

書評

林 信夫・新田一郎編『法が生まれるとき』

菅原 寧格

1. はじめに

去る2004年11月27・28日、京都大学で法制史学会第52回研究大会におけるシンポジウム「法が生まれるとき」が開催された。編者「まえがき」によれば、本書林信夫・新田一郎編『法が生まれるとき』は、その記録である。だが、このシンポジウムのテーマ「法が生まれるとき」それ自体については、法制史学会企画委員会において2002年から企画され暖められていたとされる（i頁）。それゆえ、『法が生まれるとき』と題された本書を評するのであれば、まさに本書が生まれた際の事情にまで立ち返ってから紹介を始めるのが適当であろう。

なるほど「まえがき」を読み進めていけば、本書（あるいは本書が対象とするシンポジウム）の成り立ちは、「ある歴史社会に『法が存在する』ということと『法が存在しない』ということの臨界条件を探り、その共時的、通時的比較の可能性を探ろうと考えた」ことに端を発しているとあり、この間の事情が述べられている（i-ii頁）。そして、そこには、「現代社会における多様な法の生成・変動を認識し、評価しようとする際には、法の発生・変動のダイナミズム、メカニズムの認識、評価がその根底にあるはずである」から、「このダイナミズムやメカニズムを明らかにすることが法制史学の重要な寄与の一つになる」という編者による確信を垣間見ることができる（ii頁）。

2. 本書の構成

さて、こうした事情の下で生まれてきた本書であるが、そのラインアップは以下の通り、大変バラエティ豊かな論考から成り立っている。

まえがき

編者

はじめに

新田 一郎

第一部 西洋世界

古代ギリシアにおける法の解凍について——法が生まれるとき 古代ギリシアの場合——

葛西 康徳

mancipatioとLegis actio sacramento in rem——法が生まれるとき	ローマ法の場合——	小川 浩三
法が生まれるとき——初期中世ヨーロッパの場合——		西川 洋一
中世後期イングランドにおける仲裁の位置		北野かほる
[特別講演] 法が生まれるとき——国際法の場合——		小田 滋
第二部 非西洋世界		
「御成敗式目」編纂試論		長又 高夫
日本中世の幕府「追加法」生成と伝達の構造		前川祐一郎
秦漢律令の未熟性		富谷 至
未生以前の法——中国宋代の断例——		川村 康
架橋する法——イスラーム法が生まれるとき——		三浦 徹
第三部 コメント		
法社会学の立場から		佐藤 岩夫
法哲学的スケッチ		長谷川 晃
実定法学の立場から		児玉 寛
日本近世法史の立場から		大平 祐一
おわりに		林 信夫

一見してわかるとおり、本書は三部構成をとっている。そこから、読者は以下少なくとも3点の特徴を見出すことができるであろう。第一に、本書第三部に「コメント」が収められている点。第二に、第一部「西洋世界」と第二部「非西洋世界」という2本立てにより法が生まれたときを複眼的に理解しようとする姿勢。第三に、計10篇にのぼる報告が対象とする各専門領域の多様さ、である。ここでは紙幅の関係もあることから、もとより本稿で各論文の詳細な紹介を行うことは断念せざるを得ない。そこで上記3点の特徴を概観してから本書の意義を確認し、評者としての責を果たすことにしたい。

3-1. 本書の特徴(1)

本書の特徴として評者が第一に第三部「コメント」の存在を挙げたのは、単に形式上の構成に着目したからではない。むしろ第三部「コメント」を通じて、読者は本シンポジウム全体の見取り図を獲得し理解を深めることができるようになる、と思われたからである。

新田一郎は、「はじめに」において、本シンポジウム開催意義を次のようにまとめている。「法が生まれるとき」というテーマは、「法の存立の臨界条件」すなわち「法が存在する」ということが「法が存在しない」ということから区別されて成り立つための条件に関わる問いそのものであるが、問題は、この「臨界」を「どの方向からどのようにして踏み越えるのか」、「何らかの歴史性を持った臨界を検討の俎上に乗せること」に他ならないと(3頁)。また、林信夫「おわりに」も指摘しているように、第一部と第二部に収録された10篇の報告は、「それぞれの領域における

