

立法を通じたコミュニケーション  
——ソフトロー研究における意義と課題——

齋藤民徒

東京大学大学院法学政治学研究科

2006 年 1 月

# 立法を通じたコミュニケーション

## —ソフトロー研究における意義と課題—

齋藤民徒

- I はじめに
- II 概要：「なぜソフトローは本当に法か」
- III 検討

### I はじめに

いわゆる「一般条項」や「努力義務条項」、あるいは「理念条項」や「宣言条項」といった「ソフト」な立法例は、昨今さまざまな法分野に見られる<sup>1</sup>。明確な権利義務を定めることなく、国家権力による強制的実現を必ずしも予定しない「ソフト」な法には、いかなる働きがあるのだろうか。そもそも、一定の立法は、国家権力による「ハード」な強制がないところで、規制対象（とりわけ名宛人）に対して、いかに作用しうるのだろうか。「ソフト」な立法をめぐっては、このような純理論的な問いばかりではなく、より

---

<sup>1</sup> このような条項について、ソフトロー研究との関係もふまえて論じられているのは、荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能——日本型ソフトロー・アプローチ？」中嶋士元也先生還暦記念編集発行委員会編『労働関係法の現代的展開 中嶋士元也先生還暦記念論集』（信山社、2004年）19頁以下。

実践的な問題もある。実際のところ、「ハード」な立法ではなく、「ソフト」な立法が行われる背景には、いかなる政策的要請があるのだろうか。そしてまた、「ソフト」な立法は、いかなる場合に適切な政策的選択となりうるのだろうか。

本稿では、このような諸問題を考察する際に参考となる1つの理論的アプローチとして、オランダのティルブルグ大学の Willem J. Witteveen らが提唱する「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチをとりあげる。Witteveen らのアプローチについては複数の著作があるが、中でも特にソフトロー研究との関連性を見出しやすいものとして、1999年に刊行された「なぜソフトローは本当に法か?—立法に対するコミュニケーション的アプローチ」と題する Witteveen と Bart van Klink の共著論文（以下「1999年論文」と呼ぶ）がある<sup>2</sup>。また、近時、このアプローチに関して、Witteveen らを編者とする『法の支配における立法の社会的効果と象徴的効果』（2005年）と題する書が公刊されている。これは、2003年春にオランダで開催された現代社会における立法の効果・影響に関するワークショップに基づいて出版されたもので、Witteveen らの「コミュニケーション的アプローチ」と、John Griffiths らの「社会的作用アプローチ」とを対置し、双方のアプローチに対する賛否両論を含め、立法の効果・影響をめぐる様々な論考を収録したものである<sup>3</sup>。

本稿は、これらの著作を通じて、Witteveen らのアプローチを理解し、本プロジェクトのソフトロー研究との関係でどのように位置づけうるか、また、今後の研究にどのように繋がりうるか検討を試みるものである<sup>4</sup>。以下、まず、次のIIにおいて、上記1999年論文を中心に、Witteveen らの提唱による「立法を通じたコミュニケーション」という理論的アプローチの概要を把握する。これをふまえ、IIIにおいて、Witteveen らのアプローチについて、本プロジェクトのソフトロー研究の観点から若干の検討を加える。

---

2 Willem J. Witteveen and Bart van Klink, “Why Is Soft Law Really Law? A Communicative Approach to Legislation”, *RegelMaat*, 1999, pp.126-140. (available at <http://rechten.uvt.nl/bartvanklink/softlaw.pdf>.)

3 Nicolle Zeegers, Willem J. Witteveen and Bart van Klink (eds.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, The Edwin Mellen Press, 2005.

4 上記新刊書収録の論考は全部で16を数え、半数は方法論的な論議を主とする理論的論考であるが、もう半分は一定の事例に基づいた経験的な議論であり、これらの各論考を限られた紙幅で平板に紹介することは、ソフトロー研究との関連性を見出しにくいきらいがある。そこで、本稿ではまず、先行する1999年論文を通じて彼らのアプローチの概要を把握することを試み、上記新刊書については、ソフトロー研究の観点から、Witteveen らのアプローチの明確化に資する限りで議論の紹介を適宜行うにとどめる。なお、1999年の共著論文と同時期に Witteveen の単著論文として、Willem J. Witteveen, “Significant, Symbolic, and Symphonic Laws: Communication through legislation”, in Hanneke van Schooten (ed.), *Semiotics and Legislation: Jurisprudential, Institutional and Sociological Perspectives*, 1999, pp.27-70 もあり、「立法を通じたコミュニケーション」の把握をめぐって「単線的メッセージモデル」と「テキスト（解釈）モデル」とを対比させながら両者の統合を図る議論が試みられている。これは、先の共著論文と用語法と議論の進め方が若干異なるものの、同様のアプローチを提唱するものであり、本稿においても適宜参照した。

