



棚瀬孝雄先生 オーラルヒストリー

2011年度日本法社会学会学術大会
若手ワークショップ
(2011年5月6日実施)

棚瀬孝雄先生オーラルヒストリー

本オーラルヒストリーは、2011年5月6日（金）13時10分～14時30分に、日本法社会学会2011年度学術大会若手ワークショップの第1部「法社会学のオーラルヒストリー」として東京大学において実施された、棚瀬孝雄先生の講演の録音記録が元になっている。この年度の「法社会学のオーラルヒストリー」の企画を担当したのは、同年度若手ワークショップ幹事代表であった岡村暢一郎会員をはじめとする、当時の若手会員の皆さんである。

録音記録は、それから間もない時期に文字起こしされたが、それを学会としてどのように公表するかに関して方針が定まらず、検討を重ねるうちにかなりの時間が経過してしまった。学会のウェブサイトにおいて公表するという方針が定まったのは2019年度になってからであり、その時点において、講演が行われてから既に8年あまりが経過していた。

こうした時間の経過ゆえに、録音記録を文字起こししたものを、そのまま学会のウェブサイトにおいて公表することは、ためらわれた。そこで、2020年2月に、棚瀬先生に、文字起こしした録音記録に、先生ご自身が必要と判断した加筆および修正をお願いすることとした。棚瀬先生には、講演当日には時間の都合から話し足りなかったことを追記していただくとともに、講演の後の質疑応答の時間に、質問に答えるかたちでごく手短かに話したことを、内容をより明確にしたうえで、講演それ自体の文字起こしのなかに組み込んでいただくなど、かなりの補正作業を行っていただいた。そうした経緯を経て2020年4月に完成したのが、本オーラルヒストリーである。

したがって、本オーラルヒストリーは、講演記録そのものではない。しかし、講演記録以上に学問の先達の足跡がわかりやすく示されており、現時点において読むに値するものとなっているはずである。なお、本オーラルヒストリーでは、棚瀬先生ご自身の業績の多くに言及されているが、それらの業績の書誌情報に関しては、国立国会図書館オンラインで検索していただくか、あるいは法学論叢160巻3・4号（2007年）に掲載されている「主要著作論文目録」を参照いただきたい。

1. 法学部の中の法社会学

私が研究者になるころ、どんなことを考え、またどんな勉強をして研究をしてきたか話してみようと思います。私は、研究者になってから、法社会学というのはどういう学問なのか、繰り返し考えてきました。当時、私が研究を始めた頃は、法社会学は、多くの法解釈学者にとって新しい方法論として、従来の解釈論の壁を破るものとしての強い期待がありました。それは、それで、学問の受け手がいるわけですので、ありがたいのですが、自分が研究を続けていく中で、法社会学というのとは違う、法解釈学をやる者が片手間にやるものではないという反発もありました。

何しろ、初めて法学部の中で、それだけを専門に研究する法社会学者になったのですし、実際、法学の勉強とは全く違う社会学など、それも、法学者にもなじみのウェーバーやマルクスでなく、アメリカの社会学や心理学、政治学などから始めていますし、簡単に法解釈学に接ぎ木できるものではありません。

また、これは、後に、30代初めに京都大学に移ってからですが、法社会学が「基礎法」に入れられ、しかも、学生は司法試験などのための勉強に必死で、六法科目は重視するが、基礎法は単位を揃えるためぐらいに考える風潮もあって、私など、司法試験など勉強すれば受かる、本当の法社会学は、この法律学の基礎にあるもの、その法を動かしているものを深く考えていくところで研究されているのだ、というような強気の態度で研究もし、学生にも接してきました。

しかし、独自といっても、対象が法である以上、それが使われていく現場である「法の解釈」は押さえざるを得ず、この法解釈学と法社会学との関係は、私の学者生活を通じて、一貫した問題意識となりました。

II. 法律学への懐疑

私は、1966年、大学4年生の7月に司法試験の勉強が終わったのですが、法律はインチキ臭いっていう気持ちがありましたので、そのまま、すぐに弁護士になるという気持ちにはなれませんでした。

後に、川島武宜先生が、「科学としての法律学」と言って、自分は、若いころ、経済学が学問らしい理論があって、あこがれていたという話を書いています。似たような感覚だと思います。私も元々理系が好きで、最初は、物理の研究者になろうと思っていましたし、大学に入ってから、当時の一般的な学生の左翼的な傾向の中で、法律学が持つ体制擁護的な性格への批判もありました。川島さんも、戦前から、自由主義の思想を持っていたので、その点でも、共通しているのかなと思います。

この点でよく思い出すのは、私が助手時代に出会った、東大教養学部の長尾龍一さんの言葉です。ケルゼンの研究者だったのですが、「イデオロギーは、事実命題の形をとった価値命題である」という言葉を教えてもらいました。新カント派の事実／価値二元論を徹底すれば、法律学は、出発点に根本規範や、法定立の二次ルールを置いて、その下位はすべて価値判断を排除した、法専門家による法命題の論理操作にゆだねていくという法実証主義になるのですが、実際には、そのような峻別で法が動いていくわけはなく、こっそり体制擁護の、保守的な価値観が持ち込まれていくことになります。

それが、批判的な、私のような生意気な学生からは、インチキ臭い非科学的な言葉のまやかしに見えたのです。たとえば、行政法の雄川一郎さんのゼミにも少し顔を出したのですが、訴えの利益とか、原告適格とか、左翼の影響を受けていた当時の学生から見るとおかしいと思う結論が、あたかも当然の結論であるかのように、三権分立とか、行政裁量とか、大上段の命題を振りかざして通用させられていくことを見て、なじめませんでした。

III. 研究者になったきっかけ

それでも、そうした法律学を学んだのですが、司法試験が終わって、もやもやしたものを解消したい、何か批判したいと思って、8月の初め、渡辺洋三さんという、当時、啓発的な岩波新書を書いたりして、学生に人気があった法社会学者を尋ねました。

直接、面識はなかったのですが、「君はどんな関心があるのかね」と言うから、今のよう、ちょっと生意気な話をしました。そうしたら、「これ読め」と言って、風呂敷

いっぱいの本を貸してくれました。マルクス主義法学や労働法学の専門書で、よいしょ、よいしょと暑い盛りに持って帰ったのですが、マルクスの「マ」の字も知らない私にとっては、重た過ぎて読めませんでした。それで、夏休みが終わってお返ししました。

悶々としていたのですが、たまたま10月の初めに川島さんの法社会学の講義がありました。2単位の特別講義でしたが、その1回目の講義の時に、川島さんは、法社会学には、かつてデュルケームとかウェーバーとかいう偉大な学者がいたけれども、新しい法社会学は、まだ誕生したばかりだと話していました。

私が川島さんの講義に出たのは1966年の秋だったのですが、アメリカで、Law and Society Associationが設立されたのが1964年で、その機関誌である*Law and Society Review*が創刊されたのが1966年です。その第2巻には、千葉正士先生が書いた論文も載っています。そうした雑誌を通して、一部の日本の学者にも、そうした世界の動きは伝わってきていたのですが、まだアメリカでも誕生したばかりの学問でした。それで川島さんは、私たちに向かって、「法社会学は新しい学問だ。ぜひ君たちの若い血をこの学問に注いでほしい」と言われました。

私は、それを私に向かって言われているように思い、授業が終わるとすぐに川島さんの研究室に行って、「研究者になりたいのですが」という話をしました。その時、川島さんには、「いや、君、学者は大変貧しいよ」と言われました(笑)。

あとで、そのことを助手の先輩に話したら、「だいたい偉い学者ほどそうだ」と言っていました。偉い学者だから、仕事に自負があって、世間は正当な敬意を払っていないと思っているのかもしれませんが。ただ私は、若かったから、お金のことは考えていなくて、大学者がそんなお金のことを言うのかと、非常に驚きというか、違和感を持ちました。それでも、少しやってみるかなって感じで、助手として大学に残ることにしました。

IV. 社会学の勉強

翌1967年に助手になったのですが、当時、法社会学の理論は何もない状態でした。*Law and Society Review*などを見ても、1巻、2巻ぐらいまではこれからの法社会学の展望や課題について述べた綱領的な論文ばかりで、あまり学問的な感じはしません。

そういう時代の中で、私は法社会学の勉強を始めたのですが、川島先生に、「先生、何を勉強したらいいですか」と尋ねたら、先生が「これ読め」と言って渡してくれた本が、ジェローム・フランクの*Law and the Modern Mind*でした。それを私が翻訳することになったのですが、それは、たまたま弘文堂の人が、「何か翻訳する良い本ないですか」と川島先生に尋ね、それを受けて先生が私に、「棚瀬君、いま読んでいるか。訳してもらえる？」と話を持ってきたのがきっかけでした。実は私は妻に訳してもらったのですが(笑)、正直言って、当時はジェローム・フランクはあまり好きではありませんでした。何となくぴんときませんでした。後に、裁判の問題を取り上げるようになって、読んでみると、結構味わい深く、参考にするようになりましたが。

当時は、むしろ、あこがれたのは、村上淳一さんとか、石井紫郎さん、あるいは丸山眞男さんといった、ちょっと違う分野で、しかし、非常に優れた分析をしている学者でした。彼らの書いたものを読んで、本当に感激しました。ああ、これが学問なのかと思いました。

それから、また、何も分からないものですから、社会学の大学院の授業にいくつか出ました。折原浩さんとか、福武直さんとか、綿貫譲治さんとかです。それから水原泰介さん。水原泰介さんは社会心理学の研究者です。比較的小さなクラスでしたが、外国の認知理論をまとめた英文の論文集を講読しました。それが結構、私の肌に合っていました。

折原浩さんのウェーバーに関する授業も2年続けて出たのですが、少人数の大学院生、オタク的な人間ばかりが集まっていた所でした。最初、折原さんの助手に参加を打診するために、「何を読むのですか」と電話で聞いたら、『ロッシャーとクニース (Roscher und Knies)』という答だったのですが、私は「ロシアと、何ですか?」と聞き返したりしていました(笑)。そんな感じで、ウェーバーについてまったく知らず、いきなり大学院の授業に出たのですが、折原さんの人柄に引かれたりして、2年間続けました。

その間に、法社会学はもちろん、支配の社会学や宗教社会学、それに、折原さんが訳した、ラインハルト・ベンディックスの『マックス・ウェーバー』、これは本当に良い本で、ウェーバーの全体像がよくわかり、勉強になりました。また、シュアの『比較文明社会論』も、ウェーバーの宗教社会学を下敷きにして、中国、インド、そして日本の社会を比較し、分析したもので、感銘を受けました。私が、後に、日米の法制度を比較法文化の視点から分析するという、その方法論の着想にもつながっているのではないかと思います。

他に、福武直さんの農村社会学も受講し、農村調査にも参加しました。それから、綿貫譲治さんの政治社会学も、我々が普段目にする政治がこんな風に社会学では分析できるのかと、結構面白かったですね。

V. 個人と社会

こうした社会学の勉強と並んで、私が助手だったころ、川島さんが編集代表になって岩波の『法社会学講座』を作る話があり、社会学の人にも協力を仰ごうということで、富永健一さんに先生が声を掛けました。富永さんはパーソンズの専門家ですが、ダーレンドルフなども研究していました。その富永さんが、「小室君と広瀬君がいるよ」と言い、小室直樹さんと広瀬和子さんが加わり、研究会が始まりました。その当時の新進気鋭の学者たちの議論を聞いて、刺激を受け、私もパーソンズを読み始めました。

この時代に私が川島さんから受けた影響に、川島の方法論で、還元主義があります。社会というものは究極的に個人の行動からできているという考え方です。個人の行動を観察し、解明すれば、そこに、この社会の仕組みを読み解く原理が見出せるという、そうした還元主義です。

川島さんの著作に、マルクスの『ドイツ・イデオロギー』を元に、交換という原初的なプロセスの中から、いかに搾取が発生するかを論じているものがあり、私も少し読みましたが、難解でなかなか読み切れませんでした。しかし、そうした社会の仕組みも、基本的な交換関係、交渉から始まるという観点は、新鮮な驚きでした。

