

法と自生的秩序

—— 法に対する非法の抵抗について ——

巻口 勇一郎*

本稿では、諸個人（一般人や裁判官）の「内面的規範」が法の拘束力の客体にとどまらず、法に様々な影響を与えうる積極的な可能性について、エミール・デュルケムやジャン・カルボニエの理論を用いながら検討する。法規範の意味を具体的・直接的に明示すること、専門家による統一的・画一的な法解釈・適用によって、一定の事実在一定の法的判断が下されるという一般的確実性・法的安定性（＝画一性の長所）が高まるといわれる。しかしながら、法言語の抽象性・不明瞭さ・不十分さが法を運用する者（裁判官）の「内面規範」に活動の余地を与え、文理（言葉の一般的な理解）の枠組の範囲内で裁判官の裁量（価値判断の自由）を保障しており、裁定の柔軟性・可塑性・具体的妥当性を確保しているといえる。カルボニエの「非法の仮説」によれば、法は自動的なプロセスで直接的に我々の行為に拘束力を及ぼすのではなく、人間的関与を伴って運用（解釈、適用、執行）される過程ではじめて効果を発揮する。したがって、法を運用する諸個人の内面における道徳（非法）の働きが不可避免的に法に影響を与えるのであり、法の目的、内容的矛盾や行き過ぎは、一般社会成員の内面に宿る非法の働きによって常時「中和」（neutralize）されうる。法の一方的・画一的な強制や頻繁な改正にも関わらず、集合意識（道徳や慣習を含む非法）は根強く維持され再生産されている。そして、法の内容的不均衡、行き過ぎや矛盾は、人々の内面に共通して宿る非法・集合意識を基礎として、あからさまに改廃されなくとも密かに作り替えられるのであり、法は非法との関わりにおいて微妙にかたちを変えた拘束として人々に受容されている。非法として想定される法以外の社会規範は、法に從属するのではなく、法を中和したり法に抵抗するなどし、法に様々な影響を与える。しかし他方で、法言語の抽象性・不明瞭さは、非法の十全な展開を確保するだけでなく、人々の功利的活動・恣意的法解釈の自由に根拠を与えることにもなる。

キーワード：法に対する事実の抵抗、法の抽象性、法解釈の多義性と恣意性、法と非法の葛藤、法の自己中和、柔軟な法、法と社会の相互規定性、オートポイエシスシステム理論

目次	5 法と非法との緊張・葛藤
はじめに	6 法規範の抽象性がもつ二面性
1 法の一般的確実性	7 法と社会との相互規定性
2 法の具体的妥当性	おわりに
3 法解釈（学）と集合意識	
4 生ける法としての非法を基礎とした法過程	

はじめに

本稿では、法と自生的な秩序を支える法以外の多元的な社会規範（道徳、宗教、慣習等）との相互関係（カルボニエのいう「規範間関係」inter-normativite）¹⁾に関して検討を進め、法化社会における道徳や慣習のゆくえについて展望する。拙稿「抑止法の後退と復原法の発達」（上）においては、抑止法の後退と復原法の一般化という法変動に伴う道徳的人格崇拜の役割について論じた。拙稿では、法が交換や契約（社会）に対して及ぼす規制力・拘束力の態様について重点的に検討してきたが、そこでは、法、道徳や宗教が互いに他の諸規範との関連において管轄を縮小したり、拡大したりしながらも、社会の三大規制として一体となって拘束的な効果を発揮し、一つの道徳的社会を持続させていたことを検討してきた。こうして、これまで法と法以外の社会規範との調和的な連携・協調の態様を検討してきたのであるが、本稿では、当初は集合意識に裏付けられていた法規範が、社会の特定の構成要素によって恣意的に操作されたり、自律運動を強めたりしながら法との距離を拡大させる場合に、法と道徳との間で生ずる相互関係について検討する。そして、法と道徳との間に葛藤や抵触が存在する状況において、法以外の社会規範（非法）は法に従属するのではなく、法の内容的矛盾によってむしろ活性化され、長期的な時間的視野で見れば、法に対して様々な積極的影響を与える可能性について、デュルケムの社会理論やカルボニエの規範間関係論を用いながら検討してゆく。現代社会における多分に葛藤した法と非法との相互関係を明確にするために、本稿では「法規範の抽象性」や「法解釈の多義性」といった説明項をク

ローズアップし、法の機能を、法運用過程における個人の（内面規範の）関わりの中で考察してゆく。そして、法は社会（諸個人の関係・交換）を規定するのみならず、同時に、社会から規定されていることを主張してゆきたい。逆にいえば、社会が、法によって統制される（法に従う）ばかりではなく、法の内容的矛盾や行き過ぎを拒み、法に抵抗しながら法に影響を与える積極的な可能性について検討してゆきたい。すなわち、本稿では、法と社会との間に存在する相互規定性について検討してゆきたいと考えている。

1 法の一般的確実性

法学者の著作のなかには「法律は主として法律家に宛てられたものであるから、専門的、技術的知識に基づいて厳密に運用される必要があり、したがって単純さはかえって曖昧さを招くという短所となる」という内容の主張がみられることがある²⁾。法規範の定立過程においては、明確かつ具体的な記述や特殊な専門用語を用いて可能な限り文言の意味を「同定」(identify)しようとするのが行われる³⁾。また、近代国家では法律を安定的、統一的、技術的に解釈・運用するために良く整備された法機関を備え、そのための専門家を養成して法を運用している⁴⁾。法規範が用語の意味を直接的に明示すること、専門家による統一的・画一的な解釈・適用を要求することによって、一定の法事実在一定の法的判断が下るといった一般的確実性・法的安定性（＝画一性の長所・正義）が高まってくるといわれる⁵⁾。

当事者の間で紛争状況の定義・理解や法解釈、権利義務の内容・範囲が食い違い、互いの

価値や立場の相違が明らかになると、双方の定義・価値の優劣を巡って紛争（conflict）が生ずる。交渉や討議を重ねても埒があかない状況になるために、具体的な権利義務の内容・範囲を裁判所で決めてもらわねばならない状況が生まれる。裁判所において、当事者が審理の対象となっている紛争状況を、なおも独自に定義し、当該状況に関わる法規範やルールを独自に持ちだし、法規範をレトリカルに操作・解釈し、独自に具体的な権利義務の範囲・内容を確定し、結果的に法価値（公的な法解釈）を相対化したり、法に対して距離をおいたり、法に対して自己の意思（合意）を押し通しながら法の拘束力の客体ではなく主体として活動してみても、法の一般的確実性・法的安定性が貫徹されればこうした当事者の独自性・主体性が裁定を大きく左右する可能性は望めない。宮澤節生は、主張された法解釈が法技術的に十分錬磨されていたとしても、裁判官の多くは長年の裁判官生活のなかで身につけてきた一定の範囲のものしか受け入れないと指摘しているが⁶⁾、紛争当事者による主観的に偏りやすい事実認定（状況定義）や法技術的錬磨の少ない個人的な法解釈は通用しないばかりでなく、法規範の恣意的な操作・逸脱、本人の遵法精神のなさのあらわれとみなされ否定的サンクションの対象となりかねない。宝月誠は次のように述べている。

「禁制の主要な目的は、意味を統一し、したがって主体が道徳的にその意味を二様に解釈しうる可能性を最小限にすることにあるとするならば、逸脱者の勝手な正当化や二重道徳は許される余地はなく、法を犯したものは否応なく、道徳的に罪の意識を強制的にしみこまされる。（中略）かくて、法規範は、「邪悪な逸脱者」に対してはその強制力によって、いやでも道徳的

意味の一元化を意識化させるという点において、また「法の妥当性に疑問をいだくもの」に対しては、その制度的手続の合法性の衣装をまとうことによって、共同体全体の道徳的意味を制度的に意味づける（signify）うえで有力な役割を果たしている。（中略）人間が有する諸規則ないし規範のなかでも、現代社会においては法規範は先に見たように道徳的意味空間を支配する王座を占めている。」⁷⁾

社会には、正当な手続に則って制定された法には従うべきであるという「合法性」の価値が存在しており、法や公的な法解釈（有権解釈）自体を相対化（脱中心化）したり、法価値そのものを問い直し、覆そうとする試み自体が大胆な行為として受け止められ、否定的なイメージで見られやすい。川島武宣がいうように、法の存在構造を社会との関連において問い直す法社会学ですら、法学・法曹界から「正統法律学に対する反逆者とみられ、地味な法律解釈をおろそかにする大言壮語であるとみられた」経験を有するのである⁸⁾。

2 法の具体的妥当性

法の「明確規範」としての性質、そして高度な専門的・技術的法運用の結果として、法規範の意味が「同定」され法規範が個人の行動を画一的かつ直接的に決定しているとすれば、画定的な法規範への同調行動以外の行動は直ちに反規範的な行動とみなされ否定的サンクションの対象となる。大規模な社会においては法の画一性・法的安定性を高め、乱脈な法的判断を抑制することも重要であろう。

しかしながら法規範は、専ら法曹の修得する専門的技術にしたがって、機械的・自動的に解

積・適用・執行され杓子定規に画一的な拘束力（法律効果）を生じさせ、画定的かつ直接的に我々の行動を規定しているわけではない。宝月誠は次のように述べている。

「言葉が呼び起こす意味は常に一義的な意味ばかりではない。それは多義的で曖昧な概念しか呼び起こさないこともあるし、また換喩や隠喩の表現によって新たな意味の地平を獲得する余地も残している。さらに、使用者によっては独自のコンテクション（言外の意味）がその言葉に付加されていることもある。ルールが言説によって表現される以上、言葉の有するこうした性質から自由ではありえない。」⁹⁾

川島武宣は法言語がもつ「解釈の幅」という特性を「規範内容の不確定性」とよんでいるが¹⁰⁾、法言語の抽象性・不明瞭さ・不十分さが法を運用する者（裁判官）の「内面規範」に活動の余地を与え、文理（言葉の一般的な理解）の枠組の範囲内で裁判官の裁量（価値判断の自由）を保障しており、裁定の柔軟性・可塑性・具体的妥当性を確保し、頻繁な法改正をも不必要としている。なお、ここでは法規範は、規範内容の不確定性という特徴によって諸個人の内面に根付く法以外の社会規範（カルボニエのいう非法 non-droit）に管轄を移譲するのであって、個人の主体性や自己決定、集合的類型から解放された個別的判断に多くの場所を与えるのではないということに注目したい。例えば、当事者の主張が裁定に反映されうるのは、裁定に対する当事者の主張・抵抗を背景的に支えるような熟慮された規範的な内容の世論（道徳的基盤）が存在する場合のみである。つまり、法が当事者の主張を認めるのは、当事者の主張が、伝統、道徳や慣習など、個人を超えた集合的な類型に、

あらかじめ合致している場合だけである。ゆえに、この場合、法が当事者の主張を認め反映したのではなく、外在的で拘束的な慣習や集合的潮流を反映したと理解することこそ重要であろう。