## Ⅱ 概要：「なぜソフトローは本当に法か」

### 1 立法の2つのスタイル

Witteveen らは、他人の行動に影響を与える仕方として「強制」と「説得」という2つの方法があるように、立法にも2つのタイプがあるとして、一方的な命令と強制に基づく立法を「道具的立法」と呼び、これに対して、双方向的な関係者の対話を通して社会的な変化を生み出す立法を「コミュニケーション的立法」とする。後者のタイプの立法は、文言が理念的で概括的であり、直接の強制的な実現手段も備えないために、「ソフトロー」、ときに「シンボリックな法」として、表向きの立法目的の実現とは異なる裏の政治目的——政治責任の回避や選挙対策など——の手段ではないかと非難されてきた。

Witteveen らの議論は、この「コミュニケーション的立法」の解明と擁護に向けられている。

1999年論文の構成は以下の通りである。まず、このタイプの立法手法を描き(第2節)、次に、オランダの反差別法を例に、立法的コミュニケーションの2つの段階を論じる(第3節)。さらに、コミュニケーション的立法を用いるための一般的な条件を明らかにして(第4節)、最後に、ソフトローが本当に法かという問いに取り組む(第5節)。以下、各節ごとに論述の概略を紹介する。

### 2 コミュニケーションとしての立法

Witteveen らは、コミュニケーション的立法において、立法者と法的共同体による双方向的な営為があるとする。

まず、立法者によって、社会にとって重要な価値でありながら多義的であるようなもの——例えば、「デュープロセス」や「平等」、「生物多様性」など——が、解釈の余地を残しながら一般的な形で法規範として定められる。次に、これらの規範が法的共同体に受容され、自発的な形で実現に向かうような手段——法の公布・宣伝、補助金や運用機関の設置など——が講じられる。

他方で、立法を通じたコミュニケーションの重要な要素として着目されているのが、一定の法に意味を与える個人や機関から成る解釈共同体である<sup>5</sup>。ここでは、法に基づく成員相互の評価や批判の存在などの解釈共同体の諸条件とともに、一定の法によるコミュニケーションが成立する条件として、解釈共同体が十分に包括的でなければならないといった点も指摘されている。

---

5 「解釈共同体」の Witteveen による展開は、Willem J. Witteveen, “Interpretive communities and symbolic effects”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3, ch.15. (「コミュニケーション的アプローチ」にも位置づけながら、解釈共同体の3つの理念的モデルを提示する。)

次に、一定の法（規定）が真にコミュニケーション的であると言えるための要件として、文言の一般性や関係者の裁量の存在、実際に文言が尊重されているかどうかといった点が指摘された後、コミュニケーション的立法の機能が論じられる。まず、その最も重要な機能のひとつは、認知的機能である。コミュニケーション的な法は、関係者の考え方や話し方を方向づける語彙を提供し、特定の仕方現実を捉えるように仕向ける。また議論の論拠を提供するレトリック的機能も果たす。さらに、コミュニケーション的な法は、適用に携わる解釈共同体も構成する。法が提供する概念枠組によって、解釈共同体のメンバー相互のコミュニケーションが促進される。加えて、一定の共同体の中心的価値に形を与える表出機能も指摘されている。

### 3 立法的コミュニケーションの2つの段階<sup>6</sup>

Witteveen らは、立法的コミュニケーションの展開に、①構成的契機と②言説実践の進展という2つの段階があるとする。前者は、一定の法秩序の制度的基礎を定め、関係者の認識枠組を構成する段階であり、それに続く後者は、態度の変容、用語の確立、行動の調整が行われる段階である。

前者については、法的論争における公的な設定を提供し、解釈共同体において論拠とされるといった特徴が見られる場合に、立法が「憲法」として作用しているという<sup>7</sup>。このような立法では、政治的、社会的、経済的、文化的、宗教的アクターの法的地位が定められ、規整された相互行為の「場」が設けられる。同時に、共同体に受容されており、将来的にも重要な基本的価値が語彙として形にされる。これらの価値が関係者によって具体化されていく継続的営為は、個々の場で新しい形で用いられるという意味では構成的であるとも言えるが、まったく新たな方向をとるのではなく、一定のテキストの文言に関係づけながら行われていくという意味では解釈的でもある。

後者の言説実践の進展については、次のような指摘がされている。相互行為の「場」が構成された後は、その「場」におけるアクターがお互いにどのようなことを正当に期待しうるかという点に焦点が移る。このような相互行為の場面では、命令・統制タイプの「道具的な法」も用いられるが、命令の発信者が受信者に対して特権的であるという意味で真にコミュニケーション的ではない。コミュニケーション的立法は、人々の用いる語彙に影響を与え、人々の心や態度に影響を与えることをめざしている。そこでは、

