

Housyakaigaku ga Tanoshisugi 900



SOCIOLOGY OF LAW
WITH Prof. DANIEL FOOTE

《使用上の注意》

このノートは、勝手にとったもので、**法学部シケ対(笑)**とは一切関係ありません。引用も一切してません。
ただし、シケ対様の高圧的態度がなんかあれだったので、**法学部シケプリ**へ引用することだけはやめてね。
間違ってる内容もあるかもしれませんが、それでキレられてもさすがに責任は負いません。ではでは。
ちなみに法学部科目では初の講義ノート作成だったので、クオリティがあれですが許してください。

目次

第0部 はじめに	……3	第2部 実践的法社会学	……61
000 インTRODクシヨン	……3	600 経験的法社会学の研究方法	……61
10 諸連絡		10 研究対象	
20 法社会学について		20 経験的法社会学の方法	
30 具体例の研究		30 先行研究調査の必要性・意義	
40 「法社会学」の分野・役割		700 具体的な社会調査方法	……65
50 今後の予定・フットさん		10 社会調査法の典型的方法	
60 法学教育における法社会学		20 社会調査法① 面接調査	
		30 社会調査法② 観察	
		40 参与観察：法曹養成改革	
		50 社会調査法③ 質問票調査	
		60 社会調査法④ 標本調査	
		70 標本調査の利用	
第1部 古典的法社会学	……6	800 日本人の法意識 「訴訟嫌い」か	……85
100 古典的法社会学①	……6	10 日本の法社会学	
10 概念法学とその批判		20 日本人は訴訟嫌いなのか	
20 古典的法社会学① エールリッヒ		30 川島の分析のインパクト	
30 エールリッヒの主な研究方法		40 検討事項	
40 エールリッヒの問題点		50 日本人の法意識 日米中法意識調査	
50 日本への影響の理由		900 紛争行動①	……99
60 「生ける法」の現代的意義		10 対立と紛争	
200 古典的法社会学②と③	……16	20 紛争と文化	
10 古典的法社会学② パウンド		30 紛争処理プロセス：ADR	
20 パウンド理論の特徴		40 ADRの実現、評価に向けて	
30 古典的法社会学③ リアリズム法学		50 紛争行動研究	
40 パウンドVSリアリスト		1000 司法	……106
50 リーガルプロセス論		10 弁護士業務	
60 裁判官の研究		20 名もない顔もない司法	
300 古典的法社会学④	……29	30 裁判官の人事・人事	
10 古典的法社会学④ デュルケム		40 近年の裁判制度改革	
20 デュルケムの影響① コーザー		1100 刑事司法・刑事政策	……111
30 デュルケムの影響② ブラック		10 刑事司法の裁量の問題	
40 デュルケムの影響③ ガランター		20 裁量の抑制	
400 古典的法社会学⑤と⑥	……38	30 日本の刑事制度のモデル論	
10 古典的法社会学⑤ ウェーバー		1200 ゲストレクチャー① 刑事司法	……113
20 ウェーバー理論の評価・発展		10 特別企画	
30 ウェーバーの影響 ダマシュカ		20 司法制度改革	
40 古典的法社会学⑥ パーソンズ		30 刑事政策の何が変わったのか	
50 社会システムの理論		40 さらに司法改革へ	
60 ルーマンの理論		1300 ゲストレクチャー② 検察官	……116
70 パーソンズの再検討：ゲーム理論		10 概要	
500 古典的法社会学⑦と⑧	……55	20 実際に扱った事件	
10 古典的法社会学⑦ ハート		30 日本の刑事司法について	
20 セルズニックとノネの「応答的法」			
30 法システム：社会構造と法の検討			
		おまけ 定期試験について	……118

000 イン트로ダクション

010 諸連絡

011 テスト

一応この授業は 7 月までだけど、テストがあるのはまさかの 2 月なんですよ。まあ何回か文句言ったんだけどそれは無理でしたwwwじゃあせめて週 2 コマをやめろよって思うんですけどねー。とのこと。

012 ホームページ

<http://www.fooite.j.u-tokyo.ac.jp/>がサイトね。パスワードは komabaMMXII なんですよ。

013 教科書

教科書自体は特には指定しないよ。ホームページに資料はアップロードするし。

でもまあ副教材としては、『法社会学の新時代』、『裁判と社会：司法の再考』とかいろいろあるけど絶対必要だあって訳じゃない。

古典的なものとしては、川島武宣さんの『日本人の法意識』とかかな。

020 法社会学について

021 法システムのイメージ

最初に法社会学が見てるものってなに？ってことを話すね。

一番最初に見るべきなのはやっぱり「**法システム**」ってことになるね。法社会学だし。で、まあ法システムのイメージは、コンピューターとプログラムに例えられることがおおいかなー。

まずは、**命令**、つまりプログラムってイメージを法規範は持ってるよね。それを、他の社会規範との関係も含めながら見ていくのが法社会学の第一の観点だね。まあ仮にも「法」って言ってるんだし当たり前っちゃー当たり前だけでも。

で、そのプログラムを**実行**するのかどうか(例えば、裁判所に行くかどうか)ってのも見どころではあるよね。法システムの「実際の」作動するのは重要な研究対象。さらにここではマスメディアとか、その他の社会機構の働きとの関係の中で考えていかなくてはならない。まーこういうところ実証的な学問だから覚悟しよう。

さてさて、コンピューターとプログラムで例えておいてプログラムの話しかしてなかったけど、ハードウェアとしては**法機構**があげられる。例えば裁判所だとか、検察だとか警察だとか、そういう機構は、他の機構とどう関わりあいながら働いているの？ってのも法社会学が見ていくべき法システムの重要な一部だよ。

で、法システムの利用自体の**正統性**というか…どうしてこの法機構が使われるの？というのも研究対象です。あとはその法システムが利用される中で、実際にはどんな**社会的影響**を持つことになるのかなんてのも見ていく。まあ法社会学っていう学問は結構視座が広いんだね。

まあこういう視座から、わりと法だけを見るんじゃなくて社会との関わりの中から、現状ってやつを眺めていくのが法社会学。例えば、日本は訴訟率がかなり欧米に比べて低い。川島武宣先生の説明だと、これはケンカを避ける日本人の文化によるものなんだということだった。でもその後、実は日本の法システムに問題があるんじゃないか？弁護士の少なさだとかが影響しているんじゃないかという提起がなされたんだよね。

こんな風に(って言うにはテキトーな例過ぎて申し訳ないけど)問題点を明確にして、それを解決していくためのベースを作っていくのが法社会学の役割。

022 法と社会

ここで大前提だけど、法と社会はお互いに影響し合っている。それもあり複雑に結びついているみたい。社会に対しての法の作用は、法の実効性や法によっての社会制製、法が評価する社会行為だとか、法が社会による秩序形成へどれだけ関与しているかを確かめる中で明らかに出来るはず。

逆に、社会から法への**フィードバック**だってあるはずだよ。法の正当性が問題提起されることだってあるし、望ましくない法律は撤廃されたりするじゃん。社会が法を制製してるっていうのかな。もっと根本的なところでなら**法源**だって歴史的に見れば社会が選んできたものだし。そういう意味で社会が法に与えているものは計り知れないよね。

023 法システム自体の作動原理とメカニズム

今は社会とのかかわりに重点を置いて問題点を俯瞰してきたけど、それだけじゃなくって法システム自体、その内部で作動しているものだってあるはずだし、法社会学はそういうところももちろん見ていくもの。**立法過程論**や**行政過程論**、**司法過程論**だってみていくよ。

024 社会秩序形成の研究

生ける法律が作り出す秩序だけじゃなくって、自生的な秩序も対象になるよ。そうすると当然、本来意図していなかった秩序、排除すべき秩序だって出てくることに注意。たとえば建設業の「談合」とか。

030 具体例の研究

031 「法」とは何

じゃあ法社会学が見てるものをもっと具体的にみていこうか。

例えば憲法 25 条の「健康で文化的な最低限度の生活」ってどの程度のものなの？そこから作られた法が「努力規定」でしかないとしたら、その法律は法規範としてはどんな意味を持つの？なんてのは気になる問題。制定法だけじゃあちょっとその法律の意図していることが完全には分からないなんて時、ここで**解釈**が大事になってくる。だからここから、適用の**必要性**も議論されたりすることに。

他にはたとえば、東京証券取引所の「規則」は「法」になるの？っていう問題ね。そこでビジネスしてる人にとってみればこいつは明らかに社会規範になってるわけだし。

法になるために何が必要なのか？何があるといけないのか？そういった定義は人によって異なるものだし、だからこそ法社会学は喜んで扱う分野だったりする。

032 機能するためにはどんな要素がいるのか

今の問題から、法の機能はどのような要件に裏打ちされているのかが気になってくる。**サンクション**の有無は？**国家**の関与は？**制定法**はいるの？**拘束力**はどのくらい必要なのか？なんて感じに、法が法として機能しうするにはたぶんいろいろな要素を満たさないとはいえないよね。

033 法はどのように理解されているのか

で、法が作動するのはあくまで社会の中なんだから、その社会でそのように法というモノが受け止められているのかなんていうのはちゃんと考えておきたいよね。法に関しての知識だとか情報はどう提供されているのか？なんてのは**教育**だとか様々な面から考えておかないとだめでしょう。

040 「法社会学」の分野・役割

041 射程

「法社会学」って名前だけ見ると(Society of Law)なんかこれって社会学だけなの？って思いたくなるけれどこれは全然違う。「法と社会」とか、「法と社会学会」とか言うように(Law and Society Association)、社会全体、社会科学全体に関わるものなんだよってのは知っておこう。

社会学、経済学、文化人類学、心理学、政治学、歴史、言語学だとか数えきれない学問にまたがっている超絶学際的な分野なんだぜ？まじで。たとえば陪審員の心理だとかは心理学だろうし。

042 それぞれの研究分野・方法の違いと共通点

こんだから、人によって研究してる分野も仕方も違うのは当たり前なんだよね。中には自分のやってるやりかた以外は全部だめだ！なんて人も居るみたい。

まあでも共通した特徴は、法システム外部におけるデータってものを重視してることかな。この学問ではかなり**経験主義的**なやり方が好まれるんだよね。まあ社会との関わりを調べるんだから現実というデータが大事に決まってるはいるんだけど。

043 役割って…

こうしてみれば法社会学の射程が広くて、かなり自由度の高いものだってのは分かってくれたと思う。でもその多岐に渡るものを総合してみても、法社会学の役割というものを考えてみれば、①法システム(法の機能も含めて)に関する理解を深める。②法システム(制度設計、法の規定など)の改正に役立つ、実践的な提言をするなど。③個々の事件の取り扱いに役立つ。なんて三つがでてくるんじゃないかな？

050 今後の予定・フットさん

051 全体像

前半は理論として古典的なものから取り上げていこうと思うよ。後半には事例を中心としてその理論的なモノの応用編に入っていきたいかなーなんて思ってるみたい。

052 具体的なテーマ

まずは古典的な法社会学理論を学んだ後に、それを適用して発展させた研究を見てみようかなと思ってる。で、そのあとには実践的な問題として、法社会学の調査方法(どうやって客観的なデータを集めるのかとか、そのデータをどうやって利用していくのかとか)や人々の法意識、現代の社会規範と法規範の相互関係とかを見ていく。で、さらに話を進めて、紛争・訴訟行動や裁判所、行政のシステムについても話そうと思ってるよー。

053 フットさん

めんどくさいし興味もないので華麗に省略。ただアメリカでは**ロークラーク**という制度があるらしい。ロースクでてから地方裁判所・最高裁判所で一年間判事のお手伝い(これがロークラーク)してたんだって。実務としては日産の法務部行ってからNYで法律事務所に勤めてたそうです。

060 法学教育における法社会学

061 法社会学の位置づけ@教育目的の観点

法律家に必要な能力としては、アメリカではまず**分析能力**が自明のモノとされており、さらには自分の専門分野と、全体の見取り図的な意味での**法的知識**、基本的な書面の作成法などの**実務能力・作業技能**が問われる。加えて、**制度的な環境**(裁判所とか)への精通も必要。そして最後に、その「法」は決して自閉したものではなく、あらゆる他の社会的な全体的環境と密接に結びついているってことは必ず肝に銘じておくべきだとされる。実務で問題解決していかないといけない法律家ならばこそ、現実における法、全体的な環境の中の法を知っておかなくてはならないというわけだね。

062 法学教育の日米比較

米国の教育方法は、徹底したソクラティック・メソッド(**問答教育法**)で、ひたすら問いかけていくスタイルなんだそう。1000頁以上のケースブックの最初の5ページくらいに一月もかけるなんて、向こうではザラにあるらしい。そこに流れている教育目的は、書物の理解力や分析能力、口頭弁論能力や自分での思考力だとか、とにかく様々な能力、法律家になるために必要な能力を身に付けさせることだよ。決して日本の法律家のように、判決を事務的に作成できる能力と言う点に留まらないのはすぐに分かる。

あとは、判決から当然に読める答えがただ一つの答えではない、法の**不確定性**についても理解しておいてほしいということだと思う。問答教育の中で、一つの事案からたくさんの答えが出ることがありうると体に叩き込むわけだね。

こうした中で出てくる学生の特質としては、やっぱり**多様性**を持ってるってことだろうか。もちろん人種や年齢といった他の意味での多様性だってもちろんあるけれど、それがアメリカの法学教育の風土に支えられてきたことは言うまでもない。彼らは、多面的なものの見方、法学だけにとらわれないような法学の見方が出来るようになってきているという。

そんなアメリカに対して、日本はただひたすらに法知識を詰め込むような勉強を続けてきた。司法制度改革とかいろいろやっては来たんだけど、学生同士の意見交換とか法にとらわれない発想の重要性、多様性の重視っていうものを忘れてる気がするよね…。よくある質問に、「今日いろいろな考え方が出ましたが、どれが結局どれが正しいんですか？」なんてあるけど、その時点でもうダメっすよ。みんな違って皆いい。なんかそんな詩あったよね。

まあ後半愚痴みたいになっちゃったけど、こんな感じで授業を進めていく中で、フットさんはやっぱり多様性っていうやつ、幅広い視点から

得られるものを大切にしてほしいっぼいね。だから授業の中で「**論争**」を結構扱っているのかなーというのが、五月終わりくらいまで授業を受けての個人的な感想だったりする。社会の中の実際に迫れるように、論理に自閉しないようにしないとこの学問は頭打ちだからね。そういうわけでこれから頑張ろう。時間割はカオスだけど。では次回ー。



ただの判決作成機なんて、エンヤ婆のジャスティスにやられた奴と大して変わらない。大切なのは、多様性を大切に、それぞれを尊重することだ。ツェペリ家には敬意を払わないといけないし、スタンドに強弱の概念はないのだけ。

100 古典的法社会学①

じゃあ最初に、法社会学って学問を作った第一人者の仕事をみていこうと思う。**エールリッヒ**(Eugen Ehrlich, 1862-1922)って人が、『法社会学の基礎理論』(1913)とか、『法論理』(1918)等で、「**自由法論**」の主唱者の一人として、当時ドイツの私法学を支配していた、いわゆる「**パンデクテン法学**」(「概念法学」)の形式的な考え方に対する批判を行ったところから法社会学の話は始まる。

110 概念法学とその批判

111 概念法学とは

さて、こうして話を始めるのはいいんだけど、たぶん上の話だけじゃあ何を言ってるのかたぶん分からないはず。概念法学を批判したところから法社会学が始まる、「じゃあ概念法学って何？」

①19 世紀ドイツの普通法学(gemeinrechtliche Jurisprudenz)

まあ**概念法学**っていうのは今までのドイツ法学における一般的な流れだったんだよね。この法学の特徴は、形式論理的な演繹操作を徹底的に尊重していることで、裁判官とか実際に実務に携わる人による実践的な価値判断を表見的には排除していたんだ。

②裁判官は自動販売機

この考えに従えば、裁判官は事実を入れると法的判断をはじき出す機械(人間的偏見は排除されてしまう)でしかないってことになる。そこに裁判官の意見・価値判断は一切ないことにされるわけ。

③法の完備性

そんなことなんですか？って話だけど、ここでは法は完全無欠で、いかなる社会現象に対しても適用されるべき法規範が事前に存在すると思われていたんだよね。既にある判例だとか制定法だとかを利用して、全ての法律問題に答えを出せる、現行の法に穴は無いんだ、っていう考えが前提にあったから、裁判官はもうそのルールに従ってただ右から左に判決を受け流していってこれれば良いと言うわけ。

④権利既存の観念

だから判決以前にアイデアとしての「在るべき法」は客観的に存在していたことになるわけで、裁判官はそれを発見するのみっていう理論だ。ようするに、「**既に判決はある**」ってこと。

112 概念法学のテーゼ

ではここで概念法学におけるいくつかのテーゼを見てみよう。

- ① 国家の制定する**法典の排他的尊重**…だってもう完璧だし。
- ② 法秩序の**論理的完足性**の思想…法に穴はなく、そこからすべての判決を発見できる。
- ③ **形式論理操作の偏重**、利益考量・目的思考の軽視…もう完璧なものがあるんだから、勝手にいじるのはNG。
- ④ 裁判における**法創造の否定**…上と同じで、もう完璧なものがあるんだから、勝手に作り出すのはNG。
- ⑤ 法解釈学の**純粹認知的性格**の主張…こんな風に完璧な法ってもんがすでにあるんだから、法解釈のやることって、正しい答えをただただ純粹に「発見」するだけになるよね。

113 自由法論のテーゼ(上の概念法学の否定)

それに対して「いやいやおかしいだろ」とぶっこんできたのが**エールリッヒ**達すなわち**自由法論者**。彼らは概念法学に真っ向から対立するテーゼを持ち出してきた。

- ① 「**生きた法**」の社会科学的探求…法って発展していくものじゃねえのかよ。なんで死んだように動かないんだよそれおかしくね？もっと人々の生活に寄り添った、明文化とかいう次元じゃあない法があるはず。
- ② **法の欠缺**の認識…例えば民法 709 条には「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」とあるけど曖昧すぎるだろwww故意ってなんだよwww解釈の余地がありすぎるじゃん。これで唯一のアイデアなんてよく言えるなおい。
- ③ **利益考量・目的思考**の重視と**論理操作の意義**の目的論的把握…裁判官はただ判決を下すの？違うでしょ。裁判の目的、いったい何の利益を守るのかとか考えながら法過程は遂行されるべきだし、実際のところそうじゃん。いい加減そういうところ認めろよな！ということ。

④ 裁判の**法創造機能**の承認…曖昧な法を画定したり、新しく適切な法を承認していくところまで法学の実践的な役割として認めようぜ？じゃなきゃ社会の中で意味がないと思うんだけど。

⑤ 法解釈学の**実践的価値判断性**の承認…てかさっきの曖昧な法律の話とかと被るけど、裁判官は結局のところ価値判断してると思うんだけど。

連邦最高裁のスカリア裁判官はかつて日本に来たとき、「生きた憲法」という言葉を聞いてキレたそうだ。「生きた憲法？何言ってるの？その時その時の議会の立場で解釈が変わるのは生きた憲法なの？」こんなふうに概念法学に近い意見を持った人は今もまあ見られるけど、学際的な教育が支持される中で結構自由法学の芽は出てきているらしい。ただこの争いは思ったよりも最近まであったらしいよってのは余談。

120 エールリッヒの法理論

121 秩序付けとしての法

さてそんな中で批判だけしててもしょうがない。自由法学、そしてそこからくる法社会学はどんな法理論を構築してくれるんだろうか？

エールリッヒにとっての法の概念は相当広いけど、まあ一言で言えば「**秩序付け**」って感じになるかな。で、よくよく考えてみると、人間の行動に関して一番影響を与えているのは、やはりそいつが属する**集団**になるんだよね。だからそこでの様々な規範や規則が、秩序付けの方向を定めることになるって彼は考えている。「団体内の秩序を作り出すのは、1つの団体内における行為の実際の規則になっている」とのこと。

122 集団の重要性

そうすると社会の様々な**下位集団**(部分社会・例：家族、会社、宗教、村等)に着目するんだよね。そして集団の中の様々な規範・規則に視点をあてることになる。ここでの秩序がどのようにして作られているのだろうか？っていうのが彼の思う法学にとって重要になってくる。

「**生ける法**」って彼の言葉はこの文脈で初めて理解できるようになるんだ。集団の中のルールを見ていって、それが生きているのか？死んでいるのか？つまり現実的な効力をどれくらい持って居るのかという概念が重要になってくるわけだ。生きているってのは、その集団の中で人々に寄り添って存在しているってことになる。

「法規範は他の社会的規範と何ら異なるところはないのである。国家は**唯一の強制組織ではない**。社会には、**国家よりもはるかに強力な無数の強制組織が存在している**。そうした組織の中で最も強力なものの一つは家族である」とエールリッヒは言っている。

社会団体ってのはもちろん、家族、地域共同体、宗教、社交団体、契約当事者、職業団体、企業、政党とか多岐にわたるし、合法のものだけでなく、違法な団体もあるからね。

123 生ける法としての法

そんななかで存在するエールリッヒにとっての法は、決して一方的な法典による秩序付けではないのは分かるよね。自生的秩序というか、上からのものではない自然発生的なルールも重要な社会の構成要素としているよ。そうしてみればそこには強制の契機、要するに**刑罰**ってもんが欠如している法だって法だろうし、他の諸規範との区別の曖昧さが生じることだって多分にあるよね。

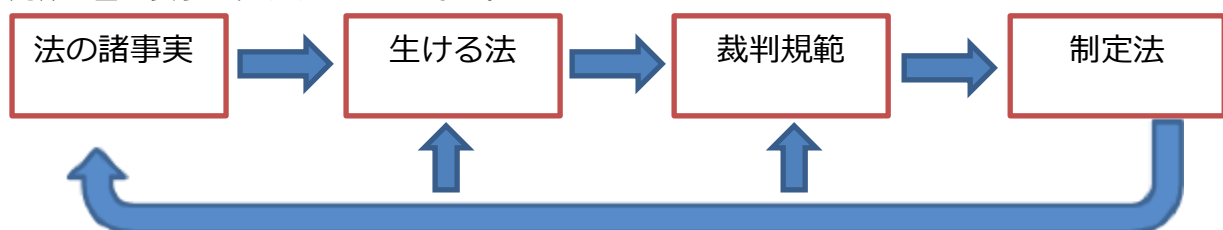
124 法の階層性

こうしてみると、法の存在形態には三つくらいレベルがでてくるのわかる？

一つ目は、社会の一般成員の日常の行動の規則(「**生ける法**」)として、特に集団内の規則になる法ね。これって別に明文化された法である必要はないよね。で、もうちょっとレベルが上がって、個々の争訟事件に対する裁判機関の判決における具体的・個別的な規範(「**裁判規範**」)としての「法」だってあるし、さらに抽象的になれば正規の立法機関とか、または法制定の権威を事実上認められた法曹家による、抽象的・一般的な法(「**法命題**」；「**制定法**」／「**国家法**」)が視野に入ってくる。

こうしてみるといろいろな法の範囲があって、エールリッヒはその中でも一番人々の暮らす社会に寄り添った「生きた法」ってやつに重点を置いてるんだね。

ここの関係を図で表すと、以下ようになる。



ちなみにここで、彼の議論の中にでてくる、あらゆる法の諸前提となる事実関係の事を、**法の諸事実**と言うのでここで一緒にまとめておこう。法の諸事実は、慣行＋占有＋意思表示＋支配服従関係という風に分解できる。

①**慣行**：長期間に亘って存在している状態で、今現在も続いている場合は将来をも拘束するであろう。

②**占有**：占有状態もとりあえず尊重するに値するであろう。

③**意思表示**：自ら発した言葉によって他人に生ぜしめた期待を裏切るべきではない。

④**支配服従関係**：支配する者がその支配関係を維持し、有効に利用しうるために、相手の取り扱いにおいて一定の限界を課さなければならないという意味で、規範的観念の源泉となる。

で、ここから派生してやってくるのが様々なレベルでの法の存在形態になる。ただ、繰り返すけれど、秩序付けの中心となるのは「生ける法」であるってのは忘れずに。あくまで社会が生むもの、動かない法典じゃない生きた部分にエールリッヒが価値を見出したことはしっかり理解しておこう。

「現代をも含めてあらゆる時代についていえることは、**法発展の重心をなしたものは、立法でも、法解釈学でもまた司法でもなく、まさに社会自体であったということである**」「もし本書〔1913年の『法社会学の基礎』〕(のエッセンスを一つのセンテンスで表した)とするならば、それはこうなる。すなわち、**法発展の動因は、あらゆる時代におけると同様に現代でも、立法や法律学や司法にではなく、社会そのものの中にある、と**。恐らくこのセンテンスの中に法社会学の基礎理念の確信が表現されているのである」と彼は言っているよ。

125 「生ける法」、「裁判規範」、「法命題」の関係について

彼が重視しているのはあくまで「生ける法」だっていうのは大丈夫だね。だからこれが問題なく機能している間は、その他のレベルに法には至らないというか頼る必要がないんだよ。例えば結婚とか、裁判規範がなくてもまあなるようになるっちゃあなるじゃん。エールリッヒはそこらへんの自治っぽい面を重視してる。

規範が崩れた場合や、違反者が出て内部の遵守メカニズムが効かない場合、あるいは社会団体をまたがる問題が生じた場合になって初めて、裁判になったり、「裁判規範」が生まれたりするんだ。

126 「法命題」の生成について

じゃあさらに進んで**法命題**ってそんな中でどうできるのって話に進もう。集団内部の自治規律が機能しなかったり、集団と集団との間に問題が起きたときに、新たな法命題は作られていくのだと思うけど、だからといってそうやって中央で作られたものが地方の集団のなかにそぐわなかったらそれがうまく規範になるわけではない。「ある時期あるいはある人々の法を法典に閉じ込めようとするのは流水の水を池に閉じ込めようとするのに等しい。池に閉じ込められた水はもはや生きた小川ではなく、淀んだ池だけになってしまう」って言葉に彼の考えは現れている。だからここでもある程度「生きて」いて初めて法命題になると見るべき。

130 エールリッヒの主な研究方法

131 調査の内容

彼はまず、歴史的な様々な文献や判例の調査に時間を費やした。**判例**を見るってのは意外にこの時画期的だったりする。当時の勉強って制定法しか見てないパターンが多かったから。ただ判例見てるうちに彼は気付いた。「裁判になってるのって、数ある事例のうちのごくわずかじゃね？」そういうわけで、ここから彼は研究会・インタビュー等による関係者の**意見蒐集**にも力を入れるようになった。**質問票**(アンケート)調査もやるようになったし。まあこんな感じに彼は社会の実情を知ろうとしながら研究をしてたんだねー。

132 ブランダイス・ブリーフ(ブランダイス弁護士の提出した準備書面)

ここで補足として、ブランダイス弁護士って人が、女性保護の労働法規の合憲性が争われた事件で社会科学の知見を裁判所に提出したことがあったんだ。ここらへんまで、契約の自由の侵害だから、たとえ医学的な理由があっても労働時間を制限するのは憲法違反だ！なんていう議論が主流だったんだけど、社会科学に基づいた、「法律は社会の中で存在するべきものだ」って考え方がこのとき結構受け入れられて、従来の法解釈だけにこだわるやりかたの問題点が浮き彫りになった。その後、裁判で社会科学に基づく主張を「**ブランダイス・ブリーフ**」と呼ぶようになった。裁判官は、ある法律が法以外の面も含めて「社会に」与える影響をかなり気にするようになったという。(of. 立法事実)エールリッヒの考え方、自由法学、法社会学的闊見方が進んできて、社会全体で法をみたうえでの価値判断、解釈が重要になってきてるのが良くわかる事件だったので取り上げました。

140 エールリッヒに関する疑問点／検討事項

141 「生ける法」の定義の曖昧さ：「生ける法」はどこまでおおよぶのか

とにかく批判としては彼の言う「生ける法」が**曖昧**極まりないってことね。まあ一つの答えとしてエールリッヒは、感情による区別ができるとして「異なった種類の規範は異なった強さの感情を引き起こすのであ[る]。法違

反に対する憤激、習俗上の命令の違反に対する激怒、常識はずれに対する不承認、作法に欠けた行いに対する嘲笑...などを比較せよ」とか言ってるけど、それでもちょっと明快とは言えないよね…。あとは、区分・分野による区別ができるとして、伝統的に「法」と位置づけられる分野(例えば、物件、契約関係、相続等)に同等であれば、法とみなすべきである、というような文言もあるんだけど、逸話に富んだ研究だねって程度で、十分制度化されていないのが実情かなー。

142 「生ける法」の発生／生成メカニズムに関する説明の欠如

で、もう一つ。彼がめちゃくちゃ重視してた「生ける法」ってのがどうやって**生成**されるのかが説明テキストすぎるんだよね。まあそういうのがあるのは納得できるんだけど、じゃあどうやってその「生ける法」は出来るのっていうのは疑問に思うはずなのにね。それに、その生ける法を尊重すべきだってずっと言ってるけど、状況によっては排除すべき、望ましくない「生ける法」だってあるはず。だからこそ規範を文章にして法律にすることが意味を持つわけだし。なのに彼はここの区別、生ける法の望む望まないの区別をスルーしてるんだよね。これはちょっと納得できない。

150 エールリッヒの理論が日本の法社会学に圧倒的な影響を及ぼしたのはなぜなのか

151 日本の状況との親和性

じゃあこういう批判もある中で、どうしてこの人の理論はこんなに日本の法社会学に影響を与える結果になったのだろうか？ってお話も最後にちょっと。もちろんこの人が第一人者だったっていうのも理由になるだろうけど、「国家法として、西洋近代法を継受したことによる、伝統的・伝来的秩序規範との相剋」という日本の状況と、「周辺の地域出身で主流の秩序規範(国家法)と部分社会の多様な規範との相剋」を身を以って体感したエールリッヒの対応関係が根底にあるんじゃないかなとは思うよ。上からの押し付けだけが法じゃない、社会に生きる法ってものが、たとえ明文化されていなくたって絶対あるんだっていう思いをエールリッヒは地方と中央の「法」を見て抱いたわけだけど、外国からいきなり法典を輸入して民法典論争とかも起きた日本と状況被ってるよね。同じように思ってる奴が絶対たくさんいたんだよ。

「現代をも含めてあらゆる時代についていえることは、法発展の重心をなしたものは、立法でも、法解釈学でもまた司法でもなく、まさに**社会自体**であったということである」というエールリッヒの言葉に共感する法学者、法社会学者はきっといたはずなんだ。

160 「生ける法」の現代的意義：秩序の創発条件とその評価

161 実態調査と「生ける法」例①シャスタ群の牧場主

さて、「生ける法」についてこうやって頑張って勉強してきたのは、実は現代の実態調査においても「生ける法」的な概念が分析に生きるからなんだよね。今回はその事例を確認してみよう。

例①カリフォルニア州のシャスタ郡(Shasta County)の調査と分析 (Ellickson, Order without Law)

牧場主たちの行動を調べたのがこの例。ただし、ここでの調査の出発点は、「生ける法」ではなく、「Coase theorem(**コースの定理**)」であるから少し注意。結果に対し「生ける法」からの理解が適していたってこと。

※**コースの定理**：経済学者 Ronald Coase が最初に提唱し、「法と経済学」研究の出発点であり基礎ともなっている考え方。その内容は「**取引費用**(⇔transaction cost 取引交渉の相手方を見出し、それと取引して合意に達する等の作業に要する費用の総称)がゼロのときには、**外部費用**(市場機構が最適な資源配分を達成していないことによって生じる費用)の負担に関する権利義務の存在と独立に、取引によって常に**パレート最適**(Pareto optimal)の資源配分が達成される」というものである。

コースの定理の例…ある工場が煤煙を発生させて付近住民に損害を与えている場合でも、工場と住民との間の取引交渉に要する費用がゼロと仮定すれば、住民側が工場に対し損害賠償請求権を有すると否にかかわらず、両者間の取引交渉により当該社会にとってもっとも安価な方法(例えば、煤煙防止装置の設置)が選択される。

このことの逆説的なコロラリー(必然的結果)として、取引費用がゼロでないときには、**権利義務の所在**は、資源配分にとって意味をもつという帰結になるが、この帰結が「法と経済学」研究の発展に大きな刺激を与えた。でもまあここは経済学部じゃないんで気にしないで良いと思います。

Ellickson の研究は、コースの定理が現実の人間の行動に当てはまるかを検討するために、牧場主たちの行動を調査したというもの。

前提として、アメリカの農場には法律上、**開放地**と**閉鎖地**とが存在することを知っておきたい。開放地では家畜(畜牛等)が他人の土地に入って牧草等の作物を食い、その他の被害を与えても、その家畜を飼育する牧場主に故意または過失がなければ賠償責任がないのに対し、閉鎖地では厳格責任が規定され、過失なしでも被害があれば賠償責任を負うこととされている。

彼の研究の対象は、その**権利義務の違い**が人間の行動にどう影響するのかを試すことであった。よってそのために、開放地の制度をとる地域と閉鎖地の制度をとる地域が隣り合わせにあるシャスタ・カウンティに関する調査を行った。研究結果としてシャスタ・カウンティの特徴は以下のように浮かび上がったのだった。

法知識の不正確；制定法の存在の知識なし

Mnookin/Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,”のなかで、bargaining “**in** the shadow of the law”ではなく、bargaining “**beyond** the shadow of the law”と評価されているように、制定法と言うものをそもそも超越した次元で行為が行われている。

従って開放地か閉鎖地かによらず、法よりも**自生的な社会規範**が優越していることが分かった。被害者の苦情電話で牧場主が謝罪して侵入牛を引き戻す事例もあったし、被害者にも被害額の請求をしないという規範が、制定法とは別に生まれていた。これが次の貸し借りにつながることもあった。

相互性

とにかく野生動物の侵入も多い上に、自分の牛も侵入するという結構力オスな状況。だからそんな中で、上からの法制定を待つ前に、自生的社会規範がかなりの強制力というか実行力をともなって存在していた。

隣人間の「貸し・借り」意識と「貸し・借り同等原則」

制度的な貸与はなくとも、そこにいる人々は私的な**貸し借りの概念**、またその返還に伴う**等価交換的価値観**を有しているのだった。費用負担に関して井勘定を行うこともあったし(柵などの費用負担は基本的に両側の家の家畜の数の比に依存した)、貸し借り意識の担保機能も働いており、多元的決済、長期的決済も行っていた。

違反者への制裁

その非制定法的秩序の中には、**自力救済的返報**(ゴシップ・悪口・悪評判、不便な所へ侵入牛を追いやる、侵入した牛を殺すと言う威し：本当に殺すのは犯罪)も含まれていた。たまには、当局への苦情(カウンティの役人、効果的なのは議員や町長)もあったにはあったが、外から移ってきた人々、短期間で移っていく人々などの例外を除いて基本的に公式な裁判はしないで費用負担など様々な判断を自助的に下していたのだった。

これが、開放地か閉鎖地か関係なく見られたのである！！

Ellickson はこのような事実から、このような「自制的規範はどこからくるのか」考え、こう結論を出した。

自制的規範が機能するための条件は、**社会関係の緊密性**(close-knittedness)にあるのだ！すなわち、

①**非公式の相互規制**パワーが成員間に広く存在している、②非公式規制に必要な**情報が成員間で容易に普及**する、③**長期関係・継続的関係**の存在、これがある組織では、制定法の有無にかかわらず、自助的な規範概念が生れるのだと彼は結論付けた。

同様に、ニューヨークのダイヤモンド業界に関する研究(Lisa Bernstein, “Opting out of the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry”, 21 J. Leg. Stud. 115 (1992))等が非公式の相互規制を明らかにするが、この到達点こそが、生ける法じゃあないのか？というわけである。

考察：サビニーさんらの公的一義的判断との対比

原田さんの法2を受けてた人は、ここで一つの疑問を抱くのではないかと個人的には思っている。すなわち、「モースの贈与論、ギリシア悲劇で見たような贈与・交換関係に引張られた占有概念等の曖昧さが公的一義的判断の重要性を訴えていたにも関わらず、ここの私的判断空間の重視っていうのはサビニー法学の流れに逆行というか反発しているのではないか？」

個人的な見解を述べるなら、この質問に対する答えは「否、そうではない」である。実はここでは、上からの法とは別の次元で、共同体の中での公的一義的判断が形成されているのではないかと思う。非公式だろうがなんだろうが、彼らにとってはその共同体が一種の国のようになっているのではないだろうか？(その証拠に先のルールが部外者、一時滞在者に例外規定を設けている)彼らの「かけがえのないもの」を一番に守る枠組みとしての「公的な」ものが、かけがえのないものをより迅速に、確実に守るために国からレベルを下げた地点、共同体に落ちてきているのだというのが、法2のノートを見返してみた感想であるのでここに補足しておく。ようするに「公的」かを決めるのは国じゃなくってそこに住む人間だよねってこと。

さて、もうちょっと実態調査の事例を見てみよう。今度の対象は、築地市場。今回は、Eric Feldman が、“The Tuna Court: Law and Norms in the World’s Premier Fish Market” 94 Calif. L. Rev. 313 (2006)で明らかにした、築地市場の「生きた法」ってやつをみていこう。彼は、Ellickson, Bernstein の研究を基に、築地市場(マグロの競売)におけるガバナンスを調査した。

前提

シャスタ・カウンティ、NY のダイア業界と同様に、築地市場は緊密な人間関係によって形成されている。例えばマグロの競売に関しては、東京都に許可を得た卸屋 5 社、仲卸 400 社以下でしか行われていない。

そんな中で毎日約 2700 匹のマグロが競りにかけられる(一匹 10 秒程度!)ののだが、寄生虫、病、傷等による、品質に関する請求が起こることがあるんだよね。「なんでこの値段で買ったのにこんなに品質が悪いんだよ！」ってわけだね。毎日 25~30 件はある、その請求をどう取り扱うのかということを彼は調査した。

そしてその結果がこうだ!!

ダイア業界等と違って、築地市場は公式(≠正式!)な「裁判」制度を用いる

なんでこの例もとってあげたのか?それはさっきの「制定法?何それおいしいの」状態だった事例とは話がちょっと違うからなわけで、築地には「**事故検査所**」(“The Tuna Court,” と Feldman は名付けた)があって、毎日 4 回(7:30、8:15、9:15、10:30)、15 分ずつ頑張っちゃう。東京都監督の下で、卸に勤めるマグロの競売人が卸業の 5 社から 1 名ずつ選ばれ 5 名の「判事」になって、被害(競りで決まった値段と実際の価値の差)を、確定することになっている。なんと大抵 1 分未満で判断するっていうからすごい。被害は 5 人の平均値で決まり、10%以下の差額なら被害ゼロとして扱われると言う。

「裁判」における特徴

- ①最高の減額は、実際の価値の 50%分までであり、取引の取り消しは認められない。
- ②請求の大多数(90%以上)は減額が認められる。
- ③最低である 11%の減額は、請求数全体の 45%を占め、2 番目に多いのは、最高の 50%の減額である。(請求数全体の 11.6%)
- ④再審制度もあるがあまり使われない。請求の 3%程度である。彼らは再審せずに「Tuna Court」の別の回へマグロを持っていくことが一般的である。圧倒的大多数(90%以上)が、より多い減額になるにも関わらずである。
- ⑤政府(東京都)が提供した、公式なこの制度は広く使われる。当事者は緊密な関係にあるにもかかわらず、その制度へ「訴える」ことには、ためらいがあまりないようである。ここで築地市場の場合でも、「正式」な裁判に訴えることは全くないとは対照的である。

ここから言えること

明らかに、以上の特徴から、この制度が「公式」ながらも「非公式」的な含みを持って居ることが明らかになる。特徴①から、ここでは「**取引**」の**有効性**に関しては疑わないという前提があることが分かるよね。この暗黙の了解が言外に存在しているから普通の裁判にはならないのだし、特徴④の再審制度を使わないという傾向も、損得以上の何かに縛られているからこそ発生しうるものであろう。

つまりこの制度はあくまで築地という「場所」という**非公式、暗黙の規範に合致した範囲で「公式」**なのである。再審しないのも、それをし過ぎると迷惑だろうし、何より仲卸の評判に関わる。非合理的だと思われると、競りで不利になるだろう。言葉遣い的にも、「裁判所」ではなく、「事故検査所」なんじゃないか?「請求」だとか「クレーム」ではなく、「事故」を「検査してもらう」という解を出す人もいるくらい。それくらいに「公式」でありながら「公式」でないのである。

ただもう一つ、様々な社会規範が見られる中でこの制度が完全に公式とは言えなくとも、それでも相当程度**公正**な手続、そして**明確**なルールによる解決制度であるということも分かる。

安価で迅速な制度で、専門知識の提供・重視もなされ、業界内の人間関係の再確認・重視もできるこの制度は明らかに「**公明正大な制度**」なのである。

ニーズに適した制度であるからこそ、ためらいなしに使われるのだ。特徴②、③、から、この制度が広く使われていることは分かるよね。11%の減額が多いのは、単に分布の問題ではなくって、少しの被害だとしても**ためらいなく**この制度が利用されている証左に他ならないでしょう。特徴⑤なんて完全にそのまんまだし。証拠はこんなもんでいいでしょ?

これでやっと結論に達せる。「生ける法」ってもんがより**正確性**、**速度**を必要とする中で**制度化**と言う形をとったから、こんな制度が作られたんだよ。もともと東京都が制度化する前から、似たような制度は非公式ながらあったわけで、緊密なコミュニティにおいても、公式で「効率」な制度が非公式な制度よりも好まれるいい例だったんだね。築地と言う場所に生きる「取引」を円滑化するための数々の暗黙の了解、これがさらなるパワーアップを求めて法武装したっていうこと。じゃなきゃあ特徴①おかしいだろ。90%が減額されるって。お互いにこれはおかしいと「分かってる」状態で初めて「裁判制度」が使われるんだよね。

163 実態調査と「生ける法」例③アメリカのコットン業界

さてではもう一つだけ。今度の実態調査の対象は、アメリカ合衆国のコットン(綿)業界における法と社会規範。Lisa Bernstein の“Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions” 99 Mich. L. Rev. 1724 (2001)における研究を参照しよう。

この人は米国のコットン業界(原綿生産の農場、仲卸、綿織工場)におけるガバナンスを調査した。

前提

コットン業界は、二百年以上前から、アメリカ合衆国南部の重要な業界であった。産地の総面積は日本全国の4倍程度で、関係者も非常に多い。この仕事では綿の質の判断が肝要なんだけど、この作業がきわめて主観的。等級が多くて、様々な要素が重要だし。それにアメリカは広いから現物を見ないで、電話だけで取引することも多いし、契約書なしで取引するか、または事後に契約書を結ぶこともざらなんだよね。

値段の変動もこんなだし激しいのに加えて、貿易量が多いわりに利ざやが少ないから、取引相手の**信頼関係**がきわめて重要な業界なんだよね。

そんな業界では、一体どんなルールが形成されているのだろうか？

分かった特徴

信頼や協力を保つのは公の法制度ではなく、**非法的な制度・制裁**(non-legalsystem, non-legal sanctions)、そして**私的な法制度・制裁**(private legalsystem, private legal sanctions)である。

…とにかく、相手の**評判**がきわめて重要であるみたいだった。で、その評判の重要要素ってのは例えば、借金を迅速に払うこととか、契約履行をしっかりするとか、日常的なやり取りに柔軟で、事情や状況が変更したときに調整するとともにしっかりと約束を守ることなのね。

そういった、協力を確保するための評判に関する情報が非常に重要だった。確かに昔なら、業界の中にいる人も比較的限られた人数だし、直接知っている場合が多かったけど、現在はもう、取引相手の数が増えたよね。だから情報の共有のために、業界団体が明確で詳細な**規則**(trade rules)を出版する慣例が出来ているんだ。技術の発展等に伴って、規則は更新されるし、規則違反に関する周知活動も行(回状、業界の通信、8週間の夏期教育である“Cotton Institute”等)。

規則の違反者に関する回状もあって、違反した「信頼に背く」行為はすぐに周知されるってわけ。

たとえばそうだね、案内所にいけば取引相手の信頼に関する情報を教えてくれるし、銀行でも案内所と似た機能がある。もちろん非公式な情報ネットワークもあって、「重大な違反に関する情報は24時間以内に広がる」と言われている。



ルカも言ってるけど、この業界での地位の確保のためには、非法的な部分での信頼関係の構築が不可欠なわけだ。

違反者に対する制裁

①非法的な制裁

もちろん非法的な法に対応した非法的な制裁が用意されているわけだけれど、このコトン業界の制裁には、以前の南部の強い道徳である、「**人の約束(one's word)は絶対である**」という信念が背景にある。

この概念は、社会体制や階級制度に支えられていた。緊密だった村社会において、社会的地位、縁故等は、評判にかかっていたんだよね。そしてその血は今も流れていて、現在も同様のものの再現がみられる。たとえば、社交界、祭り、ゴルフ大会、コトン業界配偶者の会等により、取引関係と社会的関係を織り交ぜるんだ。

よって非法的な制裁は、業界団体による情報共有・ゴシップネットワークを利用して行われる。

簡単に言えば、**村八分的な制裁**が行われるというわけだ。違反者・協力しない者に対して、相手のみならず、業界全体が取引拒否を行う。「過去の取引行動に関する情報は多くの人に提供されている場合、取引評判の観点からして、一人の相手に対する契約違反が多数の相手に対する契約違反になってしまう」と分析されているよ。長期的な取引関係が重要である以上、こうした非法的な制度や制裁が効果的であることは疑いようがないよね。事実、破産しそうな場合以外、違反することは少ない、という。

②私的な法制度・制裁

以上のような非法的な制度に加えて、19世紀の半ばから、入念な私的法制度も整ったのだった。代表的なものとしては、業界団体の詳細な規則の中に、業界団体の提供する**仲裁制度**が存在する。

紛争の中で最も多いのは、質に関する紛争なのだが、そのために、安価で迅速な審判制度が作られたのだった。債務不履行、不払い等に関する紛争についても、より詳細で形式的な仲裁制度が作られた。

ただ、後者の仲裁制度の利用度は少ないんだよね。二つの団体があわせて年4件くらいしか取り上げない。しかも、正式な裁判となる事件はきわめて少なく、大部分の紛争は、非法的な制度で回避・解決される。

言えること

彼らの生活に根差したルールは、たとえ制度化されていなくてもかなりの効力を持つことがわかるよね。非法的制裁が私法的制裁よりも有効にルールとして機能している事実は、ただルールを作ればいいってもんじゃないことを如実に表しているのでした。

164 「生ける法」の現代的意義・事例④建築協定に見る都市コミュニティと法

さて、事例研究の最後に、日本の学者である長谷川貴陽史の研究を見てみよう。参考文献は**長谷川貴陽史**『都市コミュニティと法』(東京大学出版界 2005 年)1-2, 6-9, 15-20 頁(日本法社会学会、日本不動産学会、国際法社会学会受賞作品)長谷川貴陽史「建築協定とその運用」ヘスティアとクリオ No. 6(2007 年)。

彼の研究は、様々な面で重要で、かつ興味深いとされている。

第一に、従来の日本における社会規範研究、例えば戦前や戦後初期に広く行われた農村・漁村等における古くからの伝統を重視した「生ける法」研究、とは対照的に、**都市**における最近の社会規範に焦点を当てた。

つまり、「**制定法**」と社会規範の複雑な相互作用を明らかにしようとする研究なわけ。

社会規範を定着させ、遵守を促すメカニズムとして、正式な法的手段の利用とインフォーマルな手段の利用の関係を調べた結果、正式な法的手段の利用を避けたがる、という従来の日本人のイメージを覆すような調査結果が出たんだ。

彼が研究対象にしたのは、いわゆる「建築協定」。

※**建築協定**…建築基準法第 69 条が定める私法的な性格を帯びた契約協定のこと。

建築基準法 69 条：「市町村は、その区域の一部について、住宅地としての環境又は商店街としての利便を高度に維持増進する等建築物の利用を増進し、かつ、土地の環境を改善するために必要と認める場合において、土地の所有者及び借地権を有する者が当該土地について一定の区域を定め、その区域内における建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築物設備に関する基準についての協定を締結することができる旨を、条例で、定めることができる」

ようするに、原則としては地域内の全員の合意によるが、もし同意が得られれば狭い範囲では 30 区画ぐらい、広い場合は 1500 区画ぐらいの市町村の中の区域について、用途、高さ、階数、建ぺい率等に関する協定を私法上の契約として結ぶことが出来て、協定違反に対して、協定加入者が民事訴訟を提起して、建築工事の差し止めや損害賠償を請求することができる裁量が得られるよというルールの事。

詳細は配布資料②(および著書)の説明に委ねるけど、多くの具体例で制定法と**社会規範の複雑な相互作用を明確化**するのがこの法律なんだ。だってこの法律、国家法である建築基準法が、社会規範の形成を認めて、奨励するものだよ。

それに土地利用に関して異なった考え方・価値観を持つ住民の合意を受けること(**社会規範の共有**を築くこと)の難しさだってここから事例を見ていけば明らかになるし、その合意システム、社会規範生成システムのための建築協定運営委員会等の集団の形成、維持、活動の様々な側面(法に関する知識・その他の専門知識の獲得、教育等)も見ていくことができるはず。

合意したにもかかわらず違反する者に対する遵守のメカニズムにおいても同じだよ。サンクションの在り方を調べると、村八分的なキャンペーンや民事訴訟の提起を含めて公的なものと私的な合意が織りなす、法が生きている実態が確認できる。

例えば同地区に居住するが協定を結んでいない者(いわゆる「穴抜け区画」)の場合の対応だが、資料②の 25 頁を参照すれば分かるように、拘束力のない「町内会規約」、「まちづくり規約」、行政指導等の利用、事実上の制裁(「脅しに近いものも」)などが**協力的**にサンクションの役割をはたしているよね。

165 法と社会規範に関する考察

Ellickson, Feldman, Bernstein, 長谷川をあわせて考えると、こんなことが浮かび上がってくる。

①いずれの研究が、**下位団体／集団／組織**(institution)の役割に着目している

実はこの流れは古典的な法社会学とも一致している。エールリッヒ(そして後に取り上げるデュルケムやヴェーバー)が、下位団体、集団等における規範の重要性を指摘してるんだよね。

最近の研究も、詳細な事例研究やゲーム理論等を用いて、集団内における規範形成のメカニズム、規範が機能する条件(遵守を促すメカニズム等)、集団内の規範と集団外の規範(法律等)との関係等を取り上げてその方針を加速させている。

②それぞれの事例の特徴

- ・牧場【制定法とは別次元の生きた法】：**緊密なコミュニティ**の中で、限られた地域、限られた人数の**長期的・継続的關係、情報を共有**するメカニズムが作られている。社会規範を守らないのは、社会規範を共有しない者の一部(外から最近入ってきた者や短期間で出て行く予定のある者)、経済的に困っている者の一部でしかない。
- ・NYC のダイア業界【制定法とは別の次元の生きた法】：**より緊密なコミュニティ**。さらに限られた地域・人数、宗教・伝統の共有、長期的・継続的關係、情報を共有するメカニズムが形成されている。(そもそも、きわめて排他的で、新規参入がほとんどできないため、異なった文化・社会規範を持つ者がほとんどいない)
- ・築地市場【生きた法から制定法へ】：**緊密なコミュニティ**。限られた地域、伝統の共有、長期的・継続的關係、情報を共有するメカニズム。(というか長い伝統があり、排他的で、異なった文化・社会規範を持つ者がほとんどいない)後述のコットン業界に比べて、規範を維持するためのメカニズムはあまり必要ではない。
- ・コットン業界【生きた法から制定法へ】：**緊密なコミュニティ**? 広い地域、数多くの関係者、長期的・継続的關係が重要であるが、新規参入も比較的多い。そのため、規範を共有するためのメカニズムが不可欠である。当たり前だけど情報を共有するメカニズムも重要である。
- ・建築協定【制定法が補強する生きた法】：国家法(建築基準法)が地方自治体の条例を認める。全国各地で条例が定められるが、区域内の協定に委ねられる。この場合は他の例と比べると特殊で、様々な状況が考えられる。緊密な区域、それほど緊密でない場合だってどれも考えられるし。一人協定の時も、1500 区画以上の場合だってあるし穴抜け協定も。だから**社会規範を築き、広め、定着させる**ような活動が必要になるし、それでも規範の共有の難しさは残る。

166 それぞれの事例における遵守を促すメカニズム

さて、ではどんな時に「生ける法」が機能するのか、今までの事例から分かったことを総合しながらみていこう。とりあえず、事例を参照すると、比較的少人数の、**安定**した、**情報共有**のできる、そして**緊密なコミュニティ**において、非公式な制度が機能するようだ。この限りでは、非法的制裁が比較的簡単に、しかも効力をもって行えるので、取りたてて公の法に頼る必要がない。あくまで私的統制の中ですべてが完結している。

しかし、取引関係者、取引量等が多くなるだとか、新規参入等により異なった規範を持つ者が加わると、どうなるだろうか。おそらく、非公式な制度だけで追いつかなくなる。コットン業界とか建築業界とかの話は明らかにそういう示唆をしていたよね。非法的制裁がなかなか機能しなくなってくると、より**公式なメカニズム**が必要となるわけだ。

※例→築地市場の事故検査書：事情に適した、公式・非公式の融合組織

- コトン業界の場合：19世紀からできた業界団体の仲裁制度に加えて、非法的な手段が機能するための様々な工夫
- 建築協定の場合：非難等の非公式なメカニズム、拘束力のない「お願い」や行政指導の利用、民事訴訟の提起を含める正式な法的手段の利用

ただ、他の研究から、非公式な規範がすでに出来上がっているコミュニティに、公式な制度を導入するのは難しいとは言われているのも事実。法律を作るとすると、逆に法律に穴が出来てしまい利用されることもけっこうあるんだよね。

例えば、幼稚園のお迎え5時に間に合わない！なんて時、間に合わなかったら罰金ルールを設けるとする。そしたら「じゃー金払えばいいのか」って全然やってこない人も現れる可能性があるじゃん。つまり、規範が崩壊(この場合なら子供を迎えに行く規範)しているときには、下手すると逆効果になってしまうこともあるってわけ。だから調和のメカニズムとして、**商人団体**(中世のギルドのようなメカニズム)に頼ることもある。

167 事例研究に関する考察

方法論として、Ellickson、Feldman、Bernstein、長谷川等の研究方法をここで確認しておこう。かれらはまず**先行文献**等から仮説をたてて、その仮説を試すために、詳細な事例研究を行った。

何をやったか

- ・資料の調査：裁判記録、仲裁記録、業界のデータ、その他の統計、業界団体の規則、出版物等
- ・観察調査：数か月とかそんなスパンで行うこともザラ。
- ・インタビュー
- ・質問票調査

168 生ける法の評価と選択

さて、最後に、生ける法そのものを評価してみることにしよう。見るべき観点として、まず生ける法は**パレート最適**だろうか？パレート最適ってのは、選択するとき、効果が同じなら他の人が喜ぶものを選ぶべきだってやつ。政治1でかつてやった気がする。

まあ論理は以下のように進むけど、簡単に言えば、「**場合による**にきまってるんだろ」

- ①じゃあまず自分たちについてだけど、明らかに当該部分社会の構成員にとっては望ましい選択をする。望ましいから生ける法になってるわけで、そうでなければ死んでいる。
- ②で、当該部分社会の外の人々への影響(外部性)は**無影響**、**プラス**の影響、**マイナス**の影響の、3種類の影響があることは当然だよね。生ける法はその社会の中で自閉しているとは限らないわけで、外部との関わりを判定しないといけない。
- ③その外部性がプラスや無影響なら、生ける法は望ましい。しかしマイナスなら、社会全体としてはその生ける法は望ましくないということになる。

マイナスの例は業者の**談合カルテル**とかだよ。だって談合参加者全員はたいがい共存共栄でハッピーだけど、より少ない財をより高く消費者一般が買わされるんだし。ここで消費者全体の不利益は談合参加者全員の利益よりも大きいんだから(独占や寡占の非効率性)そんなのやめるべきなんだよ。倫理としてだけではなくて、「生ける法」としての評価からもね。



ギャングの理論も、内部では「生ける法」かもしれないが、プロシュート兄貴のザ・グレイトフルデッド車内発動★みたいに、その理論のせいで一般人大迷惑とかだと、評価としてはやめるべきになるわけだ。

200 古典的法社会学②と③

210 古典的法社会学 パウンド

211 パウンドさんって？

さてではもうちょっと続けて古典的な法社会学の考え方をみていこう。

パウンドさんは、形式論理的なアプローチ、トップダウン的な今までの法学に反発して、社会学的法学の観点から法の現実の知ろうと研究を進めた。現実の社会の中での法の重要性を訴え、社会の改善のための法学なんだと主張をした点では法社会学の祖の一人と言っても差支えないはず。

ただ彼による「法」の定義は、「政治的に組織された**社会の力の体系的な適用**を通してなされる**社会統制**」であり、さっきまで見てたエールリッヒの考え方とは結構違うよね。

「生ける法」というさっきの考え方も若干柔らかくなる。彼は「紙の上の法」に対しての「**法の現実の作動**」に着目して、実用的な結果と価値を重視して概念の有用性を決めるべきだという「**プラグマティズム**」を唱えたのだった。つまり彼にとって、法は「**適用**」がなければ意味がない。だから彼にとっては、警察が犯人を捕らえて検察が…といった法過程だって十分に視野に入っている。

制定法の効力もこの視点から、あくまで社会の中に受け入れられるものかという観点よりは「**実行力**」的な見方から評価される。まあこれらがまったくの別物ではないと思うけどね。