3 法解釈（学）と集合意識

デュルケムが法を「集合意識」の「外部標識・象徴」（visible symbol）と考えていたように、法の言語定式が記述しているものは集合的な価値判断の類型である。したがって、法言語の抽象性、多義性や曖昧さを補完するのは、千差万別の個人的判断ではなく「集合的判断」である。認知的要素のみならず感情的要素をも含む集合意識の全てが法言語に乗ってくるものではなく、常に法の背後には言葉や論理では語り尽くされない集合的な潮流が存在している。また、法は現実に関わりうる全ての事例を列挙し判断を提示しているのではない（一切をあらかじめ規定することは不可能である）。法は典型的な事例に限り例示列挙し当該事例における集合的な価値判断の類型を提示しているのであり、法の空白は常に言語的に表現し尽くされ得ない集合意識によって補完されるのである。「法は言語的存在である。しかし、同時にそれは言語を超えた存在でもある。逆に言えば法は言語を超えつつも、言語に依存せざるを得ない存在である。法の言語定式は氷山の一角であり、海面下に隠れた膨大な基幹部である実践知の体系に支えられてこそ、生きた意味を獲得する。」¹¹⁾ 法は所与の言語によって完全に語り尽くすことのできない価値判断の集合的傾向を示すものである。法は、その文言のみから論理的整合的、客観的に裁定の諸結果を導き出すことができる

ような、単独で機能することが可能な独立したシステムではない。法の言語定式は、法の背後にある歴大な集合意識（裁判官の内面規範）と一対（en couple）となり、連携してこそはじめて意味を確定し有効に働く社会規範なのである。いや、一見客観的な論理に支えられているように見える文言は常に一つの集合的判断を前提としている。

デュルケムによれば概念法学においては、法は「意志」や「仲裁」、「保証」や「違犯」（あるいは刑事法学における「理性」「責任」といった複数の単純で独立した「法観念」（de l'idée du droit）から成り立っていると考えられ、法観念を法に先行させるために学者によって「懲りすぎと思われるほど巧妙な論理・議論が繰り返される」。倫理学や法哲学においても、善や効用というア・プリオリな観念や直感によって獲得された真理から論理的・演繹的に道徳法則が引き出されると考えられる¹³⁾。しかし、法が導き出される萌芽は、この複数の独立した人工的（学問的）な法観念ではない。法は、大抵、現実の相互作用・社会関係を支える諸規範（E.エールリッヒはこれを「生ける法」law in action とよんだ¹²⁾）との関わり合いのなかで、偶然の要因も関係して「無意識的」にそして「因果必然的」に生まれてきたものであり、複数の人為的な法観念から法が導き出されるのではなく、逆に法から法観念が結果するのである¹⁴⁾。

「ところで法観念は、それがどんなに複雑であつても、この観念に含まれる諸要素は、同じ性格を帯び、また同じ源泉に発している。その意味で、これは一つの統一をなしている。同じ源泉とは、社会的連帯の観念である。」¹⁵⁾

法は異なつたいくつもの源泉・観念の寄せ集めなどではなく、社会的連帯の結晶化である。複数の法観念は、法を根拠にして、学者が人工的に作成したものであり、それは法の結果であり源泉ではない。デュルケムにとって有力な立法者や法学者などの個人は法規創造の主体ではなく、法規と社会との媒介的な位置づけにすぎない。立法者自身も一定の歴史的社会的諸条件のなかに存在しているのであり、彼らも現実の集合的潮流、社会の客観的諸条件と無関係に法規を作成できはしない。ゆえに、デュルケムは法学者・政治学者や法歴史学者がもつような、立法過程における立法者個人（ナポレオン・カムバセレスなど）の影響や政治的諸力の拮抗・対抗関係への関心をそれほどもっていないのであろう（デュルケムの法社会学的著作のなかに立法者や政党の固有名詞、立法過程における政治的諸力の確執に関する調査や記述はほとんど全く登場しない）。法を社会構造の必然的・自然的な結晶化（社会の創作）と見るデュルケムにとって、法の存在や法観念は特定の個人（個人の創作）に還元できるものではない。

闘争理論家であるリチャード・キニーは、法の源泉を個人的利害や価値規範に還元して説明している。キニーによれば、規則とは何か、あるいはまた、いかにしてそれを特定の状況に適用したらよいか、これらの点について、現代社会は万人の合意を得る程単純な組織体ではない。デュルケムが抑止法のもつ、成員の同質性を強化する働きを指摘したように、法は、自らの提示する価値の類型から逸脱した価値を信奉するものを、邪悪な犯罪者として定義し、刑罰を科すことで、結果的には道徳的空間を意味づけ一元化する強力な力を有している。だが、逸脱定義をも含めて利害・価値相互の多元化と葛

藤が常態化する現代社会においては、法は資源と権力を持つ社会の特定の構成要素が、共同体全体の意味空間を支配する道具・手段として用いるために、自らの恣意的な利害や価値を一方的に普遍的な公共政策に置き換え、定式化（formulate）したものである¹⁶⁾。キニーは、もはや、法は、広範な合意や集合意識に裏打ちされるものではなく、恣意的に操作されており、個人的価値や規範によって説明されると主張するのである。

しかし、デュルケムによれば現代社会において集合意識は弱まった状態にあるとしても決して消失したり、社会の特定の構成要素によって（恣意的に）「操作」されたり、脱中心化・相対化され一つの特殊な社会意識に限定されてしまうのではない。ゴッフマンが指摘したように、現代社会において人々は相当頑固に残された人格の聖性に対する相互的な礼拝（相互行為儀礼）を欠かさないのであり、集合意識は弱められた状態にあるとしても全体社会に広く浸透し、相互行為と秩序や社会的連帯を支えている。そして、以下で検討するように、集合意識は恣意的な法によって操作されてしまうのではなく、恣意的な法に抵抗を試み、逆にこれを制限し支配する可能性があるともいいうるのである。

ともあれ、ここでは法言語を生成し規定するだけではなく、法言語に生きた解釈・意味を与え、法の運用の基礎となっているものが、現代社会において相当頑固に残された集合意識であり、集合的判断であることを確認しておきたい。

「他方、この準則の機能は、共同意識が、したがってまた社会的連帯が危機に瀕しないように予防すること、この役割を果たしうるのはこの準則が道徳性格を持つ限りにおいてであるこ

と、をわれわれは指摘してきた。もっとも根本的な集合感情にたいする侵害が許されるようなことがあれば、社会は解体してしまうであろう。」¹⁷⁾（Durkheim, 『分業論』 p.392., 邦訳381ページ）

更に、デュルケムは法解釈の問題に十分に触れてはいないが、法解釈技術や法の「論理」（法ドグマ）も社会（的連帯）と無関係ではない。星野英一は、法律解釈の源泉が最終的には社会的な利益を含めてどのような利益をどの程度優先させ、その分対立する利益をどの程度後退させるかに関する社会的な価値判断（＝利益考量・価値判断）であるとし、「価値判断といっても一般人の常識で判断してみて妥当と思われる解決を導くような解釈がいい」とする。なぜなら、法律は「別に法律家の奥伝秘伝のようなものではなく、一般の社会の人々の間で起こる紛争を、周囲の多くの人々の納得が得られる形で解決するためのもの」だからである。星野英一の見解にしたがえば、法学者も解釈（学理解釈）や論理を組み立てる前提として無意識にであれ、自らの構築する解釈と論理が実社会に及ぼす「結果」（衝撃波）に配慮しており、こうした視点で自説の妥当性判断を行っている。彼らが法解釈学者であるから、一般人よりすぐれた価値判断を行っていることはなく、彼らも一般人の社会規範・価値判断に従いながら自説の是非を弁別し、論理を構築しているのである¹⁸⁾。集合意識は制定法の「解釈法源」である。デュルケムが主張するように、法は、確かに外部から個人に力を及ぼすのであるが、同時に、個人意識のうちに内在する「集合意識」と共通するのであり、また、集合意識と乖離してしまえば、法は自らの権威と力を持続的に保持することは出来ないのである。

4 生ける法としての非法を基礎とした法過程

ここでフランスの法社会学者、ジャン・カルボニエの著書『柔軟な法』(*Flexible Droit*)における論文「非法の仮説」を参照しながら、法に対する法曹や一般人（個人）の「内面に宿る規範」の関わりについて考察してゆく。

北村一郎の解釈によればカルボニエは、社会における法の欠如態や撤退に関して次のように述べている¹⁹⁾。すなわち、社会における法規制の空白や欠如や撤退は、法の欠陥や法の不奏効に伴った無 (*néant*) や不法 (*unrecht*) ではなく「非法」(*non droit*) であると。暴君の政権下での倒錯した「不当な法」(*droit injustice*) の下では、法の外見しか存在しないような社会状態が生ずる²⁰⁾。また、警察、検察や裁判所という公務員組織の犯罪が暴かれ（法機構に対する信頼が崩れ）たり、警察官、検察官の人員が不足すると犯人検挙率や犯罪認知率が低下し、法の通常の厳格な運用が滞り、「法の不奏効」というべき状態が生ずることがある。こうした場合における法の撤退（穏和化）や相対的空白は、無法や不法であり社会にとっては危機的な状態である。他方で、非法は法の退役や撤退でありながら、不法や無法といった危機的な状況とは根本的に異なる。

「非法とは、無 (*néant*) やカオスのどちらでもないことを理解することが必要である。それは、法が退いたところの関係や世界のことである。（中略）法が撤退 (*evacue*) したところには、従来そこを占めていた占有物、すなわち、この仮説が考察する、法以前に存在した秩序、平和と調和の原理が、再びそこを占めるようになるだけである。法と交替 (*relais*) するために、法的でない社会的なもの、すなわち法システムでない全ての規範のシステム (*les sys-*

temes de normes qui ne sont pas des systemes de droit)、例えばアメリカ社会学のカテゴリーである国民的風習 (*folkways*) やモーレス、イタリア社会学から借りた *costume*、習慣上の規則、適切さ、礼儀正しさ、倫理や宗教上の命令などがこの（法の撤退したあとの＊引用者補足）領域に流れ込んで (*coulent*) くる。法から逃れている非法の部分とは、社会そのものであって、なぜならば諸個人間の関係の存在がそこに知覚されるからである。社会的圧力の真空状態は人間を狼にしていまい、人は、それぞれ自分自身の抑制 (*frein*) が壊れてしまったと気付くであろう。どんな抑制が壊れるのか？何よりも、（諸個人間における＊引用者補足）ある種の適切な慎重さ (*prudence raisonnable*) である。」²¹⁾

カルボニエによれば大多数の一般人は普段、法を意識せずに、法など存在しないかの如くに生活している。通常、社会においては長期間の非法が、いくらかの瞬間の法と引き換えに存在するのである。彼の言葉を借りれば「非法が本質であり法は事故にすぎない」(*non-droit est l'essence, le droit l'accident*)。道徳や宗教、慣習や礼儀作法、愛や友情などの多元的な非法は法の潤滑剤などではない。そして、これらの非法が、法に見られるような「外在的な強制」(*coercition exterieure*) を欠いていると考えてはならない²²⁾。食事の際の作法をも含む、法以外の多元的な社会規範＝非法による行為規制こそ社会生活の安定を持続的に支えているのである。このようなカルボニエの主張から、彼が法をつくり、規定し、動かす基準・源泉を非法にしているということが解釈できる。すなわち、法以外の多元的な社会規範の「総和」(*somme*) としての「規制的」で「拘束的」な働きによって成り立ち、客観的事実として存在する人々の相互行為秩序や社会生活（非法の社

