

法学部教授退任記念講演

課題としての法学——科学・フィクション・プログラム
< 法学は何を問うのか >

広渡 清吾

(2016年1月19日 於13A会議室)

渡邊一弘法学研究所事務局員：予定の時刻を過ぎましたので、法学研究所主催の「広渡先生を囲む会」を始めさせていただきます。司会は、法学研究所の事務局員をしております渡邊が務めさせていただきます。まず森川法学研究所長よりご挨拶を頂きます。

森川幸一法学研究所長：昨年の7月から法学研究所の所長を仰せつかっております。本日、広渡先生は午前中に法学部での最終講義をなさったうえ、このように法学研究所での「囲む会」でもお話を頂けるということで、とても有難く思っております。

ご経歴については、改めて私の方からお伝えするまでもないと思うのですが、こういう場ではご紹介申し上げるのが通例ですので、簡単にご紹介させていただきます。

広渡先生は1968年に京都大学法学部をご卒業になりまして、その後、京都大学の助手をされ、1973年から東京大学社会科学研究所の助教授となられました。1991年には同研究所の教授、98年からは同研究所の所長を務められました。2002年には東京大学副学長・東京大学附属図書館長に就任されております。2009年3月に東京大学を定年退職された後、本学法学部教授として研究・教育に当たって頂いております。また、2011年7月から9月にかけては、日本学術会議第21期の会長を務められました。ちょうどその頃私は学術会議の連携会員をしておりまして、会議その他でいろいろお世話になりました。

単著・論文など多くご執筆になっておられますが、本学に来られた2009年以降でも、『知的再生産構造の基盤変動』（信山社、2009年）、『比較法社会論研究』（日本評論社、2009年）、『学者にできることは何か——日本学術会議のとりくみを通じて』（岩波書店、2012年）といった著書が出版されております。この法学研究所でも、シンポジウムでご報告を頂いております。2010年には「21世紀日本における学術の展望」の全体テーマのシンポジウムにおいて「日本の展望——学術からの提言 2010 について——背景・目的・概要・意義——」というご報告を、それから東日本大震災後の2011年11月には「ドイツではなぜ脱原発の決定に至ったのか」というブレーメン大学のゲルト＝ヴィンター教授をお招きしたシンポジウムにおいても「日本の原発問題を考え

る」というご報告を、頂いております（「日本の「脱原発」について考える」専修大学法学研究所紀要 37 『政治学の諸問題』 2012 年）。更に直近ですが、昨年 11 月 14 日に、「学生と市民のための公開講座」『法律学と政治学の最前線』におきまして、ちょうどここにいらっしゃっている深澤先生と広渡先生とで「市民と国民——その現代的意義を考える」というご講演を頂いたところです（法学研究所所報 52、2016 年 3 月）。

皆様ご存じのように、広渡先生は様々な社会的な問題にも積極的にご発言されております。特定秘密保護法案の問題、或いは昨年の安保法制の問題についてのご発言も、記憶に新しいところです。

本日は、広渡先生のこれまでのご研究の歩みについてお話頂けるということで、とても楽しみに致しております。以上、簡単ですが、ご挨拶とさせていただきます。

渡邊：それでは、広渡先生、よろしくお願い致します。

今日のテーマですが、「課題としての法学」と致しました。これは、法律学とはどういう学問なのかということ、つまり〈法学とは何を問うのか〉ということに収斂します。副題に掲げた「科学・フィクション・プログラム」、これがどのように法学と関わるのかは、私のこれまでの研究の歩みなかでできたテーマとして、そのつどコメントすることにして、〈法学とは何を問うのか〉という筋をメインにしてお話をさせていただきます。

1. はじめに

私の恩師は民法の於保不二雄（1908 - 1996）という方です。明治生まれで、1996 年に亡くなりました。有斐閣の法律学全集で『債権総論』（1959 年）を執筆した先生で、かつ——お聞き及びかどうか分かりませんが——財産管理権論という大変体系的な民法理論を作った学者です。私は於保ゼミの学生で、それから法律相談部というサークルでも顧問を務められた於保先生と交流がありました。於保先生の最終講義——特別なセレモニーではなく、いつもの教室で行なわれた最後の講義でしたが——を、私は助手の時に聞きに行きました。その最終講義の結びの言葉で於保先生は「法は法無きを期す」と言われました。「かっこいいなあ」と思いました。今どき、こういうかっこいい言葉で講義を閉めるというのはなかなかできないですね。この「法は法無きを期す」とはどういうことなのかと、その時も、それから後でもいろいろ折につけ考えました。それは、例えばエンゲルスが

『家族・私有財産・国家の起源』の中で言っているような国家と法の死滅ということを保先生も展望しておられたのだろうか、などなどです。一体、法をどういうものとして捉えるかということ突き詰めて考えると、本当に難しい。そこで本日は、極めて初歩的な問いですが、法学とは何を課題にするのかについて、これまで自己流にやってきた研究生生活を振り返りながら、お話してみようと思います。

そこで、私の研究生生活の時期区分ですが、ドイツ流の三段階論でいきますと、徒弟時代 (Lehrling)、職人時代 (Geselle)、そして親方 (Meister) ならず時代——Meister になったら、もう終わってしまいますから (笑) ——、そう区切って、そこで何をやってきたかをお話しようと思います。

徒弟時代は、京大の助手から東大社研に移りまして、ドイツ留学を終えるまで。ドイツ留学を終えて、研究者として一人前になったのかなという感じがありましたので、ここまでを徒弟時代とします。留学から帰ってきて、大学の行政職に着くまでの間の 16~17 年、これが職人時代です。私の主観的な印象では、この時代に一番仕事が出来たかな、という気がします。その後、色々な役職に着きましたので、もちろん研究も続けましたけれども、深く掘り下げて実証的なシッカリした論文を書くことがなかなか難しくなった時代、それを親方になれなかったポスト職人時代と名付けました。ひょっとしたらご記憶の方もおられるかも知れませんが、専修大学での新任のあいさつの機会でしたか、「私、折角、専修大学に参りましたので、これからは教育のマイスターを目指します」と申したのですが、7年間やって、教育の方がずっと難しいなあということがよく分かりました。もうこんなことは止めよう (笑)、これからは好きなことをやろうと、そう思いました。学生に分かり易いように喋るとするのは難しい。それよりは好きなように喋るほうが楽です。最後の 2 年間くらいは、そのようにしたので、授業がとても楽しくなりました。しかし、結局、教育マイスターになるのは難しいなあ、というところで終わってしまいました。今年度で専修大学が終わりになりますので、これから本当に、研究のマイスターを目指そう、ということです。

2. 徒弟時代 (1968.4 - 1982.10)

(1) イデオロギーとしての法学説研究

まず徒弟時代です。法律学の学説はいろいろありますが、それをイデオロギーとして分析する、というのがこの時代の私の基本的な立場だったと思います。

助手論文は「財産管理権論へのアプローチ——財産管理権概念の史的基礎と論理構造」(『法学論叢』88-4・5・6合併、1971年)です。これは、財産管理権という新しい概念を私の恩師である於保先生が提唱されて、それをパラフレーズするというか、基礎づけるというか、そういうことをやってみた論文でした。於保先生の説は民法秩序の基本概念的な新しい提唱でしたから、それを元にして民法理論の全体をあれこれと考えてみました。余談ですが、専修大学に来ました時に、歓迎のレセプションで梅本先生が私のために挨拶して下さい、「この助手論文は洛陽の紙価を高めた」と言って下さいました。「すごいな」と思いました(笑)。梅本先生も同世代の研究者でいらっしゃいますので、私の助手論文が『法学論叢』に載った時に読んで下さったのでしょうか。当時、『ジュリスト』で新着の著書・論文を「短評」する頁がありました。誰が書いているのかは分からない。東大法学部の若手じゃないかと言われていました。私の論文についても——本当に忘れられないのですが——「表現、内容、共に難解で、筆者の意図するところがよく分からない」と(笑)、そう書かれました。「それは君の読み方が悪いのだろう」と言いたいところですが、今読み返してみると、前提になっていることを全然説明せずに、いきなり難しい話をしているので、これが難しい論文だといわれるのは、その通りなんだろうと思いました。この論文の最後の註で、財産管理権概念のイデオロギー批判をやらなければならないと書いています。財産秩序を変動させる権能としての財産管理権という概念がなぜ出て来たのか。これはもちろんドイツ発です。於保先生はドイツの学説を研究して、こういう着想を得られたので、そういうドイツ民法学の流れの中に、これを措き戻す。それをイデオロギー批判的に行なう。イデオロギーというのは政治的・経済的・社会的な利害によって規定された意識形態ですから、法の外側から法が規定されると考えるわけです。なぜ財産管理権という概念がドイツの文脈の中で表れてきたのかを、その政治的・経済的・社会的な背景の中で明らかにしなければならないということ、はじめて書いた民法の論文の一番最後に展望したというわけです。

当時のドイツの法学界は世代交代の時期でした。1930年代のナチスの時代に生きた法学界の大立者が、軒並み引退するという時代で、それまでナチス時代を総括することのできていないドイツの戦後法学界のあり方を批判する、新しい世代が興ってきたところでした。ナチス時代の法に関する本格的な研究も、その頃に始まったのです。1960年代後半のことです。それに私も掉さして、ドイツの様々な新しい文献を利用しながら、1930年代のナチス法学研究を目指しました。まさに財産管理権概念が出てきたのも1930年代でした。

助手が終わって、東大社研に移りました。東大社研は全所的研究といいますが、研究所の所員全員が1つのテーマに取り組むという、そういうスタイルの研究所でした。1973年、私が社研に移った年から、「ファシズムと民主主義」というテーマで研究が始まりましたので、私は、その中心的な研究者として期待されたわけです。そこで、「『第三帝国の法構造』試論——授權法体制を中心として」（『社会科学研究』27-3、1976年）、「第三帝国におけるブルジョア法の「転換」」（『ヨーロッパの法体制——ファシズム期の国家と社会第5巻』東京大学出版会、1979年）といった論文を書きました。

(2) 徒弟時代の時代条件——「戦後法学の構図」と余後作用（Nachwirkung）

イデオロギー批判をやる私のような若い法律家が生まれてくる戦後法学の構図とはどういうものだったのか、ということについて、少しお話しします。

私は1997年、東京大学社会科学研究所の創立50周年の記念講演会で、若手代表ということで講演をしました。「日本社会の法化と戦後法学」という題でした。そこで私は、日本の戦後法学というのは、民主化——これを社会の近代化と捉えるか市民社会化と捉えるか、色々な中身がありますが——と日本国憲法の擁護、それから科学としての法律学の構築、これを三本柱とするのが戦後法学の特徴だ、と論じました。つまり、戦前の法律学のあり方を批判して、新しい時代の法律学を作っていこうとする、「戦後」の法学をこのように位置づけたわけです。

その中心的な人物は、いうまでもありません、川島武宜先生です。『科学としての法律学』（弘文堂）が1955年、『所有権法の理論』（岩波書店）が1949年、『法社会学における法の存在構造』（日本評論社）が1950年。こういう一連の著作・論文で、新しい法律学のあり方を川島先生は示されました。先生の結論によれば、法の認識科学は法社会学である。法解釈学は科学ではない。法の解釈は法の認識ではなく、解釈者の価値判断である。だか

