

法を学び、法について考える

一

法学部に入學した諸君ならずとも、本學で社会科学を學ぼうと志す人々にとって、法を廻る諸問題には、何らかの形で関心をもたざるをえないでしょう。法律なんか？といささかこの問題について蔑視的にみる人もいるでしょうし、また法律をマスターすれば金が儲かると思つてゐる人も一方にはいるでしょう。しかしいづれにしても、こうした意外に世間一般に多くみられる考え方は正鵠を射たものではありません。もっとも、法律学的な技術上の常識を備えることは、一般社会人として徐々に当然のことになりつつあり、それが何らかの実益をもたらすことは確かですから、少くとも法律學を敬遠することは得

策とはいえないでしょう。ともあれ、法というものについて、なんとなく非學問的で、衒學的なものであるという評價があることは、どうもおよそ一二〇年に及ぶ、日本における法律學の歴史そのものがもたらしたものであるようにも思えます。法は人民支配の道具であるとか、無知の者を欺くための知恵であるかのように思われる面もあったからです。

この小論の題は、「法を学び」、「法について考える」となっていますが、「法を学び」という意味は、法に関する知識、それは条文の読み方に始つて、學說や判例についての広汎な情報の習得にまで及ぶ、すぐれて技術的な訓練の段階を指しています。そして多くの場合、これだけでも四年は短いともいわれています。しかし、さら

勝 田 有 恒

に進んで、修得した諸知識をその思想的背景はもとよりのこと、われわれ自身の思考や社会生活実感、ひいては文化的な次元にまで引き降ろして、省察を繰り返してゆく必要があるというのが、「法について考える」という段階で、これから法を学ぶ諸君には是非そこまで進んで欲しいというのが、この小論を書いた動機です。

この一九九〇年を廻る一、二年は日本の法制度にとっては、記念すべき年代に当たります。一〇〇年前の一八九〇年には裁判所構成法が施行されて、現行の裁判所の仕組みが確固たるものになりましたし、その一年前には、大日本帝国憲法（旧憲法）が施行されています。これは日本が初めてもつことになった西欧的近代憲法だったのですが、大平洋戦争を含むいわゆる一五年戦争の責任を負わされたためか、殆どその百年を記念する事業はありませんでした。そして今年には民事訴訟法が制定されて丁度一〇〇年になります。主要な法律を集めた法規集のことを六法全書といいますが、この六法は憲法、民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法を指しています。憲法を土台とすれば他の五法は柱と梁に相当するもので、多くの近代ヨーロッパ大陸の国家は、これを骨組として法治

国家を形造っています。日本もまず一八八二（明治一五）年の刑法・治罪法を皮切りに、西欧の国民国家に倣って、その法典の継受 *reception* に努め、最終的に民法典を一八九八（明治三一）年に施行して、六法を整えたのでした。ですからこの一連の法継受が終ってからまだ一世紀も経っていないのです。法律の導入には、それを運用してゆくための様々な装置、すなわち裁判所等のシステム、法律学の知識の担い手である法曹や法学者、法律解釈技術などが不可欠ですから、この一〇〇年余にわたり、西欧的な法文化を有機的な連関を保つかたちで、日本は受入れてきたのですが、第二次大戦後、さらに西欧法、とくにアメリカ法の受容が半ば強制的に行われることにもなりました。こうした外国法継受は今後も終ることはないでしょう。一昨年来問題になっています日米構造協議の問題も、その一環であるといえることができます。ですから「国際化」という問題についても、法的側面では、法文化の受容や相互交流が行われ、長期的には均等化の方向に向ってゆくことになるでしょう。