会秩序）こそ「法源」である²³⁾。

「諸個人が家族や交換における人間相互の関係を形成するような、それぞれの瞬間の全ての出来事は、法の外部で（法を必要とせずに）起こっている。法に出会うことがなければ人生は成功であるということを人々が確かめれば、それは非常に良いことであろう。（人生というものは）素晴らしいスラロームである！（通常はこの人生の）スラロームを警察官や判事にぶつかることなくジグザグに進み、ゴールに到着することが必要である。幸せな人々というものは、法など存在していないかのごとく生きているのである。」²⁴⁾

カルボニエによれば、家庭においては法的権利義務関係のように貧困な規範ではなく、愛や信頼や節度などの複数の非法による重層的な扶助的規律が働いている。家庭内の秩序に関して、法（民法を構成する家族法のみならず刑法）は通常は排斥されている。法は事故（事件）として、あるいは扶助規範の貧困化（規範重層性の減退）に伴って夫婦の少なくとも一方の意志表示によって例外的に、家庭という舞台に登場するにすぎないのである²⁵⁾。例えば家族法は、婚姻の方式等に関して夫婦間に一瞬だけ、僅かに口を出すにすぎない。通常、家族法は家庭内の秩序から排斥されているのである。しかしながら、家族成員に各々の自己犠牲を命ずる自生的な扶助規範が力を失い、もはや離婚問題・相続問題等において自発的な合意によって紛争が解決しない場合に、家族法は広範にわたって家庭に介入し、家族として各々が行わねばならない義務を語るのである。つまり、規制の走者として、道徳と法は連係プレーをするのであり、リレー（交替）するのである。

デュルケムは、古代・前近代の氏族社会にお

ける法や宗教の理解を、近現代社会における個人主義と合理主義の趨勢に合致するように再構成したが、カルボニエは家庭における非法の秩序を検討し、その理解を家庭に限定することなく、街路や公共の場所をはじめとした一般社会のあらゆる領域の秩序に敷衍し考察しているのである。デュルケムは、現代社会の秩序の原型は、儀礼的＝規制的性格が濃厚な「未開氏族（clan）」にあると考えているのであり、現代社会における連带的・統合的要素を今日の家族に求めようとするカルボニエの見解に比して、より根元的な連带的要素にたどり着いており、より鮮明に現代社会における統合的要素を明確化することに成功していると考えられる。ともあれ、人間社会の原型における強い統合的秩序のあり方に注目することによって、より鮮明に近現代の社会に統合的要素を見いだそうとする点で、彼らの思考方法には共通点が存在するといえる。また、カルボニエによれば、紛争処理に際しても一般社会成員は裁判所の判断（司法判断）を待つまでもなく、裁判外で社会通念にしたがって裁断し（彼はこれを「非司法」non justiceとよぶ）、決定し、自主的に「和解」に至ることがあるであろう。

そして拙稿「抑止法の後退と復原法の発達」（上）で検討したように彼は、法が非法の影響を受け敢えて自らを制限（管轄縮小）する場合すらあると考える。彼は、この現象を「法の自己制限」（l'auto-limitation du droit）とよんでいる。彼は、奴隷が主人の地位に就いたとされる古代ロオマのサトゥルヌスの祭り（Saturnalia, Saturnales）を事例にあげ、種々の祭礼やカーニバルにおいては、暗黙の合意の下で無礼講（侮辱や名誉毀損）や騒擾に関する司法規制の停止がみられると主張する²⁶⁾。

「先ず第一に、空間的、場所的な非法というものが存在する。（中略）たとえば、今日、法にしたがった捜索や逮捕という手段によって、法が家庭内を貫くような事態はあったとしても一時的に過ぎず、通常は家庭内においては、法的圧力がストリートや公共の場所よりも強いということは滅多にない。（中略）第二に、時間的な非法というものも想定しうる。古代ローマの司法歴が証拠であり、祭神の日には法の通常の活動が閉じられた。」²⁷⁾

また、彼は「ちょうど自らの尾を食べる蛇 *queue* のように、法が自分自身を消滅させ *le droit en arrive à s'annihiler lui-même*, 法的効力を無効にする」現象を「法の自己中和」(*L'auto-neutralization du droit*) と定義し検討している。カルボニエによれば、法は自動的なプロセス (*automatisme*) において力を及ぼすのではなく、人間的関与を伴って運用（解釈、適用、執行）される過程において、はじめて効力をあらわす²⁸⁾。したがって、法を運用する諸個人の内面における道徳（非法）の働きが不可避免的に法に影響を与えうるのであり、法の内容的矛盾や機能亢進は、非法によって常時「中和」(*neutralise*) されうる²⁹⁾。カルボニエが例示するように些細な物の窃取や、新聞・雑誌の立ち読み、賭事博事といえどもチョコレートや食事を賭けるような場合は、刑法の構成要件に該当しながらも不可罰とされる。刑法は軽微な犯罪をも構成要件として列挙しているが、人間的関与を伴って運用される過程で、自ずと全ての損害ではなく権利侵害とよべるほどの相当に重大な利益侵害のみが犯罪（可罰的）とされている。このように、罪刑法定主義の下で厳格に法律効果を生じさせていると思われる刑法ですら、一般社会成員に共通する社会規範の作用

によって無効化され「蛮行を許す」(*pardonne le barbarisme!*) のが通常である。このように、法は人々に拒絶されたり、社会運動によって派手に（あからさまに）改廃されることのないまま、人々の日常生活のなかで常時密かに「中和」され微妙に形態を変えた拘束として受容されているのである。社会成員に広く受け入れられている社会規範の働きによって、一定程度の麻雀賭博の事実を知った一般人だけでなく警察官や法曹・法学者など誰もがそれを違法性の高い犯罪として定義はしない（本の立ち読みや賭博に関する人々の社会意識が変われば話は別である）。こうして人々に法意識として根付く道徳や慣習に基づいて、人々の日常的な生活のなかで、法の目的やゆき過ぎや内容的矛盾は「密かに」無効化されている。こうした密かな無効化によって、法は微妙に作り替えられ形を変えているからこそ、法は「あからさまに」拒絶され改廃されることなく受容され支配力を及ぼすのである。

5 法と非法との緊張・葛藤

更に、カルボニエによれば「法に対する事実の抵抗」(*La résistance du fait au droit*) という現象が存在する³⁰⁾。すなわち、可罰的な法律違反の行為（法規範からの乖離）であっても、それが継続的に繰り返され、人々がこれを社会の必然的な出来事として認めることで実社会が成り立っており、こうした共通認識の下で法が現実を許容し、取り締まりを放棄している場合がある。例えば、「今日、平時に犯人が奥深い森に逃げ込んで捜査が事実上困難となったとしても非法とはいえないが、中世の森は、まさに「法の妥当範囲」(*ban*) の外でありアウ

ト・ロオたちが棲息する非法の世界であった。」³¹⁾ 今日的な例では程度の差こそあれ、多くの国でみられるように明細書なしの「闇取引」が継続し「地下経済」（灰色の裏社会）として成立しており、これが望ましいわけでは決してなく法に触れることは確かだが社会に必然の出来事として認識され、こうした暗黙の了解に基づいて取り締まりが放棄されているような場合がある。

カルボニエが指摘するような、法と非法との多分に葛藤した関係に関する知見は、自生的な慣習法と輸入された西欧近代法（継受法）との関係においても適用可能である。

川島武宣によれば多くの法学者は、盗みは普遍的に犯罪であり、「近代法が保障する私的財産制度は人類あるところにどこでも存在するところの、人類普遍の自然法である」と考えている³²⁾。しかしながら、過度な財の蓄積は個人所有として保護されるべきではない、富豪（あるいは大企業）は財を分け与えることが当然であり富豪からの財物の窃取は当然のことという土着の法慣習が存在し、これが人々の内面に法意識として根付いている地域があり、そうした法意識の根付く地域に、よく整備された（個人主義的な）民刑事法が輸入されたとしても慣習と法との葛藤を前提に、厳格な取り締まりが緩和される可能性がある。

また、「総有」や「合有」（共同体有）とよばれ「個人の持分が観念できず、自己の持分の分割請求も制限を受ける共同の土地所有」を柱とする土着の慣習法（「入会」に見られたような自生的な所有権意識）が、近代法的な直接的排他的「個人所有」の浸透を拒み、継受・輸入された近代法に抵抗する場合がある。我が国でも川島武宣が著書『日本人の法意識』のなかで、

輸入された西欧近代法と、我が国に代々自生する「日本人の慣習法＝法意識」との多分に葛藤した関係を研究している。

「明治以降の法律上の財産制度は「近代的所有権」を基礎とする「私有財産制度」である。ところが、国民の意識においては財産制度は必ずしもそのような「私有財産制度」と同じではなく、むしろそれとはちがうところの・明治以前の社会から伝来した財産制度の意識が、現実の社会生活における人々の行動を広範に決定してきたのである。このような法律上の制度と意識との間のずれが、本章での問題の焦点である。」³³⁾

川島によれば、我が国では、例えば他人所有の空き地でキャッチボールをすることは悪いことであり、違法（独占排他的な所有権の侵害）に該当するという意識・観念がない³⁴⁾。ゆえに、西欧近代的な民法・刑法を持ちだして空き地でのキャッチボールを責めることの方が、強欲な利己主義として我が国の世論（法意識・法慣習）の抵抗に遭遇する。川島武宣の列举する事例によれば、逆に、アメリカで日本人の所有権意識をもったまま、囲いのない他人の土地に侵入したところ、銃撃され死亡したという事件が存在する。しかも川島の報告によれば、この事件を報道するアメリカの新聞は「みだりに他人の土地に侵入した人物こそ、処罰に値する」と断罪したのである。また、アメリカでは、誰の所有か全く分からないような土地（空き地や荒れ地）においても極めて頻繁に「Private Property, Don't Trespass」という物々しい立て看板（あるいは高圧電流の流れる鉄条網）がみられ、近代法に合致した直接的排他的所有権を支持する法慣習が人々の内面に根づき浸透していることを物語る³⁵⁾。

また、川島武宣によれば契約に関して我が国では「微に入り、細を疑って」、起こることが予測されるあらゆる不測の訴訟に備えて、虫眼鏡で見なければ分からないような具体的な内容の契約条項を作成し、制定法に照らして契約書面を作成することを「嫌う」ような慣習（契約意識・法意識）が存在する。こうした固有の自生的な慣習の存在から、日本では大企業ですら契約書を作成しない場合もあり、契約書を作成したとしてその契約書は「不測の事態には当事者双方は信義をもって誠実・円満に対応する」という不確定で抽象的な条項（信義誠実条項）をもって簡略にまとめることが多いという。川島が指摘するように、アメリカ人は多分に抽象的で曖昧な「信義誠実条項」に対しては、具体的義務が「空白だらけ」であるがゆえに不安で仕方がない、とても契約できないという反応を示すのであるが、我が国ではこの抽象的な表現の「信義誠実条項」が、「義理」³⁶⁾や信頼、温情や習慣という多元的で重層的な「生ける法」（非法）に現実を支えられる人間関係・社会関係（＝契約における儀礼・モースのいうポトラッチにおける互酬性の規範・マクニールのいう関係的契約法³⁷⁾）のなかで、あらゆる契約上の権利義務関係を円満柔軟に包摂し、処理すること（和をもって丸くおさめること）を可能にするものとして好まれる³⁸⁾。規制法の厳格な管理を排除したまま、曖昧な信義誠実条項のみで実際に契約が成り立つとすれば、それはただ単に農耕文化を背景に和を尊ぶ日本人が厳格な法的権利義務関係を嫌うからではなく、当事者間に現存する非法が関係の均衡的な調和・維持に向けて現実にも働いているからであり、「紙の上の法」ではなく当事者の関係を支える生ける法が契約当事者の利害を均衡的なものに調整・規制