ら、科学としての実用法学を考えるとすると、それは、予見の学としての市民的実用法学である。判例研究をして、「今度はどのような判決が出るだろうか」ということを予見する。これは判例という事実を研究するわけだから、ここまでは科学なのだけれど、法解釈学は認識の問題ではないから、科学ではない。——こういう、法の認識と法実践の峻別、二元論を唱えられました。戦後の1940年代から50年代にかけて、戦後の若い法学者世代——私よりも20歳ほど上の先生たちですけれども——は「科学への切ないまでの憧憬」を持っていました。「切ないまでの憧憬」、これは民法学者の甲斐道太郎さんの言葉です。川島先生も、「科学、科学」と口癖のように言われていたらしい。この新しい科学としての法律学を担った1つの重要な潮流が新興の法社会学でした。日本法社会学会が創設されたのは1947年です。この学会は「川島と戒能の学会」と、伝統的な法学界では言われたそうです。戒能通孝先生は川島先生と並ぶ戦後法学のパイオニアです。「法社会学会、あれは川島と戒能の学会だね」という、そういう感じだったと、これは唄孝一先生からお聞きした話です。

この法社会学を中心にして、戦後法学論争が展開します。法社会学論争（1948 - 1950）、それからその後の、法解釈論争（1953 - 1957）——法解釈とは何かをめぐる論争——です。この2つの論争では、法というものをどう捉えるかが論じられました。法とは強制力をもった国家実定法であるとし、それを本質として捉えるか。それとも法は社会の「生ける法」であるとし、それを探索するのが法学の課題だと捉えるか。こういった論争を法社会学論争でやりました。それから戦後日本社会の近代化をどう捉えるか、それは資本主義化なのか民主化なのか。更に、法解釈というのは本当に実践的な価値判断だけなのか、法解釈というのも法の認識ではないのか、ということも。私の尊敬する法学者の一人に沼田稲次郎先生がいます。沼田先生は、法の解釈は法の形成的認識だと言われました。沼田先生は、哲学的な思考で法律学を基礎づけた学者でした。形成的認識というのは「主体的な実践を通じて認識する」ということです。沼田先生は労働法学者ですから、労働組合が運動する際に、或る法規範の解釈について労働者の立場から労働法学者がいろいろ理論を提起し、労働運動はそれを支持する。その力が最終的に法規範の解釈を決めることになるのだから、それは要するに主体が形成的に認識するものだ、というのです。法解釈は最終的には解釈者が「エイ！」と言って決めるのだから、それは価値判断だというのが学界の大勢だったとは思いますが、しかしこの時期には認識と実践との一元論と二元論との対立があったのでした。

戦後の科学を目指した法律学の取り組み、そのために学界全体が取り組んだものとして『講座 日本近代法発達史——資本主義と法の発展』（勁草書房、1958 - 1961）全 11 巻があります。日本の明治以降の法の発展は、近代法不発達史であった、戦後に日本国憲法の下で初めてこれから近代法が展開するのであるという、そういう見通しのもとで、11 巻の講座が組まれました。これは明らかに科学的な法学を標榜するものでした。科学的認識を歴史の中に求めて、法のあり方を分析した。それから『岩波講座 現代法』（1965 - 1966）全 15 巻。これが出たのは私の学生時代です。世界の法を見ると、また高度経済成長を踏まえて日本の法も、近代法から現代法へと大きく転換している。この大きく転換している法の状況を捉えようというのが講座刊行の目的でした。「現代法」というカテゴリーについて定義をしたうえで、それを認識することを目指した。これも戦後に科学的な法律学を目指した学界全体の取り組みであったと思います。

しかしやがて、科学としての法律学を目指す潮流の中で、2 つの大きな岐が生まれてきます。マルクス主義的なものと非マルクス主義的なものとの岐です。川島先生を中心として、法社会学を学問分野として確立することを目指して『法社会学講座』（岩波書店、1972-1973）全 10 巻が刊行されます。これは川島先生が 1 人で責任編集されたものです。この講座にもマルクス主義的なものが取り込まれていないわけではないのですが、しかしその基本的なトーンはエールリッヒ的な「生ける法」つまり社会の中にあって実体的に人々を拘束する法規範を探索する、というものであり、またアメリカ社会学、経験法学的な成果が取り入れられました。これと対抗的に、と申しましょうか、このような法の捉え方だけではない、或いはこのような法の捉え方に偏してはならない、というマルクス主義的な立場からの『マルクス主義法学講座』（日本評論社、1976 - 1980）全 8 巻が、その後 4 年ばかりで公刊されます。私は研究者になりたてでしたが、このマルクス主義法学講座の方に参加して、幾つか論文を書きました（第 2 巻「西ドイツのマルクス主義法理論」、第 4 巻「ドイツにおけるブルジョア法の変容過程」）。「マルクス主義法学講座」の刊行というのは、多分、世界中で日本だけだと思います。社会主義国にも、「マルクス主義法学講座」と銘打った著作は無いと聞いたことがあります。サルトルの全集の翻訳が日本にはあって、これも珍しいといわれていますけれども、ずっと後になって、ソ連と東欧の社会主義国が解体したとき、若い研究者から、「広渡さん、マルクス主義法学講座を総括して下さい。」と言われたことがあります。あの頃書いたものを今の時点でどうみるのか。それをちゃんと言う必要があるということですね。いずれにしても、戦後社会の経過のなかで、こういう対抗

関係も現われてきたわけです。

そして最終的には、このような戦後法学の構図が拡散する、或いは消失することになります。それを示すのは『岩波講座 現代の法』（1996 - 1997）全 15 巻です。これにも私は論文を寄稿しました（第 15 巻「日本社会の法化——ドイツとの比較で」）。1960 年代に出た岩波講座は『現代法』でしたが、こちらは『現代の法』です。この「の」が入っていることに、とても意味があります。1960 年代の現代法講座は、「現代法とは何か」ということを巡って統一的な問題関心がありました。講座の序論でそのことが示され、第 1 巻では基礎づけが展開されています。それに対して、「現代の法」は、まさに「現代の法」であって、「現代法」というように定義的に問題を取り上げるわけではないということがエクスキューズされています。そういう意味では方法的な統一は自覚的に回避されています。方法的な統一などというものはこの現代の社会においては無いということ、その不存在を主張するものなのか、或いは統一を求めることは不相当であるというごく一般的な意識が表明されたのか、それは分かりませんが、「現代法」から「現代の法」へというのはとても特徴的なことでした。私のいう戦後法学の構図は、ここで消失したとまでは言わないまでも、拡散したということになります。

(3) 徒弟時代の 70 年代の研究

徒弟時代の、これ以外の業績ということですが、ナチス法の研究とマルクス主義法学講座に参加したこと他に、現代法論争にもコミットしました。現代法論争というのは、『講座 現代法』で定義された現代法の概念規定を巡って、ああでもない、こうでもないという若手が論争したものでした。また、実証的なものとしては、ドイツに出掛けて行って農家相続の調査をやりました。同じ研究所の利谷信義先生が責任者となられて文部省（当時）の研究費を取ってフランスとドイツの調査に行きました。この時初めて私はドイツに行つて、ドイツの農家の人の分からないドイツ語に苦労しながら、調査をやりましたが、先輩の早稲田大学の田山輝明さんとのコンビでした。こんなところに日本の人は絶対来ないな、というようなところにも、随分行きました。簡易コピー機をドイツで買って農家訪問に際して持参しました。相続関係の書類を「コピーさせて下さい」と頼んで、それをコピーして持ち帰り、分析の対象にしました。この調査のときには、準備期間も含めて 6 か月間、ドイツに滞在しました。それから、土地法研究会の仕事があります。社研のスタッフであった渡辺洋三先生と稲本洋之助先生を中心に組織されたものでした。ここにも私は幾つか論

文を書きました（「国土利用計画と利用規制」『現代土地法の研究（上巻）』岩波書店、1982年、「法定先買権と公的土地取得法制」同下巻、1983年）。

以上が、徒弟時代の私の研究のプロセスであります。戦後法学の構図というのは、我々の世代にとって、Nachwirkung とドイツ語では言いますが、余後効果、という形で大きな影響を及ぼしていたのです。そういう、学問文化的な環境の中で仕事をしたのが、この時代であったと思っています。

3. 職人時代——法理論への内在化と実証分析（1982.10 - 1998.3）

(1) ギーセン大学（Justus Liebig Universität）への留学（1980.10—1982.9）

それでは、職人時代に入ります。1982年10月から2年間、ドイツに研究滞在了しました。アレクサンダー・フォン・フンボルト財団の奨学金をもらってギーセン大学というところに行きました。正式な名称は Justus Liebig Universität といいます。Justus Liebig というのはドイツの著名な化学者です。その名を取って大学の名称にしています。戦前はルートヴィヒ大学といいました。ルートヴィヒというのは大学を創設した領主の名前でしたが、戦後は化学者の名前に変えたのです。ドイツの大学は創設者個人の名前を冠するのが普通ですね。創設者が市民たちであるときは、その当地で生まれた有名な詩人や文学者の名前を付けたりします。フランクフルト大学はゲーテ大学ですし、デュッセルドルフ大学はハイネ大学です。

なぜギーセン大学を選んだのかと言いますと、このギーセン大学は1968年世代がナチス法研究を始めた一つの拠点だったからです。これは、比較法学者の五十嵐清先生からのアドヴァイスでして、「その方面の研究をやるんだったら、ここへ行ったらいいよ」と言われたので、それでギーセンに行くことにしたのです。ギーセンでは、この方面の研究に打ち込みました。ドイツ滞在中に「二人のハインリッヒ——ナチス私法学研究ノート」（『社会科学研究』33-5、1981年）という論文を書き、それから「J.W.ヘーデマンとナチス私法学」という論文の連載を始めました（『社会科学研究』34-4、35-1、35-3、35-5、36-2、36-4、1982-1984年）。その連載の第一回をドイツで書きました。留学を経験された先生方の中で、ひょっとしたら同じような経験をされたことがあるかも知れないと思うのですが、ドイツで日常的に日本語を使わずに、研究室に籠って日本語の論文を書いていると、

妙な感じになる。とても良い感じでした、日本語がピュアになる(笑)。俗っぽい日本語じゃなくなるんです。日常会話の中では色々な日本語を使うものですが、留学先で専ら書き言葉に集中して日本語を使うと、日本語が何だかとても綺麗になる、そういう印象を、ドイツで論文を書きながら感じていました。

私はとても恵まれていました。私の受け入れ担当の先生はちょうどギーゼン大学の法学部長でした。学部長室があるのは教室のある建物とは独自の二階建ての建物で、上の階に学部長がいて下の部屋が空いていたので、その部屋を全部使わせてもらうことになりました。学部長秘書が私の秘書もしてくれるという、恵まれた環境で勉強することが出来ました。その成果が1986年に刊行した最初の単著『法律からの自由と逃避——ヴァイマル共和制下の私法学』（日本評論社）です。本当はナチス時代までいく予定だったのですが、ヴァイマル時代から始めて、ナチスの全面的な分析に行くまでかなりの分量になりましたので、そこまでで刊行することにしました。実は、その後がまだ続いていません。『ナチズム下の私法学』は未刊のままで今に至っています。

