

日本の法文化研究にみられる法意識と「近代」

松 田 恵 美 子

始めに

第一章 『日本人の法意識』

第二章 川島武宜以後の研究

第三章 法意識に関わる研究

第四章 「近代化」に関わる研究

終わりに

始めに

我国で法文化研究と言われますが念頭に浮かぶのは、川島武宜『日本人の法意識』であろう。この著作において川島教授は日本社会の課題として、近代法システムの確立と近代法システムに対応する法意識の形成を挙げた。しか

し近年の地球規模の変動の中、多様化が認められるのか、或いは一つの価値観への収斂が進むのかの判断もつきかねるような、複雑化する社会で生きる我々は、川島氏の掲げた課題をそのまま受け入れるわけにはいかなくなっていく。では現代において法文化研究を行なうことで、どのような課題が見えてくるのだろうか。それを知るために、川島氏以降の法文化研究を辿ることとした。その結果一つ気づかされたのは、法文化研究は、「近代法」が内包している問題点に目を向けさせ、そして「近代法」の限界を知ったうえで、現代社会に求められる法秩序の探究をなすために、一つの視点を与える役割を担うのではないかということであった。

第一章 『日本人の法意識』

まず本章では、川島武宜『日本人の法意識』の内容を振り返ってみる。

日本は十九世紀の後半、つまり明治時代に西欧近代法典を整えたが、その時点では西欧近代法典の意味するところ、現実の人々の生活上の行動には大きな隔たりがあった。この隔たりはどのようなものであったか、この隔たりは時代を経るにつれてどのように変化したかが問題となる。そこで日本人は現実の生活の中では如何なる法意識に基づいて行動し、またその法意識は時代とともにどのように変化したかの分析を行なうと川島氏はする(第一章)。そして川島氏は次の点を挙げる。

江戸時代の末までは日本では「権利」という言葉はなく、幕末・明治時代以後西欧近代法の概念を導入して始めて、日本人は「権利」という概念を知ったのである。もちろん江戸時代までの日本人は様々な意識を持っていたのであり、例えば、物を所有する意識は持っており、また貸した金を返して欲しいと要求する意識も持っていた。しかし日本においては、西欧のような「権利」概念は生み出されることはなかった。明治以降日本では「権利」概念

が用いられるようになるが、直ちに日本人が強い権利意識を身につけたわけではなかった(第二章)。

また川島氏は次の点も指摘する。

日本人は、法律が権利・義務の内容を定めていると考え、法律の言葉の意味を確定的・固定的なものと捉える意識が弱い。そこで日本人は様々な角度から法律を解釈する。また日本人は法律の規範性をあまり意識しておらず、そのため法律があっても、現実への妥協がさほど抵抗なく行なわれる例がしばしば見られる(第二章)。

そして川島氏はさらに三点を挙げて、日本人の法意識の特徴を指摘する。

まず日本人は西欧近代法の保障する所有権の意識があまり強くない。例えば、日本人は誰にも使用されていない物や誰にも占有されていない物については、所有者本人の許可がなくともそれを使っても特に問題はないと思っていることが多いのである(第三章)。

次に日本人の契約についての理解が近代法の予定するものとは異なっている。日本人は契約が成立しているかどうか、或いは何時契約が成立したか、ということについて明確さを求めない。且つ日本人は契約内容を明確に決定しておかねばならないと考えておらず、もし何か問題が生じたなら、その時点でどのように解決すればよいかを話し合えばよいと考えているのが一般的である(第四章)。

第三に、日本では民事訴訟は多くない。訴訟には多くの費用、多くの時間がかかるので、訴訟を避けたいと考える人もいるではあるが、しかしこれが根本的な理由とは思われない。なぜなら費用の問題が大きな問題とはならないと考えられる大企業であっても訴訟を好まず、また統計に基づけば簡易裁判所での民事訴訟のおよそ八割は六ヶ月以内に解決に到っているにもかかわらず、企業が簡易裁判所に訴訟を提起する例は少ないのであるから、民事訴訟が少ない根本的な理由はやはり日本人の法意識にあるのではないか。つまり伝統的な法意識の下では、日本人は権利と義務を明確化し、確定的なものとすることを好まず、その明確化・確定化されていない権利と義務の上に

人と人の友好的な関係を築いている。そのため日本人はもし訴訟を起こして権利・義務の内容を判決で明確化・確定化するなら、良好な人間関係を破壊するのではないかと考え、訴訟を起こすことを好まないのである。さらにたとえ日本人は民事訴訟を起こしたとしても、和解で解決することを好む。また日本では調停制度が存在し、民事紛争の解決を調停によることも多い。調停は確定的な規範や権利の主張を必要とせず、当事者双方の合意により紛争を解決するものであり、紛争を丸くおさめるものといえる。明治時代に、日本人の法意識に対応する紛争解決方法として制度化された調停は、その後人々の間で「権利」主張が見られるようになると、それを抑圧する意味をもつことにもなった（第五章）。

以上のような分析を踏まえて川島氏は、明治時代以後、特に戦後の日本において人々の法意識は変化しており、権利意識が強くなる方向に向っているとみている。人々は権利を主張し、自己の権利を主張するために訴訟制度を利用するようになってきており、また法律は判断の基準となり、法律の内容が明確化されることを望むようになっているとみている。そしてこのような傾向は今後一層強まるとみて、川島氏は日本人の法意識が近代的な法意識に近づいていると考えるのである（第六章）。

以上『日本人の法意識』の内容を振り返ってみた。そしてそこから川島氏がこの研究により提起した日本社会における課題とは何であったかを抜き出してみると、次の二点ということになる。つまり日本社会において近代法システムを確立すること、且つ近代法システムに対応した法意識を形成することである。

第二章 川島武宜以後の研究

川島武宜『日本人の法意識』は、学界において大きな反響を引き起こした。そして川島氏の着眼点に対して人々

が大きな興味を覚えながらも、その一方で川島氏の論ずるところに様々な疑問を差し挟む形で、論を展開する道が開かれた。そしてそれにより日本人の法意識という研究テーマが、法文化研究の重要な構成要素となり、日本の法文化研究が発展していったということになる。

