

# 抑止法の後退（régression）と復原法の発達（下）

## 道徳と法との機能的連携関係についての一試論

巻口 勇一郎\*

デュルケムによれば、近現代社会においては抑止法の後退に伴って当事者が交渉を経て形成した合意の演ずる役割が大きくなった。だが、当事者（個人）の交渉過程や合意（の自律性）は共同体的価値から自由ではなく、人格崇拜などの非法的規制を伴っている。ゆえに、近代法が管轄を委譲したのは当事者（の対話や交渉を経た合意）ではなく当事者（の合意）を規制する外在的（個人超越的）で拘束的な人格崇拜なのである。このことは、一般の契約過程だけではなく和解を含む裁判過程についても当てはまる。E. ゴッフマンは、法に依存しなくとも状況的役割やマナー、道徳等によって成立する状況・相互行為秩序に注目した。そして彼は、実体的ルールが存在を指摘し、他者に対する物の給付が挨拶と同じ表出的行為であり、贈与や交換に儀礼論的意味が存在すると考えている。実体的ルールの侵害とは他者の所有物の窃取のみならず、贈与や売買契約における目的物に瑕疵を生じさせることである。我々が交換する物の品質や性質の良し悪しが、目的物がもつ他者に対する儀礼的意味を左右するのである。ゴッフマンは、儀式的不均衡を修正するために「つくろい（face work）」という手続きが始まるとするが、侵害の程度が大きければデュルケムのいう「復原法」に基づく公式的紛争処理過程において関係を修復することが必要となる。しかし、聖俗の格差がますます縮減し刑罰の穏和化もまた進行する近現代社会において重罰化という意味での法化を進める集合的原動力は乏しく、集合的反作用としての法的制裁は脱抑止化を免れ得ない。こうして抑止法の後退が進行する現状において損害賠償によって関係を復原する手続き（物の給付による人格の尊厳の修復）が一般化するが、そもそも金銭賠償にどの程度の贖罪的儀礼的意味を付与することができるのかについては疑問もある。

キーワード：聖と俗，社会秩序の法化，ゴッフマン，法と討議，つくろい（face work），

儀礼的損害賠償，復原法の一般化，物の性質と儀礼論的意味のリンク，

目次	(2) 和解と裁定に欠かせない内容的均衡
はじめに	(3) 実体の回復は人格の尊厳の回復、の現代的一例
1. 刑罰進化の社会的条件	(4) 事後的な規制の意義と限界
(1) 抑止法の後退（régression）	おわりに
(2) 『分業論』と『社会学講義』	
(3) 聖俗の格差の縮減と刑罰の変遷	
(4) 復原法の基礎構造 [以上前号]	
2. 近現代社会における道徳と法の役割 [以下本号]	2. 近現代社会における道徳と法の役割
(1) 損害賠償とつくろい（face work）	

\* 立命館大学大学院社会学研究科博士後期課程

本稿ではE. デュルケム，E. ゴッフマンの儀

礼論を用いて現代社会における「裁判」(trial)を理解し、そこでの法規範の位置づけや損害賠償(restitution)の贖罪的儀礼的意味について検討する。また、司法的規制のみならず行政的規制をも視野に入れて「法化」(legalization)の概念を検討するなかで、法化社会における人格崇拜のゆくえについて考察する。

デュルケムのいう近現代社会における「抑止的制裁の後退」(régression)とは、刑罰の穏和化、刑事司法の各段階でのダイバージョンプログラムのみならず、契約法をはじめとする復原法領域における規制緩和をも含む概念である。デュルケムによれば、抑止的制裁を後退させた社会的要因には二つのものがある。第一に、法規範の内容において超越的権威である宗教や伝統に対する儀礼が姿を消し、それに代わって元来聖性の低い人格に対する儀礼が大部分を占めたことである。この法変動は、法の歴史という単なる「法の世俗化」(the secularization of the law)を示すのではなく、法から宗教的要素が分離してゆくに伴って、人格崇拜という新たな宗教が法を覆い補完するようになる原理(=規範間関係)を示す。第二に、人格に対する礼拝が近現代法の主要な目的であるとしても、人々が物神と自我を崇拜しアノミックでエゴイスティックな傾向が強まると人格の聖性もまた世俗化し、聖俗の格差が多少なりとも縮減することである。こうした現代的状況において個人主義哲学や憲法を根拠に「個人の尊厳」を謳うことはできても、アノミーとエゴイズムに起因する聖俗の格差の縮減という現実の潮流に抗することは困難である。こうして、個人の尊厳や理性信仰も、聖なるものの世俗化という現実を目前にして成員にあの激しい公憤を伴った集合的反作用を引き起こさせるには無力であ

り、儀礼の簡素化の一環として抑止法の後退=復原法の発達は進行してゆく。また抑止法の後退に伴い、職業上差異化した諸個人間での機能交換として契約が一般化する<sup>1)</sup>。だが、契約の場面(を含めた日常生活)は、もはや抑止法的規制に満ちてはならず諸個人の活動(交渉・合意)の自由が尊重される。だが、個人の創意、対話や合意の自由は抑止法の目的に何ら相反するものではない。なぜなら、諸個人の活動・合意は抑止法と同様の外在的拘束である人類社会の道徳を基礎とした人格崇拜に基づいているからである。デュルケムにとって、意思の合致とその宣言による「諾成契約」(contrat consensuel)とは、善良な意思、善良な合意に基づいた「誠意契約」(un contrat de bonne foi)に他ならない<sup>2)</sup>。近代社会において、法はもはや権威をもって課されるものではなく、内面からの作用力として個人主義の中において実践されるものとなったのである<sup>3)</sup>。

### (1) 損害賠償とつくろい(face work)

ゴッフマンは法や法化について論じていないため、これまで彼の理論を裁判、契約などの法過程に応用する試みはなされていない。そこで、ここでは彼の儀礼論を契約や裁判へ応用し、その法社会学的意義を明らかにする。抑止法の後退に伴い、もはや権威をもって課されなくとも人格崇拜の実践によって均衡が維持されるようになったが、ゴッフマンはこの自生的秩序を「状況」として再構成している。彼は個人が実際に役割行為をする現実の舞台、すなわち複数人間を含み五感を使い相手をモニターできる対面的な、したがって時間的・空間的(物理的)に区切られた「状況」に注目した。状況は「ある程度、閉鎖的で、自己補整的、自己完結的な、

参加者同士の相互依存的な行為の回路」をもっている<sup>4)</sup>。時空の限定をもつ局所的な状況では、相対的に閉鎖的で自己完結的な「状況的活動システム」(situated activity system)があらかじめ設定されている。例えば、病院の待合室と手術室とではそれぞれ異なった「役割のセット」<sup>5)</sup>を含んだ独自の相互行為のパターン(活動の束)が用意されている。なお、状況的活動システムは特定の具体的な状況に適合的な拘束を示すので柔軟であるといえが、この柔軟さとは規範的正当化を欠いた恣意的な柔軟さではない。局所的な状況では、全体社会レベルの普遍的な法規範によって画定的・定量的な権利義務関係<sup>6)</sup>として規定・提示されてはいない固有の柔軟な行為領域が圧倒的に多い。確かに、法規範は名誉毀損の場合の名誉など行為者の重大な利害(法益・権利)に関する拘束を提示するが、局所的な対面的状況は法的権利義務以外にも道徳、エチケット、そして相対的に規範的色彩の薄い「状況的役割」(situated role)によっても維持されている。ゴッフマンは、局所的な状況における法的には何ら処罰の対象とならない日常生活上の行為を裁く社会道徳をその内に含んだ行為の準拠枠に注目したのである。

だが、状況が自己完結的で閉じたシステムをもっているとはいっても、その閉鎖性はあくまで相対的意味においてである。確かに、行為者が経験を意味をもった一つのものとしてまとめ組織化しリアルなものとして認識する過程は、多量で雑多な出来事から当該状況と無関係なものの無意味なものを排除することで成立する(フレミング)。しかしながら、それをもって当該状況が外界に対し閉鎖的であるとはいえない。当該状況の流れに身を委ねる参加者は、役割行為や相互行為儀礼のみならず遵法的行為を

同時に行っている。ゴッフマンが描く状況は、法と無関係に思えるが、それは法が守られることが「与件」とされているからである。そもそも法は道徳の最小限度といわれるように、道徳やマナーに従う行為自体が遵法的行為を含んでいる。そして役割行為も、道徳や法による重層的な規制が与件として与えられているからこそ豊かに実現されるのであり、ゴッフマンの描いた多くの「状況」は遵法行為(法秩序)を「与件」としているといえる。法はあらゆる状況・相互作用に通底する基本的ルールなのである。したがって、状況(状況的役割)も多分に法的色彩を帯びていると考えるべきである。そして、法との連携によって局所的な状況(衡平)は、より広い社会 wider society (正義)と組み合っていると考えることができる。法の抑止力が後退した近現代社会において我々の法へのコミットメントは部分的なのであるが、後に検討するように現代社会では法化が進行し我々が意識的に法への関心・注意を高めねばならない状況が増加しているといえる。

ゴッフマンによれば、人は他人と出会い対面しているあいだ自己のみならず他の参加者の面子、両方を立てるような一貫した儀式的配慮を行うことを期待される<sup>7)</sup>。参加者は相手が適切に選択した「状況的役割」を容認し<sup>8)</sup>、彼が維持している立場と矛盾するような情報が表出する話題や活動を「回避」するべくふるまうように拘束される(回避的儀礼)。そして、自分にとって特別の価値を持つ相手の人格に対する自分の評価を伝え、面前にいる相手の目に映った自分のイメージ(印象)を誘導し操作(管理)し創りあげるために、行為者は他者に対する尊敬の感情を敬意をもって表明し、「良きふるまい、品行」(demeanor)をもって、自分がある

望ましい資質をもった人間であることを自己提示する（提示的儀礼）<sup>9)</sup>。こうした相互行為儀礼は「正義ではなく他者の面子」<sup>10)</sup>を維持するための「表出の手續き」であり、「他人に親切な立場」<sup>11)</sup>に基づいて構成されている。回避的儀礼や提示的儀礼のみならず、時には偽りの自己提示を行ったり儀礼的無関心を示し、行為の一貫性を保持することによって、相手の面子が保たれるだけでなく、そこがどのような場で何が起きているのか、どのような振る舞いが適切であるか等々の反省的問いに対する解答を与えてくれる、あらかじめ存在する社会の行為指針、われわれの解釈、判断と推論を導く力である「状況の定義」が維持される。彼は、面子と場（状況の定義）を維持するために用意されている「法を含まないルール」（非法）を「儀礼的ルール」（ceremonial rule）とよんでいる。

そしてゴッフマンは、儀礼的ルールと並んで見逃してはならない重要なルールが存在すると指摘している。物に対する所有権など、人格以外の重要な価値を尊重することを命ずる「実体的ルール」（substantive rule）である。ゴッフマンの理解にたとえば儀礼的ルールがマナーやエチケットを構成しているのに対して、実体的ルールは道徳や法律を構成している。そしてゴッフマンによれば、儀礼的ルールと実体的ルールが重層性・連続性を保っており、我々のあらゆる「行為」や「制度」<sup>12)</sup>は、両方のルールに同時に関わっている<sup>13)</sup>。「人が他者の所有権を侵害するのを我慢したとき、彼は、主として他人の財産に関する実体的ルール（民法）を守ったのであり、所有者の面子を守るという儀礼的ルールは付随的で二次的な社会統合機能しか持たない」のである<sup>14)</sup>。しかしながら重要なことは、儀礼的ルールと実体的ルールとは相互

に独立したシステムではなく重なりあい相互に「連携」しており、どちらかのルールが二次的なものになったとしても双方のルールが「重層的」に働くことによって相互行為秩序が維持されていることである。役割、マナー、道徳、法は分析的にみればそれぞれ異なった規制であるといえるが、これら諸規範は相互に連携関係をもっており状況においては一挙かつ重層的に働くワンセットの拘束である。不当な契約内容で目的物の品質を落としたり相手方の所有権を侵害することは、実体的ルールを破るにととまらず人格そのものの価値を守る儀礼的ルールをも犯していることになる。どんなにエチケットを重んじ丁寧な言葉遣いであっても、対価的な給付を怠ったり、不公正な内容の契約内容を提示したり、相手の所有権を侵害するようなことがあれば、相互作用において相手の面子を立てることは困難である。

相手の面子を立て、相互行為秩序を維持するためには、それぞれの規範が分離独立して無関係に働くのではなく、重層的かつ親和的に働くことが重要である。実体的ルールと儀礼的ルールとの整合性、親和性（規範的ハーモニー）が重要である。多くのまじめな人たちは、状況的役割を守ると同時に道徳と法を遵守しており、多元的なルールに一挙に、調和的に従っている。儀礼的ルールと実体的ルールとの重層性を契約の場面にあてはめると次のようになる。すなわち、契約における人格崇拜（儀礼的ルール）は、契約内容を通じて対象物の性質・善し悪し（実体的ルール）に及ぶ。人間がつくりだすあらゆる実体物と人格の尊厳とは緊密な関係にある。実体・物がしっかりとした性質（＝隠れた瑕疵のない安全な性質）である（実体的ルールの遵守）ということは「二次的」であれ、その実

体・物を使用する人間の人格を尊重していること(儀礼的ルール)の遵守)につながる。他者に適切な性質の物を給付することは、相手への敬意という儀礼的意味をもった表出的行為であり、物の性質の善し悪し次第で物を差し出すという表出的行為の儀礼的・象徴的意味内容が異なってくることは重要である。例えば、シア・コルボンらによれば、発ガン性も急性毒性もなく安全だということで何十年前から市場に出回っている合成化学物質の中には今になって「外因性内分泌攪乱化学物質=環境ホルモン」(Endocrine Disruptor)としての作用があること、すなわち生殖毒性のみならず胎児期の暴露における催奇形性があることがわかりはじめた<sup>15)</sup>。こうした人工化学物質の生産量は現在でも伸び続けている。裁判において責任を追及されれば、企業側は必ずといってよいほど「製品出荷時の科学技術水準では欠陥は予測不可能であった」と主張するのだが(=開発危険の抗弁)、我々の科学技術が発展を続ける限りどの時点の科学技術も不完全で貧弱であること前提とし欠陥を推定することが規範的であり、当該合成化学物質の危険性を推定しながら故意に安全性に関する十分な実験を行わないなどということがあれば重大犯罪である。現在出されている環境ホルモンの毒性に関する仮説を受け入れるとすれば、現在でも大量に出回る当該人工化学物質が含まれた食物(悪い品質の物)を購入した消費者は、代金を払ってホルモン作用をもつ人工化学物質を摂取し、人体実験をされ健康上の不利益を受けているのであり(環境ホルモンの作用は徐々に現れるため、これらの物質への暴露を侵害として受けとめ認知している人が少ない事は問題である。)<sup>16)</sup>、当該交換過程(契約)においてどれほど製造主(両当事者)が適

