衡量論を妥協的調整モデルの一種ととらえてお叱りを受けたこともあり、合意型調整図式と呼び方を変更しました。ここでの合意型とは、基本的には合意をベースにあるいは合意をめざして交渉・調整して決定するという方式のことを念頭においており、このようないずれかの仕方で合意に基づいておれば、目的=手段図式や要件=効果図式のように、その正当化理由は問わないという点に特徴があると考えています。しかし、自治型法の共同体主義的な特徴を重視すれば、背景としての合意、新自由主義的な特徴を重視すれば、目標としての合意がそれぞれ決定的となり、合意の意味や位置づけがかなり異なってくるということの他に、議論・交渉フォーラム構想を理論的に基礎づけている対話的合理性基準を構成している三つの基本観念である、合意・議論・手続のうちの合意との関係が紛らわしくなるという問題もありまして、結局、自治型法の特徴づけをめぐる問題点がそのまま反映された状況になっております。

対話的合理性基準の三つの基本観念から、この基準の法的制度化としての法的空間ではとかく誤解を招きやすく位置づけしにくい合意を外してしまうという方向が一つの解決策として考えられます。もう一つの解決策

として、合意型調整図式をそのプロセスに着眼して交渉図式という呼び方に変える方向も考えられるのですが、この場合には、交渉は、市場過程だけでなく、政治・行政過程でも重要ですので、議論・交渉フォーラム構想における交渉の位置づけとの関係をどう調整するかという問題が生じます。

さらに、自治型法だけではなく、三つの法類型すべてについて、重視する法的過程、思考・決定方式、対応戦略との相関的な関連づけを考え直してみますと、このような関連づけでうまく説明できる現象や問題がかなり存在することは間違いないのですが、少し無理ではないかとか、誤解を招くのではないかという難点も出てきております。例えば、自立型法、要件=効果図式、リーガリズムという相関関係ですが、自立型法の中枢的位置にある裁判過程についても、一方では、裁判官の訴訟管理の強化、非訟化傾向、他方では、訴訟上の和解の積極的活用、訴訟との一体的運用の促進といった、非形式化・非司法化傾向がみられ、これらの傾向を、私は、それぞれ管理型法的な法道具主義、自治型法的なインフォーマリズムへの傾斜として整理して問題点を論じているのですが、両者は必ずしも反対方向ではなく、同方向に重なり合いながら進んでいるとみることもでき、また、自立型法の特徴づけ内部での相関関係のずれ・不整合とみることもできます。類似の傾向は、管理型法のインフォーマリズム的な運用、管理型法に対する自立型法的なチェックの強化など、行政過程にもみられます。わが国における明治期以降の法体制の近代化過程にみられる、自立型法の法道具主義的な運用という傾向にも同じような問題があります。これらの問題状況について、私のような幾つかの特徴の相関関係を含めた三類型モデルを用いた説明・分析はそれなりに有効だとは考えているのですが、先ほどの図1，2（61頁参照）のような平板的な図表からはそこまで読み取りにくく、無理して相関関係を含めたモデルにこだわらなくてもよいのではないかという気もしています。

とくに法道具主義とインフォーマリズムの関係については、法的制度の設計・運用者の観点からは、管理型法と法道具主義とを相関的なものとして結びつけて理解するのが自然なのですけれども、例えば私人相互間で法に準拠して自主的に法的な取引交渉をすることは、法制度的にはインフォーマリズム的な行動ということになるのですが、法利用者の行動の観点からは、自己の目的を実現するための手段として法を利用するという意味で

は、法道具主義的な法運用をしていることになるわけで、制度論レベルではともかく、行動論レベルでは、この図表のような相関関係がみられないところがあります。この問題は、後ほど少し言及することになりますが、平井宜雄教授がその法政策学構想における法的思考様式の特徴づけにあたって、法=正義思考様式と目的=手段思考様式の対比だけを用いられているのに対して、私も、法的思考の在り方を論じはじめた当初は、平井教授と同じように基本的にV.Aubertに従って、二元的対比モデルで説明していたのですが、法の三類型モデルと関連づけて論じるようになるにつれて、平井教授と異なる考え方をするようになっていることとも関連いたします。このような問題を、私は、相関的なものと理解した上で、法制度と法文化のずれという観点から論じているのですが、もともと法類型と法的思考・決定方式とを相関的にとらえずに、別々に論じておればこのような問題は生じないわけで、どちらのほうが問題の所在の解明や改革の方向づけにおいて説明力があるかを考え直してみる必要があります。