研究史を前提として何らかの意味で一歩も二歩も前進を目指し、各専門分野の個別研究としても高く評価されるべきものになっている」(325頁)。

だが、同じ「はじめに」においては次のようにもいわれている。「法が生まれる」というテーマをめぐるのは、「さまざまな問いが設定されえ、それは法理学・法哲学あるいは法社会学のような理論法学の問いともなりえよう」が、これら理論問題に対し「歴史を自覚的に関わらせること」に本シンポジウムの意義があるのだと(3頁)。つまり、本シンポジウムは当初から単に法制史研究の範疇に収まるものではなく広く法学一般をも射程に含めて企図されていた、というわけである。佐藤岩夫「法社会学の立場から」と長谷川晃「法哲学的スケッチ」で表された「コメント」はこうした編者の問題意識を反映するものとなっており、本シンポジウムすなわち本書が狭義の法制史研究の範疇にとどまる論文集ではないことを示すものであるといえよう。

もっとも、「法が生まれるとき」に関する考察を現実の法と無関係に進めることはできない。新田がいう「法の存立の臨界条件」を探るには、林がいうように法のあり方とも接合させた方が良さそうに思われるからだし、「生まれた法が、どのような役割を紛争解決や法関係創設の際に果たしているか」という、確かに「法が生まれるとき」それ自体とは別のテーマではあるが、しかし密接に関連する「さらなる問い」へと連なっていくからである(333頁)。この点で、児玉寛「実定法学の立場から」は民法学者の観点からこうした課題を的確に捉えた「コメント」であるといえよう。児玉によれば、法制史研究の関心が「法の成立」および過去形としての「法の成長」を観察することに向けられているのに対し、実定法学とは「進行形の『法の成長』」、「既存の法システムのもとでの司法権による紛争事案の解決をとおして『法の成長』を担う」ものである、と位置づけることができるからである(312頁)。

また大平祐一「日本近世法史の立場から」は、近世日本において「法は『何回も生まれる』」ものとして捉えられていたことを指摘する(319頁)。大平によると、前川祐一郎「日本中世の幕府『追加法』生成と伝達の構造」と長又高夫「『御成敗式目』編纂試論」の両論文からは、近世日本法に一般性と永続性の面で限界があり、上位権力や上級機関へお伺いを立てるといった上級意思への依存と迎合という思考様式があったことが確認されるが、実はそうした限界や思考様式もが「カッコ付きではあるが『法』を生み出す一つの基盤であった」ことが強調されているという(322-323頁)。したがって、もし大平のいう通りであることを前提とすれば、近世日本においても「法」は「何回も生まれる」ことを繰り返すことによって、児玉がいうような意味で「法」としての「成長」を遂げていた、ということになるのかもしれない。

3-2. 本書の特徴(2)

本書第二の特徴は、第二部に「非西洋世界」を置くことで、洋の東西を超えた「法が生まれるとき」についての複眼的理解を獲得しようとする姿勢にある。もっとも、「まえがき」にも示されている通り、本シンポジウムが生まれた背景としては、1999年の法制史学会創立50周年記念シンポジウム「近代法の再定位」(石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の再定位』創文社、2001年/『創文』436号、2001/10における特集・『近代法の再定位』を参照)がある。そして、

そのシンポジウムにおいても、日本と中国に関する報告はなされている。それゆえ、非西洋世界を対象とした研究を含んでいることに対して着目するなど今さらいかがなものか、といったお叱りを受けるかもしれない。いわんや中国法をはじめとするアジア法を専攻する研究者が多数所属している「社会体制と法」研究会においてをや、である。だが明治以降、西洋の近代法理解に努めてきた日本の法学を振り返ってみれば、また比較法学の一部で顕著にみられるような動向を除けば、非西洋世界における法の動向をも踏まえたくて研究を進めようとする法制史学会の方向性やあり方に対しては、今なお多くの法学分野からの関心が向けられるべき絶好の機会を迎えている、といえるのではないだろうか。少なくとも評者にとってはそのように思われてならない。

第二部を具体的にみると、先述した2つの日本法制史研究の他にも、富谷至「秦漢律令の未熟性」と川村康「未生以前の法——中国宋代の断例——」論文、それに加えて三浦徹「架橋する法——イスラーム法が生まれるとき——」という2つの中国法と一つのイスラーム法関係の報告が収録されている。確かにイスラーム法研究についてみれば、必ずしも日本において盛んな分野であるとはいえないかもしれない。だが、外在的な理由であるにせよ、9・11テロ以降は、日本でもイスラーム世界に対する関心が少なからず持たれるようになってきているように思われるし、形式合理性と実質合理性を調整しようとするものとして独特の多元的イスラーム法世界を描いた三浦論文から得られる示唆は少なくない。三浦にしたがえば、「シャリーアという空っぽの箱のなかに、実定法というお菓子を詰めるのが法学者であり、また、現実の平面で裁判や調停や契約を司るのがカーディーなどの法学者の行政官であった」(275頁)ということの背景を理解せずして、そもそもイスラーム法が生まれたときを考えることなどできないということになるだろうか。