切な役割行為を演じマナーを守っていたとしても、明らかに消費者の人格は侵害されている。物質的に豊かな時代において所有や分配の問題を扱う意義など薄れていると反論されるかもしれないが、交換において所有物(の移転という行為)のもつ「表出的、象徴的、儀礼論的な意味」について問うこと、「実体と儀礼が不可分であり、物の性質と儀礼的意味とがリンクしている」ことを問題とし、そこから現実の交換・契約を批判的に分析することは極めて重要である。C. レヴィ・ストロースも、贈り物のもつ他者との関わりに注目したからこそ、贈り物(物の移転)を「他者性の記号」(signe de l'altérité)と呼んだのである<sup>17)</sup>。

儀礼的ルールと実体的ルールは原則的には双方の行為者に相称的に振り分けられているために、その遵守によって契約(交渉)の場面を含めた「対面的相互行為」において「儀礼的均衡・相称」(ritual equilibrium)が確立する。儀礼的にも実体的にも均衡が確立した状態こそ、契約や交換を含んだ相互行為の秩序である<sup>18)</sup>。日常生活上の相互行為秩序を研究する場合、挨拶に始まる表出的行為だけではなく実体物の均衡と、その前提となる契約内容の均衡にこそ注目しなければならない。ゴッフマンは「いかなる社会も、相手の人格に対する敬意を五分五分に分け合う仕組みのシステムとして研究することが出来る」と述べ<sup>19)</sup>、あらゆる社会的活動は二つ以上の動作と二人以上の参加者が相互作用を構成する、単位的動作の「連鎖的」、「均衡的」で「互酬的」な「儀礼的交換」であると分析しているが<sup>20)</sup>、さまざまな行為技法を駆使して行われる法とは無関係な表出的行為・自己提示(の均衡)ばかりに目を奪われ、相互行為秩序を構成しているもう一つの重要な側面

である実体物の均衡に着目しなければ、売買契約の不均衡が深刻な消費者問題（薬害・健康被害）を引き起こし、雇用契約の不均衡が過労死などの労働問題を引き起こし、肝心の部分で相互行為秩序が空洞化していることを見逃してしまうことになる。

ゴッフマンによれば、日常生活ではゆき過ぎたひとことや無意識（非意図的）にとった動作が一人歩きして場の雰囲気や乱したり、なかなか台本（楽譜）通りに演技（演奏）できない。だからこそ行為者は、非意図的とみなされる自己の表出にまで注意を払い実際にそれを状況の流れに沿ってコントロールすることが必要なのだが、もし台本から乖離した行為によって自分が相手の面子を傷つければ「儀式的な不均衡」（ritual disequilibrium）が生まれる。儀式的な不均衡とは相手の威信の失墜、相手の不名誉であり、参加者はこの状態に当惑する。そして、侵害者は侵犯に対する個人的責任をとり相手の面子を「つくろう」ことを期待され要請される。ゴッフマンが修正的プロセスを面子への侵害の認識によって発動され、儀式的な均衡の再確立によって終了する交換（inter change）と定義するように<sup>21)</sup>、つくろいとは侵害行為に対する対価的な反対給付・対抗贈与である。当惑と憎悪の対象となっている侵害者の行為を、参加者が見過ごすことが出来ない種類・程度のものであると認識した場合には、侵害者は満足いく儀式的な状態を「回復」しなければならない。参加者は儀式的な均衡を再確立（re-establish）するための「修正的努力」（corrective attempt）に専念しなければならない。

修正過程とは侵害者のみならず被侵害者を含めた参加者による「共同作業」である。まず第一に、被侵害者は、侵害者の誤った行為に注意

を喚起するために「挑戦」（challenge）という行動にでる。第二に、それをうけて被侵害者は侵害を訂正する「申し出」（offering）を行う。第三に、この申し出の次の段階において、ようやく侵害者は「侵害された者に対し補償を提供することができる。あるいは、彼は、自らに罰を課したり、懺悔したり、罪ほろぼしをおこなうことができる」のである<sup>22)</sup>。この「補償」は例えば、侵害的な行為が冗談であったことや、侵害行為の時点で自分がうっかりしていたことや自分自身でない他の影響下にあったことを説明し弁解することである。そして第四に、被侵害者は面子の再確立が満足いくものであったことを「容認」する。これに、侵害者は「感謝」するという第五の反応をもって標準的な「修正過程」は終了する。重要な点は、ゴッフマンのいう相互作用レベルで観察される「儀式的な均衡の再確立」のための「つくろい」（face work）が、「本論文上巻」（以下「上巻」と略記）で検討してきたデュルケムのいう復原法における「賠償」（restitution）に相当することである。「つくろい」と「賠償」はともに人間関係に生じた儀式的な不均衡を修正し、事後的に失われた人格・面子の修復をめざす作業である。侵害者は、参加者の期待に逆らいつくろいをしなければ変わり者のレッテルを付与されかねず、復原法の要請に逆らい損害賠償をしなければ場合によっては犯罪者のレッテル付与（刑事罰）を免れない。

ゴッフマンが指摘するように、通常、諸個人の「神性のあいだの接触においては、仲介者の必要はまったくない。これらの神々はそれぞれ、自らの神官（祭司）の役割をつとめることができるのである」<sup>23)</sup>。確かに、デュルケムが観察したように、近現代社会においては行為に対す

る抑止法という媒介項は後退し、規律の精神に基づいた諸個人自らが神官となった。だが、ゴッフマンが述べるように「今日、司祭＝法の役割はまったくなくなった」とはいえないであろう。不公正な契約や違法な取り立てを会社から命ぜられたサラ金の社員のように、役割行為が道德や法の許容範囲から逸脱している場合、臨機応変な個人的判断による「つくりい」(face work) だけでは単にすまされないものであり、法を仲介・媒介した「損害賠償」にしたがって関係を correct しなければならない事態に我々は遭遇する<sup>24)</sup>。社交場における人間関係は他者の人格の大きな侵害をきっかけに直ちに法廷に持ち込まれること、そして、現代社会では経験的にみても人口あたりの訴訟率が高まっていることを忘れてはならない<sup>25)</sup>。確かに残虐だった刑罰が姿を消し、われわれは日常生活上、法の抑止力などほとんど感じなくなったが、それでも近代以降的拘束としての法は決して無に帰したのではない。状況的役割や道德の背後には、後退しつつも法が控えているのである。

カルボニエが指摘するように、法は法益侵害・権利侵害(関係の障害)と認定できる程度の重大な侵害のみに関わり、社交上の些細な侵害に関わり修正しようとはしない<sup>26)</sup>。こうしたことから民事法的損害賠償は、ゴッフマンが定義する役割行為やマナーの違反には求められないであろうし、重大な利益(実体物)の侵害を伴いつつ相手方の人格の尊厳を大きく侵害した場合で、相互行為の参加者によって違法性が高く放置されることが望ましくないと定義された場合にのみ求められると考えるべきである。ゴッフマンもいうように修正的努力の長さや強さは「侵害の程度」、すなわち侵害の「持続性」と「強度」に一致している。また、復原法が強

制する損害賠償の額(大きさ)もゴッフマンがいう侵害の程度＝持続性と強度と一致していると考えられる。「損害」の大きさと「賠償」の大きさとのあいだの関係は「均衡的、相称的」でなければならないのである。また、損害賠償がなされるプロセスにもゴッフマンがいう修正過程の各段階に位置する「侵害行為」、「挑戦」、「申し出」、「受容」、「感謝」の局面が存在する。例えば、「侵害行為」とは不公正な内容の契約に伴う危害や犯罪被害であり、挑戦とは「訴訟の提起」であり、受容とは「和解」や「判決の受け入れ」に相当しよう。

ともあれ、ゴッフマンがいうように儀礼的ルールと実体的ルールは相互に切り離せない関係にあるのであるから、実体的「賠償」は同時に幾分かの儀礼的「つくりい」であり、賠償が「相手の面子を回復するための手続き」であることを見逃してはならない<sup>27)</sup>。

## (2) 和解と裁定に欠かせない内容的均衡

これまで、抑止法の外的抑止力がなくとも道德などの「社会的・共同体的価値の浸透」(ゴッフマンのいう活動黙契 working consensus) を前提として相互作用における儀式的相称や契約内容の均衡がもたらされ、侵害に対しては修正的試みが展開されることを考察してきた。ところで近年、法哲学・法社会学分野においては紛争処理過程における法の役割を相対化し、価値観を異にする諸個人の相互主体的な交渉、対話や討議(Diskurs)という手続きを経た合意の役割を積極的に評価する議論が盛んである(以下ではこの見解を「裁判の討議的理解」と呼ぶ)。田中成明は裁判の討議的理解を「社会的拘束・規制に代わって social interaction をクローズ・アップする見解」と定義している

が、ここではこうした見解とデュルケムやゴッフマンの儀礼論とを対比させつつ、アノミク的な傾向を強める現代社会において相当程度残された聖なる共同体的価値・人格に対する均衡的・相称的な相互行為儀礼の過程として裁判を捉える。そのなかで、法を媒介して聖なる価値を強制することの重要性について指摘する。

裁判・法の討議的理解を進める学者は、社会国家による官僚制的規制行政に典型的にみられる画一的な管理・統制を念頭におき、上からの不適切な一方的統制に主体的・自律的な個人による横からのあるいは下からの導入する必要性を説く。彼らの社会認識によれば、現代社会においては善悪の判断を含めた多くの事柄について社会的コンセンサスの存在が疑わしく個々人の価値観は分化、多様化、複合化している。意味空間の支配が断裂と矛盾に満ちた現代的状況下で公正や正義の「意味」を古来の共同体的価値に依拠して一義的に解釈・定義し、それに基づいて一方的に問題解決をはかることはもはや困難である。ゆえに、法が一定の行動基準を強制したり、たとえ善意であっても正義の御旗を振りかざし一方的な判断で私的活動や個人生活に介入し管理を行うことで個人の主体性・自律性が阻害され、法の狙った効果が得られないだけでなく往々にして法と社会の双方に深刻な副作用が生ずる。

「制度化された法規範に依拠して紛争処理にあたることは、社会構造が安定的な場合ほど機能的だが、社会構造が変化し、各紛争の個別的な性格が強まり、利害が複雑化・多様化し、既存の枠組みでは処理しがたい紛争が増えてくるにしたがって、その紛争解決機能は低下してくる。」<sup>28)</sup>

法社会学における裁判の討議的理解に少な

らず影響を与えているユルゲン・ハバーマスによれば、古代社会からつづく宗教的権威や伝統、儀式や慣習は近現代にいたって世俗化し価値の多元的分化が進行している。もはや広範な社会的合意の存在が疑わしくなった現代的状況では一方が主張する規範が、他方にも共通して浸透しており一方の規範的主張が自ずと承認・肯定されるとは考えにくい。双方に合意が存在するものとして主張された規範に相手方が異議を唱えた場合、当事者間では規範の妥当根拠を巡って討議が開始され、そこで達成される合意によって規範の妥当性が根拠付けられる。彼が「およそ可能な全ての当事者が実践的討議の参加者として合意する場合にのみ、その規範は、妥当性を主張することができる」と述べているように<sup>29)</sup>、その合意の合理性を保障するためにはや固定的な共同体的価値である「内容的・実質的均衡」を持ちだすのではなく、規範的見解を異にする人々の発話行為の選択のチャンスを平等化すべく、外的な偶発的影響やコミュニケーションに内在する支配・強制的要素を排除した理想的で公正な対話的「手続き」(理想的発話状況)における相互行為を保障することが重要である<sup>30)</sup>。また、R. N. ベラーは、個人を超えた共同体的なものへのコミットメントを必要としない立場として「セラピー的契約主義」をあげている。セラピー的契約主義では、価値の相違を前提に、自分の価値観を解明し、他者の価値観を直感する能力を高めたうえで、感情移入的に自分の行動に対する相手の反応の予測をし、検討し、戦略的に利害計算し、感情をオープンにしながら(自己表現しながら)コミュニケーションをはかるという「やりとり」(=与えて受け取る過程)に期待する<sup>31)</sup>。

このように討議・合意を重視する立場が応用

され、紛争処理過程における法システムの機能は当事者に対して実質的内容的規範を提示し強制することではなく、当事者が自律的、相互主体的に合意を形成することを可能とする場(手続き・フォーラム)の設定にあるというように、限定的に理解される。田中成明によれば価値が多元化し社会が複雑化した現代においては、「法システムを、それぞれ善き生き方を追求する人々が共通の公的理由と公正な手続きに準拠した理性的議論によって行動を調整しあうフォーラムとしてとらえ、そのような法システムの制度的構想とそれを動かし実践に対して原理的指針を提供できる法理論を構築すること」が重要であるという<sup>32)</sup>。論者によって差異もあるが、こうしたフォーラムにおける当事者はもはや法を含んだ一枚岩的な共同体的規制の「客体」ではなく、相対化された諸価値間の断裂や矛盾を背景に法(法価値)をローカルなものとして脱中心化・相対化し、法を戦略的に利用する過程で密かに作り替える(解釈しなおす)など、法を積極的に動かしてゆく「主体」であると理解される<sup>33)</sup>。佐藤岩夫も、裁判とは「当事者が何が法であるかの確認に積極的に関わっていく規範的討議の場」であるとし、裁判における主体の積極性・能動性に注目している<sup>34)</sup>。こうして当事者の自律的、相互主体的活動の保障が望まれる反面で法規範による権威的強制は相対的に縮小されることが望ましいわけであるから、具体的には民事法制の中心化、刑事法制における各種のダイバージョンが肯定されるわけである(= 刑事の民事化)。

「このような視座から法システムの社会的機能を見ると、法システム全体の第一次的機能は、人々が社会レベルで法的基準、手続に自主的に依拠して行動調整・紛争処理などを行う相互作用を

促進することであり、民事裁判も、このような相互主体的活動の延長としてとらえ、民事法制に中心的位置を与えることになる。そして、刑罰などの強制的サンクションの規定・執行によって逸脱行動の抑止などの行動規制をするという、国家権力の行使を伴う社会統制機能は、このような相互主体的活動の円滑公正な作動を外から保障し、妨害行為があった場合に事後的に働く二次的なものであり、このような機能はできるだけ背後に退いていることが望ましいとみることになる。」<sup>35)</sup>

更にいえば、訴訟(litigation)より「裁判外の紛争処理」(代替的紛争処理・Alternative Dispute Resolution = A.D.R.)が、裁定より「和解契約」(conciliation)が好ましいということにもなる。そして、例えば全般的な紛争処理過程では権威的強制に妨げられない相互主体的なコミュニケーションを可能とするための具体的施策として、当事者の資源的対等化をはかること(福祉)が提唱される。ある学者は次のように述べている。現実には少年審判における少年は他者(裁判官)による強制を受けやすい弱者(客体)である。そこで、少年が主体として発展的な対話を営んでゆくためには福祉的な観点から少年を資源的に対等化することが不可欠である。具体的には、検察官を交えた対審構造化による裁判官の中立化、少年に対する弁護士人依頼権の付与など、公正・適正な討議的手続きの保障が重要である<sup>36)</sup>。

ここで幾つか論点を指摘しておきたいが、まず、市民間の自主的な討議や合意論的観点から抑止法の後退(謙抑)、規制緩和を積極的に肯定することと、これまで論じてきた人格崇拜という外在的な行為規制への管轄委譲といった規範間関係論的観点から抑止法の後退を説明することとは似て非なるものであるということであ