法文化といういさか不明確な用語を使いましたから一寸説明しておきましょう。そもそも法という概念規定

も学者によって様々なのですが、一応組織的強制力を背景とする社会規範の全体とすると、法文化というのはその規範を機能させるための装置およびそれに関連する国民の行動様式を含む、ハードおよびソフトを包摂する総体としての文化を示すものと理解して下さい。現在われわれの身の廻りを支配し、また大学等で教育されている法文化はかなり多くの部分がハード的な部分で、法規や制度の説明にあてられています。これは法文化におけるいわば建前であり、それは法学の技術的な基礎知識であって、これなくしてはそもそも法学を学んだことになりません。これはすぐれて西欧的なもの、より正確にいえば、一九世紀段階の西欧社会を包摂した国民国家を枠組とした法律および法制度を継受したもので、当然のことながら、日本人が歴史的に創出したものではありません。細かい点を無視すれば現在のわれわれの法は全く西欧的なものであり、それを約一〇〇年にわたってわれわれが同化 *assimilate* しつつあるといえるのです。したがって、西欧的な法を日本人が法的な行動様式によって同化する過程を通じて、われわれは雑種的な法文化を形成してきているといえましょう。それはわれわれが、

相当程度西欧的文物を摂取しながら、それを日本の生活様式のなかで活かしているのと似ています。そしてこのプロセスはわれわれの法的感覚はどうなっているか、という問題意識へとつながってゆくのです。

二

よく日本文化は独自のものではなく、外国文化を採用したもので、雑種の *hybrid* なものといわれています。しかも日本人が他国の文化の摂取に巧みであることから、この雑種性が猿真似の象徴のように聞こえるようにも思えることがあります。もし西欧人が、自己の文化は独自の純正のものという前提に立って、日本の近代西欧文化の継受を指していささか輕蔑的にこの言葉を使うとしたら、およそ世界の文化史は文化の伝播・摂取の流れによって構成されているのだと異議を唱えたくもなります。西欧の文化も実は、ヘブライ、ギリシヤ・ローマ、そしてゲルマンといった様々の文化的要素から成立していることが長い歴史的経過の故に忘れられているようです。一つだけ例を挙げましょう。クリスマスは一二月二五日と決まっているように思っていますが、ロシア正教は一

月七日をキリストの誕生日として祝っています。新約聖書には確実な根拠は記されていない、一二月二五日となるに当っては、ローマの太陽神の祭とか、ゲルマンのミトラ信仰による冬至祭と結びつけるのが布教上有効と考えられた結果なのでしょう。おまけに今世紀になってデバートの商戦が図に当って、クリスマスイヴのプレゼント交換は世界的ともいえる風俗にまでなっていました。法の問題についても、ローマ・カトリック教会がローマの訴訟制度を受継ぎ、現代の民事訴訟制度の基礎を形造っています。日本もまた外来の色々な要素を採用しています。これは本学の先輩である加藤秀俊氏の指摘によるのですが、日本文化の雑種性の典型的な食物として鰻頭を挙げています。その歴史は古く三国志の時代に溯り、主人の死に際して殉死者の頭を供える悪習を正し、頭の代りに小麦粉に麦芽を入れてふくらまし、現在の中華万頭の原型が作られたとのことです。一四世紀前半日本に鰻頭をもたらしたのは林浄因という中国人で、奈良には彼を祀った神社があるそうですが、肉食の風習が殆どなかった日本向きに煮豆を餡にしたものが、お寺の葬式万頭として普及したと考えられます。その後一六世紀にポ

ルトガル人がパンを伝えました。日本でブレッドとかブローツといわず、パン *Pao* というポルトガル語に由来するラテン系の名称を用いているのは、この時代に溯るのですが、小麦粉を酵母で膨まして焼くというパンの製法で鰻頭を作ったのは、今でも銀座に店を張る木村屋が元祖とされています。木村屋は鰻パンを作るに際して、酵母には日本酒の酵母を用い、しかも徳川家御用達であった木村屋は、大政奉還後、天皇家に献上するにあたって、桜の花の塩漬で真中をとくに飾ったというのです。こうしてみると、たしかに酒種^{サカダネ}鰻パンには、中国、西欧、日本の伝統がすべて含まれていることになります。この鰻パンに限らず、われわれの身の回りには、とくに最近では西欧近代文明の所産があふれていますが、それが巧みに日本化されている点にも注目しておく必要があります。よう。このように鰻パンといった些細なものにも、多様な文化的要素が含まれていることが判ります。

日本の文化史を通じて、外国からの文化受容の波は、大きく分けると三回ありました。第一回は六・七世紀のシナ(隋・唐)からのもので、これは日本という文化国家の基調を決定しましたし、その後も長い間にわたって

