

保田：日本における規範について－その状況依存性の歴史的考察－（後編）

日本における規範について⁽¹⁾

－その状況依存性の歴史的考察－

（後編）

保 田 卓

On Norm in Japan:

A Historical Study of Its Situation-Dependency

(Part 2)

Takashi YASUDA

Ⅲ 起源の考察

（2）近世起源説の検証

3. 中世における規範

中世における規範が普遍主義的であったことを主張する向きがある。まず水林(1983)は、一揆契状や軍陣壁書を引きつつ、そこに見られる「道理」について、「中世の『道理』とは、まさに、そのような普遍主義的な性格を有していた」(p.134)としており^①、また中世における紛争解決様式が、「争い解決を行う社会および国家が、争い当事者の主張に対して、人々の恣意をこえて存在する客観的規範を基準として、いずれの主張に正当性が認められるかを決定するところの、理非判定的争い解決様式」たる「《判定》的方法」であったとしている(p.121)。また、佐藤(1988)では、中世における社会的決定が、客観的に存在する「ルール」の発見ないし同定であるとされており、それを普遍主義と呼んではないものの、この語の本稿における概念規定からすれば、少なくとも近世に比べればその傾向が認められるという主張と見てよからう^②。以下、これらの先行研究を検証しながら、中世の規範の状況依存性を探ってみたい。

中世後期＝室町時代

さて、水林(1983)および佐藤(1988)では、「中世＝普遍主義」的主張の根拠として、中世後期の象徴的社会集団であった「一揆」を共通してとりあげている。したがってこの二者を検討するには、まずもって「一揆」の検証をせねばなるまい。水林において一揆契状などにおけ

る「道理」が「普遍主義的な性格を有していた」とされていることはすでに述べたが、佐藤(1988)は、「広狭さまざまな範囲のルールとその領域、そしてそれを担う中間集団(=法共同体)」の代表としての「一揆」における社会的決定が、「あくまでもルールにもとづきルールを同定する作業とされ」、武力による自力救済を基本とした「一揆」集団間の紛争も、「常にあくまでも正しいルールを同定するために争われたのであり、また集団間のコンフリクトの武力解決においても一定のルール(「相論之作法」)が認められていた」とする(同上、p.70)。

しかし、「一揆」集団のルール志向性に関しては、それに疑問を生ぜしめる事例がある。例えば、五島列島の小領主層が1414年に結んだ『五島某浦住人等一揆契約状』には、喧嘩両成敗法の初見として知られる次のような条文がある。

喧嘩・鬭闘いできたらん時は、親子に限るまじく候。両方二人お失い申すべく候。(石井他編(1972)所収、下線引用者)

石井進はこの条文から在地の小領主における「ある種の専制的支配」を示唆しているが(同上(解題)、p.546)、この後の喧嘩両成敗法に「理非を論ぜず」という表現が多用されたことに端的に示されているように、そもそも喧嘩両成敗法とは、集団内でいさかいが起きた際に、それに参加した当事者すべてを無条件で罰するという、理非判断を斥ける性格の法であり、後に注記するようにその論理は中世の始めから存在し、集権化と共に徐々に強化されて前編(保田、1996)既述の如く近世においてその一つの完成態(=紛争顕在化回避の論理)をみるのである。それが比較的早期の地方の小「一揆」の契状に含まれているという事実は、「一揆」のルール志向性の、ましてやその「普遍主義的な性格」の主張に、一定の留保を余儀なくさせるものと思われる⁽⁴⁾。

尤も喧嘩両成敗法は一揆契状に普遍的に見られるものではなく、喧嘩・相論に関しては寧ろ水林(前掲)が、「一揆」の「普遍主義的な性格」を示す資料として引用している『松浦党一揆契諾状』の次の如き規定の方が一般的であった。

一揆中において、所務・弓箭・境相論並びに市・町・路頭の喧嘩鬭闘出来の時は、先づ近所の人々馳せ寄り、時儀を宥むべし、もし猶以て難儀に及ばば、一揆一同会合せしめ、道理に任せて成敗せしむべし。(石井他編前掲書所収)

しかし、同じ契状中に次の条文がある。

公方の御大事においては、分限の大小を云はず、中途に談合を加へ、多分の儀に随ひ、急速に参ずべし。但し火急の御大事出来せば、承り及び次第に馳せ参ずべし。(石井他編前掲書所収)

石井紫郎(1986)はこれについて、『公方』につくか否かが、彼らにとってその都度全員の

『談合』によって決められるべき重要事項だとすれば、『火急』であろうとなかろうと、かわりはなく、『多分の儀』を徴する手続を省略することは許されない筈である。従ってこの規定は、『公方』につくか否かを定める決定手続に関するものでなく、『公方の御大事においては……急速に馳せ参ずべ』き、構成員の応召義務を定めたものと理解すべき」であるとしている(pp.127-128、下線原著傍点、以下同)。前者の条文とは規定事項こそ違え、ここでは「多分の儀」による「談合」すなわち多数決による合議が一種の「セレモニー」(同書、p.128)として理解されている。これが相論の処理に関する事項に見られるのが、『肥後・薩摩・大隅・日向国人一揆契約状』中の次の条文である。

此の契約衆中において、所領相論以下煩はしきこと、出来候時は、各談合を加へ、上裁を仰ぎ、多分の儀を以て、理運に任せ、口入致すべく候。(石井他編前掲書所収)

これについて石井紫郎は、「そももこの南九州の国人たちは、『別して將軍家を守り申すべき故に……守護人(＝島津氏)ニ同心の儀を止め』、『あひ互ひニその理非を公方にまかせたてまつる□ほど、身を全くせんがために、一揆を結ぶ所』なのであり」、こうした経緯の下でこそ、条文に謳う如く「上裁」「多分の儀」「理運」を「予定調和的關係」で繋ぐことができるのであるという。そして、『多分の儀』はこの場合、白紙の状態から出発して議論をたたかわせ、どちらにするかを『頭数を算え』て決定する、というよりは、むしろあらかじめ前提されている方向に向って全員をひきずっていくためのセレモニーとして機能した」ことを示唆している(同上、p.127、()内引用者)。こうした事例を見ると、相論に関して、前掲の『松浦党一揆契約状』が「一揆一同会合せしめ、道理に任せて成敗せしむべし」とする規定も、また他の多くの一揆契約中の喧嘩・相論に関する同様の条文も、それがどれだけ本当に、「正しいルールを同定する」ことを期するものであり、「普遍主義的」であるのかが疑わしくなる。尤も、松浦党一揆も南九州国人一揆も、強権者への参照関係をもった云わば「変質」後の「一揆」であり、これらを以て初期の「一揆」のルール志向性に関して云々することはできないが、だからこそ逆に、これらの「一揆」が「普遍主義的」であったとも言い難いのである。

さらに、「一揆」集団間の紛争が、ルールに従ってルールを同定するために争われたという主張も、無条件には賛同し難いところがある。中世において、「比叡山延暦寺・高野山金剛峯寺・興福寺・東大寺などの有力寺院では、僧侶などが衆議あるいは評議によって一山の掟を定めたり、特定の問題に関する決議を行ったりして」おり、「集団意志の決定にあたっては、議論の後『多分評議』『多分同心』という多数意見が採用され、その決定に沿って『一味和合』という一致した集団行動が確認された」(峰岸、1981、p.31)。そして、「このような寺社勢力が、ある場合は寺社勢力間で、ある場合は他勢力と抗争し、またその組織内部の階層間での激烈な抗争がある」(同上、p.30)。峰岸は、「これらの行動様式やその形態が、寺社組織のそれぞれ成員を媒介にして、同一レベルの他の社会集団の中に移植されていったと考えられる」ことから、「寺社組織(勢力)は一揆の『胎盤』である」としている(同上、pp.30・32)。さて、これらの衆徒らが朝廷などに対してある要求を議決した場合、大挙して当局におしかけ、物理的威

嚇や暴力を加えるといった行動に出ることがしばしばであり、「列参強(嗽)訴」と呼ばれた。こうした「強訴」は、「訴の受理者や論人からみて理不尽なるのみならず、訴える者自らも理不尽と自覚する訴に対しても、理を尽くすことのできない訴」であった(笠松、1979、p.172)。例えば、興福寺が和泉の寺領における国司の暴政を幕府に訴えている1198年の牒状の中に、次のような件がある。

