

日本人の訴訟回避と法意識論

—— 西欧近代法の歴史的淵源と文化論の視角から ——

Way of Legal Thinking and Refrainment of Litigation in Japan

—— from Perspective of Origin of Modern Western Law and Comparative Culture ——

大橋憲広（東京家政大学教授）

田中憲彦（法政大学講師）

Norihiro OHASHI (Tokyo Kasei University)

Norihiko TANAKA (Hosei University)

要 旨

川島武宜の著作『日本人の法意識』は、日本人の法意識は、明治期以来の西欧近代法の継受によっても、前近代的な要素を色濃く残していることを述べる。その原因は、西欧近代法の継受は日本人によって望まれたものではなく、また継受された西欧近代法は日本社会に根をもったものではなく、欧米列強との対等な関係を築くための手段として導入されたものであると説く。西欧近代法の歴史的淵源をなすローマ法とゲルマン法を見ても、手続と共同体を通じて紛争を修復し、社会に収容する方策が見られる。現代のA・D・Rにも注目するべきである。いわゆる「隣人訴訟」は文化による、日本に独特のものであるとする見解もあるが、これと対照的に欧米における訴訟を通じた紛争処理を単純に対置することはできない。むしろ、司法制度とその機能、法曹のあり方の現実などの要素を交えて比較を行わなければならない。

Abstract

The Japanese way of legal thinking and attitudes toward litigation are said to be different from those of Western countries. It is claimed that the Japanese prefer mediation and arbitration to litigation. The Japanese solve conflicts by social relationship, while Westerners litigate easily. This contrast, however, is too simple. The Roman and Germanic law, the origins of modern Western law, made efforts to solve conflicts by modus-process and communicative relations. We should refer to the perspective of legal system and jurists when we examine precisely the legal thinking and attitudes in Japan and Western countries.

キーワード：日本人の法意識・西欧近代法の淵源・隣人訴訟・代替的紛争処理手続

Key words : Japanese way of legal thinking, origin of modern western law, litigation between neighbors, A.D.R.

はじめに

「人の人たるゆえんは、人と人との結合にある」(Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch.)。これは、ドイツの法学者オットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke) がその畢生の名著『ドイツ団体法』(Das deutsche Genossenschaftsrecht) の第1巻冒頭に掲げた名句である。かくのごとく人はただ一人で生きていくことはできず、人と人との結合すなわち社会のなかで生きていかざるをえないのである。とするならば、人は生きていくかぎり他人とのかかわりを避けることはできず、それゆえ時として感情や利害が絡み合っ「いさかい」や「もめごと」すなわち「紛争」が生じることにもなる。それでは、こうした紛争はどのようにすれば解決できるのか。この問題は人間の歴史とともにあるといえる。古今東西の社会において、人はさまざまな紛争解決方法を生み出してきた。そのなかには、たとえば「裁判」(あるいは「訴訟」と呼ばれるものがある。これは、とりわけ近代以降の社会においてはたしかに有効な紛争解決方法として機能している。強制力を背景とした裁判が国家にとってその統治にあたっての重要な手段となっていることは、これまでの歴史を顧みれば、自明のことといえよう。しかしながら、人々の法意識あるいは権利意識という側面からこの紛争解決の問題について考える

ならば、事情はいささか違ってくる。社会において紛争が生じたとき人々はこれにどう対処するのか。それは人々の法意識や権利意識と深く関わることであり、必ずしも裁判という解決方法が最善ないしは最適のものとはいえないのである。このことは、日本と西洋との法文化の違いという観点から、しばしば議論されてきており、そのとき法意識や権利意識をめぐる「日本の特殊性」という考え方がひとつの論点となっている。本稿は、こうした議論をふまえつつ、まず日本との比較という視点から西洋とくにヨーロッパにおける紛争解決の歴史をあとづけ、そのうえでいわゆる「日本人の法意識」論と関連づけながら、日本における訴訟の実例を素材にして法文化と法意識について考察しようとするものである。

第1章 法意識と裁判・仲裁・調停

1. 川島武宜の「法意識」論

いまや古典的著作とも言うべき『日本人の法意識』^(註1)において、川島武宜は日本における紛争解決の状況について分析を行っている。それによれば川島は、近代的な社会関係を権利義務関係によって行為の交換基準が確定されたことによって特徴づけるとともに、この点から見れば日本人には権利意識が欠如していると主張する。このとき、「権利は法によって保護

された利益である」とする考え方に対して、川島は、そのような見方は西ヨーロッパやアメリカの社会を理解するには有効であるにしても、日本人の権利意識を論じるについては、「有効且つ有益な分析道具たり得ない」とする。それは、西ヨーロッパやアメリカにおいては、「私が『権利』意識の内容やその背景事実として考えるものは自明視されて、言わば『空的存在』となっている」からである^(註2)。このことからさらに川島は、江戸時代の、さらには明治以降1920年代までの日本社会は権利義務を中心とした「近代市民社会」ではなく、「相互の『権利』義務関係が確定的になっていない」いわゆる「協団体」的な小集団によって成り立っていたとする。したがってそのような社会では、紛争が生じて、これを「協団体」的な関係を破壊しないようしかなかたで「丸く納める」ことが望ましく、これに対して裁判官が「黒白を明らかにする」という方法は回避される。その結果、訴訟を提起しても判決には至らず、当事者間の和解が重用されたのである。江戸時代の「内済」や明治時代の「勸解」はこれにあたる^(註3)。このことについて、川島は、調停と仲裁との相違に着目しながら次のように説明する。すなわち、「調停」とは、第三者が和解の条件を紛争当事者に示して、当事者の合意（和解）によって紛争を解決するように当事者にはたらきかけることであり、「仲裁」とは、第三者である私人（仲裁人）が紛争に対し当事者を拘束する決定を下すことである。川島によれば、この二つは西洋では明確に分離しているが、日本では「未分化」だとされる。この「未分化」なものを川島は、「調停的仲裁」あるいは「仲裁的調停」と呼ぶ。それは、紛争当事者のどちらが「正しい」かを明らかにすることを目的とするのではなく、争いを「丸く納める」こと、言い換えれば紛争当事者の間に「仲のよい関係」をつくることを目的とする。そのために、紛争当事者は、争いを「仲裁人」に「預ける」、すなわち「仲裁人」の「裁き」によって紛争を「丸く納める」ことに同意する。このように見てくると、内済や勸解はこの調停的仲裁（仲裁的調停）にあたるものであり、権利義務関係に即した紛争解決とはいえないものである^(註4)。