以上、私の気づいている典型的な問題点だけを指摘させていただきましたが、他にも私の気づいていない問題点があるのではないかと思います。いずれにしろ、法の三類型モデルを多目的化することによって、ほころびが出てきていることは間違いなく、次々とクローズアップされる新しい法実務的・理論的課題にどこまで対応できるのか、難儀しているということです。

Ⅲ　多元的調整フォーラム構想との関連

次に、法の三類型モデルと多元的調整フォーラム構想との関連についての説明に移らせていただきます。この関連の曖昧さというか問題点は、『転換期の日本法』への吉田教授の書評でも指摘されている点でして、この点については、それ以前から、法的空間を対話的合理性基準の法的制度化としての議論・交渉フォーラムとしてとらえる構想を展開しはじめた頃から指摘されており、ずっと気になっておりました。多元的調整フォーラム構想というのは、先ほども触れましたように、議論・交渉フォーラム構想と三類型モデルとを組み合わせた、いわば複合的法モデルでして、少し関連の仕方は異なるのですが、まず、対話的合理性基準の法的制度化としての

議論・交渉フォーラム構想との関連から説明させていただきます。

この点については、基本的には、『現代日本法の構図（増補版）』(1992)の「はしがき」で説明しているように、「対話的合理性基準の制度化という法の見方は、法システム全体への相互主体的視座の確立にかかわるものであり、法の三類型モデルとは重なり合うところもあるが、基本的には異なる問題関心に基づくものである。合意・議論・手続の三幅対からなる対話的合理性基準は、いずれかといえば……普遍主義型法と最も親近性をもっているが、対話的合理性基準の制度化イコール普遍主義型法と限定的にみるのは適切ではないと考えている。また、自治型法の重視につながるものと理解されることもあるが、自治型法が多種多様であり、自治型法が対話的合理性基準の制度化を妨げることもありうるから、一概にそうとは言えない。対話的合理性基準は、いずれか特定の法類型と結びつくものではなく、むしろ、三類型の様々の組み合わせからなる法システム全体の知的地平の基礎づけにかかわるものである。」(はしがきxi) と考えております。

このような説明は、主としてドイツの法化論議と対比して日本の論議を検討された樫沢秀木教授が「介入主義法の限界とその手続化－『法化』研究序説」（法の理論10号、1990）で、対話的合理性基準の法的制度化という考え方を、自治型法ではなく、普遍主義型法を中核に展開していることが、三類型モデルにおける自治型法の位置づけとの関係で不整合だという批判をされたことへの対応を念頭においたものです。樫沢教授の批判は、一部私の理論の誤解もあるのですが、法化の過剰が問題となっているドイツとまだ社会の法化が不十分だということが問題となっている日本とでは論議状況が異なっており、法化・非法化論議に関する私の理論枠組はドイツのそれとはもともとかなり異なっていること（広渡清吾「日本社会の法化」(『岩波講座・現代の法15／現代法学の思想と方法』(1997)参照）を十分に視野に入れられていないように見受けられ、ドイツの法化論議の議論構図でみると、このように批判される面があることはやむを得ないと受け止めております。

そして、『転換期の日本法』では、全体としては、対話的合理性基準を法的に制度化した「議論・交渉フォーラム」を、自立型法を法システム全体の背景的枠組として社会的に定着させて、管理型法の肥大化を抑止するとともに、自治型法の支配領域を拡大するという、三類型モデルを用いた