対問あるべきの由、物議に叶ふべからざるの事

右刑罰の法、糺断に従ふといへども、事により時により皆斟酌あり、およそ三千衆徒同心の奏状、朝家疑胎するの条、往代未聞、何ぞいはんや対問においておや、これ猥りに王憲に乖くにあらず、その理かたがた然るべし。

つまり、興福寺三千人の衆徒が「一味同心」しての訴えであるのに、その正当性を疑い、あまつさえそれを裁判にかけるとは何事か、というわけである。そして要求が容れられなければ、「発向^{はつこう}とよばれる紛争の相手方に対する集団攻撃、寺社の門扉を閉ざし全員が離山する一種のストライキ」、「法螺貝が吹きならされ、鉦や鼓が打ちならされ、数千の衆徒の放声や怒号があたりにはびき、道筋では喧嘩や乱暴狼藉がおこなわれ」、といった実力行使に出るのであった(勝俣、1982、pp.49-50)⁹⁾。こうした行動が、ルールを争う訴えであるかどうかはともかく、ルールに従ったそれであると言えるだろうか¹⁰⁾。さらに、「列参強訴による訴えは理不尽でも認めるべし」という「一揆の力」(同上)を恃む発想は農民層にも見られる。例えば1442年の領主東寺に対する山城国上久世荘の名主百姓による訴状は次のように言う。

名主御百姓等一同ニ連参仕候て、形の如く目安を捧げ申候上は、たとえ過分の訴訟を為すと雖も、上として御扶持有るべく候(笠松他編、1981、一部書き下し修正、下線引用者)

以上見てきたように、「一揆」に全きルール志向性を認めるのは困難であり、ましてその「普遍主義的な性格」を主張するのは尚更無理があるのである。

「一揆」は、確かに中世後期の象徴的な社会集団ではあったが、それは「日常性をこえた問題、通常的手段では解決が不可能な問題」のために形成され、そのためにのみ機能する「非日常的な集団」であった(勝俣、1982、pp.4-5)。では、中世後期において日常的に機能している規範(認識)はどのようであったか。ここでは、その状況依存性に関して示唆的な二つの事項について触れる。

第一に、この時期の訴訟の在り方である。例えば、將軍の介入によって所有する荘園や職を手放すことを余儀なくされた東寺の僧達が、1408年の將軍代替わりを機に、新將軍にはたらきかけ、判決を覆した例がある。このように、「室町殿の代替わりがもたらした裁許は、次の代替わりの際くつがえされるべき可能性にさらされて」いた。しかも、「かれらの訴えは、多くのばあい、幕府訴訟機構の定める手続きを経由しない。訴は、有力者や側近を通じて室町

殿の許へもたらされるのであって、それまで『権勢』に誇っていた側は、一転して自らの主張を述べる機会すら与えられぬことも珍しくな」かったという(筧、1992、p.90)。訴訟の行方を左右するのは將軍ばかりではない。「実例を示せば、山城国上九世庄の公文職をめぐる真板氏と寒河氏の争論は、それぞれが服属する畠山・細川のいずれが幕府の管領の職についているかによって勝敗が二転三転するのであって、ここでの『理非』は政争の波にもまれる木の葉の如きものとなってしまっている。高権力や実定法のあり方を規定するものであったかつての『理非』は、室町期の在地領主においては逆に高権力のあり方に規定されるものとなったのである」(石井紫郎、1986、p.99)。つまり、本来公的＝普遍的な性格をもつべき幕府の判決が、將軍や管領とのコネという極めて個別主義的な要因で決せられていたのである。

第二に、当時の社会の「現実の場における紛争解決手段の最も一般的パターン」であった「中人制」(勝俣、1976、p.177)である。「中人制」とは、「紛争当事者双方が中人(仲人)と呼ばれる第三者にその解決を委ね、その調停によって和解する」手続きであるが(同所)、これに関して、次の三点が注目される。

- ①「中人」とされるのは、「多くの場合、その紛争当事者と生活の場を同じくする有力者で、それぞれ紛争当事者の性格により郷村の指導者・僧侶・神官・領主・守護など」であった(同上、p.178、下線引用者)。
- ②「守護被官の社領押領を守護法廷に出訴しようとした神官に対し、守護被官が、中人として僧二人をたててこれに対抗すると、神官はこの中人の調停に応ぜざるをえなかった事例(文明一〇年友永置文、「須須神社文書」)からも知られる如く、一般的には、公的裁判所への出訴は、この中人制の存在によって強く規制されていた」(同所)。
- ③調停の実際は、「当事者双方の主観的平衡感覚を満足させること」を意味する「中分」を基本とし、「そのため中人は今日からみれば、極めて欺瞞的操作を行った」(同所)。

この三点に関しては、「中人制」は既述の近世の「根回し」(前編＝保田、1996参照)に類似している。実際、「近江の山中郡中惣・肥後相良氏領の郡中惣・肥前松浦一揆などの裁定権は、いずれもこの中人制を前提としている」(同所)ことから見て、「中人制」が「根回し」をはじめとする近世的紛争解決システムの原型となったか、あるいは少なくともそれが全域的に普及する下地をつくったということは十分に考えられる。確かに、中世後期には「イエ」的と言える集団は武家社会に限られており、その状況下で行われる「中人制」は「根回し」ほどには個別主義的ではない。しかしその「中人制」と言えども、上記の③の如き性格は、(一般的な意味での)「訴訟」などに比べれば遥かに状況依存的であると言えよう。

以上、中世後期における「一揆」・訴訟・調停について見てきたわけであるが、これで中世後期の規範の在り方のすべての側面が尽くされたとは到底言えないとしても、その徴表(Merkmal)的なところはおさえられたのではないと思われる。これを踏まえて考えると、中世後期の規範は、その存在形態(分立的で統一を欠く、など)や利用のされ方に問題はあるとしても一応は「法」と呼べるものが存在し、それが社会的決定に際して一定の規定力をもっていたことの、「一揆」などの集団における社会的決定の局面で合議がこれまた一定の重要性を

もっていたことなどから、近世に比べれば「普遍」の極に近いとしても、それを、例えば後述する西欧近代の規範と同じ程度においては、「普遍主義」的とは呼べないのではないだろうか。したがって、本稿の関心から言えば、近世を以て現代日本の規範の状況依存性の発生時期と考えることはできない。

中世前期＝鎌倉時代

さて、ここまでで中世後期以降の規範の在り方を検討したわけであるが、少なくとも中世後期以降は、日本における規範は程度の差こそあれ状況依存的であったことがわかった。ではさらに遡って、中世前期、すなわち鎌倉時代⁸⁾の規範はどうであったのだろうか。鎌倉時代は、かつて三浦周行・中田薫らの歴史家や法制史家によって「最も法の支配が確立されていたかの如く称えられ」(笠松・羽下、1963)、それが「常識」となっていたが⁹⁾、その後の多くの経験的研究によって、この「常識」が揺らいでいる。以下、御成敗式目を皮切りに、当時の法制や法実務、さらには訴訟当事者の行動を調べることによって、この点を検証し、当時の規範の在り方を推察してみたい。

まず式目であるが、鎌倉幕府の基本法典であるこの式目に関して、制定者の代表とも言うべき時の執権北条泰時が、弟で六波羅探題の重時に宛てて二通の手紙を書いており、その中に次のような件がある。

さてこの式目をつくられ候事は、なにを本説として注し載せらるの由、人さだめて謗難を加えること候か。ま事にさせる本文にすがりたること候はねども、たゞ道理のおすところを記され候者也。(石井他編(1972)所収、一部書き下し修正、下線引用者)