このようにして川島は、日本人には権利意識が欠如しているという認識を前提として、日本では紛争解決にあたっては「黒白を明らかにする」訴訟という方法は回避され、その結果として仲裁や調停という「丸く納める」方法が重用されることとなったと主張するのである。この考え方は、「日本人の裁判嫌い」として、日本のみならず欧米にまで知られるようになり、内外の研究者に大きな影響を与えた。そのような状況のな

かで、アメリカのジョン・オーウェン・ヘイリー（John Owen Haley）は、1978年に「裁判嫌いの神話（The Myth of Reluctant Litigant）」を発表し、日本における訴訟数の少なさは、法意識などのような文化的な原因に由来するものではなく、それは裁判組織の整備などの制度的な要因に帰することを主張した。日本では、大木雅夫が同様の見解を示して、川島を批判した^(註5)。さらにヘイリーは、1991年の著書において、このような制度的な要因に加えて、日本社会に特徴的な「たてまえ」についての分析をもとに、調停や相互依存性といった文化的な要因によっても説明することができる^(註6)。

2. 裁判と裁判外紛争解決

以上のような学説の展開は、1990年代以降盛んになったいわゆる「A. D. R.」をめぐる議論にも影響を与えることとなった。A. D. R. は、英語の Alternative Dispute Resolution の頭文字をとったものであり、通常「代替的紛争処理手続」と訳される。この訳語にあらわれているように、A. D. R. は、本来は裁判を紛争処理手続の基幹的制度として認識したうえで、これを補完するもの、すなわち「代替的」なものと捉えられていた。およそ18世紀以前のヨーロッパにおいては、公権力は社会の構成員に対して確固たる強制力を有してはいなかった。そのため紛争が生じた場合に、当事者やその関係者によって解決がなされることがしばしばあった。公権力によって裁判の判決が出されたとしても、そのことがただちに判決内容の執行を保証するものではなかったのである。したがって、このような社会において仲裁（arbitration）あるいは調停（conciliation）と呼ばれる紛争解決手続が早くから存在したのも当然のことであった。ところが19世紀に権力を一手に集中させる強力な国家、いわゆる「近代国家」が誕生すると、状況は一変する。そのような国家においては、裁判の判決は国家が獲得した強制力によって確実に担保されることとなったのである。このときから紛争解決方法のなかでも裁判が決定的な優位を占めるようになる。アメリカにおいては、すでに1970年代からA. D. R. を推進する運動が始まっており、それはこのような裁判の優位を前提としたものであり、この点において、それはまさに裁判の優位性を強調する川島の見解と相通ずるものがあったといえる。その後アメリカではA. D. R. についての議論が高まるなかで、1998年に連邦A. D. R. 法が制定され、それとともに紛争解決にあたってA. D. R. を利用することが広く行われるようになる。さらに日本においてもADR導入の動きが強まり、2003年の「仲裁法」

に続いて、2004年12月には「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（「A. D. R. 法」）が公布され、2007年4月に施行された^(註7)。

このように見てくると、A. D. R. の推進という動きは、とりわけ「訴訟社会」とされるアメリカにおいてはさまざまな批判を受けながらも、訴訟に対抗する地位を得ようとするものと考えられ、このことは日本における内済や勧解に対する評価とも関わってくる。すなわち、内済や勧解の消極的な側面を強調した川島の『日本人の法意識』が公刊される以前から、たとえばダン・フェノ・ヘンダーソン（Dan Fenno Henderson）のように、江戸時代の日本における内済について、これは法律上の権利主張ではなく、当事者間での主観的な決定をもたらすものであり、またその決定は判決の代用とはなったが、判例とはなりえなかったという認識を示しつつも、その一方でこの内済は、裁判の過度の中央集権を防ぎ、裁判の個別化を可能にすることによって、衡平な結果を生んだ点において評価できると主張する者もいた^(註8)。さらには、日本におけるA. D. R. 法の導入にあたって、A. D. R. の理念的な位置づけをめぐる議論が行われたとき、上述のようにA. D. R. を裁判の補完・代替的なものと捉えるのではなく、伝統的な司法から距離を置いて当事者の自律的、創造的な紛争処理手続として独自性をもったものとみる考え方が示された。この考え方は、紛争解決における当事者の役割を強調し、当事者自身が主体的に問題を解決することを重視するものであり、したがって先に述べたような川島の観点からすれば、まさに訴訟回避的、前近代的であるとされようが、あくまでも個人の自律という新たな視点にもとづいているところにその特徴を見出すことができるのである。

以上のことから考えるならば、裁判とA. D. R. は、いずれも現代社会においては相互に補完的な役割を果たす紛争解決システムの構成要素と見ることができるとは。したがって、ここでは両者を紛争解決制度のなかでどのように位置づけることができるのか、ということが問題となるであろう。このことを考えるには、まず西欧近代の法制度や法思想を継受することによって新たな国家を構築していった日本について、固有の歴史的な基礎の上にこうした西欧近代の諸要素がどのように継承されたのかを問う必要がある。そして、このような西欧近代システムそのものもまた歴史的な発展をとげてきたことは、言うまでもない。そこで、次に日本と西欧との比較法的考察の予備的作業のひとつとして、いささか迂遠ながら、いわゆる前近代のヨーロッパ、とくに古代ローマから中世ヨーロッパにおける紛争解決の態様を探ることとする。

第2章 ヨーロッパにおける紛争解決の歴史

1. 古代ローマの訴訟制度

人はその歴史において、紛争を解決するためのしくみを構築していった。最初は、被害者による自力救済が許されるだけでなく、そのような復讐による自力救済がむしろ神聖な義務とさえ考えられたのである。次に、このような自力救済が許されるとしても、たんなる無秩序な復讐の段階を脱して、何らかの形でこれを社会的な統制のもとにおく、つまり一定のルールをそこに設け、それに従って自力救済を行わせるという段階へと向かう。さらに、このような自力救済そのものを避けるために、加害者と被害者の双方が話し合いを行い、金銭あるいはそれに相当する財物などを賠償金として前者が後者に支払うことによって解決をはかるという段階に至る。もっともこの場合においても、こうした賠償金による解決を当事者の任意に委ねるといふ段階から、そのような解決が当事者以外の第三者によって担保されるという段階へと進んでいくのである。ただいづれにしろ、この段階においては、当事者間での解決といういわば私的訴訟の性格が維持され、そのためいまだ自力救済の余地がかなり残っていると見える。そして、次の段階に至ってかかる第三者が公的な色彩を帯び、国家に代表されるような公権力が自ら紛争を解決することとなり、ここで紛争解決の私的な性格が払拭されるとともに、自力救済は原則として禁止されることになるのである^(註9)。

