

講演

神奈川大学法学部設立四〇周年記念シンポジウム（二〇〇五年二月一七日）基調講演・二

法の『効用』と法学教育

丸山 茂

目次

- はじめに
- 一 法の効用—コード化
- 二 教育とはなにか
- 三 現代の法状況と法学教育

## はじめに

ご紹介にあずかりました丸山と申します。私は、法律学の中の民法という科目を専門としております。民法には、人の生活関係のうち財貨に関する関係を扱う財産法と、人の関係を扱うという家族法というものがありますが、私は法律学の主役とも言えるべき財産法ではなく家族法についての法、つまり家族法を主に扱っております。加えて私は、家族法の対象となる家族を社会的に研究し、法現象との関係を探求する法社会学というものもやっております。そのなかでも特にフランスの家族論や家族法の変容について研究しています。ふつう法学と聞けば、実際に起きた争いごととに法を適用して解決するという際の、その基準について探求する法解釈学というものを皆さんは考えておられることが多いと思います。法社会学というのは、与えられた問題を解決すると言うよりは、法がどのようにして作られ、運用され、変容し、また社会にとってどのような働きをするかといったことを考えていくものです。

その意味で、法社会学というものは法を客観的に考察する社会科学であるということができ、社会学の一部に属するといえますが、法解釈学はこれに対して法制度の中にみずから身を置いてその運用を担う、法の担い手としての学問であり、実践的な性格を持っているといえます。

今日は、どちらかといえば法社会学あるいは社会学的な視点に立って、法や教育というものについて考えて、法と教育の現状についての少しばかりの視点を提供できたらと思っております。ところで、社会学というのは少しひねくれた学問で個人の持つ常識や先入観にたいして、客観的な調査をもとに異議を申し立てるといった性格を持っています。たとえば、かつて戦争は人間の本能であるといった経済学者がいました。戦争が引き起こされるのは、人間には常にはけ口を求める攻撃的本能があるという事実によるといいます。しかし、イギリスの著名な社会学者ギデンズの例

示するところによれば、世界にある数多くの人間社会を調査した結果では、多くの部族集団では戦争を知らず軍隊の全くない社会も数多く存在しているといわれています。むしろ、今日では戦争は産業化の主要側面である「戦争の産業化」の過程という社会経済的条件に結びついていくというのが正しい見方であるといえます。その意味で人間には、攻撃本能どころか全く何の本能も持ち合わせていないということができるのかもしれませんが。

このようなことについては、最近ではフェミニズムの主流となっている、社会が人間を規定しかたちづくるといって社会構築主義の見方も参考になります。それによれば、たとえばセクシュアリティつまり性的な傾向性やあり方は決して本能や自然のものではなく、個人の好みや、個人を規定する諸条件がそのような傾向をもたらしただのであって、その意味では本能的な意味での女と男という概念は成り立たないという主張をするのです。これによれば、男女の性的な役割分担や性の傾向性は後発的なものでしかないのです。これまでの常識とは異なるこのような「非常識」な見方を獲得してはじめて、最近の西欧社会における同性愛者の婚姻の承認も理解できることになるでしょう。

また、最近では少年法の改正に絡んで、少年犯罪が増大し凶悪化しているとの論調が見られますが統計的に見るとそうではないということがわかります。外国人犯罪の増加についても同じようなことがいえるでしょう。

このように、社会学は常識的な見方に客観的な根拠を与える場合も多いのですが、反対に、それを覆すことも少くないのです。

さて、今日は法と教育がテーマですから、法や教育についての社会学的な「非常識」で皮肉な見方、すなわち法と教育の「真実」「実相」の一端を見てみることにしましょう。

## 一 法の効用—コード化

法についての考察は、歴史的には既におそらく万巻の書物があるでしょうし、様々な見方や理解が存在し交錯しています。ここでは、現代社会学の示す見方を援用しながら法についての特質をみてみたいと思います。

