

日本の法文化について

——〈Amae〉：未成年者保護法理解のための一つの視点——

森田 明

[注 記]

以下に掲げるのは、筆者が過年度に客員教授として研究に携わったミュンヘン大学法学部において、二〇〇七年二月の学期末講演会（拡大教授会）の際に行った講演（独語）の日本語原文である。

講演原稿に文章上の加筆・補正を加え注を付した論文『Überlegungen zur japanischen Rechtskultur——〈Amae〉：Ein Gesichtspunkt für das Verständnis des Jugend- und Kinderschutzrechts——』は、近々月刊法律雑誌 *Zeitschrift für Kinderschutz und Jugendhilfe* (ZKJ), 2008 Heft 1 に掲載される予定である。

一 問題の所在——歴史的前提

1 時折私たちは、日本に長く滞在した外国人研究者の口から、近代の日本は西洋文化と東洋文化の出会いの意味を考えるにあたっての絶好の観測地点だ、という言葉や聞くことがあります。今日私はこのことを踏まえて、「日本の法文化について」というテーマで、視野を法社会学・法心理学の観点に広げてお話をしてみたいと思います。第一に素材として取り上げるのは、過去二二〇年間の間に日本で生成した憲法秩序のもとの家事調停法、少年法・刑事訴訟法、児童福祉法の三つの法分野です。ここではまず、これらの法分野が一八九〇年以降どのような文脈で展開してきたかを素描してみたいと思います。本講演の第二の目的は、これらの法分野を始めとする日本法の全領域に見出される「日本的特徴」を、著書『甘えの構造』で世界的に有名になった精神分析学者土居健郎の「甘え」概念によって説明することです。この概念を用いることによって、従来西欧の研究者からは分かりにくいと言われている日本人の行動パターンとその法文化に、ある程度説得的な説明を加えることが可能になるからです。

ちなみに今日の私の話は、過去二五年間にわたる日本での少年事件担当保護司としての私の実務経験の中から多くのインスピレーションを得たものであることを始めに申し上げておきたいと思えます。さて、まずは日本法の歴史的前提についてです。

2 一九世紀中期に日本を襲ったいわゆる「西洋の衝撃」は、日本社会の政治的・知的リーダーに非常に大きな対外的危機感を与えました。そして、一八六八年に成立した明治国家の新政権の最大の課題は、まず何よりも十年前に西欧諸国との間に締結されたいわゆる不平等条約を改正して、西欧国家並みの法的地位を獲得することでした。条約改正交渉の前提として西欧諸国から突きつけられた条件は、日本の国内法を西欧法にならって制定することでしたから、新政府はこの「西欧法の導入」という作業に全力を投入しました。この導入作業をさしあたりここでは「第一の西欧化」と呼んでおくことにします。一八八九年に成立したいわゆる明治憲法が、当時のプロイセン憲法を一つのモデルとして編纂されたことは皆様ご存知の通りです。

ここで行われた急速な西欧近代法の導入はしながら深刻な問題を引き起こしました。すなわち、一九世紀の西欧近代法とそこで人間観（個人の自由・平等の哲学）は、そもそもどのような形で伝統文化を背負った日本社会に根を下ろすことができるかという、「文化葛藤」の問題です。このテーマは、以後、日本近代法史を語るうえで避けて通れない大問題となりました。一九〇〇年、ついに条約改正に成功した明治国家は、三年後にはイギリスのバックアップの下にロシアとの戦争に踏み込み帝国主義時代の一強国への道を歩み始めます。しかし半世紀後にこの明治国家がたどり着いたのは一九四五年の完膚なき敗北でした。アメリカ軍の占領下で法体制の全面的な改変を余儀なくされた日本はここで、言わば「第二の西欧化」をその運命として引き受けることになったのです。しかしながら、第二次大戦後六〇年以上を経た今日、日本法の各分野を見渡してみると、われわれはそこ（こ）で西欧型の近代法思考 (moderne westliche Freiheitsgedanke) と日本的な共同体思考 (japanische