また、2つの中国法制史研究に関しては、政権交代を果たした鳩山内閣による東アジア共同体構想などを待たずしても、世界経済の趨勢が中国と無関係には決まらなくなっている今日においては、非西洋世界のなかでもとりわけ中国や韓国、そして台湾の法や政治を対象とした比較法研究に対して、イスラームのそれとは違った意味で今なお関心がむけられるべきであろう。いや、むしろ今だからこそ東アジア比較法研究とはその発展が期待される分野であるように思われてならないし、これらの中国法制史研究の動向は現代中国法を理解するうえでの何よりの補助線になるものとして期待されるのではないだろうか。

とはいえ、非西洋世界における「法が生まれるとき」についての理解を深めれば深めるほど、西洋近代法を前提とする現代日本の法学者にとっては、西洋近代法それ自体をどのように理解すべきかという問題がいつそう深刻な問いとして迫ってこざるを得ないというのも確かであろう。「まえがき」でもいわれていたが、本シンポジウムが「近代法の思考モデルを生み出した西洋社会において、法はどのようにして生まれ、どのようにして人々のものとなったのか」、「その歴史性について、問うところから始めたい」という地点から出発しなければならなかったという辺りの理由も、こうした事情と無関係ではないからである(7頁)。だが、この点については「4. 本書の意義」の箇所に触れることにしたい。

ただ、西川洋一「法が生まれるとき——初期中世ヨーロッパの場合——」が次のように記しているところは大いに興味をそそられた。曰く、「ヨーロッパ中世に関して『法の形成』を明らかにするということは、それを構成する諸要素がいかなる起源に由来するものであっても、右に示

峻したような複雑な過程に対する何らかの対応であったはずの古代末期から中世への移行期の法が、まさにそのような過程を経てヨーロッパ中世法を規定する何らかの特徴を獲得したのか、獲得したとしたらその特徴とは何か、を問うことでなければならない」と(64頁)。というのも、本文章はある問題をも連想させるように思われたからである。ここでの「ヨーロッパ中世」と「中世」を「明治以降の日本」と「明治以降」へ置き換え、「古代末期」を「近世日本」へと置き換えることで、そのまま現在の日本の法学史をめぐる問題に当てはまるといえば、それはいいすぎだろうか。

3-3. 本書の特徴(3)

第三にして本書最大の特徴は、その所収論文の多様さである。そしてこの多様さこそが第一と第二の特徴をも成り立たせている。なかでも異彩を放っているのは小田滋による特別講演「法が生まれるとき——国際法の場合——」であろう。本講演は、長く国際司法裁判所判事を務めた著者が『国際法が生まれる』ときを身をもって体験した稀な例(136頁)についてまとめたもので、そこでは、日本で領海法が制定されるに至った国際法舞台の最前線、まさに国際法が生まれるときが詳らかに語られている。海洋法条約作成をめぐる「日本の方針はほとんど私の意のままであった」(139頁)と自負される小田自身の経歴と体験については、駆け出しの研究者にすぎない評者ならずとも興味が尽きないところではないだろうか。だがそうした問題関心も、外務省からは「役に立つ国際法を勉強」するよういわれ学会からは「御用学者」とみられてきた一方で、「そんな人間がひとりくらいいてもよかろうと暖かい目でみまもられてきました」と述べる小田にとってみれば、国際法とは、自身が「難産の末生み出してきた」現実以外の何物でもなかったわけである(144頁)。

ところで、このような国際法が生まれるときのように、法を生み出す行為主体の側に重点を置きこの観点から「法が生まれるとき」を眺めてみるのであれば、そこには例えば小川浩三が「*mancipatio*と*Legis actio sacramento in rem*——法が生まれるとき ローマ法の場合——」論文でいうような、「ローマ法の場合、法は生まれるものというよりも、生み出すもの、作り上げるものである」(37頁)という主張も理解しやすいように思われる。だが、こうした理解は、北野かほろが「中世後期イングランドにおける仲裁の位置」論文で述べた次の主張と対立するかもしれない。北野によれば、「『法が生まれるとき』を歴史の角度から考察するためには、ある事態の法的座標を享有可能なものに調整するしくみとして、近代大陸型の裁判を典型と考える感覚から脱却する必要がある」(96頁)からである。