このような観点から見ると、古代ローマにおける紛争解決の歴史については、次のように説明することができる。

(1) 自力救済の時代

ローマにおいては、前5世紀に制定された十二表法によってその紛争解決制度の一端を窺い知ることができる。そもそもローマ人は他の諸民族と同じく、原初的段階には自らの権利を確保するには自力によるほかになかった。そしてそのことは決して非難されるべきことではなく、むしろそれは正義に適合することだと認識されていたのである。彼らにとって物を所有することは、そのものを「奪取」することによってもたらされるのであり、そのような行為の正当性はまさに自分自身の中にあると考えられたのである。このようにローマ人にしてみれば、他人からの権利侵害に対する自力救済とはすなわち復讐のことであり、それは、裁判官も立法者も存在しない社会において、自らの法を実現するための唯一の手段であったといえる。たとえば、十二表法には次のような規定がおかれている。「も

しある者が他人の身体を傷つけ、和解が成立しないときには、同害報復とする」(第8表2)。これは、紛争解決方法としては和解すなわち両当事者間の話し合いを第一義的なものとし、そのうえで同害報復を認めているのである。この場合、同害報復とはオリエントにその起源をもつとされるタリオのことである。それは復讐を正当な行為としながらも、それを無制限に許すのではなく、「同害」、すなわち被った損害の範囲内に復讐を限定しているのである。また、同じく十二表法に「もし夜に盗が行われた場合には、盗人を殺害しても、その者は法によって殺害されたものとせよ」(第8表12)という規定がある。これは、夜間という限定はあるものの、盗人たる加害者から自らの所有物を奪い返すためには、復讐という自力救済を行うことができ、それはまさに法に適うこと、すなわち正義であることを示している。これらのことから、この社会において復讐は正義に適う行為であり、それによって紛争解決がなされることは当然のこととされるが、その一方でこうした復讐に対して一定のルールが設けられ、そのことによってさらなる紛争の拡大が防止されていたことがわかるのである^(註10)。

(2) 共和政期ローマの訴訟制度

十二表法は訴訟手続について次のように定めている。

「ある者(原告)が法廷に召喚するならば、彼(被告)は行かなければならない。被告が行かなければ、原告は証人を呼び、その後にはじめて被告を捕まえるものとする。被告が反抗し、あるいは逃げ去るならば、原告は被告を捕らえるものとする」(第1表1)

これによれば、手続は原告による被告の召喚で始まる。原告は、自分とともに法廷へ赴くよう被告に要求し、被告がこれを拒絶すれば、証人を呼ばなければならず、その後にはじめて実力を行使することが許された^(註11)。

この訴訟制度の特徴は、手続が二つの段階に分かれているということである。すなわち、法務官(praetor)による法廷手続(in iure)と審判人(iudex)による審判人手続(apud iudicem)である。第一段階の法廷手続では、法務官は原告の訴訟能力を審査し、また原告の請求が市民法の認めるものであれば、訴権(actio)を付与する。これに対して、被告は認諾するか、否認するかを選択する。後者の場合には争点決定がなされ、さらに審判人が選任される。これで第一段階は終了する。法務官が関与するのはここまでである。次の第二段階では、審判人は当事者の陳述を聴き、証人や証拠を調べて事実関係を確定する。審判人の判断(sententia)

はそのまま判決となり、法務官はそれについてはいっさい関わらないのである。審判人は、主に元老院議員のなかから、当事者の合意によって選ばれた。したがって審判人は、ここではあくまでも一私人であり、また法律の知識を欠いている。しかし市井の人物だからこそ、審判人は、現実のできごとについてむしろ適切に判断することができるし、またそれゆえに当事者がこうした判断を受け入れることになるのである。このことは、訴訟全体の構造とも関係している。つまり、訴訟全体の指揮監督を行うのは、公権力の代表者である法務官であり、この法務官が事件に適用される法律が何かを審判人に提示するのである。また審判人は、上述のように当事者の合意によって選ばれるが、これについて承認を与えるのも法務官であり、これらのことによって本来は私的な存在である審判人の地位に公的な性格が付与されたと考えられるのである。

このように共和政期ローマの訴訟制度は、一方では裁判担当政務官たる法務官の技術的な側面とそれによる法律構成と、他方ではそれによってもたらされた枠組みのなかで判決を発見する私人たる審判人による仲裁としての判断、この両者の組み合わせによる二分制と見ることができる。審判人は、形式的にはあくまでも官職をもたない私人であり、法律の素人ではあるが、その多くは元老院議員であり、それゆえ社会的にも支配層として権威をもつ存在である。そのような審判人の判断に対して、当事者が服しないはずはない。さらに、審判人はもとより、裁判担当政務官たる法務官までもが、法律の知識に精通していたいわゆる「法学者」の助言を受けており、彼らの判断が法的に問題を引き起こすことは考えられない。こうして訴訟制度の二段階制は、法律の遵守という点から見ても、社会的な正義の実現という点から見ても、十分にその機能を果たしているものであり、それはまた中立的な外観を装いつつも、権威的な要素を残している。巧みな支配の技術がここに現れているのである。

2. ゲルマンにおける復讐と裁判

ゲルマンにおいて紛争はどのように解決されたのか。この問題については、これまでハインリッヒ・ブルナーをはじめとする多くの法史学者がさまざまな議論を展開してきた。ここでそれらを詳細に検討することはできないが、その代表的な見解としてハインリッヒ・ミッタース^(註12)を取り上げながら、この問題を考えてみることにする。

(1) 復讐とフェーデ

ゲルマンにおいては、同時代の多くの民族がそうで

あるように、社会において何らかの紛争が発生した場合に、これを解決するために復讐が行われた。ミッターは、ゲルマン社会の基本的な構成単位としてジッペ (Sippe) という一種の血族団体を想定する。彼によれば、ジッペは、内に向かっては平和の担い手であるとともに、外に向かっては復讐、すなわち血讐 (Blutrache) の担い手であり、復讐はまさにこのジッペによるジッペの戦いであったとされる^(註13)。つまり、ゲルマン人は、平和を維持することこそが社会の生存の目的であり、こうした平和を破壊する行為に対しては、ジッペによる集団的な復讐を行ったのである。血縁共同体であるジッペの構成員に対してなされた外からの攻撃に対して、ジッペは集団として復讐を行った。しかもこの場合に重要なことは、ゲルマン人は社会的な評価としての名誉に重きをおいており、とりわけジッペという団体の名誉の観念が強く、個人を傷つけたり、殺したりするような行為は、すべて被害者ならびにそのジッペに対する名誉侵害と考えられていた。したがって、復讐は、加害者に対して苦痛を与えることよりも、ジッペに加えられた侮辱を雪ぎ、名誉を回復することを目的とするものであった。このような集団による復讐はフェーデ (Fehde) と呼ばれ、このフェーデを行うことは、ジッペに課せられた宗教的な義務であり、信仰にまで高められていたのである。前述のように、ジッペは、内には平和の担い手であり、外にはフェーデの担い手であって、その内部においては復讐は禁止されるとともに、相互に信頼し、扶助する義務を負う一方で、外部に対しては協同して復讐する義務を負っていたのである。何らかの加害行為が行われた場合に、たとえそれが個人の法益 (生命・身体・財産など) に向けられていても、被害者のジッペに対する行為とみなされて、フェーデの発生原因となるが、その一方で、加害者であってもその属するジッペから追放されることはなく、むしろ被害者のジッペからのフェーデに対して、加害者のジッペはそれに立ち向かう義務を負うと考えられていた^(註14)。