(Gemeinschaftsgedanke) の確執と統合という課題がなお基底部で生きつづけていることを発見して驚かされま
す。一二〇年前の「文化葛藤」の問題は終わっていないのです。

先にあげた三つの法分野の事例を取って、簡単なスケッチを行いましょ。

二 各法分野からの事例

1 まずは家事調停制度です。条約改正のために日本がフランス法をモデルにして編纂した民法典は、一八九〇年の議會審議に当たって大きな暗礁に乗り上げました。法典反対派の意見が極めて大きなものだったからです。すなわち反対派の意見によれば、「今回の民法典は、親と子、夫と妻の関係を、権利と義務という個人主義的な概念を用いて規律しようとしている。この民法では、妻が夫を、子が親を裁判所に訴えることができるらしい。これは日本の家族を古くから律してきている道徳律を正面から破壊するもので承服しがたい」というものでした。議會審議はストップし八年間延期された末に民法修正案はようやく議會を通過します。

この論争が再度噴出してきたのは、条約改正時に駆け足で導入された西欧型法制度の見直しが主張されはじめた一九一五年を過ぎる頃で、政府は第一次大戦後の一九一九年、民法典の再改正を重要な立法政策の一つに掲げて大きな委員会を設置しました。この委員会審議の中で民法典の改正と平行して登場してきたのが離婚や親子葛藤などの家庭内の紛争を権利・義務概念によってではなく裁判所の選任する地域エリート達のバターナリステイックな助言と指導のもとに言わば共同体的に、そして家族の分解を押しとどめる方向で解決することを目的とし

た家事調停制度の構想でした。当時の立法資料には次のようにあります。

「日本の国情にかんがみて、温情を本とし道義の觀念に基づいて、家庭の紛議について、法律の柔らかな運用を計る制度を打ち立てるべし」

この家事調停制度は、一九三〇年代に部分的には施行され、本格的には第二次大戦後の一九四八年に新たに創設された家庭裁判所の重要な任務として具体化されました。これは「第二の西欧化」の動きの中で新憲法と新民法が明確な個人主義原理にのっとりて制定されたことへの一種のバランスワークであったと評してよいでしょう。日本法は従来いわゆる協議離婚制度を認めてきており、裁判上の離婚は全体の約一〇%ですが、現行法のものとは離婚を求める者は裁判以前に調停を申立てることを義務付けられています。調停の成立の決め手は調停委員と申立人との間に疑似親子関係的な人間関係が成立することであり、この人間関係が申立て人相互間の譲歩と妥協を引き出すのです。現在の統計によれば、調停不調となつて裁判に移行する事案は全申立て事件の約一〇%にとどまっています。

制度発足後の一九五二年に公刊された調停実務のためのガイドブックを見ると次のような調停の指針が俳句の形で一覧表になっています。

よしあしは 委員に任せ 我を張らず、 権利義務 などと四角に 物言わず、白黒を 決めぬところに 味がある

ここからは「家族関係は本質的に親子を軸にした法律関係以前の情誼の人間関係であるべきだ」という日本社

会の伝統的な家族の理想像が浮かび上がってきました。「第二の西歐化」以来六〇年を経てこのような家族像には、社会学的現実としては現在かなりの変容が生じてきており、右のような家事調停のオーソドックスな運用は姿を消しつつありますが、伝統と近代の葛藤と統合という一二〇年前の主題そのものは「家事調停制度」という形で今日なお生き続けています。

2 次に、私の実務経験に一番近いところにある少年法と刑事訴訟法についてお話ししましょう。第一次大戦後の民法改正作業と並行して進められた審議に基づいて、一九二二年日本の議会は改正刑事訴訟法と新少年法を成立させました。この刑事訴訟法二七九条に規定され、第二次大戦後の新刑事訴訟法二四八条にまで引き継がれて日本の刑事制度の重要な一角を形成しているのが、いわゆる起訴裁量制度（起訴便宜主義）です。この制度の趣旨は、「検察官は、有罪が確認された事案であっても、犯罪の軽重および被疑者の反省その他の情状を考慮して、自由な裁量のもとに被疑者を起訴しないことができる」というものです。起訴・不起訴の判断に際して犯罪の軽重の程度が考慮されるのはもちろんですが、これと並んで重視されるのが、「被疑者がどのような形で検察官の面前で自分の罪を後悔し、社会全体に対して恭順と更正を誓っているか」という主観的な要素です。この客観的・主観的事実に基づいて不起訴処分を行う検察官には、訴追官としての本来の任務とあわせて、被疑者の保護・更正のためにパターンリスティックな配慮を加える保護官として振舞う、いわば二重の役割が期待されます。その際には、検察官と被疑者との間に、家事調停と同様、一種の擬似親子的な人間関係が成立し被疑者が