「法化」戦略と結びつけて、「法の支配に基づく多元的調整フォーラム」を現代日本法の進むべき方向として提唱しております。ところが、そのなかのある論文「現代法システムの多元的調整フォーラムへの変容－その背景と可能性について－」で、近・現代法システムの変容について、「ルールに拘束された強制的枠組」から、「目的志向型指令機構」を経て、「多元的調整フォーラム」へという三段階図式を提示して、「自立型法が『ルールに拘束された強制的枠組』、管理型法が『目的志向型指令機構』、自治型法が『多元的調整フォーラム』にそれぞれ対応するとみることは適切ではない。それぞれ親近性はあるけれども、大雑把に言えば、基本的に、法の三類型モデルが、法の構造的・形態的差異に着眼した分析的区分であるのに対して、ルールに拘束された強制的枠組・目的志向型指令機構・多元的調整フォーラムという分類は、法システム全体の主な社会的機能の見方の変遷に焦点を合わせた一種の進化論的図式であり、いずれの見方においても、三つの法類型をどのように組み合わせて使い分けるかという問題が生じる。」（134頁）という説明をしております。この説明のうち、自立型法が「ルールに拘束された強制的枠組」、管理型法が「目的志向型指令機構」、自治型法が「多元的調整フォーラム」にそれぞれ親近性があると言っているのは、前二者についてはともかく、最後の自治型法と多元的調整フォーラムとの関係については、もっと丁寧に説明しないと、誤解を招く表現で、樫沢教授の批判と同じような批判を招きかねないので、撤回したほうがよいのではないかと考えております。

吉田教授の書評では、この箇所を引用されて、このように説明したとしても、「なお問題は残りそうである」として、「問題の核心は、一定の緊張関係を孕んだ自立型法と自治型法とを現代日本の法化の問題状況を踏まえつつどのように位置づけるか、という点にある」と指摘されており、この点は、先ほど自治型法の特徴づけ・位置づけに関連して説明したように、理論的対応に最も苦慮しているところです。

この論文は、もともと「新世紀における法の課題：日独で期待されているものは何か」というテーマでドイツで開催された日独シンポジウムにおいて、ドイツの法化・非法化論議の理論構図をベースに報告したもので、私の理論枠組で言うと、管理型法の機能不全・逆機能に焦点を合わせて、「手続化」（なお、この論文では「インフォーマル化」と並べて用いている

のですが、ドイツに限れば、インフォーマル化という表現は、非形式化・脱形式化という意味で、自治型法だけでなく、管理型法への実質化という非法化傾向も含んで理解されているようなので、誤解を避けるためにも、インフォーマル化という表現は用いずに、「プロセス化」という表現を用いるべきであったと思います）という戦略で対応しようとするドイツの議論構図だけでは、日本の問題状況の解明も対応戦略の提示も適切に行えないのではないかということを指摘することをめざしていました。ドイツの議論構図の動向と関連づけるために、不用意に進化論的図式を持ち出して、私の理論枠組との異同を丁寧に説明せずに、中途半端なコメントをしており、誤解を招く表現であったと、反省しています。この進化論的図式自体も、議論を混乱させた面のほうが多いので、撤回したほうがよいのではないかと考えております。

今日は、ドイツの法化・非法化論議自体の理解の仕方の問題自体に立ち入る準備はないのですが、結論的に言いますと、この論議に加わったJ. ハーバマスらの討議理論派も、N. ルーマン、G. トイプナーらのシステム理論派も、具体的な内容はかなり異なり対立するところもありますが、基本的な方向としては、法システムの「手続化」「プロセス化」という戦略で対応しようとしているという理解が一般的ではないかと思います。私も、現代法の問題状況の打開策として、この「手続化」という戦略自体には、手続の意義・機能や構成内容の具体的な理解には異論もありますが、基本的な方向として賛成です。ただ、その戦略を現代日本の法的状況のもとで実効的に展開するためには、現代社会の法システム・法的空間の在り方として、対話的合理性基準の法的制度化としての議論・交渉フォーラムという構想を提示するだけでは不十分であり、法の三類型のうち、自治型法の位置・役割を一般に考えられている以上に重視すると同時に、その問題性を認識することが重要であると考えております。

ドイツの法化・非法化論議で「手続化」戦略として提唱されている方向を、私の場合は、議論・交渉フォーラム構想と三類型モデルとの両方の理論モデルで示そうとしており、この二つの対応理論が部分的に重なり合っており、しかも、前者では自立型法、後者では自治型法に重心をおいた説明になっているところに、不整合とか曖昧だという批判を受ける主因があるのではないかと考えております。実際、すでに話しましたように、自治

