

国家と自由の空間

趣旨説明

松田 恵美子（名城大学）

報告

清代中国土地取引にみる地域社会編成の動態と国家法秩序

松原 健太郎（東京大学）

フランス革命期における「一般意思の表明としての法律」と「自由」

波多野 敏（岡山大学）

大正期母性保護論争に見られる個人と国家 —— 「現実の人」と徳・礼・法 ——

松田 恵美子（名城大学）

コメント

憲法学の立場から
高井 裕之（大阪大学）

法哲学の立場から
平井 亮輔（名城大学）

始めに

本シンポジウム記録は二〇一七年九月三〇日に名古屋大学において開催された第三回法制史学会秋季シンポジウム「国家と自由の空間」で、報告者とコメントーターに基づいた原稿を再録するものである。当日は時間の関係で原稿のすべての内容を各人述べる事ができなかったため、ここに掲げる原稿は報告に比べ詳細となっている部分がある。

このシンポジウムの企画責任者は松田であり、また報告も担当した。今回名城法学編集委員の厚意により名城法学にシンポジウム内容を掲載できることとなった。

なおシンポジウム開催にあたっては、会場の設定、進行、司会また懇親会の準備などすべて名古屋大学の神保教授、石井教授に引き受けていただき、また複雑な事務全般を名城大学の代田助教に担当いただいた。大きく且つ幾つもの観点を含むテーマに自身の研究から切り込んでくれた報告者、興味をもって心答してくれたコメントーター、今後の課題への示唆を与えてくれた会場からの質問者とも併せここで感謝したい。

趣旨説明

「法とは何か」、法学という研究分野にいる者にとって常に念頭にある問いである。その答えに迫るには、様々な局面からこの問題を探究する必要がある。つ。

さて近年実感として感じられる事としては、制定法の数が年々増加しているというものがあるが、では一体制定

法はどこまで必要なのであろうか。

国家が法を定めることで不正は防止され、公平が保たれることは確かではあるものの、その反面自由の空間が狭められるのもまた確かではないか。

この点につき歴史を振り返ってみると、伝統中国では統治者による社会秩序維持のための成文法は膨大な量になるまで発展していたが、その反面実定私法の体系的な発展はみられなかった。しかしながら人々の間では一定の秩序を保ちながら私法上の取引は活発に行なわれていたのである。

このように考えると、統治権力或いは国家が定める法と個人の自由の空間という観点から歴史的事象を見てみることも、法を考えるための一つの視点として有益に思われる。そこで「国家と自由の空間」というテーマに関連するアルベラン氏による講演と、またこのテーマの下で、東洋、西洋、日本の歴史的事象を取り上げる報告を行なうことにした。

ここで三報告について簡単に触れておく。

まず松原報告では、国家の統治下にありながらも、国家の関与から離れているようにも見える空間が存在し、そしてこの空間の中では人々は活発に動いているという動態が示される。取り上げられるのは、中国清代華南地方の土地保有秩序である。それは国家の積極的な関与の下に成ったものではないが、しかし人々の間で保たれている秩序であった。また必ずしも西欧近代型の権利という発想で捉えることのできない秩序でもあった。

次の波多野報告では、フランス革命期にみられた「法律」と「自由」を巡っての国家による関与のあり方を示す。革命期には「一般意思の表明としての法律」が各人の自由を保障すると捉えられるが、現実にはこの対象からは自律した意思を持たない者が排除される。そのため自律できない者を自律させる方策が考えられることになり、その際大きな意味をもったのは「労働」であった。労働の場を与えることが公的扶助の中心となり、障害や病気等の理

由で労働できない者は扶助の対象となるが、労働を拒否する者は犯罪者とされたのである。

三番目の松田報告では、日本の大正時代の「母性保護論争」を取り上げる。母性保護論争では、妊娠、分娩期にある女性に対する国家の保護について二つの考え方が対立した。女子の経済的自立を重視する与謝野晶子は、妊娠分娩期の婦人に対する国家による保護は極一部の已むを得ない場合のみ認められるとする。これに対して母の子供を生み且つ育てる仕事の重要性を強調する平塚らいてうは、国家による保護を強く主張する。この二人の発想の違いを検討することで、国家の個人への関わり方を考える。

今回のテーマは一つの講演或いは報告によって何かの結論が出せるようなものではない。ただ以上の講演と報告、また報告に対するコメントのコメント、これらに基づいて会場から様々な意見が提起され、活発な議論が起きることで、「国家と自由の空間」というテーマに関する思考が深まることを期待する。

清代中国土地取引にみる地域社会編成の動態と国家法秩序

松原 健太郎

清代中国の国家制定法が、所謂「私法」秩序の規定を、少なくとも明示的な目標としていなかったことには、差し当たり争いがないと思われる。それにも拘らず現代的関心から「私権」を中心とする私法ないし財産法の秩序を再構成する作業は、一方において現代行われる法制史学的研究として意味を有する作業であることは疑いないが、他方において必然的に一定のアナクロニズムが不可避となる。

「伝統中国における「財産権」が近代以降の法学的文脈で議論されるとき、往々にして『詩経』に淵源をもつ一説「普天之下莫非王土」が引用され、「王土思想」の存在が語られるが、論者によってその理解は異なる。この『詩経』の一説、或いは「王土思想」自体がもった影響ないし思想の内実について存在する限界についてはここで触れないが、何らかの絶対性なり前国家性を有する財産権を国家が保証するという関係と、国家が財産権の付与・剥奪を行うという関係との対抗関係を前提として、伝統中国につき後者の関係を近代以降の諸議論が肯定する際の一つの表現形式という側面に、ここでは着目する。

一方において清朝統治下では、すべての土地売買について取引を登録してそれについての税を支払うこと（税契）を要求して違反者に刑罰を科し、地稅登録（過割）をしないものに対してはその土地の面積に応じた刑罰を科するとともに当該土地について入官する、という法律制度が存在した。他方において、登録されない「白契」による土地取引が広く行われ、また現実の地稅登録状況は土地保有の実態とかけ離れた状態になっており、実際の統治の在り方はこの状況を前提としていた。何処にどれだけの土地が、誰によって保有されているか、国家が把握しておらず、また「教論的調停」としての側面をもった（民事）裁判の判決の実現が民間の諸主体による受容に一定程度依存した中で、個別の土地保有を直接国家が保証することには、大きな限界が存した。

このため、個別の財産権については、それが一定程度国家の介入を有したとしても、民間の諸主体が相互に認める形で保障されていることが必要であったと考えられる。そしてこうした相互保障の社会的な均衡状態について、伝統的には例えば農村の「共同体」があったのか、それが存在せず個別の「家」が各々の利益を追求して競争する状態であったのか、という議論がなされたこともあったが、一九八〇年代後半以降はむしろ父系親族関係・宗教的象徴を中心に形成される地縁的關係が、重層的に重なり合って地域社会を編成していた、という状況について研究が進展しており、本報告はこうした研究の系譜に属するものである。²⁾

同時にこうした交換関係を通じて、個別の「家」を含む父系親族団体、宗教的象徴を中心に形成される地縁的諸集団が重層的に行う地域社会編成は、清朝国家の統合の一側面を担った。これらの集団が祖先祭祀、族譜作成、祠堂建設等の特定の様式を模倣・再生産することが、儒教的正統・漢字文化といった伝統ないし一定の *Style Culture* への積極的自己同一化を含意し、場合によっては清朝政府との直接の接触なしに（たとえば地税の登録も行わずに）であっても、自らを歴代正統王朝に仕官した祖先の直系子孫であり、更には現在の正統王朝たる清朝による統治の対象ととらえる契機が存在した。⁽³⁾

このようにして成立する地域社会には、個別の土地保有ないし財産権が保障される方法と、そこでの国家政府の介在の在り方に、以下の如き拡がりが存在した。即ち一方の極には、土地保有・取引の秩序に日常的に政府が介入する、土地についての些末と思われる（「細事」に関わる）紛争であっても県衙門に持ち込まれて判断が下されるタイプの地域社会があり、そこでは個別の土地保有の保障についても、当事者が国家に実質的な役割を求めた。他方の極には、地税徴収・紛争処理のいずれについても国家政府との直接の接触が全く存在せずに、土地保有・取引秩序が専ら民間で機能し得た状況が存在した。香港新界において典型的に存在したこのような地域社会においては、前提として田面田底関係の一種が成立した。ここでは（例えば *Leung* 島全体、或いは西貢半島全体といった広大な地域にわたって保有を主張する田底主が、その地域の内部で村落を形成して定住する田面主から租を徴収した。そして田面主は一方において（往々にして宗族団体、或いは地縁的団体単位で）村落全体の土地について定額の租を支払い、他方で当該地域内の一筆一筆の保有については田底主から独立に、その田面への権利について売買等の取引を行った。田面主の権利については、一筆一筆の土地保有が直接田底主の保障に依存するのではなく、主として田面主同士で形成される地域社会（この地域社会に田底主がどこまで介入したかについては、香港新界内部でも多様性が存した）の中で、相互に保障された。個別の土地保有の保護における国家の介在の在り方について、この

両極のいずれかの形態、或いは何らかの中間的な形態がとられる際には、県衙門からの物理的な距離、民間における紛争処理手続きの整備の程度、当事者による国家の役割についての認識の在り方等、多様な要因が影響すると考えられる。いずれにせよ、一方に律例を中心とする法体系の統一性があり、他方に民間における社会編成諸形態とその政府との関係における多様性とが存在する中で、個別の土地保有が安定的に成立するためには、前述の如く民間の社会編成の中でそれが当事者によって了解されていることを要した。⁴⁾

本報告は前提として、こうした民間の父系親族関係・地縁的諸関係を介在する地域社会の編成過程と財産権の保障のされ方との間に、一定の関連を見出す。それは、当事者間の土地取引が多重的で長期的な貸借を含む交換関係の一環となされておき、その長期性に適合した形で土地取引の諸範疇も発達している、との認識に関連する。

こうした認識は、香港新界の宗族団体形成過程と、それと連動する近隣との土地取引記録の分析から得られたものであるが、同時に土地取引に関する諸範疇自体を理解しようとする上で、こうした長期的交換関係の文脈で理解することの有用性についての見通しにも基づく。⁵⁾

こうした長期的交換関係を通じた社会編成は、古典的には Marcel Mauss が理論化した所であるが、そうした交換関係の最も基本的な属性の一つが、売買や贈与といった個別の取引において、目的物を手放す側がその物との関係を完全に切断するのではなく、一定の関係、とりわけ非対称的な関係を保持することで、その目的物を媒介に取引の相手方との社会関係を形成してゆく、という点に存する。清代中国における土地取引の諸カテゴリーは、多様な関係の保持を可能にしていた。即ち、先ず典当・活賣といった買戻し条件付きの取引を通じて、回贖可能性という形の関係を保持する形態があり、次に買戻しすることができない「絶」の形で売買を行っても「找価」の形で売値の足し前を要求し得る慣行の存在が確認される。更に、数次にわたって找価を行って、これ以上の足し前を買主が払わない、となったときに最後に一度支払いを得られる「嘆氣契」という書面につき、これは Mauss 自身が、

Pierre Hoang の著作に基づいて中国の慣行として言及している。⁽⁸⁾ 回贖の可能性も売値への足し前の要求の可能性もなくなった後については、原業主として、現在の業主が第三者への売却を行う際に所謂「先買権」を主張する事例（この「先買権」は原業主（前主）のみならず親戚・隣人が、取引当事者に限られない地域社会の利害関心をヨリ直截的に反映する形で主張することが通常であった）、また自らが買うことが出来なくとも原業主として一定の金銭を「脱業銭」ないし「喜礼銀」として要求し得るという「俗例」「郷例」等が各地に存在している。⁽⁹⁾

過去数十年間の香港新界における歴史学・人類学的研究の一つの主要な成果は、幾つかの移住の波の中で、先行する住民と後発の移住者とが互いに競争・協力関係に立ちながら、地域社会を編成していった具体的な過程を描き出したことにある。⁽¹⁰⁾ そこでは、「宗族」の形成・発展・相互作用を中心とする父系親族関係の展開と、一定の土地への定住の単位となる宗族が、地縁的な諸関係を通じて、雑姓村や「約」といった社会的諸単位を編成する過程とが描かれている。そうした諸過程の中で保有・取引された「土地」は、個別の「家」の財産でありながら、同時にこうした諸集団の重要な物的基盤ともなった。そこでの土地の保有・取引には、こうした地域社会編成の観点からの考慮が介在し、上記の如き諸制度を利用した長期的な交換関係の中での取引は、こうした考慮と表裏一体をなした。⁽¹¹⁾

