

法文化論序説（一）

池田政章

第一章 法文化論への途

- 一 本稿の意図
- 二 G・イエリネックと憲法問題研究会
- 三 憲法意識から法文化へ
- 四 憲法と文化

第二章 改めて、法文化論とは

- 一 『法的文化』という言葉
- 二 法という文化
- 三 法に関する文化

第三章 法文化の生理と病理

- 一 法意識の病理分析
- 二 法文化論の試み
- 三 法意識の実証的研究
- 四 実定法学がみた法文化

五 比較法学による生理的考察

第四章 法文化の普遍性と個性

一 法文化にみる普遍性

二 法文化の実相

三 法哲学の法文化論

四 多元的法文化論(以上本号)

第五章 『法と文化』の自画像

第六章 自画像の形相

第七章 表層の法文化

第八章 法文化の深層

おわりに——憲法文化について

第一章 法文化論への途

一 本稿の意図

1 本稿は『法文化論』の『序説』と題する。法文化論とは何を論ずる研究なのか、それを論ずることの意味はどこにあるのか、そしてどのように法文化にアプローチするのかわという方法について考える、つまり法文化論の意

義と方法という、法文化論への入口を明らかにしたいというのが「序説」と題した理由である。

ところが、この法文化論というテーマについて、現在、法学界がどこまでの確に理解しているかという点になると、あいまいな返事しかできないのではないかと思う。

確かに、法文化を主題にした学会報告（一九八六年法哲学会、一九九六年比較法文化学会、一九九八年比較法学会）がすでになされてはいるが、⁽¹⁾当時の学会関係者に共通した法文化のイメージがあつてのことかは疑問である。それ以前は勿論、それ以後でも、似たような問題を扱った論稿に法感覚・法観念・法意識・法思想といった用語法がみられ、法文化の観念が定着しているとは思えないからである。つまりは法文化の概念規定をあいまいにしたまま、比較法学・法哲学・法社会学といった基礎法学が問題関心をもつに止まって、実定法学の各テキストに、これに関する具体的記述を見出すことは今も稀という状態なのである。

こうした状況の下で、筆者はかなり以前から法文化研究に積極的意味を認め、暇に飽かせてその意義と方法について考えを巡らせてきた。そしてようやく一九九一年に「法文化論——その意義と方法」という論文を発表した。⁽²⁾その頃、法文化研究は単独では成しえないと考え、研究会をもとうとさまざまな専門分野の後輩に声をかけたが、答えとして、法文化論について私がいまその入門書を書くようにという注文が返ってきた。而して十数年、私事多端のため延び延びとなり、現在にいたつてようやく、その日がきたというわけである。

この間に、法文化の題をもつ著作や論文も公表され、さらに最近は「比較法文化学の構築」(法社会学会二〇〇八年)と独立科学を目指すとも思える風潮も現れて、法文化のイメージはほぼ固まりつつある。が、その研究対象はさまざまであり、そのアプローチも各人各様である。論者の専門分野がいろいろであるから当然の結果といえるのかもしいないが、法文化論の未成熟ということが原因で、人それぞれの困惑を生んでいるというのが正直なところだろう。

このような推測の下では、筆者の、法文化論の意義と方法という、この論稿も一〇篇の一つにすぎないのだろうと思いつつ、拙著『憲法社会体系Ⅲ』の内容をなぞる結果になるが、ほかの著作・論文とは異なる筆者なりの考え方を少し詳しく論じてみたいと考えた。

2 そこで、まず法文化という観念について。新しい『法律学小辞典』（有斐閣、二〇〇四年）には「ある社会における人々の法についての意識や行動様式の総体を法文化という」とあり、日本の独自性の例が述べられている。裁判より調停を好む、契約書に細かく規定するより「問題が起こったら誠意をもって話し合う」というような条項を好む、である。これが現在、法学界で通用する大まかな法文化のイメージである。

筆者の考えもこれと大同小異であるが、筆者流の言い方だと「(法という)文化」からみた「法に関する文化」となる。「法に関する文化」という点が大同であり、「法という文化からみた」(簡単に文化からみたでもよい)という点の小異なのである。そしてもっと判り易くといわれたら、平凡で常識的だが、「法に関する日本文化論」だと答えることにしている。この常識的な結論に至るまでの小異の考え方がどういう軌跡のもとで生まれたかという、その経緯について話そうというのが本稿の主意というわけである。

二 G・イエリネットクと憲法問題研究会

1 筆者の専攻は憲法学である。それが何故法文化論に執着するようになったのか。憲法研究者だったら当然に抱く疑問である。入門書を書いてほしいといった後輩の気持ちもそこにあったのだろう。それに答えようとして今から振り返ると、その契機はそもそも筆者の研究生生活の初めにあったと考えてくるのである。

公法学を専攻する者にとって、当時、最初の必読文献といわれたのが、G・イエリネットク『一般国家学』（原著）である。共同研究室の仲間数人と輪読会を開くことで研究生生活が始まった。どこまで読み進んだか定かな記憶はな

いが、途中で止めたことは確かである。しかしそのとき、「第二章 公法の保障」という最終章が心にかかった。今では憲法テキストに「憲法保障」の章があるのは常識といってもいいが、当時は違憲審査制の説明はあっても、憲法保障制度を総体として論ずるといふ視点はほとんどなかったからである。

そして一年有余、病後初めて参加した田中二郎ゼミで（以下すべて敬称略）、西ドイツの憲法裁判所について紹介するよう求められた（イエリネックに近づける好機である）。その時の数回にわたる報告では、H・レッヒナー、W・ガイガーのコメントルによりながら、現行制度の紹介とその前史、とくにワイマール憲法時代の国事裁判所との違いを強調したのであった。これが助手論文のネタとなった。『ドイツ型憲法裁判の系譜と特質』である。

今の憲法学現役世代は、戦前・戦中世代の体系の組み替えに腐心しているようにみえるのだが、これは戦後憲法学六〇年がそうさせているのだろうか。研究にも流行があるようで、戦後第一世代では、当時の新制度について歴史あるいは比較法的研究がやりとになっていた。筆者の方法もそれに倣って、制度の現代的意義を歴史から学ぶということに主眼をおいていたことになる。そして同時期に読んだW・メルクの『憲法の保障』（一九三五年）を媒介として、イエリネックの最終章に手が届いたというわけである。

イエリネック国家学は、その最終課題として公法保障の問題をとりあげ、その三類型を論ずる。社会的保障・政治的保障・法的保障である。説明は社会的保障が最も短く、法的保障が一番長い。これは公法秩序の保障に対する現実性の強弱に見合っており、当然といえれば当然。しかし現実性が弱く短い説明の社会的保障に心惹かれるものがあった。当初、これは世論の話ではないかと思つた。世論による保障というなら憲法擁護の最後の砦としての話にふさわしいのではないかと（今の筆者なら文化による保障というが）。また国家学のなかで世論の話がでてくるとは一般国家社会学を論ずるイエリネックだけのことはあると、生意気な感想を抱いたことを思いだす。

それにしても、「大きなゲゼルシャフトの力、すなわち宗教・習俗・社会道徳、要するに文化的諸力の全体と、

それらによって形成される諸利益と諸組織⁽³⁾が憲法の妥当性を担保するとはどういうことだろう。広く文化的諸力といいつつも、例示には規制的文化という共通点がある。といって、宗教の力がどのような法的問題となって憲法保障に結びつくのか。例えば、宗教の規制力が強いからといって憲法の最後の砦になるのだろうか。キリスト教社会だからというだけでは十分な説明にならないし、ましてや信仰の自由だけを問題にしているわけではないだろう。だったら結局、世論というしか見当がつかなかった。

今から思えば、当初のこうした疑問に発して、その後の研究の道筋が決まっていたように思う。それを遠因というなら、近因は一九五八年に始まるといえる。それは、こうである。

2 一九五六年、内閣に憲法調査会が設置された。朝鮮戦争を契機にして政府内に高まった憲法改正論に促され、改正問題に関する各種の意見を調査するという方針に基づいて設けられた機構である。そして翌五七年から活動を開始した。

そして翌々五八年、大内兵衛・我妻栄など八名が発起人となって、四六人の学者で一つの会を作ることが提案された。その会が「憲法問題研究会」である。会の趣意を明かす勧誘状は次の通り。今では歴史的文書であると思うので、長いがその全文を掲げる。

憲法問題研究会設立についての勧誘状

御承知のとおり、ここ数年来、憲法改正の主張が一部の人々によって唱えられ、現在この問題は、多くの国民の強い関心の的になっております。憲法が一国の政治と国民生活を左右する重大な基盤であることをおもうとき、憲法問題をいかに考えるかは、広く国民各層に共通する重要な課題といえましよう。

こうした状況のなかにあって、政府は、昨年夏、憲法調査会を設け、この問題の検討に着手しはじめました。調査会

は、その後、総会と分科会をひきつづいて開き、現行憲法の制定事情とその基本原理について、種々の検討を加え、今日に及んでいます。けれども、その発足の事情、ならびに、これに参加している委員の選択をみると、この調査会が、現在の憲法問題に対する広汎な民意と正しい良識とを必ずしも代表していないかのようにあります。調査会にあらわれているすべての意見に反対するわけではありませんが、一国の運命に強い影響を及ぼす憲法問題が、特定の立場からのみ解釈され検討されていることは、まことに遺憾というほかはありません。

もとより、現在の憲法が制定された当時を顧みるとき、その環境が、私たちの国民感情を十分充たしえなかったことを理解しないわけではありません。けれども、おびただしい貴重な人命の喪失と、惨澹たる焼土を犠牲として生れ出たこの憲法が、平和、民主、人權の三原理を掲げたとき、敗戦後の虚脱状態にあった国民は、この憲法をもって新生日本の基礎とすることに、新しい感激と覚悟を抱いたことも事実であります。以来十年、この憲法の原理は、徐々たる歩みとはいえ、国民生活のあらゆる分野に平和と自由の恩恵をあたえ、人間活動の見えない原動力となってきました。

いまもしこの憲法の諸条章の解釈が、一部の見解によつて歪められ、やがて、それが公定解釈として世論を支配するようにならば、日本の再生に尽した国民の十年間にわたる努力は空しく挫折し、私たちの希求する平和と自由の原理は、ついに発展を阻止されるに至るでありましょう。多くの国民が、憲法改正問題の前途に深い関心を抱いているのも、こうした理由に基づくものと思います。

私たちは、こうした事態の招来を未然に防ぎたいという意図の下に、憲法の基本原理とその条章の意味をできるだけ正確に研究し、この問題に関心を抱く国民各層の参考に供したいと考えました。そのため、憲法学およびその他の法学、政治学ならびに隣接科学の良識ある研究者に御参会いただき、憲法問題を諸種の角度から研究したいと思ひます。私たち八名の発起人は、貴下が、その専門的な学識と国民的良識とをもって、この会に参加されることを切望する次第であります。

幸いに御賛同を得ることができれば、来る六月八日(日曜日)午後二時より、学士会館(神田)において最初の会合をもち、今後の研究方針について御意見を承りたいと存じます。

なお、御諾否については、同封の葉書をもって折返し御通知いただければ幸いです。

昭和三十三年五月二十八日

大内兵衛	茅	誠司
清宮四郎	恒藤	恭
宮沢俊義	矢内原忠雄	
湯川秀樹	我妻	栄

五〇年後の今読んでも、まさしく通用する達意の美文、いわゆる国民投票法が成立し改憲に向けて一歩踏みだした現在こそ、読者とともにその良識にあやかりたいと思う。余談になるが、発起人の我妻栄が、憲法調査会の発足時に、時の首相岸信介から（我妻と銀時計を分けあった学友とか？）軽井沢への車中で、調査会会長就任を懇請されたと御自身の口から聞いた記憶がある。

「この招請状が出されると、新聞は一せいに大きくとりあげて、われわれが憲法改正問題について何か反政府の旗上げをしたようにはやしたてた」とは、大内兵衛の言葉である。⁽⁴⁾

3 こういう世間の風評のなかで、憲法問題研究会は一九五八年六月八日に創立総会を東京神田の学士会館で開いた。改憲推進のグループが鳴物入りで、会場廊下で審議妨害をしていたと聞いている。この総会后に、筆者は宮沢俊義から研究会に出席して報告・討議のメモをとるようにと依頼された。

研究会は関東部会（発足時は三〇名）・関西部会（同二五名）に分かれて開かれることになり、筆者は第二回（一九五八・七・一二）関東部会から出席した。そして爾来、一九七五年四月の解散時までの一七年弱、一一〇回の研究会において、その成果を共有するという恩恵に浴した。会員各位は、当時の各学界の第一人者と目される人々で

ある。とはいっても憲法学者は三人、政治学などの社会学者もともかくとして、哲学者や文学者はどう憲法を理解し論ずるのかという好奇心でわくわくしていた(報告・討議の全記録は今も筆者の手許にあり、書きなぐったメモの初校を現在校正中である)。

が、これら思想家にとって、平和とか「個人の尊厳」は体験学習済みで自明のこと、憲法研究は憲法学者の専売特許と考える方が井戸のなかの蛙というもの。むしろ専門外からの発想には外側から憲法を観察するという専門家にない新鮮味があり、人文科学系会員による文化史観からのアプローチには裨益されることが多かった。

久野収会員から直接に聞かれたことである。「今の憲法学は条文至上主義ではないの？」と。また「憲法のさびおとしをやらなければ……その定着化そのものが逆にたいへんお守りコトバ的たてまえになっていく傾向をもって……憲法の作り手にとっての伝統と、憲法の受け手にとっての伝統とが、意味を大きくちがえてくるのは、歴史のアイロニーとでもいうべき現象」であるとも述べている(「憲法——私の読み方」世界一九六七年七月号)。

条文至上主義では、解釈万能で「護憲々々」と呪文を唱えている間に、憲法の文言はいつのまにかお守りの建前になって、条文が錆つき好ましくない既成事実ができ上がっているのではないか。また歴史のアイロニーとは、欧米理論の引き写しによる思考枠組みでは受け手に通用するような大衆の目線での文化的伝統思考に配慮が足りないのではないか、というのであろう。

確かに、欧米の歴史的所産である近代憲法の諸価値を、日本人の文化的伝統のなかに、どのように位置付け主張していくのかという哲学的・思想的・文化史的アプローチが必要である。その際、日本人の文化的遺伝子の組み替えをどこまで要求すればいいのかということまでが気掛りであろう。天皇制について論じた、谷川徹三は「天皇制の問題は憲法の枠のなかだけでは処理できない。それは一層広汎な日本の歴史や日本の文化の伝統や、日本人の精神構造の問題であります⁽⁵⁾」と指摘している。

こうした雰囲気であるから、非専門家が憲法をみる目とその方法に、いやでも興味をもたざるをえない。それは、憲法を「文化」の一部として観察し、文化史のなかに位置付けているということではなかったか。

こうして「憲法という文化」というテーマがクローズ・アップし、筆者にとつての『法文化論への途』の契機となった。

改めていうまでもないが、研究者としての、そして人間としての生きざまについて多くのことを学んだのは勿論である。

いまここで、報告・討議について語りたい気持ちに駆られるが、別著（前述初校校正中の『憲法問題研究会メモワール』）があるので、それに譲る。が、様相の一部として、会員の報告数だけでも明らかにしておきたい。佐藤功・憲法調査会についての数報告を含めて一四回、久野収・家永三郎五回、我妻栄・中野好夫四回、大内兵衛・竹内好・中村哲三回などである。

しかしそうはいつでも、「憲法という文化」に辿りつく道は迂遠極まりない。さしあたっては、社会科学のみならず、風土・言語・宗教・芸術など、広義の文化との関連も考えながら憲法問題を考察せよという『憲法問題学』の構想を提案するに止まった（一九六五年）。

三 憲法意識から法文化へ

1 一九六〇年代に筆者が注目した憲法問題は、六〇年安保闘争における「大衆デモ」の意義、朝日訴訟における「生存権」の性格論、憲法現象を規定する「憲法意識」の構造であった。大衆デモは『世論の噴出』の典型例として憲法保障の究極の形態であり、生存権は権利意識の如何が人権の内実化のレベルを左右する。そしてそれらを基底で支えるのが憲法意識であるからである。ここには顕在的な世論と潜在的なそれとの見本があつて、前述した

世論による憲法保障を考える恰好の素材をみつけたというわけである。こうして、「憲法と世論」の関係という途方もない総体に向きあう破目になった。

それは、立憲民主主義国家において世論が占めるべき本来の規定(理論憲法学的研究)・憲法典が制度化している世論のとりあげ方(実定憲法学的研究)・憲法現実にみられる顕在的世論・外的世論の形態と構造(憲法現象研究)・潜在的世論・内的世論の構造的性情と憲法典との関係(憲法意識の研究)である。

これらのうち憲法意識について、逸早く一九五六年の公法学会「憲法学の方法」の報告のなかで、長谷川正安会員が、憲法現象の科学的認識のために、その要素をなす憲法意識・憲法規範・憲法制度・(憲法関係)についての論理的考察が重要だと指摘した。小林直樹が「日本人の憲法意識」(思想)という実証的研究を発表したのが一九六〇年。六〇年代に入り、長谷川、渡辺洋三、影山日出弥の理論的研究と、小林ほかの共同研究『日本人の憲法意識』(一九六八年)が耳目を引いた。こうして憲法意識論は、先端的憲法研究の感があって嫌でも関心をもたざるをえなかった。

同じ頃、後に法文化論の先駆としてしばしば引用される、川島武宜『日本人の法意識』(一九六七年)が著されている。

ところで一九七〇年代初めだと思う、同僚の政治学者の主唱で、大学に「法政文化研究室」が設けられた。G・アーモンド・S・ヴァーバ『シビック・カルチャ』(一九六三年)で論ぜられた「政治文化」(ポリティカル・カルチャ)の観念が日本でも政治学者の間で使われるようになり(例、石田雄『日本の政治文化』一九七〇年)——「政治風土」の用語法もある(篠原一『日本の政治風土』一九六八年)——法に関しても類似の問題があるはずで法文化と称したらという理由から「法文化+政治文化」→「法政文化」と名付けられたのである。

果してアーモンド・ヴァーバに倣って「リーガル・カルチャ」を観念する論稿が現れ(一九六九年)、注目を引

いたのがL・M・フリードマンである(後述)。

そして同じころ、大学で「法文化研究会」が発足し、法学上の諸問題に対する比較文化論的な共同研究が始まった。その成果を世に問うたのが、後に出版された神島ほか編『日本人と法』(一九七八年)である。筆者もその一員として「日本人の憲法観」を報告した。争訟は何でも憲法典に頼るといふ憲法条文至上主義に傾斜しており、それだけに現実面においては疎遠感をもちながら融通無碍に捉えているという内容の話で、その後の座談会が有益であった。

こういう内外の雰囲気であったから、憲法意識と法文化の関連には嫌でも関心を向けざるをえない。すでに触れた世論の問題を憲法意識の表の顔というなら、法文化はその裏の顔とは思ふものの、とりあえずは、憲法学の趨勢にしたがって憲法意識とは何かから始め、法文化との関係を考察しようと決めた。

2 憲法意識とは憲法に関する社会意識のことである。もともと「〇〇裁判官の憲法意識」といったときは個人意識のことだろう。しかし、個人意識も社会と無縁に形成されるものではない。個人は個人そのものとして存在すると同時に社会構成員としても存在するはずだからである。すると意識という精神的所産は、対自的という点から、むしろ或る構成員という社会的存在においてつくられたものであり、例えば、彼が属する階層・職業・地域といった社会的基盤や、風土・時代精神といった文化的環境において培われた性格²社会的性格を帯びざるをえない。確かに、社会意識の前提には個人意識があり、その統合——集合ではない——によって成り立っているが、個人意識を問題にするときは、自ら確かな認識をもっているという観点からみて「憲法思想」とよんだ方がふさわしいであろう。憲法意識論は社会意識を主たる対象としているといえる。

社会意識を中心にみてみよう。まず、多数人の相互作用がみられる社会というシステムにおいては、社会化と社会統制が機能的メカニズムとして働くという。とくに社会化機能は、構成各員の学習を通して、時に衣食住を初め

として生活の仕方、そして多くは考え方についても、そこにパターン(型)を形づくるという結果をもたらす。社会体系論においては、このパターンを文化の型といい、社会が要請する文化の型に合致させる過程として社会統制機能が働くのである。社会意識に即していえば、個人は社会化の過程において学習し条件付けられて、その意識に文化の型を刷り込み、社会統制の過程を通じて文化の型を身につけるのである。つまり、個人意識は文化の型を伴った社会意識となつて、後者は前者から独立した存在となるのである。

さて憲法に関する社会システム＝憲法社会体系においては、社会化(憲法では社会統合)と社会統制というメカニズムは憲法規範によって強力に推し進められる。またいわゆる社会国家では、これにマリノフスキイが強調した欲望充足機能が加わる。こうして個人は憲法規範による統合・統制・充足の過程を通じて、法に関する文化の型を吸収しながら憲法に関する社会意識を醸成するのである。これが憲法意識であり、そこに法文化の型の印象が映しだされることになる。

憲法規範と憲法意識の間にみられる乖離とかズレとかは法文化が然らしめたものである。慣用に従えば憲法意識とは、憲法に関する理解度・認識の仕方とそのレベルの話である。対して法文化とは、それらについての要因とそれらのあり方の総体を示すものといふことができる。

憲法社会体系における憲法規範と憲法意識・法文化の関係について一応の結論に達した筆者は、初めて法文化の観念を提案する論稿を公にした⁽⁶⁾(一九七二年)。

3 法文化論の極め付きは、その前年に、野田良之が発表した「日本人の性格とその法観念」(みすず一四〇号)である。一九七〇年一月行われた講演の記録で、これが筆者にとって「法文化論への途」の駄目押しとなった。その論旨は、いわば法に関する日本人論である。恐らくこの手の嚆矢であり、序論に、比較法学はすべからく比較法文化論でなければならないと力説している。こうである。

「フランスでフランス法が働いているその姿と、日本でフランス法に非常に似ている日本法が働いている姿とでは非常に違う」。「結局これは、法を一部とする文化全体の性格が違うということから生ずる」のである。「法というものは文化の一部でありますから、したがって文化の全体からそれを切離して比較したのではあまり実りがないのでありまして、もし比較をすれば文化的比較でなければならぬ。……だからそれは、法に焦点を合わせた比較文化論ということになるだろうと思います。」「結局それは、法を文化と切離さないで、文化の一部として、文化全体の中で法を見るところになるわけであります。」

「『比較法文化論』の中心的課題の一つが、ものの考え方の相違というものを比較してゆくことにあるのではないか……ものの考え方、感じ方、それから行動の仕方、その全体をひっくるめてメンタリテイあるいはマンタリテというふうに呼びますと、文化を支えている人々のマンタリテの相違がそれぞれの文化全体の特徴としてあらわれてくるのではないか、だからそういうマンタリテを相互に比較することが重要だ、というふうに考えるわけであります。」

こうしてマンタリテの担い手たる国民の性格についての比較論にゆきつき、本論において、日本人の国民性を構成する①内因的要素②外因的要素から「日本人のメンタリテイの特徴」を考察し、「日本人の法観念」を結論付けている。

本論部分は、その後発展的に再論されており、それらを含めて後述に譲ることとし（三六頁参照）、ここでは序論についてのポイントを指摘しておきたい。

すでに気付いている読者もおられると思うが、序論の前半部分が、筆者が前述した「文化としての法」（「法という文化」という定義部分に当たり、後半部分が、同じく「法に関する文化」という定義部分に当たる。野田が前半部分を定義的に説明し、後半はその課題と考えたという違いはあるが、前半部分の重要性を慮ればほとんど同じといえると思う。対して前述の『法律学小辞典』にはこの前半部分が欠落しているのである。

これもすでにお気付きだと思うが、「文化としての法」という観念は、前述したように、筆者が憲法問題研究会からつかみ取った成果であった。野田論文を読んで、わが意をえたりと感じたことが今も記憶に新しい。

四 憲法と文化

1 野田は、比較法学について、それは比較法文化論でなければならぬと説いているが、日本人の法観念の方法としてであるから、比較の文字がとれた法文化論としても、法学一般におけるその重要性は同旨であろう。その点で同じ志向の筆者にとっても、憲法は文化の一つとして、文化全体のなかで考える憲法文化論というテーマがあつて然るべきだということになる。

そうすると、民法や刑法についても民法文化論・刑法文化論というテーマがありうるのかという話になる。例えば、民法においては所有や契約について、刑法においては罪と罰についての法文化というようなことが考えられる。憲法の法文化といえは、当面、国民の国家観・権力観・人権観が想定されるが（これは憲法意識では？）、現段階ではこれらすべてをひっくるめて法文化一般につき考察するという方が、研究史の上での優先課題であり最終課題であろうと思う。勿論、前述したように憲法問題研究会から受けとめた『憲法と文化』という論題（憲法問題学）は頭に残されているから、ここで憲法問題学提唱後の思索の跡について一言しておきたい。

憲法研究といえは、今でも、憲法（思想）史・憲法典・比較憲法を素材にして立論するという、伝統的憲法学の枠内で見方・方法を決めるといふのが当然のこととされる。その多くが憲法研究者向けであるから、憲法学の枠内から発想するという必要性は今も失せていないところである。これに対して憲法問題学では、文化一般をふまえて憲法問題を検討するという、いわば憲法学の枠外に視点を置くという方法をとることになる。憲法学の外側から憲法をみれば枠内ではみえない重要な論点がみえてくるのではないかと。とくに文化の体験学習からえた生