型法の特徴づけ・位置づけ、それとの関連で自立型法と自治型法の相互関係の説明には、吉田教授の書評でも指摘されたように、アンビバレントなところがあり、もっとすっきりした説明ができないかと困っておりまして、三類型モデルと議論・交渉フォーラム構想という二本立ての理論構成で対応し続けるか、何らかの統合的な理論を再構築するか、それとも、三類型モデル論を大幅に修正するか、迷っているところです。

何故ドイツの法化・非法化議論をベースに研究しておられる方々から批判・疑問が投げかけられているかを私なりに点検してみたのですが、ドイツの法化・非法化論議における対応戦略として、例えば、わが国でもよく引用されているシステム理論系のG. トイプナーやH. ヴィルケは、トイプナーの場合は、近・現代法の合理性の類型と次元について、形式的法（条件プログラム）→実質的法（目的プログラム）→自省的法（Reflexives Recht）（手続的プログラム）（Teubner, Reflexives Recht, in ARSP, Vol.68., 1982）、ヴィルケの場合は、法的構造について、条件プログラム→目的プログラム→関係的（relational）プログラム（Willke, Three Types of Legal Structure, in Teubner (ed.), DILEMMAS OF LAW IN THE WELFARE STATE, 1986）という進化論的な三類型モデルを提唱しております。

私はシステム理論に与していないということと、彼らのモデルが基本的に進化論的であるのに対して、私の三類型モデルは進化論的ではないという基本的な違いがあることは一応括弧に入れて、これらの法類型モデルとの異同をみてみますと、彼らが、形式的法・条件プログラム、実質的法・目的プログラムと呼んでいるものは、それぞれ私の自立型法・要件=効果図式、管理型法・目的=手段図式にほぼ対応します。トイプナーの自省的法・手続的プログラムとヴィルケの関係的プログラムについては、トイプナーが、自省的法をハーバマスの手続主義とルーマンのシステム理論とが交錯するところであるとみているのに対して、ヴィルケは、手続的要素を形式的要素と並んで形式的法の特徴と理解し、関係的プログラムの特徴として、サブ・システムの自己規律と討議的・分権的意思決定を重視しており、その具体的な内容は多少異なるのですが、アイデアとしては似通っており、私の理論枠組では、自治型法にではなく、むしろ基本的に議論・交渉フォーラム構想、あるいは、議論・交渉フォーラム構想と法の三類型モデルを組み合わせた多元的調整フォーラムという複合的法モデルに対応

しているのではないかと理解しております。部分システムの自己制御を尊重して間接的な手続的・討議的制御を重視するという手法のうち、部分システムの自己制御の尊重や分権的意思決定の促進という側面には、自治型法を相対的に独自の法類型として位置づけることで対応し、間接的な手続的制御という手法や討議的意思決定の重視については、議論・交渉フォーラム構想の構成要素として議論や手続を組み込んで法的空間の知的地平を解釈し、このような法的空間内部に、自立型法を中核としつつも、それと一定の緊張関係をはらみつつ作動する管理型法や自治型法も位置づけるという、複合的な理論モデルでとらえる説明をしているという関係になるのではないかと考えております。そして、その場合、議論・交渉フォーラム構想について、自立型法を手続主義的な法理解とも両立するように再構成して、法的空間の中核に位置づけているように、法の脱中心化を説くポストモダン的論調とは一定の距離をおいているところが、対応関係をややこしくしているのではないかと自己理解しております。

これらのシステム理論系の論者が、自省的法・手続的プログラムや関係的プログラムとして提示している内容は、方法論的な出発点が異なるにもかかわらず、彼らも認めておりますように、ハーバマスが、討議理論に基づいて手続主義的法理解として提唱している見解とかなり似通っておりまして、私の議論・交渉フォーラムという構想も、基本的にはハーバマスの理論から示唆を得つつ考えてきたところが多いものです。ただ、ハーバマスの見解は、私が関心をもって付き合いはじめた『公共性の構造転換』(1962) の市民的公共圏・市民社会論以降、正面から法理論を展開した『事実性と妥当性』(1992) における手続主義的法理解に至るまで、かなり変化してきておりまして、その変化にいちいち付き合いかねているだけでなく、もともと彼の用いる基本的な概念にも異論があり、先ほど説明した市民社会概念の理解もハーバマスと異なっているだけでなく、私のハーバマスの理論の取り入れ方には換骨奪胎気味というかつまみ食い的なところがあります。今井弘道教授などは、私がハーバマスの理論を自家薬籠中のものとしているとソフトな表現で評価してくれていますが、内心ではハーバマス理論のクリティカルな側面はともかく、ラディカルな側面をほとんどそぎ落として取り込んでいると批判的にみているのではないかと推測しています。