220 パウンド理論の特徴

221 パウンドの「社会学的法理学」

彼の事実上の適用などの面に重きを置いた考え方は、「**社会学的法理学**」と総称される。主な点は以下である。

①法機関及び法概念の、社会における**実際の影響**を研究すること

制定法の条文の分析だとか調査じゃあ全然足りねえ。制定法の条文を比較してて楽しいかお前ら？もっと実際の社会の中での法の効果を考えていこうぜっていう訳です。

だから、昔の事例だけを研究すればいいってわけじゃあなくなる。最終的に見るべき点が「**今**」ひいてはその先の「**将来**」に設定されているのがこの考え方の大きな特徴。

②**立法過程**においての社会学的調査

だから当然、立法過程においての社会学的なデータ調査の必要性が生じるよね。制定法を比較してればいいわけではなくなったのだから実際の社会へのインパクトに関する研究、すなわち法的ルール of 社会での実際に関する研究が重要になってくる。もちろん全ての調査なんてのは無理なので、範囲を絞っての話になるけれど。

③法的ルールの**実効性の確保**のための研究の必要性

まあ上のやつは延長だよ。社会学的な調査から、法の持つ実際の効力を明らかにしておかなくてはならないはずじゃん。

④社会学的観点からの**法制史**の研究の重要性

社会にどう法が影響してきたか調べるために、ケーススタディたる法制史の研究は不可欠である。

⑤100%の**確実性**を確保しようとするあまり、個々の事件に適した解決を見失う可能性

実効性って観点に固執し過ぎて感はあるので、そこだけはちょっと気を付けよう。多少の妥協をしないとイケない部分はあるよね。この世の全ての「実効性」を精査することなんてできないんだし。

⑥法の実効性を成し遂げるための努力

で、実行してなんぼなんでしょこの学問は。だったら少しでも実効性をあげるところまでこの学問の中身に含まれているに決まってるじゃん。というか上のは全部「このための手段」と言って差し支えないレベルだよ。

222 道具主義

道具主義という考え方が、彼の考え方の根底にある。道具主義とは、法理論や法のルールをある目的の達成のための道具だとみなし、それがより効果的に機能するためにはどうすればいいかが重要だと言う考え方の事。よってその関心は法の達成しようとする目的が何かということと、そのために取られる法的手段のありかた、その機能や有用性及び限界に向けられる。

だからそこからこのような結果が生れる。提案に近いかも。まあ当たり前だよそりゃって感じのだから。

①法を運用する者、とりわけ**裁判官**や**陪審**に焦点が当てられる。

②法解釈は、**目的論的**になる。

③普遍的で不変の法目的・法理論を設定するよりも、柔軟に一つの法的ルールを実施してうまくいかなければ別の方法を取るような**実験主義的態度**がとられる。

223 その他の特徴

①組織的な制裁の重視

これこそまさに法制度の「実効性」を担保するんだし。

②利益と権利

社会に存在する諸権利の尊重とそれらの相互間の調整によって、「各自」にとっての**利益の最大化**がはかられるべき。パレート最適は成し遂げられるべきなのです。

③法の妥当性の基準

最小限の摩擦にしかならないような制度であるべきだし、社会の基本的な要請には従い、**社会秩序の理想像**を実現するような法であるべき。

④法と社会の相互作用

実行力は何も法から社会、もしくは逆の一方通行なわけではない。相互的に影響し合っていくのは考えれば分かるはず。社会・制度アプローチに近い。

⑤国家の存在と法

国家と言う**執行機関**を前提にしているよね。ここがさっきの「生ける法」との大きな違いになる。

⑥社会の実情、社会現象の重視

実践的価値判断の承認に重点を置くので、現実の事象のことをしっかり考えてこそそのアプローチになっている。机上の空論にならないように生まれたのがこの考え方なのだからある意味当然ともいえる。

⑦均衡・調和の必要性

法的安全性と法的柔軟性が重視される。伝統と発展、個人と社会、裁量と明確な基準、諸社会科学と法理論などのバランスをとろうぜってこと。例えば法が「動かない」ことは実情との剥離を生むけど、変わりすぎたら「これをしたらこうなるな」という規範としての役割が失われることもあるよね。

224 エールリッヒとの対比

じゃあちょっとさっきまでやってたエールリッヒたんとは比べてみるか！

エールリッヒは制定法を批判してて、かなり制定法の役割を限定してるよね。これに対してパウンドは、あくまで制定法を広く規範になるものとして重視している。社会の実際に注目する点は確かに同じで、制定法の研究ばかりしていたら意味ないよってのは共通見解なんだよ確かに。でも、そこから、「生ける法」というローカルな規範形成に着目していったのがエールリッヒで、法と社会の関係の「実際」を見ようと道具主義のもとに観察を進めていったのがパウンドだっていうのは覚えておこう。アプローチの出発点は近いのに、向かってる方向が結構違うんだよね。パウンドの立場はそういう意味で「**制定法の改善**」という目的によって位置づけられていたと言えるだろう。

230 古典的法社会学 リアリストとリアリズム法学

231 概要

彼らの基本的な考え方はこうだ。「法は静的なものではなく、**動的・流動的**であり、常に動いている」「立法府だけでなく、**裁判所**も法を創造している」

で、動的である以上、いつも法や権利が抽象的一般的に存在していたり、六法全書の中に存在しているという考え方はナンセンスになる。あくまで、裁判によって判決が下され、国家権力による強制が実現した時だけ、法や権利は実在性をもつことになる。

また、ここに法は、ある目的の達成のためにわざわざ実在化させられる手段として描かれる。召喚して初めて実体持つんだから無駄に召喚しないよね。だからその評価は、目的達成のために、事実上社会にどのように影響しているか、どんな影響を及ぼしているか、というところが評価基準になるはず。

で、法よりも早く動くであろう社会のニーズに法が応えられているのかってのは常に吟味していかななくてはならないところ。ここはパウンドの考え方と似てるねー。

つーか問題意識はパウンドのものを過激にした感じなんだよね。ようするに、「べき」論でしかない、建前としての「こうあるべき」法や権利、裁判について題目を唱えるだけの伝統的な法解釈学者や法律家の欺瞞に嫌気がさしたってわけ。そうじゃなくて、**現実**の法システムとその運用の醜い加減さを暴露してやろうかおらああって訳で、法や権利、裁判の現実的な部分を明らかにする論理だったんだ。で、伝統的な概念的法学の形式論理を批判して、法的判断の基準と考えられている準則の妥当性を懐疑的に確かめるべく、多くの批判的提言を述べることになる。

232 リアリストの主張というか、批判

ここではおもに、Karl Llewellyn "Some Realism about Realism" Harvard L. Rev. (1931) を参照しながら、リアリストたちの行った批判をみていこう。

①ルールに関する懐疑(rule-skepticism)

こいつらが言うには、あるルールが明確かつ客観的である、ということは神話に過ぎないらしい。様々な理由によって、ルールとは**不確定**なものだ！と彼らは言う。

理由 1. 適用できる判例、条文は複数あるから、選ぶときに**主観的要素**が入るじゃん。

例えば日本の例なら、労働基準法第 20 条では、「使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも 30 日前にその予告をしなければならない。30 日前に予告しない使用者は、30 日分以上の平均賃金を支払わなくてはならない」

民法第 1 条(2)「権利の行使および義務の履行は信義に従い誠実に之を為すことを要す」

民法第 2 条(3)「権利の濫用は之を許さず」

とかあるけど、このうちのどれを使うかによって結果って全然違ってくるんじゃないか？

理由 2. 判例、法令の**適用の仕方も多数**存在し、その選択によって結果が異なる。

古くから存在する先例は特に尊重すべきなのか、それとも古いから見直すべきなのかって人によるよね。

理由 3. 法律用語や判例の表現の**曖昧さ、分かりにくさ**。

明らかに言葉足らずな部分ってあるよね。まあ六法全書が 10 キロとかになっちゃあ大変だしそれは仕方ない部分もあると思うけど、その曖昧さは法ってものから一義性、明確性を絶対に奪っているはず。

理由 4. **社会や経済の変化**に応じて、法令や判例の解釈、適用が変わることもある。

理由 5. 事実関係のユニークさ。

規範が妥当しないケースがあるはずだし、その時に優先されるのは、規範よりも現実であるべきだ。

理由 6. 具体的な判例から抽象的なルールを導き出すことにはそもそも無理がある。

理由 7. 裁判官、当事者、その他の関係者の心理。

②判決に対する懐疑(opinion-skepticism)

なんだかんだ判決に長い理由とか乗っけるけど、ぶっちゃけ判決で述べられている理由って本当の理由と異なることがきわめて多い。しかも無意識な場合だけでなく、意識的に、わざとやってる時もあるから性質が悪い。

③事実に対する懐疑(fact-skepticism)

で、そもそもの懐疑だけど、「本当の事実を完璧に知る」なんて無理なんじゃないか？

233 伝統的な考え方への批判

そのまま怒りは伝統的な考え方へ！

【伝統的な考え方】

人間の社会には客観的な法規範体系があるんだよ！法律家はそれらの法規範をうまく適用することによって正しい裁判が出来るんだよ！で、それらの法規範を分析することによってもっと整合的な法体系が作れるんだよ！ざまあみろ！

これに対して、**フランク**(Jerome Frank) っていう人が『裁かれる裁判所』(Courts on Trial) っていう本で批判を展開しまくったのだった。

①フロイトの心理学モデルを応用してみた。

法的安定性とか、法体系に完全性を見出すような心理って、幼児心理学に言う所の「幼児が怖くて強い父親を求めて、恐れつつも拝む心理」を表している。だから、言ってみれば法って父親の代替物で、それに叱ってほしい、完全に管理されたいとかってただの**甘え**なんだよおらあああッ！

②法律は宗教じゃあねえんだよ！

宗教ってのは普遍で永遠で神聖であると仮定されるから、わびしく、さびしく、不安で、自信のないほとんどの人々(安心立命を求める人々)が普遍と永遠と神聖を表す神の存在を信じたがる。

で、法的安定性や法体系の完全性だって、類似の宗教的な安心感をもたらしてくれるある意味教義みたいなものなんじゃないか？でも神と法律は違う。完璧は、ありえない。

③規範への物神崇拜ってただのフェチだろ。

抽象的で観念的な「法体系」と「法的安定性」が、あたかも実在するもののように信じて、帰依するのって、風水とか占星術とか信じているのと何にも変わらないぞ。



リアリストにとってみれば、法典や判例はキング・クリムゾンですっ飛ばされた時間よろしく、無為である

むしろ： $S \times P = D$ すなわち、**刺激** (Stimulus) \times **裁判官のパーソナリティ** (Personality) = **結論** (Decision) という、最初から刺激が間違えば変な判決になるし、裁判官が変な人柄なら変な判決になるような結果を内包した式に再構築したのだった。彼にとってみれば、規範がこうだ、事実がこうだという形式論理は、結論を先取りして正当化するためのものにすぎなかった。判決に何が書かれていようとも、裁判官はまず初めに結論ありきでそれを決め、その後にそれにふさわしい法規範や事実認定をでっち上げているのである。

だから事実も裁判官がでっちあげた事実には過ぎないし、法も判決前に存在するわけではなく、結論を合理化するために裁判官がでっちあげたものに過ぎないわけだ。

234 リアリストたちの代表的なコメント

ここで謎の名言コーナーです。

フランク「後半弁護士としての私自身の経験からして、私は、事実審裁判官が昼食を取りすぎたため、午後の法廷でひどい眠気を催して、証言中の重要事項を聞き落とし、そのため、其の事件について判決する場合に、当該証言部分を無視することもありうるむね、証言することが出来る」

ポーブ「空腹の判事は判決書の署名を急ぎ、陪審員の食事の都合で、哀れ被告人は絞首刑に処せられる」

パーカー「裁判官が家を出る時、痛風に悩んでいたり、嫉妬心に苛まれていたり、あるいは盗みを働く付き人に對して怒りを抱いたりして激怒していたりすれば、これに応じて彼の裁判が偏ることは疑えない」

235 批判の別のバージョン

似たような考え方で、違うアプローチをしてる人が日本にもいるんだよねー。それが**穂積八束**。『経験法学の研究』のなかの法律行為の解釈から、ここでのリアリストたちと似た考え方が出てくる。

こいつによれば、「**裁判官がどちらを勝たすべきかの結論をだし、それを法的な枠組みで正当化するための技術**」が法解釈だということになる。

手順①意味の発見

社会的な事実としての法命題と言うシンボルの意味や、当事者のうちに引き起こされた社会的期待がどのようなものであるのかを発見・確定する作業のこと。

手順②意味の持ち込み

法命題にどのような内容を与えるべきなのかについての法的な価値判断を行って、法命題に望ましい意味を与える操作のこと。

フランク語録「人間が法のために存在しているのではなく、法が人間のために作られたのだ、ということを入々が明確に自覚するまでは、文明化された裁判制度を実現できない」

フランクによれば、法源からの論理的な演繹によって法的安定性が保証されるなんていう思想は事実無根の神話に過ぎないみたい。実際に裁判の結果を左右するのは、法律でも判例でもなく、**裁判官のパーソナリティ**だという。彼によると、現実の判決作成過程を導くのは、論理的な演繹ではなくで裁判官の職業的な勘で、法準則や論理はその勘によって得られた帰結を事後的に正当化するものに過ぎないという。

さらにさらに彼は、伝統的な： $R \times F = D$ すなわち、**法規範** (Rule) \times **事実認定** (Fact) = **判決** (Decision) という法適用に関しての公式も、「いやそれ法規範が事実のどちらか間違えてたら爆死じゃん」とバツサリ。

この流れ、「出来レース」でしかない。裁判官は従来、判決を法規範から論理的に導かれた結論と構成して正当化しているけれど、さっきと同じでこれって実はこうしたいという方向付けが先に来ているよね。

で、法規範に「 α という要件事実がある時には Y という法律効果が生じる」なんて条件文があるとき、裁判官が Y という結論を採用した場合には、認定した事実 α が α に等しいないし包含されるということを説明しないといけないよね。でも事実は β で、それなのに①裁判官のパーソナリティ、②思想や価値体系、③裁判官を取り巻く社会環境、④裁判官集団に共有されるものの考え方、⑤当事者や弁護士との相互作用、その他の要因によって、 Y と同じ結論が取りたいなんてときにどうすればいいのだろうか？

結論ありきの出来レースなのだから、穂積曰く「方法はある。それも3つな」

①法規範の**意味**を変えればよくね？法を創造なり修正なりすればいいじゃん。

②**認定事実**を変える。擬制や類推を駆使しようぜ。

③「法規範を変える」「事実を変える」両方やる。

発見の論理、正当化の論理、ここではさっき確認したリアリストたちの議論が視点を変えてなされているに過ぎない。

236 リアリストたちの狙い

じゃあリアリストたちの話に戻ろうか。批判ばかりして迷惑な子ね！って感じだけど、彼らにも立場ってもんがあったわけで。それが、「**機能主義**」。彼らの立つ瀬、目的をここで明らかにしてみよう。

機能主義の側面①法(制度・基準など)の実際上の機能を明確にする。

要するに彼らは、法律って「実際は」結構適当なんだぜ？と思ってしまったのである。

「先例の原則は、二つの頭を持つもの(two headed)である。それは同時に、同一の先例に適用される場合には、相互に矛盾する二つの原則となる。つまり一方は、**やっかいな先例を取り除くための原則であり、他の一方は、役に立ちそうな先例を使用するための原則である**」ルウェリンのこの言葉に、いかに法が形式的なものでしかないかが表れているように思える。操作する人間がいれば、実際どうとでもなるのである。

法と言う変換機自体がこんなものだし、それ以上にそこに事実を代入する作業だって、案外適当なのである。

ウォルター＝クックは、事実の陳述について次のように述べている。

“もしわれわれが、この「与えられたもの」「ありのままの生の出来事」を記述しようとするならば、まず第一に、どの状況にも無数の側面がり、少くともその状況について語るためには、これらの無限に多様な側面から何らかの理由で、これから**語ろうとしている側面を選択しなければならない**ことがわかる。そして第二には、その選び出された側面を語る場合に、われわれはそれを表わすための**名前を持つ(あるいは造り出す)カテゴリーや集合の下に、その側面を置くようなやり方でそれらに関連づけねばならない**。換言すれば、「それが何であるか」を言う目的で、「与えられた」状況についての「**事実の陳述**」をなす場合には、すべての場合において、**私は必ず一定の側面を選び出しており、それゆえ、私が観察することもできたはずの他のすべての可能な諸側面を無視している**のである。そして次に、その選び出された「データ」をあらゆるカテゴリーの下に位置づけるべく解釈している。その場合に、そしてその場合にのみ、私は「それが何であるか」を言うことができ、「**事実の陳述**」をなすことができる。明らかに、**すべての「事実の陳述」はこの種のプロセスの結果であり、それは「観察の直接の結果、理性のいかなる働きによっても変化させられることのないもの」ではない**”

言ってみれば、全く同じ事実なんて存在しない。あくまで様々な側面から都合のいいところだけ見て、似てると言っているのである。だからその取舍選択には、実は多分に主観が加わっている。

だから穂積さんの議論の「認定事実変える」「法を変える」みたいな方法が成り立つんだね。

それに裁判官の個性ってもんが加わるんだよ。ここでの個性って、単に裁判官の人格だけじゃなくって、裁判官にかかっている圧力や社会的要請をすべて含んでいる。行政裁判で国側に甘くね？みたいな気持ちになったことない？このとき明らかにかかっていた裁判官への「国のことあんまり悪くは…」という呵責も絶対ここで判決に影響していると思うぜ？

機能主義の側面②法の機能を上げるための改革・改善

そうすると、法なんてまやかしか？いやいや、それがなきゃ社会はカオスなんだから、何かしらの形で評価して存続させるべきもんはさせていかないとイケない。でも彼らリアリストにとってみれば、規範的なもんはあてにならない。だから彼らは、法の「現実における**実際の効果**」に注目することになるんだよね。

だからその現実の機能を上げるために頑張るのだって彼らの視野の中に入る。科学としての法じゃなく、事実の重要性を意識した教育を導入しようと提言して、第一審から全ての裁判記録を利用しようとか言ってるし。裁判所のほうも裁判官の選任から変えて、事実認定の向上のために、意識改革から何やらいろいろやってこうと言ってます。

240 パウンドとリアリストの論争

241 この項についての補足

では、この200番台でみてきたパウンドらと、リアリスト、両者の交錯をみていこう！

なお、これより先、240番台は全て、岡寄修「リアリズム法学の出現とその背景」より引用。わかりやすいのでそのままOKかと。長いけど。

242 まえおき

プラグスティズムの影響を受け、しかも、後日のリアリズム法学発展の基礎を築いた人物に**ロスコ・パウンド**がいる。パウンドはすでに今世紀初頭、社会学的法学の旗を掲げ、アメリカの法律学の中に新風を吹き込んでいた。パウンドの主張した社会学的法学は、今世紀のアメリカ法律学の中で多くの同調者を生み出してきており、その意味でパウンドはこの動向への最初のかつ最大の影響力を持った人物の一人であった。そのパウンドが、一九三〇年代に、当時ヤング・ジェネレーションとして登場してきていたリアリストと衝突した。**リアリズム法学**は社会学的法学の上に成立したものであったから、両者の主張は一見似ていながら、その実、対立は意外に深いものであった。

パウンドが一九〇八年に発表した論文は、概念法学への批判と同時に社会学的法学建設への方向性を示すものとして大いに注目されたものであった。社会学的法学の概略は次の言葉の中に示されている。われわれは諸々の制度を、人間の本性について仮定された諸原理からの演繹の上には基礎づけない。われわれは、それらの諸原理に実際上の有用性を示すことを要求し、それらを政策的基礎の上に、そして人間の要求に対する確かな適応性の上に基礎づける。われわれは哲学、自然科学、政治学においてなされてきたものと同一の任務を法律学において有している。われわれはプラグマティックな、社会学的な法の科学を作り上げねばならない。法律学における社会学的な方向の動きは、法哲学としてのプラグマティズムへの動きである。それは、原理を仮定された第一原理にではなく、それらの原理が適用されるべき人間の諸条件へと適合させる方向への動きである。換言すれば、それは人間に関する事柄を中心に据え、論理をその正しい位置つまり道具へと格下げする方向への動きである。

プラグマティズムを法律学に応用することについても、また法の科学を作り上げることについても、リアリズム法学はパウンドと同一の方向性を持っていたとすることができる。とするならば、パウンドとリアリストとは、どうして対立しなけりばならなかったのであろうか。この点について、パウンドと**ルウェリン**との間の論争は一つの答、兄を与てくれる。

243 ルウェリンのパウンド批判

ルウェリンは、一九三〇年に書いた論文の中でパウンドを批判して次のように言った。パウンドの主張する社会学的法学は、見事なつぼみではあるが、概して結実してはいないものである。社会学的法学は、社会学において重要なものの大部分を欠いている。学べば学ぶほど、研究すればするほど、パウンドの著作はより多くの光と刺激とを与えてくれる。しかし奇妙なことに、その光は常に洞察の周辺部に限られており、素材のより体系的な構成にまでは全く入り込んではいない。パウンドの著作を批判的に読む場合には、**パウンドの議論の水準がいつも漠然としていることに悩まされる**のである。ルウェリンのこの主張から、彼は自らの法律学をパウンドの社会学的法学の延長線上に位置づけることを狙いとしていたことが読み取れる。ルウェリンにとって、社会学的法学はまだつぼみの段階であって、それをさらに展開する余地が十分に残されているものと映ったのである。そしてまたパウンドも、自らの社会学的法学とリアリズム法学との共通点を認めて次のように述べた。リアリストが、法を機能的に考えること、法的諸制度、諸概念、諸原則の実際的な社会的効果の研究を力説すること、立法のための準備として社会学的研究を唱道すること、司法過程の心理学的研究を要求すること、法的諸制度、諸概念、諸原則の社会的背景と社会的効果の研究を要求すること、個々の事例に関する個別的な法の適用と、正しい解決の重要性を認識するために弁ずること、これらのすべての点に関する限り、彼らは一世代前の社会学的法学者たちの後に続くものであった。

このような多くの共鳴点を有していたにもかかわらず、パウンドとルウェリンとの間に論争が起きた一つの理由は、パウンドの伝統的法律学に対して行なった批判が、ルウェリンの行なったもののほど急進的ではなかったことにあった。パウンドがプラグマティズムを法律学へ応用しようと試みたことは明らかであるが、ルウェリンの徹底した道具主義をパウンドは容認できなかった。それは、パウンドの進歩主義者としての一面を示すものでもあった。

244 パウンドの反論

パウンドは、ルウェリンの主張するルール懐疑主義を**ルールの否定**と受け取った。急進的なネオリアリズムは、ルール、原理、概念、原則があることを一切否定するように思える。なぜなら、すべての裁判官の行為はそれらによるものだとは言えないからであり、また裁判官の行為は、二つの相争う原理のうち的一方に基づいて生ずることを絶対的に保証しうる、いかなる明確な決定もないからである。また、具体的事例がそれらの間に定まるべく理解されているような大部分の概念についての中間地帯はないからであり、多くのことが学理上の計画には正確に馴染まない判決過程の中で起こることだからである、とパウンドは言う。

ルウェリンはルールを否定したわけではなかった。紙上のルールにも一定の価値を認めていた。ルウェリンがルール懐疑主義として主張したことは、ルールの否定ではなく、司法過程においてルールは、従来考えられてきた程、判決の決定要因として大きな役割を果たしてきてはいない、ということであった。従って、そのような理由から、法を考える際にルールをその中心に据えることは、法的な事柄を明確に思考する場合の妨げになると主張したのであった。パウンドのこの批判は、単にルールを廻ってではなく、さらに根本的な両者間の見解の相違を示すものであった。

パウンドは裁判官による法の創造を認めたが、それは一部に限ってであった。その結果、**パウンドは一般的ルールから個別的決定が引き出されうること、従って法の機械的適用が可能である**と考える点において、**ルウェリンの見解と大きな食い違いを生じた**。ルウェリンにすれば、抽象的ルールは判決の決定要因ではなかった。裁判官が判決を下す場合にはどの事例においても、複数の可能な結論の中から1つを選択することによってなされるものと考えた。従って、ルウェリンにとっては、法の機械的適用などあろうはずがなく、「立法が効果的であるなら、法的確実性の覆のために法の機械的適用が効果的であり好ましい」というパウンドの主張は、到底受け入れられるものではなかった。

司法過程における非合理的要因の強調を、パウンドはリアリズム法学の特徴の一つと考えたが、パウンドのこの点に対する姿勢は、この非合理的要因を一方では認めながらも、**他方では法律上の技術によって克服可能であるとするもの**であった。法的技術が、非論理的、非合理的要因を押しつけ、あるいは實際上それを容認できる限度に保つ度合の調査を拒否するなら、それは非現実的であるとパウンドは言う。だがルウェリンは、法的推論は成立させるためには、前もって結論を定めることを必要条件と考えており、司法過程への非合理的要因の介入は不可避的なものであって、それは法技術によって防止することのできないものと考えていた。

is と ought の分離において、パウンドはこの両者を分離することが不可能であることを以下のごとく力説した。社会科学においてわれわれは人が他人との関係または接触の中で、實際上、いかに行動するかということ、これらの関係、接触の中で文明を維持しさらに伝えるためにいかに行動す**べき**であるか、社会的、経済的、政治的、法的諸制度または倫理的命令によって可能である以上、いかにして現実を起こるものとあるべきことの一致を保証するか、を考えねばならない。この ought に関する問題、究極的には価値に関わるこの問題は、法律学における最も難しい問題である。**法律学を数学、物理学、天文学に類似する厳密科学とすることを切望する者たちは、法律学からこの難問を完全に排除することによって厳密さを求めようとしている。しかし、そのような法律学はリアリティの幻想を持っているにすぎない。というのは、重要な問題は排除されたその問題なのだからである。**(ノート編者注：難問を排除してるやつらが、すなわちリアリストである)

245 ルウェリンの再反論

ジェローム、フランクは例外としても、外くのリアリストが自然科学を法律学のモデルと考えていた。それが特に行動主義法学において顕著な傾向として現われたことは事実である。ルウェリンはパウンドの批判に対して次のように反論する。それが何であるかということについて探究する場合には、観察、記述、記述される事物間の諸関係の確立は、可能な限り、観察者の好みまた願望、倫理的にこうあるべきだと考えることによって汚染されることのないように保たれるべきである。そのためになされる is と ought との分離を、当然ながら、永続的なものと考えすることはできない。変化が必要だという疑いから出発する者に」とって、両者の永続的な分離は不可能であろう。ルウェリンは、**ここからわかるように、is と ought との分離を完全になしうるとは考えていなか**

った。そして、さらに注目すべきことは、自らを含めてリアリストの立場を「**変化を欲する者**」の立場とし、リアリストにとって法律学は、isの領域にのみ固執しては成り立たないことを示している点である。リアリストにとってこそ、変化を正当化するための理想や価値を必要としたと思われることは、想像に難くない。そして、この点についての対立から、パウンドとルウェリンの論争を廻るもう一つの理由が明らかにされてくるのである。

246 ニュー・ディール論争

論争の多くが単に言葉の問題を廻って引き起こされるわけでないことは、パウンドとルウェリンの場合にもあてはまる。リアリストは、当時の経済秩序について、その前提の多くを否定する社会哲学を持っていた。このルウェリンの指摘に示されるように、パウンド・ルウェリン論争は、レッセ・フェール対ニュー・ディールの論争でもあったのである。

二〇世紀に入って、アメリカの経済的発展は目ざましかった。特に二〇年代に入って、大量生産に基づく大量消費が出現し、いわゆるアメリカ的生活様式なるものが形成されたのもこの時期であった。この傾向は、人口の都市集中化を招来し、アメリカの大衆文化を生み出した。しかし、この「黄金の二〇年代」の終わりに起こった大恐慌は、アメリカにレッセ・フェールによる経済政策の転換を迫るに到った。

自由と独立の精神を基調として成立したアメリカでは、レッセ・フェールの思想が強い支配力を有しており、その傾向は一九三〇年代に到るまで続いていた。連邦政府に強大な権限を賦与することを嫌い、連邦政府によってなされた社会統制立法の多くのもに対し連邦最高裁判所は違憲立法審査権を行使し、無効を宣言する姿勢となって、その一端が現われた。社会統制立法は個人の自由を不当に拘束し、かつ社会の健全な発展を妨げるものだとしてレッセ・フェールの支持者は考えたが、当時のアメリカにおいては、その弊害が生じており、アメリカは経済政策についての行き詰まりの打開を迫られていた。大恐慌に続く不況が生み出した経済的混乱と失業問題は、政府の関与を必要としていた。アメリカは、その思想的伝統を捨てねばならなかった。フランクリン・ルーズヴェルトの打ち出したニュー・ディール政策は、多くの社会的、経済的統制を行なうことによって、アメリカのこの行き詰まり打開を狙ったものであった。それは、連邦政府の権限を強大化し、同時に社会的、経済的統制のための権限を連邦政府に集中させる中央集権化政策であり、一種の国家社会主義政策であった。リーガルリアリストの多くは、当時のアメリカ社会の変革を求め、ルーズヴェルトの政策を積極的に支持していた。

246 ニュー・ディール論争 2

パウンドとルウェリンは、この点で基本的に異なる立場に立っていた。リアリストは、ニュー・ディール政策の持っていた政治的風土にうまく適合した。確立された形式主義よりも実験主義を、思索にふける態度よりも機能的に分析する能力を、道徳的理想主義よりも可能性の強調を彼らは好んだ。しかし、パウンドは、ニュー・ディール政策を財産権に対する脅威と見ており、そのまま統制を続けるならば、社会は破滅するに到るものと考えた。

このような社会的、経済的統制に関する両者の対立は、パウンドとルウェリンとの世代の相違の現われであったとも言ってもできる。パウンドの思想は、一九世紀的な色彩の濃いものであった。彼の社会学的法学は、**進歩主義**と法律学とを結び付けたものであった。進歩主義は、社会が常に流動的状态にあり、しかも人間はこの不可避免な変化を、利益という目的に向けてることによって進歩する能力を具えたものである、という仮定の上に立ち、社会理論をその時代の経験を基礎として評価することを主張した。静的で普遍的なルールよりも、変化する社会現象の理解を強調する点、科学的知識による社会計画を信奉する点、平等と正義へ傾倒する点、はパウンドの進歩主義的側面の現れであり、また進歩主義者は、原理を社会の変化へと適合させることが必要であると考えながらも、一方では、社会的変化は、人々が合意した道徳的価値を再確認することによって、継続的にかつ安定して推進されうると信じていた。そのために、効果的な社会計画は、人々が共通に分け持つ原理から出発して、理想的な社会的目的を達成するものであると考えた。進歩主義のこの考え方は、第一次世界大戦の勃発により大きな打撃を受け、次第にその魅力を失っていった。

パウンドの思想の中にあった**有機体論**も、リアリストにとっては全く異質のものであった。リアリストは、多くの点をパウンドの社会学的法学から吸収したが、この点についてはほとんど退けた。リアリストの持っていた姿勢は極端に反形而上学的であり、彼らの画いた世界は、具体的な諸要素から成り立っていた。そこでは、**道具主義**的な思考方法が好んで用いられ、機械論が優勢を占めていた。そのために、ちょうど人間を各器官の総和としてではなく、一つの生命体として見るのと同様に、各部分の総和をさらに合目的なものにまとめ上げる作用を持つものとして全体を把握する有機体論は、リアリストとの間に共鳴を見出すことはできなかった。

リアリズム法学の出現は、二〇世紀におけるアメリカの変動の結果であると同時に、それは、社会諸科学の環境としての法律学へ向けての模索でもあった。そこでルウェリンが示したことは、人間の実際の生活に関わる諸々の問題を解決するためには、われわれ人間の「賢明なる選択」が不可欠なものであるということであった。

250 リーガルプロセス論

251 批判と、転換

まあ、今の議論みてもらえばわかったと思うけど(コピペですまないけど)、とにかくリアリズムは「やりすぎ」感が強かった。既存の法規範に一切の価値を見出さないとまでは言わないけど、少なくとも軽視しすぎ感はあって、法の支配は？だとか、文句はあったし、それで事実認定ばっか優先するけど、本当に法のサイドからは何もできないのかよってという疑問は確かにあった。

そんななかで、リアリストたちが「ほらここが曖昧じゃんwww」って言っている、事実認定、法解釈の「**手続き**」を直していくことで、もうちょっと法規範を尊重していけないかな？と考え出した人がいたんだよ。

そんな彼らが唱えたのが、「プロセス」のほうを重視する、**リーガルプロセス論**だった。

252 リーガルプロセス論のなかみについて

このリーガルプロセス論は文字通り、法の「**過程**」を重視する。例えば立法府や司法府、行政府、当事者間などの法機関の特定作業だとか、その法機関の適切な役割を明らかにして(例えば裁判は何に向いているのかとか)そのプロセスを最適化していくことがリーガルプロセスから見た目的になっていた。

そして何より混乱のもとになっていた、法解釈・法適用のテクニクについてもそれを理論化して、改善を図ったのだった。例えば「熟考した上での法の推敲」だとかね。で、実際の社会の中での効果を見ている機能主義に対抗していたのだし、他の社会学との密接な関係も重視した論を展開していったのだった。

253 「リーガルプロセス論」に対しての再反論：批判的法学

さて、批判されたリーガルリアリストたちだけど、黙ってはいない。実は 1970 年代から、アメリカの若手研究者たちを中心に台頭した法学研究の新しい潮流に、「**批判的法学**」という学説が登場し、リーガルリアリズムを発展させて法の中立性や客観性を批判しながら法は自由主義社会の矛盾と正統でない階層の存在を正統化するという独自の機能を果たしているとして、そのイデオロギー性を批判したのだった。

彼らにとってみれば、法は既得権の確保の道具に成り下がり、既成階級の抑圧の道具にしかない。

254 その後の発展：フェミニスト法学・批判的人種論など

フェミニスト法学ってのは、その批判的法学を具体化したようなもので、要するにマルクスにおいては搾取するのがブルジョワ、されるのが労働者だったところが男性と女性にそれぞれ置き換わり、法は男性が女性を支配するための法律なんだろう？という理論ね。

そして**批判的人種理論**とは、「人種と法と権力とのあいだの関係を改変することを目的とした根本的な法学運動」と定義される。批判的人種理論はようするに、公民権運動のイデオロギー的所産であり、その背景には、伝統的な今までの法学が、法は平等をうんぬんかんぬんとか言ってるくせに、実際の所人種的平等を未だ達成していないことに対する、社会における完全な「**構成員としての権利**(membership rights)」を求めるマイノリティ集団による批判があるわけね。まあ特にアフリカ系のアメリカ人がこのマイノリティ集団になるわけだけど。その内容は、論者によって様々であるが、多くの論者は、「法を、人種的平等を達成するために用いること」を共通の目的としているかなー。

260 裁判官の研究

261 従来の研究手法

さて、そんななかで、曖昧さのもとだとして争点になっていた裁判官の心情についても研究が行われるようになった。従来の方法は、各裁判官の生い立ちや価値観、思想やイデオロギーと、その人の関わった判決を調べていく中で得られていた。研究として代表的なのは、Pritchett, The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values, 1937-1947 (1948); Schubert, The Judicial Mind: Attitudes & Ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963 (1965)等になるかなー。日本では、最高裁の研究として、Hiroshi Itoh, The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies (1989); The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan (2010)等があげられる。

ただ、従来の研究方法の問題点は、「膨大すぎワロタ」ってことかな。

まあアメリカだと、最高裁判事って定年ないし、結構その人個人の影響力ってのが強くなりがちだから、ある意味日本より研究は楽なはずだけど、数ある判例の中に埋もれているかもしれない「作為」を探すためにそれこそ

「作為なく」研究しなくてはならないし、場合によっては判決の反論や補足も参照しなくてはならず、かなり大変だった。日本では裁判官に定年もあるし、一応宗教観からも解放された国であり、しかも最高裁判決は基本的に全員一致の事が多く、ひらたく言えば無理ゲーだったんだよね。そして何より、これって「あった」「ない」の水掛け論でしかないじゃん。

262 新しい統計的研究

そんな中で、日本の裁判官の関心事に関する「データ分析」による研究として、**ラムザイヤー・ラスムセン**の研究があげられるので紹介したい。(以下、講義ではR・R。ノートもこれに従う)

※「日本における司法権の独立：実証研究の結果と意義」『司法の国民的基盤：日米の司法政治と司法理論』189-206 頁(2009 年)(本講義の資料)参照：「日本における司法の独立を検証する」(河野勝訳)『レヴァイアサン』1998 年春号 116-149 頁；Ramseyer & Rasmusen, Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan (2003)；その他数多くの論文を書いている。

彼は、裁判官の「**関心事**」に焦点をあてて研究を進めたのだった。彼は、青年法律家協会(青法協)等、司法に対する政治的干渉の主張を統計的に検証するところから検証作業を進めた。

「政治的干渉」と言われる事件の例…**長沼ナイキ事件**とそこからの司法行政内での混乱

自衛隊の違憲性、ミサイル基地の違法性を主張した長沼ナイキ裁判(平賀書簡事件)は札幌地裁で判断が下されたが、そこで担当になったのは 38 歳の若い福島裁判官。彼はわりとリベラルで、結構左翼的な青法協という団体にも属していたので、そこの長期的なやつが、「これは一裁判官の手におえることじゃなくね？まあ俺ならこうするかなー(チッチッ)」という書簡を作り、憲法判断に関する主張に関して、「訴えの利益」がないことから判断を回避するべきだと示したのだった。

ただ、その若い裁判官は、黄金の精神に従い違法だという勧告を出した。その時に、彼は仲間に書館のコピーを渡しており、それがマスコミに漏れて、政治的な干渉だと大バッシングになったのだった。

そこから国会等でも議論されるようになり、平賀所長に対する弾劾と言う論もでた(結局は叱責に留まる)などかなり問題視されるようになった。と、同時に機密漏えいとして福島裁判官も叩かれることに。まあどちらにせよここで、裁判官の倫理観についての疑惑が出てきたと言うことだね。

ここで、国会で「裁判官が思想的な団体に参加しているのっておかしくね？」と言い、青法協のメンバーで裁判官ってやつに、脱退勧告を勧めた。裁判所長官も同調して勧告を行った。

そこで脱退する奴が大部分だったんだけど、中には「思想団体じゃないから脱退しなくていいもん！」と言って拒否する奴とかも居たには居た。そんななか、止めなかった宮本裁判官は再任拒否されちゃった。日本の裁判官のシステム上、昇進の時に一回やめないといけない。そこで何故か(まあ瞭然だが)解任からの再任が行われず、理由も裁判所内での機密として明かされなかったのだった。

似たような感じで、裁判所内でのいわゆる「出世コース」を外されてしまう裁判官もいたという。給料とか勤務地とか、色々なところで明らかな差別が人事制度を使って行われていたのだった。

こういう事例から、政治的な影響力を見出しはするのだが、いかんせんサンプルも少なく、裁判所も情報なんて開示しないので、かなり水掛け論になってしまう部分が出てくる。

そこで、ラスムセンはこの干渉の「メカニズム」的な部分から明らかにしていこうとしたのだった。

263 干渉のメカニズム

「干渉」の直接的なメカニズム

まあ直接的な制度としては、**任命拒否**とか、**再任拒否**があるよね。あとはもっと上の方が圧力かけようとするれば、最高裁事務総局による指導(例：青法協の脱退勧告)とか先輩裁判官による指導(平賀書簡が極端な例)だって可能。公式の場じゃなくても、裁判官研修、裁判官会同、懇談会等の場で口を出すことは難しくない。

「干渉」の間接的(そしてより強力?)なメカニズム

間接的な制度がこちらだが、これは**人事制度中心**で、ある意味直接口を出すよりも凶悪かもしれない。沈黙は金とはよく言ったものだ。当時は銀のほうが価値高かった説もあるけれど。

転勤や昇格・降格等の出世コースに関する暗黙な認識は、きっと裁判官のメンタルにかなりのダメージを与えているよね。下手な事やったら東京周りにはいられないなんてことは大いにあるし、実際データの的にはそうになっているんだよね。マジこええ。

ただ、人事の理由が公開されないから、これは逸話(アネクドット)に過ぎないとも言える。「お前が思うんならそうなんだろう、お前の中ではな」と言われたら「ぐぬぬ」としか言えないレベルでとまってるんだよね。従来の研究はここでストップしたわけだ。こいつはそこで、**統計的に検証**することとした！！

263 統計的分析

・方法

データ

『全裁判官経歴総覧』(公人社)、裁判官の判決内容(電子データ・ベース)、思想運動研究所『恐るべき裁判』(全貌社)(青年法律家協会会員)などから採集した。

独立変数

採用年齢(任官年齢)、性別、出身大学、判決生産性(一年間でどのくらい判決を出したのか)、初任ポスト、転勤ポスト(任官後5年目から15年目、15年目から25年目、25年目から35年目)、初任地、転勤地、青法協会員、早期反政府判決数(1965-1974)、後期反政府判決数(1975-1984)、早期反政府有無、後期反政府有無等を変数として換算した。※反政府判決…政権与党に有利な法令に対しての憲法違反判決だ、とか現職の政府に対して喜ばないような判決を出す事ね。個人的にはここで「喜ばない」という主観的な判断が入ってしまっていることのせいで厳密性が一気に崩れている気がするが仕方ない。

裁判官の分類

卓越した裁判官(最高裁、高裁長官とか偉いやつになった裁判官)、公職選挙法138条について判断した裁判官、1961-1965年任官裁判官、65年任官同期の裁判官、憲法第9条や選挙区割り等いわゆる政治的関心の高い(politically charged)案件について判断した裁判官、政治的関心の高くない憲法問題や商法事件で判断が覆されて裁判官、租税法関連事件について判断した裁判官、刑事事件における無罪判決を下した裁判官等の分類を行った。ちなみに男女での区分も行ったが、出産などを考慮すると統計的にあまり有為とは言えなかった。

264 統計的結果

政権交代のあった1993年前後のパターンも検証した結果がこれだ！ドン★本講義のための提供資料である2009年の論文に加えて、以前の研究による結果もあわせたものをご覧にいれよう。



まあ何が言えるかとか考えるのは後でいい。とりあえず結果見よう

ここでは結果だけとりあえず。ここから何が言えるのかは、後の項で考えよう。

①初任での地方支部(最悪のポスト)は、年齢の高い裁判官に回される傾向
いわゆる不便な地には、年齢が高いときに裁判官になった人に回されることが多かった。

②初任地が東京や大阪(最善のポスト)は、最も若く、エリート大学出身者
良い場所、都会での裁判が出来るのは若い人、エリート大学の人。これは学閥のせいかな？という気もしたんだけど、判決の生産性を調べてみると、能力的に判決出せるやつがそういう位置にいると分かった。

※けど、原田さんは「こんな判決出しまくればエリートになれるような人事システムだから、法の組み換え作業がおこなわれないんだよ」って言ってたよね！まさか、いやまさか忘れてはいないだろうけど一応ね！

③転勤ポスト・転勤地は：

- ・(1)採用年齢が低い方が良いポスト(能力の指標?)
- ・(2)エリート大学出身者が良いポスト(能力なのか、学閥なのか)
- ・(3)初任地が良いほど良い(能力の指標?)
- ・(4)判決生産性が高いほど良い(能力評価)
- ・(5)青法協会員は不利(青法協と採用年齢は相関：若い優秀なものは青法協会員でもある傾向。青法協会員が不利であっても能力ゆえに能力のない裁判官より出世する可能性が高い。単純比較では青法協の効果が分かり難い理由がこれである)

まあこれは①と②をそのまま持ってきた感じだね。エリートコースってものが、統計的にもあるなあと分かったわけですよこれで。

④政治的関心の高い案件で政府に不利な判決をする効果は、比較的不利なポストへ回される

憲法第9条、選挙区割り事件、国に対する差し止め命令などで、政府に損が出るような判決を出しちゃって、その後の出世に響くことが分かった。

⑤戸別訪問禁止(現職有利)の違憲判決をする効果は、その後に地方支部へ赴任する期間を増加させ、部総括の期間を減少させる、つまり不利な扱いを受ける(判決前後における、ポスト、任地、生産性、支部、総括、などの変数を用いて分析)

これは完全に④の具体例になっているよね。

⇒④⑤の場合のほとんどは、上訴審で判断が覆される。不利な扱いを受けるのは、政府にとって不利な判断をしたからなのか、それとも誤った判断をしたからなのか。その点を検証するために、以下の⑥や⑦も調べた。

⑥政治的関心の高くない憲法問題や商法の案件で、覆されてもその後のキャリアに悪影響が見られない(「仮に不利益を被ったとしても小さなものにとどまっていた」)。かえって、逆転され、そして最高裁で再逆転される場合、比較的有利なポストへ。

⑦税法関連事件：納税者に有利な判断をした裁判官ー影響なし。覆される場合ー不利。(「上訴審で判決を覆された裁判官は、「もっとも不人気なポストについたのは著しく長かった」。)ただし、政府にとって有利な判断が覆される場合のみ。(納税者にとって有利な判断が覆されるのは、その後のキャリアへの悪影響が見られない。「納税者を勝訴させたか政府を勝訴させたかは必ずしも問題ではない。判決が正しかったかが問題である。」)

⑧刑事無罪判決：上訴審で覆された裁判官も、後の昇進に不利益を被った、という。(ただし、事実認定の誤りによって覆された場合ではなく、法律問題の誤りで覆された場合のみ)

⑨1993年の政権交代の影響：司法の独立の観点から、(有為なデータとして)変化が認められない

265 結果のまとめ

これらの結果から、R・Rはこうまとめた。

⇒賢く**生産的**であればあるほど、最高裁判所事務総局によって手厚く報われる

とりあえず根本的には実力主義がまかり通っている。それは結論①、②、③を見れば明らかである。

⇒**最高裁事務総局**の喜ばない思想傾向や判決をすると不利な扱いを受ける

⇒裁判官はその判決形成過程において、これらのことを顧慮しないはずがない。

最高裁の判決(事実審でなく、法律審での法解釈)に逆らったり、検察のメンツをつぶす無罪判決を出したりすると、出世に響く、さらに政治的な関心も圧力に結びついているのは④～⑦を見れば明らかである。

およそ昇進・出世を少しでも気にする裁判官ならば(気にしない人間がどれほどいるか)、上訴審、最高裁の方針、そして事務総局の覚えを多少なりとも気にすれば、判決にもそれが反映することになるだろう。

※もっとも、2009年の論文では、政治的バイアスの話が比較的控えめで、能力および生産性(「才能と勤勉性」)を強調。(「学者にとってこの研究の最も興味深い点は、政治的バイアスに拘わる結果らしいが、裁判官の経験にとって重要な点は、どれほどうまく裁判官としての日常の仕事を済ませることができるかである」)

266 理論化

この結果から、圧力があるなどとは言えるようになった。で、ここから初めて真に意味を持って、水掛け論を越えた次元でその圧力のモデル化が出来るようになった。

R・Rはそれをこう説明する。

・長期安定政権(政権交代があまり予測されない政体)は、自ら行政を**監視**しうる。大臣とかのつながりもあるからね。司法による行政の監視は不要だし、司法に対しても行政と同じように監視しようとする。終身よりも任期付きの裁判官職、キャリア制度による飴と鞭の制禦可能性を確保しようとするようになる。

・短期政権(頻繁な政権交代が予測される政体)は、政権交代後は自ら行政を監視しえない。司法による行政の監視で、自己の立法の行政による実施を保証しようとする(司法による代理監視)。司法に**独立性**を認めようとする。任期付きよりも終身の裁判官職、異動や昇進のない裁判官職で、敵の政権による飴と鞭の制禦可能性を否定しようとする。



まあいい感じにデータから学習できてるよね

ここから言えるのは、日本では、司法に対する監視を、**最高裁判所事務総局**を介して行ったということかな。もちろん最高裁事務総局が政権の言うままになったわけでも、直接政党が事務総局を命令したわけでもないよ。政権に都合の良い裁判官が事務総局に入り(出世し)、さらには最高裁判所判事となるように、政権政党が努めたということだろう。(本人－代理人(principal-agent)理論!)簡単に言えば、自民党がもう最高裁事務総局のなかに影響力を持ちちゃってるから、望むように動いてくれる、司法を監視してくれるようになってるってこと。結果的に、司法に対する自民党の支配だよな。ようするにヴァニラ・アイスみたいな奴がもういて、DIO が命令するまでもなく勝手に意思を汲んで行動するような体制が出来上がっているってことだね。

他の国の話もしてみると、アメリカ合衆国(連邦)では、終身の裁判官で、昇進の可能性は少ないし、先のような結論になった日本よりも司法の独立性を重視していると言えるのかも。ただし、①連邦高裁⇒最高裁という野心を持つ少数の判事②判事選任における政治性(共和党大統領か民主党大統領か、上院司法委員会での精査における政治的党派性)③州レベルでの政権の交替可能性と州の裁判官の任期や選挙制度、レファレンダム有無との関連による検討の必要はもちろん存在する。

⇒1993 年の政権交代による影響が認められないのは何故なのかってのも、こうしてモデル化されれば説明がつく。政権交代して確かに、権力保持者は変わったかもしれない。でも、権力ってというのはこうして社会の中に「埋め込まれて」存在しているもの。その構造まで含めて権力だから、政権交代して一瞬で何もかもかわるようなものじゃあなかったんだよね。

267 John O. Haley(ヘイリー)による、R&R に対する反論

今までの議論に対して、**ヘイリー**がいくつかの論文で R&R を強く批判する。参照するのは: “The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust” in Foote ed., Law in Japan: A Turning Point (University of Washington Press, 2007)

ヘイリーが特に批判するのは、「自民党による**監視**」が存在する、という R&R の結論。彼は、「(ヘイリーが論文を作成した時点までに R&R が発表した)研究対象である 1959 年～1989 年の 30 年間の間に、政治家による直接または間接の干渉に関する証拠を R&R がいっさい提供していない」「長期安定政権のもとでは、具体的な干渉の証拠は不要である、と R&R は主張する。R&R の言い分は、イギリスのお使いと同じように、支配人である自民党の政治家の好みを最高裁の事務総局が察知し、なにもいわれなくてそういった好みを重視する、という主張であるがしかし、自民党の支配、という主張は、データ分析というすばらしい「おもちゃ」の結果の誇張である」と牙をむくのだった。

つまり、データを解析した「結果」のほうに都合を合わせて、現実も「きっこうなんだろう」と**後付け**で事実を推定しているだけで、そこに実態がないんじゃないか、と彼は言う訳だね。まあ個人的には、事実先行では議論が出来ないからデータ先行型の今までの議論があったわけで、そこを否定されたらもうどうしようもない気はしないけれど。

ただ最も、自民党の関係をのぞけば、再任・転勤・昇進等の**人事制度**による監視(飴と鞭)、という R&R の研究結果はヘイリーはおおむね支持するようである。「**「自民党」を「前任(先輩)裁判官及び多くの日本人」** (“senior judges and most Japanese”)と書き換えれば、R&R の結論には異論が無い」、というのである。つまり、事務総局等が確保しようとしているのは、自民党の好みではなく、裁判官及び一般国民の好みである。データから恣意性を感じ取れるところには両者とも異論がないが、それを「自民党の」恣意とするところには、論点先取と言うか、目的が先行しているきらいがあるのではないかと彼は言いたかったわけだ。



まああれです。その裁判官への、もしくは裁判官の恣意に「正義」がない、間違っているとまで言ってるわけではない。少なくともここでは。価値判断以前に事実としてバイアスはあるのか、そのモデルはどうなのかが気になっているわけだよな。

300 古典的法社会学④

古典的法社会学のお勉強はまだまだ続くぜー！今度はおなじみのデュルケムさんだ！

まずは古典的法社会学理論④として、デュルケムさまを取り上げて、そのあと**コーザー**や**ブラック**、**ガラントー**といった、デュルケムさんに影響を受けた人たちの話をみていこうかな！

310 古典的法社会学 デュルケム

311 デュルケムさん

デュルケム(Emile Durkheim (フランス)、1858-1917)についてまずは少し説明しようか。彼は社会学の「創設の父」の一人で、社会学の巨人であると言われているんだ。彼は社会の中の法律にも関心を持ち、社会と法の様々な面に関して言及している。にもかかわらず、最近まで法社会学において忘れられた存在になっていた。もっとも、最近ちょっとしたデュルケム・ルネサンスがおきているってのが現状かな。

312 方法論：社会的事実の客観的実在性

「**社会的事実**に重点を置く」というのが、彼の議論の大前提だった。

社会的事実ってのは、例えば「赤は止まれ」みたいな、実際には別に絶対ではないけど、「こーゆーもんだ」という認識枠組みとして人々を拘束する事実のこと。社会的事実について彼は、「行動、思考および感覚の諸様式から成っていて、**個人にたいしては外在し、かつ個人のうえにいやおうなく影響を課することのできる一種の強制力をもっている**。したがって、それらの事実は、表現および行為から成っているという理由からして…もっぱら個人意識の内部に、また個人意識によって存在している心理的現象と…混同されえない」と述べている。ここで社会的事実は、個人意識に対する外在性と拘束性を持った言語、法、宗教、道德、金融制度等の組織面の他にも、例えば「集会のなかに生じる熱狂、憤激などの大きな感情の動き」のような「**社会的潮流**」をも含んだものとしてとらえられている。これがレジュメの説明だが、もうちょっと補足することはできる。参考文献は中久朗『デュルケムの社会理論』（創文社、1979）。

彼は当時のフランスで主流だった社会を**有機体**のように捉える着眼点を継承しているのね。まあフランスの社会学は当時の潮流の一つを形成していたから、彼自身そのフランス社会学に自信をもってたってのもあるんだけど。だからこのあとと言うような「機能主義」を前提とするわけなんだけど、それ以上に社会を、有機体として、自身が組み換わって変容していくものだととらえていたんだ。

しかし、その「変容」は、どう考えても自身のなかで自閉しているだけでは説明がつかないことって分かる？たとえば社会の思想が変わっても、その場で社会主義国家が資本主義国家にジョブチェンジしないのは、ひとえに客観的状态としての「**制度**」が抵抗力として確かに存在しているからだよね。社会に蓄積された事実としての「経済」「法」「言語」…こういった外在するものが、確かにアンカーみたいな重石の役割を果たしている。有機体的な変容していく社会観は、社会の「変容していこうとする」力と、「固定しようとする力」の合力として説明しないとイケなかったんだね。だから彼は、**客観的実在**というものを社会に必須のものとして、無視しない。

313 機能主義

彼は生物学からヒントを得て、社会制度、制度の変化、社会的現象等の果たす「**機能**」に着目した。そして多数の要素の相互的作用や、予期しない機能にも注意する必要性があるんだと訴えた。機能主義であることは、社会の実際の作用、すなわち**現実の事実**に着目することと矛盾しないよね。

その社会現象の果たす機能に関する著名な例として、「**逸脱**」の社会的機能が挙げられる。

彼は代表的な研究である『自殺論』（1897）において、自殺率の統計分析を行い、宗教との関係、年齢との関係、金融危機のみならず万博のような歓迎すべき出来事との関係等を分析した。

→仮説①「**エゴイズム**」

集団の統合が弱まると、個人は集団に依存しなくなり自分自信にのみ依拠する。こうして自分以外に献身対象がなくなると自殺する傾向が出る。（カトリックよりプロテスタントの自殺率が高い等の理由から）

→仮説②「**アノミー**」

通常の場合、社会は人間の欲求になんらかの歯止めをかけているが、金融危機や万博のような時に、社会が混乱し秩序が動揺すると、歯止めがきかなくなり、欲求の**無統制状態**(アノミー)が生じ、自殺率が上がる。

こんな風に、現象の機能的な側面からデュルケムは社会を捉えようとしていたのだった。

314 社会的連帯論：機械的連帯と有機的連帯

じゃあここでいったん話は変わって、人々を互いに結びつける絆は何なのかっていう、『**社会分業論**』（1893）のテーゼについて述べていこう。

彼は人々を結びつけているものを、「**機械的連帯**」と「**有機的連帯**」の二つの連帯に区分したんだ。

機械的連帯ってというのは、「社会の心理的型にほかならぬある共同形式に、すべての個人がなにほどか合致している」社会的凝集のことで、そこでは集合意識、共同意識が強力な支配力を持って、成員の個性はゼロに近い。こういう機械的連帯は農村等のように、労働等の**分業**が進んでいない社会に存在する、とのことだ。

対して有機的連帯とは、労働等の分業が進んだ近代社会における新しい社会的紐帯である。集合意識が弱まり、抽象化されると同時に個人化が進むにつれて、機械的連帯が弱まる。そのかわりに分業に基づく、各個人の活動領域を連帯する社会的凝集が生じると彼は言う。高等動物の諸気管の間にみられる連帯と同様、「一方では、個人は、その労働が分割されればされるほど、いっそう密接に社会に依存し、他方、各人の活動が専門化されるほど、いっそう個人的となる」。

前近代社会から近代社会への移行は、「機械的連帯から有機的連帯へ」としてとらえられるらしい。まあデュルケムさんが、19Cのフランスで始まった近代社会を有機的にとらえる枠組みの中にいることを考えればしっくりくるでしょう。

もちろん、有機的連帯のほうが、互酬的であるぶん(分業してるから、お互いがお互いのために動かないとだめだよ)一部がかけたところでなんとかなってしまうような機械的連帯よりも強い連帯であろう。