それまでの私はイデオロギー批判という見方でやって来ました。イデオロギー批判ですから、法理論などを外からパンパンと叩く。そういう論文でした。しかしここに至って、「そんなんじゃ、よく分からないよね」という考えを持った。それはやはりドイツで勉強したからだと思います。「二人のハインリッヒ」の一番最後に次のように書きました。「この時代に生きた法律家たちのパンのための、そしてまた『学問』のための沢山の仕事のなかに分け入り、かれらの希望と絶望、信頼と猜疑、確信と挫折、懊悩と懷疑とを少しでも共感することなしには、12年間にわたる『不法 Unrecht』の時代に『法律学』がいかにありえたか、を理解することは困難であろう。この「二人のハインリッヒ」は「内在的な分析」の視点を出した、そういう仕事でした。帰国してから、五十嵐先生とお話をする機会があったときに、先生は「二人のハインリッヒ」を読まれた感想として「広渡君は、やっとなんか良かったね」と言われた(笑)。私は、「そうですか」というしかなかったのですが、超越的な批判は切れ味がよくても、対象への共感を欠いて上っすべりになってしまう。内在的な分析の視点が説得力をもったということなのでしょうね。

(2) ドイツ滞在によるテーマの多様化

ドイツに滞在したことから、色々なテーマを取り扱うようになりました。

まず婚姻・家族法研究です。家族法の分野には、日本にいる間は殆ど手を着けたことが

なかったのですが、帰ってきて早速、『法律時報』に何か書かないかと言われて、「西ドイツの家族事情——finis familiae?」(56 - 4、1984年)を書きました。これは、自分としても面白いものが書けたなと思いました。もともと何故、ドイツで家族法の研究を始めたかと言いますと、ドイツの“Quick”という週刊誌の記事が発端です。ドイツ到着早々にその週刊誌を買って読んだ時に、“Die Bestimmung von Frauen in Japan”(日本における女の定め)という記事に出会いました。「日本の女は寵を守るものである」というような話を延々と展開しているので、これにカチンときまして、反論を書いて、週刊誌の編集部に送りつけました。けれども週刊誌からは無しのつづてでした。語学学校に通っているところでしたから、地元の新聞の*Badische Zeitung*(バーデン新聞)の編集部にも「これをQuickにも送ったんだけど、あなたの新聞にも載せてくれないか」と頼んだところ、こっちは返事が来まして、「とても良い論文で載せたいけれども、余り長すぎるので載せられない」ということでした(笑)。こういうわけで、結局日の目を見ませんでしたけれども、「そうなのか。日本の女性の社会的地位の問題を巡っては、ドイツではこのくらいの理解なのか」と思った。そのことがきっかけで、家族法に取り組み始めたのでした。

帰国してから、1983年、日本の普通離婚率が戦後最大になった年から、社研で「離婚と法研究会」が始まりました。これは利谷さん、稲本さん、それから法社会学の江守五夫先生や民法学の米倉明先生などとの共同研究で私は事務局を務めました。その成果は『離婚の法社会学——欧米と日本』(東京大学出版会、1988年)として刊行されました。それから、「氏名法について——ドイツと日本の比較法史的考察」(広中俊雄先生古希記念論集『民事法秩序の生成と展開』創文社、1996年)がありますね。これについては、家永先生の恩師の唄孝一先生から電話がかかってきまして、「広渡君、読んだよ。面白かった。君もあんな論文を書くんだね」(笑)と褒められたので、印象に残っています。

土地法研究会のあとには、都市法研究会を同僚の原田純孝さんを中心として組織し、吉田克己さんや戒能通厚さんなどと共同研究をかなりインテンシヴにやりました。『現代の都市法制——ドイツ・フランス・イギリス・アメリカ』(東京大学出版会、1993年)がその成果です。

それから、今でも私のメインテーマの一つになっているのですが、外国人・移民問題があります。ドイツに行かなければ、私がこの問題に着目することはなかったと思います。1982年のドイツの法社会学会に出た時に、マイノリティ問題がテーマとなっており、そこで扱われていたのが女性問題と外国人問題でした。日本にいる時は、私はこうした問題

に注目することはなかったので、ドイツに滞在することによって、新しく視野が開けたこととなります。この問題について、最初に書いたのは『法律時報』の「時評」（1986年9月）でして、「定住外国人の選挙権」というものでした。外国人問題はその頃、法律学者は殆ど扱っていませんでした。やっているのは国際社会学者と経済学者——国際労働力移動をやっている経済学者——でした。そういった分野の人たちの共同研究というのが、この時期の外国人問題の研究状況でした。法律のことが分かる人がいないということで、私は重宝されました。「広渡さん、やってくれ」と言われて、幾つかの論文を書きました。他分野の研究者との交流は楽しいですね。これは、私がかかなり長い間扱っているテーマなので、何とか纏めたいと思っております。

ドイツではベルリン自由大学(1987年)とミュンヘン大学(1993-1994年)で、今度は客員教授として、学生を教える機会がありました。学生ともいろいろ話をしますし、留学時代と違って多少ものが分かっていますので、ドイツの様々な生活のありようの中で、法というものがどうワークしているかということについても関心をもつようになりました。そうした中で生まれた研究の枠組みの一つが「二つの戦後社会と法」でした。ここでいう「二つ」というのは日本とドイツです。「戦後社会」という枠組みで日本とドイツのあり方を共通に捉えて比較をするというモチーフができました。戦勝国であるアメリカやフランスやイギリスは「戦後社会」というかたちで第二次大戦後の自分たちの社会を特徴づけることにはないが、特にドイツはNachkriegsgesellschaft (post-war society) という概念で戦後の社会を特徴づけている。ドイツ史の望田幸男さんや社会学の富永健一さんがそういう議論をしていましたので、そこから示唆をえて、「二つの戦後社会と法」という課題を設定し、いろいろの分野について日独比較を試みました。これは、『時の法令』という雑誌に連載したのですが、それを纏めて本にしました（『二つの戦後社会と法の間——日本とドイツ』大蔵省印刷局、1990年）。それから、これは望田先生が仕掛けられたシンポジウムに基いていますが『戦争責任・戦後責任——日本とドイツはどう違うか』（朝日出版社、1994年）も出ました。私が関与した本で、一番売れているのはこれです。他の本は殆ど売れませんが（笑）、これは相当売れました。そして、次の時期になりますが、放送大学のテキストとして『比較法社会論——日本とドイツを中心に』（放送大学教育振興会、2007年）を書きました。これもこの系列の仕事です。

(3) 社研「全体研究・現代日本社会」(1985. 11-92. 4)

東大の社研は、先ほど言いましたように、全所員が1つのテーマに取り組むということで、1980年代には「現代日本社会」というテーマで共同研究をしました(『現代日本社会』東京大学出版会、1985 - 1992年)。ちょうどバブルの真っ盛りの頃から、バブルが崩壊して日本がマイナス成長に入る頃までの時期です。世界で最高の資本主義真っ盛りの日本社会にどんな問題があるのか。その光と影を分析しようと思いました。経済成長が非常に上手くいったのは日本の「光」の部分ですが、それはきっと「影」を生んでいる。その「影」の部分の編集を私は担当しました。第6巻『問題の諸相』(1992年)という巻です。余計な話ですが、この巻頭論文に大沢真理さんという経済学者が書かれた「現代日本社会と女性——労働・家族・地域」が配されています。大沢真理さんはこの論文で初めて女性論を取り上げたのです。それまではイギリスの社会政策史が研究対象でした。「広渡さんから、あのテーマを振られたので、これをきっかけとして、自分はフェミニストの立場から経済学をやるようになった」と、大沢さんが後日述懐していますが、そういう意味も含めて、この『現代日本社会』は私にとって、とても思い出深い研究プロジェクトです。私自身は、この第6巻で「序論・いま何が問題か」と「外国人と外国人政策の論理」を執筆しています。

この最盛期の日本社会のあり方を企業社会、或いは会社第一主義の社会として特徴づけて、法律論的なアプローチをしたのが、「社会国家と会社主義——企業体制を中心とした西ドイツと日本の比較」(『法の科学』18、1990年)、「日本社会の法化——ドイツとの比較で」(『岩波講座 現代の法』15『現代法学の思想と方法』1997年)でした。

(4) ドイツ統一問題

それから、ドイツ統一問題です。まさに20世紀後半の最大の問題の1つでした。5年間ほど掛かりっきりで、その分析をしました。さきほどふれた『二つの戦後社会と法の間』を纏めたのは1989年の末でしたが、その「はしがき」に次のように書きました。「1989年11月9日の『ベルリンの壁』撤去以降、『ドイツ統一』をめぐる議論は新しい段階に入る様相を見せている。その帰趨は誰も予見しえないが、もしかするとそれは『戦後社会・西ドイツ』の『終わりの始まり』となるかもしれない」。それから半年後、『法律時報』(1990年9月号)の「時評」に「『二つのドイツ』の終焉」を書くことになりました。全くあっという間に、あれよあれよという間に、ドイツ統一が成し遂げられた、ということ

す。私はリアルタイムですっとそれをウォッチしていました。その頃は、インターネットはありませんから、航空便で向こうの新聞と週刊誌——東ドイツの新聞 *Neues Deutschland*、*Frankfurter Allgemeine Zeitung*、週刊誌 *Der Spiegel*——を取って、リアルタイムですっと見るということを5年間やりまして、その成果を『統一ドイツの法変動——統一の一つの決算』（有信堂、1996年）として刊行しました。同書の「序文」に、「本書は1989年秋から1995年秋までの時期を対象に、ドイツ統一の進行過程と統一によってもたらされたドイツの国家と社会における基幹的な問題を取りあげ、法学的アプローチによって、観察し、かつ、分析することを内容としている。」「とりあげたテーマは、筆者の関心に規定されて選ばれてはいるが、客観的にみても統一ドイツの問題として基幹的であり、かつ、最重要なものといってよい。」と書きました。これを書いている時には、ちっともおかしなことを書いている積りはなかったのですけれども、当時社研の助手だった角松生史さん——今は神戸大学です——が「広渡さん、強気ですね」って言ったんです。「どうして？」と訊いたら、「自分で分析したのが『基幹的』で『最重要』だなんて、よく言いますよね」という（笑）。でも、それは全然不思議ではなくて、実際にリアルタイムで見ていると、どれが基幹的で最重要かかってということが分かりますよね。だから、全く違和感なく、こういうことを書けた。ということは、それだけこの問題に打ち込んでやっていたということです。5年間打ち込んでやっていて、とても面白かった。

もともと私は東西ドイツの法体制比較をやりたくて、東ドイツの資料を沢山集めていました。が、結局、東ドイツが潰れてしまいましたので、「今更、比較でもないな」ということで、止めにしました。集めていた資料は歴史的遺産になってしまいました。ドイツ統一後のドイツ社会で1番の問題は、東ドイツ（ドイツ民主共和国）という国家をどう評価するかという点でした。この点で、私とドイツのことを見ている日本の法律学者との間で、かなり違いがあるという印象を持ったこともあります。まがりなりにも40年続いたドイツ民主共和国という社会主義国家は、それなりの国家であって、そういう国家が存在したことは尊重されるべきだというのが私の考えでした。しかし、東ドイツという国家は不法国家だったとする見方が統一ドイツ社会のなかで大勢でした。不法国家 *Unrechtsstaat* というレッテルは、ナチス国家に対して貼り付けるレッテルですが、東ドイツにもそのレッテルがはられて、ドイツにとっての「二つの過去の克服」という課題が議論されるようになりました。不法国家というと、その存在自体がマイナスだったということなので、そうすると、40年間の東ドイツの存在を全て否定するということになります。それは、もう