ゲルマンの復讐は大きく二つに分けられる。一つは、いわゆる現行犯の場合である。この場合には、被害者は加害行為の進行中に叫び声すなわち「叫喚」を挙げて援助を求める。そしてこの叫喚を聞いた同じジッペの者は、ただちに駆けつけるとともに加害者を追跡 (Spurfolge) する義務を負っており、その際家宅搜索 (Haussuchung) を行うことができた。被害者は、その場で加害者を殺害することが許された。殺害が行われた場合には、その後に行われる死者を訴える緊急裁判所において、叫喚を聞いて駆けつけた者 (シュライマネン Schreimannen) は、被害者が死体の前で行う

復讐の正当性を明らかにする宣誓を保証する役割を担うのである。また加害者は捕縛されて即決裁判所へつき出されて死刑の判決を行うこともあった^(註15)。

現行犯ではなく、犯行が「一夜を超えて」発見された場合には、組織的な復讐すなわちフェーデが行われた。フェーデは、自力救済の方法によってジッペの名誉を回復することを目的とする。それは、はじめは相手方に対していかなる加害も許されたが、後には家の平和や避難所 (Asyl) の尊重、あるいは公然と行われることなどが必要とされ、さらに自力救済を制限しようとする社会的な力が強く作用して、復讐に一定の制限を定めるようになる。

フェーデはウルフェーデ (Urfehde) すなわち和解によって終結させることができた。和解には定型の文言があり、また宣誓が必要とされた。和解は宣誓、平和同盟、婚姻などによって強化された。当事者間で和解できないときは、当事者が選んだ仲裁人の判断に委ねることができた。この場合、仲裁に付すかどうかの選択権は被害者だけが有していた。この仲裁人は、後には個人ではなく、裁判所がこれに当たるようになる。仲裁人または仲裁裁判所によって贖罪金 (Buße, compositio) が確定された。この贖罪金は復讐を免れるための対価ではなく、ジッペの名誉侵害に対する贖罪の意味をもつ。贖罪金のなかで最も重要なものは、殺人に対する人命贖罪金すなわち人命金 (Wergeld) である。この人命金はきわめて多額であり、その他の贖罪金の数倍に上り、これを支払うためには所有する家畜をすべて提供しなければならないこともあったという。このようにして貧困に陥ったジッペも多く、結局、支払不能のために加害者自身が相手方に委付され、債務奴隷となった場合も多かったとされる^(註16)。

このゲルマンのフェーデについて、これを法的な現象と見るかことができるか、議論されている。そもそも復讐は原始的かつ本能的なものであるから、法外的な現象とも考えられる。今日、復讐がなお正当化される可能性があるとしても、それはきわめて限定された場合であり、原始的なものの残存としかいえない。しかしながら、制裁を執行する機関がまだ確立していない社会にあっては、このような復讐は正当な行為であった。「国家」が存在したとしても、制裁執行権は結局ジッペの手中にあり、そのためジッペによるジッペの復讐が行われざるをえなかったのである。また復讐は、名誉を重んじたゲルマン社会においては、被害者のジッペが自らの名誉を回復するためのまさに自力救済であり、当時の規範意識からすればまったく正当な行為であって、たんなる本能的あるいは反射的なものではなかった。さらに、復讐について制限を設けた

り、和解という方法で終結させるなど、そこには一定の秩序が存在することも考え合わせるならば、フェーデがゲルマン社会において一つの法的な制度をなしていたと解することができる^(註17)。

(2) 部族法典と贖罪金

西ローマ帝国の版図内に建国したゲルマン人の多くはそれぞれ法典を編纂した。これがいわゆる部族法典^(註18)である。フランクのレークス・サリカやレークス・リプアリア、ランゴバルドのロタリ王法典などである。これら一連の部族法典においては、その多くが詳細な贖罪金の規定を設けており、「贖罪金のカタログ」と呼ばれている。ゲルマン人国家において、国王がめざしたのは、国内の平和を維持して国家の基礎を強固にすることであり、そのためにはまずジッペ間のフェーデを防止する必要がある。しかし、フェーデを正面から禁圧することはきわめて困難であるので、個々の違法な行為について贖罪金の額を決定し、そのことによってフェーデを防止するための一助としたのである。贖罪金、とりわけ人命金については、その額の決定するにあたり、被害者の年齢や性別や社会的地位などが考慮され、そのため法典の規定がかなりカズイスティックなものとなっている。こうした贖罪金によってフェーデの中止が強制されることになったのである。つまり部族法典は、復讐あるいは自力救済を根絶することの困難さに直面しつつも、多くの場合あくまでもこれらを抑圧することをめざしていたといえるであろう。

それでは、当時の社会は、平和の実現と復讐・自力救済の抑圧のために、どのようなしくみを構築したのか、またそれはどのような特徴をもつのか。次にこの点について検討する。そのために、ここではレークス・サリカを取り上げよう。

レークス・サリカ^(註19)は、自力救済を抑止し、平和を達成するためには、まず紛争の当事者が出頭し、そこでの行為が法的な意味をもつとされるような特別な場を設ける必要があると考え、そのために mallus と呼ばれる「集会」について規定している。この mallus は、thunginus という役職者の主宰のもとで開かれる集会であり、たとえば第 60 章「親族から別れようとする者について」では、親族との関係を絶つための象徴的な行為を用いた手続を定めているが、この手続はそのような集会で行われたのである。第 60 章は次のように規定する。

「彼（＝親族から別れようとする者）は thunginus の面前の mallus に赴き、そこで三本の木の棒を自分の頭上で折り、それを mallus のなかで四方に投げ、その際財産および親族との関係から離脱する旨の宣誓

をする」^(註20)。

ここで重要なことは、財産や親族関係についてはすでに当事者間で合意がなされており、そのことを thunginus が主宰する mallus において公にしているということである。つまりある特定の集会においてこのような象徴的行為を行うことによって、すでになされた合意がより確固たる効力をもつようにしたのである。したがって thunginus が主宰するこのような集会は、何らかの紛争を解決するものではなく、重要な行為をそこで認証するという役割を果していると考えることができる。