315 外部標識としての法：抑止的法と復原的法

さて、なんでこんな話を急にしたいのかということになるけど、実は、デュルケムは、法を**客観的社会事実**としてとらえ、近代化の外部標識として利用するんだ。で、法の在り方が、機械的連帯が主な旧来の社会と、有機的連帯が主になった近代社会とでは、異なるというのね。

彼はこういう仮説を立てた。「機械的連帯の社会における法は主に**抑止的法**である。機械的連帯の絆を破壊すると犯罪になる。そこから、**刑罰重視型**の法が生れる。それに対して、有機的連帯の絆を維持するためには、**復原的法**、とりわけ**協同的法**(家族法、契約法、商法、訴訟法、行政法等)を重視することになり、原状の回復中心の復原的制裁を重視した方が生れる」

こういうわけで、法制度を調査して、復原的であれば社会の近代化を意味するとして彼は法の機能から社会を捉えようとしたのであった。

316 犯罪・逸脱…機能主義から見たサンクション

デュルケムは、『社会分業論』『方法の基準』『自殺論』等のなかで**犯罪・逸脱**を取り上げる。彼は自分の機能主義の見方から社会の制度を解き明かす方法を、刑法にも使用したと言うわけ。

彼によれば、どんな社会においても、「犯罪」は存在するのだが、犯罪とされる行為・行動は決して**一律的・普遍的ではない**という。たとえば戦場の場合は人殺しは犯罪ではなくなることもあるだろうが、平時の場合はそんなことは普通の法治国家ではありえない。「人殺しは戦場では英雄と呼ぶ」ではないが、社会によって、そして時代によって、犯罪とされるものは異なるのである。

そしてまた、**社会にとって有害**であるから「犯罪」とされる、とは一概には言えない。例えば、多くの未開部族ではタブーの対象に触れる行為は重大な犯罪とされるが、そういった行為自体は社会にとって無害である。

また、**危険の重大さと刑の重みとの不釣り合い**も明白である。近代社会において、殺人は最も重大な犯罪とされるが、社会への有害性の観点から考えれば、経済恐慌、倒産等とは比べようもない。「社会から一人の人間が減ったからといって、それがどうだということか。有機体が細胞を一個失ったからといって、それがなんだろうか」と彼は言う。

そんななかでのデュルケムによる犯罪の定義はこうだ。「ある行為は、それが集合意識の強力かつ明確な状態を犯すとき**犯罪的である**」「ある行為は、**犯罪的であるから共同意識を傷つけるのではなく、それが共同意識をそこなうから犯罪的だといわなければならない**。われわれは、それを犯罪だから非難するのではなく、われわれがそれを非難するから犯罪なのである」

つまりここでは、**レイベリング(ラベリング)論**が展開されていることになる。非難が「前提に」あるということは、実は犯罪が存在することは決して異常ではないこと、むしろ健康的であることをも示唆することに気付くだろうか？「犯罪は公共的な健康の一要因であり、およそ健康な社会にとっての不可欠な一部分をなしている」と彼が言った。ようするに社会にとって犯罪は必要であり、いかなる社会でも、犯罪は必ず起こる「機能不全」を防ぐためのシステムなのである。例えば、「模範的で非のうちどころのない僧院」において、「俗人たちには許容されるに違いない様々な過ちが、そこでは、普通の法律違反が通常の意識に対して呼び起こすようなスキャンダルを生じることであろう」とは彼の言う例だ。

ここで機能主義の見方に立ち返れば、犯罪、そして犯罪に対して行われる刑罰もまた、重要な**社会的機能**を果たすのである。犯罪とは、集合意識(共同意識)を犯す行為である。そして刑罰とは、集合意識へのこの攻撃にたいして、すべての人の怒り、公憤を反映する社会的反撃行為である。その社会的反撃行為が、「共同意識にその全生命力を保たせて、社会的凝集を無傷のままに確保しておく」ことになる。従って、犯罪が行われてそれに適切な刑罰が科せられることは、**社会的凝集**を強める機能と同時に、**社会規範**を明確にする機能を果たすのであるというわけである。

そして犯罪には、**適応機能**もある。例えば、時代によって犯罪の定義が変わることは周知だろう。そしてある時代の違反行為は、社会の道德意識の変化をもたらしきっかけとなることもあるのだ。

アテナイの国法を犯したソクラテスの例をあげてみよう。我々の享受する思想の自由が確立されるにあたって、これを「禁じていた」規則に対する、ソクラテスのような侵犯行為が不可欠だった、というのは理解できる話ではないだろうか？社会の中で果たす犯罪と刑罰が持つ機能のなかには、このように「これおかしいやろ！」とその社会に訴えかけるといものもあるわけだ。

よっていかなる社会においても、一定水準の犯罪が存在することは正常であると彼はする。もちろんその水準を大きく超える場合、何らかの社会問題(例えば、アノミーやエゴイズムとかね)を意味するけど、もっともその水準を大きく下回る場合も、何らかの社会問題を意味するんだよね。「**犯罪率が通常の水準を著しく下回ることは決して歓迎すべきではない。なぜなら、その裏には必ず何らかの社会的病が存在する**」と彼はまとめている。だって、機能主義の見方からすれば社会が安定して回るために犯罪は機能しているのだから。

317 法と道德：個人主義と共同主義

デュルケムにとって、法と**道德**とは密接に関連しているとする。道德は法をサポートすると同時に、法は公的な制裁を持って道德を維持するし、維持すべきであると言うのが彼の持論だ。



強い人間もいれば弱い人間もいる。
人間やめてるやつもな！

その維持すべき道德の一つの側面は、社会的生活に欠かせない**社会的紐帯**の確保である。(人々を社会に結び付けるものの重要性)

この考えは、彼の人間観に由来するんだよね。スペンサーや経済学者の「徹底した自利を追及する理性的存在」としての功利主義の人間観を彼は批判する。デュルケムは有機体的な社会観を持つのはさっき言ったけど、ここでも有機体として、現実的に、一般化されえない様々なイレギュラーを抱えた人間観をコントとかから継承してるんだよね。彼にとってみれば、皆が同じように同じことやるでしょってわけにはいなくて、むしろ「すべての人間に区別なく平等に適合し得る行為様式(普遍的-一致)」を探そうとする「**道德的個人主義**」こそが正しいわけ。孤立した個人の観念に対して、デュルケムの個人主義は「社会の所産であり、」「同一社会集団の諸成員は、彼らの人間性、つまり人格一般を構成している諸属性の他には共通のものをもはや何も持たないだろう」と差異を前提に有機的観点を持っている。だからこそ、行き過ぎたエゴイズムの解消のためにも、欲求の未規制状態(アノミー)の解消のためにも、社会集団や共同性が重要であるというわけ。

318 問題点

ただまあ批判点もある。なんというか、彼はフランス社会学に結構プライド持ってた感じだからね。そこから先入観チックなものが来てる、ような気がする。個人的には。

- ①**歴史的分析**は誤りがある…抑止的法だけではなく、復原的法も前近代社会に多いんだよね。逆もしかりで、近代社会において、抑止的法も多いことは気になる。
- ②**外部標識**としての法…法と道德がほとんど同一視されることによって、法が道德との抵触等を見逃す。社会闘争を見逃す。
- ③**法の積極的利用、創造、改正等の軽視**…彼にとっては法とかの社会的事実、どちらかというと消極的に社会の変容をストップさせるものに描かれがち。でも法が変容の先陣切ることだってあるよね。
- ④**法の組織面**…法と権力、経済等の関係を見逃す。まあ彼の主眼は社会学全般だし、若干しかたなくね？的な同情があるけど…。

319 デュルケム・ルネサンスの理由

まあ歴史的な分析はともかくとして、**機械的連帯**、**有機的連帯の分析**の重要性を説いてくれたし、コミュニタリアニズムと個人主義の再検討の足掛かりとして、功利主義的個人主義に対する別な個人主義である**社会集団・社会連帯の重要性**に気付かせてくれたから、現代になって資本主義、功利主義的人間観が行き詰まる中で、再び評価されるようになってるんだよね。刑事分野においても、いわゆる community policing だとか、**復原的司法** (restorative justice) 等の概念を叩きだしてくれたので、方法論の評価としても高いってわけ。

※コミュニティ・ポリシング

日本語に直せば「**地域警察**」「**地域自治**」と言ったところか。これは、「地域は、地域住民自身を守る」という考えのもとで、住民や自治体が警察活動に協力するというもの。地域連帯を重視するデュルケムの観念と通じてるものがあるのは否めないよね。

※復原的司法

修復的司法、のほうがメジャーな言い方で、wikiにもこっちでのっている。定義には異論はあるけど、少なくともデュルケムは、「阻害された関係の正常な状態への修復」のために機能する司法の在り方を、修復的司法と呼んでいる。彼が功利主義だけでなく、「集団の関係性」の中に価値を見出したからこそ、このような司法概念が浮き彫りになってくると言えるだろう。ちなみに、これに対して司法の役割を、犯罪と言う逸脱行為に対しての制裁的な意味で捉える司法概念を、制裁的司法とかなんとか言ったりする。

320 デュルケムのインパクト ①コーザー：社会紛争の機能

321 コーザー (Lewis A Coser)

ここでの**コーザー**さんの考え方についての参考文献は、(L・A・コーザー (新睦人・訳) 『社会紛争の機能』新曜社 1978 年；原文：The Functions of Social Conflict (1956)) になりまーす。

彼は、デュルケムの逸脱の機能についての研究を受けた。そして機能主義の理論を用いて、社会紛争の機能を分析し、その後さらに発展した闘争理論の基礎を築くのだった。

322 コーザーによる社会闘争の機能

彼の理論は、何があったのか詳しくレジュメに書いてあるので、たぶんそのままでなんとかなる。ここで前提としてほしいのは、彼が社会の中の**闘争**ってもんを、かなり「いい面」を持っていると捉えていることだよね。まあ以下に示すので、ちまちま読んでみてください。

<命題 1> 闘争が**社会を結束**させる機能

闘争は、社会や集団の一体性と境界性とを設立し維持するのに役立つ。他の諸集団との闘争は、集団の一体性の確立と再確認に寄与するし、また周囲の社会に対してその境界を維持する。

パターン化された敵意と相互敵対は、社会的文化および成層システムを維持する。そのようなパターン化された敵愾心は、社会システムの下位集団間の境界が徐々に消失していくことを妨げ、全システム内の様々な下位システムに地位を配分する。

<命題 2> 闘争が**集団を維持**させる機能と**安全弁制度**の重要性

(1) 闘争は、それを生み出す関連にとって、つねに逆機能的であるとは限らない。しばしば、闘争は、そのような関連を保持するのに必要である。相互に対する敵意にはけ口を与える通路がなければ、また異議表示を行うための手立てがなければ、集団の諸成員は完全に押しつぶされていると感じ、集団からの脱退によって反抗するだろう。鬱憤した敵意の感情を発散することによって、闘争は相互関係を維持するのに役立つ。

(2) 社会システムは、敵意を奪い合って攻撃的感情を消し去るのに役だつ、特殊な制度を備えている。これら安全弁制度は、起こるかもしれない闘争を妨げ、また闘争の持つ破壊的影響力を弱めることによって、そのシステムを維持するのに役立っている。それらは、解除反応の手段のみならず、敵対感情をおきかえるための代替的对象を用意する。これら安全弁制度を通ずることによって、敵意がその最初の対象に向けられることが防止される。

<命題 4> 闘争と**憎悪行動**

攻撃的もしくは敵対的な「衝動」は社会闘争を説明するのに十分ではない。愛と同様に憎しみは何らかの対象を必要とする。闘争は主体と客体との間の相互作用においてのみ起こりうる。

現実的な闘争は憎悪や攻撃性をともなう必要はない。心理学的な意味における『緊張』は常に闘争行動にともなっているわけではない。しかしその敵対する相手を憎むということは『有利』である。さまざまな宣伝家たちは、そういう憎しみが闘争における情緒的な含みを強化するであろうこと、したがって目的へ向けてその闘争を遂行するための構えを強化するということを予想している。

逆に調停者の主要な機能は、攻撃性の非現実的な要素を闘争状態から排除して、対立する当事者双方が、問題になっている対立要求を現実的に処理しうるようにすることであると考えられる。

<命題 6>社会関係が密接になるほど葛藤の強度が高まる

緊密な関係のなかで闘争が発生するときには、その闘争はその敵対感情においてより激しく、かつその手段においてより過激である。緊密な関係における和合と対立の共存は、闘争に独特の激しさを賦与する。憎しみの生じる仲間同士の包絡が大きければ大きいほど、敵意はより根深く激しい反作用を引き起こす。

緊密な集団内での闘争においては、敵の側が、その集団の統一と一体性にとって脅威であると感じられる程度が高まれば高まるほど、一方が他方を憎む程度が強くなる。

集団成員の、集団への参与の程度、およびパーソナリティの包絡の程度が高いほど、激しい闘争行動への加担の機会が増大し、また造反にたいする反作用はより激しくなる。この意味で過激な闘争と集団への忠誠とは、同一の集団関係がもつ二つの側面なのである。

<命題 7>集団内部の構造にたいして闘争がもつ影響と機能

闘争は、一つの関係における破壊的要素を除去し、統一を回復するのに役立つ。闘争が、敵対しあう当事者間の緊張を解消するものである限り、その闘争は安定化への機能を持ち、その関係の統一要素の一つとなる。

しかしながら、あらゆる闘争が関係にとってプラスの機能を持つのではなく、その関係が依拠している基本的前提と矛盾しない目標や価値ないしは利害にかかわっている闘争のみが、そのような機能を果たしうるのである。ゆるやかに組織された集団および開かれた社会は、闘争を許容することによって、基本的合意を危うくするようなタイプの闘争に対する安全装置を設けており、それによって、中核的価値を傷つける離散への危険を最小限に食い止めるのである。



闘うのだ！！
闘争には意味があるのだ…

<命題 8>関係の安定性を示す指標としての闘争

闘争の不在は、ある関係の強さおよび安定を示す指標とはみなしえない。安定した関係はむしろ闘争行動によって特徴づけられる。緊密さは闘争への機械を数多く提供するが、当事者が彼らの関係の希薄さに気付くような場合には、闘争がその関係の存続を危うくすることをおそれて、彼らは闘争を回避するであろう。

親密な関係が、憎しみやアンビヴァラントな感情の蓄積によってではなく、むしろ闘争の多発によって特徴付けられえるとき、そのような状況での闘争が基本的合意にかかわるものでないとなれば、われわれは、これらの闘争の多発をその関係の安定性の指標として受け入れることができる。

<命題 12>イデオロギーと闘争

闘争に参加する人々が、自らを、集合体および集団の代表者に過ぎないと感じ、おのれのためではなく、彼らが代表している集団の理想のためにのみ戦っていると感じているような闘争は、個人的な動機のために実行されている闘争よりも、残酷で、過激なものになりやすい。

個人的な要素を除去すれば、個人的な要素が一般的に示しがちな闘争への手加減という要素がなくなるので、闘争はより激しいものになる傾向がある。

<命題 16>闘争は結社や連盟を生み出す

闘争は、それが生じなければそれぞれはばらばらで無関係であったかもしれない諸個人や諸集団を団結させる…。

闘争が統一をもたらすという属性は、連盟および手段的結社が競争関係ないしは敵対関係の中から同意を引き出す時によし劇的にあらわれる。統一化の段階の最低限度のものは、連盟が防衛を目的として成立している場合に見られる。

以上です。デュルケムの社会観、とくに「逸脱」観が、コーザーには多大な影響を与えているのがよくわかるよね。でなければ「闘争」をここまで有価値に捉えない。

330 デュルケムのインパクト ②ブラック

331 ブラック(Donald Black,アメリカ合衆国)

ブラックは、ヴァージニア大学の教授であり、現在も教鞭をとっている。彼は法・道徳・倫理などさまざまな観点から社会学的へのアプローチを続けている。

彼の考え方の中でも重要なのは、「**純粋**」な**社会学**へのアプローチの仕方である。要するに、人間の心理的な要素を排斥した、機能主義的な見方から社会を見ているのである。この方法が、デュルケムの機能主義的なアプローチのインパクトを受けていないわけではないだろう。

ちなみにブラックはまだまだ新しい学者なので、調べても全然出てこない。「ブラック 法社会学」で調べても暗黒社会学的な闇の学問とグーグル先生が認識するレベルである。このせいでだいぶ困った。

332 方法論：「科学としての法社会学」

さて、そんな純粋社会学の始祖たるブラックさんなんだから、注目するのはもちろん客観的な社会事実である。彼はこの社会的事実の**外在性・拘束性**(法が社会の変容を「妨げる」イカリのような役割をしている…的な話はさっきしたよね!)に重きをおきます。

そして「純粋」たる所以でもあるんだけど、**事実**(facts)と**価値**(values)との絶対的分離を行い、いわゆる価値中立的“value-neutral”なアプローチの仕方をする。価値中立的に、物事の性質・機能を見極める…これを科学と言わずに何と言おうか!という訳である。

333 法の定義・類型化

さて、そんな彼の見方に従えば、法とは「**政府による社会の制御**」(governmental social control)として認識されることになる。

彼はそれで終わらない。社会制御として認められた「法」をさらにスタイルごとの類型化によって区分した。これがその類型だ!!

類型	<u>刑罰的</u> (Penal)	<u>補償的</u> (Compensatory)	<u>治療的</u> (Therapeutic)	<u>調停的</u> (Conciliatory)
基準 (Standard)	禁止 (Prohibition)	義務／債務 (Obligation)	正常性 (Normality)	調和 (Harmony)
問題 (Problem)	罪の有無 (Guilt)	債務 (Debt)	必要 (Need)	対立 (Conflict)
事件を開始する者 (Case Initiator)	集団 (Group)	被害者 (Victim)	逸脱者 (Deviant)	紛争当事者 (Disputants)
逸脱者 (Identity of Deviant)	犯罪者 (Offender)	債務者 (Debtor)	被害者 (Victim)	紛争当事者 (Disputant)
解決策 (Solution)	刑罰 (Punishment)	支払い(弁済) (Payment)	治療 (Help)	紛争解決 (Resolution)

注目すべきはここに、善悪の価値判断が一切ないことだよね。あくまで彼は価値中立的になって、社会の中の方が社会のうちの何を見て、何を行おうとしているのかの機能に注目しているのである。

334 行動中心のアプローチ

ここでの議論は、“The Behavior of Law”(1976)等による。彼のアプローチは、「**事件の社会学**」(the sociology of the case)と呼ばれる。すなわち、彼の純粋社会学の価値中立的なものの見方は健在で、社会の中の各事件の

価値排斥的な諸要素に着目し、そこから法についての理論を組み立てていくのである。すなわち、彼のアプローチは人間の内面ではなく、外面に客観的に映っている行動から行われることになる。

ちなみに、着目すべき諸要素とは：

- ① **社会的階層化**(social stratification)
- ② 当事者／その他の関係者(裁判官／当局等を含む)の**社会的地位**(social rank)
- ③ **社会的地位の差／社会的垂直距離**(vertical distance)
- ④ **社会的形態**(social morphology)：社会の分業(differentiation)；横の連帯の度合い／相互依存の度合い／親密度(relational distance)
- ⑤ **文化**(culture)の度合い(言語、概念、民俗、科学、宗教、慣習等)
- ⑥ **組織化**(organization)の度合い(量的、集中度等)
- ⑦ 法以外の社会制御方法(**代替手段**)の有無

である。彼はそれぞれの要素に関して、それぞれ命題を立てたのだった。それをこれから見ていこう。

335 それぞれの要素に関する命題・仮説

①社会的階層化

彼曰く、社会的階層化が多いほど法が多くなる(Law varies directly with stratification)とのこと。機械的連帯社会・階層の少ない社会において法が少なくなり、社会が複雑になり、階層化が進むと不平等が発達して法が増えることになる。これは**社会の制御、固定化**に法の意味を見出していた彼の考えかたを思い起こせばまあその通りだよね。もちろん階層が離れているほど法が多くなることも言える。

②社会的地位

彼の考えでは、当事者の地位が高いほど関わる法が多くなる(Law varies directly with rank)。ここでの地位とは、貧富、人種、性、成人・未成年者など様々である。

そして、上から下に向けられる法は下から上に向けられる法よりも多い(Downward law is greater than upward law)。法規定や法の発動・利用、裁判等の成功率、裁判官・陪審等の判断等から導き出したこの仮説であるが、**社会の固定作用**を持つ法のとらえ方をしている彼の考え方と合致しているのは自明だろう。支配する側が、法を利用して権力ってものを固定するのだから。

③社会的垂直距離

彼は、上向き、下向きの区分だけにとどまらず、社会的垂直距離が大きいほど下向き法は多くなり(Downward law varies directly with vertical distance)、社会的垂直距離が大きいほど上向き法は少なくなる(Upward law varies inversely with vertical distance)ことにも気が付いた。

例えば、下層の人による上層の人に対する犯罪とその逆の場合(Whatever the crime, wealth is an advantage for the offender)において、損害賠償の有無や額、法の発動プロセスを比べると良くわかる。らしい。

④社会的形態

社会分業と法との関係は曲線からなる。(The relationship between law and differentiation is curvilinear)つまり、人間が孤立であれば法が少ないが、相互依存が進めば進むほど法が多くなる。ただしそこからさらに進んで、完全に共存している場合(機械的連帯と言えるかも)も法が少なくなる。

ただまあ、機械的連帯は有機的連帯より前にくるってのがデュルケムさんの意図していたものだし、少し違うとは思う。まあイメージとして参考に見てみようぜってくらいで。

⑤以下は省略！やってません。

336 ブラック法社会学の主張

さて、彼の法社会学についてまとめていくが、やはり特徴としては何よりも、**普遍的**であり、**科学的・客観的**であることが挙げられるだろう。彼はあくまで価値中立的な科学としての社会学を貫いたのである。

価値観から解放されたアプローチ(the sociology of law)に関しては、これこそ正しいアプローチだとフットさんも認めているよ。

このような見方は、学者だけではなくて、実務家等にも必要なんだ。例えば、訴訟を引き受けるかどうかの判断を下す時、証人の選択、陪審員の選択を冷静で合理的に行うためにはこういった客観的な価値中立の判断は欠かせないだろうし(利益を考える時、そこにあるのは「高い」「安い」という感想ではなく、単なる「500万」だとか、「1000時間」と言った客観的な数値である)、そういう意味では犯罪者にとっても有意義とさえ言えるかもしれない。

では、ブラックの研究が米国における研究に対して与えたインパクトを考えてみよう。彼の「事件」を研究対象として、社会的地位その他の要素、例えば親密度や連帯の度合い、**権威の度合い**(authoritativeness)の研究(話し方等)を行った点は、今までの法学にはない客観的な価値中立的なものの見方を提示したという面で非常に評価できる。もちろんデュルケムだって機能主義的な見方、ある意味価値から中立的な見方に近いけど、ここまで意図的に価値を排斥したのはやはりブラックさんのお手柄だった。

だが、批判すべき点が多いのもまた事実。

結局、曖昧な「心」を排除するために客観的な要素に目を付けたのに、その諸要素は曖昧であったり、ダブったりする。そもそも、法の数量化のやり方も問題だけどそれ以前に、**法を数量化**できる前提なのが気になるよね。もともと価値中立的にはなれないものだって世の中にはあるわけで(宗教とか)、そういったものと法が同一次元にないとしてどうして言えるのだろうか？そもそも、人間の行動のみに着目する必要はないでしょう。人間の意思・心理も重要だと思う。数量化の難しさを認めても、無視する理由にはならないよね。

あとは、普遍的というけども、さっき言った通り曖昧な部分はあって、その証拠が乏しいともいえる。数学みみたいな普遍性は決してそこにはない。さらにさらに言えば、「**没価値的、価値中立的な**」(value-free、value-neutral)アプローチを謳っているくせに、それどころか、「科学」のレトリックで反動的な価値基準を正当化しようとしているんじゃないか？という批判もある。まあとにかく、問題なのは「純粋」が悪い方向に向かってね？という点と、純粋じゃなくね？ということ。

ただしそうは言っても、こういう科学的なモノの見方を始めたことは評価できないわけないし、評価してるからこうして授業で取り上げているわけでした。

340 デュルケムのインパクト③ ガランター

341 ガランター(Marc Galanter, アメリカ合衆国)

ガランターさんは、“Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change,” 9 Law & Society Review 95 (1974)って論文で有名な人で、この論文は法学において一番引用されているとかなんとか。この人は南アジアの法を中心に宗教とかまで幅広く研究してる人で、ウィスコンシン大学で教鞭をとってるんだ。インドの法科大学院で教えたりもしてるよ。この人もすげー最近の人で、wikiでも英語版の記事しかまだないような状態。普通に存命っぽいし。

342 ガランターの仮説

そんな彼は、こういう仮説を立てたのだった。

仮説 “one-shotters”(一回限りの当事者)と“repeat players”(リピーター)とに分けて考えた場合、訴訟において repeat players は比較的に有利である。

当事者ってのは裁判とかで訴える訴えられる人という意味での当事者ね。まあいいとして、この仮説の理由として彼は以下を挙げる。

- ①one-shotter のクレームは大きかったり、あるいは小さかったりして、合理的に扱うのは難しいが、本人にとって非常に重要である。
- ②それに対して、repeat players は数多くの訴訟を経験することになる。一つ一つの訴訟にはそれほど関心がなくなり、全体として判断することができる。



燃え上がる黄金の精神はッ！決して無視できないッ！

③repeaters は**長期的**に事件を扱う。法的問題を予想して、事前に書類を整理して、準備をする。

④repeaters は**知識や経験**を蓄積し、専門家との長期的関係もある。

⑤長期的な観点から、**法的戦略**等を計画できる。

⑥裁判官・書記官等との過去のコンタクトにより、**信頼関係**もできあがる。

この結果として、repeaters は長期的な観点から和解に応じるかどうかを判断する。したがって、短絡的な判断しかできない one-shotters よりも優位に立てる可能性が上昇するという訳である。

342 類型別に見た場合

彼は以上の着眼点から、訴訟の当事者の関係ごとにそれを分類したのだった。

①one-shotter が one-shotter を訴える

庭にボールを投げ入れたら盆栽を壊しちゃって、お隣さんとトラブルに！みたいなケースだよねこれは。行列の出来る法律裁判所がまともだったころによく扱ってたのがこれ。この場合、**費用その他の負担**がそうした訴訟を少なくする傾向にある。

②repeater が repeater を訴える

会社Aが会社Bを訴える、みたいな奴。アップル対サムスンの著作権訴訟とかね。多くの場合、長期的関係がある(だからこそどっちにも有能な弁護士が最初からついていっているわけだけど)ので訴訟を回避しがちである。で、訴訟よりも**調停**、**仲裁**、**和解**を好む。ただし、基本原理・人権に関する紛争は別である。さらに政府が当事者の場合、和解をしたくても、世間の注目を懸念して争うこともある。和解するぞと思われた瞬間膨大な数の、同様な訴訟が予想されるからである。

③repeater が one-shotter を訴える

大家さんが、家賃滞納してる住人に催促して、その結果口論になり、「出ていけ！」「いやだ！」といったトラブルに…なんて時。この場合大家のほうは何回もこんなケースに立ち会ってるからリピーターだよね。

類型としては一番多いが、多いからこそ、ローンの返済に関する訴訟や交通違反等、大量生産されたような**定型化**したものが多くなってくる。**官僚的**と言えるかもしれない。

④one-shotter が repeater を訴える

国に対して訴えを起こすだとかそんな時がこの例になる。

repeater は特に有利。one-shotter は**第三者**の助けを求めることもある。雇用機会均等委員会のような政府機関、消費者団体等の repeat player の助けを受ける場合、力関係がある程度緩和されることになる。

343 本研究の意義

この人の研究は、まあものすごく引用されてるだけあって、法制度の様々な側面の影響に関する理解に役立っているのはもちろんのことなんだけど、「なんでデュルケムのあとにこれをやったか」って問題を説明してないよね。デュルケムの理論の骨子は、法でもなんでも、とにかく社会のなかでの「**機能**」を重視してみていくべきだということ。で、その機能を考える時に行動的なアプローチをするのはもちろんなんだけど、そのときに個人々人をただの合理的な一般人、一人一人をバラして考えるのではなくて、社会の中にある「**集団的**」な**韌帯**は決して無視できないというものだったはず。

ガランターの仮説は、よく考えるとこうした前提の上に乗っかっているのは分かるだろうか？

リピーターが有利な理由を説明する時に、客観的でない、非合理的な部分はほとんどない。知識だとかそういった事実として得られるだろうものを前提にしているところは、明らかに**行動主義的**なアプローチを継いでいる。まあこいつ自身行動主義的法学やってるし。

それに、リピーターの「司法関係者との関係性」だとか、ワン・シューターの「第三者の助け」だとか、明らかに**韌帯を求める理論**の作り方をしてるよね。ここでは単なる合理主義的人間観以上の、道徳主義的人間観とデュルケムが言ったところのものの見方が生きているのだ。

こういう集団のつながりを含めた考え方が出来るようになるからこそ、社会の中の制度的弱者に救いの手が差し伸べられるようになってきているのかもしれないというのは、ノート筆者の私見。ここ授業受けてないから微妙だけど、PL法とか消費者保護のために作られた法だよね。こういう**復原法**(決してこの法は罰する目的じゃないよね。あくまで、社会の中の「穴を埋める」目的)が作られるようになったのは、復原法の見方が出来るようになったから。社会を結局的に捉えて、その修復に司法の意味を見出すようなデュルケムの発見があって、そこを継いだガランターだとかがいたからなんだよね。

400 古典的法社会学⑤と⑥

まだだ。まだ続くぜ理論編は。ここではウェーバーさんと、パーソンズさんを中心にその周りの理論も含めて話していくことになるよ！もうすぐに理論編は終わるから頑張ろう！あと20ページくらいかな。すぐだね！

410 古典的法社会学 ウェーバー

411 M. ウェーバー(Max Weber、ドイツ、1864-1920)について

ウェーバーは社会科学の巨人と言われ、政治学・経済学・宗教社会学・歴史学・社会学など、幅の広い研究を行ったのだった。彼は、何故西欧に資本主義が発展したのか？といった問題意識に基づいて研究を行い、それを宗教などとの関連の中で説明しようとした。しかしそれだけでなく、「法」との関わりの中で、その資本主義の問題に取り組もうともしていたのだった。

412 ウェーバーの「法」

そんな彼は、法の概念を「特にそのために設けられた人間の幹部が、秩序の遵守を押し付けること、あるいは秩序の侵害に対して懲罰を加えることを通じて、物理的もしくは心理的な強制を行う見込みによって、秩序の妥当が外的に保障されているとき、その秩序を法と呼ぶ」と定義したのだった。

それゆえ、概念理解のためには、「秩序とその妥当」すなわち、人々の社会的行為が、平均的・近似的に、何らかの明示しうる基準に方向付けられている場合、遵守の有無にかかわらず、基準・規範の内容を参照・準拠していること(違反した場合、隠そうとしたり、理由付けをしたりする)が重要になる。

※ここでの規範的：準拠・参照される基準を、規範的・拘束的であると評価しているので、こうあるべきだ！という感じの規範ではないかも。

ここまで見れば分かると思うけど、彼の「法」概念は強制装置を重視する。外的保障(ただし実際の保障と言うよりは、その期待値)のために、法は存在すると言うのが彼の考え方なのである。

※「習律」(Konvention) [人々の非難を受ける見込みによって秩序が外的に保障される場合] 対「法」

法の他には、「習律」や「慣習」といったものも外的保障の装置になるけれど、あくまでこれは「非難」の見込みがその防波堤になっているだけであるから、やはり物理的強制を含むものを「法」としてさらに取り上げて彼は区別しているのである。

法は、物理的もしくは心理的な強制を行うことによって、秩序の妥当が外的に保障される場合に認められるともいえるかも。彼のこの考え方に従えば、法の存在根拠は、形式的・合理的で、法が計算可能性を成立させるところに起因することになる。でなきゃ強制力は生まれえないからね。で、それが契約と自由競争を基本とした近代資本制経済を可能とするインフラストラクチャとしての法になっていく。

つまり、何すると捕まるか分かるから、その範囲で「捕まらない」と自信持って契約なりなんなりできるんだよってことで、刑法の遡及的刑罰の禁止だとかと一緒に、自由主義的な要請を実現するものとして法が捉えられているのである。

413 法の類型

・法思考の類型論:形式的対実質的・合理的対非合理的の二つの軸

彼は今述べた尺度を実現しているかどうか、二つの軸から法体系を分類したのだった。

	形式的	実質的
合理的	形式的・合理的 ドイツ法(概念法学?)	実質的・合理的 英米法
非合理的	形式的・非合理的 盟神探湯・神意裁判・決闘	実質的・非合理的 カーディー裁判・大岡裁判

※合理性：合理＝同じものは同じに判断；非合理＝個別の特殊事情による判断が下されること。類似でも異なる判断がなされる可能性がある。

※形式性：言葉(規範命題)や表徴(徴憑・物・形)との適合性で判断。別に善悪とかはここでは問題になっていない。

※実質性：判断者が個別に実質判断すること(まあだからこそ、政治的判断、倫理的な価値評価等一基準の客観化や固定化が難しいけどね)

「形式的」な裁判ないし法では、行為や事態に対する評価が、定められた**形式への適合性**を媒介としてなされる。形式的裁判においては、対象となる事態や行為の内容に人間が直接判断を加えるのではなく、特定の形式的枠を用いて対象がそれに適合しているか否かを判断する。明確で客観的な基準に基づいたものになるのは当たり前である。ただし、それが合理的なものかは別である。合理的というのは、AとBが争えば、必ず正しい方が、どう裁判しようが勝つという話である。だから、**盟神探湯**(くかたち)とかは形式的だけど、合理的とは言えないよね。決闘とかも同じ。まあ難しく言えば、「形式性」は法システムに着目し、「法システム内部の決定基準を用いること」を意味し、システムの自律性を測る尺度である。これに対して、「合理性」とは、すべての類似のケースに適用されるなんらかの基準に従うこと」を意味するってところかな。ウェーバーは、資本主義的な観点から見れば、このような客観的基準を用いた明確な判断が出来るものが法だとしている。形式的と実質的の違いはまあこんな感じ。まあこの説明を踏まえて図をもう一度みれば分かってくれるんじゃないかな。

414 形式的合理的な法がいいよね

そして彼は、**合理的形式的**な法こそが最も要請されているものなのだ！と話をすすめる。

「現在の法学的作業、少なくともその形式面に関する作業は、…方法論的に論理的な合理性の…最高度にまで達していたものであるが、その出発点となっているのはつぎのような要請である」なんて言ってます。

- ①具体的な法的判断はすべて、具体的な「事実」に対する抽象的な法命題の「**適用**」であること
- ②あらゆる具体的な事実については、法の論理を手段として、現行の抽象的な法的諸命題から**解釈**が得られなくてはならないこと
- ③だから、現行の客観的な法は、「**欠缺のない**」法的諸命題の体系をなすか、または潜在的にこういう体系を内包するものでなくてはならない
- ④法学的に合理的に「**構成**」されえないようなものは法的にも重要でないこと
- ⑤人々の社会活動は法的諸命題の「適用」、またはその「実現」であるか、それとも法的諸命題に対する「違反」である。

まあこんな感じで形式的合理的な法ってもんを彼は大事にするけど、これって彼の研究視座ともダブるんだよね。歴史的な法発展、カリスマ的法発見、仲間共同体的法発見、君主権力の支配など、社会の発展の仕方はさまざま、必ずしも同じように決定されない。しかし、専門的法律家による法発見こそが、形式的かつ合理的であるため、計算可能性がもっとも高く、資本主義にもっとも向いているのである、と、彼の問題意識であった資本主義の発展と、法とを結びつけるのであった。彼はこれゆえ、形式的・合理的制度における官僚の役割を重視する。ただまあ、「資本主義の観点から」ベストだって言ってるだけで、別に形式的合理的が神なんだぜ WRYYYY とか言ってるわけじゃあないからね。もちろん搾取的側面などの弱者の問題に始まる、色々な問題もウェーバーは意識している。

使い方によっては弊害もある。彼自身、このまま資本主義的な見方が浸透していく中で、ゲゼルシャフトがゲマインシャフトを圧倒して、人の結びつきはどんどんと**契約的**になっていくだろうとして、人間的カリスマは意味を失い、価値を落としていくだろうなんて悲観的なものの見方をしているし。でも形式的であることをやめて、「実質的な」法制度にしたからといってそれが弱者を救済したり、もろもろの問題を解決してくれるとは限らないよね。もしかしたらもっとダメな感じになるかもしれないし。

※ゲゼルシャフトは機能体的な、利益社会のこと、ゲマインシャフトは共同体的な結合のこと。

420 ウェーバー理論の評価・発展

421 形式性と合理性の非独立性

ここで参照するのは、Trubek 1972: Wisconsin Law Review 720-753。ウェーバーの理論の中でも、資本主義市場経済のインフラストラクチャとしての法の部分をさらに見方をすすめて研究している。

ツループックによる資本主義市場経済の条件

- ①(形式) **予見可能性・計算可能性**
- ②(内実) 契約の自由、譲渡・処分・収益可能な私権(**私的利益の保障**)
 - ①の条件としては…

法の独立性…法システム内的な一般原則化の能力が必要でしょ。周りの圧力で予測不可能になってたらどうしようもない。

合理性…同じものは同じに扱うのが当たり前だね。違う結果になるんだったら予見可能性とかありゃしない。

②の条件としては…

私的所有権…所有と占有の分離の話じゃないけど、処分できる権利が確定しない限り契約も何もないよね。

個人の利益の保障：結果の不平等…**利益観念**がそもそも認められない限りは収益なんてあったものではない。

私的自治…自分のことを決められないのならもう契約(笑)である。

ではなぜ資本主義経済市場のインフラは予見可能性・計算可能性が必須か？という話になる。

ツルベックはまず、Hobbes 的な**自然状態**(利己主義個人の私的利益追求)を持ち出し、そのような状態ではまず経済取引が不能だと言った。まあ契約には裏切りのインセンティブがありますからね。

だからここで、確実な**強制**の必要が生れる。すなわち、社会的に組織化された強制装置の制裁の保証ある法制度が、確実に予見可能な形で機能することが、資本主義的な取引社会を円滑に運営するためには必須なのである。

422 ウェーバーの問題点

ツルベックはさらに、ウェーバーの議論の問題も指摘する。彼がまず問題点として指摘するのは、autonomy (differentiation)により制禦系が被制禦系からのフィードバック経路を遮断することによる、必然的な**機能不全**である。要するに方が独立して変わらなければ、絶対に時代遅れなものになるだろうというわけだ。

だから彼は、法の実質化の動きや立法事実論、政策論の必要性をとくことになるのだった。

そこで「実質的」な法を使い、資本主義を押し進めたイギリスを取り上げることで、反例を示したのだった。

イギリスは判例法で、形式的合理的ではなく実質的合理的な法を採用している。しかし、資本主義市場経済の発祥の地であり進歩した資本主義国である。おかしいやろ！

これに対しての説明はこうである。

- (1) 下層労働階級を搾取することで発展した歪んだ資本主義、
- (2) 実は、法と経済はそれ程強い関係ないんだよね(例：日本的経営)
- (3) イギリスは例外なんじゃね(例：日本は例外)
- (4) 英米法も形式的合理的法なんだよ実は。判例調べれば基準なんて分かるじゃん。

でもこれはウェーバーにとって満足の結論にはならなかったのだった。

423 例外としての日本

形式的合理的法は資本主義市場経済のインフラで、計算可能性、予見可能性を保障する！ってのがウェーバーの言い分だけど、さっきのイギリスでぐらついた。

このウェーバーのテーゼの例外としての**日本**がこれに追い打ちをかける！

日本の中で計算可能性低くね？

賄賂とか日本はほとんどないじゃん。発展途上国とかだと賄賂をいくら払えば何が出来るかなんて大体決まっちゃってるけど(現代国際社会論でみたよね)、日本はそれが無いから、まあ制度的な賄賂がないわけじゃあないと思うけど、計算可能性低すぎるだろたぶん。恣意的な裁量が多くなるんじゃないかって疑問がぬぐえない。

424 例外としてじゃない日本への可能性

ここでの議論は**太田勝造**のものを踏襲している。

こうは言われるけど、ただまあ日本的システムにも計算可能性はある。法以外の強制のシステムがあるからね。日本では、個々の主体は相互特定されてるのが普通な上に、少数主体＋継続的長期関係というシステムが形成されているから、報復の可能性もある。**参入の制限**(少数主体)や倒産しない**保証**(長期関係「護送船団方式」)のもとで、少数者間の長期的多角的関係：計算可能性が出来ているのではないかと太田は半分皮肉ながらいう訳である。そうしてみれば、結局は官僚が談合の「おや」ないし胴元になる。

1. 紳士協定の遵守強制(許認可権限・裁量権による非公式制裁)
2. 封建的支配従属関係(お上)
3. 参入障壁

などの様々な基本ルールを作っているのは結局のところ、官僚様なのである。

ただ予測可能性はそうだとすると、公平性はあるのか？外部からの圧力はないのか？ギリシャの民主制が奴隷の搾取の上にあったように、日本の制度も業界＋官庁が国民(消費者)搾取の上に作り上げたものに見えなくもない。まあこんなことも踏まえ、やっぱり、ウェーバーさんの理論はおおまかでオッケー。日本は例外なんだよたぶん。とまとめる方向に太田さんは議論してるっぽい。読んでねーから分らんが。

424 規制緩和にまつわる議論の検討

司法制度改革審議会意見書(2001年6月12日)の「改革の基本的理念と方向」より「過度の事前規制・調整型社会から、**事後監視・救済型社会**への転換を図る」との文言がある。

まあなんというのだろうか。日本がそもそも例外って言われちゃってるから一般化出来る気がしないんだけど、形式的な法からは実質的な法に若干変わりつつある…ように思える。私見だけど。だって事後法って事前の立法よりも明らかに、社会の中の問題を反映しているわけだし。

ここから私見

この改革のキーワードは「**法の支配**」と、「**透明性**」。これが実は、法の「先見性」「明確性」「契約の自由」につながっているんだということに気付いた時、日本が、イギリスが「例外」であったことが意味を持つように思えてくる。すなわち、ウェーバーの理論は、結果的に形式的合理的な法を求めた。これが実社会と剥離していることは、先の例をみれば分かることである。しかし、だからといってウェーバーの考え方が間違っているという訳ではないのだと思うのだ。

すなわち、彼が求めた「**予見可能性**」「**契約の自由**」といった方向性は、今も昔も資本主義社会の中でしっかりと求められているのである。ただしその、「やり方」が変わったのだと考える。

ウェーバーの頃の、定常的ないし停滞的経済社会のインフラストラクチャに関しては、形式的合理的法が司るべきだった。大量生産・大量消費の時代には、今のように細分化もされていない工業は柔軟性よりも安定性を欲したからだ。

しかし今の資本主義社会は、高度な情報化や産業の細分化の中で、安定性だけではすぐに法が時代から置き去りにされてしまうような状態になってしまった。

このような動的ないし変革発展型経済社会のインフラストラクチャとしては、むしろ、実質的合理的法が柔軟に、幅広い裁量権を駆使することこそが、ウェーバーの求めた条件をクリアしていくために求められるのではないのか？それを反映して、ウェーバーの議論ではとらえられないような「例外」がいくつも出てきているのだと思う。

430 ウェーバーに影響を受けた研究：ダマシュカ

431 ダマシュカ (Mirjan Damaska, ユーゴ・米、1931-)

彼の著書は、The Faces of Justice and State Authority (1986) 等。

ダマシュカはエール大学の教授で、特に大陸型と英米型に着目し、裁判制度中心の分析を行ってる人ね。ちなみにこの人も例によってものすごい新しい人で、まだ wiki のページが英語版ですらないような人。こうして見ると、この法社会学の授業がどれだけ新しいことをやってるのか垣間見えたりする。フットさんはどやってるだけではなかったんだね…。

彼はウェーバーから続く、従来の当事者主義・糾問主義のアプローチを批判して、別な次元を提案する。ウェーバーを出発点とするのだが、①政府の構造(とりわけ権力の手続き的面・組織的面)と②政府の機能・司法の目的の二つの次元に着目したのだった。

432 ダマシュカの権力構造類型

彼は先の二つの要素をこう二つの次元に区分する。

1 **組織**の面：二つのモデル(あるいは理想的なタイプ)：

①階層的モデル／縦構造のモデル(hierarchical model)…大きな権力を起点とした体系が出来ている構造。

②同等のモデル／横構造のモデル(coordinate model)…同等の機関がそれぞれ協力し、利害対立しあう構造。

2 **機能／目的**の面：二つの異なった狙い：

①政策の決定と実施…政府として目指す理想の実現。

②紛争の解決…民事訴訟などの、社会の中の争いの解決。

ダマシュカは、「どこの社会でも、政府は両面を持つが、どちらかに重点をおく」と言う。まあ縦と横の中道、干渉と非干渉の中道なんてありえないことは少し考えれば納得できると思う。



こんな、周りを何も見ない「自閉」した法ではやってられないような時代に現代はなってしまったのである。

そして、この2 類型×2 次元＝4 タイプの類型化を行うのであった。この四タイプの類型ってやりかたは地味にウェーバーのやり方を踏襲してたりするよね。まあこれは偶然かもしれないけど、でも彼が類型してたってことは見てたはずだし、影響あるんじゃないかね？とは個人的に思う所だったり。

さて、その類型の結果がこうだ！あ、一応、縦構造って封建的支配とは別の次元の話だからな。

〔権力構造(structures of authority)の類型論：組織と目的の二つの軸〕

	縦構造	横構造
政策実施型	縦・政策実施型 ソ連や大陸	横・政策実施型 ユーゴやイスラム教のシーア派
紛争解決型	縦・紛争解決型 19世紀のヨーロッパ	横・紛争解決型 英米

433 縦構造の一般特徴

じゃあ区分けごとの特徴をみていこうか！まずは**縦構造**の特徴を見ていくよ！もちろん例外もあるけど、これは一般的なお話のことなので許せ。

①官公吏(裁判官を含む)の**専門化**(キャリア制度等)

縦に組織が割られると、そのそれぞれの区分けされた部分部分に、強烈な仲間意識と、そこからくる内・外の意識が芽生えるという。そしてそれだけでなく、長期的勤務のもとにおいて、仕事の定型化と専門化がすすむことになる。縦割の中では選択肢も狭まれ、個人的な意見を排除し組織の利益を重視する傾向にあるため、反対意見が存在しても、その意見を抑制することになる。結果として、ものすごく内輪な入りにくい組織図が出来上がることになるわけだ。

②徹底した**縦の体制**

縦割りの組織体系の中では、上司による監督・支配のもとで、秩序・服従と同一性が重視されることになる。下部の決定や行為に対しては、つねに上部によるチェックが入り、そこに個人としての恣意性が入る余地はない。「官公吏による裁量は禁物である」という言葉がそれを象徴してるよね。まあ組織としての恣意がないわけではないけど、あくまで組織の流れに逆らう個人的恣意は許されないわけだ。

そこでは、上部によるチェックを可能にするために、下部の行う決定や行為はできるだけ定型化・類型化されることになる。

あとは上との関連で行けば、協力しない者は昇進しないので、同レベルの人同士の協力は確保されるから組織の同一化というか閉鎖化がさらに加速するというものもあるね。

③決定／判断は**形式的**に行われる

さて、このように中の人々は無機質化されてしまうので、そいつらが下す判断は、ある目的を達成するための判断ではなく、決まった基準に従った判断に見える。上部に伝達される事件はすでに定型化・類型化されているからこそ、判断は機械的に行われているように見えるのである。

④手続面でみた**縦型**の特徴

まあ手続き面からも特徴をまとめてみよう。

1. 手続の段階をはっきり区別する
2. 上部による判断の見直し(事実／法律両面)
3. 一見書類(the file of the case/dossier)の重要性
4. 断片的な(五月雨方式)の審理 (piecemeal trials) (集中審理／連日的開廷に対して)
5. 公式な過程の排他性
6. 論理的リーガリズム

まとめるとこんな感じ。判断は恣意的であってはならないから、誰が何を決められるのか、はっきり段階が分かれるわけだね。そして縦につながっているから、見直しという最終兵器がある。

恣意性を排除するために、公的な**形式**が重要になるので、書類は重要だし、公式な過程は他を寄せ付けないものになるよね。論理的で、公的であることは、この縦割りの権力構造下において何よりも重要になる。

じゃあ今度は横構造の方の特徴をみていこうか。

①官公吏は任期が短く、いわゆるアマチュアである

縦の組織とは逆に職務が流動的なので、排他的意識や内・外の意識が発達しない。

また自身もプロ的感覚が薄れ、他の人(アマチュア)に権限を委託することに関して、なんら抵抗を感じないようになる。そこには「上」もいないので、審査とかそういうのもあまりなくなり、定型化や類型化が発達しないどころか、個人的な意見、感情的な意見等が頻繁に発信され、実行に移されることになる。

こんな中で専門化は進まないし、むしろ、一般市民的な考え方(generalist attitudes)を重視する官公吏は専門化を非難しがちになるのだった。

このような個人的な意見を述べるのが当然視される世界では、反対意見を述べないことは「意気地なし」にさえ見られる。こうして個々人が好き勝手やる結果、判断・決定はそれぞれの中で断片的になりがちで、その結果として、官公吏を補助するほうの「専門家」が登場することになる。

②権力は幅広く、横に分散されている(「クモのいないクモの巣」)

横型の権力構造下では、同レベルの官公吏は平行した権力をもつことになる。よって、同事件に関しても、異なった判断をすることは制度上許されているし、現にそういうケースがある。

それでは、そんなケースでは混乱は生じないのかという話になるが、実はお互いに邪魔をすることが可能であるからこそ、協力する傾向が強くなり、混乱は生じにくくなるのではないだろうか。

このように分散的、重複的な権力構造の中では、判断の整合性や予見可能性は損なわれないのだろうかという疑問があるかもしれない。任意な調整、外部(例えば立法)による調整はあるにしても、事実「服従しない裁量」を持つような者にとって、そうしたチェックはそれほど意味がないのは確かである。

ただし、横構造型の制度において、整合性や統一性に関する考え方は縦構造型の考え方と、もともと対照的であることを指摘しておきたい。横構造の中では、個別的な判断が重視され、縦の制度における上部と違って、事件の細かい事実関係を痛感する。そして、そういう背景の中では、ある程度の結果のばらつきが権力を分散する「つけ」であるとして寛容されているのである。

またこのような横構造では、上下関係が存在しても、縦型と違って、報酬やprestige等はあまりかわらない。そして専門化とは対照的に、機能の統合が目立つようになる。同機関において、立法、司法、行政機能の統合さえあるのである。まあ上下を統一するより抵抗が少なそうってのは分かるよね。

③実質的判断

常識や倫理、政治、宗教の規範と懸け離れた判断を仕方なくするという考え方を否定するのが横型流。「形式的」なアプローチを否定するんだ。というかチェックもないし上からの修正もないんだからそもそも形式的なアプローチが発生しにくいよね構造的に。ただしもっとも、一般市民の規範・意見を必ずしもそのまま適用はしないから注意。あくまでエリート等の権力執行者による規範がそのまま適用されるよねというだけ。

こいつらはこいつらの規範に従って、個別的に判断を下すので、実質的な判断は曖昧で変更可能(open-ended)になりがちであるのは言うまでもないか。

④手続面でみた横型の特徴

こっちも手続面から確かめてみよう。

1. 集中審理
2. 第一審の判断重視(確定性)
3. 口答主義・直接主義
4. 他の人(アマ)への権限の委託・民間と公の手続の関係
5. 実質的判断

これはさっきの縦型のやつと見比べながら参照すると分かりやすいかも。

縦型のように手続きが段階化されないぶん、審理も集中するし、上から「訂正」が無い分第一審の判断は重視されることになるよね。直接の実質的判断が行われるのは横型のずっといって特徴だし、専門化が進まないぶん外部への権限の委託もわりと軽いノリで行われるというのもさっき書いたはず。



横型の構造ならばッ！縦型にはないッ！
 “意見”の入る余地があるのだッ！
 よって貴様らはこう言えるだろう…。
 「だから俺が裁くッ！！！！」

435 紛争解決型と、政策実施型の特徴

じゃああれだね。今度はもう一つの方の区分の軸である、紛争解決型—政策実施型の特徴をみていこう！

紛争解決型(reactive state)の特徴

民事訴訟とかだと特にそうだけど、あくまで当事者同士の**自助努力**が何よりも優先されるべき世界では、国家の役割は最小限に限定するといつかせざるを得ない。

そうした minimalist 国家は、大きく分けて二つのことをしなければならない。

一つ目は当事者たちを取り巻く**秩序を守る**こと、そしてもう一つは、当事者がお互いに解決できない紛争を解決するための**手段を提供する**ことである。

紛争当事者は社会の下位集団に関わっていることが多いから、当然そこは重視するし、自分たちでの解決が一番納得のいくものだろうから、政府の政策決定能力に懐疑的になる奴が多い。そうすると法は主に紛争解決のためのものだけになってしまう。

政策実施型(activist state)の特徴

こちらは紛争解決型の国家とは真逆で、国民のあるべき利益に関する**ビジョン**を持ち、実現するために様々な政策を決定し実施しようとすることになる。どちらかという、(邪魔されたくないし)下位集団を廃止したり、監督したりする傾向があって、個人の自立(individual autonomy)を重視しない。

紛争解決型の国家に比べて政府の政策決定能力は信用されており、法は政策実施のための手段である。

436 それぞれのタイプの具体例

じゃーせっかく類型したし、その具体例をそれぞれ見ていこうか！

縦構造の政策実施型

これは特に刑事司法の場において、伝統的な大陸型の機構体系。**ソビエト**なんかではまさにこんな感じだったね。とにかく効率的である。まあ共産圏とかで個人の恣意性とか入ったらダメだしね。国家の恣意はありまくりだと思うけど。当然縦型になるよ。ただし、形式性重視の裁判制度は政策の実施のさまたげとなることがあるから、政策実施型っていうわりにもう一つの軸が足を引っ張ってたりもする。

縦構造の紛争解決型

これは大陸の民事訴訟の場、中でも**ヨーロッパにおける私人訴追**を見てるとまさにこの感じになっている。縦構造であるのは変わらないけど、紛争主体の自助努力をサポートする体制がメインになってるよね。

ただ、紛争解決型の当事者主義と、縦構造の糾問主義のミスマッチが少し気になるのも事実である。

横構造の紛争解決型

英米の民事、刑事法は大体こんな感じ。司法とか関係なく縦構造自体がそもそも英米の民主主義的風土にあってないというのもありそうだけどね。形式にはあまりとらわれず、幅広い裁量をもって、紛争解決のために裁判官は判決を下す…アメリカが訴訟大陸になるわけだぜ。

裁判官の裁量と当事者主義とのテンションとの関係が少し気になるかな。当事者からしてみれば裁判官に調子乗られるのはあまりいいものではないでしょうし。

横構造の政策実施型

大陪審とか…かな。でもこれは現代ではあまり見られないパターン。なんというか…横構造で並行的な権力が存在している状況と言うのがそもそも強制的な政策の実施を想定しにくいパターンなんだよね…それなら縦構造にしたら？というか。そういうこともあって、今ではあまり見られない。

437 ダマシュカ理論の検討・問題点

①描写としては興味深い、**事後的**な説明のみ

まあ分類してくれたのはいいんだけど、お前それ後からやいのやいの言ってるだけじゃねえかよ、と。まあ理論とは往々にしてそんなもんな気もするけど、確かにそういう区分が生れる理由、その前の話をもっとしてくれても良かったような。パターンがなぜうまれてきたか、例えば横構造は政府に対する不信の現れ？そうであれば、他ではなぜうまれなかったのか？なんてことに関しては説明してくれない。まだ生きてるんだからフットさん聞いてみてくれよという感じなのだが。

②同じ国においても、異なったパターンが見られるのはなぜか

あとは、同じ国でも刑事司法と民事司法とで分類が違ったりするんだけど、いやいや同じ国が同じように法を執行してるんじゃないの？という疑問がでてくる。まあ後から理論をつけちゃったからこういうことになるんだと思うけども、もうちょっと説明してほしいところだね。

③米国をどう類型化するか

さて、実はこの類型、米国に対して適用できるのか？というのが大きな問題。紛争解決型と一応さっきは言ってたけど、本当に紛争解決型なのか？という話。確かに訴訟大国ですよ。でも大統領からの力技ですげえ頑張って政策実施してるようなイメージもあるんだけど。

とにかく、「どちらかに区分できる」というイメージが先行して、分類できないところでも無理矢理に区分しちゃってる感が否めないんだよね。

ちなみにアメリカの話したし、日本はどうなのかってのも述べておくと、縦構造の紛争解決型なのだろうか？といった感じ。江戸時代、明治時代、戦後の制度を見ててもまあ縦構造でしょ。というわけで、当事者主義と縦構造とのミスマッチの例になるかなーってところ。

438 日本の検討

今は過渡期なのかわかんねーけど、**司法制度改革**はどのように考えるべきか？ってせっかく現在進行形のネタがあるから考えてみようぜ。もちろん、日本が「縦構造」だっていうことを踏まえて。

状況 司法制度改革の三本柱の一つ：「国民の期待に答える司法制度」という名のもとに、具体例としては
①裁判官の給源の多様化・多元化 ②指名過程に外部の声を入れる ③市民参加・裁判員制度
などの改革が行われた。いずれも、日本の「縦構造」とのミスマッチでは？

ここでの参照は、Ingram Weber, “The New Japanese Jury System: Empowering the Public, Preserving Continental Justice,” 4 East Asia L. Rev. 125 (2009)です。