日本はシナ文化の摂取を続け、鎖国の時代も明や清に対して門戸を閉じることはありませんでした。この過程を通じて、日本は漢字、仏教、儒教、律令制といった今日の日本文化の基本的体質を形造る諸要素を水年にわたって受容れてきたわけです。第二の波は、一六世紀の南蛮文化といわれるもので、それは鉄砲とキリスト教によって象徴されるポルトガル・スペインのラテン文化との接触ですが、これは戦争技術の面で、著しい影響を残したものの、キリスト教の布教が半世紀程しか許されず、間もなく幕府の鎖国政策によって、西欧文化の摂取は、僅かに長崎という小さなチャンネルを通してのオランダにのみ限定されました。しかし鎖国政策が、当時のイエズス会を先鋒とするスペインの植民地政策に対しての防波堤としての意味有していたことも評価する必要もありましょう。江戸時代の蘭学は、もっぱら医学と兵学が中心でしたが、これが外来文化継受の第三の波である明治期の西欧ゲルマン系文化導入の呼び水としての役割を果す結果になりました。

やや前置きが長くなりましたが、法文化の問題に目を転じましょう。外来の法文化の導入も、前に述べた三つ

の波の一部として影響を与える筈ですが、法は政治的権力による強制力を前提として有効に機能するものですから、政治権力の在り方と権力強化という権力の本性とに直接かかわっています。したがって大和朝廷が中央集権国家の支配機構として、唐の律令制を導入したのも六・七世紀の東アジアにおける国際関係からみて自然の成り行きでした。当時導入された法は、今日の刑法にあたる律と行政法にあたる令を中心とするものでした。これは支配のための法であって、被治者の側の権利にかかわる、今日での民法法にあたる法は、令の中に埋没しており、およそ個人の権利救済のために公権力が発動される訴権の体系が、法的思考の核を形造っている西ヨーロッパ的な法文化とは全く異なるものでした。すなわち対等の立場で争う個人が国家的権力以前に存在し、争いの結着を個人相互が私闘を放棄して権力に委ねるという仕組で法を考えるのに対し、まず神聖な権力が存在し、民衆は常に被支配者としてしか位置づけられず、法は権力→民衆への上意下達さるべきものとする法意識が、律令という法制度とともに日本に継受されました。この考え方は、社会倫理として導入された儒教によっても裏打ちされて

います。為貴以和という聖徳太子の憲法の文言は、日本人の法意識として、現在までも維持されていると考える人もいるくらいです。しかし、この考え方にはいささか異論があります。近江令や大宝律令の施行による律令制は八世紀以降の日本で忠実に守られていたわけではありません。急急如律令などといわれて、法律の遵守が命ぜられたにもかかわらず、その実効性には問題があったと考えられています。日本人は事挙げ（争）を好まぬ民族といわれる反面で、権力が相対化した鎌倉・室町時代には荘園をめぐる訴訟が多発していますし、この時代に生れた狂言には、訴訟を題材にしたものが数多くみられますから、本来的にあるいは歴史を通じて日本人は権利意識が欠如した民族と極めつけるのはばかれます。しかしながら、戦国時代から幕藩期の武家支配体制は、政治哲学として儒教に依拠した朱子学を中心とし、法についても折にふれて明の律令を学び、しかも地域社会を五人組という半自治的な行政組織によって完全に把握し、各藩を巧みにコントロールした幕府が、いわば絶対主義的な支配権を行使し、藩のレヴェルから末端の民衆に至るまでの法秩序から、中世に芽生えた訴権的な要素の成

長を喧嘩両成敗による解決によって防止し、商業資本の擡頭に対しては、徳政令による負債の棒引きによって武士階級の保護に努力しました。訴えは本来的に認められるというのではなく、権力（奉行）側の裁量に依存しており、民事裁判は恩し召しで行われるというように、訴権は極めて不安定なもので、争いは、五人組の内部で、庄屋が立合いのもと可能な限り話し合いによる和解（内済）で解決されるのが権力の望むところでした。裁判はお上の御慈悲によるものであり、裁判権が手数料収入を生む財政的特権としての意味があった西欧の伝統も日本では元来無縁のものでした。