即ち、清代の新安県南部（後の香港新界）地域において、或る「家」の構成員が或る土地に定住するためには、周辺の諸主体から明示的に定住を認められるか、そのようにして定住を認められた主体から父系的に血を継いでいることを（仮構的にでも）認められることが必要であった。⁽¹²⁾ 逆に言えば、或る土地に定住を認められた人物があれば、その人物を「始祖」とする宗族を系譜的に想定した場合、その宗族とその人物を通じて定住を認められた人間の範囲は、一致することになる。或る集団と土地とを結びつける装置としての「始祖」が語られる所以である。⁽¹³⁾

典型的には、耕作・定住可能な土地が存する場所に一定の「家」の構成員が移住し、近隣の諸主体　これは田

底主、先発の田面主を含む　との関係を形成しつつ、定住を認められる。その際に土地を取得してゆく方法として、田面主が田底主から認められた一定の手つかずの土地について開墾して自らの資産としてゆく過程と、先行の田面主から土地を取得してゆく過程とが考えられ、史料的には双方が確認される。またとりわけ後者の過程においては、田面主同士の貸借・通婚・祭祀への相互参加、の多重的・長期的な諸関係が形成され、土地取引もその一環として行われる¹⁴⁾。

そうした諸関係の中で、土地取引と特に密接な関係を有するのが、金銭貸借である。上記の如き地域社会において、信用を供与する際に担保として機能し得るものとしては、土地がその最たるものであり、土地取引も、実際には土地を手放すつもりのない債務者が、回贖を前提として土地を典・当に出し、返済が滞る間に債権者の土地に対する権利が増大して最終的には「絶」の形で権利を移転せざるを得ない状態になることが、往々にして存する¹⁵⁾。

この点に関連して、土地取引制度を理解する上で、次の二点が問題となる。一つは、史料上土地取引として現れるものが、実際には当事者が土地取引と観念しない取引である場合が生ずることである。即ち、ただ金銭貸借の担保として、その内容の将来的な実現の可能性について当事者が必ずしも合意していない状態で取引文書が作成される、場合が存した。土地取引自体がフィクションである事例であり、金銭貸借を行うときは必ず土地取引文書を作成する、という俗例の存する広東省の事例や、『中国農村慣行調査』において、金銭貸借の際に典の取引を行わねいにも拘らず典の文書を作成する、という慣行が報告されている。これは更に識字・文書作成能力と、契約文書の均一性にも関連する問題である。均一性の高い書式を基本的に写し取る形で作成される土地取引文書については、当事者間の観念する取引内容と必ずしも一致しない、或いはその細部までを記載していない、という可能性が常に存する¹⁶⁾。

第二の問題は、土地が借金の「かた」として移転される状況と、所謂「準折」を禁止する法意識との関係である。

「準折」とは、典型的には経済的弱者に金銭を貸し付け、当該弱者にとって重要なものを担保にとってそれを「無理やり取り上げる」形の取引として糾弾されるものである。この場合の貸付には「放債」といった表現が使用されたとえば天災に遭った地域の住人に商人が貸し付けを行って準折する、といった現象が問題になり、或いは清律に「準折妾妾」に刑罰を科する条文が存在する。そして通常の土地取引文書には、当該取引において「準折」ないし「債折」の事情がないことを明記する文言が付される。ここでは、土地を担保とした信用供与の際に行われる所謂正当な担保権の執行と、「準折」との間に、形式的な差違を見出すことは困難である。⁽¹⁷⁾

両者を区別する客観的基準を見出すことが困難であったとして、一方においては、「準折」についての記述が完全に形式化しており、これを禁止する意識が実質的な機能を失っていた、という可能性が存する。他方においてこれが一定の意味をもったとすれば、区別自体には以下の意義が存したと考えられる。長期的な貸借関係を通じて土地取引が行われる過程は、微視的な水準では、当該地域における社会変動を含蓄する。即ち、金銭を必要として土地を手放さざるを得ない主体の物的基盤が切り崩され、金銭貸付を背景に資産を増大させる主体が局地的には社会的に優位に立つ、という変動をはらむ。⁽¹⁸⁾この際に、両主体が長期的かつ多重的な関係を形成することは、当事者同士が単なる経済的優劣関係にとどまらぬ関係を形成し、新たな社会的均衡へ向けて一定程度時間をかけて「軟着陸」することを可能とした。「準折」に対する意識は、当事者間の（或いは、より広く地域社会における）認識の中で、ここでの社会変動の中で当事者間に必然的に生ずる軌轍を十分に克服しないままに取引が行われていると評価された場合、「準折」と称することで取引にチェックをかけることは、可能であったと考えられる。

更に「準折」の問題は、当時の土地「市場」の在り方に関連する。即ち、土地を担保として金銭貸借が行われ、債務の弁済がなされずに担保権の執行が問題となったとき、債権者の権利が専ら金銭債権に対するものであり、担保たる土地に直接債権者が権利を主張するのではなく、土地が競売にかけられて、その収益から債務が弁済される、

という制度が、清代中国には存在しなかった。近代法において基本となるこうした制度（ここでの担保を Collateral と称する）は、前提として競売等を通じて担保物の金銭的価値が直ちに具体的な金額をもって実現され得ることを要するが、それには当該土地について一定程度開かれた市場において価額が決定する環境が必要となる。清代中国における土地「市場」の成立の程度自体は複雑な問題である。一方において不特定多数の潜在的買主から入札を求めるオークションの如き制度も史料的に確認され、また「牙行」等の仲介業者が或る程度広い範囲で買手を探すシステム等も存在した¹⁹⁾。他方において、専ら上述の如き長期的かつ多重的な関係を形成していた当事者同士で取引が行われていたことが確認される地域も存在する。しかしいずれにせよ明らかであるのは、担保が Collateral ではなく、むしろ債務が弁済されなければ土地そのものへの権利が債権者に生ずる形態 (Substitutive security) をとったということである²⁰⁾。こうした状態の下では、債権債務関係が地域社会構造に直接及ぼす影響が無視できない要因となり、そうした社会構造の安定のためにも「準折」を忌避する法意識の存在は有意義であったと言える。

上述の如く、当事者間の長期的かつ多重的な交換関係の一環として、地域社会編成の過程と密接に関わりながら行われる土地取引は、個別の土地の上に複数の権利を競合させやすい、という特徴を必然的にもった。

但し、複数の権利を必然的に競合せしめる民間の社会編成過程自体の内部にも、複数の権利が競合する中で各々の権利を有する当事者同士で社会的均衡を目指す動因と、こうした過程で具体的な経営収益関係（誰が耕作し、誰が収穫し、収穫物が如何に処分され、収益は如何に分配されるか）の在り方が必ずしも明らかでなくなることの弊害を克服しようとする動因との間に、緊張関係が生ずる。そして民間においても官の裁判においても、一定の当事者に「管業」を与えることが、こうした緊張関係の中で生ずる紛争に対して、一つの解決策となった。

「管業」概念には、一方において「業」という概念が土地そのものを示すよりは経営収益そのものを示し、一筆の土地の上にも複数の業が成立し得る以上、それぞれについて正当な「管業」も成立し得るといふ側面が存する⁽²¹⁾。他方において、「管業」概念は、一定の排他性をも含意し、統治の立場からは「業主」の地位にある者が一義的に「管業」を有する状態が目指された⁽²²⁾。

このようにして、一方においては民間の社会的動態を通じて一筆一筆の土地の上に複数の権利が競合して「管業」を誰が行うべきかについての共通了解の成立が困難になる動態が社会秩序を支え、他方においてすべての土地について「業主」が登録されてその業主が独占的に経営収益（管業）を行う、という理念型が存在している。そして両者の間に生ずる緊張関係の解決の形は、土地保有・取引秩序の維持に国家が介在した程度等によって様々であった。但し、それが裁判の場で直接に判断される際にも、国法上の理念型が裁判を通じて貫徹されるという形がとられるよりは、土地土地の風俗を考慮しつつ「準情酌理」情を準り理を酌んで、一定程度柔軟に対応する、ことが現実的な対応とされた⁽²³⁾。裁判がその決定に当事者の合意を要する「調停」的要素をもち、個別の財産権保障が民間の社会的均衡に依存する以上、こうした要素は不可避であったと思われる。逆に、国家による裁判が介在せず、専ら民間でこうした秩序が形成・維持される場合であっても、民間の社会編成自体が一定の国家的諸価値への積極的な自己同一化という側面をもった以上、実際の裁判で提出されるのと同形式の契約文書・取引カテゴリーを使って日常的な取引・秩序維持が行われている。国家官僚機構との具体的な接触がなくとも、そこでの秩序維持は統治の理念型と全く無関係に行われるよりは、それとの一定の観念レヴェルでの相互作用の中で行われた。

注

- (1) これが近代的な財産権をめぐる議論に使われるようになった経緯（或いはその経緯を知ることの困難）について、西英昭『台湾私法』の成立過程：ニキストの層位学的分析を中心に。（九州大学出版会「二〇〇九」一七〇—一七一頁）
- (2) 典型的には Prasenjit Duara Culture, Power, and the State: Rural North China, 1900-1942 (Stanford University Press, 1988); Helen F. Siu, "Recycling Tradition: Culture, History, and Political Economy in the Chrysanthemum Festivals of South China", Comparative Studies in Society and History, 32.4 (1990): 765-794. David Faure. Emperor and Ancestor. State and Lineage in South China. (Stanford University Press, 2007)
- (3) David Faure, "Lineage as a Cultural Invention: The Case of the Pearl River Delta," Modern China 15.1 (1989) 4-36.
- (4) この点 例えば寺田浩明氏は「一定の実体的なルールの束々、そのルールに基づいて取得したものに對する相互尊重の秩序」の成立を見出す。石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪『近代法の再定位』（創文社、二〇〇一）八八頁・また寺田氏「中国近世における自然の領有」（『シリーズ・世界史への問い』第一巻「歴史における自然」一九九〜二二五頁（岩波書店、一九八九））。
- (5) 松原健太郎「契約・法・慣習：伝統中国における土地取引の一面」濱下武志＝川北稔編『支配の地域史』（山川出版社、二〇〇〇）四四〜八〇。
- (6) Ketaro Matsubara "Traditional Land Rights in Hong Kong's New Territories" in Billy So & Ramon Myers, eds. The Treaty Port Economy in Modern China: Empirical Studies of Institutional Change and Economic Performance (China Research Monograph 65, University of California, Berkeley, 2011), 147-171.
- (7) 岸本美緒「明清時代における「找価回贖」問題」『中国 社会と文化』一一（一九九七）一六三—一九三頁。
- (8) Marcel Mauss "Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives" 『初刊 l'Année Sociologique, seconde série, (1923-1924).』
- (9) 中國第一歴史檔案館 中國社會科學院歷史研究所編『清代土地占有關係與佃農抗租鬥爭：乾隆刑科題本租佃關係史料』₂（中華書局、一九八八）。

- (10) James Hayes The rural communities of Hong Kong: studies and themes. (Oxford University Press, 1983). David Faure The Structure of Chinese Rural Society: Lineage and Village in the Eastern New Territories. Hong Kong (Oxford University Press, 1986).
- (11) Patrick Hase Custom, Land, and Livelihood in Rural South China: The Traditional Land Law of Hong Kong's New Territories, 1750-1950 (Hong Kong University Press, 2013).
- (12) Faure 1986 (註10)、またこれに関連して中国東北部における「本村人」「外村人」区別の在り方につき、旗田巍『中国村落と共同体理論』(筑波書店 一九七三)。
- (13) Ibid.
- (14) 松原 二〇〇〇 (註5)
- (15) Ibid.
- (16) 岸本美緒「明清契約文書 滋賀秀三編『中国法制史——基本資料の研究』(東京大学出版会 一九九三)。
- (17) Kentaro Matsubara "Institutions of Credit and the Land Market in the New Territories of Hong Kong: Local Social Structuring and Colonization" S. W. Cheung ed. Colonial Administration and Land Reform in East Asia (Routledge, 2017) pp.103-114.
- (18) 香港新界の田面主同士の土地取引にあつては、対象となる土地は宗族・家・村落等のテリトリーを構成するものであつ、社会的含意はその売却時の金銭的価値に限られなかつた。珠江デルタの沙地の省城在在の(不在)地主に与る保有を典型とす。資産化された土地保有と、その可能性を異とす。Kentaro Matsubara, "The Functioning of a Land Market in Qing South China: Comments on a Set of Guangdong Land Deeds" 『東京大学法科大学院ロー・ジャーナル』四(二〇〇九)二二五—二二三頁。
- (19) Ibid.
- (20) Ⅱ区別の歴史学的手法の整理と考察 Mosses. I. Finley Studies in Land and Credit in Ancient Athens, 500-200 B.C.: The Horos. Inscriptions. (Rutgers University Press, 1952).

