

第一部分

现代的理念和共同体主义

一、现代的理念及其动摇^{*}

——川岛法社会学的理论及实践

一、前言

在理解日本法的时候，明治时期所继受的法是西方现代的法这一性质是具有决定性意义的。无论在哪个社会中，法都或多或少是以和社会相异质的理论被建构起来的，在法与社会相衔接的层面上，总存在着对社会进行强烈的法律启蒙，和社会以自身的逻辑为盾牌抵制法的侵入这两个侧面之间的对抗关系。而在日本，正因为所继受的是西方现代的法，这种对抗关系体现得更为尖锐。明治时期所说的“和魂洋才”一词，实际上就是一种社会的抵抗理论，虽然为了产业化的实现和现代国家的形成，必须学习作为社会技术的法这种“洋才”，但它并不能取代日本人社会关系根基中的“和魂”。在更加无意识的层面上，这种抵抗表现为人们不理解西方的法，或误解西方的法，“日本式的”来解释和适用法律这样一些形式。

但是，在战后对日本发动莽撞的战争的责任进行反省的时候，把法限定为洋才、把和魂置于法所触及不到的领域的观念却受到了猛烈批判。人们开始意识到，问题正出在和魂上，而法首

^{*}关于川岛武宜的法律思想，可详见川岛武宜，《近代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社，1994。——译者

先意味着一种先进的理念性，这必须在“洋魂”中来学习。面对战后的日本社会强烈呼吁这种全新的法律理解的人，就是川岛武宜。^{〔1〕}而支撑着川岛对法的普遍性的确信、并促使他对日本社会进行启蒙的理论支柱，就是他的法社会学。通过法社会学“认识”到的西方的理念性的法，和不使用法律的日本社会的现实这一二元对立图式，才使启蒙成为可能，这在明治以来的现代化的课题，以及在其中不断渐进发展的法的继受过程这一特殊的日本式语境中，是一种极其自然的认识模式。

但是正如所有的认识都存在着的问题一样，只要现实是以合乎认知者关心的方式被认识为“现实”的，那么当这种认识遭到现实的抵抗而认知者的关心发生动摇的时候，被认识到的现实也会再次动摇。本文正是试图把法社会学这门学问置于当时日本法学的、被实践所规定的认识以及被认识所规定的实践这一循环中，来理解日本的法和现代化之间的关联。

那么，如果重新考察川岛的法社会学是什么，就会发现，从《所有权法的理论》到《日本人的法意识》，川岛的关注点首先在于阐明现代法的理念，并为实现现代法而对日本社会的落后观念进行启蒙，在此意义上他是一位现代化论者，而从《作为科学的

〔1〕 本文是在《法律时报》组编追悼川岛武宜的纪念文章特集时所写就的。川岛的工作，不仅奠定了战后日本法社会学的基础，而且成为现代化论的理论支柱，对实践也产生了巨大的影响。而且，他在明快的描述出现代法的特质、为法律解释指明方向的同时，还为从事法学之外广泛的社会科学研究的学者提供了认识和表述法律的语言。本文的考察对象正是这种具有普遍意义的川岛的法社会学。

法律学》**到晚年的“法律学的现代课题”可以看出，他还是一位毕生致力于研究法律学的科学性的法律解释学者。贯穿于两者并作为其方法论之基础的，是他的法社会学，即，通过阐明现代的普遍性及其历史必然性，对现代的启蒙给予确信，同时，通过把法律规范直接认识为实存，把法律学从教义学中解放出来，提升为市民的实用法学这样一种构想。由此可以看出，川岛的法社会学是和他的实践性关怀紧密结合在一起的。但如果从他所处的时代背景来理解他的思想，就会发现，贯穿于其学术思想之中的这种现代化和法学的自我反省，正是和战后日本巨大的时代浪潮——旧秩序的崩溃和在其中以各种形态组合而成的法律学的解体，以及迈向新的民主社会的重整和改组——同时出现的，它并不是川岛一个人问题意识的产物。毋宁说，川岛之所以在战后日本学界留下了如此光辉的足迹，只不过是因他敏锐的感受到了时代的需求，而且满腔热情的鼓动了同时代人以及法律学者们而已。即便今天来读那些作品，亦会产生错觉，恍如自己也身处于那个时代之中，这正是因为川岛全力以赴钻研时代课题的那种知的兴奋，在不知不觉中吸引了我们。