つまり、式目は特定の「本説(本文)」つまり「依拠すべき法理上の原典」(同上、注)の注解であったり、あるいはそれに依拠するものではなく、ただ「道理」に従って書かれたものだ、というのである。では「道理」とは何か。『広辞苑』(第四版)には「①物事のそうあるべきすじみち。ことわり。②人の行うべき正しい道。道義。」とある。この現代語の語義の字義通りの意味で読めば、式目は極めて普遍主義的な法典として定められたことになる。しかし当時の「道理」の語は、これとはかなり違った意味で用いられていたようである。牧(1938)は、中世武家法における「道理」について、次のように述べている。すなわち、「合理と道理との違ふところは、前者が純粹に理性的であるに對して後者は常識的であるところに存在する。常識的であるから種々根本原理のちがったものを包容している」(p.204)。泰時は先に引用したのとは別の方の手紙で、式目の依拠する道德律が、「従者主に忠をいたし、子親に孝あり、妻は夫にしたが」うことであるとして集約的に述べているが(石井他編前掲書所収)、中世武家社会の「常識」としての「道理」の内容とは、例えばこうした道德律であろう。しかし、笠松(1993)によれば、御成敗式目はこうした「個別的・具体的な『道理』の集合体」ではないという。第一に、式目には当時の武家社会の「常識」に反した規定が見られる。例えば、「悪口」や「殴人」を罰する条文があるが、「喧嘩・口論ぐらゐはそれこそ『武士のならい民間の法』であつて、こんなことに権力が介入して流罪や所帯没収を決めた『法』は、從來存在した『理』

とは全く別のものであった」（笠松、1993、pp. 186-7）。第二に、式目は「常識」としての「道理」なら何でも基にしたわけではなく、その中で選択を行っていた。例えば所領について、「相伝の私領をもって、要用の時、沽却せしむるは定法なり」と説明している条文は、実は恩領売買禁止のそれである。加うるに、式目制定の六年前、制定者泰時自身が私領売買を罰する判決のある裁判で言い渡していることから、笠松は「明らかに式目の大きな部分は、このような諸『例』の中から、立法時点で権力にとってもっとも好ましいものを選択し、それを法文化したものであった」（同上、p.188）としている。

では、このようにいかなる「本説」にも依拠せず、また「常識」としての「道理」の引き写しでもない式目における「道理」とはどのようなものであったか。笠松は、平安以降の公家法における「量時立規」すなわち「法は時代時代の現実に即応して定立さるべきもの」という法思想を指摘したうえで、式目の「当知行の後、廿ヶ年を過ぎば、大将家の例に任せて理非を論ぜず改替にあたはず」（下線引用者）といういわゆる当知行年紀法の条文から、「理非を超越したところに次元高い法理を創出する力をもつものが、道理という名のロジックであり、そうした「道理」が「量時立規」の「発展的な形式」であるとしている（同上、pp.189-193）。さらに笠松は、式目を離れて、鎌倉末期の幕府訴訟制度の解説書である『沙汰未練書』中の「沙汰は守益の理なり、無益の相論を致すべからず」なる箇所を引き、「理よりも法よりも益、という理念が中世人一般の法意識の根底に拡がっていた」ことを示唆している（同上、p.196）¹⁰⁰。

中世前期の「道理」に関しては、相良（1983）もまた、多少異なった表現ながら似通った指摘をしている。相良は、『正法眼蔵随聞記』『愚管抄』『沙石集』における「道理」の用法を分析し、それを次のように整理している。

- ①道理には、「大方の道理」と当面の具体的事態に処する道理とがある。
- ②前者は慣習的なもので、習・例・定として客観的に捉えられるが、後者はそのつと捉えられなければならない。
- ③後者は、前者をふまえつつ状況に即して修正されたものとして捉えられる。（p.177）

また、次のようにも述べる。

鎌倉時代には、「大方の道理」ともいうべき客観的な秩序がはっきりと意識されていた。しかしそれは習・例・定といわれるように慣習的なものであり、これを原理的統一的に捉えようとする動きはあらわれなかった。このことはとりもおさず今に生きる時によるべき道理の基本的原則が追究されなかったことを意味する。今の事態に処すべき道理が、それ自体としては絶対的なものとしてあることは考えられているが、それは、「大方の道理」をふまえ、状況に即して、軽重の論理によって主体的に判断定立されるべきものであった。（p.195）

そして相良は、式目の「道理」はこのうち「当面の具体的事態に処する道理」（「今の事態に処すべき道理」）の方であるという。ここでも式目の「道理」は、慣習的規範それ自体ではな

く、またそれを「原理的統一的に捉え」た「基本的原則」でもなく、散在する個々の慣習的規範を踏まえたうえで具体的状況に即してそれに修正を加えたものとして捉えられている。以上先行研究三者が共通して指摘する式目の「道理」のこのような性格は、やはり今日この語の意味するようには普遍主義的ではなく、多分に状況依存的であったと言える。

では「大方の道理」の方はいかなる性格のものであったか。当時の慣習的規範を網羅的に総覧するなどということはもとより不可能であるが、例えば泰時が式目制定にあたって大いに参照したと思われる前記の「従者主に忠をいたし、子親に孝あり、妻は夫にしたが」うべしとする道德律は、定義より個別主義的＝状況依存的である。

一方、中世前期においてなお「正統」的法規範であった律令の方はどうであったか。「初期には格として集成され、平安後期以降は多く新制・制符とよばれた新法の発布が第一であり、平安前期に成った令集解に早くも散見する時行事や民間の法慣行などの、公然もしくは暗黙の承認が第二であり、法家(明法官人)による律令の新しい解釈が第三」と整理される修正・変更によって、律令は一度として公式に改廃されることのないままに「換骨奪胎」されていた(佐藤、1981、p.397)。このような事実上の法改訂の背景にあったのは、前述の「量時立規」の法思想であった。これをもう少し詳しく見てみたい。朝廷政府の判決は、その起草にあたって律令の正文を引用せねばならないという規定があったが、実際に個々の判決や法解釈書を見ると、当該の判決や解釈がどの律令法に基づき、どう導かれたのかが記されている。こうした記述においてしばしば見出されるのが「准」「准的」という表現であるが、この「准」の字の意味あい、今日の「准拠」などから知られるそれとはかなり異なり、「乙を甲と比べてみて、甲と釣り合うもの、匹敵するもの、同格のものと価値づける」ことを意味し、それは「バランスをとって安定を求めようとする均衡観念にもとづく価値づけ」であった(同上、p.398)。それは具体的には、「律令条文の拡張解釈から論理のすり換えまで、かなり大はばな律令の修正、変更を行って、律令と現実の間のギャップを埋める」という操作であった(同所)。これと同様、律令の実質的な改変の論理となったのが「折中の法」である。これは、笠松(1993)の表現によると次のような論理である。

基準となる古法があり、それと現実との対応関係において「折中の法」が定立される。(中略)だが「折中の法」とさらに新たな現実の間に、新しき「折中の法」がつけられる可能性を否定する根拠は全くない。とすれば、法は常に現実の動くあとを追って、その姿をかえることができる。ことさら古き法を否定することもなく、現実には「折中の法」の名のもとにたえ間なく新法が生み出されていく中世法の世界がそこにある。(pp.126-7)

これらの操作は、「具体的事象に適用した場合に、同じ結果があらわれることはあるにしても、概念的には別個であって、准拠が、均衡こそ法的正義であるとの主張であるのに対して、折中は、両極の中間にこそ法的正義があるとするものであって、いわば律(疏文)に見える金玉の文字として、明法家(＝朝廷の法曹)の間でかなり頻繁に、また恣意的にすら使用されたのであった」(佐藤、前掲、p. 399)。したがって公家法の世界でもまた、御成敗式目の「道理」がそう

であったように、既成の成文法には手をつけぬまま、それを具体的事例に適用する際には現実に即応して事実上の修正を加えることを善しとする状況依存的な規範認識が支配していたと言えよう¹¹¹。

律令のかくの如き状況依存的な運用は、実は、式目制定の理由の一つであった。再び泰時の書状に目を転じよう。

凡法令のおしへめでたく候なれども、武家のならひ、民間の法、それをうかゞひしりたる物は百千が中に一両もありがたく候歟。仍諸人しらず候処に、俄に法意をもて理非を勘候時に、法令の官人心にまかせて軽重の文どもを、ひきかむがへ候なる間、其勘録一同ならず候故に、人皆迷惑と云云、これによりて文盲の輩もかねて思惟し、御成敗も変々ならず候はんために、この式目を注置れ候者也。(石井他編前掲書所収)

簡単に言えば、一般人が律令に疎いのをよいことに、明法官人が恣意的に律令を引用するので、朝廷の法的判断が一貫せず、人々は迷惑している、よって一般人でも法に親しく接することができ、また判決も一貫するように、式目を定めた、というのである。それでは新しく式目を制定したので旧法の律令を廃せよと言っているのかというと、そうではない。