- (21) 寺田浩明 一九八九（註4）。
- (22) 「業由主管」「就糧管業」といった言葉は、民間の取引過程で必ずしも実現されないこの状態を、一つの理想ないし目標として表現したものと考えられる。
- (23) 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、一九八四）二七〇—二七七頁。

フランス革命期における「一般意思の表明としての法律」と「自由」

波多野 敏

はじめに

一七八九年の人権宣言では、「自由は、他人を害しないすべてをなし得ることに存する。その結果各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界をもたない。これらの限界は、法律によってのみ、規定することができる」（第四条）と定められ、自由の限界を法律によって定めるとする。また、この法律について「法律は一般意思の表明である。すべての市民は、自らまたは自己の代表者を通じてその作成にむけて協同する権利を有する。法律は、保護するにあたっても処罰するにあたっても、すべての者にとって同じでなければならない」（第六条）として、法律とは、「一般意思の表明」であり、全ての「市民」がこの法律の制定にかかわり、かつ、すべての者に同じように適用されなければならないとして、法律の基本的な性質が確認され

ている。人権宣言では、一方で、自由は法律によって限界つけられるのではあるが、他方で、この法律は「一般意思の表明」という性格を持つものであることが確認されている。

本報告の第一の課題は、フランス革命期の「自由」と「一般意思の表明としての法律」との関連を整理することである。革命期には、法律によって自由の限界を定めるとして、法律に大きな役割をもたせていることについて、立法中心主義 *legiscentrisme* と言われることもある。自由を尊重することと法律による拘束ということは、一見相容れないことのようにも見えるが、「自由」「法律」ということをどのように理解すれば、両者が整合的に理解できるのかという問題である。本報告では、この問題を一般的に考えるのではなく、フランス革命の文脈の中で考えていくことを目指している。

さらに、第二の課題として、革命期に「自由」や「法律」についてのある程度共有された理解があったとして、この「自由」がどこまで広がりうるかという問題である。単純に拘束のない自由というのは、例えばホッブズ的な自然状態においては、事実としては万人が享受できないとしても、権利としては全ての人に開かれている。しかし、革命期の「一般意思の表明としての法律」によって保障される「自由」は必ずしもそうしたものではなく、すべての人に開かれたものであるとは言い難い面もある。必ずしも「自由」を享受できない人について、革命はどのような対応をしようとしているのか、これもまた革命期の歴史的な文脈の中で考えて行きたい。

革命期の「法律」と「自由」

社団国家であるアンシャン・レジームの国家において、法は、基本的には、国王とそれぞれの社団との明示的あるいは黙示的な取り決めに基づく個別的な特権を基礎としている。王権は、自生的に生成してきた社団にもろもろ

の特権を認め、義務を課すことによって、それぞれの社団を社会全体の中で位置づけ、全体的な秩序を構築していた。王権といえども、社団に認められた特権を一方的に廃棄することはできない。王国全体の法の統一も求められたが、地域の慣習法は、地域の持つ特権でもあり、王権も、これを廃止して新しい法にとつてかえることはほとんど不可能であった。アンシャン・レジーム末期の、チュルゴの自由主義的な経済改革やラモワニヨンの司法改革も、伝統的なギルドなどの特権に阻まれて、結局は失敗に帰した。¹⁾

これに対して、シェイエースは、『第三身分とは何か』において、ナシオン（＝国家、国民）とは「共通の法律の下で生活し、同一の立法府によって代表される等の条件を満たす人々の団体である」と述べ、²⁾ 国家統合の基礎に「共通の法律」を置いた。アンシャン・レジームの特権のように身分や地域、職業団体などそれぞれの社団と個別に取り決められる法は、新しい国家の基礎とはならない。フランス革命は、身分制の社団国家を廃止し、共通の法律に基づいた新しい国民国家を作る試みであった。

人権宣言の第六条は、法律は一般意思の表明であるとするが、この時期に出された多くの草案でも法律は一般意思の表明であるという考え方は、珍しいものではない。³⁾ アンシャン・レジームの特権に代わる、新しい国家の基礎となる共通の法律は、一般意思の表明であると考えられた。革命期には、ギルドなどの中間団体を廃止し、ナシオンに共通の法律を定めることが基本的な課題となり、しかも、この法律は「一般意思の表明」と考えられたのである。

そして、自由も、こうした法律によって限界づけられ、また保障されるものである。人権宣言のテキストにも大きな影響を与えたムニエは次のように言つた。⁴⁾

ある市民が他人の自由を侵害することを防止するには、すべての人の権利と義務を定めておかねばならない。

他人の害になる行為を禁止し、そうした行為を犯した人間に対する刑罰を定めておかなばならない。

この権利・義務を決めるために、市民がそれを知り、それにしたがって行動することができるルールを定めておかなばならない。このルールは法律と呼ばれる。法律は社会のすべての構成員を拘束し義務づけるのである。したがって、法律の権威こそが自由を保障するのである。法律こそが力の支配を破壊し、法律こそがすべての人の権利を守るのである。法律がなければ、自由は存在することはできない。

このような「自由」を保障するものとしての法律が「一般意思の表明」としての法律である。近年の研究では「一般意思」の概念は、一七世紀の神学者マルブランシュにまでさかのぼることが確認されているが、やはりこの概念を理解するには、この概念を中心に政治体のありかたを構想し、フランス革命にも影響を与えたとされるルソーの『社会契約論』が手掛かりとなる。モンテスキューによって世俗化された一般意思は、デイドロによって、全人類によって決定される、過つことのない善であると捉えられる。デイドロにおいては、特殊意思が誤る可能性があるのに対して、全人類によって決せられる一般意思は誤ることはない⁽⁶⁾とされ、ルソーの一般意思に近いもの⁽⁶⁾となる。

ルソーは、「各構成員の身体と財産を、共同の力のすべてをあげて守り保護するような、結合の一形式を見いだすこと。そうしてそれによって各人が、すべての人と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由であること。これこそ根本的な問題であり、社会契約がそれに解決を与える」と述べ、戦争状態を脱し、構成員の財産や身体の安全を守りながら、なおかつ各人が自由であるための社会契約を構想する。そして、この両立しがたい二つの課題をつなぐものとして「一般意思」を考え、社会契約の本質は「われわれの各々は、身体とすべての力を共同のものとして一般意志の最高の指導の下に置く。そしてわれわれは各構成員を、全体の不可

分の一部として、ひとまとめとして受け取る」ことにあると考えた。⁸⁾

ルソーは、一般意思は個々人の意思を集めた全体意思と区別されたものとして把握する。個々人の意思は、私的利害によって誤ることがあり、この個別の意思を集めても正しい意思になるとは限らないので、全体意思も誤る可能性はある。しかし、「特殊意志から、相殺しあう過不足をのぞくと、相違の総和として、一般意志が残る」のであり、この一般意思は常に正しいというのがルソーの見方である。⁹⁾ 個々人が私的利益にとらわれず、全体の利益を考えて決定すれば、それは一般意思となる。

一般意志は、それが本当に一般的であるためには、その本質においてと同様、またその対象においても一般的でなければならぬということ。一般意志は全部の人から生まれ、全部の人に適用されなければならないということ。そして、一般意志は、なんらかの個人的な特定の対象に向かうときには、その本来の正しさを失ってしまう。¹⁰⁾

ルソーは、一般意思の正しさを、すべての人の意思を基にしているということと、すべての人に同じように適用されることという二重の意味で一般的事であることによって担保しようとする。そして、ルソーは法律について、「全人民が、全人民にかんする取り決めをするときには、人民は自分のことしか考えていないのである。(中略)その場合、取り決めの対象となるものは、取り決めをする意志と等しく一般的事である。私が法と呼ぶのは、この行為なのである。」と述べ、¹¹⁾ すべての人が全体のこと(これは同時に自分のことでもある)を考えて、自分も含めた、すべての人に関する取り決めをするときに法律は成立すると考えるのである。

ルソーは、社会契約の中心に一般意思としての法律を据えることで、社会に「自由」をもたらそうとする。しかし、ここでルソーのいう「自由」は、たんに拘束のない状態ではない。ルソーは自然状態における自然的自由と、

社会契約によって社会が成立してからの社会的自由とは別のものであると考える。

社会契約によって人間が失うもの、それは彼の自然的自由と、彼の気をひき、しかも彼が手に入れることのできるもの一切について無制限の権利であり、人間が獲得するもの、それは市民的自由と、彼の持っているもの一切についての所有権である。このうめあわせについて、間違つた判断を下さぬためには、個々人の力以外に制限を持たぬ自然的自由を、一般意志によって制約されている市民的自由からはつきり区別することが必要だ。⁽¹⁸⁾

ルソーにとつては、自由とは法律をふくむ一切の拘束から解放されることではない。これは、自然的自由ではあつても、市民的自由ではありえない。社会契約が成立して以後の市民的自由は、一般意思としての法律に従つことによつて保障されるのである。ルソーにとつて、一般意思の表明としての法律は、自由の敵対者ではなく、すべての人に平等に自由を保障するものである。このことを、例えばカッシーラは次のようにまとめている。

自由は、かれ（ルソー：波多野注）にとつては恣意を意味するものではなく、一切の恣意の克服と排除を意味している。自由は個人が自分の上に立てる厳格にして犯すべからざる法則への束縛を意味する。自由の真正かつ本来的な意味をなすものは、この法則からの離反離脱ではなく、この法則への自発的な同意である。それは一般意志、国家意志において現実化される。⁽¹⁹⁾

カッシーラが自発的な同意というように、この自由の前提として各人が自らの意思を持つてることが想定される。各人は自らの意思を持つて一般意思の形成に参加しており、一般意思に従つことは、自らの意思、あるいは自

らが本来意思すべきことに従うことであるということになる。自らが決定したことに、自ら従うこと、単に拘束がないということではなく、自らの自律的な決定に自らが従うということが、ここでの「自由」である。¹⁸⁾「一般意思の表明としての法律」もまったく拘束がない、恣意が許されるという意味での自由とは両立しないし、また、一般意思の表明でない、例えば君主が一方的に定める法律と自由は相容れない。フランス革命で追求されたのは、「一般意思の表明としての法律」とそれによって保障される「自律としての自由」であり、この法律によって、公的空間を自由の空間とすることであった。

自律…一般意思形成への参加の条件

ルソーの議論は、すべての人の意思を基礎にした、すべての人に適用される一般意思としての法律に従うことが「自由」を保障する、という議論であった。現実の革命期の政治の中での立法にはすべての「人」が関わるわけではない。人権宣言でも、すべての「市民」が自ら、または自らの代表を通じて立法に関わるという形で表現されるが、この「市民」とは誰かということが問題となろう。ここで言われる「市民」とは、「人」のうちで、何らかの形で立法に関わることのできる「人」、最低限政治的参加の権利を持つことのできる「人」である。この点に関して、ロベスピエールは、すべての人が市民であると断定する。

すべての市民は、だれでも、あらゆるレベルの代表制に参加する権利を有する。これこそがあの人権宣言に合致することであり、人権宣言によればどんな特権も差別も例外も消滅すべきなのだ。憲法は、主権が人民の中にあると定めるが、それは、主権が、人民を構成するすべての個人の中にあるということである。従って、それぞ

れの個人は、自分がそれによって拘束されることになる法律の制定に参加する権利を有し、自分のことに他ならない公共のことからの行政に参加する権利を有する。もしそうでなければ、すべての人間は権利において平等でありおよそあらゆる人は市民である *tout homme est citoyen* といふことは、嘘になってしまふ。¹⁸⁾

ロベスピエールもまた、「自由とは、人が自分みずからに与えた法律に従うことに存し、隷屬とは、他人の意思に従うべく強制されていることに存するのだからである」という考え方は共有しているが、「人」のうち誰が「市民」たり得るかという問題は共有していない。こうした議論は革命期にはまったくの少数派であるだけでなく、むしろ未成年や女性が選挙権を持たないという事実を覆い隠してしまうことになっている。

革命期の議論の中心は、すべての「人」の中で、誰が政治に参加できるのか、参政権の基礎として何が必要かという議論である。革命の始まる直前にコンドルセは地方議会について論じているなかで政治的権利について論じている。

政治的権利からの排除として、自然なものと見るのできるものがいくつかある。例えば、未成年、修道僧、奉公人、有罪判決を受けた人間、啓蒙された意思を持たない、あるいは自分の意思を持たないと想定することのできるすべての人間、正当に腐敗した意思をもつと疑うことのできる人間である。また、単純な理由によって示されるいくつかの排除を加えなくてはならない。すなわち、協同の繁栄に不確かで部分的・一時的な利害しか持っていない外国人や旅行者は真の政治的権利を持つことはできない。ところで、財産を持たない人間の排除は、この外国人や旅行者の排除と同じ原理で考えられる。理由は、若干弱いとはいえ同じである。正義は外国人や未成年が、自分たちが設立に関わっていない法に従うことが正義に反しないのと同様、非財産所有者に関しても正義