6 原論文第3節では、第2節の最後(pp.129-30)に展開された①構成的契機と②言説実践の展開という2段階の区別と重複する説明を加えながら、憲法や反差別法を通した例示を加えているが、本稿では便宜上、第2節での説明も含め、この2段階の区別自体の内容説明として再構成した。

7 この論文では、Kenneth Burkeのエッセイに依拠しつつ、「憲法」(constitution)なる語を、国家の根本的法規に限らず、通常の立法にも拡張しており、ここでの紹介にも、適宜「憲法」と「構成」とを互換的に用いる。

双方向のコミュニケーションが認められ、参加者全員が法的命令の受動的な「受信者」というよりも、構成的な営為の能動的な協働者として捉えられる。このようなタイプの立法は、「教育的（道徳的）立法」とも呼ばれ、現行の考え方や価値観の自明性からの解放を目論んで用いられる。そこで追求されている効果は、認知、言語使用、そしてまた態度形成の領域にあることから、主として象徴的なものであると言える。

以上のように、構成された設定に依拠した論争や対話の中で法を解釈・援用する関係者の相互行為を通じ、徐々に行為や態度に変容がもたらされ、立法の効果が生じるのが言説実践の段階とされている。

#### 4 コミュニケーション的立法が適した状況

この節では、「道具的立法」と「コミュニケーション的立法」を適切に選択するという課題を念頭に、とりわけ、「コミュニケーション的立法」がいかなる場合に適しているかという問題が提起されている。

この点、上記第3節で区別された2段階に即して、構成的段階では、規制対象となる事柄の性質のみならず、法が働くことになる「場」（例えば関係団体<sup>8</sup>）の特質を経験的に把握しておく重要性が強調されている。とりわけ問題となるのは、同業者団体など関係団体が一定の自律性をもっている場合であり、法がどこまで介入し調整しうるか慎重に見極めなければならず、また関係者をできる限り包摂することも重要であるとする。

他方で、言説実践に関しては、一般的な文言を用いることによって、立法権限が弱体化し、法適用の平等や予測可能性が害されることで、民主主義や法の支配に反しないかが問題となる。この点、Witteveenらは、立法への参加が保障され、規定される価値が広く受容されており、適用段階でできる限り特定されるといった条件が満たされる限り、必ずしも民主主義や法の支配に反しないと主張している。もっとも、コミュニケーション的立法が民主主義や法の支配に適合するとしても万能ではなく、特に次の3つの場合に適するという。それは、①立法者に技術的知識が不足しているために精確なルールを定立できない場合（環境問題など）、②詳細に規制するには、対象となる問題が概念的に複雑すぎる場合（「平等」や「デュープロセス」など）、③イデオロギー的影響が強い問題の場合（安楽死や中絶問題など）である。これらの問題が事後的に解消されれば、より精確な文言やハードな制裁の具備といった方向に転じることも可能であるが、それが常に望ましいというわけでもなく、一般的な文言のまま自発的遵守に委ねることも、法

8 この点、Witteveenらは、前掲書（Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3）も含め、Sally F. Mooreによる「半自律的な社会的フィールド」(semi-autonomous social fields)を鍵概念として取り上げて考察を展開しているところ、本稿ではこれに立ち入らず便宜上「団体」としたが、それほど実体的・固定的なイメージではない点は留意する必要がある。これについて、(構成員、関係等の)流動性をことさら強調しているのは、Roger Cotterrell, “Legal effects and moral meanings: A comment on recent debates on approaches to legislation”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3, esp. p.348. 後注（12）も参照。

の応答的・民主的な性格を保持する上で望ましい場合があるとしている。

## 5 ソフトだが法である：相互行為的観点から見たコミュニケーション的立法

コミュニケーション的立法は「ソフトロー」であって、遵守を強制しうる制裁を伴った明確な指示であるべき「本当の法」ではないと非難される。これに対して、Witteveenらは、以下のように相互行為的な観点から反論している。相互行為的な観点から「法」を考えるならば、法の支配のもとでの民主的な立法の少なくとも1つの「選択肢」として、ソフトな仕方を認めうる。一方的な法の伝達ではなく、人々の双方向的なコミュニケーションに位置づけてみれば、理想志向の規範に基づく相互行為は可能であり、また、効果的なコミュニケーションという意味では、制裁が唯一の手段ではなく、むしろ、命令・遵守よりも説得・対話に基づく方が民主的とも言える。コミュニケーション的立法は「ソフト」ではあるが、なお「法」である。

そして最後に、Witteveenらは、呼び名の問題として、「ソフトロー」と「ハードロー」の二分論よりも、社会的問題や社会的要請を察知し、事態の改善を図る対応としてコミュニケーション的立法がなされ、これに基づく人々の言説実践に基づいて徐々に法の理想が実現されるという全体の流れからすれば、「応答的法」のひとつの形態と捉える方が好ましいとする。