ところでこの動きの中で興味深い点は、日本人の法学者のみならずアメリカの日本法研究者も、川島氏の主張に対して自己の論を展開していることである。その最も有名なものとしては、ジョン・O・ヘイリー氏の、『The Myth of the Reluctant Litigant』（一九七八年、日本語訳・加藤新太郎「裁判嫌いの神話」）が挙げられる。ヘイリー氏は、日本において訴訟が少ない理由は、日本人の法意識の問題ではなく、むしろ訴訟制度等、その他の原因が大きいと主張する。

ヘイリー氏はまず訴訟数に関わる統計資料によるなら、日本人が訴訟嫌いであると、単純に言えないことを指摘する。そのうえで日本がアメリカに比べ、訴訟数が少ないことの理由の説明を試みる。

ヘイリー氏の一つには、日本社会はアメリカ社会に比べて、第三者が紛争当事者の間に立ち、紛争を解決するのしくみがうまく機能しており、訴訟の回避がもたらされているのではないかと指摘する。

また制度の面からみると、裁判官の数が少ない等の理由で訴訟の遅延が引き起こされ、それが訴訟の回避につながってゆくと指摘する。その他日本においては、例えば議員定数不均衡が問題となった訴訟での事情判決にみられるように、裁判所による救済可能な範囲が限定されていることや、また裁判所が決定を遂行するための法廷侮辱の権能を欠いていることも問題視している。

これらの点を指摘することでヘイリー氏は、日本は制度的な面から訴訟の増加が抑制されていると説くのである。川島氏は訴訟の少なさについては、制度的理由も考えられるが、人々の意識によるところが大きいとしたのだが、これに対してヘイリー氏は人々の意識というより、制度等に原因を求めべきだとするのである。

さてヘイリー氏以外に、川島氏の日本人の法意識と訴訟の関係についての見解に対し、自己の説を主張するアメリカの法学者としては、フランク・アップハム、マーク・ラムザイヤーがしばしば挙げられる。

アップハム氏は、“Weak Legal Consciousness as Invented Tradition”（一九九八年）において、京都府保津村での入会地をめぐる長期にわたる紛争事例を辿る。そして江戸時代、明治時代、戦後の紛争解決方法を比較することで、戦前日本人は決して訴訟を嫌っていなかったことと、しかしながら戦後保津の紛争は最終的に非法的手段によって解決に到ったことを示している。このような例を挙げたうえで、日本の戦後の訴訟率の低さについて検討し、アップハム氏は、それは戦後の官僚たちによる政治的選択が生み出したものとしている。日本での訴訟率の低さは、文化的要因というより官僚による政策の結果と考える方が妥当というのであり、この点でアップハム氏も訴訟率の低さについて、文化や伝統より制度面に原因を求めている。

アップハム氏の研究に関連するとの意味もあるので、ここでもう一つの文献、井ヶ田良治「日本人は裁判ざらいの神話」について——日本人の法観念の歴史的研究のために——（一九八四年）を挙げる。本論文は日本人の裁判忌避傾向の原因を探るため、歴史的検討をなすべきことを主張するものであるが、この中で井ヶ田氏は、アップハム氏の“Litigation and Moral Consciousness in Japan——An Interpretative Analysis of Four Japanese Pollution Suits”（一九七六年）を採り上げている¹¹⁾。

井ヶ田氏はアップハム氏が次のように指摘する点に注目している。つまり日本では公害訴訟において、被害者が孤立を恐れてお国のために権利侵害を甘受したり、また被告側が徹底的に法を活用して自己の経済的人格的利益を守ることをあきらめようとするが、この点が訴訟にみられる日本人の共同体的反個人主義的態度という特徴であると、指摘する点である。

もう一人のラムザイヤー氏は、その著書『法と経済学』（二〇〇四年）において、日本ではアメリカに比べ交通事故についての訴訟率が低いことは、文化的要因や費用面にその原因を求める説もあるが、経済学的モデルと交通事故におけるデータを用いて検証した結果、予測可能性説によって説明できるとする。即ち日本では、交通事故の訴訟については、裁判官が下すであろう判決を当事者双方が予測しうる確率が高いために、当事者双方は訴訟によるよりも費用負担の少ない裁判外の交渉で、その予測しうる結果を得ようとするため、結局訴訟率が低くなるというラムザイヤー氏は説明するのである（第二章）。

この他最近出版されたダニエル・H・フット『裁判と社会』（二〇〇六年）においてフット氏は、日本とアメリカは共通点を有しながら、一方で相違点も有しているとの観点から論を進める。例えばしばしば日本の特徴として挙げられる、和の重視、対立的でない紛争解決を好むこと、謝罪を重視することなどはアメリカにおいてもやはり見られるとして、その例を挙げる。このようにフット氏は、日本、アメリカの法や法意識を論ずることにおいて、固定観念に囚われることのないように極力注意を払っている。そして日米の法や法意識の違いには、文化的要因と制度的要因等様々な要因が複雑に関係し合うとしている。そしてその点からすると、川島説は文化的要因に重点を置くために、他の要素の評価が低くなりすぎているのではないかとフット氏は指摘する（第一章）。

以上のようにアメリカ人の法学者によっても川島説に対する分析がなされている。これらとの関連で言えば、五十嵐清「西欧法学者が見た日本法——日本人は裁判嫌い——は神話か?——」¹²⁾が、川島論文と野田良之教授の日本人の法観念についての研究を前提として、西欧の法学者による日本法研究の要点を明確に整理・論評している。五十嵐氏は、「日本人は裁判嫌い」の神話について、文化要因説と制度的要因説の対立があるが、真理は中間にあるとの折衷説が最近の西欧の日本法研究者の間で有力になりつつあると述べている。

では日本人による研究に目を向ける。早い時期のものとして、佐々木吉男『民事調停の研究』（一九六七年）が実証データに基づいて、手続の煩雑さ、解決の遅延、費用の高価性という日本の民事訴訟制度の制度上の問題点が

訴訟を避ける傾向を生むことを指摘している（第五章）。この点で佐々木研究は川島氏と異なり、訴訟の少なさの原因を制度に求めていることになる。

ここで佐々木氏の他の指摘にも触れておくと、佐々木氏は、調停に関して当事者の互譲と合意をあまり強調することは、単に当事者双方の主張を折半した結論を押しつけることを招来するのではないかと指摘する。佐々木氏は調停制度の目的は法文上から考えても条理にかなない、且つ実情に即した解決を図ることであると主張し、あくまでその目的のために互譲がなされると考えるのである。このような観点から佐々木氏は、川島氏も挙げていたところの、調停は紛争を非権利的に処理する制度と捉える考え方には疑問を呈している（第三章、第四章）。