その意味で、川島さんもパーソンズは肌に合ったのだと思います。パーソンズは徹底して、行為基礎論から理論を発展させていきます。パーソンズはウェーバーなどの理論を踏まえて自らの理論を展開していくのですが、ウェーバーについても、パーソ

ンズは、その行為基礎論を重視するような読み方をしていました。そのようなわけで、私も個人から社会を読み解くという方法論に踏み込んでいきました。

また、この個人に関係して、私は、ずっと、個人と社会との関係に関心を持っていました。私はちょうど60年安保と70年の真ん中の世代です。学生時代の政治課題としては、1965年の日韓基本条約の締結があった程度ですが、それでも、私も学生のときはデモに参加しました。リーダーが「石投げろ」と言うと、「わー」と石を投げて逃げたりしていました。そういうことも経験としてあるのですが、逮捕されなくてよかったです（笑）。

そんなこと、やっていた時代ですので、学生の目は、国家権力とか大衆運動とか、社会の仕組みや、それを覆そうとする運動に向けられ、個人を押しつぶし、支配を貫徹する社会と、それに抵抗し、支配を覆す個人という、二元的な図式はリアリティをもって感じられていました。反面、産業社会の成熟とともに、モノがあふれ、リースマンの『孤独な群衆』がベストセラーになり、大衆社会論がはやり、個人は無力だという議論も強かった時代でした。と同時に、まだ、英雄的な個人、社会をつくりかえる個人へのあこがれや期待もあった時代です。ゲバラとか、世界の植民地で国の独立、解放のために戦った英雄たちが輝いて見えた時代でした。

このような時代の雰囲気の中で、私の、個人と社会という問題意識も作られました。

VI. パーソンズとホーマンズ

そして、大学を出て4年目の1971年から74年にかけてハーバードへ留学しました。当初、私は、パーソンズの下で勉強しようと思って行きましたが、しかし、パーソンズはもうハーフリタイアで、半年しか教えていませんでした。私が行った最初の学期は、パーソンズが教えていない学期だったのです。けれども、社会学の大学院では、指導教官が必要だということで、私はホーマンズを指導教官に選びました。何も知らずに。そうしたら、ホーマンズは徹底したパーソンズ大嫌いな人間でした。両雄並び立たずというわけですが、社会学ではパーソンズとホーマンズはまさに犬猿の仲でした。

それで、私が「日本でパーソンズを勉強してきました」と言ったら、これはいいカモが来たとばかりに、毎週ホーマンズ自身の書いた本などを与えられ、「これを来週までに読んで、君の意見を述べろ」とか、「パーソンズの観点から批判せよ」とか言われました。当時の英語力でそんなことできるわけではないのですが、もう必死でホーマンズにぶつかっていき、こっぴどくやっつけられるということを毎週繰り返して、半年が過ぎました。

このようにしてホーマンズのところで、さらに方法論的個人主義を学ぶわけですが。当時、ピーター・ブラウの交換理論やトーマス・シェリングの紛争理論なども、好きで面白く読んでいました。

また、富永さんの導きで、ダーレンドルフやスメルサーなどの闘争理論や政治運動論なども読みました。いずれもパーソンズから出発して、パーソンズを超えていくという流れでした。私自身の研究論文としては、そうしたパーソンズからホーマンズへという私の研究の足跡がまとまったのは1977年に書いた「紛争と役割過程」と、1978年に書いた「社会分析における個人の地位」においてです。いずれも長編の論文ですが、研究を開始してからそれらの論文をまとめるまで、ほぼ10年かかっています。

この間、岩波の『法社会学講座』にいくつか論文も書いていますが、大学を出てから10年でまとめたこれら2つの論文の中に、10年間の私の研究が凝縮されています。

千葉正士先生が、年賀状をくれて、私がなかなか論文を書かないものですから、その年賀状には「棚瀬君もここらが正念場」みたいことが書かれていました、ほんとに悶々としている時期で、むち打たれて、ますます落ち込んだ記憶があります。当時、誰かに書いた年賀状の中に、「暗いトンネルをとぼとぼ歩いている」というようなことを書きましたが、実際、どこに行ったら、どういう出口があるか分からない状態でした。

とにかくひたすら、目の前にあるものに飛びついて、読み、何か使えないかと必死な時代でした。しかし、10年たって、ようやく研究の成果を2本の論文にまとめることができました。私としては、2本の論文をまとめて1冊の本にするつもりだったのですが、2本の論文をあわせると本1冊の分量を超えてしまうほどになっていました。しかも、次の仕事が既に始まっていたので、書き直して本にまとめないうちに、私の10年の修業時代が終わりました。

VII. 社会学の新しい動き

ハーバードにいたころには、他にも、J.Q.ウィルソンという政治社会学者の授業にも出ました。ウィルソンは日本では警察研究などで知られていますが、実証的な、非常にセンスのいい政治社会学者でした。たくさんの大学院生が集まっていて、私も報告をしましたが、まだ自分の独自の実証研究もなく、軽くあしらわれて落ち込んだ記憶があります。

法人類学も勉強しました。当時、法人類学を専攻していた大学院生には、非常に優秀な人たちがいました。授業は温かい、家族的な雰囲気、そこで知り合った大学院生とは、その後、長く付き合うことになりましたが、そのなかには解釈学的人類学の著名な研究者もいます。

また、昼休みの時間は、いつも私は大学院生を相手に、同期で17人大大学院生がいたのですが、彼らを代わる代わるつかまえては、1時間ぐらい議論を吹っ掛けていました。中には非常に早熟な大学院生がいました。当時は、まだパーソンズやホーマンズが主流で、基本的に実証的な社会学です。それに対して、もう既に解釈学的方法論を取り入れていこうとする大学院生が何人かいたのです。私もそうした動向があることを聞いていましたが、勉強したこともなく、分かりませんでした。

当時、ウェーバーですと、我々は、有名な「神々の闘争」と結び付けて理解していました。とことん合理的な選択的行動ができる人間というイメージです。自分のやっていることの意味を問い詰めていけば、最後は、あなた自身の決断ですよみたいな感じ。非常に強い合理主義、強い個人主義であると同時に、事実と価値の絶対的な峻別、新カント派に立っていたわけです。

ところが、解釈学的な観点から学説の読み直しをしていた大学院生たちは、ウェーバーもそういうふうには読みません。ウェーバーも、重要なのは、目的合理性ではなくて価値合理性のところだと考えるわけです。というか、目的と価値とがそのように峻別されない。基本的に、人の対象に対する認識には、常に意味付けが先にあり、その意味づけが社会から規定されているとすれば、社会から孤立した個人が、主体性を持って、自己の設定した目的実現のために合理的な選択行動を行うといったモデルが、

根底から揺さぶられることになります。価値も、個人が恣意的に選んだ、個人の好みではなくて、社会にルーツがあり、そもそも価値合理性と言ったって、どこまで合理性を言えるかも不確かなものになってきます。

それから、10年程経って、40台になって私もそうした方法論に変わっていきませんが、まだ、この時点では実証主義的な社会学、とくに方法論的個人主義に強い影響を受けて、自分の法社会学を構築したばかりで、こうした新しい視点でウェーバーを、新カント派でない読み方で読み直し、ウェーバーこそが現代社会理論の基礎をつくっているという話を聞いても、ほうと感心はするものの、違う世界の話として聞いていました。

ただ、その頃には、パーソンズのお弟子さんたちの中にも、いろんなかたちでパーソンズを越えていく研究者があらわれてきます。先ほど挙げた、スメルサーなんかもそうですね。闘争理論を組み込んで、これは私も影響を受けました。エスノメソドロジーの創始者であるガーフィンケルも、「自分が一番影響を受けたのは、パーソンズとゴッフマンだ」と言っています。パーソンズから強い影響を受け、その学問を尊敬しつつ、しかし、解釈学の方に走って行くわけです。偉大な学者というのは、いろんな読み方に開かれていて、後の世代が新たな読解を行い、学問を発展させていくという例ですね。

そういう面では、パーソンズは、やはり偉大だった。方法論的には、個人を出発点として、個人がそれぞれ信じる価値に従い、目的合理的に行うことから社会のモデルを構築しようとしたけれど、もちろん、それだけでは社会ができるわけがない。宗教とか、集合目的とか価値を外から持ってくるけれど、その2つの、個人と、社会とのその異質なものをくっつけようとして、実は、最後まで悪戦、苦闘していたのではないか。その思考の跡自体が、次の読みに開かれていて、新しい社会学を用意したのだと思います。

そんな息吹を感じながら、ハーバードの3年間を終えて帰ってきました。

VIII. 訴訟手続の実証的研究

1977年に、私は京都大学に移りました。その後すぐに、先ほど述べた、それまでの社会学の研究をまとめた論文を書いたのですが、その頃には、他にやりたいと思い、準備していた仕事もあって、訴訟手続および弁護士論の問題にその後、集中的に10年間取り組むことになりました。

そのころに書いた論文が、いくつかありますが、主なものとしては、1979年に書いた「裁判への信頼と裁判利用行動」、それから「裁判受容過程の構造分析」という、民事訴訟法の人たちにも読んでもらった論文があります。

これらの論文の元になっているのは、ハーバードにいたときに行った少額裁判所の調査です。「博士論文を書くために、何か調査しなければいけない」と言われて、私の本来の研究テーマである裁判手続に関連した調査をしようと思い、半年近く、ほんとに根気よくアメリカの少額裁判所に通いました。少額裁判所を選んだのは、事件の回転が速いし、直接、当事者と裁判官が、向き合って手続を進めるので、法人類学の観察と同じように、裁判に向けた人の動きが生に観察できるからです。

その間に、裁判官を初め、裁判関係者、そして、訴訟当事者にもインタビューしました。人類学者でいえばフィールドワークのようなものですが、特定のテーマでの調

査というより、人類学でいう、“wholistic approach”です。個々の制度を切り離して分析するのではなく、その中で人の具体的な動き方、日本という外国からきた者の目には新鮮な驚きである様々な現象を、ひとつの有機的につながった全体と見る視点を意識的にとりました。司法も、大きなアメリカ社会の中の、アメリカの司法制度ということです。

この少額裁判所の観察ですが、あるとき、法廷に若い女性がふたり、原告として裁判官の前に立った時、少額裁判所ですので、よく当事者は裁判官席に近づいて説明したり、資料を見せたりするのですが、裁判官は突然立ち上がって、にこやかに、「若いお嬢さん達、今日は何の事件ですか。裁判官をやっている、こうして美しい女性にお目にかかれるのは、本当に裁判官冥利に尽きます。」と言うのを聞いて、ビックリしました。

今でいえば、セクハラ発言と言われそうですが、1975年の頃なので、法廷に笑いが起きて、緊張がほぐれました。笑いと言えば、あるとき、当事者のひとりが、「自分は嘘を言っていない。もし嘘を言ったなら、神よ、私に雷を当てよ」と、上を向いて叫ぶので、裁判官は、「止めてくれ、そんなことしたら、我々も感電してしまうから。」と言ひ、法廷が爆笑に包まれました(笑)。マイコートだからできるのでしょうか。裁判官も人であって、その人間が裁判をする。そこに、裁判という仕組みに対する信頼というか、アメリカ社会に根を下ろした司法制度の秘密があるように思いました。

同時に、当事者も、弁護士がいなくても、みな、それぞれ自分の口で、事件を裁判官に筋道立てて説明していて、当事者が、対審的な手続で互いに主張を述べ、裁判官が耳を傾け、判断する、当事者主義の原型というか、当事者主義というのはこういうものだとな納得しました。裁判官が、一段高いところに座り、その前で、当事者が向き合って議論するという、しかも、それを、当の当事者自身が、法廷の言語構造の中に乗せて議論するというその手続を、私は、法廷を毎日観察する中で、視覚の中に焼き付けました。