3. 中世の裁判制度

ゲルマン時代において紛争解決はおもに復讐や自力救済によってなされており、その後フランク王国などのゲルマン人国家では、部族法典のなかに詳細な贖罪金規定を設けることによって、王権は復讐や自力救済の防止するとともに、権力基盤の確立をめざした。そのような状況のもとで紛争を解決するための新たなしくみが構築されていった。これをわれわれは「裁判」と呼ぶことにする。ただそれは、現代の法治国家で広く行われている裁判とは異なり、紛争を当事者の合意のもとに贖罪金の支払いによって決着させるといういわば「和解の体系」であり、そこには当事者の意向に大きく依存するという側面をもっていたのである。すなわち、ここでの裁判は、あくまでも失われた社会秩序を回復し、和解をもたらすことを目的としていた。そのため、第三者が一方的に判断を下し、それを当事者に強制するのではなく、当事者の合意が尊重されたのである。つまり、裁判は和解を斡旋するにすぎず、また「判決」はその和解のための提案にすぎなかったのである。まさに裁判は、「合意形成のためのコミュニケーションの場」であった^(註21)。

それでは、裁判はどのような手続で行われたのであろうか。まず、先に述べたように当事者の意向が尊重されるため、裁判は両当事者が「裁判契約」を結ぶところから始まる。被告がこれを拒否した場合には、原告は被告の召喚手続を行った。被告はこの召喚をも拒否することができるが、そのときはいわゆる「平和喪失」が宣告された。裁判においては、主宰者である裁判官が判決発見人に質問し、判決発見人はこれに応じて判決提案を行う。この判決提案に対して裁判集会の参加者が賛同を与えれば、判決として確定する。しかしここで重要なのはこの判決の内容である。それは、被告に対して、自らの有責を認めて贖罪金の支払いをするかあるいは責任のないことを自らが証明するかを選択させる形式となっている。これがいわゆる「二枚

舌の判決」^(註22)である。ここにおいても当事者の意向が尊重され、強制の要素がきわめて乏しいことが現れているのである。それでは被告は自ら有責でないことをどのようにして証明したのか。

被告が行うことができる証明としては、おもに二つの方法があったとされる^(註23)。一つは、「雪冤宣誓」と呼ばれるものである。この宣誓は、厳格な要式行為で、言い間違いは許されなかったし、また宣誓者である被告の人格を証明する宣誓補助者が必要とされた。この宣誓補助者は被告の宣誓が偽りでないことを宣誓するのであり、事件の内容そのものの真偽についてはまったく関わらない。もう一つの証明方法は、神判である^(註24)。神判には熱湯神判、水神判などがあったが、いずれも超自然的な力によって被告の正邪を明らかにするものであった。このうち熱湯神判は、熱湯のなかに手をいれ、そのやけどの有無で正邪の判定を行うものである。この熱湯神判については、古代日本のいわゆるクカタチ（盟神探湯）との類似性を指摘することができる。クカタチは、『日本書紀』の記述に見られる。それによれば、湯の煮えたぎった釜のなかに手を入れ、そこにある小石や泥をすくって、その手のやけどによって判定する^(註25)。このようなクカタチと熱湯神判とは、細部にいくつかの相違はあるものの、両者に共通していることは、真偽の判断を神に委ねているという点である。両者はいずれも神に対して宣誓する儀式を伴っており、そこには神を畏れ信じた当時の人々の世界観が現れている。しかしながら、こうした神判にはわれわれ現代人の感覚からすれば、やはり疑問をもたざるをえないところもある。たとえば、そもそも手がやけどを負わないということがありうるのか。さらに重要な点は、やけどの有無を判定するのは誰であったのかということである。つまり「神判」といってもその判定を行うのは人間であり、そのため判定には判定を行う者の主観が入らざるをえない。このことからすれば、神判とはあらかじめなされた何らかの判断について、衆人環視のもとでこれに正当性を付与するための装置であったと考えることができる。

中世の裁判は、紛争によって破壊された秩序と平和を回復させることが目的であり、そのために絶対的な判決を下すことができるのは「超自然的な力」、すなわち「神」にほかならない。一元的な権力が存在しない社会においては、裁判それ自体が紛争当事者の意向に左右されるがゆえに、そこでなされた判断を共同体の人々が納得して受け入れるためには、何らかの絶対的存在を想定し、公開の集会で行われる儀式のなかでその絶対的存在によってかかる判断が担保されることが必要であったのである^(註26)。

第3章 再び「法意識」論をめぐって

川島武宜『日本人の法意識』を起点とする法意識・法文化についての研究は、すでに汗牛充棟の観がある^(註27)。しかし今日に至るまでこれが提出した問題が議論され、決定的な定説があるとはいえないことは、本書の問題圏の大きさと深さを示している。日本人が西洋(欧米)のとは異なる法に対する行動様式・感情を有しておりその原因は日本の文化伝統よるとされる。この研究の視点は、「法による社会統制」を研究するためのものである。ただ川島も意識だけが法行動を究極に決定するわけではないとしている。すなわち法に関する行動の決定にとってもっとも近接したところに位置する要因であるとするのである。

川島によれば、日本人が訴訟による紛争解決を好まないのは、日本に法＝権利・義務が、根付いていないからであり、このことは日本が西欧近代法を継受したことに民衆的基礎があったわけではなく、不平等条約の撤廃を行うための列強に向けた政治上の手段であった。また、権利ということばは、もともと日本には存在しなかった。そのことをもって川島は、日本には、西欧近代法の権利に当たる社会関係が存在しなかったとされる。例えば、契約は、意思表示のみによって成立するが、「手附」や「証文」がないと契約は成立しないという体験的エピソードが挙げられている。所有権では、近代的所有権の特性である、現実支配行為との無関係性、観念的なものであることが、現実には、とくに当時の農村においては、そのようなものとして所有権が、捉えられていないことが指摘される。権利・義務があいまいに捉えられていること、また前近代的所有権意識は、最終的には、紛争を訴訟によって解決することを好まず、先述の様に「調停」的な紛争解決となり、その背後には往々にして半封建的・前近代的な社会関係が残存する。

以上のような法意識の原因となっていることについては、川島は明確にはしていないとはいえないが、文化伝統がその基礎にあるとする。例えば、谷崎潤一郎の著作への評言で「日本語は、明確に限界づけられた意味内容を伝達するのではなく、伝達しようとする内容の中の中心部分を表明することばを用いることにより、それに伴う他の種々の意味内容はそのことばによって示唆されその結果伝達される意味内容の周辺は不明確なものとなり、伝達の受け手によって変化する。これが日本語的な『含蓄』である。このような言語習慣が、社会規範と密接に関連しているという事実は、私にとってまさに興味深いところである。^(註28)」とし言語習慣を社会規範の意識と結び付けている。そ