皆さんの多くは、法や法的世界というところのような感じを持って受け止めておられるでしょうか。おそらく堅苦しくて、わからない言葉が使われていて、法律家というところかよそよそしい存在であるという感覚をお持ちになっているでしょう。また、法律は正義を実現する手段であり、公正さや権利を担保する手段だと考え、法にはそのような効用があると理解されているかもしれません。

このような直感的で、経験的な感覚や常識は非常に正しいことが多いのです。確かに、社会の中のさまざまな領域にあつて、法はきわめて独特な領域、世界を形作っています。私たちはこのような独特の世界がどのような仕組みで作られていて、みなさんの常識がどこから生まれてくるのか、また法の効用や役割がほんとうに皆さんの感じているようなものかを考えてみる必要があります。

法の効用についてのもっとも批判的な見方は、マルクスの見方でしょう。マルクスは法を階級的支配の手段であると見なしています。それは、社会が資本家階級と労働者階級に分断されているときに、法は資本家階級が労働者を支配する道具としての役割を果たしたというものです。これに対して、マックス・ウェーバーは批判的というよりも、法が人々の行動に合理性と予見可能性を与えることをとりあげ、資本主義的取引に対する法の効用を強調しています。マルクスでは法が階級支配に対する道具であることが強調されていますが、法の性質を内在的に分析しているかどうかについては不十分なものがあります。ウェーバーでは、法の合理性・論理一貫性という内在的な特質をふまえて、

資本主義との適合性が解明されてはいますが、ここでは資本主義の発展という関心から法の役割という問題が取り上げられています。

これらの伝統的な見方に対して、現代フランスの社会学者ピエール・ブルデューは、法の生成過程とそれによって作られた法のもたらす効果を分析しています。

ブルデューの理論は非常に難解なので、ここで分かりやすくお話しすることは容易ではありませんが、その特徴をかいつまんでお話しして、法というものをみていく上での有用な視点を理解していただけたらと思います。

ブルデューは、「法律万能主義」というものを徹底して批判します。これは、民族学者が自分の社会以外の社会、つまり他者である社会―多くは未開社会ですが―を分析するときに、その社会の人々が一つの規則に従って、すなわちルールに従って行動しているという理解をすることに対する批判です。ちよつと考えればわかることですが、社会には規則があるということはもちろんですが、社会の構成員がみんなその規則に従って行動していると言うことなどはあり得ないわけです。未開社会を調査して、その構成員の行動に、ある規則性がみられると、それだけをとらえてその社会の特徴はこうだという風な理解で満足しているようでは何も理解していないというのです。人は、規則があつてもなくても、そう行動することによって自分もつとも利益を得られる行動を選択する、いかえれば人はその規則が自分に利益を与えるかぎりにおいてそれに従うという原理が正しいというのです。こう考えると、規則やそのものもつとも完成した形態である法は、人々のそういった行動から抽象化されていったものにすぎず、未決定で、不確定で、豊かな広がりを持つ行為の実践Ⅱ人々の行動とは切り離されるべきだということになります。

それでは法というものには、どのような特質があり、どんな効用があるということになるのでしょうか。意識的無意識的にしか行われていない人々の行動の準則を明示的な形にすること、つまり言語化すること、これを

コード化するといいますが、そのもつとも徹底した形が法だといえるでしょう。それでは、コード化する $\parallel$ 法を作るということは、どういうことを意味するでしょうか。この点に関してブルデューは、次の三つの点を取り上げています。

(一) 第一に、社会を秩序付け分類し、首尾一貫した論理で説明しようとすることです。

(二) 第二に、言葉、文字表現に客体化されることを意味します。

(三) 第三に、公式化していくことです。

あまり、話が難しくなってもいけないのですが、簡単に言うとな々の行動が法という言葉に固定され方向付けられる、つまり言葉が一定の文法という規則に従って会話を成り立たせているように、法もその規則性によって人々の関係、コミュニケーションを成り立たせているというわけです。それによって、行動を合理的に処理し、また行動の予想ができるようになるわけです。

さらに、コード化する、法にすることとは言葉として書き留められて、それが時間を超えて人々の行動に影響を持つ、いいかえれば人々がその客体化された法に承認と同調を示すことによって、コード化された規則が状況を越えて影響を及ぼすということを意味します。