は破られていない。¹⁷⁾

ここでは、「自分の意思」を持っていること、「協働の繁栄」に利害関係を持っていることが基準とされ、未成年や、修道僧、奉公人や犯罪者が「意思」の問題で排除されるとともに、外国人や財産を持っていないものは「協働の繁栄」に関わっていないとして、政治的権利から排除される。

そして、シェイエースは、革命の導火線となった『第三身分とは何か』¹⁸⁾では、「一個のナシオンが存続し、繁栄していくためには何が必要であろうか。個人の労働と公的な職務である」と論じ、働く人である第三身分がすべてであると書いた。アンシャン・レジームの国家が祈る人である第一身分と、戦う人である第二身分、働く人である第三身分という三つの職分によって成立すると考えられたのに対して、シェイエースはナシオンの基礎に労働のみをおいたのである。このことは、逆に、働く者は、たとえ財産がなくともナシオンの一員であるということになる。実際、シェイエースは、一七八九年九月の国王の拒否権をめぐる議論、すなわちナシオンの意思決定の仕方をめぐる議論において、働く者の政治参加を拒否できないと論じている。¹⁹⁾

革命前のコンドルセの議論に比べると、財産を所有していなくても働くことのできる者は、ナシオンの基礎として、政治的参加の権利が認められる。ここで、政治的参加の認められる「人」の範囲は拡大しているが、それでもすべての「人」が政治的参加を認められるわけではない。シェイエースは、この点について次のような議論を展開する。

習俗や世論、人間の制度の現状のもとで、王冠を授けるのに女性を呼び寄せることはあるが、奇妙な矛盾だが、女性を能動市民に数えるところは一切無い。それはまるで政治が健全たるためには徐々に真の市民の数を比例的

に増大させるべきではなく、あるいは女性は公的物事に何ら有用性を持つことが不可能であるかのようである。この点について疑いを挟むこともできないほどの偏見によってわれわれは全人口の半数を切り捨てることを強いられる。・・・さらにあらたな差し引きが必要である。つまり子供の差し引きである。・・・ところで、物乞やみずから進んで浮浪者でいる者、あるいは無宿者は市民であると考えられるだろうか。また最後に、奴隷のような従属状態によって何らかの労働ではなく主人の恣意的な意思にむすびつけられたままである者は市民であると考えられるだろうか。⁽²⁰⁾

そして、一七八九年二月二日デクレで定められた政治的参加の権利の基準は次の通りである（第三条）。

能動市民に必要とされる資格は以下の通り。一、フランス人であるかフランス人となったこと。二、満二五歳以上の成人に達していること。三、少なくとも一年以上あるカントンに実際に居住していること。四、現地価格で三労働日の価格に相当する直接税を支払っていること。五、奉公人の地位にないこと、すなわち給金をもらう下僕でないこと。

ここでは、女性は排除され、二五歳以上、定住、三労働日の価格に相当する直接税の支払い、奉公人でないことが条件となっている。奉公人は自らの意思を持たず主人の意思に服従する者として選挙権が認められない。三労働日の価格に相当する直接税の支払いという条件は、この後設置される救貧委員会の貧困に関する調査では、これ以下しか税金を払っていない者が調査対象となっているように、公的な扶助の対象となる可能性のある貧困ラインと⁽²¹⁾考えられる。二五歳以上の成人男性のうちで、経済的に自律し、かつ自らの意思を持つ者が、「市民」としての資

格を認められているのである。

こうした政治参加の資格は、この後、時期によって大きく変化するが、基本的にはこうした経済的・意思的な自律ということが基礎と考えられる。王権が停止された後、国民公会のための選挙について定められた一七九二年八月一日のデクレは、能動市民と受動市民の区別を廃止したとされるが、このデクレでも「フランス人の能動市民、非能動市民の区別は廃止される。第一次集会に参加するためには、フランス人で、二一歳以上、一年以上定住し、自らの収入あるいは自らの労働の生産物によって生活し、奉公人の状態になければ十分である。」と定められ、労働による自律、奉公人でないことという条件が残されている。一七九三年憲法（第四条）では、フランス人の成人男性については、こうした条件は無くなっているが、これについてコンドルセは次のような説明をしている。

政治的権利は土地の所有者にのみ属すべきだという主張がある。しかし、社会の現存の秩序を観察すれば、この意見を支持しうるための理由はただ一つである。すなわち、土地所有者だけが領土の上で独立して生存しており、他人の恣意的な意志によって排除されえないと言つことができるからである。ところで、この理由を認めるとしても、まず、わかることは、この理由は同じ力強さで、契約によって一定の期間、同じく領土の上で独立に生存する権利を獲得した人々のためにも用いられることである。そして、もしこの帰結を認めるなら、この理由の力は次第に弱くなり、またこの居住の権利が継続することが必要とされる期間の限度は、不確定で純粹に恣意的な仕方ではかきめられないことがわかる。たちに明白になることは、この種の独立が停止してしまう限度は、政治的権利の享受と剥奪といった区別のような重大な区別の基礎として役立つほど、はっきりしたものではありません。個人が自分自身の意志に従つと信じることを許さないような従属関係は、もちろん、除外のための正当な理由となることができる。しかし、われわれは真に自由な憲法のもとで、また平等への愛が

公共精神の明白な特徴となっている人民のもとで、そうした従属関係の存在を想定することが可能であるとは信じなかった。そうした屈辱を予想させる社会関係は、われわれのあいだでは存続することはできないし、ただちに別の形をとらなければならぬ。要するに、われわれの法規の全体が市民的平等を神聖化する以上、政治的平等もまた、そこで全面的に支配するほうが、そしてこの従属関係の残存物をわれわれの新しい法のなかでいわば神聖化するかわりに、それを消滅させるのに役立てるほうがよくはないだろう。⁽²²⁾

やはりここでも経済的な自律を基盤とした意思の自律ということはその考え方の基本に置かれている。そして、テルミドールのクーデタの後定められた、一七九五年憲法では、直接税の納付、奉公人の排除など一七九一年憲法に類似した条件となっているのに加えて、一〇年後という条件付きながら読み書き能力が政治参加の基礎として加わっている（第八条、第九条、第一三条、第一六条）。

自律へのプロジェクトとしての扶助制度

革命期の「一般意思の表明としての法律」は、すべての人の意思を基にして、すべての人に同じように適用される法律によって、各人の自由を保障するという考え方であったが、現実には、自律した意思を持たないと考えられる者が存在する。こうした者たちは、基本的には、公的領域 *chose publique = res publica* に関わることでできない、自由の領域に関わることでできない者たちであった。しかし、革命は、自律できない者を自律させるためのプロジェクトも考えていた。

例えば、国有財産の売却という政策も、貧困対策という側面を持っている。救貧委員会の報告でも次のように論

じられる。

国民議会は財産所有者の数を増やすことによって、貧困に対するより強力な取組が可能となる。現在の状況下で議会は、このさき二度と巡ってこないであろう、決して逃してはならない恵まれた能力をもっている。王領地に属する千五百万から二千万アルパンの土地が、不毛の荒地地として、沼沢地として、あるいは無茶苦茶なしきたりの下、無駄に荒れ果てていつている。この土地を、貧者の手によって耕作させ、その仕事の一部に対する報酬として、豊かになった土地の一部を譲渡することで、この貧者たちが二度と貧窮に陥ることの無いよう保護し、不幸な者たちの家族のゆとりを広げ、また確保し、この貧者たちを自分自身の利益とあなた方の恩恵によって自らの祖国に結びつけることができるであろう。⁽²³⁾

土地財産を持たない貧者に荒蕪地を耕作させ、新たな耕地として開発し、それを貧者の報酬として分け与えることで貧困からの脱出を目指すという提案である。貧者に土地を分配することで、より安定した生活基盤をもたらそうという構想であり、こうした考え方は例えば、国有化した教会財産の売却方式を定めた一七九〇年五月一四日デクレにもあらわれている。

よき財政秩序、および特に農村住民のあいだで土地所有者の数を巧みに増加させること。これは、財産を分割し、財産獲得者に支払のための十分な猶予を与え、さらに販売や再販売のためのすべての取引が行われることを遅らせるような厄介で費用のかかる障害を取り除くことによって、これらの財産を獲得することを容易にする⁽²⁴⁾ことによる。

しかし、国有財産の売却にはもう一つ国家財政の健全化という目標もあり、国有財産の売却策は、変動する政治情勢の中で貧困対策と財政健全化という二つの目的の間を揺れ動き、最終的には総裁政府のもとでは、土地所有者の増加という配慮は見られなくなる。

貧者に対する援助として、本来的に大きな資金を必要とする土地配分策がどれほど有効であったのかは疑わしいが、革命期の貧困対策はこれだけではない。一七九〇年一月に、立憲議会はロシュフコー・リアンクールを委員長とする「救貧委員会」を置き、以後この委員会を中心に救貧策を構想・実施してゆく。救貧委員会の報告では、「すべての人は生存の糧への権利を持つ」として、この権利を憲法上の権利として位置づけ、救貧策を構想する。⁽²⁵⁾

一七九一年の憲法でも、「捨てられた子供を育て、病気の貧者を助け、仕事を得ることのできない健康な貧者に仕事を提供するために、公的扶助に関する全般的な制度を創設し編成すること」が、憲法上の課題として確認される。救貧委員会の構想が実際に立法化され、現実化して行くのは、国民公会の時代になってからであるが、テルミドールのクーデタに至る時期においては、救貧委員会の構想が、公的扶助を中心として貧困対策の基本となつてゆくのである。

委員会の報告は、貧者について働く意思のある真の貧者と、働く意思のない悪しき貧者の区別を基に、それぞれ対策が考えられるが、この対策の基礎として「労働」が重要な役割を果たしている。「生きている者は社会に対して私を生かせという権利を持つとしても、社会は同様に彼にこう答える権利がある。おまえの労働を提供せよ」と。⁽²⁶⁾ 国家の役割はこうした労働のバランスのとれた組織化である。これに対し、働くことができるにもかかわらず働かない者は犯罪者である。老人や子供も将来あるいは過去に働いたことが扶助を受ける理由とされる。

もし国家の行政が、国家における労働と労働なしに生きてゆけない者とのバランスをとれなければ、それは物

乞や浮浪を促進し、生きるための資源のない者の貧困によって生み出される犯罪が生じ、国家の行政自体が非難されるべきものとなる。

軽率な慈善が無分別に働かなくても給与を与えることになるとすれば、こうした慈善は怠惰の温床となり、克己心を挫き、国を貧しくする。

子供や老人などには社会は無償の援助をする義務があるが、それは将来働くことが約束され、またこれまで働いてきたからにはほかならない。病人については、人間性からする感情から、まったく別の考察が必要である。

最後に、労働よりも物乞を好む人間はその瞬間から社会に対する犯罪者となり、迅速で厳しい処罰に値する。⁽²⁷⁾

そして貧者について、労働の意欲があるか否かによって真の貧者と悪しき貧者が分けられ、真の貧者はさらに労働が可能か否かによって分類される。ここでは現実に働くことができない者も社会の構成員として援助の対象となるのに対し、労働を積極的に拒否する者が社会の敵、犯罪者とされる。

第一の分類 真の貧者、すなわち財産も資源も持たず、その生存を労働によって獲得しようとする者。年齢によってまだ働くことができない者、あるいはもはや働くことができなくなった者。最後に、その障害の性質によって継続的に活動ができない状態に置かれている者、あるいは一時的な病気によって一時的に活動ができなくなっている者。

第二の分類 悪しき貧者、すなわち職業的物乞・浮浪者という名で呼ばれている者で、あらゆる労働を拒否し、公的秩序を乱し、社会における禍であり、厳格な処罰を受けるに値する者。⁽²⁸⁾

シエイエースが国家の基盤であるとした「労働」への意思があるか否かが、社会の構成員であるか否かの境界線とされる。この眞の貧者と悪しき貧者の分類を基本として、さらに眞の貧者は子供への援助、健康な貧民への援助、障害者や老人のための援助に分類され、一方で、悪しき貧者には刑事的な抑止策を含めた対策が考察される。

具体的な制度としては、国民公会の時期になってようやく立法化が進展して行く。一七九三年三月一八日に「国民公会は農地法その他、土地・商業・産業に関する所有をいかなるかたちでも転覆させようとする法を提案する者すべてに対して死刑を定める」と、いわゆる「農地法」の禁止を定め、所有秩序を確認すると共に、公的な扶助制度ほか社会政策全般について議論することで、財産所有にあずかれない貧困層への配慮を示す²⁶⁾。そして、その翌日、一七九三年三月一九日に、公的扶助に関する基本法とも言つべき、「公的扶助の全般的基礎に関する法律」が定められ、公的扶助制度が具体化し始める。この後、一七九三年六月二八日に老人と子供への扶助に関する法律が、共和暦二年葡萄月二四日（一七九三年一月一五日）に物乞撲滅に関する法律、共和暦二年花月二二日（一七九四年五月一日）に農村居住者の扶助に関する法律が定められた。