検察官の指導に従うことが重要な前提となります。裁量権の逸脱をコントロールする基準は法規上明文化されておらず、中央官庁の指導のもとに積み重ねられてきた「起訴の相場」が起訴の公平を保つものとして機能しています。第二次大戦後の「第二の西欧化」のもとでここでは、裁量の事後的コントロールを狙った「検察審査会制度」が設けられましたが、これによって起訴裁量制度そのものが変わってしまったわけではありません。

以上を単純化して言えば、日本社会では犯罪者は多くの場合、裁判前の非公開の手續きの中で、検察官に対してあたかも親に対するような姿勢でお詫びをして更正を誓えば、犯罪事実と態様が限度を超えたものでない限り、多くの場合初回は勘弁してもらえらるというのが一般の通念となっています。二〇〇四年の統計によれば、検察庁の扱った全刑法犯一九四万五千件のうち、不起訴になった事件数は一〇四万二千件で全体の五四%を占めています。起訴法定主義に拠るドイツ法の目から見れば、一種の母性的保護主義に近い、その意味で「甘い」この起訴裁量制度は、日本の場合再犯を予防し社会復帰を効果的に促進するためにはなくてはならぬ制度となります。

以上の説明からお分かりのように日本の刑事司法は、成人の犯罪者をあたかも子どものように取り扱っています。このことは立法史的にも明らかな事実で、一九二二年刑事訴訟法の裁量制度は、これとほぼ同時に成立した少年法上の裁量制度と同一のものとして確立されたものでした。少年法の場合、一四歳以上の犯罪少年は犯罪事実が極端なものではなく改悛の情がはっきりしている場合には、できる限り刑罰を避けて保護処分を加えるべしという意味での保護主義が法の基本理念として通達の上で掲げられ、法施行後二〇年間の統計によれば起訴され

た少年数は全体の二・八%でした。この少年法は「第二の西欧化」のもとでアメリカ法にならって大幅に修正されますが、保護の構造そのものは変わらず、現在私が担当している保護観察の実務においても、保護司の任務は、処分を受けた少年との間に一種親密な関係を養い、更生のための親代わりの指導・助言を行うことを主眼としています。立法史的には、少年法の実務の中で蓄積された検察官の起訴裁量制度の枠組みが、そのまま成人用の制度として一九二二年以降の刑事訴訟法の中にも取り入れられたということができます。西欧近代法の目から見ればしかし、これは奇妙な出来事です。少年が親子関係的な保護の枠組みのもとで捉えられ得ることは、パレンス・パトリエ（国親）というアメリカ少年法の指導理念が示すように西欧法においても同様ですが、いったいどうしてこの親子モデルが成人にまで押し広げられ得るのか。つまり日本法は何故に大人を子ども扱いできるのか、という疑問が直ちに生まれてきます。この問題は次節の「甘え」に関連して取り上げることにしてしましよう。

3 日本法の特徴を示す第三の事例として、ここで、日本における児童福祉法、なかんずく児童虐待防止法制度について、その歴史と現状をお話する予定でした。残念ながらこれを詳しく論ずる時間的スペースがありませんので以下では、日本法の母法ともいべきアメリカの児童虐待防止制度との対比で、二、三の統計をひろっておくことにしましょう。アメリカ法では、被虐待児童の発見者が児童福祉機関への通告を怠った場合には刑事罰が課されます。二〇〇三年の統計を用いていうと、全国の児童福祉機関に通告された被虐待児童事件数は二九〇万件（のべ児童数五五〇万人）であり、そのうち裁判所によって親子関係への国家の強制的介入が命じられた児童