如何なる場合に訴権が認められるか、訴権に基づく裁判においてどのような手続によって権利が実現されるか、この二つの問題についての法の論理の積み重ねが、ローマ時代以来二、五〇〇年にわたり、神学やその後近代合理主義の助けを借りながら、西欧の法体系が構築されてきたのですが、日本法の伝統はそれとは著しい対照をみせています。六・七世紀以来のシナ法の伝統は、幕藩体制下に孝ではなく忠を上位に置く日本的な儒教哲学に支えられて、幕藩体制を維持する武士階級の、社会統制

の用具として完全に定着したと考えた方がよさそうです。第二の波である南蛮文化の渡来は、時間が短かったため、法の面では全く痕跡をとどめていません。歴史に「若しも」を想定するのは邪道かもしれませんが、当時稀にみる合理主義者であった織田信長が、若しも長生きしたとしたら、フロイス J. Flois を重用し、セミノリオの開拓も許していたくらいですから、案外教会法の合理性に興味をもち、その導入も考えたかもしれません。

三

本格的な外国法の継受は申すまでもなく、明治政府によって行われました。これは第三の文化受容の波の一部です。蘭学の伝統から、法学についても、幕末に西周や津田直道はオランダのライデンに学び、『泰西国法論』は西欧法学事始めといえる書物でした。明治政府は当初解決せねばならない二つの重要な法政策をかかえていました。第一は、西欧列強に伍して近代の国民国家を構成するためには、是非とも全国共通の統一法を制定・施行することでした。その方法には、幕府法と各藩法及び慣習法を整理するやり方がまず考えられます。現に慶応大学

で英米法を講義したウィグモア J. H. Wigmore はこの方法をすすめていました。しかし、当時の日本は安政五（一八五八）年に締結した日米修好条約をはじめとする不平等条約を対等なものにしなければならぬという新興独立国としての課題を課せられていました。明治政府は政權樹立後間もなく、とりあえず統一的刑法典として仮刑律を、翌三年には新律綱領を制定しました。これはその名称からも明かなように明律や清律を参考にしたものであり、ここにも未だシナ法の伝統が生きていたことが、この非西欧的な刑法は、居留地の治外法権の撤廃に重大な支障となるべきものでした。罪刑法定主義を知らず、残酷な刑罰規定があるのでは、西欧人が領事裁判権に固執するのも当然のなりゆきでした。そこで、明治政府は法政策の第二の柱として、「泰西主義」 western principles を採ることにしました。これは西欧列強の法を継受するという方針なのですが、まずフランス法を模範としました。幕府は一八六七年のバリ万博に参加していますが、その時の使節に二人のフランス法の導入に大きな役割を果たす人物がいました。栗本鋤雲と箕作麟祥です。栗本は、ナポレオン法典の素晴らしさを初めて日本に

紹介し、箕作は司法卿江藤新平の命令によって、語学力を活かしてフランス六法の翻譯に誤訳も辞せず、精力的に没頭しました。そして政府は明治六年にパリ大学教授ボアソナード G. Boissonade を招聘して、本格的なフランス法継受による立法作業に着手したのです。ボアソナードは、日本の法律学の父として、最高裁判所の図書室に銅像が置かれています。一八〇四年以降ナポレオンによって制定されたフランスの民法・刑法・民事訴訟法は、啓蒙思想を基礎とし、フランス革命の成果を制度化した。当時世界に比肩するもののない偉大な法典でした。中世以来の西欧法学の故郷ともいえるイタリアでさえ、一八六五年にはフランス民法を継受しており、多くのアメリカ大陸諸国もこれに倣っていますから、明治政府の選択は世界の趨勢に沿ったものでした。明六社の加藤弘之も当初は『真政大意』で、ルソーの説を紹介しています。もっとも、箕作が *droit civil* という法律用語を「民権」と訳したところ、司法省内で「民ニ権アリトハ何事ゾ」と異論百出したのを、江藤新平がなんとか拾収したという、士族的法感情との軋轢はあったものの、政府は朝令暮改と非難されながらも、夥しい太政官布告によって西欧法