このような川島氏の訴訟数の少なさの要因についての考え方に、不賛同を示すもの以外に、川島教授の西欧社会の捉え方についても、それが西欧社会の現実を本当に捉えているのか、つまり川島氏は日本と西欧双方の社会の違いを極端化して対比してはいないかとの指摘もなされている。この指摘は先述のフット氏のような、西欧社会と日本社会の違いを相対化して捉える視点とつながるものである。

このような指摘を含め川島論文については実に様々に論じられているが、そのような議論状況についてより詳しく知りうる近年の文献として以下のものを挙げておく。

六本佳平『日本の法と社会』（二〇〇四年）第二章、法文化、和田仁孝・太田勝造・阿部昌樹編『法と社会へのアプローチ』（二〇〇四年）第一章、法社会学は何をしてきたか——川島武宣の法意識研究を中心として（松村良之）、同書第八章、歴史から法を読み解く——歴史法社会学（佐藤岩夫）、棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』（一九九四年）第三編第一章、権利意識と法行為（櫻村志郎）。

以上のように戦後日本における法文化研究の展開に川島論文の持つ意味は大きい。ではこれを前提として、次に必ずしも川島論文を直接の検討対象としないものも含めて、川島研究以降の日本における法文化研究の展開を見て

みたい。

さてその場合次の形を採りたい。川島研究は法意識に関わる側面と、「近代化」に関わる側面という、二つの側面から分析することができると思われる。そこで以下においては章を改め、法意識に関連する研究と、「近代化」の問題に関連する研究に分けて、法文化研究を辿るものとする。

第三章 法意識に関わる研究

法意識に関わる研究としてまず挙げるのは、柴田光蔵教授の研究である。柴田氏は日本人の日常生活の中に見られる行動を捉えて、法文化を分析する。その分析対象とされる人々の行動は川島氏のものよりはるかに広いものとなっている。柴田氏の法文化研究に関わる著作は多く、最も早いものとしては『法のタテマエとホンネ』（一九八三年）であり、最近のものとしては、『タテマエの法 ホンネの法（新版増補）』（二〇〇六年）である。柴田氏の分析視角は、法規定をタテマエとした時に、日本人の現実の行動をホンネと見て、その二つの間の齟齬に着目して、日本の法文化の特色を探ろうとするものである。

柴田教授によれば、日本人はある法律があったとしても、必ずしもその法律を守って行動するとは限らず、時には法律をほとんど守らないこともありうるとする。そして法を守らないとの点においても、そこには様々な側面がみられるということから、テーマごとの検討がなされる。日本型契約、時効についての日本人の受け止め方、法を悪用した法曹、理想とする法制度と現実が大きくかけ離れた例として見る憲法第九条、人質事件にみられた人質解放のための「超法規的措置」等、様々な問題が取り上げられている。

また時効という制度についての日本人の意識というテーマともつながるが、裁判制度の中にみられる、例えば

「判決確定までは無罪と推定する」等の法原理・原則への日本人の受け止め方も取り上げられる。そしてさらに訴訟のために法廷技術を駆使することに対する日本人の違和感も取り上げられる。これらは『法のタテマエとホンネ（増補版）』（一九八六年）から登場する隣人訴訟の問題で扱われた、権利や法を振りかざす行為と受け取った場合に、それに対して日本人が示す嫌悪感の問題と通ずるものである。そしてこの点はさらに『タテマエの法 ホンネの法（新版）』（二〇〇四年）から扱う和歌山毒物カレー事件での黙秘権の行使に対する日本人の拒否反応という側面からも分析されており、一つの大きな論点となっている。

この柴田氏の研究同様に、日本社会の法に関連する諸問題を検討するものとしては、例えば、角田猛之『法文化の探求』（二〇〇一年）がある。本書は社会の変化、科学技術の発達に伴い現われてきた様々な法的问题を扱っている。

江戸時代の法文化研究について言えば、数名の日本法制史学者の講演やシンポジウム記録をまとめた、國學院大學日本文化研究所編『法文化のなかの創造性』（二〇〇五年）が、平易な語り口で、江戸の法文化に対する興味を呼び起こす内容となっている。

古代に関して言えば、田中茂樹教授が日本の古代の文芸作品を分析することで、法文化を検討しようとして試みている。例えば『蜻蛉日記』や『万葉集』の和歌などが取り上げられている。法文化を語るためにより詳細な検討が必要となる可能性はあるが、分析方法としては興味深いものである。²⁾

次に挙げるのは、以上のものに比べて、法文化を取り上げるにつき、比較法的観点の強いものである。

まず大木雅夫『日本人の法観念』（一九八三年）を挙げる。この著作は分析対象が幅広く、取り上げる論点も多いことから、やや詳しく見てゆく。

大木氏は西洋の比較法学者のこれまでの極東の法に関する通説に疑問を呈する。大木氏によれば西洋の比較法学

者の極東の法に関する一般的見方は次のようなものである。西洋においては法による行為の規律、また個人の権利の保護が重視され、社会が法に服していることが望まれる。一方極東においては、行為を規律するのは法よりも、調和を重んずる不文の行為規範であり、また調和が重視されるため、裁判形式での紛争解決は望まれない。そしてこのように極東の人々が考えることの原因は儒教文化の影響によるのである（第一章）。

大木氏はこのような通説に疑義を唱え、西洋の比較法学者は儒教の影響を過度に強調していると言つ。これに加え大木氏は、日本の比較法学者である野田良之教授が、日本人の法観念の特色の原因を日本人の根本的な性格や日本の地理的、歴史的條件に求めることにも疑問を差し挟む（第一章）。