とくにハーバマスの『コミュニケイション的行為の理論』(1981)段階におけるシステムと生活世界の区分、コミュニケイション的行為と戦略的行為との二分法、メディアとしての法と制度としての法という区分、生活世界の植民地化という観点からの法化の理解などには、アイデアとしては大変示唆を受けているのですが、そのままでは付き合いかねるところがあります。対話的合理性基準の法的制度化としての議論・交渉フォーラムという私の構想も、彼のこれらの基本的な理論枠組に必ずしもそったものではなく、彼の当時の討議倫理学そのものよりも、R.アレクシーの法的議論の理論をベースに他の類似の見解とも組み合わせながら展開していたので、ハーバマスの法・社会理論には忠実でないところが多く、現に1985年に京都で開催されたシンポジウムで法化問題について彼と意見交換をする機会がありましたが、法化に関する理論枠組のすりあわせがうまくゆかず議論もすれ違ったままだったという印象をもっています（河上＝フーブリヒト編『ハーバーマス・シンポジウム　法制化とコミュニケイション的行為』(1987)参照)。

私の大雑把な理解では、ハーバマスの当初の討議倫理学には、アレクシーの見解に従って途中で修正しましたけれども、もともと法的議論の基礎理論としては少し無理があって、その後、80年代末に「実践理性のプラグマテティズム的、倫理的、道徳的な使用について」（清水＝朝倉訳『討議倫理』所収）という論文を公表した頃から、討議「理論」という表現を用いはじめ、従来は道徳的討議に焦点を合わせて理論展開をしていたのですが、射程を実践理性・実践的討議一般に拡げて、道徳・倫理や政治・法などの各領域における討議の類型ごとにそれぞれの正当化基準・手続を論じるようになり、deliberative 政治・民主制論の基礎理論という側面を強めるようになってはじめて、法的議論の基礎理論としても無理なく使えるようになったのではないかとみています。私自身は、最近では、ハーバマス独自の手続主義的な法理解にはあまりとらわれずに、法的議論の特質の解明や議論・交渉フォーラム構想の展開においては、実践理性の公共的使用の在り方の一事例として、公共的理性（public reason）論、deliberative democracy 論と関連づけて考えるのが適切であり、ハーバマスの理論は、そのワン・ノブ・ゼムぐらいの位置づけで参考にするのがよいのではないかと考えるようになっています。

Ⅳ　法政策学構想との関連

予定していた時間もかなり超過しましたので、法政策学構想との関連については、ごく簡単なコメントだけ付け加えさせていただくことにしたいと思います。皆様は多分、法の三類型モデルなど、私の法理論そのものの報告よりも、この法政策学構想との関連というテーマに最も関心をもっておられるかもしれず、申し訳ないのですが、法政策構想自体にもっと重点をおいて報告を準備する余裕がありませんでしたので、後で質問などあれば、お答えできる範囲で敷衍することでお許しいただきたいと思います。

法の三類型モデルなどの私の法理論的枠組は、基本的に、法制度設計や立法過程などに焦点を合わせた法政策学や立法学の理論枠組として構想したものではありません。法化・非法化論議対応という問題関心との関連では、法制度設計、立法過程も一定範囲で視野には入ってきており、法政策学的な実践的問題関心と重なり合う部分もありますが、もともと、一般的な法制度設計よりも、具体的な法的問題解決への対応方策の在り方に主たる関心を向けており、一定の問題解決のためにどのような類型の法によって対応し、法システムをどのように用い動かすかという、法の形成過程よりもその実現過程の在り方を考察するという問題関心が中心です。

