

琉球大学学術リポジトリ

法の外来性と受容についての覚え書き

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学人文社会学部・琉球大学大学院法務研究科 公開日: 2021-10-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 尾崎, 一郎, Ozaki, Ichiro メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/49910

法の外来性と受容についての覚え書き

尾崎 一郎

0 問題関心

本稿は、環太平洋法学研究会プロジェクトのための中間報告として、2020年12月6日の研究会で行った報告の概要である。ここでは、法という制度/思想/営為が有する根源的外来性について大まかに検討した。

環太平洋地域において近代法（体制）が持った意味や機能には、近代主権国家体制の「周縁」としての環太平洋地域だからこそそのものとどまらない、法の本質に関わる要素が多分に含まれているとの仮説にもとづき、それはどのようなものであるのか考えるのが報告の狙いであった。

もちろんこのことは、沖縄（琉球）や北海道・樺太といった「辺境」ないし周縁地域固有の経験を軽視するという意味ではない。そうした固有の経験については本プロジェクトの研究者たちによる詳細な分析がなされつつある。中央政府の政策が具現する文化ヘゲモニーや収奪的資本主義の論理が、法制度の整備と結託して、多様な苦難を現地にもたらしたことも、今や多くの人々の知るところとなりつつある。しかし、この中央—周縁関係に視野を限定しすぎると、法なるものが根源的に備えている外来性ないし外部性という、環太平洋地域の経験が凝縮して示すもう1つの要素が見落とされがちになりかねない考えるが故に、あえて中間報告の場を借りて粗雑な考察を提示することにした。

なおもっぱら筆者に起因する理由により脚注を整備することができなかった。大掴みな覚え書きにとどまることをプロジェクトのメンバー、とりわけ研究代表の戸谷義治准教授にお詫びしたい。

1 日本法学につきまってきた問題

外来知としての法 / 外圧への応答としての法継受

周知のように、そもそも「日本」の法は古代以来「継受」を繰り返すことで成り立ってきた面が多分にある。大まかに整理すれば以下の通りとなろう。

- ① 律令体制の継受（7～8世紀）
- ② 西洋近代法の継受（19世紀）
- ③ 民主主義法の継受（20世紀）
- ④ トランスナショナル法？（21世紀）

これらは最広義における「外圧」、すなわち「国」外においてヘゲモニックな地位を占めている知に相接し、それらを摂取し自らに定着させることで、「国家」の体制を構築するという共通点を有している。ここでは、さしあたり革命（すなわち宮沢俊義の言う「八月革命」）という議論さえ惹起した③、すなわち戦後日本における「近代法」ないし「民主主義法」の継受について考えてみたい。直後から「押しつけ憲法」論という形での象徴的反動が生まれたことからわかるように、敗戦・占領という非対称性の中で余儀なくされた（つまり「外圧」であることが可視的な状況でなされた）新しい法原理の受容と制度化に不可避的につきまとう違和感の問題に、日本社会および法学はどう対処したのだろうか。典型的な議論を見てみよう。

川島武宜の「民主主義革命」論

川島武宜『日本社会の家族的構成』（岩波現代文庫、2000年（元々は1946～57年にかけて発表された論考を再編集したもの））は戦後日本の近代化・民主化の法学分野におけるオピニオン・リーダーでもあった川島による、啓蒙書的な色彩の濃い書籍である。そこに次のような記述がある（元は1946年に公表されたテキストである）。

「民主主義革命は、決してわが国の経済的社会的政治的諸条件の成熟によって自生的に内面的必然性をもって起こったのではなく、われわれの外の世界の圧力によって—そうして、ただそのような意味でのみ、世界史的関連のなかにおけるわが社会の内面的必然性によって—我々に課せられていることの結果、われわれにおいては

まだ民主主義革命の主体的＝意識的条件が成熟していない。」(26頁)

つまり経済的・社会的・政治的諸条件が整っていないが、外からの「圧力」によって、世界の発展法則に沿った主体的・意識的条件の成熟が「課せられている」、という理解が示されており、この課題に答えるためには、「盲目的な慣習や習俗」を脱却する「合理的自主的反省」(15頁)、あるいは、土地制度の根本的な近代化、近代的な生産関係の導入・確立にとどまらない「主体的＝意識的条件」の「成熟」、が必要であると説かれる(25-26頁)。つまり、制度的手当てでは不十分であり、意識的・精神的な変革、すなわち、「われわれの精神における「否定」、精神的内面的な「革命」を絶対的に要求する。」というのである。