これらの疑問に基づいて大木氏は、歴史的に西洋の法と極東の法を検討してゆく。

大木氏は西洋の、法の神聖視に基づく「法の支配」の理想について、イギリス、フランス、ドイツを検討する。そして例えばイギリスで「法の支配」は現実には王権ないし行政権に対する議会の優位という形で発展したこと、フランスで「法の優越」とはいうが、法条崇拜の絶対化が見られ、また一方で「権利」によらない法理論が唱えられた例もあったこと、ドイツでは法治国の観念は行政分野における国家の法の適用の法律適合性のみを意味する形式的捉え方に限定されてゆき、その時期が続いたこと等を挙げる。そして大木氏は西洋の「法の支配」が、法による個人の権利の保護、自由、平等の理念の実現に関連するものとなった歴史は決して長いものではないとする（第三章）。

次に大木氏は中国については、中国人の思想の中には、儒家や道家さらには法家の影響も見ることができ、それらが融合していると言つしかないとし、それゆえ儒教の影響のみを極端に強調することはできないとする。

また大木氏は中国では訴訟より調停が好まれたとする通説に対して、中村茂夫「伝統中国法」雛型説に対する一試論」を挙げて反論する。中村論文は、伝統中国の法は雛型にすぎず、適用されたわけではないとする通説と、伝

統中国では民事的紛争の解決は民間の処理に任せられ、国家の関与によって解決されることは極力避けられたとする通説に実証的に反論し、従来の通説の根拠の薄弱さを明確に示したものである。この中村論文に基づき大木氏は、
 統中国において民衆は官憲に訴え出ようとする強い権利意識を持っていたとするのである（第四章）。

さらに大木氏は日本について以下のように言う。日本のどの時代の法制度も当時の統治者が必要だと考えた妥当な理由に基づいて作られている。これはその統治者がその時代の法に基づいて国を統治していることを意味するのであるから、単純に法治がないとか、非法と言うことはできない。また日本では「権利」という言葉が生み出されることはなかったが、しかし如何なる時代においても人々は権利意識に相当する意識は持っていたのである。ところがこのような人々の意識に対応して、司法制度がその人々の意識を汲み上げるものとなっているなら権利意識は表面化するが、それを汲み上げない司法制度の下では、権利意識は表面化しないことになる。そのうえ、たとえ紛争が生じたとしても、もし訴訟より、より簡便な紛争解決方法があるのであれば、人々はそちらの方法を使うことになる。よって訴訟が少ないということは、必ずしも権利意識の大小と関わらないことになる（第五章）。

この点に関してより詳しく大木氏の主張するところを知るために、大木氏による日本の各時代の司法制度に関する論述の一部を次に挙げてみる。

鎌倉時代初期には武士の所領に関する権利意識が著しく高まり、幕府役人による紛争処理の基準を定めた御成敗式目が制定されたり、御家人の所領に関する訴訟である所務沙汰の手続の発展にみられるように、権利意識の高まりに対応する形で司法制度が整えられた。しかし一方、地頭と荘園領主との間の所領をめぐる争いを解決する方法として、和解手続といえる「和与」が用いられた。この後江戸時代に目を向けると、民事訴訟にほぼ重なる公事や百姓一揆の状況からするなら、江戸時代の民衆もやはり強烈な権利意識を持っていたと思われるが、江戸幕府はこのような意識を切り捨てる方向へと司法制度を作り上げてゆく。例えば相对済令により金公事についての訴えを受

理しない措置を取り、そもそも公事については当事者間で紛争の解決をはかる内済を奨励したのであった。このような制度を作り上げたのは、例えば急増する訴訟を処理することに制度的に追いつけないなど、そうせざるをえないという為政者側の必要があったと考えられる（第四章）。

以上のように大木氏は従来の通説に反論しつつ、法秩序や法觀念が規定される原因を考える時には、その地の人々の国民性というような捉え難いものに拠るよりも、その国の司法制度を分析すべきとの見方を示すのである。ところで大木氏の伝統的な中国や日本の法制度についての論述は、先述の中村論文に拠った例にみられるように、かなり法制史分野の先行研究に基づいてなされている。

さてこの他比較法の観点に立つ法文化研究としては、木下毅『比較法文化』（一九九九年）が挙げられる。また動物に関わる法文化について日本とヨーロッパの状況を比較したものと、青木人志『動物の比較法文化』（二〇〇二年）がある。また青木氏には法文化に関わる内容を平易に論じたものとして、『大岡裁き』の法意識（二〇〇五年）がある。

次に中国法制史の研究分野での法文化研究として、滋賀秀三「中国法文化の考察」（一九八六年）を挙げる。滋賀教授はヨーロッパの伝統的訴訟観または訴訟構造と帝制中国の訴訟観または訴訟構造を比較し、そこからヨーロッパの法文化と中国の法文化の違いを導き出す。

滋賀氏は、帝制中国の裁判に通ずる特徴との意味も含めて、清朝の裁判の特徴を分析する。

清朝の裁判においては、重い刑罰を科すべき事件、つまり重罪案件と、軽い刑罰で済む事件で、その処断の仕方に違いがみられる。最も末端の行政官庁である州や県で処理できる軽い刑罰を科すこととなる事件は州県自理の案と呼ばれ、そこには民事紛争が多く含まれたということが言える。重罪案件においては、犯罪事実の認定には本人の自由が必ず必要であった。自由に基づいた事実認定がなされれば、厳格に成文法に基づいて処断することになる。

その場合、刑を科すにはどの条文に拠るかの判断が重要となり、引くべき条文が定めれば科すべき刑も確定する仕組みになっていた。裁判担当官の量刑についての裁量は存在しなかった。一方州県自理の案では法律条文に拘束されるのではなく、「情理」に基づき、個々の事件に心じた具体的妥当な解決策の提示が求められた。この「情理」とは、中国人であれば誰もが理解しえる正義感の感覚であったといえる。そして州県自理の案は、一旦納得したはずの当事者が争いを蒸し返すことも可能であり、その場合、裁判の担当官は何度も審理をしなければならなかった。

以上のような特徴を挙げ滋賀氏は、中国の訴訟では、主張の争いに第三者が判定を下すという構造が存在せず、それが対立する主張のいずれが正しいかの判定を下す仕組みを持つヨーロッパの訴訟との大きな違いとする。

また滋賀氏は、アゴン（競技）にヨーロッパの訴訟の原型を求める野田良之教授の説にならない、中国の訴訟の原型を、裁判を担当する官が、兄弟喧嘩の間に立つ父母のように調和を回復させる点に求める。