消し去るしかない存在になる。法律論としていちばん論争になったのは、「ベルリンの壁」を越えて西ドイツ（西ベルリン）に逃げようとする東ドイツ市民を射殺した国境警備兵が殺人罪に問われた裁判でした。この問題については、日本の法学者の間でも意見が分かるところだと思えます。私は東ドイツ社会主義にある種の親近感を持っていました。東ドイツには滞在したことがなく、旅行をしたただけでしたが。統一のプロセスの展開について、わたしの予想は悉く外れました。予想が外れた理由は、「東ドイツ社会主義に東ドイツ市民もある程度の愛着を持っているから改革をしつつその体制が続くのではないか」と基本的に考えたところにあったのではないかと思います。こうした思いを含めて執筆したのが『統一ドイツの法変動』でした。

4. ポスト職人時代——実証研究からのシフト（1998. 4 - ）

そこで、次にポスト職人時代に入ります。この時期には実証研究からシフトしました。実証研究からシフトしたら、どこへ行くのかということなのですが、抽象的にモノを考えて論文を書くようになった、ということです。事実関係を沢山調べて、色んな資料に当たって、それで論文を書くというのが難しい状況になった。この時代は、いろいろ他に仕事が入ってくるので、なかなか研究の時間を確保出来なくなったというのが実際の結果でした。

この時期には3つの本にとっても大きな影響を受けました。来栖三郎『法とフィクション』（東京大学出版会、1999年）、原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論』（創文社、2002年）、広中俊雄『新版民法綱要』第1巻『総論』（創文社、2006年。旧版は1999年）。この3つの著作に取り組んで、これらの著作から示唆を受けた議論を展開してみたのが、この時期の大きな特徴です。

(1) フィクション論

まずフィクション論ということです。来栖先生自ら、フィクションを次のように定義しています。同書の本文の末尾です。「（歴史の現実において社会契約なるものは存在しないのに）それにもかかわらず、社会契約が存在したとするのは、人民主権国家の原理または正義の諸権利を提唱して規範的現状を変更しようとする目的を達成する手段として、存在しないのに存在すると仮定するのであるが、しかもそれは現実に根拠をもった理想としてであり、架空的なものと考えべきではない。そのような意味において社会契約はフィ

クシオンと考えるべきなのである。もっとも、フィクションということばは、いろいろな意味に用いられるであろう。しかし、私の一連のフィクション論においては、フィクションのことばを架空的な意味には用いていないのである。」なかなか意味深長ですね。フィクションというのは、架空のもの、ウソ偽りではない。それは、現実にも根拠をもったものである。しかし、現実そのものではない。フィクションというのは、そういう狭間にある何ものかである。——これが来栖先生の問題提起でした。

初めてこれを応用して書いたのは、2001年、法制史学会の創立50周年の記念シンポジウムで行なった報告に基づく論文「ナチズムと近代・近代法——『近代法の再定位』に寄せて」（『近代法の再定位』創文社、2001年）でした。かつての私のイデオロギー批判の立場からすると、ナチスの法理論は近代法の持っているイデオロギー性をもっと歪曲した二重の虚偽的イデオロギーである、という規定になります。すなわち、抽象的法人格というのは一つのイデオロギーである、労働力の商品化を含めて資本主義的商品交換社会を構成するために、全ての人を商品交換主体とすること、これが抽象的法人格の本質であるが、ナチスは更に進んで、人間を「民族同胞」、「民族共同体の分枝」と規定し、これをもって抽象的法人格に代わる具体的概念であるとする。私は、これをとらえて、「二重の虚偽化」とこれまで考えたのですが、ここでは、そうではなくて、抽象的法人格、近代の自由・平等の権利主体としての人格は、フィクションだと捉え、かつ、このフィクションは守るべきフィクションであると議論を展開しました。結論的にいうと、近代法の原理をファシズムに対してもポストモダンに対しても擁護する立場を、来栖先生のフィクション論を使って打ち出した、ということでした。

来栖先生のもともとの出発点は法解釈論争です。来栖先生が「法律家」という論文——1953年の私法学会の報告です——をお書きになって、これがきっかけとなって法解釈とは何かという論争が始まった。来栖先生自ら、後に法解釈論争を遡って再検討された、その再検討の過程でフィクション論に出会われたと言ってよいでしょう。解釈をする時に、実定法律をどう位置付けるか、ということです。実定法律は一つの客観的存在としてあると考える。しかし他方で、解釈者は主観的な決断をしているというふうにも、来栖先生は考える。そうすると、客観的存在としての実定法と解釈者の主観的判断・決断だと言われる最終的な解釈との間に、実は「法」というものが仮定されているのではないか。それは架空のものではなくて、現実にも根拠を持っているが、しかし、それとして認識されるものではない。どうも、そういう「法」をフィクションとして捉えようとしたのではないか。

来栖先生の本は、非常に含蓄のあるものですので、色んな解釈を許容すると思います。この来栖先生の『フィクションと法』には、ローマ法学者の木庭顕さんが「余白に」という文章を寄せていまして、これもなかなか意味深長です。私が考えていたことと符節の合うようなことが述べられています。

来栖先生のこの本については、私より年長の法律学者の対応に興味深いものがあります。村上淳一さんは、自らの「構成主義」の立場から来栖さんは当たり前のことを言っているだけだと言いました。「この世の中はフィクションだ」という態度です。だから非常に冷静で、「来栖さんも、もう少し先までいけば、僕と同じ立場になったんだよ」という、そういう反応でした。樋口陽一さんは、「共感する」という立場でした。フィクションという考え方が近代法の原理を擁護するのに必要だということに自分は共感すると。原島重義先生は、「困った、来栖さんのいうことは理解出来ない」と言われる。原島先生はサヴィニーの議論などを踏まえながら、解釈すべき法は社会の中に実体として有るというお考えなんですね。だから、フィクションという考え方は受け入れられない。それから、清水誠さんは「だんだん自分も歳を取って来たら、来栖先生の言っていることが分かってきた」と仰っていました。若い世代の反応もいろいろ分かれています。

(2) 市民社会・市民法論——フィクション論と重ねあわせながら

こういうフィクション論を考えながら、原島先生や広中先生の大きなモノグラフに取り組み、原島先生の『法的判断とは何か』、広中先生の『綱要』、これらを自分でどのように咀嚼するかということで、幾つか論文を書きました（「法的判断論の構図——法の解釈・適用とは何か」『社会科学研究』55 - 2、2004年、「市民社会論のルネッサンスと市民法論」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系』創文社、2006年）。その時に、市民社会とか市民法とは何かということを自分の問題関心の中心にしました。原島先生はカントとヘーゲルの両方を統合的に理解して、法の解釈を基礎づける考え方を展開されました。ちょっとだけ申しますと、法の解釈では実定法が根拠になりますから、実定法を解釈するのは規範的判断力の問題だとカントは考えた、というのです。規範を前提として、そこから一つの判断を導く。ここでは、規範が予定した事実に社会の事実を当てはめて、規範を適用するという三段論法的な包摂が行われうる。法の解釈というのは、そういうものですね。しかし、規範がない状況の下でも、例えば裁判官なり法解釈に携わる者は、事案に法的判断を下さなくてはならない場合がある。規範を前提にしないけれども決定をする、という場合

です。それは、反省的判断力の領域に属する。Reflektion (反省)、つまり芸術家が美的なるもの創り出す時に自分の中にある何か直観に従うのと類似するということですね。全体的直観というのはヘーゲルの観念ですが、原島先生はカントとヘーゲルを統合しながら、実定法について解釈者が或る判断を下すことを法的判断として——それは法解釈のことをいうわけですが——その構造を解析されました。

(3) 希望の社会科学的研究

時間の関係で、ポスト職人時代の、これ以外の研究については省略しますが、希望学のことについては、ちょっとお話ししましょう。

東大社研を定年で辞める直前の時期に、私が関与した全所的な研究プロジェクトは「希望の社会科学的研究」でした。「希望」というのは社会科学の対象としてこれまでキチンと研究されてきたことはありませんでした。というのも、東西冷戦の対立構造が無くなる前までは、社会科学は或る見取り図を持つことが出来たからです。つまり、社会主義を一つの基準として、社会科学が存在し得た。資本主義社会の後に社会主義社会が来るとするのは、資本主義社会を分析する社会科学にとって一つの見取り図であり得たのです。しかし、ソ連・東欧の崩壊によって、そういう見取り図は最早社会科学にはないと人々が考えざるをえなくなった。そういう時に、社会科学の中から起ってきたのが、「それで人々はやっていけるのか」という疑問でした。革命によって社会を変えるというマルクスの理論が無くなったなら、その代わりに何があるのか、と考えると、「希望」があるかも知れない。アメリカなどで「希望」の社会科学的研究が始まったのは、そういうことからでした。私たちは、そういうことを知らずに研究を始めたのですが、だんだんそういうことが分かってきました。

この希望の研究の中で、私のフィクション論、それからプログラム論の位置づけを試みることになりました。フィクションは、先ほどの来栖先生の定義のように、実現すべき理念です。ですから、希望とよく似ている。「これは私たちの希望だ」という時には、「私たちはこれを実現したい」と思うものですね。それを整理して理論化すれば「実現すべき理念」として希望が位置づけられる。ここは分かって頂けると思います。もう一つ、プログラムという考え方についていうと、希望というのは、「こういうのがあったらいいなあ」と思って、その実現のために頑張るものですね。だからそれがフィクションなのですが、プログラムというのは、「今ある現実、何かのプログラムの実現としてある」と考える

ものです。

ちょっと分かりにくいですね。プログラム論は、社会学者の吉田民人さん——お亡くなりになりましたが——の議論に触発されたものです。吉田さんの議論は、日本学会議で付き合っていて、「いつも訳の分からない話をしているなあ」と思っていました。彼の学術体系論というのがありまして、結論だけいいますと、認識科学（客観的な対象を認識する科学）と設計科学（モノを作り出す科学）、それから技術（科学を実際の様々な現実に媒介する、実装するためのもの）、この3つに学術的営為は分かれる。法律学は認識する学問であるけれども、設計する学問でもある。これは、人間の住んでいるこの地球が物質層と生物層と人間層に分かれることに対応している。物質層に対応するのが認識科学であり、生物層と人間層はどちらも設計科学の対象である、と吉田民人さんは言います。生物層はどのように出来ているか。ゲノムから出来ている。ゲノムがどのように生物を作り出していくかという、ゲノムの中にそれがプログラミングされているからだ。社会の作り方も同様で、「こういう社会を作ろう」という人間の意思から出て来ている様々なプログラムがあって、それで人間の社会が生まれてくる——というわけです。従って、生物層を研究する生物学、人間の社会を研究する社会科学は、認識をする法則科学でなくて、プログラム科学であると言われます。なかなか面白いなあと思いました。このプログラムをグッと拡大して考えると、希望はプログラムだと言えなくもない。プログラム論で一番分かり易いのは革命ですね。ソ連でああいう社会が出来たのは、革命理論であるプログラムに従って作り上げられた、まさに人工的な社会です。だから、プログラムの研究をしなければ、社会主義社会は理解出来ない。革命理論は、また、革命が行なわれる以前の社会にあっては、希望なのです。プレヒトの『三文オペラ』に、労働者の貧しい女房が、「マルクスやレーニンの理論は私たちの光であり希望であった」という台詞があることを思い出します。希望学の中で、このようにプログラムを位置づけて議論しました。