人類学の比喻で言えば、このフィールド調査が、その後の、訴訟手続の研究の中に活かされていきました。『本人訴訟の審理構造』という、私の研生活の前半を締めくくることがその代表ですが、ADRの研究にも、また、刑事陪審の論文にも、そのアメリカ社会での、司法を支える人々の行動や考え方から、私を感じ取ったものが入っています。

IX. 弁護士論の執筆

この時期、平行して、弁護士論も書きました。最初に書いたのが、1977年の「弁護士の大都市集中とその機能的意義」という、東京への弁護士の一極集中現象を分析するなかで、日本に新しい弁護士像が生まれつつあることを明らかにした論文です。

これは、元々は頼まれた仕事で、たまたま、1976年ぐらいの法社会学会で弁護士論のシンポジウムをやるということで、私に、「何か報告にコメントできないか」という依頼がありました。私は、当時、アメリカで勉強してきて、「なぜ日本では裁判が少ないのか」とみな不思議に思い、知りたがっていたので、裁判利用の要因分析のために、府県別のデータを集め、コンピュータで解析を始めていました。

そのデータのなかに、府県別の弁護士数を独立変数として入れていたのですが、少し頭を働かせて、そうか、これを従属変数の方に持っていけば、弁護士の説明になる

かと思い、それを報告するつもりでした。しかし、瓢箪から出た駒みたいなもので、私の予測とは違う結果が出てきました。弁護士の地域分布が説明できるのではなく、できないことが分かったのです。

それで、できないのはなぜか、そこには、もっと大きな構造的要因が背景にあるからだという報告に急遽変えました。その報告のとき、新堂幸司さんが一番前に座っていて、こんな腕組みをして、にこにこして。私は、直接面識がなかったのですが、あとから、「いや、なかなか面白いことを言う、若い学者がいるな」と言っていたという話を聞きました。ほかにも大野正男さんとか、いろいろ、弁護士論に興味を持っている弁護士がいて、「今度、『判例タイムズ』で特集を組むから、書いてもらえないか」と頼まれて書いたのが、「弁護士の大都市集中」の論文です。私の凝り性というか、学者のわがままかもしれませんが、200字で50枚という依頼だったのを、200字で600枚ぐらい書いて出しました。よく載せてくれたと思います。

それが弁護士論の分野での私の最初の論文ですが、それを出しますと、またすぐ次に、1980年に、ちょうど弁護士広告の解禁が弁護士会で議論になっていて、何か書いてくれと言われて、「プロフェッションと広告」という論文を書きました。

当時、アメリカの弁護士論をいろいろ読んで、アメリカと日本の弁護士論の格差に驚きました。アメリカには学者が書いた本格的な研究論文がたくさんあるのに対して、日本は素人が弁護士会の集まりなどで話しているようなことが、堂々と論文として公表されているという印象でした。「自由と人権」という言葉から始めないと論文が書けないような雰囲気、べたべたの理念論をやっていました。

そのようなわけで、私は、もっと科学的な弁護士論をやりたいと思ったのですが、その準備のために、アメリカの文献を読んでいて、弁護士はプロフェッションだと言うけれども、八百屋さんたちの職業組合とどこが違うのだ、一緒にないかという議論があって、私はこれだと思いました。

やはり弁護士だって、当然、職業的な、経済的利害を持っている、そこを議論しない弁護士論なんか有り得ないと思ったのです。しかも、弁護士にお金を払うのは依頼者ですし、それを何か恩恵を与えてやるみたいと言われては、依頼者は立つ瀬がないし、アメリカでは、弁護士は“hired gun”と言われるように、どこまでも、弁護士の仕事はそれを使う依頼者のためにある、という意識です。だからこそ、この積極的に権利を主張する人々とともに、弁護士の役割も広がり、社会の隅々まで弁護士のサービスが使われるようになったのだという、そうした展望です。

こうしていくつかの雑誌に書いた弁護士論に、書き下ろし論文2本を加えて、1987年に『現代社会と弁護士』として1冊にまとめて出版しました。

X. プロフェッションの構築

その後、しばらく間を置いてですが、弁護士の自負するプロフェッションと、依頼者が対価を払って使う弁護士サービス市場との矛盾について、ラーソンというアメリカの社会学者のプロフェッションの定義を読んで納得しました。彼女は、「プロフェッションとは、集合的に市場を構築する職業集団である」と言います。

つまり、弁護士も、利益を志向する点では他の事業者と変わらないけれど、ただ、ほかの職業と違って弁護士のサービスは、非常に商品化しにくいサービスだから、「プロフェッション」のような、特殊な、弁護士業務の排他性、使命感などの語り方が生

み出されたのだという説明です。弁護士は、そもそも使わなくても済みますし、報酬も分からない。また、弁護士のサービスは何か、どのような資格があったら弁護士ができるのかもはっきりしない。こうしたさまざまな弁護士サービスという商品の不定性を前提にして、それを市場に流通させるために、弁護士サービスという商品を作り、市場を作ることがあるという議論です。それを、売る弁護士の側が団体を作って、イデオロギーを振りまいて作っていくというのです。

この議論に啓発されて書いたのが、1996年に『法律時報』に連載した「弁護士倫理の言説分析」という論文です。非常に難解だといわれている論文ですが、理論的には考え抜かれた大部の著作で、「言説分析」とあるように、弁護士が今あるような形で構築される過程を分析したものです。その構築されたものを「脱構築」して、弁護士のサービスを、真に依頼者の主体性を活かすようなものに組み替えていくという、批判法学の言葉を使った、大きな構想で書かれた仕事です。

この前に、1995年、こちらはもっと読みやすく、広く弁護士にも読まれましたが、「語りとしての法援用」を書いています。「言説分析」と準備が重なり、姉妹論文のようなものですが、こちらの方は、この頃、私が積極的に主張していた共同体論を弁護士倫理の議論に持ってきた、その実作という面があり、その後、2002年に『権利の言説』、「共同体に生きる自由の法」という副題をつけた論文集に入れました。

ちなみに、この論文は、当時、大学院進学が決まっていた久保秀雄君が、自分で見つけてきて、「先生、読み始めたら面白くて止まりませんでした。」と、メールを送ってきてくれました。久保君は、早熟で、いち早く批判理論を身に着け、当時、まだ私も十分に吸収できていなかったポストコロナルの理論を使って、川島の法社会学を、日本の近代化が持つ少数者排除の歴史と絡めて分析した、優れた修士論文を書きました。当たり前ですが、私が大学院生の議論から教えられるということも、実際よくありました。

話を戻して、このように、私の弁護士論は、最初、実証主義のデータを使った分析から入り、これまでの日本の弁護士像とは違う、依頼者がもっと対等に、弁護士のサービスを自由な市場で選び、使っていく、そうした新しい弁護士の在り方を肯定的に展望したものから、より批判的なトーンを強めたものに変わっていきます。しかし、基本は変わってなくて、弁護士と依頼者との間の、放っておいても専門性のギャップがあり、依頼者が従属せざるを得ない非対等な関係を対等化したい、依頼者が、ほんとの意味で自由な主体として権利を主張できる、そのような社会を作っていくという主張が変わらず貫かれています。

XI. 比較法文化的考察

1987年に『現代社会と弁護士』を出版した後は、弁護士会に呼ばれて講演したりはしていましたが、弁護士についての論文執筆は、先ほど挙げた「語りとしての法援用」や「言説分析」まで、しばらくありませんでした。しかし、その間、私自身の中に方法論のパラダイム転換があり、また、日本社会が、ジャパン・アズ・ナンバーワンともてはやされた時代から、失われた10年へと急速に変化する中で、私の研究も、日本の法秩序をマクロにとらえて、その法の働きを分析する仕事が増えていきました。この頃、ハーバードやミシガンで客員教授をしたり、アメリカの法社会学会にもよく参加し、理事にもなったりして、比較法的な分析が増えていきました。

日本の自動車事故の賠償システムを、紛争管理としてマクロにとらえた、1981年の「弁護士需要の形成」という論文は、その後、翻訳し、加筆したものが、*Law and Society Review*に掲載されました。アメリカでも、なぜ、日本がこれほどの産業社会でありながら、法や裁判を使わないで済ませられているのか、疑問とされ、「日本人の法意識」をめぐる論争が行われていましたので、その有力な仮説として広く読まれました。

また、1989年にハーバードで日本法を教えたのですが、そこでは、憲法から契約法まで、毎回、色々な法の問題を取り上げ、日本法が、法の解釈や、運用においてどうアメリカ法と比べて異なっているか、まさに、社会の中の法という、法社会学者としての視点で分析し講義をしたのですが、1回、家族法の問題も取り上げました。

何にしようか考えたのですが、日本では、離婚も増え、また、社会が豊かになり、親の子育てへの関心も高まっていく中で、離婚後の監護権をめぐる争いが深刻になってきていましたので、その監護の問題を取り上げることにしました。そして、準備を始めて驚いたのですが、アメリカでは、離婚後も、子はきまって隔週2泊3日、別居親の家に行って、面会交流するのですが、日本では、唯一、年2回娘に会いたい、それを認めない原審は憲法13条の幸福追求の否定であるとして争った事件で、面会交流させるかどうかは子の福祉に関する判断で、憲法違反を論じる余地はないとする最高裁の憲法判例があるだけで、その落差に衝撃を受けました。

家族観の違いと言えば、それまでですが、私は、もっと根底にある、自由主義的な家族観が、アメリカの面会交流の法理を作り出していることに気が付きました。文献を読み進めていて、*Harvard Law Review*に1980年に掲載された“Developments in the Law: The Constitution and the Family”という論文に、「家族法は、家族という団体に関する法律ではない。個人が家族的関係を作る、その権利を定めた法律である。」とあるのに出会い、目からうろこが落ちる思いがしました。

「あっ、これだ」と思い、親がその意思と、意欲で子を育てる自由権としての親権、その憲法的保護が納得できました。個人の権利であるがゆえに、家庭という枠が離婚で壊れても、なお家庭の外で、親がその生み、育てた子と、面会交流という形で「家族」を作っていく、その親の権利をアメリカ社会は、憲法の保護を受ける権利として守っているのだと思いました。その洞察から書いたのが、1990年の「離婚後の面接交渉と親の権利」です。

この論文は、比較法文化という法社会学の方法を用いたもので、法の解釈の背後にある、その社会の法秩序の観念や法に内在した理念を表に出して、日本の裁判、あるいは、通常の法解釈学ではその外に出られず、ガラパゴス化するものの打破を行うものだというのが、この論文の私の位置づけです。後の方で、法解釈学と法社会学の関係について私がどのように考え、取り組んできたか述べますが、これも、その一つの仕事です。

家裁実務や解釈論をすぐには変えられなかったものの、子から切り離され、裁判所に訴えても聞いてもらえないで苦しんでいる親たちが日本に大勢いて、注目を集めました。また、それがきっかけになって、私は、弁護士になって、この面会交流の問題に深くかかわっていくことになりました。また、現在は名古屋大学で教えている原田綾子さんも、この論文を読んで、大学院に進学するとき、「自分は子どもが好きだから」と言って、児童虐待の法制度の研究をテーマに選びました。私も、弁護士をして

いて、本当に子どもは可愛くて、なぜ、こんな子どもを親から切り離すのか、許せないという気持ちで戦っています。

さらに、比較法文化論としては、アメリカでも見直しが行われ活発な議論が行われたADR論や、日本の行政指導などを、「法化社会」のキーワードから読み解く仕事もこの時期しています。法化社会論は、元々、アメリカで、何かあると、すぐに人が弁護士を使い、訴訟にする風潮を批判する議論が、この頃、それがもたらす社会的なコストから盛んになり、学者も取り上げるようになったものです。