る。この点は後に詳しく検討する。

第二に、現代の法化現象は、「上巻」で検討してきたような未開・古代社会からの「抑止法の後退」という一連の大きな歴史的流れの上での出来事であるということである。法社会学においても、法化、法化と騒がれており、犯罪化（criminalization）を核とした法化が進行すれば人間のあらゆる行為領域に法的規制・管理が及ぶかのような観をもってしまうが、現代社会における法化とは決して「抑止的法」の支配が再訪するような事態を意味しない。デュルケムの歴史遡及的方法を用い未開社会との対比において、現代の法化が抑止法の後退＝「非法化」が相当に進行した状況で生じている現象であることを主張する論者はほとんどない。法化が進んだとしても今日の法は質的にも量的にも相当に衰退しており、我々は日常生活を相当自由に営み、アノミックな状況におかれている。いや、後に検討するように聖俗の格差が縮減する現代的状況では、聖なるものの侵害に対する激情的反作用も持続性や強度において衰弱し、法の抑止化（犯罪化）を進める十分な原動力は見あたらない。

第三に、法化を語るためには法化以前の段階である近代社会の考察が欠かせないということである。本稿でも適宜近代社会について論ずるが、拙稿「近代社会における法と個人」にてまとまった前提的考察を行っているので参照されたい。

では、不適切・不必要な法的規制が増大し、諸個人の自主性・主体性を妨げる法化とはどのような事実を念頭に語られているのであろう。田中成明は「行政過程」を念頭におき、社会保障、生活環境整備、経済活動の規制など政治社会経済的な「政策目標」を実現するための手段

としての法を「管理型法」と分類しているが<sup>37)</sup>、実は、法化に伴う弊害の議論は、「規制法を根拠とした社会国家（＝行政国家）の過剰な介入主義」（法の政策化、行政化、脱規範化）に焦点を当てて起こってきたものである。ゆえに、それを紛争処理過程における司法的規制の領域にまで広げて良いものかどうかもまず疑問である。確かに、これまで裁判に持ち込まれることのなかった事案が増え、学校、家庭（親子関係、夫婦関係）や地域社会（隣人関係、友人関係）にまで法的規制が及ぶようになった。だが、それをもって社会国家の介入主義、過剰な管理と見るべきではない。もっとも、安易に法規制に依存しがちなアメリカ型の訴訟社会（司法過程）に問題がないとはいえないが、その作動・使用に多大な資源（金銭や労力）の動員が要求される司法的規制は、当事者の切なる要求に応じて発動される受動的規制であり、積極的にすぎた過剰で不必要な管理・介入とはいいいにくい。また、行政的規制における具体的な権利・利益の確定は担当行政機関の裁量に委ねられる傾向が強く、行政的規制の専門的・技術的・政策的性質がその規範的正当性を見えにくくし、最も重要な一般社会成員の社会規範（集合意識）による判断や批判を排除している。他方、司法的規制においては、個々の事案の具体的な事実の把握がなされ、裁判官の内面的社会規範（widely held social norm）に基づいた価値判断が具体的に妥当な裁定を可能としており、行政的規制に比して規範的に重大な問題があるとはいえない。法化に伴う弊害や副作用の問題に行政と司法とで共通する部分があることは確かだが、先に論じたように、あるいはH. S. ベッカーがマリファナ税法形成過程の実証研究を通してパターンリスティックな規制に潜在する行政独自の

恣意性を暴いたように、非法を補完するために真に必要な規制に混じって、見極めが困難な私たちで恣意的規制が存在し、これが自生的秩序を阻害していると思われるのは行政領域の規制に関してである。したがって、法化に関しては、規制主体の属性を区別して論ずるべきである。ここでは、法運用過程のなかでも司法過程(犯罪や不公正な契約を含めた逸脱に対する法的反作用)を中心に法化の問題を検討する。

近代社会において、抑止法と復原法の交替に対応して、契約における交渉や合意の役割(諾成契約)が増大してきたことについてはデュルケムも認めるところである。しかしながらデュルケムによれば、復原法は契約を「社会が欠落した私的領域(私事)」と定義し、当事者の発展的な対話や自己決定に契約内容のゆくえを委ねたのではない。彼にとって復原法は古典的意味での私的自治尊重型の法(私法)ではない。彼は、復原法が諸個人の交渉や合意を内面から規制するエートスとしての個人超越的な第三者=社会(非法)に諸義務の十全な実現を期待し敢えて「自己制限」した「公法」であると考えていた。法は外在性と拘束性をもった法以外の社会規範(非法)の十分な活動が知覚された場合にのみ敢えて自らを制限するのであり、規範性が薄いか脱規範的なもの(=交渉や合意)を前に自らの役割を相対化したり制限したりはしない(この点につきカルポニエの法理論(*auto-limitation du droit*)が当てはまるので「上巻」を参照していただきたい)。確かに、聖なるものの世俗化にともなって聖なるものに対する儀礼もまた簡略化されてゆく。だが、今日の都会的で世俗的な世界において、諸個人の人格は相当頑固な聖性を有している。したがって、儀礼はなお人類社会を共通項として個人を相互

にとり結ぶ役割を果たすものとして残されている。この近現代社会(における相互行為や契約)はわれわれが考えているほど非宗教的ではない。デュルケムとゴッフマンは、聖なるものの世俗化を危惧しつつも未開社会から連綿とつづく、近現代社会においてなおも相対的意味で相当に残された頑固な宗教性・聖性の存在に目を向けた。

「この世俗の世界が、ある意味では、われわれが考えているほど非宗教的ではないということである。多くの神々はすでに去ってしまったが、人々自身は頑固にも、かなり重要な神聖 *diety* を保持している。彼はある威厳をもって歩き、多くの小さな贈り物の受容者である。」<sup>38)</sup>

他方、相対的意味においてはあろうがハバースは近現代社会を脱呪術化した社会と捉え、デュルケム・ゴッフマンほど普遍的に残された宗教性・聖性の存在にこだわらなかった。もっともゴッフマンは一方でデュルケムのように集合的沸騰のような積極的儀礼に注目せず、専ら個々の局所的な状況における消極的儀礼を叙述し、他方で「転調」(*keying*)や「偽装」(*fabrication*)等々の概念に注目し、フレームの脆弱さ(*vulnerability*)や状況の定義(リアリティ)の多義性<sup>39)</sup>を浮き彫りにしたり、あるいは「役割距離」(*role distance*)概念を用いて他者の公認の得られる範囲内で公式的役割から乖離した個性的な演技を上演する「行為者のささやかな自由」<sup>40)</sup>を細かく描いている。このように、デュルケムとゴッフマンとの間で理論的相違があることは確かだが、大前提として彼らは、近現代社会におけるアノミックでエゴイスティックな傾向を指摘しつつ、なおも相当頑固に残された第三者=社会(人間一般)を背

景とした人格の聖性をめぐる儀礼(ritual care)の過程に注目している。彼らは、当事者に社会を加えた三者関係における聖と俗との交流過程として今日の相互行為や契約を捉える「聖俗二元論」の立場にたっているのである。他方、ハーバースは、脱呪術化し世俗化し普遍的な聖なる基盤が失われた現代社会において、価値の浸透ではなく相違を前提とした諸個人の「二者関係」におけるコミュニケーションや討議という発展的なやりとりのなかで社会統合を達成する可能性に注目している。「上巻」で検討したように、デュルケムは、「諾成契約」(contrat consensuel)における当事者の交渉、意思の合致というプロセスの重要性を認めつつも、善き意思による「誠意契約」(un contrat de bonne foi)や内容的に公正な「公正な、客観的に衡平な契約」の諾成契約に対する優位性を説き、合意形成に至るやりとりを拘束する個人超越的な第三者(道德)の役割に注目していた。彼にとって、当事者の意思の合致(=合意)が契約内容を左右し・決定する「主体」(立法者)として承認されうるのは、法に規制される以前の自由な段階で、当事者が自発的に自己規制を行いあらかじめ節度ある内容の合意を形成する限りにおいてである。デュルケムは「やりとり」を重視する手続き論・合意論ではなく、「アノミックな現代社会においても相当程度残された聖なるものをめぐる相互行為儀礼」として契約過程をとらえる儀礼論の立場にたっていた。アラン・ハントが指摘しているように、あらゆる社会は一つの道德的社会であるとするデュルケムは「伝統的な二者間(dyad)の発展的な相互作用分析を拒否し、第三者、すなわち社会を含む三当事者間モデル(triad)を主張し、契約上の活動(相互作用)のあらかじめ許容・

限定された社会的枠組みを決めている」のである<sup>41)</sup>。

また、デュルケムは、抑止法の後退・撤退を補完し、国家法的規制の画一性(残酷さ)を緩和する非法として、人格崇拜のみならず多様な下位集団の個別的な道德に期待していた。一般化の度合いが高く誰に対しても普遍的に提示される近代法の支配の下で、法と個人とを媒介する多様な中間集団が存在し、この集団内に局地的な道德が結晶化し、法と道德との重層性が開花する。これを、デュルケムは「道德的多形化現象」(polymorphisme morale)とよんでいる。

「それは、職業道德が道德生活の真の多元化を意味するということである。共同の道德の基礎にある世論は、社会全体にひろがっていて、それがあそこではなくここに存在するのだと厳密にいうことはできないのであるが、それぞれの職業の道德は限られた領域内に定位されている。かくして、互いに関連をもちつつも区別された道德生活のさまざまな火床が形成され、職能の分化は一種の道德的多形化現象に対応するのである。」(Durkheim, 『講義』p.47., 邦訳41ページ)

なおデュルケムのいう職業集団とは当事者の双方を含むもの、すなわち労使といった個別的属性を超えて互いが一 가족の構成員として扶助しあう連帯である<sup>42)</sup>。更に、カルボニエが指摘するように、自生的秩序(非法)を構成する多様な規制には職業道德以外にも多様なものがある。カルボニエによれば愛や信頼、節度(la modération)や他者に対する敬意(le respect de l'autre)、慣習や契約慣行など、当事者双方を直接にとりまく多くの行為規制が一つの「規範群」(le group plus vaste des normes)、ユニットとして存在し、それぞれが互いの活動レ

ヴェルに依じて「接合様式」(conjunctions) や「バランス」を変えつつも (= 主導的立場の変化 mouvements), 重層的かつ一挙に法の相対的空白を補完するのである<sup>43)</sup>。なお、ストレンジャー相互の単発的契約 (discrete contract) では普遍性の高い道徳的人格崇拜が優勢 (dominant) に働き当事者間に公正な関係をつくるのに対して、継続的・反復的取引関係 (相互作用) にある者同士の契約においては個別性の高い信頼が優勢に働き当事者間に公正・正義だけでは語り尽くせない豊かな関係を築くといえる。だが、局所的な規範は特殊な関係の維持にとどまりがちであり全体社会との関連で差別的に働く乱脈のものであるといわざるを得ず、こうした弱点を緩和するために、局所的規範と普遍的な規範 (法) との重層性が重要なのである<sup>44)</sup>。すなわち、局所的な規範 (非法) と普遍的で一般性の極めて高い規範 (法) との重層性・交差 (規範的ハーモニー) が確立する条件の下でのみ、乱脈でも残酷でもない調和的規制が可能となる。

確かに、「上巻」で検討したようにデュルケムのいう非日常的な「集合的沸騰状態」や「全般的沸騰状態」では相互作用の質的・量的な変化に依じて、個別意識の隔たりが崩れ集合意識が活性化される。しかし、そこでの相互作用は言語的コミュニケーションや討議をはかる認知的・表象的レベルにおける日常的な過程とは異なる、感情の高揚・熱狂・共感を伴った非日常的な過程である。G. ル・ボンが指摘したように、<sup>パッション</sup>情念の解放を伴うがゆえに時に道徳に背く危険な群衆行動にも結びつきかねない沸騰状態は、社会にとって危機的状況でさえあるが、ティリアキアンが「現世の生活は尋常ならざる世界へ変容する」と述べているように<sup>45)</sup>、そこ

では男も女も、労働者も使用者も涙を流し、肘を付き合わせて兄弟のように交わり異常な混交をなして結ばれる。そして、集合的沸騰状態では、あらかじめ人々に共通して存在する社会 (集合意識) を前提とした接触において、社会の姿が明確に浮かびあがり集合的に体験され表象されたわけであり、互いに異なっていることを前提に言語を媒介し交渉・討議が繰り返されるなかで人々が妥協・合意に至ったというわけではない。

合意形成過程で非法 (第三者としての社会) が機能しなくなった場合、当事者は自己主張を貫きながら対立を深める。法が扱うような重大な問題に関して共通する規範的基盤を欠いた二者関係 (dyad) におけるやりとり・相互作用は埒があかない状況を招くがゆえに、再度第三者に相当する法による規制の必要性が生じ、裁判過程において集合的価値を交えた三者関係 (triad) が構成されるのである。現実には第三者である社会、法を媒介した規制を欠いた二者関係において安定的秩序が高い確率で成立する確証はない。そもそも内面的な共同体的価値・規範が空洞化し儀礼的均衡という秩序に不可欠なルールまでもが相対化という形容の下で理念の高みに棚上げされたために、犯罪や労働問題、借地借家問題や消費者問題が発生し、当事者の阻害された関係が紛争処理過程にもちまれるのである。よって、討議をし和解契約を締結せざるをえなくなったこと自体が非法の空洞化 (自主的な討議や合意の不成立) を示す一つのデータである。和解といえども人格崇拜が空疎化し、問題が生じた後のアノミックな相互作用なのであり紛争のなかで新たな統合が成立する可能性はゼロではないが、価値の相違を前提に譲れない自己主張を展開する当事者が討議の過

程で反省と学習によって自己主張を不断に再定義し合意に至る可能性について過大評価してはならない。また、近代法の契約自由の原則の下で立法者（主体）に高められた個人による自由な交渉・討議を経た自主的な合意（雇用契約）が、その内容の不均衡ゆえに結果的に貧富の差を拡大させてきた歴史があることを忘れてはならない。道徳による内面的規律を信頼し、敢えて自らの役割を制限した近代法であったが、今日では自主的な合意による契約の「衰退、崩壊、失敗」が唱えられ、古典的な「契約の死」(the death of contract) が指摘されている<sup>46)</sup>。この「契約の失敗・死」については従来思弁的に論じられてきたが、アノミー的な現代の状況下では諸個人のあらゆる自主的・自律的な活動（討議・合意・契約）が恣意的なものとなったり、全体社会レベルにおける長期的な時間的視野でみて不公正で乱脈な状態を生みだし、結果的に社会問題を発生させることを意味する。アノミー的な状況下ではいかなる自主性・自発性も全体社会レベルにおける統合を可能とする秩序原理たりうる確証はないのである。昨今、規範的討議を経た「合意」の可能性を重視するハバースマス自身が「多様な利害が競合して止揚されない以上、・・・公共的な意見（世論）は、みずからの尺度を見いだして、いつの日にかそこから普遍的な利益を引き出す、ということは疑わしくなってくる」という批判を無視できなくなった、そして従来の自説によってこの問題を解決することは困難であることに気付いたとしている<sup>47)</sup>。このように、ハバースマスは利害対立（アノミー）が合意形成に限界をもたらすことを「不合意のリスク」(Dissensrisiko) の問題として指摘しており、その後の理論的展開も興味深い。R. N. ベラーも、価値相対主義を