ここでの北野の主張のポイントは、「法が生まれるには、法を生む側のはたらきだけでなく、法を生かす側の関与がなければならない」点に着目すべきで、「近代法治主義と制定法主義のものと『裁判』を「ある事態の法的座標を享有可能なものに調整するしくみ」の典型とみなすことは適切ではないという点にある(95頁)。それゆえこうした指摘は、葛西康徳が「古代ギリシアにおける法の解凍について——法が生まれるとき 古代ギリシアの場合——」論文で描いてみせた、「法の『冷凍』と『解凍』」という分析視角とは相通じるように思われたいこともない。だが、

川村のように、前近代中国での「法が生まれるとき」が皇帝を通じて「法典が編纂・発布されるとき」であるとみる視角とは決定的に相容れないようにも思われる(233-234頁)。結局のところ、問題はこうした違いをどのように把握し法をどのように再構成すべきかという法学一般の問題へと、やはり移らざるを得ないのではないだろうか。

4. 本書の意義

法学一般の問題としては長谷川が正当に指摘しているように、法哲学的観点からみると「法が生まれるとき」という問いは「『法とは何か』という法概念論の根本的問いに連動している」(301頁)とあってよい。しかもこの問いは、佐藤がいう次の言葉とも関係している。すなわち、「法とは何か」を問うことは、法を「人々の日常的な規範的实践から外部に切り分けられた一般的自律的秩序」とみるのか、「人々の日常的な規範的实践に埋め込まれ、その場面を離れては存在し得ない個別主義的で状況依存的な秩序」とみるのか、という「重い問い」へと連なっている(289頁)。

ただ、このことを具体的状況との関係でみれば、まさに「現在「法のグローバル化」という現象の下であらためて西洋近代法の世界的な伝播と移植が——各国・各地域の固有法との間でさまざまな衝突・対立を不断にともないつつも——進行していることとの関係でも、重要な意義を持ち続けている」ことを踏まえたうえで(292頁)、法をどのように捉えるかが問われているといえるのではないだろうか。

しかし、そうであるとすれば、「西洋近代法の世界的な伝播と移植」に関する理解を深めるためにも、日本法制史関連の報告に対して大平が務めたような中国法制史の専門家による「コメント」があっても良かったのではないだろうか。あるいは、現代中国法専攻者による「コメント」が寄せられていれば、現代の問題とも切り結ぶような接点が具体的に得られたかもしれない。もっとも、このことはイスラーム法や西洋法についてもいえることであろうと思われるし、それゆえキリが無い、すなわち拙い評者の希望にすぎない問題なのかもしれない。だが、一見キリが無いようにみえるこのような評者の希望は、間口の広い書物として仕上がっている本書の長所を強調することになるのではないだろうか。評者としては、中国や韓国、台湾といったより日本に近い文化圏の「法が生まれるとき」をめぐる問題についての理解を深めることで、「西洋近代法の世界的な伝播と移植」に関する理解も深まるように思った次第である。

しかも、このような評者の問題関心は西洋近代法を継受した側が抱え込む2つの問題へとつながっていく。1つは継受した西洋近代法とは何かという問いであり、1つはそれがどのように継受されたのか、継受した側の前近代法との関係はどうなるのかという問いである。そして、このような2つの問題関心から評者が興味を引かれるのは、佐藤の「コメント」——「西洋近代法的な『法』のありかたが『例外』ないし『逸脱』であるとしても、というよりむしろそうであるからこそ一層、西洋近代がかかる法を生み出したのはなぜなのか」——である(291頁)。この佐藤の「コメント」の背景にマックス・ウェーバーが控えていることは想像に難くない。ウェーバーは『宗教社会学論集』の「序言」において「いったい、どのような諸事情の連鎖が存在したために、他ならぬ西洋という地盤において、またそこにおいてのみ、普遍的な意義と妥当性をもつよ

うな発展傾向をとる文化的諸現象……が姿を現わすことになったのか」(大塚久雄・生松敬三訳『宗教社会学論選』みすず書房、1972)と問題を提起しているが、そこでいわれている「文化的諸現象」とは、典型的には佐藤がいうような西洋近代法のことを指しているからである。