また、コードに書き留められることによって、その行為のあり方は公式なものとしての通用力を持ち、社会的な同意を獲得することになります。右側通行か左側通行かは必然性を持って説明できることからではなく、きわめて恣意的な選択なのですが、車は左だと決めることによって人々はそのような行為をあたかも自然であるかのごとく繰り返す、そして同調していくのです。

これらのコード化のもたらす効用は、形式化の効用ともいえるべきものですが、コードに従うことによって人々の行

為が整序されることになるのです。これは、人々に行為の準則を与える法の象徴作用とブルデューは呼んでいるのですが、このことによつて行為の同調性や、意味の同一性が確保され秩序が維持されるというのです。

これが法の効用と言われるものですが、社会学の分析はここでとどまることはありません。このような法の理解ですと、あまりに「常識的」すぎるからです。

では、コード化、法にすることの意味を社会学はどうシニカルに、皮肉を持ってとらえるのでしょうか。法の常識の反対側にある「非常識」な実相、真実は社会学によれば次のようなところにあるとされています。

一つは、コード化によつて「法の言葉」が生まれ専門化していきます。法の整合性や、合理性を担保するためには、言葉を厳密な意味で扱うことのできる人間が必要になります。そのことによつて、法の言葉を通して祭祀を司る聖職者に等しい「法曹」という階層が、社会の秩序支配の合理化を独占することになります。法が専門化していくことによつて、それを扱う技法はますます複雑化し、法的世界で交わされる言語は宗教的世界の言葉のような性格を帯びて、素人からは判断のしにくいものになっていくのです。従つて、法教育というものも、あたかも聖職者を養成するかのよな性格を持つて、秘蹟性を帯びてくるのです。これを、裏返して言えば、この世界の独特な言語を操る能力を持たないものは法的な判断をするという世界から排除され、ルールを操ると言うことに関しては依存の関係の中で生きていくということが強いられることを意味します。むしろ、そのような言語的資質に欠けるものたちは法学教育になじむこともできないということなのです。

このようにして専門家と素人に社会を分断する力を、コード化、あるいは法的世界の形成はもっているのです。

二つは、まかせてしまうといった依存の関係は法的世界の中で専門家といわれる者にも起こってくるということですから。コード化がすすみ、法の体系が強固なものとして作り上げられていくと、その論理性が自動的に作用し、法律家

自体も判断をそれに任せてしまい、判断を停止させてしまうということになりがちなのです。このことをライブニッツは「盲目の明証性」と呼んで、形式的言語が具体的個別的事態に対して想像力を働かせなくなるといった状態を生み出してしまうというところを取り上げています。たとえば、「平等」という観念が基本原理として肯定されると、それが問題になっている具体的な状況を見捨て、平等であらねばならないということだけが先行し、具体性を無視して押しつけてしまうといったようなことがおこってきます。キケロは「法の厳しい励行は不公正の極み」と言ったそうですが、法に忠実なる法律家の判断停止もこの意味で不公正の極みでしかないかもしれません。

このことは言い換えれば、法によってルールが明示されると、あたかも人々はルールに従って行動しているか、あるいは行動しなければならぬかのような錯覚をもたらすということです。ここではルールのためのルールが幅をきかせ、現実の豊かさの中で、創意、工夫をしていくという生活世界の当たり前の行動準則がどこかに飛んでしまい、自らの判断を法の中に委ねてしまうという自己疎外とも言える現象が生まれてきます。このような法の持つ力をブルデューは形式化された法の「象徴暴力」と呼んでいますが、この暴力は普遍性、合理性、論理性の装いを持って効用を果たしているのです、誰も力としては認識できないような暴力なのです。

少しばかり小難しいことを述べてきましたが、ここでは法というものが正義を実現する道具であるという常識的な理解にたつのではなく、法はその言語と論理性によって人々を分断し、人々の豊かに生きられている世界や社会の何かりしれない奥行きを捨象し、法的言語に還元することによって創造性を奪うものだという理解もあり得ることを確認しておくことにしましょう。