## III 検討

以上のように、Witteveenらの「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチは、従来の強制的な命令・服従モデル（「道具的アプローチ」）からは把握しにくい現象を正面から語ることができている。とりわけ、上記1999年論文は、「ソフトロー」を前面に出しながら、関係者のコミュニケーションに着目して立法の効果を考察する分析枠組の骨格を示しており、ソフトロー研究の観点から興味深い議論となっている。

もっとも、このWitteveenらによって打ち出された考え方が、ソフトロー研究に対する理論的アプローチとして果たしてどれほどの解明力をもたらさしうるかは、ここで早急な判断を下すことはできない。そもそも、この論文で提起された議論自体、観念的なモデルの素描にとどまっている段階にあるとも言え、その有用性の評価にあたっては、各種分野における実証的研究を含め、今後の研究の展開を待たざるをえない<sup>9</sup>。

9 オランダ国内法に基づく実証の一端については、前掲書 (Witteveen *et al.* (eds.), *supra* note 3) がある。もっとも、そこにおける議論にしても、必ずしも定まった結論に達しているわけではない(See, *id.*, esp. p.5).

さしあたり、本稿で扱おうる問題は、Witteveen らの「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチが、この COE プロジェクトにおけるソフトロー研究との関係でいかなる意義を持つ可能性があるかということである。上記論文が「なぜソフトローは本当に法なのか」と題していることからすれば、ソフトロー研究との関連性は一見直接的であるが、実際のところ、どこがどう関連しているのだろうか。その関連性を探る上で問題となるのは、Witteveen らの議論の対象と、この COE プロジェクトにおける研究対象との違いである。第 1 に、Witteveen らの考察においてソフトローとして検討されているのは、あくまで国家法であり、立法者も主に国家を指している。これに対して、本 COE のソフトロー研究は、非国家主体や非国家的規範も対象とし、必ずしも国家法を主たる対象に据えていない。とすれば、Witteveen らのアプローチは、いかなる関連性を持ちうるのだろうか。第 2 に、Witteveen らは、ソフトな国家立法として憲法の平等条項など理念的規範をとりあげつつ、ときに長期的な社会変革との関係で規範的な議論も行っている。これに対して、ビジネスローを主たる対象とする本 COE のソフトロー研究はいかなる関係に立つのだろうか。第 3 に、Witteveen らのアプローチは、もっぱらオランダの国内立法を分析対象としている。彼らのアプローチは、オランダの国法固有の議論を超えて、本 COE のソフトロー研究に対して、いかなる関連性を持ちうるのだろうか。

以下、これら 3 つの点を順に取り上げながら、Witteveen らの「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチと本 COE 研究プロジェクトとの関連性について考察を加え、今後のソフトロー研究の課題を探る。

## 1 「ソフトな国家法」と「(法) 規範のソフトな作用」

前節で述べたように、Witteveen らは「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチを通じて、論題でもある「ソフトローは法である」という結論に至っている。ソフトロー研究の観点からは、ここで議論の対象とされていたソフトローが主として「強制を予定しない国家法」であるということに留意する必要がある。本 COE のソフトロー研究は、研究対象として、私人や非国家法を対象とし、国家法は必ずしも主たる対象としていない点からすれば、「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチの関連性は慎重に検討する必要がある。

この点、厳密には今後の研究の展開に委ねざるをえないが、少なくとも、「ソフトな立

---

Witteveen らのアプローチが発展途上であるとの指摘については、例えば、*id.*, Ch.13, esp. p.278. 上記論文の著者自身による全面的な修正の試みについては、Bart van Klink, “An effective-historical view on the symbolic working of law”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3, ch.6.

法」と「法のソフトな作用」とは基本的に区別しておく必要がある<sup>10</sup>。Witteveen らの考察において「ソフトな立法」として検討の対象とされていたのは反差別法などの国家法であるが、その中心的な論理は、法の概括的な理念的規定（ソフトな文言）が、一方的な強制メカニズムではなく、関係者の双方向的な営為を通して社会に影響を与えていくプロセスであり、「法のソフトな作用」であった。実際、文言上は緻密な権利義務を規定するハードローであっても、日常的な相互行為の場面において「ソフトに作用する」ことが必ずしも否定されるものではない。このように、Witteveen らのアプローチが、国家の強制装置によらず、関係者の相互行為における援用や参照を通して法が働くルートをコミュニケーション過程に着目して解明していくものだとすれば、この論理を一步進め、非国家主体によって定立された規範が強制的プロセスによらずに働くルートの考察にも示唆を与える可能性がある。畢竟、Witteveen らが対象とした「強制を予定しない国家法」も、本 COE のソフトロー研究が研究対象に含む「強制を予定しない非国家的規範」も、強制プロセスによらずに働くという点では共通している。この点、今後の研究課題として現れてくるのは、同一のアプローチを通して両者を統一的に把握する可能性の検討である<sup>11</sup>。