を導入しつつ、明治一五年には我が国最初の西欧的法典、刑法・治罪法をボアソナードの助力によって制定しました。しかしフランス法の継受の流れは、この時がピークであったといえます。折しも君主の大権を中核として、統治機構を固めようとする伊藤博文が明治一五年に、自由民権派を抑え、憲法をプロイセンに求めて渡欧したことに象徴されるように、法継受の方向は、この頃からフランスからドイツへと転換したとみることができます。元来幕府学校から発した東京大学では、英語による教育が行われ、法律学でも英法が講ぜられ、明治一五年に初代の法学部長となった穂積陳重も最初はロンドンの法曹学院に学び、途中でベルリン大学法学部に転じて帰国しています。明治初年の法学教育はブスケやボアソナードを擁した司法省法学学校において明治七年に開始されて、フランス法学は後に東京法学社（法政大学）や明治法律学校（明治大学）へと受継がれてゆきますが、東京大学やイギリス法律学校出身者は英法派としてこれと対抗関係にありました。日本におけるドイツ導入のチャンネルは、幕末にプロシヤに渡っていた青木周蔵が、いわば出先の機関であり、その影響を受けた留学生や蘭学系

の識者が明治一四年に結成した独逸学協会が母胎となり、一六年には学校を開校しており、二〇年には東京大学でもドイツ法の講義が本格的に行われるようになっていました。ドイツ法学は、フランスに約半世紀遅れて、近代法典編纂を開始していたのですが、これらの法典は、政治的立場は一九世紀中葉のレスタウラチオン（旧制復活）の色彩が濃厚ですが、立法技術的にはフランス諸法典の成果を充分に吸収しつつ、法実証主義の方法論による遥かに精緻な法の論理体系であり、世界で最も新しい法典でした。明治初年の遣欧使節が、普仏戦争に勝ち第二帝政を樹立したプロイセンに魅かれたのも無理からぬところがあったというべきでしょう。明治二二（一八九九）年に施行された大日本帝国憲法はドイツ人のお偉い外人ロエスラー *Dr. E. Roessler* の協力によって起草され、一八五〇年のプロシヤ憲法の影響を強く受けているといわれていますし、ロエスラーは商法典の編纂にも携わりました。そしてすでに明治二〇（一八八七）年には、ドイツのバンデクテン法学の結晶ともいえるドイツ民法第一草案が発表されていました。今年は民事訴訟法一〇〇年ですが、これもドイツの帝国民事訴訟法典に依拠し

たものです。このように、ドイツ法継受の波が押し寄せていた明治二三年に、ボアソナードは来日以来の宿題である民法草案を公布し、三年後の施行が予定されていました。伝統的法慣習が最も根強い親族や相続の部分については、充分に留意をして起草したにも拘らず、この草案をめぐる反対論が続出し、穂積八束の「民法出デ、忠孝亡ブ」という論文題名が示すように、啓蒙的、個人主義的民法草案をめぐる、仏法派と英法派の政治的対立も加わって、開設間もない議會において施行延期が議決され、草案はドイツ式の民法へ修正されることになってしまいました。明治三一（一八九八）年に施行された現行民法典は、ドイツ民法第一草案に依拠しながら、旧民法のフランス的な規定もとり入れたものでした。フランス的な要素（例えば物権変動の意思主義）が残っていたことは、法典調査会の委員が、穂積陳重のほか、フランス留学の経験をもつ富井、梅の二名が加わっていたことから推測されますが、その後の東大法学部がドイツ法学へ大きく傾き、当時「独法に非んば人に非ず」などといわれ、日本におけるドイツ法学の時代が到来したのです。すでに憲法の面でもドイツ法を継受し

たのですが、行政法でもグナイスト R. v. Gneist の法治国家論の影響を強く受けて、通常の司法権とは独立した行政裁判所が設置されたことは、行政優位という幕藩期以来の日本法の伝統を、近代的な法制の枠組のなかに生き続けさせることになり、天皇の大権がその絶対的な根拠として論理的にも組み込まれることになりました。