数は約九〇万件に上っています。また里親委託を含む国の児童養護施設への強制収容を措置された児童数は約二〇万件、親の監護の欠損を理由に親権剥奪とそれに伴う子どもの里親委託が行われた事件は約六万六千件となっています。

これに対応する日本の数値はどうでしょうか。日本法は刑罰を伴う通告義務を課してはいませんが、二〇〇四年のデータによれば、全国の被虐待児童の任意的な相談対応件数は約三万三千件でした。このうち裁判所の許可のもとに児童養護施設への強制収容が命じられた事件は一四七件、虐待以外の要保護児童を含む任意の施設収容件数が約三五〇〇件で、裁判所の手で親権喪失が宣告された事案は三〇件でした。児童虐待による死亡児童数の比較は、日本の五〇人（概算）に対してアメリカの一四〇〇人（概算）となっています。ちなみにアメリカと日本の人口比はほぼ二対一です。

以上の数字だけから見ても、アメリカと日本では、家族関係に対する法の対応が丁度正反対になっていることが分かります。アメリカが法の解決能力に強い期待を寄せる *right-oriented* な社会だとすれば、日本は言わば *relation-oriented* な社会で、法の介入を「最後の切り札」と考える共同体的なコントロールがなお機能しているといつてよいかも知れません。

三 鍵概念としての「甘え」

1 以上紹介した三つの法領域において、私は、日本社会において親子の人間関係をモデルにした社会統制のバ

ターンが明治以来機能してきたことを明らかにしました。このパターンは、日本法のそこかしこに見出すことのできる特質ですが、日本をリードした近代化のエリート達の目には、この日本の特質は文明の進歩のうえで遅れたもの、克服されるべきものとして、ある劣等感とともに受け止められてきました。これは日本を訪れた多くの西欧のエリートが、右の特徴を西欧から遅れたものとして、ある優越感とともに観察したことの反映でした。換言すれば東西のエリート達は総じて、文明の進歩を一律に、直接の人間関係によって規律されるゲマインシャフト (Gemeinschaft) から法によって統制されるゲゼルシャフト (Gesellschaft) への発展、という図式で理解してきたのです。しかし我々は今日改めてこう問うてみる必要があります。「養護施設強制収容児童数一四七件、親権喪失宣告件数三〇件という日本の数値は果たして本当に社会の後進性を示す指標なのだろうか」と。

この問題に極めてユニークな形で、精神医学の観点から光を当て、日本社会の社会心理学的ダイナミズムを明らかにした業績として土居健郎の「甘え」理論をあげることにおそらく異論の余地はないでしょう。

土居の著書『甘えの構造』(一九七二)は、現在まで七ヶ国語に翻訳されて広く読まれてきていますが、最初の英訳書が *Anatomy of Dependence* と訳されたことは、アメリカで多少の誤解を生んだようです。〈甘え〉はたんに *dependence* (依存) と訳されるよりは、はるかに広い奥行きを持った言葉だったのである。——この誤解を避けるためにでしよう、*Subrkamp* 新書の一冊として出版されたドイツ語版のタイトルは *Amae: Freiheit in Geborgenheit — Zur Struktur japanischer Psyche* と題されています。日本の現実から出発した〈甘え〉概念は、今日国際的な精神分析学界では、日本的起源を離れた一つの普遍概念〈Amae〉としての位置を獲得し

ているようです。以下簡単に土居の理論を紹介しましょう。

2 土居によれば、 \langle 甘え \rangle は自動詞 \langle 甘える \rangle の名詞形ですが、この動詞の中核的な意味は、「他人の愛に頼ってこれをあてにすること、あるいは他人の好意に浴すること」(sich vorbehaltlos auf die Liebe anderer zu verlassen oder sich im Wohlwollen anderer zu ergehen) にあります。 \langle 甘え \rangle はまた形容詞「甘い」(süß) と語源を同じくしており、これ自体が何らかの甘美で好ましいものと結びついた言葉です。何よりも重要なことは、この言葉が母子関係の中で育まれる乳幼児の心理と堅く結びついたものであることです。日本では、乳児が言葉話すに先立って母親を認識し母親を求め始める場面を目撃すると人は「ああ、この子はもう甘える」という表現を使いますが、ここからもわかるように \langle 甘え \rangle は、言語以前に生ずるところの、母親に対する心理的な依存欲求 (dependency need) とそこで味わわれる甘美な感情を表しています。これはある意味で、日本人にとっての「愛」の源泉です。