私は、川島さんの助手として研究を始め、またアメリカ社会を見て、弁護士論でも、訴訟手続でも、日本の組織に今も残る、議論でなく、権威で押し切る体質を批判してきていたので、個人の権利主張を自由主義的な法秩序の必須の要素として肯定する面は強くあるのですが、同時に、法化社会の批判にもうなづく面がありました。その理由は、後に、私の共同体主義として述べる通りですが、1990年の、「法化社会の調停モデル」、そして、1991年の「法化社会と裁判」という、法化社会をタイトルに入れた論文にその理由が、具体的な制度論として書かれています。

それは、この法が使われていく社会の中で、やはり、法は、ただ法だからという理由で貫徹していくわけではない、実際、法は社会と様々な形で折り合いをつけながら貫徹しているということを、法社会学者として分析したものです。特に、後に『権利の言説』に収録した「法化社会と裁判」という論文では、日本の行政指導や、アメリカの、訴訟をしながらも、交渉で行政の法執行を実現していく過程の分析から、当事者の交渉を経て具体化される、状況的な、「小文字の法」という法秩序の観念を提示しました。

この法化社会論については、馬場健一君は、それを懐疑する議論に反対で、学校での体罰について、教育委員会が隠蔽し、体罰厳禁の法が執行されていないことを、情報公開を使って資料を取り寄せ分析し、説得力ある論文を書いていました。私もそれを読んで考え込んだりしました。結局、違いは、小文字の法の正当性であり、権力の抑圧や隠ぺいがなく、当事者が対等に交渉できる条件があることが条件だということだと思います。

余談ですが、馬場君は、皆さんが知っておられるように、元気で、というか、やんちゃで、昭和天皇が崩御した正月に、馬場君は、「今こそ、大きな声で言おう、あけましておめでとう」という年賀状を送ってきました（笑）。そういう元気な大学院生がいて、先生の考えにも異論を唱えるから、先生も、独りよがりの「老害」にならずに済んでいるからありがたいですが。

XII. グローバル化の中の法社会学：アメリカと中国

この比較法文化論の仕事で、1986年には「刑事陪審と事実認定」という論文を書きました。この論文は、後に『訴訟動員と司法参加』に収録しています。元は、実際に、アメリカの検察官と弁護士が日本に来て、私がいろんな人に頼んで陪審員になってもらって行った模擬陪審の分析ですが、陪審についてのアメリカの文献を読んで、それが機能する司法の観念や、法文化的な背景を明らかにしたものです。

日本では、陪審というと、「冤罪防止」という回答が返ってきますが、アメリカでは、誰もそのようなことは言いません。むしろ、陪審には、人々の様々な偏見や、無知から誤審が多いというのは、皆思っています。しかし、それにもかかわらず、陪審

が支持されているのは、民主主義への強い信念があるからです。トックビルは、『アメリカの民主主義』という本で、「犯罪者を裁くものこそ国の主人である。陪審は、国民をこの主人にするものである」と言っていますが、このアメリカ人の強い主権者意識こそが、陪審制の背後にあり、また、最高裁の違憲判断など積極的な司法を支えているものだと私は思います。

それが後に、司法制度改革の中で、アメリカの裁判官選任制度と比較しながら書いた、法曹一元制度の論文や、司法参加の実証的研究の中にも貫かれています。私の京都大学での研究生生活最後の10年間に書いた論文を選んで編集した、2010年出版の『司法制度の深層』という本に「専門性と主権性の葛藤」という副題を付けたのも、司法が法専門家に任せられ、政治から超越するからこそ「法の支配」も実現できるという、それももっともな主張ですが、この専門性と、しかし、陪審制から裁判官の選任、そして、国民の司法への政治的批判など、やはり、司法には国家の権力行使である以上、国民の、主権者としての意思が働く必要があるというのが、私の基本的な司法のとらえ方です。

この司法制度に内在する根源的なジレンマは、日本と違い、アメリカでは主権性を強く出した司法を実現することで、いわば社会実験をしているようなものですので、日米の比較法文化的考察が、司法制度を理解する不可欠な方法論となるのです。

話が、司法制度改革の頃の私の仕事にまで飛んでしまいましたが、この比較法文化の仕事をしている頃、中国から季衛東君が留学してきました。本当は、アメリカに留学する予定だったのが政治的な問題で行けなくなり、急遽日本に来たということで、抜群に優秀でした。面接試験の時も、「月月火水木金金で頑張ります」と言って、笑ったのですが、大学院を終わるころには、アンガーの *Law in Modern Society* の向こうを張るような、『超近代の法——中国法秩序の深層構造』を書き上げました。

その後も、次々と仕事をしていましたが、この季君が、私の論文を集めて、王亜新さんの訳で、1994年に、『紛争解決と裁判制度』を中国で出版してくれました。王さんも同期の留学生で、民事訴訟法専攻でしたが、私の所にも出入りし、師と仰いでくれた学生で、その後、この2人の紹介や、出版された本を通して、京都大学にいた間ずっと、中国から法社会学を勉強するために留学生が来ましたし、他の専攻の留学生とのかかわりもできました。

また、中国に、講演のため3度行きました。色々なところで講演をしたのですが、北京大学や浙江大学での講演の時など、学生だけでなく、先生もたくさん聞きに来てくれて、熱気がありました。改革開放が行われ、急速に産業化が推し進められている時期で、外国から先進的な技術や知識、社会の仕組みを学ぼうと、皆が燃えていた時期でした。

さらに、ゼミの学生を連れて、中国に研修旅行にも行きました。翌年、今度は、私が浙江大学の学生を招待しました。この交流で、ゼミ生だった岡村暢一郎君が頑張って、横断幕を掲げて歓迎したり、最後は別れを惜しんで、帰るバスを自転車で追いかけていたりしていて、法社会学も、グローバル化の中で、世界につながっていることを感じました。

外国との交流という点では、同じころ、関西の研究者だけですが、韓国の法社会学者との交流もソウルで行いました。また、著作集の翻訳も、この後、さらに、中国とアメリカで、それぞれ1冊ずつ出版されました。

XIII. 法人類学から ADR 論へ

話がその後の展開を含めて広がってしまいましたが、少し戻します。1970 年代終わりから 80 年代にかけて、弁護士論の研究を始めたころ、ADR や裁判外の紛争処理機関についても書いていました。その研究の一部は、1992 年に出版した『紛争と裁判の法社会学』に収録されていますが、もともと紛争処理は、私の法社会学の出発点をなした研究テーマでもあり、また、私の学問のマーケットという点では、弁護士論と並んで、広く読まれたものとなりました。

この紛争処理というテーマとの出会いですが、アメリカで *Law and Society Review* が創刊された頃から、法人類学は既に独自の研究実績をもっていて、生まれたばかりの法社会学にも大きな影響を与えていました。未開社会で、我々の社会のような法や裁判がない社会でも、やはり秩序があり、違反には制裁もあるし、争いがあれば、それを収める手続もあります。そうした、括弧つきの「法」や「裁判」は、もちろん、原初的で、未発達なものなので、複雑化した社会でそのまま使えるわけではありませんが、しかし、その中には、争いが起きて、それを誰か、第三者が話を聞いて収めていくなかに、どのような力が働いているのか、考える材料が含まれていて、訴訟手続など、現代の法制度を分析する上でも、大きな示唆を与えてくれるものでした。私の場合、さらに、自分の法社会学を作っていくために、社会学の議論をあれこれ読んでいくなかで、方法論的個人主義とパーソンズの社会モデルを組み合わせるような作業をしたのですが、それを、1977 年に「紛争と役割過程」として発表していました。また、その少し前には、1972 年に、岩波から出版された、『法社会学講座』の中で、法人類学から示唆を得て、「過程分析」という方法論を出していたので、ADR も、この枠組みのなかで分析していきました。

過程分析というのは、裁判のような制度を分析するとき、規範や理念で固められた制度を出発点として、現実のパフォーマンスを評価していくという行き方でなくて、なによりも、制度も、人が関わり、お互いの交渉や、対立、葛藤、あるいは、合意や了解を通して、一定の与件のなかで紛争の解決なり、法の適用なりの課題を達成していくものなので、その個人が関わるプロセスから見ていこうとする方法論です。

後の、社会科学のパラダイム転換を経た後から見ると、個人を素朴に主体として、欲望や利害を持ち、また、感情や理念、あるいは、対象への好悪の態度を持っている、そうした主体と見て、それが他者と関わり、交渉していくというモデルです。そうした個人を出発点とすることで、紛争や、その解決を分析することが容易になる反面、個人のその意識の表面には現れない社会の規定性が分析の中に入ってこない、と批判されるのです。個人が主体として、欲望や利害を持つ前に、社会から、特定の「主体」として構築され、特定の欲望や利害を持つようにされてしまっているというのが、パラダイム転換以降の個人であって、それを抜けば、分析も自ずから表面的なものに留まるといえるわけです。

しかし、これまでの法律学が制度を出発点として、規範的な議論をしていたのに対して、法社会学が、制度の現実の働き方を分析し、規範だけでは捉えられないそのリアルな姿を捉えていくためには、この個人と、その相互作用を捕まえるというのは有効な方法であったし、私が京都大学に移って、最初の大学院生が和田仁孝君ですが、彼は、この方法で紛争過程の分析を行い、その後も、ずっと、この問題に取り組み、ほんとに面白い研究をしてきました。

彼は、人柄もあって、どんどんこの人に着目して紛争過程を分析する方法を広げていって、今ではメディエーションをビジネスにまでしていますが(笑)、他にも、多くの若い研究者が、紛争や葛藤場面での人の動きを細かに観察し、分析していくことをしていて、振り返って、大事な出発点を作ったと思っています。

後に、2001年に、私は、『法の言説分析』という本を編集しますが、和田君がそこで書いた医療過誤訴訟のケーススタディなども面白くて、中央大学に移って、法科大学院の教材の中に入れて、学生に読ませ、議論したりしていました。渡辺千原さんも頑張っていましたね。彼女の、自分で医師の鑑定を集めて分析した論文も読みごたえがありました。中央大学の法科大学院では、法社会学に加えて、現代司法論、そして、法解釈の方法の授業を持っていて、毎回、テーマを決め、教材を与えて、議論するのですが、現代司法論では、2回ほど、医療訴訟の問題を取り上げ、外国の鑑定制度との比較や、医療側、患者側の評価など、学生も熱心に聴講していました。

同じ、実務家養成でも、法社会学だから、学生がより生き生きと、実際の裁判の過程を想像し、問題点を把握できるということがあると思っています。

XIV. 民事訴訟法学者との共同研究

この紛争過程の分析ともつながっていますが、もう一つの、この時期の私の大きな仕事が、1982年に書きました「本人訴訟の審理構造」という論文です。この論文は、翌1983年に、『本人訴訟の研究』というタイトルで本として出版され、さらに1988年に、論文と同名の書名に改題されて再版されています。本当に力を入れて書きました。先ほど言いましたように、べたべたな実践論から離れて、実証的に分析するというのが私の1980年代の分析方針だったのですが、同時に私は、法にかかわる制度を分析するときに、法に託された理念を抜きにしては語れない、語ってはいけないということを、訴訟法学者との共同研究の中で学びました。

先ほど新堂幸司先生の名前を出しましたが、民事訴訟法学者の中に、裁判が実際どう働いているのか、自分たちの議論が、裁判の現実にもどう関わっているのか、これまでのドグマを見直そうという動きがあって、法社会学にも何か手掛かりがないかということで、私にも研究会への誘いがありました。特に、民事訴訟法学には、昔から訴訟目的論というのがあって、日本では、兼子一さんが唱えた「紛争解決説」が、大きな支持を得ていました。しかし、裁判をする、そして、その裁判に既判力を与えれば、それで本当に紛争が解決するかといえば、当然に疑問も出てきます。そこから、新堂さんの新訴訟物論をめぐって、また、井上正三さんが問題を提起し、井上治典さんが上手に、「手続保障の第三の波」としてまとめた考え方をめぐって、活発な議論が行われていました。そこに誘われました。