今から振り返れば、降伏直後ということもあって力み返っている感がなくはないこうした言説は、後述するように、国家法と生ける法のずれ（遅れた前近代的社会秩序≡生ける法）という図式にぴったりあてはまったがゆえに、「生ける法＝前近代的（封建的）社会秩序」対「国家法＝近代的・民主的社会秩序」という対置に問題がスライドし、国家法に体现された近代的・民主的秩序を社会が受け入れるべきであり、それに相応する「近代的」法意識を国民は備えるべきあり、だとすれば今現在それを阻害しているファクターは何かを経験的に検証する必要がある、という形で議論が展開されていくことになる。そして、近代的・民主的社会秩序は、それを具現している国家法の母国である西洋に確かに存在し、日本もまたそれを模範としてそこへと向かいつつあるし向かうべきであるという議論になっていく。このような「近代化」ないし「近代法」論、あるいは法意識論が後に多様な形で（法史的にも法社会学的にも）批判されていくことになったことは周知の通りである（代表例として村上淳一『近代法の形成』（岩波書店、1979年））。

先に挙げた法継受の②、すなわち明治以降の西洋法継受に関しても、実は同様の議論が見られた。例えば、憲法学者佐々木惣一の大正デモクラシー期の著名な著書『立憲非立憲』（講談社学術文庫、1918=2016年）には、以下のようない節がある。

「日本を中心として世界の憲法の連絡を考えると、日 - 独 - 白 - 仏 - 米 - 英と云う関係が現れてくる。それ故に若し、立憲制度が我が国でも人類の性情に適した

ものだとするならば、更に進んで、立憲制度は一般に人類の性情に適したものだと言い得るだろう。乃ち、我が国に於て立憲制度が円満に行われるや否やの問題は、実は立憲制度なるものが一般に人類の性情に適したものなるや否やの問題である。比喩的に云うと、立憲制度なる巨人が我が日本に渡来したのは、其の巨人が世界の人類を支配せんとする最後の努力を、我が日本に託したのである。」(17-18頁)

普遍的なものだからこそ受け入れるべきであるとの論証だったはずのものが、巧妙なレトリックで、受け入れることが普遍性の証明になるのだから受け入れるのだ、というトートロジー、ないし決意表明に転換されており、しかも読者にそれを意識させない。川島的な議論の先駆けと言ってもよいかもしれない。

理論的諸前提と歴史の発展法則

川島の議論における理論的諸前提を抽出すると以下のようなになるだろう。

- ① 法（に具現されている新しい秩序原理）が（経済的・政治的・社会的条件が未成熟であるにもかかわらず）外からやってきた。
- ② 外から来た法（公式法≒国家法）と内発的な規範（既存の社会規範＝「生ける法」）との間にギャップがある。
- ③ 法は本来内発的な規範でなければならない。
- ④ 外から来た法を内発的な規範に転換するために、法を受容する精神/意識（主体的＝意識的条件）が必要である。
- ⑤ ④が正当な要求であることの根拠は、歴史的必然（歴史発展法則）にある。すなわち、①にいう外来知としての法は歴史の流れの中で必然的に要請される社会関係・規範の具現である（例えば前近代的支配服従関係（封建制）から近代的な契約関係（資本制）への移行など）。

このような諸前提、とりわけ⑤（歴史発展法則）は、歴史発展法則によって法解釈の客観性を担保することを志向する渡辺洋三『法社会学と法解釈学』（岩波書店、1959年）などにも明瞭に見て取れる（第一章（13頁）、第二章（111頁））。いずれにしても、外から来たものを自らのものとして受け入れること、すなわち、文字通り強制されたかどうかは別として事実上受け入れることが不可避なものを受け入れることをめぐって、自らの意思で受け入れているのだと構成す

るにせよ、受け入れるに値する普遍性がある（そこへ向かうべき歴史的発展法則がある）と観念するにせよ、あるいはその両方にせよ、法を継受する側（あるいは継受を媒介する啓蒙的エリート）の屈折した心理をそこに見出すことができるかもしれない。ちなみに、19世紀のそもそも異質な法文化に根差す西洋法の継受の初期段階でも、苦悩しつつもその正当性を歴史の流れの中に位置づけることで解消する姿勢は、例えば穂積陳重による英国の歴史法学への接近に見出せる（内田貴『法学の誕生—近代日本にとって「法」とは何であったか』（筑摩書房、2018年））。