可是，仅仅把川岛的法社会学置于这种时代背景中来理解，还不能把握到其真正的意义。川岛在《所有权法的理论》一书中所做的工作，是要阐明现代法的“特殊（现代）的性格”，它产生于西方的现代这一特殊的社会形态之中，在缺乏同样的社会根

** 这里的法律学不同于我们通常所说的法学，按川岛自己的定义，法律学主要指实用法学（*praktische Rechtswissenschaft, praktische Jurisprudenz*），即一种以为立法和审判等法律实务提供必要的技术为目的的学问，在通常情况下，它大多特指以为在法院中进行的审判制作规范为目的的技术学。详见前注引书，242页。——译者

基的日本，人们，包括法学家在内都难以充分理解。〔2〕在这个意义上，川岛为提高法学家自身的自我理解，启发国民以实现现代的目标而提出的“现代”，与其说是作为某种历史性的时代划分的现代，不如说是存在于我们的法或法律秩序基础之中的被抽象化了的“现代”。以此来理解川岛的现代时，它就超越了时代，为我们提供了应对现时问题的批判性视角。

但，即便川岛的考察对象是这种超越了时代的现代，或毋宁说，正因为如此，我们在阅读川岛的著作时依然能够感受到时代的气息。和真诚相信现代的价值价值的川岛相比，我们观察现代的视角更加复杂。因为在人们对“诉讼社会”的过分膨胀〔3〕和“法的过剩”造成的对自主领域的侵害的指责声中，〔4〕已经无法像川岛那样认为运用法律常常是正确的了。就一般人的生活实感而言，对于一个并非“权利受侵忍气吞声”，而是有时“即便不诉诸法律，也不提出强烈的权利主张，就能使问题得以解决”的日

〔2〕 《川岛武直著作集》第七卷（岩波书店，1981年，原著于1949年），13页。

〔3〕 在结果上否定这种过度膨胀论的文章，参见 Marc Galanter, “Reading the Landscape of Disputes” . UCLA Law Review 31 (1983) 4-71.

〔4〕 哈贝马斯著，丸山高司等译，《沟通行动理论（下）》，358-384页。托伊普纳著，慳沢秀木译，“法制化”载于《九大法学》59号（1990），235-292页。

本式社会，人们就可以满足了。〔5〕

但如果把这种对现代的怀疑等同为对现代的否定，那是大错特错的。对现代的否定是拒绝为需要法律的人提供法律，这种要退回到前现代的倒行逆施已经是不可能的了。但现代的启蒙是对现代的更强烈的承诺。它要对那些尚未意识到自己身处窘境之中的普通人进行启蒙，使他们即使在不诉诸法律的情况下，也认为“诉诸法律是正当的。理应如此”。在这个意义上，它只不过是一种意识形态而已。但，它又是超越了川岛这一特定个人以及那个特定时代的法律秩序自身的意识形态。在实践中言说法的妥当^{*}时，常常伴随着“运用法律是正当的”这一妥当性的要求。但在

〔5〕 读者也许会感到，写作这篇论文时的 1991 年和现在对法制化的评价已经有所不同了。确实，这两、三年来，随着司法改革的进行，看起来似乎是国民在要求日本社会朝着“使用法律”的社会转变。对此，我的看法是，日本社会自明治时期引入西方法以来，在百余年的时间里，虽然一直在进行法的启蒙，但同时，为了使法律能在社会中扎下根来，也在不断进行法的反省。这从宏观上看，表现为两种过程的周期性交替，即在大力推行启蒙的明治时期，战后以及现在，因为强烈意识到内外国力的差别而导入西方社会模式的法治的过程，和在这三个时期之间，更加强化日本的社会构成原理的运作、使法以日本式的形式固定下来的过程。而在微观上，启蒙和反省则作为法律援引中的对立矢量，在法和社会相衔接的界面上不断进行，这是本书中贯穿始终的观点。关于这种宏观变动的分析，参见笔者新作，“诉讼利用和现代化假说”，新堂古希纪念，《民事诉论法理论的新建构（上）》（有斐阁，2001），1-14 页。