また、法の支配性、象徴暴力は次のようなことによっても担保されていることにも留意しておく必要があるでしょう。フランスを例にとってみますと法曹は支配階級に属していて、独占された法的言語を家系的に継承する集団を形

作ってきました。戦後のフランスにおける法曹の出身階層を調査したところ、多くの裁判官は法曹の親を持ちあるいはブルジョワの出身であったことが明らかにされています。また、このような法曹の階層性すなわち彼らの経済的独立やそれに伴う禁欲的性質が法の中立性をもたらすと同時に、既存秩序への傾斜や肯定、保守性を示すのだと言うことを、ジャン・ピエール・ムニエという人は指摘しています。

このようにみてきますと法そして法的世界は、マルクスが明らかにした視点とは異なるところから、支配と分離あるいは分断、階層性を実現しているものとして理解できることがわかってくると思います、そしてその世界は決して人々の豊かに生きられている世界を反映し、その奥深い実践をくみ取るというものではないという意味において、「民主的」なものではないということができるとみることができます。このような特質は、近代国家と法のあり方によって特に極限まで推し進められたのではないのでしょうか。

## 二 教育とはなにか

私は神奈川大学に長い間お世話になりながら教育と言うことをあまり意識したことはありません。それで、教育についてはあまり語る資格は無いと思っています。しかし、いまになってみれば私の無関心さは少しまずかったのかなと言う反省もあります。私は、教育という言葉の響きが権威的であり、権力的な意味合いを含んでいるといつも感じていましたので、ことさらに教育という目線から学生に接するのではなく、ありのままの自分を感じてもらえればそれでいいのではないかと思っていました。しかし、これは少し配慮の足りないものだったのではないかと思っています。

教育についても最近の社会学は興味深いことを明らかにしています。

教育という識字率の向上あるいは文盲をなくすことによって知識を獲得し、判断力を身につけ、自身の世界を広げ発展の機会を与えるというようなことをまず思い浮かべるのではないでしょうか。このような未完成なひとびとに知識を与えようという教育観は、人格の発展に寄与するものとして積極的に教育を評価するものです。確かに、このような教育によって、文盲率は飛躍的に減少し、教育的な効果を上げていることは確かなことだと思います。ただ、意外に文明国といわれるところで、文盲が多いと言うことには注意が必要かもしれません。たとえば、真偽のほどはあきらかではありませんが、アメリカの大学のフットボール選手の多くは読み書きができないと言うことを聞いたことがあります。

しかし、この識字率を向上させるということは既存の文明や文化への同化を意味しています。だからこそ当該社会の支配的言語の習得は、その社会で生きていくための手段を与えるものであり、生活を保障するものだと言うこともできるので、同化していくことは、反対側からみれば自分の文化を失うということでもあります。つまり、ここでも言語を通しての支配的文化への包摂が行われていることを見逃してはいけないと思います。

それが、これからのべる教育の非効率を理解していく上での一つの鍵となるからです。

イギリスのバーンスタインという人は日本語にも訳されている『言語社会化論』という書物の中で、教育と言語コードという視点を示して、教育的成果は子どもたちの身につけた言語コードのあり方と関連性があると言っています。

彼によれば、下層の子どもたちは「制限されたコード」しか持たず、中層以上に属する子どもたちは「精密なコード」を持っているというのです。「制限されたコード」というのは、彼ら同志のコミュニケーションが多く、事柄を前提としていて、言葉として明言しなくてもできるようなものであって、抽象的な観念や、事柄の関係性については論じないというものです。これに対して、「精密なコード」というのは、発話のあり方が特定の状況に縛られること

が無く、容易に一般化したり、抽象化できる言い表し方をできるというものです。

たとえば、子どもがキャンディーを食べたがるので叱ろうとするときに、下層の母親は「キャンディーはもうおしまいよっ!」としか言わないのに、中層以上の母親は、キャンディーの食べ過ぎが、体に、特に歯によくないと説明するということです。このような日常の繰り返しによって習得された言語コードの論理性の違いが、学校で用いられ、要求される高度化した論理性のある言語コードになじむかどうかの違いをもたらす、教育的効果の差異をもたらすのだと言っています。