楽しい研究会で、5年ぐらい続いたでしょうか、小島武司さん、文学部出身で40歳を過ぎてから弁護士になった変わり種の竜崎喜助さんなど、いつも活発な議論が行われました。若い高橋宏志さんも参加していましたが、いつも少し首を傾けながら黙って聞いていて、竜崎さんからは、ロダンの「考える人」ですね、とからかわれていました。私は逆におしゃべりで、知的刺激を受けると頭がくるくると回転し、しゃべりながら考えるといった感じでした。

また、その発言に良い切込みが返ってきて、議論が続いていきました。特に、井上正三先生は、私が何か言うと、3倍ぐらいにして、私の発言の含意を膨らませて返してくれました。ほんとに頭のいい先生だったし、理論好きの先生でした。

いつだったか、井上先生が私の研究室に電話を掛けてきたことがあって、何を話していたのか、話しているうちに2人とも夢中になって、議論したことがありました。なぜ、その話になったのか分かりませんが、人間の愛とは何かとか、恋とは何かとかやっていたのだと思います。そうしたら、奥さんがそばで聞いていたようで、後から先生に「いや、女房が聞いていて、あんたたち、大の男がそんな愛だとか、恋だとか1時間も議論するんですかと言っていた」と言われました(笑)。私は決して恋愛論をぶっていたわけではないのですが。

ちなみに議論好きってというのは結構たくさんいて、民法の加藤雅信君もそうですが、井上達夫君もすごい議論好きでした。この井上君と嶋津格さんとは、数年間、一緒に研究会やったことがありました。社会学の江原由美子さんもメンバーでした。そのとき、森際康友君が言っていたことですが、「棚瀬さん、あの2人はもう議論したら止まらないですよ。この間も、大阪から新幹線で帰ってくる時、3時間何を議論していたと思います。アリゲータとクロコダイルの違いを延々と3時間議論してたんですよ」と。まあ、好きな人間は好きなんだなと思います。

議論好きといえば、神戸大学の榎村志郎さんとも、昔から、しょっちゅう議論していました。いつも最後は平行線なんです(笑)、それでも、飽きずに議論していました。私は、今でもまだ榎村さんの議論、買っているわけではないんですが(笑)、尊敬はしています。いつだったか、国際法の大沼保明さんが、法社会学会に顔を出して、榎村さんの報告を聞いたことがありました。その後、私に、「今の、どこが法社会学ですか?」と聞いていました(笑)。何と答えたか、忘れましたが、やはり、法律学者には、規範的な議論がないと、どうしても付いていけないんでしょうね。私が、榎村さんと議論してきたのもそこで、私も大沼さんと同じように感じるのですが、逆に、榎村さんからは、私が、客観的な記述でなく、私の主観を入れすぎると思っているんでしょうね。

ちなみに、大沼さんから声がかかり、国際法の基礎付けに関し対談をしたことがあり、亡くなるまで交流が続いていました。2008年に出版された『国際社会における法と力』という本にこの対談が掲載されています。私も、パラダイム転換のため、新しい人類学の研究を読んでいる頃、大沼さんの、論争を呼んだ、普遍的な国際人権の概念に疑問を呈した本を読んで、その議論を反芻していました。法の普遍性と、ギアーツの「ローカル・ノレッジ」としての法など、法社会学としても興味のあるテーマでした。

話を戻して、この民訴の人たちとの研究会で、私は、裁判という手続の中に込められた、裁判という制度を形作っている理念を、議論を通して学んでいきました。この理念ですが、いま、弁護士をやっていますが、私は、話を聞くだけでなく、必ず本人にメモを、未完成のものでよいから、できるだけ書いてもらうようにしています。いくら私たちが資料を読み込んでも、その事件を経験した本人に代わることはできません。また、本人の思いを生声で聞くことで、個々の事実が持つ意味も分かり、事件の全体が見えてきます。後は、私たち法律家が、どう主張を組み立て、裁判所を説得していくか、考えて主張していくことになります。

実は、弁護士の廣田尚久さんが、この私たちの研究グループにおいて、『紛争解決学』という本を書いています。いい本なのですが、そのなかで、彼はこんなことを言っています。「紛争解決の客体は紛争ではない」と。「紛争解決の客体は人である」と言います。人が納得しない限り、絶対、紛争は終わらない。彼の言葉で、当事者は、「とことん、どん尻まで行っても紛争を手放さない」と言います。私も、そのとおりだと思います。

その意味で、本人が持っているエネルギー、本人が紛争にける思いを手続の中に組み入れるようにしていかなければいけない。調停にしても、裁判にしても、本人が持っている無限大の情報を生かさなければ、決して効率的な手続はできないし、当事者を納得させる手続にはならないだろうというのが、この廣田さんの言葉にあるものです。彼自身も自分の弁護士としての体験から書いているのですが、この頃の私の紛争解決制度から訴訟手続に至る研究を貫く問題関心でもありました。「紛争解決の客体は」と言っていますが、紛争そのものがこの人ですので、紛争を動かしていく、その主体もまた人である、という主張になっていきます。これが、また研究会のメンバーに共有された考えでした。

この当事者の紛争主体性を活かすという考え方は、制度を、その制度に関わり、動かしていく個人に着目して分析していく方法論的個人主義、過程分析の私の方法論とも合致していました。

この問題意識と方法論を、訴訟手続にある理念と接合してまとめたのが、「本人訴訟の審理構造」です。ここまでの、大学を出てから 15 年です。法社会学の研究助手になって、出口の見えないトンネルの中を、必死で、手探りで法社会学の方法を探してきた、その研究の前半生の総決算となる仕事となりました。

XV. 社会科学のパラダイム転換

それから徐々に私は、研究対象を広げていくわけですが、そのころから少しずつ、近代主義、私が立脚していた近代的な個人というのが揺らいできます。今まではみな個人というのは、最後には自分で考えて自分で行動できる個人です。それも、ただ、分析の前提としての方法論的な個人ではなく、もっと近代社会が、社会の仕組みを作っていくうえで前提とする個人です。近代の、私たちの法制度も、そうした個人を前提に作られるだけでなく、制度を通して実現しようとする、理念としての個人です。自分の人生を、自分の意思で、自ら選び取っていく、自立した主体です。しかし、そうした近代的な人間像は、80 年代の社会科学によって批判され、攻撃されていきます。

私がそうした議論に最初に出会ったのは、浅田彰の『構造と力』という本です。それを読んだ時は、その鮮やかな切り口に驚きましたが、昔、マルクーゼの『一次元的人間』を読んだときの興奮を思い出しました。何か分からないけど面白かった。ただ、どう使っているか分からない。

そこで、先ほど名前を挙げた井上達夫とか、嶋津さんとやっている研究会に招いて、話を聞くことにしました。どういう報告だったか忘れましたが、報告の後、それで、「浅田さんの議論は法にどう使われるんでしょうか」と聞いたら、浅田さんは「私は、法には関心はありません」と一言言われて、「あっ、そうですか」みたいな感じで終わりました。

ただ、非常に興味を引かれたので、著書の中に書かれている構造主義、レヴィ＝ストロースとか、フーコー、ヴィトゲンシュタインといった現代の社会理論を買って読み始めました。そうすると、実に、さまざまなものが、この時代、いっせいに開花したように、社会学や哲学、倫理学の人たちが入り乱れるように書いていることを知りました。

ハーバーマスも読みました。議論が実践的に法にも近いし、かつてのウェーバーやパーソンズのように、多くの社会理論を取り込んで統合するようなものであったので、必須の文献という感じでした。色々読みましたが、私が読んで一番好きだったのは、藤原保信・三島憲一・木前利秋の3人が編集した『ハーバーマスと現代』という本です。さまざまな思想家たちとハーバーマスとの関係が明確に位置付けられていて、すごく勉強になりました。そこから、また、そのなかで取り上げられている学者たちの著作も読みました。元々、私は、哲学が何となくうさんくさくて、学生の頃も、研究者になってからも読まなかったのですが、この本の三島憲一さんの論文で興味を持って、ニーチェも買って読みました。ほんのさわりでしたが、妻の一代がそれを見て、「えっ、そんなもの読むの？」と驚いていました。「何か、悪いものでも食ったんじゃないか」って（笑）。

時代の流れでもあったけれど、京都という環境の中で、自然になじんでいったのかも知れません。哲学の伝統や、人文研という看板もありましたし、私は、33歳の時に京都に移ったのですが、10年住んでみて、お坊さんが托鉢して歩き、「舞妓さん」と親しげに呼ぶ京都の町に親しみを感じるようになっていました。京大に移ったばかりの頃、田中成明さんから、東大出はただ一人だったので、からかいも含めて、「棚瀬さん、あんまり勉強すると嫌われるよ」と言われたりして（笑）、最初は、田中さん一流の冗談と聞き流していたのですが、やはり、王朝文化、みやびな世界なので、私のように頑張っている、仕事に貪欲なのが見えてしまうのは、文化を知らない人間に見えたのかも知れませんね。

そんな雰囲気、ゆったりと時間が流れるような環境の中で、私の実証主義の方法論も組み替えられていきました。その意味で、必死に勉強しました。振り返って、どんな学者でも、やはり、修業時代に一生懸命ため込んだ知識というのは、その後10年ぐらいいは斬新な理論として使えますし、使っていきますが、使い回しているうちに、だんだん古びてきます。幸いなことに、私は、京都という、権力から遠い地にありましたから、じっくり読んで、考え、時間をかけて論文を書いていくことができました。そのため、もう一度勉強し直して、パラダイム転換をすることができました。

XVI. 現代社会理論による法の観察

この組み換えですが、私は、色々読み進めていく中で、フーコーのポスト構造主義と言われる議論やヴィトゲンシュタインの言語ゲーム論、そしてサールの言語行為論の考え方に強く納得し、法との接合も自分なりにつかめる気がしてきました。もちろん、ルーマンやハーバーマスも、彼ら自身が、法の問題に切り込んできていますので、当然無視することはできず、ずいぶん読みました。特にルーマンは、私の大学院の演習に、当時は京大文学部の大学院生だった馬場靖雄さんなども出ていて、彼はルーマン研究一筋ですし、優秀な院生だったので、私も勉強して、よく議論していました。

また、専門は倫理学ですが、中野敏男さんが、ルーマンとハーバーマスを組み合わせ、法システムの分析をした優れたモノグラフを書いている、それも熟読して、啓発されました。彼は、私が、法社会学会の企画委員長、そして理事長となって、学会の学際化を推し進めているとき、真っ先に声をかけて学会に参加してもらいましたので、学問的にも長く交流しました。とても頭の良い、よく勉強している学者でした。

他にも、京大文学部の人類学の松田素二さんとも交流があり、パラダイム転換以降の新しい人類学の仕事を教えてもらって読んだり、議論したりしていました。ほんとに、周りには、それぞれの分野の一流の学者がいて、学問的にも交流し、議論好きの私ですので、皆食いついて議論し、刺激を受けていました。

また、この頃、京都には、法理学研究会という、関西の法哲学者が集まる研究会があったので、そこにも出るようになりました。昔のケルゼンではなく、ハートやドゥオーキンがもてはやされていて、私も積極的に取り込んで、法理論を考えるようになりました。深田三徳さんの『法実証主義論争』は、私が最初にドゥオーキンについて読んだ本で、熟読して、法実証主義論争が起きる背景や、法の解釈に内在するジレンマと、その実践的な克服を頭に叩き込みました。

このパラダイム転換以降の現代社会理論と、ドゥオーキン以降の現代法理論とを同時並行で勉強していくなかで、私の頭の中には、社会理論にも、法理論にもない、社会の中での法の現実を観察するという、法社会学の構想ができてきました。「観察」というのがキーワードで、社会の中の対象を見るとき、法も、重要な社会の構成要素であり、優れて社会が作り出した、その社会の中で働くものですので、当然に、社会科学の道具を使って、観察することになります。その道具が、現代社会理論であったのです。

例えば、目に見えない権力作用が法の働く場面でも実際存在しているとするならば、それは、フォーコーが開発した道具を使って見ていく必要があるし、法は抽象的な体系だけで働くわけではなく、誰かが法を語って通用させているとすれば、言語ゲームの把握は、法の現実を捉えるうえで必須のものとなります。これが、現代社会理論を使った法の観察です。