「主体的」な受容

いわゆるグローバル化に伴うトランスナショナル法の観念が取り沙汰される現代においても、この論理は踏襲されている。長谷川晃教授の「法のクレオール」論（長谷川晃「はじめに」『法のクレオールと法的観念の翻訳』（同編著『法のクレオール序説—異法融合の秩序学—』（北海道大学出版会、2012年）所収）も、エリート層の「主体的」解釈的営為（＝④）としての異文化との融合・摂取に普遍性の手がかりを得つつ社会の構成員に対する啓蒙的機能を期待するというもので、川島の近代化論の垂種というか現代版とすることができる（尾崎一郎「法のクレオール論再考—2つの「外」について—」菅原寧格＝郭舜編『公正な法をめぐる問い』（信山社、2021年）所収）で考察した）。植民地状況において宗主国の言語に現地言語が接触して生み出される普遍的言語状況に関し、受動的融合としてのピジンとは区別されるクレオールに見出される能動性・主体性、さらには創発性に思想的ないし規範的な aspiration が託されている。単なる抑圧からの消極的な自由ではないということである。川島に代表される近代主義的啓蒙というのは一方的な上からの押しつけではなく主体性を確保した能動的な営為への「促し」であったわけだが、長谷川クレオール論もまた法のクレオールという普遍的な秩序への促しと解釈できるわけである。問題の立て方にもよるが、環太平洋地域ないし前植民地における、法の受容と構築の過程もこれと同じように捉えられる側面があるかもしれない。いずれにせよ、このような、法は外から到来するものという経験は、日本における法学（基礎法学を含む）における議論を大きく規定してきたと思われる。法文化ないし

法意識がたびたび問題となり、特に先に見たように「受容」「継受」する側の主体的・意識的条件に注目が集まるのはその現れであろう。

2 法の本源的外来性

先の理論的前提について、もう少し考察を加えよう。

歴史発展法則から正義へ

先の5つの理論的前提のうちほとんど説得力が失われた⑤（歴史発展法則）を前提とせず、かといって究極の準拠点としての神に立脚する立場や自然法論を採らない、のだとすると、法が成り立つ条件のうちの④（主体的・意識的条件）を要請する正当化根拠が見失われかねない。法実証主義的立場にたつのであれば、人間が人間のために人間自身によって定立した法（と主権）が正しさ（ないし普遍）を体現していなければならない、という規範的要請が論理的に発生することになる。社会契約論的正当化（自己拘束論）を図るか功利主義的正当化を図るかあるいは他の方法をとるかは立場が分かれるが、いずれにせよ人間が人間の理知によって確定できる正しさの根拠が想定されるということになる。あるいは一定の「正義」の基底性という構成による立憲主義の正当化がなされるだろう。しかし、「正義」という（多義的な、あるいは、記号的な）言葉で言い換えても問題がよりよく解決されるわけではない。

混淆する問題

さらにまた、①（法の外来性）と②（法と社会規範のずれ）は規範的要請と現実のズレの問題であるが、①に起因するように見えている②の問題と、③（法は内発的規範でなければならない）を前提としているがゆえのそれへの処方としての④（法を受容する精神/意識の必要性、すなわち、法を社会に合わせるのではなく社会を法に合わせることを要請すること（③を前提とせず、法は外的視点から利益最大化のために使いたければ使えばよい道具にすぎない、と位置づけるならば、そのような要請はそもそも必要なく、法と現実のズレ自体もさしあたり問題にならない）とは、実は①（法の外来性）と論理必然の関係

にはないかもしれない。というのは、まさに法社会学という学問の存在理由に関わるが、国家の公式法（あるいは Law on the Books）と生ける法（あるいは Law in Action）の gap の問題はドイツやアメリカでも 19 世紀以来繰り返し問題になってきたからである。外来性の要素ももちろんあるにはあるが（参照項としてのローマ法やイギリス法、あるいは教会法、は地理的にも時間的にも、場合によっては文化的にも、外来知とみることができる）、そのような要素が希薄であっても、国家法（公式法）と社会の規範（内発的な規範）との間のギャップは鋭く認識され続けている。法社会学の始祖エールリッヒの場合、ブコヴィナというオーストリア＝ハンガリー帝国における「辺境」（田舎）に基点があるがゆえに生み出された理論という面もあるにせよ、そのような地理的要因に限定されない一般性が含まれていたからこそ人口に膾炙した。