実際、ソフトロー研究において国家法とそれ以外の規範との区別が決定的であるかと言えば、必ずしもそうではない。ソフトロー研究において、国家／非国家なる区分が相対化しうることは、とりわけ遵守や実効性といった観点から規範を分析する場合に繰り返し指摘されてきた。そもそも、Witteveen らのアプローチは、関係者の双方向的なコミュニケーションにおける規範の作用に着目することによって、当事者の遵守や違反と

10 これは Witteveen らの前掲書との関わりでは、とりわけ「象徴的效果」に関する議論にもあてはまり、「シンボリックな法」と「法のシンボリックな作用（又は効果）」を区別する必要がある。「コミュニケーション的立法」について、「ハードロー」と「ソフトロー」という形容とも関わらせながら、そもそも法一般の日常的な作動は「コミュニケーション的」であり、言わば「ハードロー」も「ソフトに働く」のではないかという疑問を概括的に提示しているのは、Marc Galanter, “The Perplexities of legal effectiveness”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3, esp. p.XVII. 「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチの再構成において、このような問題提起に触れているのは、Klink, *supra* note 9, esp. p.116.

11 この点、そもそも「ソフトロー」という言葉が何を意味しているのか、また、ソフトロー研究においてソフトロー概念をいかに規定するかといった「難問」も関係するが、さしあたって概括的な整理を加えるならば、「ソフトロー」概念が、①形式的には法的拘束力を持ちながら曖昧な理念的文言にとどまる規定と、②形式的に法的拘束力を持たない形で定立されている（あるいは生成している）規範、これら一見して両立しないような規範を包含する形で広義に用いられるのは、まさに「強制によらない」という共通点で括られている場合が典型的である。他方で、このような概念規定の広狭とも連動して、国家法の枠を超え、様々なルールに視野を広げるソフトロー研究においては、ルールの形成における国家／私人の区別、また、ルールのエンフォースメントにおける国家／私人の区別をふまえた研究課題の統合的な整理が必要とされよう（このような整理の軸は、藤田友敬教授の示唆による）。ひるがえって、Witteveen らの議論において、国家法が「国家」法であるがゆえの象徴的なインパクトが主に問われているのだとすれば、本文のような連続的（さらには統一的）なアプローチを試みるといっても、国家法固有の課題と非国家的な（法）規範をめぐる課題との単なる混同に終わるおそれもある。もっとも、一定のルールが「国家法」とであるという認証を伴うこと固有の象徴的なインパクトもまた、規範（あるいはルール）一般のインパクトの中で対照的に明らかにされるものだとすれば、連続的・統合的なアプローチが必要であるようにも思われるが、いずれにしても今後の研究課題とせざるをえない。この点、前掲書（Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3）における「象徴作用」をめぐる論争の1つのポイントであるが、とりわけ規範に関係するアクターの多元性に着目しつつ、法一般における（国家）立法の固有性を問い返しているのは、Cotterrell, *supra* note 8, esp. pp.346-.

いった外的行動として短期的には必ずしも現れない、法の象徴的な効果にまで視野を広げることの特徴がある。このような（法）規範の「ソフトな作用」の探究においても、国家法と非国家（法）規範との区別は決定的ではない可能性がある。この点の解明は今後の探究に委ねざるをえないが、直感的には、「国家の規範である」（国家による「認証」を伴っているかどうか、多くの場合は要するに形式的な法的拘束力が認められるかどうか）という属性判断は、規範の権威性を左右する重要な要素ではあるが、あくまでも1つの要素にとどまるのではないだろうか。すなわち、一定のルールや規範に対する当事者の態度が、それが国家法であるか否かによって決定されるかどうかということ自体、文脈依存的ではないだろうか<sup>12</sup>。この点、今後の探究に向けて、ひとつ例を挙げるとすれば、ISO や IEEE などの業界標準を語る際、当該標準の属性判断として日常的に用いられている「デジュール／デファクト」(*de jure / de facto*)という形容がある<sup>13</sup>。この「デジュール／デファクト」という区別には、基本的に前者が公的な認証を受けたもの、後者は事実上のものといった一定の権威性の判断が伴っているが、その判断は国家法か否かとは必ずしも一致しないものである。それは、国家（政府）の関与を1つの重要な要素としながらも、当該標準の作成機関（ときに運用機関）が「公的」であるかどうかといった形で、他の要素も加味した幅のある判断であるように見受けられる。この場合、国家による「認証」は、必ずしも決定的ではなく、当該標準の重みを左右するひとつの（多くの場合シンボリックに）重要な要素にとどまっている。