活に根ざす憲法論は、前述の久野収がいう伝統をふまえた憲法論として、日本文化史の上に西欧流憲法を接ぎ木する方法に役立つのではないかと思つた。

憲法現実の実態を批判してばかりいても事は終わらない、伝統文化との関連に目を向けて、憲法を社会システムの一つとして捉えることが必要だという「憲法社会体系論」⁽⁷⁾にゆきついたのである。

ところで、⁶「伝統文化との関連に目を向けて」という点について、研究対象をどのように捉えるかである。筆者は学生時代に南原繁・矢内原忠雄の無教会派に傾倒し、療養時に関根正雄の訪問をうけたことがある。ギリギリの精神状況のなかで、しかし金沢出身という血のなせる業なのか、阿弥陀仏にすがらざるをえなかった。これが契機というものか、研究生活に入って京阪地方に行く度に古寺を訪ね、仏教に強い関心をもつようになった。やがて文字通りの古寺巡礼⁽⁸⁾。そして汗水たらしての言い訳は、これこそG・イエリネックが公法の社会的保障で引用した「文化的諸力」の一つ、宗教に、それも日本仏教に届いた、と。風土に根ざす精神生活を感じとればと願いながらであつた。

古寺名刹は、広く知られるように日本の国宝・至宝の宝庫である。建築・彫刻、そして名勝庭園など、日本美術史上の名作品に先人達の精神的営為を觀賞しうるところ。古寺巡礼は日本文化史の旅とも重なり、いやが応でも伝統文化に対する関心を強く抱かざるをえないのである。

このように日本文化に関する可成の蓄積があつたことで、とりあえず宗教との関連から法文化を考えてみようという気になった。これまで、憲法と宗教というテーマのもとでは、信教の自由と政教分離の問題が憲法研究者の関心事にすぎず、それは当然、憲法の側からみた宗教のあり様を論じたものであつた。しかし法文化論としては、双方を同じように「文化」の問題と措定しているから、宗教から憲法をみるという論点が欠けてはならないのである。しかしまた、この論点からでは、何をどう問題にしているのか、しばらくの間は容易にみえてこなかつた。

2 一九八四年六月、筆者は招かれて京都にきた。演題は「仏教からみた政教分離(?)」である。腹案はあったが、詰めはまだだった。当日前々夜、「天の橋立」の旅館の一室で閃いたという記憶が、今も鮮やかである。政教分離についての通説的解釈が欧米の、従ってキリスト教流のそれであるのに対し、仏教の教理からでは、信仰の形式・内容、そして聖域の考え方が、それとは対照的に異なる点があることに確信がもてたからである。そこで、そのとき争いの対象となっていた古都保存協力税の憲法問題についての結論は、第一審判決と正反対になることを指摘した。⁽⁹⁾

招待した京都仏教会からは盛大な拍手を受けたが、この理屈が、いわゆる「世間」にどれほど通用するかについて不安が残った。寺院と世間との間で相互理解が十分なされていないという懸念(例えば拝観停止)を抱いたためであった。

これがきっかけで、仏教とキリスト教の人間観の違いや、仏法と人類普遍の原理との係わりについて考えるようになった。

まず、仏教では「一切衆生悉有仏性」(涅槃経)、「草木国土悉皆成仏」(三論宗の吉蔵『大乘玄論』)といい、凡そ生きとし生けるものが仏性を持ち成仏するという。人類皆平等をこえて、有情・無情すべてが仏と仲間であると考えるまでに昇華する。仏の前に立っていても、向き合っているのではなく同化するという、即自・対自の統合であり、自他の対立は雲散霧消する。「自他不二」「自他合一」「自他一如」と観ずるまでの徹底した人間観をもってゐる。これに対してキリスト教では、すべての人間は罪人であり科を負うという。人は神の前に立ち、ひたすら神の絶対他者たることを信じて、悔改めと許しを求めることではしか救われない。自己と絶対他者は向き合ったままで、どこまでも即自・対自の関係にあり、契約によって結ばれるだけである。

仏・神と人間の係わり方がこうも異なる信仰においては、その深層にある自我の型のあり様に違いが生ずるのは

当然である。つまり、前者では軟性の自我が形成されるのに対し、後者では硬性なそれになる傾向があり、それぞれ法文化のあり様に係わること必然であろう。

つぎに、空・無常・因縁・縁起など、仏教の基本思想には絶対の片影すら見出すことができないという点である。「一切生きとし生けるものに対し、無量の慈しみを起こすべし」(『スッタニパータ』)と説かれる慈悲の宗教においては、平和と平等に基づく共存共生を旨とし、また「天上天下唯我独尊」(『長阿含経』)の言葉に個人の尊厳(独り善がりは誤解)の宣言をみる。自我のあり様の違いにも拘らず、仏教思想が近代憲法の理念として展開することに目を見張る。

勿論、仏教が生まれた時・処において近代憲法との間には長くて遠い隔たりがあり、文字面の比較だけで同様に考えるつもりはさらさらないが、むしろ人間存在についての洞察に時代を超えて共通するものがあるとの証明になるのではないかとも思う。

一九八九年の公法学会のテーマは「憲法と宗教」であった。筆者は指名されて『憲法と宗教』の歴史心理——法文化論への誘い⁽¹⁰⁾の題名で報告をした。法文化論抜きの「憲法と宗教」論はナンセンスであり、日本宗教から憲法問題を考えるという趣旨のものであった。

3 ともかくも、仏教からみた憲法論の一つの型はできたと思った。こうなると思いが募るのは、西欧流宗教の造型、ゴシック大聖堂へのアプローチである。キリスト教の範例ともいうべき記念碑的建造物群、中世の起工から近代の完成までを引きずるものもある伝統文化の中核といえる。その象徴的意味を了知できれば、彼此の精神構造の中核に迫れるのではないかと。

城壁、広場、そして聖堂、それは多くの日本人留学生が見慣れた風景である。「木の文化」に対する「石の文化」という言葉が脳裏をよぎったことだろう。だが、比較文化論の生の素材として、それ以上どこまで考え及ぶことが

できただろうか。毎年一ヶ月、一〇年間、筆者は彷徨い続けた。文化としての都市・景観・建築・美術、そして宗教がギッシリと頭につめこまれた。それは、ほとんど消化不良というに近かった。

だが、一九九〇年代初め、京都のホテル・駅ビルの高層建て替えをめぐる、景観論争が火花を散らしていた。その歴史的景観を保存しようという意見は、「京都市の活性化のために」という声に押されて、市民の世論にならなかった。古都観光の代表と目される京都仏教会の拝観停止という対抗措置が、もう一つ市民に納得してもらえない理由ではないかと思われた。

しかし、ことは京都に限られなかった。小京都といわれるような地方の古い多くの町で、年輪を重ねた街並みが虫に食われたように再開発の被害を受けていた。これも金沢の血が騒いだのだろう。卯辰山から眺めた金沢市街中心部の変貌に危機感を募らせていた筆者にとって、京都の景観論争は人ごととは思えなかった。景観文化論からの一言が必要と考えて、一まずの成果を発表したのが「法文化論——景観論からのアプローチ」(一九九三年)である。⁽¹¹⁾

景観を文化として捉えて、その構造的性格を検討すれば、事は建築・公園・彫刻といった複合体を超えて都市計画という工学にも及ぶ。空間造形の考え方についてのキー・ワードがなければ彼此の比較景観論は難しい。比較宗教論のさいに出会った自我(意識)のあり様に関する特色の違いが、この場合も役立つと感じた。それは凡そ文化といわれるものに通底する要石に近いものと直感していたからである。これこそ野田がいち早く論じたメンタリテイの問題であろう。野田は性格論から筆を起したが、筆者はとりあえず自我のあり様に注目しようとした。

4 これまでのように、比較法学・法社会学から眺めていたのでは、法文化論も法の現実の探求に終わらざるをえない。問題は、そのあり様がどういう原因・理由で生ずるのかまでを考えて考察しなければならぬのではないか。法のあり様の特徴を考えると、こういうことなのではないか。更に自我意識は権利意識に通ずる精神構造の

中枢に当たるものではないかと。とすれば、それは法文化比較の重要な鍵になるはずだという気持ちであった。

ところで自我といえば、南博『日本的自我』（一九八三年）が思い浮かぶ。『日本人の心理と生活』『日本人の芸術と文化』（一九八〇年）を踏まえて、それらに共通する「日本人の精神構造の基本的な特徴をとらえてみようとした」、南の力作である。筆者もこれから多くを学び、本文論でも助けを借りることになると思うが、精神的営為としての文化の根底には個性あるそれぞれの自我意識が存在すると考える立場からでは、社会心理を、そして文化を通して、それぞれの自我意識を観察してみたいと思う、これは当然のことである。

さて、これまで述べた宗教文化・景観文化の法文化に対する係わりはと問われたら、宗教・信仰は自我意識の深層部にあり、都市・文化景観は自我意識の表層に現れたものというのが答えである（因みに基層部に言語があると考えているが未発表のまま）。

一応の結論がでたころ、たまたま大学に「比較法文化論」の講座が新設され（一九九〇年）、講師を依頼された。そこで以上の蓄積を素材に、私の自覚史の日欧比較を内容とする講義を七年行い、まとまりをつけることができたというわけである。

以下、本論に入る。

- (1) 法哲学年報一九八六「東西法文化」、比較法研究一九九八「法観念を中心とする世界法文化の比較——比較法文化論への試み」。
- (2) 『小林直樹古稀祝賀・憲法学の展望』一頁以下、『憲法社会体系Ⅲ』四一六頁以下。
- (3) 芦部ほか訳『一般国家学』六四四頁。
- (4) 憲法問題研究会編『憲法を生かすもの』五頁。勧誘状も同書より引用。
- (5) 谷川徹三「天皇制について」前掲書四三頁。
- (6) 池田「憲法意識の構造的性格と法文化」に関する試論（上）立教法学一二号。いま読むと誠に稚拙な論稿であるが記念碑的な作品なので『憲法社会体系Ⅲ』三三三頁以下に収載した。

(7) 参照、池田「憲法社会体系論への途」『憲法社会体系Ⅰ』序章。

(8) 参照、池田「古寺遍歴」二〇〇一年。

(9) 池田「寺院の公開・拝観を考える」大法輪五二卷五号七八頁以下。

(10) 公法研究五二号三〇頁以下、『憲法社会体系Ⅲ』四三六頁以下。

(11) 『芦部信喜古稀記念・現代立憲主義の展開下』五八一頁以下、前掲書四九四頁以下。

第二章 改めて、法文化論とは

一 法文化」という言葉

1 改めて「法文化」という言葉について考えてみたい。まず、わが国で「法文化」というと、これまでに二つの使い方がなされてきたことに注意してほしい。一つは「法文化」であり、他は「法文化」である。

「法文化」とは、明治になって西欧法の継受後に使われた古い言葉で、文字通り法律の文章にするという意味であり、「成文化」ともいわれる。これに対して、「法文化」とは、一九七〇年代以降からの用法で、本稿の題名もこれである。丁寧な解説しよう。

「日本—文化」と同じ言い回しだとしたら、これは「日本の文化」のことだから「法の文化」のことになる。法の文化という言葉では不分明なことが多く、意味がよく呑み込めない。「宗教—文化」の例に従えば、これは宗教という文化か宗教に関する文化の意味であるから、法文化は「法という文化」もしくは「法に関する文化」の謂となり、はっきりした意味の言葉となる。前に引用した専門辞典で明らかのように、通説的には「法に関する文化」の意味で理解されている。しかし、野田が指摘したように、「文化としての法」が法文化論の必要条件として捉え

られているから、「法という文化」の意味も削るわけにはいかない。筆者も同じ立場にたつものとして、既述したようにこの点も加味して「法という文化からみた法に関する文化」と定義付けたのである。

ただし「法という文化」と「法に関する文化」にいう二つの文化概念にはお互い違いがあることに注意してほしい。前者は宗教文化・景觀文化と同列に例示したことで分かるように、人間の精神的営みによって造られたものを指し、社会一般で使われている文明・文化という用法での文化である。つまり、法を文化の一つとして考えるという視点が強調されているのである。後者は法に対する態度の型式（社会意識の解説で述べた社会システムにおける文化の型のこと）という意味の文化概念であって、文化人類学上のそれである。

さて、筆者の定義の詳細は次節以後に譲ることにして、「法と文化」の観念についての前史を尋ねてみたい。

一九二八年、法哲学者の恒藤恭が「法律生活は例えば宗教生活、芸術生活、経済生活等と並んで人間の歴史的・文化的生活の一方を形成する……」⁽¹⁾と、「法と文化」について一瞥を与え、三一年に再度「法律現象は経済現象、政治現象、宗教現象、芸術現象、学問現象等々と並んで文化現象もしくは（広義における）社会現象の一種別をなすものであり……」⁽²⁾と論じ、のちに『法の基本問題』（一九三六年）のなかに収められた。しかも三五年には、より筆力を込めて「法の本質の考察を企てるに当って、實在の世界から懸絶せるものとしての規範の世界もしくは当為の世界から出発すべきではなく、諸種の規範を産出して、その規制に服しながら生成し、発展して行く社会的實在に着眼」する必要があると、「社会的實在は文化の世界であり、法を中心にして形成される法的文化は社会の裡に包容される文化の一分域として特有の地位を占める」と、「法の本質の考察における『文化』の視点」⁽³⁾を説いた。

社会的實在とは、「諸々の文化的活動を包含しつつ発展するところの人間の社会生活及びその所産の総体」である。恒藤が法を観察するに当たって、いかに文化との関連に拘っていたかが明らかである。

法思想史からみて、この時期に、恒藤が拘った社会学着的着眼は刮目に値する。法律生活・法律現象の言葉は法の

社会的具體相への着目であり、それも他の諸文化との関連に基づく関心からのものとみてとることができるところからである。こうしてその後まもなく、この問題は法と文化の關係に收斂されるとして「法的文化」の造語を生み出すことになったのだろう。法文化の用語法は、当時において法文化の意味だったからと憶測できるし、さらに実定法を対象とした「法律的文化」という表現を用いている箇所もあつて、法的文化と法律的文化の使い分けさえしているようにも思われる。

何れにしても、法的文化の觀念には「法」と「文化」と「法に関する文化」（「社会的實在」）の双方の視点が、混在しながらではあるが明示されているといつてよい。しかし、この早い時期に、恒藤はどうして法と文化の關係に注目しえたのであろう、その発想の契機はどこからきているのか。以下に筆者の推測を述べてみる。

なお、その後の調査で、風早八十二『全国民事慣例類集』（一九四四年）の「はしがき」に「法律文化」の言葉があり、「日本固有法の生きた慣行的源泉云々」（三頁）の言葉を探しえた。

2 当時のヨーロッパにおける法学事情を考えると、二つのことが思い当たると、一つは、植民政策の観点に基づくものであろう、非文明社会を含む西欧外社会の文化に関心が向けられて民族学・人類学の研究が始まり、比較民族法学・法人類学上の成果が生まれつつあつた。法の本質を文化の視点からみるという恒藤の提言は、これらの新法学思潮——植民政策の観点は措くとして——で展開された論調に刺激を受けたためであろうと。

他は、とくにドイツの民族法学者J・コーラーの影響があるのではないかと思われる。彼は比較法学雑誌の創刊協力者で、「何でも屋」といわれた博学の人であるが、世界法史学の完成を目指して文化現象としての法を探求しようとして大作を著した人である。即ち、法の起源と非文明社会の法、東洋民族の法を考察した著作において、まずその冒頭に、地球上のすべての民族はその背後に永い文化の歴史をもっており、最も遅れた非文明民族でもその人間形成は何千年もの發展の結果であると述べて、法における民族進化の研究とは文化全体がいかに深く人間の魂のな

かに根を下ろしているかを示すことにあると、法と文化の発展にみられる相関関係を強烈に説いているのである。⁽⁴⁾

これに応ずるように、恒藤は『法の本質』において、原始的社會規範から近代法までの歴史的考察を終えたものに「社会的文化の一種別として法を視るときは、法的文化の発展は近代に至ってその成熟期に到達したと言はれ能ふのであり、これに比すれば、以前の時代における法的文化はなほ幼稚な未成熟の形態にあった、と言はれ能ふのである」と述べて、法的文化の發展史觀を展開している。つまり、恒藤の發展史觀はコーラーの進化論的法史觀と符合しており、恒藤の問題意識にはコーラー学説が投影していると考えても間違いなからう。

とにもかくにも、法の本質を原始社會から歴史社會に及んで通史的に考察しようとすれば、いやでも社會生活全般に渉る規範を考慮に入れなければならず——原始・古代社會はとくにそう——しかもそのさい、法を文化の一部と捉えるという視点が必要なことは当然である。いきおい「文化と法」という問題関心がよびさまされ、恒藤の法的文化という造語が生まれたのである。

しかし残念ながら、その後の恒藤は法的文化について黙して語らずであった。

二 法という文化

1 法も文化の一つであるという認識が法文化論の要諦であるということが分かっていただけたと思う。「文化としての法」といってもいいが、法—文化という言葉にあわせて、ここでは「法という文化」と題し、認識の根拠を詳しくみてゆくことにする。

恒藤が法的文化という着想をえた背景に、民族法学・法人類学があったという推測をしたが、第二次大戦後において、ようやく「法と文化」という問題意識とそれを触発した法人類学との関係について補強証拠が続いて提示されたことに注目したい。

まず『法社会学講座9、歴史・文化と法1』(一九七三年)の冒頭論稿で、川島武宜は「文化と法」というタイトルのもと、次のように論じている。

文化と法の問題は、最近になって、英米の人類学者を中心として若干の社会科学者の関心の対象となり、共同研究が試みられるに至った。そこでの彼らの出発点として強調されている点は、「法は文化の一部分である」——彼らのいわゆる「ロー・イン・カルチャア(原文英語)」——ということであった。この一見自明のことがことさら強調されねばならなかった第一の背景としては、「法」の研究を独占してきた「法律学」の孤立主義が特に強いというアメリカ学界の事情が存在するようであるが、このことは程度の差こそあれわが国にも存在してきたのである。……

要するに、人類学は、法と他の文化諸要素との深いかわりあいについて研究問題の存在とそのための多くの資料を提供している点で、今後の法の社会科学研究に貴重な示唆を与えているのであり、まさにそれゆえにこそ、人類学者を中心とする研究グループが「ロー・イン・カルチャア」という問題を提起したのであった。

この論稿には法文化という語の言及はない。それは、文化の一部としての法の問題は、非文明社会法研究の成果というに止まらず、現代社会の法研究に対する問題提起(法意識研究か?)としても捉えたいという点を強調したかったからであろう。その結果、新機軸としての法文化論のキー・ワードにまで届くことはなかったというのが、筆者の推測である。

これに対して、次の三例は明らかな補強証拠といえる。一つは、法文化論の提唱者L・M・フリードマンであり、「法文化という語は、ある共同社会の法を他のそれと異ならしめている行動と態度に関する人類学的特徴の意味に用いることができる⁽⁶⁾」と簡にして要をえた説明をしており、さらに第一章で紹介したように、文化としての法を前提に比較法文化論を提唱した野田良之は、その後、法人類学と通底することに気付き、「筆者の構想する比較

法文化論は……法人人類学と呼ばれるものとなり近いものであるが、後者が実証的な多様な諸文化のデエタの探求を中心課題としているのに対し、前者はこれを土台としたマクロ的な文化の比較によるその特徴の把握を中心課題とする点で異なると言えよう⁽⁷⁾（一九七八年）と述懐している。野田の場合は、文化としての法↓法文化↓法人人類学という思考順になる提言であるが、他方、法人人類学↓法と文化↓法文化という真つ当な順序で法文化論を提言したのが千葉正士である。

『法文化のフロンティア』（一九九一年）と自ら任ずる千葉は、まず『法律時報』に「現代『法人人類学』の発展1—10」と題して詳細な学説史を紹介し（一九六七—六八年）、ついで同誌に「法と文化I—II」（一九七七—七八年）に関する思想史の系譜を発表した⁽⁸⁾。法文化の表題はその後の集大成（？）として付せられた論文集のものであり、恐らく法意識論から法文化論への架橋を目的としたものと、筆者はうけとめている。

本書で目を引くのは第五章「アメーバ性日本の法意識」（「法と文化」IV VIに既載）である。そこでは日本の法意識の特徴として、相対主義的社会観（中村元）・対人関係顧慮（タキエ・スギヤマ・レブラ）をとりあげ、それは円転滑脱・融通無碍なパーソナリティに基づくもので、「日本の法意識はアメーバ性を持つと言える」と結論付ける。ただし、それを支える文化的基盤の記述はない。架橋と評した所以である。

2 話を川島に戻そう。法という文化の問題にどのように寄与したのか、法人人類学について簡単にでも説明の必要があるだろう。再び『法律学小辞典』を参照する。こうである。

「社会人類学の一つで法現象を対象とするもの。人類学は、先史時代以来の様々な地域・時代の人類の共通性と相違を認識することによって、人類の自己認識に貢献しようとする研究分野で、自然人類学と社会人類学ないし文化人類学に分類される。特に欧米では非西洋的文化に目を開くことによって、自己の文明の相対性を自覚しようとするところに重点がある。社会人類学において、家族・集団・交易・紛争・犯罪など法的事象が重要な研究対象で

あるところから、メインやスパンサー以来、法人人類学は極めて重要な位置を占めてきた。文化の型の異なる欧米からの法の継受という現象は、日本における法人人類学の重要な主題で、家族制度や祖先崇拜の伝統と家族法近代化の矛盾の問題は、早くより穂積陳重などが人類学的視角から論じたところである。……」

要を得た説明といえる。千葉の前掲論稿を参考にしながら、学説の中味を筆者流に瞥見しよう。

まず、イギリス社会人類学の父とよばれるB・マリノフスキイは、道具・貨財・技術などの文化的諸要素が相互に密接に関連して、それが人間の基本的欲求を充足する手段・装置になっていることを非文明社会の実態調査によって証明し、この機能主義の方法により、法についてもキブ・アンド・テイクの相互主義に基づいた拘束力のある義務が生きているところにそれは存在すると主張し、西欧のこれまでの非文明社会の法に対する理解の仕方、つまり、その部族における伝統と慣習に対して自動的に服従しているにすぎないという捉え方を痛烈に批判して、文化諸要素の機能的連関には非文明・文明の区別はないと強調した(一九二六年)。

そしてその後も、彼と同時代人で共に社会人類学の創始者といわれるA・R・ラドクリフ・ブラウンが法の意味にあてた(R・パウンドの説を借りる)「政治的に組織された社会の力を組織的に適用することによって行う社会統制」⁽¹⁰⁾について、マリノフスキイは、非文明社会には政治的に組織された社会の力は存在せず強制的サンクションもないが、それでも法はよく守られているから、それらは法の要件ではない⁽¹¹⁾といっている。

こうして、文化との関連のなかで法を観察して西欧の法観念を批判し、反法律進化的な通民族的法観念をうちたてた。これが近代法人類学の起点となり、また今から考えると、先に述べたコーラーと共に、法文化論の萌芽ともなったと評価することができる。

しかし当時の状況では、当然のことながら、マリノフスキイの義務の原理に基づく法観念(のちのL・ポスピシルのまとめ)は法の定義が広すぎるという批判をうけることになる。W・シーグルは「彼(マリノフスキイ)は自身

の文化に関する法感情を非民法に移入した。現代社会において法的義務に属することになった法制度を、無邪気に非文明社会のなかに探し求めた。婚姻・相続・財産に関する慣習を選びだして、それらを非民法であると断言した⁽¹²⁾（一九三七年）と皮肉ったが、ポスピシルは、従来の法人類学は法の属性をいつくしておらずその概念規定が不十分であると評言した⁽¹³⁾。

つまりは、マリノフスキイ以後、より厳密な法の概念規定が試みられるようになり、例えばE・A・ホーベルはいう。「法の真に基本的な要件は、非文明・文明いずれの社会においても、社会的に権威付けられた機関による物理的強制力の正当な行使である」と、権威と実力を重視して「ある社会規範の無視もしくは違反に対し、脅しによ実際にせよ、物理的力を行使することを社会的に認められた特権をもつ個人もしくは集団によって、その力の適用がきちんと行われるならば、その社会規範は法的なものである⁽¹⁴⁾」と。政治的に組織されていない社会でも法が存在するといつてよいが、公的な権威と有権的な実力は法を認めるための必要な要件ではないか、というのである。

法人類学は、しばらく法観念の緻密化の途を辿るが、そこでなされた文明・非文明を問わない通民族的な法観念の追求が、文化と法の関連の問題関心を後々にまで持ちこしたのである。その証明を川島論文が語っているといつてよいだろう。

3 ところで、一口に非民法社会法の研究といっても、そこで調査対象とされた部族はさまざまで、マリノフスキイはニューギニアのトロブリアンド島、ラドクリフ・ブラウンはインドのアンダマン諸島と西オーストラリア先住民、ホーベルはイヌイット、北部ルソン、アメリカ・インディアン、西アフリカ黄金海岸、ポスピシルはニューギニア西部のカパウク族といった具合である。従って諸部族の文化の違いが、それぞれの法観念に投影しているはずで、そうになると、各研究者によって各様の法観念が生まれることは否定しえない。

