

終章 文明を跨いだ法の語り方

序章において、西洋法伝統に囚われない新たな法の語り方の探究を本講の目的の一つに掲げた。本文では概念的に自立的な仕方では伝統中国の法秩序像を描くと同時に、行論の中で出会う論点に促されて、それぞれの場所でそれぞれの仕方では西洋法・近代法との積極的な対比を試みてきた。そこで最後に以上の検討を踏まえて、文明を跨ぐ仕方では法の歴史を語ろうとする場合、そこで一体何が共通項になるのかという問題について、我々の現在の考えを整理して示してみることにしよう。まず現行の法概念・法の語り方の何処に問題があったのだろうか。

1 比較法制史学の為の法概念

西洋型法理論の特色 西洋では法の歴史は、社会に内在する規則性を人間が明確化・自覚化し、それに権力的なバックアップを与えることを通じて、自己の社会を合理的なものに仕立て上げ、最後にはそれで世界全部を覆うというルールを制度化をめぐる一本道の発展史として物語られる（第七章第一節）。

そしてそれは一面ではそこにある歴史的経験の素直な反映でもある。彼等は、裁判の基礎付けという課題に直面した際にルールの存在を不問の前提として採用して以来、次々に出会うその他の諸課題を、ルール整備の不十分さが引き起こす問題として捉え、またそれゆえルールの明確化・網羅化という仕方では解いてきた。そして近代法はまさにその延長線上に現れ、それどころかそうして獲得された近代法の歴史的事実こそが、次なる人類史的な共通課題の前提を作り出しもした。その経験に即した法の学問的概念の形成が、ルールとしての法である。彼等が法をルールを基軸に概念化することは、それはそれで自然なこととも言える。

ルールの機能の違い しかし本講の中で法のあり方の違いとして意識に上った諸論点、即ちⅠ裁判の基礎付け（主に第五章）、Ⅱ判決の統一（主に第六章）、Ⅲ社会関係の中にある人間関係と制度的関係の区別（主に第八章）それぞれで現れるルールの内実と働きは必ずしも一つではなかった。Ⅰ裁判の基礎付け部分で現れるルールは、裁判所の外部にある様々な権威を持つ規則性であり、その用途はその一般的規則性を用いて今回の個別的判決を基礎付ける所にある。Ⅱ判決の統一部分で現れるルールは、裁判官が下す判決が結果として持っている規則性であり、その成文化の目的は次なる個別判決に参照すべき目安を提供することであり、そうして下される判決もまたやがてはルールに環流する。Ⅲ人間関係と制度的関係の部分で現れるルールは、理性に基づき考案され権力によってサンクションされた原因結果連関であり、それを設ける目的は合理的な社会関係形成の補助にある。

どれも権力的に担保された因果連関という性格を持ち、且つ書物にすれば条文が箇条書きされた形を取るのだろうが、その基礎と目的は三つの中で相当に異なる。特にⅢの理性的ルールとⅠの歴史的社会的ルールは、内容面で重なることが多いとはいえ、その現実的な基礎や国家との位置関係は、二つの中で殆ど百八十度異なっている点にも注意が必要で

ある。この三つは案外に次元を異にする独立した話題なのである。

各課題毎にあるルールとは別の選択肢 そしてそのことに応じて、ルール型の反対側に我々が見出したものも三者で相当に異なっていた。

まずⅠ裁判の基礎付けについては、一般的ルールの個別事案への適用という仕方で判決を基礎付ける仕方の反対側にあったのは、個別事案毎に成り立つ個別主義的な正義を考えそれを裁判の場で直接的に導く仕方であった。二つは大きく形を異にするが、当該事案に対して社会全体が抱く判断を示すことで紛争解決を目指す点では共通しており、どちらにも得と失とがあった。

Ⅱ判決の統一については、裁判所中央で事例をルール型に集約整理し末端に配付する仕方と並べて、現場裁判官が積極的に事例情報を共有し自発的に相互参照する仕方を紹介した。その背景にあるのは大規模裁判制度の運用をめぐる課題であり、その選択を決するのはコミュニケーション技術であり、それは必ずしもⅠの選択とは連動していなかった。