前提にしたうえで「与える・受け取る、というやりとり」に期待する立場の限界について次のように述べている。すなわち、「当事者双方が偶然にも高度な教育を受けた感受性の良い人間であったとしても、利害が対立し合うカオス的狀況で、価値観の相違を承認しあうことを前提としながら、実質的には異なる価値の優先順位についてよくよく話し合わねばならないことは、問題を複雑化するだけでなく、埒があかない状況を生み出すだけである」<sup>48)</sup>。ベラーは、共存していると思われる価値がひとたび接触しただすと現実には序列化を伴う可能性があること、プライバシーや自由といった純粋な価値が実は私的利害を正当化する「高邁な価値」として当事者に信奉され支持され動員されている可能性があることを見抜いている。そして、価値の対立が利害の対立と不可分であるがゆえに価値紛争は単に価値的なすりあわせ（論理整合作業）のみによって解決しないことが明らかにされている。

確かに、アノミーも外部に向けられるという意味で他者との接触の様式であり、無規制の欲望相互の紛争（conflict）のなかから社会統合が生まれる可能性がないわけではない。だが、その状況での統合とは、アノミックな俗なる行為が理念の高みにとどまっていた集合意識を刺激し現実化する場合に限る。俗なる犯罪は聖なる集合意識を攻撃するが、犯罪者が地位を引き下げられ排除される過程で聖なる集合意識は結果的に強化される。このように、俗が対極にある聖を刺激することで聖なるものを明確化し活性化しうる。ここで紛争を神聖な第三者＝社会を交えた「聖・俗の交流過程」ではなく、コミュニケーションととらえ二者間のやりとり（与えて・受け取ること）における相互理解・相互

学習によって互いの自己主張の再定義がなされると考えてはならない。道徳的均衡にとらわれない「やりとり」によって相手の面子も人格も侵害されるのであるが、そうした世俗的行為によって生ずる人格の侵害が、事後的に、理念の高みにとどまっていた集合意識(儀礼的ルール)を刺激・活性化・現実化し、その規範がゴッフマンのいう「つくろい=儀式的均衡の再確立」を要請し社会統合を可能とする可能性はある。しかしながら、犯罪レベルの重大な世俗的行為が棚上げされていた理念を現実化させるといふならば理解できるが、人格の聖性がますます世俗化してゆく現代的状況のなかで、利己的な自己主張といった程度の些細な世俗的行為が侵害者をして理念を現実化させるとは考えにくく、猛省(修正的過程)がないまま自己主張が貫かれる可能性は大きい。価値の多元化・複合化は当面は異なる生き方を追求する人同士の共存として肯定的に理解されるだろう。しかし長期的な時間的視野で見れば、それぞれの個別的価値は社会秩序に対する貢献=機能という視点から規範的に序列化され淘汰される可能性がある。価値の多元化はアノミーや闘争(conflict)と並行的に同時進行する世俗的現象に他ならず、集合的価値をも相対化してしまう現代的状況下で互いが接触すれば均衡が容易に破られ葛藤・紛争(conflict)は激化し関係が阻害される可能性が高い。まして、企業体の代理人が交渉の相手方であった場合、相手方はビジネスコードを優先させる可能性が高いために、交渉・討議の過程で反省と学習によって自己主張を再定義し、契約道徳に従うとは限らない。アノミックな現代的状況で、利害や価値の優劣・比較考量を目的として交渉・対話を重ねても、権力的強制がその過程を支配するのであり、結果的

に不都合のリスクや紛争発生率が高いといえる。ゆえに、復原法を介して共同体的価値をもちだすことが改めて必要とされることになる。現代社会においては、結果的に再び法的統制を通じて共同体的価値が呼び戻されていることは否定できないといえよう。

確かに、現実問題として消費者問題や薬害において裁定が下されるまでに何十年もの年月がかかる。その間、加害者となる企業側や国が組織的に訴訟にのぞんでおり生物学的に衰えないのに対し、個人である当事者は生物学的に衰えていく。この理由で、個人は裁定を嫌うといわれる。吉原賢二はワクチン禍の被害者心情について次のように述べている。

「訴訟は被害児をかかえる家庭にとって大変な負担である。一家のその日の生活を支えるのにも容易でないのに、さらに国を相手に10年訴訟など始めたら寿命が縮まってしまう。」<sup>49)</sup>

強制されるまで法が遵守されないアノミックな状況下では、民法は当事者が使うことが出来るという意味の消極的制度となり、好ましくない状態を積極的に復原する制度とはならない。法を作動させ法の理想を実現させるためには、当事者本人が相当の資源(労力・金銭・時間)を動員して訴訟を提起し、裁定による国家権力の発動を長期間待たねばならない<sup>50)</sup>。裁判を抱えているというだけで大きな経済的、心理的重荷であり、裁判が長期に渡るとなれば「親の寿命と子の寿命を縮める、恐ろしい、避けられるだけ避けなければならないこと」である。そこで、裁定よりも早期に決着をみることが出来る和解が好まれるのだが、当事者ができるだけ早期の決着を望む場合、相手方に足元をみられ不均衡な内容の和解案であっても仕方なしに同意

しなければならぬことになる。先に指摘したように和解というと理論的・形式的には当事者の相互主体的な交渉・討議を経て成立した合意・同意による契約であるとされがちである。交渉や討議、合意や同意を個人の主体性、自律性や自己決定、更には国民権や民主主義と結びつけ抽象的レベルにおいていくらかでも美しく語ることができる。だが現実には弱者に対する福祉的施策が進んだとしても当事者が実質的に対等な資源的力関係となることはなく、したがって資源的力関係の差異を背景とした一方的強制（権力）を、道徳的人格崇拜に基づいて多少なりとも緩和・規制することがなければ、合意の過程で目に見える強制がなくとも背景的強制が貫徹され、「ある圧力が自分の上に行使されているがゆえに欲した」ような、強制された虚偽の合意に基づく和解が不可避的に生まれることになる。そもそも、集合意識と儀礼の概念を持ちださず強制なき合意を実現しようとするのは幻想であり、現実には不均衡な内容の合意・和解が避けられない。ゆえに、必ずしも個人を超える超越的権威（法・裁定）の規制に依存しない方法が望ましいとはいえない。

「法化」(legalization, フェアレヒトリヒウング Verrechtlichung) の定義には多様なものがあり別途考察を要するが、第一義的には、関係を安定させていた非法が理念の高みに上げられ、物神と自我を崇拜する俗なる神々が価値相対主義を名目に二種の異なった個別的属性（敵）として対峙し、直接的に「葛藤」(conflict) する状態が拡大し、埒があかず收拾がつかない事態が生まれたために、全体社会の神経系統である復原法が再度そこに強制的に介入せざるを得ない事態である。親子関係においては児童虐待が、夫婦関係においては不貞やドメスティック・バイオレンスが、学

校においては体罰や校内暴力が、隣人関係においては日常生活の節度のなさ、会社においては道徳性を欠いた条件・内容の雇用契約が、市場においては安全性の疑わしい製品（瑕疵ある物）を平気で売買する倫理性なき企業の営利活動が、それぞれの関係に法を呼び戻す契機となっている。こうした文脈での法の私的領域への介入・規制を、人々の自己決定・自律性・主体性を阻害するものであり、法の役割の相対化（自己制限）を主張することは、アノミー的な個人や企業体の利益・欲望を擁護しているに等しい。アノミーとエゴイズムの潮流に流され、自然環境をここまで破壊し、それでも自分に具体的な危害が及ばない限り自らの日々の生活に追われている人間や人間的要素を、なおも契約内容の決定権を持つ主体的・自律的な存在であるとか、期待し信頼し法が譲歩すべき立法者であるとかよびうるのだろうか。デュルケムは、契約における当事者の主体性や当事者の意思の自律性に関して次のように述べている。

「契約当事者が自由に決定する以上、それを決めるのはかれであるといわれる。だが、この自由とは一体なんなのであろうか。（中略）カントは、人格は自律的（autonomie）でなければならないとする。しかし、絶対的な自律性は不可能である。人格は、物理的社会的環境の一部であり、それと緊密に結びついており、相対的にしか自律的ではありえない。とすれば、それにふさわしい自律性とはどの程度のものであろうか。その答が社会の状態、つまり世論の状態によって決まるということは明らかではなからうか。（中略）生活必需品にも事欠く人間を、自律的な存在であるとか、自らの行為の主人であるとかよびうるであらうか。」（Durkheim, 『講義』 pp.102-103., 邦訳104ページ）

確かにデュルケムは、近代における「諾成契

約」(contrat consensuel)の優位性を指摘し、契約内容の検討や決定において当事者の意思(の合致=合意)の果たす積極的役割を認めていた。これを裏付けるように、フランス民法典(*Code Civil des Français*)1134条1項が「適法に形成された合意は、合意を行った者に対して法律に代わる効力を持つ」と規定し、当事者(の意思の合致=合意)を立法者の高み(契約内容斟酌・決定の主体)にまで上げている。だが当事者が、法規範に専ら拘束される客体ではなく、法規範に対して自らの意思(合意)を押し通す主体(法に対する優位性をもった立法者)でありうるのは、当事者が契約交渉過程・紛争処理過程において法以外の社会規範に拘束される客体として人格崇拜を欠かさず、節度ある「内容」の合意を形成する限りにおいてである。ここでの道徳とはゴッフマンが専ら分析してきた挨拶や儀礼的無関心など社交上の振る舞いよりも、肝心の合意・契約内容の均衡への配慮のことである。交渉・討議において道徳的な法解釈から乖離した恣意的な法解釈を行い、互いに譲れない自己主張を貫き裁判に問題解決を委ねようとする当事者を、法の拘束力の客体ではなく、なぜ法に対する優位性をもった主体として位置づけ、再度彼らの積極的な活動(討議や合意)に期待し、法的強制は退いていなければならないのだろうか。法的には何ら問題とならない日常生活上の行為の準拠枠において個人の主体性を語ったり、法運動における倫理的かつ大規模な市民的抵抗を個人の主体性と結びつけて論ずるならば理解できないこともないが(もっとも、法に対する組織的抵抗を個人の主体性の問題に全て還元してしまうことには賛同できない)、相対的意味で画定的な外在的拘束である法規範(特に刑法や民法)に対して、一当事者

の優位性・主体性を論ずることは相当に困難である。行政国家による規制・管理にうんざりする気持ちは分かるが、規範間関係論の立場からいえば行政的規制のなかにも人格崇拜の空洞化を補完するために真に必要とされているものがあり、この点を見失ったまま法化の弊害ばかりを指摘し、法規制の役割の相対化(規制緩和)や討議・合意の可能性を力説してはならない。六本佳平は「社会秩序の法化」について以下のように定義している。

「社会秩序に内在する秩序装置(=非法・補足引用者)が力を失って、当事者を直接にとりまく人々からなる紛争準拠集団の機能が低下し、国家の法システムの規範や手続きや制裁力によらなければ、紛争の解決が困難となる傾向を社会秩序の「法化」と呼ぶ。ここで、「法化」という概念は、社会秩序が法システムへの依存性を高めるといふ、客観的な条件を指すものであることに注意しておきたい。それは、紛争処理のために法が必要になるということを示す(中略)その場合、さしあたって何よりも顕著に見られるのは、紛争処理過程におけるアノミックな状態であり、かつての社会的真空状態の拡大ともいふべき現象である。」<sup>51)</sup>

非国家的で、非営利の自主的な秩序装置・紛争準拠集団といえ、かつては地域社会における我々を直接にとりまく人々から構成され我々の日常生活に密着し根付いており、共同体的な相互依存関係のなかに当然なものとして内在する普遍的なものであった。確かに、昨今NPOをはじめとした市民的活動やボランティア(法律相談・悩み相談など)の役割・機能に注目が集まっているが、それがかつてとの対比において我々の日常生活に密着し根付き、当然なものとして普遍的にみられ、国家による紛争処理を不必要とするほどに機能を発揮しているとは言

い難く、世俗的な現代的潮流の下で限定された人々による当たり前ではない（＝注目を集める）社会活動になってしまっているがゆえに、我々は国家の秩序装置への依存度を高めているのである。

アノミックな事態が、紛争発生率、訴訟率（訴訟選択率）を上げ、法システムをフル稼働させている。更に、ここでアノミックな事態が近代契約法に及ぼす変化（法変動）について指摘しておく。契約を含めた相互行為における当事者の節度のなさ（世俗性）が、契約法の個人（の合意）に対する期待と信頼を破壊し、フランス民法典1134条1項に顕著にあらわれる「契約自由」（*liberté contractuelle*）や「私的自治」（*privatautonomie*）を衰退させる一方で（合意の死）、それまで曖昧・抽象的で訓辞的表現であったり任意規定にすぎなかった規制的规定を明確化（具体化）、強行化し、法における自由と規制のバランスを逆転させ、合意形成過程に法的規制を呼び戻すのである（法解釈や新規立法による近代法の社会化＝現代化）。こうして非法の機能低下（アノミー）は、規制緩和的・自由化法的・自己制限（*auto-limitation*）的な規定の衰退・解体と、規制的・管理的・懲罰的規定の発達を同時に招き、不明確で曖昧な当事者の合意を強制的に明確化し、契約条項を隔々まで細分化させ、「公序良俗・実現可能性・適法性・社会的妥当性・対価の均衡」等々の法的観点から契約内容を厳格に規制・管理しようとするのである（さらに、契約文書における信義誠実条項を衰退させ契約規定の細分化・長文化を招く）。契約過程でも裁判過程でも人間一般を背景とした人格崇拜をはじめとしたインフォーマルな統制（非法）が空洞化した場合、その相対的な規範的空白部分にすかさず

法というフォーマルな統制が流れ込んでくる。ただ聖俗の格差の縮減という現代的状況下では法の抑止化と拮抗する復原法の広域化が進行しており、法の抑止化は容易には進まないと思われる。ここで、人格崇拜が空洞化し阻害された諸関係を復原法が事後的に「復原」というデュルケムの法理論が改めて説得力をもつ。ともあれ、人格崇拜が空洞化することでアノミックな傾向を強める当事者の紛争処理過程ではたとえ裁判外の紛争処理や和解といえども法を背景的強制とし、実体法の原則に則した解決がなされるなど<sup>52)</sup>、法による一方的強制・介入の程度が不可避免的に高まっているといえる。こうしてインフォーマルな秩序装置の機能が低下するなかで、超越的権威的に共同体的価値を強制することができる数少ない手段の一つが法である。確かに人格崇拜は空疎であるという指摘は正しい。しかし、だからこそ法が人格崇拜を強制するのであり、我々は名目であれ法の支配の下で人格崇拜を受け入れ好むと好まざるとに関わらず人格崇拜のカatalogueである法に従わねばならない。法こそ、共同体的価値によってアノミックな事態を収束させる最後の手段の一つなのである。法の判断が下されたとしても、紛争当事者は自らの主張を十分に実現せず、相対的意味で画一的な法的判断に対して不平不満をぶつけがちだが、謙虚な気持ちに戻って自己主張を再定義し利益追求をあきらめ我慢することも必要である。法は当事者利害（パイ）の最大化をはかる「私的利害の第三調停者」ではない。法は節度なき当事者の自己主張や契約に従属するのではなく、これらに対する圧倒的な「優位性」をもち、当事者に一定のあきらめと我慢を強いる。社会秩序や正常な関係とは当事者が一定限度利害を放棄しあうことによるのみ成り