この状(=式目)は法令(=律令格式)のおしへに違ふところなど少々候へども、(中略)これによりて京都の御沙汰、律令のおきて聊も改まるべきにあらず候也。(同上所収、()内引用者)

しかし、そもそも律令は日本国民(この表現には語弊があるかも知れないが)すべてを対象としているのであって、武家社会のみを対象とした式目とは異なる。法規範としての律令それ自体のかかる普遍主義的な性格は、泰時も当然弁えていた筈である。にも拘わらず、適用対象が限定されているとはいえその律令に抵触する立法を宣言し、なおかつ「旧法」たる律令の廃止も行わないというやり方は、本稿の用語で言えば泰時の規範認識に関わる¹¹²。つまり、本来日本国内では普遍的たるべき律令も、泰時自身はそのようには認識しておらず、武家は武家で独自の法で対処しようとしているのである。そして、泰時のみならず中枢御家人衆の総意としてつくられた式目中に実際に律令法体系とは異なる規定が見出されるという事実、追加法を含め夥しい幕府法の中で、独り貞永式目のみが、「庶民の教材」や「山間の荘園の地頭の数少ない実用書」として用いられるほどの「異様」な普及を示した(笠松、1972)という事実から考えて、この規範認識は泰時だけのものではないと見なければならない。先に引用した如く、笠松(1993)は中世人の「道理」が「守益の理」であったことを示唆していたのであるが、その背景にこうした規範認識があったとすれば、式目から窺える中世の規範は、言わば二重の意味で状況依存的であったのである。

さらに、幕府当局者の規範認識が「守益の理」に基づいていたことは、幕府法の立法の在り方からも窺える。鎌倉幕府法には、異なる時点において制定された法令の間に矛盾や重複が

見られる。さらに、式目以後に制定されたいわゆる追加法の多くに、「…沙汰の時、之を定めらる」あるいは「…相論の間、定められ畢ぬ」などというように、立法の契機となった具体的訴訟が注記されている。これらのことから笠松・羽下(1963)は、「幕府法の立法契機が、ある特定の具体的訴訟を解決する過程の中にあり、しかも先行の法令が存在する場合ですら、評定の議決という完全な立法手続きを経て、同一規範をもつ法が何回でも再生され、その新しい法令によって、その時に当面する懸案訴訟の解決が図られ」ていたことを推論している(pp.332-336)。このように、法をいわば当座の処置の一環として捉える法観念からすれば、法がその制定から時日を経ても「なお彼ら自身を規制する生きた規範として実感」されることはなく、「単なる一つの歴史事実に過ぎない」と映っても不思議はない。実際、幕府当局者は法源の集積・整備に比較的無頓着であった節がある。1273年、高野山寂楽寺領紀伊国阿豆川庄における地頭の非法を雑掌が訴えたことに端を発する訴訟において、相論の焦点になったのは、論人の地頭側が自己の主張の正当性を裏付けるため陳状に引用した追加法の実在そのものであった。当時の民事裁判はいわゆる当事者主義⁽¹³⁾の原則に則って行われたから、訴人(原告)・論人(被告)双方がそれぞれ自ら証拠を調べて、当該法の存否を争ったのであるが、訴え先の裁判所たる「六波羅もまた一年有余にわたる訴陳状の交換を仲介しながら、元来本訴訟の本筋ではなく派生的に出来し、しかも極めて煩瑣な手続きを経て行われている『式目案』の真偽論争を、みずから決着せしめようとする態度をまったく示していない」(同上、p.327)。これは、いくら当事者主義が原則とはいえ、そのころ「すでに幕府が訴訟の早期終結を第一義とし、次第に職権主義⁽¹⁴⁾の傾向に転換しつつあった」(同上、p.331、注は引用者による)ことから考えると奇妙である。さらに、鎌倉幕府の正史とも言うべき『吾妻鏡』の編纂にあたって編纂者が用いることのできた法律史料は、現存する追加集の原拠史料を質的に上廻るものではなく、おそらくは個々に奉行人家に残されていた備忘録的なものを、編纂時になって集積したに過ぎないと推定される」(同上、p.329)。こうしたことから笠松・羽下は、「幕府当局に、意識的に集積され整備されてきた法令集の如きものが存在」せず、仮に先の阿豆川相論の場合は争点の法源が六波羅に保存されていたとしても、相論のかくの如き進行は、「当事者にとって過去の多くの相論の経験から、幕府なり六波羅なりに既成法の法源の保存を、一般的に期待しえないというところに原因する」としている(同上、pp.329-330、下線部原著傍点)。このように観念され、取り扱われる法が、「未来に対して(中略)極めて限られた機会にしかその効力を発揮し得ない」ことは明らかである(同上、p.331-2)⁽¹⁵⁾。

では、以上述べてきた法はどのように利用されたのであろうか。鎌倉時代が「法の支配」した時代であるかの如き従来の見方は、この時代の史料において、自らの主張を「法」の名において正当化する文言がしばしば見られることが一つの根拠となっているように思われる⁽¹⁶⁾。しかし、先の「道理」がそうであったように、ここで言及される「法」が現代と同様の意味で用いられていたかは疑わしい。「論人(=被告人)に弁明を命ずる文書や再調査を命じる事務手続の文書を使って、あたかも下文や下知状のような権限文書のごとく《権利ありと称し》実力行使の根拠とすること」、それどころか「《文書の披露》(=対立する相手に対して実力行使の根拠となる幕府発給文書を呈示すること)」という形式を踏まずに、《権利ありと称

して》実力行使に及ぶこと」が「日常的なことであった」（古澤、1992、p.22、()内引用者）といった事実⁽¹⁷⁾から見ても、訴訟当事者達は、法的正義が損なわれたからその回復を求めて争う、というより、これまた「守益」のために法を「利用」していただけないだろうか⁽¹⁸⁾。

IV 西欧中世および近世・近代における規範⁽¹⁹⁾

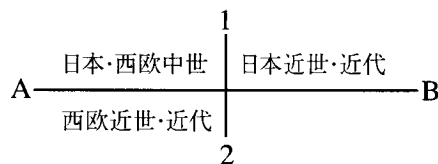
(1) 比較の基準としての西欧近代

言うまでもなく日本の規範も、「規範」と呼ばれるからには、幾許かの普遍性を有している筈である。特に近・現代は西欧法を継受したのだから、普遍主義的思想も入ってきているのである。にも拘わらず状況依存性が指摘されるのは、日本の規範が現代の規範の支配的形態としての現代西欧の普遍主義的規範との比較において語られることによるところが大きいと思われる。そこで、本章ではその比較の基準としての西欧における規範の在り方について、極く概略的な歴史的素描を行ってみたい。

さて、前掲の中村(1988)によれば、日本と西欧の中世および近世・近代の社会的決定様式は次のように分類できるという。すなわち、

- ①決定とは、客観的に存在している唯一の正しいルールを発見すること(A)であるのか、当事者間の見解の相違を無くすること(B)なのか（A-B軸）
- ②決定をめぐるプロセスは、集団成員各自のみによって行われ得る(1)ものか、特定者(多くの場合上位者)の関与なくしては行い得ない(2)ものか(1-2軸)

の二軸が構成するマトリックスにおいて、



さてここで、西欧近世・近代の決定はA-B軸のAの側に分類されており、それが「ルールの発見」であるとされているが、ではそれは具体的には決定の如何なる様式なのであろうか。政体などの変遷にも拘わらず、この時期の西欧の社会的決定、特に紛争解決様式には一貫した特質が認められる。第一に、普遍主義的な法規範⁽²⁰⁾、当該社会の「全域を貫く共通《ルール》」（中村、前掲、p.84）の、第二に、こうした普遍的規範を実効あらしめるための強力かつ集中的な執行権力の存在である。この権力によって、各社会的主体は自力救済の道を封じられ、階層的に構成された諸審級に紛争を持ち込み、そこでの裁定を仰ぐことを余儀なくされる。そしてその裁定は、下級審では上訴の可能性があるにせよ、「唯一の正しいルール」の

「発見」であるとされる。ここに見られる規範（および規範認識）は極めて普遍主義的であると言わねばならない。欧米諸国をはじめとするいわゆる主要国では、現代においても社会的決定や規範のこうした在り方は原則として支配的であると思われるが、ここから本稿冒頭で記述したような現代日本の規範を見れば、それは確かに状況依存的に見えてしまう。このことは日本中世の規範に関しても同じであり、いかにそれが近世・近代の規範に比べれば「普遍」の極に近く、またその状況依存性の様態も異なるとはいえ、西欧近代と比較すれば、両者の違いは五十歩百歩である。