彼はダマシュカの理論を用いて、**裁判員制度**が日本の縦構造制度に適した、調和のとれた制度と評価している。日本が縦構造、というのは、下級裁判所の判決が上級裁によって「覆ったり」することや、そもそも裁判官の統制は、その教育や、出世ルートなどのあらゆる方向性から画一的に決まっていることなどから、少なくとも司法の場においてはそうであることが分かるよね。

この場に「裁判員」が入ってくるのは、一見するとこの画一的判断の体系をぶちこわしそう。しかしそんなことはないらしいんだ。

実はこの裁判員、入っているのはいいけど裁判官の決定を根本的に脅かす位置にはいない。だって結局最高裁とかにはこの制度ないわけだし。それにぶっちゃけど素人な人たちが招集されるわけだから、こいつらは裁判官に教えてもらいながらの判決作成になるわけで、そんな中で個性あふれるミラクル判決を出せるわけないよね。

じゃあ意味ないのか、といわれるとそうでもなくて、民主主義国家の中に縦構造を作るなら、もちろんそのトップの権力、決定には民主主義的な肯定プロセスが必要になるわけじゃん。

結構閉鎖的だった司法の場に国民の目を持ってきて、こんなもんかと納得させることには縦構造の観点からも結構意味があるんだよね。

まあ参照論文が英語で 50 ページくらいあったから、途中で断念してしまったのだが、ここまでの意見はたぶんそれに合致している…はず…。してなくてもまあいいよね。知らん。

440 古典的法社会学 パーソンズ

441 パーソンズ(Talcott Parsons、米、1902-1979)

パーソンズはアメリカの社会学者で、ハーバード大学で教鞭をとっていた人。**機能主義**の観点から社会システム理論を構築して、よくも悪くも 1960 年代の社会学に衝撃を与えた人ね。1970 年代になると若い世代を中心に反対する識者が結構出てきてたんだけど、彼の死後、再びパーソンズ理論への注目が集まったのだった。まあ支持されてたにせよ、支持されなかったにせよ、彼を出発点にして数多くの社会理論が出来上がったのは、紛れもない事実である。

442 パーソンズの着眼点

パーソンズは、ウェーバーの研究に親しんでいて、ウェーバーの、資本主義への法の関わり方の問題意識を受け継いでいたのね。ツルベックの研究(このノートの 38 ページ参照)での分析などに近いんだけど、この奥底には、ホップズ以下からの「自然状態」へ秩序をどうもたらししていくのかという問題があったのだった。まあウェーバーは資本主義の問題にも、このホップズの観点から「予見可能性」だとかの解を出していたんだよね、というのはいいよね！さっきウェーバーのところで書いたしね！大丈夫だよ！

まああれっす。「**秩序**」の問題は社会学の一つの根本的な出発点なんす。パーソンズにとってもそうだった。

彼もここから出発する。でもウェーバーのように、功利主義的人間を描きすぎた結果、有機的連帯を無視しすぎるような方向には彼は行かなかった。以上の分析をさらに展開した研究として、彼はより行為論的に、**原子論的**な個人の枠組みを超えた、一対一の戦いの中での合理性だけでは説明できない部分にもスポットを当てた、秩序の在り方を確かめようとしたのだった。

まあ彼は理論を作る時に、現実起きてることを無視したくなかったんだよね。功利主義的人間観では説明できないような事態がたくさん実在してるわけで、例えば希少資源なんかはホッブズの価値観から見れば絶対戦争で取り合ってるだけしか起きないだろうって感じなのに事実一定の秩序があるところがたくさんある。

「コップの半ばまで水が入っている。ウェーバーは『半分だけ空気が入っている』と言ったが、パーソンズは『半分だけ水が入ってる』と言った」

あるもん見ようぜ、それがパーソンズのやり口。そんな彼が作り出した秩序の形成の枠組みが、社会システムの理論なのでした。

450 社会システムの理論(パーソンズさん)

451 前置き

さてでは、パーソンズさんの考え方を説明していくんだけど、パーソンズのここからのお話は、彼が完成させようとした「**社会システム論**」と、その前提となる見方である「**構造—機能主義**」を混同しないように注意。システムと構造は、ここでは全く別の言葉である。システムとは、制度と訳されるように、一定の機能を持ったある種の「**単位**」としてのまとまりである。それに対して構造は、そういった社会を構成する単位間(単位、とは例えば個人など)の安定した「**関係**」なのである。ここを誤解していると、正直ここからのお話は七部のマジェント・マジェントを相手にしているかのごとく全て受け流されてしまうだろう…。

あと、彼に対する有名な批判が「無意味なほどに難解である」なので、カオスだと思っても気にすんな。所詮分からなくてもテストできなくて不可る程度だし。

452 自然状態から秩序へ①二重の条件依存性

二人社会での思考実験から、彼は秩序への道筋を探そうとする。

テキトーに二人しかいない社会を考えてみると、

①AとBは各自が**欲求**(主観的価値、効用)をもち、その**最大化**(欲求充足)を追求するのがふつう。

※レジュメにはこう書いてあるが、パーソンズはあくまで近代的合理的人間観を理論から排して、諸規範から距離を置いた理論化を図ったので、最大化だとか効用だとかいちいち言うのは不適切だと思ったりもする。ただ授業に遅れたので聞いてないからよくわかんね。むしろ、①—Ⅱ AとBは、それぞれ欲求をもって行為するだけで良いはずなのだが。俺は①—Ⅱを勝手に採用して話を進めます。でないとなんか納得いかないの。

まあとにかく、社会の中で行為する人間は、まず他人の様子をうかがうよね。つまりそのとき、

②各自は他者の行為についての予期(期待)を持つことになる。

そんなとき、ホッブズは対立すれば戦いだァー！！って話しを進めたけど、これはそもそも利益の最大化を求める近代的価値観からくる考え。パーソンズはもっと問題を一般化して、いや待ってもっと解決すべき問題があるよね？と言う。それが、「**二重の条件依存性**」(double contingency)の問題ね。

基本的にはさ、

③各自は、自己の欲求と他者の行為についての予期に基づいて、自己の欲求充足をもたらすような行為を他者にさせるように働きかける(自己の欲求充足に資する行為を促進させようとし、自己の欲求充足を阻害する行為を抑制しようとする)。

となるわけだけど、ここで自分は相手の考え<条件>を確かめるのを待ってる<依存性>、相手も自分の考え<条件>を確かめるのを待ってる<依存性>。そしたらさ、お互いに相手は何を考えてるかわかんない限りは、自分の行為を決定できないじゃん！

この**相互依存性**(interdependency)からくる問題が、二重の条件依存性だったわけ。



相手の行動を予期するのだッ！
エピタフはなくとも皆それを無意識に行っている。

453 自然状態から秩序へ②社会システムの安定条件

では、この社会システムの、二重の条件依存性を解消できるような安定要件はなんだろうか？という話になる。第一に、①A と B が**価値基準**を共有し内面化しているというのが必須になるよね。各自の他者についての行為の予期が正確化しなければ、安定した行動はあり得ないだろう。



参考：セッコにご褒美を与えようとする
チョコラータの図

そして、②共有価値に基づく各自の他者の行為期待が、相互に矛盾なく対応している「**期待の相補性**」の実現が(complementarity of expectations)必要になってくる。言葉だけだと難しいが、要するに、他者が自己に有利な行為をしたときの**報酬**(プラスのサンクション)とか、自己に不利な行為をしたときの**制裁**(マイナスのサンクション)を実施するときに、お互いにそれが報酬または制裁だと合致しているもので実施しないといけないよねってこと。だからその他者は「自己」の対応行為(サンクション行為)について、反発ではなくその正当性を承認することになるわけだ。セッコは好きな角砂糖がもらえたから、お互いにこれが「報酬」だと認識してたからチョコラータについていったんでしょ？報酬も制裁も、両者にとっての報酬・制裁でない限り相互行為って出来ないんだよ。罰を与えたいとき、(女王「おいてめえ…殴るぞ」)、それを罰だと思わない(俺「我々の業界ではご褒美です」)奴には意味ないでしょ？

こうして不確実性を減らしていくことで、相手の行為が見通せることになって、秩序がもたらされるようになるわけ。

454 合意による秩序形成：制度化・役割

期待の相補性の成立している社会において、規範的行為が安定的に実現されるとき、それを「**制度化**」と呼ぶ。制度化された社会において、特定の状況に特定の型の行為が、共有されている規範によって期待されているとき、それを「**役割**」という。今までの流れから、こういう状態を実現するのが、社会の中で秩序を実現する方法になると言えるよね。これをどうやんだよ？って考えたときに、システムが構造を作っているモデル、彼の社会システム理論が出てくるわけだ。

つまり、秩序のための規範その他の合意を得られるよう機能する、有機体的な社会構造が社会をまとめているんだとパーソンズは考えたわけです。こういう意味でパーソンズは、社会を有機体的に捉えている時点で構造主義だけじゃなくて**機能主義**でもある。中期は結構機能主義によってたらしいよ。

社会構造の構成要素

これは構造としての社会全体にも、家族制度、経済制度、法制度等の社会のサブシステム(subsystem)にもあてはまることだけど、まあ区分すれば社会ってもんは、

① **価値基準**(values) ② **規範**(norms) ③ **役割**(roles) ④ **集合体／集団**(collectivities)

こんな要素から構成されていて、その関係性の中に社会構造ってもんは見出されることになる。もちろん単位としてのシステムの中にも、こうした要素は存在し、関係してその中に構造を作りだす。

制度(system)やサブシステムの機能(functions)

そしてその構造をなすシステムたちが、

- ①**適応**：環境より必要な資源を収集し、システムに適切に配給する。
- ②**目標の達成**：目標およびその順位を設定し、目標達成に向けて資源、力等を動員する。
- ③**統合**：サブシステムの相互関係を調節し、他のシステムとの関係を調節し、他の機能を調節する。
- ④**維持**：構成員の行動が価値基準ないし規範に合致するよう同調を促し、逸脱を抑制する。

といった機能を果たすことで、社会の中に「合意」が形成されるというわけだ。この機能の実現のために特に重要な社会のサブシステムとしては①経済 ②政治 ③法 ④宗教 ⑤教育などがあげられる。そしてそれぞれのサブシステムの相互作用(例：政治制度から法制度へ：目標と執行；法制度から政治制度へ：解釈と正当化)の中で、機能は完成し、秩序がでかあがるのである。あくまで彼は有機体的に社会システムを見ている。生き物のように、それぞれのシステムが相互に関連することによって全体という大きなシステムが意味を持つのだ。

そして、手はしかるべきところについてるから手として働くように、「構造」がしっかりしていない限り、システムは機能しない。ここに彼の構造主義的な観点が浮かび上がることになるってのも注目しとこうか。

460 ルーマンの理論

461 ルーマン(Niklas Luhmann、ドイツ、1927-1998)

パーソンズの影響を受けた研究者の中に、**ルーマン**がいる。彼はパーソンズのもとで学び、「システム論」を展開する、そして「**自己産出性**」論を提言した。ここでは彼の理論について見ていこう。

462 ルーマンの理論① システム論

①システム理論

社会現象を(個人の行動ではなく)社会システム(下位システム)の作用としてとらえるのが、彼の提唱するシステム論である。

②複雑性と予期

彼は、人生には**複雑性**と**不確定性**がつきものであるとして、理論の選定にそれを組み込む。一人対一人でもそうだが、複数の人間の場合はますますそうであろう。それを克服するために、**予期**が必要だとして、他者の予期(何を欲し、どう行為するか)を正しく予期することが必要だとした。これはさっきのパーソンズの考え方を明らかに引きずっているよね。

③規範の複雑性縮減機能

で、**予期の確実性**をつくり出すことが社会規範の基本的な機能であるんだと彼は続けた。

社会規範に合致した予期(例えば、知人の家を訪問するのは日曜日の 11 時ないし 12 時半の間)に基づいて行動する場合、たとえ予期が実際に満たされなくても(相手が食事中であったりする)、非難される恐れなしに安全に行為できる。(「規範的予期」＝予期がはずれても自己の予期を変更しなくてもよい予期である。)

こうした予期の確実性が相互行為の基礎である。社会規範の妥当が社会構成員のために「複雑性を縮減する」機能を果たすことになるのだ。

④規範的予期の制度化

そして社会システムは、規範的予期を、個々の行為者の予期ではなく、**社会**の予期として定着させなければならない。「よそはよそ、うちのうち」理論は確実にあるわけで、それを脱していないと予期が確実なものにはならないかもしれないからだ。そのために、「**制度化**」が重要であるとルーマンは言う。「制度化」によって、あたかもすべての第三者が同じ規範的予期を持っているかのように想定して差しつかえなくなるというわけだ。

進んだ制度化の例として、契約、立法や裁判例などが考えられる。

⑤規範の整合的一般化—規範の三つの次元：内容・社会・時間

ただ、「規範」と言っても曖昧である。彼は内容についてもこれを明確にしようと、規範に三つの次元を考えた。

「**内容次元**」は、意味内容が言葉等によって同定される仕方に関するもの。

「**社会次元**」は、規範がどの程度社会の他の人々によって支持されているかに関するもの。

「**時間次元**」は、規範を明確にする過程、制裁等の過程にかかる時間等。

これら三つの次元全てにおいて一般化された規範が法である、と言うのがルーマンの考え方である。内容が決まり、その適用範囲も明確になり、サンクションの設定も行われ実力による制裁がいつでも利用可能になっているとき、そこにあるのが法であろう。

⑥「**認知的予期**」の組み込み

ここまで規範的な予期の話をしていたが、他の予期、「こちらが折れる」タイプの予期がある。信号青で渡るのは規範的予期。変更する必要ないけどこっちは違う。

違背に遭遇すればそれにあわせて自己の予期を変更することが予定されている予期は「**認知的予期**」と呼ばれる。それに対して、「規範的予期」の場合は、違背に遭遇すれば自己の予期を変更しないというわけだ。

例：新しい秘書に関する予期として、「①秘書の仕事ができて、②若くて、③金髪、④女性」のうち②、③、④、は認知的予期であるのに対して、①は規範的予期である。クビにできるか考えてみれば一発で違いがわかるよね。クビにできるのは明らかに、①の時だけ。裁判も似たような事言ってるよ。

463 ルーマンの理論②：法の自己産出性

さて、今のがパーソンズの理論におされてた考えなんだけど、他にも彼は、1985 年以降、法の「**自己産出性**」(オートポイエーシス Autopoiesis)という概念を強調するんだよね。

「自己産出」というのは、本来生物学の分野の概念で、自分の要素から、自分と同じものをつくり出すという意味であるのは英語一列でやったよね。もっとも、生物の場合でも、機械的に同一のものがうまれるわけではなく両性の要素が混合する過程で不確定性が生じるけど。

まあ話をもとにもどして、ルーマンによれば、法システムが新たな法規範を生み出す場合は、「**自己自身の要素**をもとにして」それを行うんだって。法システムが外界に反応して変化する場合も、決して外界の要素をそのまま法システムの内部に取り込むのではない。既存の法によって授權された範囲内で、既存の法概念や法規定にあてはまるように加工するんだ。

まあ何言ってるのかわかんねって言うこともあるかもなので、歴史的な流れもたどりつつ説明しようか。

まず、社会の分業化が進むにつれて、それぞれの組織やサブシステムの専門化が進み、**自立性**が高まるよね。

この発展にともなって、システム論の再検討も必要だという。ポストモダン社会においては、機能の分業化が進み、それぞれのサブシステムが特有の、高度に**専門化**された機能を果たすようになった。高度に分業化されているそれぞれのシステムが、さらに加速的に適応や分化を繰り返すようになったからこそ、受け身ではなく、他のシステム、そして環境に「積極的に」関わりながら、分化しつつ加速していく社会に適応して、広がっていくシステムの複雑性が手に負えなくなならないように、それを**削減**しないといけなくなったわけだ。

そのために、もちろん分業化が進んだから、どっかのシステムをそのまま受け入れるなんて無理。自分省察というか、積極的な**自己変容**によってこそ、その活動的システムの進化が成し遂げられるのである。

このようなポストモダン社会において、以前よりも複雑性がさらに進んだから、それを委縮させることもきわめて重要になってくるとは述べたばかりだが、そのために必要なのが、「**コード化**」という概念。社会システムの場合、システムは固有のコードによって、潜在意識的なレベルかもしれないが、対象を肯定的な価値と否定的な価値の二つに区別することが出来るだろう。他の学問と同じようにこの考え方は重要になってくる。

例えば法のコードは合法／不法の区別をする。(経済は所有／非所有；政治は与党／野党なんてね)

法・経済・政治・教育等の部分システムはそれぞれの固有のコードに従って作動し、相当程度の自律性を維持していることが暗黙の前提なのは分かるよね。

社会システムの基本的な構成要素は**コミュニケーション**である。そのコミュニケーションにおいて、各々の部分システムは違うコードを使う。法は(その他のシステムを含む)環境による影響を受けることがあるが、ある行為やコミュニケーションが法に当たるかどうか、また法として正当であるかどうか、を判断するのは法自体(そして法のみ)である。法は認知的にはオープンであるが、規範的には閉鎖的である、というわけだ。

464 検討・問題点

①システム論について

この考えについては、基本的に肯定的な評価がなされている。ただ…

・「法」の**概念が狭すぎる**のではないか。「法」といえるために、実力による制裁が必要なのか？

まああれだよな。「生ける法」なんて概念(築地の例思い出せ)に比べて明らかに法が厳しい条件にさらされてる。

・「認知的予期」と「規範的予期」の**区別**がどう決定されるか

認知的なのか、規範的なのか、はっきりしてる例も多いけど、曖昧なやつだってあるはず。むしろ曖昧だからこそ裁判になるんだろうが！！

なんて批判もあった。

②自己産出性について

こっちはさらに、評価が分かれている。カオスです。

・「法」の概念を合法／不法のコード化で定義することに対する疑問。

コード化っていう考え方は面白かったけど、これって交渉や和解等による紛争解決は「法」ではなく、「経済」システムの機能なのかとか思っちゃう、法の範囲を狭めまくりんぐなやり方なんじゃね？と。

・自律性／閉鎖的なシステムとしての法のとらえ方に対する批判

様々な社会システムの相互作用を軽視する。法を自律的な制度としてとらえる場合、法に対する様々なシステムのインパクト(input)も、様々なシステムに対する法のインパクト(output)も軽視することになる。ようするに



自己変容していこうとする時、スタンドも新しい力をもって使い手の前に現れる…

法律を**自閉させ過ぎ**だろてめえ！というわけだ。法としての正当を判断する主体的権利が完全に法に内在していると決めているということは、それはそれで問題だよねと。

・保守的／反動的な法制度の正当化につながりかねない。(概念法学?)

社会の要請をあまり反映しないのが正当化されるのはどうなのだろうか？

・西洋中心的な理論

比較的自律の高い法制度を持つドイツ等に対して、発展途上国等においては法制度が政治、経済、軍等のようなシステムと密接に関連しているってことをかなり無視しているよね。

470 パーソンの秩序とその条件の再検討：ゲーム理論の観点から

471 ゲーム理論

じゃあさ、ここまでパーソンズとかの、「社会の中の相互行為」から社会のシステム化を導き出す理論をやってきたわけだけどさ、もうちょっと別の観点から再検討してみたい。

相互依存関係、これを聞いて思い出さないかな？**ゲーム理論**ってやつをな！！ゲーム理論ってのは利害関係の異なる複数の経済主体の間に相互依存関係が存在する状況における意思決定のあり方を数学的に分析する理論だったよね。

(ごく単純化した)構成要素としては、**PAPI**…Players (行為者、プレーヤー)；Actions (行為)；Payoff (利得、利益)；Information (情報)というもの考えられて、Cooperative games (**協力ゲーム**)と呼ばれる主体間の情報交換、交渉、契約等による拘束を認めるゲームと、Noncooperative games (**非協力ゲーム**)という協力を全く認めないゲームの二つの類型があったのは大丈夫だよな。

実はこのゲーム理論が、**シグナリング**(signalling)、**信認**(reputation)、**コミットメント**等の、秩序の形成に関わる数多くの知見を法社会学にもたらしてくれる。

日本の研究者だったら、太田勝造の『法律』(東京大学出版会 2000年)等を参照に。本講義の資料だってさ。



472 ゲーム理論とパーソンズの理論のシンクロ率

社会的相互作用における安定的相互行為に関する研究(盛山)を参照してみよう。

社会安定のための、二人社会の場合の条件はこうだったよね。

- (1) 各行為者が相互行為においてそうでない場合よりも**大きな利益**を享受する
 - (2) その利益享受が行為者の間で相補的に充足されている(**期待の相補性**)
 - (3) 相互行為の追行が共通の規範に抵触せずそれによって指示されている
- (1)+(2)=二重の条件依存性 (double contingency)

均衡+均衡行動を指示する規範：この規範が役割規範となるというのがパーソンズの秩序に関する理論だった。

実はこのパーソンズの秩序モデルは、ゲーム理論における**ナッシュ均衡**に他ならないんだよね。

ナッシュ均衡(Nash equilibrium)

定義①「ゲームのプレーヤーが他人のとり戦略を与えられたものとして自分の利得を最大にするように行動しており、しかもそれがすべてのプレーヤーについて成立するような均衡状態」

定義②「他の人の行為(ないし戦略)の選択を前提として、自分だけ一方的に行為変更(戦略変更)をしても、より有利とはならない場合であり、かつ、そのことがどの人についても成り立っている状態」

473 パーソンズの秩序モデルの問題点

というわけでシンクロしてるところがあるのも確かだったんだけど、数学を用いてゲーム理論により解析をしていくと、パーソンズの理論の問題点が浮かび上がってくるんだよね。以下の問題を、順番に見ていくよ！

問題点① 何らかの秩序が形成されることの保証は？

問題点② 形成された秩序は本当に「安定」か？

問題点③ 期待の相補性による安定的相互行為の社会的望ましさが未定義

問題点④ 規範(法)が先か、社会秩序が先か？

474 問題点①秩序形成の保障は？(例①)

まずこれは、ナッシュ均衡の純粋戦略としての解がそもそも不存在の場合。例として、警察と暴力団いちごっこの例を考えてみよう。(例①)

暴力団…資金と手下数の制約からシャブ取引とミンボウ活動の両方に集中はできない。どちらかに集中する。

警察…予算と警察官数の制約から麻薬取締りと民暴取締りの両方に集中はできない。どちらかに集中する。

純粋戦略均衡の不存在

		暴力団の行為	
		シャブ集中	民暴集中
警察の行為	麻薬取締に集中	1 0  5	5  1 0
	民暴取締に集中	5  1 0	1 0  5

①で警察は 多数の検挙(10)、暴力団は少ない実入り(5)

②そこで暴力団はミンボウ集中へ移行。警察は少数の検挙(5)、暴力団は多数の実入り(10)。

③そこで警察は民暴取締集中へ移行。警察は多数の検挙(10)、暴力団は少ない実入り(5)。

④そこで暴力団はシャブ集中へ移行。警察は少数の検挙(5)、暴力団は多数の実入り(10)。

⑤そこで警察は麻薬取締集中へ移行。①に戻る。

この場合、**均衡点自体が生れない**。それぞれが手を変えていくだけで、永久にこのループから抜けられないのである。これがイザナミだ…。

475 問題点①秩序形成の保障は？その2(例②)



もう一個、秩序できるの？という事例がある。

これは「右側通行にしようか左側にしようか」って問題がいい例に。

これは、「期待の相補性が**複数存在**する場合」の例になっているのである。

行為者 A は右下の秩序、行為者 B は左上の秩序を求め、お互いに争うのは当然である。ここでは、社会秩序選択の争いが行われていることになる。何が言いたって、完成形となりうる、両立しない秩序がある時に話はそれほど簡単にはいかないよねっていうこと。

複数の純粋戦略均衡

		行為者 A	
		右側通行	左側通行
行為者 B	右側通行	1 0  8	1  0
	左側通行	0  1	8  1 0

例①：交通法規の右側通行か左側通行か：欧米と日英豪

ヨーロッパ大陸で車はなぜ右側通行か？というのは、多分に**経路依存性**(歴史依存性)の影響を受けている。交通量が少ないうちは別にこれで好き勝手やってもらって構わなかったのだが、時代が変わっていくにつれて、右側か左側かということで結構な摩擦が出来てきた。フランスでは貴族がどちらの道使ってたか…とかがそのまま通行の方向を決めちゃったし。

この場合、どちらが正しいとかないよね。正解とか言う概念がないし崩し的な決定って、こういう風に分かれる可能性が十分にあるわけ。

例②：アメリカ型経営と日本型経営

似たような例に、経営方法って問題がある。これは上の図とは関係ないよ。アメリカはすぐ首にするけどそれだけ実力主義で、日本は年功序列だってのはよく聞くよね。多少変わりつつはあるけど、これは基本的な傾向として残っている。

これって、「どちらが正しいの？」決まらないよね。市場経済原理に基づけばまあアメリカ型経営かもしれないけど、これは経済学じゃなく法社会学。ここでは、歴史的文脈に大いに依存する、秩序形成における二つ以上の解があるわけ。

まあそんなことにならないように早いうちに社会システムを作ろうぜって話じゃなかったのか？と思うからこれで批判するのはあれな気がするんだが…。まあとにかく次に行こう。

476 問題点②安定性、到達容易性は？(例③)

期待の相補性があっても(純粋戦略ナッシュ均衡が存在しても)、そこに至り難そうな場合はないか？というのが問題点その二。まあこんなケースを考えてみようか。右の図をみてほしい。

具体例に名前を付けるなら、「**清貧生活共同体**」とでも言えればいいだろうか？

こんな例があるのか分からないけど、とにかく二人の人物AとBは、それぞれの行動に依存した運命をたどるとしよう。

	行為 α	行為 β	行為 γ
行為X	1 5 1 0	0 0	1 0 1 5
行為Y	0 0	1 1	0 0
行為Z	1 0 1 5	0 0	1 5 1 0

今は、(Y・ β)の地点で、利益はあまりないが二人は清らかで慎ましく暮らしているのであった。

しかし、実はそれぞれに、市場に参加してお金儲けをするという選択肢があった。行為 α 、 γ と、行為X、Zがそれである。もしこれで二人が協力して事業をすれば、今よりもはるかに良い暮らしが出来るだろう。

ここで、

①清く貧しく美しい生活(Y・ β)をし合っている者は、一方的に態度変更して金儲けに走ろうとしても経験がないので一文無しになるし、友達を失い、今より悪い状態。相手も清貧生活共同体の同志に裏切られて、今より悪い状態になる。

②一緒に「市場に参加して」金儲け事業をすれば、相手の抜駆けによって儲けに差は出るが、双方とも「清貧生活」のときよりも圧倒的に豊かな暮らしができる

これでは、「絶対に裏切らない」って確信がお互いに持てるほどの、よほどの信頼関係が無い限り、ナッシュ均衡に到達することはないよね。もちろんそういうケースがないわけじゃないけど(相互協力ゲームもあるし)、そうでないケースの方がこういうビジネスが絡む関係においては一般的だ。これは一度ナッシュ均衡からずれると(清貧共同体になってしまうと)、二度とナッシュ均衡に戻りそうにない(ビジネスをする選択をすることが出来ない)例でもあるわけだ。

477 問題点③ 合意の秩序の社会的妥当性-社会的望ましさを基準としてのパレート最適(例④)

あとは、社会状態をどのように変革しても、構成員の**誰かが必ず不利になる**ときがあるんだよね。

ここで挙げる例は、アメリカ合衆国の刑事制度を念頭に作られた、もともとの「**囚人のディレンマ**」ね。司法取引制度を念頭に作られた理論だよ

簡単に言えば、お前の罪を仲間を売れば減らしてやろうって制度。

これになぞらえた前提が二つある。

前提①：自白をして、共謀者に対する証言を提供すれば優遇される(起訴免除)

前提②：お互い否定しても有罪になることもたまにある

さて、ではこの前提も踏まえながら、この囚人のジレンマゲームの結末がどうなるのか考察してみよう。

二人にとってはどう見たって、「否定／否定」がベストだよね。合計2年の刑にまで減るわけだし。でも、自分の得だけを考えて「非協力」のもとに最適解を選べば多分、二人にとって最悪の「自白／自白」、合計16年の計が生じることになるよねって話。どちらかがもしくはどちらかが不利になる時なんてのは、なかなか平和な鞍点が見つかりにくいケースになるんですよー。

ちなみに、ここで思うことがある。お互いに事前に話し合う機会があれば、結果は変わるだろうか？ということだ。これはコミットメントが決定に関する際の議論につながるね。でもまあ、一般的見解だと、「変わんないだろ」k」なんだよね。何故ならさ、ただ話しただけだったらさ、「こいつ裏切るんじゃないか？」という疑念が消せないよね。むしろ全力で「俺言わねーからお前言うなよ」って約束して、そこからの自分だけの裏切りってのが犯罪者同士ならば一番ありそうな結末だよね。

囚人のディレンマ1

		行為者A	
		自白する	否定する
行為者B	自白する	-8 -8 0	-1 0
	否定する	-1 0 0	-1 -1

478 問題点③ 合意の秩序の社会的妥当性その2(例5)

せっかくなので、今度はさらに裏切りまくりたくなるようなパターンにしてみたよ。
例えばこういうケースだと、社会的な見地からは(8、8)がベスト。ここがパレート最適な鞍点になるわけです。

でも絶対、お互いの決定がそんな鞍点に落ち着くことにはならなそうだね。今度は協力するよりもさらに、裏切った方が特になってしまった。

それだけではなく、このケースだと「裏切りあっても損はしない」よね。このせいで、恐らくどちらも「とりあえず裏切って、相手が裏切らなかつたらもうけもんだぜ」って判断しちゃうよね。そういうわけで、さっきの例よりもさらに裏切りの利益が大きくなっているわけだ。

ちなみに、ここから法が負うべき役割と注意が導き出せることに気付いたかな？

第一に、法の強制は選択肢の削除を行い、**裏切りの禁止**を求めなくてはならないってこと。パーソンズたちは何を言ってたんだっけ？「こういう決められない事態は避けるようにシステムを作ろうぜ」ってことじゃん！だから法の在り様もそういう風になるべきだね。そしてもう一つ、均衡秩序は社会的に望ましいとは限らないってことも頭に入れておこう。ここで犯罪者がうまいこと協力し合って得しても、別に社会にとってみればいいことないよね。

四人のディレンマ2

		行為者 A	
		協力する	裏切る
行為者 B	協力する	8 8	1 0
	裏切る	0 1	5 5

479 問題点③ 合意の秩序の社会的妥当性その3(例6)

これは**チキン・ゲーム**だね。暴走族たちが、オートバイで狭い道を両方から突進して肝試しなんてした時にこうなるだろうって感じ。

まあ社会的な富の最大化の見地からは(1、1)がベストだね。どうみても。

でも、ここでも均衡秩序は社会的に望ましい方向には行かない。(辞退、辞退)という毅然たる秩序への期待をいくらしたところで、暴走族の間の相互の期待は(参加、参加)であることは間違いないよね。参加しないイコールある意味での死なわけだし。彼らにとってみれば。

		行為者 A	
		辞 退	参 加
行為者 B	辞 退	1 1	-1 0
	参 加	0 -1	0 -1

仮に合理人同士であれば、(辞退、参加)または(参加、辞退)となるけど、暴走族個人としては自分が参加で相手が辞退するのがもっとも望ましいわけじゃん。

だからここから、こういう事態をもたらしなないようにする手段はないのかって考えてみよう。もう法がやるべきことは見えるよね。**選択肢の削除**、そもそものチキン・ゲームの禁止こそが、一番にやりたいことだ。

ではどうやるの？って話になるけど、まあ、コミットメント、中でもクレジブル・コミットメント(信用できる公約)を結ぶのは一つの手だよね。冷戦の日米原爆戦略とかが例だね。より小さい次元なら、独立した裁判官による国家権力の強制を伴う裁判制度+契約とかでこれは実現できる。

47A 問題点④ 「規範から均衡へ」か、「均衡から規範へ」か？

あとは、本当に規範がまずないと社会秩序は形成されないのか？って問題もあるんだ。

赤の他人同士の集団でも、価値観や規範意識の共有のない集団でも、多くの場合に(協力する、協力する)に「自ずから到る」と期待できる(**自制的秩序**)ことだってあるよね。

逆に、(協力する、協力する)の状態にあれば、その後になって「期待」や「予期」が生じて、徐々に、「協力し合うことは良いことだ」、という「規範意識」や「役割意識」が生じてくるのではないか(合理化、安定化)すなわちこれは、規範が秩序形成の条件であるとの主張(パーソンズ)に対する逆転した主張なのである。というわけで、そんな自制的な秩序の例を以下に挙げてみよう。

具体例：「殺しも殺されもしない戦争」(アクセルロッド『つきあい方の科学』ミネルヴァ書房、第四章)
塹壕を視察して回ったあるイギリスの参謀将校の記録によれば、「殺しも殺されもしない」やり方は、各地の塹壕戦によく見られるものであったという。

①目先のことを考えるならば、相手が撃ち返してきてもこなくても、相手に打撃を加えた方がよい。②こちらが一方的に攻撃を手加減した結果になるより、両者が裏切って本気で攻撃した方が得である。③相手が本気で攻撃してこないときには、こちらは裏切った方がさらに得である。④両方とも手加減することは、共に傷つけあうことより望ましい。この状況は、囚人のジレンマの条件を満たしているのである。(pp.76-7)

「... 突然一発の砲弾が落ちてきたが、どちらにも被害は出なかった。... 突如として勇敢なドイツ兵が胸壁に上がり、叫んだ。「本当にすまない。あんたがた、誰も怪我しなかっただろうね。これは俺たちのミスじゃない。あのばかたれのプロシャ砲兵隊のせいなんだ。」 「この... 謝罪は、... 信頼関係を壊したことに対する道徳的な意味で遺憾の念を表しているのであり、誰か敵に負傷者が出たかもしれないと心配していることの表れでもあった」

「手加減しあうことで相互に協調行為をとりあったことは、現実につきあいの性格を変えたのである。彼らは両方とも互いの幸福を思いやるようになった」

「塹壕戦では、儀式化された攻撃という構図は一種のセレモニーであった。... それは敵と味方の連帯感という感情や、敵も苦をともにする犠牲者であるという信念を象徴し強調するものであった」

「このように、これらの儀式は道徳的な拘束力を強化するのに役立ち、殺しも殺されもしないやり方の進化の基盤を堅固なものとしたのである」(p.91)

47B サンクションの影響、日本人の信頼度《補充》

さて、今までこの章 400 番台以降では、個人の次元を超えた一種の共同体的構造が社会ってもんを作ってることを述べてきた。その一つの実例として、最後に「**日本人のステレオタイプ**」ってもんを評価してみようと思うんですが、構いませんね!! 日本人のステレオタイプは、言ってみれば「**和**」志向、そして「**集団**」・「**共同体**」志向だよ。日本人と言えば、善良で誠実で協力的というのが一般論。まあ悪く言えば個性がなく、付和雷同で度胸がない。でも、そうしたステレオタイプに対する反証として、山岸俊男『社会的ジレンマのしくみ』(サイエンス社)のなかで社会的ディレンマ実験が行われている。

実験内容

実験対象は日本人、アメリカ人の大学生である。

ルール①参加者 4 人に、まず 100 円ずつを配布する。参加者は 100 円のなかから好きなだけ実験者に「寄付」することができる。しなくてももちろんよい。

ルール②一人の寄付は、そのあと実験者によって二倍にされて、他の三人に平等分配される。例えば 30 円寄付すれば、それは 60 円に二倍されて、他の三人はその等分である 20 円ずつを得ることになる。

この実験は、個人的合理からみれば寄付しないのが正解であるが、全員寄付しないなら全員 100 円だけで、し全員寄付すれば全員 200 円となるディレンマを抱えるわけだ。ここでこの集団の「協調性」が試される...

〈結果はこうだ!〉

なんと、日本人はアメリカ人より信頼感が低い(信頼度テストによる)みたいだった。日本人はアメリカ人より非協力的で、米人学生平均寄付額 56 円に対して日本人学生平均寄付額は 44 円だった。しかし、日本人は制裁の監視に弱いようだった。非協力(最低寄付額)への制裁の可能性の存在をちらつかせた瞬間、日本人も 70 から 80 円の寄付になった。だが、これはアメリカ人も同じだった。

むしろ、監視することで、差異がなくなったのである。

ここから、日本人の「集団志向性」は、個人的属性ではなく、社会構造の帰結であることが分かるよね。社会が個人を逆に規定するような反作用、社会化にも近いような方向付けの存在が、ここに示されているよね。



日本人が個人的に、平穩大好き、協力大好きというわけでは必ずしもなかったのだった

500 古典的法社会学⑦と⑧

さて、古典的な理論を勉強していくターンもそろそろ佳境に入りました。最後に大きく二つの考え方を見て、そのあとに総括として法システム自体の検討に入しましょう！めんどくさいが頑張ろうぜ！

①古典的な法社会学理論 7：ハート

②古典的な法社会学理論 8：ノネ&セルズニク

③法システム：社会構造と法の検討

510 古典的な法社会学理論⑦ ハート

511 ハーバート・ライオネル・アドルフ・ハート(Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907-1992)

ここでの議論は、**ハート**の主著『法の概念』による。

ハートは20世紀を代表するイギリスの法哲学者である。彼はオックスフォード大学で教授を務め、法実証主義の理論を発展させた。

彼はウィトゲンシュタインの影響を大きく受けており、言語哲学的な方法を法理論構築の中に持ち込んだことで有名である。

512 内的観点と外的観点：第一次ルールと第二次ルール(meta rule)

ハートの理論の出発点は、**オースティン**(J. Austin)の「法＝主権者の**強制的命令**」という考え方の否定である。

では彼の批判を見ていこう。

①命令説は、刑法にあてはまりやすいが、刑法などもそれを制定した人々に適用される。

②法には種々のものがあり、主権者の命令と解釈することに無理が生じるものも多い。裁判の管轄権ルールや手続きルール、立法の権能を定めるルールや立法手続きルール、さらには、人々に**権限を授与**するルールを、制裁を背景とした命令と解釈することは無理がありすぎる。

③慣習法のように、命令をした者を観念しにくい法もある

④「主権者」とは何か？ それを定めるルールってのは一体誰の命令なのか？

⑤命令者が自分自身を拘束する命令を出せるのか(自分自身を名宛人とする命令)？



法ってのはこんな「強制」だけでは決していない。それだけでは説明できない現象がたくさんある。

513 法の概念

そんなわけで、彼は強制的命令でない法の在り方を模索し、まず、ルールそのものを二つに分けて考える。

第一次ルールは、社会構成員が社会行為をする際のルールになる。たとえば義務のルールなど、社会構成員に対して作為・不作為を命じるルール(行為規範とも呼ばれ得る)となる。

そして**第二次ルール**は第一次ルールに「関する」ルールとなると彼は言う。

すなわち、単なる規範がそこにあれば万事オッケーなわけじゃなくて、そこには①**承認・同定**(recognition)のルールとして、第一次ルールを認定するルールと、②**変更**(change)のルールとして、第一次ルールを変更するためのルール、そして③**裁定・裁判**(adjudication)のルールとして、第一次ルールを適用するためのルールがあるんだということを彼は認識したのだった。

514 第二次ルールの必要性

なぜ、彼はわざわざこんな区分をしたのだろうか？って話だけど、もしこの世にあるのが第一次ルールのみだとしたらってことを少し考えてみよう。

その時、法ってもんはただの個々のルールの**雑然たる集積**にすぎない。そしたら体系性を欠いて、不確定(特定のルールの妥当範囲に疑義が生じた場合にも、決着すべき基準や手続がないもん)になってしまうよね。そんな手続きを踏めない法は静的でしかなく、社会の変化に応答的な意図的改善ができないことになってしまう。新しい事態、規範が曖昧な時に暫定的にでも決めてしまうことが出来なくなるし。

個々のケースにおいて、あるルールが侵害されたのかどうかの判定を終局的にする機関や手続が未決定だったら、決定一つするのに途方もない時間がかかっちゃうよね。裁判所が、裁判所法に基づいて、民事訴訟法や刑事訴訟法に基づいて判決を下すから、安定的に事件が処理されるわけじゃん。

そして、手続きの段階で、どれをどのように法に当てはめていくか方向付けができるからこそ、法は自己改善・自己修復していくことができる。全く新しい事態に適応していくためには、単なる規範に留まらない**可變的な手続き的性質**をもった法が必要だよね。

515 私見・法の可變性について

ここで、個人的に思ったことを。さっきのルーマン(460 番台)もそうだったんだけど、このあたりの人たちって、法に「時代に適応していく自己変容性」を持たせようとしているんだよね。

初期の法の定義では、法に規範的、圧力的性質は認めても、そこに進化していく概念を持たせることはあまりなかった。ここには明らかに、高度な経済成長に牽引された社会の加速に伴う、法の形骸化への危機感が感じられると思う。法には自閉性が必要ではある。しかし、ただの時代遅れでも困るんだよね。アイデンティティを持ちながらも、きちんと周り確かめて、進化していく法のイメージは、「こうあってほしい」という一種の願いにも支えられた、法が価値をもって生きていくための一つの答えだったのかもしれないよねー。

520 古典的な法社会学理論⑧ セルズニックとノネの「応答的法」(Responsive Law)

521 セルズニックとノネ

ここでの議論は、Philip Selznick [1919-] & Philippe Nonet [1939-], Law and Society in Transition: Toward Responsive Law (1978)より。

さきほど、第一次ルールと第二次ルールに類型したが、ここでこの二人が作った別の法類型を確認してみよう。彼らもハートもこうして類型を示すけど、両者ともに、「強制でないもの」を法に見ていたからこそ、こうしてそれを描こうとしているわけ。出発点は似通ってるよね。

522 法の類型論

第一：**抑圧的法**(repressive law)：「抑圧的権力の召使としての法」

先ほど否定された「権力者の命令」として政治的抑圧の道具となる法概念を、彼らは無視しない。

もちろん抑圧的法の概念自体は、善でも悪でもありうるはずで、権力者の政策の善悪に法の善悪は依存するはずだが、一般的には政治的抑圧の道具としてネガティブに位置付けられる。

なお、「権力者」の概念が民主主義における「主権者」を含むならばなおさら価値中立的たりうるはず。しかし、民主主義の場合は治者と被治者が自同性を持つため、制禦と自己制禦の同一化という問題も生まれてくる。ようするに、自分を縛るルールを決めるのが自分だから、甘くなるんじゃないかね？ってことね。

民主主義でもさすがに、「次にあのETC通った奴から100兆ぶんどれくらい以外皆ハッピー☆」なんて頭おかしいことは自分たちが得でもやらないけど、少しひねるだけで結構自分に甘くなっちゃうんだよね。だから国の借金はこんなことになってるわけで。

第二：**自律的法**(autonomous law)

話がそれたね。上のは割と恣意的に使われる法の側面を捉えたけど、「抑圧を馴致し自己自身の完全性(integrity)を護りうる分化した制度としての法」として、社会という外界に対して閉鎖的で、法独自の論理で動く法も彼らは見逃さない。

これは政治的バイアスなどからは解放されているけれど、悪く言えば、社会の二重から隔絶された「法の世界」に閉じこもった自閉症的法概念で、概念法学や、ウェーバーの「形式的・合理的法」に近い。

第三：**応答的法**(responsive law)

そして、ここからが彼らの理論の真骨頂。王様の法でも、ひきこもりの法でもなく、「社会的必要や願望への応答を容易にするものとしての法」だってあるだろうと彼らは言うのだ。二人はこの法が望ましいと言ってるよ。社会の人々の要求に適合した法システムとなるために、法を柔軟に運用し立法する、そのような法システムを「社会のニーズに応答する」という意味で応答的法と呼ぶわけ。法は社会を制禦する道具でもありつづけるので、法による社会制禦と社会による法の選択が共存する、いわば**社会と共進化**する法システムといえるから、社会に対して適応型の法といえるね。

ウェーバーの「実質的・合理的法」に近いのではないかとはいえる。

523 各類型の法の具体的属性

ではそれぞれの法について見ていくことにしよう。

①抑圧的法：既存秩序の維持を目的とするから、その正当性は**社会防衛**であり、「2次の統制」機能(統制する者を統制する機能)は小さい。デュルケムの言ってる社会的事実としての法とか、フェミニズム法学とか批判的人種論が捉えている、格差固定とか権力固定、社会の現状維持のための法に近いイメージだろうか。統制者

の裁量は広範かつ**恣意的**で、法は政治権力に従属し、批判的再検討は禁圧される傾向がある。当然、法の解釈は便宜主義的になるよね。上に都合のいいように解釈されちゃうわけだし。

②自律的法：構成員や制禦者などのアクターの社会行為の正当化を目的とし(**法的正当化**)、法自体の正当性については、法システム内部から正当性が調達されるが、それは主として法定手続の経路による「手続的公正」による。誰がトップに立ってようがそいつに影響、支配されることはないので、「2 次の統制」機能は大きく、よって統制者の裁量は狭くなり、法は政治や社会から隔絶される。社会経済心理的事実(立法事実)に基づく批判的再検討は「政策論議」「立法論」として顧慮されないが、法内在的論理による批判は認められる。法の解釈は**形式主義的**になるよね。

③応答的法：「応答的な制度は、社会的圧力を、そこから知識と自己修正の機会とを汲み取るべき源泉と見る」法の目的は社会構成員らの能力の発揮のための**インフラストラクチャ**となること。法の正当性は実質的正義に由来し、従って社会経済心理的諸事実(立法事実)によって社会的な正当性の付与を受けることになる。「2 次の統制」機能は大きい、法定ルールのみによる 2 次の統制ではなく、統制者の裁量に対する立法事実や政策的合理性などによる統制の形でなされる。**道具的法**の位置付けなので、社会的必要に応じて多様なルールを法システムに取り込む(インセンティブ・ルールなど)。法と政策の境界が曖昧化され、一部統合される。

よって、法の解釈は**目的論的**になる。

レジューメには、「自律的法の閉鎖性の扉を開き、開放性を持つと、行政的政策形成過程、政治過程と類似してくる(抑圧的法に近づく。準則の権威は弱められ、裁量の幅が大きくなる。抑圧的法の場合は、機会主義的便宜論と道具主義が強くなる)。

抑圧的法となることなく、か



法にも成長性—Sを持たせたいわけですよ。スタンド同様に。

つ、自律的法の自閉症を避けるため、そしてしかも、政策形成的政治プロセスの一部という単なるもう一つの省庁とは異なる司法の独自性を維持するため、応答的法はそのインテグリティを維持しつつ目的合理的な法形成・修正をする。形式的・合理的法(自律的法)と実質的・合理的法の中間のプラグマティックな法概念。⇒社会変化の激しい時代の法は応答的法たらざるを得ないのではないか」

と書いてあるけどさ、これって実は、さっきのハートの理論の最後に書いた私見と似通ってることに気付くだろうか？自律的法は閉鎖的で、下手すると時代遅れになる。もちろん抑圧的法みたいにただのオモチャになっちゃったら法はおしまいだけど、それでも現代の時の加速の中で、ある程度の**裁量**を法に内在させる必要が、自己進化機能を付ける必要があるっていう言い方であらわされてるんでしょ？

結局、同じ時代に人は生き、同じ社会を見ているんだからさ、問題意識も似通ってくるんだよね！

524 立法事実と判決事実

では話は進んで、その応答的法が反応すべき、社会が必要としているものはどのように把握すべきか？と言う話になってくる。ここで、社会の中の実際を見ていかないといけなことになるわけだけど、その判断材料たる「事実」に、立法事実と判決事実と言う概念の区分けがあることを覚えておこう。

立法事実(legislative facts)とは、法律を定立する場合の基礎を形成し、それを支えている事実のことになる。それに対して、**判決事実**(adjudicative facts)とは、係属事件の解決だけの目的で確定されねばならない、法適用の対象たる事実になる。

要するに、ルールを作りましたって時に、「そのルールを作るのが正しいのか」って根拠になるのが『立法事実』で、そのルールの要件に合致してるかどうかが『判決事実』ということになるわけ。

例えば、人を酩酊させる飲料の販売を禁止する法律が制定され、この法律の下での事件の争点は、ある飲料がはたして人を酩酊させるかどうかという「判決事実」である。

でもここで、仮に 3.2%以上のアルコールを含有する飲料の販売を禁止する法律が制定されたときは、3.2%の基準が公衆衛生・公衆道德の維持に合理的関連性をもつかどうかという「立法事実」が争点として争われることになる。

525 立法事実の必要とされる場合

じゃあいきなりなぜこんな区分をしたのか？ってわけけど、

①立法府のみならず、**裁判所**が法の創造・法の修正を行う場合(法の欠缺、法が多義性、法の曖昧性、非合理・不当な先例や法条をなんとかするってケースはよくある)

②法律の政策が反復する社会の事実状態に適しなくなったときの**立法**や**法改正**の場合

③法律の合理性が社会状態に依存しているとき、その社会状態が変化したときに、立法や法改正をする場合
こんな時には、判決事実は問題にならず、立法過程および司法過程での**立法事実の顧慮・尊重**によって、法が「応答的法」となるからだよね。

例：水俣等の公害訴訟、過労死判決、などなど

裁判所が仮に「判決事実」だけを重視してたら、社会のニーズに合わせて、立法目的に照らして古い法律を拡大解釈！なんてことは出来ないよね。コンプガチャが規制されたのだって、景品規制法の「絵合わせ」にあたるからって理由だけど、ぶっちゃけ絵合わせに「あたる」っていうより「あたらせた」んでしょ？こんな風に「立法事実」を重視してない限りはたぶんこの問題だって規制できなかったはず。

526 検討・問題点

彼らの議論についての問題点は、彼らの使う言葉を丁寧にチェックしていくと見つかる。

基本的に寛大・開放的で、偏見のない用語を中心に議論は進む。例えば responsive(**応答的**)や、open(**開放的**)、adaptive(適応的)とかね。

でも responsive law = purposive law (**目的**のある／**目的**にかなった法)って言葉が出てくるとき、じゃあその目的はどこに求めるべきかって問題が当然に出てくる。

これに対してのセルズニックとノネの答えは、かなり規範的なんだ。「要求される目的には**個人主義／多様性／解放性**／意見の**相違**および意見の**対立**の尊重を含む civility:**市民社会の実現**を考慮しないとイケない」と彼らは言う。「目的のある法は「最終目的の理念」ではなく、「**責任の理念**」(ethic of responsibility)に基づいているため、civility の実現に貢献する。自分の利益だけではなくて、様々な利益や対立する価値観をも考慮しなければならない」とのこと。

つまりまとめると、反対意見を抑圧することなく、様々な意見に耳を傾けることこそが彼らのよしとする応答的法の特徴なのである。この考え方は、当時のパークレーの考え方を反映して、理想的なイメージである。思想・信条に幅広い自由を認め、規制に消極的である。

だが、そうして認めるたくさんの物の「そのなかで何に」応答するかが問題となるのではないかな？十分なチェックが出来ないそんな方では、開放的ではなく、むしろ反動的なアプローチにもなりかねないのではないかな？という批判が存在しているのであった。

まあありていにいえば、みんな違ってみんないいが前提の議論になっちゃってるけど、社会に秩序をもたらすっていう機能自体が、それと相反する部分、「これに合わせろ」的な性格を持つんじゃないかっていうことなのかもね。

530 法システム：社会構造と法の検討

531 非-法的制度と法制度の相互作用の社会構造モデルの試み<法と社会>

さて、古典的試みの最後に、法と法以外の精度の相互作用をモデル化しようとした例を紹介してみようと思う。簡単な例としては授業の一致版最初にも言ったりしたんだけど、もっと複雑なモデルの話をしたみたい。

複雑なモデルの試みとしては、

① 図表 1-2 法システムと法過程(六本『日本の法システム』(2000年)、p.9より)資料②参照

②パーソンズやボハナン(Paul Bohannan, The Ethnology of Law (1965)に基づいた、エバン(William M. Evan, Social Structure and Law (1990)(p.51)をベースにした図表 1 (Social Structure Chart,資料③参照)

が挙げられるかな。

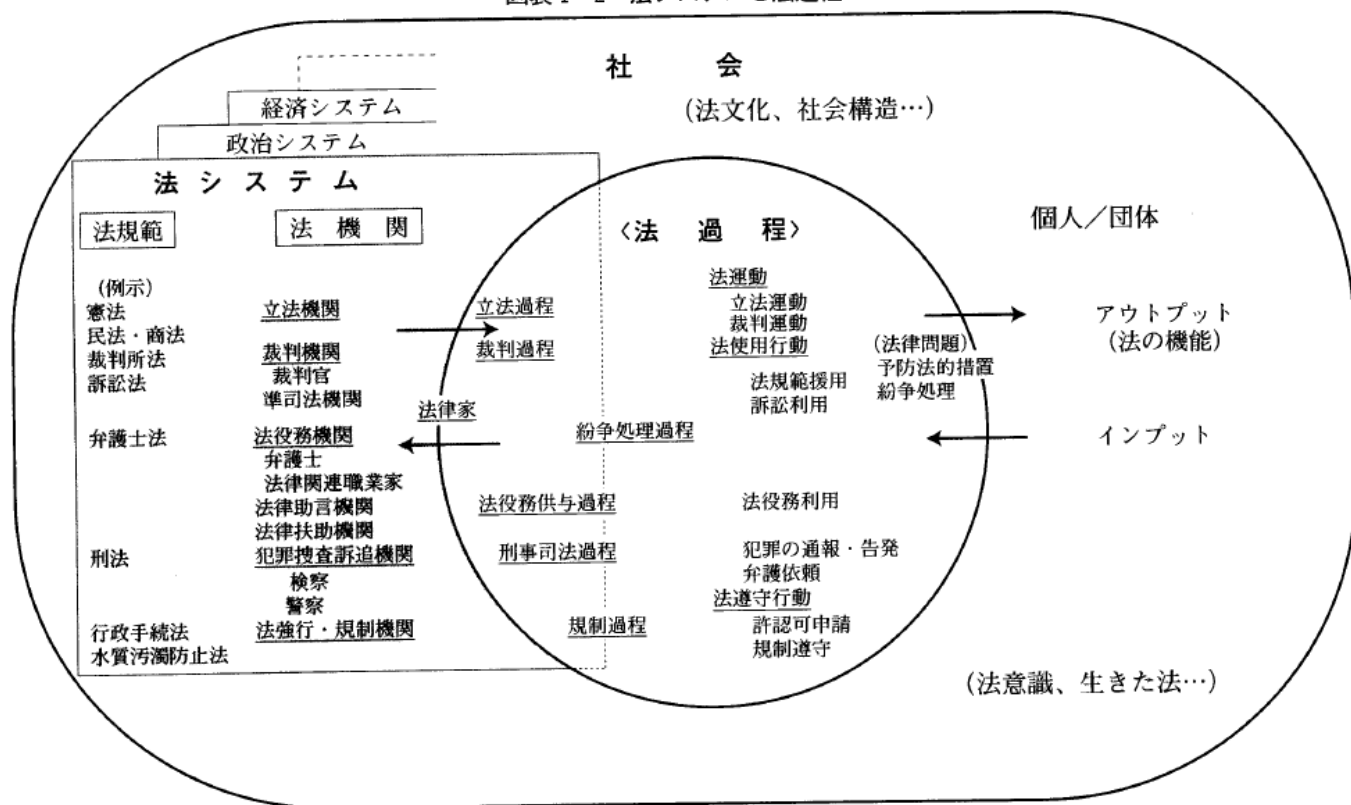
法規範には、制定法から、個人のレベルでの法意識(生きた法の話の思い出せ)までいろいろあるよね。法機関だって裁判機関から立法機関、犯罪捜査(検察・警察)も含む広大なもの。