し、非法が法を不必要としている（＝非法が確立している）からである。六本佳平の解釈によれば、川島武宣が主張した日本人に特有の法慣習・法意識とは「権利観念の欠如、法規範の不確定性、所有権の非絶対性・非観念性・契約における拘束力の不確定性、権利・義務内容の不定量性・非固定性」等々である³⁹⁾。

こうした自生的な慣習法と輸入された法との相互葛藤・緊張関係が、諸個人の内面的な法意識に基づく法への抵抗（法嫌い・法への嫌悪感）としてあらわれるという問題は、当初から次のような是非善悪の価値的論争のなかで語られてきた。すなわち、「狭い人間関係でのみ機能する義理人情の規範（衡平）にとらわれる日本人の法慣習・法意識は、アドホックな前近代的なものである。義理や報恩といった我が国に土着の規範は前近代的なものであり、全体社会との関連では「乱脈」な状態を招くものであるから克服されなければならない。義理や報恩は近代国家法的なもの、すなわち普遍主義的なもの（正義）にまで高められねばならない・・・」、というように、我が国に土着の慣習法に対する批判的な価値判断に基づいて、近代法と土着の自生的慣習法との関係が議論されてきたのである。

確かに、現代の大規模社会において、義理は、局所的で乱脈な規範であり、われわれに全体社会の正義を確立する普遍的・画一的な法規範を発達させる努力が必要であることも確かであろう。だが、六本佳平が指摘するように、我々研究者は現状否定の価値判断のもとに我が国における市民性の確立や、普遍的な問題に対する市民による規範的討議への参加を説き、普遍的規範に照らして現存する日本人の法意識が良いのか悪いのかを論ずるのではなく、どのような社

会的諸条件の下で日本人の法意識・法慣習が生成されてきたのか、そして普遍主義的法の施行後は、西欧法と我が国に自生する慣習法とがどのように接触し相互に影響しあい、接合し、葛藤しそして関係性を変容させているのかという事実上の状態（規範間関係）を観察し把握し記述すればよいのではなかろうか⁴⁰⁾。デュルケムは法と道徳、宗教を社会の三大規制と考え、法の形態の変遷と関連づけ道徳や宗教の変遷を語っていたわけであるから、2世紀も以前に現実の規範間の関係の事実上の姿を検討していたのである。

今日では継受法の支配が成員の意識のなかに浸透し、日本的な契約観念・法意識（義理・報恩）などの非法が西欧近代法的なもの（権利意識）に変わり（法に起因する社会変動）、法と（内面的）非法との乖離も少なくなっているとする見解もある。だが、今日でも我が国では「法律沙汰・裁判沙汰」という言葉のニュアンスは十分にポジティブであるとは決していえず、契約を含めた社会関係に関して非法が相当根強く残り、西欧近代法的な権利義務関係の積極的な前進・管理を排斥し、断っている。非法＝日本人の法意識が、法の後退を要請し、法に「抵抗」し、法の管轄は縮小させられていると考えられるのである。もっとも、西欧法の輸入に関しては「日本語への翻訳過程において西欧法も日本風に変えられている」という指摘があるが⁴¹⁾、西欧から輸入された近代法の権威主義的色彩（上からの一方的押しつけ）や激しい変遷（頻繁な改正）にも関わらず、固有の自生的な社会規範が根強く維持され再生産され、これが逆に法規範に影響を与えている可能性について、カルボニエの「法に対する事実の抵抗」の問題を参照し、現存する事実（生ける法）と

法との相互関係に思いを傾けることは非常に有益ではなかろうか。カルボニエの視点からは、「法嫌い」という日本人の主観・意識よりも、法の進出を不必要とする非法・客観的な自生的秩序の存在が問題とされねばならない。「法嫌い」も非法が確立しているからこそ通用するのである。

逆にアメリカにおいて法が人間関係の多くの場面・領域に関わってくるとすれば、それはアメリカ人が法的権利義務関係を好む（法関係をもっている）からではなく、非法が空疎化し、法の実力がなければ社会秩序が維持できないからである。

カルボニエによれば、法的内容的矛盾に対する諸々の抵抗・反発は、個人的・主体的なものではなく規範間の葛藤を前提とした諸規範の勢力関係に起因する。カルボニエによれば中世においては教皇と皇帝との対立を背景に教会法と国法、そして慣習法が重層的に併存していた。こうした複数の諸規範は連携的・親和的な「接続」（conjunction）関係にあるとは限らず、むしろそれぞれが相当に葛藤し抵触しあっているのが常であった。

「二つの規範制度が、同じ項目に関して矛盾しあうことがある。それは規範間関係現象（phénomène inter-normative）における「規範間の葛藤」（un conflit de normes）として現れる。同一個人が、同時に二つの規範に従わねばならないのであり、二つの敵対関係にある義務（deux devoirs antagonistes）が張り合い（tirailé）、義務は引き裂かれているのである。こうした義務の衝突はもまた、規範間関係を含む一つの現象である。（しかしながら）、こうした規範間葛藤は悲観すべき事態ではない。（中略）なぜならば、規範間の衝突においては、衝突している規範を合計した結果、不完全であれ

完全であれ規範的な解決がなされるからである。歴史的事例が明確な解答を示してくれる。中世のキリスト教圏において、祭司職（sacerdoce）と皇帝、教会と国王が、それぞれの管轄規範の葛藤を背景に争いを重ねていた。」⁴²⁾

カルボニエの見解にしたがえば、現実には規範間の葛藤が存在するとしても、それは危機的な状況として悲観すべき出来事ではない。なぜなら、現実には「最も活力の低い規範」（la norme la moins vigoureuse）は意識的に消去・除去（consciemment eliminee）されたり、無意識に葬り去られている。あるいは、人々の心の中での対話によって規範間葛藤が合理的に処理・熟慮され、妥協をみている場合が想定できる。そして、義務の衝突という事態は「良心的反対・異議」（l'objection de conscience）に基づいて人々の心の中で消化（中和）され、人々の心の奥底では、どの法が正しくどの法に従うべきなのかが決まるのである⁴³⁾。そして、中世における集合的信念と矛盾した封建的諸法は、集合的信念を刺激し活性化しうるのであり、封建的諸法は徐々に活力を増す人間の人格の価値の尊さに関する共有された信念（人格崇拜）に基づく抵抗の結果として、最終的にはフランス革命時に取り除かれた。このように、法に対する諸個人の大規模な運動や抵抗といえども、安易に個人の主体性に還元できる問題ではなく、規範間の葛藤を前提に、あらかじめ存在する集合意識、あるいは現実に存在する傾向にある集合意識に基づく抵抗であると考えべきである。ここでは、輸入された西欧近代法（所有権法・契約法）に対する、内面化された慣習法的（法意識的）な抵抗をとりあげたが、カルボニエによれば、「戦時の良心的兵役義務拒否」も規範間の葛藤を前提とした抵抗であると理解

できる⁴⁴⁾。法の行き過ぎや内容的矛盾が非法によって抵抗を受け中和されうるというカルボニエの指摘に鑑みれば、現代社会において、道徳的人格崇拜は一概に空疎化したとはいえないのであり、世俗化した法（法の内容的不均衡）が人間一般の理念を刺激・活性化し、法を適切に中和するだけでなく法の改廃を目的としたあからさまな社会運動（法運動）を引き起こす原動力となっているともいえる。

また、悪名高い我が国の利息制限法の規定を裁判所が、社会規範（社会倫理）に基づいた大胆な積極的法解釈によって無効化した事例がある。また、今日でも、水利権に関して西欧法の画一的規定ではなく、村の代々の法慣習を尊重する事例（法令2条）等もあるのであり、これらの事例に鑑みても法の不都合・画一性は常に道徳や慣習によって補完されていると考えられる。法は明確規範として言語的に定式化され、法解釈も厳格に体系化され画一性を象徴しているように思われるが、法は意味の不確定性をもっており、法を用いる社会成員の内面規範の働きによって相当「柔軟」に運用されているのである。法と非法の重層性の下で法原則は常に微妙に修正され、法に内容的矛盾や不都合があれば適切に「中和」（neutralise）されているのである。

確かに、法と道徳との内容的な同質性や差異、拘束力の及び方の差異などは従来、法哲学において研究されてきた。しかしながら、こうした研究は、法は高次の倫理を含むか否かという思弁的な、法と道徳という二つの規範の内容的な異同についてのものであり、これら諸規範の事実上の働きの上での相互関係（優勢性や機能的な連携関係）についてではなかった。カルボニエがいうようにモラルと法、宗教と法との区

別・異同は、法学教育の上で周知の事実である。しかしながら、カルボニエによれば、これまで非法の概念は、法に対するとおの慣習というように、二つの規範間の関係に限定されていた。人は慣習以外に多様な規範が一体となって法に影響を与えていることを更に精査してこなかったし、また、それら諸規範間の関係性が複雑で多様な形態で存在することに気づかず、これを明らかにしてこなかった⁴⁵⁾。習慣が洗練されドイツでは国民的風習とモーレスとして新たに区別されうる形態に至っている。オートポイエシスのシステム理論（Autopoietische System Theorie）においてはこのように習慣が国民的風習やモーレスに分化しているという現象が、それぞれの規範システムが内部論理にしたがって運動し、他や全体に対する相対的自律性を増し、結果的に相互の関連性を希薄化させつつあるという考え方に結びつけられる。しかし、それら分化した諸規範が、元来は未分離の状態にあり、一つの統一体であり、一つの同じ源泉から派生していること、そして今日の慣習やモーレスといえども過去との継続性を有しており、互いに関連性をもっているという点にこそ注目しなければならない。すなわち、同じ源泉から徐々に分化してきた宗教や道徳や法が、互いに葛藤をみせながらも、どのように「接続」（conjunction）し「連携・交替」（relay）し、現実に一の全体社会の持続的安定を確保しているのかに注目しなければならない。規範の分化が進むほどに諸規範間に重層性が生じ、規範間の多様な関係性が開花してくるわけであり、今後はますます法や道徳や宗教という諸規範間の関係性が問われねばならないであろう。カルボニエによれば「法は、もはや自己完結的な閉じた体系⁴⁶⁾とはみなされず、習俗、倫理、宗教