また、法という対象を観察する場合、法を知らなければ、表面的な観察にとどまります。法の妥当性や自然法思想、法実証主義論争など、私たちの、法を見る際の道具が現代法理論にはあり、それを知って使うことは、法の観察に必須です。

これが、私が、この80年代から90年代にかけて勉強してきた、現代社会理論と現代法理論を使って、法社会学の方法を考えていったものです。

論文としては、短いものは、90年代後半からいくつかありますが、まとまったものとしては、2002年に『ジュリスト』に書いた「共同体論と憲法解釈」や、2002年から2003年にかけて『法学教室』に「基礎法・特別法講義 法社会学」として3回連載した「現代法理論と法の解釈」、「批判法学と脱構築」、「解釈の地平性」があり、これらは、自分なりに考え抜いた、法社会学からの法の解釈を対象とした、法の観察です。

これらのうち、「共同体論と憲法解釈」の論文は、憲法の自己決定権を取り上げ、その自律した個人という理念が、現実には、他者への依存、干渉、承認という、他者との関わりがあって初めて実現されるものであり、そのことは、実際の法の解釈をも規定しており、現代社会理論の批判的な分析を通して観察すれば見えてくるといえる議論です。

その観察を通して何をするかといえば、その観察で見えたものを、いわば鏡を差し出すようにして、法解釈論に見せて、法の解釈を反省し、異なった法の解釈につなげていくということです。その意味で、私の法の観察には、私の研究を貫く、ひとつの変わらない関心としての、法社会学から法解釈学に、法解釈学にないものを示して、法社会学の有用性を認めさせたいという強い欲求がありました。

XVII. 法解釈学と法社会学

この法の観察を行い法解釈学に働きかけるという私の法社会学ですが、それを行うためには、法の解釈がいかに行われるのかという、法解釈の方法についての理解が必要です。

そのためには、戦後の法解釈論争はもちろん読み、勉強しましたが、パラダイム転換の後では、並行して行われている現代法理論への理解と、それに対する私なりの回答が必要になってきます。特に、ドゥオーキンは、法の観察が法に対する外的視点であって、法の解釈を行う者の、法の“right answer”、「正しい答え」を発見する実践とは無縁なものであり、むしろ、それを政策判断に貶める議論として排除しようとしています。

実際、私が行う法の解釈の観察と、ドゥオーキンが外的視点と片付けるものとの間には、重要な違いもありますが、法の解釈における決断的要素を言う点では共通で、それは、既に20世紀初めのアメリカで、法学リアリズムとして主張されていました。リアリズムの有名な言葉に、「法とは、裁判官が法であると言うものである」というのがありますが、たしかに、こうして法の解釈を外から観察しても、裁判官が、「それじゃ、私は、どうして法を解釈すればよいのか。私が、勝手に、『これが法である』と言っていいのか」と聞けば、答えようがありません。

つまり、法をこれから解釈しようとする、その裁判官の視点、これが、法の内的視点ですが、そこでは、法解釈の決断的要素の観察は役に立ちません。これがドゥオーキンの言っていることですが、それでは、私は法社会学者として、法解釈の観察として、何をしようとしているのかということですが、それに入る前に、なぜ、私が、法の解釈に積極的に役立つ法社会学の仕事をしたと思ったのか、話してみたいと思います。

今日の話の冒頭で、私は、法社会学は何をする学問なのか、ずっと考え、自問自答してきたと言いましたが、それは、どの学問でも、研究者がテーマや、研究方法を選ぶときに果たして成果が出るものかどうか、自分が興味を持って続けられるかどうか悩むのとは違っています。法社会学には、もっと切実な理由がありました。法学教育の問題です。

法学部の中であって、学生に法を教え、学生が司法試験や公務員試験を受けて法を使っていく、その学生への教育に、法社会学はどう役立つのかということですが、また、教育だけでなく、研究でも、法律学が、法を解釈し適用していく、その制度としての法の中心にある裁判に有用な知識を作り、伝えていくものとして、法学部の中心にあります。こうした、法解釈学優位の法学教育、研究の中で、法社会学は何ができるのか、期待されるのか。これが、私がずっと悩んできたものでした。

浅田彰みたいに、「私は法解釈学には関心ありません」と言い切ってしまうと、関心のあることだけやればよいというものもあるのかもしれませんが、私は、法解釈学が

幅を利かせて、法社会学が隅に追いやられる、そのこと自体、プライドが高いのか、まわりから認められ、中心にいないと嫌だけなのかもしれませんが、耐え難いことでした。

そこから、これまで、法社会学の意義を、法解釈学との関係で書いた、4つの論文を書いてきました。1989年の「法社会的分析と法解釈学」、1991年の「法社会学の研究と教育——固有の法社会学を求めて」、そして、パラダイム転換の後の2000年の「法科大学院構想と法社会学教育」、最後が、前にも述べた、2002年から2003年にかけての3回連載の「基礎法・特別法講義 法社会学」です。

最初の2つの論文は、いずれも短いものですが、戦後日本の法解釈論争、そして、法解釈学者の中の、新しい解釈方法論としての法社会学への期待を念頭に、私の法社会学の位置づけを述べたものです。

その最初のもは、法が社会の中で実際どう働くのか、対象とする社会を正確に把握しなければ、実効的な規律とならないところから、その知識を集め、法の解釈に役立てていくという方法を、機能分析として描いています。社会の知識ですので、社会の調査も行わなければならない、社会科学が道具として必要であるということで、法社会学の役割を、位置付けています。実際、この位置づけから、戦後、法解釈学者のなかで、自ら調査を行って、法の解釈に役立てようとする研究も行われてきました。一定の成果もありました。

ドゥオーキンとの関連でいえば、リアリズム法学の、「裁判官が法であると言ったもの」という決断の、その骨の部分を少し取り除いて、「法の現実」、すなわち、社会の中の法の働きを、法解釈を行う際の判断資料に使うということです。そこから先、法が既に一定の目的の実現を託されていて、その実現を最善の形で行うために、法の解釈を経て社会で法として働いていく、その予測を解釈にフィードバックするというのが、この機能分析です。

また、平井宜雄さんは、「法の発見」と「法の正当化」を区別して、後者の方さえドゥオーキンの言う形でしっかりできれば、法の発見は何であってもよいと言いますので、そこに、機能分析をはめ込むことは容易ですし、また、実際、発見でも、「良い発見」と「あまり良くない発見」がありますし、正当化も、多分にレトリックで決まる部分がありますので、ドゥオーキンのように、「正しい解決」が本当に一義的に決まるのでない限り、リアリズム法学の解釈論と排他的ではなくなります。

私も、後に述べる法社会学の法の観察が、この意味での適切な法の発見を行うために使われる、私の言葉で「法の反省」をもたらすものとして使われることを考えています。そのような「法の発見」をより強く、意識的に、法社会学の最先端の技術と知識を使って行うことで、マンネリ化し、マニュアル的な思考停止に陥りやすい「法の正当化」を揺さぶって、法の解釈の革新の手がかりとなるというのが、私の法の解釈を対象とした法社会学の展望です。

XVIII. 固有の法社会学

議論が少し先走りしましたが、この法の観察以前の、素朴な法学リアリズムを、法解釈に接合可能な機能分析として使っていくという方法は、実際、利益衡量論とか、法の歴史分析として法解釈の方法論として認められ、その実践として、社会の中での法の働きを調査する法社会学への期待もありました。

しかし、私には、それは、まだ法解釈学にとっての、括弧付きの「法社会学」であり、その有用性に過ぎず、法社会学から見れば、その本来の、法社会学固有の研究への評価ではないという気持ちがありました。長い修業時代、法社会学の方法を求めて苦しい模索をしてきた者には、法解釈のための実態調査を行うという法社会学の位置づけでは、その学問的アイデンティティをとうてい満たすことはできません。

この独立の、固有の学問としての法社会学から、法解釈学との関係を位置づけ直そうとしたのが、2つ目の、「法社会学の研究と教育——固有の法社会学を求めて」です。井上正三さんが、それを読んで、「棚瀬さん、怒っているね」と言っていました。ほんとに怒っていました。

怒りは、法社会学に無理解な法学部の、法律学の先生に対してですが、あるとき、京大の教授会で、後に最高裁の判事になった奥田昌道先生が学部長で、時間割の編成を議論したことがありました。民事訴訟法2部の授業が、朝の1限目に組まれているのを見て、奥田さんが、「六法の重い科目が1限目ではいけないですね。」と発言して、私はカチンと来て、「重い、とは何ですか。それじゃ、私の法社会学は軽いというのですか。」と食って掛かりました。

奥田さんはびっくりして、うつむいて、時間割をなんども見つめていました。私は、東大では、川島先生を始め、法社会学に理解のある先生がいましたし、私に弁護士について書くように依頼してきた大野さんや、古賀さんなどの弁護士も、学者に敬意があり、私の仕事を評価してくれていましたので、京大に来るまでは怒ることはありませんでした。京大に来てからですね、怒るようになったのは。

もうひとつ、私が怒った相手は、法社会学会内部の民科の人たちです。民主主義科学者協会法律部会というのが正式の名称でしょうか。私が、司法試験が終わって最初に尋ねて行った渡辺洋三さんが、その法王のような存在でした。彼自身は良い人ですし、利谷信義先生とか、広渡清吾さんなど、個人的には温厚な性格で、私もずっと親しく接していました。だから、個人的な問題では全然ないのですが、しかし、学会を見渡すと民科ばかりで、学会のテーマも、原発がどうか、何とかの権利の提唱や裁判批判ばかりで、私は、「このどこが法社会学ですか」と言いたくなり、学会にもほとんど出ませんでした。

ある年、立命館大学が会場で、近くだったので出たのですが、その1日目の昼休みに理事会が行われました。私は、「今日、朝のセッションが終わった時、司会者が、民科法律部会の理事会は、〇〇でやりますと言っていました。法社会学と民科は別の学会なのに、なぜ、そんな放送を流すんですか」と、文句を言いました。私以外の全員が民科の人で、「何がおかしいのか」と反発する人もいましたが、利谷さんが収めてくれました。

それからしばらくして、今度は利谷さんから電話があり、「棚瀬さん、私たちではテーマがマンネリ化するので、学会の企画をやらしてもらえませんか」と頼まれました。1989年か、90年の頃です。

その企画委員長を引き受ける最初の理事会で、私は、3つの方針というのを説明しました。1つは、いま、社会科学は大きなパラダイム転換をしている。日本だけが、マルクスとウェーバーだけでは、世界から取り残されてしまう。私は、こうした現代の社会理論を法社会学会に取り込み、学際化を推し進めたい。

2つ目は、法解釈学との関係で、ふだん、法律学を研究し教えている人が、1年のうち1回だけ学会に来て、裁判の判例や法律学の学説を批判しても、法社会学ではな

い。法解釈学との対話は必要だけれど、法社会学固有の分析があって、それを踏まえてやらなければ、法律学からもそっぽを向かれてしまう。

3つ目は、実証研究で、アメリカの法社会学会に行くと、すごい数のセッションが開かれて、たくさんの、自分で行った調査から得られたデータを使った研究が報告されている。日本でも、法社会学を専門に研究する若い学者が積極的に発表するようにしていかなければいけない、と言いました。

聞いていた渡辺洋三さんが、「専門農家の反乱ですね」と言っていました（笑）。

XIX. 法解釈の観察と法の解釈

その後、法社会学会の改革を推し進め、学際化、そして、法解釈学との対話を企画しました。その後、理事長になって、合わせて6年、この方針で学会を運営し、自分でも学会に力になってくれそうな人に積極的に声をかけ、学会員も1000名を超えました。