吉田民人さんは、当時、学会議の副会長としてこのような議論を展開していました。その当時はよく分かりませんでしたが、2008年正月の講書始の儀——学者が何人か呼ばれて、天皇の前で25分ずつお話をするという新春のイベント、私も何回か陪席しました——で、吉田民人さんの「社会を作るのは法則か規則か」という話をあらためて聞くことになりました。後で、一緒に出席していた天文学者に、「天皇は、あの話分かったと思います？」と訊きましたが（笑）、このことで吉田理論が非常に印象深くなりました。すごいなあと思いました。あんな難しい話を25分間で天皇の前でやるとは。吉田さんの本当

に言いたかったことなのでしょうね。

希望学に関する私の論文「希望と変革——いま希望を語るとすれば」（『希望学』第1巻『希望を語る——社会科学の新たな地平へ』東京大学出版会、2009年）は、私が専修大学に来た時に、皆さんに自己紹介を兼ねてお渡ししました。この論文の末尾に「希望に関する11のテーゼ」を「蛇足ながら」と断って付け加えました。そのテーゼの第11項は以下のようなものです。「希望は、『個人』の希望からはじまる。それは社会の希望としての共同表象に展開しうる。このような未来についての表象を現在の社会構造の実在的要素として位置づけ、それらの関連を分析し、現在社会の可能性をとらえることによって、現在社会を歴史的なダイナミズムのなかに対象化することができる。」ここから、確かに、希望をフィクションやプログラムとして位置づけることが理論的に可能であることが分かって頂けるのではないかと思います。希望を分析しないと、今の社会がどう変わるか分からないじゃないか。希望自体は現実存在ではなく、人間の主観的な表象の中にあるのですが、それを対象化することによって、社会の現実にある可能性を分析することができる、逆にいえば、それなしには社会の変革の可能性をよく知ることができない、——というようなことをここで言っているわけです。

このテーゼを何故11項にしたのか。共同研究者にいろいろ聞いてみたのですが、若い人は殆ど分かりませんでした。「サッカーから来ているんですか」と言われてしまって（笑）。実は、マルクスの『フォイエルバッハに関するテーゼ』が11項だから、それで11にしたんです。一発で正解したのは一人だけでしたね。世代の差を感じました。

この時期の仕事をまとめたのが『比較法社会論研究』（日本評論社、2009）です。比較法社会論という方法的コンセプトは、日本の法社会学の創始者ともいべき末弘巖太郎の業績を検討することをきっかけにして、生まれたものです（「末弘法学から学びつつ、現代の法律学を考える」法律時報70 12、1998）。現代社会と法の総合的な分析のための方法とは何か、末弘理論の現代版として展開することが狙いでした。論文集なので十分に意を尽くしたものとは言えませんし、実証的な研究ではないので、説得力がいま一つかなという感じではあります。

5. 「ポスト職人」 + 「教育のマイスターならず」時代（2009. 4 - ）

最後の「ポスト職人」 + 「教育のマイスターならず」時代、つまり2009年4月に専修

大学に移ってからの時代です。

(1) 市民社会論の法律家的考察

一つは、市民社会論の法律家的考察ということで、「変革の戦略としての市民社会論」(『権力の仕掛けと仕掛け返し』文理閣、2011年)を書きました。ここで初めて、カントの理念論を用いました。ドイツのランガーという研究者の書いた論文が示唆的でした。実はカントがどこでそういうことを言っているのか分からない議論を、柄谷行人やチェコの経済学者などの本で読んだのですが、カントのどういう著作に当たると、彼らが言っているような議論が出て来るのかなと思って、駒場でカントの研究をやっている若い研究者に聞きましたら、「広渡さん、それにはこういう論文がありますよ」と教えてくれたんです。それでそのランガーの論文を読みました。それによると、カントの理念 Idee に関する議論では、理念は事実の認識ではなく、仮象つまりフィクションだということになります。ただし、仮象には二通りあり、一つは間違っただけの仮象、つまり正しく認識すれば表象される筈はないのに、間違っただけの認識をするが故に生じてくる表象、これが本当の意味での仮象です。これは、実践によってその誤りが正される、しかし、これとは異なったものとして、超越論的仮象というのがある。これは理性が作りだした、理性にとって必要な仮象です。つまり、現実ではなく、したがって認識の対象ではないが、理性にとって必要な仮象というのがあって、それは統整としての理念、人間の行動を導く理念になる。その代表例が社会契約だと言うわけです。「これ、来栖さんが言っていることと繋がっているじゃないか」と思いました。来栖先生はカントを引用していません。だから、来栖先生は自分の議論とカントのこの議論との関連はお気づきにならずに論文を書かれたのでしょう。でも、論理展開の面からみると、よく似ていると思いました。

(2) 「性別」のジェンダー論的分析

この時期に一番よく考えたのは、「性別」のジェンダー論的分析ではないかと思いますので、最後にこのことに触れておきます。「ドイツ民法典第1条の含蓄」(『ドイツ研究』42、2008年)、「ドイツにおける『統合』問題——国籍・ジェンダー・宗教」(『ジェンダー平等と多文化共生——複合差別を超えて』東北大学出版会、2010年)、「法制度としての性別」(『講座 ジェンダーと法』第1巻『ジェンダー法学のインパクト』日本加除出版、2012年)といった論文を、この問題を巡って書きました。主要な論点を申しますと、ドイツ民法典第1条は、

「人間 Mensch は出生の完了によって権利能力者となる。」と規定しています。この権利能力者のことをドイツ民法典では Person と言います。従って、Mensch は生まれた時から Person になる、というのが、ドイツ民法典第 1 条の論理です。Mensch というのは、我々生きている人間のことで、では、Person とは何か。Person の元になったギリシャ語のプロパーソン、ラテン語のペルゾナ persona は、舞台の上で着ける仮面や服装のことです。ホップスの『リヴァイアサン』の中の Person の定義によると、実際上の存在である Mensch を擬制的に、フィクショナルに、代表するものが Person であるとされる。国家そのものは意思をもたないから、例えば君主が国家を代表する、ここでは君主が Person だという議論です。民事の世界では、未成年者の代わりに未成年者のために行為する者が Person だということになる。つまり、Person というのは、国家や未成年者のために行為するものとみなされる、フィクショナルな存在というわけです。近代法は、Mensch と Person とはいつも同一だという原理を立てることによって、Mensch の個別的具體性を抽象化して、フィクショナルな権利の平等の主体、法が平等に適用される主体を作り出した。これが Person の近代的な意味です。ところが、ドイツ民法典の第 1 条の草案理由書を読むと、Person というのはそういう意味だと書かれているにもかかわらず、続けてすぐに「性別はその例外」と書かれている。すべての人間を Person として一般的・普遍的に承認した、すぐそのあとに、例外的なものがあり、それが性別だという。では女性は Person でなくなるのかといえば、そういう構成は取れない。そこで使われる手段が行為能力という概念になるわけです。権利能力を全ての人に認めつつ、妻の行為能力、財産能力に制限を加える。これが家父長制と並存した近代法の論理でした。これは、法社会学者のエールリッヒの分析です。

このように、Person としての権利能力を Mensch 一般に承認しながら、他方、妻たる女性をそこから外す構成を取ったばかりでなく、同時に、人間は女性か男性のどちらかだ、必ず女性と男性に分かれるという原理を作ったのも近代法です。性別の生まれながらにしての法的確定原則は、性差別の存在を前提にすることによって必要とされるものですね。Person の例外的な扱いをする女性とは誰か、その範囲が絶対的に確定されなければならないからです。そこで、第三の性というものが、近代民法では一切認められないとされました。ドイツ民法典以前のプロイセン一般ラント法（1794 年）とかバイエルンのマクシミリアン民法典（1756 年）では、両性具有者 Zwitter が制度として認められていました。出生の際に、どちらかに性別を決定出来ない者が生まれることがあるのは、社会でよく知

られた事実だった。従って、その場合には仕方がないので、両親の間で、どちらの性で育てるか決めなさい、しかし本人が18歳になったら、どちらの性を選ぶか本人が選択できますよ、というのが、プロイセン一般ラント法のZwitterに関する制度でした。ドイツ民法典はそれを否定した。ドイツ民法典の立法者によると、当時の、つまり19世紀末の現代医学では人間は必ず男性か女性かに区別される。第三の性はあり得ない。だから現代医学の知見に立って、そのようにするのだと書いています。しかし、当代の現代医学の知見では、男性とも女性とも決定出来ない人が、割合としては僅かであれ、生まれてくることが明らかになっています。ですから、性別転換の法制度をドイツは1987年以降、日本は2003年以降、作らざるを得なくなりました。

性別はあえていえば、本人の選択でもないし、生物学的な事実そのものでもなく、法によって強いられる制度です。日本で言えば、出生届を出す時に、どちらかの性に決定しないと出生届を受理して貰えませんね。でも、いつまで、そのような制度としての性別を強制するのかという問題が、これから出てくるのではないかと私は思います。そういうわけで、性別の問題を考える基準として広中先生の理論を使ってみました。広中先生は私流の表現で言えば、「人格概念の二段階的発展」という見方を示されました。「近代法的人格概念」というのは、商品交換主体として、権利主体としての平等性を認めるという人格概念である。第二次世界大戦以後の人格概念——「現代法的な人格概念」——は、個人の尊厳の担い手としての人格である。商品交換主体としての人格から、個人の尊厳の担い手としての人格への発展は、法の概念、法制度のあり方について、根本的な再検討、ないし発展を必要とする。人間が絶対的に2つの性に分かれることを法的規範として前提し、強制することのもつ意味が検討されなければならない。最終的には、性別は個人の選択になる。従って、パートナーとして男性を選ぶか女性を選ぶかも、個人の選択に掛からしめられることになるだろう。人を生むという本当の意味では自然な行為も、今や生殖医療の発展によって、色々な形で生むことが出来るようになった。だから今後は、性別を法律によって制度化するということにポイントが置かれるのではなく、生殖医療のあり方について、制度化が進むのではないかと書いたことを書いてきましたが、今後の課題ですね。

これ以外の研究については、省略致します。専修大学の『法学論集』に執筆した論文に「国籍・市民権・民族所属性——『人と国家の関係』の法的形象をめぐって」120（2014年）、「M.ヴェーバーの『法の形式的合理性』概念の位置について」123（2015年）があります。また、2011年の3、11以降は、学会会議の仕事がありまして、原発問題とか科学

者の社会的責任について、いろいろ論文を書く機会がありました。そして、最近では安保法制反対の運動の中で、平和主義・立憲主義・民主主義の相互関係がどうなっているかということに改めて考えさせられて、今もいろいろ考えているところです。

6. 研究のマイスターを目指す (2016. 1 -)