その後明治四一（一九〇八）年に、ドイツのいわゆる刑法の新派理論による改正刑法が施行され、これによって六法全体が、殆どドイツ法の影響を受けたものになりました。明治二〇年代以降、日本の学問に対するドイツの学問の影響は徐々に強くなっていったのですが、今世紀に入ると法律学についても決定的なものになりました。このように、日本の近代法は最終的にドイツ法の継受で一つの区切りがついたのですが、法の継受現象という面からみますと、すでに述べたように、明治政府がとった泰西主義は、条約改正のためのものでした。この非常に重要な目的は、民法施行直後に達成されました。つまり、民法制定までは、西欧法の導入以外の立法は殆ど選択の余地はなかったと思われます。しかしながら明治政府にとって幸運だったのは、一九世紀後半のドイツ第二帝政

の諸立法を、最も新しい法体系として模範とすることができましたし、しかも細部の点で、伝統的な法意識を西欧的な法の論理体系の中に組入れるのに容易でした。明治二三年の民事訴訟法は、全面的にドイツ帝国民事訴訟法を継受したものといわれています。しかし細かい点を見ると、例えば証言拒否が認められる範囲を姻族や雇人にまで拡大しているようなことがありますし、家の伝統は強固で、民法では家督相続の伝統が活かされることになりました。もし西欧近代法がフランス法のみであったなら、そしてフランス近代法の精神の良き理解者であった江藤新平が佐賀の乱に殉じなかったなら、日本の近代法の在り方はかなり違って、個人の権利に対する日本人の常識も、かなり早く西欧化したのではないかとさえ思えてきます。

一応の近代法制の整備はこのように、一九世紀末のドイツ第二帝政法制に做って完成しました。今世紀に入ってから第二次大戦終了までも、外国法の継受による立法や法改正が行われましたが、この場合は、あくまで完全な独立国としての自発的なものでしたから、時の政府の政策を如実に反映する側面が強くなります。第一次大戦

後、都会化が進み都市の住宅問題が深刻化した際、借地借家法を制定すると同時に、借地借家の紛争解決のための調停法をも導入したのですが、これはフランス式の勸解ではなくて、ドイツの第一次大戦中の立法を参考にしたものでした。しかし、その後間もなく民主主義的な憲法によるワイマール共和国が誕生しました。しかし日本の法学者も政府も、ワイマール期のドイツ法を受容することには極めて消極的でした。当時の日本の政治状況はこれを許さなかったと思われまふ。日本におけるドイツ法制の影響は今日に至るまで根強いものがあるのですが、そのドイツ法はかなり一九世紀的な色彩を残していることを忘れてはならないと思います。とくにドイツでは帝政期にすでに民法の雇用者保護に配慮した雇用の規定があり、労働立法もあったのですが、日本では立遅れが目立ちます。

一九三〇年からの一五年間は、日本は殆ど戦時体制でしたから、問題にする必要はないのですが、ナチス時代にドイツに学んだ本学の故吾妻光俊教授が『ナチス民法学の精神』について、その本質を見抜いた名著を残されていたことだけを申し上げておきましょう。

第二次大戦後、日本はアメリカの占領下に民主主義的な憲法原理を導入しました。押しつけられた憲法という考え方は、立法の過程をみれば否定できないでしょう。

その意味ではこれは強制的な外国法の継受ですが、これは一九世紀的な西欧法の継受を、二〇世紀的なものに修正する歴史的役割を果たす結果となりました。西欧的な民主権を前提として、民主主義的な国造りが、戦後の日本の国是となりました。そして「人類は、自由、寛容及び正義を吸収同化し、育み、そして擁護することができ、それらを授けられたときに最大の強さと進歩を発揮するであろう」というのが、当時の理想でした。この線に沿って、民事訴訟法や刑事訴訟法も改正されましたし、資本主義の欠点を修正する機能をもつ独占禁止法等の経済法や労働法の立法も行われました。民法でも親族の部分についても現在のような姿になったのです。

このようにみると、われわれの現在の法制がその大部分が西欧の近代が生み出したものを継受したものはありますが、立法の任にあった人々が、伝統的法文化との調和にも腐心したことが判るのです。その度合は、外圧の強さに反比例するようには思えます。恐らく第二次