このような意味では、general jurisprudenc と science of legislation とを区別する、J. ベンサム以降のイギリスの分析法理学の概念区分に従えば、基本的に jurisprudence の守備範囲内の問題解明のための理論モデルということになります。この点では、従来の Jurisprudence が裁判過程中心で視野が狭すぎることを批判して、Legisprudence へと、立法過程まで視野を拡げるべきだという、最近の立法学の提言（井上達夫「立法学の現代的課題」ジュリスト1356号(2008)など参照）に照らしてみると、Jurisprudence の従来の守備範囲に照準を合わせており、射程がかなり限定されたモデルであると、認識しております。ただ、裁判過程中心の理論モデルではありますが、裁判の政策形成機能や紛争解決機能について、その制度的特質や果しうる役割の可能性と限界などを、一方では、立法・行政・司法という政策形成過程全体の一環として、他方では、公私多様な ADR をも含んだ紛争解決過程の一環として、関連する政策形成・紛争解決手続と対比・関連づけつつ考察するというアプローチをとっているので、一種の法政策学的考察だとみることもできるのではないかと考えております。

法の三類型モデルなどの理論枠組を考えはじめた当時、L.L. フラーの eunomics という独自の社会的秩序論の構想などを通して、裁判過程だけでなく、立法過程・行政過程・私的秩序づけ過程なども含めて、法的過程を広くとらえて、各過程の制度的特質やそれぞれの決定方式の特質などを比較検討することを重視するリーガル・プロセス学派の考え方からも影響を受けていたので、Jurisprudence の伝統的な守備範囲よりは少し広い視野から、法的領域・空間をとらえており、法政策学的構想ともつながっていく問題関心は当初からあったのではないかと思っております。現に、アメリカの法学界の動向をみてみますと、公共選択論の影響のもとに法政策学構想を展開している Public Lawyer たちのなかに、公共選択論を法的観点から修正する手がかりとして、リーガル・プロセス学派のバイブルとも言うべき H.M.Hart & A.M.Sacks, THE LEGAL PROCESS(1994)を頻繁に引用している者もおり、リーガル・プロセス学派は法政策学構想の先駆けとみてよいのではないかと理解しております。

わが国の法政策学構想においては、平井宜雄教授の法政策学構想が代表的なものですが、私も、現代型訴訟や法的思考の在り方をめぐる問題を考えるときには、平井教授と問題関心や依拠する文献などでかなり共通するところがあり、いろいろと示唆を受けており、法の三類型モデルでも、自立型法・要件=効果図式と管理型法・目的=手段図式との異同・関連については、かなり似通った考え方をしております。しかし、平井教授が、基本的に法と経済学アプローチをいったん意思決定理論のなかに取り込んだ上で、意思決定理論を法的視角から再構成するという手法で法政策学を構想されていることには、法的視角の特徴などについてよく考えられていることからは教えられるところが多いのですが、目的=手段決定モデルの理解や法的決定モデルとの相互移行関係の説明などにおいて、法と経済学アプローチの影響が、次第に薄くなってきているものの、依然として残っている限りで、基本的に見解を異にしているところがかなりあります。

平井教授の法政策学構想との関連については、法化・非法化対応や法的思考の在り方をめぐる議論のコンテクストで、先ほど触れた樫沢秀木教授や江口厚仁教授（「法的思考様式のアイデンティティをめぐって（1）」（法政研究58巻4号、1992）が私の法の三類型モデルとも対比して論じておら

れるので、その異同などをもっと詳しく説明すべきなのかもしれません。しかし、平井教授の周到に考えられた理論枠組といちいち付き合わせて検討することは、準備や報告に必要な時間を考慮して、今回は断念して、基本的なスタンスに関するコメントだけに限らせていただきます。