もっとも、直接的であれ間接的であれ、佐藤に限らず本書ではウェーバーについて言及した論稿が多々みられた。佐藤が表現するように「法が生まれるとき」というテーマを「法規範や法制度が、どのような社会的・経済的・政治的条件の下で、いかなるメカニズムで生成しあるいは創設されたのかを観察すること」から始まる法社会学研究の「第一の位相」とみるならば(288頁)、ウェーバーとはまさにその意味での法社会学者であったわけだし、そのことからみれば、しばしば参照されるのも多いということ自体合点がいくところだからである。

ただ、そうであるとしても気になるのは、様々な諸規範から「法」が分かたれて生成してくる「とき」、すなわち「法が生まれるとき」、を歴史的社会的諸条件に即して歴史学的に顧みようとする本書の殆どの論考は、佐藤がいうところの「第二の位相」(288頁)に属する研究であるということである。そして、この「第二の位相」に属する研究においても「第一の位相」と同じようにウェーバーの影が頻繁に見え隠れするというのであれば、これは何を意味することになるのか、この点は不透明である。むろんこの問題を探るためには、歴大なウェーバー研究を踏まえたうえで別途改めて議論を展開していかなければならない。ただ、こうした分析により、本書『法が生まれるとき』が単なる歴史学的な法制史研究書にとどまるものではなく、第一義的には法社会的な問題設定である「法が生まれるとき」というテーマに対してその背面から迫った第一級の法学研究書としての性格も兼ね備えたものに仕上がっている、ということだけは確かである。

5. むすびに代えて

さて、以上のような特徴と意義を持つ本書であるが、これまで検討してきた結果、少なくとも「法が生まれるとき」というテーマをめぐるのは「さまざまな問いが設定されえ、それは法理学・法哲学あるいは法社会学のような理論法学の問いともなりえよう」(3頁)という編者によって予告されていたことの意味は、粗方理解されたのではないだろうか。

「法が生まれるとき」という問題を考えるにあたって長谷川は、「法生成のメタ・ルールとしての構成的ルールの存在」が必要条件となり、それを満たしながら「司法実践は、どのような実質的内容を持った規範を生み出してゆかなくてはならないのか」という問題に答えること」が十分条件になることを指摘している(306頁)。そして、より直観的には、「その場における議論が法として形を成すと当事者が理解してゆくためには、その内容が争われるものであるとしてもなお何が法として認められるかのイメージが何がしか共有されなければならない」と述べている(307頁)。このように、法形成を目指すなかで何らかの社会規範が法として生まれてくるのであれば、そこには何がしかの〈法〉についてのイメージが必要であるといった長谷川の主張は、少なくとも経験的には説得的であるように思われる。むろん、このことについて理論的説得を試みるのであれば、長谷川が参照しているH.L.A.ハートの『法の概念』における「第一次ルール」や「第二次ルール」の議論を援用することで、それは可能になるだろう。こうした問題が、終局的には、

法概念論や「法の価値的核心」と関る正義論といった法哲学的問題へと繋がっていくことは、疑い得ないことだからである（307頁）。

これまでみてきたとおり、本書が単なる法制史研究書でないことは強調してもしすぎることはない。しかし、だからといって、本書「まえがき」における次の言葉が忘れられて良いというわけでもない。そこでは、「法が生まれるとき」というテーマがこうした法哲学的問題へと関らざるを得ないことを視野に含めたうえで、なお「歴史を自覚的に関わらせること」に本シンポジウムの意義がある、といわれていたからである（3頁）。それゆえ、この後半部に示されているように歴史的観点を重視する立場からみれば、本書評は評者が法社会学や法哲学の観点を過剰に重視しているかのように映じたかもしれない。だが、評者は、そうしたことをも自覚したうえで、それでもなお法社会学や法哲学の観点から一石を投じ、基礎法学研究書としての本書の射程と意義とについて確認しておきたいと思った。そうすることで、必ずしも法制史を専攻としない評者にとっても本書がもつ意義は大きかったということを示してみたかったからである。もとより読者によってその判断は異なるかもしれないが、少なくとも本書評では、本書がやはり単なる法制史研究書ではなかったということを再度確認し、むすびと代えることにしたい。

（創文社、2008年10月刊、335頁、5500円）