では、彼我のこうした懸隔は少なくとも互いの中世までは遡れるのであろうか。中村(前掲)では日本中世の社会的決定様式は、西欧中世のそれと共にA1象限に位置づけられているが、日本中世に関しては、「1」であるかどうかはともかく⁽²⁾、「A」すなわち「社会的決定＝ルールの発見」とは言い難く、むしろ「B」すなわち「社会的決定＝見解・利害の調整」に近いことは前章で見た通りである。では、西欧中世はどうか。次節でこれを検討する。

(2) 西欧中世の規範

前章でわが国の規範について行ったのと同じく、西欧中世の法の在り方から間接的にその規範について考えるが、西欧中世の法と言った場合、かつてはフリッツ・ケルン(Fritz Kern)の説が定説となっていたと言ってよい。その要約的著作である『中世の法と国制』(Recht und Verfassung im Mittelalter, 1919=1968)第一章の各節の見出しに従って、ケルンの描く西欧中世の法の姿を簡条書きにしていくと、次のようになる。

①法は古いものである

②法は良いものである

「古くかつ良いという上の二つの属性は、これから述べるように、注目すべきことには本来単一の統一的な属性と考えられたのであるが、この二つの属性がなければ、法は、たといそれが権力保有者によってあらゆる形式を完備して制定された場合においてさえ、法ではなかったのである」(Kern, 1919=1968, p.6)

「事実、法は慣習であった。それは、長老や信頼しうる人びとの記憶によって証明された・記憶しえないほどの太古以来の伝習、leges patrum〔父祖の法〕であったのである」(同上、p.7)

また、「国家ではなくて、神が一切の法の始源である」(同上、p.9)

「法」とはかくの如きものであるから、それゆえ、

③良き古き法は非制定的・不文的である

したがって、「法」の名で呼ばれるものはすべて既に存在しているのであり、それを新しく創るということは原理的にできないのであった。すなわち、法は「制定」されるのではなく、「発見」されるのである。ここからして、

④古き法はより新しき法を破る

あるいは、

⑤法の改新は良き古き法の再興である

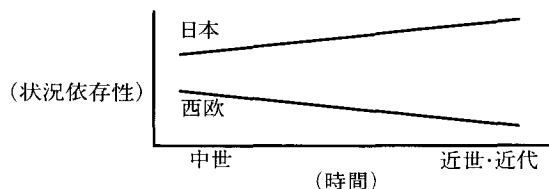
新しく「制定」された法は古（旧）い法の失効の上に効力をもつという現代的な法観念からすれば、これは考えられぬことだが、①②③から推論すると必然的帰結なのである。

しかし、以上のようなケルンの西欧中世法観は、1960年代以降、様々な批判を受けてきている。クレッシェル(Kroeschell, 1968=1989)やケブラー(Köbler, 1971)は、“ius”・“recht(Recht)”・“lex”・“ewa”など、ラテン語やドイツ語において「法」を意味し得る語の意味内容の歴史的考察を行い、その殆どについては「古き良き法」という意味内容は認められず、これに辛うじて当てはまるのは、ローマ法における慣習法概念で中世には教会的法思想の概念であった“consuetudo”のみであると結論づけた。また同じくクレッシェル(1971=1989)は、中世ドイツの法関連文献における“finden”(「発見する」)の語の用法を広範に調査し、「法」(Recht)が「発見」されるという用例はなく、あるのは「判決」(Urteil)が「法」に従って(nach Recht)あるいは「法」を通じて(durch Recht)「発見」される、といった用例のみであった⁽²²⁾との知見を得ている。

このように、ケルンの中世法観はその中枢的な部分において批判に晒されてきているのであるが、どれほどの権力者も法に拘束されるという「法の支配」は、西欧主要国を通じて認められる。このことは、次の事実からも窺える。日本も西欧も、中世社会は近世・近代に比べて自力救済の正当性が大幅に認められていた社会であった⁽²³⁾。しかし、その背後の「思想」⁽²⁴⁾はかなり異質なものであったように思われる。日本中世における自力救済が既述の如く基本的には「守益の理」に基づいて行われたのに対して、西欧中世のそれは、あらゆる権力を越えて存在する法に鑑みて不当な支配・行為に対する正当な抵抗であり、したがってそれは「権利」であるとともに「義務」でもあって、しかも手続きや自己と相手方の地位的関係に関する制約など、その遂行に際して従うべきルールが厳然と存在していた(e.g. Brunner, 1984)。加えて、この時代における慣習(法)の重視を考え合わせれば、中村(1988)の分類では、確かにこの時代の社会的決定は「B」すなわち「社会的決定＝見解・利害の調整」よりも「A」すなわち「社会的決定＝ルールの発見」に近いと言える。これを本稿の視点から見ると、西欧中世の規範は、日本中世のそれに比べると、少なくとも規範認識の点で、より状況依存性が低かったということになろう。とはいえ、領主裁判権や局地的慣習法の遍在、法圏の分裂(特にドイツにおいて)などを考えると、やはりそこには近世・近代ほどの普遍性は認め難い。

V 総合的考察と展望

日本と西欧の規範を、状況依存性と時間軸について図式化してみると、凡そ次のようになろう。



この図に二つの疑問が湧く。

第一に、少なくとも中世以降は、日本の規範は西欧のそれに比べて一貫して状況依存性が高かったことになるが、「民族性」などという検証困難な要因によって説明しないとすれば、これは何に因るのであろうか。この差が実際は中世以前から続く傾向かも知れないこと、また他の地域との比較が無いこともあり、ここで即答することはできないが、大きな要因と考えられるものとしてひとまず次の二つを挙げられるであろう。すなわち、西欧に、日本には無かった二つの普遍性昂進要因、ローマ法とキリスト教(会)が存在したことである。後述するように、ローマ法は中世後期に至って西欧世界に盛んに吸収されるようになるが、無論これがローマ法と西欧世界の最初の邂逅というわけではなく、特にゲルマン時代には東西ゴートやブルグンドといった諸部族においてローマ法典が編纂されている。この後、フランク時代にローマ法の影響は一時的に衰退するが、その間もゲルマン時代に取り込まれた法概念が少しずつ形を変えつつ受け継がれていることが、前章で垣間見たクレッシェルやケブラーらの術語論的考察から明らかにされてきている。一方、教会法は、「普遍」を意味するギリシャ語“katholikos”に由来する“Catholic”の名に象徴される如く、形成の当初から普遍主義的性格を有していたのであるが、中世に至るも一貫して西欧世界において確固たる地位を占めており、特に中世後期には、自力救済を禁じる「神の平和」(Pax Dei)や法の合理化などによって、近世・近代の西欧法秩序の魁となったのである。

第二の疑問は、中世から近世・近代にかけて、日本と西欧の規範の状況依存性の差を拡大させた要因は何か、ということである。歴史を省みると、この時期、日本と西欧に共通の過程が進行している。すなわち、日本では室町・戦国から織豊・徳川へ、西欧では封建制から絶対主義へ、という**権力集中**の過程である⁽²⁵⁾。その中で、権力の集中した状態を維持する新たな「秩序編成技術」(中村、1988)が必要となった。そこで、西欧は古代の遺産である普遍主義的ローマ法を「継受」することにより⁽²⁶⁾、自力救済を封殺してそれを階統的裁判制度に吸収するという方策をとった⁽²⁷⁾。しかし日本には、ローマ法のような先行する普遍法が存在しなかった⁽²⁸⁾。一方、強力な制裁権力を背景とした和解という仕組みが中世後期以来形成されてきたため、この仕組みを拡大し、遂にそれを「全域的」(中村、1988)な制度として完成させた。彼我に共通したこのような集権化が、規範の状況依存性に関して元々存在した差を増大させたと考えられないだろうか。ただこの解答も当面は精々作業仮説に過ぎない。