そしてⅢ人間関係と制度的関係で現れるのは、人間相互の社会関係の作り方をめぐる選択である。ルールを介した制度的関係は、国家権力により裏付けられることで私的権力関係の影響を免れ、また予め理性によってよく考え抜かれているという長所の裏側として、部分的で片面的であり、また人々のシステム依存をもたらすという短所を持っている。制度的関係とは別に各地各様の人間関係のあり方、それぞれの正義に基づく社会関係のあり方はあり、またそうした関係のすべてがルール型の制度的関係によって置き換えられることが必ずしも自明の絶対善という訳でもなかった。

その全体を法と考えることの重要性 そして比較史の立場に立てば、これらルールの反対側にある多様なものを法ではないと切って捨てるより、むしろそれらをも法の一種として論じた方が遥かに議論はバランスが取れ、また論ずることの深みも増すことになる。

例えばⅠ判決の基礎付けをめぐって見た中国の裁判、中でも特に聴訟のあり方は、個別主義に走る余り凡その規則性と制度的な接点が切れてしまった法と裁判のあり方であった。しかし、かといってそれは裁判官の単純な恣意になっている訳でもなく、それもまた彼等なりの社会正義の追求であり、公権力をめぐる役割設定の一つであった。それを法と裁判の一種と考え、それが成り立つ所以を考えることは、ルール型の法と裁判の成り立ちと特徴（そうした公権力の振舞い方が持つ歴史的な特定性）を考える為の幾つもの手がかりを与えてくれる。

またⅡ判決の統一をめぐっては、何よりも現代日本の量刑相場の如く、ルール型の基礎付けを持つ裁判の中に、ルールを媒介としない事例参照手法が矛盾もなく存在する例がある。それはルールの形を取らないし、またそれゆえルールオブローの話の中にも収まらないが、それが解決を目指す「同じものは同じく違ったものは違えて」という要請は正面から法の課題と言う他はない。また逆にこの次元の機能を正面から担う伝統中国律例は、一見したところルールに似た形を取るが、その裁判の基礎付けは却って非ルールのであった。

そしてⅢについても、伝統中国の契約社会と近代の契約社会の違いを、信義ベースの人間関係と制度的な社会関係の違いとして理解してこそ、近代法という特殊な法が各種伝統法との間で持つ関係をバランス良く俯瞰する道が開けてくる。

ルール型法理論の問題点 法の三つの課題の答えが西洋法では偶々ルールで揃っているからと言って、ルールという形を凡その人が抱く法の本質的属性と考え、ルールだけが法である（法の話はルールと結びつけて行わなければならない）と考える必要まではどうや

ら無さそうに見える。

そして実際、例えば外形を頼りに律例をルール的一种と考えた上で、しかし社会（習律）に起源を持つ西洋型のルールと区別すべく、それに「上からの法」「管理の為の法」「官僚制的な法」といった名前を付けたところで、律例の働きやそれとルール型の各種の法との位置関係について何が明らかになる訳でもない。それどころか本文で見たとおり、そうした議論はむしろ律と刑法典の文脈の違いを覆い隠し、かえって世界の法の中に広くある事例参照の契機を見失わせ、またそれゆえ法の基礎付けに固有の問題も見失わせることになる。裁判にはルール型とは違う基礎付けのあり方があることを正面から認めることがすべてのもつれを解くカギになる。また民間にある規則性を見て、それは国家法ではないので（あるいは国家法ではないけれど）「民衆法」「慣習法」だと呼んでしまう態度は、あたかも民間にあるものを掬い上げる風に見えても、実際には西洋近代国家法のモデルを無反省に民間側に広げ、やがてそれが国家法秩序の中に取り込まれる為の下準備をするだけの結果になる。社会的規則性の強化役のみが公権力の果たすべき役割という訳ではない。世界の法をめぐる諸問題を自明にルールの形態論やルールの自己展開のように語る仕方は、思ったほどに正当でも有効でもないのである。

法文化論の問題点 ただ、ならば法概念は文明毎に別々だと決めて東西法文化の対比のような話を議論の中心に置くのが良いのかと言えば、それにも多くの問題があることは本講が示したとおりである。