法過程で考えても似たような複雑な体系を踏まえている。

ようするに、法システムって詳しく見てみればかなり複雑怪奇な感じなんだよね。

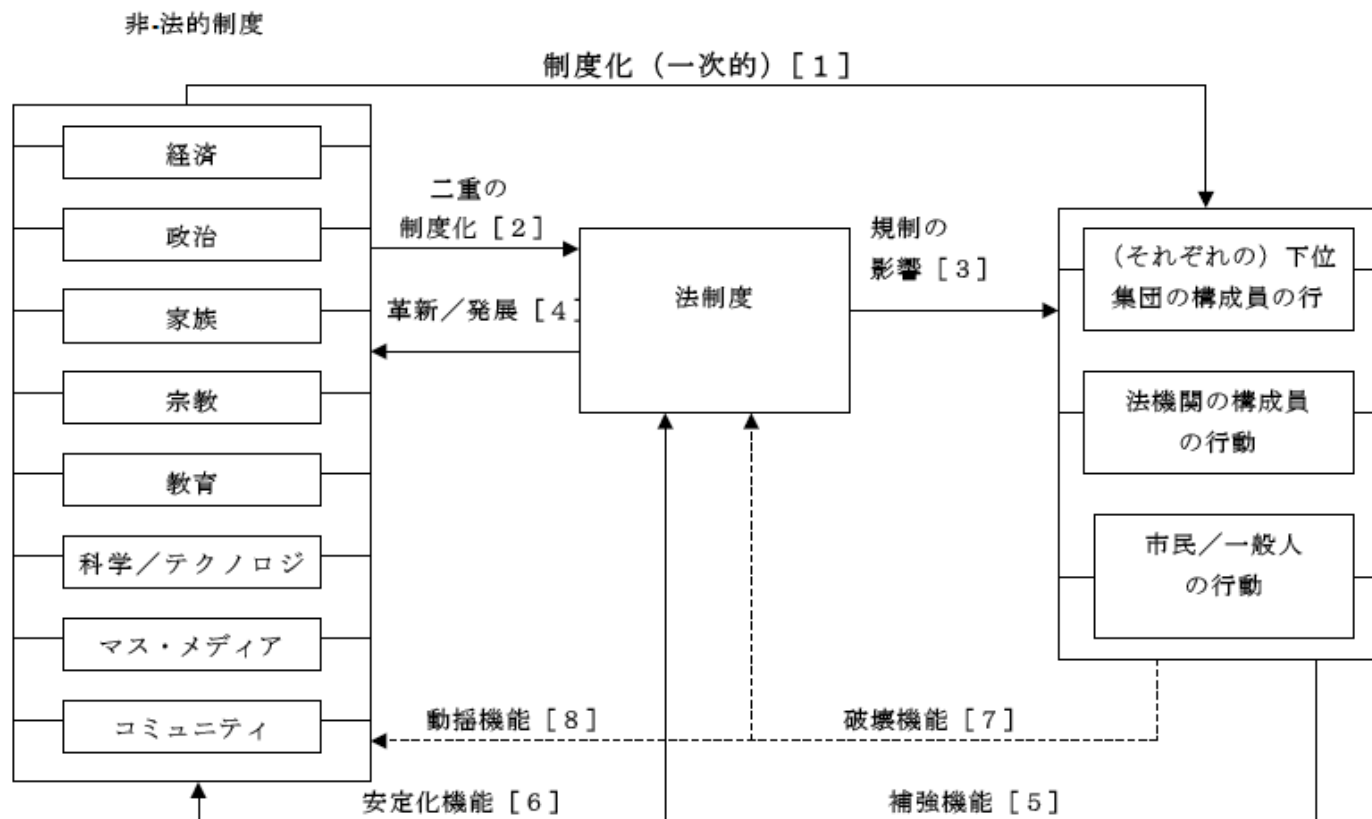
せっかくだし図を次のページにのっけることにしよう。

図表 1-2 法システムと法過程



↑これが試み①の方の図になるね。個人や団体に対しての法の作用と、他のシステムに対しての法の作用を、次元を分けて描写しているね。この中に書かれているだけでも大量の要素がある。

図 1：非-法的制度と法制度の相互作用の社会構造モデル



今度は試み②の図。こっちだと細かい機関名は省略されてるから、要素の数からみるならたぶん上のやつよりも簡略されてる。でも十分カオスだよ。矢印が分かれたり、循環したり、とにかく社会ってもんは簡単にモデル化できるもんじゃないことは良くわかる。

532 非-法的制度の類型

まあここで、法とそれ以外の関係を見るんだから、当然法システム以外のものも見てみないといけないよね。例えば経済、政治、家族、宗教、教育、科学・テクノロジー、マス・メディア、コミュニティ等もういろんなレベルの、法ではないシステムがあるわけね。

そして重要なのが、それぞれが別のベクトルで大きな影響力をしっかりとってることね。それはそのシステム内だけに留まらないで、当然法システムを含む他のシステムにも作用していく。

例えば、普通に考えて今のマスメディアとか強大な力を持ってる。某芸人に関する生活保護受給問題が高らかに報道されていたけど、これは明らかに立法へも影響を与えるだろうってのは容易に想像つくよね。

そもそも法ってのが社会に適応していくべきだと、概念法学的なものの見方が終わりを告げたこの時代に、法が他のシステムから影響され影響を与えていないなんてあるわけない。

533 機能の類型

そして法システムは社会の中で、様々な機能を果たし、また他の社会システムに機能されている。ここではその機能について、最後に少し類型化をしてみようか。長かった古典的理論もこれでおしまい。最後だし気持ちを入れて頑張っていこう！

〔1〕 制度化 (institutionalization)

規範を公的なシステム内承認を与えることで正当化すること。ただし、これはある集団内でしか効力を持たないことだってあるわけだから注意。よって、法的な基準よりレベルの落ちた「制度化」だってありうる。例えば寮のシャワーの時間の制限とかは、制度化されてるけど、制定法があるわけじゃないよね。

〔2〕 二重の制度化 (“double institutionalization”) : 法(国家法)による制度化(制定法/判決等)

これは、制度化を、さらに「法」によって再制度化して、その正当性を強化しているってこと。ただし、強化するってのは、制度が鬼に金棒状態になるために行うだけじゃなくて、「法がないと守れない」から二重の制度化でなんとかしようとしてるってパターンもあるよね。W黒魔法でメテオ使ってオーバーキルなのか、倒せないから全力なのかは分からない。

〔3〕 規制の影響 (regulatory impact)

法は何かを「規制」することがあるシステムだから、当然その規制が何らかの行為、システムへの影響を持つことはあるよね。規制は直接的ではなく、間接的に及ぶことだってある。まあどこまでを間接って言うのかも一概には言えないけど、バブルの崩壊とか、規制が予想をはるかに超えて間接的に日本全体に広がったようなもんじゃないか？

〔4〕 革新/発展 (innovation)

例えば新しい法をつくるきっかけを与えるだとか。法はここで決してただただ受け身ではなく、逆に法改正によって革新が起きるケースもある。エコを支援する法が、新たなイノベーションへのきっかけになることもある。

〔5〕 補強機能 (reinforcement function)

他からの影響が、法制度をより強化していく動機づけになることもあるよね。

〔6〕 安定化機能 (stabilizing function)

法制度に対する動揺を防ぐような強化。補強と似たようなもんかな。関税法とかは「この法律なくなったら日本経済おじゃんだろ」という経済システムによる安定化機能を受けていたわけでして。

〔7〕 破壊機能 (subversive function)

補強機能とは逆で、これまでの法制度がおかしい、基準がおかしいんじゃないか？と問題提起していくことだってあるよね。経済システムの話が続ければ、アメリカは逆に自由経済だ自由経済だとして日本の関税のかけ方に文句言って法律を変えさせてるわけで。

〔8〕 動揺機能 (de-stabilizing function)

破壊とまではいなくても、その安定化を揺るがすようなケースだってあるはずだ。この法律は本当に必要なのか？廃止の必要は？破壊とまでは行かなくとも、立法側に影響を及ぼす例は珍しくない。

前提

最後になるけど、まあこの機能、他のシステムからの影響ってもんを前提にしてるわけで、そういう意味でこの法社会学ってのはスタート地点から完全に概念法学だとかからは一線を画しているってことはもう何回も言わなくてもいいかな！これで古典的理論の話はおしまい！

ということで、後半戦に続く…！！！！

600 経験的法社会学の研究手法

ここの欄は、『法社会学の新世代』第1章参照。今までの章では理論中心で古くからの学者とかの話はずっとしていたけれど、ここからはより実践に近い研究の手法について勉強していくことになる。

610 研究対象について

611 概観

参与観察の観点から法曹養成制度改革に関する考察を具体例を中心に述べているのがこの『法社会学の新世代』なんだけど、ここからフットさんが言いたい具体的な方法論の前に、まず法社会学が取り扱う「モノ」自体が実はものすごく多様で複雑な事象だってことをまず知っておこう。

612 法現象の多様性

研究対象としての法を考えたときに、実は**法現象**ってもんがものすごい多様性を持って居ることに気付くと思う。

①立法過程

たとえば立法過程において。この観点は意外にもこれまで法社会学の「外」にあるものだと思われていたんだけど。立法一つとっても、どんな政治集団がどんな圧力で制定へ圧力をかけたのかによってだいぶその効果って変わってくるはずだね。

②立法の効果

立法の効果についても、意図された効果としての抑止効果や教育効果だけでなく、意図されてない効果もあるはず。サンクションを伴わない法は効果があるのかという問題もある。例えば「努力義務」なんて項目がいい例になるけど、そういう強制力に欠く法律に効果があるのかについては見解も分かれている。効果研究は実はとってもめんどくさ…奥が深いのである。サンクションがあると逆に違反を誘起するなんて調査もあるくらいだしね。例えば「死刑になりたかったから人を殺したんだ…」なんて事件あったよね。



少し見ただけでは全く看破できないような複雑なもんが観察対象になってるんだ

③民事司法過程：法使用行動

これは法意識にも結構関わっているんだけど、大きく分けて三つの観点で、紛争行動について調べることが出来る。法使用行動ってのは、民事の問題を処理するために人々が法を利用して請求を行い、他者との関係を決定づけようとする行動のことね。ということで3つの観点。

問題経験…これが少なければ訴訟が少ないのは当然のこと。ここを調べて、もし本当に少ないのなら、日本は訴訟率が高いっていうよりはただの安定化社会だったぜってことになる。

相談行動…また、その問題経験があった場合、それをどう解決したかも調べられる。友達に調べるとか弁護士に調べるとかね。もちろん問題経験がなく相談行動をすることもあるけど。

訴訟行動…訴訟者や代理人の弁護士の動き方も調べられるよね。

④刑事司法過程：訴追・弁護行動

これも伝統的なテーマだけど、警察行動・検察行動にだってアプローチできる。刑事につきっきりで調べたり…。ただ検察は結構閉鎖的で調べるのが難しい感じだったらしい。まあだから村木さんの事件とかが起ったのだと思うけども。言うまでもなく最近の注目をあびているのは、**裁判員制度**だね。もちろん誰が裁判員か、とかは秘匿されるから、経験者を対象にして調査をするのはなかなか珍しいんだけど、裁判員経験者が会を立ち上げたりしてるし、そこから調査は出来る。ただし、そのネットワークに積極的にコミットする人と、思い出したくないといってコミットしない人では思考パターンにかなり違いがあるとは思うけど。

例えば裁判員制度で調査したいことと言えば、日本人は、特に目上の人の前ではなかなか自分の意見を言わないというのが通説。裁判官という専門家の前で皆言いなりになってるんじゃないのかな？なんてのは調べてみたいよね。

あとは、例えば刑事司法なんてのは、**社会全体の利益**に関わるものだから、国家が私人の訴えを待たずに行うもの、なのに事実上は被害者などの証言待ちで動いてるよねってことかな。そうすると、通報「する」行為に関する調査と、それが制度・社会的要因とどう関わっているのかなんかも気になってくることだよな。

⑤行政過程：行政行動

もちろん行政側のやることも研究される。伝統的な日本の法社会学では、その中でも「規制」にスポットが当てられていて、規制対象者に対してどのような規制が行われているのかが研究されてきている。また、上から下への規制活動として行政を捉えるだけでなく、国民が行政を動かしている現象として観点をずらして研究をすすめる見方も出てきている。

⑥裁判過程

裁判所も同じく。ただこちらへんは授業中には扱えるか微妙かも…。日本では裁判官の中にアメリカ風に言えば「ブロック」が形成されることはあんまりないんだけど、それでも裁判官の判決形成の過程だとか、最近だったら裁判員制度も含めて研究対象にまるっとなっているのは言うまでもない。

⑦判例の効果：意図された効果、意図されなかった効果

日本では判例、特に最高裁の判例は、裁判官にたとえ法典化されていなくても、無言のプレッシャーを与えている。その「見えざる力」についても調べる価値はあるよね。

⑧弁護士の研究

検察を調べるのに、どうして弁護士を調査しないことがあろうか。裁判過程の当事者として、研究対象になるのは当たり前の事である。

⑨法意識：訴訟意識、契約意識

法意識と言うテーマは日本で非常に長く研究されている。「日本における訴訟率が低い」のは、白黒つけたくない日本人の法意識を反映してのことだよーみたいな研究もあった。で、これに対して経験科学的な研究で反論したり肯定しようとしたりする動きは盛んに行われている。

620 経験的法社会学の方法

621 「経験的研究」の主な段階

①質問、問題、仮説等を立てる。②データを集める③データの分析、解釈をする、の段階で調査、特に経験的研究の調査は行われるわけだ。その中でまずは**問題意識**を持たないといけないよね。ここで問題意識っていうのは、大きく分類すれば、**調査目的**〈何のために調査、結果の利用法〉と**調査項目**〈何を知りたいのか、何を調べたいのか〉に分けられる。漠然としたもの(自分の興味、自分の経験、文献の研究等)から、だんだん具体的なものへしていくなかで、自分が本当に気になるものが分かるはず。だから、研究日記をつけてみることを薦めるよ。

622 問題特定にあたって

さて、問題を特定していくところから調査を始めていくわけだけど、まずいくつか気をつけることを。

①調査するだけの**意味**があるのか

どうせ調査するんだったら、描写のみ、または平行した描写(parallel description)のみで終わらないようにしたいのは当然のことだ。

例えば、日本のこれこれと、アメリカのこれこれ、ここが一緒に、ここが違う。終わり！って論文が未だに結構ある。でもフットさんに言わせれば、「だから何」。何故そんな違いが出てきたの？その違いはどのような影響を与えているの？違いによる摩擦は？その違いはどうすれば対応できるの？とかもっとその先までいこう。

②調査によって答えが出そうなのか

内的信頼性(internal reliability)

別の、独立した研究者がデータを再分析した場合、同じ結論に至る。最近、調査の生のデータを公開するように日本もなってきた。まあアメリカとかからの圧力を受けてだけ。そのおかげで可能になったのがこれ。

→これ無駄だろww
ってのはやめよう



外的信頼性(external reliability)

別の、独立した研究者が同じ実験(調査)を再現した場合、同じ結論に至ること。

まあ同じ調査でも、もちろん質問紙Aが「あなたは」で質問紙Bが「あなたと家族は」だったりするだけで結構変わりはするんだけどね。

内的妥当性(internal validity)によって、因果推論は適切であると、外的妥当性(external validity)によって、この結果は一般化できるものであると言うことが出来るわけで、こういう信頼性・妥当性を兼ねた事案じゃないと、それが答えだと「言えない」から注意。

623 調査概要の作成

じゃあ目的がはっきりしたら、調査の概要を作っていこう。

1. 一般問題

まずは、調査全体を包括する問題を設定しよう。ただし、ここで起こりうる典型的な問題点がいくつかある。例えば、質問が「生きるってなんだ」とか明らかに広すぎるとか曖昧だったら何も言えないし、信仰とかが関わってくるテーマだとそもそも「決められない」質問であることも考えられるよね。

2. 具体的な質問



もちろん気持ちだって大切だぜ

そうしたら、次に詳しく質問する内容を決めよう。ここで典型的な問題点はある。ここでも質問が広すぎるのは困るし、逆に狭すぎてもデータとして有用性が薄くなってしまう。質問が曖昧だったり、調査不能だとか、矛盾している場合もあるんだよね。あとはあらかじめ「結論」を決めたような質問の仕方もある。これは結構無意識にやっちゃってるんだけど、自分の思う結論が「出やすい」ようなバイアスをかけないように注意しよう。

3. 研究目的

で、その質問とか、調査をすることによって、一体最初に立てた問題にどう貢献できるのか?っていうことも明らかにしないとイケないよね。自分のやることがどう命題に結びついていくのかをよく考えよう。

4. 調査計画

調査ってのは理論をこねくり回すだけじゃなくて、実際の作業が必要になるもの。だから当たり前だけど、どうやって調査していくのかを計画していくことも、立派な調査概要の一部である。

以上のために：先行研究調査、理論モデルや仮説構築なども同時に進めていこう。

624 調査計画立案

ではでは具体的な調査計画を立てないといけない。ここが理論だけ考えてた前半戦とは根本的に違う所だよね。

1. 調査**目的**：何のために調査するのか？結果の利用法を考える
2. 調査**項目**：何を知りたいのか、何を調べたいのかを先行研究調査・理論モデル・仮説構築等に基づいて具体的な調査項目の作成に。
3. 調査**対象**：誰を対象の母集団とするのか？「大学生の恋愛」ってどうなの？って質問なら、東大生だけに聞くとか、まったくもって完全に絶対にまるで意味がないし、「東大生」はどう考えてるの？って質問なら逆に東大生じゃないとダメ、って感じにかなり調査目的に影響される。
4. 調査**規模**：どれだけ进行に標本抽出するかも考えよう。これは統計の知識も必要になってくるね。統計的に有為と言えるようなデータが得られるように頑張ろう。ちなみにトリビアの種の調査規模はいつも適切だったらしいぞ。基礎統計の小林さんが言った。
5. 調査**時期**：いつ実施するか(季節もの?)という問題だけど、時期によって人の考え方が変わるだろうっていうときには注意しないとイケないよね。例えば福島で原発の事故があった今、電力や核に関する考え方は、その前と比べて変容しているはずだし、その差異を無視するような調査の仕方はしてはならないよね。

6. **調査方法**：どのように調査するかだけど、たくさんの人に協力してもらわねえだしテキトーには出来ないよね。あとから「これ聞いとけばよかった～」とか言ってたらもうこいつアホだし。だから**予備調査**を小規模に行って、質問が適正とかを確かめるってのが一般的かな。で、その結果から得られた教訓を踏まえて、本調査を行って、その後に小規模に追跡調査(面接、質問票、その他)を行うのがまあいい感じなんじゃね？
- あとはその質問紙とかの回収方法や、データ入力・データ・クリーニングの方法だって考えないといけないよね。明らかにデータとしてありえない回答(弁護士に年齢聞いたら4歳になってたとか)を、はじくのかどうかってのも場合による。
7. **分析方法**：どのように集計し、どのように分析するかもしっかり考えようぜ。
- 単純集計を行うのか統計的検定まで行うのかなんてのは大事だよな。
8. **予算**：いくらかかるか、いくら使えるかだってはっきりさせとこう。こういうところがただの「理論」と根本的に違うよね。
9. **日程**：いつまでに終了するかだってそう。「実際の調査」に関わるものだとか心にとめておこう。

630 先行研究調査の必要性／意義

631 先行研究

先行研究・資料ってのは、学問的な著書・論文等以外にも、自伝、マスメディアの報道、公表された統計・データなど様々な形をとって存在している。もちろんめっちゃくちゃ役に立つのだが、これを恣意的に自分の都合のいいものだけ集めてたりするとちょっとまずい。ということで、この先行研究とかを調査にどう役立てるかについて話していくことにしよう。

632 「経験的研究」：「量的研究」(quantitative research) 対「質的研究」(qualitative research)

実は研究のやり方には、「**量的研究**」と「**質的研究**」という二つのやり方がある。

量的研究の典型的な方法は、質問票調査、統計その他の数量的分析、測定等。要するに、死ぬほどデータを集めることで、客観的で中立的かつ、推理と演繹に基づく客観的な信頼できる結果を出そうって方法。一般化可能で比較的安定した状況を前提にすることになる。

対して質的研究の典型的な方法は面接・インタビュー、観察調査や録画・録音等のいわゆる**エスノグラフィック・メソッド**による。こっちでは行為者の観点から見た行動の観察・分析を通じて、自然で主観的な「内側」の観点から、より豊かな情報、発見的で帰納的、一般化できないが豊かなケーススタディを行おうというわけだ。

こちらではどこまで一般化できるかは場合による。もとより動的な状況を前提にするのである。

まあ果たして二つの間にそれほどはっきりした境目があるのかって疑問はあるけどな。

633 「三角法」による調査の勧め

三角法ってのは「三つの観点があればよく分かるぜ」ってこと。

社会学では、予備調査と本調査で質的調査と量的調査を両方行う…など、異なる視点からの調査を組み合わせることで、より明確で信頼できる結果を得ようとすることになる。

- ・**データ三角法**：同じ種類の、複数のデータの蒐集(時間的、地域的、人的次元)(例：質問票調査)を行う。
- ・**調査者三角法**：複数の者による調査をする。

あとは研究方法三角法、理論三角法とか三角の作られる場所はいくらでも考えられるけど、とにかくこうした明確性、信頼性への努力を怠ってはいけないよということでした。

634 問題点

調査研究に伴う倫理問題として、**個人情報保護**など、**プライバシーの問題**や、承諾書・インフォームド・コンセント等の**手続き的な問題**もある。データを集める中で、勝手に個人情報やりとりされているかもしれないだろう。もちろん個人の名前とかは出てなくても、面接調査で答えた内容だとかアンケートに書いたこととか、そういうことを守る必要はないのか？という倫理的な問題が、この手の経験科学的な調査には常に付きまとう。

それに、直で得たデータと間接的に得たデータとの間にはもちろんふれがあるだろう。直接インタビューしたからこそ、回答者の回答をこえて見えてくるものがあるかも知れないが、このようなデータを周りからもどんどん集めてくるような研究の仕方をしている場合、そこのズレは関知されない。

具体例を通じて、様々な研究方法及びその利点や弱点・問題点を紹介する著書としては、Doing Fieldwork in Japan (Bestor, Steinhoff, Bestor, Hawai'i Univ. Press 2003)や、日本語なら『法社会学の新世代』、『チャレンジする東大法科大学院生』(太田編、2007年)が挙げられるよ。

700 具体的な社会調査方法

さて、ではここからは、より具体的なデータの集め方や、解析の手法について、具体的な研究例も交えながら説明していくことになるよ。途中フットさんが自分の研究話したくてたまらなくなったので、少し司法改革に関する研究に脱線するけど、基本的には調査のやり方のお話に終始します。

710 社会調査法の典型的な方法

711 ①面接調査

面接調査は、調査者または調査員が回答者と直接あって質問をして回答してもらう、予備調査によく使う方法である。非言語的情報も得られてインデプス情報が得られるし、回答に応じて質問内容の修正・追加を即応できるという大きな利点がある。

ただし、多数の回答者からは一斉に回答を得ることは不可能で時間と費用かかるし、複数調査員の統一が困難だという問題、文章で回答されないのが分析困難という難点や、調査者や調査員の影響の可能性など、調査者や調査員の主観的解釈のリスクが大きい。

712 ②観察／エスノグラフィック・メソッド

観察は、その名の通り調査者または調査員が対象者や対象たる社会現象を観察する調査方法(録画・録音の場合もある)。予備調査やケーススタディなどでよく使うのがこれである。

非言語的情報も得られてインデプス情報が得られるし、行動そのものを完全に観察者の立場で観察できる。面接長あのように被観察者に影響を与える恐れが少ない。

ただし外的視点のみなので、面接法と一緒にしないと、対象者が内面で本当に考えていることなどは分からないし、誤解してしまうリスクがある。その分調査者の知識と能力による差が出やすいし、面接法ほどではないとはいえ、観察者の存在が対象に影響を与えることは完全には否定できない。観察者への信頼によっては面接法以上の圧迫を与える可能性もゼロではないし。あとは録画・録音等に絡むインフォームド・コンセント等の倫理問題などもあるよね。

ちなみに参与観察では、対象のメンバーとなって観察調査を行う。



見ているなと思われると結構
自然なデータがとれなくなるんだよね

713 ③質問票調査

質問票調査は、調査内容を事前に質問項目として用意し、質問項目どおりに対象者に回答してもらう手法。比較検討しやすいし、複数調査員の統一に向いている費用・時間が比較的少ない方法である。ただしインデプスな内容を調べられないし、回答者の解釈が調査者と異なりうるといった問題ももちろんある。

714 ④その他の方法：実験等

あとは**実験**とかね。これは例えば、条件AとB以外は全く同じに調整した集団を用意して、それぞれに同じことを同じようにやらせる…そして結果に差異があるかどうかを確認して、そこからAとBと言う条件と結果との間の因果関係を測定する…とかいうやつ。

警官のパトロールのやり方とか、実際の社会の中でこういった実験が行われることもあるんだけど、結構こういうのは倫理的な問題に触れたりすることが多くて、すぐに実験！というわけにはいかないことも多いんだよね。

720 社会調査法：①面接調査

721 概要

面接調査ってのは、調査者または調査員が回答者と直接あって質問をして回答してもらうやり方のことね。コストと時間がかかるから、本調査向きではなくって、予備調査や追跡調査によく使う方法になる。

でも一口に面接調査と言っても、どう面接するかだとか、聞く内容だとかによってさまざまに類型することが可能。ここでは知られざる質問調査の世界に皆さんを案内しましょう！

722 面接の種類

じゃあ面接を区分していきましょうか。

①**定型面接**(構造化面接)

これは、あらかじめ決められている質問票等の内容に基づいて、各回答者に、同じ質問を同じ言葉でするやり方のことね。書かれている内容に関しては、全員から質問に答えてもらえる確実性があるから、研究目的や調べた

い項目・質問がはっきりしているとき、あるいは事実関係や特定した情報を得るのに適している方法になるよね。(closed question)例えば、「過去 1 年の間に、弁護士に相談したことがありますか」なんて質問があらかじめ決められていて、各回答者にそれに答えさせる…なんてやり方。

複数の調査員がいても、聞いている内容が多いんだから調査の標準化が簡単に出来るって意味で有効だよ。標準化がしやすいってことは、量的分析に向いているってことでもある。

ただ欠点としては、意見や感想とか自由な回答を求めるときにはあまりこのやり方は向いてないってことかな。例えば「相談相手の弁護士に対する感想はどういうものでしたか」って質問があっても、そこから「それってこういうことですか?」「こちらはどうですか」と聞いていくことが出来ないんだよね。定型面接では。だからそこから進んで、複雑な事柄の解明には向いていないということも言える。組織の説明だとか、構成員の行動の説明だとか、細かいことをどんどん追及していかないと分からないようなことは厳しいよね。

②非定型面接(非構造化面接)

こっちでは上のやつとは逆に柔軟なアプローチができる。回答者の回答・表情等に応じて、質問を調節したり、追加したり、変えたりするのが非定型面接のやりかたになる。

これはどちらかというと調べたい項目や具体的な質問がはっきりしない場合に向いてるから、予備調査等に使われることが多い。

予想していなかった回答に即時適応できるって意味では、追跡調査にも向いてるよね。

定型面接とは違って意見や感想・自由回答(open-ended question)を集めるのに適しているのは見れば一発だとは思うんだけど、その分、量的分析に向いていないんだよね。質問の内容がだいぶ変わってくるからね。ただし、非構造化面接でも、必須質問はかかせないから注意。完全に好き放題やってるわけじゃあないよ。

③半定型面接(半構造化)

これは上の二者の中道と言うかなんというか。主に構造化したアプローチで、大体質問とかも決まってるんだけど、標準的な質問に向いていない項目があったり、予想していなかった回答があった場合に、柔軟に対応するやり方ね。まあ非定型との差がぶっちゃけ微妙なところではあるけど、それは程度問題かな…。

まあ上記のやりかた三つのなかから、質問で知りたい対象が広いのか狭いのかを考慮しながら、好きなのをどうぞ。

723 質問の種類

この流れで質問の内容も区分してみようかな！

①必須質問

これは、研究目的からして、絶対に欠かせない質問のことね。基本的には質問内容もここから考えていくことが多い。まあ当たり前だが。

②類似質問

おもに必須質問に対する回答を確かめるために、同様な内容を違う聞き方にして聞き直すことがある。これを類似質問と言って、面接調査の信頼度を高めるために使われる。

③探求、確認のための質問

プラスαで、これも知れたらいいなあ程度で聞く質問や、今までの面接の内容の確認になるような質問もすることがあるかな。

④雰囲気調節のための質問

あとは、ウォームアップとして、緊迫した場面を和らげるため等の軽い質問もあるよね。たぶん高校入試の面接とかで、「今日は何でここまで来たの?」みたいなこと聞かれることあったと思うけど、それって別に交通手段にめちゃくちゃ興味があったわけじゃあないよね。

724 質問時の注意

ではここで質問を考える際、実際に行うときの注意も見てみよう。

質問文の基本は、回答者にとって明確で、分かりやすい質問を心掛けること。回答者の普段使う言葉に合わせた、曖昧でなく、難しくない質問をしてあげること。回答者のためだけでなく、それが自分たちのためにもなる。注意点としては、まず複雑な質問や難しい言葉、専門用語を避けることになる。分からなければどうしようもないんだから、言葉のレベルをしっかり調節することね。さらに言えば、たくさんの人に調査をするのだから、その中で誰にでもわかってもらえるような質問でないといけないのは当然。

あとは、ダブルバレル(double-barrel)になる質問を避けること。例えば、「就職先として、給与が高いことや有名企業であることは重要ですか?」という質問は、YESのなかに「給与が高いのが必要」と「有名企業で

あることが必要」が同居して、前者だけの人も後者だけの人も同じように扱われることになるから、あんまりよくないよね。

そして、公平な調査のために、**誘導的な質問**を避けること。「官僚の汚職が問題化していますが、あなたは公務員を信頼していますか？」なんてバイアス満点の質問はよくないね。同じように、質問の中に感情的な言葉を含めるのもさけるのが吉。出来るだけ主観を排して、先入観なく答えられるような質問を準備するべき。



質問を質問で返されるような曖昧な質問は絶対にダメだぜ

725 面接調査のコツ

もう少し話を進めて、聞き手として、良い調査を行うにはこういった態度が望ましいのかという話をしてみることにする。

良き聞き手になるためのコツとしては、以下があげられる。

割り込まない…途中で回答を遮られて、自分の回答を聞いてもらってると感じるのはよくない。

共鳴する…相槌を打つ、回答者の言葉をそのまま繰り返すなどして、「分かっている」聞き手をアピールしよう。

沈黙の利用…間も大切にすること。喋ってればいいというわけでもない。

デリケートな話題の扱い…良き聞き手としての態度は価値判断をしないで、とにかく理解を示すこと。

あとは事前に準備しておくべきこととして、適切な質問の順序を考えておくこと。質問の内容がだんだんこまかく、核心に触れていくような並びにしたほうが分かりやすいよね。

あとは、面接の時間や録音・メモの用意なんかは最初に考えとくべき。周到的準備、練習がいい結果につながるの、まあ常識的に当たり前のことですよね。面接調査も例外じゃないのです。

このあたりの面接法の参照は菅原・岡田編『法律相談のための面接技法』（商事法務、2004年）なんか役に立つかな。弁護士向けの、客にウケのいい話の聞き方の解説本っぽいんだが、三件しかないアマゾンレビューから無理矢理察した結果でしかないから間違ってたらごめん。

726 グループ・インタビュー

じゃあ面接調査の最後に、市場調査でよく使われるなんつーか面接調査の亜種みたいなやつを紹介するね。**グループ・インタビュー**って言って、これは予備調査にも有効なやり方。

簡単に言えば、5～10名程度のグループを一気に面接するやり方ね。なんか就活みたいだけど。まあ多人数がひな壇芸人状態になるから、当然司会者の役割は重大になる。問題提供とか話の運びとか、結構手腕が問われるよね。下手だと目も当てられない深夜のバラエティみたいになる。

このやり方のメリットとしては、お互いの意見交換により、予想していない視点や論点が出やすいことだよ。時間の節約にもなるし、「態度」だとか「意見」の調査にも有効だね。だって、なんというか一人では意見とか態度を表明できない人って結構多いじゃん？集団心理が働くし、結構オープンに言ってくれたりもするのね。ただそこからくるマイナスとしては、逆にオープンになりすぎて、予想していたより極端な意見が出やすいってのはあるかな。

だからインデプス調査に向いていないってのもあるんだけど、それでもたくさんの人数をまとめて面接できるのは、面接調査の最大の欠点である時間とコストの問題を解決に近づけてくれるから、このやり方は結構イカしてると思うよ。

730 社会調査法：②観察・エスノグラフィック・メソッド

731 概要

観察もしくは**エスノグラフィック・メソッド**ってのは、調査者もしくは調査員が、対象者や対象である社会現象を観察する調査方法のことね。そのままだったね。あ、録画とか録音の場合も含めての観察ってことね。ここでの参考は、『法社会学の新世代』の第2章だね。

732 方法上の重要点

では観察していくときの重要なポイントについてお教えしましょうか。

①**アクセス**のやりかた

観察って言ったところで、何の意味もなくふらふらと見たものをメモしていても意味がないのは当たり前だろう。何らかの方向性を持って対象にアクセスしない限り、調査からは何も得られないはず。

例えば、理論によるシミュレーションと実社会の違いを見てみる、日米比較してみるだとか、何か目的を持って観察を進めるべきだね。

内部事情を知ったゲートキーパー(案内人)と協力プレイして、外部からの観察と内部事情を照らし合わせるなんてのもいいんじゃないか？

②「**透明**になる」

観察者として重要なのは、なにより目立たないようにすること。これは服装とかそういう意味じゃなくて、調査されてると思われることによって観察される側の行動が変わったりしないようにするとともに、中立性、客観性を損なわないような調査の仕方をしないとイケないってことね。

とりあえず、観察したいその社会の一員になろうとすることね。これはこのあと取り上げる**参与観察**を含むけど。本当の研究目的を隠すことすら必要な時もあるよね。まあそのせいで逆に調査者の意識が観察者のそれに近づきすぎてしまうってのもあるかもしれないけど、それでも観察対象との信頼関係を築くのは何よりも重要。警戒されてたらまともで自然なデータが取れるわけないし。そういう方向に進むと、研究者であること自体を隠す諜報活動も視野に入ってくる。きっと生のデータは取れるだろうけど、もちろん**倫理問題**に絡んでくる部分が出てくる。同意を得ないといけない部分もあるし、一度同意を得たとしても最悪調査を止めなくてはならないような問題になることもあるから注意しよう。

733 データの蒐集・分析

さて、観察調査は自分の目で全てを確かめるような事態になるのだから、当然かなり膨大なデータが取れる。でも情報が豊富すぎるから、ここで重要な点の**識別**(カテゴリー化、コーディング等)がうまくできるかどうかがかギになってくるんだよね。

そのためにはやはり、頻繁にメモ、綿密なメモを取るだけではなく、メモやデータを定期的に整理するのが大事になってくる。

そしてそのデータから何か気になることがあったとしても、あくまで観察調査はぐいぐい聞きには行かないスタンス。そこで、そこから発展してさらなる情報が知りたいなんて時には、自分から聞きにいけない面接調査などとの組み合わせも重要なのは言うまでもないよね。

740 参与観察 および法曹養成改革に関する考察：法曹養成検討会等の経験に基づいて

741 概要

ここでの参照は『法社会学の新世代』第2章、「審議会の参与観察：法曹養成改革と不信」である。フットさんが東京大学に来たのは、実はブラックボックスと言われていたこの審議会の研究をするためだったらしい。わりとガチで。だからいきなりこんなのぶっこんできたわけなんだけど、ここでは観察法の中でも「**参与観察**」と呼ばれる、本人参加型の、自身も観察対象になる観察法について、フットさんが見てきた実際の法曹養成検討会などの経験を参照しながらみていこうぜっていうことね。

ただこのフットさんがノリノリなので、参与観察の方法ってより法曹検討会の検討の方がメインになっちゃってる感は否めないけど。

742 フットさんの問題意識

彼の問題意識は大きく分ければ、**審議会過程**に関する関心、**法改正・制度改革過程**等に関する関心、**法曹養成制度**に関する関心となるだろう。

法曹養成制度改革の歴史的背景については後で触れるとして、とにかくフットさんは日本のブラックボックス的な審議・改革過程に興味ありまくりだったのね。アメリカにいるところから。それで、それを知りたいから、なん

ここでは、フットさん自身の経験による知見(感想・印象かもしれないけど)から、審議会・制度改革過程についての考察を見ていくよ！このように**自身が観察対象の中に含まれる形**で調査をしていくやり方が、参与観察なのです。

とりあえず前提知識がてら、改革組織の構成を見てから、そこから思うことを述べてみることにする。

①国会、②司法制度改革審議会、③改革推進本部(内閣)、④法曹養成検討会、⑤(文科省傘下の)中央教育審議会の法科大学院部会、⑥(文科省傘下(当初)、法科大学院協会設立準備会傘下(その後)の)カリキュラム・教育方法検討委員会、⑦大学評価・学位授与機構法科大学院の認証評価に関する検討会議、⑧各大学における法科大学院設立委員会など。これを覚える必要はないと思うよ。

⑧各大学における法科大学院設立委員会：全員法律専門の学者と思われる

改革が実行段階に近づくほど視点が狭くなることは、ある意味で当たり前のことである。専門家に任せないといけな
いことをやるのだから、だんだんと専門的な話になってい
くだろうし、そうすると一部の人に任せざるを得ないだろ
う。むしろそこで任せない選択肢をとったらかなり混乱す
るのは目に見えている。

アメリカのこういった改革の場には、絶対に学生代表が呼ばれるし、日本の場合、こうした司法の人材を実質的に、事実上養成している予備校の人だって呼んでも良かったはず。もう少し、広い視野からスタートしても良かったんじゃないか？とは思う所になってしまったのです。



ギアッチョの見たような
斬新な視点が欲しいわけですね

さて、そんなこといってる間に、司法制度改革審議会(改革審)(2001 年 6 月)が、法曹養成制度の抜本的な改革を提案するのでした。どうも、他にも司法の場でやりたい改革はたくさんあるけど、他の改革を実現するために、**法曹人口の拡充**が不可欠である、という見方から、法曹養成制度の改革が最優先されたのだという。

「今後の社会・経済の進展に伴い、法曹に対する需要は、量的に増大するとともに、質的にも一層多様化・高度化していくことが予想される。現在の我が国の法曹を見ると、いずれの面においても、社会の法的需要に十分対応できているとは言い難い… 法曹の質・量を大幅に拡充することは不可欠である」

と、法曹の量も質もこのままじゃあ足りねえよという話だという。つーことで、司法制度改革の一環として、旧司法試験廃止！**新司法試験**とそれに伴う**法科大学院**の設立だあああ！ということになったのである。

745 法曹の量的・質的な「不足」

では具体的に、量的質的に「どう」不足しているのかということについて触れていくことにしよう。

・量的側面

「(法曹人口は)極めて少なく、我が国社会の法的需要に現に十分対応できていない状況にあり、今後の法的需要の増大をも考え併せると、法曹人口の大幅な増加が急務であることは明らかである」

つまり法的な需要は、社会が複雑になっていく中でどんどん高まってきたと。モバゲー金返せなんて、10年前じゃあ考えられなかったし。そんな中で既に法曹人口は足りてない。これからも法的な需要が増えていくのは疑いようがないんだから、もっと量増やさなあかんやろ、と。

・質的側面

「21世紀の司法を担う法曹に必要な資質として、豊かな人間性や感受性、幅広い教養と専門的知識、柔軟な思考力、説得・交渉の能力等の基本的資質に加えて、社会や人間関係に対する洞察力、人権感覚、先端的法分野や外国法の知見、国際的視野と語学力等が一層求められるものと思われる」

こっちのほうに分かりにくいよね。質に関する改革が必要となった背景についてもさっと触れることにしよう。

まず、ここ十年来、**法律実務の複雑化**が著しかった。知的財産権のように、他分野の専門知識が要求される法律問題の増加等、今まで通りのやり口では法曹がニーズに適合しないという事態になりつつあるのだった。

そして、合格率約3%という、従来の司法試験の狭き門が合格者の平均年齢約29歳という合格者の年齢上昇と、それに伴う予備校への依存を生んでいる状況の中で、合格者の視野が狭くなった、という懸念(「ダブルスクール化」、「大学離れ」現象)が存在していたのだった。

そんな中で、じゃあなんで法科大学院って話だが、旧来の法学部の享受は理論重視の人も多く、実務的な方向に明るくないというか興味ない人も結構いたわけで、従来の法学部の改正だけでは答えきれない、との見方が強かったんだよね。「これまでの大学における法学教育は、基礎的教養教育の面でも法学専門教育の面でも必ずしも十分なものとは言えなかった」なんて言ってるし。

そんなわけで、法曹の量と質を担保する機関が必要だ！となり、その結果法科大学院が誕生したのであった。

746 改革の概要：基本理念

「理論的教育と実務的教育を架橋するものとして、公平性、開放性、多様性を旨としつつ、以下の基本理念を統合的に実現するものでなければならない」と、以下の理念が挙げられたのだった。

- ・「専門的資質・能力の習得」
- ・「豊かな人間性の涵養、向上」
- ・「専門的な法知識の習得」、「それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力」
- ・「事実に即して具体的な法的問題を解決していくため必要な法的分析能力や法的議論の能力等」
- ・「先端的な法領域について基本的な理解」
- ・「社会に生起する様々な問題に対して広い関心」
- ・「人間や社会の在り方に関する思索や実際的な見聞、体験を基礎とする」
- ・「法曹としての責任感や倫理観」

まあ基本的には、見ていけばそりゃそうだろうという項目ばかりなのだけど、先の改革の背景を反映して、明らかに、「現代の多様な問題に対応していけるような**幅広い知識、応用力**」を持った人材養成を目指していることは想像がつくよね。要するに機械的な処理が出来ればいいんじゃないなくて、未知の事態もうまいことなんやかんや出来る(シャレではない)人が欲しいぜ！っていうのは分かる。

747 改革審による「法科大学院の要点」

さて、そのような基本理念のもとで作られた法科大学院であるから、以下のような要点を持って居るのは納得できることだと思う。

①多様性

「多様なバックグラウンドを有する人材を多数法曹に受け入れるため、…法学部以外の学部出身者や社会人等を一定割合以上入学させる」とあるが、これは明らかに、先の「幅広い分野に明るい」法曹を作り出そうとする理念と一致しているよね。要は法律って学問の中に自閉しているようでは法曹はだめなんじゃないかと思ってるわけだ。

②教育方法・内容

批判的分析能力、創造力、コミュニケーション能力等を養うため、「少人数教育を基本とし、双方向的・多方向的で密度の濃い」教育方法を行うとされ、ここでも単なる機械的处理能力以上の応用力が目指されているのはよく分かる。

教育内容に関しても、「具体的な教科内容等については、各法科大学院の創意工夫による**独自性**、**多様性**を尊重することとする」と投げやりな感じがするが、というか投げやりな感じしかないが、それでも多様性・独自性という言葉は先の理念と合致する。

ただし、「法曹養成のための教育内容の最低限の統一性と教育水準を確保」すると、あくまで最低限の枠組みはある前提で話をしているけどね。

③実務の重視

「実務上生起する問題の合理的解決を念頭に置いて」「体系的な理論を基調として実務との架橋を強く意識した教育」のため、「**実務家教員**」の採用を義務づけている。これも法曹がなんで欲しいのか？実務家が明らかに足りてねーからじゃん！というさっきの話を思い出せば大丈夫だね。

④学業専念義務：「厳格な成績評価及び修了認定」

(予備校に通わずに)「学生が…専念できるような仕組みとすることが肝要である」「(この)観点から、…修了した者のうち相当程度(例えば約7～8割)の者が新司法試験に合格できるよう、充実した教育を行うべきである」と、ここではせっかくこんな制度を作るんだから、その中で法曹がちゃんと養成できるようにすべきだと、アカウンタビリティとしての設置認可の審査、第三者評価制度も含めて、ここだけでなんとかなる！という機関としての法科大学院を完成させようとしたのだった。

⑤法科大学院の数：制限しない

「関係者の自発的創意を基本としつつ、…広く参入を認める仕組みとすべきである」としているが、法曹が足りなくて足りなくて震えてる現状なのだから、数の上限は設けなかった。

⑥新司法試験

ある意味これが改革の肝だったわけだが、受験資格を法科大学院の修了者(ただし、予備試験の道もあるけど)方とし、内容として「法科大学院の教育内容を踏まえたものとし、…知識、思考力、分析力、表現力等を備えているかどうかを判定することを目的とする」テストである新司法試験が制度として作られたのだった。これは、従来の司法試験の方式を大きく変える含みを持ったもの。

新しい法曹の在り方と、それを養成する仕組みを作った。ならば、国家試験の在り方もそれに合わせて変えてしかるべきだと言う訳である。④の項目に対応するかのように、受験資格が限定されていることに気付いたのだろうか？予備校なりにそれおいしいの状況を作り出したいんだし、この限定は論理的ではある。合理的かは知らない。合格者数も、「2010年ころには…年間3,000人とすることを目指すべきである」「なお、…法曹の数は社会の要請に基づいて市場原理によって決定されるものであり、…年間3,000人とすることは、あくまで「計画的にできるだけ早期に」達成すべき目標であって、上限を意味するものではないことに留意する必要がある」と、切迫するニーズに合わせて合格者の数もだいぶ増やそうとした。

748 改革審による「法科大学院の要点」のなかの、抵触ないし相矛盾する要点

こんな風に要点は挙げられたけど、良く考えるといくつか「おかしくね？」という点があるので、見ていく。

まず、②の教科内容等についての、「各法科大学院の創意工夫による独自性、多様性」と「教育内容の最低限の統一性」を確保するための基準だけども、統一性と独自性が仲良く共存してるぜ？もちろん統一性のランクをどんどん下げていけば両立可能かもしれないけど、よく考えたらそんなレベルの統一性ならわざわざ書かなくていいよねぶっちゃけ。

あとはさ、新司法試験の合格率についてだけど、法科大学院の数を制限しないのに、合格者の数を制限するとすれば、法科大学院がいくら充実した教育を提供したとしても、**70～80%の合格率を確保できない**よね。合格者に基準を作るのに、母数には基準無し。しかも合格率が保ちたいなんて無理でしょ。実際30%台になったし。

749 反対意見

そんなこんなで結構うやむやなところがあった改革なわけだから、当初は表立った反対は少なかったけど、根強い抵抗も見られるんだよね。

中でも多いのは、「そもそもなぜこんな改革が必要なのか」って、色々ぶち壊す発言をしてくるやつね。彼らが言うには、法知識の習得のために、従来の講義方式のほうが適切であるらしい。

まあ大陸型の日本法制度に、**ケースメソッド**(あるいは双方向的・多方向的教育方法)は向いていないような気は確かにするし、当初から、法学教育の中心的な目的は、基本科目(すなわち、実定法科目)における基本的法知識の習得である、という見方が強いんだよね。

例えば、当初のカリキュラム案では、民事系、刑事系、公法系をあわせて、必修科目だけで 90 単位程度あったし、それを「減らしに減らして」も、民事系 32 単位、刑事系 12 単位、公法系 10 単位の計 54 単位(その他に、実務系 5 単位必修)。明らかに、講義聞いて暗記する従来のやり方が「間違っている」というわけではなかったし、それを潰そうってわけじゃないんだから改革と言っても別にここまでやらなくて良くね?という訳である。

74A その後の進展：個人的感想を中心に

こんな風に反対する人もあったけど、結局周知のとおり改革が進んだ。フットさんの参与観察を通しての個人的感想を交えながら、というか大体感想だけど、その後の変遷をみていこう。

規制の必要性と独自性の尊重とのバランス

法曹養成検討会のコンセンサスは「**独自性・自主性**をできるだけ尊重し、評価基準等の**規制**を最小限必要なものとする」ということであつた。これはさっきの教育内容矛盾してね?という指摘にも近いけど、ここで「最小限必要なもの」の理解にばらつきが出てるわけだ。この最小限必要なものを、統一性と言い換えてもいいと思うよ。まあここには利害関係の影響や、他の機関・関係者等に対する不信もあると思うから、結構ここの理解を統一するのは難しいんじゃないかなとは思うけどね。

74B キーワード・不信

ここでさっと出てきた「不信」だけど、せっかくなので掘り下げてみようかな!

・大学(法学部)に対する不信の例

「研究だけを重視し、教育に無関心である」「理論だけを重視し、実務に無関心(無知)である」「自己満足度が高い」「成績評価が甘い」などの理由が挙げられる。事実、教授の中には研究重視・理論重視で学生の相手なんてしたくないという人だっているし、実務の経験はほとんどない人も多い。研究テーマによっては完全に自分の世界に入り込み、自己満足に陥っているだけの場合も否定できない。

不可を出し過ぎてもめんどくさいので、とりあえず単位はあげるなんて人もいるよね。そんな中で、果たして学生は自分にしっかりとした教育、それも実務に役立つような教育が期待できるだろうか?

・大学(法学部)に対する不信の現れ

改革の結果出来たルールは、そのような不信を如実に反映していたのだった。例えば、80 人以下という少人数教育に関する基準や、20%以上という実務家教員の最低人数の制限は、教育の質や内容を担保させるためなのはどうみても明らかだよね。

法科大学院と法学部との分離や、研究指導の有無に関する議論は、法科大学院から、研究しかしてない大学と言う不信まみれのイメージを取り除きたいから行われているんだよね。教育内容に関しても、理論だけじゃあだめだとある程度のラインを引きたかったから、「独自性」とかいいながらも「最低限の…」と保険をかけたく「なってしまった」わけだね。

入学者選抜に関する基準や成績評価に関する議論、第三者評価制度やその他のアカウンタビリティ手段など、多すぎるだろうという感想を抱かざるをえないようなルール設定はこういった不信に起因している部分も多いんじゃないかな?とフットさんは思うわけである。

・官僚に対する不信の例

ルールを設定する文科省に対する不信もあった。

実は、「全てをコントロールしようとし、独自性・自主性を妨げる」だとか、検討会とは関係ないが「改革案自体が文科省の戦略によるものである」という意見さえ外部では出ていたんだよね。「文科省、法務省、裁判所の関与が国家統制につながる」と、上からの恣意、統制が入るんじゃないかって疑うやつは結構たくさんいたんだよね。一度権力を掌握されたら、既得権益としてほぼ不可逆、取り戻せないというのでも不信を加速させたのだった。



不安・不信はペリーコロさん
みたいな犠牲者へつながる

・官僚に対する不信の現れ

そんな不信は、裁判官や検察官、その他の公務員の派遣に関する議論で噴出した。ようするに第三者評価機関に関する基準を決める時の議論なのだが、「お前らに監視されていちいち口出されたら、俺らの独自性とか持ってかれるだろうが！帰れ！」と批判がやばい状態になった。

・学生に対する不信の例

教育に対象たる学生への不信もあった。「勉強しない」というステレオタイプ、「楽な道を選んで、難しいけれども重要な科目を避ける」という不安が、かなりルールを決める側にはあった。まあこれは不信を持って当たり前だと思うけどね。

・学生に対する不信の現れ

成績評価を厳格にしようぜ！なんてのは明らかに勉強しない学生像によるものだよね。進級制に関する議論も全く同じ。さばらせないルール作りを念頭においているのは見え見えだよね。必須科目に関する基準だって、なんでこんなに単位数多くなるの？必須にしないと勉強しないからでしょ。

何よりもこの学生への不信が表れているのは、司法試験に関する議論。

「理想」としては、法科大学院における充実した教育を終了した者に対する確認程度の試験であるべきだろう。しかし「現実」としては、学生に対する不信、そして合格者の人数制限により、確認程度の試験に対する抵抗があり、結局現在のような合格率を誇ることになったのである。

※新司法試験についての問題を補足

ここでせっかくでてきたのもう少し補足。新司法試験はさらに、実務家に必要となる様々な能力を試す試験(融合問題、分厚い資料を消化しなければならない問題等)であり、**法曹倫理**なども試験範囲にすべきとに理想があったのだった。しかし受験者の数を考えると、司法試験の日数等を大幅に増やすのは無理であるし、従来の試験官等の負担を考えると、多分野にわたる融合問題等の導入も難しい。法曹倫理に至っては学問としてまだ浅いので、試験問題に向いていないのではないかと、今の司法試験の、理想全然反映されてねえ具合が出てきたのである。このように、理想と現実のギャップは、この司法制度改革においてもかなりの部分で制度を骨抜きにした。まあここには、「こいつらにはそんな理想的な試験は作れねーな」という、隠されている**弁護士会への不信**もあるんだけどねー。

74C その後の進展：最近の議論

では、最後に直近の議論をみてみよう。

・法曹人口に関する議論

まずは、法曹人口に関して。基本的にこの改革は、法曹人口を増やす方向に向かっているのはもう大丈夫だよね。すると考えないといけない問題として、**競争の激化**がある。簡単に言えば、就職難に関する懸念があるってこと。「あれ？法曹足りねーから増やそうとしてるんじゃないの？」と思うかもしれないけど、要するに都市では飽和、田舎では過疎っていうよくあるパターンが、人数増加によってさらに加速していくってことなのね。あとは、就職の問題じゃなくても、法曹がむやみに増えてしまえば倫理の低下や、質の低下(基本科目における法的知識の低下)が起きてしまうのではないかという不安もある。だから、合格者を3000人どころか、1500人まで減らすべきである、との主張も見られるんだよね。※追記…2013/4月、3000人を諦めました。

・法科大学院における教育に関する議論

次に、法科大学院について。こいつが文句言われる理由はこれにつきる。「質の確保が不十分だぜ！」

この問題については、そもそも**「質」の定義**とは何なのか？って話から入らないといけないよね。一応は、基本科目における法的「知識」の修得が出来ていることが「質」の裏付けになるらしい。しかし新司法試験の結果を見る限り、大して出来もしない奴がなあなあのまま卒業して試験受けに来てんじゃないの？大学院何してんの？となってしまう、こういうわけだ。

だから例えば、「改善」案として、「LS1 年次(未修者)における法律基本科目の基礎的な学修を確保するため」、年間単位数を36から42まで増やし、新たな6単位を基本科目にしようぜ！だとか、「法学未修者1年次においては、基礎的知識が十分でない状態で双方向・多方向型の授業を行うと、授業の進捗が遅れ、教員負担も大きくなることから、法学の基礎的知識を定着させるためには講義方式の授業の方が優れているとの指摘がある」だとか参考資料に書いてあるわけ。

でもさ、基礎科目の暗記的な知識だけが「質」に関わるのかな？というのは少し気になるところ。知識および、分析能力以外の能力・資質はどうなっているのか？コミュニケーション能力だとか、問題解決能力等々を含めた

能力が、新司法試験では求められているんでしょ？それでも理想と現実のギャップで思うように試験をそういう力をはかるものにはできなかった。だったら試験の結果がどうか言う前に、まずものさし自体が出来てないわけで。個人的には、「何が質なのか」、果たしてそれは「今の試験で測量可能なのか」といった問題にまず取り組んで行かないといけないような気もしちゃうよね。

では参与分析の項目はこれで終わり。完全にフットさんが話したいこと話すだけになってた感が否めないけど、とりあえず750番台からはまた経験的法社会学の具体的な研究方法に戻っていくよー。

750 社会調査法：③質問票調査

751 概要

質問票調査っていうのは、調査内容を事前に質問項目として用意して、質問項目どおりに対象者に回答してもらう手法のことね。アンケート的なあれだ。ただし、アンケートの取り方ってすごいいろいろあるよね。小学校の学級会でアンケートの集め方とか内容とかをめぐってアツいバトルを繰り広げた記憶が君たちにもあるだろう？

ぶっちゃけそれはどうでもいい気もするんだけど、まあそんな感じで一つに決まらないのね。ベストなやり方が。だから様々な種類のやり方を知っておくことで、状況ごとにそれに適したやり方が出来るというわけだ！ではそれぞれ見ていくことにしようか！

752 データ蒐集方法で分類

じゃあまずは**データの蒐集**のやりかたで区分。何故フットさんは蒐集と難しい字を使うのか？収集でいいじゃん、とは口が裂けても言い出せないぜ！

①**訪問面接法**：対象者の自宅や勤務先等で出向いて口頭でその場で面接してというか質問票に書いてもらって回答を得るやり方のこと。

②**留置調査法**：対象者のところへ出向いて調査協力を要請し、後日回収に来ると言って調査票を渡したあと、1週間～数週間後に再訪して回収するやり方のこと。

③**郵送調査法**：調査票を郵送して回答してもらい、同封の封筒で返送してもらうやり方のこと。

④**電話調査法**：電話を架けて、質問項目を読み上げて回答してもらうやり方のこと。RDD [Random Digit Dialing] という、コンピュータの乱数に基づいて抽出したサンプルを調査する世論調査の方法と組み合わせて世論調査などに良く使われる。

⑤**集合調査法**：対象者をひとつの場所に集めて行う質問紙調査のこと。

⑥**電子調査法**：Eメールや、WWWによって質問に回答してもらう調査方法のこと。

まあこんなもんかな。若干面接調査に片足突っ込んでるのもあるけどご愛嬌ということで。基本的には、実際に訪問する①や②、人に集まってもらう⑤などは、大量の標本を集めるのには適していない。電話かけまくるとか、メール乱打の方が明らかにコストが安いのは当然のことだよな。だけどそれで調査方法に優劣がつくわけじゃあないってのは注意しようね。逆に実際に赴いた方が、質問に回答する人が疑問をもった場合などにもすぐ対応できるし、質問紙の内容が難しくなればなるほど、実際に対面で説明することが、データの精度に大きく影響を与えるようになってくる。

簡単なYES、NO形式のアンケートなら当然面接なんてしなくていいけど、時と場合によってはそんな雑なやり方ではまともなデータが集められなくなってくることもあるわけだ。だから状況を見て、コストとも相談しながら最適なやり方を選ぶのだ！

753 質問への回答方式で分類

では今度は、配られたアンケートに答える際のやり方で質問紙調査を分類してみることにしようか。

①**選択回答形式**「以下のAKBメンバーの中から、推しメンを選んでください」

これは「あてはまるものにチェックしてね」みたいなやつだね。選択肢の間の優劣とかはどうでもいいから、とにかくあてはまるものを選んでくれればいいというやつ。一つだけ選ぶ単一回答、いくつでもあてはまれば選



訪問面接法

④回答者個人のことが世間一般のことが明示する

例えば、会社が従業員の慰安旅行を主催することに賛成しますか？という質問を考えよう。これを回答者が見たとき、仮に「確かにそれっていいことだとは思いますが、うちの会社でそれやるのは無理じゃね？」と思った場合、賛成と反対のどちらを選べばいいのだろうか？

あなたの会社が従業員の慰安旅行を主催することに賛成しますか？って質問ならそんな心配はいらなくなるよね！個人を対象とした質問なのか？一般的な認識を聞いているのか？そういうところは最初に示しておいたほうがいいよね。