研究のマイスターを目指すのは今日からとしました。4月まで待たないで今日から頑張るぞ!ということです(笑)。ナチス法・ナチス私法学研究のまとめ、ドイツにおける移民・難民の制度の史的発展のまとめ(日本との比較を含む)、市民社会論と私的自治論(私的自治の価値と技術、およびその関係についての考察)、放送大学教科書『市民社会と法』と『比較法社会論——日本とドイツを中心に』の合体的発展的改訂版の作成、といった仕事をやっていかななくてはなりません。あとは、体力が続くかどうかの問題だけなのですが、頑張りたいと思っています。

以上で終わりにします。有難うございました。(拍手)

【質疑応答】

渡邊：先生、有難うございました。それぞれの時期での先生の問題関心や方法論は、我々皆が共有できるとも幅広い内容を含むもので、興味深いものでした。この後は、自由な雰囲気での議論をしたいという先生のご意向もございますので、どのような立場からでもご発言頂ければと存じます。

白藤博行所員：いろいろお聞きしたいことがあります。一番最初の論文のところ、財産管理権のことについて、ちょっとお聞き致します。今実は自分の仕事でこの問題を考えなくてはならなくなっておまして(笑)。「財産秩序を変動させる権能としての財産管理権」というところなのですが、この「財産秩序の変動」ということの意味をご示唆頂きたいと思います。簡単で結構なのですが、後は自分で勉強しますので(笑)。

広渡：於保先生は助手の当時、加古祐二郎(法哲学)、大隅健一郎(商法)、大森忠夫(商法)といった人たちと若手の研究会をやり、パシュカーニスを読んでいと聞いたことがあります。先生は、『資本論』も読んでいたのではないかと思います。先生の考えでは、資本主義社会では、商品交換主体と商品という二つの重要なものがある。法律学は主体の方にだけ着目している。主体中心の法律学になっている。自分はそれに対して、モノ、つまり商品の方に着目して、商品交

換主体と商品が楕円の二つの焦点であるような私法秩序を考える必要があると思う。そういうことで、財産管理権の概念を着想した、ということです。これは『財産管理権論序説』（有信堂、1954年）に出てきます。1933年、先生は「授権について」と題する処女論文を書かれ、それから毎年2本ずつ論文を書かれて、5年間のうちに10本くらい書かれたのを、戦後になって1冊の本に纏められた。纏める時に、第一章に「財産管理権論序説」というのを置かれて、全体の構想を叙述されました。

例えば、「これ」は私の所有物ですよ。従来の議論だと、「これ」の所有権を移転するのは私が「これ」の所有者だからだ。「これ」の所有者だから、「これ」の所有権を移転する権限があるのだ。「これ」の所有権に基づく権限によって、私は「これ」を移転している、というように説明していました。けれども、彼の議論だと、そうではない。財産については、財産管理権というのが、実体的な所有権とは別にある。「これを誰かに売ってね」といって「これ」を「彼」に渡したとすると、「彼」に所有権は渡さないけれども「彼」は私の代理人として「これ」を誰かに売ることが出来る。それは、「彼」に私が財産管理権を与えているからだ。代理権というのは財産管理権を内容にする。——これが、財産管理権の議論の出発点です。財産管理権というものは、実体権である所有権などとは違うレベルの、秩序を変動させる形式的な権限である。そういう権限として財産管理権があって、それは、行為能力などと並んで、私法自治を考える場合の基本的な概念である。——こういう議論です。

白藤：その「秩序」というのは法秩序ということでもないんですか。

広渡：法秩序です。財産に関わる法秩序です。「これ」の所有権が私から「彼」に移るとするのは、「これ」についての財産管理権に基づいて、この実体権としての所有権を私が移しているからなんだ、という媒介項をもう一つ入れるんですね。普通は、所有権を移すという場合、私が所有権を持っているんだからそれを移せば終わりと考えるところだけれども、それだと代理が上手く説明できない。そこから議論が始まるんですね。

於保先生の最初の論文は授権についてでした。授権というのは、ドイツの民法典にある制度です。代理と授権は違います。代理は本人の名において、つまり、代理する人からみれば他人の名において行なわれます。例えば白藤さんが私の代理をする時は私の名において、するでしょう。「広渡の代理人として、やっています」と言って、私の所有物を誰かに譲渡する。これが代理だと言われています。授権は違う。授権された者は自分の名前でやるんです。例えば、白藤さんが自分の名前で「これ」を売る。そのことが認められているんですね。それは何故かということの問題にしたのが、授権についての論文でした。それは、名前の問題ではない。誰の名前でこれを

譲渡するかが問題なのではなくて、所有者としての私が被授權者というか、第三者に財産管理権を与えているからなのだ。その人がどういう名前で行為するにしても、この財産管理権に基づいて所有権が移るんだ。だから、代理権も授權も共通に財産管理権を内容とし、実体権としての財産権を移転させる形式的・技術的な概念だ、と理論的に整理できる。このように行為能力と並んで財産管理権を財産関係を変動する条件だと位置づけると、この概念は民法の私的自治の技術的構造の全体に関わるものになります。於保先生の理論は、そのように民法理論体系全体に射程の及ぶようなものでした。

白藤：有難うございました。

内藤光博所員：市民社会論についてお伺いしたいと思います。「日本国憲法と市民社会」というタイトルで論文を書いておりますもので、お伺いしたいと思います。先生の市民社会論を読ませて頂いて、とても勉強になりました。端的にちょっとご質問したいのは、先生のお書きになった「変革の戦略としての市民社会論」についてです。おそらくこれが、先生の市民社会論の帰結だと思うんですね。そこで先生が語られている市民社会というのは、実体的・実証的なものというよりは、何らかの目的をもった存在として、社会変革のキーワードとなるものとして位置づけられている。そこまでは理解できたのですが、その先がちょっと私の理解が及びません。先生が想定されている市民社会とはどういうものであって、先生はそれをどういうふうにして導き出されたのかということまで読み込めなかったのです。先生の論文における市民社会論、いわば「広渡市民社会論」について、私も言及しようと思ったのですが、結局そこが課題として残ってしまいました。それを理解したいと思ひまして、ご質問致しました。勉強不足で失礼なご質問かも知れませんが…。

広渡：何を考えているのかと言われると、とても困るのですが(笑)、実は簡単に考えていて…。いや、簡単に考えているというもおかしいですね。要するに、民法の原理の下では、人々は自由で平等で独立であるとされる。人は自由で平等で独立というのは、民法学者は誰でも民法総則の講義で言うことですよ。民法の世界はそうだと…。「自由で、平等で独立」という規定、これはカントの『道徳形而上学』(Die Methaphysik der Sitten) に由来します。カントは *societas civilis* というローマ以来の、日本語では「市民社会」と訳される語について、これを「社会 *Gesellschaft*、すなわち国家 *Staat*」と言い、この「構成員 *cives*」を“*Staatsbürger*”と訳しました。これは、カントの造語だとされています。その *Staatsbürger* の性格を、カントは3つに分けて説明しているのですが、それが自由と平等と独立なんです。カントは、「そうあるべきだ」とここで言っているのです。現実に今の日本社会でも「そうあるべきだ」の議論ですよ。人々が自由で

平等で独立「である」のではなく、「であるべきだ」の議論ですね。それが市民社会なのであって、市民社会というのは絶えず「であるべきだ」を「である」に移行させていくような目標概念だ、というのが私の市民社会についての捉え方なんです。お分かり頂けますかね。

内藤：結局、先生の言われる市民とは誰か、ということについては…。

広渡：市民というのは「みんな」です。全員です。カントの段階だと、「独立」という要素が入っていますので、他人に雇われている人はこの「独立」の要素を欠いています。だから、そこから省かれます。女性も当然に省かれています。社会がだんだん進んでいくにつれて、そういう除外は無いという建前で、現代の社会が作られてきています。だから日本国憲法の下では、全ての人には自由で平等で独立である、と言っても差し支えないのですが、でも、現実にはそうではない。皆が自由で平等で独立な生活を満喫出来ているわけではない。そういう意味では、市民社会の理念はあくまで理念に留まっていて、法律学者が言っていることは、規範的な議論である。実証的な議論ではない。規範を実証に移すのが、市民社会における戦略的な過程である…。

内藤：はい。その点まではよく分かるんです。先生が想定されている市民社会とはどういうものなのか、ということなんですが…。

広渡：それは資本主義経済システムを含むのか、とかいろいろな問題があつて…。

内藤：ええ。そうなんです。

広渡：経済システムをどうするかとか、政治システムをどうするかとか、いろんな議論があり得ると思います。資本主義社会の下で、全ての間人が自由で平等で独立した存在になれるのか、という問題を提起すると、経済システムを変えなければいけない、ということにもなる。社会主義はそれを目指したんですね。でも、上手くいかなかった。だから、そこは棚上げです。私に経済構造とか政治的民主主義の本当のあり方などを語れと今言われても、ちょっと語りようもないので…。目標として、全ての人々が自由で平等で独立であるような社会を目指すという、そういうごく単純な話なんです。でも、そこをハッキリさせることに意味があるんじゃないか、というのが、この「変革の戦略としての市民社会論」の意図するところなんです。

内藤：それが結論ということで、考えてよいわけですね。

広渡：そうです。経済システムはいろいろある。例えば山口定さんの市民社会論をみると、ヨーロッパでの様々な経済構想が考察されています。協同組合とか、或いは小さな単位での自主管理とか。それらが紹介されています。こういう方面の研究は本当に実証的にやらなければなりません。私はそこまでは立ち入っていない。たとえば同僚の榎透さんのように、民主主義をどう理解するか、国家がどこまで関与するか、というような話を始めると、それはそれで具体的な構想を

描かなくてははいけません。ヘイトスピーチの問題で榎さんが立てている議論は、社会におけるそういう行為に対して国家が規制を加えることは是か非か、どちらを取るか、市民社会論の立場からどちらが望まれるか、という議論になっていく。そうすれば、いろんな方面のことを考えなくてはならなくなると思いますね。そこまではちょっと出来ないんで、非常に原理的な段階に留まっているわけです。

内藤：ありがとうございました。

小川浩三所員：自由・平等・独立が実現した社会においては法——これは強制の要素を含みますね——は必要なくなる。そういうかたちで最初の於保先生の「法は法無きを期す」と繋がっていく、というふうに考えてよいのでしょうか。

広渡：さあ、どうなのでしょう。私は人間が人間である限りは、法ってものはやはり必要なんじゃないかと思うんですがね。

小川：やはりそうなのでしょうね、現実としては。

広渡：権力的な関係にない集団でもルールは必要なので、そのようなルールはどこでもあるだろう。そのルールが強制的なルールであるかどうかは確かに問題なのだけれども、ルールの必要性は認めざるを得ない。ルールがどこまで権力的であるか、強制的であるかという問題は、どうしても残るだろうと思いますね。「法は法無きを期す」とは言われるけれども、私はやはり、「人は全て自由で平等で独立であるべきである」という法は必要なんじゃないかと思う。