そして滋賀氏は、西洋の訴訟のような「判定」を欠く中国の訴訟構造の下では、「法」=「正しさ」との発想は生まれず、これよりヨーロッパの法文化に比べ、私法体系を生み出さず、法学も発展しなかったという中国の法文化の特徴が生まれたとみている。

ところでここで野田教授の示すヨーロッパの訴訟と、滋賀教授の示す中国の訴訟の特徴のもう一つの面にも注目してみたい。野田氏によれば、ヨーロッパにおいて訴訟の本質は争う両当事者がその勝敗を決することにあり、裁判人は、当事者が公平にその競技を進めていくためにルールを適用するとの役割のみ負い、あくまで当事者が出した結果を確認するというを行なうにすぎない。野田良之「私法観念の起源に関する一管見——L. Germetの研究を拠所として」（一九七五年）

つまり「アゴン」型訴訟では裁判人は当事者の争いに介入せず、当事者が勝敗を決するといえる。これに対し滋賀氏の掲げた「父母官」型訴訟では、裁判の担当官が積極的に当事者に関与し、調和を回復させることに努めるといのであるから、ここにみられる二つの型の訴訟の、裁判人と当事者の位置付けの違いも興味深いものと思われる。

さて一九九〇年代に入ると法文化研究にも多元化の影響がみられるようになる。「多元性」と関わる法文化研究については、千葉正士教授が早い時期からこの点に注目している。それは法人類学の観点から、多くの地域の法文化の特色を検討するものである。その研究の成果は『法文化のフロンティア』（一九九一年）や『アジア法の多元的構造』（一九九八年）にまとめられている。

千葉氏と同様に多元化の観点を持ち、また近年の法理論の展開を視野に入れた法文化研究としては、竹下賢・角田猛之編著『マルチ・リーガル・カルチャー』（一九九八年）がある。この書においては、本書の分析視覚と一九八〇年代以降の日本における法文化研究の研究状況について、竹下氏、角田氏が各々述べている（はしがき、終章）。本書は多文化主義の観点と、日本の法文化を多面的に分析しようとの観点を持つものである。ただ章ごとに執筆者が異なることから、法文化の分析手法は必ずしも同一ではない。その中からここでは、多文化主義と法文化研究の関わりに着目している平井論文を取り上げたい。

平井亮輔「正義をめぐる法文化」は、法の考察のために考えざるを得ない正義の問題を取り上げている。平井氏は現代正義論の主流と言えるリベラリズムは、個人の権利を重視し、その権利の普遍性と不可侵性または優位性を尊重するものであるが、そのリベラリズムが現代の我々の法制度・法文化の基礎となる理論と言えるとする（一五頁）³⁾。その一方で平井氏は近年のリベラリズムへの批判を取り上げ、その要点を整理しつつ、権利のあり方への提言をなそうとする。

平井氏は共同体主義からのリベラリズムに対する批判として、権利も特定の文化を前提としたものにすぎず、必

ずしも普遍的な基礎と射程を持つものではないと主張される点を挙げる(一七頁)。

そして平井氏は、言説として権利が実際に使用される場合に、その価値根拠や相互的性格から乖離して、権利が他者からの要求や問いかけを断ち切り、自己の主張を一方的に貫徹するための道具として用いられる文化的傾向性があること、この点を共同体主義はリベラリズムへの批判の眼目の一つとして述べている(一八頁)。

また平井氏は多文化主義からの批判として、リベラリズムとその政治が西洋近代の特殊な文化の表現にすぎないとし、「権利の文化」の押しつけを拒否することを挙げる。しかしながら多文化主義は権利言説を否定するのではなく、支配的な西洋近代的な「権利の文化」に対して、文化的差異への配慮を要求するのであり、それゆえ多文化主義においては、ある文化的集団を主体とする特別な権利の要求がみられるとする(一九二〇頁)。

このように共同体主義と多文化主義からのリベラリズムへの批判が挙げられている。ところで平井氏自身は権利に関し、自他を相互的な関係の中に引き入れて議論を立ち上げさせたり、或いは継続させるものとして権利を位置付け直すことが必要だと言つ(一九頁)。またマイノリティ文化の承認のために、共通言語として権利を使用することは、他者との新たな承認関係を形成するための通路として権利が働くとの意味をもつので、全体社会の政治的統合に反するとはいえないと述べている(二二頁)。

以上平井論文から、法と密接に結びつく正義の観念の探究のためにも、文化または法文化の考察が重要な意味を持つことが明らかとなる。

さてここまで挙げてきた研究は、法文化研究としての川島論文を法意識と近代化の二面に分けて見た場合の、法意識の系統につながるものである⁽⁴⁾。ただ最後の平井論文は二側面の双方に関わるともいえる。続けて近代化の問題に関わる研究に移りたいのだが、それらについては次章で述べることにする。

第四章 「近代化」に関わる研究

「近代化」の問題に関わる研究として、一つには榊瀬孝雄「近代の理念とゆらぎ——川島法社会学の理論と実践」(一九九三年)を挙げたい。

榊瀬教授は川島教授がその実現を目指した「近代」とは、我々の法或いは法秩序の基礎にあるものとして抽象化された「近代」であり(筆者は理想化された「近代」と言い換えることが可能と考えている)、それゆえ川島教授は近代の価値を素朴に信ずることができたのだと述べる。しかし我々にとって「近代」はもっと複雑化している⁽⁵⁾。榊瀬氏は言う。榊瀬氏はさらに言う。日本のモデルとされた西洋において、例えばアメリカでは「訴訟社会」のいきすぎが語られ、「法の過剰」により個人の自律領域が侵害されていることが指摘され、もはや川島教授が言うように、常に法を使うことが正しいと言えなくなっている。また人々が生活実感として、法を使わずとも、また強い権利主張をせずとも問題が解決していく社会に満足している可能性もある。そして権利の主張が本質的に持つ脱文脈性が、生活世界に実際に見られる人々との関係性と摩擦を生ずるのではないかとの視点は川島教授に見られない(四頁)。