一七九三年六月法が基本的には老人や貧しい家庭の子供にたいする援助、共和暦二年花月法は農村の老人や病人、寡婦など、働くことのできないものに対する援助策を定めているのに対し、共和暦二年葡萄月法は、働く意思のある健康な貧者に対する作業所の設置、働く意思のない悪しき貧者の処罰、矯正策を定めるものである。この後、都市の居住者についての法律が定められることが予告され、また扶助制度について、諸々の法律をまとめた統一法典を定める準備も進められていたが、これはテルミドールのクーデタによって実現しなかった。

革命期の扶助制度は、扶助を通じて貧者をまっとうな市民に変容させ、社会の習俗を改善し、国家の繁栄を導くことが狙いとされている。働くことができる者にたいして労働を提供することだけでなく、働くことができない者に対しても、扶助を受ける者が過去にあるいは将来に労働を提供したこと、あるいはすることが、扶助を受

ける理由とされ、労働との関連は失われない。そして、労働との関連によって、公的扶助は、貧者を有徳な人間として再生させるものとなる。扶助にあたっては、過剰な援助による怠惰の蔓延を防ぎ、一方で扶助される貧者自身の労働と将来への配慮を促すことでこれを道徳化し、まっとうな市民を育て、さらには社会全体の習俗を改良することもまた扶助事業の目的であった。ここで、新しい国家体制による貧者の道徳化、社会の習俗の再生について語られることになる。

貧者を有徳な人間として再生させるという側面は、悪しき貧者の処罰という面にもあらわれる。社会は、貧しい者を扶助する義務に対応して、貧しい者にその労働を提供せよと言う権利を持つ。そして、貧しい者が社会に対して労働を提供する義務は、この貧者が労働を求める「権利」とは異なり、いわば「法の十全な効力をもって」要求され、労働の義務を果たさない者は、刑事的な処罰の対象とされる。社会が雇用を充分に提供できていないときに、物乞を処罰することは正義に反するとは言われるものの、この点に関する考察が深められることはない。社会があらゆる手段を尽くして貧困を無くそうとしている時に、物乞を続けているのはもっぱら本人の責任であるとされ、この処罰が論じられ、処罰を受けても更生しない再犯者に対する刑の加重が論じられ、矯正不能な物乞の追放刑が論じられる。

まとめ

フランス革命では、「一般意思の表明としての法律」によって「自律としての自由」が追求された。この「法律」によって公的空間を「自由」の空間にすることが目指されたのである。しかし、フランス革命の公的空間に参加できる者は、成人男子のうちで最低限労働によって自律し、自らの意思を持ちつる者であった。働く意思のない者は、

物乞の収容施設に強制的に収容され、自由を享受できず、また、働くことのできない者、自らの労働によって自立できない老人や病人は、扶助の対象とはなっても、公的空間に参加できず、その意味で自由を享受することはできない。³⁰⁾

現実には、生存権の保護の対象である労働不能な者以外にも、女性、未成年、犯罪者など、市民権の基礎を欠くものは多い。扶助制度の構想の中では、こうした「市民」たりえない者を、扶助を通じて「市民」へと作りかえることが論じられる。公教育や自由刑を中心にした刑務所システムも、未成年や犯罪者を「市民」として教育・再教育するシステムと見ることができる。女性が参政権を持つことはほとんど問題にならないが、革命は、成人男性については、市民たりえない者を市民へと教育するシステムを構想していた。その実効性はともかく、こうした制度を構想していたという点では、革命は、法律を一般意思の表明に近づけようとしていたとは言える。

ルソーの言う一般意思の正しさは「すべての人」が「すべての人に関わる」決定をすることから生まれるのだが、現実の参政権は「意思」や「労働」による線引きがされる。革命期において、生存権による保護の対象となった労働不能な者は、必ずしも市民として政治に参加する権利を持たず、社会契約の当事者ではなく、自ら作成に関わっていない法律によって保護（あるいは強制）されることはあっても、自ら作成に関わった法律に従う自由な市民であるとは言えない。しかし、現在でも「未成年」や「外国人」の政治参加をどのように考えるかという問題は無くなってはいない。われわれもまた革命家たちの考えた「自由な市民」とは誰かという問題に答を出すことはできてはいない。

注

- (1) マンシヤン・レジームの特権について簡潔に説明したもので、cf. Jean-Marie CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, Paris, ch.9 ; Philippe SUEUR, *Histoire du droit public Français XV^e-XVIII^e siècle*, tome II, PUF, Paris, 2007, pp.111-126. また、波多野敏『生存権の困難：フランス革命における近代国家の形成と公的な扶助』、二〇一六年、勁草書房、二四二-二九頁でも簡単に説明してある。マンシヤン・レジームの社会的編成とフランス革命における国家構造の変容については、なつみひろし『宮宏之「フランス絶対王政の統治構造」(「二宮宏之著作集」3、岩波書店、二〇一七、一三三-一七六頁)を参照。また、社団法人家について柴田三千男『フランス史の講義』、岩波書店、二〇〇六、八六-九二頁の明快な叙述を参照。他に古典的研究として、Francois OLIVIERI-MARTIN, *Les ordres, les pays, les villes et communautés d'habitants*, Paris, 1948-1949 ; Roland MOUNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, tome 1*, PUF, 1974 なども参照。
- (2) シーエス(稲本ほか他)『第三身分とは何か』(一七八九)、岩波文庫、二〇一七、一八頁。
- (3) マンシヤン・レジームの特権から一般意思の表明としての法律への変容については、波多野『生存権の困難』前掲、第一章を参照。一般意思の表明としての法律という考え方は、例えばムニエ草案第6条、タルジエ草案第10条、第6部会草案第12条、5人委員会草案第5条などに見られる。人権宣言の草案については、cf. Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 1988 ; Lucien JAUME, *Les déclarations des droits de l'homme*, 1789-1793-1848-1946, GF Flammarion, Paris, 1989 ; Antoine de BAECQUE, Wolfgang SCHMALE et Michel VOVELLE, *L'an 1 des droits de l'homme*, Presses du CNRS, Paris, 198 ; 富永茂樹編『資料 権利の宣言』一七八九、京都大学人文科学研究所、二〇〇一年。
- (4) MOUNIER, *Considération sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France*, 1789, pp.5-6.
- (5) cf. Patrick Riley, *The General Will Before Rousseau : The Transformation of the Divine into the Civic*, Princeton Univ. Pr., 1986.
- (6) モンテスキュー『法の精神』一編六章(岩波文庫 上・二九一-二九三頁)；ドイツロ「自然法 Droit naturel」、『百

科全書、岩波文庫pp.二一〇—二二二。

(7) ルソー（桑原ほか訳）『社会契約論』岩波文庫、二九頁。この翻訳では「意志」「一般意志」という表記がとられている。以下引用では原文の表記を尊重した。

(8) 同書、三一頁。

(9) 同書、四六—四七頁。

(10) 同書、五〇頁。

(11) 同書、五八頁。

(12) 同書、三六—三七頁。

(13) E.カッシーラ（生松訳）『ジャン・ジャック・ルソー問題』（一九三二）みすず書房、一九九七（初版一九七四）、二三頁。

(14) パーリンの「消極的自由」「積極的自由」という区別に従えば、ここでの自由は「積極的自由」の一種として、自由といふべきではないということになる。パーリンは、一八世紀末の人権宣言などに見える自由に対しては、積極的自由の一種として否定的な見方を取り、「自由とは、非理性的なこと、愚かしいこと、あるいは悪いことをする自由ではない。経験的な自我を正しい範型へと押し込めることは圧制ではなく、解放なのだ。・・・自由はかくして、権威を両立しがたいところではなく、実質的にそれと同一のものとなる。これが、一八世紀におけるすべての人権宣言の思想・言葉であり、また社会を賢明なる立法者の、自然の、歴史の、あるいは神の理性的な法によって構成・設計されたものとみなすすべての人々の思想・言葉なのである」と論じている（cf. E.パーリン（生松訳）『二つの自由概念』（一九六九）、3、「自由論」、一九七一、みすず書房、三四七—三四八頁）。ここで言われる立法者や、自然・歴史・神が外部の存在であるとすれば、自らの外にある権威に拘束されるという点で自由とは言い難い。しかし、ルソーのいう一般意思には自らの意思が入っている（はずである）ので、必ずしも外からの権威の拘束を受けるということにはならないというのが、ルソーの「市民的自由」という議論ではないだろうか。

(15) Robespierre, *Pour le bonheur et pour la liberté: discours, la fabrication*, 2000, pp.26-27. (22 oct. 1789)

(16) Robespierre, *Pour le bonheur et pour la liberté* op.cit., p.75. (avr.1791)

- (17) CONDORCET, Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées Provinciales (1788), Oeuvres de Condorcet, t.8, p.130.
- (18) 前掲 シュエス『第三身分の地位』二〇一―二一頁°
- (19) SIEYES, "Dire sur la question du veto royal," (1789) in ZAPPERI (éd.), Ecrits politique, Edition des archive contemporaines, Paris, 1985, p.236.
- (20) SIEYES, "Sur la nouvelle organisation de la France," in Ecrits politiques op.cit., pp. 256-256.
- (21) cf. Instruction: Pour faciliter aux Officiers municipaux des campagnes, les moyens de remplir dans chaque Municipalité le tableau qu'ils seront obligés de porter dans le chef-lieu de canton, pour y être arrêté contradictoirement avec les autres Municipalités qui s'y reuniront, in Archives Départemental Cote d'Or, L.1220.
- (22) CONDORCET, Plan de constitution présentée à la Convention nationale (1793/2/15-16), l'imprimerie nationale, 1793, p.31 (河野健二編『寛政ノフランス革命』筑波書庫 一九八九' d1146 三六―七)°
- (23) Camille BLOCH et Alexandre TUETÉY (éd.), Procès-Verbaux et rapports du comité de mendicité de la constituante 1790-1791, Paris, Imprimerie nationale, 1911, p.388.
- (24) "14=17 Mai 1790, Décret concernant la vente de quatre cents millions de domaine nationaux," in DUVERGIER, Collection complète, t.1, 1824, pp.201-202.
- (25) 教養協會の報告に於て BLOCH et TUETÉY, Procès-Verbaux op.cit. 六六' 教養協會の報告に於て 詳細に波瀾野『生存権の困難』第三章を参照°
- (26) "Premier rapport," in BLOCH et TUETÉY, Procès-Verbaux op.cit., p.327.
- (27) Ibid., p.328.
- (28) "Plan de Travail," in BLOCH et TUETÉY, Procès-Verbaux op.cit., p.317. 他方、フランス人女性と結婚し、あるいはフランス人の子供や老人を扶養する外国人男性に於ては、労働や財産所有に於ける自律は条件となっている°
- (29) Jの時のパールの報告に於て Archives parlementaires, t.60, pp.290-292. 國民公衆の時期の立法、経済政策などに

ついで、波多野『生存権の困難 第四章を参照。』

(30) 一七九三年憲法では、二一歳以上の成人男子が選挙権を持つことになっており、これが施行されていけば、経済的に自律しているか否かにかかわらず二一歳以上の成人男子が公的空間に参加できる権利を持ったとは言えるかもしれない。が、実際にはこの憲法は施行されず、この憲法によって定められた条件で選挙が実施されたことはない。

大正期母性保護論争に見られる個人と国家 —— 「現実の人」と徳・礼・法 ——

松 田 恵美子

はつめに

シンポジウムのテーマ「国家と自由の空間」との関連で、国家の定める制定法と個人の自由の空間を、歴史上の事象から検討してみたい。

そこで大正時代の「母性保護論争」を取り上げる。この論争からは、国家による個人の保護というものを考えた時、個人の自立を最大限に尊重したうえで保護すべきとの考え方が導き出せる。

この個人の自立を最大限に尊重するという発想が現代の法律学においても非常に重視されている観点と重なり合うことを確認したうえで、伝統中国に見られた徳、礼、法（刑）の三層構造が、個人の自由の空間を保ちつつ法を定めるための重要視点を与えてくれることを示したい。

一、母性保護論争

「母性保護論争」は、与謝野晶子「女子の職業的独立を原則とせよ」（『女学世界』一八一、一九一八年一月）と「女子の徹底した独立」（『婦人公論』三三、一九一八年三月）での主張が発端となった。