別の例だが、M・グラックマンの研究の場合、調査対象はイギリスの保護の下で、アフリカ先住民としては比較的發展した政治組織と法源をもつバローツェ(ロージ)族であるが、彼らは権利・義務・過失などを定義付ける発達した用語、あるいは「人々がお互いや事物に関して……社会の正常な全構成によって認められた一揃いの規則としての法」をもち、彼らの「裁判過程は、西欧社会の裁判過程と……一致しているというのが正しい」と観察して、非文明社会にも整った実体法と手続法が成立していることを解明した。ただし、彼らの法観念は柔軟でありまいである」と概評した点については、日本の法文化を考える場合の参考にならう。例えば話は元に戻るが、法人類学史を論じた千葉正士が「世界の法文化」の章で『法文化のフロンティア』「法意識の類型——アフリカ・日本・西欧」を説いたことも十分に納得がゆく。

法人類学の最後の例として、わが国の場合をみておこう。戦前五回にわたってミクロネシアを調査したこの道の先達、杉浦健一は「いかに未開な社会でも、個人の勝手気儘な行動を全然抑制することのないような無秩序な社会はない。したがって文明社会に見るごとき政府機関や法典こそないが、なんらかの意味の生活規範または法的規範のぜんぜん欠如するごときものはない⁽¹⁶⁾」との感想を述べている。

まこと「部分社会ある所に法あり」(恒藤)であり、本稿流に言えば「社会あるところ法という文化あり」である。

概念規定の粗密の問題はさておいて、法人類学は、西欧以外の異民族における法現象を人類という視点から意味付けて、叙上の法諺を実証してくれた。そのため各研究者は脱西欧的法観念を執拗に追究し、これまで西欧人には宗教・呪術・タブー・モーレス・儀礼・伝統・慣習などと考えられていた社会現象を、文化諸要素あるいは文化的諸相との関連で観察するようになった。そして国家権力・政治組織・強制的サンクションといった西欧流の法の属性はいちおう脇において——今日の社会人類学ではいかなる非文明社会にも政治システムとよびうるものが存在す

ると考えるのが常識である——義務とか社会統制とかいう観点から法概念を再構成することになったのである。⁽¹⁷⁾

ただ、各研究者に通文化的視点が欠落し、調査した諸部族の間に文化の違いに応じた法概念の違いが生じたが、それはそれで、部族ごとに、正しく文化の相違に応じて法観念もしくは法機能が異なることを教えてくれたのである。つまり、「法と文化」というテーマの省察についていえば、法人類学から次の二つの教訓を受け取ったといえる。一つは文化諸要素との関連において法を観察し西欧的法観念に囚われないこと、他は法観念もしくは法的思考・行動〓様式は文化によって異なるということである。換言すれば、この二教訓は「法という文化」と「法に関する文化」という、法文化論の二視点に結びつき、「法人類学ありて法文化論あり」という系譜を言い表していることになる。

とはいえ、非文明社会の文明化が進んでいる現在においては、法人類学はやがて法文化論に吸収されるのではないかと予測もたつというものである。

4 ここでもう一度、「法という文化」と「法に関する文化」の関係と違いについて整理しておきたい。

結論を先取りしていえば、法を文化としてみなければ法に関する文化は判らないということ、即ち「文化としての法」は「法に関する文化」を考えるための素材であり前提であるということである。

さて重複を厭わず話を始める。「法という文化」とは芸術文化や宗教文化などともに法を文化の一つとして、つまり「文化としての法」をみるということである。そのさい、他の文化における社会的属性と共通する双方の特性を通して法の観念や法に関する社会心理を探るため、関連する文化の形相と特徴〓個性を明らかにすることを課題にしているといえる。

これに対し「法に関する文化」とは、法に関する生活の具体相、思考・行動〓様式の検討を通して、法に関する文化の型をみるという視点を強調した言葉である。

ここでは、法という文化に、さらに深入りして考えてみようと思うが、さし当たっては文化の意味である。ただ文化とは何かという一般論議は、本稿において余り生産的でない。教科書風に、英米系の社会(文化)人類学に由来するものと、ドイツ系の歴史哲学・文化社会学に由来するものとの二様があるという話——前に簡単に説明したが——から始めよう。

前者、即ち文化人類学の文化研究に基礎を与えたE・B・タイラーの古典的定義は「知識・信仰・技艺・道徳・法律およびその他の能力や習慣を含む、ある社会の一員としての人間によって獲得された複合体」⁽¹⁸⁾である。難解だから「社会構成員が学習によって共有した行動様式(と成果)の統合体」といえば判り易いだろうか。これに対する後者の例では、W・デイルタイの「精神的・理想的価値をめざして生みだされた哲学・宗教・科学・技術などの高度な精神的所産をいう」とされる。即ち、前者では生活・社会組織を含む広い領域について行動のレベルで捉えようとするのに対し、後者では精神的価値に関係のある事象・所産について目的価値のレベルで捉えようとするところに、双方の違いがあるといえれば差異がはっきりするだろうか。

イギリスでは自然と人間の関係のなかで社会をみようというのに対し、資本主義の後進国であるドイツでは、人間と人間の関係のなかで社会をみようとして「生活より以上のもの」(ジンメル)としての客観的・精神的形象にその価値を見出したことが、二様の文化概念を生んだ理由である。しかし、語源からいえば、カルチュア(クルトゥール)はもともと耕作の意味であり(英語の用例は一五世紀半ばに始まる)、耕すことから始まって人間がつくりだした生活・行動様式のすべてをいうと解する方に、重点をおくのが妥当であろう。

では、文化の諸相における法の位置付けは(?)。

詳細な分類の例としてR・リントン⁽¹⁹⁾があげられるが、吾人に馴染み易い一般的な例としてはマリノフスキの場合を考えた方が便利だと思う。即ち、非物質的もしくは精神的文化・物質的文化・制度的文化である。

いうまでもなく、法は社会規範として統制的機能をもつ制度的文化の最も合理的なものである。しかし制度というほど組織的ではないが、社会構成員の生活感情に根拠を置いて行為を規制する慣習、価値的意味を与えられて人間関係を精神的に規制する道徳、とくに社会生活の基本的成立要件に基づいて守ることが要求され社会的制裁を伴うモーレス、およびその禁止の形式のタブーも社会規範である。すると道徳は精神的文化であるのに、その規制的性格のゆえに法という文化の対象になる。宗教も精神的文化であるが、規範としての性格をもつから同様である。つまりは社会学の分類など、「法という文化」の観点からみれば無用というわけ。野田は風土や国民性に注目したし、筆者も自我の形成に係わる文化の領域を考えているので、文学・芸術などの精神的文化はおろか、都市・環境自然（原生自然の対）の物質的文化までもが対象となる。

そもそも、文化総体が社会化・社会統制機能をもつことについて、リントンは次のように説く。⁽²⁰⁾ 個人・文化・社会三者の相関関係に注目して人間の行動を捉えた巧みな説明であり、こうである。

人はすべて、その属する社会の人々の行動基準「文化の型」について、かなり確実に予測することができる。それは、文化の型の存在が、それに忠実でない者に対し社会的圧力を加えることについて、その社会的承認とその結果生ずる潜在的な力を背景にもつことにより、人々に行動の確信を与えるからである。そのため、その社会の人々は必ず文化の型を学習しなければならぬ。こうして総体としての文化は、あらゆる生活問題における必須の手引きとなり、社会活動および社会の存続にとって不可欠のものとなる。「ローマに入らばローマ人に従え」という格言は、このことを正確に観察したことに基づいている。

つまりは、法文化論が対象とする文化は、論理上、法に関する文化の型に関する事物・事象であるが、それは

人々の生活・思考・行動に関連する凡てのものに及ぶから、宗教・言語・思想・性格・文学・芸術・自然・風土・景観・食物・風俗・住居・政治・経済など枚挙に暇がない。それを研究対象にしろというのは、泥沼に足、終わりのない始まりというもの。恒藤が法的文化研究の範疇を文化現象の全体に拡げたため、その後黙して語らずとなったのも肯げようというものである。

総論としては、たとえそうであっても、個別に一つの法文化を考察する場合は、当該文化の伝統的性格をつくりだした諸条件・諸要因に注目して、文化の対象範囲を定めるのが良策であろう。当初、筆者はそれを宗教・芸術・都市⇨文化とその周辺に措定したのである。

三 法に関する文化

1 本章の初めに、恒藤が法律生活とか法律現象という言葉で、法に関する社会的実相を文化的生活とか文化現象の一つであると説明したことを紹介した。また法人類学は法観念もしくは法的思考は文化によって異なることを指摘した。これらは、法に関する文化は、当該文化の型に従って、そこに各様の法観念とそれに関する思考・行動⇨様式があることを示唆している。

つまり、「法に関する文化」とは、法に関する思考・行動⇨様式の型のことであり、当該法文化の特質を説明する概念である。先に引用した『法律学小辞典』が述べている法文化論の通説ともいえる説明も、この「法に関する文化」に主眼点をおいているといえるであろう。そしてその成果は、各民族もしくは各国民の法文化の型の比較に使われ、それを成立させた歴史的・社会的根拠を明らかにすることに資するのである。

日本に引き当てて、判り易い一例を挙げよう。

「世間の道理」といえば、日本の法文化の型を説明する恰好の素材であることは読者にも明らかであろう。この

言葉は、法に関する日本文化論もしくは日本人論の見本の一つとっていいものである。つまり、法文化論のもう一つの狙いは、法に関する欧米・日本文化の双方の比較にあるといえる。

こうして、法社会学・法史学・比較法学という法諸科学のみならず、日本文化論や日本人論についても、その研究成果に期待がかけられるので、これらの問題は、改めて次章で詳しく紹介することにした。

ところで、法文化論の確かな提唱は、前章で触れたように第二次大戦以後のことである。この経過について少々詳しく述べてみたい。

2 法文化の原語リーガル・カルチャー、この言葉の初見は、千葉によれば、A・ポドグレッキが一九六六年のポーランド社会学雑誌に発表した論文であるという。⁽²¹⁾彼はリーガル・カルチャー（実定法体系の受容・評価・批判・実現に関連ある習慣と価値観の全体）とリーガル・サブカルチャー（実定法体系の機能に対し支持・妨害・無関係という関係に従って肯定的・否定的・中立的となる）の観念を提示し、後者を重視して、これが社会経済体系・パーソナリティとともに、その相互関連のもとで人々の法的行動における型の違いを形成する要因になる、と説明した。カルチャー・社会体系・パーソナリティとくればT・パソソンの影響が窺われ、その社会行動論的なリーガル・カルチャー論には興味もてる。が、そのほかにサブカルチャーを観念し、それに注目したのは、千葉も推測するよう、ポーランドのリーガル・カルチャーが他の西欧諸国のそれに比して特徴がなかったからなのである。このことは、西欧法の枠組みのなかだけでリーガル・カルチャーを考えてみても、その問題性を見極め切れないことの証であり、彼の論文がわが国でほとんど関心をもたれなかったわけも、このことと関係があるだろう。

これに比べて、わが国で注目を引いたのは、アメリカ諸州のみならず、日本など西欧法を継受した非西欧諸国をも視野に入れてリーガル・カルチャーを論じた、前述のL・M・フリードマンの論稿である。彼は一九六九年、これまでの比較法学の法系分類論を批判して、新しいリーガル・システムの観念を提示した。法制度の具体的な動き

に注目して、法の安定と変化、法文化と法の有効性の問題を論じようというのである。即ち、そのシステム論は、裁判所の数と型・憲法の存否・連邦主義の存否・権力分割などの構造と、準則・学説・法令などの実体のほかに、システムを統合し文化のなかでシステムの位置を決定する諸々の価値と態度という法文化を挙げて、これがリーガル・システムの鍵をにぎると、その重要性を指摘した。⁽²²⁾ 彼のいうリーガル・カルチャーとは「人々の法もしくは政府に対する行動様式を決定する価値と態度のネットワーク」のことである。

この行動科学的なリーガル・システム論、煩瑣という感じがあるが、そのなかのリーガル・カルチャー論は、対象の扱い方・考察の方法からみて魅力があり、わが国でも法文化という問題に関心を向けさせるきっかけになったといえる。そして、その後の著作において、法人類学との共通性にもふれ(前述)、また法進化論にも懐疑的で、法は進化するというより変化したとみるか、というよりむしろ発展したと表現した点にも納得がゆく。⁽²³⁾ しかし、現代法への展開はその変貌が大きく、単純な公式に総括することはできないという理由もあってか、文化としての法に関する論述には届いていないのである。当然のことながら、社会・経済への論及箇所は数多いが、文化に対する洞察が浅いという点について腑におちなかつた記憶がある。その理由を考えてみると、正統な(?)法社会学の範疇のなかでリーガル・カルチャーを検討したため、法人類学の文化の視点が軽視されることになったのではないかと。

この点、法に関する日本人論では、日本文化としての法を抜きにして法文化を語ることはできない。従って、地的環境という点からいって、フリードマンより日本人研究者の方が有利な立場にあるといえる。しかし欧米人にしろ日本人にしろ、文化をバックに法を觀察するというのは、とてつもなく大変なこと——欧米人ならより一層——と、今頃、改めて湧いた感想であった。ともかく、このまま話を進める。

フリードマンより少し遅れて、H・W・エールマンが『比較法文化論』というズバリの表題をもつ著作を発表し

た。しかし彼は、人類学・社会学上の文化概念は広範で複合的だとして、J・H・メリマンのいうリーガル・トラディション⁽²⁴⁾(法の性質、社会と政治における法の役割、法体系の適正な組織化と運用、法の定立・適用・研究・習熟・教育のあり方に関して深く定着し歴史的に条件付けられた一連の態度)こそその実体であり、リーガル・カルチュアは行動の伝統を伝える媒体であってサブシステムであると捉えた⁽²⁵⁾。即ち、それは「現代の法制度および法慣行に関する大きな相違」であるとし、問題関心の範囲を狭めてしまった。法文化の内容は、ローマ・ゲルマン法族、コモン・ロー族、社会主義法族、非西欧法族というように、R・ダヴィド流の法系論の域を出ていないのである。

3 他方、わが国でも一九七〇年代初めに、野田良之が、法を一部とする文化全体の性格の違いに注目して、比較法学は「法に焦点を合わせた比較文化論」でなければならないと、比較法文化論という研究課題を提唱したことは前述した通りである。

彼はその後、文化の性格の相違は、文化の担い手もっている個性(主観的要因)と文化の形成における環境的条件(客観的要因)にその原因があるから、それを検討すれば文化の比較ができるとし、従って比較法文化論は、文化全体の性格の究明を前提として、法に関するメンタリテイ(ものの考え方・感じ方、行動の仕方)の相違と、それを生ぜしめる要因(地勢・気候などの外部的要因、性格という内部的要因、およびその相互関連)を明らかにすることに⁽²⁶⁾と論じた。文化としての法をどのように究明するかという難儀な課題に対する解決方法として、このような総則的準拠を求めた炯眼に感じ入ったが、同時に、芳賀矢一の国民性論、和辻哲郎の風土論を想起したのも事実である。また、法人類学が生まれ変わったとも筆者には思えたのである。

それとはともかく、野田による比較法文化論の提唱については「筆者ひとりの試み」という言葉から推察しうるように、野田独自のものとする自信があったに違いない。比較法学者としての野田が、現行実定法の比較というこれまでの日本の比較法学のあり方、さらにR・ダヴィドの法系論やK・ツヴァイゲルトの法圏論をも批判的にみて、

法の比較は、法もその一部である文化全体の比較を通して法に関するメンタリテイにまで及ばねばならないとした壮大な発想から出発したことに、該博な文化人としての彼の面目が躍如としていたとの感を禁じえない。が、文化全体を通して法をみるという着眼は、その後の法文化論において生かされることはなかった。

筆者の場合について。第一章でふれたように一九七〇年代初め、憲法意識の構造的性格の省察に腐心していた。以前から政治学・社会学に関心をもっていたこともあって、アーモンド・ヴァーバの政治文化、オールポートのパーソナリティ、フロムの社会的性格、パーソنزの社会体系などからヒントを得て、パーソナリティ↓社会的性格↓法意識↓法社会体系という思考過程を通じ、そこで機能する文化との関連から生まれる法に関する文化の型が憲法意識形成の鍵を握っているとの結論をえたのである。

法に対する感じ方・考え方・評価の仕方・行動様式の総体が法に関する文化を形造っており、それらは文化全体との係わりのなかで文化としての法によって支えられていると総括し、法文化研究の重要性と憲法社会体系の問題性を指摘したのである。

一九七〇年代に、わが国で法文化論提唱のモチーフとなったのは、かくの如く国民性論と法意識論であった。そこには法人類学との確かな結び付きは何ら見出すことはできない。その理由を考えてみると、筆者も含めて、法人類学は非文明社会法を論ずるもので、日本法とは関係がないとの思い込みがあったといえるのではないかと思う。

しかし、国民性論に着想をえたメンタリテイへの関心が、社会学の「文化とパーソナリティ」論や法人類学の方論と同じ土俵の上になつことになつたといえるし、また日本人の法意識に文化の型を探ろうとすれば、いきおい継受法以前の固有法に関する法意識に目を向けることになり、文化的伝統のなかの法観念に先祖返りしなければならぬのである。

4 こういうと、法文化論は法意識論・法観念論とどう係わるのかという疑念が改めて湧くのが自然だろうと思

う。ところが、本稿の冒頭で述べたように、これまでのところ各分野の専門家がそれぞれの思惑をもって、これらの概念の使い分け、もしくは態度決定をしているようで、総体としてみると結果的には各人各様、その使い方には未だ定まったものがないというほかないのではないだろうか。しかし、これでは読者が困るし、本稿も先に進まない。そこで筆者なりに整理してみたいと思う。

さて、戦後三〇年という節目からの流行りであろう、一九八〇年代に入りわずか数年の間に、これら三概念が一律に出揃うことになる。そのなかで際立つのは法意識論であり、すでに一九七〇年代初めに、その社会調査が日本文化会議によって始められている（詳細は次章で述べる）。そして法社会学会が、八二年から三ヶ年続けてシンポジウムのテーマに組み込んでおり、そのなかで用語法について述べているので注目しておきたい。

『法意識』の語義」と題する六本佳平の記述がある。六本はそれに二義ありとし、①個々の実定法規範の内容についての知識ないしそれに対する態度、②法（体制）自体についての理解の仕方ないし態度の二様で、後者は「法観念」の研究が中心になるといふ。また、法感覚・法感情・法知識・法思想などの言葉は法意識の下位区分にすればよいともいふ。⁽²⁷⁾

法社会学では、西欧近代法の継受以後の実相に問題関心をもつためか、あるいはその語意が不明でウサン臭いと考えられるためか、この三ヶ年間、野田流の法文化概念には一切触れていない。六本が「法社会学研究における法文化」を説くのは、ようやく一九九五年になってからである（『法社会学四七号』）。

また「法観念」の言葉に執着するのは、大木雅夫『日本人の法観念——西洋的法観念との比較』（一九八三年）である。先輩たちの特殊日本的な法意識論に疑問を抱いた著者が、新しい「法に関する日本人論」を呈示した著作である。西洋の法治主義・権利のための闘争・裁判による紛争解決などに対する極東の徳治主義・謙讓・調停による紛争解決などの比較法的標識は図式的過ぎで、中国と日本との相違すら無視していると批判する。中国の法家の伝

統、日本の法治型武家法、「あしき調停も良き訴訟に優る」というヨーロッパの格言なども参照して、西洋・中国・日本の法制度・法思想の史的考察を丹念に行い、基礎にあるキリスト教・儒教・道教にも眼を配っている。が、あくまで法圏論のなかでの日本法位置付けの素材として論ぜられているため(『比較法講義』一九九二年でも同様)、法文化の出番まで回ってこなかったということか。野田説の引用が『国際比較法百科辞典』に限られ、「みずず」論文にまで及ぶ気配はない。用語の正確を期して「法観念」にこだわったのだろうし、六本のいう法意識②にも見合うのである(七一頁以下に詳説)。

次に「法文化」を積極的に打ち出した「『日米法文化の比較検討』研究会議」(ジュリスト七六〇・七六二号、一九八二年)をみておこう。八一年一〇月三日・十一月一日の二日間に涉り、弁護士の実務活動を手掛りに、法哲学・英米法学・社会心理学などの研究者が法運用の現実や法行動の実相についての日米比較を論じ合ったもので、正しく両国の法自画像が描かれている。会議の冒頭、藤倉皓一郎がL・M・フリードマン学説を参考に、法文化を社会の法制度に対する要求の背後にある人々の態度・価値観・行動様式などの総合と定義付け、研究会議がこれを比較の尺度にしたのは、対極的位置にある日本と米国の場合、「法意識」よりそれを支えている思想的・文化的背景を前面に出した方が違いの特徴を表現できると考えたからであろう。確かに貴重な指摘が随所にかがわれる会議であった。が、法文化を称するにしては、野田がいう文化的諸要素への言及がみられないのは、弁護士の実務活動を手掛りにした会議体の自制によるものであったろうか。貴重な指摘は次章で触れることにする。

ここで、フロンティアを称する千葉正士の法文化の概念をみよう。『要説・世界の法思想』(一九八六年)には「最近の法文化論は一歩進んだ段階に入りつつある。……まだ一つの学問領域をなすほどのものではないが、わが国では一九八〇年代前後から新しく注目されるようになった学際的テーマである……その学際性は、単に基礎法学内の諸領域間だけではなく、むしろ、大きく言えば法学と人類学、そして具体的に言えば文化の多様性に応じて他

の多くの社会科学との間にもあるから、法文化の概念は法思想よりはずっと広い。しかし法思想も、法文化の一面であることには疑いがない」という。そして「法秩序の特徴としてあらわれた文化統合」を法文化の定義とし、「これは文化としての法である」と指摘する。著書に題する法思想については「法体系・法秩序・法文化に関する思想」と定義される⁽²⁸⁾。そして『法文化のフロンティア』(一九九一年)において、より詳論されることになる。まず二義ありとし、一つは「法の社会的文化的背景一般として用いているもの」、他は「政治文化の用法に倣い、……法に関する価値観ないし態度の意味に特定するもの」であるという。そして考慮すべきは後者であるが、それは「自由独立の近代的人間には、合理的に適用できる」が「現代の非西欧的社会にはそのまま適用することは妥当でない」として放棄し、「法文化とは法主体の文化的側面」で「法として現われた一社会に特有な文化統合」の概念であるという。前者を指すようにみえるが、「一つの体系を統合するために有効な基礎原理」つまり「アイデンティティ原理⁽²⁹⁾」と結論付ける。端的にいえば、法的文化統合の基礎にあるものという思弁的な大概念であって、文化的伝統には関心を示すが、法文化の個々具体的な姿は法意識・法思想の用法に従っている。

こうして三者三様の諸概念は出揃った。因みに「法感覚」の表題をもつのは、中川剛『日本人の法感覚』(一九八九年)である。継受法を日本文化の脈絡のなかで翻訳していった挙句の、日本の法文化論が説かれている(七九頁以下に詳説)。

5 最後に本稿の用語法でまとめれば、法に対する単なる感じ方が「法感覚」であり、多少とも理屈を伴う考え方・行動の仕方の特徴の観察とその社会的・政経的要因の究明を目的とするのが法意識論である。後者の場合、法の継受後の現代人に付きまとう法的社会現象に焦点をあてて、因由たる文化史的視座には届いていない憾みがある。法意識論に二様のものがあることは六本の指摘にもあったが、本稿流に表現すれば、実定法についての通常の法意識論のほかに、固有法の検討を前提にした「生ける法意識」研究がある(『憲法社会体系Ⅲ』三六〇頁)。法文化

論は、以上のすべてを取り込んで文化の問題として論ずるものといえる。その際、個々の法文化の型を観察しようというのであるから、国とかエリア・レベルでの文化的諸要素を考察して、そこに共通した遺伝子ともいべきキー・ワード群を発見し、そのような文化の伝統的性格とそれをつくり出した諸条件・諸要因を説き明かすことを目指すのである。この見地からいえば、前述したリーガル・トラディションに近いように見えるが、法文化は「法に関する文化的伝統」であって単なる法的伝統ではない。

改めて正確にといわれたら、国・民族固有の文化的諸要素、とりわけ文化的遺伝子の総体によって規定される法に関する感覚・思考・行動様式ということになるか。従って、日本の法文化・中国の法文化と唱えても、極東の法文化・非西欧法文化とは説かないのである。

それにしても、これでは法文化論の大風呂敷との非難を浴びること必定とも思う。確かに素手で、文化を育む生活・空間のすべてを視野に入れるという破天荒振りではほとんど達成不可能だろう。そこで本来の目的が法に関する日本人論にある以上、これまでの日本人論各論の蓄積を利用するのが方途というもので、例えば、「日本宗教」とは何か、日本語の論理、日本風俗史、日本人の美意識(文学・美術・建築・庭園・都市景観など)、地理的環境などなどである。

筆者はこれまでに、文化的諸要素の深層・表層の代表例ともいえる宗教・都市景観について論じた。本稿では、それを敷衍して関連した諸領域にも踏み込んでみたいと考えている。

- (1) 恒藤恭「法律の見地より観たる範型の概念」『法学論叢』二〇巻一―三三七頁、『法の基本問題』一四五頁。
- (2) 恒藤恭「法律と法律価値との関係について」『法学論叢』二五巻五号一八―二九頁、『法の基本問題』三〇頁。
- (3) 恒藤恭「法の本質三」『公法雑誌』一卷三九八頁(一九三五年)、『法の本質』三七頁(一九六八年・末川博の編修による)。
- (4) J. Kohler u. L. Wenger, Allgemeine Rechtsgeschichte, I, S. 1, 4, 1914.