鈴木秀光所員：この言葉自体は、「刑は刑無きを期す」という中国にある言葉にかけているんだと思いますね。「法は法無きを期す」という言葉は文献で見たことはありませんが、「刑は刑無きを期す」は中国の皇帝が好きな言葉で、よく出てきます。中国では刑と法は殆ど同じ意味で使われますので、「刑は刑無きを期す」は単に刑罰のことだけを言っているのではなくて、懲戒を含めた社会の秩序のことを言っているのだと思います。イメージし易いのは親が子どもに対して、体罰を含めてより良い方向に導いていくものという意味で使われているんですね。私は、どうしてもそういう方向で考えてしまうのですが、どうもここで言われている「法は法無きを期す」は、そうではないようですね。

広渡：違いますね。私は恩師をちょっと「肥大化」して理解しているかも知れない。於保先生は何でも分かっていたんだといふうに考えたがところがあって...。先生はエンゲルスも読んでいただろう、社会の発展の行く末、国家も法の強制もない社会の実現のことを考えておられたのかなあと、好意的に理解しているんですけど。

鈴木：戦前の方だと、だいたい漢文の知識がありますので、そちらのことも知っておられたかも

知れませんね。

広渡：両方あったかも知れません。それらが全部ごったまぜになっているようにも思います。それにしても、こういう印象的な言葉で講義を終わるといいですね（笑）。私が今に至るまで、それを覚えているんですから。

鈴木：どういうニュアンスで、この言葉を言われたのか、とても興味があります。

広渡：ついでに言いますと、於保先生の私が受けた最後の試験、親族法の試験でしたが、問題は「各自の婚姻観を述べ、現行身分法秩序を批判せよ」でした（笑）。私はエンゲルスの議論で書きました。個人的性愛が達せられる社会的条件は何かということですね。後で先生のところに行きましたら、「大体の答えは好きな女性はどんな女性か」ってことを書いていたと（笑）。婚姻の相手の諸条件を書いた答案が多かったそうです。そりゃそうかも知れませんね。婚姻の相手はとても重要ですから。先生も最後の方は、学生に対して、何というか、かなり余裕のある（笑）態度でしたね。

福永礼治所員：この際、お伺いしてみたいと思うのですが、民法の改正に関わる新しい法案が国会にかかっている状況です。財産管理権の問題などについて考えてこられた先生のお立場からみて、総則、債権法が大きく変わろうとしているこの状況を、どのようにみておられるのか…。

広渡：真正面から切り込まれてしまいました（笑）。私は細かくフォローしていないのですけれど…。東大法学部から法務省に行った内田貴さん——今回の民法改正の中心的な役割を果たした民法学者ですね——と話をする機会がありました。「ドイツから民法を移入して、作って、運用してきて、『日本の民法』を一人立ちさせるそういう段階に今来ているんだという感じを自分は強く持っている」と、彼は言っていました。日本の民法の発展を通して、いわば日本の民法のモデルを対外的にも明示して、グローバルな世界の中で「日本の民法ここにあり」という民法典のあり方を示すために改正をしたい、ということです。とても志の高い、民法改正の取り組みだと私は思いました。ただ、その時に、どこに着目して民法改正を考えるのか、その方法論はどうなっているのかな、という疑問も抱きました。判例や民法学説と併せて、それこそ末弘巖太郎さんが言ったような日本の社会の中での法のあり方をどう把握するのか。日本の取引社会における法のあり方が、日本国憲法に照らしてみてもどうなのかという観察的な認識も、民法改正の際には、そして本当の意味での日本の民法典を作ろうと考えるのであれば、なければならぬと思いました。「遠吠え」的な感想ですが。

私は、専修大学を退職すれば、少なくとも教育をする時間は空きますから、もう一遍、民法の解釈学をやろうかなと思っているところです。財産管理権論のことも、あそこで言っぱなしで

終わってしまっているの、もうちょっと何か付け加えたい。でも長い間その方面から遠ざかっておりますのでどうなりますか…。現在の民法学の状況を踏まえると、例えば財産管理権論はどのように位置づけられるのか。財産管理権論の議論は民法の最も基本である私的自治の構造をどう捉えるか、という議論なんですね。先ほど申しました、人とモノとを楕円の二つの焦点にして、民法の秩序を描くという1930年代流の、その時代の先進的な思想に影響された理論が財産管理権論だった。しかし、戦後、とりわけ1960年代以降は、人中心の、個人の尊厳を中心にした民法理論が出てきます。それを踏まえたうえで、民法の考える私的自治について、構想をどう描いたらいいのか。こういうことを考えてみたいと思っています。そういう観点から現在の民法改正の問題も考えてみたら面白いかも知れません。そのうち——いつになるか分かりませんが——『専修法学論集』に書かせて頂きたいなあと思います（笑）。

家永登所員：私は恥ずかしながら、『講座 ジェンダーと法』に載せられました先生の「法制度としての性別」を読んでおりません。「ジェンダー」と書いてあるものに、どうもアレルギー反応があるもので…（笑）。ですので、そこに、そんな面白い議論があるとは知らなかったのですが、先生は、存在としては「男/女」というものは無くて、それは制度が決めているだけであるというふうにお考えなのでしょうか。

広渡：そうですね…。いや、私は医者ではないので、「そうです」と言い切ることも出来ませんが、そのように考えて、議論を立ててみました。

家永：産婦人科の医師などに訊くと、人それぞれにホルモンも染色体も皆な様々に違うのだから、それを「男/女」と二分してしまう制度それ自体が性的なマイノリティにとって望ましいのかどうか疑問なのかと思います。むしろ曖昧にした制度の方がいいのではないかという気持ちを持ちます。

広渡：そうです。それはもう選択に任せるしかありません。

家永：法制度上は、出生届には必ず性別を書かなくてはならないことになっていますね。これはなくすべきだと…。

広渡：本当にジェンダー的に差異を無くさないことには、先に進まないでしょうね。お風呂に入る時に、「さあ、あなたはどちらに入りますか」ということになりますよね。カリフォルニア大学ではトイレの男女別を無くしたそうですし、オーストラリアではパスポートに性別を書く欄に男女以外、第三の性も認めるそうです。そういうふうにして現実化していくのですが、では、そういう世界に整然とルール作りをすることが出来るかというと、実際には相当難しいでしょう。

家永：性同一性障害の人は、多機能トイレのようなところを使うというふうに、小中学校では指

導していると聞きました。

広渡：厚生省の役人の事案もありましたね。性別転換をした後に、どちらのトイレに入るか。そういう問題が今後出てくると思います。

家永：もう一つよろしいでしょうか。先生のお考えでは、臓器とか生殖細胞というのは、広中先生のいう財貨的秩序なのか人格的秩序なのか、どこに含まれることになるのでしょうか。

広渡：これは今、吉田克己さんが熱心に理論的に取り組まれている領域ですが、広中先生の『綱要』の中には多分書いてないんじゃないかと思います。私が読み落としているかも知れませんが。生殖医療にも関わる問題です。個人の尊厳に直接関わる医療行為については、私はもっと「法化」すべきだという立場です。「法化」つまり法律制度化です。性別とかセックスパートナーをどう選ぶかという場合には、個人の尊厳を尊重してもっと自由化する、非制度化するという方向を取る。けれども、制度を無くすという方向は、何かについて制度を厳格にすることと並行しないと、人間社会のあり方は混乱を来すのではないかとも思っています。医療行為について、臓器もそうだし、生殖医療も含めて、基本的な制度としてルール作りを早急にしなければならないというのが、もう一方の考えなのです。一方の自由化と一方の制度化とが並行して進んでいくことによって、人間のもっと自由な選択の可能性を確保することになるのかなと思っていますが、臓器のことはよく考えたことがありません。

家永：船橋諄一さんの『物権法』という本は、臓器は所有権の対象だということを言っておられて、或る意味では潔い立場に思えました。

広渡：ロックの自己所有権という議論がありますね。自分の肉体については所有権がある。それを property と言っています。しかし、ロックが自分のからだについて property というのは、我々がイメージしているいわゆる所有権とは違いますね。深読みすると、個人の尊厳の担い手としての property ということなので、いわゆる財産権の property とは区分して考えた方がいいと思うのですが、でも、そのことについても議論がありますね。ロックは自分のからだについて所有権を認めている、とする立場もある。

家永：Property ではなくて、その人にとって proper なものということ....

広渡：そうですね。

家永：本とかサービスとかいったものは property だけれど....

広渡：外化した労働力によって作ったものは自分の property、権利としての property だけれども、自分のからだについていう property は、仰るように自分の固有のものであるという点で財産的な関係とは違う、というふうに理解すべきではないかと思いますね。

家永：ついでに代理出産や売春のこととかもお聞きしたいんですが、ちょっと私が質問し過ぎて
いますので... (笑)。

広渡：売春ね...。売春のことも議論したことがあります。売春のことは難しいですが、私はギリ
ギリのところまで売春は職業行為として成り立たないと思っています。白藤さんと前にこの問題を
議論した時には OK という立場だったと思いますが (笑)。性的自由は自分の proper な自由だ。
とはいえ、自分の性的自由を商品化して財産権の対象にするということは止めたい。ドイツは売
春を自由にしました。職業行為にしたのです。けれども、その際には、「売ることを強制する」
ことを避ける法律構成をどう考えるかが重要なポイントになったのです。契約をするということ
になると、契約的強制が働くので、行為を行なう段階になって女性の側が「嫌だ」となった時に
は契約不履行になってしまう。そういう売春契約を認めてはいけない。だから、売春は常に現実
行為です。現実行為として履行された後で、対価請求権が出て来る。——このようにギリギリ解
釈して、ドイツでは売春を一つの労働として認めたのです。かなり際どい理論構成をしないと、
売春が個人の尊厳と両立する職業行為であると言にくいところがある。「自分を売る権利があ
る」というけれども、そしてそれは確かにそうなんだけれども、自分を売るという約束をすると、
最後の段階で「売りたい」と言った場合、それを契約不履行だとすると、国家はその人の意
思に反して「あなた、契約したんだから、からだを売りなさい」と言わなければならなくなる。
これはやはり矛盾だとドイツの立法者は考えたと思う。だから、売春が合法的な職業行為として
認められるのは現実行為だけなんです。その場合にだけ対価請求ができるということです。これ
だと法的な行為になる。履行された行為があり、それはもはや公序良俗に反する行為ではなく、
正当に対価請求ができ、その対価請求には当然、国家法は支援する...