与謝野晶子は、女子は経済的に男子に依拠せず徹底して独立せねばならないと主張するのだが、与謝野は働かなければ生活できない状況にある女子ではなく、親兄弟や夫の財力によって自分自身は働かなくとも生活はできる女子に対して、自労自活を呼びかけるとしている。まもなく世界大戦が終わることを予想し、戦後の社会の激変に経済上の無能力者である女子は男子以上に備えなければならずと与謝野は考えたのである。また与謝野は、生殖的奉仕によって婦人が男子に寄食することは奴隷道徳に等しく、これと同じ理由から国家に寄食してはならないとする。婦人は如何なる場合も依頼主義を採ってはならないとして、男女相互の労働によって経済上の保障が得られる確信がない限り、結婚、分娩すべきでないと言う。このため与謝野は欧米の婦人運動に見られるような、妊娠分娩等の時期にある婦人が国家に経済上の特殊な保護を要求することに賛成できなかつたのである。

この主張に対して平塚らいてうは「母性保護の主張は依頼主義か」（『婦人公論』三五、一九一八年五月）において反論する。平塚は、欧州では私生児を生んだ女性に社会的に非難され、経済生活面で困難に陥る一方で、私生児の父は法律上何の責任も負わない状況にあり、その下で私生児たちについて多くの問題が生まれてくると指摘する。そのうえで平塚は、国家は私生児の心身の健全な発達を計らねばならず、そのような子供の保護のためには、その母を保護する必要があるので、母親の妊娠、分娩、育児期の生活の安定を国家は助けなければならぬとするのである。さらに平塚は、婦人は母となることで、個人的な存在から社会的、国家的存在となるのであるから、母

を保護することは一婦人の幸福のために必要というだけでなく、その子供を通じて、全社会の幸福、全人類の将来のために必要になるとも言う。

平塚のこの反論に対して与謝野は「平塚さんと私の論争 粘土自像」(『太陽』第二四卷七号、一九一八年六月号)で再反論している。与謝野は、経済的に独立する自覚と努力さえあれば、母の職能を尽し得ないような不幸に陥ることは避けられると考えるため、国家の特殊な保護は、或種の不幸な婦人のために已むを得ず要求されるべきものとし、一般の婦人にとって望ましいものではないと考える。与謝野はこのような保護は、経済上無力にならぬようにすべきという自覚の育成を阻害し、経済上の無力から生ずる不幸が予想されても安易に出産するような夫妻を作りだすとみているのである。

与謝野に対して平塚はさらに「母性保護問題に就いて再び与謝野晶子氏に寄す」(『婦人公論』三七、一九一八年七月)で反論する。平塚は、子供は私有物ではなく社会のものであり、国家のものであるとし、子供の数や質は国家社会の進歩発展に大きく関係するので、子供を産み且つ育てる母の仕事は個人的な仕事ではなく、社会的、国家的仕事だとする。そしてこの母の仕事は婦人のみに課せられた社会的義務であり、さらによき子供を産み、よく育てねばならないという二重の義務になっているとする。このような義務を負う母を国家は十分な報酬を与え保護する責任があると言っているのである。

この論争にはさらに山川菊栄、山田わか加わり論点が一層広がってゆくのであるが、ここでは女性或いは個人と国家による保護ということで、与謝野と平塚の対立点に絞って見てゆくものとする。

与謝野は経済的に独立する自覚と努力さえあれば、母の職能を尽くし得ないような不幸に陥ることは避けられると考える点に見られるように、個人に強い自覚と努力を求めており、これに応ずることが不可能な女性は極一部に限られるはずだと捉え方をしている。個人の自覚と努力は非常に重要であり、それを要求することも問題はない

と思うが、与謝野のようにわずかの例外を除いてすべての女性（或いはすべての個人）はこの要求に応じられるはずだとの感覚はやはり現実問題としては賛同しにくいのではないだろうか。

とはいえ平塚のように母親の妊娠、分娩、育児期の国家による保護は当然として、保護を絶対視する考え方も個人の自立という面を等閑視しているのではないかとの危惧を覚えさせる。特にこの平塚の発想は子供は社会のもの、国家のものとする考えとなり、母の仕事も社会的、国家的仕事とする方向に繋がっているのであり、その先に待っている国家権力の存在を思うと無防備と言わざるを得ない。

こうして見ると与謝野と平塚いずれにおいても、一方はあまりにも個人の自立を強調し、一方はそれをあまりにも考慮しないということで、個人の捉え方にいささか問題を感じることになるのである。

一、近年の法律学の動き

さてここで「個人」或いは「人」ということで、近年の法律学の研究状況を振り返ってみる。

法学においては、「近代法」が前提とした「理性的」または「合理的」な「人」への懐疑が提起され、理性的でも合理的でもない「現実の人」に着目する動きがでてきて久しい。そのため特に「主体」が再考されることにより、自律的や自立的或いは理性的とはおおよそ言えない「主体」が、周囲との関係性の中で、他者との相互作用、それゆえの内面的葛藤で揺れ動く様子が描かれる。そしてこのような主体つまり「物語的主体」が迷いながら行なうものが「自己決定」との捉え方が登場している。

この立場に立てば与謝野の個人（或いは女性）に対する要求は単純にすぎることになる。つまり与謝野は理性的でも合理的でもない個人（「主体」）が周囲との関係性の中で揺れ動いていることには全く目を向けていない。

しかし一方で与謝野の徹底した個人の自立という点への拘泥りは決して軽視できない。実は近時の法律学においても、「主体」を「近代法」が念頭に置いた「自律的主体」としてではなく、「物語的主体」と捉えながらも、なお且つその上で、「自己決定」するのはあくまで当事者自身であることが強調されるのである。「物語的主体」であったとしても周囲や、まして国家がその自律や自立を妨げたり干渉すべきではないのである。よってこの点からすれば平塚のような妊娠というような一定の要件が具わった場合は国家の保護があつて当然との主張は、個人の自律や自立にあまりに無頓着という印象を与える。

ところで与謝野は「物語的主体」の発想に見られる現実の人に対してあまりにも冷淡であつた。対して現代の我々は「物語的主体」の視点を持つことは不可欠と思われ、その一方で与謝野の拘泥る徹底した個人の自立を重視しなければならぬのであるからより複雑な状況にある。「物語的主体」との捉え方に立った上で、個人の自立はどうあるべきかを考えなければならないのである。

また与謝野は女性への国家による援助を安易には認めず、已むに已まれぬ場合のみの援助でよいとの立場である。平塚のような国家による母性保護を絶対視する立場は国家権力というものの脅威を意識するなら簡単に賛同はできないが、しかし与謝野の考え方も現実を考慮するならこちらにも単純には賛成はできない。しかしながら与謝野が女性（或いは個人）の自立を最大限に尊重しようとしているために、個人が当然のように国家に依存することは避けるべきであると考えているのだとすれば、やはりその考え方は重要である。

この与謝野の考え方は、現代における「支援」概念を思い起こさせる。「物語的主体」であつても、「自己決定」はあくまで当事者自身がなすものとする立場からすると、周囲にはその決定を干渉でもなく、パターンリズムでもなく支える役割が求められる。このような役割が「支援」である。

このように考えると与謝野の主張は現代にも通ずる重要な側面を衝いていたことになるのではないか。

ただ関連して言えば、平塚の主張も現代論じられている「差異か平等か」の問題と関わっていることも指摘せねばならない。つまり男性と女性の様々な生物学的・生理学的「差異」の存在を認め、それに対して一定の対応策をとることは、形式的に「同一」の取り扱いをするより、実質的な意味での女性の「平等な取り扱い」に繋がるのではないかとの議論に通ずるのである。

与謝野・平塚いずれの主張も現代の議論に通ずる面をもつと言えるが、「国家と自由の空間」という本シンポジウムのテーマからすれば、ここでは与謝野のもつ徹底した個人の自立を重視する視点に注意したい。ただ既述の如く現代においては、理性的や合理的からかけ離れた現実の人の姿を前提に個人の自立を問わねばならなくなっている。そこで先述の「物語的主体」への「支援」という考え方が登場したわけだが、「現実の人」というものを問うことに關し、法学ではさらに新しい観点が加わり始めていることをここで挙げねばならない。

理性的でも合理的でもない現実の「人」、この「人」の分析に、最近では経済学分野での成果が取り入れられる。関数や数式で「人」を表わすという手法を用いる行動経済学に基づく分析である。

三、新たな動向

そこで次に行動経済学が理論的に説明することの極一部ではあるが、それを法との関連で見てみたい。行動経済学では人間の一般的な行動傾向が、関数や数式を用いて示されるが、このような人の行動はまた具体的な実験で明らかにされるものでもある。また一般的行動傾向の具体例も挙げられているので、どのような「人」が表わされているかを知るために、ここでは民法学での先行研究における具体的例示の部分として挙げてみたい。

例えば人は不確実な利得よりも確実な利得を取ろうとする傾向がある。具体的に言えば、六〇パーセントの確率

で一〇〇万円が当たるが、四〇パーセントの確率ではずれる宝くじは期待値としては六〇〇万円の価値を持つわけだが、六〇〇万円の現金を持っている人にこの宝くじと現金を交換しないかともちかけても、一般にその交換人は応じないということである。もしかすると一〇〇〇万円得られるかもしれないとしても、確実に手元にある六〇〇万円の方を優先するのである。このような確実な利得を手に行っている状況では、人は利得についてはリスクを避ける心理的傾向があるということになる。

では別の状況ではどうなるのだろうか。ある人が取引を行なったところ、六〇〇万円の損失が出た場合である。もし取引を継続すると六〇パーセントの確率でさらに四〇〇万円の損失が出るかもしれないが、四〇パーセントの確率で六〇〇万円の利益が出るとする。つまり六〇パーセントの確率で損失は一〇〇〇万円に拡大するかもしれないが、四〇パーセントの確率でこれまでの損失がゼロになるのである。この時人は取引をやめて六〇〇万円の損失を確定するより、取引を継続して挽回の機会に賭けようとする傾向がある。

先程述べたように六〇〇万円の現金を持っている人が一〇〇〇万円もらえるかもしれないと言われても、その賭けには応じようとしないのだが、損失が挽回できるかもしれないとなると、不確実な損失挽回に賭けようとするのである。損失を蒙ったとなると人はリスクを回避するのではなく、リスクを取る存在となってしまうのである。

このような人の性癖は一〇〇パーセントの人に当てはまるわけではないのだが、しかし一定の割合でこのような性癖を持つ人がいることは確かである。それゆえそれを利用する投資の勧誘行為が生まれると指摘され、その観点から投資勧誘行為に見られる違法性の検討がなされることになる。

このような性癖を持つ人が一定割合いることを経験的に知悉する投資勧誘会社は、多数の人に勧誘を行ない、一部その勧誘に応じた人がいるなら、まず少額でよいから投資取引を始めてもらえばよいのである。もし利益がでるなら、勧誘会社は投資額を大きくするように勧めてゆく。勧誘会社は投資家が取引を継続している限り、手数料収

入を得るのであり、投資額が大きくなるなら手数料収入もより大きくなる。そしてもし投資家が損失を出したとなれば、投資家は損失挽回のためにはリスクを負ってでも投資に賭けようとするわけであるから、投資勧誘会社は不確実でも大きな利得のある投資を持ちかけることができる。繰り返し返すが投資勧誘会社は投資家が投資を続ける限り手数料収入を得るのである。

このような行動経済学に基づいて人の行動傾向を視野に入れる立場からは、従来説に対して新たな視点が提供されている。つまり従来は投資の勧誘行為の違法性について、取引開始時の説明義務が非常に重視されるのだが、先述の如き性癖をもつ人の一定割合の存在を利用できるという前提に立てば、投資家がどのような精神状態におかれた状況での勧誘であったのみに、より関心を寄せるべきではないかという指摘がなされるのである。取引開始時にリスクを伴うことを十分説明され、用心のため少額の取引を開始したということであっても、先述のように人が投資を拡大し、その後に損失挽回の網に搦め取られてしまうのなら、もはや事前の規制である説明義務には効果が望めないことになる。そして勧誘会社は、投資家が取引をやめたと言わぬ限り手数料収入を得続けるのである。

またさらにはこのような人の行動パターンを利用する勧誘行為が頻発すると社会的厚生が害されるとの観点から勧誘行為の違法性を論じうることも指摘されている。公正の観点だけでなく、社会的厚生という、市場、効率性と大きく関わる観点も併せつつ規制のあり方を図ることも主張されている。

以上民法学の先行研究に基づいて述べてきたが、このように行動経済学という学問分野でも「人」が分析される。この行動経済学では、心理学と経済学に跨る形で理論が展開される。そしてそこに見られる「人」はやはり、理性的でも合理的でもなく、「現実の人」といえるものである。「現実の人」という面に注目すれば、分析視角は全く異なるものの「物語的主体」に通ずる点があると言える。