立つ。法の目的は秩序であるから、その機能は利益の実現や最大化ではなく規制にある (\* 規制は、一定限度の利益の実現であるという点は重要だが)。もっとも、今日では、裁判官の常識離れ (許されざる良心)<sup>53)</sup>によって、社会的に妥当とは言い難い内容の判決が下されることがしばしばある。こうした場合、裁定は、関係を復原するどころか、財の不均衡化を強制することで当事者の一方を権力的に拘束し、緊張を増幅させる結果を招く。しかしながらこの場合、社会成員は不均衡で恣意的な法的判断の拘束力の容体にとどまるのではない。法廷における傍聴人の叫びや<sup>54)</sup>、市民的組織やマスコミ等による世論の潮流を背景的根拠とした判決非難が、上級審や以後の判決に影響を与えることもあり得るのであり内面規範 (非法) に基づいた社会成員の集合的抵抗や運動が、法の内容的矛盾や機能亢進を中和し、法に大きな影響を与えてゆく可能性は常に残されている。とはいえアノミックな現代社会においては日常性そのものが病み世論・常識が集合意識の道徳的性格から乖離し誤ることが多分にあるわけで法は共同体的価値へのコミットを失った民意や世論に従属してはならない。

確かに、六本佳平と同様ハバーマスも、現代社会における不合意のリスクの高度化に伴い、法が機能を拡張し、社会領域に対する媒介項として人為的な行動調整を拡大させてゆく可能性が大きくなることを法化 (法制化) の問題として指摘している。しかし、彼は、法の妥当性や正当性を担保するために集合意識を持ちだすのではなく、コミュニケーションという討議の過程を核とする「民主主義的立法手続きによる政治的意思決定」を保障することを主張する<sup>55)</sup>。彼は、法を、自律的な公民による民主的立法過

程を経過して定立された社会的合意、意志に担保された自己立法であると考えている。討議の場としての民主的立法手続きを経て定立された実定法の下での行動調整は、究極的には言語による社会統合のあり方の一つであると理解される。個人の尊厳 (憲法13条)、治者と被治者の自同性を核とする民主主義や国民主権という憲法理念とハバーマスの見解とは実に適合的であるが、個人主義哲学を根拠に個人の尊厳・権利をかたくなに守り抜こうとする憲法の理念 (現代的憲法解釈) に問題がないとはいえないし、彼の理論のなかでは多分に誤りやすい合意やマスコミの影響を受けたり国民的利害にとらわれやすい広範な民意の内容を一定のものに拘束する外在的な「集合意識」活性化のための諸条件が明確に提示されていない。現代社会においては超越的権威をもって利益を規制するはずの法が、逆に規制客体であるはずの利益によって規定されるというパラドクシカルな事態が生じている。この現象については既存の概念が存在しないためここでこれを「聖なる法の世俗化」と命名したい。既に近代社会において、規範的色彩を欠いたアノミックな内容の世論は共同体的価値に基づいた法規範 (公序良俗、レジオンなど近代法の規制的規定) を、自分たちの生活の自由・契約の自由を束縛し、経済発展を阻害するものとして「疎んじ」、脱規範的な法解釈によって同法の理念・目的を歪曲し、更には同法の文言・記述そのものを改廃し、法と集合意識とを分離してきた。法を運用する法学者や実務家の活動もアノミーやエゴイズムという時代の潮流と決して無縁ではなく、これに包まれ組み込まれてきたのである。こうした脱規範的な法運用 (法解釈・適用・執行) の結果、本来規範的存在であった近代法も資本主義の発展と関連

づけられた自由主義的な法として広く理解され、断罪されるに至っている<sup>57)</sup>。デュルケムは「法はそれ自体で神聖な事物なのではない。法は目的のための手段である。法が価値をもつのは、それがその機能を正しく果たすとき、つまり社会の生活を確保するときだけなのである」と述べ、法が道徳的性格を担っている限りにおいて神聖な事物であるとしている<sup>58)</sup>。法は個別的利益からの自立性を保持している限り（法の外在性・個人超越性）において聖なる存在であり、聖なる法には人間がみだりに接近してはならないという、禁忌（タブー）が存在した。ゆえに、今日、集合意識に基づいた法規範にタブーに相当する「メタ規範」（規範の規範）を設置し、集合意識を反映する古来の法規範の運用（解釈・適用・執行）、改廃を厳格に制限し、「法の規範的な純度」を保つべきであろう。しかしながら、既に個別利益からの自立性を失い、集合意識と乖離し、世俗化された法規範も多数存在している。あらゆる法に規範性を回復させるべく、集合意識に基づいて法を改廃してゆかなければならない。規範的討議の場としての民主的立法過程に期待し、市民参加とメディアの恣意性の統御、中立的な政党による媒介の重要性を説くのでは不十分であり、こうした過程の帰結である合意内容、討議の結果に規範的性格を付与する人間一般の道徳を理念の高みから現実の舞台におろし活性化させることが重要である。具体的には、物質的豊かさを一定程度放棄することで人々の日常生活における相互依存関係を濃密にしたり、人々の心的エネルギーを解放すると同時に人々に対して重大な一撃として義務を浸透させる荘厳な、あるいは熱狂的な儀式の役割を評価することが重要であろう。あるいは、幼少期からの「道徳教育」が重要で

あろう。ハバーマスの「自己組織化された法や国家を生活世界の地平にとりもどす」という主張も、現状否定の価値判断のもとに討議や合意によって法システムの矛盾を修正し不断に創造されるあるべき社会の姿を想定するわけであるから、集合意識（一つの理想・一定の価値判断）に基づいてなされた一つの規範科学（法の矛盾を非法が中和する過程）なのではなかろうか。今日、理念の高みにとどまった集合意識を現実の民意に反映させ、民意に統一された規範的性格を回復させるための方策を考案しなければならない。残念ながら、棚上げされた聖なるもの＝集合意識の現実化は、俗なる社会問題や環境問題が相当に深刻化してから事後的に行われることなのかもしれないが。

ともあれ、和解も判決も複雑で公正な手続きに則っていることだけでは不十分であり、共同体的価値にその内容が拘束されてはじめて、紛争を鎮めることができる。契約内容、判決内容が均衡の枠組みに収まることが重要である。そしてそもそも、共同体的価値・内容的均衡があつてこそ当事者双方は合意・同意に至るのである。

「契約が十分な合意に達するのは、交換された用役が社会的に等価である場合だけである。」  
（Durkheim, 『分業論』 p.377., 邦訳369ページ）

そして、均衡を最もよく表しているものが法規範である。合意が即時的あるいは短期的に作られるのに対して、法は極めて長い年月をかけて集合意識が結晶化したものである。法は、気の遠くなるほどの試行錯誤・失敗を経て規範的に修正されており、当事者が合意時点（契約成立時点）では到底予見し得ない将来・未来にお

ける彼らの公正・均衡や、全体社会の秩序維持に関する視座を多く取り込んでおり、あらゆる個別的利益からの自立性が高い。法は人類が多くの人々の命の犠牲 (損害) を伴う過去幾多の失敗・試練から学んだ教訓であり、祖先から代々受け継がれてきた知恵の集積であり、当事者が即時的に算出する均衡をはるかに超えて正常な関係や社会秩序を提示する。

先に指摘したように、昨今、利害や価値が複雑化、多様化すれば、何が逸脱なのかについて成員のあいだで見解が一致せず、法規範による一方的な解決には無理が生ずるという理解が優勢である。価値の多元化した状況下では、発話者が互いに自己の異なる個別的属性に固執している。たとえば、一方は女性という属性に固執して自己主張を展開し、他方は男性という属性に固執して自己主張を展開する。双方は二種の異なった属性 (敵) として対峙しているのである。個別的属性に執着・固執するあまり、互いに同じ人間であるという普遍的属性に対する注目が後退し、共通の共同体の価値をもちだすことに考えが及ばない。価値の多元化は、世俗的現象に他ならない。だが、価値の多元的分化という事態も過渡的なものであり、例えばいわゆる被害者なき犯罪について今日一定数の人々が悪いことではないと定義し信じていたとしても、被害者なき犯罪がますます増加すれば、それが社会秩序に及ぼす悪影響が目に見えて分かる日がいずれ来るであろう。行為の結果や是非は長期的な時間的視野に立たなければわからない。そして、そもそも一定の共同体的な価値へのコミットメントがなければ、不合意のリスク = 紛争未解決のリスクは高いままなのである。道徳に適合しない内容の合意によって豊かな人間関係を持続的に支えることは困難であ

る。些細な問題に関する会話においてならばともかく、多くの契約のように自己の重大な利害に関わる交渉であればなおさら、共同体の価値へのコミットメントを欠いたまま対話・討議を続行し、合意を見いだすことは困難である。共同体の価値へのコミットなき合意は妥協や最小限の合意 (minimam consensus) として当事者から一時的に承認され一定期間関係を修復しても、中長期的な時間的視野で見れば合意の内容的な道徳的矛盾 (不均衡) が露呈し、不合意の部分の明確化をめぐる紛争を再燃させたり構造的矛盾を拡大させる結果につながりかねない。そこに、道徳や法といった諸規範が、重層的に機能する必要性が再び生ずることになる。予防接種で健康被害を被った被害者が、加害者との交渉・討議を断念して訴訟に踏み切った背景について、吉原賢二は次のように記述している。

「1970年に被害者の親たちが血を吐く思いで厚生省へ訴えを持っていったのに、二年半も経てばもうそのことは忘れられ、中だるみだという。(中略) 親たちにとって、訴訟は好きこのんでやることではない。意気地がないように思われ、決断力がないように思われようと、訴訟は避けなければならぬ。私たちはしかし交渉路線のゆき詰まりはどうにもならないところまで来ていると感じた。」<sup>58)</sup>

以上において、本稿では裁判を共通の聖なる価値的基盤の浸透を欠いた二者関係における対話・討議の過程として理解するのではなく、二者関係における相互一方通行的なやりとりを発端にして結果的に再び必要とされた社会を交えた三者関係として理解してきた。それは、現代社会において世俗化しつつも相当程度残された

聖なるものをめぐる儀礼的不均衡再確立の過程である。すなわち、裁判とは「聖・俗」という対極に位置する二つのカテゴリーが相互に鋭く対立し葛藤しあうダイナミックな過程であり、俗なるものとの交流によって刺激され活性化された集合意識が目的意識性をもって現実味を帯び、この共同体的価値が和解や裁定において大きな規制的作用を果たし、結果的に儀礼的均衡（ritual equilibrium）を確立し利害葛藤や価値闘争を終結させる過程である。

### （3）実体の回復は人格の尊厳の回復、の現代的一例

以上のような法理解、裁判理解の理論的対立を応用し、ここでは裁判過程における損害賠償の儀礼的意味について具体例を交えて検討する。拙稿では「契約における儀礼」を論じたが、ここでは「裁判における儀礼」の問題を論ずるのである。民事事件の民事裁判のみならず、刑事事件や少年事件の損害賠償に関わる民事裁判を傍聴し観察すると、次のような傾向がある<sup>59)</sup>。例外はあるが、民事裁判の口頭弁論には、代理人である弁護士が出席し、原告・被告は来ないことが多いため、法廷における対話・討議は形骸化している。また、時に弁護士は依頼人の代理人という役割に徹し依頼人の利害を優先させて、それを貫徹させようとするために、弁護士同士の対話が相互に一方通行になることがある。また、弁護士は相手方弁護士の顔を見て話すというよりも、裁判官の方向に顔を向けて自己主張を展開していることが多い。

だが他方で、損害賠償債権者が重大な刑事事件の犯罪被害者である場合、被害者は民事訴訟を提起し、民事紛争処理過程に積極的・直接的に関わり、和解交渉に望んだり民事裁判を傍聴

しようとする傾向が強い<sup>60)</sup>。阿部謹也が指摘するように本来、刑事裁判は公の秩序の毀損に対する償いの場面であり、阻害された関係の復原は民事裁判で行われるべき事柄である。刑事裁判は仇討ちをしたり個人の恨みを晴らす場ではない。ゆえに刑事裁判には被害者の心情や恨みを聞くような（発話の）手続きはない（証人としてよばれた場合を除く）<sup>61)</sup>。刑事裁判の起訴・訴追は、公序・公益の立場からの「公訴」であり、被害者の立場から独立した国家機関官吏、検察官によって独占的になされる（起訴独占主義・国家訴追主義<sup>62)</sup>）。他方、家裁における少年審判は非行事実と少年の性格や家庭環境を社会調査し、加害少年の将来（健全育成・保護更生）を考慮して保護処分が必要か否かを審判する場所であり、刑事責任を明らかにしたり阻害された関係を修復する場所ではない。こうした考え方から、一方では、少年審判では検察官と弁護士との激しい攻防（対審）は避けられ、少年と裁判官とで少年の将来についてのカウンセリングに近い雰囲気での話し合いが行われるとされており、他方では、少年犯罪の被害者は審判廷（審判過程全般）から締め出され、加害少年の名前すら知ることが出来ないことになる。犯罪被害者は自らの被害感情を表明しつつ、加害者からの贖罪の表明を受け取るという、心情レベルでの「儀礼的均衡化の手続き」「原状回復の手続き」を奪われており、これが犯罪被害者の不満となり、権利獲得を目指す昨今の運動につながっているであろう<sup>63)</sup>。確かに、加害者に刑罰が科せられることが被害感情を和らげるための条件である。しかし、被害者はこれら司法過程の外に置かれるために、刑事裁判や少年審判に被害感情を和らげるための十分多くのもの（関係復原のための十分条件）

を望めない。ゆえに、犯罪被害者は民事訴訟を提起し、当該民事裁判を熱心に傍聴し、紛争処理過程に直接的に参加しようとしているのであろう。このとき、阻害された関係の修復にとって、金銭による賠償がなされることが前提である。しかし、賠償が経済的・法則的均衡レベルでの財の移転にすぎないのであれば被害者は民事紛争処理過程に積極的に参加する必要はない。彼らは、賠償される金銭が自発的なもので、金銭に謝罪の意が加えられるかどうか、換言すれば賠償が「儀礼的賠償」であるのかどうかという、財物に宿る「象徴的意味」を確かめたいのである。彼らは、加害者(の代理人)が申し訳ないという表情や態度で進んで損害賠償債権者となると表明することを待ち望んでいる。被害者は、金銭賠償だけでは、それが自発的なものなのかどうか、物に宿るシンボリックな意味(他者性の象徴)の十分な確証を得ることは出来ない。そこで、民事裁判過程において、ゴッフマンがいう「修正的過程」における侵害者の「つくりい」(face work)の「申し出」(offering)がなされるかどうか確認したいのである。被害者は「加害者からの誠意を待ち望んでいる」と表現することが多いが、民事的賠償以前に侵害に対する反応としての「つくりいの申し出の表明」を確かめたいのである。ゴッフマンがいうように我々は、言語だけではなく声のトーンや表情など身体によるあらゆる表出的な情報を管理、駆使し、印象操作をし情報を伝達している<sup>64</sup>。被害者は自らの視覚・五感を使って相手方の反応をモニターできる「対面的相互行為領域」に入り、加害者による修正的フェイスワークを確認するために法廷で真剣に傍聴しているのである。こうしたことから、金銭的財物の移転行為に、事後的にはあるが加害者の自発