見方を変えるなら、そもそも異なる問題が混淆したまま論じられてきていることが問題なのかもしれない。すなわち、法が地理的・文化的な外来知として現れることに起因する問題と、そもそも一般的に法は社会にとって外来的ないし外部的な知とであることに起因する問題である。日本やブコヴィナではこの両者がいっぺんに現象しており話が混淆してしまうがゆえに見落とされがちであるが、実は先の理論的前提のうちの③の要請が、それほど自明なことではないのかも知れないのである。

つまり、まとめると、こうも言えるのではないか。①は地理的・文化的な意味での外来性に実は限定されないし、それである必要もない。法実証主義的に正統化/正当化された法は、論理そのものにおいて、社会にとって外来的（と言うのが言い過ぎであるなら外部的）なものである、と。つまり①以上に問題なのは、③がむしろ原理的に実現不能な想定にすぎないということである。内的観点を基点とする H.L.A. ハートの「法の概念」が規範的要請としては正しいにしても「記述社会学」としてはおそらくミスリーディングであり、強制装置の発動の見込を通じて法の拘束力（妥当）が外的に保障されていることに着目するマックス・ヴェーバーの定義のほうがより正確であるということにも関わっている。法は時として私的利益を強引に貫徹するために有用な道具ないし武器にすぎないものと観念され、実際にそのように用いられることが少なくない。

法における論理の循環

以上をふまえつつ先の①～⑤を修正しよう。

- ① 法は外来的・外部的なものである。
- ② それゆえ公式法≡国家法と内発的な規範（生ける法）との間には本源的なギャップがある。
- ③ にもかかわらず法は内発的な規範でなければならないという規範的要請がある。
- ④ その結果、国家法を内発的な規範に転換する精神/意識（主体的＝意識的条件）が必要であるとされる。
- ⑤ 国家法には普遍的正義が体现されている、という論理が同時に採用される。

①+②というリアリズムに対して、③、④、⑤もまた、③法は内発的に受容されている規範である、④それを実現している主体が存在する、⑤法は普遍的正義を実現している、という「記述命題」の形で循環的に組み合わせられることで、その非現実性が巧みに隠蔽される。そして、問題は相変わらず②であると定位され、国家法の秩序原理の社会への定着（社会による受容）があるべき姿として語られるということになる。いつのまにか法の側の論理循環が基点となり、そこから乖離している人々の意識、という問題構成になることで、法が社会にとって外来的・外部的なものであることの認識が希薄化される。概念法学化した法の世界と現実の人々の生活の場における「生ける法」のギャップに気付くつも、生ける法を「法」の重心として「法」に組み込むことでそのギャップの解消を図ったエールリッヒの理論は、この点で核心を捉え損ねていた（あるいは、国家法を基点とするバイアスに彼自身囚われていた）と見るができるかもしれない。

環太平洋法学への示唆

以上述べたことは「環太平洋法学」研究に如何なる示唆を持つか。

第1に、「辺境」地域における法の「移植」ないし「継受」は、当該社会の秩序に対して二重の意味で外来的（外部的）であるということが言えるだろう。

単なる中央と周縁の確執という一重の問題にはとどまらない。

第2に、それでもなお「法」は「移植」され「継受」されるのはなぜなのかが問題として問われなければならない。中央政府により「辺境」を主権国家体制に組み込むための手段として — 時に赤裸々な暴力（実力）が行使されたことは軽視してはならないが — 「法」の整備が用いられる。これはなぜなのか。無論国家の強制力の正当な行使のため、という面はあるだろうが、広義の constitution に関わる象徴的機能もまた関係しているのではないだろうか？ 中央政府ないし「中心」にとってさえ外部的・外来的な知が、あえて「辺境」に対して援用され移植されていく、その意味作用に、統治者も被治者も無自覚だとは思えない。知的エリートが主体となって、法が継受され移植される。それへの主体的・能動的なコミットメントが規範的な要請として同時に語られる。古今東西を問わず法という制度 / 思想 / 営為にはそのような側面が常につきまといると言えるように思われる。「普遍」は常に外部から — 国家のガバナンスの一翼を担う知的エリートとしての法学者 / 法律家に媒介されることで — 到来するのである。

第3に、従って、またしても基本的な問いとして、「受容」「継受」する側の主体的・意識的条件、つまりは「法意識」の問題が浮上してくることになるだろう。環太平洋地域における法秩序の変容の歴史的ダイナミズムは、単なる制度の移植の問題としてだけではなく、当該制度を媒介した知的エリートや、具体的な人々の生活が織り成す多層的な規範秩序において、いかなる規範意識が介在した変容を余儀なくされたのかという問いとしても、省察されなければならないはずである。