確かに三つの対比次元のうちⅠ裁判の基礎付けをめぐるルール型と公論型の対比は、法や裁判という営為が立ち上がる場、そこで公権力が担う役割位置をめぐる根源的な違いであり、その背景を探ってゆけば最後には一種の文明論になってしまうことは否定できない。しかしその裁判は、歴史の中では実際には大規模裁判制度の中で行われ、そこにはⅡ判決の統一という東西を跨ぐもう一つの話題が殆ど常に絡んでおり、現実にかかる現象の多くはこの二つの問題が掛け合わさる形で存在している。何故このような形を取るのかの説明には文化的な始点の違いと経路依存の視点が最後まで欠かせないが、制度実態の理解と説明となれば、伝統時期に限っても文化的対比一本槍では歯が立たないことも明らかである。

またⅢで見た司法権力による合理的な社会関係の提供機能は、伝統中国法の中に存在しなかったものであり、その意味では確かにこれも一部は文化の問題である。近代法は西洋法文化の所産であり、伝統中国法の中からそれが自生的に生まれる姿は想像することも難しい。しかし残る一部は所詮は人工的な道具の話、終始一貫、国家制度の問題である。しかもこの局面の全面化たる近代法は、近代国家と近代理性の存在を前提とする。そして言うまでもなくこの二つは西洋においても前近代には存在せず、また逆に近代に限って言えば非西洋諸国も自前のものとしてそれらを持っている。そこでは東西の対比に、伝統と近代の対比が掛け合わさっており、現代における主要な対比軸は圧倒的に後側になる。

もちろんその段階でも東西の伝統の対比が法の問題と絡めて述べられることがある。しかしその時に議論のターゲットとされているのは近代国家法の中味として何を設定するかであり、問われているのは人と社会にアプリアリに埋め込まれた文化的制約の話などではなく、価値選択の問題である。批判をするにせよ擁護をするにせよ、それらの全部を一本調子に東西法文化の対比の如く論ずることは正当でも有効でもない。

比較法制史学の為の法概念 ルールをあたかも法の本質の如く考え、またそれゆえ自律的ルールによる世界の包摂を法の歴史の自明の目的地の如く想定する議論は比較法制史学

に害を為し、また逆に各国法文化の本質のようなものを考えて、それが各国の法をずっと規定し続けるのだという議論も比較法制史学に害を為す。

西であれ東であれ、歴史貫通的な「法の本質」を捜しそれに基づく自己完結的な説明を作ろうとする努力は、かえって知らない内に人を出口の無い場所に導いてしまうものらしい。あるいは法という試みが持つ本来的な不安定さが、そうした過度に自己完結的な概念化を求めさせていると言った方が良いのかも知れない。しかし世界をその中に閉じ込めてしまうような法概念は、その地域・その時々を法を支えるローカルなイデオロギーとしては役には立っても、比較史研究をするには明らかに適さない。あるいはそこに固執すると、その段階で法制史学は特定の法イデオロギーの従属物になってしまう。

その中で敢えて世界史の全体を覆うような法概念を求めるなら、その答えは取り敢えずは上記ⅠⅡⅢの三つの対比を成り立たせる「論理空間」の全体だとするのが、比較法制史学の立場からすれば有益かつ実証的な考え方ということになるのだろう。実際、伝統中国法・伝統西洋法・近代法の中に見える裁判・実定法・判例・契約のあり方を闊達に論じ、またそれら相互を適切に位置づけあう為には、最低限この程度の広がりを持った論理空間が必要であった。

法の概念的広がりの基礎　そして歴史的に見た場合、法の概念定義が、こうした一定の広がりを持った論理空間のような話になってしまう原因は、良く考えてみればそれほど不思議なことではない。というのも、法という社会現象は常に全体と個体、一般と個別、現状と設計の両極の間に位置し、両者を結ぶ役割を担ってきたからである。

しかも全体と個体について言えば、法を基礎付けようと古くから全体や個体の側から法を導き出す議論が作られもするが、実際にはそこで持ち出される「全き全体」や「全き個体」の方こそが、これから作り出さんとする法像から逆算された架空のイメージであり、その中間にあって何かが不完全に共有されている状態こそがむしろ一貫して存在する歴史的な実体である。人々は確かに個々に存在するが、バラバラと言うべくは余りに多くの前提を共有している。そして一般と個別についても、紛争解決制度の安定的運用には一般性が必要だが、実際に起こる紛争、求められる解決は最後には個別なものである。どちらか一方に行き着いて終わる訳も無い。最後に現状と設計について見ても、人間社会には自由に改変できる側面が多いが、どうやら自ずからなる限度もありそうである。法の形式性と人間の多面性とは簡単に両立はしない。そうした幅のある論理空間の中で人が取り得た可能性を論ずることが、おそらくは法の歴史を論ずることの意味に違いない。