見解を異にする理由はいろいろあるのですが、根本的には、私が正義論において基本的にJ.ロールズやR.ドゥオーキンらの反功利主義的な権利基底的立場に与していることと、国家・社会の見方について、社会を経済社会・市場中心にとらえるのではなく、市民社会ととらえ、市場は、その市民社会の重要ではあるが、その一部として、様々のコミュニィーやいわゆる生活世界などと対立・交錯しつつそのなかに含まれていると理解することによるものでして、政策学一般の場合はともかく、「法」政策学構想においては、法の存在理由からみて、市場的決定や効率性基準にそれほど基底的な位置を与えるのはいかがなものかということです。平井教授の場合、多分不法行為法の問題状況の考察をきっかけに法政策学構想へと向かわれたことが、法と経済学アプローチからの影響が大きいということにつながっていると思われますが、法的過程全体を視野に入れて法政策学を構想するのであれば、同じように近代経済学の手法を修正しつつ導入するとしても、J. M.ブキャナンらの提唱する公共選択論の修正版を考えるほうが、分かりやすいのではないかとも思います。個人的には、彼らの提唱するconstitutional economicsに関する文献（邦訳として、G.ブレナン＆J. M.ブキャナン、深沢実監訳『立憲的政治経済学の方法論』(1989)、ブキャナン、加藤寛監訳『コンスティテューショナル・エコノミックス』(1992)など）を、全面的に賛同するものではありませんが、政治経済過程の現状の鋭い分析や示唆に富む改革戦略の提唱がなされており、結構面白く読みました。

いずれにしろ、これらの市場原理や効率性基準を基軸とする近代経済学の手法をベースに法政策学を構想する場合、市場と政府（政府には立法・行政・司法を含めてですが）の役割分担は視野に入っても、ゲマインシャフト的なものだけでなく、ゲゼルシャフト的なものも含め、その他の社会組織として北大グローバルCOEプロジェクト企画趣旨で挙げられているアクターの役割を適切に位置づけることはできないのではないかと思われます。もっとも、平井教授は、『法政策学・第2版』(1995）では、市場

的決定、権威的決定に加えて、中間組織の意思決定を第三の手続的決定として、法政策学の理論枠組を精細化して日本の意思決定方式の特殊性にも対応しようとされていますが、これによって法的思考様式や法制度設計におけるその具体的な位置づけをどのように考えることになるのかは、この書物だけからはよく分かりません。

私が、議論・交渉フォーラム構想を、最近では、deliberative democracy論と関連づけて展開したほうがよいのではないかと考えるようになったのは、先ほどハーバマスの理論との関連で触れたような理由の他に、正義論をも含めた法哲学的考察においては、立法過程をも取り込んで、立憲民主制的な法的過程全体を視野に入れた法的空間論を展開する必要があるのではないかと考えるようになったことと、その際、法と経済学アプローチを法的視角から修正する方向よりも、立憲民主的政治過程の一環として法的制度・手続やその決定過程の規範的特質を解明してゆくアプローチをとるほうが無理がないのではないかと考えていることもあります。もっとも、この点については、経済主義的偏りに反発して、政治主義的偏りに陥っているだけの違いだという批判を受けるかもしれませんが、私は、基本的には、法的思考は政治的思考や道徳的思考とは重なり合うところがあるが、経済学的思考とは対立・反発しあう関係にあると理解しており、このような相互関係をふまえると、法的思考と経済学的思考とを関連づける場合でも、両者を直接関連づけるのではなく、政治的ないし道徳的な思考を媒介として関連づけるほうが適切ではないかと考えております。

このようなアプローチによって、法的過程全体を規律する価値原理として、自立型法の構成的特徴として組み込まれている手続的正義だけでなく、基本権や民主的正統性についても、それぞれの規律手法の意義をきちんと位置づけ、各プロセスごとに適切に具体化することができ、私の用いている三類型モデルでも、三つの法類型相互の対立的ないし相補的な緊張関係、自立型法の管理型法や自治型法に対する規律の在り方、管理型法や自立型法の法的正統性の確保方式などを、より具体的に詰めていけるのではないかと考えております。このような方向は、このグローバルCOEプロジェクトで構想されている法政策学の方向とも重なり合うようにも思われ、このあたりはむしろ皆様から教えていただければ有難いところです。

むすび

全般的に抽象的な話ばかりで、しかも、最後のほうは、かなり端折った説明になりまして、お分かりにくかったところが多かったかもしれませんが、この後の質疑応答の時間に、ご指摘・ご質問を受けてそれに答えるなかで敷衍させていただくことにして、私の報告はひとまずこれで終わらせていただきます。ご清聴有難うございました。

＊本稿は、2009年5月23日に北海道大学法学研究科グローバルCOEプロジェクト「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」研究会で行った報告に、当日配布したレジュメ・配布資料などを適宜取り込み、加筆補正したものである。