同じようなことは、さきほどのブルデューも『再生産』『相続人たち』『ディスタンクシオン』『機会の不平等』——これらはいずれも日本語で読めますが——で何度も繰り返して述べています。彼の関心は、次のようなことにありました。

一九六〇年代以降フランスでも次第に大学は大衆化していき、民衆階級の子弟が大学にはいる機会が少しずつ増えてきた結果、彼らは大学に行くことによって十分な成績を収め、階層を上昇させていくことができたのかという点にありました。ジャンークロード・パスロンとともにブルデューは、学生たちの成績や就職状況を調べてみたわけです。その結果、明らかにされたことは、大学教育は決して階層の上昇をもたらさないということでした。それどころか、階層はいつそう固定され、大学教育は逆に階層を再生産する道具ではないかということを指摘したのです。

この結果も、言うまでもなく言語コードの違いやネットワークの違いがもたらしたものとみることができますが、このような資源のことをブルデューは「文化資本」と名付けてその違いこそが、大学教育の有効性の違いを個々の学生にもたらすということを言うのです。つまり、下層や庶民階級は生きるための様々な知恵を持っているにもかかわらず、その知恵は学校という公式の場では使い物にならず、評価されず、その結果学校文化を担う階層的上昇をもた

らすことはできないということになるのです。

このようなことからすれば、学校は文化的支配の場であり、差異を再生産していく装置だということになるのです。このようなことをとらえてポウルズとギンダスというアメリカの学者も「近代の学校では、多くの生徒がそれぞれどこかよそで経験している無力感を感じている」と指摘しています。

これまでのお話では、法と教育というものを「文化資本」という視点から、少し非常識に見てきました。この非常識な真理を前にして、われわれは何をなすべきかということが問われなければなりません。

法も学校も結局差異化の装置だということを鵜呑みにするだけでは、ますます「無力感」を増大させていくだけにすぎないでしょう。われわれは、このような指摘に対してただ受容するだけでなく、行為の戦略的ターゲットを獲得したと言うことを喜ばなくてはならないのではないのでしょうか。知ることは、変えられる、あるいは行動できるということに他なりません。たとえば言語コードの異なる学生がいるという自覚は何かしらの対策につながるでしょうし、法の言語を書き換えるということも試みられていいことですし、民法の「現代語化」はこのコンテキストにおいて理解されるべき事柄でしょう、さらには支配層の言葉によって切り捨てられた庶民の知恵を表舞台に出してくること、あるいは周縁と中心という見方を排除しマイノリティを正当に位置づけると言うことも必要になってくるでしょう。

### 三 現代の法状況と法学教育

さきほど法というものが形式化を通して象徴支配の効果を持つと言うことをお話しし、近代国家はこれを究極にまで推し進めたのではないかということを申しました。理念的な近代国家というものは民主主義を基礎としていますが、

国家と市民という二分法の中で市民が国家の支配の言葉に身を委ねるといふ社会ではなかったかと思えます。

この近代国家も、ポストモダンの社会状況を迎えて大きく変わりつつあります。民間活力や、NPOの動員などは、ポストモダンの社会が「社会の発見」ということを基礎にして社会を作り上げていく原理を変えようとしているものとみることができるとでしょう。わたくしの『家族のレギュレーション』という本はこのようなことを家族を軸にして考えたものです。

ここでは、ポストモダン化する社会における法学教育をとりまく法状況の変化について簡単にみておきたいと思えます。いままさに進行中であり、法科大学院の教員として私自身もその渦中にある司法制度改革の背景には、このような法状況の変化への対応という意味があるのではないかと思われれます。

法状況の変化で、その中心に考えられていることは法化ということではないでしょうか。法化社会や法化ということが具体的に何を指すのかはつきりとしませんが、常識的には、法が社会関係の様々な分野に浸透拡大していくということではないかと思えます。法化の意味はもつと多くの側面を持っているとは思いますが、ここではフランスの高名な法学者ジャン・カルボニエが述べることを取り上げてみましょう。