^{*} 依棚濂教授自己的解释，他所说的“妥当”，在通常情况下有两种意含，一是法具有作为法的效力而通行于社会之中，是可以援引并由国家强制力予以贯彻的规范，二是人们参照法律之外的某些已经得到认同的规范，如神意，自然法或社会规范等，对法律的内容做出是否适当的判断。判断为适当的法，在这种意义上就被称之为妥当的，这也是一种法的妥当化过程。这种做法的一个典型例子是，实证主义所提出的“因为法是由拥有立法权的国王或议会制定的，所以是妥当的”这样的主张。尤其是当关于法的内容发生争议时，常常会运用这种妥当化的论证方法。当然，在自然法被完全落实为法律（强烈形态的自然法思想），或在发生法律解释之争时主张必须以“应然法”的形式来进行法律解释的情况下（弱化形态的近代自然法，如德沃金等），两种妥当的含义是一致的，但两者之间的背离也是不可避免的。意识到这种背离，并积极看待人们对于法律的道德判断，是作者贯穿全书的主张。至于妥当一词在文中出现时究竟是哪一种含义，则要根据具体上下文来判断。——译者

解决具体问题时，依据法律本身的字面规定，不一定能得出“依法应如何如何”的结论。最终处于法的观念的妥当性和现实的妥当性之间的，是我们自身的实践性道德判断。只有常常意识到“或许能找到比法律更好的解决方式”的可能性，使法律相对化，我们才能在保有自身道德确信的同时来运用法律。用哈贝马斯的话来说，我们在表述规范性语言时作为暗含前提的妥当性要求是，当对方提出异议发生争执时，必须通过反省和真诚的说服来阐明规范性语言的妥当性根据。〔6〕

这种与法意识形态保持距离从而反思性的认识法律的做法，如果和作为现代之标志的主体性联系起来看，则可以说，相对于以往所提出的确立“依据法律的主体性”这一现代课题，现在则要行使超乎其上的“对于法律的主体性”，在此意义上，可以说它不是从现代的后退，而是更加深入的现代，是向着“未完成的现代”的推进。但是，一旦它开始怀疑现代所具有的不证自明的价值，就必然伴随着否定性的契机，在这一点上，它又与现代的启蒙形成了强烈的对立。对于现代的启蒙和现代的反省的这种区分，构成了近代法律秩序和现代法律秩序的分水岭，回过头来看，当我们从川岛之后法社会学的发展来回顾他波及半个世纪的宏大事业时，随处可见为应对这种法意识形态的内在困难而产生的从启蒙到反省的变奏。因此，依据法的内在的妥当性要求，来考察川岛对现代的确信及其彷徨，是回答什么是川岛的法社会学的一条线索，而对川岛的理解，也与现在正逐渐走向理解法律秩序自身结构的法社会学研究存在着密切的关联。

进而，这一梳理工作还能为川岛学术思想中的另一大源流

〔6〕 哈贝马斯著，山口节郎等译，“沟通能力的预备考察”，载于《批判理论和社会系统理论（上）》（木铎社，1984），125-181页。

——法律解释学，做出一个适当的定位。

为了使法律不受具体当事人力量关系的左右，能按照其书面规定来贯彻执行，它的含义必须客观而明确。目睹政府关于宪法第 9 条的公定力解释随着政治情势的变迁而反复无常，川岛和当时很多法学家都深切地感受到，法律解释会受到政治力量关系的摆布，正因为如此，他们想在法学中找到一个切实的落脚点，能够从正面批判恣意的权力对法的权威的践踏。为了使法能够以法的名义，不受统治者的支配而主张自己的权威，它就不能从属于时而从事法律解释的人的恣意的意思。相对于妥当性要求而言，法在具体事件面前作为法所要求的东西才是真正的法，也就是说，它还常常伴随着超乎人的意思之上的客观实在这一实在性要求。