- (5) 恒藤恭「法の本質十三」公法雑誌二卷一号八六頁(一九三六年)、「法の本質」一五五頁。
- (6) L. M. Friedman, *The Legal System*, p.15, 1975.
- (7) 野田「比較法文化論の二つの試み」早大比較法研究所『比較法と外国法』二二頁。
- (8) 千葉「現代『法人類学』の発展1-10」法律時報三九卷一〇号〜四〇卷七号。同「法と文化I-XII」法律時報四九卷六、八、九、一一〜一二号、五〇卷一〜六号。
- (9) B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, pp.10, 15, 23ff, 1926.
- (10) A. R. Radcliffe-Brown, *Structure and Function in Primitive Society*, p.212, 1952.
- (11) 青山道夫訳「未開社会における犯罪と慣習」一一八頁以下(一九八四年)。
- (12) W. Seagle, *Primitive Law and Professor Malinowski*, in *American Anthropologist*, 39, p.283, 1937.
- (13) L. Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, p.257ff., 1958.
- (14) E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, p.181, 1954.
- (15) M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotze of Northern Rhodesia*, pp.361, 229, 357, 1955.
- (16) 杉浦健一「未開人の政治と法律」八頁(一九四七年)。
- (17) 中根千枝『社会人類学』五〇頁(一九八七年)。
- (18) 福武直・日高六郎・高橋徹編『社会学辞典』八〇八頁以下(一九五八年)。
- (19) R. Linton, *The Cultural Background of Personality*, pp.25ff., 1945.
- (20) *ibid.*, pp.12-14.
- (21) 千葉「法と文化II」法律時報四九卷八号一一六頁以下(一九七七年)。
- (22) L. M. Friedman, *Legal Culture and Social Development*, *Law and Society Review*, vol.4, No.1, p.34, 1969.
- (23) L. M. Friedman, *Law and Society*, ch.4, 1977.
- (24) J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, p.2, 1969.
- (25) H. W. Ehrmann, *Comparative Legal Culture*, pp.XIV, 6-10, 1976.
- (26) 野田「西欧人の法観念と日本人の法観念」日本女子大学教養特別講義第六集九一頁(一九七一年)、同「比較法文化論の二つの試み」早大比較法研究所『比較法と外国法』一九頁以下(一九七八年)。
- (27) 六本佳平「『日本人の法意識』研究概観」法社会学三五号一五〜一六頁(一九八三年)。
- (28) 千葉『要説・世界の法思想』六頁、一四頁。
- (29) 千葉『法文化のフロンティア』二三五、二三七頁、初出は『法の理論』五号(一九八五年)。

第三章 法文化の生理と病理

一 法意識の病理分析

1 第三章、第四章は、戦後わが国における法意識・法観念を含む法文化の学説の動向について概観する。表題の「生理と病理」という言い回しは、順序が逆になるが、後者は継受法の現代のあり様にみられる西洋法とのズレを病理と診たてて研究しようというものであり、前者は日本人の法観念・法意識のあり様を、西洋法を尺度とせず、その特徴をありのままに考察し生理として理解しようという研究である。病理的考察は、母国法が当然に基準となるから、それと異なる継受法の運用のあり方はマイナス・イメージで描かれ、ときに、その原因が日本文化にありとなれば、文化のせいにはせざるをえないという文化遺伝子組み替えの研究になるのに対し、生理的研究の場合は、ズレはズレとして、その特質を法論理的に検討し、それを生かす方法を考えようというのである。

法文化論史の流れをみると、まずは病理的考察に始まって、次第に、生理的研究に移るといふ展開になっているが、その転換は一九七〇年代後半にやってくる。戦後三〇年たつて、自信喪失の時代から国際社会での発言力が増してきた時期と符合するのは、社会科学の宿命として、法文化論も時代思潮の影響下にあることの証明になるが、同時に、戦後における文化の西欧志向から、日本の文化的特質のあり様を国際社会のなかで客観的に見直すために必要な時間だったという事情もあったろう。

2 さて本論に入る。まず法に関する日本人論の先駆的研究として広く知られている、川島武宜『日本人の法意識』(一九六七年)から始める。一九六五年の市民講座の原稿に加筆した四〇年以上前の日本人の社会意識論であ

る。川島の発想は「『社会行動の次元における法』と『書かれた法』とのあいだの深刻重大なずれ」（はしがき）の認識に始まり、「人の行動を決定する諸々の要因の中で、行動決定にいちばん近接したところで起る現象は、行動を動機づける『意識』なのだ、として考えてゆくことができる」として、日本人の法的行動・法的意識を考察しようというのである。ところで本論文は、これまでに繁簡粗密とりまぜて何回となく紹介・論評がなされているので、ここでは要点のみを記す。即ちこうである。

日本人の権利意識は、それとは異質な伝統的な規範意識（義務の非確定性・非限定性）である。法律・権利の言葉の意味を本来不確定的・非固定的・不定量なものとして意識し承認している社会である。契約上の争いが起こった場合は誠意をもって協議し具体的に定めればよいという考え方をとる。民事訴訟では喧嘩両成敗の思想がみられ丸く納める調停制度が盛んに用いられているなど……。これら行動の次元における法意識は前近代的な性格のものであるという。しかし最後に希望を託し、今後は文字の次元における近代的法意識が浸透して「歴史の進行がその方向に向っている」と結論する。

今の読者からすれば、記述の内容が古く大分違うと思うかも知れない。が、その後の法学界に、この論調が広く受け入れられて多く引用され、また今でも社会心理レベルで部分的に同じ感想を洩らす研究者もあって、単に過去を知るために必要というだけに止まらず、一読の価値ある著作である。

日本の法文化論は、こうして日本人の法意識の前近代性という病理を明らかにすることから始まった。そしてこの病理的解釈は、野田良之の法文化論へと受け継がれてゆく。

二 法文化論の試み

1 前章で引用した野田「みすず」論文（一四頁参照）は一九七〇年一月に日本女子大学で行われた講演に加

筆したものであるが、翌年一月、再び同大学で「西欧人の法観念と日本人の法観念の比較」と題する講演が行われ（『日本女子大学教養特別講義第六集』所収）、さらに数年おいて「比較法文化論の一つの試み」（早大比較法研究所『比較法と外国法』所収一九七八年）が報告された。これこそ、野田流『法文化論序説』の三点セットである。以下、原意を損わないようにできるだけ原文を用いて、その解説を試みる。

〈みすず論文Ⅱ日本人の性格とその法観念〉「日本人の性格」について。まず国民性の内因的要素Ⅱ性格について、R・ル・センヌの性格型分類論を適用し、感情型でムード的・付和雷同的であるとし、外因的要素Ⅱ経済生活について、純粹農耕民型であり、自然に成るを待ち規範とか契約観念とかは必要なく自然肯定的行動をとるといふ。総してメンタリテイの特徴として、①考え方が同質的で説得の術は必要なく「よりかかり方式」の参加を考えている、②行動するとき常に全体が自然に一定の方向に向く、③リーダーはエンジンをかけそれに乗るだけで後は貴方任せである、④あるがままでうまくいくという成行き主義で、人為的に構成するルールによるという規範意識がない、という点があげられるという。

ここから西欧法の基本にあるローマ人の法観念との比較をふまえて日本人の法観念が語られる。

「日本人の法観念」について。①まず法に対する態度の比較では、法の国民であるという誇りをもつローマ人は遵法精神に富んでいるが、法が嫌いな日本人は法の適用に手ごころを加えるのが好きで、それも他人には厳しく自分には甘くという考え方である、②権利観念の比較について、他人の権利を承認しなければ自分の権利を法的に行使できないとローマ人は考えるのに対し、日本では他人の権利の承認を含まない単なる盲目的自己主張にすぎない、③裁判の観念を比較すると、ローマ法の裁判においては原告・被告の何れに権利があるのかについて二者択一であるのに対し、日本人は三方一両損の大岡裁きが好きで感情的なしこりを残さない和解によって争いを水に流す方法を多くとる、という。

そして最後に、日本人の性格には無政府主義の性向が多分にあるので、西欧法的行き方になじむためには社会的秩序意識の基礎を幼時から教育によって補い、感情型・非行動型に適した社会的秩序づけの方法を考えてゆく必要がある、と締めくくる。

ところで、「無政府主義の性向」という誇張したとも思える病理的表現は、文字と行動との乖離に対するイラダチと法文化論の使命感がもたらした感想なのであろう。ともかく、川島も野田も共通して、近代化という希望を将来に託しているのだが、乖離解消の用途をどのようたてているのだろうか。野田の次作品についてみてみよう。

2 〈女子大論文「西欧人の法観念と日本人の法観念」一九七一年一月の「西欧人の法観念と日本人の法観念の比較」と題する講演筆記に加筆したもの。法観念に関する西欧と日本の比較文化論である。文化の特色は、担い手の個性と文化の形成における環境的条件によって生まれるとし、本講演では担い手の問題について、前作品の性格論に続きメンタリテイの特色を比較しようというのである。I部で一般的な比較を、II部は法観念の比較を論ずる。

「I」繊細の精神と幾何学的精神」パスカルのパンセにある人間精神の二基本型が表題の意味。日本人は前者、即ちものを見るのに一目で掴むかもしくは理解するというより感じとるという型であり、西欧人は後者、即ち一定の原理に従って推理する型であるとし、その証拠として、日本人は論理をやかましくいわず理屈を嫌うのに対し、西欧では喋ることが理性的であるというのが伝統としてあり理性的・論理的なものが発達しているという。

「II」自然観」西欧人は、自然とは人間が完成すべき素材・材料にすぎないと考えるのに対し、日本人は、人間は自然の一部であり、それと一緒にあって調和した生活を営むための友であると考えている。前者ではものをつくることに中心がおかれ、存在とは手が加わることを待っているものという考え方であるが、後者ではものは成る、自然は完成体であるから手を加えるのはよくない、つくられたものは自然のものより価値が低いという考え方であ

る。国家・都市についても同じで、ヨーロッパでは人間がつくると考えるのに対し、日本では悠久の昔から自然膨張的に群がって出来上がった集団と考えている、という。

「I 三言葉とメンタリテイ」 日本語は情緒的・直観的・具象的であるが、西欧語はそれに比べて論理的・分析的・抽象的である。日本語は言わなくてもいいことは言わず、むしろ省略できることは省略するのに対し、フランス人は思想は言葉という形式を与えられて初めて真のものとなると考える。日本語は論理的ではなくて感情の伝達に優れた言葉であり、日本人も感情の起伏には非常に敏感で鋭い感受性をもっているから、明確で論理的な法律には適さず、無理に論理的にした法律の条文には袴を着た窮屈さを感じ親しみが湧かない、と述べる。

「II 一法観念の出発点の相違」 ヨーロッパ人は闘争を通じて平和に達すると考え、そのための手段が法であり何が正しいかを判定する規程が法であるとして私法が早くから発達したのに対し、日本人はもともと社会生活は平和なもので闘争は病理現象であり、法が介入することは望ましくないと考えていたので私法はほとんど発達せず、刑法が法の中心である、と。

「II 二法への親近感」 西欧人は法は有用なものと考え、例えばフランス人は日常会話の中に平気で訴訟用語を使うくらい法的国民であるのに対し、日本で法といえば警察や監獄を連想するように法に対して親近感をもっていない、とする。

「II 三権利の観念」 西欧では権利は闘争の手段であり、権利放棄は法の否定に帰着すると考えるが、日本では権利行使が片面的で自分の主張を貫くのが権利であり、他人の主張は一向かまわなくてもよいという観念がゆきわたっているという。

「II 四契約の観念」 西欧人は、ヘブライの契約思想を源泉として社会的結合そのものが契約を中心と考えられており、自然法の原則として古来から契約を守るのは人間の理性による義務の観念に基づくと考えののに対して、日

本人は、社会は自然に形成されたもので契約の必要はなく、約束にこだわらないのが人情的であって、契約違反は単に気がひけることで恥になると考えている。従って西欧人は、契約書を書いた以上、不履行があればいつでも強制執行できると考えるのに対し、日本人は契約書は一応のもので、もし不履行があってもすぐ強制執行するのは非人情だと考える、という。

そして最後に、日・欧法観念相互のこの際立った違いは文化の長い伝統のなかで遺伝してきたものであり、どの文化も自己の個性を守ってゆくことが権利であり同時に義務であるが、必ず全体とのハーモニーを壊さないことが必要であるとして、世界の文化との美しいハーモニーをつくり出してゆくことが我々の努めであると結語する。つまり、前作品から引き継がれた乖離解消の目標は、日本文化を守りながら世界とのハーモニーを保つという点にあった。いかにもロマンチックな結びである。

ところで、話題のために引用されている例示は、日欧共に言語・古典から近代思想にいたるまで豊富しかも様々であって、その博識に裏打ちされた論調には、誠に説得力がある。しかも、日・欧法観念の比較を対比の両極において図式的に示されると、日本が法治国家になることなど至難の業という想いが強くなるが、しかし、特定の文化の個性を守りながらハーモニーを保つというのであれば、まず文化の多元性を、そして、文化の一つである法治主義の多様性をも認めずばなるまい。それを日本についていえば、「法外の法」を含む秩序国家も法治国家の一種であるということになる。つまり我々の行く道は、西欧とは異なる新しい法治国家を模索するところであり、法文化論こそ、その方途をみつける役割を担える研究であるということになるのではないか。

3 〈早稲田論文Ⅱ比較法文化論の一つの試み〉 比較法研究所二〇周年記念事業の一環として行われた一九七八年五月の講演に加筆したもので、その論旨は一作・二作を総括したように思える。

冒頭、まず法の比較は法の文化論的比較でなければならぬと強調し、「Ⅰ比較法文化論とは何か」から始まる。

曰く、「比較法文化論とは法を考察の中心に置く比較文化論である」と。社会で働いている法は社会が作り上げてある文化の一部であるから、法の性格を明らかにしようとすれば文化全体の性格の究明が前提となる。現行実定法の比較を中心におく比較法研究はこれまでの構造的比較から機能的比較へと発展しており、必然的に法の文化的背景を考慮に入れなければならず、R・ダウイドやK・ツヴァイゲルト・ケッツの「法系論」「法圏論」では対応しきれていない、よって比較文化論的考察が必須である、とする。

「2比較法文化論の具体的内容」として、文化の性格の相違は人間集団のメンタリテイの相違に起因すると断じ、その要因について外部的・内部的の両側面から論ずる。

環境条件という外部的要因によるメンタリテイの相違の型には三種ある。

①遊牧民型Ⅱ非定着型 自分のは自分で処理するという自主的メンタリテイが育つ、社会は作るものと意識されており維持のための強い規範意識が形成される、常に空を仰ぎつつ天の思想が生まれ男性優位と結びついて一神教的・男性神的神観念が形成される。

②農耕民型Ⅱ定着型 自然の力と恵みを祈り頼って生活すればよく社会も成るものであり規範意識は生まれにくい、社会生活は平和で闘争は病理現象として否定され法の働く事態は病的状態である、恵み深い大地が母として敬われ自然の諸力が人格化されて女性神を中心とする多神教が生まれる。

③狩猟・採集型Ⅱ混合型 原始的な型で自然の無主物を獲る生活であり所有は実力支配を行うことで生まれるといい、イヌイットを例に挙げる。

性格という内部的要因によるメンタリテイについて、ル・センヌの性格分類論、感情性・行動性・反響性によって文化集団の性格型を推定しようというのである。

「3文化の総体観とその性格」文化の諸要素として、法に関係の深い宗教・言語・自然観・社会観・時間空間の

観念などを考察の対象にしたいとし、それも文化の歴史的連続を一つの単位と考えたいという。訴訟観という一例をとって、遊牧民型メンタリティは訴訟も一つの闘争と考え（ギリシャ）、農耕民型メンタリティでは闘争は悪であるから力あるものになったえて円満に処理してもらおうと考える（日本）という。

「4法の文化論的考察」 インド・ヨーロッパ族の法観念は遊牧民型メンタリティで、その原型は裁判規範としての私法にあるが、農耕民型の法観念は中国・日本を含む東アジア法文化圏にあり、強制規範としての法よりも社会関係の潤滑油的な礼が重視される、という。

「5比較法文化論の目標」 こうして野田自身、目ざすところは「法系論」とほぼ同じいいながらも、世界諸文明の図式的型に従った分類によるのではなく、人間の文化の全貌に迫る研究を目標にしたいとし、まずヨーロッパ法文化圏の法文化をギリシャ・ローマ・ゲルマンの古代にまで遡って追求し、次いでヘブライ法文化の究明に努め、そして東アジア法文化圏とくに中国・日本の法文化について、比較文化論としてまとめたい、と壮大な計画を打ち明ける。

そして最後に、比較法文化論は法観念とか正義とか法についての考え方の相対性について悟らせる学問である、と結語する。

オヤツと思う読者もいると思う。数年前にあればほど日本人の法観念について悲観的な感想を抱いた野田が、最後に文化相対主義¹¹多元主義に辿りついたのだから。

そもそも野田の最初の問題関心は、西欧継受法を母国法のように機能させえなかった日本人法観念の内実にあった。つまり西欧の法観念を正道とみているので、日本のそれは確かに横道であり、病理的に診るしかないと感じたことは肯ける。そのため、日本人の法観念の起因する諸要素を探ることに集中し、細部に渉る観察とその理論化を図ったのである。しかし、比較法文化論が法人類学と同じ基盤の上にあると気付けば、文化相対主義を前提とする

法人類学と同じ立場をとらざるをえない。こうして法觀念の相違は、それぞれの文化の独自性に帰し、文化の優劣とは係わらない(文明にはある?) ことになり、日本の法治主義・日本人の法觀念もそれなりに一人前ということになったわけである。筆者も、これが法文化論の正道だと思ひ、野田が法文化論の祖と称される所以も宜なるかなと思ふ。

さて、行動と文字の間のズレ・乖離が改めて問題とされよう。その実体や如何、またそれが生ずる理由を生理的にみた原因の究明、およびそれをどうやって凌げばよいのかが、次の課題として浮上する。法文化の生理学的研究ともいふべき問題である。法意識に関するQ&A式の社会調査、固有法や「生ける法」の文化論的考察、「法のタテマエとホンネ」の使い分けなどが研究者の好奇心をくすぐることになった。

三 法意識の実証的研究

1 野田の「みずず論文」と同じころ、日本文化会議が「日本人の法意識研究会」を組織し(一九七〇年六月)、その研究成果が三部作として公刊されている。『日本人の法意識(調査分析)』(一九七三年)『日本人にとって法とは何か(共同討議)』(一九七四年)『現代日本人の法意識』(一九八二年)である。以下、法文化研究に有益と思われる論点について摘記しよう。

『法意識七三年版』は、都二三区、J R東海道・中央・東北・常磐・総武の各沿線ぞいに地区割りした一〇〇ヶ所で、それぞれ一五標本について調査員による個人面接聴取を行った結果をまとめたもの。一九七一年七月に行われ、法知識・法体験・法のイメージなど、法意識のさまざまな側面に光をあてて、そのスケッチを試みようというのである。これまでの法意識研究は鋭い洞察を含むものとはいえ、科学的・実証的に検討されたものではないという反省のもとに考えられた方法であり、林知己夫・鮑戸弘が調査結果について執筆している。

鮑戸は日本人の法知識について、日本人は、法を知らないこと、法や「おかみ」の世話にならずに生活できるとに価値があると考えている、従って法について無知であることを美德とし法について勉強しようとは思わない、と報告している。

俗に「日本人の法嫌い」という法学者の当時における評説が社会調査によっても証明されたというわけか。しかしながら、法嫌いというだけで法意識の劣等生と決めていいのか。けだし、新聞でよく目にする談合・なれ合い・泣き寝入り・お上頼りということが習性になって、法律を知らなくてもいいと考えているのなら確かに劣等生だろう。他方、「法外の法」とか「生ける法」による法治主義が機能しているから、法律を知らなくとも安心・安全が保てる社会だと考えているのかも知れない。ことの実相はどうか。

2 『日本人にとって法とは何か』は、この調査結果に関して翌年に行われた二日間の共同討議の記録である。参加者は何と二九名。四つのセッションがあり、それぞれ報告・コメントがあつて討論が付せられている。本稿に参考になる論点を要約する。

(1) 「日本人法意識をめぐる諸問題」について、前著執筆者二名の報告から。法は臨機応変に適用すべきもので法律といえど破つてもかまわない、所有権について融通無碍に観念している、契約も実情にそぐわなくなつたら情状酌量してもらおう、訴訟によるより「私的な話し合い」で解決したいと考えている、と記している。

そしてコメントした碧海純一が最後に指摘した「日本人が訴訟をさけるということが、果たして普通言われているように非常にマイナスの、近代化のおくれている面としてのみ捉えられるかどうかということに対して、私は若干疑問を持ちます」という評価には、筆者も同感である。

なお、自由討論においては、

・日本中世の武家階層には権利の主張を当然とする法意識があつた(三木新)

- ・ 義理人情は西欧の自然法の代用をしていた (関嘉彦)
 - ・ 義理人情は近代的という言葉と対立しない (松村克己)
 - ・ 自然法はインパーソナルなもの、義理人情はパーソナルという違いがある (碧海純一)
 - ・ 法の定める建前の価値系列の上に、本音としての道徳的批判とか宗教的信念があつて、その分担領域がはっきりしていないため、法の融通性の問題がでてくる (藤田健治)
- などなど、各学界からの有益な諸意見が発表されている。
- (2) 「厳罰傾向」と政治意識の次元」について、京極純一の報告、芳賀綏のコメントに続き、自由討論において、
- ・ 日本人のものの考え方・暮らし方では公と私の和が一定で、公に振る舞えば私を殺し (滅私奉公)、公に潰された私は氣によつて復権を主張するから、私の氣という心情主義になり理も非もなくなる (京極)
 - ・ 「泥棒にも三分の理」という諺には日本人の法の軽視という思想がみられ、法の適用・解釈について融通性が求められることになる (三木新)
 - ・ 大衆は法を自分達を抑圧するもの束縛するものと考えている (村田克己)
 - ・ 日本人の法知識の不足は学校教育に原因がある (尾鍋輝彦)
- との発言あり。
- (3) 「日本人の国民性と法意識」について、築島謙三の報告から。目上・目下ないし優位・劣位の関係にある人同志の間で用いられる特殊用語があるように、「人を氣にする」。それも知人を氣にするが知らない人は氣にしない。よいわるいという事理によるのではなく、人の心をうかがうか他人による制裁の有無を行為の判断基準にする。「みんなといっしょ」という集団の中で礼儀は守るが、集団外では守らない。日本社会の氏族的性格に基づく

階層制によって、自律的個人の理念が阻まれている。以上のような国民的特性が法意識に表れるときには臨機応変に法を適用する大岡裁判的傾向をとり、がんこに法を絶対視するのではなく、日本人特有のやさしい心になる、と結ぶ。

土居健郎のコメントは、キリスト教的主客分裂の二元論ではなく、表裏の分裂を絶えず意識している。日本人にとって法律はタテマエの問題であり、法を適用する場合は融通しながらではなくタテマエをお預けにして、裏の世界で自由に動くという態度をとる、と。

なお自由討論においては、

・「人を気にする」というのは見られている方で気にしているという受身の姿勢であり、「みんなといっしょ」というのは人間同志の合理的処理としてではなく感情的に胸をたたいてわかったという話と似ている。カントの心情倫理学は日本でよく教えるが、M・ウェーバーの責任倫理学はあまり説かないので心情主義が強いのではないか

(藤田健次)

・法の運用について融通性があるという話は、むしろ自分が正しいという思い込みからの御都合主義で、心情的に論理を無自覚にごまかしたりすりかえたりしているということではないのか。違憲合憲論の盛んなのは、心情的に渦中に巻き込まれ、自己欺瞞に陥って、政争の具として使っているからなのか(芳賀紘)

・形の上では法に従う取りきめをしても、守る段になると集団の伝統的・習俗的な心理が働いて融通してしまう

(築島)

など、諸意見が交わされた。

(4) 「法に対する意識とイメージ」について、石村善助の報告から。日本人は、法の厳格な適用を望む場合と法の寛容さを願う場合の両面を愛好し使いわけをしているのではないか。客観的な存在としての法を観念するのは苦

手であり、それが自他をこえた権利主張・権利意識の稀薄さの原因になっているのではないか。従って権利主張のときは極端な利己主義となるか高圧的な主張となつて、自他共通の客観法的に観念できていない、と論ずる。

鍛冶千鶴子のコメントは、法律を敬して遠ざける一方、他方では法律に過剰な期待を持ち、この法律万能的思想は国民のみならず政治の分野でも同じで、経済的矛盾・社会的矛盾に対する法律いじりは日本人特有のものではないか、という。