では「物語的主体」との捉え方をしたとしても、当事者自身で「決定」をなすことは重視されねばならないとす

ると、投資行為の場合、投資するかどうかの「決定」は表面的には当事者自身がなした形となっており、この点をどう考えることになるのだろうか。

勧誘会社の勧誘に応じて投資への決定を当事者自身がなしたとしても、もし人の一般的性癖を利用することで勧誘する側にとって利益となるような決定をさせたのであれば、当事者だけの決定とは言えないということになり、むしろ「物語的主体」が他者との相互作用の下で決定するに到った状態ということになる。それゆえ如何なる精神状態にある時の勧誘の結果であるなら、勧誘する側の行為に問題があると言えるのかを問わねばならないと指摘されることは、「物語的主体」の観点からも理解できることになる。

以上、「近代法」が前提とした「理性的な人」については別の側面からも懐疑が強まっていると言える。とはいえ理性的でも合理的でもない「現実の人」ではあるが、そのような「人」が自立的に判断することをやはり重視すべきだということになると、この点を念頭に置いたうえで法制度を考えねばならない。ではその場合国家の定める制定法と個人はどのような関係に立つことになるのだろうか。

但し我々の関心は、このような問題を考える鍵が何か歴史的な事象として存在したかどうかという点であるので、ここで歴史を振り返える。

四、東洋法制史の研究成果

上述の如く考えた時に興味を引かれるのが東洋法制史の研究成果である。徳と礼と法（刑）という三層構造による社会秩序の維持という発想が、伝統中国で見られたという点が挙げられる。

そこで伝統中国の刑罰法典の律の下で見られることになる徳、礼、法（刑）の三層構造による社会秩序の維持と

いうものから制定法を考えてみる。

儒家の発想からすれば、最も目指すべきは各人が「徳」を具えることで社会の秩序が保たれることであるが、人の内面に関わり、人の自発性に委ねられることになる徳に基づく行動をすべての人に求めても、その実行性が難しいことは容易に想像がつく。そこで一定の形式をもち、その形式を守るなら徳を具えた行動をとることになる。「礼」が生まれる。例えば形式化された「礼」として「服制」があるが、この「服制」に従って喪に服すれば、親族の喪に際して人倫中の第一の徳行である孝道を守ることができる。こうして人々が礼を守ることによって社会秩序が維持されるわけだが、しかし礼は人の内面から人の行動を規制するにすぎないため、逸脱者が生まれた時の対応ができない。そこで律の制定に現れるように外からの強制力を持つ法（刑）で補うことになるのである。つまり礼を逸脱したものに法（刑）を科すのである。儒家思想と法家思想の融合の産物と言われる律では、徳・礼と刑罰は補い合うものとされており、この三層構造が重要となる。

儒家は、刑で人々に秩序を植え付けようとしても、人々は刑を免れることを考えるようになるだけで、徳を欠く行為を恥じる心は育たないと考えた。もし法（刑）に頼りすぎるなら、礼の部分は縮小し、徳はますます育ちにくくなる。この点に鑑みるなら、徳・礼の意義を顧みることなく制定法に頼るなら、結局は法で禁止されていないのだからこれはやってもよいとの発想を生むであろう。つまり各人が自分の行動は徳に基づくかどうかなどは判断せず、法で禁止しているかどうかのみに目を向けることになる。そして問題が起きたと言ってその度に法を定めるなら、法で禁止されていないことだった、では禁止すべしとのイタチゴッコとなり、ついには膨大な量の法が定められることになる。

現代においても法の過剰の意味での「法化」の問題もまた指摘されて久しい。その点からすれば、社会の秩序を保つには制定法の量産ではなく、徳、礼、法の三層構造のもつ意味を考えることも多様な視点の一つと見て重視し

てよいのではないか。つまりまず各人が徳を具え、徳に基づいて行動する部分を重視する。この空間は個人の自由の最も大きい空間であるが、その分自主規制が最大限に求められる。次にその周りに徳を可視化した礼の働く空間を置く。これは徳の空間と同じく自主規制に任されるものの、参考にできる形式が存在する。最後に強制力を伴う法で規制する空間をもつてくる。言葉で言うほど三層構造の実現は簡単ではないであろうが、個人の自由の空間を保つことにできるだけ配慮したうえで、極力自主規制に任せ、どうしても必要な場合に法により規制するという三層の形への意識は常に持つべきではないか。この意識の下で制定法を捉えるのである。

おわりに

与謝野と平塚の母性保護論争から導き出せたのは、個人の自立を最大限に重視したうえで国家による援助をすべきではないかという観点である。

そしてこの観点は現代にも見られる観点、つまり「物語的主体」として「現実の人」を捉える立場に立つたうえで、周囲との関係性の中でなされるものが「自己決定」であると捉えたとしても、なお且つ本人自身が決定することを尊重する視点を忘れるべきでなく、周囲はあくまで本人が決定するに到るように「支援」すべきとの考え方に通ずる面をもつ。

ところでここで「現実の人」についても一言だけ述べると、従来の「物語的主体」と捉える発想においては、一人一人の人が如何に異なるかという点を意識したうえで対応を求めため、常に法的安定性の問題が指摘され、その点については個々の対応と法的安定性を繋ぐための「法の技法」が必要とされた。つまり現場での標準化の極めて難しい多様な具体的状況への対応と、法的なルールを繋ぐための「法の技法」である。

それに対して「人」を分析する新たな手法である行動経済学においては「人」について関数や数式で示されるような「一般的性癖」に注目するわけであるから、個別性を重視する「物語的主体」の発想とは正反対の側面を持つとも言える。今回挙げた投資家の陥穽という問題では、「人」のこの「一般的性癖」の悪用を防ぐための法のあり方が問われていた。

このように一人一人の人間の個別具体性に着目するものと、人間の共通的一般性に着目するものという正反対にも見える発想ではあるが、いずれも「現実の人」を問い、そこから法のあり方を考える点では共通するものが見られたのである。

こうして理性的でも合理的でもない「現実の人」という観点を持ちつつ、その人の自立という点も忘れることなく法のあり方を考えるなら、国家の定める制定法はどう捉えられるのか。この時に伝統中国で見られた徳、礼、法（刑）の三層構造で社会秩序を維持するとの発想、まず徳に基づいた人の自立的行動を最大限に重視し、その次に形式をもつ礼で自立的規制を図り、最後に法（刑）で強制的に規律するとの発想は一つの大きく参考になる発想だったのではないか。この点を指摘して結びとしたい。

筆者関連論文

- 「伝統中国の法と社会への一試論」(『名城法学』四七 三、一九九七年)
 「現代中国大陸民事裁判理論の課題と伝統中国法の視角」(『名城法学』四九 一、一九九九年)
 「『青鞨』論争から人と法へ」(阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』成文堂、二〇〇七年)
 「日本の法文化研究にみられる法意識と『近代』」(『名城法学』五七 一・二、二〇〇七年)
 「伝統中国の科刑原理と徳、礼、法についての予備考察——喜多・中村・川村報告を聞きて——」(『名城法学』五八 四、二〇〇七年)

〇九年)

「蘇力論文と『馬上海法廷』を結ぶ『人』」(『名城法学』六〇巻別冊、二〇一〇年)

「大正期の母性保護論争に見られる三つの論点」(『名城法学』六三 四、二〇一四年)

「慣習と近代」研究会についての「報告」(『名城法学』六五 一・二、二〇一五年)

行動経済学に関する参考文献

山本顯治「投資行動の消費者心理と民法学 覚書」(『法動態学叢書・水平的秩序』第四巻、紛争と対話、法律文化社、二〇〇

七年)

山本顯治「投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」(『新世代政策学研究』第五号、第二特集「法と行動経済学の出会い

——投資行動における消費者の合理性」、北海道大学グローバルプログラム編集・発行、二〇一〇年)

若松良樹「行動経済学とバスターナリズム」(平野・亀本・川濱編『現代法の変容』有斐閣、二〇一三年)

川濱昇「行動経済学の規範的意義」(同右書)

依田高典「ココロ」の経済学 行動経済学から読み解く人間のふしぎ』ちくま新書、二〇一六年

コメント——憲法学の立場から

高井裕之

本コメントでは、私の専攻する憲法学の立場から、特に日本とアメリカの憲法との比較を中心に、報告において提起された論点のいくつかについて感想を述べたい。

一 まず、波多野先生のご報告に関してフランス革命当時の憲法ないし国制と今日の日本やアメリカの憲法体制との対比をしたい。(一) 当時のフランスでは——またこれが第二次大戦後の第四共和制までのフランスの伝統とされていたようであるが——議会だけが一般意思の発露・出現の場であり、行政府や司法府はそれに従属するものとされていたのに対し、フランス革命とほぼ同時代である一八世紀末のアメリカでは、憲法典を制定し、その憲法が議会立法よりも上位にあるとされ、(二) その意味で、もし一般意思を問題にするのであれば(これは後世の解釈がもしれないが)通常の議会立法ではなく憲法典こそが一般意思の発露であることになる。また、これと関係するが、(三) 議会意思(議会制定法)が最高ではなく憲法に従わなければならない、憲法に違反する法律は無効とされ、(四) その憲法違反かどうかの判断権は裁判所が握る、という体制が確立した。(五) また、行政権との関係でも、アメリカでは議会と並立する強力な大統領が存在した。

そして、その後の歴史を見れば、イギリス等わずかの例外はあるが、憲法典の制定や裁判所の違憲立法審査権が世界的に広く普及し、当のフランスでも一九五八年の第五共和制以降はこの流れの中にある。近年、違憲審査を行う憲法院の権限が拡大されQPC(合憲性先決問題の審査)の制度も導入されるなど、その方向にさらに進んでいくように見える。

以上の対比を前提にして、波多野先生のご報告について私が興味を抱いた点としては、まず、憲法典を制定することの意義とは何か、ということがある。もし、恒常的に一般意思にのっとって立法府(議会)が動くのであれば、その上位に憲法典を設ける必要はないのではないか。この点、アメリカや現在の日本を例にひとつの対照的なモデルを組み立てれば、一般意思が発現するのは憲法典の制定時やその重要な改正の時に限られ、それ以外の平常時は議会には特殊意思を堂々と持ち込んでそれを集積して、全体意思としての法律・予算を制定することに議会は専念する、ただし、憲法典に書き込まれた一般意思の大枠を外れてはならないので、これは違憲立法審査権を有する裁

判所が監視する、そういう政治制度（国制）があるのではないかと思つ。いわゆる「多元主義（pluralism）」の体制である。もとより、英米法にもこれと異なる政治体制・国制の構想があり、それが一九八〇年代以降盛んに論じられる「共和主義（republicanism）」である。つまり、業界団体・圧力団体の駆け引きで政治が左右される多元主義の政治制度に嫌気がさして、市民の公徳心に基づく公的善を求める政治体制を模索するものである。これは、少なくともイメージとしては、一般意思に基づく政治体制に近いように思われる。

ただし、このような共和主義を実現するには（完全な実現は不可能であろうが少しでもその要素を取り入れるためには）選挙制度をはじめ制度的工夫が欠かせない。これに関連して、フランスにおける一般意思の代表的論者であるジャン・ジャック・ルソーの『社会契約論』において「一般意思は代表され得ない」、つまり立法の場には直接市民が参加することが必要とされていたことが問題になる。議会の議員を選挙するという、現実の革命期の制度との相違があるのはなぜかという、甚だ素人的な疑問・興味がある。波多野先生のご報告では、まさにここで制限選挙がとられていたことに着目されていたので、重要なポイントではないかと思つ。

結局のところ、法制史の門外漢としては、「一般意思」という思想・理念が唱えられた政治的背景、とりわけ、当時の情勢において何を否定するために、「一般意思」なるものが主張されたのか、という点を明らかにされると、他の政治体制や今日の問題とよりよくかみ合った議論に進むのではないかと思つ。私の全く勝手な想像で言えば、今日の目から見れば不当な差別・偏見に他ならない制限選挙制度というのは、「一般意思」に何らかの実際的身分があつて（それは自然法に基礎づけられるのかもしれない）、人間のうちでもそれを見いだす能力を有する者だけが市民であり選挙権を有するという観念があるとすれば、さらに国政の他の場面でも、それにふさわしい市民をつくる、ということが課題になる。波多野先生が示されたように、救貧政策もその一環であるが、今日的に言えば、社会保障政策のみならず教育政策にも関係してくる問題である。

それから、人権カタログの面では、一七八九年人権宣言において、その四条が「自由は、他人を害しないすべてのことをなし得ることに存する」というとき、今日の憲法学で幸福追求権についていう「一般的自由説」を思い起こさせるが、そうだとすると、表現の自由、信教の自由（一〇条、一一条）や財産権（一七条）といった個別の人権とはどのような関係にあるのか、関心がある。四条で一般原則を述べるならば、個別の権利規定は何のためにあるのか、当時どのように理解されていたのであろうか。

