

はしがき

本書には、私の共同体主義の立場からの権利と法についての考察が集められている。日本でも最近
は、権利を意識し、主張することが多くなったが、社会には当然ながら法とは緊張関係に立つ固有の
論理が存在している。それゆえ権利の主張には、この社会に逆らって法の論理を押し出すという面が
ある。この法と社会が接する界面で具体的にどのようなことが起きているのだろうか。

一つは、「法の啓蒙」である。日本の現在ある法は、それ以前の自生的な法と断絶した形で明治期
に西洋から継受されたものである。それは、近代国家としての枠組みを整え、世界の列強に伍してい
くための不可欠な基盤整備であった。しかし、後発資本主義であるがゆえの国家の強力な経済への介
入や、当時の政治・社会権力のあり方は、人々の社会意識と相まって、法を経済や政治、そして社会
生活から周縁化した。そうしたものの反省が、戦後の「近代化論」として、法をその精神とともに国
民に根付かせるための啓蒙となったのである。

また、今は、深刻な経済不況の中でこれまでの日本型社会が反省され、グローバル・スタンダードへの移行が急ピッチで進められている。ここでもキーワードは市場原理であり、個人の自律である。そのために「大きな司法」を実現し、法が経済活動を支え、社会生活にも法が真に身近なものとなることが説かれている。

このように、日本のこの百数十年のあゆみというのは、「法が使われる」社会への段階的な発展であり、とくに明治期、戦後、そして現在と、内外の国力の差を実感するときに、そのすぐれた社会の形としての法の啓蒙が強行われてきた。しかし、日常的な権利主張においても、法の啓蒙は行われている。権利を実現するには、本来、「法である」(法によれば私の権利が認められる)と言えは足りるのであるが、実際には、そうして「法を援用することが正しい」という主張が伴っているからである。いうまでもなく、その背後には、権利の主張に懐疑的な目を向ける社会がある。社会から見ても、法は常に問題の一面化を強行するものであり、本来多面的な、人と人との関わりとして処理されなければならぬものが権利義務の關係に還元されることに違和感が持たれるのである。この社会に向けて、それゆえ法援用の弁明が行われ、それが法の啓蒙となるのであるが、同時に、この法の懐疑を受けて、あらためて法を反省するということもあるであろう。そのどちらが強くなるかは、まさに問題によって変わるし、社会の中で人が本当に納得の出来る解決が得られるかどうかにもかかっている。

共同体主義というのは、こうした人の関わりとしての社会を意識して、その中に権利や法を置いて働きを考えていくことを意味している。このある意味で当たり前の方法も、しかし、権利というものの特異な性格から必ずしも自明なものとはなっていない。本書の中では、それゆえ、第1章「近代の理念とゆらぎ」において、この権利が脱文脈的に、社会に対して一面的に啓蒙の立場をとるようになる理由を、日本の近代化の過程と、法の世界における権利の理念的構成の両面から明らかにする。その上で、この啓蒙の立場が、日本社会での法の働きを見ていく中で揺らいでいく過程が分析されている。

この権利が現実の社会関係の中で働く様子をより具体的に分析したが、第3章「離婚後の面接交渉と親の権利」である。離婚後も引き続き子どもと会う親の権利を日本語では面接交渉権というが、その実施にはアメリカと比べて大きな差があり、裁判所での保護も弱い。しかし、法の規定をとれば、ほとんど同一の言葉と観念が使われている。逆に、それだけ、同じ権利を語る言葉がそれぞれの言説空間の中で特殊な意味を帯びていくことがあるのである。また、この論文では、アメリカの法理に即して、面接交渉権の個人主義的で、自由主義的な権利の性格が浮き彫りにされるが、同時に、面接交渉が真に離婚後の子どもの支えとなるような実質を持つためには、権利者と義務者との間の協同が不可欠である。権利は、権利としての機能を果たすために、「権利以上のもの」になる必要があるのである。

こうした権利を否定するのではなく、まさに生かしていくために、社会から学び、社会の持つ自律的な調整メカニズムの中に法を意識的に接合していく必要がある、そのために法の啓蒙も、法の限界を知る「法の反省」に裏打ちされなければならないのである。こうした法本来の属性を否定するような

契機に媒介されて法も実際に機能するという視点は、本書が扱う他の二つの、権利主張によって引き起こされる法と社会との接触においても引き継がれている。

その一つは、「法の貫徹」である。法においては、権利はあるかないかであり、権利があるとされれば、対応する義務の履行は究極的には国家の強制力を使ってでも確保される。法の場で権利を主張するということはこの権利の主張であり、法には書かれていないが、われわれが他者に何かを要求するとき一般に考慮されるようなそうした自他の特殊な関係づけに関わる要因はここでは捨象される。こうして要求の妥当性をめぐる争いが法の要件該当性に縮減されることによって、法だけが問題解決の前面に出てくるのが、法の貫徹である。