等に相当な管轄委譲を行う。それが、許容的ないし自由化法律の真の謂である」⁴⁷⁾。北村一郎が指摘するように、カルボニエの非法を基盤とした法理論は「法社会学において根強い＜閉じたシステム＞としての法の構想への思弁的誘惑に対する批判をも含む」のである⁴⁸⁾。なお、この点に関して、デュルケムによれば、法や習俗が、当初はこれらを裏打ちしていた一つの集合意識を離れて、それぞれ別個の精神に基づいて自律的に運動するという事態は、例外的・一時的に存在することはありうる。しかしながら、法と非法の葛藤は、社会を病的で・危機的な状態に陥れるために長続きはしない。

「習俗は、法とはまったく別個の精神によってうごかされるとまでいわれている。だとすれば、習俗は実定法が表す社会的連帯とは別種の社会的連帯を表現することにならぬだろうか。（中略）だが、この法と習俗との対立は、まったく例外的な状況においてしかおこりえない。こうした対立が生ずるのは、法がもはや社会の現状に即応しなくなり、その存在理由を失いながら、しかもただ習慣の力で維持されているばかりでなければならぬ。このようなばあいでも、事実上は、法のいかにかわらず成立した新しい諸関係は、組織化されずにはおかない。（中略）こうして衝突が起こる。しかし、この習俗と法との衝突はめったにおこらないし、病的なばあいにはしかおこらない。それがつづけば必ず危険が伴う。正常なばあいには、習俗は法に対立するものではなく、かえってその基礎となる。（中略）法は本質的な社会的連帯をすべて再現するものであって、われわれが知りたいと思うのは、まさにこの連帯だけである。」（Durkheim, 『分業論』 29-30., 邦訳 66-67 ページ）

デュルケムやカルボニエの理論がオートポイエシスのシステム理論への批判を含んでいると

解釈することは重要なことであろう。オートマティズム化した法は、それ自体が集合意識への挑戦や攻撃であり、結果的にはそのような法は集合意識によって排除され改廃されるのであろう。

以上の検討において、法に対する非法・集合意識の積極的な関わりをみてきた。実際に法の意味を確定し、諸個人の法解釈・運用を導くものが法規範ではなく、一般社会成員に共通して内在する集合意識であるとすれば法規範など存在しなくとも規範的判断は可能であり法規範には何の役割があるのかという疑問も生じようが、法は言語的に定式化されており、文理の範囲内で個々の裁判官の解釈と判断に枠組みを与え、乱脈な判断を排除している。裁判官の内面規範が集合的类型から乖離していた場合は、法が集合意識を提示し、集合的な裁定を確保することになるともいえる。

だが、法規範の言語的記述が抽象的であれば文理解釈の余地（意味の不確定性）も大きくなるのであり、それが法を用いる者の内面規範に更なる活動の余地を与え、結果的に具体的に妥当な価値判断を可能とする。カルボニエは、抽象的な法は非法の十全な活動に多くの場所・管轄を空けるもの（＝許容的法）であり、画一的な管理型の法は常に法と社会に往々にして深刻な副作用を生み出すがゆえに、許容的法による非法の活動領域（管轄）の確保こそ望ましいと考えている。北村一郎がいうように、カルボニエは法学者でありながら「良い法律は銀、立法の沈黙は金」と考え、ためらわない立法懐疑主義の人なのである⁴⁹⁾。

「そして、私の仮説に啓発されて、理性的に、いくつかの格言めいた忠告を採用することに、

政府の人間が同意すれば、それはよい結果を招くであろう。すなわち、立法は、震えながら行うこと（Ne légiférez qu'en tremblant）、二つの解決法の間では、法を用いる必要が少ない方、より多くを慣習や道徳に委ねる方を常によしとすることである。」⁵⁰⁾

法の謙抑（非犯罪化）・立法規制の断念（規制解体）・法の抽象化は、無規制・無法の容認ではなく法以外の社会規範への管轄移転である。北村一郎の解釈にしたがえば、カルボニエは法の抽象性、刑罰の穏和さや判例の希薄さは、直ちに新規立法や法解釈によって補われなければならない厄介者ではなく、もともと法の相対的空白部分であり自生的な社会規範（非法）の管轄である。法や判例の空白は無でも混沌でもなく、法的でない社会的な諸規範（le social non juridique）の存在を意味するだけなのである⁵¹⁾。現代社会においても、非法が相当頑固に自生するからこそ、現代法や判例のなかに、数多くの空白や曖昧さが存在しているのである。

フランス家族法の改正を自ら手がけた立法者でもあるカルボニエによれば、同家族法215条第2項は、家族の住居の選択に関して夫婦の「合意」を当事者にとって法に代わるものとみなし、争いがあっても実定法は介入せず裁定手段も定めないことを規定している。また、同法372条1項の1（1993年条文）は、父母が子の教育に関して何が子の利益なのか合意にいたらない場合に、「類似の機会に父母がかつて行った事例が、彼らにとっての法に代わる」と規定することによって、まず「家庭の先例」（慣習）に委ね、先例がない場合にのみはじめて判事が管轄を得ることを定めているが、こうした当事者の合意や慣例を尊重する許容的法こそ、夫婦間における非法（信頼や愛）の十全な展開・確

保につながる、とカルボニエは考える⁵²⁾。こうした彼の許容的家族法に関する視点は、フランス民法典（契約法・1804年）1134条1項の「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」という許容的規定（「諾成契約」*contrat consensuel* 許容・承認の規定）の理解にも応用しうるものである⁵³⁾。

家族成員間の関係であれ、契約当事者間の関係であれ、法が当事者の自主的に形成する合意を尊重し、内容的・実質的な規制を後退させることは、彼らの間にあらかじめ存在する道徳や慣習、節度や信頼といった拘束的・規制的な非法の活動が十分に知覚され、非法が法と同様の「外在的拘束」として働くような客観的条件が整っている場合に限って、はじめて可能となるのである。「集合意識」として、個人の外部から拘束力を及ぼし、諸個人に自己犠牲の態度を強いる諸々の非法的規制の展開が十分であってこそ、自主的に形成する合意の虚偽性（不均衡・権力性）が緩和され、法に依存しなくとも当事者の均衡した正常な関係が確立するものと考えられる。当事者は、自らが個人的・主体的に創り上げた合意によって自分たちの関係を維持しているのではなく（合意とは当事者の自律的な意思の合致である、と言われるが、それは幻想である）、実際には、合意は常に意識的にであれ、無意識的にであれ道徳や慣習（デュルケムのいう非契約的要素）にしたがい、あらかじめ一定の枠を与えられているのであり、合意を枠づける慣習や道徳がなければ当事者は真の合意にはいたらないし、自分たちの正常な関係を持続的に維持してゆくことは不可能なのである。慣習や道徳は、歴史的スケールでの長期的な試行錯誤を経過して今日に受け継がれてい

る、無数の多様な経験の要約であり、われわれ当事者が短時間で形成する個人的判断や合意をはるかに超えて、家族や契約当事者（の今後や将来）にとって何が好ましいのか、何をしなければならないのか（＝均衡）を語る。法は、歴史的な重みをもつ道徳や慣習の結晶化であり、したがって、許容的法が、慣習や道徳から解放された当事者の個人的判断（主体性）や即時的につくられる自主的な合意に管轄を移転していると考えことは誤りである。つまり、許容的法は、当事者の合意をあらかじめ拘束・規制する外在的な慣習や道徳に管轄を移転していると考えることが極めて重要である。法、道徳、宗教といった個人超越的な規範間においてのみ、規制の管轄は移転するのであって、カルボニエの「規範間関係論」（*inter normativité*）の要は、法現象を個人（主義）的なものに還元して説明しないこと、ここにある。

6 法規範の抽象性をもつ二面性

デュルケムの理解にしたがえば、近代の大規模社会においては「宗教と同時に、法規範が普遍化し、道徳の諸準則も普遍化する。はじめは、局地的事情、人種や風土の特殊性などに結びついてきたこれらの準則は、右の状況から少しずつとき放たれ、それと同時により一般化する。（中略）これらの規定は、行為のもっとも一般的な形式しか規制しえないし、何をすべきかは告げても、それをいかにすべきかは語ってくれないといった、きわめて一般的な仕方での規制するにすぎない。」（Durkheim, 『分業論』pp.274-275 邦訳 279ページ）そして、これまでの検討の中では、こうした法規制の抽象性・一般性が、道徳や信頼など、諸個人の内面

規範の展開の尊重・確保につながるという見解を主張してきた。

しかしながら、法の抽象性・一般性（具体的規制の不存在）は二面性をもつ。法の抽象性は、一方では確かに非法への管轄移転という側面をもつが、他方では、シャイロックの功利的活動・恣意的法解釈の自由に根拠を与える可能性もある。カルボニエの法理論も次のように批判されている。「最悪の国家は、法律を最も多く有する国家である。法の謙抑は、すなわち代替的社会規範＝非法の役割・管轄の確保である・・・」と主張するカルボニエには、「法の後退や撤退は、弱者保護に欠けることになるのではないか」、あるいは「規制法（社会立法）の爆発的な増大、社会秩序の法化自体が非法の不活性という現実を表しているのではないか」とする批判が寄せられているのである。

例えば、我が国の「利息制限法」（昭和29・5・15、法律100号）は、今日でも未だに罰則をもたないが、同法の謙抑的態度は「利息付き消費貸借契約」において契約当事者の「節度」や業界の「自主規制」といった非法の十全な展開を保障する長所としてではなく、サラ金業者の高利・暴利を容認し、自己破産に追い込まれる者を大量に生みだしながら、業界の発展に寄与することを認める働きをしている。

また、例えば今日、売買契約、雇用契約や利息付き消費貸借契約の書面・文書（契約書）中において、諸々の規制法に照らした具体的条項が欠落し、契約条項が抽象的で曖昧な「信義誠実の原則」で包括的に締めくくられていれば、被用者も消費者も不安に感じ、何も契約的關係を結ぶことができないであろう（「信義誠実条項」は、契約における儀礼に対する信頼があったてはじめて成り立つ）。

法規制の後退や緩和が、近現代の社会においては、必ずしも非法の十全な展開の保障にはつながらない。カルボニエには、法の謙抑・規制緩和・自由化は、非法への管轄移転どころか、現実には弱肉強食の自由競争を激化させるように働き、競争に敗北する弱者（社会矛盾・社会問題）を生みだすことに繋がるため、反社会的ですらあるという鋭い批判が寄せられている⁵⁴⁾。

ユルゲン・ハバーマスが近代社会における債権法の抽象性や普遍性は、自由な経済的、個人主義的法秩序を意味しているように思える指摘しているように⁵⁵⁾、近代社会では既に法法規制の抽象性は、規制あってなきに等しいもの（無規制・無法）を意味すると考えられるようになっていた。法規範は人々の重大な利益・利害に関わる規制である。法規制が抽象的で曖昧であっても、法の運用の基礎となる集合意識が明確で強い状態を保っている社会（古代社会や未開社会）においては、同法が多義的かつ恣意的に解釈されるという事態は想定しにくい。しかし、現代社会のように法の運用を支える集合意識の平均的強度が多少なりとも弱まれば、抽象的で曖昧な内容の法規範は規制対象であるはずの諸個人の欲望・利益に沿って恣意的に解釈され、法の精神ともいえる社会的規制を骨抜きにされる可能性がある（今日では、具体的内容の法規制の「抜け穴」を探す者すら想定できる）。