⑤質問の順序の影響(キャリアオーバー効果)に気をつける

質問 1 として、「子どもの犯罪の増加についてどう思いますか」と聞かれたあとに、質問 2、「子どもの躾は厳しくすべきだと思いますか」なんてきたら、多くの人は質問その①の回答を「引きずる」ことになるよね。こういったキャリアオーバーが質問のなかで起きないように工夫すること。



こんな言葉遣いで質問するなよ

⑥答えやすい質問から聞くようにする

いきなり回答に時間がかかるような質問が来ると、答える側も戸惑うよね。やる気無くされたら一番困るのは質問者のほう。答えやすい簡単な質問から、段々複雑な質問へと切り替えて細部をたずねるようにしよう。

⑦非礼失礼な語句を使わない

当たり前です。

⑧曖昧な表現を避ける

これは前にも述べた気がするんだけど一応。意味の違う二通りの解釈が出来るなんて質問は絶対にやめよう。

⑩特定の価値観を含んだ言葉を避ける

これも当たり前なのだが、特に社会学系の調査では宗教関連の質問調査を行うことも多々あるので、そういう時はなおいっそ、宗教的なバイアスがかからないような質問の仕方に細心の注意を払わないといけないよね。

746 主要調査項目の注意点(例題)

じゃあ実践演習してみようぜ。質問を用意するから、その質問おかしくね？と批判してくれ！

A. 当店の品揃えや接客はいかがですか？1. 良い 2. 普通 3. 悪い

これは 745 で述べた条件②に反してるよね。品揃え×接客○と、品揃え○接客×の店が同じ評価をされかねないので、データ収集には適さない。

B. あなたはちゃんとした服装をするように心がけていますか？1. はい 2. いいえ

これは条件⑧に照らしてアウト。「ちゃんとした」ってどういうこと？スーツなのかな？毎日スーツは着てないけど、人に不快感は与えない程度に気を遣っているよって人はどうすればいいんだ。

C. 天気予報は生活に役立たないと思いますか？

条件④に反してます。「自分の生活にはあまり役に立たない」けれど、「社会の中で生活の役に立っている」と思う人は結構いるよね。似たようなケースとしては例えば「俺は別に食糧支援いらない」けど「社会にとって食糧支援は必要」なんて時かな。

D. 国民体育大会を開催することに賛成ですか？

①に実はこれ、反している。国民体育大会って何？話はそれからだよ。皆が一か所に集まるような某ハンターハンターの東ゴルトー的なあれなのか、ただ皆がそれぞれ運動会でもする日のことなのかよくわからない。

E. 独裁者による出版物の事前検閲は不当だと思いますか？

独裁者による、とかいるか？そもそも独裁者という表現が曖昧だし、独裁のマイナスイメージを利用して回答を誘導している点で、条件③に照らしてアウトだよ。

F. 政治家が清廉潔白だとしても、法がなければ世の中はうまくゆかない。1. それは絵空事 2. その通りだ

もうバイアスが言葉の隅々から感じ取れますよね…絵空事とか、わざわざそんな言い方をする必要は一切ない。何が言いたいのって、結局、調査票の彫琢(文章を遂行し練り直すこと)には調査作業の大半を当てるべきだってことですよね。では質問紙調査については以上！

750 社会調査法：標本調査

751 概要

今まではいわゆる「データの取り方」の話をしてきたよね。ここからは少し視点を変えて、データの「統計・解析」のやり方である**標本調査**のやりかたについて説明することにしよう。

さて、標本調査と言うのは、母集団に属する人の全員を対象とする調査である全数調査(悉皆調査)に対応する、母集団の一部(サンプル)への調査と推計により全体の調査を**代用**するデータ統計手法である。

752 サンプルを使うメリット

なぜサンプルを使うのか？という話だが、もちろんこれには理由がある。普通に考えれば分かると思うが、コスト・時間だって全員を調べればものすごい大きくなるし、そもそも人口が多すぎると、全数調査が無理である場合もある。アクセスの難しい層なども存在するし、こういった物理的観点からだけでも明らかに効率よく調査を実施できるのである。

さらに実は、下手に全数調査を中途半端に実施するよりも、丁寧抽出した一部を調査する場合の方が正確である。例えば「日本人」のデータを集めて分析しようとするときに、頑張って全数調査をしようとして東京都だけで挫折した場合と、各都道府県から人口比に合わせて人数を数万人抽出した場合ではどちらのほうが日本のデータを反映するだろうか？

こうしたデータの精密さを確保する観点からも標本調査はわりに優れているのである。

753 サンプル利用の問題点



イカサマなどの恣意は「バイアス」
実測の理論との差が誤差だよ

・**標本誤差**(sampling error)

例えば、よく数学の教科書に書いてある「コインを何回か投げて、表と裏の出る回数をカウントする」例を考えてみよう。ここでは無限にコインは投げれないから標本調査が行われているわけだが、どうしたって理論上の表対裏=1:1にはならないよね。なかなか。要するに、後述するバイアスもなく、不正どころか作為もありえない状況だとしてもサンプル調査と言うやり方をとっている以上はそこに「ズレ」が生じるんだよね。このばらつきというかランダム誤差はサンプル数が多くなればそりゃ小さくなるけれど、それでも完全になくなることはありえない。

・**バイアス**(系統誤差) (systematic error, non-random error)

こっちは「運」では説明できない部分のサンプルのもたらす誤差ね。いくつか種類があるので順番にみていこう。

①**選択バイアス**(selection bias)

これは最初に母集団から標本を抽出する際に、抽出の基準が偏っていたことによるバイアス。研究対象に選ばれたものと、選ばれなかったものとの間に、特性の差、ようするにランダム以外の恣意性などがある時に生ずる系統的な誤差のことね。一言で言えばサンプルが母集団を正しく代表してないってこと。

②**測定バイアス**(measurement bias)

今度は標本はうまく作れてるんだけど、データの測定、データの収集方法等に誤りがあるときに生じるバイアスの事。調査すべき変数に関して、対象者を不正確に測定(または分類)することによる系統的な誤差。様々なタイプがある。例えば、

- ・情報バイアス：情報の質(精度)が比較群の間で異なるために生ずるバイアス。比較群で異なる調査方法を使用する場合などに起こります。
- ・観察者によるバイアス(observer bias)：真の値と観察者によって測定される値の間に生ずるバイアス。
- ・面接者バイアス(interviewer bias)：面接者の意識的または無意識的な資料の選択によるバイアス。
- ・想起バイアス(recall bias)：回答者の記憶が不正確で回答に誤りがある。
- ・報告バイアス(reporting bias)：特定の情報が選択的に抑えられたり、表面化したりするバイアス。例えば、性行為感染症の既往歴。(調査者の属性による場合もある。例：官庁の行う調査。)

まあなんかレジュメそのままだけど、取り立てていうこともないし…。うん。まあいいよね。

ではその標本の集め方について見ていこう。サンプルの集め方は大きくわけて二つあって、一つは①**有意抽出** (purposive sampling) といって調査の企画者がその知識、経験等により「典型的」あるいは「代表的」であるとして、あるいはその他の基準で抽出するやり方。もう一つは②**無作為抽出** (ランダムサンプリング) といって、乱数表などを使って確率的に標本を選ぶやり方ね。

・有意抽出

「便利法」として、友達、知り合い、ゼミ生等、捕まえやすい人たちにすぐに調査を実行できるのが有意抽出のいいところ。こういう典型的なケースにおける抽出だけでなく、極端というか例外的なケースの抽出法としても有為抽出は有効。「**スノーボール・サンプリング**」 (snowball sampling) といって、ホームレス等のように、アクセスしにくい層のばあい、最初の対象者より紹介をもらい次からも紹介をもらうという方法が取られるなど、わりと**例外的なサンプル**が欲しいときにはこのようなやり方が有効なんだよね。

・無作為抽出 (ランダムサンプリング)

こっちは無作為に (まあコンピューターとか使って) サンプルを選ぶやり方。ただ、この中にも分類があるので少し細かくみていくことにしてみよう。こっちは、無作為なので何よりも確率論的に統計解析が行えるという点が強みになる。

①単純無作為抽出法 (simple random sampling)

どの抽出単位も抽出される確率が等しい抽出方法…と説明されるけど、ようするに全員の中からランダムにサンプルを選ぶやりかたのこと。ただまあそれが難しいんだけどね。東京都全員からランダムにとってどうやるの？役所全部から最新の住民票とか集めてやるのかな。民間じゃ無理そうだね。

②層別 (層化) 無作為抽出法 (stratified random sampling)

母集団を、いくつかの部分母集団 (層化) に分割し、各部分母集団から標本を抽出する方法。

例えば、オンタリオ州では南部と北部で人口密度に大きな差がある。ここで単純無作為抽出を行うと、人口密度の小さい南部からは、そもそも意味のある標本数が得られない場合がある。そういう事態を防ぎ、確実に全体の嗜好を表すためにあらかじめ層化を行うことには意味があるわけ。同じような層化が多様な少数人種を抱えるアメリカの世論調査などにも利用されているよ。

※「**クラスター (cluster) 法**」 (集落抽出法)

特定の町や特定の学校、特定のクラスに対する全数調査を行うやり方。これは要するに、母集団の中にあるクラスターを抽出に利用することでコストを削減しているのである。

755 有意 VS 無作為 (授業範囲外)

さて、こうして見ると、データとして確率論的に解析することが出来る無作為の方がよくね？と思えるかもしれない。ただ、「必ずしもそんなことはない」ということは頭にとどめておいてほしい。

まず大事なのは、確率論的な操作とはいえ、無作為抽出も「抽出」なのだから当然**誤差**も、**バイアス**もでること。例えば層化が出来ないとき (当然全ての関連する要素を層化しきることは無理なので、これは大いにありうる) に無作為に抽出をするとする。10 人のうち 5 : 5 に層化すべきだったサンプルをランダムに選んだ時、うまく 5 : 5 に層化される可能性は 25% 弱。ここからは誤差もでるはずだ。そしてバイアスに関しても、仮に「自民党」に関する調査を行えば、それに回答する側だって、きっと自民党に関わりのある人の方が回答率などの点で調査に協力的になるだろう。そこからバイアス (この場合**セルフ・セクション・バイアス**という) が生れる可能性は非常に高い。

このようにまず、無作為は正確、有意は主観という固定観念は捨ててほしい。もちろん無作為抽出にはたくさんのメリットがある。分布を統計的に曲線にあらわせるということは、無確認、理論になっていない要因を近似的にグラフに表して**可視化**し、存在の分析に役立てることが可能だということだし、**数学的操作性**の恩恵は計り知れない。しかし何が言いたいかというと、このように無作為だろうが誤差もバイアスもあるのだから、ケースバイケース的に、有意抽出からくるバイアスの方が小さい時もありうるわけで、そういう時は有意抽出も捨てたもんじゃないぜということなのでした。特に層化された後なら有意だろうがバイアスはかなり小さくなるわけだし。

760 標本調査の利用

761 概要と基礎知識

ここでの参照は、島崎哲彦『社会調査の実際：統計調査の方法とデータの分析』 (学文社、2000 年) である。ここからは、標本調査で集めたデータをどう見ていくかの話をしていくことになる。

まずは基本的な知識について補足しておこう。基本的には、データから出来ることは二つに大別できる。一つ目は、①**記述統計**。これでは、収集されたデータの表す統計集団の特性を簡潔に記述するのが目的になる。もう一つは②**推測統計**。こちらは、データの統計集団を超えて、無作為標本より得られたデータから母集団を推計しようとするのが目的になる。

そしてデータの集計に関しても説明しておく。まあ流れとしてはコーディング、データ入力、データ・チェック(データ・クリーニング)、カウント、統計量の算出となるのだが、これは実際に集計する時の技術的なお話すぎるので省略。そこではなくて、集計にも種類があるんだよということを少し。

集計だけれど、一つの変数について、全体を単に集計したものを**単純集計**と言うのに対して、2変数以上の関係を調べるために合わせたデータ集計を行うのを**クロス集計**というのね。

例として、米国ロースクール教員の学歴・職歴に関する調査をあげてみよう。参照は、フットさんによる法学協会雑誌 121 号(2004 年)の論文ね。

全体のサンプル数は合計 523 名。名種類別にまとめると、研究者教員 408 名、臨床教育教員 77 名、リーガルライティング教員 22 名、図書館長兼教授 14 名、その他 2 名。性別で区分すると男性が 386 名、女性 137 名。採用年度別で行くと、1950 年以前が 19 名、50～59 年が 28 名、60～69 年 63 名、70～79 年 80 名、80～89 年 174 名、90 年以降 159 名となっている。

右にあるのが例のグラフね。

これがクロス集計。まあ見ていろいろ考えることもあるかもしれないけれど、せっかく上に人数に関するデータがあるんだからそこもしっかり見ながらでないとダメだよな。

例えば、その他の欄が男性しかいねええええ！差別だ！って思うかもしれないけど、母数二人だよ。こういうところしっかり見ていないと足元をすくわれちゃうというか、間違った結論を出してしまう可能性があるから気をつけよう。

ちなみに研究者は 408 名だし、ここで明らかに男性が多いのは事実と言えるはず。

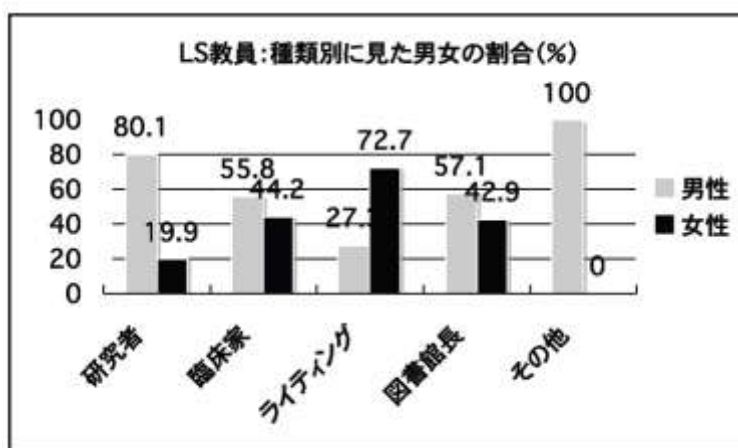


Figure 1 種類別に見た男女の割合

762 記述統計

まず、得られたデータを簡潔かつ明確に記述すべきである。というわけで、記述統計は推測統計に先行して行われるべきことではある。ここではその順序に従って、説明も先に記述統計の方をあたろう。

大きく分けて、①**度数分布表とグラフ化**、②分布の中心的傾向、③分布の散らばりの三点に絞って説明していくことにしようと思う。

①**度数分布表とグラフ化**

さて、これはとある消防団の耐久力テスト結果の度数分布表である。

(Source: Rea & Parker, Designing and Conducting Survey Research (1997), p. 224)

これだけ見ても「？」という感じだと思うので、ここでグラフ化の常套手段である度数分布表について説明していこう。

基本的に、この場合のような「分」だとか、答えが連続的な数値データになる時は、ある程度ごとに**区間を区切り**(この場合、1～3 分など)、その区間に入った個数をカウントした一覧表を作るとうまいことデータを可視化できる。

	都市 A		都市 B	
耐久力 (分)	度数	%	度数	%
1～3	8	4.0	30	15.0
3～5	32	16.0	40	20.0
5～7	112	56.0	70	35.0
7～9	48	24.0	38	19.0
9～11	0	0	13	6.5
11～16	0	0	8	4.0
16～20	0	0	1	0.5
合計	200	100.0	200	100.0

Figure 2 消防団の耐久力テストの結果

こうした一覧表を**度数分布表**といい、先のグラフでは、一定区間ごとの個数を都市 A ならば 8、32、112…と「**度数**」として書いているのである。ここでは個数を全て足すと 200 になったため、2 で割ることでパーセントの値に直しているわけだ。この区間の選び方は、もちろん一定のルール(10 ごとに区切るならずっとそれでやる、途中で区間の区切り方を変えないなど)はあるが、大部分は実験者に委ねられている。ちなみにデータ数 n に対して区間数は \sqrt{n} くらいが望ましいらしいぜ。

連続していないデータならば(YES と NO など)普通に棒グラフでも円グラフでも作ってくれればいいが、こうして連続したデータを相手にするときは一工夫いるのである。

ちなみにより分かりやすく可視化するのなら**ヒストグラム**を作成してもいい。ヒストグラムは…知ってるよね？さすがにそこまで面倒みなくていいよね…？よく模試の点数分布とかである隣接棒グラフみたいなやつだよ…。こうして連続数量の分布をグラフに表して、どうなるの？と思うかもしれない。でも統計が真の力を見せるのはここからだよ！YES や NO で作ったグラフよりはるかに大きな利点は、ここから統計・解析を段違いに数学的に行えるところなのです。それをこれから説明していこう。というわけで、ここからは連続的な数量の分布をグラフ化したようなパターンについての解説がメインになるよ！

②分布の中心的傾向

さて、そうしてグラフを可視化してみることに成功したとしよう。あ、ここでは連続数量を値に取る分布を想定して話を進めていくよー。一般に連続的な数量をグラフにすると、ある幅を持った分布が得られるはず。したがって、一様分布などの中心を考えることに意味がない例外を除けば、分布の「**中心**」と、そこにどれだけ分布が集約されているのかを考えられれば、データの特徴、標準的な値としてそれを利用していくことが出来るよね。だからここでは、「中心」の値、代表値の出し方をいくつか紹介しよう！

1：算術平均(平均値, mean)

算術平均とは、単純に全ての値の合計をその値の数でわることによって得られる一般的な平均値の算出方法である。

まあ分かりやすいんだけど、これだと一つだけ異常な値があるなんてときにいらない影響を受けてしまうって欠点があるんだよね。例えば(5、3、2、6、99)の算術平均は $115 \div 5 = 23$ になるけれど、一般的な「平均」に照らして少し、いやかなり違和感が出るよね。

右の図のような非対称分布をとってる場合、算術平均値は代表値として不適切になる場合も多い。

2：中央値(median)

そこで、データを小さい順もしくは大きい順に並び替えて、「一番真ん中にくる値(値の個数が偶数の場合は、中央二つの算術平均値)」を中央値と呼んで代表値とするやり方がある。これだと異常値に左右されにくく、値として頑丈になるから結構支持されているんだよね。

3：最頻値(mode)

さて、これだけあればほとんどの場合に割と適格な代表値を出せそうだけれど、次のページの頭にある図をちょっとみてほしい。

標準の分布

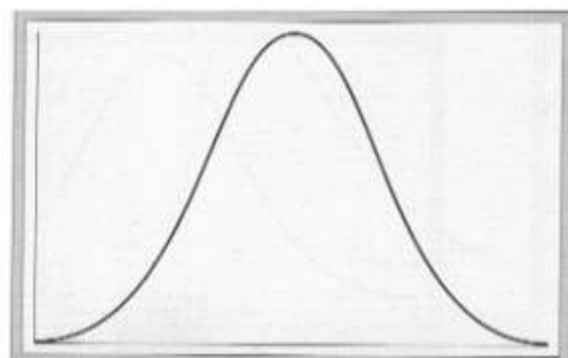
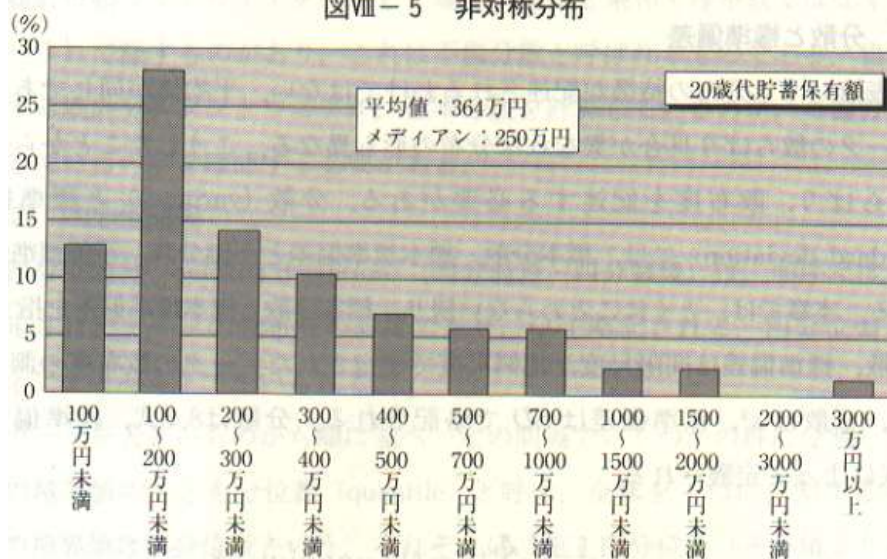


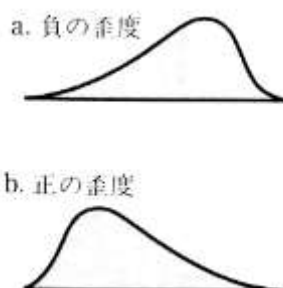
Figure 3 分布を視覚化すると

図Ⅷ-5 非対称分布



(出典：「平成12年貯蓄と消費に関する世論調査」貯蓄広報中央委員会)

Figure 4 非対称分布の例



←ちなみに非対称な分布のグラフの歪度には左のような「正負」の概念があるから覚えておこう。



(出典:「平成12年貯蓄と消費に関する世論調査」貯蓄広報中央委員会)

Figure 5 双峰性分布の例：20 歳代の借入金残高

この図の最頻値は実は出せないというか、そもそもデータとして区切りが一定じゃないからもうちょっと操作を加える前の状態に戻さないとアウトなんだけれど、とにかく最頻値は「一番分布している」値をだすことが出来る。これのいいところは、連続している変数じゃなくたって最頻値は存在するところだよ。どの色の服がいいか？って質問で赤が一番多ければ最頻値：赤と言えるんだよ。まあそのせいで最頻値に「近い」位置にあるだけでは(連続しているだけでは)あまり特徴として意味をなさないという欠点も出てくるんだけど。ただまあこういう一番使われているものを数値とか関わりなく、赤とかの「名称」でもあらわせる点で、「mode: 流行値」とも言うよ。

763 推計統計① 基礎知識

ではここからは、無作為標本より得られたデータから母集団を推計しようとする「推計統計」のほうのお話に入っていく。まずは、分布についての一般的な法則をここで二つほど紹介しておくことにする。

①大数の法則 (law of large numbers)

ある母集団から無作為抽出された標本平均はサンプルのサイズを大きくすると真の平均に近づくというのがこの法則。こういう操作が出来るから、有意抽出より無作為の方がいいって言う人が多いんだね。これは証明は省略するけど、たぶん中学校のときにサイコロを何回もふると、その回数が大きくなるほどそれぞれの目の出る確立が理論値の 6 分の 1 に近づいたなんてことをやらされたんじゃないかな？

②中心極限定理 (central limit theorem)

母集団の分布がどんな分布であっても、サンプルのサイズを大きくしたとき近似的に正規分布に従うというのがこのルール。ただまあ、聞いただけではわからない用語とかも結構あるから、解説をしながらみていこう。

さて、実はグラフの分布の仕方は、グラフのとんがり具合である「尖度」をもって様々に区分することができる。

実は、その尖度がどうだろうが、そこから取り出した標本の算術平均はある分布に近似的にしたがうんだよね。それを尖度ゼロの「正規分布」として定義しなおすことで、正規分布を近似的に利用し、あらゆる分布の母集団推定に役立てることが出来るわけ。

ちなみに大数の法則および中心極限定理を表すプログラムは以下のサイトでアクセスできる。

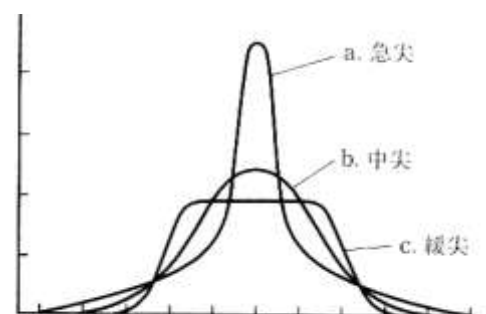
<http://www.intuitor.com/statistics/CLAppClasses/CentLimApplet.htm>

まあ統計の法の知識だから法学徒に必修ではないけども、経済の竹野さん曰く、「やっといたほうが絶対いい」

これはいわゆる「双極性分布」と言われる図。これは明らかに歪んだ分布だから、平均値もあまり役に立たないし、中間値も下手をすると実際は一番当てはまる人が少ない部分を指しかねない。まあそれでも特性を表してないとはいえないけど、ここでもう一ひねりしてみたい。そこで最後、最頻値と言う代表値の出し方を導入しよう。

最頻値を出すには、各区間ごとの度数を考えていくことになる。

度数が一番高い区間を見つけたら、その区間内の中央値を出す(まあ平均でも同じになるけど)。その値、その区間の階級値っていうんだけどそれを最頻値というわけです。



異なった尖度をもつ分布の例

Figure 6 尖度

図2 正規分布表

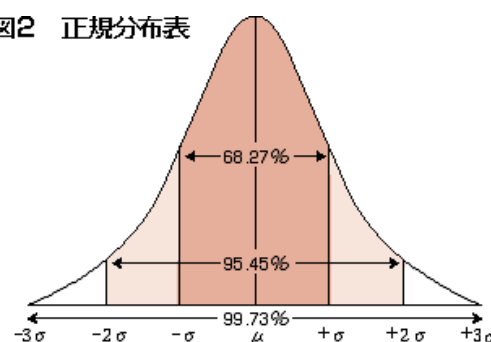


Figure 7 正規分布

あとは、用語として絶対しておかないといけない「標準偏差」について。

標準偏差 (standard deviation)

統計値や確率変数の散らばり、ばらつき具合を表す数値で、文字だと σ (シグマ) で表すことが多い。正規分布では、平均値 $\pm\sigma$ の範囲に全データの 68.27%が、 $\pm 2\sigma$ の範囲内に全データの 95.45%が、そして $\pm 3\sigma$ の範囲内に全データの 99.73%が分布する!!!

この法則を使わない理由がないよね。基本的には、中心極限定理で正規分布の形を近似的に利用しながら、標準偏差ルールを用いて推計を行うことになる。

764 推定統計② 仮説検定

さて、グラフから何が読み取れるか考える時には、基本的に「仮説を立てる」やりかたをとる。

帰無仮説 (null hypothesis) というとりあえず立てる仮説を用意し、それが棄却されるかどうかで、**対立仮説** (alternative hypothesis) と呼ばれる、帰無仮説と対立する仮説が代わりに採用されるかどうかが決まることになる。

さて、ではどうすればその棄却とやらができるのだろうか? という話になる。ここで、ある帰無仮説が起きる確率がこれを超えたら帰無仮説は棄却しなくてもいいでしょさすがにという線引きの基準を作る。これを**優位水準** (significance level) α で表し、起こる確率がこの確率より小さければ、帰無仮説を**棄却** (reject) する。逆に、この確率以上であれば帰無仮説を**採択** (accept) するものとする。

ちなみに有意水準は 5%か 1% (信頼度 95%か 99%) に設定することが多い。つまり、5% (1%) 以上の確立で起きてるんだから無視できないよってことね。

有意水準 5% のとき、平均値 $\pm 1.96\sigma$ までが残りの 95% なわけだからそれを「**信頼区間**」という。

有意水準 1% の場合の信頼区間は平均値 $\pm 2.58\sigma$ になるよー。

そしてその基準を利用して、分散分析といって平均からのズレを分析することになる。

郡内のズレおよび郡間のズレだが、郡内のズレに比べて、郡間のズレが大きければ、標本集団の間の違いが大きいということになる。そのため、「母集団の平均に差がない」という帰無仮説が棄却される。逆に、郡内のズレに比べて、郡間のズレが小さければ、標本集団の間の違いが大きいとはいえないことになる。そのため、帰無仮説を採択することになる。この大きい小さいの判定に、信頼区間が関わってくるのだぜ。

A (例えば大卒女性の賃金) の平均が B (大卒男性の賃金) の平均と等しい、という仮説をたてると、両群間の分散と、郡内の分散をそれぞれたしかめ比較することで、その仮説が棄却できるのかどうかを判断することに。

第 1 種と第 2 種の誤り



ここで、仮説検定で帰無仮説を棄却するときは、帰無仮説がほとんど起こらないことを証明しているのだが、実は帰無仮説を採択するときは、積極的に帰無仮説が起こることを証明しているのではなく、帰無仮説が現実と矛盾することを証明するだけの十分な根拠がない、と言っているだけであることに気付くだろうか?

するとここで二つのタイプのミスが起こりうるということが分かる。それぞれを第 1 種、第 2 種の誤りというので覚えておこう。

第 1 種の誤り は、帰無仮説が正しいのに棄却されてしまうという誤りである。そしてもう一つ、**第 2 種の誤り** は逆に、対立仮説が正しいのに帰無仮説が棄却されない誤りである。

たいていの場合、一種の誤りを押さえようとすると、別の種の誤りが増えるような関係になっていて、有意水準との関係で見ると、第 1 種の誤りの率が実はそのまま有意水準になっている。

ただまあ当たり前だが、サンプルサイズを増やして母集団に標本を近づければ近づけるほど、この誤りも可能性としては少なくなっていく。

数学的操作だからといって間違いないなんてことはありえない。騙されることのないように丁寧に論証していこう。

第 1 種と第 2 種の誤りの率、有意水準、サンプルサイズ等の関係を表すプログラムは次のサイトでアクセスできる。

<http://www.intuitor.com/statistics/T1T2Errors.html>

(Statistical Errors Applet リンク)

相関係数と決定係数: 相関係数 r と分布

じゃあここからは、よくある分析のパターンとして、二変数間の関係性を確かめる時のグラフの見方とか、必要な知識をみていこう。

分布 相関係数と決定係数

変数 X と Y の間にどれくらいの関数的な関係性が見られるかを表すのがこの二つの係数である。

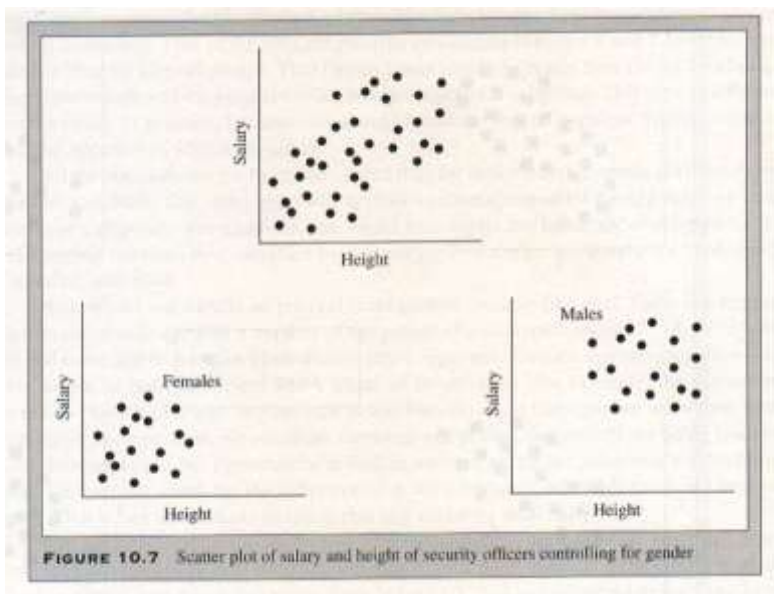
相関係数は、右の図を見れば分かるように、1.0 を比例の関係、マイナス 1.0 を反比例と見て、その関係にどれだけ近いかを表したもののになる。

このままではマイナスの値も含むので。それを正の値に直して(多くの場合は二乗する) X の変動によって Y の変動が説明される程度を 0~1 で著したものを**決定係数**という。

※ここで相関関数の注意点を。

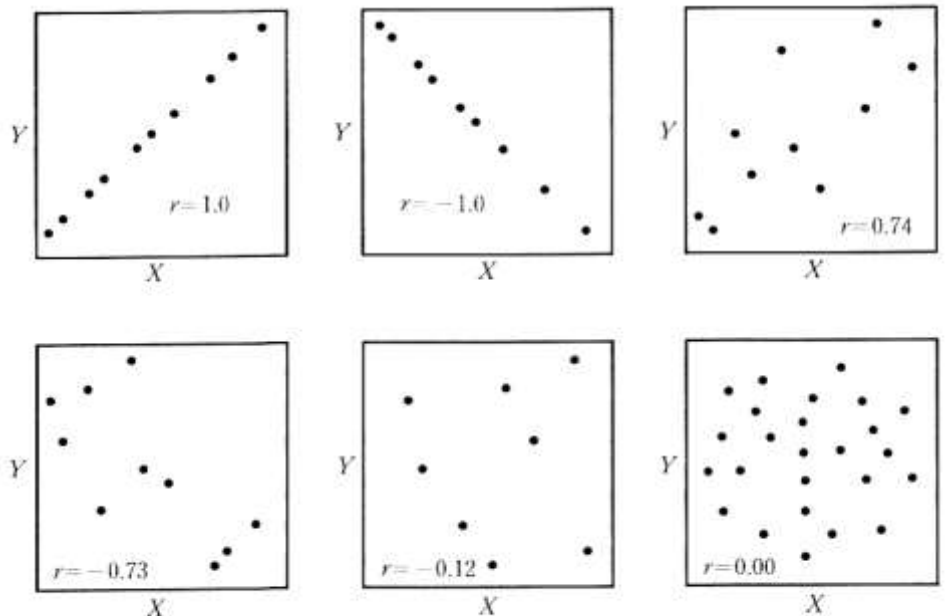
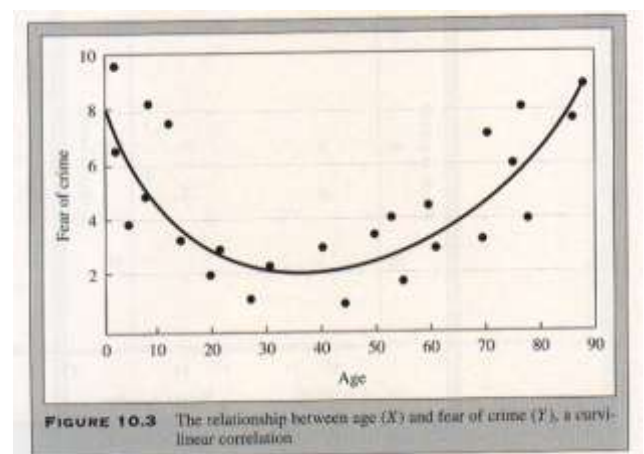
- ①相関は因果ではない。**擬似相関**の可能性もあるよね。「実は他の因果関係のせいでした」ってパターンがある。
- ②範囲の効果: 入試と能力に相関があっても、合格者に絞ると入学後の成績と相関がない場合が多いんだけど、このように範囲が限定されている場合がある。
- ③群合併の効果: 異なる集団を合わせると無意味な相関が出る場合がある。これは①にも関わるね。下図も参照。
- ④相関係数は線形関係を想定する。(非線形は出ない)

③群合併の効果の例: 身長と給料の相関



←この図では、「男性のほうが女性より給料が高い」というデータが結局のところ形を変えて現れただけなのである。ある意味数字のマジックとも言えるかもしれない。このように擬似相関が現れる可能性があるので注意。

↓これは④線形相関になるよねーっていう例



さまざまな散布図と r の値

Figure 8 曲線相関の具体例

766 分散分析

では実際に分散を利用して仮説を立てる作業を行ってみよう。けんかのトラブル事例をここでは出してみる。

① 調査目的

紛争解決に至るまでの手続き期間についての評価を出すことにする。

② 事案

「あなたの近い親戚のA夫さん、，会社員B男さんと地下鉄駅の改札口でぶつかりそうになったことからけんかになり、一方的に殴られて大けがをさせられました。原因はB男さんが改札の出口から無理に出ようとしたためでした。ところがB男さんは、悪いのはA夫だと言い張り、謝罪も弁償もしようとしません。そこでA夫さんは弁護士に依頼してB男さんを裁判に訴え、治療費と慰謝料の合計 300 万円を要求しました。裁判は 1 年間かかって 200 万円の勝訴判決を受けることができました。B男さんはまもなく 200 万円をA夫さんに支払いしました。弁護士費用と訴訟費用などで合計 50 万円の費用がかかりました」

③ 比較のための操作

勝訴判決を得るまでの期間を(支払い有り)3 箇月、1 年、2 年、3 年に分けてみた。

④ 質問

この紛争の解決のための総費用として支払ってもよい上限額はいくらか？

※支払上限額は、200 万円以下の合理的な評価額に限定した。

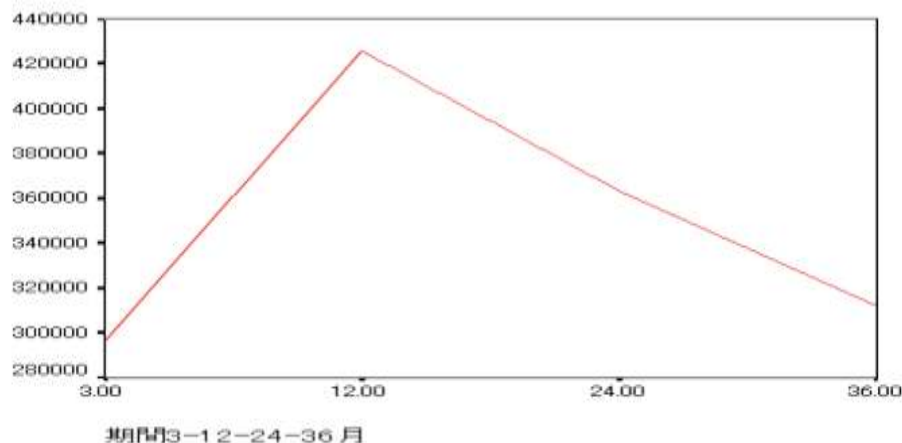
	グループA	グループB	度数
3ヶ月	296000		91
3年	312000	312000	94
2年	363000	363000	85
1年		426000	89

結果をグラフにしてみた。

解釈可能性としては、ここから

- ①時間かけず短期過ぎるとお金出たくない
- ②適切にじっくり時間かけた審理(1 年余)に最大の額を出す
- ③時間がかかり過ぎると出たくない

といった仮説を立てることが出来るのである。



767 サンプルサイズの決め方

とりあえず、どこまでの誤差を許容できるかによって、どれだけのサンプルをとればいいのかってのは変わってくるよね。だからここで、

①目標精度 E：許容できる最大誤差のこと。相対制度として 10%程度が目安になる

例えば賛成比率 50%見込みならば 5%が目標制度になることが多い。

※これは実際の標本誤差とは異なる。あくまで目標値。採用 20 名と言っといって 19 名しかしないみたいな。

②信頼率 a：統計分析を行って「何度も」信頼区間を出した時に、その信頼区間が母集団の平均値を含んでいる確率の事。通常は 95%(99%や 90%もありうる)

をどう設定するのが肝心になる。

※「一つの」信頼区間に対して、そこに母平均が含まれる確率ではない。母平均は実数なのだから、一つの信頼区間に対して含まれている(確率 1)か含まれていない(確率 0)しかありえない。投げてすでに裏になっているコインが表である確率は 0 であるのと一緒。

ではいくつか要素を確認していく。

I. 母集団比率 P の予測

ある性質をもつものが母集団において占める割合を**母集団比率**、標本において占める割合を**標本比率**という。

標本比率を調べることにより、母比率を推定することができる。この比率は先行調査などから導くか、何もなければ50%としておく。 n が十分大きいとき、標本の大きさ n 、標本比率 R のとき、母比率 p の

i) 信頼度 95% の信頼区間は

$$R - 1.96\sqrt{R(1-R)/n} < p < R + 1.96\sqrt{R(1-R)/n}$$

ii) 信頼度 99% の信頼区間は

$$R - 2.58\sqrt{R(1-R)/n} < p < R + 2.58\sqrt{R(1-R)/n}$$

で表すことが可能である。

Ⅱ. 母平均が95%の確率で含まれる区間を95%の**信頼区間**という。99%についても同様。標本を調査することにより、母平均を推定することができる。標本の大きさ n が十分大きいとき、母平均 μ に対する信頼区間は

i) 信頼度 95% では

$$m - 1.96\sigma/\sqrt{n} \leq \mu \leq m + 1.96\sigma/\sqrt{n}$$

ii) 信頼度 99% では

$$m - 2.58\sigma/\sqrt{n} \leq \mu \leq m + 2.58\sigma/\sqrt{n}$$

になる。(母平均 μ 、母標準偏差 σ の母集団から大きさ n の無作為標本を復元抽出するとき)

Ⅲ 回答率、回答のバイアス

変数の相関分析には、

①**回帰分析**(1つの従属変数と、複数の独立変数の関係をあらわす)

②**因子分析**(多くの事象間の相互関連性を分析し、支配的な因子を探索する統計的手法)

等がある。この辺りがテストに出るとはおもえないけどな…。

768 まとめに代えて・調査研究に伴う典型的な問題

①時間が足りない

②予算が足りない

③調査方法をデザインする際、経験や能力不足による問題

④対象者の特定に絡む問題

⑤(観察調査等の)アクセスの問題

⑥プライバシーに絡む問題その他の倫理問題

⑦研究プロジェクトが次第に拡大化する

⑧否定的な研究結果の発表に絡む問題

⑨データ分析に絡む問題



難しいよ…！

ざっとみただけでもこんなに問題があるんです。完璧な調査方法なんてない。そのことを踏みしめながら、どう考えても絶対にテストに出ないこの分野のことはきれいさっぱり忘れたいけどなんとか覚えておきましょう。

800 日本人の法意識 日本人は訴訟嫌いなのか

810 日本の法社会学

811 日本の法社会学の始祖 末弘

というわけでここでは空気を変えて、**日本人**に関する調査に踏み込んで行こうと思う。

さて、日本法社会学の始祖と言われるのはやはり、**末弘厳太郎**(1888—1951)である。彼は東大卒業後(1917年)、アメリカ・ヨーロッパ留学の際、パウンドやエールリッヒを学ぶ。パウンドとかエールリッヒで思い出すかな？**生きた法**だよね。これに影響された末弘も、帰国後に「生きた法」の研究を行い、そのため「生きた法」を示す判例等の研究の必要性を痛感していたのだった。

そこに関連したもう一つの彼の主眼は、慣行(「生きた法」)と国家法(制定法)とのギャップだった。例えば農山漁村における入会権の慣行などがいい事例。

日本の伝統的コミュニティにおいて、入会権という概念は昔からあったのだが、これと私人の所有権という欧米の概念のギャップが気になったわけだ。いやまあ今は認められるようになってるけどね。

彼は生きた法に影響されたので、国家法が社会の規範や要求を尊重すべきである、と主張し、「法的慣行」に関する実態調査を行ったのだった。それが1940年の「**北支慣行調査**」である。「中国社会に行はれている慣行を明らかにするによって**其の社会の特質を生けるがままに描き出す**ことが吾々の調査の目的でなければならない」と言うように、彼は社会の本質に則した法の在り方というものを追及したのである。

812 川島武宜と日本人の法意識

あと法社会学を語る上で外せないのは、**川島武宜**(1909—1992)。彼は日本の法社会学を代表し、そして指導的な役割を果たした人物である。

東大法学部卒業後(1932年)、我妻栄のもとで民法の助手となり、エールリッヒの本を翻訳した。

末弘のもとで、「北支慣行調査」に参加した彼は、「その調査によって、**法律というものは日本の社会で現実にもこういう機能を果たしているのかという問題**について、いままで気がつかなかったようなこと、気がついていてもぼんやりしか考えていなかったことが、目の前に現れて来たのです」(『ある法学者の軌跡』より)と述べている。

その後、多策の研究者として、本90冊、論文600以上を発表している。日比野さんも見習ってほしい。

方法論でも指導的な役割を果たしたのが彼で、様々な研究手法を残していった。末弘の流れを汲んで、「生ける法」の研究(農村の入会権等)も行ったし、近代化の中で取り入れられた西洋近代型法と「**現実の規範秩序**」とのギャップを研究したのは、さっきの末弘がやろうとしたこととかぶってるよね。

日本は西洋よりも遅れて出発したけれど、やがては西洋と同じ道をたどるのだろうか…? そういった問題に『日本人の法意識』では立ち向かっている。

様々な研究テーマ(家族法、契約、所有権等)の中で、彼は日本人の法、中でも契約意識に関する研究を行ったのだった。

813 川島による、日本人の契約意識の特徴

ここでの参照は：川島『日本人の法意識』(1967年)第4章。6月13日分の資料1ね。

彼によると、日本人は**契約意識**が強くなく、権利をあまり主張しないらしい。「権利義務を主張しないで、「**話し合い**」をして解決する」と彼は言う。

事実、契約の成立について、契約書を作成しないことが多い。「わが国の社会一般において契約が結ばれた際、書面を作成することをさえ嫌う風習があることは、公知の事実」であると東京地裁判決すら述べているのである。

それゆえ、口頭などで約束することになるので、契約の内容は不確定で不明確になる。これは「一流企業の契約においてすら」のことで、「わが国では、契約書を作成するとしてもその内容は一般にきわめて簡単で、契約内容中の重要な要素だけを規定する物が多い」のである。

「将来本契約より生ずる権利義務につき紛争を生じたときは、誠意をもって協議する」や「協議により円満に解決する」、という条項が広く使われるところからも、明らかに法的な契約という概念に先立つ

倫理・規範的意識がそこに存在しているのは疑いようもないよね。

これはアメリカ・ヨーロッパとは対照的。西洋においては、①当然に契約書を結び、②契約書において、権利義務を細かく規定するのも当然のこと。そして紛争などが起きたときは、「誠意協議条項」などのアプローチは「ナンセンス」に見える。これは明らかに日本の在り様と真逆だよね。



これは欧米的

814 川島の研究の問題点

問題点としては、日本に関する**証拠**は何なのか?ということである。確かに裁判所の判決とかも引用しているけれど…でも**逸話的**なものが非常に多い。実体的調査の必要性を指摘しておきながら、それはないんじゃないの?というのが正直な感想である。

西洋に関する証拠は?というのも同義である。果たしてそこまで特殊な差異があるのだろうか?

あとは、Macaulayの研究との比較からも一つ疑問が。

Stewart Macaulay, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study,” Amer. Sociol. Rev., Vol. 28, No. 1, 55-69 (1963)が参考。**マッコーレー**って聞こえた。自信ないけど。

彼の研究によると、そもそも契約書を用いない契約が海外でも結構あったらしい。契約書を作っても、紛争となったとき、それを用いないこともしばしばあったそう。

アメリカにおいては当然に契約書を作り、それを利用して当然に権利を主張する…そうアメリカのロースクでも確かに教えられるし、川島がそう思うのも無理はなかった。でも実際調べてみると、意外にそんなこともないん

だよ。継続的関係にあるからこそ、問題があった時に、「対立」を避け、契約内容とは別次元で柔軟に対応するという、実務の上での関係の築き方ってもんを、川島は日本だけのものと思い込んでいたのだった。

フットさんも地元の弁護士と喋ってたらこういう話を聞いたそう。

モンタナ州において、牧場主同士の取引は、長期的に同じ奴との付き合いになることが多いから、契約書作っても一ページ程度の簡単なものだし、激しい交渉は行われるけれど、一度内容が確定すれば地元の人たちの共通理解に関してはほとんど契約書にはたされないのが常だった。ところが州外から、一時的な関係性を築きに来た商売人が契約にやってくるようになると、契約書の厚みが激増したんだって。

結局、契約意識というのは、共通理解だとか、慣習的な「生きた法」が適用されるうちはほとんど出てこないのかも。それが足りなくなったときに、**補充的**に出てくるみたいだね。

もう一つ、川島先生の話の中で、92～93 ページに出てくるイモの話はどのように考えるべきか？ というのがフットさんの的には気になったそう。

イモの話

大戦中に、イモ屋に行った。ぼく「イモとっといてくれ」店長「おk」

～数日後～ ぼく「来たぜ」店長「うっちった」ぼく「!？」

しかも文句言ったら村の人に怒られたらしい。ここから川島さんは、日本人の契約意識の乏しさを表している！というのだが…。フットさん「僕の地元でもこんくらいありますよ(笑)」「というか戦時中ですから帰ってくるのか分かりませんしね」正論。

820 日本人は訴訟嫌いなのか

821 川島を出発点に

ではこの項の本題である、**日本人の訴訟**に関する法意識の話に入ろう。出発点はもちろん川島『日本人の法意識』である。今回は第5章、第6章参照なので、6月13日分の資料の2を見てほしい。

参考：Kawashima, "Dispute Resolution in Contemporary Japan," Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society (1963)

さて、「我が国では一般に、私人間の紛争を訴訟によって解決することを、ためらい或いはきらうという傾向がある」のだと彼は言う。

日本人が訴訟を好まない理由として彼は以下を挙げるのだった。

①**弁護士費用**が高くて、訴訟は**時間がかかる**

面倒で金のかかることは普通は避けるよね。ただしこれは「原因の一部であろうが、決して重要な決定的な原因とは考えられない」と留保しているから注意しよう。

なぜなら、他の国でも同様にお金も時間がかかる、そして日本の大企業や公共団体でも訴訟を回避する傾向があるから、これを理由だと言い切ることはできないんだよね。

②「むしろ現代の**裁判制度**と日本人の**法意識**との**ずれ**ということのほうが、はるかに重要であるように思われる」ここで川島は日本人の「法意識」に原因を求めたのだった。

「伝統的な日本の法意識においては、**権利・義務は、あるような・ないようなものとして意識されており、それが明確化され確定的なものとされることは好まれない**」とし、それに対して、「西洋の法制度においては、権利があるか、ないか—すなわち、all or nothing—という形で判断が下される」と日本の「グレー」なやりかたと、欧米の「白黒つける」やり方が合わないから訴訟がなかなか行われないのだという結論を出した。

「当事者間の友好的或いは「共同体」的な関係が成立しまた維持されているのであるから、**いわゆる「黒白を明らかにする」ことによって、この友好的な「共同体」的な関係の基礎を破壊する**」のだそう。

「我が国では、西洋ならば当然であるような場合に訴訟をおこす者は、「変わり者」「けんか好き」「訴訟きちがい」等々のことばで烙印をおされる。訴訟を忌避する態度は、ふかくわれわれの心の奥底に沈着しているのである」とまとめられた。

822 日本人が訴訟を好まない証拠として

そして彼は日本人が訴訟を好まない証拠として以下を挙げる。

①**訴訟よりも調停を優先すること**

第一次大戦後に、借地借家や小作に関連する訴訟が大幅に増えた。「政府は、社会のおよび経済的基盤が動揺しはじめたことを感じ、その対策として、裁判所における調停手続によって「争いを水に流す」ことをねらいとする一連の調停法を制定した。その結果、これらの紛争についておびただしい数の「調停」が裁判所に申立てられ

たが、訴訟の増加はほとんど言うに足らなかった。このことは、日本人の法意識に適合する調停が大いに愛好されたのに比べ、訴訟は忌避された、ということを示唆している」とのこと。

②交通事故に関する統計

「我が国では交通事故による損害賠償の請求の圧倒的な大部分が訴訟にならないで解決される」(1953-59 年の国鉄事故、1961-65 年の私鉄事故、1960 年のタクシー会社事故の調査)

これは非訴訟的な、グレーゾーンでの解決を望む意識の現れではないかというわけである。

③法曹人口

「我が国では弁護士の数も非常に少ない。…このことは、訴訟の数が少ないということの原因であるのか、結果であるのか、或いはまた原因でもあり結果でもあるのか簡単には断定できないが、訴訟をこのまない、むしろこれを避けたがる、という日本人の気持ちが、弁護士に相談することを少なくし訴訟を少なくすることの原因の一つだと考えられる」だってよ。

④近代化との関係：過渡期の日本

川島に言わせれば、まだまだ近代化の過渡期にあったのが当時の日本。工業化や近代化の進展に伴って、日本人の法意識も変化し、西洋的になっていくだろうとは彼の予想するところではあるのだが、すなわち「人々は、より強く権利を意識し、これを主張するようになるであろう。そうして、その手段として、より頻繁に、訴訟＝裁判という制度を利用するようになるであろう」と彼が言うように、まだ近代化が進まず、西欧的な法意識が定着していない以上、西欧的法意識の現れである訴訟による白黒つける文化が根付いていないのだというわけだ。

823 《補充》隣人訴訟：訴訟嫌いの表れ？

ここで、日本人の訴訟嫌いの現れだとしてよく取り上げられた事件を見てみよう。ついでにね。

事件の概要(小島偏『裁判キーワード』1993 年、p30)

1978 年、三重県鈴鹿市郊外の住宅団地において、X・Y は日頃親しい近所付き合いをしていた。大掃除をしていた Y 宅に、X の子供が遊びに行ったのだが、Y が目を離したすきに、X の子供が Y 家に隣接する溜め池で水遊びをし、池の深みに入り溺れて死亡した。事故後、Y が X に謝罪しなかったなどの事情もあり、X は、Y および池の管理者である国・地方自治体に対し損害賠償を請求した。津地方裁判所が Y に対してのみ、その過失を認め、損害賠償を命じた。

その後の展開

マスメディアが事件を取り上げて、隣人関係紛争を訴訟で処理しようとした当事者に対して嫌がらせや脅迫まがいの非難が集中して、大騒動となった。その結果、訴えを取り下げざるをえなくなってしまったのだった。この事態に対して、法務省が、裁判を受ける権利の侵害が強いと見て、異例の見解表明を行うまでに至った。

これが日本人の訴訟嫌いの現れなのかという話だが、対照的な事例として、Jane Hamilton, A Map of the World (1994) (和訳：ジェーン・ハミルトン、『マップ・オブ・ザ・ワールド』)という小説を取り上げたい。これは宣伝からの受け売りだが、「アリスが目を離した隙に起きた親友の娘の事故死」のお話である。

ここでも、訴訟を起こしても娘は戻ってこない…などと言う感じで、結局訴訟は行われぬ。まあ小説乙と言われたらそれでおしまいなのだが、それでもアメリカだから訴訟する、日本だから訴訟しないというわけではないのだろうと思われる。アメリカにおける親子間の訴訟をどうみるべきかなどの事例にもつながるのだけだね。

830 川島の分析のインパクト：国内、海外

831 川島に対する反論(1)：ジョン・ヘイリーによる「制度上の不備」(institutional incapacity)説

ここのお話は、(John Haley, “The Myth of the Reluctant Litigant,” 4 J. Japanese Studies 359 (1978) [加藤新太郎訳、ヘイリー「裁判嫌いの神話(上)(下)」判例時報 902 号、(1978)、907 号(1979)]) 参照です。

ヘイリーによる反論は以下のようなものである。

①本当にそんなに訴訟が少ないのか

米国を比較の対象にしたのは誤りであったのではないだろうかというのが彼の持論である。実はヨーロッパの諸国と比較した場合、日本の訴訟率はそれほど少なくない。比べる相手が悪かったのでは？

②「訴訟好き」の定義

訴訟率なのか、(泣き寝入りに対しての)紛争のなんらかの手段による解決なのかによって、話は変わってくるのではないかと彼は言う。訴訟好きって別に訴訟をしたいわけじゃなくて問題を解決したいんだよね。必殺仕事人に依頼する奴と訴訟する奴の根底にある意識はあまり変わらないんじゃないかという訳である。

③親子その他特種な関係にある当事者を除いて、日本人は特に訴訟をきらいとは思われない

④意識調査

「民事紛争を話し合いで解決できなかった場合」、日本人の64%は「訴訟をおこしても良い」と答えるという結果が出ている。

⑤民事訴訟は、戦後よりも戦前の方が多かった

人口比で計算した場合、1934年は1974年の2.2倍の訴訟が起きている。「これらのパターンは、伝統的見解、とりわけ広く支持されている『戦後はより積極的に訴訟が起こされるようになったとする見解』と矛盾することは明らかである。日本人の司法過程に対する態度につき語られ、記されることがらのほとんどは、神話なのである。しかし、多くの神話がそうであるように、この神話も重要な真理を含んでいる。少なくとも明治中期から、日本人は一般的にいて、例のないほど訴訟嫌いではなかったかも知れないけれども、資料は、権威に対する階層的服従を基礎とする温情主義的秩序を維持しようとする人々にとっては、訴訟を起こされるということは嫌なものであったことを示している」と彼は言う。

⑥さまざまな調停法(借地借家、小作、商事、労働紛争等に関する調停法)

「温情主義的秩序を維持しようとする人々にとっては、訴訟を起こされるということは嫌なものであったこと」の例として、様々な調停方法を彼は取り上げる。つまり、訴訟に頼ることが嫌いなのではなかった。**訴訟が起きないようなシステム**がお偉いさんによって作られていたのだという訳である。法曹人口についても、これは日本人の法意識の現れではなく、むしろ少なく据え置いて温情主義秩序を維持しようとしたのだと、川島説を真っ向から反対する。



川島説? 冗談じゃねーせ

832 ハイリーの「制度上の不備」説 つづき

日本の訴訟率の低さの理由として、**制度上の不備** (institutional incapacity) を主張する。

不備①代替手段の存在

訴訟に変わる手段が有効であれば、訴訟率は減るはずである。日米を問わず、訴訟は最終手段であり、当事者による直接交渉、第三者による mediation 等によって解決できない場合、初めて訴訟に頼るわけだよね。そのため、他の手段が効率的に機能すれば、訴訟に頼らないですむのは当然のこと。日本の場合、第三者による mediation はアメリカよりも有効であろう。

不備②訴訟機能の問題点

訴訟の機能に問題点があれば、訴訟の利用も減るであろうと彼は言う。

訴訟が紛争解決手段として機能するために必要なのは：

①裁判所の手続や判例に関する**十分な情報**があること

②裁判所への**アクセス**(管轄権の制限、申し立ての手数料、訴訟費用の担保、裁判所／裁判官／弁護士への不足によるコストや遅延)が良いこと。高くつければつくほど、訴訟がしにくい。特に今の日本の場合、三審制ですからね。結構時間が掛かる(少なくともかかるイメージがある)というのは大きいはず。