乳幼児が母親との人間関係の中で一体化しようとするこの心理的プロセスは、子どもの成長と教育にとって決定的な役割を果たすばかりではなく、形を変えつつ人間の一生を通じてきわめて重要な役割を果たしつづけます。この場合に土居が注目したのは、第一には、 \langle 甘え \rangle という日常用語が西欧語には翻訳できない言葉であるとともに、日本語の体系の中には「甘え」を中核とする多様な語彙郡が、言わば一つの「文化的制度」として存在していることであり、第二には、逆説的にも、 \langle 甘え \rangle の欲求と感情そのものは、洋の東西を問わずおよそ人

間にとつての普遍的で根本的な現実であるということでした。この第二の事実を土居は、日本とアメリカでの比較文化的な臨床経験の中で確認します。それは「アメリカの精神科医は、患者の自立 (self-autonomy) に対しては敏感だが、dependency-need と helplessness の感情に対しては恐ろしく鈍感で盲目に近い。これは驚くべきことだ」という発見でした。

第一の日本文化の特徴を敷衍して言えば次のようです。確かに日本社会では成人年齢を超えた人間には、西欧社会と同様一人前の「大人」としての自立性と責任が法的制度的に求められます。時にはかなり厳しいものとして。——にもかかわらず幼年期から養われた「甘え」を尊ぶ感覚それ自体は日本では否認されことなく自立と責任の背後で生きつづけ、むしろさまざまの社会規範の中に浸透して、相互依存と集団帰属を重視する日本人の道徳感情の源泉となります。つまり西欧社会では、養育期の「依存」はせいぜいが一過性のものとして子どもが成人した暁には消滅すると考えられ、あるいは否認されるのに対して、日本の社会では、親への「依存」が養育期を過ぎても承認され社会構造の中にまで制度化される、というのが土居の観察でした。つまり、日本人にとつて「大人になる」ということは、「自立」と「甘え」の間に生じるアンビバレンスをうまくコントロールして、両者を相互補完的に扱えるようになることなのであって、一面的な意味での文字通りの「自由な個人」になることではありません。換言すればこれは、日本人にとって、語のすぐれた意味での「幼穉心性」は、決して過去に埋没され忘却されることはないものとしていつも身近にあってすぐに取り出せるようになっていて、ということの意味します。

このような観察と思索の末に土居が到達したのは、次のような結論、すなわち、西欧近代社会では、〈依存〉は人間の自由を妨げる社会的従属や劣等性と等値され、したがってしばしば意識下に抑圧されるのに対して、極東の島国日本では〈甘え〉は否認されるべき感情ではなく、むしろ社会制度の中に制御されてキャナライズされるべき感情として温存される、という結論でありました。土居の言葉を借りれば、〈甘え〉はおよそ人間関係の根本に関わる心理であり、「幼児期に発達した行動様式が、その時期だけに限定されねばならぬ理由は何もない」のです。

3 以上のような〈甘え〉概念のプリズムから見た場合、われわれは、日本の社会制度と法文化が何ゆえに〈親子〉という枠組みにこだわり続け、西欧的な権利と義務の秩序像に対して絶えず修正を加え続けてきたのかを、かなり広いパースペクティブのもとに理解することができます。私の経験から言えば、保護観察が成功して少年が更生の道を歩き出すためには、制度上親代りの立場に立つ保護司が、少年の自然な〈甘え〉を自然な形で引き出せるかどうかが決定的なポイントです。また、先に述べた「日本法は何ゆえに大人を子ども扱いするのか」という刑事訴訟法に関する疑問も、「〈甘え〉を本質的には良いものとする日本社会」（土居）の感情からは容易に納得できるものです。ただし、〈甘え〉という視点から見ると、成人と子どもという年齢による区分はそもそも相対的なものに過ぎないからです。無論この場合、被疑者の子ども扱いが許されるのは起訴前の非公開の手続きにおいてであって、もし起訴された場合には、彼は訴訟法上の対審構造のもとで自由と独立の戦闘者として行