なお自由討論においては、

- ・法に対する疎遠感はまともな人は法律に関係しない方が偉いという日本文化と関係している(碧海純一)
- ・孔孟流の徳治主義では法律をやかましくいわないという心情が日本人を支配している(鈴木重信)
- ・言葉によって保障された社会的正義が神によって支えられている西欧に対し、日本人は氣心に生きている人間で言葉によるたてまえば守られなくても社会的正義・合理的人間関係は実現されている(木村尚三郎)
- ・泥棒にも三分の理という諺は動機や原因を重んずるという傾向を示し一種の合理主義じゃないか(村田克己)
- ・集団的な権利主張については意識が高まっており、正義とは結びつかない自分の利益主張にだけ使われている(関嘉彦)

・律令・継受法の例にみるように法は日本人にとって文化的に異質なものであった。法・文化という本音・たてまへの乖離が少なかった時代は江戸時代だけである(小田晋)

・日本人はおのずから成れるものを真の秩序として重んじ、人為的秩序を尊重しないのに対し、西欧では人為的な制度を重んじ手続きを重視する(三木新)

・社会調査は質問の仕方によって誘導的になる虞れがあるのではないか(尾鍋輝彦)

と、意見が錯綜する。

最後に、理事長田中美知太郎が、法という意識と自由の意識はコンビであり、自由の意識がなければ、それとフランスをとる法の意識も不十分である。西洋では正義と結びつかなければ権利もないのに対し、日本では双方が無関係のように考えられているのではないかと述べて研究討議を締めくくった。

多士済々の論者二十九名からなる討議である。要領よく簡略化したつもりであるが、重要な論点が欠落している懸念なしとはしない。何よりも、調査結果については解説の煩雑を嫌ってすべて省略したという憾みがある。というより、筆者は尾鍋意見と同調するところがあつて取返してそうしたところ。ともかくにも、印象的野田論文と実証的日本文化会議編著で日本人の法意識に関するマイナス・イメージの論点はほとんど出つくしたという感がある。それにしても、討議の一表題に付せられた「日本文化における法の否定的側面」に窺われるように、日本文化は法にとってマイナス機能しか果たさないのかという疑問が残る。

他方で、法文化論が重視する歴史文化からみたプラス志向の曙光が、ほのかに差したことを討議のなかに垣間見ることができたが、もっと積極的に、例えば必ず引用される大岡裁きの臨機応変・融通性というマイナス評価を道理という秀れたバランス感覚に富んだ解決であると説明できないのであろうか。それが可能ならば、今という玉虫色の判決と同義という評価にも繋がろう。法嫌い・裁判嫌いという病理診断についても同様に、プラス・イメージの診断が可能なことだと思ふが、何れも法文化論の宿題となっている。

3 七八年版『現代日本人の法意識』は、首都圏三〇キロ圏内一五〇〇サンプル（一〇〇地点一五サンプルずつ）を抽出し、個別訪問面接聴取により一九七六年三月に行われた結果をまとめたもの（回収一〇八〇サンプル）。七年第一回調査後の社会変動をふまえて、法意識がどのように変わったかという関心からの第二回調査についての報告である。鮎戸弘が変化を中心に、林知己夫が基底にある道德感情を求めて報告し、石村善助が「日本人の法意識の基本構造」について総括している。

(1) ここでは石村報告から。冒頭、「法」という言葉によって想定する対象が、西欧流のそれを考える人と在来流のそれにひたつてゐる人もあり現実には複雑である、と。E・エールリッヒの「成文法と生きた法」に言及し、「国民の精神は美術に於て、少くとも法律に於けると同一なる力を以て表はるるものであつて……北斎の描きたる一本の線と雖もそれが独逸の画家に於て、苟くも其画家が此日本人を模倣せんとする者にあらざる限、発見せらるることは無い」(法学協会雑誌三八卷一二号)という彼の言葉を引用して、「西欧伝来の法律制度がわが国社会にうまく適合し定着しているといえるのかどうか、今日に至るまで問題である」と述べ、「生ける法」との二重構造の研究の重要性を指摘しながら、「まことに日本人の法生活は複雑である」という感想を洩らす。

次に、石村は「日本人の法知識」について、法律を「正義実現」のためというより「ぐあいよく生活できる」ためとみる人が多いのは、これまで法律は為政者や権力者によって一方的に上から与えられているので、タテマエとして正義に結びつけて考えてみるものもあるが、「ぐあいのよさ」に法律のホンネを求めているものが多いからなのだろう、そのため法律の実施について融通性を求めることになるのだろう、と報告。

(2) 最後に座談会が報告者を含めて七名が参加して行われた。要点は以下の通りである。

まず「法意識の安定性と変動」について。

・法意識は政治意識・生活意識に比べ時代の影響を受けやすいし変化しやすいが、契約観・温情主義・臨機応変という日本的価値観は変わらない(鮑戸)

・質問の出し方によって変わるものと変わらないものがでてくると思う、抽象的設問ではバランス感覚が働いて意識が変わるが、身近な問題を具体的にたずねたらバランス感覚の働く余地がなく変わらないだろう(佐藤誠三郎)

・日本人の態度には変わりにくい日本的考えの下部構造と近代的・合理的な時代によって変わり易い借りものの上部構造があり、高年齢世代ほど下部構造が強い(木下富雄)

次に「道徳感情と法意識の相関」について。

日本人は、①素朴な道徳感情が強くて融通性あるいは厳格・臨機応変という古い日本型、②融通性を好み道徳感情もそれほどない新しい日本型、③割り切って道徳感情もなくもしくは厳格でなく融通性もない近代型の三タイプに分かれ、②五五、③二五、①二〇パーセントという配置である（林知己夫）

・日本古来の道徳観的なものと近代の法的なものが渾然一体となって日本の法意識をつくっている（木下富雄）
さらに「欧米の法意識と比較して」について。

・日本人の遵法精神はかなり高い、その理由は「ぐあいのよい生活」をするという意味での正義感があるからではないかという仮説を考えている、それも一つの基準というのではなくそれぞれの問題について「ぐあいのよい」とは何かを考えている（石村善助）

・十戒的発想に基づく正義とは異なり、村の平和を維持し人の和を保つてうまくやってゆくためのルールという村落共同体的価値に基づく秩序ではないか（木下富雄）

・同じ産業社会として日本・欧米は似てくると思うが、それが欧米法の影響なのか日本が産業化したからなのかは判らない。また江戸時代から「手付倍返し」という制度があつて、約束は守るという姿勢は昔から日本にもあり、近代的なものは欧米法の影響だと簡単にはいえず、生活の必要から両者は似てくるのではないか（佐藤誠三郎）

・村落共同体的な世界観では、外の世界との争いは表沙汰になつてもかまわないが内の世界では内輪で解決すべき規範があり、その価値に合うか合わないかが正義の基準になつているのに対し、十戒的な世界観では絶対神的信仰を正義の基準にしている（木下富雄）

・世間はソサイエティに似ているので日本と欧米に共通性があると思うが、前者が人間関係に即して考えるのに対

し後者では同じ神を信じているという点で結びつきを考えているという違いはある(佐藤誠三郎)

以上で日本文化会議シリーズの紹介を終わる。社会調査をめぐる報告・討論であるから、印象批評的病理観察より自ら科学的事実的考察の傾向になるだろうとの期待があったが、第二冊目で多くの有識者が集まっており、病理観察だけでは実りが少ないという反省が各人に生まれたはずで、その傾向がはっきり出てきたと思う。特に第三冊目では人間共通の習性に関する行動様式にも注目して、その上で比較の相違をはっきりさせようという雰囲気もあつたろう。一九七〇年代後半が法意識論の転換点と考える所以である。しかしながら時期尚早というか「生ける法」の実相については古来の道徳感情というに止まり、より突っ込んだ論及はなく将来に残された課題となった。

4 本章のこれまでの叙述から、法文化論へのアプローチの方途について、とりあえず三つの道筋のあることが判る。

まず法学からのアプローチで、川島流・野田流がその範例である。前者は、実定法学の各専門分野において、法典・法規の体系的解釈と現象面に現れた法行動とのズレをどう理解するかという問題を精神文化の観点から論じようというものである。各法分野での法社会学的考察に基づく検討という各論から始まって文化論で説明する総論にという帰納的方法である。本稿の定義風に説明すれば、「生ける法」の社会的事実を導入口に「法に関する文化」を「文化としての法」に位置付けるといふ法学研究者にとって入り易い手法である。ただし、法に関する文化が明らかになったときに法学上の到達点に達したとして、そこで止めるかもしくは文化の特殊性を強調して終わるといふ懸念がある。

これに対し、後者は、文化の性格を決定づけるメンタリテイの型を考えるとこの総論から入って、日本人の法観念の特徴を明らかにするという演繹的方法である。一般的には、現行実定法の比較文化的な法系論を参考に法についての考え方・行動様式を論ずるといふケースが多くなるのではなからうか。いずれも「法外の法」の位置付けに

注意しないと、前者同様、文化の特殊性が強調されることになりかねないだろう。

そして文化会議流では、多数の社会・人文科学者による合同討議という恵まれた環境の下で、文化全般からの目が行き届き、それを前提にして日本人の精神構造を史的に観察することが可能であった。こうして日本人の法行動の様式がきれいに説明できれば、野田流の想定した法文化論にほぼ近いといえようし、本稿が将来に託した目途もそこにあるといえる。

ところで、ここまでに「生ける法」の実体とその因由、もしくは固有法といえるのなら、その存否とそのあり様については未解明のままである。それは文化論が法制史を含む文化思想史論でなければならないという法文化論の難問にぶち当たったためであつたらう。

四 実定法学がみた法文化

1 さて、一九七〇年代後半以降、法文化論史は次第に活発な動きをみせるが、その先鞭をつけたのは、立教大学法文化研究会の実定法学者による日本法研究と、野田良之の主導によるフランス法研究者の日仏比較研究であつた。

立教大学法学部メンバーによる(神島・沢木・所・淡路編『日本人と法』(一九七八年)は、日本の法文化を正面から論じようというもので、総論二本、各論九本、一〇名によるレポートと、それぞれをめぐる座談会によって構成されている。教授会メンバーによる数年の法文化研究会での共同研究、七七年の合宿討議を経た成果がこれである。

(総論) まず沢木敬郎が継受法と日本固有の伝統的法文化(?)という異質な社会規範の二重構造性を説き(伝統的法文化の説明はない)、次いで神島二郎(政治学)が日本社会の政治社会学的構造について興味ある話題を提供

している。それは、西欧社会を異成社会と称するのに対して、日本社会を馴成社会と規定したことである。即ち、異成社会は支配・被支配の階級社会でお互いに異質であるが階級内は同質であるのに対し、馴成社会は雑種社会でお互い異質であるが馴化強迫観念が強く「みんな同じだよ」という顔をしているという。そして前者の政治基調が暴力と支配服従という支配原理によっているのに対し、後者の政治基調は人心とまつろう（「協力する」・しらす（「耳を傾ける」）という帰嚮原理によっている。また、支配原理においては命令によって組織され、正義に価値がかけられるのに対し、帰嚮原理においては任せて組織され、清明に価値が見出されている、というように文化の対比で説明する。政治は法によって秩序は裁判によって保たれるという前者の政治文化が継受されると、馴成社会においては、階級社会化が推し進められて、法律制度は建前になり法外の法が作動する、という。公式的ながら巧みな創説によって辻褃がよく合う説明である。

・座談会 風土や政治の所産である社会構造は法文化の形成要因といえるのか。日本にもそれなりの契約観があり西欧法を受け入れ易かった。西欧個人主義は家庭が中心だが日本のそれは単身者主義だ。継受法による秩序と義理人情のような法以外の社会規範による秩序という法の二重構造が日本社会では著しい。西欧法の原理で日本人の法行動を説明することの是非。日本の近代化は西欧文化によって導かれたが、西欧法だけが法ではなく契約にも色々な型がある。文化に優劣の差はないはずであり、しかし大福帳的に日本人論・社会論・文化論をやってもダメで、色々な原理の組み合わせを検討しなければならない、などと論じている。

2 〈各論の一〉「日本人の法嫌い」（淡路剛久）では、川島流の法意識論が現在どう変わっているかに焦点をあて、公害裁判の資料を素材にして、日本人は第二次大戦以降、権利・法の観念を徐々に学びとったと述べたあと、しかし将来的にみて、法との係わり合いはやはり欧米人と異なるのではないかと結ぶ。

・座談会 西欧型契約関係の社会では権利・義務の関係が前提だが、日本社会では義務に対する請求権者がおら

ず、自発的に義務を遂行するという特徴がある。特殊日本的な行動様式は、現実のミクロに係わる私法領域に窮われ、国家レベルの大きな法制についてはみえてこない。個人の人間関係を私法によって規律するという意識は日本では弱かったが、最近は変わりつつあるのではないか、それも義務中心型が権利中心型になりつつある。西欧では自然法が実定法のなかに入って法に正統性を認めているが、日本では自然法と実定法の間乖離が大きい。

〈各論の二〉「法外の法」(所一彦)について。少年保護について日米を比較すると、日本はアメリカに比べ、家庭・学校・近隣などが非行抑止・非行問題処理の仕組みを備えているため法の出番が少なくすんでいる。官庁組織も官民関係においても共同体的性格のあるおかげで法が節約されている、これは法外の秩序が日本に存在するためであるが、他方緩慢ながら共同体の解体が進むなかで変化をみせ始めている。それでも共同体の残存による法の節約という現象はすぐにはなくならない、と述べる。

・座談会 共同体というのは大福帳みたいなもので分析の道具としては使わない方がいい。罪と罰という法的関係が日本では罰の体系として法外の法による解決がなされている、それが日本人の法嫌いといわれる所以の一つではないのか。日本では悪いと認めれば許してくれると思うのに対し、欧米では罪を自認すれば裁判の負担をかけることになり刑が軽くなるという違いがある。

〈各論の三〉「日本人の契約観」(沢木敬郎)について。西欧で契約が法的サンクションに裏づけられ法的拘束力として意識されているのに対し、日本で契約についてホンネとタテマエのズレが存在しているのは、人間的信頼関係や情誼が基礎となっているのではないか。タテマエの契約法を持ち出すことは信用ある個人のことではないと考えており、継受法としての契約は未だ日本に定着していない。

・座談会 日本でも中世・近世に契約関係があったが、それが西欧と異なってくるのは政治関係の質的違いがサンクションの表れ方を異ならせたからではないのか。西欧で契約による合意内容が要求によって発動されると、それ

を担保する権力が拘束をするのだろうか。川島説は欧米を美化して日本の近代化は遅れているというが、単純な発展段階説によりかかりすぎている。日本では利害の対立関係にある者は、事前に互いの利益範囲を決めておいて争いを解決するという形で問題をたてていてのではないか。人間的信頼関係という点についていえば、親戚・友人の間では西欧も日本と変わりはなく、異なるのは市民生活的関係においてではないか。西欧では納得がいかなければあくまで争い、そのあとで法律関係が決まるが、日本ではどうやったら丸く納まるかという解決パターンであって、黒白つけるのを嫌がり契約法のタテマエを変えてしまう。いずれは西欧型に変わるのかもしれないが、長期間変わらないことも予測しうる。

以上で、編者各位(全座談会出席)のレポート要旨・座談会を紹介した。何れも法文化を考えるさいの重要課題であるが、実定法学者によるもので法文化の現状分析に力点がおかれ、その歴史的因由にまで視野が及んでいないことは止むをえないだろう。以下、各専門実定法学者の分を略記する。

3 〈各論の四〉「日本の家族」(川井健)では、明治民法も新民法も当該社会における習俗・慣習を投影していない。とくに新民法では人々の生活規範から浮き上がって個人主義・平等主義を貫いた、という。

・座談会 西欧では家族単位の歴史はローマ法以来存しナポレオン法・フランス革命でも分解しなかった。他方、アメリカの個人主義的核家族から影響をうけた日本では社会的単位集団が全部解体してしまった。

〈各論の五〉「日本の会社」(渋谷光子)では、わが国で経済活動を担うのは独立の職業人としての意識をもつ個人ではなく会社集団のなかに埋没している、という。

・座談会 集団的結び付きは西欧にもあるが、集団のでき方・個人同志の結び付き方が日本と違う。西欧では個人と個人の結び付きだから名刺はいらぬが、日本では名刺の名前より組織(会社など)の方が重要だとされる。西欧では自分と家族のために働くが、日本では会社のために働いているからそのために自殺まですることがある。

〈各論の六〉 「終身雇用」の法理」（小西国友）。

・座談会 正社員になるまでは試用期間というステップが必要で、それは信頼関係の積み重ねと考えられている。仲間になるには時間がかかるが、いったん仲間になったらなかなか出ない。しかし労働市場にも自由化の変化がおこっており、それが欧米型になるのかどうか？ 日本では親密な人間関係が重要で個人レベルでのスペシャリストでなくともよいとされる。

〈各論の七〉 「日本人の税金観」（畠山武道）では、納税はスムーズに行われているが税を公共サービスの対価と考える現実的基盤が存在していない、それは自治やコミュニティ体験が欠けているからだ、とする。

・座談会 納税天災説が日本にはあるのだろう。大衆社会になってくると、サービスをうけられるので対価の考え方はなお育たないが、税負担の公平性の要求が生まれている。同じ権力が相手だが国民の遵法意識と納税意識とは異なる。

4 〈各論の八〉 「日本人の憲法観」（池田・前出一二頁）。

・座談会 明治憲法ができたとき国民に疎遠感があつたらうがだんだん有難くなってきた、それと同じく新憲法の場合も疎遠なものから有難味が判ってきた。江戸時代までの戦争は武家だけでやりあっていたが、帝国主義の強盗時代になって総力戦になった、それまで農民・町人は関係なかったという意味で平和思想はその後も引き継がれている。憲法は有難いものだと思っているから、人を説得しようとする時にすぐに引っぱりだすという形で親近感が表現されている。法の解釈一般はその国・民族・社会なりの説得の論理によって行われているはずだが、日本の場合は、法が疎遠だったせいで解釈は説得の論理から切り離されて辻褃合わせだけになる、疎遠性と融通無碍はこの点で同じ道を歩むことになり、法によって紛争を解決するということに辿りついていない。

〈各論の九〉 「日本人の外人観」（村瀬信也）。西欧との関係では国際法の被害者（条約改正問題）であった日本は、

その屈辱感をアジアに対し加害者となることで代償をはかるといふ二重の基準をとっている。日本人の外国人観にはその基礎に国籍観(韓国・台湾など)があり、外国人の権利伸張は日本人の権利縮小にならないかという脅迫観念がある。

・座談会 唐天竺大和といういい方に表れているように、日本人は外国との対比で自国をアイデンティファイしている。権理が権利に変わるの、個人の立身出世という道理が国際社会における脱亜入欧に変わることがきっかけで利益になった。同じような主張の国々を結集して実現に努力するという姿勢が日本に欠けているのは、モデルが遠い西欧であるため、グループを組めないという疎外感があるからではないか。島国であるため、日本人は土地との関係で人種としてまとまる傾向がある。我々をアイデンティファイするのは結局文化の共通性であろう。日本の孤島性がナシヨナリズムをどんな場面でも作り出すように、日本人の法感覚も土地と結びついている。

この本の特色は、論議の対象範囲が著しく広いこと、西欧モデルとの比較において欧米社会での具体的な実体験に依拠していることなどがあげられるが、他方、日本文化(史)論との関連についての指摘が不十分であったことが反省されよう。

五 比較法学による生理的考察

1 一九七九年一〇月パリ大学において、「第一回日仏法学共同研究」が三日間に渉って開かれた。⁽¹⁾ テーマは「日仏両国における契約概念の比較研究」である。日仏法学会(フランス側比較立法協会)において開催を主導したのは野田良之であったが、この共同研究は、その後も続いて現在に至っている。⁽²⁾

研究集会の報告会が発表されているので、本稿での関心に従って、日本人報告者のそれから摘記してみよう。

第一日「日本およびフランスにおける契約法の変遷」(星野英一)。一般的にいつて日本での契約とは権利義務の

厳格な関係というより人間的・友好的な信頼関係であり、状況の変化に適応しうるような柔軟なものである。したがって紛争が生じても協同・信頼の精神で解決できると期待されている（どこかで読んだような）。つまりは契約法と契約意識の間に乖離があつて、将来も変わるとは思われない。

第二日「行政契約」（近藤昭三）。当事者の契約関係が一回限りのものでなく、それを超える相互依存関係であり、心情的満足を重視する傾向がある。

第三日「労働契約」（山口俊夫）。個別的労働関係においては強い法規性つまり稀薄な契約性という特徴があり、その結果、企業内労働関係において均質性・画一性がみられる。

・シンポジウムの責任者である野田良之の意見。「契約」という語、これよりやさしい「約束」という語は共に中国伝来で、古来の日本語「契り」がそれに当たるのか。実定法の比較においても、このような比較文化的発想が必ず、**「生きて働いている法」の比較には文化相互間の相違を問題にせざるをえない、と。野田の宿願たる問題再提示である。**

第二回共同研究会は、言語の問題やフランス側の日本法研究不足などに対する第一回の反省から、周到な準備を重ねて九年振りの一九八八年一〇月に東京で開催されている。時期が先にとびすぎるので、それまでの他の研究状況を報告する。

2 阪大・神戸大・大阪外語大から成る「日米文科系学术交流委員会」の一九八一年度プログラムの一つとして、一九八一年一〇月に二日間にかけて、「日米法文化の比較検討」をテーマに研究会議が開かれた。法文化をテーマにすえた、恐らく最初の研究会議であろう。³⁾「弁護士の実務活動を手がかりにして」と副題をおいて、その一部始終がジュリスト誌上に掲載されているので、本稿の筋に必要な限りで参照してみよう。

冒頭、委員会の企画委員長の矢崎光圀から、当時の日米間に、経済摩擦に象徴されるような法・法意識・法思考

を包み込む文化状況のズレが存在すると思われるので、この種の法文化問題を論ずる手がかりを得たい、そのため日米の弁護士実務とそこから生じる法的问题という具体的課題から始めて、両国の法文化の比較検討をしたいと、会議の趣旨が述べられた。会議内容は四部とミニ・シンポ、講演から成る。

第一部「日米法文化の比較検討」(藤倉皓一郎) アメリカの法文化について、四点(法の多元性・利益の主張・法の道具性・リーガリズム)を特色としてあげ、最後にこのような特色は日本にもあり、つまりは程度の差に止まるかもしれない、固有の法文化といわれるものも産業化・近代化の進展とともにどんどん崩れて共通の要素がでてくるのではないかと結論している。

第二部「弁護士の実務活動からみた日米の法文化」(日本側「小杉丈夫」) 日本では依頼者が弁護士に頼んでも権限を十分に与えず責任も問わないという傾向がある。

(アメリカ側「アンソニー・ザルム」) アメリカ人はちょっとしたことでも裁判に持ち込み、相手が訴訟にする覚悟ができていないとわかると自分に有利な要求を出すので、闘う意志をみせないと良い結果はえられない。

第三部「商取引に関連する法律と日本の商慣習」(大沢豊) 日本の商慣習では、お得意さんには安く売るというように契約観念のない方がスムーズにゆき、競争のない商取引状態をつくる仕組みがとられている。

「産業行政における日米比較とその社会的基盤」(林良造) アメリカは社会的背景の異なる人間が集まってできた国だから、自由競争による結果こそ公平だと考えられるのに対し、日本の場合は競争と協調の価値序列について協調が上位におかれ、公平という結果についての予測が可能になっている、司法プロセスにおいても結論に対するフレキシビリティが高い英米では訴訟を嫌わないのに対し、日本の場合は揉め事を訴訟にしないという合意のある社会といえると思う。

3 第四部「日米における文化と法」

(1) 「社会心理と法概念——日米比較の試み」(我妻洋)

規範と現実と心理の三ファクターの相互交渉系が法体系に表出したものが法文化である。日本社会固有の特質を前近代的と評して克服すべきと捉える進化論的発想はとらない、という前提にたつて本論を進める。アメリカでは法的権威(法体系)と道徳的権威(教会)を画然と区別し、ルールを絶対視してフェアの当否を決める。非常に強い個人主義で、既存の秩序や権威の不信感と結びついて自分を守るから、シラを切り通せるのなら切り通した方がトクだと思っているのに対し、日本人は刑法違反は単なるルール違反ではなくて人の道に外れた悪い行いと思いい、個人主義ではなく、間人主義で私・互助・協力を大切にする。悪いのは相手だとわかっていても、自分が謝ってしまえば円満に解決すると思っている。契約なんて人間不信の反映だということになる、というのである。

(2) 「日本人の法への態度と行動——とくに紛争解決との関係において」(木下富雄)