またそうした法の問題の広がり方として、本講では伝統中国法と西洋法・近代法の対比をする中で、Ⅰ裁判の基礎付け、Ⅱ判決の統一、Ⅲ人間関係と制度的関係の三つの問題次元を見出したが、もちろん問題次元がこの三つに限られる必然性はどこにもない。他地域・他文明の法についての検討が進むにつれて、更に多くの有益な問題次元や異なった対比項が見出されることを期待している。

2 日本法に対する問い

さてこのように考えた場合、日本法に対しても改めてたくさんの新鮮な問いが浮かんでくることになる。本講で試みた如き仕方で、伝統日本の法秩序について首尾一貫した全体像を一筆書きで描く作業は、おそらく誰かが試みるに値する。本講で出会った課題に即す

るだけでも直ちに次の三つの問いが成り立つ。

三つの問い 第一は裁判の基礎付け、「法の形」をめぐる問題である。本講では中国について、天下の誰もが是とする答えの直接的な探求という法と裁判のモデルを提示した。彼等は不完全なルールオブローに満足していた訳でも、またその欠如に悩んでいたりしたのではなく、この課題の実現に向けて懸命に努力をしていたのである。ルール型の「似たもの探し」とはまったく違った独自の法論を作ることは、このように可能であり、また必要でもある。さてそれならば、日本では「法」はどのような形を取っていたのだろうか。我々は一体、何を社会正義とし、また何になら従おうと考えてきたのだろうか。

第二に、日本法制史学で定番として出てくる様々な制度的な要素（特に法典の類い）の位置づけが興味深い話題を提供しよう。それは本講の言葉で言えば、基礎付けの系統に立つものなのだろうか、それとも事例参照の系統に立つものなのだろうか。それ以外の何かなのだろうか。しかもそれらが作られると、やがてその維持管理を家業（お役目）とする日本式のイエが現れ、その下で芸として洗練を重ね、そうしたものとして社会的に尊重もされる反面、また必要に応じて軽視もされた。それと我々が今回見た基礎付けと事例参照の混合状態とは、何処が同じで何処が違うのだろうか。

そして第三に、近代法論は日本においてこそ必要である。日本における近代法導入は比較史的に見て異例なほどに順調であったことは疑いない。しかし同時に、これまた何時までも執拗に持続する不全感も拭い難い。伝統日本にあって近代法を遇する側に立つものは何なのか。またその近代法は我々の世界の何を何処まで変えたのか。興味深い問題は尽きない。

現代中国法の論じ方 そして上記の問いを自らの問いとして考えてみれば、現代中国法と現代日本法の関係についても従来とは違った議論の余地と必要があることに気づく。従来最も普通に行われてきたのは、近代法化・西洋法化の先進国としての日本と後進国・後発国としての中国という対比であろう。それはもちろん嘘ではない。しかしもしそれが近代法Aの形成のことならばその賞味期限は今や切れつつある。またそれでなお近代法形成史論式の議論をするとすれば、そこには第八章で述べたような問題が、中国についてと同様に日本についても待ち構えている。

むしろ今、行うべきは、それぞれに違った歴史を持つ両国が、伝統時期においてどのような秩序形成をしてきたか、また近代法という新しい事物を自己の法をめぐる歴史の中にどう位置づけて来たか、また今後どう位置づけてゆこうとしているか、共通問題をめぐるそれぞれの努力と苦闘の跡を虚心に対比する作業ということになるのだろう。そこには本講で見た全問題が層をなしている。答えは容易には得られないだろうが、その分だけ自己省察にとっての有益な手掛かりが見つかるに違いない。

法制史学の課題 余りにも当たり前のことだが、世界中の国々がみな前を向いて自分の法の歴史の最前線を生きてきたし、また今後も生きてゆくことになるのだろう。法の歴史は終わらない。すべての国家と社会、すべての時期について、そうしたこととして法の歴史を描くことこそが、これからの法制史学に課せられた課題である。