榊瀬氏の主張は、「近代」に対する懐疑を意味している。しかし注意せねばならないのは、これは近代の否定を意味するのではないことである。これは近代の価値観は重視するのではあるが、我々が当然に重要であると考える近代の価値観を一旦疑い、そして一面で反省を加えつつ、一方で近代の価値観を再検討するという発想である。その目的とするところは、その発想に基づくことで現代社会における法秩序を再検討することにある。この思考方法は近代の啓蒙と近代の反省の間で揺れ動く思考方法とも言える。それゆえ榊瀬氏は近代法への揺れという観点から、

川島氏の研究を辿ってゆくののである。

棚瀬氏は指摘する。川島教授は日本人の法意識を近代法システムに適應するものに改変し、法が普遍的に妥当する近代的な法秩序を日本社会に確立することを目指した(一一頁)。しかしながら日本人の法意識という問題について言えば、川島教授の考え方も、改変すべき法意識というものから、日本に固有の意識という捉え方へと、微妙な変化が読み取れる(一八頁)。

棚瀬氏はこのように川島氏の中に近代に対するゆらぎを読み取る。

そして棚瀬氏自身、日本の法文化を改変すべきものと捉えるのではなく、日本に固有の法文化と見ることに現れる近代のゆらぎの中に身を置く視点が、現代社会における法秩序を探究するための端緒を与えてくれると見ているのである(二三―二四頁)。

次にもう一つ川島研究の「近代化」の問題に関わるものとして、田中成明「日本の法文化の現況と課題」(一九八六年)を挙げる。

田中氏は、川島氏が権利観念や裁判手続等を指標として近代化の段階を計ろうとした分析手法に対して、現代日本の状況を計るにはそのような二元的モデルを用いることには限界があるとする。そして田中氏は、普遍主義型法・管理型法・自治型法という法の三類型モデルという理論枠組を提起する(六―七頁⁶⁾。

田中氏によれば普遍主義型法(自立型法)のモデルの下では、国家権力の恣意専断的行使が制禦されること、一般的ルールが公平に適用されることで形式的正義が実現されているとする。そしてそれによって個々の市民が自己の意思に基づき一般的な法的ルール・枠組・手続を活用して、自主的に利害調整や紛争解決を行ないつつ、各人が選択した善き生き方を実現してゆくための自由と平等を保障しているとする。但し近代西欧法システムがこのような普遍主義型法(自立型法)モデルを全面的に実現したということではないと、田中氏は断わっている(七八

頁)。

つまり普遍主義型法(自立型法)モデルとは、近代西欧法システムの下で目指された理念や法秩序が実現されている状態を指すモデルということになる。

これに対して管理型法は、公権力機関が特定の政治的・社会的な政策の目標を確保・実現するための手段として定立・運用する、一般的な命令・指図をいうとする。また自治型法は、各々の社会構成員の意識・行動を現実規制している非公式な社会規範や、そこで共有されている正義・平衡感覚に基づいて自主的に生成され、作動する法をいうとする。そして田中氏はこの三つの法類型については、どれが良いという価値判断を含むものではないとして、各々が長所・短所をもつとの前提の下で、この三類型の組み合わせにより、現代社会に対応すべき法システムを分析してゆくことを主張する(八頁)。

田中氏は法文化との関連については、普遍主義型法(自立型法)システムの存在は、市民的法文化の成熟の必要条件ではあるが、現段階では十分条件ではないと述べる。そして市民的法文化の成熟のため、つまり市民間の自律的・相互主体的な法的関係の確立には、管理型法による公権力機関の配慮・介入による市民的法文化の成熟に必要な社会経済条件の確保が必要となるとしている。また自治型法は、それが対等独立の市民相互間の自主的合意に基づいている場合には市民的法文化の成熟につながる。しかしその一方で管理型法はそれ自体として、他律的・受動的な法文化を生み出す傾向を持つことと、自治型法はその基盤となる社会の組織化・集団化が進むと、個々の構成員の自主的合意の側面が弱まり、構成員の自律性・相互主体的関係の形成を抑制する可能性が出てくることも指摘する(一〇頁)。

田中氏は、管理型法、自治型法の長所・短所を前提としたうえで、市民的法文化の成熟は、普遍主義型法(自立型法)、管理型法、自治型法が相互に補い合うことによって達せられるとみているのである。この前提の下で田中

氏は日本社会の市民的法文化の現状について、権利主張と裁判利用に関する動向の二点に絞って検討を行なう。そしてその検討に基づき、現段階の我国においては、法システムがその根幹となる法的原理を堅持しつつ、また市民的法文化の成熟を促進しつつ、社会の法化によって生じる多種多様な法的要求に適切に対処するには、管理型法や自治型法は補助的な調整装置として用いしつつ、やはりまず普遍主義型法（自立型法）の自立的・一般的な思想と論理の浸透を図ることが必要だと主張する（三一頁）。

これは田中氏が先に指摘した、他律的・受動的な法文化を生み出す管理型法の一面に対して、それに対抗しつつまで市民的法文化が成熟しておらず、そしてその後には市民的法文化の成熟につながるまで自治型法のもつ市民相互間の自主的合意の側面が強くない状況に日本社会があると見ているからである（三一―三三頁）。

それゆえ田中氏は普遍主義型法（自立型法）の目指す、とりわけ互酬的権利義務観念と当事者主義的裁判手続に象徴される精神をまず浸透させ、その下で法的空間を基本的に対話的合理性と手続的正義の制度化として捉える視座を拡げてゆくことが必要であると主張するのである（三一頁）。

田中氏は現代社会の多様化、複雑化を十分視野に入れたうえで、日本社会にふさわしい法システムの構築に向けての提言を行なっているのであり、この主張の重要性は十分理解できる。しかしそれと並んで、先述した榎瀬論文にみられるような、「近代法」の限界、或いは「近代法」への懐疑という視点を持つことの重要性もやはり感ぜざるを得ない。

終わりに

以上川島武宜氏以降の日本の法文化研究を概観した。そこで最後に、現代において法文化研究から導き出される

課題は何かを検討しなければならない。

まず川島教授以降の研究の流れを見てみると次のように言えよう。

近年は「法文化」或いは「法意識」はかなり相対化して捉えられるようになっており、それは程度の差ともいえるが、しかしなお無視はできない特徴との観点から注目されている。そのため日本の法の特徴を語る時にも文化のみを要因とすることはなされず、文化と制度の双方を視野に入れて検討する方向へと向かっている。ヘイリー氏以降のアメリカ人研究者による研究もこの流れの中で読みうるし、また五十嵐氏の指摘する文化要因説と制度要因説の折衷説へとの方向性とも符合する。