福永：要物契約ですね。

広渡：そうです。要物契約です。モノを渡した後で、契約が成立する。

白藤：ちょっと聞き落としてしまったんですが、先生はフィクションとプログラムのところで、
革命はプログラムだと言われましたね。

広渡：はい。吉田民人さんはそんなことは言いませんけど、私の議論ではそう位置づけました。
革命はプログラム、或いは希望でもいいんですけども。つまり、将来の社会を表象して、「こ
ういう社会を作りたい」という希望がある。しかし、それは行為なしには実現しないから、革命
的行為で頑張る...。その現実的根拠はどこにあるかといえば、それは希望、つまりこの社会を変
えて新しい社会を作り出そうとすること、そこに現実的な根拠があるんだということですね。自
分たちの惨めな状況があって、その惨めな状況を認識して、そこから希望が生まれてくる。つま

り将来の社会についての表象が生まれてくる。だから、現実的な根拠はある。でも、将来の社会自体は認識の対象ではない。だから、それは理念であり、希望である。ただし、現実の根拠は持っている、というふうに、来栖さん流には説明できるのではないか。——まあ、こういうことをいうと、何でもこの図式で説明してしまうことになってしまうんですが（笑）。

深澤民司所員：先生の仰るとおりなのでしょうけれど…。興味深かったのは、希望に関する 11 のテーゼです。「フォイエルバッハに関するテーゼ」に倣ったという…。確かに内容的には似てますよね。やはりマルクス主義的なものが先生のベースにあるのかなと思ったのですが…。

広渡：いや、これは最後にこうなっちゃったんです。

深澤：そうなんですか（笑）。

広渡：ただ、『希望の原理』を書いたドイツのエルンスト・ブロッホはフォイエルバッハに関するテーゼを哲学理論の中にどう生かすかという議論をしていて、私が希望について議論をする時には、ブロッホから入っているのも、それで似てきたんだと思います。でも、自分でフォイエルバッハに関するテーゼを意識して書いたわけではありません。一生懸命考えて 11 項作ったら、似てきちゃったということです（笑）。

深澤：先生の場合には、ベースになっているものが余りにも多すぎて、私などは簡単には理解できないですね。カントの超越論的仮象が一方で出てくる、と同時に一方でヘーゲル的なものがある。カントの超越論的な発想とヘーゲルの内在的な発展論、これを市民社会の結節点にするという…。内藤さんが先ほど質問されたのは多分、その辺りだと思うんです。

広渡：そうですね。

深澤：市民社会論と言った場合に、カント的な立場、ヘーゲル的な立場はそれぞれ分かるんです。しかし、カントの『永久平和論』を読んでも、明らかに先生の言われる Staatsgesellschaft を前提として平和を捉えているのに対して、市民社会論のテーマは如何にして国家を消滅させるかということでした。国家の無い世界、法無き世界ですよ。内藤さんが質問されたのもここだと思うんですが、国家が強制する法だけを法だとすると、法無き世界ということになる。しかし、別の法があるんじゃないかと私なんかは思うんです。それは、希望に関する 11 のテーゼの中にも出てくる。これは古代ギリシャ以来の伝統じゃないかと思うのですが、人間を善なる方向に導くものとして法を捉える。そういう法もある。市民社会論はいつい、どこに軸足を置いているのか、ということですね。つまり、国家の強制する法というところにたって市民社会を考えるのか、それとも希望というかたちでマルクス主義的な法則のようなもの考えるのか、カント的な超越論的なものとして市民社会を考えるのか。広渡先生のは余りにも規模が大きすぎて、私には

なかなか理解出来ないものですから、ちょっとご説明頂けると... (笑)

内藤：日本の戦後の市民社会論というのは、おおむね階級社会的な立場に立ったマルクス主義的な市民社会論でしたね。つまり批判的な意味から市民社会という言葉を使っているわけです。そういう意味で市民社会という言葉が使われてきたわけですが、先生がそれを纏められて、市民社会論と仰るのは、そういう批判的な意味のものではなく、希望としての市民社会ということでしょうか。そのように私は捉えたのですが...

広渡：そう。その点では、私はもう完全に変わっています。国家と市民社会という二元論で市民社会を批判する立場には、今、私は立っていません。実践的に考えています。

内藤：ただ、先生の想定されている「良き市民社会」「あるべき市民社会」或いは「希望としての市民社会」というのは一体何かということをお聞きしたかったのですが...

広渡：平たく言うと、それは民主主義社会のことですね。民主主義が完全に実現された社会です。それが資本主義社会かどうかは分かりませんが、安保法制反対で人々が立ち上がって本当の市民になったとか言われる、そのような市民による民主主義がよく機能しているような社会。かつ労働法制がちゃんとしていて、人々が不公正に取り扱われないような社会。非常に平凡ですよ。帰結としては平凡ですが、しかし実際にそういう社会が出来ていないわけなので、そういう社会を標榜する時に、市民社会と言ってみているんです。社会主義社会とは言えっこないの、市民社会と言ってみているということです。それには基礎づけが必要です。内藤さんが考えているような経済社会の構想と政治的民主主義のあり方、とりわけ立憲主義をどう考えるかということなど、いろいろな問題が出てくるでしょう。市民社会の構造を実体的に考えようとすると、そういう議論がどうしても必要になってくる。ハーバーマスも、言っているような、言っていないような、微妙な感じですね。山口定さんは実体的に考えようとしている。経済社会のシステムが無い市民社会論はあり得ないという考え方に立って、いろんなサーヴェイをしている。そのことはよく分かります。内藤さんが共同で研究をなさっている市民社会論は、実体的にもどういものが市民社会かということをはっきりとされている。そうですね。

内藤：そうです。実証的に...。そこがまだ十分に整理されていないものですから。

広渡：私が言っている市民社会は理念 Idee です。非常に簡単な中身でしかない。それを巡っているいろいろな議論をしてはいるけれども、自分のいう市民社会の実体について何か議論をしているわけではない。それは仰るとおりなので、そういう質問が出てくるのは当然なんです。

渡邊：終わりの時間が近づいておりますので、最後の質問と致したいと思います。

飯考行所員：今回のご報告は、標題にありますように「法学とは何を問うのか」ということでお

話下さったわけですが、私としては、広渡先生の研究の特徴として比較法社会論という分野の研究を打ち出されたことがあると思っております。そこに法社会学的な面が入ってくるんだと思うんです。先生はもう超越してしまわれている問題だとは思いますが、先生はご自身を法解釈学者として位置づけておられるのでしょうか（笑）。

広渡：私の比較法社会論を書評して下さった高村学人さんは率直で、著者は或る時は法解釈学者のように、或る時は法社会学者のように、また或る時は比較法学者のように、自由に立場を使い分けて、言いたいことを言っている、というんです（笑）。しかし、私に言わせれば、それらは全て法学の範囲の中のことです。私は特に 学者だと思って議論を立てているわけではありません。私は法律を研究している人間として、いろんな観点からアプローチをしているだけのことです。法学は、いろんな角度から「法とは何か」という問題にアプローチしているわけですから、「或る時は 学者、また或る時は 学者」云々という批判はお返ししたいと思っておりますが、でも、専門化・細分化が進んできている時代にあっては、例えば法社会学の分野ではプロパーの法社会学者がすごく緻密に、社会学的な手法をキチンと踏まえて立論するようになってきています。私が「比較法社会学」とはいわなくて「比較法社会論」と呼称しているのも、その事情と関係しますね。多少のエクスキューズと同時に、個別分野への専門化を越える必要性をアピールする意味があります。

玄田有史さんという労働経済学者は希望学の主唱者ですが、私とその研究会で報告をした時に、「僕のはアジテーションだから…」と軽口を言ったら、彼も真面目な顔をして「僕のもアジテーションです」って言うんです。「でも、君は統計を使っているじゃないか」というと、彼は「いや。僕の使う統計はアジテーションの手段として使っているだけです」と答える（笑）。社会科学は、本当はそれじゃあいけないと思いますね。でも、どこまで社会のことを実証して「間違いない」、「これが真実なんだ」と認識として言えるのか。統計経済学の分野は、沢山の統計と数式を使って一定の命題を論証します。東大社研の研究会ではそういう研究報告を聞きましたが、その最後に私が言ったのは、「君が言っていることはよく分かるけど、そんなのは常識じゃないの？」ということでした。そうしたら向こうは、「広渡さん、証明されたんですよ、その常識が！」という。「なるほどなあ」と思ったんですけど（笑）。

社会科学とは何かという問題は、考えてみるとなかなか難しい。経済学は、社会科学の中の科学だと思っていますよね。人文科学の人は、自分たちのことを「科学」だとは言いません。これは学会会議で散々議論しました。人文科学の人は、「人文学とってください。我々が研究しているのはhumanityです」という。学会会議では、結局、人文科学のことだけ言う時には「人文

学」と言ってあげましょう、でも、人文科学と社会科学とを並べる時には、「人文・社会科学」にして下さい、社会科学まで道連れにしないで下さい（笑）ということに落ち着きました。例えば文学系の人たちだと、第三者評価（ピアレビュー）なんて、成り立ちようがないと言われることがある。「自分がやっている研究は世界で数人しかやっていません、これでピアレビューなんて成り立ちません」と。それはそうかも知れない。学問の世界には違いがあります。ただ、これを放置していると、自然科学系の先生から我々は何と言われるか。「あなた方は科学をやっていませんね」、「科学というのはエヴィデンスと論理である。しかるに、あなた方は、議論はあるけれども、エヴィデンスも論理もありませんね」と言われる。で、なにがあるかという「情緒」だと批判する自然科学者もいる。しかし、他方で、人文・社会科学なしでは、自然科学の方向付けができない、という考えも自然科学者のなかにあります。価値や規範の問題についてその決断を学問的に正当化・合理化できるのは人文・社会科学だということです。私が学会議の第1部長（人文・社会科学）の仕事をしているとき、当時の会長は医学者でしたが、「第1部は学会議の良心です」といつも言われるので多少恐縮しながら、しっかりしなければと思っていました。

私が自分の仕事の中で一番実証的だと思っているのは、ドイツ統一問題についての解析です。これはドイツに詳しいジャーナリストに「知的な剛腕」と褒めてもらえましたが、何が分かったかという、「そういったかたちで世の中は動いたね」ということは分かったものの、それ以上私にとって何もないです。現状の実証研究というのは、そういうところがある。それを踏まえて、対象について問題解決や発展方向を考えるとという作業が付け加わって、社会科学的な仕事になる、ということかもしれません。飯さんのご質問への答えになったかどうかわかりませんが、飯さんの実証的なお仕事がこうした話を踏まえてさらに進められることを期待しています。

済みません、勝手なことをいろいろ言いました。

渡邊：有難うございました。それでは、話は尽きませんが、予定の時刻を超えておりますので、これで広渡先生のご講演を終了させていただきます。最後に、法学研究所事務局長の前川先生からご挨拶をお願い致します。

前川亨法学研究所事務局長：広渡先生、今日は貴重なお話を、本当に有難うございました。ご報告とそれに対する多方面からの活発な討論の上に、今更私が何を申しても蛇足にしかなりません。民法から法社会学、市民社会論まで、ナチス法研究から農村調査まで、とにかく、その内容の幅広さ、スケールの大きさに圧倒されてしまいました。一言で申せば、総合的・統合的ということになりましょうか。理論的なものと実証的なもの、普遍的なものの特的なもの、歴史的なものと現代的なもの、それらが先生の中で統合されている。そして先生の学問はまさに ratio と

pathos との統一、その結晶としてあると感じた次第です。

私自身にとりましては、7年間、同じ法学部に所属することで、分野は違いましたが、様々なご教示を得ることができ、様々な機会に警咳に接することができたのは、本当に得難い幸せでありました。

先生はこれから本格的に研究のマイスターを目指されるとのこと。先ほど、『専修法学論集』へのご寄稿のお話でしたが、それだけではなく、今後とも法学研究所においても客員所員としてご協力頂き、当研究所の所報や紀要にもご寄稿頂いて、それらの雑誌の「紙価」を高めて頂ければ幸いに存じます。

本日は有難うございました。(拍手)

追記 (広渡)

専修大学退職後、2016年6月に『ドイツ法研究 - 歴史・現状・比較』(日本評論社、552頁)を上梓しました。1990年以降のドイツ法を直接に扱い、大きく5つのブロックに分かれる18本の論文を収録しました。本報告と重なる資料としてご参照いただければ幸いです。