他方で、国家法であれ、非国家的規範であれ、「強制を予定しない」ソフトな作用という点で共通するという大きな「括り」には必ずから限界が伴う。上記の業界標準の例で言えば、その働き方を一方的な命令—服従プロセスで捉えることはたしかに難しいが、Witteveen らの論じるような双方向のコミュニケーションにおける対話—説得プロセスで捉えることができるかどうかは定かではない。むしろ、例えば経済学的観点から把握する方が認識利得は多いように思われる<sup>14</sup>。「（法）規範のソフトな作用」を把握するア

12 業界団体等の自主的規範と（これに対して介入、あるいは、誘導を試みる）国家による象徴的な法定立との綱引きの場面において、これはもっとも現れやすい。自主規制、あるいは規制対象としての自律的な関係者団体は、Witteveen らのアプローチをめぐる重要なテーマのひとつである。この点、Witteveen らの前掲書において、オランダの医療契約の法規制を通じた事例研究を通して議論しているのは、Barbel Dorbeck-Jung and Mirjan van Heffen-Oude Vrielink, “Do legal rules based on self-regulation affect the behaviour of doctors? The case of the Dutch legislation on medical treatment contracts”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3, Ch.10.

13 実態を含め、さしあたり橋本毅彦『<標準>の哲学——スタンダード・テクノロジーの300年——』（講談社、2002年）参照。ここでは、議論の構造が見えやすい極端な例として業界標準を挙げたにとどまる。当然ながら、この類の標準を一概に「ソフトロー」として、「法」と同様の意味の「規範」として論じることが適切かどうか、とりわけ、その働きについて、国家の強制装置によらないものとして同様のアプローチを採用するかといった点について慎重な議論が必要であることを疑うものではない。ソフトロー研究の広さに相伴った課題整理の必要性については前注（11）参照。（実際、すぐに本文で触れるように、業界標準はソフト「ロー」研究の境界事例であるとも言える。）

14 ソフトロー研究に関わる経済学的視点については、藤田友敬＝松村敏弘「社会規範の法と経済——その理論的展望」『ソフトロー研究』第1号59頁以下を参照。（法）規範の「ソフトな作用」を把握する様々なアプローチについては、後に本文第3項で触れる。

アプローチとして、Witteveen らのアプローチからソフトロー研究への示唆を読み出すとしても、至極当然のことではあるが、説得と対話といった関係者のコミュニケーションに着目するアプローチ自体の限界には留意しておく必要がある。

## 2 理想志向のソフトロー

Witteveen らは、ソフトな国家立法として憲法の平等条項などをとりあげ、その特徴として理想志向の規範(*aspirational norms*)であることを指摘している。これに対して、ビジネスローを主たる対象としている本 COE のソフトロー研究はいかなる関係に立つのだろうか。

まず、これまで既に様々な分析がされてきているように、ビジネスロー研究の対象として、企業活動の倫理的な側面、労働条件規制や環境保護、あるいは近時の社会的責任(SR)をめぐる動向など、Witteveen らが理想志向の規範と呼ぶものに含まれるような現象は少なくない<sup>15</sup>。その点で、Witteveen らが理想志向の規範に対して行った分析が関連性を持ちうる可能性は十分にある。ただし、Witteveen らの考察では、ハードな執行を予定する立法との対比のもと、理想志向のソフトな立法が、一定の社会的介入、規制あるいは変革を志向する意図的な政策的選択として把握されており、政策目的を必ずしも特定できない自生的な規範などは基本的に議論の対象とはされていないことに注意する必要がある<sup>16</sup>。

もっとも、以上の点は、ソフトロー研究における Witteveen らのアプローチの射程を見定めることが重要であるというにとどまる。むしろ、Witteveen らのアプローチにおいて理想志向の規範が主たる考察対象とされていることに伴う一層重要な問題点は、これを論じる Witteveen らの議論自体が単なる現状分析にとどまることなく、ときに政策選択の利害得失を論じ、さらには、一定の立法行為自体の規範的な評価や推奨に及んでいることである。実際、上記論文に即して言えば、第3節までの立法類型の議論にとどまらず、第4節以降、コミュニケーション的立法が適しているのはいつかという問いや、さらには「応答的法」の一類型として民主的であるといった規範的主張にも及んでいる。

この点、John Griffiths は、Witteveen らの議論に、①経験的分析（立法のタイプの調査分析）、②規範論（ソフトな国法の民主主義的重要性など）、③テクノクラートの