して同じ箇所、これと日本国民の社会意識一般、日本国民の文化一般と不可分の関係にあるとして、文化原因説を唆する。

以下に日本文化論、日本人論をとりあげてこれを法意識の説明として用いることができるかについて少しく検討する。

第4章 隣人の争いと訴訟

「隣人訴訟」は、事件当時マスコミにも大きく取り上げられ、専門書が出版され国際的討論も行われて注目され、法意識と法文化に関する素材を提供した^(註29)。経緯の概要は以下のとおりである。1977年5月8日三重県鈴鹿市において、Aの子a(3歳4ヶ月)が、近くのBの家でBの子bと自転車に乗るなどして遊んでいた。当日は暑い日であった。aとbは、同じ幼稚園に通っていた。Aの妻は、買い物に行くので、3時ごろaを連れて行こうとしたが、aがそれを拒んだ。Bは妻もいるし、自分も見ているからaをおいていったらよい旨を告げ、またBの妻も子供が二人で遊んでいるからだいじょうぶでしょうとの旨を告げたので、Aはaをおいて買い物に行った。このときのやり取りには訴訟では争いがある。AとB宅の近くには、農業用の灌漑溜池があり、Bが、掃除している間にaとbは、溜池の方に行った。bは、池に近づかないように言われていたので池に入らないでいたが、aは、泳ぐとって池の中に入っていった。aが戻ってこないで大騒ぎとなり、近隣の人とBが探したところ、池を深くした所、水際から5、6メートル、水深3、4メートルの底にaが沈んでいるのを発見し、救急車で搬送したが、死亡が確認された。死亡時刻は3時30分ころとされた。

同年12月、Aらは、Bらと鈴鹿市を被告として、準委任契約に基づく善管注意義務違反、それがなくても条理あるいは信義則上の注意義務違反、つまり不法行為責任により逸失利益、慰謝料、葬儀費用、弁護士費用の支払いを求める訴を提起し、後に国家賠償法を根拠として国、三重県、不法行為責任に基づいて池から土砂を採取した業者を加えて提訴した。裁判所は、Bらを除く被告に対する請求を棄却し、Bらに対しては、監護一切を引き受ける契約の成立を認めず、子供らが水際付近に子供たちだけで立ち至らないよう適宜の措置を取るべき注意義務があったとし不法行為による責任を認めた。過失相殺を考慮し、Bらの責任を約30パーセントとし、約500万円の支払いを命ずる判決を行った。

この裁判結果が報道された直後から、Aに手紙やは

がき60本前後、電話が600本がかかってきた。その内容は、「亡くなった子供を使って金をとるのか。」「人非人」「お前は日本人ではない。」であった。電気工事の下請けをしていたAは元受から仕事をもらえなくなり、Aの子は学校でいじめられた。Aらは、控訴してはどうかと考慮していたが、このような事情があったので、控訴ばかりではなく、すべての訴訟の取り下げに追い込まれた。Bらの同意がないと取り下げられない。Bらは、控訴したが、これが報道されると今度は、BらにAらが取り下げるといっているのにまだやるのか、人殺しは死んでしまえ、などの電話がかかり、またかみそりの刃を送ってくる者もあった。結局、3月9日Bも取り下げに同意し、鈴鹿市などの被告も同意した。第1審の判決は、効力を失い確定力により、それ以上、訴を起せなくなった。かかる異例の事態に法務省は、4月8日、見解を出し、基本的人権の侵害であり遺憾とした。この間、法務局は、手紙を出したり電話をかけたりした者の調査を始めたがAらが、また自らが非難されると申し出たため調査を打ち切った。

「隣人訴訟」は、日本人の法意識・法文化の議論に1つの素材を提供した。すなわち、紛争を権利・義務を規準として白黒をはっきりさせて解決する訴訟に対してそれを抑圧しようとする何らかの作用が働いたということである。これは、法の作用が法の外部の影響を受けることを示している。

日本と対比的に語られる欧米では、隣人間の紛争はどのように処理されているのであろうか。ドイツにおいて隣人の紛争が、訴訟に至ったものを集めた文献によると隣家の樹木の枝が、伸びてきて争いとなったなど多様なものが挙げられている^(註30)。ドイツでは、当時年間40万件の隣人間の訴訟があったとのことである。そして著者は、「まさにドイツ的？ 悪擦れした典型的ドイツ人？ その通り、われわれはそんな民族だ。裁判狂の民族？ まあ、その第1級の資格はある。^(註31)」として自らドイツ人を訴訟好きであるとしている。以上から「ささいなもめごと」が、「簡単に」あるいは「気軽に」裁判所に持ち込まれているという印象を受ける。

「隣人訴訟」の場合は、双方の弁護士が交渉し、和解することが良く行われる。しかし、本件ではAらの弁護士はBらの弁護士と交渉せずに提訴している。事故が起こったのは、5月であるが12月には提訴されており、これも短い回帰間である。Aらが49日をすぎたころB宅に事故の模様を聞きにいったところ、Bは戸に鍵をかけて会わなかったとされている。当事者間、弁護士間のコミュニケーションの欠如が、提訴へいたらせたことが推察される。そうであるとしても日本では死亡事故による損害賠償が、日本では裁判所に持ち

込まれることでさえも、それを抑圧する雰囲気・法律や訴訟に対する少なくとも一般市民の姿勢があると一応思われる。その背景として考えられるのは、可能性としては1. 文化、2. 司法制度の仕組みと機能3. 両者の複合的要因であるが、ここでは、川島学説との関連で、「文化」について、次節で検討することとする。

第5章 文化論と法

ここでは、いくつかの文化論と法を見ることとする。「法文化」については、すでに多くの文献があるが、それらの検討は別の機会に行うこととし、法を対象としない一般的日本文化論・日本人論^(註32)から法への接近可能性の適否を論じ、検討することとしたい。