③十分な**救済**があること。損害賠償や差し止め命令が出せるのか? 勝訴した後にきちんと費用回収できるのか? などなど。勝訴して200万円に損害賠償! なんていってもすぐにそれを払ってもらえるとは限らない、その時に、それを強制するメカニズムがきちんとあるかどうかなどは大事だよね。

⇒日本の場合、①の十分な情報はあふれている。法学部だって結構メジャー(法学徒の割合はアメリカなどのそれよりもかなり大きい)だし、一般人向けのマニュアルもかなり多いからね。だけど、②のアクセスに関して様々な問題がある。特に弁護士や裁判官の著しい不足はかなりやばい状態だし、手数料も高く訴えによる利益が小さくなりがちな現状がある。そして③救済の種類や強制力の欠乏でも大きな問題がある。損害賠償額も、アメリカなどに比べ少ないし。

証拠としては、戦前と戦後の訴訟率について、近代化が進むにつれて上がるだろうという川島の説を否定するように、戦後のピークを越えてからは戦前の方が高いんじゃないか？ぐらいの値が出ているし、あとは意識調査による結果や、制度上の不備に関するデータとして法曹人口や裁判の遅延度合い、裁判費用や手数料などの値を示すのだった。

そこから結論として、日本の訴訟率の低さは法意識によるものではなく、**制度上の不備**によるものである！というわけである。これが制度上の不備説なわけでした。

この議論は、1980 年度以降に現れる「**新制度論**」に、1978 時点すでに、画期的な新しい知見を与えている。

833 川島に対する反論(2)：ラムザイヤー・中里による反論：「合理的な人間」説

ここの参考文献は(Ramseyer& Nakazato, “The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan,” 18 J. Legal Studies 263 (1989)(ラムザイヤー、『法と経済学』15-45(1990)、)である。彼らは、いわゆる「川島対ヘイリー」の議論を見ながら、「**合理的な人間**」という新しい視点から訴訟率の問題に踏み入って行くのだった。彼らは、交通事故に関する紛争を対象にして、当事者としての日本人はためらいがち(reluctant)なのではなく、**合理的**(rational)であるから訴訟をあまりしないのだ、と主張するのだった。

「合理的な人間」説は以下のように展開していく。

アメリカに比べると、訴訟率は確かに低いのは認める。これは、従来の多数説(川島さんのやつ)によると、日本人は人間関係を大事にして、訴訟が共同体を侵害するので訴えるのを忌避するからだという。それに対して、「修正主義者」(ヘイリーなど)は制度上の問題点で説明しようとする。しかし良く考えてみよう。制度上にそんなに問題点があるのだったら、法システムは被害者に救済をほとんど与えない結果になるはずである。でも実際、ある程度の救済は与えられているじゃないか！

ここで三つ目の説明として、「**予測可能性**」(predictability)を主張する。

要するに、両当事者は、仮に訴訟になりそうな時に、その結果(損害賠償額を含めて)を相当程度の確度で予測できるならば、訴訟なしで話し合いによる解決が出来るし、それを実行するだろうというのである。だから、日本人がより合理的で、予測可能性を持っているのなら、裁判に頼らずに自主解決を行うことになる。彼らは、日本の場合、「**予測可能性**」が**高い**のだという。その理由として以下を挙げる。

- ①陪審ではなく、**専門裁判官**が判断するので、判決がぶれない。
- ②長い裁判の間に裁判官が**判断に関するヒント**を当事者に与える機会が多い。短期だと情報量が少ないが、長期ならば判決の前にゴールが見えるケースが多くなる。
- ③過失相殺の割合と被害者の損害についての詳細で明確な**公開された定式**により、当事者は訴訟になった場合のありそうな結果を予期できる。

以上のように、「予測可能性」が高いので、訴訟を起こさなくても話し合いによる解決が可能になり、訴訟の利用が少なくなるのだと言う訳である。「合理的な人間」説の証拠として彼らは以下を提示するのだった。

- ・1960-1984 年の死亡事故を対象に分析した結果、80-95%の被害者(の家族)が救済を受けている。これは、制度が悪いのだ！という言い分に反しているだろう。
- ・過失相殺等を考量した場合、「平均して、たとえ訴訟を起こして勝訴した場合にえたであろう額の 80-110% を得ている」、と結論付けている。つまり、合理的判断が裁判より先にしかるべき解決を当事者に与えているということになる。
- ・平均して、アメリカで訴訟を起こす被害者よりも有利なことが多い。

ここから結論として、日本の訴訟率が少ないのは、訴訟嫌いの結果ではなく、そして制度上の不備の結果でもなく、むしろ**合理的な結果**である！と彼らが結論付けるのだった。

834 棚瀬孝雄による議論の展開：「管理モデル」

(Takao Tanase(棚瀬孝雄), “The Management of Disputes: Automobile Accident Compensation in Japan,” 24 Law & Society Rev. 641 (1990))を参照ね。

似た議論と言うか、同じく交通事故を取り上げて、川島とヘイリーの議論を出発点にして訴訟率の問題に取り組んだ人に、**棚瀬孝雄**がいるので、彼の議論もみていこう。

出発点はさっきと同じで、「日本の訴訟率は低い」ということ。

死亡・人身事故の交通事故を対象にすれば、米国において 21%強は訴訟にいたり、さらに 29%の事件に弁護士が和解交渉に参加する。日本においては、訴訟率は 0.9%、弁護士に相談するのは全部で 2%以下であることを考えればこのスタート地点の設定自体はさすがに納得できる。

今までの説明への反論としては、

①川島の「**態度(attitude)モデル**」については、伝統的な日本文化を理由にしたけど、文化による説明は証明不能であり究極的には循環論法になりかねないからちょっと…と否定的。まあ文化だから(キリッてのは説明方法としては最終手段になるべきだとは思うよね。

②ヘイリーの「**制度的(institutional)モデル**」については、じゃあなんでエリートがそうした制度を確立したの？ってことと、そんな不備だらけの制度が何故、どのようにして成功して維持できたのか説得的な説明を与えていないだろうとこれまた否定的。

国民の期待にこたえていないとすれば、何故これまでそんな欠陥制度を維持できたのか？文化的な影響を否定しようとするあまり行き過ぎがあるんじゃないかということである。

棚瀬はそれに代わる新しいモデルとして、「**管理(management)モデル**」を主張するのだった。

ようするに、日本の訴訟率は、抑制「されて」管理されているのだ！という見方である。

エリートは訴訟率を抑制するとすれば、当事者の満足を得させる現実の代替手段を付与しなければならない。すると満足に行く代替手段を付与するために、以下の三つのメカニズムが必要である。

①被害者は弁護士を雇うことなく**自ら請求を提起**する能力を高めるメカニズム

②専門家によるサービスを必要としないような**簡易化された法**

③**裁判外の紛争解決**フォーラム

日本において、交通事故の場合を確かめてみよう。

①弁護士なしで請求できるメカニズムとしては、警察や保険会社の相談の他に、地方自治体と弁護士会の援助を得ている交通事故相談センターによる無料相談だとか様々な機関が存在している。

②法の簡易化のメカニズムとしては、保険の下で損害賠償の明確で画一的に適用される規定があるし、準訴訟になった場合の判決額の定額化、過失相殺の計算における定型化された式がある

③裁判外の紛争解決フォーラムのメカニズムとしては、裁判所付置の調停と交通事故紛争処理センターが存在している。

…条件フルコンプじゃん！！結論として、こうしたメカニズムによって当事者間の対決のほとんどが吸収されてしまうから、訴訟率は抑制されているというわけである。

また日本においては、金銭的な面の他に、道徳的な面も重要である。誠意、謝罪等が重要視され、加害者も被害者も、面と向かって交渉する機会があることが主。自助努力をする制度設計も出来てるし、機会にも恵まれているのである。こうした面に関して、日本は米国と対照的である、と棚瀬は言っている。確かにアメリカではこういう交渉チックなことはなかなかないように見えるよね。俺アメリカ行ったことないから知らないけども。

835 管理モデルの検討

こうして展開されてきた議論だが、棚瀬のモデルはかなり完成されているように見える。

管理モデルの長所としては、少なくとも表面上効率的であり、国民は満足しているのだから当該制度がずっと維持されてきたことも説明できるし、対立を回避しがちの日本文化にあっていて。道徳の面も重視されるので、二つの対立していた議論のいいとこどりのような感じ。

他の紛争形態(医療過誤等)にも適用されるし、かなり良くな？

ただまあ管理モデルの短所だってあるにはある。

例えば、自助に任せると当然に賠償額の不均等性(主張を十分しない被害者、要求し過ぎる被害者)など、「言ったもん勝ちになるだろ」という問題が出てくるし、裁判の少なさにより、規範や基準は発展しなくなるし、法システム自体が弱体化していくはずである。

836 フットによる議論の展開：基準の明確化、定型化の過程

ここでの参照は、フット「日本における交通事故紛争の解決と司法積極主義」『外から見た日本法』(1995 年)本講義の資料と、フット『裁判と社会』(2006 年)第2章、第3章第1部、第6章第4部かな。

確かに今までの議論は説得力があった。ラムザイヤーや中里、棚瀬が指摘するように、交通自己紛争に係わる訴訟率の低さは**代替手段**の存在で説明できる。ラムザイヤーと中野が指摘するように、訴訟を起こした場合の結果が確実に予測できるなら、訴訟を起こさなくても話し合いによって解決できるし、棚瀬が指摘するような手段が予測を可能にし、話し合いを容易にするだろう。キングクリムゾンのエピタフ的なやつだね。

しかし、「じゃあ、そんな手段とか制度は**どうして出来たの？**」っていう問題があるでしょ。これに関して、さっきから出てる人たちはあまり説明をしてくれない。



フットさんは、じゃあ俺が説明するか！と思ったらいい。イケメン過ぎる…。

その確立に**裁判所**が中心的な役割を果たした、それも意識的に、この制度は確立されたのだとフットさんは話を進めるのであった。

ここで裁判所の果たした役割を確認してみよう。実は、1960年代初頭から交通関係の訴訟が急増した。すると、最高裁事務総局の判断で、東京地裁に特別な交通部(**民事 27 部**)が設けられたのだった。1962年のことである。ここでは、効率的な問題解決への期待があったのは間違いないだろう。約 10 年間の間に、この民事 27 部が様々な面で、交通事故紛争処理の定型化を図ったのだった。

27 部による定型化の主な内容

①判例の整理、②書式や判決書の標準化、③事件の取扱い等に関する裁判官用の手引書の作成、④損害賠償額の定額化、⑤過失相殺の定型化、⑥事実認定の予測可能性を高めるために、警察の事故現場記録の開示に努めたなどがあげられる。④については例えば、遺失利益(無職未成年者、主婦等家事従事者、有職者の収入、後遺障害、生活費等)、慰謝料(死亡、後遺障害等)、積極損害(治療費、葬儀費、弁護士費用等)等の基準を定めたのだった。

このなかでも特に④と⑤は**予測可能性**を高めると言う面で非常に画期的だよね。このおかげで、自分で賠償額などを見積もれるようになったのだから。そして、抽象的な式だけでなく、そこに代入する「事実」が違えば結果が変わってくるのは当然のこと。そこで、⑥の**事故現場の記録開示**が行われたのであった。

この定型化する意図は明らかに、訴訟なしに解決する道を切り開くためであったのは見りゃわかるね。

ラムザイヤーや中里が指摘するように、そのためには基準が「詳細、明確、かつ公開されたもの」でなければならないわけで。

それは裁判官の中では共通理解だったみたいで、「詳細」かつ「明確」な基準を設けるために、27 部内の努力として、保険会社の関係者、弁護士、学者等との研究会等を行い、「公開されたもの」にするために、27 部の裁判官の他の地裁への配置替えや、裁判官懇談会、研究会、弁護士会や保険会社との協議や「情報もれ」等の策を講じまくったのだと言う。

そして 27 部による積極的な公開策として、『交通事故と民事責任』判例タイムズ臨時増刊(1967 年)、「民事交通訴訟における損害賠償算定基準と過失相殺率等の認定基準」、別冊判例タイムズ(1975 年)の編集を行ったんだってさ。頑張るなこいつら…。

こいつらの涙ぐましい努力のおかげで、**明確で詳細な定式**はだいたい 1970 年までに公衆に利用可能となっていたのだった。事実、1970 年に東京地裁の新規交通事件は 2300 件でピークに達し、なんとその後 1977 年までには 600 件未満となったのだった。一つ補足しておく、この過程のもう一つの特徴としては、**弁護士会の協力**が挙げられる。弁護士会は全面的に定型化への協力を行い、1970 年以後、日弁連交通事故相談センターが『交通事故損害額算定基準』を編集し、出版してきたのである。

840 検討事項

841 それぞれの見解はどれほど違うのか

ではせっくなので出てきた議論を整理してみよう。

共通点としては、どれも日本の訴訟率の低さから出発し、裁判へのアクセスの重要性を、弁護士不足その他日本におけるアクセスの諸問題に絡めて論じている。訴訟の代替手段があれば訴訟は減るとし、日本においては代替手段の存在が大きく、さらに代替手段が効率的に機能するための諸要素(特に予測可能性)が存在していること、予測可能性を高めるのに必要な諸要素も存在していることなんてのも大体皆が論じていることだね。

代替手段が意識的に作られたことはフットさんが積極的に述べたけど、ほぼ皆意識自体はしていたのは間違いない。

相違点であるが、まずは「文化の影響」として、合理的な人間説に立って文化を無意味とする人、川島のように文化に原因を見出す人など、ここは見解が分かれている。文化を認めるにしても、文化が先なのか、制度が先なのかによっても話は変わってくるだろう。

あとは日本が「特殊」と言えるのかどうかは、議論が各論者によって統一されていない。

エリートの役割に関してもフットさんがようやく取り上げてくれたけどそれまでは…って感じだよね。あんまり焦点当たる形では出てきてなかった。

842 交通事故は特殊ではないか

そして、気になるのは皆が取り上げる「交通事故」である。総事件数の **1%未満** だし要するに、交通事故だけで紛争を決めるのはおかしいんじゃないの？という訳である。そしてここでの議論は経済的側面中心のやつが多かったが、棚瀬の指摘するような**道徳的な側面**もあるよね。それも多分に。

あとは自動車事故には保険制度の影響って特殊事情もあるから、そのあたりも踏まえないといけないよね。ラムザイヤーと中里の研究対象は死亡事故のみだったし、死亡事故ってことの影響も踏まえない。ちょっとサイドミラーぶつけたのと明らかに次元が違う訳だし。

こういった状況踏まえると、一般化には制約がありそうだよね。

ここで使われた損害賠償計算式が他の分野でも使われている点では確かに一般的かもしれないけど、過失相殺の話だとか、事故現場の情報公開の話だとかは、他の分野には正直適用できないよね。交通事故以外の民事事件については、予測可能性の度合いが段違いに低くなることが多い。こういった要素は訴訟率に影響していないのかな？しててもおかしくないよね。

あと、交通事故だと相手は知らない人だからいいけど、普通の民事訴訟って「知ってる人」を相手にすることも多いよね。この違いもあるでしょう。

843 定型化以外の予測可能性を支える要素について

あとは陪審 vs. 専門裁判官…陪審より専門裁判官の方が予測可能性上がる敵な話があったけど、ぶっちゃけ**罪刑法定**してればそれそこまで関係なくね？というのは正直なところである。

集中審理の影響についても、集中審理だと裁判官はヒントを与えたりできないけど、日本なら時間があるからこの点情報が与えられる…というけど、アメリカとかにも、**フリートライアル**という、審理前手続きのようなものがあり、ここでヒントは与えられない！というわけじゃなくね？

844 ≪補充の1≫和解のイメージ

和解率に関しての日本のイメージとして、一旦訴訟を起こしても当事者は円満な解決を望み、和解率が非常に高いよね…というものがある。しかしこれは本当だろうか？

●日本人も困ってる

草野芳郎『和解技術論』では、説得技術(及びその基本型、応用型)、当事者の合意の取り方(基本型、応用型)、難件への対処の仕方等を書いているけれど、ここで「(難件を和解で解決するために、)第一に必用なことは、…強い熱意を持つことです。そのためには、**本当に粘り強くがんばらなければなりません。…いろいろな方法を変えて試行錯誤を重ねて行かなければなりません**」と言ってる。

●アメリカでは

さて、米国における和解率は一体どのぐらいなのかという話だが、提訴された民事事件で判決まで戦うのは 10% 以下で、実は大部分は Settlement (和解) で終わっているんだよね。

さらに、Galanter, “The Vanishing Trial” (「消えてゆく裁判」), J. Empirical Leg. Stud. 1:459 (2004) によれば、連邦裁判所における民事事件で裁判まで戦うのは、1962 年の 11.5% から、2002 年にたった 1.8% のみに減ったという。裁判の総数も、1985 年から 2002 年までの間に、6 割も減ったらしい。

こうした米国における非常に高い和解率をどう説明するのかという話だが、これはもしかすると、訴訟も**交渉の一つの手段**としてとらえられているということなのかもしれない。手段としての訴訟なので、それを起こすことに対するためらいのなさが反映したのかとも思われる。

結局和解のとらえ方ははっきりしないんだよねこれ。

遅延(裁判までの期間は、1963 年の 16 ヶ月から 20 ヶ月まで伸びた)コスト等から見れば「制度上の不備」にもなるし、負担を減らしたい裁判所・裁判官の行動とも見れる。こんな観点からは ADR へのシフトとそれを促す法改正は当事者、弁護士、裁判官の考え方の変化ともとれる。

和解を代替手段と見るべきかってのは議論の余地ありなんですよ。

845 27 部その他の「エリート」による行動をどうみるか

交通事故の他に、公害紛争、雇用機会均等、医療過誤、建設紛争、様々な民事調停事件等に同様な制度が作られているのだが、そのねらいとは何なのだろうか？訴訟の抑制や、救済の簡易化とかいう目的は確かに見えるが、このような行政干渉にも近いようなことを裁判所が行うというのは、アメリカなら絶対叩かれているようなこと。一種の**司法積極主義**と言ってもいいかもしれない。

ここまででちゃうのは、抑制・救済を超えた訴訟嫌いな日本人のあらわれだと思ってる人もいるくらい。意見が分かれていて、実は 27 部の裁判官の見解でさえ統一していないらしい。話し合いで解決するのが「王道」と見る裁判官、それを「権道」（目的を達成するための便宜的な手段）と見る裁判官…エリートの行動は「どこ」からきているのかというのは考える価値のあること。まあ官僚様のやってることってなかなか見えてこないから情報開示を積極的に要求しながら見ていくしかないんだけど。

まあ、このように予測可能性を挙げていくことで「平等」な仕組みを保ちたいのかも。A 君は 60 万もらえたけど、同じような事故で B くんは 10 万しかもらえなかったらたぶん損害賠償の確定は長引く(B「おい！おかしいだろ！」とクレーマーとなればめんどくさくなるよね)し、司法の信頼も揺らぐでしょう。そういった面が背曲的な予測可能性の担保に司法の側を向かわせたともいえる。

846 棚瀬の指摘する道徳的な側面は文化の現れなのか

棚瀬は、「人に迷惑をかけた人は、それがいかなる理由であれ、また仮に自分に落ち度があろうとなかろうと、法的義務とは別に、(日本人は)迷惑をかけたことを償う**道徳的義務**を負う」という。

たとえば松井秀喜がけがをしたことについての謝罪をしたよね。別に落ち度があったとはいえないじゃん。棚瀬曰く、「謝罪行動、そして謝罪の意義に関して、日本とアメリカとは異なる」「アメリカ人は自主性を重視し、謝罪を自己主張として考えがちである。そのため、謝罪にたいい理由付けも付いてくる。」「それに対して、日本における謝罪という概念は、共同体のヒエラルヒと和合を重んじるものである。」とのこと。

確かに言われてみると、従来アメリカにおいては、交通事故等の際に「絶対に誤るな。謝罪は責任を自ら認めたものと見なされるから」とアドバイスされることも多い

しかし、最近は謝罪が注目を浴び、態度が大きく変わっているのが現状である。

例：**医療ミス**と謝罪

すべてのミス(患者の到底知り得ないミスまで)に関して患者や遺族に全面開示をして、謝罪および弁償をし、そして再発防止作を講じると医療過誤に絡む費用が減る、という報告がある。

謝罪を促進するような法改正も進んでいて、2003 年までに、6 つの州において、責任を認めない限りは同情を示す謝罪の言葉は責任を立証するための証拠として使えないという内容の法律が出来ている。

例えば 2003 年、コロラド州において、「医療提供者によってなされた、謝罪、落ち度、思いやり、同情、哀悼、その他一般に善意を示すあらゆる陳述」について、責任を立証するための証拠として使えないとされた。

謝罪を奨励する動きはさらに強まっていて、2008 年までに、謝罪を証拠として利用するのに何らかの制限を設ける法律を、50 州のうち 35 州が導入している。

結局は何が言いたいのか、この謝罪文化をあんまり強調しなくてもいいんじゃないかって事だと思う。あくまで損害賠償だとかが一番の問題になっているのだしね。制度的枠組み+合理的可能性って説明が一番しっくりくるとフットさんは思ってるみたいだし(無敵ではないけど)、それを吹き飛ばすほどのインパクトは感じられない。

※補足

当事者と代理人の謝罪に対する態度を比較すると結構違う。**当事者**(被害者)の場合、謝罪を評価する。誠意があって責任を認める謝罪を受けた場合、相手に対してより肯定的になる。相手を懲らしめる気持ちが減って、弁護士とかに相談する傾向も減るみたい。

逆に、**代理人**(弁護士)は、責任を認める謝罪があると「こいつが悪いんだ」とより高い要求をする傾向がある。このように当事者サイドも一枚岩ではない。

847 標準化/画一化の重要性に関する日米の違い

で、交通事故から離れた一般的な傾向として、日本は裁判の基準とかが標準化され始めれば早い。

たとえば、**アスベスト訴訟**。アメリカでは 1970 年代から重大な社会問題としての認識があり、民事訴訟中心で解決に向けて取り組んできていたのに対して、日本では、長い間放置されてようやく事態の重大性が認識され始めたのだった。しかしその後は速いペースで、「石綿による健康被害の救済に関する法律」が成立した。参照はフットさんの『裁判と社会』(82~87 頁)。

ちなみに政府は、世界的に石綿問題が注目されていることと、火事に対しての材質としてのつよさを天秤にかけ、結局放置していたが問題が表面化して初めて気づいたかのようにふるまっていた。フットさんの的にはこれがむかつくことこのうえないらしい。

最近の例として：**原子力損害賠償紛争解決センター**（原発 ADR センター）があげられる。今では大体 2500 件くらいの紛争を承ってるはず。

基本的な方向性(2012 年 2 月 17 日発表)としては、**和解実例**を積み重ね、**総括基準**を策定・公表することにより、申立案件を適正かつ迅速に(三か月くらいで)解決に導き、総括基準や和解実例に準拠して被害者と東京電力が直接交渉により賠償問題を解決することが促進される環境を整えることが想定されていた。基準に関しては、8 つの基準が現在公表されている。

こうした基準が公表されてからは、かなりよせられる案件の数が増えてしまったらしい。つまり、直接交渉よりも総括基準にしたがった方がいいと思われていることに注意しよう。

対してアメリカは個人主義というかフロンティア・スピリットの現れなのか、**懲罰的損害賠償**にあらわれるように抑圧的な側面が刑法だけでなく民法にも表れている。

定額化の影響に関しても、アメリカでは定額化＝**低額化**では？と思われるようなきらいがある。結局これは標準化をどう評価するかによるんだよね。

定額化とか制度化による補償をすれば画一的に救済は出来るけど、代わりに流動的な対応が出来なくなる。アメリカはこの辺りの信頼はないのか、個々での訴訟がメインになってるわけ。日本ではそのあたりはわりと信頼されていて画一化が結構される。

848 訴訟率に関するのその他にも数多くの研究

①**ヴェルシュレーガー**による訴訟率の歴史的統計的再検討

この人は、**訴訟率**を題材として、統計の利用の難点・問題点を取り上げる。

1875 年から 1994 年までの間の日本の訴訟率を五つの時代にわけて統計的な分析を行い、ドイツ、スウェーデン、アメリカ合衆国(アリゾナ州)との比較を行った。

すると、日本の安定した訴訟率が特徴的であったらしい。他の国の訴訟率がしだいに増えたのに対し、日本の訴訟率は最近まで安定的だったという。結論として、ヘイリーの制度説やラムザイヤー・中野の予測可能性説は否定できないが、(スウェーデンの田舎における訴訟率との類似性等を考えると)川島の文化による説明がより説得的であるとした。

②**ギンズバーグ／ハットカー**による実証的研究

この人は、他の国との比較はあまりにも複雑なので、日本に限定して研究を行ったのだった。

民事訴訟が大幅に増えた 1993～2002 年までの県ごとの統計(訴訟の件数、弁護士の数、裁判官の数、総人口、経済状況等に関する統計等)の回帰分析を通じて、制度の影響を見だしおおむねヘイリー説を支持する結論になった。

訴訟増加の理由として認められた要因としては、

①**弁護士の増員**→訴訟の増加が弁護士の増員の原因、という仮説も検討したが、そうでもない、と結論づける

②**裁判官の増員**

③**民事訴訟法の改正**(1996 年成立、1998 年施行)：審理の促進、証拠開示の(ある程度の)拡充等

④経済状況においては、活性化、**活発な取引関係**が訴訟の増加につながる、そして不況に伴う**契約不履行等**が訴訟の増加につながるという二つの仮説を立て、この時期の日本において、両方の影響が見られるとした。

検証したが訴訟増加の理由として認められなかった要素としては、

①**地方／都市部の影響**→人口、経済活動のためにコントロールした場合、地方より都市部の訴訟率が高い、ということは認められなかった。

②**裁判外紛争解決制度の影響**⇒裁判外紛争解決制度利用の減退、という仮説も認められない(実際、裁判が増えたのと同時期に裁判外の制度の利用も増えた)

849 まとめ

フットさんは、これらを総合した見方をとる。「**合理的選択**」はきっとするんだろうけど、その考慮要素は決して一律ではない。コスト・ベネフィットの計算は、国や地域、集団の精度や文化によって異なる。

合理的選択によって参照される価値は、法制度そのものに留まらず、経済制度、政治制度、雇用制度、教育制度などの社会制度を含む、さまざまな**制度的側面**によるところが大きい。

これは合理的選択新制度論と歴史的新制度論の折衷的な理解(限定合理性モデル)で加藤淳子教授(政治学)と同じ理解だよね。確かに本人の性格にもよるし、全員が利益の最大化だけを考えて行動するわけではないよね。この利益の最大化の数量化に向かない価値観や行動パターンもあるわけだし。環境保護とかのボランティアってそうでもないと言明できないよね。

だから、合理的な人間観はおそらくスタート地点にあるはず。そこから制度も作られるのだろう。ただし、その人間観・制度も、文化と伝統に大きく支配される形で存在しているのであるとまとめます。

ただし、文化がすべてを説明しちゃったらなんかあれだよね。フットさんのには、まずは制度に着目するほうが望ましいという。文化は「普遍」ではないものなのに、文化をスタートにしてるとそれに気づきにくくなっちゃうからね。

850 日本人の法意識：日米中三か国法意識調査

851 概要

参照は、河合隼雄・加藤雅信編『人間の心と法』(有斐閣、2003年)の第4章「紛争に対する態度の日米中3カ国比較」(太田勝造・岡田幸宏)、第9章「アメリカ人は日本人より日本的なのか」(フット)。今度は別の調査から日本人の法意識を見てみようって企画です。

調査方法

質問票調査；全国層化抽出

日本、2000年、1350 サンプル

米国、2001年、1000 サンプル、電話による

中国、1995年、5000 サンプル、直接(中国国家统计局と共同)

調査方法の問題点としては様々な**バイアス**がかかるということ。まあ細かすぎてめんどくさいからまとめると、単に回収とかの**手続きの側面**からくるものだけでなく(例えば、法意識の高い人ほどアンケート返してくれるんじゃないか？法とか何それってやつは返さなくね？この時点でバイアスじゃん)、**主観的**なものもある。



質問をどのように理解したのかとか、本音で解答したのかね。「他人にこう思われたい」場合や「自分のことをこう思いたい」場合に、無意識にバイアスがかかることもあるし。上のナランチャが良い例じゃん。

あとは、同じ質問をしても質問票の翻訳について問題があるときは存在する。「複数の言語」そして文化圏に質問をする以上、言葉の違いや概念の違い、制度の違いってのは必ず存在しているわけで、考慮しないといけないよね。再検討などを重ねてバイアスの消去に務めたり、回答者の内面的な要素としてどういうつもりで解答したのか、等の考慮を常に考えながらやらないといけない。

というわけで、実際に質問をいくつか見る→結果の検討するという流れをちょっとやってみます。

852 調査：法のイメージと生き方

法のイメージについての質問

質問(1)あなたは次のような意見に賛成ですか、反対ですか。

「家庭生活が円満にいくために法は不可欠である」

(賛成 1⇔5 反対) (3 どちらともいえない)

質問(2)次の意見は法のイメージについて述べたものです。あなたはAの意見とBの意見のどちらに賛成ですか

(Aの意見)「法は、国家が国民を統治する(おさめる)道具である」

(Bの意見)「法の目的は、国民が国家の侵害から自分の権利を守ることである」

(Aに賛成 1⇔5 Bに賛成)

質問(3)次の意見は法のイメージについて述べたものです。あなたはAの意見とBの意見のどちらに賛成ですか。

(Aの意見)「私が法を守るのは、国家によって強制されているからである」

(Bの意見)「私が法を守るのは、法の内容が正しいからである」

(Aに賛成 1⇔5 Bに賛成)

質問(4)あなたは、「法」という言葉を聞くと、まっさきにどのような印象をお持ちになりますか。ひとつだけ〇をつけてください。

1 自由を守る 2 公平だ 3 民主的だ 4 弾圧的だ 5 不公平だ 6 権威主義的だ 7 その他()
生き方についての質問

質問(6)あなたは、人々が社会生活をしていく上でどのように生きていくのがよいと思いますか。

- (ア)常識にしたがって生きればよい
(イ)法にしたがって生きればよい
(ウ)法に関連することはできるだけさけるのがよい
(そう思う 1⇔5 そう思わない)

法遵守についての質問

質問(7)次の(ア)(イ)の二つの意見についてあなたはどのように思いますか。

- (ア)「法のとおりに生きると損をすることがあるから、そのような場合には必ずしも法を守る必要はない」
(イ)「法を破っても見つからないと思われるとき、法を守るのは、ときにバカげたことである」
(そう思う 1⇔5 そう思わない)

質問(8)あなた自身の生き方として、次のどちらのタイプを選びたいですか。

- (タイプA)ときには法を守らないが、上手に生きる
(タイプB)多少損をしながらも、法を守って生きる
(1 タイプA⇔5 タイプB)

853 結果の検討・解釈

法のイメージについて

中国人：多くの質問において、三か国中**もっとも法律を重視**する。**桃源郷の傾向**(法なき社会を理想とする傾向のこと)が見当たらない

アメリカ人：**法に肯定的**(自由、公平、民主的)、強い**遵法精神**をもつ(損をしても、みつからなくても法を守るという思想が読み取れる)

日本人：曖昧、漠然としたイメージ(「どちらともいえない」の割合が多かった)

854 調査：契約意識、訴訟意識についての質問

契約意識についての質問

質問(12) 親しい友人に一ヶ月分の給料にあたる金額を貸すとします。この場合、借用書を取りますか。

(かならず取る 1⇔5 絶対取らない)

質問(14) 契約書について、次のAさんとBさんの意見のうち、あなたは、どちらに賛成ですか。

- (Aの意見)契約書をとりかわすときでも、できるだけ簡単にして、契約書の表現もできるだけあとから融通がきくようにしておくほうがよい。
(Bの意見)契約書というものは、あとで解釈などをめぐってもめないように、できるだけ細かく具体的にキチッと決めておくほうがよい。

(Aに賛成 1⇔5 Bに賛成)

訴訟意識についての質問

質問(16) ある人が友人に一ヶ月分の給料にあたる金額を貸しましたが、返済期限がきても友人はその金を返そうとしません。友人と交渉しても、友人はその金を返しません。その場合にその人が次の行動をとることをどう考えますか。

- (ア)相手が支払わないならば、それであきらめ、特別な行動をとろうとしないこと
(イ)共通の知り合いである有力な人に相談すること
(ウ)法律の専門家に相談すること
(エ)弁護士会の調停制度その他を利用すること
(オ)裁判所に訴えること

(望ましい 1⇔5 望ましくない)

質問(17) ある人が電器屋から一ヶ月分の給与にあたる価格の電気器具を買ったところ、それは不良品でした。電器屋に新品との取り替えを求めても、電器屋はそれに応じませんし、売買を解除し代金の返還を求めても電器屋はそれに応じようとしません。その場合にその人が次の行動をとることをどう考えますか。

- (ア) 相手が支払わないならば、それであきらめ、特別な行動をとろうとしないこと
- (イ) 共通の知り合いである有力な人に相談すること
- (ウ) 法律の専門家に相談すること
- (エ) 弁護士会の調停制度その他を利用すること
- (オ) 裁判所に訴えること

(望ましい 1⇔5 望ましくない)

質問(18) ある人が交通事故にあって一ヶ月入院の傷害を負いましたが、特に後遺症は残りませんでした。被害者が、治療費と入院中の収入の賠償をもとめて交渉しても、加害者は賠償金を支払いません。その場合にその人が次の行動をとることをどう考えますか。

- (ア) 相手が支払わないならば、それであきらめ、特別な行動をとろうとしないこと
- (イ) 共通の知り合いである有力な人に相談すること
- (ウ) 法律の専門家に相談すること
- (エ) 弁護士会の調停制度その他を利用すること
- (オ) 裁判所に訴えること

(望ましい 1⇔5 望ましくない)

855 結果の検討、解釈

契約意識については、当初日米のステレオタイプとして、「日本人は普段契約書を利用しないが、アメリカ人は契約書を通常求める」ってのがあった。これはさっきも出てきてたよね。

しかし、質問 12(借用書についてのやつ)では契約書を求める傾向が三か国中で最も強いのは日本であるという結果が出たのだった！(平均値：日 2.57、米 2.91、中 3.35)。

実はアメリカ人は日本人ほど契約書を取ろうとしない。(「絶対とらない」米 16%、日 3%)

これは「**友人間**」という、上の予測とは厳密にいうと関係性が違うところからきたのかなとか言ってた。

あと、日本人は簡単に融通の利く契約書を好み、アメリカ人は明確で詳細な契約書を望むと言うイメージもあったんだけど、質問 14 では 90%弱の中国人、日本人が「こまかく具体的な契約書が望ましい」と考えていることが分かった。

逆に、相当程度(24%)のアメリカ人が、簡単に融通の利く契約書が望ましいと考えているなんて分かる始末。

そう考えている日本人と中国人は非常に少なかったし、ここでは予想が外れた。

訴訟意識についても、訴訟嫌いな日本人、訴訟好きなアメリカ人っていうステレオタイプがあるよね。あるから日本人は訴訟嫌いなのかななんて題目になるんだろうが！

でも質問 16-18 では、日本人は特に訴訟嫌いであり、アメリカ人は特に訴訟好きであるということとは言えなかったんだよね。

質問 16 では友人間の場合ならば、アメリカ人は日本人と同程度に裁判を望ましくないと考えているし、三か国中もっとも調停を好んでいた。

質問 17 でも、いずれの国においても、調停が一番好まれると判明。裁判に訴えるという項目に関しては、中国／米国／日本の順(平均値 2.12/ 2.40/ 2.70)の結果となったのだが、日本においても好ましい方だよね。

また質問 18 では交通事故の場合、日本においては調停がもっとも好まれる(1.54)ことが分かった。確かに米中ほど裁判が好まれないのだけれど、それでも裁判が望ましくないとはけっしていけないレベルだった。(2.33)。ちなみに米中の調停(1.94/1.99)、裁判(1.87/1.91)の評価が同程度である。

856 最後に：アメリカのステレオタイプ

結局だけど、質問を見るにアメリカ人は法を尊重するけれども、自分は直接関わりたくないし、友人を巻き込みたくないように見える。その理由とはなんなのだろうか？

お金と時間？ 人間関係？ もし後者なら、それって従来の日本のステレオタイプそのものだよね。つまり、アメリカ人は日本人より日本的である、というべきになるのだろうか。ということていろいろ見てきたけど、ステレオタイプのな今までの見方は、実はかなり怪しい。

でも、回答は「**意識**」だし、実際の行動-契約行動、訴訟率等一とは大きくズれているのではないかという見方もできる。**意識と行動の差**をどう説明するか、こういう課題もここから浮かび上がってくるのでした。

※意識と行動の差の例

「試験頑張るぞ！」(意識)⇔テスト用紙「放棄」(行動)

900 紛争行動(1)

910 対立と紛争

911 言葉の問題

2 行為者が同一の対象について、共に充足されえない欲求を持っているときに、その 2 行為者の間に『**対立**』が存在すると言う。ここで対立は客観的な事態にすぎない。

しかし、対立の当事者が共に達成されえない欲求を持ち、かつ自己の目標と他方当事者の欲求とが相反することを「意識」しつつ、自己の欲求を満たすことを目標としてそれを達成しようとするなら、両当事者のこのような社会過程を『**あらそい**』と言うことになる。

ここで「あらそい」ってのは単なる客観的な要素ではなくって、2 当事者間の**相互的な対抗**とか**張合い**とかの要素を含む、緊張をはらんだ「**社会過程**」になる。必ずしも相手方に「直接的に」働きかける行為であるとは限らない(間接攻撃もあるよね!)けど、このあらそいこそが、「紛争」なのである。

よって紛争とは、「対立の一方当事者(A)が、相手方(B)に対して自己(A)に不利な(Bの)行為を妨げ自己(A)に有利な(Bの)行為を引き出すよう、Bに対する何らかの影響力を行使しようとし、それに対して相手方(B)が(Aの)そのような行為に対抗して同様の働きかけを逆に行なう」ことになる。

くそみたいなレジュメ文なのでまとめると、「お互いに邪魔すんなボケと張り合う事態のこと」である。

影響力の行使の努力ってのは、当事者自身によるものも第三者の行為者を介したものも含む。

まとめ：《紛争》

- ① **具体的**かつ**特定の**な行為主体の間における
- ② 生活上の真剣な**利害の対立**に基づくあらそいであって
- ③ 相手方の行為自体に対する**働きかけを伴う直接的なあらそい**であり
- ④(③を意味の次元でとらえれば)**要求とその拒絶**という伝達を伴うあらそいである

912 当事者が紛争行為として用いる方法

- (a) Bの価値基準また状況規定の変化を目指す方法(「**説得**」)
- (b) Aの事情に対してBの同情を得ることをめざす方法(「**嘆願**」)
- (c) 交換条件を提示して[Aの要求する事態]の受入を促す方法(「**取引**」)
- (d) [Aの要求する事態]の拒絶に対して剥奪を生ぜしめることを示唆して[Aの要求する事態]を甘受せしめようとする方法(「**圧迫**」)

で、そんな紛争のなかで取れる方法とは言えばこんなところになります。

(a)および(b)は、B[相手方]の内的な動機を変化させることによって紛争の争点そのものを解消させることをめざすもので、(c)および(d)：何らかの外的な条件を付加することによって、B[相手方]の行為状況を変化させようとするものって感じになる。

《**サンクション**》

自己の意図に沿った行為を引き出すために相手方に利益を供与して、または自己の意図に反した行為に対して不利益を生ぜしめる行為のこと。紛争解決(もっと言えば、紛争が起きないようにする)のためにはこれが良く使われることになる。

913 紛争の生成と変容のモデル

アメリカの法社会学者である**フェルスティナー**(Felstiner, W.L.F.)、**エイベル**(Abel, R.L.)、**サラ**(Sarat, A.)がモデル化してくれました。

unPIE	—	—	PIE	—	—	grievance	—	—	claim	—	—	dispute
[未認知侵害]			[既認知侵害]			[特定侵害]			[要求]			[紛争]

まずは用語を説明しておく。

《**侵害**(injurious experience)》

行為対象となる人間にとって価値否定的(disvalued)であるあらゆる経験のことを指す。

《**未認知侵害**(unPIE: unperceived injurious experience)》

まだ認知されていない侵害の存在のこと。外からの侵害行為はあっても、被害者がそれを侵害として認知していない場合って意味。

例：核実験の行なわれた場所の風下に居住している人々には癌の発生率が高くなることが知られているが、実際に癌に冒されていても、自分の住んでいる場所がその原因となっていることに気づいていない人々とか。

《既認知侵害(PIE: perceived injurious experience)》

客観的には侵害が存在しているが、行為対象となる人間(すなわち被害者)の主観にはそれが誰からのどんな行為のか分かっていない状況を指す。侵害行為を認知するようになる変容のことを**ネイミング**という。

例：これは…新手のスタンド使いかッ！！

《特定侵害》

認知された侵害を引き起こしている原因主体を被害者が特定して認識するようになることをブレイミングという。言ってみればこれは自分の被害は誰によるものかを被害者が意識するようになることである。

ブレイミングの成立前提としては①侵害を引き起こしている主体の存在、②それがなんらかの形で救済可能であることであるが、これによって既認知侵害は、「特定」の侵害になり、ここが広義の紛争の出発点になる。

《クレイミング(claiming)》

被害者が特定された相手方(侵害者)に対して侵害の事実を知らせ、それに対する救済を求めることを指す。

ここで交渉とかが始まり、拒否されたりすると狭義の意味での紛争になる。

920 紛争と文化：高コンテキスト・低コンテキスト (ホール(Hall))

921 文化を高コンテキストと低コンテキストに区別

ホールって人は文化を高低のコンテキストに分けると言う非常にどうでもいいことをしてくれた。フットさんはどうでもいいとは思っていないようなので見ていくことにする。

高コンテキスト文化

人々はお互いに密接な人間関係によって結ばれており、情報や価値、信念などが成員間で共有されているところのこと。ここでは単純なメッセージが深い意味をもちうることになる。コミュニケーションはコンテキスト抜きには理解不能になり、人々は重要な話題ほど**間接的**で**婉曲**な話法を用い核心部分はぼかして聞き手が察知することを期待するようになる。言ってみれば「空気」読めってこと。

コミュニケーションが当事者の社会的地位や人間関係に強く規定されるようになるから、男言葉と女言葉の分化だったり丁寧語や尊敬語の発達が行われることになる。コミュニケーションにおけるメッセージと社会的関係とを切り離すことができないとまとめられる。高コンテキスト文化の例は中国や日本になるよね。

低コンテキスト文化

対してこっちでは成員間で共有されている情報や価値、信念が少ない。空気とかでごまかせないので、メッセージは明瞭で**直接的**、**主張的**にならざるをえない。人々の会話はメッセージ中心になって、社会的関係の影響が少ないから敬語とかもあんまり。例としてはアメリカとか多民族の国。

922 紛争と高コンテキスト/低コンテキスト文化

じゃあ紛争解決行動への影響をみていこうかな。基本的に高コンテキストの人々は低コンテキスト人々に比べて、回避スタイルが強い傾向が強い。高コンテキストの人々の紛争の回避的解決スタイルは、間接的・婉曲的コミュニケーションを含むようになる。そのなかで、紛争の非公式処理のことを裁判外紛争解決(**ADR**)というのがよくとられるんだって。ADRとは、Alternative Dispute Resolution の略ね。

930 紛争処理プロセス：ADR

931 四種類

① 相対交渉による紛争解決

まずは話し合うのが当たり前だよ。説得、納得、妥協、取引…下記のようなシステムに頼らなくても、自分たちですべてを決められるのならそれが一番である。これを紛争処理とかいうの？と言われると少し微妙だけど。

② 調停による紛争解決(「民事調停法」の「調停」ではない)

入口：任意(調停の利用，相手の調停利用への応諾は自由)

中身：任意(両者の合意と最低限の手続的公正は前提)

出口：任意(合意。さもなくば調停失敗 ⇒ 裁判か泣き寝入りかになる)

③ 仲裁による紛争解決

入口：任意(仲裁合意・仲裁契約：仲裁に紛争をゆだねる合意)

中身：任意(仲裁合意による，種々の仲裁機関のデフォルト・プロシジャの存在とそれへの付託)

出口：拘束(仲裁人の判断〔仲裁裁定 Arbitration Award〕が拘束する。裁判へ不服申立てできない執行力)

調停と仲裁の違いはその**拘束性**にある。調停では、話し合いに応じるかどうかは任意。お互いにこの調停を引き受けるかどうか決められるし、そのなかでどう解決するのかも話し合って任意に決めていくことができる。

④ 訴訟上の和解

これは裁判手続内での裁判官による調停活動になる。

結局、仲裁も調停もかなり種類があるのであまり一概には言えない部分もある。例えばアメリカの州の中には、調停を裁判の前に一回はしてみないといけないというところもあり、そういう意味では強制的な入口を持っているともいえる。この説明では、無理矢理決められた感じのする仲裁だとか裁判だとかよりも、自分たちで答えを決めたのだという調停のもつ**平和的解決**のイメージが重視されている。

そして、調停と仲裁の間が最近曖昧になってきているという批判もある。本来見れば分かるように自主的な努力をサポートするシステムだった調停は、いまやかなり法的な制約を持ったシステムになりつつあり、危機感を抱いている人もいそう。

932 種々のADR手続：その他のADR手続・制度

中立的専門的意見や判決予想への当事者ニーズ対応など
事実認定手続、中立的専門家手続、オンブズパースン
ミニ・トライアル、早期中立的評価、簡略陪審審理とか
裁判所との融合・ネットワーク型

調停前置、ワン・ストップの制度

こんなの絶対覚えなくていいと思うけど、言っておくならばここでは、中立的意見を教えてくれる機関や裁判所との連携を取ってくれる機関とか、紛争解決を手伝ってくれる機関がたくさんあるよと知っておけばいい。

940 ADRの実情、評価へ向けて

941 実情

ではまず、日本ではどのような形でADRが行われているのかについて見ていこう。

①行政型ADR

例1：公害等調整 <http://www.soumu.go.jp/kouchoi/knowledge/how/goannai.pdf>

ここでは、1970年代以降の様々な公害紛争に対応し、迅速な問題解決を図るための調整が行われている。

例2：国民生活センター <http://www.kokusen.go.jp/>

消費生活相談や商品テスト、教育研修、生活に関する調査研究等、広く生活に関わる相談を受け付ける。

②弁護士会のADR

例①：弁護士会仲裁センター

2011年12月現在、全国で35センター(30弁護士会)が存在しており、仲介に一役買っている。

はじめての弁護士会仲裁センターは1990年設立の第二東京弁護士会仲裁センター。家の貸し借りや、土地の境界、商品の欠陥など、様々な紛争に対応している。平成17年度における件数としては、受理147、成立65(<http://niben.jp/service/chusai.html>)

例②：東京三弁護士会医療ADR

(http://www.toben.or.jp/know/iinkai/iryou/pdf/tokyo3kai_adr_houkoku.pdf)

2007年9月1日制度開始から2009年4月30日までに、72件受理

例③：(財)日弁連交通事故相談センター

2012年6月現在、全国170ヶ所の相談所がある。平成21年度の件数は、相談38,431；示談斡旋：受理1871、成立1515

③業界のADR

例①：家電製品PLセンター

家電製品の事故、安全性、欠陥、機能、品質等についての紛争解決、問題相談に応じる、消費者保護のために設置された行政の施設である。平成22年の相談件数は1683(<http://www.aeha.or.jp/plmenu.htm>)にのぼる。

例②：(財)交通事故紛争処理センター 平成22年度、相談件数：25,414、和解成立件数7,699

942 司法制度改革とADR①法テラス

そして、このたびの司法制度改革によって、ADR制度もかなり変容した。ここでは中心的な変化をみていこう。

日本司法支援センター(法テラス)の設立(2006年10月より活動開始)

「法テラス設立の背景：「総合法律支援構想」とは、民事・刑事を問わず、あまねく全国において、法による**紛争の解決**に必要な情報やサービスの提供が受けられる社会の実現を目指すものであり、法テラスは「総合法律支援構想」を具現化するために設立された法人です」

とあるように、ここでの目的は、法をあまり知らない一般の人々になど向けて、コールセンターを中心として、相談の受付、情報提供、関係機関等への振り分け業務を行うなどの**情報提供業務**をすることである。

さらには紛争解決に向けて、民事法律扶助、国選弁護の態勢整備、司法過疎対策、犯罪被害者支援、関係機関等との連携の確保強化などの業務も行う良いやつらなのである。

東京に本部があり、全国の地方裁判所本庁所在地 50 か所に事務所設置(2012 年 4 月現在。さらに 11 カ所の支部および 8 カ所の出張所)、いわゆる司法過疎地域などにも地域事務所設置(2012 年 4 月現在:35 ヶ所の地域事務所)している。

943 コールセンターの利用状況

実情一つ一ことでその利用のされ方についても詳しくみていこう。

2010 年度(2010 年 4 月～2011 年 3 月)におけるデータをみていこう。

問い合わせの件数：370,124 (2009 年度：401,841)なんで減ったのかについてはフットさん「わからん」だそうです。

地方事務所への問い合わせの件数、2010 年度：234,608 (2009 年度：247,172)

ただまあ、紛争の数自体が減っているから相談件数が減っているのならば、それはそれでいいことだよな。弁護士の飯が食えなくなるから彼らは嫌かもしれないけどな。一番ダメなのは相談もできないような人が増えているパターンになる。

ちなみにコールセンターへの問い合わせの内訳はこうなります。(2010 年度)

1. 金銭の借り入れ 19.1%
2. 男女・夫婦 16.3%
- 3.(参考)労働関連合計：6.9%
4. 相続・遺言 6.7%
5. 民事法律扶助 5.0%

その他、様々

944 法テラスに関する問題点

・業務内容：相談の範囲

結局、こういう場に来る人はすでに地元の無料相談とかは受けてきているわけで、わざわざ法テラスに出向いてもあんまり意味がなかったりすることもあるし、逆に意味があるのに何を質問できるのかとかが分からなくて来ない人もいる。

こういうのは業務内容や相談範囲が分からないからくるので **FAQ** の作成が行われた。2008 年度までに 3500 以上の FAQ を作成し、問い合わせの多い約 750 個をホームページ上で公開している。

ただ進み過ぎて、弁護士会との関係がぎくしゃくしつつある感じでもある。日弁連の弁護士とか「ここまで FAQ が進むと…」というイメージを抱いているようだ。

・**スタッフ弁護士**の採用

法テラスでは弁護士を雇っているし、相談を回して大丈夫！という協力弁護士の名簿が作成されていて、弁護士のなかで半分くらいが協力してくれている。しかしこうやって仕事のパイを安定的に奪ってしまうような制度のありかたに、反発している人もいたのだ。

・**地方自治体**との関係(従来県や都市が提供していたサービスの削減?)