法的行動への心理的距離が、日本の場合非常に遠いのは、「公」の世界への遠さの一つの表現にすぎないと考えられ、それは庶民からみれば、法律・政治など公の世界は自分達にとつて別の世界のことという発想からきている。公の世界と私の世界という区別は「ソト」の世界と「ウチ」の世界の区別であつて、この両者を混同することを日本人は好まず、法の世界は外の世界であるから「裁判沙汰」といって嫌い、内の問題は内の世界で解決すべきと考えている。非道な行いに対して、アメリカに比べ日本は情緒的反応が高いので、法による論理的解決よりも情緒的納得が大切と考えている。「話合い」という言葉が信仰に近い響きをもつのは、内の世界の一様性・類似性・「えにし」によつて結ばれた共同体意識が支えになつており、絶対的価値に照らして善悪を定めるといふ正義による法の支配の観念からは程遠い。日本の社会を实效支配しているのは法律ではなくて「日本教」的規範であり、包括的・全体的なバランスによる日本的解決の方が、理屈によつて自己主張し正義を通そうとするアメリカ・システムよりもずっといいと思う、と結論する。

(3) 「法外の法」と対決回避的コミュニケーション(タキエ・スギヤマ・リブラ)

「法外の法」は法を超えた規範意識、つまり人間同志が信頼しあえば法律は要らないという考え方は、他方で無法・無秩序状態を生むことになる。法外の法に依存するのは、個人が一对一の対決を避けたいという文化的一形態である。日本人は否定的意思表示として曖昧な表現をしたり沈黙による抗議を行ったり、一对一の対決を避けるため、第三者を媒介にコミュニケーションをしたり、謝ることや自らを罰することで相手に抗議したり、さらには忍耐の美德・我慢強さで解決するため、自己を無にして一切を受容する絶対受動に徹するという考え方をする。

・ミニ・シンポジウムまとめ「法と文化」(矢崎光圀)

アメリカは多元的な自主的集団が多いので、形式的手順による解決、つまり訴訟に頼らざるをえないが、日本がこれと同じになる必要はなく、日本なりの法文化があってもいいのではないか、そのためにも《歴史》の目で法文化を捉えることが重要であるとし、利谷信義に発言を求めた。その発言は、継受法の日本語化のさいの問題、上からの近代化を支えた法律進化論について説明、そして継受法と日常的規範との間のミゾを国家レベルで統合するさいにみられた予定調和的秩序観が日本で成功裡に展開された、とまとめられた。

・講演「日米法文化の比較検討——その将来に向けて」(早川武夫)

日本人の訴訟嫌い・アメリカ人の濫訴訟健訟癖で日米比較するのは正しくない、アメリカ人のモラル低下により訴えられて初めて真面目に相手になり判決前に和解する事件が非常に多いことに注意。日本はまだ身分社会で「身分から契約」に移行していない、だから契約観念はいい加減である。日本繁栄の原因がこのような日本法文化にあるとは思えず、むしろ法学教育の改善が必要である、とする。

以上、野田風近代化による日本評価も残るが、法律進化論を否定して法文化多元主義にたち、日本再評価の論調が目につくことが、注目される。経済的繁栄に伴う自信回復も一因だろうが、比較の相手がアメリカだったことが

(下)。

第四章 法文化の普遍性と個性

一 法文化にみる普遍性

1 一九八三年は、法文化論史にとって、脳裏に残る年になるかも知れない。

日本法文化の前近代性を強調した病理的検討から特殊性の発見という生理的観察へと展開した法文化論にとって、この時期は日本法文化の普遍性を探ろうと試みたときだからである。もともと法文化がその国に固有なものも、特殊な法現象を観察しようという生まれの定めがある以上、普遍的なものを探ろうと意図する場合にも、特殊性の観察を忘れるわけにはいかない。そうすると固有・特殊・独自といった言葉は、その特色面を強調するもしくは可変性を否認する懸念なしとしない。それが章の表題に「個性」と記した所以である。

この問題に絡むのは、大木雅夫『日本人の法観念——西洋的法観念との比較』(一九八三年)、矢崎光圀「法文化——伝統と現在」(思想七一一三号一九八三年一月号)、柴田光蔵『法のタテマエとホンネ——日本法文化の実相をさぐる』(一九八三年)である。

大木雅夫の著作は、一九八一年二月から九月にかけて『法律時報』(五三巻二号—一〇号)に連載された八回の論文(題名・西洋と極東における法観念)に加筆修正を施したものである。執筆の動機は、「法圏論のなかで日本法を位置づけるための基礎的作業を試みようとする点にある」(はしがき)。日欧の比較法学諸先達の論説、いわば通説に対する批判的検討のために、方法は西欧・中国・日本の(法)思想史を素材にして歴史的検証を行う、という大へ

んな労作である。

西欧比較法学者の法圏論にみられる「西洋と極東における法観念の相違」を論じた見解を検討・批判し、確かに、キリスト教を基底にした「文化共同体としての西洋」は存するが、極東という共同体は存しないとしたうえで、「西洋法における『法の支配』と『権利のための闘争』を検証し(英・仏・独)、「中国の法伝統」と「日本人における法意識の形成」(以上のカッコは目次)を論じている。

西洋法が七〇頁、中国法が三五頁、日本法が六〇数頁という、二〇〇頁に満たない紙数に東西両洋法原理の歴史の記述が詰まっている。どのように法思想史から問題をたぐり寄せるのか。答えは、教科書の常識を検討・批判することであり、ということか。

(1) 西洋法については、古代ローマ、ゲルマン社会、キリスト教中世において、近代のそれとは同じでないにしても、法は支配の道具ではなく正義に由来し、それに遵う原理として『法の支配』の思想があったこと、法のための闘争として義務付けられた権利観念があったことが、いわば常識となっている。

これに対して、イギリスの『法の支配』の伝統を中世まで遡るのは過大評価であり、その観念が明確化するのにはピュリタン革命から名誉革命にかけてである(六六頁)。またフランスの『法の優越』の思想はフランス革命まで確立されておらず(七八頁)、民衆の権利意識については一般に信じられているほど高かったわけではない(二〇六頁)。そしてドイツの法治主義は、イエーリングの有名な小著の存在にも拘らず、その観念が定着するのは一九世紀最後の四半世紀のことである(一一〇頁)、という。つまりは「西洋の法治主義思想を全体としてみれば、われわれの想像以上に多様な意味内容を持ち、……無条件の礼讃を許さないほど多くの留保が付せられるべき」(一一三頁)であるというのである。

(2) 他方、極東についてである。まず、中国。儒教の徳治主義による法蔑視と共に、道家(とくに莊子)の万物

齊同説に西洋的法觀念の入り込む余地はなく(二二六頁)、法家の法觀念も支配者の統治手段にすぎないのであって、中国の長い歴史をみれば、専ら徳治主義をもって、その法觀念を説明するのは適切でない。民衆が訴訟より調停に頼る原因は、少ない裁判所、職業裁判官の不足、弁護士の不存在、訴訟法の未発達にあった(一四〇頁以下)と、通説を鋭く批判する。

(3) 最後に日本。素材は西洋法継受以前の日本法制史・社会史である。やっと日本史に目が届いたとの感がある。

一話の始まりは、例の如く「憲法十七条」と「律令」から。まず、その思想的基礎が儒教だけではないということ強調。次いで御成敗式目、その「道理」は強い尊崇の念をもって扱われ、法の前の平等をもたらしうるもので、司法制度によって支えられ、萌芽的「法の支配」と評価する。中世には所領に関する権利意識も高く、民事訴訟制度も発達していたが、紛争解決は半数近くが「和与」(和解)によるもので、日本的法觀念の素因はここにあるのかもしれないという。ただ、それが一般化して日本法の核心をなしたとは思えない、と。

さらに「徳政令」は非法に対する法のための闘いであり、「喧嘩両成敗法」は戦国の通法・天下の大法と称せられて、江戸時代でも慣習法として人心に深くなじんでおり、正義のための有効な紛争処理法であった、と評する。そして江戸時代の特異な法「借金相對済令」の十数頁に及ぶ解説において、それはひとえに武士階級の救済策として、また公事訴訟激増の対策として行われたもので理に適っているどころか、むしろ百姓・町人の強烈な権利意識の存在を実証するものと捉えるのが真実に近い、という。

この章の終わりに「外国法継受以前の固有法は、ほとんど忘却の彼方に押しやられ……日本法文化を論ずる際に日本固有法を無視してよいとする奇妙な習癖の結果として、われわれの間に行なわれていた『通説』は、かなり歪んだ形をとっていた」と結ばれている。

(4) 本書の結論は、一部前述したが、「西洋の輝かしい法治主義」は「せいぜい二、三百年の歴史しかなく」、「自覚的展開をみたのはほぼ一九世紀以降」に対し、わが国での法治主義思想は萌芽的とはいえ一三世紀に現れており、特殊日本的と評される法制度はそれなりの歴史的状況のなかで生みだされた必然的なものである。裁判組織の未成熟が日本的法観念の形成に重大な影響を及ぼしたのであって、儒教道徳に結びついたり、封建的・前近代的法意識と評するのは日本法の姿を歪曲している、というのである。

このように比較法学諸大家による学界通説に挑んだ批判的考察が本書の真骨頂であり、さらに「補遺的考察」として、西洋にもキリスト教的愛に基づく反法治主義があるのみならず、法・法律家に対する根強い不信任感が伝統的に存在し、さらに「悪しき調停も良き訴訟に優る」という法諺もあると述べて、日本法との共通点を敷衍する。要は、日欧法文化に普遍的なものを検証しようという新発想の確認稿といえよう。

それが確かめられるのが「日本法の普遍性と特殊性」(ジュリスト七八一号、一九八三・一・一)と題する論文である。まず、これまで日本法の特殊性だけが誇張された結果、極東法圏のなかでのみ論ぜられるという虚偽に陥ったと断じ、その一因とされる「権利意識の萎縮論」は明治以後の権威主義的国家体制に胚胎したイデオロギーを基礎付けるものである、と非難する。日本法は西洋法の普遍性を共有しており、法継受以後も日本人の権利意識は高かった、と明言する。そしてその特殊性について、①日本法の混血法的性格、②日本法の概括主義と簡略化傾向、③学説における著しい西洋法依存性、④裁判組織の不備、をあげて終わる。

2 しかし、一寸考えてみよう。西欧法学説の紹介に精力を注いだ諸先輩や欧米での留学生活を終えて日本に帰国した法学研究者が、日本法の実相にふれてうけた逆のリーガル・カルチュア・ショック、文字は欧米の次元のものでありながら、その行動が日本独特と目に映り、法意識論として、もしくは日本人性格論として検証するというのは、一九六〇年代・七〇年代においては自然な研究心の発露ともとれる。そして、明治憲法時代の儒教的教養を

身につけたこれらの研究者が日本法についての特殊性を西欧に発信して、その結果、当地の比較法系論・法圏論の資料に利用されたと考えれば、大木が謬説と断じた内外諸先輩の論調は、いわば時代の産物としてその後の日本法特殊論の大合唱という現象を生み出したということになる。そうだとすれば、普遍性論もまた出るべくして現れた歴史的回響として捉えることができる。筆者も大木説には一理も二理もあると評価している。

そこで法文化論の立場から、普遍性の問題を考え直してみよう。

「社会あるところ法あり」という。人間の精神的営為としての文化が存在する社会では、いかなる社会かを問わず、文化の一つとして法が存在することを法人類学が立証したことは前述した通りである。ここでは、自然的・文化的条件のあり様に従って、さまざまな法源が存在し、また各様の法行動が見えがくれている。つまり法文化の多様性である。

他方、法圏論の例にみられるように、法の原則的性格について、共通項でくくられるような法の型・様式、つまり法は人の支配の道具か、権利のシステムかなどを考察し、例えば、「法の支配」の原則が観察できれば、それを標識に西洋法文化の普遍性を語る事ができるといふ具合である。しかし、その具体的形相は周知のように一様ではなく、ヨーロッパにおいてさえもイギリス・フランス・ドイツ等が範型として存在する。それは普遍性に対する特殊性というより、普遍性のなかでみられる個別的な個性と称する方がふさわしいように思う。つまり日本法が西洋法と普遍性を共有するというならば、その特殊性は普遍性における日本法文化の個性と考えるのが法文化論に見合うというものである。

ところで、法文化の個性は、知性・感性と理性の工夫によって歴史的に形成された贈り物、つまり文化の心に基因するもので、日本人の精神構造のあり様を示す大きなネタの一つである。「生ける法」とか「法外の法」などの個性は、文化の歴史を省察するのだから解けるものではない。普遍性についても事は同じである。大木がそれ

らの描写に成功した（著者は一部という）のも、明らかにこのことが理由である。しかし単純に、文化には共通する普遍的な部分もあれば個別に特有な部分もあるといわれれば、これは日本に限らず、どこの国の場合でもありうる話ではないのか。

そこで少し立ち入って考えてみよう。日本法における普遍性と個性という問題を、普遍的な原則「法の支配」に視座をおいてみる。神島のいう、異成社会では法は権利のための闘争の装置として存在するのに対し、馴成社会では闘いを避けて合意を形成するための装置として機能するという。前者を硬度の高い「硬性の法の支配」として捉えるなら、後者は「軟性の法の支配」として捉えられる。軟性のゆえに、法の領域に「生ける法」や「法外の法」が入り込むというわけで、それが日本法の個性として把握できるのである。

3 たとえ、法文化の個性を描くにしても、普遍的な法観念の存在を背景にすえて論ずるのでなければ、その個性の特質を明らかにすることはできないだろう。そうでなければ、それは法の独自性の強調というにとどまり、伝統的な法文化の描写の名に値しないだろう。

日米法文化の比較検討で企画委員長を務めた、矢崎光圀が「法文化——伝統と現在」（思想七二三号一九八三年一月号、『日常世界の法構造』一九八七年所収）を発表した。二〇頁強の小論であるが、「法は文化の深層と二重にも三重にも根強いかわりをもっている」と、「法という文化」に着眼した。野田の提言以来、久方振りに出会った重要ポイントであり、その方法論に興味が湧く。執筆動機はいわゆる隣人訴訟である。

矢崎は、継受法の建前と社会秩序としての生活規範とのズレは、一〇〇年にわたり日本の法律文化を彩ってきたもので、ルーリズムが浸み込んでいくようにみえても、情緒的反応をみせるのが日本法文化である、といい切っている。しかしステロタイプに日本法文化を論ずることには警戒が必要であるとして、その視座に、(A)マイナス・イメージでとらえる、(B)記述の意味で考察する、(C)プラス・イメージでとらえる、の三様があり、論者は(B)にたっ

(A)(C)の示唆も汲みとりたいと明かす。それが、人間味のある共同体的生き方を再考するのに必要な道であり、それは現代法および紛争解決の仕組みを上に掲げた法文化に沿って洗い直すことによってえられる、⁽¹⁾というのである。視座のとり方は、²生理的考察による³軟性の法の支配⁴を予測していると思われ、本稿の立場からみて納得のゆく結論といえる。ここに来て、文化との関連を歴史的に跡付けるといふ法文化の方法論が、常識のレベルで視野に入ってきたと評しうるであろう。誇張になるが、日本法文化論元年といいたいところである。

一九八三年は『野田良之先生古稀記念・東西法文化の比較と交流』が出版された年である。表題は、しかし、野田先生への敬意の念の現れに過ぎず、本稿のテーマに即していえば、紹介するものが見当たらない。

二 法文化の実相

1 同じ一九八三年に、現代法に関する日本人の法行動の個性(著者は特殊性という)を明確にしようとした著書が現れた。柴田光蔵『法のタテマエとホンネ——日本法文化の実相をさぐる』である。「日本法の実相」と題して『書斎の窓』二九二号(一九八〇年三月)——三二二号(一九八二年三月)に連載された二一回分の前半部をふまえた上で同趣旨の大増補を加えたもの(新增補版は一九八八年)である。

タテマエとホンネのギャップについての評価はマイナスとは限らず、プラスの場合もあると前提したうえで、日本文化会議の調査結果を利用しながら、九章に涉って論ずる。このタテマエとホンネの切口はすでに一九七九年の論稿⁽²⁾にみられ、言葉はよく使われるありふれたものであるが、旨く使いこなすのは難しいはず。①守られにくい法律、②破られがちな約束、は予測されたごとくネタが豊富で長談義となっている。全体として際立った異論は見当たらないが、辛口の政治評論としてマツトウな研究者には真似のできない表現がみられる。

①として、交通法規、労働法、税法、墮胎、サラ金、談合、賭博、軽犯罪などの実例をあげ、そもそも立法時に

守られないことを予想・覚悟してつくられたり、一罰百戒的発想で取り締まったりするが、タテマエ論としては日本人は法を守る民族ともいえる、という。

②の契約については、著者の専門にしたがい、聖書、古代ギリシャから、とくに古代ローマ法について詳しい解説がなされて欧米に及び、日本との対比が図られているという点が貴重である。総括として、欧米の基準からすると、日本人が契約を守らないことがあるのは認めざるをえないが、マトモな人間は約束を守るのが普通と考えており、国内ではホンネ優先、国外ではタテマエ優先と使いこなしていくだろう。何故なら、農耕社会では契約という物的制度よりムラの人的存在が頼りになること、異民族支配を経験していないので法的制度が柔構造であること、つまり「法だけにたよらない平和」が存在するからである、という。

③は「力のおよばない法」の特集。時効による法の限界の問題で、日本では時効が完成しても青天白日の身とはならないというふうに、得体のしれないシステムとして理解されている、という。

④は「傷つけられる法」の特集。法律関係者がらみの事件を扱う。彼らは清廉で親しみがもてないほど権威があると思われるから、事件で法が傷ついたようにみえても、その権威はダメージを受けてはいない、という。

⑤「追いこされる法」は、憲法九条と自衛隊というタテマエ・ホンネのありふれた話。

⑥「超えられてしまう法」では、超法規的という表現は、法の向うに法とは異質な社会規範を想定する日本人にとって、親しみ易く受け入れ易い響きをもっていて、違法・不法のイメージは稀薄である、法の支配圏を離脱したという日本人の心情にピッタリで、超法規的とは準法規的のことである。他方、日本人には根強いタテマエ信仰がある、とする。

⑦「理解され難い裁判の法」では、日本人の常識は無罪確定までは有罪であり、「氏民権」を奪われている。法治主義とはいいながら「常識の法廷」に引かれて「大岡裁き」に人気がある、と指摘する。

⑧ 「いやがられる法」は隣人訴訟の解説。

⑨ 「ミゼラブルな法」では、日本は法律をキチンと施行している国であるといえるが、京都市の古都税紛争の例を引いて、条例が威力を発揮できずに撃退されたというミゼラブルな話である、という。

以上、日本法の現状分析の形をかりて、巧妙な各章の表題の下に、法文化の特殊性らしさを解説する本書には、タテマエとホンネという傍観者流の岡目八目的観察がみられる。それが生理的考察として古さを感じさせない理由であろう。他方、前出の大木著は当事者流の勇氣ある発言で、西欧法文化との共通点を探るといふ新味を生んだということだろうか。しかし、「法に関する文化」が依然として関心事の中心にある。

2 時期は一九八九年と先にとぶが、「法文化の実相」というテーマからみて、ここで紹介しておきたい著作がある。中川剛『日本人の法感覚』（講談社現代新書）である。

冒頭で「日本の法文化のなかで、正義と法は必ずしも一致しない」、「自然法に相当する絶対的正義の拠点を見出すことのできない、日本の法文化の特質を、理論的努力によって検討し、国民の創造する倫理感覚によって、法概念の内容を充たさせる方向」を求めようと、本書の趣旨・目的を明らかにする。日本法文化の特性（？）の実相を探ろうという、当時における苦心作である。目次では、(一)規範意識、(二)権利の表われかた、(三)秩序形成の心理、というように憲法学の編別に従っており、順に従って、筆者の目を引いた箇所を引用してみよう。

(一) 「欧米の近代法制では……法的秩序をたどっていけば、神の与えた戒律に行きつく構造になっていたから、権利を主張し義務を履行することがただちに倫理性を有した。法と宗教的確信とは別個のものではなかった」。これに対し「日本の法的伝統では、法はどこまでも世俗の秩序のための機構であって、最少の平均的な倫理的要素を具有するものでしかない。このために、義理人情という、社会倫理を発達させざるをえなかったのである。『人間らしさ』は……義理人情のあいだでの選択によって定まる」。

日本人の独自の法感覚では、秩序保持の正当性と倫理的正当性が分裂ないし分立している。国民主権は憲法と権力機構の正当化のための見せかけである。

現代日本の国民意識についていえば、「豊かで安全な生活への手段として平和が必要とされている」のであって、「豊かで安全な生活を犠牲にしても平和を実現するという声は、どこからも聞こえてこない」。

法の言葉は器であり形式である。その中味は日本人の行動様式つまり文化によって満たされなくてはならない。従って、日本人の民主主義は過去の日本国民の総意を尊重するということだ。

(二) キリスト教世界では、「宗教が政治理念の根底にあり、戒律が法制度の基本に据えられていたから」、実定法の權威は、神の法である自然法によって基礎付けられたのである。これに対し、日本人の宗教感覚は神社信仰の現世利益と仏教の慈悲の精神によっており、甘えに親しみ易く、利害対立を合理的に解決できない。

物も土地も自然から生みだされたものであるから、財産に対する絶対的支配権は想定されるはずがなく、对人的に社会的義務を負うのだが、近代社会を成立させたプロテスタンティズムの倫理による社会的義務を課せられ公共性が認められる欧米と異なって、日本では近代化によって財産権が私権として確立されたため、公共性は理解されず、現実的利益として自由が氾濫している。

日本の社会は、その地位に格差があっても、文化を共有しているという共同体意識の強い柔構造の社会であって、集団から切り離された個人の自由にはなじめず、私生活の自由は、権利というより社会が承認する習慣や伝統のなかに生きている。

(三) 日本はタテ社会ではなく（みかけだけ）ヨコ社会の集団主義だから、独裁は困難で、調整本位・指導力不在・行き当たりばったりというふうには、柔構造にふさわしい非定型な国政のあり様で、稟議制（ヨコ社会の集団主義）・行政指導（法による命令に居心地悪さを感じる）という日本独自の行政手法が執り行われている。

「裁判への漠然とした恐れは、集団の監督不行届きの責任が裁判の過程で問われた封建制下の記憶に発して」おり、「法は抽象的な権威とはならない」。普遍的正義は問題とならず、「法も先例も、解決の邪魔になるなら斥けられる」。輸入された法的概念は日本の実情に合わせて適用しなければならないという配慮が必要とされ、①判例の拘束は強くなく、裁判所全体が世論の動きに敏感、②近代化を急いだあまり伝統的倫理感に不案内になって、「公益に適合するよう」「正当な理由がある場合」などの不確定概念を使う制定法が多い。

法について神聖化が行われている社会では裁判官は法の番人になりうるが、法が世俗化している社会では裁判官の独立が不可侵とされる理由に乏しく、法の支配も人の問題に帰着する。

日本流の民主主義感覚の秀れた点は、国民の文化的結合が政治の限界を越えて力を発揮する点にあるといえるが、他方、討論・票決の努力を積み重ねるのではなく、集団本位の民主主義から「根まわし」という行動様式が通用している。

文化のなかに融けこんでいる西欧の法的伝統まで輸入して複製をつくることは不可能で、神への絶対的義務がなければ絶対的な基本的人権など保証されるわけがない。

「われわれの伝統のなから掘り起こせる古い民主主義の感覚は、『寡きを思えず均しきからざるを思う』という社会的正義を基本とする、つつましいものだった。日本の封建社会は、市民社会でなく、大衆社会の母胎だった。そのような欧米民主主義との違い、また伝統的な行動様式……を……つきとめる努力によってのみ、われわれは自身の文化に根ざした民主主義を発展させることができる」。

「文化はどこまでも個別的である」。「われわれは、聖書という言葉に立脚する文化をもっていない」が、「日本国憲法の安定も……日本人の固有文化をさらに発展させる刺戟となり……日本文化の一部になって」いる。

(終) 「聖書民族」が作った法は「神話民族」としての日本人の生活様式には必ずしも適合しない。神話思考の集

団にとって、法は世俗化しており神聖性がない。このため、社会の規範と自己の実感とする規範とが分裂しており、社会秩序のためには前者が、人間的感情の充足のためには後者が、認められなくてはならない。

継受法を日本文化の脈絡のなかで「翻訳」しなければならぬが、「明治も戦後昭和も、欧米への過剰適応をもたらして、自己の法文化の構造的特質に不案内になっていった」。「日本人の裁判嫌いは、権利意識が未発達だからではなくて、欧米人のような、法廷が形を変えた神学論争の場であるという伝統を持たないからである」。

「観念としての神を奉ずる聖書民族ではなく、人間としての神々に親しんできた神話民族である……法感覚によって生きているため」、「われわれは、自由・平等の標語のために革命を起こせるほどの観念的な国民ではない」と結んでいる。

さすがというべきか、「法という文化」にも目配りして、裏側から憲法の原理を考え実相を観察するという、才気煥発の法文化論である。そのためか、筆の赴くまま走りすぎではないかとの感想をもったのも確かであった。

3 話はまた一九八三年ごろに戻る。日本法社会学会が一九八二・八三・八四年と三ヶ年に涉って、『法意識の研究』のシンポジウムを組んだのである。

ここにきて、今さら単純な法意識論でもあるまいと思う読者もいると思う。恐らく法意識研究のこれまでの総括的意味であろう、と。そうだとすれば、法文化の実相の一つとしての法意識という見方もできよう。そこで筆者の関心に従い、略記する。

(一) 一九八二年(法社会学三五号)