的な謝罪の意、贖罪的儀礼的意味としての「他者への敬意」が込められることが阻害された関係の復原にとってより重要であるといえよう。

こうして今日、少年事件の民事裁判において、当事者の対面的相互作用への積極的な参加を通じて、賠償に当てられる事物本来の価値以外に、それに加えられるべき人格=社会に対する尊敬の念(その回復)がいっそうはっきりと求められていることが観察される。復原法によって提示される民事法的損害賠償といえども相互行為儀礼のカタログであり、相互作用レベルのつくりいと同じく、事後的にはあるが個人相互を一つの社会ととり結ぶ贖罪的儀礼の手続きなのである<sup>65</sup>。なお、加害者を隔離するのではなく、加害者と被害者との相互作用を促し、当事者間の阻害された関係を元の正常な状態に近づける試みは「修復的司法」(restorative justice)とよばれアメリカ、イギリスなど各国で徐々に普及しつつある。更にいえば本来、契約における民事債権としての実体物の請求であっても、それがシンボリックな社会的意味=他者性の記号と切り離された財物(の移転や請求)であると考えべきではない。他者に差し出される財物は、労働への報酬、サービスに対する対価である場合ですら、労働やサービスを与えてくれた他者への感謝であり、人格に対する敬意という独特の儀礼的意味を有している。交換される物は、自己と他者の人格という意味の「乗り物」であり、人格という意味が宿った象徴・シンボルである<sup>66</sup>。人は物を与える場合、自分自身を与えるのであり、与えられる自分は、他者の期待に応えるような自分(他者の人格を尊重するような自分)なのである。今日でも、しばしば売買の当事者は、互いがストレンジャーであっても、交換と同時に「ありがとう」とい

う言葉をかけ合うことがある。こうした言葉は事務的な口調で述べられ、字義通りの感謝ではないのかもしれないが、幾分かの感謝の意味を持っている。したがって、幾分かの感謝の意味を持った言葉（ありがとう）を伴う交換（に供される物）に、人格に対する儀礼（供儀、礼拝、贖罪）の意味あいがないとはいえないであろう。現代的契約を非人間的な市場交換の一環と位置づけ、それ以上探求しないのではなく、現代的契約を人間的関与を伴った儀礼的視点で理解しようとするのが重要なのではなからうか。契約の社会学（経済社会学）の分野においては以下の試みが重要である。第一に、デュルケムのいう契約の非契約的要素の概念、復原法概念を取りあげること。第二に、ゴッフマンの相互行為儀礼論を契約という現象に応用し、挨拶だけでなく、財物の移転が、他者に向けられた儀礼であるからこそ、当事者の正常な関係が持続可能となると理解すること。第三に、契約に社会のあらゆる要素が関連すると捉えるM. モースの視点を取り入れ、第四に、互酬的交換が敵対を友愛に、不安を信頼に変えると主張し、女の交換を研究したC. レヴィ・ストロースの視点を検討することである<sup>67)</sup>。

デュルケムがいうように今日、事物・実体はそれ自体聖なる性格をもってはいない。しかし今日、事物・実体は、人格に由来し人格から伝播・伝染した聖性をもっている。したがって、事物の程度・性質を落としたり、それ自体の内在的価値を落としたり、報酬や対価を支払わなかったりすることは、事物の、人格に由来する聖性を汚すばかりか、ひいては人格そのものを傷つける結果となる。よって、我が国の薬害エイズ事件の場合に見られるように、和解交渉（示談）において加害者から提示された賠償額

が不十分な場合は、加害者が「誠意」をもって関係の復原を望んでいるとはみなされない。加害者（法人の代表）による謝罪をはじめとした修正的儀礼も企業イメージの挽回という功利的観点から偽装されたものであり、心からのものとは受け取られず、関係は十分に癒されない。財物の額や性質には、人間の心のあり方、他者に対する敬意の有無が反映されているのである。エイズ事件の加害者が、医薬品の品質を私的利益のために落とし（汚し）、欠陥商品を送りだした背景、十分な内容の補償の和解案を示さなかった背景に、直接の知り合い（産官学における知人<sup>68)</sup>）のみの利益を優先し、未知の他者を同じ人格として尊重しない態度があった。M. モースが述べたように、「人は、物を与える場合、自分自身を与える」のである。ゆえに、未開社会の交換・契約において相応の価値の事物の対抗贈与（反対給付）を怠った人間が「汚れた面子」（*Quelsem*）をもつと評されるに至ったのは当然である。

#### （4）事後的な規制の意義と限界

人格の尊厳が修復され、阻害された関係が元の正常な状態へ復原されるためには、最良の手段であるとはいえないが、裁定を通じて相応の価値の金銭賠償がなされることが最低限の前提であるといえる。だが、金銭賠償の法的強制による財物の原状回復によって、毀損された人格の尊厳がつくろわれ、阻害された諸関係が元の正常な状態に十分に復原されるのかどうか疑問も残ろう<sup>69)</sup>。そもそも、復原は事後的なものであり、侵害される利益が人命や健康であった場合、民事賠償において加害者側による原状回復的な反対給付は不可能であるし、被害者の心情としては人命、健康という損害は金銭に換算し

えないというのが本音であろう。「対価的・等価的反対給付の不成立」という事態である。また、加害者に賠償能力が欠けている場合が多く、我が国では犯罪被害者等給付金支給法による遺族給付金の拡充が叫ばれているが、そもそも第三者が支出するこの福祉的給付(物)には加害者からの贖罪的儀礼的意味などない<sup>70)</sup>。

確かに各種復原的アプローチには欠陥や限界がある。しかし、少なくとも復原法による賠償制度がなければ自力救済や復讐をうみだし阻害された関係は癒されることなく破壊される一方であろう。分裂した二つの敵同士の激しい闘争の様相を呈する裁判といえども、復原法に基づいた賠償請求としてなされる限り一つの法に対する請求であり、それは当事者による「一つの共同性の主張であり、同じ人格としての尊厳の回復の請求」のあらわれであると考えられる。金銭による損害賠償(反対給付)といえども相手の人格に対する敬意の事後的な表明のあかしなのであり、それはデュルケムが指摘したように多少なりとも地位引き下げを回避し元の関係を維持するために必要な手続きであり、現代における贖罪的儀礼である。そして損害賠償をすることが裁判官の心証に影響を与え、刑事裁判における情状酌量の一要件とされるのであり、このとき社会的地位引き下げは回避されなくとも軽減されている。その理由は、損害賠償をなすことによって加害者(損害賠償債務者)が相手方への人格への尊敬の念、人類社会への尊敬の念をとりもどしたこと(賠償が「つくろい」という象徴的意味を持っており単なる財の移転ではないこと)が裁判官によって認知されたからである。だが、債務不履行などの場合、債務者が「賠償すればいいのだろう」という消極的態度に終始することもある。こうしたことから

確かに人格崇拜の空洞化が復原法を刺激し活動させるのであるが、復原法が十分に狙った効果を発揮するためには賠償制度に関わる当事者間の人格崇拜の再実践(集合意識の再活性化)が欠かせないことになる。

以上で検討したように、民事と刑事、「財物の移転」と「公の秩序(に由来する人格の尊厳)の回復」は切り離せない関係にある。インヴァリシティが指摘するように、「民法が全く個人に対する侵害の問題を扱っていると考えることは誤りであり、民事訴訟も集合的な利益と関係している」のである<sup>71)</sup>。抑止法、復原法という分類は相対的なものなのである。デュルケムは契約における物の移転に非契約的=儀礼的=象徴的要素を見いだしたばかりではなく、復原法が強制する損害賠償としての財物の移転にも贖罪的儀礼的=象徴的色彩を見いだしたのである。そして、非契約的要素である社会こそが契約内容を決定してきたのであるから、裁定内容(賠償内容)を決定するのモまた社会であると考えられよう。契約の非契約的要素に模して賠償の社会的要素といえようか。実際に、裁定を通じた損害賠償の強制が地位引き下げを回避し、阻害された関係の元の正常な状態への十分な(積極的な)復原につながるとは必ずしもいえない。だが、デュルケムが主張するように、近代法による賠償の強制には、幾分か人格の冒涜を償い、地位引き下げを緩和し、結果的に正常な関係を再構築する作用が認められる。

## おわりに

ゴッフマンは利他的な関心から導かれる儀礼のみならず、利己的な関心から導かれる戦略的な儀礼に注目している。例えば、契約など自己

利害に直接的に関わる状況における自己提示によって真の目的（利潤追求）が注意深く包み隠され、自己利益があまりにもあからさまに追求されないというだけのことなのかもしれない。戦略的に動員された表出的手続きは、パフォーマンスの隠された真意（自己利益）のために一方的に動員された儀礼、デュルクームが批判的に理解した「呪術」(magie)<sup>72)</sup>であるともいえよう。桐田克利がいうように「現代の世俗化社会では、相互作用儀礼の手段の利用が一般的風潮」なのかもしれない<sup>73)</sup>。だが、通常、参加者は、表出的手続きが真の目的のために戦略的に動員されていることをはじめからお見通しである。ゆえに、いつまでも儀礼の戦略的動員を続けることは出来ない。戦略的動員が可能なタイミングや時間は、相互行為秩序の維持という儀礼の本来的目的の下で制限されている。市場交換・経済交換と定義され社会的にそれ以上分析されていない今日の契約において、当事者は呪術的に儀礼を動員し、印象操作しながら戦略的に自己利益を確保しようが、やはり儀礼が利己的活動に一定の枠組みを与えているのである。契約のような重大な自己利害に関わる「容易ならざる状況下で自制心を保つことができるかどうかは重要なことであり、それが保たれるためには、冷静沈着で賢固な道徳心が必要となる」<sup>74)</sup>ことは確かだが、通常「問題を解決し、仕事を遂行すること、などのような通常の目標は、一般的には、面子の維持と一致するようなやり方で、追求される」<sup>75)</sup>。「その場合、その個人が被る一つの主要な問題は、適切な欲求充足が出来なくなること、言い換えれば、彼が充足させたかったような欲求を満足させることについては、そのルールによって、あえてそれを放棄せざるをえなくなる」<sup>76)</sup>のである。すなわち、

「慣習からして世間の道徳律に対する彼の忠誠が、彼の自由な行為の昇華に対する抑圧としてはたらく」<sup>77)</sup>のであり、「すべての社会は、それが社会であるためには、すべての成員を、社会的出会いにおける自己規制的な参加者として動員する」<sup>78)</sup>。

確かに、今日、人格に対する侵害の多くが体刑ではなく穏和化された懲役、禁固、罰金や損害賠償によってすまされる。その原因は、人格に集合意識の全てが宿っていないからであり、諸個人が物神と自分自身を崇拜し人格の聖性が世俗化しているからである。抑止法と復原法の交替・刑罰の穏和化は、残念ながら聖なるものの世俗化による聖俗の格差の縮減を証明するデータである。だが、近代法典の中において人類社会の普遍性を背景とした人格の聖性は相当頑固に残されている。今日、我々は相対的意味で最も厳しく人格の侵害に関心を向ける。近代法・復原法の目的は、社会生活の隅々にまで犯罪定義を設定し異質性を徹底的に排除することではなく、一定限度の自由（ささやかな契約の自由）を創出し諸個人の創意工夫を認めたいので、人格の尊厳という最低限の同質性を確保することにある。通常、他者の人格・面子の侵害は自発的なフェイスワークによって修正されるが、事と次第によっては法的損害賠償が必要である。侵害した面子を適切に修正せず変人と定義され、古い関係を断ち切って新たな関係を求めることは可能だが、法の命令を無視し損害賠償をせず、古い関係の障害を放置したまま新たな関係を求めることは許されない。

だが、復原法が期待し信頼した人間一般は一般化すると共に超越的権威を失い、我々の感性や情念に働きかけず、一層冷淡、反省的、打算的になっており、合理性の力を借りるものの行

為に必要十分な恒常的影響力を与え得ない<sup>79)</sup>。ゴッフマンのいうエチケットや役割は確かに外在的拘束ではあるが、それらは単独では道徳的規制として頼りなく、契約における利害の規制を十分に期待できない。マナーや役割が十分な規制となり得ず人格崇拜が空洞化し、愛や信頼が失われたとき、諸個人(契約当事者)は過度な利害の獲得に走り、結果的に相手方に実体的な侵害、人格の重大な侵害が生ずる。こうして大きく阻害された関係を復原するために「つくろい」だけでは不十分でありつくろいに加え法的損害賠償が必要とされる。だが、「つくろい」と賠償は程度の差こそあれ、他者の人格に対する敬意を回復させるために必要な手続きである。賠償は、単なる経済的な金銭の移転ではなく、面子の回復のための一手段である。ゴッフマンが指摘するように、実体の回復である賠償は、面子の回復である「つくろい」である。賠償は、相手方の人格の背後にある人類社会の冒険に対する贖いであるがゆえに、関係の復原に結びつくのである。こうして復原法は、役割やマナーが必要な行為規制となり得ず、人格崇拜が空洞化し儀礼的均衡が破れた場合、阻害された関係を修復する。復原法は損害賠償のみならず刑事罰とも相携えて(近代以降、刑法が動員される頻度は民法より低くなったが)事後的に、互いが相手方の人格に礼拝する正常な関係を再構築する。だが、人格崇拜が空洞化し、様々な形態の逸脱を生みだしやすい構造的条件がある現代社会において、復原的法によって加害者に賠償を課し、それを被害者に移転し関係を修復することは、二当事者相互を壊れない程度に結びつけるにとどまり、二当事者間の関係に限定されない社会的連帯(道徳)を積極的に強化することにつながらない(社会病理を放置する)。

これが刑事の民事化、復原法の一般化が抱えるパラドックス・困難である。一切の法的規制の緩和は規範間関係論の視点に立って、多元的な外在的拘束である非法の組織化を条件に行われなければ、規範的真空状態を創出し社会問題を深刻化させる。社会問題の深刻化が続けば、相当深刻な事態(労働問題、健康被害や犯罪被害)が生じた後に事後的にはあるが、被害者や道徳企業家の活動に牽引された運動や世論が一定の強度と規模に拡大し、法の抑止化(犯罪化)、社会化や福祉化を促す。こうして法は実力を伴った各種規制によって人格の聖性に対する侵害を禁止する。犯罪者の社会復帰を可能とする復原法も、道徳的人格崇拜の空洞化に伴う犯罪の増加に刺激され、ラベリング・抑止化を迫られるであろう。

だが、ここで再確認しなければならないのは、現代の法化現象は、未開・古代社会からの「抑止法の後退」という一連の大きな歴史的流れの上での出来事であるということである。未開社会の抑止法との遠近法から導かれるこのデュルケムの視点は、今日の法社会学における法化論から抜け落ちている。確かに、少年法を含めた多くの分野で法化が進行しているが、一方、現代社会では未開社会における各種の宗教的禁止や禁忌に伴う激情的反作用が後退しており、また他方で昨今、刑法学者による死刑廃止論が主張されており、法化と相反する抑止法の後退＝復原法の発達も進行する状況にある。現代的法化は、「非法化社会における法化」というべきである。