既に、近代社会において、ヴォルテールは「すべて法律は明快、画一、的確であるべきだ。法律を解釈することは、必ずといってよいほど法律を改悪することだ」と述べている⁵⁶⁾。特に、近代法に関して当てはまることであるが、法規範の抽象性（具体的規制の不存在）が、人々の

功利的な諸活動と多義的で恣意的な法解釈に根拠を与え、社会的矛盾を拡大させる契機を与えているとして断罪されることがある。しかし、それは法規範の弱点のみに還元される問題ではなく、近現代社会において法を用いるわれわれの内面規範の問題でもあり、法を支え補完する非法（集合意識）の何らかの弱点の問題でもあるのではないだろうか。この点については、フランス民法典（1804年）を事例として稿を改めて考察する。

なお、カルボニエは、非法の十分な活動が知覚された場合には、非法という外在的強制への管轄移転として、法の役割の相対的縮小がなされうるという事実を分析しているのであって、価値や利害の多元化（意味空間の断列や矛盾）を背景に、異なった価値観の者同士が交渉や討議（やりとり）をし、合意を形成することを積極的に肯定するために、法の実質的・内容的な権威的拘束の役割の縮小・相対化を主張しているのではない。カルボニエは、討議・合意する当事者間にあらかじめ存在する外在的・拘束的な非法の十分な規制的活動が知覚されない場合においては、むしろ法の役割が拡大（討議・合意の役割の縮小＝法化）することを認識しているのである。常に社会は、法なり道徳なり何らかの規範を通じて諸個人に規制を及ぼしており、道徳的規制の相対的空疎化は、それに対応して、法的規制を相対的に拡大させるのであり、その逆の相互関係も想定しうる。節度や信頼が機能せず、合意の道徳性が失われ、当事者の正常な関係が阻害されれば、法は直ちに武装して戻ってくるのである。こうした規範間関係は、社会福祉の領域においても妥当する。自発的な社会福祉が空疎化すれば、必然的に、法による社会福祉が拡大するのであり、この法と非法との間

のバランスは、学者や政策決定エリートの決定に属する事柄ではなく、社会が必然的に決定する事項に含まれる。こうした点をふまえて、デュルケムは、道徳的人格崇拜が空疎化し、諸個人の正常な関係が阻害された場合に、法はそれを修復すべく戻ってくることを、「復原法」概念を通して主張していたのである。

7 法と社会との相互規定性

ただ、カルボニエは社会現象としての法制化（事実としての法化の過程）を観察すると、それは「二つの局面の順序だった循環」をもってしていると述べている。

「即ち、作るべき法律（*lex ferenda*）に対する社会からの呼びかけ、次いで、作られた法律（*lex lata*）の社会へのインパクト、という順序の組立です。」⁵⁷⁾

カルボニエによれば、法化ないし法制化に際して意識的に・無意識的に行われていることは、「様々なルートを通じて立法者に対する社会の呼びかけを聴取ること」であるが、これを自覚してフランス離婚法改革では、法律はあらかじめ「国立人口統計研究所」（I.N.E.D.）等が行う大規模な意識調査に裏付けられたものとなった。彼が法的立法者として立法過程をリードしたフランス離婚法改革（1975年7月11日の法律）の意識調査では、離婚の自由化を求める層（若年層）と、変化に対する強い抵抗をみせる層とが二極に分化し、こうした世論の分裂状態は変わらず、単一の合意に収斂することが不能なほど明瞭に分かれたままであった⁵⁸⁾。カルボニエによれば、このように社会の見解が割れ、価値が多元化した時期とは、離婚の自由化

法が将来、社会に対してもたらす影響・衝撃波に対して未だ十分に認識が及んでいない時期であるから、立法は必然的に試験的・実験的性格を帯び、法は自らが今後与える衝撃波・刺激に対する社会の反応を待つ準備をするという第二の局面に入るという。このような社会的葛藤の時期の立法は、多元的諸価値の矛盾した要求を組み入れ、そして複雑に絡み合わせることであり、一枚岩的な理念や道徳の意味を徹底することは出来ない。したがって、この時期の法は「同法の将来の発展のみならず朽廃に対しても開かれたもの」（様々に変化しうる可能性を残した柔軟なもの）となり、法が社会に対して与える「衝撃波・刺激」を通じて再び戻ってくる社会の反応・呼応に対応できる開かれた「柔軟な法」（Flexible Droit：具体的には今後の判例や非法に多くを委ねるもの）となる。

「これは、謎めいていると言われましたが、実験的なものでしかなく、社会自体のなかで今後描き出されるであろう進化に呼応して、同意離婚の簡略版にも、或いは、一つの客観的な離婚原因にも進化しうるものなのである。そして、そのうえ更に、裁判官とその判断権能とに、裁判所とその判例上の調整とに多くを待つことにしました。その当時は、社会は、その不安定さを統御するには至っていなかったのですから。立法上の叡知は、開かれた法律を社会に対して提案することであり得たのです。開かれた、という意味は、将来の発展と発明とに対してと同様に、朽廃に対しても開かれた法律を、ということです。」⁵⁹⁾

離婚に対する許容的法が施行され、離婚率が増加したり減少したりし、更に離婚が、子供の発達に様々な（当時としては予見不可能な）影響を与え、長期的な時間的視野で見れば、法は

全体社会に対して無数の多様な因果を通じての衝撃波を与えることになる。法が社会に与えるこのような無数の衝撃波は、再び、無数の因果を辿って法に帰ってくる。例えば、産業の発展にばかり傾斜するような脱規範的な内容の法が、社会矛盾を拡大させ、棚上げされていた集合意識を現実化することがある。たとえ、当初は最善であると信じられ、合意を得た内容の法であっても、それが実際に社会秩序に与える衝撃波によって、法は常に改廃されうる。こうして、長期的な時間的視野で見れば、全ての法は合意を超えたものに規定されるのであり、自らが与える衝撃波によって、逆に社会から影響を受け続けるのである。すなわち、法は社会との相互関係を絶やすことはないのである（是非はともかく、フランスでは、あらかじめ法と社会との距離の短縮をはかろうと大規模な意識調査が実施される）。その意味で、法は常に実験的・試験的な性格を帯びているといえる。一定の内容の法が強制力を与えられ、その力が社会秩序に様々な影響を及ぼすなかで、長期的な時間的視野で見れば、社会秩序の持続的安定の確保に結びつくような法の規範内容のみが生き残るのであり、法は周期的に「規範の純度」をあげて、集合意識との距離を短縮してゆく可能性にカルボニエは期待しているようである。集合意識は、社会の持続的安定にとって欠かせないのであり、法が集合意識と乖離したとしても、そうした乖離が集合意識に衝撃を与え、集合意識を活性化する可能性はあるのである。

いわゆる悪法、あるいは罰則のない利息制限法などの策法は、例外的に存在したとしても、長期的な時間的視野で見れば、いつまでも存在し続けるとは限らず、同法が社会秩序に対して与える衝撃波によって現実化し活性化された集

合意識の反応＝非法的抵抗によって密かに無効化されたり、あからさまに改廃される可能性は十分にあるといえよう。いずれにせよ、カルボニエにとって法規範の内容的是非に関する判断は、短期的な時間的視野で、専門的・政策的・論理的にあれこれと議論・討議・合意するような問題ではなく、言わずと知れた社会の潮流が決めるもの（言論ではなく無論）⁶⁰⁾、結果的には個人と世代を越えた社会的・歴史的判断に委ねられるものである。こうして、法規は現実の社会関係に働きかけこれを規定しながらも、同時に、法規は現実の社会関係によって一定の仕方では規定されている。このように、法と社会との間には「相互規定性」が伺えるといえるのである。

ここで、法は、一定の仕方では社会を規定しながらも、同時に社会によって必然的に規定される、法は集合意識を反映するということの意味を明確にしておきたい。中島道男の解釈によれば、デュルケムにおける法や道徳という「制度」は、集合心理である慣習に裏打ちされたものであり、たとえ人々が合意したから、あるいは合意しなかったからといって、これらの社会的事実が存在したり、消滅したりするのではない。沸騰状態において生まれる集合心理も、人々の意思や意図には還元できるものではない。デュルケムにあつては、制度を規定する集合心理の説明をする際にも、安易に個人の主体性が持ち出されることはない。すなわち、法という「制度」の源泉である集合心理は、「合意ではなく慣習」なのである⁶¹⁾。

「・・・新たに＜制度＞を形成するときでさえも、デュルケムにおいては、＜規範性の源泉＞は人々の合意に求められはしない。新しい＜制度＞は、「潜在的な現実」に基礎をおかぎ

るをえないのである。ここで「潜在的な現実」というのは、「存在するとおりのもしくは現実存在する傾向にある社会」であり、「現実にあてられているところの、あるいは進化を支配する必然的原因によって生成するよう運命付けられているところの社会状態」のことである。したがって、それは人々の意志や意識を逃れたところで形成されるものなのである。そういう意味でいえば、合意・慣習のうちの合意ではなく慣習であるといわざるをえない。」⁶²⁾

デュルケムにとって法は社会の特定の要素・個人が相互主体的に討議を重ね、合意の上で作るもの（政策・論理）ではなく、要素と要素との間の現実の関係のパターン、全体社会によって因果必然に与えられるものであり、無数の試行錯誤を要約しつつも社会構造を反映するものである。デュルケムは法が恐れるのは社会的連帯への危害であるとし、「連帯こそ法の魂であるといえる」と述べている⁶³⁾。彼は、「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、神聖な社会的連帯を持続的に安定たらしめる聖なる目的を法が担っている限り「法は神聖な事物である」としている⁶⁴⁾。

「法はたんに物的環境、風土、住民の数などと関係しているばかりではなく、平均的な国民の趣向、思想、文化とも関係しているのである。」⁶⁵⁾

デュルケムのこうした主張に鑑みれば、今日の法社会学は、短期的な時間的視野の観察・調査に基づいて、政策形成過程・立法過程上の政治権力や多元的な社会的諸力間の対抗関係（闘

争・葛藤の過程＝法の世俗的側面）に眼差しを向けるばかりでなく、圧倒的に長期的（歴史遡及的・比較法的）な時間的視野で見て、社会的価値・規範、社会の容積や密度など「社会の客観的な諸条件」が法的形態に凝縮され、少しずつであれ結晶化する過程（法の聖性）をこそ研究しなければならないのである。ところが、デュルケムは、法学者、大塚桂によって次のように評されている。

「・・・法が制定される場合、いかなる政治的な勢力が対抗関係に立つのかという問題である。デュルケムにあっては完全にこの視点が欠如しているのである。（中略）・・・法そのものを自律したものとしてとらえ、その妥当性、実効性など法の根源的テーマをさぐってみる法哲学的な思考はまったくみられないのである。さらに、所与の制度としての法律なり法制度をそれ自体あるがままにとらえようとする努力もデュルケムにはみられなかったことも指摘できよう。これらのことが、今日デュルケムが法の相対的な把握の上で示唆的な思想家であると評価されながらも、法哲学者なり、法思想家としての位置付けがいま少し曖昧になっている理由であり、あるいはその思想的存在自体が看過されてしまっている原因なのである。」⁶⁶⁾