・利谷信義が、冒頭、問題の所在について、①法意識とは何か、②法意識研究の経緯、③法意識の歴史的特質を提示。

・広中俊雄「法意識研究の課題」は、調査研究と法意識の対立・衝突の研究の必要性を提唱する。

・六本佳平「『日本人の法意識』研究概観」では、法意識の用語法に二義（憲法意識という場合と契約観念をいう場合）ありから始まって、川島武宜の戦前・戦後における法意識研究を跡付け、法回避傾向は法的手段使用の可能性の制限に基因するという所説の紹介をし、今後の課題として、近代法原理が社会組織にどれだけ浸透しているかの問題、法意識を法体制・法過程のなかにどう位置付けるかの問題、伝統的法観念の分析のために日本文化論との協力が必要（出た!!）、経験的資料の組織的収集、の四点をあげる。

・水林彪「『日本の法意識』の歴史的基礎」では、日本の法観念の歴史的起源は徳川時代にあり、超歴史的な日本人の特性などに求めるべきではないと話を始め、それを立証しようというのである。中世末には自律的権力体間の紛争解決方式としての自力救済と審理判定型の法・権利義務関係型の法が存在していたが、徳川時代の国制は日本固有の性格（市場経済社会＋官僚制国家のドウアリスムスと階級的生産関係の抱き合せ構造）をもち、紛争解決は義理による調停が行われ、また物の授受に関する社会の習律は血縁・結縁からの流出物として義理による取引と考えられ、御得意、関係が形成された。他方、民衆には、近世を通して中世的法観念が生き残り、権力は、道理の下にあるべきだとして闘われ、幕末には、権理、道理、がレヒトの訳とされていた、という。

以上、国制史の観点からの解説で、常識的な「聖徳太子の和の精神」がナンセンスとして否定されたのは分かるが、文化、抜き説明でいいのかという疑問がなお残ることになった。

(二) 一九八三年（法社会学三二六号『統法意識の研究』）

・棚瀬孝雄「法意識研究のモデル」では、法意識論大好き日本人によって、その視座は三種説かれ、①「日本の法意識」は克服されるべき対象である、②「法を使わない」日本型社会はあるべき一社会像を示している、③日本も外国も根本的なところで違いない、と区分けしたあとで、現在、問題にすべき研究モデルにも三種、即ち原型モデル（タイムラグ・モデル）、状況規定モデル、論者の提示する社会文法モデルがあると、それぞれの解説をす

る。

原型モデルは村落共同体を基盤に固定的身分制に適合した法意識の残存という特殊日本の法意識による説明であり、現代日本社会において、その再生産というだけで十分説明しきれないとする。状況規定モデルでは、訴訟回避という法行動は費用や時間を考へての合理的選択であるとして法意識で説明する必要がないというが、ミクロな観察であつて、社会形態が意識によって相対化されるというマクロな把握の視点を欠いていると評し、社会文法モデルを提案するのである。ここでは、法の特性の洗い直しから出発し、文化に規定された社会行動との関連をみすえながら法行動を観察せよ、と主張する。さて、これは本稿でいう「文化としての法」をみよという提案ではないか。

・熊谷開作「日本の法意識形成の歴史過程の一例——自由民権運動期における民事訴訟件数をめぐつて」は、日本人の裁判ぎらいは明治以降に形成された面が多いという趣旨のもの。自由民権期の訴訟件数の動向、勸解制度にみる権力の対民衆裁判回避策などを資料に、裁判の影響や政策などによって裁判に対する日本人の行動がきまつてきた、という。

・渡辺洋三「法意識研究についての覚書」は、法意識研究の着眼点を明確化したいという論稿。わが国では「国家法レベルにおける法意識と生ける法レベルにおける法意識との矛盾・対立が根強い」ので、両者の相互规定的関係を統一理解する必要がある、そして「生ける法意識をうみ出す社会的基盤、さらにそれを支えている社会構造的要因や文化的要因、法意識を担っているさまざまな立場の人間の主体的条件等を、全体として総合的に把握すること」が課題である、として、三つのポイントを提示する。

一つは国家法レベルの法意識について。法信頼思考より権力信頼・権力依存思考が強く、裁判嫌いは権利意識の低さと結びつかず、訴訟観はおかみに解決してもらいたいという意識の表れで、この保護意識によって、国家に対

する国民の権利と国民に対する国家の義務という対立関係の観念が生みだされていない。

二つは生ける法レベルの法意識について。川島説のいう日本社会の非権利義務的体質の批判の重要性は今も法社会学の重要な課題の一つである。体制側の政策的要因と国民側の社会的要因との相互関係の検討と、義理・人情の義務規範の形成と再生産という社会規範の特殊性についての再考が必要である。

三つは日本社会の共同体的体質の解明。西欧の理論で日本社会（文化）の特質を外在的に解明するというのはナセンズで、日本の歴史社会に固有の問題を、歴史・文化から両者を関連させつつ内在的に理解するための方法論的枠組みを考える必要がある、政治経済的要因と文化的要因の双方に眼配りせよ、という。

・「討論」から……我妻洋は、アサンプション（想定、半分無意識で普通の人にはそれ以外のあり様はないと受けとられている観念）からいえば、「文化によって違い、同じ文化の中でも集団によって、時代によって違い」があるので、それを洗いだして、それが法意識にどのように反映しているかを研究してはどうか、と提案する。

(三) 一九八四年（法社会学三七号『法意識の現状をめぐって』）

・田中成明「日本人の法意識とその研究の現況について——権利意識と裁判利用を中心に」は、法意識論というより法文化の類型（個性）論に近いもの。まず、「日本の文化・社会の法化を妨げている伝統的・前近代的要因を批判的に分析するというその視座自体は、現在でも基本的に受け継がれるべきだと考えている」とした上で、「近代西欧法を相対化して比較史的にとらえる、より普遍的な分析モデルの構築が必要」という。

そこで、近代西欧の普遍主義型法に加えて管理型法、自治型法のモデルを提示する。西欧モデルからみて、それを阻害する反法化やそれを超えようとする非法化を「遅れ」「歪み」と病理的にみるのではなく、法化プロセスの型のアラわれとみて、三法類型を提示し、意義・特質・問題を解明しようというのである。

管理型法とは公権力による政策実現の手段という性格の強いもの、自治型法とは人々の意識・行動を現実に規制

しているインフォーマルな社会規範や正義・衡平感覚に基づいて生成・存立するものであって、普遍主義型法は裁判、管理型は行政、自治型は私的な法的交渉に重心がおかれているとする。

日本の法文化は伝統的法文化のもと、管理型法と自治型法の両極に分解した形でありながら、圧倒的に管理型法に比重をおいて反法化の契機が強く残存し、他方、自治法型の復権要求と普遍主義型の非法化を推進する法システムの整備が行われて、交錯し合っている、という。正しく、本稿でいう「法文化の普遍性と個性」に見合うのではないかと思うが、伝統的法文化とはどんな精神構造のものか、が問題である。

次いで、権利意識の実態は普遍主義的性格は稀薄で拡散しており、また法律学的権利観念と通念的権利感覚とはずれている。そのため権利主張や意識の高まりは裁判利用の増加につながらず、公権力依存の受益者の利益感覚によつて、普遍主義型的法化でなく管理型的法化を推し進めている、と。さらに、裁判の利用については、一定の利益要求が裁判の内外で主張するだけで効果があるなど、法的空間の拡大に伴う非法化の一環として、権利の実現・救済のチャンネルが多元化しており、裁判も利用可能な方式の一つにすぎないという状況である、という。

三法型モデルについては、討論において、大方の推測の通り、多くの研究者から多角的に質疑があったが、それを含めて三年間の法社会学会における報告の成果は法文化論に対する論点の提示としても受けとめねばならないと考えられよう。

三 法哲学の法文化論

1 一九八六年は、法哲学者の法文化論が目をついた年として記憶に残る。表題の所以である。まず、法哲学会が行った『東西法文化』をテーマとする諸報告がある(法哲学年報一九八六年)。

・矢崎光圀「法をめぐる異文化相互の距離と接合——M・ウェーバーの考えを参考にして」我々は「西洋風の近

代的形式的国家法を、修正しつつも、受け入れ用いてきたという事実」があり、日常生活のレベルでもそういえる。そこで非西洋世界を切り離してではなく、共通した視界から再考すること、「それぞれをたがいに違っていてユニークさをもつんだけど、どこかで連動し収斂し共通しさえする当面の諸問題をかかえるものとして再考すること」と、現代社会における普遍性を探求しながら個性を再考せよと主張する。

・五十嵐清「法系論と日本法」は、主に、西欧比較法学者の法系論における日本法・東アジア法の位置付けを紹介した報告。戦前の法系論について、穂積陳重（日本法はヨーロッパ法族に移行したと説く）とウイグモア（日本法を独立の法系として位置付ける）を紹介し、戦後法系論については、シュニッツァ（日本法はアジア法のなかに）、アルマンジョン・ノルデヴィオルフ（日本法は極東におけるドイツ法として）、ダヴィド（日本法は中国法に、その後、極東法のなかで中国法と並んで）、ツヴァイゲルト・ケッツ（極東法圏のなかに中国法と日本法が）が解説されている。

このような日本法の位置付けについて、報告は、中国法との共通性を論ずる土壌はできておらず、韓国法・台湾法とは共通性を語りうる土壌がある、という。しかし、これでは日本法の位置付けについて効用ありとはいえないので、比較法文化論的アプローチにより、日本など東アジア法の特色を明らかにすることが期待される、と結ぶ。

・滋賀秀三「中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて」では、「中国では法は専ら国家権力による成文制定法として現われ」、「法の支配」が育つべき下地が全くなく、ヨーロッパの対極に位置する。州県レベルでは刑事・民事において、常識的な正義衡平の感覚である「情理」が判断基準とされた。中国人にとって、法律は解り易いが法・権利は解り難い概念であった、という。

・大木雅夫「極東の法観念に関する誤解」は、第一節で紹介した『日本人の法観念』とほぼ同趣旨のもの。西洋の法治主義に対する日本・極東の徳治主義という通説は誤りである。稲作が和の精神を培い権利闘争の観念を欠落させたという根拠も薄弱で、古来、わが国では権利義務をめぐる激しい争いが繰り返されてきている。江戸時代の法

制事情をみれば法令のインフレ状況を呈しており、法治の時代ともいえる。日本人が調停を好んだのは、和の精神ゆえではなく安上りで制度がよく整備されているからであった、とする。

・利谷信義「西洋法と日本法の接点——『法の継受』を中心として」は、法の継受とは西洋法・法文化と日本法・法文化の接点による法典編纂と裁判所の設立であるとし、その内実を明らかにしようというもの。民法を例に、継受法は日本の従来の慣習と背馳しないように配慮されて、継受法は特異な日本の近代法となり、その特殊性はかなり根深く、時が経てば必然的に変わるとは保障できない、と論ずる。

本特集は、東西の法文化を論ずるといふ企画のなかで、日本近代法の普遍性と特殊性・個性に光があてられたというところであろうか。

2 つぎに、田中成明「日本の法文化の現況と課題——権利主張と裁判利用をめぐる」(思想七四四号一頁以下、一九八六年、三〇頁強に及ぶ)は、『法文化』と改題したが、法社会学会報告(前出三七号)と同旨のもの、若干の論点を補足している。法化・非法化の観念の整理をした上で、川島理論の意義と限界を論じ、例の三類型モデルを呈示する。

川島理論の近代的法意識は市民的法文化の核心をなすものとして、現在も承継されるべきであるが、西欧中心の単線の発展段階的進歩史観は問題で、社会の法化に対応して生じているわが国の法的制度化・法的社会化のプロセスは西欧法モデルと異質で多様化しており、市民的法文化の成熟との関連でも複雑である。そこで、このような現象も独自の法化プロセスの現れとして、その意義・特質を分析しうる法モデルが必要であるという。それが、法の三類型モデル(普遍主義型法・管理型法・自治型法)である。

わが国の法文化の特質は、中世は管理型法観念が主流であり、幕藩体制のものでこの傾向が一段と強化された。普遍主義型法の継受後も管理型法原理によって運用され続けたため、自治型法レベルでは普遍主義型法を阻止す

る、義理・人情などの反法化契機が残存し、市民法文化の成熟が遅れた、と分析する。

権利主張の内容には日常的利益まで含み、権利観念が拡散して専門的議論との間に相当なズレがある。利己的権利主張に対する批判は公益優先の意見に連なり、普遍主義的権利意識に程遠く、市民的法文化が浸透しているとは思われない、と。

裁判利用については、普遍主義型裁判像には程遠い、権利侵害を公の場で追及しようとして裁判闘争に及ぶという有様である。しかし「お上の裁き」という裁判イメージが支配的な法文化のもとで、現代型訴訟が裁判への市民参加の拠点拡充と公正手続に則した法的議論の確保という法文化を浸透させるのに寄与していることを評価する。そして、市民的法文化の成熟のための方途を説いて、結ぶ。

筆者の感想——「生ける法」はどこへゆけというのだろうか。そして、日本文化の通奏低音の運命は？

3 一九八六年を総括するのが、千葉正士『要説・世界の法思想』である。著者が法人類学研究の結果得られた知識に基づいて、現代世界の主要な法思想を概観したものである。西欧法思想が唯一のものという法学界の大勢に対し、世界の法文化は多元的であり、西欧法にも普遍性と特殊性があると再評価するために書かれたという（「はしがき」より）。

道具概念として「法秩序の特徴としてあらわれた文化統合」（法文化）、「法体系・法秩序・法文化に関する思想」（法思想）と使い分け、(一)西欧法思想の西欧性、(二)非西欧法文化の法思想、の順に論ずる。

(一) 西洋法思想の特殊性とは、民主主義・資本主義・ローマ法の伝統・キリスト教道徳という文化的伝統に基づく立憲主義と法の支配である。西欧では普遍的であるが、イスラム・ヒンドゥ・中国の法体制と並べれば西欧固有の特殊な法思想である（日本法はどうかに興味がもたれる）。

こうして、特殊性が形成された淵源・特徴としての、ギリシャ哲学、ローマ法、キリスト教が語られる。

ギリシャ哲学は、国家・法・正義・自然法の概念を組織して西洋法哲学の伝統を開き、そして契約・物・所有・占有・責任・相続などにかかわる権利概念を確立して、私権の体系を構築したローマ人は、市民法を拡大し、万民法を認めて、今日の国家法・国際法・自然法の原型を作りあげた。この古典ローマ法は、ローマ法大全として一〇八〇年に再発見され、西欧社会に吸収された、と。

キリスト教(思想)史が、「西欧法思想の源流」に始まって、「西欧法思想の成立」、「西欧法思想の展開」の順序で、西欧法思想の主軸として語られる。アウグスティヌス、ギリシャ哲学とローマ法をとり入れ中世西欧世界に普遍的な社会原理を与えたローマ・カトリックの教会法(学)、そして西欧法文化の中心的な源泉となった一〇七五年の教皇教書、ローマ法継受と語りついで、西欧普遍法の誕生を説く。他方、一〇世紀半ばからローマ法以外の俗界法による多元的法体制(荘園法・封建法・商事法・都市法)が、イギリス・シチリア・ドイツ・フランスなどの王法によってその統一が促進され、教会法と不可分の関係をもった。こうして西欧法文化の原型が築かれたのである。その特徴は、正統的政治権力による法の体系化とカトリック的自然法観念で認識された道徳的行為基準であり、のち、トマス・アクィナスの『神学大全』によってキリスト教的普遍社会の精神世界が体系化された。

王権神授説の出現、宗教改革によって生まれた人間観(神の前における個人の平等と自由)、絶対主義下に生まれた国家教会の確立、政府・官僚機構の形成、慣習法の統一というふうに、西欧法文化の伝統の基礎付けと西欧法思想の基礎固めを解説し、近代市民法思想の成立に説き及ぶ。

近代西欧法思想の完成。その特徴は、国教分離、合理主義的官僚制、憲法に基礎付けられた国家法一元体系である。

改めて著者はいう、今日の西欧法文化の成立を主導したのは教会法であり、西欧法の普遍性はカトリック・キリスト教を基礎にしている、と。市民革命によってキリスト教思想は法の世界から消滅したようにみえても、それぞ

れの国民の生活と心において平和を維持する役割をになっている、と。カトリシズムとプロテスタンティズム・教会法と世俗国家法、それらの平和的共存が西欧法の全貌である、と。

この西欧法(思想)は世界のすべての国に移植されたが、移植された国にも固有法があつてお手本通りに実行されず、西欧法はそれらとの関係で相対的存在に止まり、いわば西欧法文化の普遍性と特殊性が語られることになるのである。

(二)「非西欧法文化の法思想」については、ユダヤ・イスラム・ヒンドゥと仏教・中国・日本の法思想と、固有法思想、が語られている。

ユダヤ法思想では法の基礎的形成因である契約の原理が説かれ、イスラム法思想ではシャリーアと呼ばれる宗教的法規範や一種の世界法としての多元的な姿が描かれている。ヒンドゥ法はインド社会の固有法であり仏教法はインドが生んだ宗教・法思想として、共通点の多い法思想であるからと、まとめてインド思想として語る。ヴェーダに対する信仰としての多神教的バラモン教とウパニシャッド(奥義書)、その新宗教ヒンドゥ教、そして仏教である。ヒンドゥ法はインド伝統法の法原理・社会慣行の思想として確立しており、その理念はダルマにある。仏教法はタイ、スリランカ、カンボジア、ラオスに広まり、非公式法として、また公式法に働く法原理として、今も法文化のなかに生きている。

中国法(思想)の特徴は、「成立以来一貫して法源ないし規準とされてきたような一つの法典あるいは聖典がない」、「旧中国の歴史において……政治哲学……の中で最も指導的であつたのは、儒教ないし儒学であつた」、宗教思想として、天台宗・華嚴宗・浄土宗・禪宗を生みだした大乘仏教、民俗宗教たる神仙説・鬼道などを理論化した道教が共存してきた、ことである。天命・王道の観念、五倫五常の人倫などの儒教哲学が、道教・仏教の思想と共存したのが、旧中国の法思想である、と。新中国は旧中国の思想を拒否したが、調解の制度にみられる伝統の再生

があるなど、新旧の連続性を語れる一面もある、という。

日本法思想の解説は二六頁あり。初めに法思想論史。日本法制史、法社会学（法意識論、法哲学（学説史）による研究を略記したのち、法思想研究は法文化（ここでは日本法の文化史）論による構成が必要である、という。次いで継受法以前、継受法以後と続く。話は当然、十七条憲法に始まる。中世から近世の公家法・本所法・幕府法・藩法……と。そこからの問題意識として導かれたのは、和の精神、家族的結合、村落的結合、身分階層制、法外の法理念（融通する解釈と運用もしくは建前と本音の使い分け）が、権力者と民衆の現実対応主義によって成立した、との論である。

西洋法の継受以後、明治憲法体制下の市民法思想と固有法を再編した権威主義的法思想の併存という「思想的雑居性」（丸山眞男）には、法外の法理念が働いており、現実対応主義が優先していた。一神教的原理が一貫していない日本の法思想では、大戦後の非連続の法思想のなかにも思想的雑居性は底に潜んで連続しており、ここに日本の法思想の特徴がある、という。これは無原理というのではなく、柔軟な原理つまり「アメリカ性法思想」と名付けたいと、この章を結ぶ。

「固有法思想」には二義あり、西欧法思想は西欧法文化の固有法という場合と、西欧法移植後に国家法とともに生きている固有法という場合とである。ここでは後者、つまり非西欧社会の固有法、それもフォークロー（未開法・部族法）をとりあげ、固有法と国家法が矛盾対立しつつ一つの法文化として成立している現実から、文化的同一性を基礎付ける原理があるはずだとして、それをアイデンティティ法原理（例、旧中国の天命天道・日本のアメリカ性法思想）と呼びたい、というのである。

(三) 最後に、諸法思想の比較的特徴について。ユダヤ、イスラム、ヒンドゥ、仏教は宗教と一体だが、日本法は法と宗教を厳密に区別していないし、西欧は文化的に不可分であるが、固有性の存在意義が損われると解されて、

理論上分離体制がとられている。宗教のほかにも、*「宇宙哲学」* や *「時間と儀礼的行為」* を基準に比較した特徴について論じたあとで、近代西欧法思想は理論上も実際上も現代世界に普遍的であるが、ギリシャ哲学・ローマ法・キリスト教に淵源があるという点で特殊性がある、という。現代世界における諸国法は、国家法と固有法の対立矛盾を含むが、「法文化におけるアイデンティティ法原理により協調を計ろうとする共存の体制」、つまり多元的法体制である、と結ぶ。

西欧法思想から始めた研究であるから、普遍的文化としてのキリスト教が脳裏に浮かんだことだろう。法と宗教の関連を比較の基点にすえたのは、西欧比較法研究者にみられるように理の当然であるが、そのことが、*「法という文化」* を視野に入れることになり、法思想の比較をこえて比較法文化の問題領域に足を踏み入れることになったのである。日本の *「法に関する文化」* については「*「アメーバ性法思想」* と *「現実対応主義」* が提示されており、*「法という文化」* と *「法に関する文化」* という法文化論の舞台装置はここに整ったといつてよいのではないか。ただ *「法という文化」* の宗教上の理念と *「法に関する文化」* の内実が、日本法の場合、どう結びつくのか。これが大きな宿題であろう。

ところで、日本法観念の普遍性が論ぜられ(大木)、西欧法思想の特殊性が語られるようになったのであるから、法人類学がめざした法文化の相対性・多元性は法学界の常識になったと期待してもいいはず。そのときは、世界の法文化について普遍性ととも個性について語る事ができよう。

4 ここで節の題名にはそぐわないが、一九八〇年代論史の記録として残された(第二回日仏法学共同研究会)について記しておく。一九八八年一〇月、東京大学において「紛争解決の制度と問題点」のテーマで、三日間開かれた。第一回集会の準備不足という反省に基づいて、周到な準備を重ねた九年振りの再開である。

(1) 第一日「調停の概念と制度」(小山昇)。日本人のもつ *「折れ合う心」* は社会的・経済的变化にも適応し、法

継受後も紛争解決に機能している。それは内済・勸解・和解・調停という沿革をもち、平和と調和の維持を図っていた。

(2) 第二日「調停の概念と制度」(山口俊夫)。日本では、裁判所においても労働委員会においても紛争はしばしば和解によって解決をみているが、これは終身雇用・年功序列賃金制度によって雇用関係の安定が保たれているためである。

・星野英一 フランスでは訴訟は正義が実現される機会・手続であると考えるのに対し、日本では訴訟は紛争を解決する諸手段の一つにすぎないと考えている。これはジュステイスという言葉が日本語の正義・裁判所・裁判の三つの意味を含むものとして使われているのに、日本では分けて観念していることと関係があるのではないか。

・小山昇 日本人は自分に権利があるという確信がないから調停和解が成立し易いのではないか。

・山口 フランスの例では民主主義が浸透するほど権利に対する姿勢はより積極的になっていくと思われる。

・星野 日本法のよさを欧米の法学者に知らせることも国際貢献の一方法である。

(3) 第三日「憲法訴訟・行政訴訟における政策決定問題」。「憲法」(深瀬忠一)——フランス憲法院の判例は迅速・明快・統一的でデカルト式システムであるのに対し、日本は緩慢・曖昧・不統一でアメリカのプラグマチズムに近い。日本国憲法の裁判官による解釈適用が日本人の伝統的憲法文化に修正を迫り改造してゆく役割を果たしている。

・樋口陽一 「アメリカはジャッジ・メイド・ローの伝統があり、ヨーロッパ大陸では、いままでのイデオロギーに基づく制約……がある通常裁判所の外に、全く違う機関を設けたことによる……フリーハンドがあるのに対し、その両方ともないのが日本です」。

「行政法」(兼子仁)——フランス側の意見「法律の違憲を宣言しておきながら、選挙の効力は認めるといふの

は、フランス法的には理解し難い」、「フランスでは、取消訴訟は当然客観訴訟で、住民の個人的な利害にかかわるような行政の決定に対しては、越権訴訟で広く争える」。

・磯部力 フランスにくらべ、日本では行政訴訟の提訴件数が圧倒的に少ない。これは紛争の調整もしくは訴訟の未熟防止機能として行政指導がその役割を果たしているから。

・小早川光郎 日本に比べれば、独・米も訴訟による行政統制が進んでいる。

・北村一郎 日本の行政訴訟の場合、「直訴」的発想が下敷きにあつて善政嘆願の場となっている。政策志向型訴訟というのはそのためである。

・園部逸夫 選挙訴訟における事情判決は裁判所の違憲審査の黙示の行使と国会の自律的な対応という、日本独自の以心伝心の制度運用として興味ある課題であらう。

四 多元的法文化論

1 野田流比較法文化論から二〇年、法という文化をふまえて、時代はようやく多元的法文化論へとふみ込んだ。そうしたときに、千葉正士『法文化のフロンティア』（一九九二年）が出版された。日本の生ける法研究のため、小学校の学区（学区制度の研究）一九六二年）や神社と祭り（祭りの法社会学）一九七〇年）を追究してきた著者が、法文化探究をめざして、日本の文化的特質から非公式固有法を確認し、国家法との関係を見直すことを問題関心として論じた研究遍歴をまとめた論著である。

(1) 前編は「日本の法文化」

まず、未成年者禁酒法・禁煙法・売春防止法など違法行為が行われ易い法、また公選法・税法・建築基準法など脱法行為が行われ易い法を例に、日本文化の象徴的機能をみようという。ことに元号法・国民祝日法に天皇制文化