这种“法能够作为实在来认识”的观念当然也是一种法意识形态，而暴露出其虚构性的正是现实主义法学。但和同样作为法意识形态的妥当性要求不同，在这里，川岛并没有无条件地接受这种实在性要求。毋宁说，他接受了现实主义的主张，对实在性要求始终保持着怀疑。但对于站在现代启蒙的立场上的川岛来说，又不能把法律解释归结到最终是政治力量关系的对比这一虚无主义的观点中。法律既要贯彻坚持法治以抵制恣意的意思支配，也许又要通过解释来接受恣意的意思支配，对于川岛来说，如何挣脱这一两难困境是一个巨大的苦恼。在这里，他试图借助社会学的力量，通过使法律学彻底的经验科学化来克服这一困境。即把法律学从像教义学一样具有形而上学性，无法客观地确认其真理性的东西，转变为通过审判使法律解释在现实中具有作为法的妥当性，来确保它的客观性。但由于法律学具有一种实践性，全然不谈“什么应该作为法而具有妥当性”，来贯彻“什么作为法而具有妥当性”，这在现实中是不可能做到的，川岛所提

倡的“作为科学的法律学”也因而具有一种反讽性。

于是，把作为观念性存在的法作为社会中的一种现实力量予以妥当化时，考察运用法律是否正当与确证何为真正的法，是同时存在的潜在要求，对于毕生致力于对比“不运用法”的日本社会与“运用法律”的理想的现代社会、以图启发民智的川岛来说，上述两点构成了其法社会学研究的两个实践性课题。川岛的每一项工作，都是这一宏大的现代化工程中的片断华章，其巧妙的安排和热情的言词，以排山倒海的气势向读者述说着这一主题。同时，无论是法的妥当性还是实在性，在现实中都决不是不证自明的。人类需要法律，但法律学所提供的法律解决方式的背后，却隐藏着法的意识形态，它不断遭到各种形式的批判，有时被揭露为一种强烈的意识形态，有时又体现为对法的模糊的不协调感。川岛的现代的启蒙当然也不会完全无视这些批判。早期的川岛致力于比较日本的前现代和西方的现代之间的巨大落差，把对前者的克服作为国民的课题，并从事民法及其基础范畴的研究，坚定地相信现代法的历史普遍性，但到后期，他也逐渐对现代的法意识形态产生了怀疑，并竭力抹消由此导致的否定性契机。通过追寻他对现代理念的确信及其彷徨这一思想轨迹，来获得我们在实践中摸索现代法律秩序样态时不可或缺的前提——对现代的反省，这既是对川岛的一种积极的阅读方式，也是本文的主旨所在。

二、法的精神

从事现代的启蒙的川岛，是如何获得从道德上看运用法律也是正当的这一确信的呢？当然，这里不是要考察身为法律家的川岛在无意识中所接受的法意识形态，或追踪源于其个人生活史的特殊心态。而是要探问，他如何会认为建立现代法律秩序所必需的法的妥当性要求是不证自明的，通过阐明川岛法学理论的这一

根据，来追寻现代的启蒙经过动摇达致现代的反省这一法社会学的理论发展轨迹。但川岛在指出日本“落后”的法意识并主张予以克服的时候，是具体的批评了因为不运用法律而导致的不正义，而没有一般性的假定法的妥当性。在此意义上，不能说川岛否定了法的妥当性是在经验层面上展开的问题。但是，把什么事实作为问题来认知，以及更有疑问的，如何赋予被观察到的事实以意义，在这两点上，川岛却一贯坚持法是具有普遍妥当性的秩序，是什么支撑了他的这种确信，正是本文所要探究的课题。