その中でなお日本の「法文化」、「法意識」に注目する事は如何なる意味があるのだろうか。この問いを念頭に置いて川島氏以降の、法意識に注目した研究に目を向けてみる。

例えば柴田氏は「法」や「権利」に対して日本人が示す、嫌悪感に至る感情を常に取り上げている。これは川島論文の時代であれば、近代法システムに対応できるまでに日本人の法意識が成熟していないために生じた問題であると、解される可能性が高かった。しかしさらに社会が複雑化し、多様化した現代において、これらの問題は近代法システムの確立のために不要なものとの名目で切り捨てることができなくなっているのではないだろうか。

おそらくこの点にこだわらないと平井氏の指摘した、権利も特定の文化を前提としたものにすぎず、必ずしも普遍的な基礎と射程を持つものではないとの共同体主義からの批判に答えられず、また同じく平井氏の指摘した、権利の言説が他者との関係性を断ち切ることをもたらすとの問題を克服できないのではないだろうか。

そしてこの点がまた、「近代化」に関わる研究として挙げた榎瀬氏の主張と重なることになる。榎瀬氏はアメリカで「訴訟社会」のいきすぎが語られ、「法の過剰」により個人の自律領域が侵害されていることを指摘していた。過度の「権利」の主張、ゆきすぎた訴訟社会、法の過剰がもたらす閉塞感、アメリカでなくとも近年我々自身が

感ぜざるを得なくなっている。やはり我々もまた平井氏が述べた如く、権利の位置付け直しの必要に迫られている。このように考えてくると、田中成明氏の日本社会にふさわしい法システムの構築に向けた提言とともに、棚瀬氏に見られた「近代法」の限界、或いは「近代法」への懐疑の視点を持つことの重要性が理解できるのである。

以上から法文化研究は「近代法」の再考を促す要素を持つことになるが、その一方で法文化研究は、法を問うためになんらかの展開をもたらず要素を持つのであろうか。

棚瀬氏は権利の主張が本質的に持つ脱文脈性が、生活世界に実際に見られる人々との関係性と摩擦を生ずることの問題性を指摘していた。

この問題に関わることとして、例えば近代法システムの下で要求される普遍性や公平性が、一人一人の人間の思いや願いを漏れ落としてしまうことが挙げられる。つまり裁判において普遍性や公平性を重視した結果、類似事件の解決方法において、一方で画一化を生み出してしまい、そのために裁判の当事者の思いと裁判に携わる者の判断の間に齟齬が生ずる問題である。一例として息子の死の原因を知り、且つ医者への責任を問いたいと考え訴訟を起こした夫婦と、事件の早期解決と最大限の賠償金の獲得を目指したこの原告夫婦の弁護士との間の対立が挙げられる。個々の人間の思いと、権利主張の持つ脱文脈性の生み出した固定化した思考の対立ともいえる問題である。

この問題に関しては、「近代法」への懐疑の視点を持つ研究からは、「関係性」、「感情」、「声を聴く」、「主体」などの観点からの検討の必要が考えられよう⁽⁸⁾。しかし、もし法文化研究の立場から、先述の滋賀論文で挙げられた伝統中国の「情理」に基づく裁判を思い起こすとどうなるであろうか。

「情理」に基づく裁判においては、裁判を担当する官は普遍性に拘束されることはない。むしろ事件の個別性、具体性を重視し、事件ごとに当事者双方の最も満足する解決方法を示そうとするのである。裁判担当官がこの役目を十分に果たせぬなら、事件の解決ができないのである。このような条件の下では裁判担当官は、訴訟の当事者の

希望を極力知ろうとするであろう。この清朝の裁判担当官の取る行動は、医療過誤事件で事件の早期解決と最大限の賠償金の獲得を目的とすることに囚われてしまった弁護士のものとは正反対とも言える。

ただここで言いたいのは、「情理」に基づく裁判が現代の裁判より優れているというようなことではない。言いたいのは、多くの類似の事件があったとしても、決して同一の事件はないのであり、また裁判官にとっては多数の事件の一つであっても、当事者にとってはそれがすべてであるとの現実の下で、裁判の普遍性、公平性を重視することは、必ずや矛盾を生むということと、そしてその点にこだわりたいということなのである。そしてそのような観点から、個別性、具体性を重視する「情理」に基づく裁判というものを考えることは、なんらかの視点を我々に与えてくれるのではないか。これはつまり棚瀬氏が、日本の法文化を改変すべき対象と捉えるのではなく、日本に固有の法文化と捉えることに現れる、近代のゆらぎの中に身を置く視点が、現代社会における法秩序を探究するための端緒を与えることと重なるのではないかということである。

以上より法文化研究は現代社会に求められる法秩序を探究するための視点を提供する、この要素も持つことになる。

そしてそれとともに、滋賀氏が法文化を論じた時に、その根拠となっていた滋賀氏による伝統中国の裁判に関する実証研究（同氏『清代中国の法と裁判』一九八四年）を思い起こせば、大木氏が法文化を語る時に歴史的に司法制度を分析することの重要性を指摘したことも、より納得しやすくなる。また法制史研究と法文化研究の関連も理解しやす⁽⁹⁾い。

以上を総括するなら、法文化研究は「近代法」の限界に目を向けさせ、そして近代の限界を意識することによって、現代社会に求められる法秩序の探究をなすための端緒となる視点を与えるとの役割を負うと、言えるのではないだろうか。

つまりこの視点を与えることが法文化研究の課題の一つとなるのではないか。そして繰り返すが、それは決して近代の否定を意味するためになされることではない。ましてや近代への回帰を叫ぶものではない。敢えて言うなら、より良きものを求めるために、悩みの中に身を置くためになすということなのである。