による国民統一の象徴を、政教分離原則に論争と妥協の象徴をと、法の象徴的機能研究に始まって、「屋」・「師」という接尾語をもつ職業を示す言葉の用法のなかに違法・脱法の職業を社会的に公認する法文化を探る。ついで都市化に伴う神社の氏子離れも祭りを盛大化させこそすれ衰退の気配をみせてはいないという社会現象のなかに「日本的心性の祖型」(住谷一彦)という文化力が働いている、祭りは「コミュニケーションの場」として自己のアイデンティティを確認する社会的シンボルであり、そこに西欧などの一神教とは異なる祖先神・系譜神の觀念化をみることができるとし、また小学校の学区制度にムラ社会の変容した共同体的一体性をみる、と論ずる。

ユニークな研究問題の選定と分析手法に、既成の法学にはみられない斬新さがうかがわれ大変に興味深い。極め付きは「アメーバ性日本の法意識」の最終章である。日本的思考・行動様式の決め手は「唯一の原理に絶対の支配をまかせるといふ態度を拒否し、他の文化においては唯一の原理であるものをも、そのままではなく相対化したうえであれば受け入れるという原理である」。これは「アメーバ運動に比喩できるもの」で、「日本の法意識はアメーバ性を持つと言え」と、いう。その原型の構造をみると、当事者間の特殊な個人的関係のなかで当事者の自主的な意思によって所属社会の承認をえようとするゆえ、合理的判断より人情で考え、支配関係も恩恵と考えるなど、非合理的決定を社会が承認するというところもあるが、法規的觀念が合理的な決定要因となることもあり、そこに多くの変型がみられることが上記のネーミングの所以である、と説明している。

アメーバ性といえば融通無碍となり、「思想的雑居性」(丸山眞男)との批判もつけそうであるが、それこそが原理そのものである、と論者は弁護する。この点は筆者も同感である。問題は「雑居性の原理」の構造的性格ではないかと、この先の攻究を考えたいと思う。

(2) 後編の「世界の法文化」

まず、M・B・フーカー『多元的法体制』の批判的紹介を通じ、非西歐法文化理解の条件について、西歐法文化

と並ぶという多元的文化論の一環として論じなければならぬとし、例証としてアフリカ・日本・西欧の法意識三類型論(初出一九七五年)を掲げる。特徴として、西欧的権利意識は確定性、アフリカは柔軟性、日本は不確定性といえるとして、ただしアフリカ・日本ではそれを補完する機能が働いて、西欧的確定性と似た役割を果たし具体的に権利内容を確定したり行動を特定したりしている、というのである。アフリカの場合は親族組織上の身分の意識であり、日本の場合には一定状況下の特定の個人的関係という文化的機能が補完的に作動すると、比較文化論的な試論を提供する。

確定性・不確定性(マイナス・イメージ!!)という表現に反多元的文化論の色が濃いのが、この種の現代用語が外国語の訳語であることを思えば止むをえないだろう。

次に、「国家法に対する非公式法の浸透」(初出一九八三年)のテーマにおいては、浸透する通路として、立法・裁判・行政の三方式に加え、固有法に対する国家法の黙認、国家法と固有法との競争を調整する基準の存在、という二方式があるという。とくに調整基準の存在については既述のアメーバ的思考様式がその典例であり、その論議を發展させたのが、次出のアイデンティティ法原理である、とこの章を結ぶ。

「アイデンティティ法原理」(初出一九八五年)では、まず法文化の基礎資料として、オセアニアの固有法の存在を例に、国家法がそれを否定もしくは変形しても現地人はそれを国家法以上に前提原理と考えるというように、多元的法体系とそれを支える哲学があるとして、その原理をアイデンティティ法原理と論者はよぶ。またH・J・パーマンの著書が教える西欧法伝統の淵源は一一世紀の教皇革命にある、つまり、それによって聖俗が分離し、魂の共同体たる教会と多元的民衆法が規制する世俗国家という複合体制を生んだが、教会が説くキリスト教によって統一のイデオロギーとしての西欧法伝統が確立したという学説に従えば、西欧法文化の成立にあずかるアイデンティティ法原理が読みとれるというのである。こうして「法として現れた一社会に特有な文化的統合」という法文化概

念が成立するという。

ところで、固有の文化があるところに外国の文化が移植されると両者の関係がどうなるのか。常識で考えても、拒否、融合、調整などの方法がとられるだろう。そのとき、あくまで自分は自分でありたいという基本線にたつて処理を考えるに違いない。それがアイデンティティを確かめるということだから、アイデンティティ法原理が非西欧諸国の切実な問題であるというのは、いわば当然のことで抽象レベルの答えとしては正解である、と思う。

具体的に日本法文化の問題として考えたときの、その内実は「アマーバ性法原理」、これが論者の最終的な答えなのであろう。何でも取り込む吹き溜りの文化ないし融通無碍の無原則文化であるとすれば、アマーバとしかいいようがないのかもしれないが、それだけでは、その生理的性格・実相は不明のままということになるのではないか。

最終章は多元的法体制論にみる法文化の多元性（初出一九八九年）について論ずる。事の始まりは、日本が放射性廃棄物をオセアニア海域に投棄しようとしておこった紛争にみられる両者の法文化の衝突問題である。日本側の態度にみられる法文化の特徴として「権利侵害者も確認されなければ免責、合法・不法の区別が不明確、責任は相手方がいなければ空文」という諸原則がある」とし、オセアニア法文化の特徴と比較して、その「アマーバ的思考様式」を際立たせている。このあと、多元的法体制における法文化の意義について、国家内法文化、国民的法文化、世界法文化の三元構造を前提とした人類の法文化論を訴えようというのである。

法文化に執着して長い研究遍歴をへた著者の壮大な構想が、フロンティアという書名に込められているのだろう。目次をみる限り、その意図を脈絡を辿って見抜くのは容易でないが、『世界の法思想』と併せ読めば、著者の苦心を感じとることができるはずである。

大木著の日本法文化の普遍性研究と、千葉著の西欧・非西欧法文化の個性研究と、そこにおける観念の仕様や立

論の当否に疑問があるとしても、それを指標にして、これまでフォローしてきた学説史の諸見解を含めていえば、法文化論の大筋は見通しがついたと筆者には思える。

2 「多文化時代と法秩序」(法哲学年報一九九六年) は似て非なるテーマのため、念のため注意。つまり、一つの政治体内部でのエスニック・グループや被差別集団の独自性を公認するための法秩序のあり方を論じたものである。

ところで学会誌の本命は、「法観念を中心とする世界法文化の比較——比較法文化論への試み」(比較法研究六〇号一九九八年) である。野田が比較法文化論を提唱してから二〇年、ようやく次のような「試み」が提案された。

「法観念を中心とする世界法文化の比較——西洋法文化圏と非西洋法文化圏」(木下毅) は、マクロな「法文化圏」を構想しようとするれば西洋・非西洋の法文化圏を、そのなかに「法系」を、下位分類「法族」を構築したい、というもの。

「メラネシア法文化の一側面——水平的に組織された社会におけるコンペンセイションの意義」(北構太郎) 「インド法文化圏」(千葉正士)。基層固有法にヒンドゥ法、固有化イスラム法、仏教法、西欧法という複合的な法文化圏の成り立ちが語られる。

「北東アジア法文化圏——中華人民共和国を中心として」(鈴木賢) では、実体的正義を求める客観的眞実主義の下で手続は手段にすぎないと考えられ、無罪推定の拒否、社会的悪を法的悪と考える実質的犯罪概念が根をはっている、という。

「イスラーム法文化圏における法の観念」(眞田芳憲)。法源はクルアーン(聖典)とスンナ(ムハンマドの言行と黙認)が根源的なもので、立法の主要な淵源がシャリーアである。国家法カーヌーンはシャリーアの範囲内でのみ存立することができ、裁判所の判決も同様である。神に服従するための義務の総体がイスラム法文化圏の普通法であ

り、ムスリムの各国家法が固有法ということになる。

「西洋法文化圏」(五十嵐清)。法観念の特色、法文化形成の要素(遊牧民型メンタリテイ・西欧語・ユダヤ思想・ギリシャ思想・ローマ法・ゲルマン慣習法・キリスト教・近世自然法・資本主義・民主主義)に続いて、その範囲のなかで日本が説明され、日本法は東アジア法文化圏に属するとする。そして「西洋法文化はひとつの法文化にすぎない」、「そこで法文化を越えた法概念を考える必要がある」と結ぶ。

「ロシアの法文化——その歴史的構造」(大江泰一郎)は、文化的には西洋に属しながら法文化は西洋から分岐している、その経緯を社会構造史的に考察したものの。

本研究が、西洋Ⅱ法文化圏であって西洋法Ⅱ文化圏ではなく、したがって比較法研究としては、従来の法圏論ではなく法文化圏論という新しい切口による試みであったという点が、最後に強調された。

とすれば、比較法学の用語法としては西洋法文化圏に対する非西洋法文化圏があり、後者のなかに日本法文化や中国法文化が含まれるということになるから、法文化の重層構造(多元構造ではなく)を考えていることになるのであるうか。

ともかく、これで基礎法学三学界の法文化研究が出揃ったことになるが、法社会学会の法文化論(これまでは法意識論)はどうなるのが気懸かりである。

これについては一九九四年度学術大会第五セッション、六本佳平の報告「法社会学研究における法文化」(法社会学四七号、一九九五年)がある。日本法に関する法文化の特徵という観点からのアプローチを否定する近年の見方を批判し、西洋近代型法の一変種として統合された法文化の育成という役割を自覚せよ、と迫る。そのため、文化ならびに法文化の概念の多義性を整理してみせる。即ち、法文化とは「ある国の法規範、法機構、法行動、法意識の総体ではなく、それらに共通の特徵を与える、法に関する基本的な象徴的意味、あるいは法観念の体系」とい

うが、なんとも難解である。

3 さて、ここで、一九九〇年代の日仏法学共同研究会の様相をみておこう。

第一回一九七九年、第二回一九八九年に続いて、〈第三回研究会〉は「責任概念の日仏比較研究」のテーマで、一九九二年九月パリにおいて三日間（民事法・行政法・刑事法 開かれたが、法文化論として特記すべき論議は見当たらない。実定法解釈上の責任論だけでは無理で、比較文化論（社会心理？）からのアプローチが欲しい。

(1) 〈第四回日仏法学共同研究会〉「異文化と比較法」と、続いてアンリ・カピタン協会日本大会「団体と法」が、一九九四年五月に東京大学で開かれた。

「異文化と比較法」（北村一郎）。比較の基点がフランス法になるという欠点があり、日本法について固有の論理を自覚しなければ、という教訓をえた、という。野田流の提言が生かされていないのである。

「団体と法（公共生活における団体）」（樋口陽二）。「典型的に個人を正統性の根拠とし、また個人を徹底的な意味で法主体とする近代……に疲れてきた、その母国の法文化が、改めて公共生活における集団ということを、意識していること」が、テーマの趣旨であると解説。

・感想（山口俊夫） 西欧人が興味をもつ「日本社会特有の団体法理」の問題は、我々日本人自身にとってもよく分からない面が少なくない。

(2) 〈第五回日仏法学共同研究会〉「不動産所有権の現代的諸問題」は、一九九七年一〇月にパリで開かれた。

「土地所有権の日本の観念」（吉田克己）。日本では土地所有権を自然権と捉える伝統はないが、土地利用規制は不十分である。土地所有権が強いのは「土地は通常の商品」として扱われ、法理に対する経済的論理の優越によるのではないか。（原田純孝）フランスでは革命過程で個人の自由と不可分に捉える所有権観念が創出された。

「建築の自由と都市計画法」（久保茂樹）。明治期の富国強兵策、戦後の経済優先主義が土地利用規制を不十分に

し、建築自由の観念が欧米に比べて強くなっている。(滝沢正) フランスでは美観を公序の中に入れて都市計画規制をしている。(吉田克己) フランスの伝統的な土地利用規制の基礎に公的空間と私的空間の峻別があり、公的空間は警察規制に基づく土地利用規制ができる。建築物の高度規制は警察規制の対象であり、美観に基づく規制も公的空間に係わるとされた。

北村一郎が、日仏研究会も五回をへて、フランス側の日本法への基本的認識も深まってきた、と総括した。

・筆者の感想——二〇〇八年は日仏交流一五〇周年にあたる。安政五年(一八五八年)に日仏修好条約が結ばれたからで、六七年にはパリ万博に幕府・薩摩藩・佐賀藩が出品し、一一年後のパリ万博に明治政府が参加した。一九世紀末にゴッホ、ゴーギャン、ロートレック、マネに浮世絵が影響を与えた(いわゆるジャポニスム)とか(ドビュッシーの「海」も)、一九〇〇年のパリ万博で舞を披露した貞奴が『ル・テートル』誌の表紙を飾ったとか、有名な交流史の話が残っているが、フランスにとっては単なる異国趣味にすぎなかったのではないか。文化の交流という観点からみる限り、その後もフランスからの文化移入が圧倒し、交流という名には程遠く、エコール・ド・パリに向けての渡仏など日本の片思いに近い一方通行というのが実状であった。とすれば、野田良之の日本法紹介が知られる程度のフランス法学界においては、これまで日本法の理解が不十分というのは当然であったろう。それが、今回は双方の理解が深まったという感想が述べられたのであるから、日仏法学会の努力の程がしのばれるというものである。

4 いよいよ二一世紀。この続篇をみておこう。

(1) 〈第六回日仏法学共同研究会〉「家族の観念と制度」は、二〇〇一年九月東京で開かれた。

「家族の観念」(私法・公法、歴史的・社会的背景を含む)(水野紀子)。日本では家族法は無力で、日常的に共同生活をしている人々を家族という場合が多い。

「家族の人的関係」(特に離婚および親子関係)(滝沢聿代)。日本で協議離婚が中心なのは法を好まないという日本の特徴を示しているのではないか。尊属・年長者以外は誰でも養子にできるという制度も日本の特徴である(フランスでは双方とも裁判官が全面的に介入する)。フランスの「法の過剰」に対する日本の「法の不足」(あるいは柔軟な法)という点が討論された。

「家族の財産関係」(特に配偶者の地位および家族企業)(大村敦志)。これについても日本では法の不足が特色の一つになっている。原則は夫婦別産制だが「隠れた共有性」がある。

・感想——日本の家族法について考え方の違う人が多いのは「家」制度がなくなって、基本的態度の違いが明らかになったためだろう、家族というものの見方がフランスでは制度的であるが日本では社会的であり家的意識がある(星野英一)。日本で「家」が解体していくと個人主義的家族となり血縁的な面がでてくるのではないか(水野)。共同生活をして労働により支え合う者の団体を家族と考えると、「単身赴任問題」の例にみるように日本では家族観念の破壊を生んでいる(山口俊夫)。日本の婚姻はコントロールが緩いので意思に基づく制度を考えたい方がいい。

(2) 〈第七回日仏法学共同研究集会〉「憲法・行政法・民法における一般利益と公益」が、二〇〇七年九月パリにおいて開かれた。

「民法における公益——日本の非営利団体」(中田裕康)。金山直樹のフランス法報告では、ルソー以来「公私」の区別が明確で、「個別利益」対「一般利益」、「市民社会」対「政治社会」という対立で捉え、後者の公益的領域こそが統一と均一性の世界として一般意思たる法律で規律されると、一般意思は一般利益の権利的表現と考えられてきたが、二月革命以後、権力の重心移動が語られるなかで一般利益の概念も社会的要求の調整の結果だと考えられるように変容し、個別利益は一般利益の源で、個別的諸利益の調整が政治の任務だという見方が強くなっている、という。

「行政法における公益——一般利益観の変容という視点からみた日本における公私協働の問題状況」（巨理格）。公共サービスの民営化の状況下で公共の利益や利用者の権利保護をどう考えるのかという点についていえば、行政契約理論の未深化な日本では、公共サービスの実効化を図るための制度的仕組みが不十分である。そこで行政・事業者・利用者の三者相互間において透明性と争訟可能性の確保を実現する必要がある、という。

「憲法における公益——日本憲法と一般利益の関係」（山元一）。（辻村みよ子）フランスでは一般利益の実現こそ人権保障の目的であり、一般利益に付される形容詞は民主主義的・普遍主義的という語であってポジティブに捉えているが、日本での公共の福祉概念は人権制約原理として考えられネガティブな評価が与えられているという違いがある。

・感想——実定法の比較においても、その背景にある社会・歴史・思想の問題にぶつかり、結局は比較法文化論の問題になる（星野、今ごろなんぞという感じ）。一般利益に「守るべき一般利益」と「推進すべき一般利益」とある（中田、かつての自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉の区別の新版か）。民営化によって一般利益の概念の洗ひ直しもしくは国家と市民社会の関係の変容が問題になっているのではないか（吉田克己）。

日仏が対等に議論できるようになり、テーマもグローバルな問題であったため研究集会は非常にうまくいったとの感想が述べられている。

5 二一世紀に入って、なお法意識を論ずる著作がある。これも、何を今さらという感じであるが、川島流法意識論が法学界で未だしばしば引用されることに触発された念のため批判論と考えれば納得がいく。

(1) まず、高橋眞『日本の法意識論再考』（二〇〇二年、第一章「日本人の法意識」再読）がある。川島『日本社会の家族的構成』に照らし合わせながら『日本人の法意識』を検討し、併せてジョン・ダワー『敗北を抱きしめて』を通して日本人の社会観念の特徴を描いたもの。川島理論に沿ってその方法・目的の真意を捉えようとし、ダ

ワーからは変化への強迫観念と大勢順応主義をひきだしている。

次いで、青木人志『大岡裁き』の法意識(二〇〇五年)がある。著者は比較法文化論の専攻者であり、人間の価値観は歴史や文化の制約をうけるという前提から、「大岡裁き」に代表される伝統的固有法とそれに対応する日本の法意識が法の継受によってどのような変容をうけたかについて論じている(序章から)。法意識から法文化を語ろうというのが表題の趣旨であるが、「お上による保護とお上に対する国民の依存」という歴史文化的に形成された日本人の体質は変わらず、「権利・義務の体系としての法」を日本社会に根づかせること(自己変革から始めよという)が法文化論の課題である、と結んでおり、視座は川島・野田流の西欧法文化におかれている(?)。

書き出しは、穂積一族の外見の変遷から当時における和魂洋才を説き起こして、継受法に和魂がどう向き合ったかについて詳説(九〇頁に及ぶ)する。そして野田説・川島説の解説に続いて、いわゆる隣人訴訟の経緯をなぞるところから「大岡裁き」が姿をみせるが、それに批判的な大木説、反批判の村上淳一説を紹介し、結局、日本人の訴訟回避現象に日本法文化の真相をみるというふうな結論は単純だが回路は複雑である。しかし、日本人の法嫌い・弱い権利意識というテーゼのたて方に批判的であっても、「大岡裁き」に日本法文化の特徴をみて自己変革・自己責任への脱皮を説かれては、所詮和魂洋才の堂々巡りに終わりはしないか。法文化論を西欧流法意識からみているのでは、法意識の変革をめざすという答えしか出てこないだろう。

(2) これに対し、同じころ、日・米・中という国際的社会調査を基にしたそれなりに注目すべき編書が公刊された。法意識国際比較研究会による『人間の心と法』(二〇〇三年)である。研究内容は一九九四年―二〇〇二年に行われた『『所有権』概念発生の構造』『契約意識の国際比較』―二ヶ国の地域契約意識調査』『日米中三ヶ国法意識調査』―東洋社会の法と西洋社会の法』であるが、これには前史がある。まず一九八六年に、加藤雅信とマイケル・K・ヤングによるジョイントレクチャー「日本法―日本人とアメリカ人の法意識」およびアメリカ比較法学

会における加藤報告「日本とアメリカにおける法と法律家の社会的役割」を皮切りに、一九九一年には日韓共同の法意識シンポジウムがソウルで開かれている。テーマは「東アジアの法意識」³⁾である。

加藤雅信の主導のもとで、日韓両国法学者が、法意識論、紛争解決制度、家族の対比からみた固有法の問題について論じている。加藤「日本人の法意識」では、これまでの文化的差異論や司法制度の非効率性論などの法学説が語られ、伝統的文化原因論・合理的行動原因論がそれぞれ真理の半面を擲んでいる、とされる。朴相哲「韓国人の法意識」は、八〇年代末に「参加的市民文化」が形成され、国民の価値観が変わり始めたが、法を軽視する風潮がひろがり、長い眼でみると法意識は変わっていない、と述べる。かくて、日本人の法意識は一定限度においてアジア諸国のそれと共通してはいないかと、加藤は総括する。

この研究グループが拡大改組されて、法意識国際比較研究会が一九九四年六月に発足し、中国（一九九五年）・日本（二〇〇〇年）・アメリカ（二〇〇二年）と「所有・契約・社会」の三テーマについて研究を行った。その報告が、特集「日本人の契約観と法意識」（ジュリスト一〇九六号一九九六年九月一日号）であり、河合隼雄・加藤編著『人間の心と法』である。前者は逸早く調査が完了した日本のデータについての中間報告であり、事例研究を基にして、日本人の契約意識を日本・アメリカ・オーストラリアから観察したもの。後者は日米中という国際調査についての中間報告である。

後者の著書は三部にわかれ、Ⅰ「人間の心と法」（河合隼雄）、Ⅱ「契約と社会」、Ⅲ「各国の社会と法」である。本稿の論旨構成上の都合で、Ⅰは次章に譲り、ⅡⅢについて触れておく。

加藤「民法の人間観と世界観——所有・契約・社会」は本研究の総論的なもの。所有の起源は社会において私人が自らの成果を独占したいという私欲を刺激することで生まれた概念で、遊牧・狩猟採集・定着農業Ⅱ社会においては所有権観念のあり方は異なるが、近代においては社会構成員が生産投資の成果の確保を保証するために必要で

あった(土地所有権・知的所有権)。契約遵守意識について日本人は低いという命題は神話にすぎず、世界的にみて平均的である。民法が前提とする社会観は「利己心をもつ人間」であり、ゲゼルシャフト的のものである、と結ぶ。

河合隼雄「法イメージの国際比較——東洋対西洋から日米中三極へ」。「法によらずに調和する社会」即ち桃源郷は、中国には存在せず、日本ではその名残が確認でき、アメリカでは政治家に道徳を求める別の伝統がある、という話から始まり、契約については、日本では常識に順うことが大切とされて法の影は薄く、アメリカでは法重視、中国は法重視だが常識によることも有力、と続く。結局、法イメージの比較では、日本人は正義感覚と法がズレており、アメリカでは法は正義のためにありと遵法精神も高く、中国も遵法精神は高いが、法を守るかどうかはまた別と考えている。かように日米中の法文化はそれぞれ異なっているが、特に、日本土着の正義感覚と法が二重構造となっているのに、中国では二重構造はみられないから、日本で二重構造が維持されていることの意味を問い続けたい、と結ぶ。

太田勝造・岡田幸宏「紛争に対する態度の日米中三ヶ国比較」。調停制度の利用が裁判より望ましいと考える傾向は中国や米国にもみられ、特殊日本的でも特殊アジア的でもない。法意識で近代化の程度を計る基準とみることはできず、日米中ではそれほどの相違はみられない、という。

藤本亮「契約を守る心」は二ヶ国・地域の学生を対象に行った(長期)契約に関する調査報告である。まとめにおいて、日本は他の欧米諸国と近似しており、その特徴を法意識から明らかにしようとするなら動態的に把握しなければならぬ、と結ぶ。

ダニエル・H・フット「アメリカ人は日本人より日本的なのか」は、本件の調査結果が従来のステレオタイプの日米比較法論と多分に異なることを明らかにしようとするもの。

この稿に述べられた日本に関する調査結果が、前述の日本文化会議によるそれと、時に異なり時に同じくするという点に時代の流れを感じるが、それはまた、近代化意識の伸長によって法の普遍性に従った法感覚の成育によるものもあれば、それにも拘らず文化的個性に後押しされて変化しないものもあるという、法文化の個性の存在を物語る証左となっているのではないかと思う。変わらない法文化の個性、それは戦後の法意識論史のうえでも生き続けた「生ける法」とか「法外の法」を示唆するものであることは確かである。

野田良之の比較法文化論の提唱からすでに四〇年、それなりに成果はあったというもの、法意識論にひきずられ「法に関する文化」の現況を論ずることが、これまでの主要任務と考えられてきた。つまり、「生ける法」や「法外の法」の因由にまで射程距離が及ぶことは未だ学界の常識とはなっていないようである。次章では、それを嘲るようにおきた「生ける法」の実相を示す事件を糸口にして、その文化史的意義を論じたいと思う。

(1) 矢崎光圀「法文化——伝統と現在」思想七二三号、一九八三年一月号二二—二二、二七—二八、二九—三〇頁。

(2) 柴田光蔵「日本人の『法』意識(3) Law School 一一号(一九七九年八月) 七八頁。ローマ法についてすでにタテマエとホンネがあったと
いう、同二三号(同年一〇月) 六〇頁以下。

(3) ジュリスト一〇〇七号(一九九二年九月一日号)に、特集「東アジアの法意識——日本と韓国を中心にして」と題して掲載されている。