ただ、人格崇拜が空洞化した現代的状況下で法が武装化したとしても、死刑廃止論者がいうように、どの程度法が抑止的にはたらくのかについて経験的に疑問もあり(カルボニエは、祖

父母の叱責と慣習の力は、反逆息子を常時より確実に従順にするが、法や責任は一瞬だけ彼を従順にするにすぎないと述べている<sup>80)</sup>、他方で、冤罪が生みだされる可能性も捨てきれない等々の反対意見が強い以上、復原法の抑止化にはやはり様々な障害が伴う。だが、アノミックな状況での法的規制緩和は、社会的矛盾を増大させるために好ましくはなく、法の抑止化は、社会内に最大限の規範的圧力を保持するために不可欠な立法措置であると考えられる。

こうして先を憂う立法者の判断によって法の抑止化が進行するが、自我と物神を崇拜する人間の聖性は世俗化しており、人格の侵害に対しては、強度、規模、持続性において小さな集合的反作用（公憤・法運動）しか生じない。凶悪事件の裁判を傍聴しに来た市民の傍聴動機はそれを物語っている。傍聴人の属性は被害者の関係人、マスコミ関係者、一般市民であるが、一般市民の傍聴動機は、あの激しい公憤ではなく興味・関心程度のものである。世俗の神の信仰が一般化し、人格の侵害に人類社会に対する冒瀆を見、分有された集合意識の侵害を公憤として表し、怒りを禁じ得ず万難を排して傍聴席に集合する一般市民はごく僅かである<sup>81)</sup>。他方で、組織の構成員である個人は自らの保身のためにビジネスコードに従順である。一般市民が自己利害に関わらない問題に自らの行動を突き動かすほどの激しい公憤を覚えられない可能性がある状況下では法化を裏付ける集合的潮流が空疎化していることになるわけであるから法の抑止化は立法者の先見的判断によってなされるかあるいは事件が多発し相当の被害が出て、被害者団体の主張を通じて事後的に進む可能性を残すのみである<sup>82)</sup>。他方で、行政が不適切・不必要な規則・規制を爆発的に創出する法化は容易

に、しかも過度に進行する<sup>83)</sup>。だが、個人の人格の尊厳を尊重するために真に必要な規範的分野における適度な法化は容易には進まない。ともあれ、アノミーとエゴイズムが蔓延する現代社会においては、諸規範全体の「総合的・全体的」な規制力の縮小・弱体化が最大の問題である。

## 註

- 1) R.K. マートン『社会理論と社会構造』森東吾、森好夫、金沢実、中島竜太郎訳、みすず書房 1961年 16-75ページ マートンは、機能という用語の意味を分類し、社会学的な意味を限定している。本稿で用いる機能とは、デュルケム流の「高等生物有機体の統合・維持にとって役立つという観点からみた生命的貢献」のことである。デュルケムは、法を有機的連帯の神経系統と位置づけており、法も生物有機体の一器官であると考えている。デュルケムが犯罪の社会的機能、有機的連帯における諸個人の全体的労働を通じた機能というときの機能とは、社会的統合に対する何らかの有用な働きのことである。またマートンによれば、貢献の過程は、貢献を行う諸個人の動機ではなく、貢献の客観的諸結果によって定義される。後者に基づく機能とは、意図せざる結果である「潜在的機能」の概念を導く。
- 2) É. Durkheim, *Leçons de Sociologie*, B.P.C., *Physique des mœurs et du droit*, P.U.F., 1950, p.227, 『社会学講義』宮島喬、川喜多喬共訳 みすず書房 1974年 246ページ。(以下 Durkheim 『講義』と省略)
- 3) É. Durkheim, 「個人主義と知識人」『デュルケム宗教社会学論集』小関藤一郎編・訳 行路社 1983年 43ページ
- 4) Erving Goffman, *Encounters, Two studies in the Sociology of interaction*. I.B.M., 『出会い 相互行為の社会学』佐藤毅・折橋徹彦訳 誠信書房 1985年 98ページ
- 5) マートンは役割の組み合わせのことを「役割群」(role set)として論じている。ある一つの役割は、

- それと組み合わされる複数の役割と同時に存在しており、そこに役割相互の関係 (relationship) の問題が浮上する。
- 6) 法社会学において既にいわれていることは、法は画定的であるが、法解釈にも一定の幅があり、その範囲では法は柔軟さ (可塑性) をもっているということである。そして法の柔軟さが、具体的妥当性を可能とするといえる。
- 7) Erving Goffman, *Interaction Ritual, Essays on Face to Face Behavior*, Pantheon Books, New York, 1967 p.47., 『儀礼としての相互行為 対面行動の社会学』広瀬英彦, 安江孝司訳 法政大学出版会 1986年 邦訳42ページ (以下 Goffman, *I.R.*, と略記)
- 8) Goffman, *I.R.*, pp.9-10., 邦訳7ページ
- 9) 安川一編 『ゴッフマン世界の再構成』世界思想社 1991年 157-183ページ 及び Goffman, *I.R.*, p.77., 邦訳73ページ
- 10) Goffman, *I.R.*, p.44., 邦訳40ページ
- 11) Goffman, *I.R.*, pp.42-43., 邦訳38ページ
- 12) ゴッフマンは、法という「制度」も儀礼的ルールと実体的ルールを同時にもっているとしている。民事法は、所有や契約内容に関する規定をもつと同時に、信義則という規則を前提としていると解釈されており、信義則は契約当事者が、挨拶、言葉遣いを含めて信義に沿って誠実に振る舞うことを要請している。民事法の信義則は儀礼的ルールに相当するといえる。
- 13) Goffman, *I.R.*, pp.53-54., 邦訳48-49ページ
- 14) Goffman, *I.R.*, pp.53-54., 邦訳48-49ページ
- 15) Theo Colborn, Dianne Dumanoski, John Peterson Myers, *OUR STOLEN FUTURE*, 『奪われし未来』長尾力訳 未来社 1997年 なお、環境ホルモン問題の理解を通じて科学技術のあり方について以下の雑誌に私見をまとめた。巻口勇一郎「環境ホルモンと行動」『Forum』vol.XV 音羽書房鶴見書店 1999年 41-47ページ
- 16) 新生児の7%は既に何らかのアレルギー疾患をかかえており、最終的には3人に1人にアレルギー疾患が発症するといわれているが、これを胎児期における人工化学物質の暴露等と関係させる見解がある。また、人工化学物質の一カテゴリーで

ある環境ホルモンは胎児の生殖器や脳の形成に障害を与え、行動異常を引き起こす危険性があると示唆されている。生まれながらに現代特有の病に苦しんでいる彼らの人格は尊重されているといえるのか。物の安全性という面では、現代社会は自主規制なきに等しいカオス状態であるといっても過言ではない。環境ホルモンは、それが人間の五感を使っても見分けられない隠れた欠陥として存在しているために厄介である。こうした状況下では規制緩和をしてはならず、環境ホルモンに関する食品の安全性を評価・監視する独立性の高い公的機関を設置し、食品衛生法を改正し規制を強め罰則をもって緊急に legalization を進めねばならない。

- 17) Claude Lévi-Strauss, *Les Structures Élémentaires De La Parenté*, 1949, 2<sup>e</sup>éd., Paris, Mouton, 1967, p.133., 『親族の基本構造』(上)馬淵東一・田島節夫監訳 番町書房, 1977年 227ページ  
なお、この点につき奈良女子大学の 大野道邦教授に御指導頂いた。記して感謝の意としたい。なお、社会法的規制法の介入が増す法化社会において、対面的契約交渉において、当事者の利害に関わる肝心の契約内容の決定に最も影響を及ぼす主導権を獲得しているのは法規範である。マナーやエチケット、状況的役割に、利害配分の関わる契約内容決定に対する規制力は期待はできない。挨拶などのマナーが守られても、契約道徳が機能せず、肝心の契約内容が不公正となる事態が、労働問題、消費者問題等、深刻な社会問題を引き起こしている。最低賃金法、利息制限法などにおいて最低賃金や上限金利は明確に数値化されているように、社会法の規範内容は解釈の余地を残さない具体的な記述による明確規範であり、契約当事者もこの規定を無視して契約を結ぶことはできず、法の規定を否応なしに意識する傾向にあり、契約交渉における自由・裁量は奪われる傾向にある (= 合意の死)。
- 18) ゴッフマンのいう儀礼的ルールは、デュルケムという人格そのものの侵害を禁止する復原法に該当する。だが、復原法は、詐欺や強迫など人格に対するより大きな侵害の禁止を含む。
- 19) Goffman, *I.R.*, p.63., 邦訳58ページ
- 20) Goffman, *I.R.*, p.19., 邦訳14-15ページ ただ、

男女間など異なる属性の者の間ではルールが非相称に振り分けられることがあるので「儀礼的均衡は社会的に平等な者同士の間の相互作用において、特に観察される」(Goffman, *I.R.*, p.78., 邦訳74ページ) ことも考慮に入れなければならないが、民法における権利義務に関してはその帰属主体が誰であるかは原則的には問われない。

21) Goffman, *I.R.*, p.19., 邦訳15ページ

22) Goffman, *I.R.*, pp.20-21., 邦訳16ページ

23) Goffman, *I.R.*, p.95., 邦訳93ページ

24) 和解 (conciliation) は民法上の契約 (695条) であり、一応は当事者による交渉を経た合意に属するが、調停委員と裁判官による「互譲案の斡旋」による調停 (mediation) は裁定に近い位置にある。両当事者の合意により選出された仲裁人に判断を委ねる「仲裁」(arbitration) は、比喩的には私的な裁判といえよう。

25) だが、先進諸国のなかで我が国の訴訟率は相対的に低いとされている。また、都市においては法化の程度が高いという見解もある。

26) 些細な利益侵害を提訴しても、それを取り下げるように、裁判官のみならず様々な人々に説得されるであろう。

27) 賠償賠償とは目的物の瑕疵、債務不履行などによって相手方に生じた物質的損害の賠償のみならず、犯罪の被害に伴う身体的精神的苦痛によって生じた慰謝料としての損害の賠償をも含む。かつて人々は、血讐 (feud) を避けるために奪われた大きさの何倍もの価値の牛や豚をもって賠償をし、氏族間の紛争を回避していた。被害額をはるかに超える賠償額が求められたのは、牛や豚が被害者個人にあてられるばかりではなく、被害氏族への償いとして氏族全体の構成員に配分されものが求められたからである。その後、賠償とは、M.モースのいう「負の贈与交換」(目には目をもって償いに当てる) としての「同害報復」(talio) となった。近代以降、民事と刑事が分離し (私法と公法の分離)、刑事罰として剥奪された財物は国庫に帰属し、民事においては生じた大きさの損害に相応する算定額の金銭による「金銭賠償」が被害者個人に対してなされる。だが、本来、歴史を遡及すると民事も刑事も渾然一体であり、民事的損害賠償と

刑罰は不可分に重なり合っていたのである。

28) 長谷川公一「紛争と法・裁判」『社会学入門』放送大学教育振興会 1997年 48ページ

29) Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main. S.76., 『道徳意識とコミュニケーション的行為』三島憲一、中野敏男、木前利秋訳 岩波書店 1983年 108ページ

30) Jürgen Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Band2 Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1981, S.536-547, 『コミュニケーション的行為の理論』(下)丸山、厚東、森田、馬場、脇訳 未来社 1987年 371-381ページ及び同上書

31) Robert N. Bellah, Richard Madsen, William M. Sullivan, Ann Swidler, Steven M. Tipton, *HABITS OF THE HEART*, Harper & Row, Publishers, 1986, pp.128-130., 『心の習慣』島園進、中村圭志訳 みすず書房 1991年 155-159ページ

32) 田中成明 『法理学講義』有斐閣 1994年 32-48ページ、「現代日本における社会統制の法化と非法化・刑事法制への視座とその分析モデル」『犯罪社会学研究』第19号 日本犯罪社会学会編 1994年 20-37ページ なお、田中成明は、相互主体的交渉や合意の可能性を刑事司法の領域にまで広げている。

33) 論者によって法に対する主体の位置づけにも差異があるが、解釈主義法社会学者、和田仁孝は、解釈法社会学が、構造的支配のくびきを緩和し、抵抗の契機をよりいっそう拡張してゆくためには、構造を脱中心化された(ローカルな)、複合的なものと見、意味空間の支配は断裂と矛盾に満ちていると見る。そして、規律が主体をすみずみまで構成し尽くしているわけではないと考える。例えば、セルトーは、征服されたインディオたちが、征服者によって押しつけられた法を、近代的な自由意志主体の理性的で、あからさまで、意識的で華やか抵抗運動(労働運動)のように拒否することによってではなく、植民支配を逃れることのないまま、征服者のもくろみとは別の信条のためにあやつり、日常的に密やかな細工を加えて利用していたという事例を念頭に、法的支配は拒絶されぬままに、法の本来的目的以外の、それぞれ個々人の

目的にしたがって加工され利用されているとしている。ゆえに、和田によれば、主体が実践の中で非意識的に、押しつけられた規範体系を横領し、戦術的に「密猟」(poach)し、支配をすり抜けて抵抗してゆく契機は至る所に存在している。他者によって押しつけられたゲームの中で、網の目をかいくぐりつつ無数の手法をあみ出すことで、別のものでつくり、この別様のものを武器として規律権力の支配を密猟してゆく。「かくして、法はブラクティスのなかで、主体と意識を構成するとともに、そこで密猟され抵抗を受けつつゆらぎつつけていくことになる。」いや、法規範や言語は、解釈の前提として存在するのではなく、それ自体が、「解釈する」「読む」といったブラクティスそのもののなかで生成されているに他ならない。ともあれ、法や正義という普遍的な価値によって自明視・当然視された支配(ヘゲモニー)は、こうした密猟的抵抗に寄生しつつ生き延びてゆく粘性をもった支配であるといえる。日常性の中での密猟的抵抗は支配を覆すことがなくとも、僅かに創り変え、支配は別の支配になって戻ってくるのである。和田仁孝『法社会学の解体と再生 ポストモダンを超えて』弘文堂 1996年 174-202ページ

34) 佐藤岩夫「裁判・討議・公共圏」『紛争処理と合意』榎瀬孝雄編著 ミネルヴァ書房 1996年 147ページ

35) 田中成明「現代日本における社会統制の「法化」と「非＝法化」 刑事法制への視座とその分析モデル」『犯罪社会学研究』第19号 日本犯罪社会学学会編 1994年 20-21ページ

36) 田宮裕「少年審判とデュー・プロセス」『家裁月報』24巻12号 1972年 福祉国家における弱者に対する給付による資源的対等は重要であるが、互いの意識が相手の普遍的属性に向いている相互作用では、力関係の不均衡などには関係なく、相互の主體的な対話が可能であろう。例えば、家庭内において、弱い立場にある子供の意見が尊重されることがあるのは、子供が力関係で優位を勝ち取ったからではなく、互いに同じ家族の一員であるという属性に注目しているからである。力関係の差異の是正よりも、互いの普遍的属性への意識を喚起することが、均衡的な内容の合意を形成す