大戦後の多くの法改正は、占領軍の指導がなかったとしたら、行われなかったと推測されますし、農地開放などという革命的政策は実行不可能であったといえます。

一九四五年以降の諸立法や法改正によって、日本は再度西欧近代法の成果のかんりの部分を継受しました。恐らく日本ほど外国の學術書を輸入し、読んでいる国も珍しいのではないかと思うのですが、法律学においても例外ではありません。歴史的かつ法社会学的な視点を欠いた単純な比較法というのは危険なのですが、外国法学を参考にすることは、大いに意味があります。しかしながら、こうした努力にもかかわらず最近ある外国人ジャーナリストの書いた本で、「西欧民主主義国で、日本のように法律が守られなかったら、その国の政治権威は失墜するだろう。日本で西欧民主主義国家のように、法律が守られれば、日本の政治権威は失墜するだろう。」という文章に出喰わしました。西欧人の目からは、日本の現在の法文化の在り方はこのように見えるらしいのです。

過去一〇〇年余にわたる西欧法の継受の流れを省みると、われわれは一見完全に、とくに戦後は西欧法をわが物としているように思っていますが、どうもそうではな

いらしいのです。それは継受した法が、その通り機能していないということなのですが、こうした一種の乖離現象は、まず西欧法制の継受立法の経程での翻譯や取捨選択という継受の段階と、法制の運用という同化という二つの段階にみられるといえましょう。こうした現象をひき起こすものは、やはり伝統的法文化です。それは主として、政治的な構造によって規定されていると考えられますが、過去の長い政治的な制度のもとに培われた法意識の影響も見逃せません。私としては幕藩期に培われた日本的儒教的政治思想による支配者の法意識に注目したいのですが、様々のグループによって社会が重層的に構成されているという社会の構造も重要でしょう。このグループはイエ（家）の仕組のアナロジーから成り立っています。ウチの大学などという言葉使いにもあらわれ、今でこそ自分の帰属集団を指すにすぎませんが、それは主君、家臣、百姓でなり立つ藩の何々家から発して、会社や各種の団体が家族的に構成されるという思考に源があると考えられますし、昭和二〇年までの時代には、神である天皇を家長とし、臣民を赤子の発想から、八紘一字（世界を一つの家とする）などといわれたものでした。

一つの家の中では、個人の権利がどのようなものかとか、紛争解決についてのルールに関する議論をつめることよりは、話し合いによる解決に向かうのが自然の成り行きでしよう。われわれの心の底には、「角を立てないほうが」という意識があるとすれば、その背景にはこうした社会的な意識の伝統があるのではないかと思えてきます。一方、何が何んでも権利の主張をするというアメリカ人の社会は、濫訴の社会といわれ、なんでも訴訟に訴えるのは徒らに弁護士を儲けさせるだけというようなことがいわれます。そこで過ぎたるは及ばざるが如しというのでしょうか、最近ではアメリカでは mediation、ドイツあたりでも Schlichtung といった和解が奨められています。この奇妙な一致をどう理解したらよいのでしょうか。問題はそう簡単には解けそうありません。しかしこのことがあるからといっても、訴えることを止めて泣き寝入りすることとか、国家的な権力のいうことに唯唯諾諾として従うことがよいということにならないことは当然です。

ここでは権利の救済の問題を中心にしたのですが、今後占有改定とか、予見可能性とか、法律の留保とかいった法律学概念を緻密に学んでゆく諸君ですが、ときには、単なる知識の段階にとどまらない、そしてわれわれ市民生活を支配し、われわれ自身の法的感情が対応せざるをえない、われわれの法について、学ぶことを超えて、例えば判例を分析するときなどにも考える機会ももって欲しいと思います。最後にさしづめ読むに価する書物の数点を挙げておきましょう。とにかく読んでみて下さい。

渡辺洋三『法というものの考え方』（日本評論社）

川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書）

大木雅夫『日本人の法観念』（東大出版会）

山田 晟『法学』（改訂）（東大出版会）

碧海純一『法哲学概論』（改訂）（弘文堂）

河上倫逸『法の文化社会史』（みすず書房）

A・オプラー『日本占領と法制改革』（日本評論社）

村上淳一『権利のための闘争』を読む』（岩波書店）

司馬遼太郎『歳月』（講談社）

（一橋大学教授）