さて、以上の推察が正しいとすると、彼我の規範の状況依存性に差を生ぜしめたのは、結局西欧における普遍主義的要因(ローマ法およびキリスト教)の存在であり、これを日本の側について言えば、当然ながらその**不在**ということになる⁽²⁹⁾。しかし世界史を省みつつ考えてみれば、西欧の如くこうした要因が存在したことは寧ろ稀な偶然ではないか。一方、社会の形成過程からして、規範は、徐々にその普遍性を拡大していくものと考えた方が自然ではないか。してみると、日本の規範における状況依存性の「発生」という発想がそもそもおかしいのであって、語るべきは寧ろ比較対象たる西欧の近世における普遍主義の「再生」の方なのかも知れない。そして、少なくともこの点に関しては、「特殊」なのは日本ではなく、寧ろ西欧(近世・近代)の方ではないだろうか。日本が「特殊」に見えるのは、本来は「特殊」である筈の西欧近代的なるものが**たまたま**支配的な今日の世界において、日本がその中核的な一部分を

共有していないためであるようにも思える⁽³⁰⁾。

とはいえ、日本に「特殊」な要因が無かったかと言うと、そうでもなかろう。現代日本の規範の状況依存性は、普遍主義的要因の不在によってのみ齎された「自生的」なものではない。それは、中世後期から近世にかけて、強化・維持する方向で自覚的営為がなされてきた半ば「人為的」性格のものである。その意味はこうである。中世社会は、「守益の理」、時の権力に左右される訴訟の在り方、「一揆」の性質など、どの徴表からしても、具体的利害が最優先され、したがって最終的には個々の社会的主体の実力が事の成行を大きく規定する社会であったと言える。この限りで、中世社会の「基本的決定様式」が自力救済であった(中村、1988)というのは正しい。かくの如き社会においては確かに、規範が状況依存的であるのは、規範の普遍性を高める要因が無かった(鮮かった)という、ただそのことのみによる。しかし近世では、例えば定立と反定立から総合が生まれるように普遍性を高める契機となり得る対立・葛藤そのものが、意図的に忌避されたのである。これは、普遍性昂進要因の不在のみならず、状況依存性そのものを昂進させる要因の存在という事態であると言ってよい。Ⅲ章では、日本における規範が中世から近世・近代を通じて一貫して状況依存的であったという点において連続性を強調したが、それは謂わば専ら「量的」に評価した場合の話であって、中世の規範の状況依存性と近世・近代のそれは、上述のような次第で質的には異なったものと見なければならない。その変質を一言で表現すれば、中世の消極的な状況依存性から、近世・近代の積極的な「状況主義」への遷移とでも言えようか。かくの如き「状況主義」が二百数十年の永きに亘って支配したような社会を、筆者は他に知らない。「歴史に“if”は無い」ことを承知で敢て言うと、もしかかる変質が無かったならば、近・現代における普遍主義との接触にも拘わらず、現代日本の規範がかくも状況依存的であり得たかどうかは疑問である⁽³¹⁾。その意味で、今日の状況依存性は、たまたま昔日のままに残っているため珍しがられるシーラカンスの如き存在ではない。濱口(1994)は、個々の社会の生活様式たる「文化」と、生活様式のうち機能的合理性をもつ制度・装置たる「文明」とを区別した上で、ジャパン・バッシングの如く「文化」の異質性を捉えてそれを排撃するのは誤りであり、「文化」の異質性を所与として認めたうえで「文明」の通「文化」性を追求すべきであるとしている。これに引きつけて言うと、もし日本が、巷間言われるように「特殊」であるとするならば、それは一つには、「文明」のレヴェルでは普遍主義的欧米先進諸国に匹敵する、あるいは部分的には凌駕する水準に達しているにも拘わらず、「文化」のレヴェルでは、状況依存性がそうであるように、社会発展における原初的な要素が、(上述のような意味で)半ば人為的に残されてきた点に求められるのではないだろうか。

ともあれ、本稿における検証作業だけでは、これらの問題に明確な解答を与えることは到底できない。検証の時間的・空間的拡張、すなわち①日本の中世以前における規範の在り方と、②アジア・イスラムなど日欧以外の地域におけるそれ⁽³²⁾の探究が、今後の課題となろう。

註

(1) 本稿は、1995年に京都大学大学院教育学研究科に提出した修士論文に若干の修正を加えたものである。

- (2) 尤も水林の言うのは、文脈から考えて、本稿で言うような原理的な普遍主義ではなく、一揆の人間関係が従来の地縁・血縁を離れたところで結ばれたという、相対的な意味あいとも解釈できる。
- (3) 前章(前編=保田、1996)で考察したように、状況依存性が負の「規範性」であり、「規範性」は一種の規則性なのであるから、逆に、状況依存性が低い値をとる普遍主義とは、規則が大きな重要性をもつ状態であると言える。
- (4) 確かに喧嘩両成敗法自体が一つのルールではあるが、もし「一揆」集団内部の紛争解決の論理が、「正しいルールを同定するため」に争うという同集団間の論理を貫徹させたものであったならば、喧嘩・相論に関する規定はこのすぐ後に挙げるものようになっていたはずである。
- (5) 尤もこの時の興福寺の強訴に限って言えば、それは「肅然と」行われたという。
- (6) 確かにそこには一定の様式が認められるかも知れないが、それはルールに従っていることとは違う。
- (7) 中世後期の法規範の在り方に関しては、それが、概して幕府法・律令法(公家法)・本所法の非一体系的な鼎立状態にあったという点では中世前期=鎌倉時代から連続して捉え得ること、またその三者の実効力のバランスの変化については、「主従関係の拡大と朝廷の公権の吸収とによって、幕府法圏の一元化が進行した」(笠松・羽下、1963、p.313)反面、「法を実現するには、(幕府)権力の實力は前代より後退」(同上、p.315、()内引用者)していたこと、さらに、「日本法史における最も中世的なものと、封建的なものとを、微妙に交錯させながら次代への階梯となった、鎌倉幕府法においてこそ、中世法の特質は最も鮮明に現われる」(同上、p.317)と考えられることから、次小節の、中世前期における法規範の幕府法を中心とした考察が、状況依存性という本稿の関心からは、中世後期の法規範にもあてはまるものと思われるので、これを参照されたい。
- (8) 考え方によっては平安末期も含まれるが、ここでは一応鎌倉期に限定する。
- (9) かかる「法の支配」は、西欧中世との比較において、それとの共通点として語られることがしばしばであった。その主張に次のような時代背景があったという関連は見易い。

かれら巨匠たちにとって、日本史における中世の発見とは、すなわち日本史におけるヨーロッパの発見にほかならなかった。かれらが眼前にした明治の日本は、一路アジアにおけるヨーロッパ、その代行者の道を直進していたが、それだけに当時のヨーロッパとの落差は決定的であり、近代日本のなかに西欧との共通点・一致点を見出すことは困難であった。いわばその代償として過去の日本のなかに西欧を発見する作業が行われたのであり、そのもつともよい舞台が、実にわが中世だったのである。(中略) いわば過去における日欧の一致・共通点は、将来における日本の西欧化を保証するものと考えられたのである。(石井進、1976、pp.320-321)

- (10) 先に引用した牧(1938)は、同様の指摘を式目についてしている。牧は、ある時点以前の判決は「理非を論ぜず」変更せずとするいわゆる「不易法」の慣習、および主従の間の相論はこれまた「理非を論ぜず」審理しないとする追加法の規定から、次のように述べる。

かう云ふ場合には理非そのものは無いではない。時の遠近に拘らず理は理であり非は非である。主従の何れたるを問はず是は是であり非は非である。併し先の確定判決が多くの年月を経て破られると、其判決の上に出來た既存の秩序を破るの害の程度は、理非を糺すことによって受くべき利益よりも大である。主従の場合も同様で、主人が勝っても家來が勝っても不和の基となるから、主従を法律で争はせるのはよくない。それで此二つの場合は理非を問はず裁判を拒絶したのであるが、式目に於て道理と云つたものが何であるかはこれに依つて知られよう。争はれる理非を争はせないやうにすることは、其事自體道理である筈であった、貞永式目が道理の法たることを目的としたと云ふ意味は、かう云ふ高い道理を含めてゐると見るべきである。(p.219)

- (11) この表現は、式目の「道理」に関して先に引用した笠松(1993)の指摘からすれば寧ろ逆かも知れない。また、これに関連して上杉(1992)は次のように示唆している。「鎌倉幕府の発する法が、それまで公家法の支配領域にあった人々によって、意外に容易に受け入れられた要因の一つに、従って、そのような律令法の弾力的運用構造があったといえるのではないか。」(p.63)
- (12) この点については、すでに山本(1983)の指摘がある。