15 その一例として、神作裕之「ソフトローの『企業の社会的責任』への拡張？ EUにおける動向」『ソフトロー研究』第4号19頁以下を参照。

16 このCOEプロジェクトが分析対象としているような社会規範が論じられる場合、それは、むしろ、一定のソフトな立法による介入あるいは誘導の対象——つまり作用先——として把握されている。この点は前注(12)を参照。立法分析のモデルとして、そもそもそれほど単純に目的を定めうるかを問い返しているのは、See, Jellienke Stamhuis, “Communicative law: A quest for consensus”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra*, ch.13, esp. pp.279-. Witteveen らのアプローチに立法過程についての分析がなお不足しているのではないかという点については、See, Marc Hertogh, “The social making and social working of legislation”, Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3, ch.8

推奨論（立法者がソフトなタイプをいつ選択するのがお勧めかといった問い）、という3つの異なる論点が混在していることを批判的に指摘している<sup>17</sup>。もちろん、実践的な観点からは、これらの論点が相互に関連していることも事実である。実際、政策実務の問題である限り、一定の立法スタイルの選択に、そのような形での社会変革が望ましいかどうかという評価問題が伴うことは自然である。もっとも、Witteveen らの議論には、それ以上の実践的なコミットメントを標榜し、論点の「混合」を意図的に行うような節もあり、ときに、Witteveen らによる理論的営為そのものが「良き秩序」の追求の実践形態の一環にあるという自己主張も見られる<sup>18</sup>。このような立場も一定の実践的な選択としては理解可能ではない。一定のスタイルの立法を、「ソフトな法」あるいは「シンボリックな法」にすぎないとして批判し、ともすれば排斥しようとする流れに抗して、「コミュニケーション的立法」として正面から把握する理論的なアプローチを提唱し、ひとつの立法スタイルとして位置づけを与えて擁護することには、一定の実践的効果を期待しうる。ここには、立法の象徴的効果あるいはコミュニケーション的側面に似た問題がある。すなわち、コミュニケーションの次元において、Witteveen らによって理論的に提唱された認識枠組が持ちうる実践的影響力の問題である。

実際のところ、これは従来のソフトロー論に多かれ少なかれ伴っていた問題である<sup>19</sup>。先に述べたように、ビジネスローを対象とするソフトロー研究にも、技術的問題のみならず、道德・倫理問題などをめぐる理想志向的規範が対象として含まれており、このような実践的効果をめぐる問題と必ずしも無縁ではない。Witteveen らの議論についても、その実践的効果をめぐる当否はともかく、立法のスタイルとしての適切さに関する規範的な議論（さらには実践的な推奨）と、いかなる立法のスタイルが現実に採用されており、どのような働きがあり、どのような分析枠組であれば見落としが少ないかといった記述的な議論とを、慎重に腑分けしながら読み取るべき場合も少なくないように思われる。

### 3 ソフトロー研究をめぐる比較法的課題

17 John Griffiths, “Do laws have symbolic effects?”, Witteveen *et al.* (eds.), *supra* note 3, p.160(fn.25). 実際、同書自体、特段の位置づけもなく、分析枠組としての有用性に関する議論と理想志向の規範の適否に関する批判（例えば Witteveen *et al.* (eds.), *supra* note 3, ch.14）とが混在しているようにも見える。

18 L・L・フラーの「良き秩序論(Eunomics)」に依拠しながら、そのような理論と実践の相即性を直接に主張しているのは Witteveen, *supra* note 4, p.70.

19 ソフトロー（とりわけ一定の理想志向の文書）を繰り返し論じること自体に、その存在と有用性に目を開き、関連する実践を促進する効果をもつば期待する立場もないわけではない。しかし、戦略的であれ、無意識であれ、現状の記述的分析と規範的議論とを混同することは、当の理論の実践的効果さえ失う帰結を招きかねない。この点、既に一定程度ソフトロー研究の蓄積のある国際法学において経験された事態であり、そこでは一時期、ソフトな規範定立手法の分析と、理想志向的な規範内容を持った文書の「ソフトロー」という用語による救い上げとが混同されることによって、議論が混乱し、ソフトロー理論の過度の政治化とこれに伴う貧困化とも言うべき事態が見られた。この経過については、齋藤民徒「ソフトロー論の系譜」法律時報 77 卷 8 号 106 頁以下。

Witteveen らの「立法を通じたコミュニケーション」という分析枠組は、一般的な議論のスタイルをとってはいるものの、主にオランダの国内立法（平等条項）をめぐるものであった<sup>20</sup>。あえて問えば、このアプローチは、オランダの国内立法固有の議論にとどまるのではないか。これは、当然ながら演繹的に答えの出る問題ではない。日本の国内法研究が、他国の国内法現象に基づく立論から何らかの示唆を汲み取りうるかどうかは、それこそ国内法の実証的データに照らし合わせて探究されるべき問題である。もっとも、Witteveen らが示したタイプの「ソフトな国法」に該当しうる規定が、日本国憲法を始め、男女共同参画社会基本法、環境基本法や健康増進法<sup>21</sup>など日本の国内法にもしばしば見られることは確かである。また、Witteveen らが議論の中心においていた強制によらない(法)規範の作動、具体的動向としての規制緩和や自主的行動指針等の活用は、日本においてこのCOEプロジェクトが対象としている現象そのものとさえ言える。いずれにしても比較法的課題として実証的に確かめられるべき問題ではあるが、直感的には、Witteveen らは福祉国家的な先進国政府に共通する現代的傾向に取り組んでいると考えられ、日本の国内法分析においても、より詳細に検討する価値のあるひとつの観点であると言える。