最後に、フランス革命時の救貧政策の議論を聞くと、日本国憲法二七条一項が「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ」と規定していることを想起する。通説的見解は、さすがに怠け者に刑罰を科すといったことは今日では許されないが、この勤労の義務を二五条の生存権と結びつけて理解し、働く能力を有しながら働かない者は生活保護など社会保障を受けることができない、という帰結を導いており、なおこのような考え方は波多野先生ご紹介のフランス革命時の議論に共通する部分があるように思われる。この点も、憲法の想定するべき人間像如何、という論点に絡んでいる。

二 次に松田先生のご報告に関して次の点を指摘したい。

まず、母性保護論争についてである。実は私も二〇〇三〇年前にはアメリカのフェミニズム法学を少し勉強したことがある。そして、この母性保護論争と共通する論点は、ご報告中で「差異と平等」と指摘されていたとおり、一九七〇年代・八〇年代のアメリカでも盛んに論じられていた。すなわち、女性だけにある妊娠という状態を、できるだけ男性とも共通する状態、つまり病気とか障害と同視すべきであるのか、それとも妊娠・出産は女性特有のことであることを直視し強調した上で、これに配慮することこそが実質的な性別撤廃につながるのか、という論点である。実際、この論点は、憲法や公民権法の男女平等の法原則を適用する際に実務的にもきわめて重要であった。当時の私の一応の結論は、どちらがよいかは状況による、というものであり、それ以来勉強が進んでいないの

でそれ以上のことはいえない。ただ、松田先生のご報告に即していえば、この大正期の論争が、その後現在に至るまで、どのように継承され、変容を受け、あるいは断絶しているのか、歴史的な流れを追って示していただけると、今日の法的議論にも資するところがあるのではないかと思う。

また、「物語的个人」というとらえ方が今日の様々な法的問題に重要な意味を持っていることは、松田先生ご自身も意識されていると思う。例えば、セクシュアル・ハラスメントその他のハラスメント、DVないしは「いじめ」の問題において、被害者の視点で問題を捉えて解決に向かわなければならぬということは実践的・実務的にしばしば指摘されることであり、理論的にも、この観点から、例えば判例を分析することが重要な課題である。

三 最後に、松原先生のご報告については、西洋に起源を發し国家と個人の二極に分化した社会像を前提とする近代憲法の観点からは、東洋の前近代の法との接点を見つけるのはたいへん難しい。いろいろ考えてみたところ、これは、国家から離れたところでの私法上の権利義務関係の形成とその実効的執行という問題として捉えられるのではないかと考え、そのような問題に関連する実定憲法上の論点として、いわゆる「部分社会論」という問題群が思いつく。もっとも、近年の有力な見解は、「部分社会」という大雑把な括りではなく、問題となる機関や集団ないし団体の性質に応じて、関係する憲法規定を特定して、国の裁判所の介入の是非を論じている。そのような問題群のうちでも特に顕著なのが、各宗教団体の内部紛争への裁判所の介入の限界、という議論ではないかと思う。わが国の判例では、司法権の性質などを根拠に、裁判所は宗教の教義についての判断を行えず、またそのような判断を必要とする紛争は（たとえ外観的には世俗的な権利義務に関するものであるように見えても）裁判所として受け付けない（訴えを却下する）という扱いをしている。学説上は、これに対して、裁判所が紛争を放置することは適切でなく、宗教上の教義に立ち入ることなく実効的に解決する道を模索すべきであるとの批判も強いが、現在の判例の下で、このような宗教団体内紛争が司法的解決を受けられなくとも、暴力沙汰など大きな社会的混乱が生じた

という話もあまり聞かないので、それなりに社会秩序は維持されているようである。なぜそうなのかが興味深いところであるが、私はその実証的研究を知らない。このような話に関連する限りではあるが、国家法から離れたところでの権利義務の形成とその執行が許される社会的条件とはいかなるものか、興味のあるところである。

四 以上、きわめて散漫で雑駁な、主観的感想であるが、私のコメントとしたい。

(以上)

コメント——法哲学の立場から

平井亮輔

一 法哲学の立場からのコメントを仰せつかったが、総じて歴史に暗いばかりか、哲学研究における思想史の重要性は承知してはいるものの、これまで主に現代の法哲学とくに正義論に目を向けてきたため、思想上の言説とその時代背景についてもつまみ食い程度にかじってきたに留まる。そのような者が、歴史的事象・言説とその研究にどのように向き合つべきなのか改めて考えさせられるが、本日の報告を拝聴すると、法制史研究にも多様なアプローチないし姿勢がうかがえて興味深い。ともあれ、ここでは、連想ゲームよろしく、三つの報告を現代の法哲学・正義論と思いつくままに関連づけて、主に歴史から何を学ぶことができるかという視点から感想を述べることになりそうだ。

二 波多野報告は、フランス革命期の理念と現実の取り組みが、現代の思想が今なお解決をめざして悪戦苦闘を続けている個人の自由の確保あるいは自由と法の整合化という問題の源流となっていることを思い出させてくれる。個人の自由の保護という観点からみると、今日の議論ですぐ想起されるのがリバタリアニズムだろう。単純化すればリバタリアニズムは、国家と法の役割を最小限まで切り詰めることによって個人の自由の空間を最大限確保しようとする。だが、ここには報告のいう自由の空間としての公的空間という発想は乏しく、法は公的なもの、もっぱら消極的自由と解された個人の自由を保護する装置として必要ではあっても（広義のリバタリアニズムには一切の法を退ける無政府資本主義もあるが）、許容限度を超えると個人の自由を侵害する危険物として警戒すべき必要悪にすぎない。

他方、一般意思に基づくものとして法を捉えることで自由との整合化をはかるルソーとフランス革命の企ては、高井コメントが言及する共和主義理論や、（ルソーとは一線を画しつつも）ハーバーマスによる討議手続に着目した人民主権と人権、あるいは公的自律と私的自律の統合的説明の試みなどにみられるように、今日でも形を変えて様々な論者によって継承されている。もちろん価値観の多元性を所与とせざるを得ない現代社会では、「全体の利益」が何かについて争いが避けられないため、ルソーのように（私的利益の総和である全体意思と対比された）一般意思の一元性を前提することはもはやできないだろう。ハーバーマスも与する今日の熟議民主主義論においては、人々が善き理由を交わす営みを通じて一般意思が発見ないし形成されることで、ルソーの継承的克服がめざされているといえるかもしれない。

だがここでも問題は残る。理想的な熟議が尽くされても合意が成立し難いなら、手続への参加という意味での自律はあっても、自らが与えた法に従うという意味での自律には届かない。また、熟議への参加には、たんなる投票行動に留まらない時間的コストや、たんなる読み書き能力を超えた能力が市民に求められるため、自己立法のため

のハードルは一層上がる。熟議と民主主義との緊張関係が付きまとう。こうした問題を克服すべく理論的・実践的な様々な試みがなされているけれども、やっぱり理念と現実のズレを埋める答えは出ていない。フランス革命の理想は見果てぬ夢なのかもしれない。だが同時に断念することのできない夢なのかもしれない。

フランス革命期において、立法に与り、自由人たりうる市民は誰かをめぐるメルクマールとして一貫して「労働」が鍵とされている点も、現代の理論や政治動向にも通じるものがあって興味深い。報告が紹介する救貧委員会報告は、アメリカでみられたいわゆる「ウエルフェアマザー」の問題視や、福祉への依存化傾向を警戒して労働を福祉給付の条件とみなす「ワークフェア」の観念を彷彿とさせる。ワークフェアには自律化支援という積極的な意味合いもあるが、これもまた報告の伝える公的扶助観に通じるものがある。現代の正義論の立役者であるロールズの正義論においても、議論水準はかなり異なるが、何らかのかたちで「協働」する市民たちから構成される社会（協働の企てとしての社会）を指定して、社会的協働から得られた利益を社会の基本的制度がどのように構成員たちの間で分配するのが正義にかなうかという問題設定から展開されており、ここにも革命期の議論に通じるものがある（もちろん協働に参加できない者を排除する意図はロールズにはないのだが）。他方で、今日、こうしたいわば「労働パラダイム」を超え出ようとする議論もみられ、たとえば、すべての人に無条件に一定額を給付するという「ベーシック・インカム」の着想は、その理論的根拠や目的は多様でありうるものの、福祉と労働の連関を切り離し、また、労働の意味を変えうるものだといえるだろう。

三 松田報告が検討する母性保護論争にも「労働パラダイム」が垣間見える。乱暴な感想の域を出ないが、女性の「自労自活」による個としての自立を主張する与謝野と、国家による女性の保護の必要性を、社会的・国家的仕事としての母親業に対する報酬として組み立てる平塚の間には案外共通するところがあるのかもしれない。

それはともかく、松田報告は、いずれの個人の捉え方にも問題があるともみて、関係性の中にある「物語的主体」として個人をより具体的に捉えつつ、そのような主体の「自己決定」の「支援」という視点を強調する。こうした人間像は、報告の理論背景とは異なるが、現代の正義論では、抽象的な自律的個人を前提する理論構想と理解されたりベラリズムを批判して唱えられるケアの倫理とか共同体主義による自己の根源的な関係性や物語性の重視を想起させる。だが、とくに共同体主義の場合、自己を成り立たせている共同体における関係的位置、共通の意味理解や価値（共通善）——必ずしも既存の伝統的なものではなく、人々によって共に構築されるべきものとしての共通善でもあるが——に準拠して正義にかなった法を構想するため、個人の自由が侵食されるのではないかとの批判を受けがちなのに対して、むしろ報告が、個人の自己決定を重視して、そのいわば側面的支援に留まるべきとして、法の過干渉やパターンリズムに警戒する点は興味深い。

報告は、そのような視点に立つた法制度、国家と個人の関係のあり方の手がかりを、「伝統中国の徳・礼・法（刑）の三層構造に求める。これを今風に言い換えると、個人の倫理観、社会的慣習やマナー、そして法ということになるのだろうか。ここでもまた、市民の美德を強調する共同体主義との親近性がうかがえる（また、アメリカを中心に政治的議論や市民社会全般における礼節（シビリティ）の復権が盛んに唱えられ、論争を巻き起こしていることも思い起こされる）。しかしまた、共同体主義が市民の美德を涵養する「人格形成の企て」（サンデル）たらんことをめざして法による人格形成に傾きがちなのに対して、報告はあくまで個人の自由な空間を重視して法の増殖を押しとめようとするところが特徴的である。しかし、こうした構造に期待できるのは儒教道徳のような何らかの「共通善」が共有されている場合に限られるのではないだろうか。現代のように価値多元的・多文化的な社会では共通の倫理やマナーを当然視することはできないように思える。報告のいう「現実の人」が理性的でも合理的でもないとするれば、なおさらだろう。共通の徳や礼が崩れたゆえの法化社会だとすれば、法化を逆転するためには改めて個

人の美德や礼に適った行為をいかに育むかを考えざるを得ず、そのためには、法（刑）ではないにせよ、たとえば教育政策のような何らかの法的手立てが必要になるといふディレンマが生じるのではないだろうか。

この点、物語的主体とは異なるものの、非合理的傾向性をもつという意味で「現実の人」に着目したものととして松田報告が取り上げる行動経済学の知見を用いた近年のリバタリアン・パターナリズムは、報告の示唆する方向とは対照的に、個人の美德を前提ないし期待することなく、法の間接的支援（ナッジ）によって、法による政策目標の実現と個人の自由な選択の保護との両立を図ろうとするものだろう。

四 松原報告の考察する清代中国における地域社会の、国家法によらない取引秩序形成と聞くと、日本の法哲学界にもファンが少なくないハイエクの「自生的秩序」としての市場秩序を想起させるのだが、ここでは「父系親族関係・宗教的象徴」を機軸にした物語的な関係性の構築によって秩序形成が行われており、地域共同体への部外者の受容もこうした家族的・宗教的物語に組み入れられることによってなされるため、むしろ、松田報告が言及する關係的な「物語的主体」の觀念とつながってくる側面がうかがえる。

さらにこうした物語への積極的な自己同一化を通じて、国家の統一性が確保されていたというところがおもしろい。歴史に「イフ」を問題にしても的外れなのかもしれないけれども、このような文化的物語の共有が欠如していたなら、中国国家は成り立ちえていたのだろうか。今日グローバル化と国家の相対化が進む一方でナショナリズムも活発に主張され、憲法愛国主義をめぐる議論などもあるが、法による社会統合の背後あるいは陰に文化的物語の共有がどこまで必要なのか、また、多元社会のなかでどこまでそれが可能なのか改めて考えさせられる。

さて、報告によれば、地域社会の土地保有・取引秩序への国家の介入の度合いは、いくつかの要因によって多様性があるとのことだが、紛争時に公的裁判所に訴えない地域社会では、紛争処理と秩序修復も当該地域社会の自主

的秩序形成・編成の中に織り込まれているのだろうか、そこでは具体的にどのようなかたちで紛争が処理されているのだろうか。これはむしろ法社会学的関心ではあるが、あるいはそこから学ぶところがあるかもしれない。