これ(=式目)は「幕府法」であり、立法権の行使であって、幕府という政権はこのときに樹立されたと考えてもいい。いわば統治の三権を完全に掌握してしまったわけである。ではいったいこの「幕府法」と律令格式に基づく公家法、いわば「天皇法」とはどういう関係にあるのであろう。彼は「天皇法」を廃止して新たに「幕府法」を制定したのであろうか。そうではない。(中略) まず貞永式目のどこを見ても、統治権は幕府がもつとは書いていない。従って何がゆえに彼がこの立法権を行使しうののかも書いてはいない。いわば正統性の主

保田：日本における規範について—その状況依存性の歴史的考察—（後編）

張は全くないのである。（中略）この状態は、できてしまった状態をそのまま固定して秩序化しても、基本的な名目的な体制の変革は行わない、しかし実質的には情況に即応して変化しつつ対応して行くという行き方である。（pp. 13-15、（）内引用者）

なお山本は、前記の泰時の叙述と、前編(保田、1996)注(6)に引用した新聞の社説に同型性を見出している。

(13) 当事者主義(独 *Parteienprinzip*)：「訴訟において主導権を当事者に与える主義、すなわち訴訟の開始・終了ないし進行、審判の対象の範囲、証拠の提出や証拠調べ等を当事者にゆだね裁判所が進んでこれに干渉しない建前」(末川編『全訂 法学辞典』、1971)

(14) 職権主義(独 *Offizialprinzip*)：前出の「当事者主義」に対立する概念で、「訴訟に関し裁判所が当事者の意思にかかわらず自発的に行動しうる権能を有する主義」(前掲『全訂 法学辞典』)

(15) この他、中世前期の法規範について歴史家の述べるところを二点だけ引用しておく。

i) 幕府法は、自らの内部でも整合性を貫こうとはしなかったようである。「幕府は和与状を審査および認可する権限をもつけれども、注目すべきことは、認可・不認可の基準が、手続上の瑕疵の有無に限定されていたらしいことで、ことに領家・地頭間の和与については、その内容が幕府法の規範から逸脱することがあっても、それを認可することが法によって認められていたことである、右のことは、法規範の実体的内容のもつ意味が背景に退き、または極小となり、手続法が規定的地位に立ったことをしめしている。」(石母田、1972、pp.578-579)

ii) 幕府法・律令法に並ぶ当時の法規範のもう一本の柱、本所法はどうだったのであろうか。「一本所の法の支配する領域内においても、一方の論理が他を否定する唯一の法理となることはなかった。それ故、本所法は自己の法圏に強制されるべき規範を、統一的・画一的な成文法典としてもつことを得なかったのであって、問題は常に、個別的・具体的に解決されるほかなかったのである。」(笠松・羽下、1963、p.311)

(16) 例えば、先に引用した佐藤(1988)など。

(17) 前者は式目でも禁じていることであるが、わざわざ法文化して規制しなければならなかったということ自体、かかる所業が頻発していた証左であろう。

(18) いま一つ、近世的秩序に繋がる流れとして、次の点を付け加えておく。鎌倉時代は、知られるように、喧嘩両成敗法とは反対の論理、すなわち自力救済の論理が支配的であった。この当時の「『理非』ないし道理の体系は、決して抽象的、固定的なものではなく、正統な暴力相互間のダイナミックスの中において理解されるべき性質のものである」(石井紫郎、1986、p.87、下線部原著傍点)。とはいえ、両成敗法の論理はこの頃既に起動していた。『吾妻鏡』には、頼朝が「御興遊の砌」に喧嘩した御家人を「科軽重を究」めることなく双方とも伊豆へ流罪にしたこと(建久二年九月二十一日条)、また、やはり頼朝主催の宴の席で喧嘩を始めた御家人に対して、別の御家人が仲裁に入り、「御前の遊宴」であるから別の機会にせよ、と有め、事態が穏便に収束したこと(治承五年六月十九日条)が記されている。これについて石井紫郎は、「要するに『他所』で喧嘩することは構わないが、『御前』を騒がせる喧嘩は許されない、という考え方がここに見られるのである。私見によれば、ここでの『御前』が社会一般にまで拡大したのが後世の喧嘩両成敗法であり、その意味で同法の萌芽がここにみられると考えられる」としている(同上、p.87)。『吾妻鏡』には他にも、一族同志の喧嘩を「不忠の至」とした幕府の沙汰(承元四年六月三日条)や、自力救済が禁止されていた「小童部」同志の喧嘩を同罪とした沙汰(建長五年二月二十五日条)の記事があり、法令として明文化されてはいなくとも、少なくとも幕府当局者に、喧嘩は場合によっては「理非を論ぜず」当事者双方を罰するべきであるとする意識があったものと思われる。同様の指摘は羽下(1972)にも見られる。「故戦防戦の法に端的に表明されている公権力による私戦禁止の意思は、確かに中世の訴訟関係史料の上に多くの露頭を残している。(中略)上裁・御成敗優位の原則は、原則としては中世を通じて、公家法・武家法・本所法を通じて存在する」(p.129)。両成敗法の理非判断排斥的な性格は、それが直ちに規範の状況依存性を示すわけではないが、後の近世的紛争解決システムの要となる論理だけに、従来「理非」重視の時代と言われた中世前期においてすでにその端緒が見られることは注目される。

(19) 本章および次章では次の文献を参照した。Baker, 1971=1975; Brunner, 1984; Imbert(三井・菅野訳)1974; 川島編、1973; Mitteis, 1969=1971; Olivier-Martin, 1951=1986; 世良、1956、1977。

(20) 法規範の実態は国によって異なる。例えばドイツでは、注(27)でも述べるように、当初は継受されたローマ法、後にはそれに取って代わる実定法規範がかかる普遍法にあたるが、フランスでは、南部を中心にローマ法の影響も強かったものの、北部では伝統的な慣習法が14世紀頃から公的に成文化されており、それが次第に「慣習普通法」(*droit commun coutumier*)として普遍化され、18世紀には「フランス法」(*droit français*)と呼ばれるに至るというように、近代普通法において慣習法が重要な位置を占めている。またイギリスでは、12世紀以来形成されてきた一種の慣習法であるコモン・ローと、14世紀頃からコモン・ロー裁判所と並行して活動した大法官府(*cancellaria*)の行った衡平法(*equity*)が普遍法の二本の柱であり、ローマ法は、16世紀から18世紀においてコモン・ローに一般的な法原則を付け加えた外は、一部の裁判所で用いられたにとどまる。

(21) この当否は一概には言えないが、いずれにせよ本稿の問題とは関連が薄い。

(22) では、西欧中世法の真の姿はいかなるものであったか。クレスヘルによると次のように要約できる。

存在しているのは、一つには、実際に行われているエーヴァ(ewa)である。これは、法通曉者たちによって考え出されたいわゆる人民法の手続規範の総体であり、現に妥当している法としてのレクス(lex)の最も重要な例をなしている。もう一つには、もろもろの主観的権利が存在している。人はそれを行行使するときには正しく行為するのであるが、しかしそれはレクスあるいはエーヴァを構成するものでもなければ、妥当している規範としてのレクスやエーヴァに依拠しているものでもない。最後に、教会的法思想の概念としてコンスエトゥードー(consuetudo)があり、それは、成文法(lex scripta)との緊張関係および理性(ratio)と真理(veritas)による拘束という点で、最も早く現代の〔中世〕法概念を想起させるものである。古い由来と長い慣用という問題の故地は、本来この〔コンスエトゥードー〕の領域にあったのである。(Kroeschell, 1968=1989, pp.70-71)

(23) それゆえ、中村(1988)が両者を1-2軸における「1」に位置づけたのは相応に妥当である。

(24) ここで言う「思想」とは、極く一部の知識人等が言語化して述べる思想に限られず、「何らかの形で象徴化されて人間の記憶の中に組み込まれた体系的情報であり、一方では、世界の解釈ないし意味づけの機能を果たし、他方では、人々を行動させ動機づける機能を果たす」(村上・公文・佐藤、1979、下線部原著傍点)。