大塚の理解によれば、法が集合意識に裏付けられていると主張するデュルケムの法理解は、法の理想的な状態（sollen）として述べられたものならば理解できる。しかし、デュルケムは、ザインとしての法、すなわち法の背後にある政治的諸勢力の闘争や確執（法の恣意的操作）という立法過程の現実を見逃しており、また、法がなぜ妥当し効力をもつのかという法哲学上、あるいは倫理学上の法の妥当性（validity）根拠の問題については語っていないというのである。しかしながら、今日の法学者こそ、法を、

自らが位置する時間的（空間的）位置に限定された、短期的な時間的視野、限定された空間的視野でのみ観察することによって、実定法の政治的・権力的性質のみに目が向いてしまっている可能性があるのであって、デュルケムが採用する歴史遡及的・比較法的視野で見れば、たとえ近現代の大規模社会においてさえ、法と集合意識の距離は周期的に接近し短縮している可能性が読み取れるであろう。確かに、法は、当初は裏付けられていた集合意識との距離をあけ、一定期間、内部論理にしたがって自律性を増したり、政治的・恣意的に操作され、権力との見分けがつきにくくなったりすることもあるであろう。しかし、デュルケムにとって、法と集合意識との乖離は法の「例外的な形態」であり、こうした状態が原則的形態として持続するのではない。法の原則的形態は、あくまで集合意識を反映した状態であり、この状態を例外的な状態であるとか、ユートピア的なものであると見なしてはならない。

歴史的に見れば、法が集合意識を反映していることは明らかである。未開社会のように、集合意識が明確で強力な状態であれば、必然的に法の内容も明確なものとなり、違法行為に対しては懲罰的・抑止的になろう。他方で、集合意識の平均的強度が弱まり、社会的価値が多元化し価値や利害が葛藤する時期には、法もそうした社会の状態を必然的に反映し、将来の社会的潮流の変化に開かれた柔軟な法になり、規範違反に対する制裁も脱抑止的・復元的なものになるのであろう。このように集合意識の状態、集合意識の状態の変化に対応する客観的な社会の状態が法を規定するのである。ゆえに、因果関係を逆に遡ると、法規の内容に変化があれば、社会的連帯の様式（社会構造の客観的諸条件）

に変化があるという事実にとり着くことが出来るのである。

おわりに

以上の検討において、非法として想定される自生的秩序が「法源」であり、法に「抵抗」する、あるいは「中和化」する特性を持っていることを検討してきた。法と法以外の社会規範（非法）との間には、「法の自己制限」、「法の自己中和」、「法に対する事実の抵抗」、「規範間の葛藤・抵触と良心的抵抗」など多様な「規範間関係」（inter-normativité）が存在しうることを検討してきた。

合法性の権威や、一般的確実性を追求する法の拘束力・強制力の下では、法や公的な法解釈（有権解釈）を相対化・脱中心化したり、法規範を多義的に解釈したり、法に対して自己主張（合意）を押し通したりする個人の主体的側面は相当に色褪せて見える。特に、法規範の意味内容が公式的・直接的に同定されてしまっている場合、法の前での主体性（多様な紛争状況定義や個性的な法解釈・法規範の自由検討）は逸脱と定義され、否応なしに社会統制の対象となる可能性は否定できないであろう。

しかしながら、道徳や習俗、慣習や民意など、個人の主張や合意を支える法以外の社会規範の活動が知覚される場合、法は、当事者の主張や合意を基礎づける慣習や道徳を尊重し、敢えて自らの管轄を縮小する。殊に、法規範が抽象的で曖昧な記述である場合、規範内容は同定されておらず不確定のままであるといえるわけであるから、法規範を解釈する諸個人の内面規範の十全な活動・展開（道徳を基礎とした法規範の自由検討＝道徳的法解釈）が保障される可能性

が高まってくるといえよう。拙稿「抑止法の後退と復原法の発達」（下）でも示したように、こうした場合、いわゆる「市民社会論」になぞらえて、法（国家法）の後退（相対的空白）は、言語を媒介した諸個人の相互主体的な活動、討議や合意によって補われ、支えられると考えるのではなく、法が後退し、諸個人の合意や契約を「規制」する「道徳」や「慣習」（無数の経験の要約）が尊重されると考えること（「規範間関係論」の視点・規範の連係プレーという概念）が重要なのである。法の相対的空白部分には、法以外の社会規範がすかさず流れ込み、契約においても家庭においても自生的秩序を成立させるのである。法にせよ、道徳にせよ、行為規制の仕方が異なるだけであり、どちらも同じ「外在的拘束」に属するのであって、どちらの規範が優勢性を保っている場合にも、社会的規制が存在することにかわりない。ともあれ、個人的なものの表現形態である討議や合意を重視する市民社会論と、常に個人を超えた外在的な拘束に注目する規範間関係論との根本的な相違こそ強調しておかねばならない。

確かに、中世においては、法は封建制や絶対主義王権を支えていた。また、今日では闘争理論家、リチャード・キニーが指摘するように、法は多元的な諸利害・諸価値の葛藤のなかで権力を持つ一部の人間の価値・規範を一方的に反映するものであったり、あるいは、近年、法社会学において有力なオートポイエシスの法理論において主張されているように、法は内部論理に準拠して自己を再生産する閉じたシステムとしての側面をもつこともあろう。

だが、デュルクームが指摘するように、法が集合意識と乖離することは「例外的」であり、法は本質的には集合意識の表明である。ゆえに、

法は、法以外の社会規範との関連性を遮断されては、人々の支持を失い、もはや生き続けることは出来ない。法と、法以外の社会規範とは密接で不可分の関係にある。原初形態の社会を近代社会と同時に観察してゆくような極めて長期的な時間的視野で眺めれば⁶⁷⁾、近代革命によって法の内容的矛盾・不均衡は取り除かれたわけであり、今日でも法の内容的矛盾は「密かに」無効化・中和されるだけでなく、法運動を通じて「あからさまに」改廃されることがあるのである。

デュルケミアンの法社会学者、ロジャー・コトレルが指摘するように現代法は政府の道徳（国家の政策的な社会統制の部分）と社会における人格崇拜の価値、双方を含んでおり、これら複数の価値の間の不断の緊張関係のなかにおかれている。⁶⁸⁾

法が世俗化したり、独自の内部論理を貫徹したりすることで集合意識から乖離すれば、そのような法のもたらす不均衡で不条理な結果が人々に根付く集合意識を刺激し、矛盾のある法に対する反作用として「周期的」に集合的沸騰をもたらすことも想定できよう。周期的に生ずる集合的沸騰の過程で理想が活性化され現実味を帯び、既存の法を解体しつつ、新たな法として結晶化する。こうして、世俗化し矛盾を増大させた法と集合意識との距離は周期的に近づくことによって、法は規範的に強化されるのであり、こうした経緯を経て今日の法の社会化や福祉化が進んだものと理解できる。デュルケムのいう集合意識の「結晶化」（crystallization）とは、少しずつ少しずつ、徐々にであれ集合意識が法に反映され固定化してゆくといった、極めて長期的な過程における法の形成を視野に入れているのである。

カルボニエが「法の自己中和」や「法に対する事実の抵抗」の問題として指摘しているように、集合意識と乖離した法も常時密かに作り替えられ、あからさまに拒絶されたり改廃されることなく、集合的信念に近づけられ、受容されているともいえよう。輸入された西欧近代法に対して、土着の自生的な法秩序（法意識として人々に内面化された地域固有の慣習法）が抵抗を試み、西欧近代法の一方的な運用を拒み、撤退を要請している、法を不必要としているという観点から、日本における所有権の性質、契約における「義理」や信頼（信義誠実条項）の働きを検討する試みは興味深いであろう。こうした法と非法との「規範間関係」という客観的な観点から、日本人の法意識の問題を今後、検討したい。

また、カルボニエの指摘にあるように、試行錯誤としての試験的・実験的な法が人々の集合的信念（生ける法）に衝撃波を及ぼし、世論の潮流を徐々に固め、規模的な内容・実質に収斂させる方向に導いてゆく可能性もありうるであろう。今日でも、集合意識は無に帰したり社会の一部に限られてしまうのではなく、時に動的な過程の中で刺激され活性化され、目的意識性をもって現実化することも考え得るのである。そして、おそらく、法規範の空白は、法以外の社会規範の働きによって補完されるのが常であり、更には、法規範は記述の抽象化（具体的に用語の意味を同定しないこと）によって敢えて自らの規制機能を縮小し、法以外の社会規範の活動を確保することすら想定できるのである。法は、社会を規定すると同時に、社会によって規定されており、法の内容的矛盾や行きすぎも社会による「密かな抵抗」や「あからさまな抵抗」（法運動による法の改廃）によって作

り替えられ修正されているのである。

しかしながら、法規範の抽象化などによる「法の自己制限」は、非法の管轄を保護することに繋がるのみならず、功利的活動、欲望の解放を正当化する根拠を与えることにも繋がりがねない。ここに、確かに抽象的な法の弱点があるのであるが、法の抽象性は法の弱点のみに還元されるのではなく、法解釈・運用の過程において、法規範に生きた「道徳的意味」を与える集合意識の弱点でもあることを忘れてはならないであろう。こうした視点で、抽象的規制であるがゆえに断罪される近代法を理解することは、大胆であるが非常に興味深い試みである。

デュルケムやカルボニエが指摘するように、今日でも、規範間には密接な相互関係がある（法は集合意識と密接な相互関係を保っている）。したがって、非法の空疎化は、最終的には法の管轄の拡大（社会秩序の「法化」）に繋がる。法と非法は、相互に補完的な関係にあり、どちらかがその機能・働きを相対的に低下させれば、他の規範が相対的に活動を活発化させるというように、規範間の優勢性には変化（mouvements）が伺えるのである。ただ、法化が進む際にも、法は非法の今後の動向（活動状況）に対して開かれたものである。法と非法との間には常にダイナミックな連携関係が存在するのである。