注

- (1) この他綿貫氏によるアップハム氏の著作の内容紹介もある。
 「JUDで紹介されるのは」Frank K. Upham Law and Social Change in Postwar Japan Harvard University Press, 1987, p.62.
 綿貫芳源「アメリカにおける日本法研究の最近の動向」(一)〜(七・完)、『自治研究』六四、四、六四、一〇、六四、一、六五、四、六五、六、六五、七、六五、八、一九八八年〜一九八九年)
 (2) また田中氏は、後進の非西洋から先進の西洋へと単線的進化論の発想の限界を克服することが、多元性の承認につながるとの観点に立つ。
 田中茂樹「異文化としての近代法」(『法社会学』四六、一九九四年)
 (3) 平井論文で示すページ数は、改訂版のページによる。
 (4) この他法意識に関わるデータの収集を中心に据えた研究もみられる。早いものとして、日本文化会議編『日本人の法意識』(至誠堂、一九七三年)、近年のものとして、加藤雅信他「契約観・訴訟観・法意識の国際比較」(『ジュリスト』二一九七、二〇〇五年)
 (5) 榎瀬論文で示すページは、所収本のページである。
 (6) 田中氏は法の三類型モデルにつき、一九七六年以来論文上では述べており、本稿で挙げた論文で「普遍主義型法」と表現するモデルは、後「自立型法」に改めている。なお法の三類型モデルを掲げる最近のものとしては、『法への視座』を転換をめざして、第三章(有斐閣学術センター、二〇〇五年)

(7) 筆者はこの問題については、別稿で取り上げたことがある。

拙稿「魯迅の描く『人』と届かない『声』、そして法」(『社会科学研究』五八、二、二〇〇七年)

(8) 榎瀬氏の発想と共通点を有し、このような観点を持つ研究として、例えば、日本法社会学会編『法社会学』六〇、六一、六四(二〇〇四年)、二〇〇五年、二〇〇六年)所収の法社会学会三年連続シンポジウムの報告が挙げられる。取り上げられているテーマは、声、感情、語り、主体等である。

また和田仁孝・櫻村志郎・阿部昌樹編『法社会学の可能性』第三部、法の語りと法技法(法律文化社、二〇〇四年)所収の論文も挙げられる。

なおこれらの観点と関わるものとして拙稿「『青鞥』論争から人と法へ」(阿部照哉先生喜寿記念『現代社会における国家と法』成文堂、二〇〇七年)

(9) なお滋賀教授には伝統中国の家族に関わる史料を分析し、そこにみられる法意識を探究した研究もある。
 滋賀秀三『中国家族法の原理』創文社、一九六七年

本稿は、二〇〇六年二月に中央研究院歴史語言研究所(台湾)で開催されたシンポジウム「中國傳統法律文化的形成與轉變」で行なった報告「從日本の法律文化研究來看臺灣的法律文化研究」の報告原稿の一部に加筆したものである。

本文中引用文献

- 青木人志『動物の比較法文化』有斐閣、二〇〇二年
 同氏『大岡裁き』の法意識 光文社、二〇〇五年
 五十嵐清『西欧法学者が見た日本法』(滝沢正代表『比較法学の課題と展望』信山社、二〇〇二年)
 井ヶ田良治「日本人は裁判ざらいの神話」について(同志社大学人文科学研究『社会科学』三三、一、一九八四年)
 大木雅夫『日本人の法観念』東京大学出版会、一九八三年

- 加藤新太郎訳「裁判嫌いの神話」(上)(下)、「判例時報」九〇二、一九七八年、九〇七、一九七九年)
- 川島武宜『日本人の法意識』岩波書店、一九六七年(『川島武宜著作集』四、所収、岩波書店)
- 木下毅『比較法文化論』有斐閣、一九九九年
- 國學院大學日本文化研究所編『法文化のなかの創造性』創文社、二〇〇五年
- 佐々木吉男『民事調停の研究』法律文化社、一九六七年(増補版、一九七四年)
- 滋賀秀三『中国法文化の考察』『法哲学年報』一九八六年
- 同氏『清代中国の法と裁判』創文社、一九八四年
- 柴田光蔵『法のタテマエとホンネ』有斐閣、一九八三年
- 同氏『タテマエの法』ホンの法(新版増補)、『日本評論社』二〇〇六年
- ジモン・O・ハイリー『The Myth of the Reluctant Litigant』(Journal of Japanese Studies 4-2, University of Washington, 1978)
- 竹下賢・角田猛之編著『マルチ・リーガル・カルチャー』晃洋書房、一九九八年(改訂版、二〇〇二年)
- 田中成明『日本の法文化の現況と課題』(思想、七四四、一九八六年)
- 田中茂樹『蜻蛉日記における母系制の法文化』(『阪大法学』四六、一、一九九六年)
- 同氏『万葉集における妻問婚の法的構造』(『阪大法学』四七、四・五、一九九七年)
- 棚瀬孝雄『近代の理念とゆらぎ』——川島法社会学の理論と実践』(『法律時報』六五、一、一九九三年、同氏『権利の言説』所収、勁草書房、二〇〇二年)
- 棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』法律文化社、一九九四年
- タニエル・H・フットノ溜箭将之訳『裁判と社会』NTT出版、二〇〇六年
- 千葉正士『法文化のフロンティア』成文堂、一九九一年
- 同氏『アジア法の多元的構造』成文堂、一九九八年
- 角田猛之『法文化の探求』法律文化社、二〇〇一年

- 中村茂夫『伝統中国法』(雛型説に対する一試論)、『法政理論』二二一、一九七九年)
- 野田良之『私法觀念の起源に関する一管見』——L. Gernetの研究を拠所として——(『星野英一編』『私法学の新たな展開』有斐閣、一九七五年)
- 平井亮輔『正義をめぐる法文化』(前掲、竹下・角田編著『マルチ・リーガル・カルチャー』所収)
- フランク・マッハム『Litigation and Moral Consciousness in Japan』——An Interpretative Analysis of Four Japanese Pollution Suits』(Law and Society Review, summer 1976)
- 同氏『Weak Legal Consciousness as Invented Tradition』(edited by Stephen Vlastos『Mirror of Modernity: Invented Tradition of Modern Japan』University of California Press 1998)
- マーク・ラムザイヤー『法と経済学』弘文堂、二〇〇四年
- 六本佳平『日本の法と社会』有斐閣、二〇〇四年
- 和田仁孝・太田勝造・阿部昌樹編『法と社会へのアプローチ』日本評論社、二〇〇四年