(25) 年代は日欧で多少前後するかも知れないが、ここで言いたいのは、時間的一致よりも、権力配分の遷移の同型性である。

(26) これまでにもローマ法は西欧主要諸国に齎されていたが、中世後期以降、この動きが急速に進む。

(27) この過程もまた、具体的には国によって様相を異にする。典型的なのはドイツであるが、裁判制度に関してはドイツ全域的な階層的制度が形成されたとはいえ、権力の集中は領邦(Land)単位で進行したのであり、正確には封建制から「領邦絶対主義」へ、とも言うべき遷移であった。これに対してフランスでは全国的規模の絶対主義へと向かったが、ローマ法の継受に関しては、ドイツにおけるそれが「包括的」(in complexu)であった(Mitteis, 1969=1971, p.445)のに対し、注(20)で述べたように、フランスではそれは謂わば「限定的」であった。またイギリスでは、11世紀のノルマン朝以来、集権化とそれに伴う全国的裁判制度の整備が比較的早くから進行している一方、これも注(20)に既述の如く、ローマ法の影響はフランス以上に小さかった。

(28) 一見普遍法のように見える律令は、日本では前章既述の如く殆ど普遍主義的な運用をされず、中世前期の時点で既に事実上普遍法として認識されてはいなかった。

(29) 中村(1988、1994)は既に、日欧近世・近代の社会的決定様式の差異を生んだ要因としてこのことを指摘している。

(30) さらに言えば、どの地域もそれぞれ地政学的・歴史的に「特殊」なのだから、どこがどれほど「特殊」かを云々してもあまり意味はなく、寧ろどの文化にも共通する変数を見出し、各々の文化がそれぞれの変数においてとる値が構成するプロフィールを相互比較する、といった行き方の方が有意義かも知れない。しかし、これを積極的に主張するのは本稿の任を遥かに越えているので、ここではその可能性を示唆するにとどめる。

(31) より個別的には、Ⅲ章(前編=保田、1996)で見たような「内済」勸奨の慣行が日本人の「権利意識」の発達を阻害した、といった指摘は、夙に法制史や法社会学の分野でなされている。

(32) 特に中国は、一見普遍主義的な律令を歴史の極めて早期に創出している一方、本質的に個別主義的な家族制度の永い伝統や、裁判上の和解の盛行など、本稿の関心にとって非常に興味深い存在である。これに関して、ここではシュエ(1963=1971)の次の指摘を引用するにとどめる。「倫理および宗教に対する日本的・中国的対処の仕方を、パーソンズの〔用語での〕普遍主義的・個別主義的という対照の見地から考えることは、誤っている。中国人も日本人も、共に西洋人と対比された場合は、個別主義的であった。〔両者の〕本当の違いは、中国人の個別主義的な対処の仕方が、その適用に関して、日本人の個別主義的な対処の仕方より狭かった、ということである。中国人の行動場面では、個別主義的な対処の仕方は親族原理によって限定されるが、日本人の行動場面では、そうした対処の仕方は、より広範な〔縁〕約の原理によって統制される。」(p.330、[] 内訳者)

文献

Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*. Butterworths, London, 1971. 小山貞夫訳『イングランド法制史概説』創文社、1975。

Brunner, Otto. *Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1984.

古澤直人「鎌倉幕府の法と権力」笠松宏至編『中世を考える 法と訴訟』所収、吉川弘文館、1992。

保田：日本における規範について—その状況依存性の歴史的考察—（後編）

- 羽下徳彦「故戦防戦をめぐって—中世的法秩序に関する一素描—」「中世の窓」同人編『論集 中世の窓』所収、吉川弘文館、1972。
- 濱口恵俊「比較文化・比較文明論—日本人・日本社会をリファレントにして」京都大学教育学部における講義、1994。
- Hsu, Francis L. K. *Clan, Caste, and Club*. D. Van Nostrand, 1963. 作田啓一・濱口恵俊訳『比較文明社会論 クラン・カスト・クラブ・家元』培風館、1971。
- Imbert, Jean. *Histoire du droit privé*. Presses Universitaires de France, 《Que Sais-je ?》N° 408. 三井哲夫・菅野一彦訳『フランス法制史』文庫クセジュ、白水社、1974。
- 石井紫郎『日本国制史研究Ⅱ 日本人の国家生活』東京大学出版会、1986。
- 編『近世武家思想』日本思想大系27、岩波書店、1974。
- 石井進「中世社会論」岩波講座『日本歴史 8 中世 4』所収、1976。
- 他編『中世政治社会思想上』日本思想大系21、岩波書店、1972。
- 石母田正「解説」石井進他編『中世政治社会思想上』日本思想大系21所収、岩波書店、1972。
- 寛雅博「法廷に集う人々」笠松宏至編『中世を考える 法と訴訟』所収、吉川弘文館、1992。
- 笠松宏至「幕府法」(解題)石井進他編『中世政治社会思想上』日本思想大系21所収、岩波書店、1972。
- 『日本中世法史論』東京大学出版会、1979。
- 『法と言葉の中世史』平凡社、1993。
- ・羽下徳彦「中世法」旧岩波講座『日本歴史 6 中世 2』所収、1963。
- ・佐藤進一・百瀬今朝雄編『中世政治社会思想 下』日本思想大系22、岩波書店、1981。
- 勝俣鎮夫「戦国法」岩波講座『日本歴史 8 中世 4』所収、1976。
- 『一揆』岩波書店、1982。
- 川島武宜編『法社会学講座 9 歴史・文化と法 1』岩波書店、1973。
- Kern, Fritz. *Recht und Verfassung im Mittelalter*. Basel, 1952. 世良晃志郎訳『中世の法と国制』創文社、1968。
- Köbler, Gerhard. *Das Recht im frühen Mittelalter. Untersuchungen zu Herkunft und Inhalt frühmittelalt. Rechtsbegriffe im deutschen Sprachgebiet. Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte*, 7, 1971。
- Kroeschell, Karl. *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert. Vorträge und Forschungen*, Bd. XI, 1968. 石川武訳『ゲルマン法の虚像と実像』所収、創文社、1989。
- “Rechtsfindung”. *Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung. Festschrift für Hermann Heimpel*, 1971. 石川武訳『ゲルマン法の虚像と実像』所収、創文社、1989。
- 牧健二「御成敗式目と道理の意識」『法学論叢』第39巻第2号、1938。
- 峰岸純夫「中世社会と一揆」青木美智男他編『一揆 1 一揆史入門』所収、東京大学出版会、1981。
- Mitteis, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte, ein Studienbuch, neubearbeitet von Heinz Lieberich*, 11. ergänzte Auflage, München, 1969. 世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説 改訂版』創文社、1971。
- 水林彪「近世的秩序と規範意識」相良亨・尾藤正英・秋山虔編『講座 日本思想 3 秩序』所収、東京大学出版会、1983。
- 村上泰亮・公文俊平・佐藤誠三郎『文明としてのイエ社会』中央公論社、1979。
- 中村牧子「日本社会における〈法〉と〈秩序〉」未公開（東京大学大学院社会学研究科修士論文）、1988。
- 「紛争処理手続きをめぐる比較社会論」『社会学評論』178、1994。
- Olivier-Martin, François. *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 2^e tirage, Paris, 1951. 埴浩訳『フランス法制史概説』創文社、1986。
- 相良亨「日本人の道理観」相良亨・尾藤正英・秋山虔編『講座 日本思想 3 秩序』所収、東京大学出版会、1983。
- 佐藤進一「公家法の特質とその背景」笠松宏至・佐藤進一・百瀬今朝雄編『中世政治社会思想 下』日本思想大系22所収、岩波書店、1981。
- 佐藤俊樹「日本社会の社会的決定システムと間人主義」『ソシオロギス』No.12、1988。
- 世良晃志郎「封建社会の法思想」尾高朝雄他編『法哲学講座 第二巻』所収、有斐閣、1956。
- 世良晃志郎『封建社会の法的構造』創文社、1977。
- 末川博編『全訂 法学辞典』日本評論社、1971。
- 上杉和彦「訴訟当事者から見た鎌倉幕府法」笠松宏至編『中世を考える 法と訴訟』所収、吉川弘文館、1992。
- 山本七平『現人神の創作者たち』文藝春秋、1983。
- 保田卓「日本における規範について—その状況依存性の歴史的考察—(前編)」『研究紀要 教育・社会・文化』第3号、1996。