馬力もあったし、物おじしない性格が幸いしたのですが、対立もありました。加藤雅信君が、「棚瀬さん、それで大丈夫だったですか。宮澤さんなんかとも」と言うので、「いや、大丈夫、仲良くやっている。喧嘩もしたけれど、3回ぐらいかな」と言ったら、「3回だけですか」と笑い話になったことがありました。宮澤節生さんも強い人ですからね（笑）。

ともかく、怒りがエネルギーになったんでしょうね。学会では、お前が言ったんだからやれということで、法解釈学との対話のシンポジウムを組織しました。加藤君を誘い、樋口範雄さんや、北大の吉田邦彦さん、さらに、学際化のために、社会学で、エスノメソドロジーで面白い議論をしている好井裕明さん等をパネリストにして、私が、「不法行為責任の道徳的責任」という基調報告で問題提起をし、みな、それぞれ得意なところから、損害賠償の法理や制度設計について報告をしてもらいました。

面白かったので、一部を、1991年に『ジュリスト』に載せ、さらに、民法の内田貴さんや、井上達夫さん、中野敏男さんにも誌上参加のような形で論文を書いてもらって、1994年に『現代の不法行為法』という本にしました。

また、学会と独立に、京大の山本敬三さんや東大の河上正二さん、そして樋口範雄さんなどと、契約法について共同研究を始め、1999年には『契約法理と契約慣行』という論文集を出版しました。私は、その巻頭論文で、内田貴さんが、「日本の生ける法」としての契約慣行に、判例の蓄積、そして、規範的正当化の確認を経て、解釈論として提示した関係的契約論を取り上げ、批判的な考察を行いました。

具体的に、アメリカの文献を読み込み、法経済学の影響が強い契約法理論の関係的契約への懐疑と、取引費用の経済学から関係的契約を、継続的契約に必要なものと見る議論を対比しながら、この関係的契約が、契約の本質をなす、“exit”が保障された“ex ante”の合意ではなく、“ex post”の、特定の相手との合意が義務付けられていることに、その特長と、問題もあることを明らかにした後、この事後的な合意が可能な条件を、明らかにしました。

自分として精いっぱい考え、緻密な論理を積み上げた論文ですが、一定の評価は得たものの、そこから法解釈論に接合するのは、法解釈学には難しく敬遠されたのか、私が民法内部の人間でなく言葉も違うので、もう少し研究を続けて、専門の民法学者

に、その普段使う言葉に置き換えて語ってもらえばよかったのかもしれませんが、お互い忙しく、フォローが足りませんでした。

ただ、私の分析は、どこまでも法社会学の法の観察であり、それが、どうしたら民法の規範的な議論になるのか、その超えなければいけないギャップに、実は、本当の問題があると思っています。

私は、関係的契約論が、法理として、日本では信義則から正当化され使われていくのに対して、アメリカでは、そんな問題のある法理を使うのではなく、最初から、当事者は、もっと慎重に、リスクを取って、精緻な契約合意の練り上げを行うべきであったと突き放すことを、アメリカの契約法の議論を読み進めるなかで理解しました。やはり、関係的契約論の、その法の解釈の背後に、それぞれの社会の契約についての、基本的な観念の違いがあることに、気が付いたのです。さらに、その契約観の背後には、司法に期待される役割、当事者の自己責任、そして、自由への思い入れ、また、関係的契約に必要な事後合意を可能にする取引秩序の存在、その取引費用節減の効用と、逆に、それが事業の革新を抑圧するデメリットの比較などがあることが、分析する中で明らかになっていきました。

しかし、そうした特定の法の解釈にかかわる要因を、法秩序いっぱい広げて並べられても、そこから、法の解釈を選び取るというのは、ドゥオーキンの的には、まさに、リアリズム法学の言う、結果を見て法を選び取る、政策判断と変わらないと見られるのかも知れません。外的視点であるということです。

ただドゥオーキンがそう言っているというだけでなく、元々、ドゥオーキンの法的推論のモデルは、法の解釈を行う裁判官や、法解釈学者が普段行っている、そのディスコース、仲間内の語り方をモデル化したものだという面が強いものです。やはり、最後は、根拠となる法の規定に関係づけなければならない、平井さんの言う、法の正当化ですが、その法解釈のディスコースに、私の法の観察から特定の結論を選ぶにしても、戻していかなければいけない、それが難しいといったことです。

アメリカのロージャーナルには、こうした法解釈には直ちに結びつかないけれど、法の解釈に原理的な批判を加え、法の解釈を反省する、そのような研究がいくつか出ています。私が行った、法の解釈を対象とした「比較法文化論」、そして、「批判理論」を道具にして、法の解釈として実際行われていることを観察する、固有の法社会学の研究もそのようなものですが、法律学の方でも、「法社会学リテラシー」が高められて、この法社会学を受け止めて、法解釈学のディスコースに乗せていく対話が、相互に刺激しあうような形でなされてほしいというのが、私の願いでした。

実際、私が現代社会理論や法理論を勉強し、これらの論文を必死で書いていたころ、京大の院生だった人たちも、みな、同じように努力して頑張っていました。少し先輩で、行政法に強い阿部昌樹君は、行政過程の法社会学も書いていて、具体的な法解釈にも切り込んでいますし、船越資晶君が、リアリズム法学を踏まえて書いた民法の錯誤論など、優れた論文もあります。しかし、現代社会理論を掘り下げれば、下げるほど、法の解釈の枠に収めることが難しく、法社会学と実践的な法解釈論との橋渡しは、口で言うほど簡単な作業ではなく、この対話がどうしたらできるのか、残された課題でした。

XX. 共同体主義

この現代社会理論を法の解釈の方に引っ張ってきて、法の観察を行うという研究とは別に、もう少し緩やかな形で、現代の社会理論や、法理論を、社会の中の法の働きという、法社会学のコアの関心に使っていくということもやってきました。

この展開は、既に、弁護士論のところで、ポスト批判理論の研究として、「弁護士倫理の言説分析」や、「語りとしての法援用」を書いてきたと言いましたが、1997年に書いた、「権利と共同体」という論文が、いちばん、この時期の私の問題意識をストレートに語り、多くの人に、新鮮な問題提起と受け止められました。

この論文は、後に『権利の言説』に収録しましたが、内容は、権利の主張という当事者の行動が、社会の中でどう受け止められ、どう人の社会関係の形成にかかわるのか、考えてみたものですが、しばらく前から、アメリカの公民権運動や中絶論争、フェミニズム、また、アイデンティティ・ポリティックスなど、従来の自由、平等な個人というだけでは解決できない問題について考え、論文を読んできていたので、それらをパズルのようにはめ込んで、絵を描いてみたものです。

ギリガンや、ローティ、ネデルスキーを引用していますが、いずれも、読んで強く共感した本や論文で、権利が持つ普遍性、理性、境界等の属性が、他者との関係づけを貧困化させ、対話を通じた共同体の可能性を失わせているという批判です。その意味で、この論文は、私の共同体主義の宣言的な論文となったものですが、相手と向き合って話をする事、そして人間的共感や道徳が、人が社会を作っていくうえで大切であるということは、私の従来からの一貫した考えであって、他の論文の中でも、そのような議論をしています。

1991年に書いて、後に『現代の不法行為法』に巻頭論文として収録した「不法行為責任の道徳的基礎」も、賛否ありましたが、不法行為責任が、やはり、法の規定する賠償義務の履行に尽きない、もっと人間的な側面を含むということ、そして、それに向き合うことが、誠実な責任の取り方であるという、問題提起として反響を呼んだ論文でした。

この共同体主義については、いつだったか、和田君が九州大学にいた時ですが、井上正三さんに、「先生、棚瀬先生が、最近、共同体主義とか言っているようですよ」と話したら、井上さんは、「えっ、あの、アメリカンボーイが」と言ったとか、言っていました（笑）。

たしかに、私はきついし、切るときは切ります。相手とけんかも辞さないの、井上さんが驚くのも無理はないかもしれません。このきついということですが、この話の前だったか、後だったか、私が九州大学に行って、井上正三さんと一緒に飲み会をしていた時、「棚瀬先生の大学院での指導、どうでしたか」みたいな話になり、和田君が、「きつかったですよ。毎週、2、30頁の論文を、2つか3つ渡されて、その論文についての意見を言われるのですが、少し読みが浅くて、トンチンカンなことを言うと、怒って、その後、口をきいてくれないですから」と言っていました。

本当で、大学院生はみな大変だったと思います。でも、おかしい話で、京都女子大に行った南野佳代さんなども、苦しめられたと思うんですが、後から、一代から、同じ大学に勤めていたものだから、「南野さん、鬼教師と言われているみたいよ。毎週、学生に文献をたくさん読ませて、読んでこないと怒ると言われていた」というので、一代にこの話をして、笑って、「じゃ、南野さんも、良いと思っていたのね」と話したことがありました。

そんなわけで、私の共同体主義というのが、みなと仲良くする、そのため、自分を殺したり、配慮や気配りのようなものを考えれば、私とは合わないと思われるのも無理はないですが、私が共同体主義と言っているのは、他者とのかわり、言葉による関係づけ、また、人間的な共感や、道義性等が働く場の確保であって、それを、法や権利が使われるところでも残すことは可能だし、むしろ、法をよりよく働かせるためにも必要になるという主張です。例えば、ただ「権利があるから」と言うだけでなく、なぜ、この主張を、今しなければならぬか、権利を文脈化して話すことができれば、そして、当事者が直接対面して説明できれば、もっと豊かな関係づけができるであろうという、そうした主張です。

実際、私は、現代社会理論に触れる前に、裁判外紛争処理について書いたときや、「本人訴訟の審理構造」を書いているときも、そうした、当事者が文字通り主体として、相手と向き合い交渉していくことを、自律型調停とか、ふくらみのある弁論という言葉で言っていましたので、一貫しています。

これが、私の、90年代にまとまった主張になった共同体主義ですが、考えてみれば、法社会学者であれば、みな、法や権利にかかわる当事者の動き方について、ただ、自由な主体が権利を権利として主張するという、単純な想定で議論するわけではなく、強調する点は異なっても、生身の人間が、様々な人間関係の網の中で、様々な思惑で動いて、そして、結果として、また人間関係が生まれるという、社会から生まれ、社会に終わるプロセスが頭にあるはずです。私の共同体主義も、そうした社会の中の個人を問題にし、分析する同時代的な法社会学研究の中で生まれ、また、特に若い世代の法社会学研究に刺激を与えたのだらうと思っています。

XXI. 司法制度改革：専門性と主権性の葛藤

この後、90年代の終わり頃になると、司法制度改革が政治課題となって、回りが騒がしくなってきました。私も、それまでは、自分の理論的な関心に従って、好きなテーマを取り上げて、論文を書いてきましたが、依頼もあり、いくつか、司法制度改革に関係して論文を書きました。

1999年から2001年にかけて、法科大学院の創設に関係して、京大生の意識調査をもとにした「法曹志向と法学教育」、法社会学者として法科大学院での法社会学教育の在り方を論じた「法科大学院構想と法社会学教育」、そして『ジュリスト』特集号に寄稿した「法曹人口論の背景的理念」の3つの論文を書きました。

また、パラダイム転換の後、批判的弁護士論を書いてから、司法制度改革を意識して、日弁連から依頼があり、1996年に『自由と正義』に「脱プロフェッション化と弁護士像の変容」を、そして、2000年には、日弁連が編集し出版した『21世紀弁護士論』に、「弁護活動の理念と弁護士自治」という、大部の弁護士論を書きました。「弁護士倫理の言説分析」を書いた後ですが、日弁連の企画図書なので、弁護士に向けた実践的な弁護士論となることを意図して、この時期の私の弁護士論を集大成するような議論をしました。

司法制度改革の渦中で表面化してきた、弁護士市場の拡充と弁護士自治との葛藤、依頼者の主体性と弁護士の独立性など、弁護士会が直面する重要な問題を考える視点を整理したのですが、この論文が書かれた後、裁判官の加藤新太郎さんが、『判例タイムズ』で、私の弁護士論を最初の80年代のものから、まとめて取り上げ、議論