カルボニエは、法化の現象を一九九六年に出された『第五共和制下における法と法への熱情 *Droit et passion du droit : Sous la Ve République*』という本の中で、フランスの法化という現象を「法のインフレーション」としてあげています。興味深いのはこのテーマを扱う章の題名が「*Les dérèglements du droit*」と題されている点です。これをなんと訳すか難しいのですが直訳すれば「法の非規則化」とでもなるのでしょうか。法が規則でなくなるといふのは、法概念の自己否定のように見えますが、この言葉を通して、カルボニエは法の特徴や性質が変化していることを示そうとしたのだと思われれます。

カルポニエによれば、法制度の理念型は次の三つの要素からなっているとされています。

一つは、規範の数の制限・社会における法の現実的必要性よりも制限するという謙抑的姿勢。

二つは、法と道徳や他の規範との峻別。

三つは、主観的権利（法）への細分化に対する客観的法（権利）の抵抗。

これらの法システムの特徴が揺らぎつつあるのが現代の特徴であるということです。

たとえば、法のインフレーションについては、フランスでは一年に法と政令が合わせて二七〇〇以上も作られていて、法として有効性を持って作用しているものが実際に一〇万以上あるということが指摘されます。その結果、法の領域は細分化し、相互の矛盾も拡大して法体系の論理的・一貫性を想定することができなくなり、その結果、法というものは恒久的で一般的な規則から、現実には絶え間なく適合していく統治や、管理の手続きにすぎなくなってきたというのです。そのことによつて、法の運用においては法の専門家だけに依存することは困難であり、当事者の注意深い目線が必要になると言うのです。つまり、法曹あるいは法専門家だけでなく、一般の人々も法現象における当事者Ⅱアクターとして自分の利害に注意深い配慮をしなければならなくなっているということなのだと思えます。

道徳に関していえば、姦通の非法化や同性愛の承認、人工生殖に関する倫理を法化するなど法とその他の規範との境界は相互浸透性の中に置かれ、曖昧になりつつあることが指摘されています。

さらに、これまでは制度的枠組みの中におかれて法の配慮をあまり受けなかった領域における権利の増大があります。これは主観的権利の増大と呼ばれています。非常に多様化した人々の欲望が権利となって主張されるために、権利に依拠する法制度自体が一貫性を持たなくなつて、ゆらいで来るといふ現象がみられるようになります。たとえば、同性愛者のカップルの法的承認は、婚姻制度に揺らぎをもたらし、その結果法制度としてはモデルを示すことが困難

となり、多元的なカップルのあり方を採用せざるをえなくなってくるのです。また、最近のフランスの親子法改正では、婚姻を前提とする父性推定は認知や身分占有とならぶ親子関係を成立させる手段の一つに過ぎず、それぞれの方法によって親子関係が重複して成立した場合にいずれを優先させるかの原則を規定しています。これは、婚姻という制度的保護のもとに親子関係を決するというのではなく、婚姻外の出産慣行が一般化することによって、婚外の出産行動を取る当事者の主観的権利を容認しようとしたものであると見ることもできるでしょう。このような法の主観化は、法に論理一貫性を求めることを困難にし、このことをカルボニエは別のところで「法に一貫性を求めるのは悪である」とすらいつているのです。

さて、このような状況をまえにして、わたしたちは法学教育にたずさわるものとして何を読み取ればいいのか。これは、本日これから皆さんが議論していくことになることなのでしょう。すくなくとも私は、法が拡散し、様々な主観的権利が交錯する社会においては「調整」Ⅱレギュラシオンという原理が重視されなければならないと考えていますが、そして調整者になるのはだれであるのかといえば、それはいうまでもなく当事者であると思っています。この社会においてあらゆる人が当事者性を持ち、オートレギュラシオン（自己による規制）Ⅱ主観的権利を主張すること、これこそが現代の民主主義の基本であると思うのです。そして、このような調整のもう一つの当事者には、当該当事者に寄り添い支援するものとして法専門家があるのだと思います。では、個人化し多様化する社会の中で誰がどのような手法でこのような担い手を育成するか、それこそが本日のテーマに他ならないのです。