しかし、法は、まさに社会の中で実効的な規律として働くために、社会の知識を補充して貫徹しなければならぬ。この「法の学習」は、多くの場合、法の援用に抵抗する相手方からの異議申立があつて行われるが、それは見方を変えれば、本来普遍的な法が、特殊な文脈的知識を獲得して、相手方との間の「小文字の法」に変容していく過程でもある。この法の貫徹をめぐる動態を現代的な行政の法執行に即して分析したのが、第4章「法化社会と裁判」である。

社会との界面で観察される法の三つ目の特性が、「法の境界」である。それは、法が自ら妥当する範囲を限定することによって、社会的妥当性を確保しようとすることを意味している。近代の自由の法は、これを法が関わる「公」と、個人の自律に任される「私」という二元的な領域の分割によって果たそうとする。ここでは、法は、本来自由な個人が社会という一つの器の中で共生するためのルー

ルであり、法が目指す正義も、このルールが公正なものであり、個人の自由が尊重されることに見いだされる。

この公私二元論は、法の中立性に疑いが持たれ、また私的な選択の中の権力作用が問題視されるようになって、今日ではかなりの批判を受けている。しかし、法は今でも基本は近代の法であり、この二元論はその根幹に生き続けている。むしろ公の私的性格が批判され、また私に公的吟味が要求される過程で、近代的な法の理念はいっそう隈無く社会に貫徹することになる。これが社会の法化であるが、法の働きを観察すれば、こうした共生のためのルール作りには還元できない、まさに人の営みの中に置かれた法の姿が見えてくる。本書が対象とするのは、そうした公私二元論では隠れて見えなくなっている法の現実である。

第2章「権利と共同体」は、権利を主張するという行為が、他者との関係づけを再構築していくコミュニケーションとしての側面を持つことに着目する。暴力に満ちた抑圧的關係に権利の言葉を対置し、人格の相互承認を実現するという権利主張の積極的機能は、同時に、そこで承認されるものがあるが、その私的領域の排他的支配であることから、権利を超えたコミュニケーションを自由への干渉として嫌い、阻害するという負の側面も伴っている。また、権利主張の前提として、権利侵害を受けた「被害者」としてのアイデンティティを引き受けなければならないことも、関係づけの構築そのものがアイデンティティ確立の過程であることから、困難を引き起こすことがある。

このように社会の中の法の働きを、それが実際どのようなように人と人との関係づけを媒介するかとい

う角度から吟味していく場合、法の妥当性は、法でいう正義の実現に限定されない、まさに社会的な評価の次元を持つてくる。この「法の拡散」は、しかし、法の論理の社会への浸透と、法の、社会の論理の中での了解という二方向的な影響が入り混じった複雑な様相を持っている。とくに、法の核にある近代のものの見方は、社会生活の中で人が関係づけを表象し、相互的な期待を形成する際のその枠組みとは必ずしも整合せず、緊張関係に立っている。

この近代の知にまで遡って問題を明らかにし、人が権利を主張し、法を援用するときに、自らの言葉で関係づけを語ることができるようになるための「脱近代の法」を構想しようとしたのが、第5章「語りとしての法援用」である。近代の人間像では捉えられない、他者との具体的な関わりの中でその主体も構成される、そうした「位置づけられた自我」である個人が、その世界の中で法を意味づけ、出来事を語り直すことによって、他者との間に了解可能な間主観的世界を構築しようとする過程が、ここでは分析されている。

本書は、このように権利が主張され、法の論理が社会に対置されるときに、何が起きているのかを法社会学者の目で観察したものである。法の啓蒙、貫徹、そして境界という法の社会への切り込みに対して、社会からは、法の反省、学習、そして拡散をもって対抗されるのであり、そこには、従来の法概念では捉えられない、法を社会に定着させ、働かせていくための複雑な調整過程が存在している。このはしがきでは、全体を貫く視点を明らかにするために、抽象的な概念をもって図式的な整理を行ったが、一つ一つの論文は、こうした過程を、それぞれ具体的な対象に即して明らかにしている。

これから、日本でも、法がより大きな役割を占めるようになると思われるが、そうであればなお、権利の主張をこれまでのような法の正義で語るだけでは、法の社会への接合がぎくしゃくしたものになるであろう。権利を語るわれわれの語彙を増やして、法が社会の中で実際にどのように働くのかより微細な観察がこれから必要になる。本書がそうした努力への一助となれば幸いである。