注

- 1) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit', texte paru dans les Archives de philosophie du droit, 1963, et reproduit dans son *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9 e ed., Paris, L.G.D.J., 1998,
- 2) 大木雅夫『比較法講義』東京大学出版会 1992年 202ページ
- 3) 宝月誠「社会的ルールの成立」『応用心理学講座 5 法の行動科学』木下富雄, 棚瀬孝雄編 新曜社 1991年 7ページ
- 4) 星野英一『法学入門』放送大学教育振興会 1995年 148ページ
- 5) 星野英一『同上書』 1995年 163-164ページ
- 6) 宮澤節生『法過程のリアリティー』新山社 1994年 120ページ
- 7) 大村英昭, 宝月誠『逸脱の社会学』新曜社 1979年 88-90ページ 宝月誠は、法規範のモデルを、合意モデル、闘争モデル、多元モデルというように3つに区分し、デュルケムの法理論を合意モデルに該当するものとしている。
- 8) 川島武宜『法社会学における法の存在構造』日本評論社 1950年 はしがき 11-13ページ
- 9) 宝月誠「社会的ルールの成立」『前掲書』 1991年 7ページ
- 10) 川島武宜『日本人の法意識』岩波新書 1967年 12ページ
- 11) 井上達夫「ルールを理解するとは」『応用心理学講座 5 法の行動科学』木下富雄, 棚瀬孝雄編 福村出版 1991年 64-72ページ
- 12) Ehrlich, Eugen., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, 川上逸倫・フープリヒト訳『法社会学の基礎理論』みすず書房 1984年 ドイツの法社会学者、エールリヒは、法とは秩序付けであるとして、様々な社会団体の生ける法が、社会化された法曹による自由法によって裁判規範や法命題へと一般的な準則へと段階的に制度化されてゆくという法形成過程を、説得的に主張した論者として有名である。
- 13) Émile Durkheim *La Science Positive de la Morale en Allemagne*, *Revue Philosophique*, 24 1887 「ドイツにおける道徳の実証的科学」『デュルケムドイツ論集』小関藤一郎, 山本雅之共訳 行路社 1993年 148-149ページ
- 14) Émile Durkheim, 『デュルケム法社会学論集』内藤莞爾編訳 恒星社恒星閣 1990年 20-21ページ なお、この『デュルケム法社会学論集』はデュルケムの手による、法社会学関連の20本の論文や書評を収集したものである。
- 15) Durkheim, 『同上訳書』 1990年 18ページ

- 16) Richard Quinney, *The Social Reality of Crime*, Little Brown, 1970, p.16. キニーによれば、公式政策には様々な側面がある。権力、権威や権限を分配するという政治的側面、商品やサービスを分配するという経済的側面、超自然的なものに対するコミュニケーションをコントロールするという宗教的側面、家族のありかたや性的秩序をコントロールするという人間関係的側面、共同体の維持や防御を統制するという公共的側面である。こうして公式政策は、社会を統制する王座を占めているが、特に、政治的側面における公式政策を具体化するために、競争関係にある諸集団の間では熾烈な闘争が展開されることが一般的である。こうした闘争は、最終的には権力の分配において大きな差異を創出することにつながってゆく。
- 17) E.Durkheim, *De La Division Du Travail Social*, - Etude sur l'organisation des societes superieures, [1893] I^{re}éd 1930 5eéd 1998 Quadrige, Paris, P.U.F., 田原音和訳『社会分業論』青木書店 1971年。（本文中並びに注釈の中では Durkheim, 『分業論』と略記する。）
- 18) 星野英一『民法論集8』有斐閣 1996年 204ページ
- 19) 北村一郎「非法（non droit）の仮説をめぐって」『日本民法学の形成と課題』（上）中川良延，星野英一共編 有斐閣 1996年 12-13ページ
- 20) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.37. なお、カルボニエの引用に関しては北村一郎氏の以下の論文を参考にするとともに、フランス風の比喩的で難解な箇所については意識を取り入れたところがあることをお断りしておきたい。北村一郎 「非法の仮説をめぐって」同上書 1996年 5-6ページ
- 21) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.37.
- 22) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.93.
- 23) 道徳的性格を帯びた諸規範（宗教、習俗、慣習）の「総和」を可能とする基準となる基底的な規範こそ、集合意識に近いものではないであろうか。
- 24) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.38. カルボニエの分析にしたがえば、非法とは社会が選択する事項に属するもの（Le Non-droit comme donnee sociale）、及び個人によって選択可能な事項に属するもの（Le non-droit comme choix individual）とに分類できる。前者に関しては更にいくつかの形態に分類可能である。
- 25) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.31.
- 26) 北村一郎 「非法の仮説をめぐって」前掲書 1996年 10-11ページ
- 27) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.26.
- 28) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.29. カルボニエは、法は人的関与を必要とするということを、次のように表現している。Le droit est depouve d'automatisme, il ne s'accomplit que par l'intermédiaire des hommes; . . .
- 29) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,pp.28-29.
- 30) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit' *Flexible droit*.,p.29.
- 31) 北村一郎「非法の仮説をめぐって」『前掲書』1996年 12ページ
- 32) 川島武宣 『前掲書』1967年 61ページ
- 33) 川島武宣 『前掲書』1967年 61ページ
- 34) 川島武宣 『前掲書』1967年 75ページ
- 35) 川島武宣 『前掲書』1967年 76-77ページ
- 36) 義理に関する性格づけに関する研究としては、R. Benedict, 『菊と刀』社会思想社 1972年 133ページなど
- 37) Ian macneil, *The New Social Contract*, Yale University press, 1980,
- 38) 川島武宣 『前掲書』1967年 114-116ページ
- 39) 六本佳平 『法社会学』有斐閣 1986年 220ページ
- 40) 六本佳平 『同上書』1986年 221ページ
- 41) 北村一郎 Une esquisse psachanalytique de l'homme juridique au Japon, in Etudes de droit japonais, Paris, Société de législation

- comparée, 1989, p.25 et s.
- 42) Jean Carbonnier, *ESSAIS SUR LES LOIS*, 2e éd., *RÉPERTOIRE DU NOTARIAT DEFRÉNOIS*, PARIS, 1995, pp.303-304.
- 43) Carbonnier, *ESSAIS SUR LES LOIS*, 1995, p.305.
- 44) 北村一郎「Jean Carbonnier, Essais Sur Les Lois.」『国家学会雑誌』97巻3号 1979年 330ページ
- 45) Carbonnier, *ESSAIS SUR LES LOIS*, 1995, p.289.
- 46) カルボニエは、グンダー・トイブナーとニコラス・ルーマンの唱える、法のオートポイエシス理論を念頭におき、自己決定的・自律的な運動は、それ自体が外界に対する衝撃波として、社会からの反応に曝されると考えている。
- 47) 北村一郎「Jean Carbonnier, Essais Sur les lois」『前掲書』1979年
- 48) 北村一郎「非法の仮説をめぐって」中川良延、星野英一共編『星野英一先生古希祝賀 日本民法学の形成と課題 上』有斐閣 1996年 24ページ
- 49) 北村一郎「非法の仮説をめぐって」『前掲書』1996年 18ページ
- 50) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit', *Flexible droit*, p.47.
- 51) Carbonnier, 'L'hypothese du Non-droit', *Flexible droit*, p.37.
- 52) 北村一郎「非法の仮説をめぐって」『前掲書』1996年 18ページ
- 53) 久保正幡『西洋法制史料選III』久保正幡先生還暦記念出版準備会編 創文社 1979年 198ページ 複数の学者が、フランス人権宣言1, 4条、及び、フランス民法典6条, 1134条は契約自由の原理を示しているという（星野『民法論集7』有斐閣 1989年 121ページ）。そして、1134条は意思自治の原理までもを表さないとするのが通説である。また、1905条においては利息付消費貸借契約の自由を保障している。従来からの利息制限法による法的規制は、フランス民法典によって、社会関係の統御から撤退したのである。ただし、1907条以下においてフランス民法は利息制限の可能性をにおわせている（Carbonnier, 「社会現象としてみたナポレオン法典」『法と刑罰の歴史的考察』大久保ほか 名古屋大学出版会 1987年 475ページ）。
- 54) 北村一郎「非法の仮説をめぐって」前掲書 1996年 19ページ
- 55) Jürgen Harbarmas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit, untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Miteine, Vorwort zur Neuauflage, 1990, S., 『公共性の構造転換』細谷貞雄・山田正行訳 未来社 1994年 107ページ
- 56) ヴォルテール「哲学辞典」高橋安光訳、串田孫一編、ヴォルテール、デュドロ、ダランベール『世界の名著』35巻 中央公論新社 1980年 312ページ
- 57) Jean Carbonnier, 「フランス離婚法改革を通して見た法と社会との関係」『日仏法学』15号 北村一郎訳 1987年 70ページ
- 58) Carbonnier, 「フランス離婚法改革を通して見た法と社会との関係」『日仏法学』1987年 74-77ページ
- 59) Carbonnier, 「フランス離婚法改革を通して見た法と社会との関係」『同上書』1987年 78-79ページ
- 60) この点に関しては中久郎氏の優れた研究と発表に従っている。
- 61) 中島道男『デュルケムの＜制度＞理論』恒星社厚生閣 1997年 159-171ページ、中島道男「デュルケムの＜制度＞理論の意義」佐々木交賢編『デュルケム再考』恒星社厚生閣 1996年 198-208ページ
- 62) 中島道男「デュルケムの＜制度＞理論の意義」『前掲書』1996年 202ページ
- 63) Durkheim, 『前掲訳書』1990年 18ページ
- 64) Durkheim, 小関藤一郎、山下雅之共訳「ドイツにおける道徳の実証的科学」『前掲書』1993年 107ページ
- 65) Durkheim, 「ドイツにおける道徳の実証的科学」『同上書』1993年 103ページ
- 66) 大塚桂「デュルケムと法・覚書—法力論について—」佐々木交賢編『デュルケム

- 再考』恒星社厚生閣 1996年 253ページ
- 67) 松浦雄介 「知と信の社会理論—宗教生活の原初形態における—」『社会学評論』51巻1号 有斐閣 2000年 3-4ページ 松浦氏は、過去を現在（近代社会）と重ねて眺めるデュルケムの見方を「遠近法」の攪乱と表現している。
- 68) Roger Cotterrell, *Émile Durkheim: Law in a Moral Domain*, Stanford University Press, 1999, pp.109-118.

The Law and Spontenus Order

Resistance based on collective consciousness against the law

Yuichiro MAKIGUCHI*

Abstract: This paper discusses the function of nonlegal social norms, called *collective consciousness* by Emile Durkheim and law in action by Eugen Ehrlich, in the application of law. The application of law is not an automatic process. Law functions in conjunction with individuals. So the consciousness or morals of an individual has a great effect on the law. If there is a conflict between law and inner morals, law can't have a prohibitive effect on us. Law is resisted and neutralized by our inner social norms. In Japan, there are many customs about contracts and property. Many Japanese hesitate to make a detailed contract according to civil contract law to protect against a tort or neglect of obligation (litigation). They prefer an oral contract or making a simple contract which contains a clause such as the following: "If we have a dispute about the contract, we must resolve the problem peacefully according not to the law but to the trust or confidence between us". In spite of importing western modern civil law to Japan, there are many native social norms of contracts, and the native social norms require the regression of western modern contract law (insistence of rights). According to a theory of inter-normative relations by Jean Carbonnier, many people in present society live their everyday lives without the law. They only obey inner whisperings coming from morals or customs that they have learned and internalized by the preaching of their grandmothers, or education in the community. We control our behavior by obeying not the law but social norms like morals. So if there is a discrepancy between the law and social norms, social norms resist and protest against the law and correct the disequilibrium of the law. There is a close relationship among all norms, including the law. They effect each other and function holistically (totally). According to Durkheim, law, religion and morals, are all social regulations, social constraints. They are a symbol of *collective consciousness*. Some sociologists say that the law is formulated according to the interest of a particular power. But such incorrect law is greatly resisted by collective consciousness, and strengthens collective consciousness. Eventually, in the long term, incorrect law is neutralized by collective consciousness.

Key words: inter-normative relationship, Émile Durkheim, Jean Carbonnier, native non-legal social norms, auto-neutralization of law, the spontaneous order,

* Graduate student, Graduate school of Sociology, Ritsumeikan University