一般的な日本文化論と法の関連を見ようとするのは、簡単ではない。まず、そもそも文化とは何かという定義上の問題がある。文化とは、一義的に定義することは、困難であり、極めて多様で広範囲なものを含みうるからである。広辞苑には、「人間が自然に手を加えて形成してきた物心両面の成果。衣食住をはじめ、科学・技術・学問・芸術・道徳・宗教・政治などの生活形成の様式と内容とを含む。」とある。極めて外延の広い概念である。ここには、法や法制度は挙げられていないが、含むと解して誤りはない。以上のように言いうるとすれば、日本文化が有する特徴は、法にも表れると解される。ここでは、あえて「法文化」に関する所論は取り挙げずに、「文化」についてのいくつかの著作から、日本の文化の特徴を見ることにする。一般的な文化概念は、政治、法、経済、社会制度と区別して使われることが多い。日本文化史の通史的文献で取り上げられるのは、文芸作品、仏像、書画、宗教的著作、芸能、思想などであって、法やその制度は含まれない^(註33)。日本文化の特徴として挙げられるのは、日本がユーラシア大陸の東のはずれの海上にあり、大陸で発達する文化の波及が時間的に遅れ、「そのような文化のあり方が、日本の歴史を貫く1つの特徴をなしている。^(註34)」とされる。さらに、「外来文化が日本人の実生活を根本から変えるほどに深く広い影響を及ぼすには至らないのが通例であって、伝統的文化がいつも根強く実生活の中で持続されてきた点を重視しなければならない。^(註35)」ともされる。

文化論を扱うものには、日本の文化の特徴として、中国から文化を取り込むに際しても、その単なる模倣に甘んじるのではなく、自らの文化に合わせて消化し、(例えば仮名文字)、あるいは自前の仕組みを対抗、共存、融合させつきあっていく過程で常に、自分を識別することでそれを習いとしてきたとし^(註36)、明治以降相手

が中国から西欧に変わっただけとするものがある。また、日本文化の特性として自然との合一、家族的人間関係なども日本文化の特性としてしばしば挙げられる。川島の引用する谷崎潤一郎においては、一種の濁りを帯び、沈んだ翳りのあるものを好むということも西洋とは対比して述べられる。他の点では、「英国の文化は、日本でのように医学は外国式で、美術はまた別の外国式だが生活様式は、日本流だというような混雑したものでないということ、従って何事も軽薄でなく長い歴史を負っていて落ち着いたものだということである。^(註37)」、「日本の文化は雑種の文化の典型ではないかということだ。^(註38)」という指摘がある。ここでは、混合雑種ということばに、良い意味も悪い意味も与えていない。

以上のような文化史、文化論の指摘は、日本文化の特徴としていいであろう。しかし、これらの議論を法に直接結びつけることは、慎重でなければならない。まず、文化は、広い概念であるから、それをもってすべてを説明できるのではないかという誘惑にかられる。そして、例えば、欧米における「自立した個人を基礎とする社会関係」対「日本における家族的・共同体的社会関係の残存」という単純な図式は、強調すれば強調するほど誤解を招くことになる。また、日本の文化の特徴とされるものは、欧米にはまったく存在しないのかという点で疑問が残る。この点は、各論者は視野に入れていないかもしくは述べていない。ここで必要なことは、文化概念の法に対する適用に際しての明確化であって今日その試みがなされるが、いまだ十分な展開を見ていないといっている。

おわりに

現代において紛争の処理方法として、裁判を唯一最高の手段として捉えることは適切ではない。日本が継受したヨーロッパ近代法の源流をなすローマ法とゲルマン法の歴史を見ても特定の行為や方式を入れることで手続過程によって、収めることが行われてきた。法の外部の要因が、継受した紛争処理方法や法の運用に影響を与えていることは、隣人訴訟を見ても否定できない。しかし、一般的な文化論から法をみることには困難がある。文化論では文化概念の内容そのものが、極めて広範であるだけに説明概念とするには、より限定的な規定を必要とする。日本文化論・日本人論の中には、事実即分析というより、論者の趣向の表明と見られるものも散見される。日本文化論・日本人論は、欧米との違いを強調するものであるが、行き過ぎると厳密さを欠いた単純な図式に陥る危険性がある。「米国イコール訴訟社会」論としてよく語られる1

つの例を引こう。米国で1990年代、ファストフード店のマクドナルドでコーヒーをこぼしてやけどをした女性が訴訟を起こし、約300万ドルの賠償が認められたという例である。(損害賠償は、約20万ドルでそのうち過失相殺が認められて約16万ドル、懲罰的賠償として270万ドル) 訴訟結果が報道されると米国は訴訟社会であり途方もない損害が認めらるとされ、些細なことでも訴訟にするとところであり、また日本の司法制度改革論議の中では弁護士人口が増加すると米国のような訴訟社会となるのではないか、という議論があった。しかし、本件を詳細にみれば、実際には裁判官は懲罰的賠償を16万ドルに減額した。また事実としても、原告は摂氏90度前後のコーヒーをズボンにこぼし3度の熱傷を受け、8日間入院して皮膚手術を受け一生治らない傷を負ったのである。マクドナルドは、1982年から10年間に同様の事故やクレームを700件前後受けたが、コーヒーの香りを維持するために温度を維持した。なお、この事件の後、一度温度を下げたがその後再び温度を戻し、コーヒーのふたに「Hot! Hot! Hot!」と印刷したとのことである^(註39)。単にコーヒーこぼしたという事実よりもその背景にあるこのような事情を考慮すれば米国が「異常な」訴訟社会であるとは、直ちに言うことはできない。日本においては、司法制度改革の1つの要点である法科大学院と新司法試験制度による弁護士人口の増加によっても、訴訟件数が、格段に増加したという現象は見られない。日米の法曹の在り方、司法制度、ADRの実態を詳細に検討する必要もあり、これらを踏まえて日本人の訴訟回避行動を判断するべきである。