為することを義務付けられていることを忘れるべきではありません。この切り替え構造自体が、先に述べた「甘えと自立」のアンビバレンツを捌く一つの制度なのです。また日本の児童虐待防止法制度が法の強制的介入を、差し迫った危機にさらされた子どもに限定しつつ、問題の主たる解決を児童相談所による親子関係の調整に委ねる努力を積み重ね、その結果、母法のアメリカ法とは相当に異なった制度的枠組を作り出していることも、「甘え」の人間関係に対する高い評価という観点から見ればよく理解できるものです。ここに見られるような西欧法に対する修正は、今日紹介した法分野に限らずかなり多くの日本法の分野に見出される法文化的パターンの、いわば通奏低音となっています。

四 むすび

私は本講演を「*moderne westliche Freheitsgedanke* と *japanische Gemeinschaftsgedanke* の葛藤と統合」という日本近代法史における基本的構図から始めました。「甘え」は「*japanische Gemeinschaftsgedanke*」から出発して、これを超える人間の普遍性を発見しようとした学問上の産物だったと言ってよいでしょう。この「甘え」のプリズムから問題を見直してみた場合、我々は「日本の法文化」という本日の主題が、西欧法の哲学対日本の伝統的法思想の葛藤という単純な比較の図式だけでは捉えきれない問題を含んでいることに気づかされま

す。この主題の背後には西欧対日本という対比を超えて、およそ人間の「自由」と「依存」の関係をどう考えるべきかという普遍的な問題が横たわっているからです。

視点を少し変えて、昨今の日本社会を観察してみると、そこには「甘え」の変質とでもいえるべき現象が目立ってきています。第二次大戦後六〇年を経て、日本にも「依存」そのものを悪と考える風潮が力を得てきました。では日本の社会に文字通り独立不羈の「自由な個人」が育ち始めたのかといえば、そうではありません。生じているのはむしろ「甘え」の病理化ともいえるべき現象です。「甘え」は素直に人に頼り受け入れられることから生まれる社会的エートスですが、この素直な甘えを受け止める人間がいなくなった社会では、「甘え」は他人に取り入って迎合するばかりの自己愛的病理に転落しかねません。「甘え」に対してより掘り下げた洞察がなされるべき時期が、昨今の日本社会にはやってきているようです。

しかしこれと全く同時に、西欧から発した「自由・自立」の哲学が今後ともその普遍性を維持しつづけようとするならば、この哲学が、人間存在の背後に実在する「依存」の観点からの洞察を深めることが是非とも必要だろう、というのが私の考えです。人間は、人間である限り「甘えること」をやめない生き物なのですから。

最近私は偶然、ドイツ連邦憲法裁判所判事 Udo Di Fabio 氏の NJW に載った論文「Der Schutz von Ehe und Familie」に触れて、判事が今日のドイツの家族の危機の問題を、ゲマインシャフトとゲゼルシャフトという F. テンニースの古典的な対概念の意味に立ち戻って根本から考え直そうとしているのを知り、ちょっとした驚きを感じました。テンニースの Gemeinschaft 概念が「甘え」と親和的なものであり、Gesellschaft 概念が近代的「自由」理念に対応するものであることについて、ここであえて立ち入る必要はないでしょう。しかも、判事の

思考のライトモチーフとなっているのは、*Freiheitsprinzip* と *Gemeinschaftsprinzip* のあいだの、ひいては「自立」と「依存」のあいだのアンビバレンツとバランスをどう把握するかという、本日の私の報告の問題関心と同一の視点なのです。おそらく我々は今日、洋の東西で、同一の課題に直面しているのです。

私はこの現代的課題が、今後のドイツと日本の間の学問的対話の一素材として取り上げられることを願って、今日の講演を終わりたいと思います。