るためには欠かせない。強制や権力が生まれるのは、互いの力関係に落差があるからではなく、互いの中で普遍的属性が見失われているからである。犯罪者は、同じ社会の構成員ではなく、アウトサイダーとしてみられがちであるために、犯罪者と一般人との相互作用では、普遍的属性が見失われ、権力関係が働きやすい状況が生まれているのである。

- 37) 田中成明『法理学講義』有斐閣 1994年 86-99ページ
- 38) Goffman, *I.R.*, p.95. 邦訳92ページ ベラーも同じく、宗教的・伝統的な人間関係の様式が今日の社会にも残っていると理解している。Robert N. Bellah, *HABITS OF THE HEART*, P.141., 『心の習慣』島園進, 中村圭志訳 みすず書房 1991年 173ページ
- 39) 安川一「共在の解剖学 - 相互行為の経験構成」安川一編『ゴフマン世界の再構成』世界思想社 1991年 12-15ページ
- 40) 桐田克利「相互作用儀礼と共謀関係ゲーム E. ゴフマンのパースペクティブから」『ソシオロジ』27 1982年 41-61ページ
- 41) Alan J. Hunt, *The Sociological Movement in Law*, 『法社会学：法の社会学的研究』及川伸訳 法律文化社 1985年 141ページ
- 42) 佐藤慶幸は、デュルケムの間接集団論は、個人の自由と自律を維持し人間の尊厳を保障する役割を果たし得ないと評価している。なぜなら、デュルケムのいう間接集団とは、資本家と対峙し闘争するために、労働者のみから構成され、自由な主体としての労働者が自らの「自由意思」で結合する「自由な連合」として結成された「アソシアション」(association)ではなく、労使を含み、そこで労使ともに受け入れることのできる道徳的・調和的規制が結晶化してくることを想定したコルポラシオンであるからである。この、著しく「階級論的視点を欠いた」、楽観的で「幸福なデュルケム」の論理は、過去への「退行」であり、個の否定につながり、個人々人を「産業と連合した官僚制体制」、「経済と国家」に組み込むことにつながることは明白であるという。だが、デュルケムは、二つの利害代表者が「二種の敵として」対峙し、

議会の会議室で限られた時間と回数の討議を行い、優位を争うよりも、日頃からの緊密な相互作用によって、相互に親密さを増し、互いの普遍的属性への意識を高めてゆくことで、調和的規則が結晶化する条件が整うと考えたのではないだろうか。たとえ、社会内の多元的アソシエーションが活発に争い、一方が優位を勝ちとったとしても、相手方と自分は相変わらず敵同士である。そこに安定や調和、真の連帯は生まれぬ。デュルケムは、現実に労使の対立が深まるとすれば、「この集団が十分な凝集性をそなえていないからであり、集団とよべるほどの存在ではないからであり、その道徳の發育不良の状態がこの解体状態を表面化せしめているにほかならない」としており、職業集団に労使の凝集性を高める役割を期待していた。だが、宮本和彦が指摘するように、大工場や大市場などにみられる集団の容積の増加が、集団内で接触する人間を不特定化し、接触する人の数を増加させる。そうすると、「接触する人の数は多いが、中身がない」という事態が生じかねない。

43) Jean Carbonnier, *ESSAIS SUR LES LOIS*, 2<sup>e</sup> éd., RÉPERTOIRE DU NOTARIAT DEFRÉNOIS, PARIS, 1995, pp.287-306.

44) Durkheim, 『講義』 pp.46-47., 邦訳 40-41 ページ

45) E. A. ティリアキアン 『デュルケムの社会学：社会学的分析の歴史』 T.ポットモア, R.ニスベット 編 高沢淳夫訳 アカデミア出版会 1986年 102 ページ 確かに集合意識には認知的表象的レヴェルが存在する。しかし集合意識は言語のようなものには乗ってこない潮流、いわば「言わずと知れたうごき」でもある。

46) 内田貴 『契約の再生』 弘文堂 1989年 なお、内田の理解には、原理としての古典的私的自治の部分に法学者特有ものがある。

47) Jürgen Hebermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Mit einem Vorwort zur Neuauflage*, 1990, S.33., 『公共性の構造転換』 細谷貞雄・山田正行訳 未来社 1994年 xxiv ページ しかしながらハバーマスは、不合意のリスクが高まる現代的条件の下であって、民主主義は討議やコミュニケーションによる

行為調整（社会統合）を通じて規範の妥当性を担保する過程であると主張する。佐藤岩夫の解釈によれば、ハバーマスは「もはや現実の合意ではなく、規範を主張する側がその妥当性要求について相手方の合意を要求する資格を持つかどうか」が問われる。合意が現実成立しなくとも、相手方に対する「合意の受容可能性」があれば、最善の策でなくとも当該合意を法に反映させ、裁判に反映させてゆく方向性が支持されるのである。（佐藤岩夫『前掲書』1996年149ページ）また、ハバーマスは市民的公共圏の下部構造はマスコミによる強制が支配しており、公共圏が民主主義に与える影響についてもアンビヴァレントな態度をとらざるを得ないとしている。

- 48) Robert N. Bellah, *HABITS OF THE HEART*, p.132., 邦訳 161 ページ
- 49) 吉原賢二 『私憤から公憤へ 社会問題としてのワクチン禍』 岩波新書 1975年 178 ページ
- 50) ゆえに、宮沢節生によれば民事紛争処理過程においては、金銭的に余裕があり弁護士とのコネクションが強い企業や大家の側に弁護士が登場するケースが圧倒的に多いという。宮沢節生 『法過程のリアリティー 法社会学フィールドノート』 信山社 1994年 156 ページ
- 51) 六本佳平 『法社会学』 有斐閣 1986年 250 ページ
- 52) 和田安弘 「裁判外紛争処理」 棚瀬孝雄編 『現代法社会学入門』 法律文化社 1994年 186 ページ
- 53) 宮沢節生 『前掲書』 1994年 191-219 ページ 宮沢節生によれば、裁判官の判決行動は、裁判官の法務省と最高裁判所事務総局への勤務年数と関係がある。国側がなぜ勝つのか？それは、法務省や最高裁事務総局という行政機関を通じて、政府は民間人よりも格段に司法（裁判官）に接近（アクセス）しやすい位置にいるからである。宮澤の分析によれば行政勤務の長い裁判官は、そこで行政の内部論理という許されざる良心を内面化してしまう可能性が高い。
- 54) 刑法学者、団道重光は、最高裁裁判官時代にある被告人に死刑の判決を言い渡した。被告人には冤罪の可能性が全くないわけではなかった。主文を朗読したとき、傍聴席から被告人の親族が団道ら

- 裁判官に対して一言「人殺し」と叫び声をあげた。その一言の叫び声が、団道の心から離れないようになった。そして、その叫びが団道の以後の法理論に決定的な影響を及ぼし、団道は死刑廃止論を構築する。
- 55) Jürgen Harbermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band2, 1981, S506-507., S536-547., 『前掲訳書』1987年 344, 371-381ページ
- 56) 大木雅夫『比較法講義』東京大学出版会 1992年 194ページ
- 57) Durkheim, 「ドイツにおける道徳の実証的的科学」『デュルケームドイツ論集』小関藤一郎, 山下雅之共訳 行路社 1993年 107ページ
- 58) 吉原賢二『前掲書』1975年 178-179ページ
- 59) 私が行ったはじめての傍聴は1995年5月(京都地裁)に遡る。後半の調査は、静岡地裁沼津支部で行っている(現在継続中)。民事紛争では一方が明らかに悪いといえる場合ですら、弁護士が自らの依頼者の利益と正当性をあからさまに主張することがあるために、どちらが悪いのかという規範的判断を鈍らせることがある。裁判は、民事といえども、秩序と真理の発見であるはずが、勝ち負けの問題となっている。依頼人は、可能な限り有能な弁護士を求めるが、法がレトリックであるといわれるように、法をレトリカルに操作し、もっともな証拠を用いた主張によって裁判官を説得し、裁判官の心証をより大きく自らによいものにすることが出来るような弁護士が有能であるということになる。審理の過程は、まず当事者の主張を交換させ、争点を明確化し、主張の食い違うところで証拠調べを行う(青山善充, 井上正仁『新訂法と裁判』放送大学教育振興会 2000年 78ページ)。裁判官はこうしたやりとりの中で心の中で勝たせたいと考えるようになった方に、勝訴の判決を下す。裁判官の心の中で裁定の結果は決まっていて、その結果を正当化する根拠として法律が用いられるのである。裁判官の主観に左右されない客観的な論理的判決を近代法は求めたといわれるが、それは誤りであって、裁判官の道徳や良心が基礎となって、法は、それに文理の範囲内で普遍的正当性が与えられる範囲の枠組みを与えているに過ぎない。
- 60) ある少年事件の民事裁判は、被害当事者を含む関係者であふれていた。開廷予定を前に45個の傍聴席は埋まり、廊下にまで人があふれていた。当事者(利害関係人)と、事件に興味を持った市民、及びマスコミが集ったのである。
- 61) ある殺人事件の審理において、法廷前の廊下で、被害者の親族が、加害者に対して「むかつく」という言葉を繰り返して発していた。おそらく、法廷から廊下へ出てきた検察官に心情を届ける意図があったのではないかと思われる。
- 62) 刑事訴訟法247条
- 63) 富田信穂「現代社会における犯罪の非公的統制」『青林法学双書 犯罪学』青林書院 1995年 331ページ
- 64) Erving Goffman, *Behavior in Public Places*, The free Press. 1963, p.13., 『集まりの構造』丸木佳祐・本名信行訳 誠心書房 1980年 15ページ
- 65) アメリカでは懲罰的損害賠償という制度がある。
- 66) 例えば、自分の所有物を勝手に捨てられれば、おそらく所有者は自分の人格に対する侵害と受け止めるであろう。
- 67) Claude Lévi-Strauss, *Les Structures Elementaries de la Parente*, 1967, pp.61-79., 『親族の基本構造』(上)馬淵東一, 田島節生監訳 番町書房 1977年 132-154ページ 契約も人間の相互作用の一環である限り、さまざまな人間の要素が絡み合う全体的現象である。例えば、その日の体調が交渉に影響したり、当事者の性格や信仰が関係したりする。アメリカの社会学者、イアン・マクニールの関係の契約理論は、契約に規範的要素を見いだした貴重な例であるが、モースは更に社会の全体が契約に関連している点で、現実的な契約の理解の方向性を示している。
- 68) 更にいえば、彼らは知人同士支え合ったのではなく、天下りや許認可をめぐる、自分自身の保身や地位獲得という目的を追求しただけにすぎない。
- 69) 消極的意味としての復原とは、侵害者が体刑や degradation などによって共同体から排除されないことである。これは必要条件であっても十分条件ではない。
- 70) 富田信穂「現代社会における犯罪の非公的統制」

- 『青林法学双書 犯罪学』青林書院 1995年 331ページ 我が国における殺人事件の場合、実際に加害者側から賠償がなされる割合は2割強であるという報告がある。
- 71) J.M. Invararity, 『刑事法の法社会学 マルクス・ヴェーバー・デュルケム』松村良之, 宮澤節生 川本哲郎, 土井隆義共訳 東信堂 1994年 171ページ
- 72) デュルケムによれば, 宗教に近いが, 教会での集会を伴わない, 功利的利害に基づいて行われるものが呪術である。他方, M. モースによれば, 呪術は集団的に執り行われることがある。確かに呪術的儀礼によって社会全体の集合力が高まることは希である。しかし, 医療呪術が家族を集合させ, 道化師の術が野次馬を集合させるように, 呪術は成員に限定的な連帯感情をもたらす。モースは, 集合体が呪術を必要とし, 創造しさえするという。
- 73) 桐田克利「相互作用儀礼と共謀関係ゲーム E. ゴフマンのパーспекティブから」『ソシオロジ』27 1982年 54ページ
- 74) Goffman, *I.R.*, p.259., 邦訳265ページ
- 75) Goffman, *I.R.*, p.12., 邦訳8ページ
- 76) Goffman, *I.R.*, p.259., 邦訳264ページ
- 77) Goffman, *I.R.*, p.259., 邦訳265ページ
- 78) Goffman, *I.R.*, p.44., 邦訳40ページ
- 79) Durkheim, 『講義』p.151., 邦訳157-158ページ
- 80) Carbonnier, *ESSAIS SUR LES LOIS*, 2<sup>e</sup> éd., RÉPERTOIRE DU NOTARIAT DEFRÉNOIS, PARIS, 1995, p.299.
- 81) 女子高生ストーカー殺人の刑事裁判において, 複数の20歳代の一般の傍聴人は「同年齢の殺人犯の行動に興味があり傍聴に来た」と答えた。傍聴の動機は, 公憤よりも好奇心や興味であるという。また被害者家族は刑事裁判において被告人をにらみつけ, ささやかな負の交換を行っていた(関係復原にとって十分な方策ではないがそれ以外には手記の出版程度しかないであろう)。
- 82) 行政の肥大化に火をつけ, 根拠を与え, 促進する原動力的要因が道徳(非法)の弱体化及びその結果としての重大な損害である。行政による規制の拡大・強化は一定限度までは必要であるが, 非法の機能低下を補うために必要な規制のなかに紛れ込んで不必要で恣意的な規制が存在しているために, まず集合意識(道徳)に基づいてそれらを見分けたいうえで, 混在している恣意的で不必要な規制のみを取り出して改廃することが必要である(法の規範的純度を上げる)。
- 83) 法を根拠にしつつも, 行政が裁量的・恣意的に法の内容と相当に乖離した行政的規制を行い, それが不都合を招いている場合, 法が悪なのではなく法を用いる主体(の内面的非法の働き)に問題があるわけで, むしろ, 法規範の文言を具体化・明確化するなどして行政の法行為を確実に拘束することが必要になるであろう。ただし, 行政主導型の法律が, 国会の議決を経て成立した場合, そうした法規範自体が望ましいとはいえない。

## The Regression of Repressive Law and the Development of Restitutory Law (2)

Yuichiro MAKIGUCHI \*

Abstract: This paper studies legal rituals in the trial including conciliation, mediation and litigation. Erving Goffman studied particular situation or interaction order without legal repression. There are plural non-legal norms such as morality, manners and social roles in particular situation. Our acts are guided by these plural social rules. We have to sustain and establish ritual equilibrium. When one of the participants in the interaction threat to face and fails to sustain ritual equilibrium, a satisfactory ritual state must be reestablished. And, when one of the participants threat to face to make unjust content of the contract, intruder must pay damages (compensation) for loss according to restitutory law in addition to Face-Work. Damages are one of the ritual care to reestablish equilibrium in the litigation process. In present society, the social order is becoming more and more legalized. Legalized means going on a declining of nonlegal social norms like morals of humanity. For some sociologists, law is an inappropriate regulation that disturbs voluntary autonomous order and communication. But, originally, legalization was caused by a decay of nonlegal social norms which had been sustaining voluntary autonomous order and equilibrium of communication. So the importance of law has been increasing more and more. But it's important to establish a way to enliven nonlegal norms and make a close connection between law and collective conscience.

key words: the sacred, the profane, legalization, face work, rituals in the conciliation and litigation, a symbolic meaning of damages, symbolic exchange and contract, secularization of the sacred,

---

\* Graduate Student, Graduate School of Sociology, Ritsumeikan University.