注

- (1) 川島武宜『日本人の法意識』(岩波書店、1967年)。この著書については、『川島武宜著作集第4巻』(岩波書店、1982年)所収の著者による「解題」も参照。
- (2) 川島前掲書15頁以下。
- (3) 同書162-163頁。
- (4) 同書154-162頁。
- (5) 大木雅夫『日本人の法観念』(東京大学出版会、1983年)。
- (6) John Owen Haley, *Authority without Power; Law and the Japanese Paradox*, 1991.
- (7) A. D. R. およびA. D. R. 法については、和田仁孝「新しいADRの世界をみる 総論ADRの基礎知識」(『法学セミナー第52巻6号』、2007年)16-20頁、山本和彦「新しいA. D. R. の世界をみる ADR法とは何か」(同書)21-24頁を参照。
- (8) Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law - Tokugawa and Modern*, 1965.
- (9) 穂積陳重『復讐と法律』(岩波書店、1982年)、船田亨二『ローマ法』第四卷(岩波書店、1968年)を参照。
- (10) 十二表法については、佐藤篤士『改訂 LEX X II TABULARUM 十二表法原文・邦訳および解説』(早稲田大学比較法研究所、1993年)および同「十二表法」『西洋法制史料選 I 古代』(創文社、1981年、所収)を参照。
- (11) 共和政期ローマの訴訟制度については、船田前掲書のほか、マックス・カーザー著、柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(創文社、1979年)を参照。
- (12) Heinrich Mitteis, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1969 世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』(創文社、1971年)、ders. *Deutsche Privatrecht*, 1959 世良晃志郎訳『ドイツ私法概説』(創文社、1986年)。さらに、Gerhard Köbler, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1996 田山輝明監訳『ドイツ法史』(成文堂、1999年)も参照。
- (13) 世良訳『ドイツ法制史概説』29頁以下。ジッペについては、ハインリッヒ・ブルンナー以来、これをゲルマン社会における基本単位とする見解が有力であり、ミッターイスもそれに従っている。しかし、ミッターイスはジッペを「明確な機構をもった組織体」ではなく、「一つの生活圏」と捉え、その共同体としての性格を否定している(同書30頁)。なお、Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd.1, 1906も参照。
- (14) フェーデによる紛争解決(いわゆる「フェーデ事件」)とは異なり、ジッペ内部における平和の破壊は、団体の利益を侵害し、または不名誉な心情の発露たる行為とされ、その行為者は「平和喪失」の刑に処せられ、ジッペから追放される。これは、「アハト事件」と呼ばれる(世良訳前掲書58頁以下)。
- (15) 世良訳『ドイツ法制史概説』56-57頁。
- (16) 世良訳『ドイツ法制史概説』57-58頁。
- (17) カール・フォン・アマラは、「平和喪失者」に対する公的な処刑は復讐とは関係なく、それはひとつの儀式であったと考える。つまり、それは破壊された秩序を回復させるために行われる神への「供犠」であったとする。この点については、阿部謹也『刑吏の社会史』(中央公論社、1978年)38-48頁を参照。
- (18) 部族法典(*Leges Barbarorum*)の歴史的意義

- および個々の部族法典の内容については、世良訳『ドイツ法制史概説』137 - 149 頁を参照。
- (19) レークス・サリカ (Lex Salica) は、6 世紀初頭にフランク王国の初代国王クローヴィスによって編纂されたものであり、他の部族法典に比べてゲルマン的要素を強く示しているとされる。レークス・サリカについては、久保正幡訳『サリカ法典』(創文社、1977 年)を参照。
- (20) Monumenta Germaniae Historica, Pactus Legis Salicae, S. 225.
- (21) このような「当事者主義」の原則については、中世日本においてもその存在が明らかにされている。たとえば、鎌倉幕府の裁判においては、民事訴訟である「所務沙汰」と刑事訴訟である「検断沙汰」のいずれについても、基本的に当事者の申し立てがない限り、裁判は開始されなかった(浅古弘他編『日本法制史』(青林書院、2010 年) 127 - 128 頁参照。
- (22) 「二枚舌の判決」とは、ドイツ法史学の用語である“zweizüngiges Urteil”の訳語であり、広く用いられているが、「二枚舌」という日本語はその内容をかならずしも正確に表現しているとは言えず、むしろ「二者択一の判決」としたほうがより適切であろう。
- (23) 世良訳『ドイツ法制史概説』69 - 71 頁。
- (24) 中世ヨーロッパの神判については、ロバート・パートレット・竜崎喜助訳『中世の神判—火審・水審・決闘』(尚学社、1993 年)を参照。神判は、中世ヨーロッパだけでなく、さまざまな時代や地域において行われてきた。以下に述べる日本の「クカタチ」のほかにも、オリエントやインド、ギリシアやローマなどにおいても見られた。これについては、穂積陳重『法律進化論』(岩波書店、1924 年)に詳細な論及がある。
- (25) 「クカタチ」については、村上一博他編『史料で読む日本法史』(法律文化社、2009 年) 70 - 75 頁を参照。
- (26) このような超自然的な存在に絶対的な力を求めるという考え方の背景には、さまざまな自然現象や事件を引き起こしているのは、因果関係ではなく、まさにこうした超自然的な力であるという、当時の人々に特有な世界認識があり、それはわれわれ現代人の感覚からすれば「非合理」なものと言わざるを得ないであろう。しかし、世界のあらゆる事象は、「神」の意思の表れであり、人はそれに従わなければならないという理解は、彼らにとっては当然のことであった。
- そしてこのような認識は、ヨーロッパ社会の重大な転換期とされる 12 世紀以降、聖俗の分離や権力の世俗化とともにしだいに変容を被ることとなり、それとともに「合理的」な社会としての近世ヨーロッパが誕生していくのである。
- (27) 川島の法意識に関する研究は、本書以前より行われており、本書は 1965 年に行われた岩波市民講座の内容を全面的に書き改めて出版したものである。
- 「法意識」は、日本法社会学会において 3 年間にわたるテーマであり、これらの議論は、『法意識の研究』(法社会学第 35 号 有斐閣、1983 年)『続 法意識の研究』(法社会学第 36 号 有斐閣、1984 年)『法意識研究の現状をめぐって』(法社会学第 37 号 有斐閣、1985 年)に所収。
- (28) 川島前掲書 35 頁
- (29) 小島武司編著『隣人訴訟の研究—論議の整理と理論化の試み—』(日本評論社、1989 年) 星野英一編『隣人訴訟と法の役割』(有斐閣、1984 年) 文献については、これらに文献表がある。
- (30) トーマス・ベルクマン著 中野京子訳『訴えてやる【ドイツ隣人間訴訟戦争】』(未来社、1993 年) 本書は、隣人間の争いを訴訟に持ち込んだ当事者を新聞で募り、双方にインタビューをおこない、裁判記録を読み、関係者と話し合っ作られたもので、もとはテレビ用のドキュメンタリーである。
- (31) トーマス・ベルクマン 前掲書 7 頁
- (32) それらの代表的なものは、ルース・ベネディクト『菊と刀』、中根千枝『タテ社会の人間関係』、土居健郎『「甘え」の構造』であるがここでは論じることはできない。船曳建夫『「日本人論」再考』(講談社、2010 年)の青木保からの引用によれば、1990 年の時点には、こうした本の出版は、2000 点を越すとのことである。
- (33) 家永三郎『日本文化史 (第 2 版)』(岩波書店、1982 年)
- (34) 家永前掲書 13 頁
- (35) 家永前掲書 32 頁
- (36) 大久保喬樹『日本文化論の系譜—「武士道」から「甘えの構造」まで—』(中央公論、2003 年) ii 頁
- (37) 加藤周一『雑種文化—日本の小さな希望—』(講談社、1974 年) 29 頁
- (38) 加藤前掲書 32 頁
- (39) 「マクドナルドコーヒー事件」の叙述は樋口範雄『はじめてのアメリカ法』(有斐閣、2010 年) 120 頁以下による。