法テラスが存在するまえにも地方自治体などはそれぞれの法的サポート体制をもっていたわけで、それが法テラスの誕生で縮小削減の方向にいくのではないのか？というのが少し心配である。

・**認知度**

そして、認知度のそもそもの低さと言うのもなかなかの問題。世論調査結果(いずれも回答者 1100 人)を見てみよう。

2008 年：全く知らない 77.5%、名前だけは聞いたことがあるような気がする 11.3%、名前だけは確かに知っている 7.5%、名前は知っているし、業務内容もある程度わかる 3.3%、実際に利用したことがある 0.6%

2011 年：全く知らない 61.3%、名前だけは聞いたことがあるような気がする 20.4%、名前だけは確かに知っている 12%、名前は知っているし、業務内容もある程度わかる 5.6%、実際に利用したことがある 0.7%
うーん…ましにはなっている…ような気もするが、聞いたことのあるような気がする人口を肯定的にとらえてこれである。かなりマイナーな存在であるのは疑いようがない。

945 司法制度改革関連(続き)②立法

法テラスの他にも、ふつーに法律が作られた。

裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律(ADR法)(2004 年成立)

目的は、国民の多様な紛争解決ニーズに対応し、裁判以外での紛争の解決を促進することになる。

従来の問題点は、①民間事業者の行う裁判外紛争解決手続についての**情報が不十分**なため、国民にとって利用に不安があることや、②民間の行う裁判外紛争解決手続については、利用の支障となる**制度上の制約**(弁護士法の制約、時効中断効のないことなど)があることだった。

対応策として、「利用促進を図るためには、国民の方々に選択の目安となる十分な情報を提供するとともに現在の制度上の制約を取り払うような特例を設けることが有効です」というのだが、「しかしこのような措置を適正な業務ができない者に講ずるとすればかえって国民の利益を保護することができません。そこで」として、ここでは法務大臣による**認証制度**を導入した。

「弁護士又は弁護士法人でなくとも、報酬を得て和解の仲介の業務を行うことができるが」、「弁護士でない者が手続実施者となる場合の**弁護士の関与**に関する措置等を定めていること等」の基準が設けられる。

まあこうして作ってみたいはいいけれど、以上の改革は弁護士会とかの既得権益にもぶっこむので、認証制度、弁護士関与の要件その他認証の基準等で激しい論争が繰り広げられる。ADR 法の評価も大きく割れることに。

946 評価に向けて

まあ考えないといけないことはいろいろあるよね、と。まああんまり触れてないみたいだから気にせず。というか現在進行形の事態だからねこれ。結果まだ出てないし、「どう評価しよっか？」って話。

①裁判所との**競争と共存**：肩代わりできるだけの質と量を備えているか？

2012 年現在、100 以上の ADR 機関が認証を受けている。金融関連の ADR 機関等、年間数百件～2000 件以上の苦情を処理する機関もあることを考えると、肩代わりしている「ところもある」だろう。

しかし、80%強の認証機関が、年間一桁(10 件以下)しか預かっていない。0 件の機関も少なくないのである。それを考えると、「うーん」という感じ。

②紛争解決コスト

そりゃあ裁判より安いのはその通りなんだけど、それだけでいいのかな。っていう検討が必要になってくる。それに見合う行政的な意味でのコストとか、当事者の機会費用とかも考慮していかないとダメ。

③紛争解決内容、④紛争解決手続き、⑤紛争解決制度、⑥「代替的」ADRへの位置づけ

この辺りは勝手に考えて適当に補完しとけ。ただまあ裁判外だからって裁判とは全く違っていいわけないし納得いく解決、予測可能性の確保とかが必要だとか、そんなノリなんじゃないか？時間なかったからここにはほぼ触れられなかった。

950 紛争行動研究

951 主な先行研究の概要

①**川嶋**『日本人の法意識』(1967 年)

理論体系を打ち出すが、実証的研究というより逸話的記述が多いってのは前に確認した。

②**ハイリー**「裁判嫌いの神話」(1978 年)

法意識調査の一部の結果、いくつかの統計等を利用するが、新たな実証的研究なし。制度要因に関する理論的枠組み、そして具体的な制度的要因の提示が、その後の研究に影響を及ぼしたのは確か。これも前に確認。

③**日本文化会議編**『日本人の法意識—調査分析』(1973 年)『現代日本人の法意識』(1982 年)

研究方法：質問票調査(1982 年の場合：1976 年 3 月実施；層化無作為抽出；個別訪問面接聴取法)

対象：首都圏 30 キロ圏内、20 歳以上の一般男女、1500 サンプル、回収率 72%(回収数 1080)

主な焦点：①法の背景にある価値観として人びとは素朴道徳感情を有しているか

②法を融通のきくものと捉えるか(契約とか融通きいたほうがいいかなって言う意味も)

③犯罪に対してどのような刑罰の程度が適したものだとして捉えているか

主な結果としては、法に対する態度について 4 つのタイプとして①中間型、②素朴道徳感情が強く、融通性と厳罰志向の両方あるいはいずれか一方が強いタイプ、③素朴道徳感情が弱く融通性を好むタイプ、④素朴道徳感情が弱く、厳罰志向もなく、融通性を好まないタイプ、があるとのこと。

④民事訴訟研究計画(Civil Litigation Research Project)：アメリカ合衆国、1980 年実施

アメリカ司法省がウィスコンシン大学ロースクールに委託して、多くの法社会学者が参加した共同研究プロジェクト。裁判および裁判外紛争解決機関利用者(個人および組織)が直面する法律問題とその処理に関する調査です。対象：①連邦および州裁判所の訴訟当事者②その代理人③裁判外紛争解決機関利用の当事者④その代理人⑤直接交渉当事者(個人)⑥直接交渉当事者(組織)

本調査①(screening survey)：5184 世帯(個人)と 1508 組織を対象として、(電話による)定型面接調査で問題経験等に関する調査を行った。

個人の場合、過去 3 年間、1000 ドル以上の金額が関わる不満(grievance)を経験した世帯は 42%にのぼることであった。

本調査②：紛争展開過程についての調査

サンプルは 2631 件の紛争だったのだが、非常に高い回収率だった。うち 2011 件の紛争に係る 3873 人が面接に応じたが、80%程度の回収率になる。

方法：(電話による)定型面接調査

計 120～150 問の質問を行い、コスト、狙い(求める／求められる賠償額等)、紛争の過程、当事者／代理人等の関係、交渉、和解、経験／評価、満足度等を調査した、紛争展開過程に着目した研究である。

結果：(screening survey で、1000 ドル以上の不満があった、と答えた人の回答に基づく)

- ・・・相手方との接触(claiming)：71.8%
- ・・・紛争の発生：44.9%
- ・・・弁護士の利用：10.3%
- ・・・裁判所の利用：5%

⑤ゲンの「司法への途」(paths to justice)調査

これはイギリス(England and Wales)において、1997～98 年に実施された調査。その後、スコットランドやオランダにも、同様な調査が行われた。

研究目的は「裁判可能な出来事」(justiciable problem)がどのくらい国民の間で経験されているのか、その処理のために人々がどのような行動を取っているのか、問題処理の妨げとなっているものがあるのか、等の調査。

予備調査：質問票作成に向けたグループ面接

本調査①：screening survey

方法…戸別訪問、定型面接調査

対象：4125 世帯

14 の問題類型(例えば、雇用、金銭、家族・夫婦関係)について 60 以上の具体的な類型を回答者に示して、回答者本人あるいはその配偶者・パートナーが過去 5 年間で「解決困難」な問題を経験したか、を尋ねた。

本調査②：対応

問題を経験した回答者に対して、その後の処理について、詳細な調査が行われる。さらに、裁判所、裁判官、弁護士に対する意見についての調査まで行われたのだった。

・主な結果

問題経験：約 40%(多い順：欠陥商品・サービス 11%、金銭問題 9%、居住不動産所有関係 8%、等)

問題経験者の対応…何らかの機関に相談：60%

…弁護士等に相談：24%

…裁判所利用：20%

952 日本における民事紛争全国調査

村山眞維(明治大学)を総括代表として、数多くの法社会学者が参加する、2003～2008 年の大規模な調査だった。三つの班に分かれて調査を行ったのでした。

A 班：法意識と問題経験・問題処理行動を主な対象とする紛争行動調査

B 班：トラブル経験者の相談行動を主な対象とする法使用行動調査

C 班：訴訟当事者とその弁護士代理人の行動を主な対象とする訴訟行動調査

A 班の結果(のごく一部) ※どうでもいい

法意識シリーズ

●法意識関連：1976 年と 2005 年の比較

素朴道徳感情について、1976 年よりも 2005 年調査時において素朴道徳感情に基づいて善悪を判断するものが増加した。「悪いことをしたらバチがあたりと思いますか」、「良いおこないをしたときも、悪いおこないをしたときも、神や仏はこれを知っていると思いますか」、「悪い行いをすれば、たとえその人には何事もなかったとしても、その子や孫に必ず報いがあらわれるという言いつたえがあります。あなたはそう思いますか」のいずれについて、1976 年よりも、2005 年で「そう思う」の回答が増加している。

●「融通性」について

契約書について、1976 年も 2005 年も、9 割弱が「後で解釈などをめぐってもめないように、できるだけこまかく具体的にキチッと決めておく方が良い」、を選んだ。

●「厳罰志向」について

「1976 年調査よりも 2005 年調査において、日本人は刑罰をより厳しくすべきだと捉えている。しかも、加齢によって厳罰志向が直線的に増加するのではなく、ピークが男性で 40 歳代、女性で 30 歳代である。したがって厳罰志向に関する変化は、世代や加齢によるのではなく、時代の変化によるものだと思われる」

問題経験と処理行動シリーズ

問題経験：18.9%(多い順：事件・事故 7%、近隣関係 5%、消費者関係 5%、雇用 3%)

問題経験の対応：相手方との接触 73.3%、紛争発生 39.8%、弁護士などの利用 8.7%、裁判所利用 2.1%

「重大な問題」の経験に限った場合：紛争発生 48%、「何らかの機関に相談」48.7%、弁護士以外に相談 41%、弁護士などに相談 11%、裁判所利用 5.2%

弁護士などの利用の要因：類型別で、例えば、家族・相続関連や借金問題で弁護士への相談の率が上がる。

その他に重要な要因として、以前弁護士を利用したことがあるか、あるいは自分自身ないし家族・知人に弁護士の知り合いがいるか。つまりは身近なところに弁護士がいるかが関係していいたい。

B 班の結果(のごく一部) ※どうでもいい

問題経験：34.7%(多い順：通信関連、近隣関係、商品・サービス、事故・犯罪、職場内、病院、等)

トラブル経験者の行動：自分で法律その他の情報を調べた：11%；相手に問い合わせたり交渉したりした人、41%；家族に相談した人、57%；友人知人に相談した人、33%。

全体の分布：司法専門職等の、専門的支援者に相談した人：28%(529 人)；それ以外なんらかの対処のみを取った人：54%(992 人)；何もしなかった人：16%(300 人)

専門的支援者に相談した人で、弁護士に相談したのは 13.8%(73/529)。専門的相談機関の役割も見られて、類型別に見た場合、例えば、交通事故関連は、警察と保険会社に相談しそこで大部分の事件は解決される。

C 班の結果。訴訟行動調査を行った。最初からこれだけやれよ。おい…。

結果、アンケートからこんなことがわかったよ

A 比較的容易に弁護士が見つかる人は、訴訟を起こす傾向が強くなる。言い換えれば、弁護士の少なさ、そして弁護士を見つける難しさが、訴訟の妨げとなっているんじゃないかな。

B いざとなった場合、一般人が思っているほど、弁護士を見つけることは難しくなかったりする。

C 本人当事者は、なぜ代理人をつけなかったのか、弁護士については相談してる人が多かったので、言い換えると「なぜ訴訟を依頼しなかったか」については「はじめから意見を聞くけで、訴訟を頼むつもりはなかった」「費用が高すぎる」なんてのが主だった。

D 弁護士を選ぶ要因としては話を親身に聞いてくれるかどうかが一番関係していたみたい。

E 弁護士は自分が先導したと思ってんだけど、わりに相談者は「俺が決めたぜ」と思ってるみたい。

F 弁護士の仕事に満足したという人は 7~8 割いた。

G 弁護士当事者間の関係については「うまくいった」、「どちらかといえばうまくいった」があわせて 87%；「うまくいかなかった」：0.3%だけ(309 人の有効回答中、1 人のみ)

アンケートの結果発表ほどつまらないものはないのだよ…！

1000 司法

1010 弁護士業務

1011 アンケ

このあたりから、具体的なアンケ調査とかの結果みながら、司法に携わる人たちについて考えていくシリーズになります。まずは質問票調査の具体例として弁護士業務の実態調査を見てみよう。

弁護士業務の実態調査結果

-方法

(2000 年) 会員名簿登載者 17,194 名の中から 6000 名が無作為に抽出された
(2010 年) 26,521 名中 10,000 名(男 8000 名、女 2000 名)

※同様の調査が 1980 年、1990 年に行われたのだが、回収率は以下の通りだった。

第一回目(1980 年)41.3%、第二回目 25.8%、2000 年：17.1%； 2010 年：17.95%という悲惨スコア。まあめんどくさい感じだったんです。分厚いしとっつきにくいしで。

で、低い回収率だと選択バイアスの危険性があるよね。「暇」な弁護士が回答して、忙しい人は回答しないとかなど結構困るよね、なんて問題が。でもまあしょうがないので結果みようぜ。

結果

- ①弁護士事務所の**大規模化**が進んだ。特に高裁のあるような都市では大規模化が進む
- ②**国選弁護人の負担**が大きくなった。これは被疑者の段階から国選弁護人がつくから。国選弁護人は高裁がない場所で負担が大きいみたい。
- ③業務分野別の投入時間に関する問で「非常に多くの時間を使った」および「かなりの時間を使った」分野のトップがこいつら。「クレ・サラ事件」「離婚」「遺言・相続」「その他の企業法務」このあたりで稼いでるってことですかね。
- ④弁護士の労働時間は、**若いやつほど激務**と言う傾向
- ⑤つらたんと感じてる奴が増えてる。ストレスは女性のほうが感じてるみたい。
- ⑥同業種間での**競争意識**はあんまりないみたい。
- ⑦若い人、僻地の人ほど、弁護士としての**将来を悲観**する傾向。でも全体としては若干ポジティブになってる。
- ⑧ジェンダーへの意識は女性のほうが高かった。

1020 日本の裁判制度の特徴：名もない顔もない司法？

1021 はじめに

フットさんの同題の本が参考。日本の司法制度みていくと、徹底的に黒子のバスケに徹するような風潮があるんだって。アメリカはキセキの世代みたいにキャラ濃い。簡単に言えばそんな話。

●二つのイメージ：椅子と靴

椅子：「アメリカ連邦最高裁判所を訪ねた(時)、わたくしにとって印象が深かったのは、法廷の裁判官の椅子であった。九つ並んだ椅子の大きさと形がそれぞれちがっているのである。…そこに**裁判官たちの個性が躍動している**のである。」(岡藤重光『実践の法理と法理の実践』)

靴：「(裁判官になってから)裁判に専念するところから、行動範囲が狭い。原則として、毎日が公邸と裁判所を往復するのみということになる。専用車を利用するから歩くことが極端に少なくなる。このことは、10 年間に新しい靴を求めたのは、儀式用の特別な靴だけであったことからわかる。」(伊藤正己『裁判官と学者の間』)
ここに基本的な考え方の違いが現れてるんじゃないだろうか？というわけである。

比較すれば、

合衆国

- ①判例の尊重も重要な原則であるが、**裁判官の個性**(人生経験)を重んじる
- ②市民に知られること(**透明性**)により、信頼が確保される

日本

- ①**統一性**を重視する
 - ②裁判官の**匿名性**(裁判官は誰であっても、手続きや結果は同じである、とのイメージ)により、信頼が確保される
- という大きな違いがある。でもなんでこんなことになっちゃったんだろうか。

1022 背景

というのもこれは日本が戦前から閉鎖的で安定的な「**エリート**」**体制**を作っちゃったからなんだよね。最高裁の判事に関しては、かなり**年功序列的**だし。日本では下級審と最高裁の定年に差があるので、下級審で定年に近づいた人が最高裁判事になっているくらいがつよい。長い目で見た、判決作成、自分で判決を修正しながら実績を作っていくことで最高裁判事を目指していくアメリカの判事などとは違って、長い目で法を作っていくよりは安定した法を守って行く人の方が偉くなりやすい。そういう意味で**保守**の空気が出来上がってるんだって。

明らかにこの保守的傾向は判決の内容にも影響を与えているというのがフットさんの見解だそう。

確かに最高裁と下には別ルートからの人間もいるけど、たいていの下級裁判所はこういうエリート体制に支えられてるからね(法曹一元化のせいでもある)。この点で日本的な特徴があらわれている。

米国においては**中途採用制度**が充実していて、法律事務所での実務経験に加えてその他様々な経験を持った裁判官が多い。**ロークラーク**に**下院議員**だとか、さまざまな方向から司法を見てきた経験は、判決にも表れているという。日本はそれに対して最初から裁判官は裁判官。若くしてなった奴がエリートになるくらいがあるよね。

●まとめ

日本…**保守的**。ルートとかも決まってるので、ルールから落ちないように安全運転で裁判。個性を消す。

アメリカ…**多様な人たち**。自分の出土を公開することで透明性を保ち、自らの経験を活かす

ここでは**ミズーリ・プラン**っていう戦後の司法改革があまり反映されていないっぽい。アメリカは戦後に日本の司法制度も改革して、行政や国会の監視システム強化したり、法曹にアメリカ的な政治の空気を入れてみようとしたんだけど、結局骨抜きにされているように見えちゃうよね。

ちなみに、このアメリカ的なノリの最近の例は、ソトマヨル裁判官(2009 年任命)。「ラテン系アメリカ人の賢明な女性としての人生経験の評価」がなされたんだってさ。オバマ大統領についても人生経験、empathy の評価がされた感はいない。



ちょっと削ってやるか
的なノリはないんだよね

1030 裁判官の人選・人事：下級審の場合・最高裁の場合

1031 選任後のキャリア

任期・再任・就任後の審査の有無・定年などを見てみよう。

日本の最高裁では国民による審査があるが、任命後初めての総選挙を皮切りにその後十年ごとにしかない。定年は70歳。でもこの国民審査では50%超えないと外されない。これで罷免された人とかいないし、そもそも60以下で任命されないと二回国民審査にかかることなんてない。もはや**形骸化**したものとも言えるかも。

日本の下級審では判事補10年、その後10年ごとの再任があり、下級裁判所裁判官指名諮問委員会が再任に関する審査を行うようにはなったけど。定年は65歳で、「公の弾劾によらなければ罷免されない」とされる。

ただまあ、合衆国では下級審も最高裁も終身で、罷免されない限りはやめなくていい。日本と違って、転任していくことも少ないので、同じ裁判所に一生勤めることも十分にありうる。

1032 キャリア・パターン

日本の下級審のように、転勤・昇進・司法行政の重視がなされるシステムは、合衆国連邦裁判所のように、原則として就任後同じポストに一生ついている(他のポストへ移る場合は、例えば地裁から控訴審へ移る場合だが、新たな任命過程をたどらなくてはならない)やり方とはだいぶ異なっている。

報酬は減額されない保証がある(インフレの場合の危険性)：報酬は一律であるかなど

1033 裁判官の人選・人事

他に比べてみたら面白いんじゃないかってのをいくつか。

養成方法：就任の際・その後

司法の独立の観点から…任命が決まってからのチェック機能は日本のほうがある。あくまで官僚な日本の司法は、行政システムの中で一定の説明を求められるし、影響もされているわけ。

アカウンタビリティの観点から…転勤などは、能力を反映させるためにある分野に優れた裁判官を配転するとか日本ではよくやってる。アメリカは説明？は？状態なところもある。独立ってのも考えようなのである。

スタッフ…合衆国：**ロークラーク制度** 日本：**調査官制度**

実績の開示…判決を作成した裁判官の公表の有無(日本の最高裁・下級審、合衆国)とかその他の活動・実績の公表とか。

国民参加の有無：裁判官の任命・再任命などにおいて、陪審制度、参審制度、裁判員制度があるとかか。

1034 一般市民との出会い

(日本の司法制度改革審議会の唱える)「国民の期待に応える裁判制度」の関連において、**一般市民との出会い**ってのは重要な位置づけにされた。

実はここで、この背後にあった日本の思想にメスが入れている。

合衆国では市民による信頼を得るために、市民に知られてもらうことが大事だと考えるのに対して、日本では信頼を担保するために、出来るだけ目立たないことが大事だとされているのだ。簡単に言えば**事なかれ主義**である。それぞれの特徴はそこを反映して、合衆国では「顔の分かる裁判官」が求められる。裁判官にはパーソナリティを認められて、広く知られることによって、信頼度が高まるのだ。

ここでは様々な出会いが許されるだけでなく、評価につながる。主な関わり合いの例としては、主な例としては、**①陪審制度②観光地**としての裁判所③(模擬裁判の審判などの)**教育活動、講演、コミュニティ活動**などがあるだろう。

日本はそれに対し、「**名もない顔もない裁判官**」が求められているのだ。パーソナリティは否定され、裁判官は誰であっても、結論は同じでなくてはならないと言われる。顔が知られるのは問題があった時だけ。ある裁判官が、靴を全然買わないことを嘆いていた話がある(それほど外に出ていくことがないわけ)

※裁判官の良心に関する議論(参照は、南野森「司法の独立と裁判官の良心」ジュリスト 1400号 11ページ)

憲法 76 条三項には、「全て裁判官は、その良心に従い独立してその職務を行い、この法及び法律にのみ拘束される」と書いてある。その意味とは「裁判官の良心」として、あくまで個人的・主観的に思われるが、通説では「裁判官としての良心」としたある種**客観的**なものであった。ここにすら集団による「意味の持ち込み」ともいえる、日本的な思考(そこに個がない!)が表れているように見える。

名もない顔もない裁判というのとは判決、手続きなどにも求められる。

統一性：どの裁判官でも判決は一緒である(なくてはならないというイメージ)に基づき、そもそも裁判官はそういう判決を出してますよ！という説得力をあげるためにバイアスの回避に走る。転勤、活動などは出来るだけ避け、仕事への専念が望ましいと言う暗黙の了解がうまれているのが日本的な司法。ここから一般市民との出会いは自然と限られてくることになる。

岡文夫「野鳥の会に自由に入会したい」『裁判官は訴える！私たちの大疑問』のこの発言は、やりすぎともいえる日本の司法に漂う空気を端的に表現している。

1035 それぞれの考え方を象徴するもの

合衆国…裁判が生放送されるのがアメリカ。明らかに裁判を見てほしいのである。選任方法についても市民による選挙が行われる州が 29 ある。市民と関わる中で、司法の顔ってものを**周知**していこうという意図がくみ取れるのではないかな？

日本…それに対して裁判の途中で裁判官が交代することがあるのが日本。そして当事者中心主義として口頭主義の原則が取られ散るはずなのに、結局**書面**が重視される日本。

ここに象徴されているのは、日本の司法の**機能的側面**だけを強調する空気ではないかな？司法プロセスを誰が行うかはどうでもよく、機能だけ完遂することが要求される。そこから個人としての「顔」は徹底して消去されているように思ってしまうのである。

1036 名もない顔もない司法の要約

合衆国の司法の考え方

合衆国では裁判所による新しい法の創造ともいえる、**柔軟な法解釈**を認める風潮がある。裁判官の個性、人生経験はむしろ評価され、裁判官がそれぞれ独立しているから「こそ」政治的色彩も裁判に反映されるわけだ。

短期政権の状況における司法による行政の監視として説明すべきか、司法の役割に関する考え方の現れなのかは難しいところだけど。

日本の司法の考え方

日本はそれに対して**判例**に事実上強力に拘束されている。

「裁判実務において判例重視の態度がつよく、判例法主義をとる英米法よりも判例の拘束性が強いといってもよいだろう」「**法的安定性**を最も重視し、判例変更は法的安定性を概して法そのものへの信頼を揺るがすことになるという考え方がつよい」「判例に反する判断が…相当多くの下級審の態度となる」なんていうのはその表れでしょう。

ここには保守の空気が表れていて、両者の違いははっきりしてる。日本は黒子。アメリカは緑間君でオッケー。

1040 近年の裁判制度改革

1041 近年の裁判制度改革の概要

主な改革は二つ。①裁判官の**給源の多様化・多元化**

②人事制度の**透明性・客観性を確保**するための改革

1042 なぜ改革が？

ラムザイヤーとか「改革すんの？理解できないんだけど！」とか言ってるのに何でこいつらはこんな改革をしようとしたのだろうか？

司法制度改革審議会の意見書はこう言っている。給源の多様化については、国民の期待に応える司法制度の実現のために、「多様で豊かな**知識、経験**などを備えた判事を確保する」必要があるらしい。

人事制度については、「指名過程は透明ではなく、そこに国民の意思はおおよび得ないことになっている。国民の裁判官に対する信頼性を高める観点から、最高裁判所が下級裁判所の裁判官として任命されるべき者を指名する過程に**国民の意思**を反映させるべき」

ここでホントに国民はそう思ってるのか？という話になる。

まあ幅広い社会経験が望ましい(どちらかといえば含む)というのは9割、必要だ5割となかなかそう思ってるのかなという感じもする。でも現在の最高裁判事がその社会経験持ってる？という質問すると、どれも5割くらいが「どちらともいえない」。半々くらいなんだよね。

法律知識が豊富、清廉潔白、公平、慎重、思考の柔軟性…裁判官に対するイメージがあるかについても、結局「どちらともいえない」が半分くらいだった。まあ分かるわけないよね。

給源の多様化に関しての質問としては、「裁判官になるためにどんなコースをたどったほうがいいか」というものがあつた。ここでは、5割くらいが裁判官以外に弁護士とかもやったら？という選択肢を選んだ。

選任手続き・基準に関しては、知った方がいいとは大多数が思うのだが、実際に知っているかと言われると…という感じの回答結果になった。まあアヤシイところもあるけど、とにかく改革が始まった

1043 やったこと 弁護士任官制度の活性化

国民の期待に応える司法制度の実現のためには、裁判官の供給源の多様化・多元化はかなり大事のようだ。「従来から課題とされてきた**弁護士任官制度を強力に推進する必要がある、そのためには最高裁判所と日本弁護士連合会が恒常的かつ密接な協力体制を整備することが不可欠である**」

というわけで、活性化させるわけだが、この活性化とは別に新しい制度を作るぜ～というわけではない。

裁判所法 42 条による判事の任命資格は、通算して 10 年以上の経験のある判事補に加えて、検察官・弁護士、大学の法律学の教授。ここを利用するわけだ。

1988 年に 5 人の弁護士任官者が出た。1991 年には最高裁と日弁連が増やそうぜ的な合意もした。でも 1992～2002 の間で、判事は 39 名、判事補は 10 名しか弁護士任官はされてないんだよね。

2001 年以降は最高裁に日弁連、各地の弁護士会がかなり力を入れた。同意書に、協力体制の強化に、弁護士から裁判官になる人が不安を抱く初任地に対しての工夫、直接なろうぜと呼びかけもしたし、ビデオも作った。

これで…と思いきや、常勤の弁護士任官がはなかなか進まない。

2003 年…7 人

2004 年…2 人

2005 年…7 人

2006 年…3 人

2007 年…6 人

2008 年…8 人

2009 年…1 人

なぜこんなに少ないのか？という話になるが、給料とか仕事内容ではなさそう。だって日本の裁判官は結構実入りはいいし、仕事内容だって激務とは言い難い。

任命プロセスの問題も、転勤制度についてもかなり改善されてきたのにこの状態だというのは、別の理由がありそうだ。そしてそれは、アメリカとの比較をしてみると見えてくる。

要するに、法律事務所の方が働くのに**よさげな環境**だというのである。まあ日本の裁判官はさっき見たけど保守保守保守！なわけじゃん。弁護士ってのはもっと個性出していける感があるよね。自分の言いたいことを言えない職場って、やっぱり好き嫌いあるわけですよね。

1044 判事補の派遣

改革審には「多様で豊かな知識、経験などを備えた判事を確保するため、原則として全ての判事補に裁判官の職務以外の多様な法律専門家としての経験を積ませることを制度的に担保する仕組みを整備すべき」

との声があり、その方針として「判事補が裁判官の身分を離れて弁護士、検察官他の法律専門職の職務経験を積むことが基本になるべきである」そして「その期間は実のある経験を積むにふさわしい相当程度長期の期間とするものとする」こととした。

報酬とか年金制度、制度面の整備が 2004 年に終わり、評価としても日本の裁判制度に適しているのではないかという結構よさげな感じ。しかし、2005 年と 2006 年は毎年 10 人しか受け入れはなかったし、2007 年以降も 20 名。今はまた 10 名に戻っているんだよね。

なんでこんなに少ないのだろうか？これにはいろいろ考えられるところがあるけど、まあ簡単に言えば「**お金**」かかるってのもある。受け入れる弁護士事務所とかは結構な負担だからね。さっきから見てるけど、やっぱり日本の司法(スーパー保守)にアメリカ的なもの(リベラル)をぶっこもうとしてるから本音と建前のズレがあるんじゃないかなーとは思いますがね。

1045 人事制度の透明性・客観性を担保するための改革について

下級裁判所裁判官指名諮問委員会というのが作られたそう。

改革審：下級裁判所の裁判官の人事やその前提となる**人事評価**についての**透明性**と**客観性**を確保し、任命過程に国民の意見が反映されるようにすることが重要な目的とされる。「現行制度において、下級裁判所の裁判官については、最高裁判所の指名したものの名簿によって内閣が任命することとされているが、最高裁判所による指名過程は必ずしも透明ではなく、そこに国民の意思はおよび得ないことになっている」

「こうした現状を見直し、国民の裁判官に対する信頼感を高める観点から、**最高裁判所が下級裁判所の裁判官として任命されるべきものを指名する過程に国民の意思を反映させるため、最高裁判所に、その諮問を受け、指名されるべき選任者を先行し、その結果を違憲として述べる機関を設置すべきである**」

でもこの機関、議事録は公開されているのにもかかわらずごく抽象的な基準しか公開されていないんだよね。

例えば、第五(2003 年 10 月 6 日)回会議の議事録では「作業部会の検討結果を経て…」とか雑すぎ。

前は、拒否的な判断を下すこと自体、思想的な理由での弾圧的なやめさせる行為ととられる恐れが強くてできなかったわけだ。ところが新制度になって、わりと合法的にそういう奴を排除できるようになってしまったと言う見方もできる。結論として、手続き面では詳細に明確になったとは言えるけれど、重要な検討作業に関しては極めて**形式的**で、ブラックボックスのまま変わっていないんだよね。

例えば他にも、「不適とされた自由の類型化」として公開されたものが再任については、

- ①能力不足…事件滞留とか、水準以下の実務能力しかない
- ②資質の欠如
- ③非行
- ④上記に対しての改善可能性のなさ
- ⑤健康問題

新任については

- ①司法研修所の成績不良
- ②人格
- ③裁判官としての適応性の問題

弁護士任官について

- ①任官意欲・理由の希薄さ
- ②資質の欠如
- ③司法研修所の成績不良 →こんくらい透明性出せよ
- ④その他・情報不足

とかまあ公開してもよくねなもの。実は「こういうのを公開すること自体に違和感」…とか言ってるんだけど、こいつらに、透明性はあるのだろうか…とは思ってしまうよね。



1046 裁判官の人事制度の見直し

下級裁判所裁判官指名諮問委員会の対象はあくまで任命・再任のみである。しかし、ラムザイなどの指摘はあくまで**転勤**とか**昇進**などに関わるものだったはずだよね。そういうところにも目をやりたい感じはするよね。

1100 刑事司法・刑事政策

1110 刑事司法における裁量の問題

1111 裁量

パウンドは「すべての司法制度に内在する問題点」として、そのもっとも難しいものの一つが「明確なルールと法執行者による裁量とのバランス」とうたう。

例えば裁量といわれれば、被害者の行動、警察の行動どちらにも見られるもの。取締り、捜査、捜索に逮捕…どの段階もある程度、これはどうしようもないが、裁量というものをどこかに持って居る。

1112 警察の行動：日本の警察行動に関する研究

これを研究したやつに、村山眞維がいる。こいつの「警邏警察の研究」は見ておこう。

八か月にわたる二つの警察署における警邏警察の観察調査(主な対象は派出所勤務、パトロール・カー勤務)。その他、面接調査や統計資料の分析も行っている。

大きくわけて、職務内容に三つの分類があったとした。

①法強行 検挙、なかでも職務質問からの検挙

②秩序維持 パトロールとか

③社会的サービス 道案内とか

市民のイニシアティブによる事案はそれぞれの分類にわたるが、警察官によるものは法執行に集中しがちだとわかったとのこと。法強行事案すなわち「検挙」のために、積極的に警察官は事案に取り組むのだった。

秩序維持事案に関しても、暴力団などが不正にからんでいる事件のときは、「警察官が事件の内容によっては民事事件の介入に走っている」と頑張ってるみたい。

村山の結論から警邏警察活動の特徴をまとめると、「扱う事案がきわめて軽微である。なかでも法強行以外の事案が多数を占めている」「にも関わらず、警邏警察の活動の重点が法強行行動、とりわけ職務質問による被疑者の検挙におかれている」無人交番なんていうのはまさにここの延長にあるよね。ここにあるのは手柄って観念からやってくる「裁量」に他ならない。

あとは、宮澤節生『犯罪捜査における第一線刑事の意識と行動』も。

1974 年に行われた、札幌市周辺の刑事警察間の観察調査、質問紙調査によるもので、結構批判的な口調。

結論から言えば、「第一線警察官が認識するところでは、犯罪捜査に関する警察組織内・外からの期待は、通常、手続き的な慎重さよりも、積極的犯罪捜査行動による検挙実績の向上を強調しており、しかも、手続き遵守と能率向上とは両立しがたいものである」とのこと。

1113 各段階における裁量

これだけでも裁量マックスだとは分かるけど、段階を経れば他にも裁量があるところはあるとわかるはず。

例えば検察でも捜査、拘留、取調べ、起訴、求刑…裁判所だって事実認定に量刑とかいろいろ裁量聞かせられるところがある。仮釈放とかも裁量の一つだよ。

1120 裁量の抑制

1121 アメリカ

そんな裁量を、アメリカではおさえる動きもでた。1970 年以降、定期刑において、刑がはっきりした基準によって決められるようになり、裁量の幅がかなり減ってきていたのだった。

なぜそのような制度を導入したのだろうか？これは 50～60 年代に幅広い裁量を認めていた「改善更生」という考え方に対する反動がこの時期にきたという見方ができる。ようするに、

①刑事司法の目的はあくまで刑罰なんだからそもそも改善更生のために裁量をつかうのかよ。

②改善更生のアプローチをしてみたけど、失敗だったじゃん。それなら犯罪抑制のために定期刑をつおうぜ！

③幅広い裁量を認めると、少数派に対する差別が起きるはずだ、平等主義的に考えてそれはおかしい。

④刑事司法制度自体、既得権者の抑圧のメカニズムなんだから、少しでもその権力は小さくして裁量を減らせ！沢山のグループが、違う考え方を使いながらもこのように裁量を減らすべきだという見方を示していたんだよね。

結局、警察側の裁量はいまだに残っているし、警察側の問題としてリベラル派が心配していた差別的なものも完全には消えずに残っているけど。最高裁もなんか裁量なさすぎんのもおかしいよねって州レベルで裁量を拡大させちゃったみたいだし。

でもまあここでは「当事者」のことが考えられているんだよね。

1121 法曹の役割

確かに日本の司法も戦後、当事者主義と言う考え方を導入するようにアメリカから求められた。でもこの点比べると、この裁量の問題から、日本の司法の問題そのものが見えてくる、

結局、日本の裁判は**検察官**が中心の制度になっているように思えるんだよねこれ。まあさっきは裁量ってもんをみるために警察を確認したけど、一番裁判において調子乗れるのは検察官。検察中心で、なお問題なのは、その裁量に対する裁判所や弁護士による**チェックシステムの雑さ**は異常ってことなんだよね。

検挙したらほぼ有罪とかおかしいぜ？本来は弁護士と検察は対等のはず。

こうした**協調的当事者主義**はどこから来たのだろうか？**報酬規程**だろうか？定額報酬だから事件がスムーズに終わることの方が望ましいのかもしれない。弁護士側の武器も少ないし、それが何の役に立つと言う感じもある。そしてこれが何よりも心配だが、どこか真実へ向かう意思が欠けているのではないかという指摘もあるのだ。日本の司法はもしかしたら、何のためにあるのかももう一度考える時期にきてるのかもね。

1130 日本の刑事制度の特徴、モデル論

1131 寛大なパターンナリズム論

このような状態をもモデリングしてみたフットさんでした。ここでは、**寛大なパターンナリズム**という理解がされているようですので最後に見ておこう。

①**パターンナリズム**の面：刑事当局に強い権限と幅広い裁量を与えていることがこの面を表す。米国と対比すると、取調べその他の捜査の段階や公判の進め方や求刑に関してとてもでかい権利が与えられている。

②**寛大な面**：捜査の段階では結構厳しくいくんだけど、そのわりに処分の段階では意外にやさしいのが日本の司法。

③基礎理念：**改善更生**を重んじた制度になっている。ようするに**社会復帰**を目的としてるというわけ。

まあ今までの議論には批判もあるよ。だって、日本のやりかたは裁量を持たせることでより制度を弾力的にするんだともいえるし、そうしないと優秀な奴は集まってこないじゃん。

それに社会復帰といっても低犯罪率とかと関係してるのかな？ほんとうに。法務省研究を見ても、寛大だから低犯罪率なのか偶然なのか判断しにくいんだよね。

そして何より、アメリカ中心の見方だよと。確かにアメリカのやりかたをいいものとして描いたからこそ見えた問題点、そこからのモデル化にも感じられる。

あとダークな見方すれば、改善更生？何それ検察は社会秩序しか考えてないだろ！と言う人もいるしね。

まあ何が良かったか迷走してる感はあるし、実際発展途中の議論だからしかたないんだろうけど、このフットさんの視座は、日本の司法の「あり方」そのものに一石を投じてるのは間違いない。関係を修復するのが司法？刑を課するのが司法？いまいちど、法と社会との関わりを考えてみてはいいのではないかな！終わり！

1200 ゲストレクチャー 刑事司法の変革

1210 特別企画です

1211 概要

本日(2012年6月22日)は弁護士の小野正典(おの・まさのり)氏がゲスト出演してくださったぞ！講義内容は、刑事司法の改革についてだ！小野さんは刑事分野のスペシャリストで、数多くの重要な事件、数多くの重要でない事件も担当してきている人。この人の全然いない900番講堂にわざわざ来ていただいて非常申し訳ないな…。フットさんの顔も一瞬「え？ゲストレクチャーだよこれ？もっと人来るでしょ」的な感じになっていた。刑事事件を手がけてきたが、日本の刑事裁判は「ひどい」制度だとずっと思っていた、が、それが今、ようやく少しずつ変わりつつある状態らしいのね。

1220 司法制度改革

1221 司法制度改革審議会意見書

そのスタートが、2001年6月12日に小泉内閣へ提出された**司法制度改革審議会の意見書**だった。

やっぱり、法曹の身内だけではなかなか変えることができなかった司法制度に、一般、外部の目を取り入れていくきっかけとなったのがこれね。

1999年7月から63回の審議・公聴会4回・実情視察6箇所・海外調査(米・独・仏・英)が行われたのだった。で、意見書がついに出版された。

ここからはそれを確認してみよう。

1222 意見書の主な内容

そのなかで一番の改革が、**裁判員制度の導入**だったのは言うまでもないか。

まあこの制度が陪審員制度というよりは参審制度に近い。ヨーロッパの参院制度は区間を決めてその間の裁判に参加するんだけどね。

この制度が取り入れられるとき、裁判官も弁護士もかなり反対していた。現在の裁判で正しい判決は出せているし、何故わざわざ何か変化を取り入れるのか？という意見が裁判官からも検察からも弁護士からも出ていたんだよね。あとは、素人が裁判に関与することによって大体が有罪になる日本の裁判が不安定になるという人もいた。あとは、法曹人口の増大が急務だとして、新たな時代に即した法曹の育成をすべきとして、司法試験も改革するとともに対応した**法科大学院の創設**をしようぜなどなど、様々な提言がなされた。

1223 刑事司法制度改革

でもそんななかで**裁判員法**の制定(2004年5月)・施行(2009年5月)はなされたから、改革は進められる。でも、良く考えるとそれってすなわち日本の裁判が有罪と言う推定のもとに進んでいる「おかしさ」を浮き彫りにさせるものだったのかもしれない。

日本の裁判は長いものになると五年も十年もかかるものだったけど、裁判員が入るのなら何年も拘束できないし、**集中審理**をして早く判決を出すようにしないといけなくなったのだった。だから刑事訴訟法改正(2004年5月)が行われ、公判前整理手続や証拠開示について公開への一步が進んだ。請求証拠の開示、訴訟指揮権に基づく証拠開示命令(最決S44.4.25)、類型証拠開示・主張関連証拠開示などの様々な**開示制度の改革**によって、従来隠されたりしていた多くの証拠(多くの場合、隠されているのは被告人に不利な証拠である)が開示され、裁判は**透明性**をようやく取り戻してきた。

でもようやくだよね。この国の司法のおかしさが、やっと表に出てきたのである。

1230 刑事裁判の何が変わったのか

1231 これまでの刑事裁判

とはいえその「おかしさ」は既に指摘されていたことであった。例えば平野教授の指摘(「現行刑事訴訟の診断」団藤重光博士古希記念祝賀論文集第4巻407頁)が以下である。

彼によれば日本の裁判所は「**有罪であることを確認するところ**」でしかない。起訴されて裁判になればほとんどの場合有罪人であり、既に判決は出ているようなものなのである。第1審は検察官の裁判に対する控訴審にすぎないとも言えるだろう。

そして23日は少なくとも拘留できる捜査手続は糾問手続でしかない。そこには黙秘権も何もないのである。被疑者は捜査の対象として、詳細な自白調書が作られる。参考人も同様に詳細な調書を作成され、それは刑事訴訟法で「証拠」となる要件を定めてはいるもののほとんど流れて証拠として採用され、実際の裁判で調書と違うことを言ったところで聞き入れてもらえないのがほとんどだった。

これは調書裁判と揶揄され、このシステム、江戸時代とかの出来レース裁判と全く変わらないのではないかと。いうことである。何日も拘留されれば、少しはわけわかんないことも言うかもしれないじゃん。そういう発言まで証拠にされて、有罪は覆らない最初からの確定。わが国の刑事裁判はかなり絶望的である。

1232 刑事裁判の実例

じゃあこの人が実際に弁護士ながら見てきた事件を参照して刑事裁判の実態を見てみよう。

よど号ハイジャック事件

赤軍派の人たちが、飛行機をハイジャックして、北朝鮮に向かおうとした(そのまま経由してキューバに行こうとしたらしい)。全国の大学で激しい闘争があったような時代のことだから現在の状況とはかなり違う所もあるけれど、ハイジャック事件としては日本でほぼ先陣をきるものだった。

赤軍派の議長が、時を近くして別の事件で捕まった。その人は3月12日に東京に帰ってきて、13日の夜にハイジャック事件の犯人たちと共謀したところ、捕まった。

小野さんは、13日のアリバイを証明して、その有罪をなくそうとしたのだが、そこで言われたのは、「ごめん！13日じゃなくて12日だったね共謀したのは！12日のアリバイはないね～はい有罪ね」という信じがたい判決であった。

検察側の調書など全ての捜査を大した注意もなく勝手に無茶苦茶にして、無理矢理有罪をひねりだすようなひでえ刑事裁判が、何が怖いって、今も行われているんだってこと。

「それでも僕はやってない」って映画が良くできてるからぜひみてほしいんだけど、検察や警察は正しくて、被告人や弁護士はうそつきだっというようなバイアスのもとで有罪が「作られている」ような実態が、日本の裁判には確かに存在していると言うのが、小野さんの感覚。

リクルート事件

これは昭和 63 年に起きた事件で、裁判が始まったのは平成元年。これは未公開株を売りつけ、上場した際の価格の上昇(バブルだし)による差額で儲けた利益を賄賂にしたって言う事件。賄賂(未公開株)を受け取った面々に、財界、政界の大御所が大量にいたこともあって、連日のように報道された。

しかしこの事件の裁判では、300 回以上も公判が行われ、判決確定には非常な手間を要したのだった。

そこで行われていたのは、調書の誘導的作成だったのだ！ぶっちゃけ授受とは関係ない人たちを仕事のつながりだけで呼び、ほとんどの人は、調書と違うことを述べていたんだけど毎日毎日朝から夜まで問い詰めて仕事どころじゃ無くす。そうすると、「俺が検察の言うとおりに発言しても直接の関係はないし…」と、思っちゃうよね。あとは、被告人含めてこれはされるけど、「ここでこう言わなければ、お前の会社の奴がごっそり逮捕されることになるけどいいのか？」などという脅し、拷問に近いような取調べが堂々で行われた。

そんな取調べだったにも関わらず、結局ほとんどの人が高裁で有罪になったのだった。

1233 裁判員裁判・刑事訴訟改正で何が変わったか

ではこれが、刑事司法改革でどう変わったのかと言う話である。

まず、**証拠開示**に関しては完全にいい方向に向かった。先にもいったけど、裁判員に集中的に審理が出来る状況を作らなくてはならないから、証拠開示の道がかなり広く開かれたからね。

裁判員の人たちに、後で果てしなく長い調書を見て判断させるなんてできないから、調書裁判からの脱却への方向へ向かったんだよね。本人の言っていることと称して検察官が書いていた調書って、ただの捜査官の記憶でしかない。今は取調べ可視化への動きもあるけどね。そんなわけのわからないものではなく、実際に裁判のなかで言われる主張に耳を傾けるようになったのはいい傾向。

裁判の分かりやすさが重視されるようになり、冒頭陳述や証拠調べの過程、論告・弁論が重視された上で判決が下されるようになったのは非常にいいことだと思うらしい。

事実認定のありかたについても、裁判員法 39 条の説明内容として、

「証拠を検討した結果、常識にしたがって判断し、被告人が起訴状に書かれている罪を犯したことは間違いないと考えられる場合に、有罪とすることになります。逆に、有罪とすることに疑問があるときは無罪としなければなりません」(H19.5.23 最高裁規則制定諮問委員会議事録)

と書かれるようになったのは、「今までは出来ていなかったという認識が生れた」から。裁判員裁判が開始されて初めて、この当たり前の前提が表立って再認識されるようになったのだった。最高裁判決においても、最高裁平成 22 年 4 月 27 日第三小法廷判決で、

「刑事裁判における有罪の認定にあたっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であるところ、状況証拠によって事実認定をすべき場合・・・直接証拠がないのであるから、状況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたらならば合理的に説明することができない(あるいは、少なくとも説明が極めて困難である)事実関係が含まれている事を要する」

と書かれたり、最高裁平成 23 年 7 月 25 日第二小法廷判決千葉補足意見において

「裁判官は、訴追者側の提出した証拠が有罪認定に十分なものか否かといった観点から、公正かつ冷静に証拠の吟味をすべきであって、社会的、一般的な経験則や論理則を用いる範囲を超えて、自己の独自の知見を働かせて、不十分、不完全な証拠を無理に分析し、つなぎ合わせ、推理や憶測を駆使してその不足分を補い、不合理な部分を繕うなどして証明力を自らが補完して、犯罪の成立を肯定する方向で犯罪事実の認定を行うべきものでないことは当然である。この点は、異論のないところであろうが、我々として、常に自戒する必要があるところであろう」

としてこの無罪推定の原則が「明記」されるようになった。自戒する必要がある、なんて意図なく書くことじゃないじゃん。なんでこんなことを書くのか？それが事実として起きているからじゃん。タバコのポイ捨てがないところに「ポイ捨て禁止」の看板は置かないよね。

重要な変化はあらかた説明し終わったんだけど、他にも変化を挙げるなら、**量刑傾向・量刑の幅**に関しても、日本の刑法は量刑に非常に大きな幅があった。これまでの事件に比較すると、殺人や強姦など重い犯罪に関しては裁判員が入ることで刑期が重くなったようなイメージがある。これは一般の感覚と、法曹の感覚がずれていたと

言うことなのかもしれない。まだ数年しか経ってないしわかんないこともあるけど。逆に、未遂罪などについては執行猶予、特に法監察官付き(次は必ず実刑になってしまい、普通の執行猶予よりはきつい)の執行猶予が科される場合が少し増えたかな。

情状の考慮要素についても、新たな視点が出てきた。「若いから刑を軽く」って、年寄りなんかよりも刑期が終わってから長く社会復帰できるじゃん！だったら年寄りの方が早く刑期を終わらせてあげるべきじゃね？という人が居たんだね。

まあこれは、若い人は年を取った人よりも判断能力に欠けることがあるし、そういう人は早く社会に戻して社会にそれこそ貢献させる方がいいじゃん！って考えによっているんだけど、大事なのはそういう「当たり前」に説明もなく実行していたことを**一般人に説明**していく必要が出てきたってことだよ。その中で法曹の中の「非常識」な常識が明らかになることもある。

例えば、「**謝罪の手紙**」が酌量の余地…とか言うけれど、「手紙を書くのは当たりの事だろ」ともいえるよね。そしてこういう風は法曹3者の意識改革ともなる。ほとんどが自分たちを難関試験を突破した「エリート」だと思っている彼らは若くして法曹の世界に入り、いわば別の世界で生きてきた人たちと日々協力して判決を作って行かなくてはならなくなっている。もちろんこんな意識改革なんてくたばれと思っている人もいるけれど、このように、刑事司法制度を心の奥の部分から、ぶっ壊しているのだと思う。もちろんいい意味でね。

あとは**犯罪類型**だけど、強盗致傷の件数が減ったんだ。これって行為そのものは、窃盗と傷害といういざとなれば別々に評価できる行為である。スーパーに行って万引き、逃げようとしたときに、バイクに乗って発車した際店員にぶつかってけがをさせてしまった。最初は強盗致傷で処理されそうになったが、結局傷害は過失だとして、窃盗と傷害で分けて裁判。なんてケースが増えたんだけど、明らかにめんどくさが犯罪類型に圧力を与えているのではないかとと思うらしい。

それに**保釈**についても、昔は「否認している犯行に関して何らかの隠ぺい工作が行われる可能性がある」として、昔はなかなか認められなかったんだけど、裁判員裁判が始まって初めて、その歪んだ先入観がおかしいと指摘され、保釈の件数はかなり増えたのだと言う。

1234 まだまだある問題

しかしこんな改革の風が吹いているとはいえ、まだまだ問題は大量にある。

まず気になるのは社会復帰できるのかホントに？という点。だって、刑務所内の仕事の場って、ほとんど軍隊みたいな規律社会で、それで出所してまともに働けるのか？という話。それにもらえる額はスズメの涙くらいで、そのせいでお金がなくなってまた犯罪してしまう…なんて例が結構ある。これは裁判員裁判をすれば見える問題というわけじゃない。

あとは、裁判員裁判が始まってからも死刑判決は出ているけれど、一般人に死刑判決なんてもんを背負わせていいのかな？という点もある。これは制度改革に「よる」問題だね。

1240 さらなる司法改革へ

1241 捜査の在り方

十何年も捜査はできないから、やっぱり取調べが大事なものはこれからも変わらない。調書をいかに信頼できるようにするか？というのはやはり取り組んでいくべき問題。

もちろん反対している人も居るけれど、捜査をまず**可視化**していくべきだと思う。諸外国では普通に行われて捜査出来てるし、このおかげで「検察官に殴られた～」みたいな訴えもなくなるんだから、かなりいいやり方だとは思っただけだね。そのためにはどうしたって証拠をどんどん開示していくような開かれた捜査を行わなくてはならないよね。情報開示はさらに重要になってくる。

このように、日本の刑事裁判はこれからますます明快な、公開された捜査、生の声を重視する裁判をたどる必要があるし、余地もまだまだある。だから議論を重ね、よりクリアな制度を作っていくといけないといけない。

そういう意味では、裁判員裁判に慣れる中で調書を分かりやすく書くことで再び**調書裁判**の流れが一部で出来つつあるのは少し懸念する事態ではあるよね。やっぱり、生の声を法廷で展開させていくところに、究極の意味での公開された裁判はあるのだと小野さんは思っているようだね。

1242 死刑制度

あとはまた死刑制度だけど、諸外国ではかなり多くが死刑を廃止している。そういう状況で、国家が人を殺すということはなんなのか？しっかりと考えていかないといけない状況なのは間違いない。確かに国民感情が死刑で

も仕方ないとしている事件も存在したけれど、再審請求によって死刑が確定していた人が無罪になった例も確かにある。裁判には間違いがある以上、誤った判断のもとに誤った死刑が下される事態もありうるわけで。少なくとも、「極刑」なんて言う言葉でオブラートをかけて議論をごまかすような現状ではよくないよね。※レジュメには他にも項目があったのですが、時間の都合上説明がされませんでした。

1243 まとめ

結局ぐだぐだと話してきたけれど、やっぱり日本の刑事制度はまだまだ改善の余地があるんだよ。世界的に見てもレベルはまだまだ発展途上というか、今まで発展させる気が無かったのかもしれない。絶対に、もっと出来ることあるはず。司法取引だとか、他の国の制度で考えてみる価値のあることはあるだろう(別に小野さんは司法取引しろとは思ってないけれど)。

ただ弁護士という立場で、実際に裁判に関わっていて、こういうことを思っている人もいるんだってことは、ぜひ心にとどめておいてください！

刑罰とは何なのか、刑務所は何のためにあるのか？何故こういった行動は犯罪になるのか？今まで実務家が実務をしていただけてスルーされていた根源的な問題に、一般人と言う新しい関与者が現れるなかでメスが入れられるようになってきた、入れなくてはいけないようになってきているんだよ。

裁判官の中には民事から刑事に回される人がいて、今まではそういうことがあると「うわなんでだよ」とか思ってたんだけど、でも裁判員裁判が来て、それをやれるってのはいい経験になると、プラスの評価が出来るようになってきてるらしい。裁判員裁判にも慣れてきて、調書も分かりやすいものが書かれるようになって再び調書裁判が出てきたりもしている。

新しい制度に慣れてくる中で、ようやく改革を評価できるようになってきた段階なのが今。これからどうなるのか、ぜひぜひ注目していこう。

おわり

1300 ゲストレクチャー その2

1310 概要

1311 紹介

今日もゲストの方が来てくれたぞ！今日のゲストは石山広樹さん。検察官の方だ。もちろん東京大学の法学部を出ています。特捜部で勤務したあと、今や東京大学法科大学院の教授をやっているという、かなりすさまじい経歴の持ち主だぜ！

1312 経歴

検事になろうと思ったのは大学二年のときのこと。当時はリクルート事件で世間がにぎわっていたころで、政界・財界の大物が続々と逮捕されていた。今では検察の不祥事などもでて、検察への不信感もあったけれど、その頃は連日のように検察官の手柄が取り上げられていて、それを見て、検察ドラマの「HERO」ではないけど、それこそヒーローのように見えた検察を目指したのだと言う。

晴れて司法試験に合格し、東京地検司法修習を経たあとに座学などの研修も経て刑事部で捜査、公判部で仕事を行い、金沢検察庁に配属された。そこでは刑事部と公判部が分かれていなかったので一人である事件を最初から最後まで担当していたらしい。再び東京地検に戻る…ここまでは大体同じなのだが、ここから結構道が分かれてくる。特捜部にいきだった石山氏なのだが、法務省で司法制度改革審議会の対応窓口のような業務を行うことになったのだという。そこでは外弁法(外国の弁護士に日本国内で弁護業務を行うときの規正法)の改正議論なども行っていた。このあと五か月ぐらいフランスで死刑制度廃止について研究させられ、その後戻った日本では刑事局に行って答弁などの役人業務を五年ほどやることに。

特捜部に行きたいのに役人業務かよ…大阪地検に飛ばされて、そこで会う人みんなにぐちぐち言っていたらなんと大阪地検特捜部に行けたという。そこでそこそこ手柄も立てて、次こそは東京地検特捜部だ…！

そう思っていたらなんと法テラスに今度は総務課長として飛ばされることに。そこではかなり雑多な業務を行っており、認知度を高めるための広報活動や、新型インフルが流行中での危機管理体制の構築、不当要求への対応…そうして二年がたち、ようやく東京地検特捜部に配属されたのだと言う。

1313 活躍の場

なぜこんなこと言ったのかって話だけど、要するに検察ってのは皆が思っている以上に様々な方向で活躍している組織なんだよということね。たんなる刑事事件だけではなくて、ほんとに数えきれないような仕事がある。ただまあ、一番やりがいがあるのは検察本来の仕事なんじゃないかと石山さんは思うらしい。

1314 検察官の特殊性

基本的に役人は、各省庁の大臣から委託されて仕事をするのだけど、**独任制官庁**である検察は一人一人の検察官それ自体が一つの役所であることになっている。法律的にはね。だから、検察庁という枠組みがあるとはいえ一人一人に最終的な責任があることになっている。そして、検察官と言うのは被害者のために検察権を行使しているのは確かなのだが(自力救済の禁止)、あくまで適切な刑罰を求めると言う点で公益の代表者と言うことになっている。検察官は刑事裁判における起訴権をほぼ独占していて、その刑事裁判で処罰が決まる以上、検察はある法的行為を処罰する方向に持っていくかどうか、**一時的な「裁判」**を行っているのである。事実検察官にはその当事者の事情や経歴を考慮して起訴を決めてよい幅広い裁量権が与えられている。

起訴猶予になる人や略式裁判で終わる人もたくさんいるわけで。こうすることで、日本では起訴されるとすぐにマスコミなどによって「レッテル張り」されてしまう当事者を守っている。

？このシステムだからレッテル張りが出来るようになってしまったともいえる気がするが…

まあそういうわけで、検察とは個々人が完結した一つのシステムでなくてはならない。だから、一般の刑事部の検事が扱う、警察から回された事件に置いて最後に責任をもって取り調べる、解明するのが検察。足りない情報は開示させ、心証を明らかにし、改めて起訴するかどうかを決める…ここにやりがいがあるんだよと。

1320 実際に扱った事件

1321 その1

金沢地検に居る時に取り扱った事件。

トラックの運ちゃんの被疑者と、受付嬢の被害者。身の上話をするうちに、受付嬢だった女に資金援助をする形に。女は二年くらい援助を受けるが、別に恋愛感情もないのでやめてくれ、お金は少しずつ返す…と手紙を書いた。するとそれをきっかけに被疑者はストーカーになり、五年くらい執拗な嫌がらせを続けた。

よし、じゃあ捕まえよう…！というわけなのだが、「何の罪でだよ！」という問題が出てきた。

やられてるのは、朝起きたら玄関にいろいろまき散らされているということ。脅迫罪と言うには害悪の告知がないし、傷害罪とうには、被疑者が追い込まれ自殺未遂まで陥った因果関係があるのかもしれない…というと立証しにくい。住居侵入か…？というと、確かに敷地内に侵入しただけでもそれには当たるし、被疑者っぽい人物がまき散らしてる動画もあったんだが、なんと敷地内に立ち入っていない。外から仕掛けてるだけ。

ただ、こういう嫌がらせがあった。朝起きると、被害者の持っている車のフロントガラス・実家のチャリに赤いペンキが。これを器物損壊とできないか…？モノの効用を失わせたら、器物損壊には当たるのだと言う確定した裁判例はあったので、確かに車だと微妙なところだが、まあいろいろ屁理屈つけて、被疑者を逮捕することにした。そしたらなんと、被疑者が容疑を否認する！！どんどん迫る拘留期間。ここで解放させたらもう絶対報復が来る…！なんとか捻り出した答えは以下でした。

実は三年前くらいに下着泥棒を被害者からしていた被疑者。確かに一度返してしまったらもう窃盗罪では普通起訴は無理なのだが、これはさすがに事情が別。これを足掛かりに、年明けも迫った12月に被疑者を逮捕、器物損壊についてもその後犯行を認め、改めて逮捕という案件。

1322 その2

これも金沢地検に居た時に扱った事件。

エリート私大を出て会社員として働いていたのだが、浮気した愛人が覚せい剤漬けの人で、そのままずるずると覚せい剤中毒になっていた。既に二回ほど捕まっていた、一回は執行猶予だったが、結局もう一度捕まって実刑判決を受けていた。そして今回だが、なんとまた被疑者が否認した。

そのいいわけが、「キムチ食べた…」まあバケツ二杯くらい食えばそうなるが…。ありえないよね…と諭すとまた別の言い訳…と一向に覚せい剤を使っていたことを認めない。毛髪鑑定も黒、手には大量の注射跡…もう否認やめないままに起訴をした。

すると裁判になった瞬間に、「やりました…」これは罪を軽くするためですよ。ひでえ話だ。初犯だと一年ッ六か月＋執行猶予三年、以降は執行猶予なしで一回ごとに六か月上乗せだというのが慣例だったのだが、キレた石山氏は三回目に一年上乗せして三年以上の求刑をした。結局、これは完遂されなかったが、二年十か月という普通よりも重い刑罰を課すことが出来たという。東京地検に戻ったところ、金沢地検に電話があり、出所した被疑者が話があるぞ…と。手紙を送らせると、感謝の気持ち、目が覚めた…的な意外な内容。

石山さんの的には懲らしめようとしたのだが、結果的に本人のためになったという事件。

1330 日本の刑事司法について

1331 まとめ

任官した十数年前に関しては、刑事裁判とは完全に**プロの世界**。当の被害者すら司法手続きには関与しないと言うものだった。しかし、治安悪化が騒がれる中で被害者側が声を上げるようになった。加害者に対面したくない被害者に配慮した別室を利用した裁判や遮蔽制度の利用など、一定の制限はあるが、被害者の希望があれば積極的に制度を利用したり、あとは自ら希望すれば検察官の隣に座って求刑を述べられるなど、**司法参加**がかなり出来るようになった。さらに、検察審査会の制度などによって、独占されていた起訴権利に関しても一部民間の手に渡るようになった。結局のところ、これはプロには任せていられねえ！という感情の現れなのだろうか。そう思うとプロの側としては少しさびしい気持ちもある。感情をそのまま反映することへの不安もね。ただまあ、国民が広くこういうことに参加してくれるというのは刑事司法の転換点になるのではないかと思うけど。まあせっかく大学院で教えられるのだし、これからその結果をどんどんみていこうと思うけどね！

おまけ 定期試験について

OOA 時期とか

二月です。持ち込みは不可です。

OOB 解き方

なんか問題文最後まで読んでない人がいるけど、最後まで読めよ。あとは順番についてだけど、ちゃんと示してくれさえすればそんなの適当でいいから気にするなどのこと。時間配分の目安は点数の配分だけ。フットさんとしては、丸暗記は別に期待してないらしい。むしろ自分で分析したりするのが大事なのであって、ある人の意見を出発点にしてもそこからもう一歩進めていってほしいとのこと。

※ある人とは誰でしょうか？もちろん、法社会学で扱った巨匠たちですよ。当然、彼らの考え方を押さえておかないと話になりません。

別に一つの答えがあるような問題を聞いているわけじゃないのだから、自分である種「好き勝手に」やってくれて構わないし、それを期待している。

ただ別に関係もないような間延びした話すんなよ。いつか忘れたけど全然関係ないし授業でもやってない、あーそれ先週の行政法でやったのかな？みたいな例を出されてマジでむかついたからなどのこと。

※テスト傾向

なんか、実際に自分で**リサーチデザイン**をさせる問題の比重が大きくなってきている。実践的法社会学(講義後半)では様々な調査が紹介されたが、そのリサーチの作り方(予備調査の仕方、目的設定…などなど)は確認しておいてもいいと思う。

その際に、自分で作ったリサーチの欠点等の指摘まで自分でさせられるので、できたらある調査方法の利点と欠点、その克服のための手法などまで確認しておくべきだろう。



やっと終わった…！

以上