したいという企画を持ってきてくれました。民事訴訟法学者の山本和彦さんと、弁護士の廣田さんが入って座談会を持ちました。

うれしかったのですが、山本さんは、東大の助手になった後、基礎法では、田中成明さんと棚瀬先生のは読むようにということで読みました、と言っていました。自慢ついでに、加藤新太郎さんが、司法研修所の所長をしているときに、裁判官の10年目の研修に、頼まれて、「日米の契約法理の比較」という題で講演をしました。原稿は書き下ろしたのですが、素材は、私が関係的契約について巻頭論文を書いて編集した、『契約法理と契約慣行』のアメリカ契約法の勉強が種本になっています。非常に評判が良く、すぐに論文にすればよかったのですが、締め切りのある仕事に追われて、ほこりをかぶってしまいました。

少し脱線をしました。司法制度改革に戻って、2つの重要な論文を書きました。ひとつは、2000年の「法曹一元の構想と現代司法の構築」であり、もうひとつは、2001年の「司法改革の視点」です。前者は、法曹一元制度という、弁護士から裁判官を直接に任命する英米のような制度を、日本でも導入すべきであるという、弁護士会が強く主張していた改革提案に対して、実際の、アメリカの裁判官選任制度を対比して、問題を指摘したものです。

結論的に、アメリカでは、主権者である国民が、裁判官を民主的に選ぶという司法参加の面が強くあるのに対し、弁護士会の法曹一元制では、そうした国民の司法参加の側面は、全く考えられていず、法曹一元の理由を、弁護士と国民との一体性、多様な経験や、国民との距離の近さから、よりよい裁判官が得られるという議論に集約されています。しかし、私には、そのように弁護士が国民を代表していると自負して裁判官になることで、また、そう語ることで、かえって司法と国民との間が分断され、司法参加と反対のものになると思われ、そのことを批判しました。

「司法改革の視点」も、司法制度改革が、自民党・財界主導で、日本の司法を市場のインフラとなるよう法科大学院の開設、法曹人口の増大を行っていくという側面と、弁護士会主導で、司法を、国家の権力機構から国民の側に開いていこうという側面との、2つの側面を持っていることをまず押さえたうえで、しかし、弁護士会が、その内部にこの市場に警戒する立場が強くあることと、また、国民と一体と言いながら、国民の司法参加には警戒的である面が強いことから、議論にねじれが生じていることを分析したものです。

何か、特定の改革課題の主張ではないですが、こうした分析を通して、国民と司法とのかかわりには、司法が、法専門家によって、政治から超越して運営され、法の支配が実現されるという面と、司法も、国家権力の行使であり、主権者である国民の民主的統制が必要であるという面と、その両面が緊張関係に立ちつつ、ともにあるということが、これらの司法制度改革関連の2つの論文で示したかったことです。

これが、これらの論文を収めた『司法制度の深層』という本の副題に、「専門性と主権性の葛藤」と名付けた理由です。また、並行して、この視点での司法制度の分析を、2009年の、私が編集した、『司法の国民的基盤——日米の司法政治と司法理論』の巻頭論文でも展開しました。私にも、陪審制や裁判官の直接選挙については留保がありますが、やはり、アメリカで最高裁の裁判官を大統領が任命する際、大きな政治的議論が巻き起こるのを見ていて、国民の目の届かないところで任命されるよりも、健全ではないかという思いが強いのです。それぐらい裁判官に誰が選ばれるかは重要で、特に、最高裁になれば、任命される前に、候補者が国民に示され、可否の議論が自由

に行われることは必要なことだし、それがあから、また、裁判所は積極的な司法判断を支える正統性を持ちうるのだと思っています。

XXII. 京都大学における研究

司法制度改革について論文を書いた後、2001年以降、前に話をした、「共同体論と憲法解釈」や、「現代法理論と法の解釈」を2002年に書きましたが、ほかに、訴訟利用率の推移から、戦後の日本で、近代的な権利意識の生成と、それによる訴訟利用の増大が実際にあるのか検証した「訴訟利用と近代化仮説」を2001年に、裁判で統計資料や心理学・社会学等の社会科学が使われる場合の問題を議論した「裁判における社会科学の利用」を2001年から2002年にかけて公表しています。前の2つが、『司法制度の深層』に、後の2つが、訴訟事件や裁判手続の分析なので、『訴訟動員と司法参加』に収められています。

また、ベトナムの法整備支援を見たり、科研費を取って中国の法の現代化をフォローした後に、2003年に書いた「グローバル市場と法の進化」、さらに、家裁の裁判官や調査官を招いて研究会を行った後に、その成果をまとめて2005年に公表した「児童虐待事件の司法関与」、アメリカで爆発的に訴訟が起きているアスベスト訴訟について2006年に書いた「アスベスト被害補償システムの設計」も、この時期の論文です。いずれも、『ジュリスト』や『NBL』等への持ち込み原稿で、文献資料も主張も明確で、読みやすく説得力があり、好意的な評価を得ました。

その少し前に、やはり、その巨大さや、自分でたばこを有害と知りながら吸っていて、訴訟が起こせるのか、法社会的に興味があって、シンポジウムを開いてまとめた、『たばこ訴訟の法社会学』も、2000年には出版しています。佐藤岩夫さんなど、京大OBでない法社会学者にも書いてもらって、面白い議論ができました。みな、それぞれ工夫して、多角的な切り込みをされていて、法社会学のモノグラフとしても優れた研究と言えらると思います。

あと、紛争解決関係では、和田君が始めた医療メデイエーションの、実際の働きをケース報告をもとに分析した「医療事故と医療訴訟の間」を2009年に書いています。私も、病院のスタッフであるメデイエーターが、実際どうやって医師・病院への、患者のクレームを調停できるのか興味があって、書きました。これまでの調停にはない、ひたすら患者に寄り添い、話を聞く「傾聴」という方法は、和田君とこの医療メデイエーションを立ち上げた中西淑美さんの人柄があって可能になった部分と、やはり、医療事故では、責任・賠償といった争点での、カッコつきの「解決」では済まないものがあるということであらためて感じました。

若い法社会学者の中には、京大OBでは西田英一君がいますが、こうした、本当に極限の状態に置かれた当事者と向き合い、そこから、法が何ができるのか考えようとする研究者もあり、論文をもらったりします。私は今弁護士をされていて、依頼者に共感することが、自分が力強い弁護ができるために必須だと思っていますし、実際していますが、やはり、法の世界では汲み取れないものなのだろうなと思います。

また、同時並行で、この時期、いくつか意識調査を行って、それに基づいた論文等を書いていきます。まず2005年に「日本人の権利観・刑罰意識と自由主義的法秩序」という論文を書き、その後、2007年に『市民社会と責任』の本を編集し、同じ年に「責任観念と自由主義」という論文を書きました。権利意識、責任観念、及び刑罰意識

を種々の質問から解明しているのですが、個人の自由尊重の意識が強いほど重罰志向が強いなど、興味深いデータがあり、これまで私が行ってきた研究の柱となっていた自由主義の法観念を、一般人の世論調査をとおして浮き彫りにしたものになりました。

私は、昔からデータをいじるのが好きで、弁護士論でも訴訟手続論でも使ってきましたが、因子分析をしてスケールを作り、それを掛け合わせて相関が出たりすると、興奮していました。こうして、研究生活の最後に、本格的な全国規模の法意識調査を行い、分析できたことは、幸せなことでした。大学院生にも手伝ってもらいましたが、特に藤本亮君には、良く手伝ってもらいました。本当に、感謝です。

これらが、私の、京都大学の最後の10年間の研究です。多様なテーマで、自分の関心に応じて書いていって、いくつかは、自分でもよく書けたと思う作品ができましたが、最後は追いつかず、定年で退職し、研究室を明け渡すその日まで仕事をしていました。

でも、こうして自分の研究を振り返ってみて、京都大学で、パラダイム転換ができて、その後の研究が続けられたのも、自分で本を読んで勉強したというだけでなく、いろいろな研究者と交流し、大学院でも、どんどん文献を読ませて、議論を膨らませるということを行ってきたからだと思うし、良い研究生活が送れたと思っています。大学院生も、私から怒られながら、よく付いてきてくれたと思うし、みな、それぞれ、自分のテーマをその中から見つけて、仕事をしているのを見て、子育ての比喻で言えば、仕事ばかりで、遊んでやることもしない、あんまりよいお父さんではなかったけれど、良く育てよかったですと思っています。

この後、中央大学に移り、それから1年ほどして弁護士を始めましたが、法社会学の研究が実務で役立つと思う面とか、弁護士論で考え、主張してきたことと違った考えを今思っていないかとか、話したいこともあります。今日は、アメリカで、法社会学会が作られた最初の頃に研究を始め、パラダイム転換を経て、法社会学の学際化、法の解釈の法社会学を行った研究者の、研究を振り返ることが課題なので、私自身の弁護士としての活動についての話は、別の機会にしたいと思います。

ただ、最後に、中央大学に移った後、2009年に日弁連の家族法制シンポジウムに講師を頼まれ、面会交流のあり方について話をしたことには、論文の執筆に関連しますので、触れておきたいと思います。頼まれたのは、「離婚後の面接交渉と親の権利」を書いていたからですが、日本の悲惨な家裁実務を何とか変えていきたいという気持ちを持っていましたので、きちんと準備をして講演しました。

そのシンポでは、当事者の話も聞くということで、当事者がふたり、短く自分のケースを話しました。その一人は、もう50歳ぐらいになっていたでしょうか。3歳から7、8歳の子ども3人と、別居直後1回会ったきりで、そのまま10年余り、頑張って裁判を何度か起こしましたが、とうとう一度も会えませんでした。その1回会った時の写真を見せてもらいましたが、子どもたち3人が、みなそのお父さんの膝の上に乗って、こぼれそうで、お父さんも、子どもたちも満面の笑顔でした。

彼が、報告の中で、最後に起こした裁判で、調査官が、子どもたちの調査をし、そこで、長女が今拒食症で、心療内科にかかっていると報告書にあったと言いかけて、泣いて、言葉が出なくなりました。会場には、当事者団体の人もいて、「がんばれー」と声をかけていました。

その後、私が基調講演をしたのですが、盛り上がって、すぐに、『自由と正義』に「両親の離婚と子どもの最善の利益」というタイトルで載せることになりました。最

初に、面会交流をめぐる問題状況、そして、日本の家裁実務の批判を行い、後半に、アメリカの判例を引用したうえで、「離婚後の面接交渉」の論文で展開した、個人が家族を形成する権利の話をし、離婚し、家族が壊れても、子どもと別居親がどこまでも家族として、親子の絆を維持する権利が尊重されなければならないことを強調して締めくくりました。

『自由と正義』の規定枚数を倍近く超えていて、編集者からは、前半の家裁実務の批判部分を落とすように言われたけれど、だめです、ここを落とすわけにはいきません、だめなら、『ジュリスト』でも『判例タイムズ』でも載せますと頑張り、結局、全部載せてもらいました。

その論文の影響は圧倒的で、家裁の中でも、外でもたくさんの人が読み、関係ない事件の当事者が頻繁に書証として引用提出しました。裁判官も、いやでも読まされたと思います。それぐらい、力強く家裁実務を批判し、面会交流の必要性を説く論文を当事者たちが待っていたということです。

その後、私は弁護士として、妻の一代とともに、この離婚後、親子が切り離されなくても済む社会を実現するために最前線で戦うことになりましたが、熱っぽく、人を説得するというのは、学者の頃からの私のスタンスであり、その意味では、そんなに違ったことをしているのではないかも知れません。

長時間、ご清聴ありがとうございました。

棚瀬孝雄先生オーラルヒストリー

2020年4月30日 発行

編者 日本法社会学会

発行者 日本法社会学会

本オーラルヒストリーの再配布等は、著作権法上での例外を除き、
禁じられています。再配布を希望される場合は、あらかじめ日本
法社会学会事務局までご連絡ください。事務局の連絡先は [http://
jasl.info/](http://jasl.info/) をご覧ください。