そうなると、問題は、Witteveen らが議論の対象とした地域の独自性そのものというよりも、彼らの「立法を通じたコミュニケーション」というアプローチの独自性である。福祉国家的な先進国におけるソフトローの実態研究に目を転じるとしても、同様の現象に対して、他にも複数の理論的アプローチがある。実際、「ソフトな国法」に対する分析については、例えばドイツにおいて、環境法や刑法を中心とする議論として政治学的な「象徴的立法」(Symbolische Gesetzgebung)に関する議論の蓄積がある<sup>22</sup>。また、米国を中心に、かつては政治学的・法社会学的な「象徴的使用」の議論が展開し、また近年は、法と経済学を中心とする議論——法の「表出機能(expressive function)」等——に関する研究が、社会規範研究の展開とともに急速な発展を見せている<sup>23</sup>。日本においても、法社

20 Witteveen らのアプローチの有効性が検討されている近時の前掲書 (Witteveen *et al.*(eds.), *supra* note 3) においても、オランダ内部での2つの対立する学派(アプローチ)の論争に焦点があてられており、そこで検討されている事例も、医療契約法や消費者信用法などもっぱらオランダの国内立法である。

21 ここでは、2003年5月施行の健康増進法25条(「学校、体育館、病院、劇場、観覧場、集会場、展示場、百貨店、事務所、官公庁施設、飲食店その他多数の者が利用する施設を管理する者は、これらを利用する者について、受動喫煙を防止するために必要な措置を講ずるよう努めなければならない」といった努力規定を念頭に置いている。

22 研究の一例として、Monika Voss, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Gremer, 1987。ドイツにおける象徴的法の議論は、刑法上の環境犯罪などに対して批判的な文脈で行われることが少なくないが、他にも、Marcelo Neves, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Duncker und Humblot, 1998 などがある。なお、「象徴的刑法」をめぐる議論に対する日本における紹介の一例として、「<紹介>ハセマー『象徴的刑法と法益保護』」*修道法学* 17巻2号179頁以下を参照。

23 前者の代表的なものとして、Joseph R. Gusfield, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, 2nd ed., University of Illinois Press, 1986 を参照。後者について、文献はきわめて多数にのぼるが、さしあたり、Robert Cooter, “Expressive Law and Economics”, *Journal of Legal Studies*, vol.27(1998), pp.585-608、飯田高『<法と経済学>の社会規範論』(勁草書房、2004年)を参照。なお、Witteveen

会学者を中心として、法の「象徴的効果」等をめぐる議論が見られる<sup>24</sup>。これらのアプローチは必ずしも相互に無関連に存在しているわけではなく、例えば、かつての米国の議論がドイツでの研究の展開に影響を与え、また、それらの先行研究に対する Witteveen らによる言及もある。しかしながら、経済学中心のアプローチ、政策論中心のアプローチ、そしてまた社会学的なアプローチなど、それぞれに分析の手法も重点も異なっている。これらの各アプローチのソフトロー研究における位置づけや一般化可能性の検討は、今後の重要な研究課題である。

以上のように、主にビジネスローを対象とする本 COE ソフトロー研究が、Witteveen らの理論的アプローチから示唆を得るにあたっては、検討されるべき様々な課題がある。それぞれの課題の解決もまた今後の研究の進展如何にかかっていると言う他ないが、少なくとも、本ソフトロー研究固有の実証的知見に基づく理論的アプローチが、Witteveen らのアプローチを含む既存の各種の理論的アプローチとの対話の中で精錬され、発展していくことが望まれていることだけは確かであろう。

---

らの前掲書には、「米国の観点」について Galanter の序文にコメントがあるが、この展開については触れていない(Galanter, *supra* note 10, p.XVIII)。

24 千葉正士「法と文化 IX 法のシンボル作用」法律時報 50 卷 3 号(1978 年) 83 頁以下他多数、北村隆憲「法の象徴的側面と劇的過程」東京都立大学法学会雑誌 26 卷 2 号(1985 年)495 頁以下、神長百合子『法の象徴的機能と社会変革：日系アメリカ人の再審請求運動』(勁草書房、1996 年)など。