1. 现代的必然性

对于川岛来说，现代首先指的是资本主义社会，一个在全社会范围内普遍成立商品交换的社会。作为使商品交换得以成立的必要条件，这个社会必须确立对物的排他性支配以及自己和他人物品的等价交换机制。这种对私人支配的承认与社会性交换制度互为前提，把以往在封建支配关系中半固定的被结合在一起的土地和人（劳动力），都变成了可以交换的商品，置于市场的流通过程之中。于是，保障这种商品交换关系的法律制度，即作为民法之基础范畴的所有权和契约观念，就在现代资本主义社会中历史性地产生了，这是川岛的分析。而且，这种交换既不用强力来抢夺物品，也不用经济之外的强制来加重人的义务。它是贯彻等价性原则的自由交换，即人们彼此之间只有在与对方所提供的物品进行交换时才放弃对自己物品的支配，而使这种交换成为可能的自由意思的担当者，即人格，也作为法的范畴而得以成立。〔7〕

于是，具备了所有权、契约和人格等基础范畴的民法，在商品交换基本实现普遍化这一资本主义经济成立的同时，作为其不

〔7〕《川岛武宜著作集》第七卷，25-28页。

可或缺的建构工具，超越了特定国家和特定法律共同体的个性，以今日所见的现代形态得以普遍确立。但为了使法能在社会中作为现实的法来发挥功能，还需要做一些准备。这就是连接法与社会的个人的意识，它必须是和现代法相对应的现代的产物。即便有法律，但如果它不是建立在个人自身的内在确信之上的话，那么在法的强制力难以触及的地方，就会不可避免地出现规避法律的现象。而在某种意义上比这更深刻的问题是，如果法律不得不依赖于外在的强制来维持自身的运作，在人们的心目中，它就恰恰意味着权力的命令和强制性体系，康德所尖锐质问的内在自由问题，在原则上就成为不可解决的了。

用川岛的话来说，“不隶属于任何其他主体的自由主体的自我意识，和基于历史的必然性、作为社会性强制而表现出来的法律规范之间，蕴含着矛盾。只有在对法律规范的遵守是出于纯粹自发的主体性精神命令的情况下，这一矛盾才不会被意识到。”川岛看到，在“特殊—现代的市民社会”中，这种法律规范的强烈内化，只有当“法律规范成为市民社会（包括作为法律规范之最终担纲者的各个市民）的产物，作为其普遍理念”时，才有可能。^{〔8〕}换言之，现代社会中的法律秩序，是由把这种法作为自身的普遍性基准予以内在化、具有现代法的精神的市民来担负的，当这一前提崩溃时，法虽然在形式上仍然作为现代的东西而存在，却无法作为现代的法律秩序得以现实化。这正是虽然从西方继受了现代法，却缺乏与之相契合的现代法意识的日本社会的问题，把这种“落后”的意识转变为现代的观念，并以此为日本社会带来具有普遍妥当性的法律秩序，正是川岛的现代的启蒙的研究课题。

〔8〕 同上，64—65页

川岛对现代的理解的特征是以科学真理的名义来言说法的妥当性。以某种形式的自由、人格概念为核心而成立的现代法，反映了在历史的现代中出现的商品交换普遍化这一社会、经济的变化，而资本主义商品交换本身，也是具有某种马克思式的经济史的必然性在现代出现的产物。在这个意义上，川岛才能来考察现代法是如何以一种特殊—现代的形态得以成立的，了解孕育它的这种特殊的现代社会、经济结构，并通过分析性的将其特定化为一种必然之法来加以客观的认识。此外，因为现代的法意识正是使法作为法律秩序来发挥现实作用时不可或缺的媒介，所以，在现代法成立的同时，它“既被现代法包蕴于其中、又支撑着现代法”，在商品交换普遍化的现代，它就成为历史必然的产物。〔9〕反过来，日本社会中之所以不存在现代的法意识，用川岛的话来说，根本上是因为作为法之“现实基础”的资本主义商品交换在当时的日本尚未普遍化。现代化以前的社会中必然表现出的前现代的意识，还支配着人们的生活以及对法的态度。

但是，纯粹经济意义上的资本主义生产模式，实际上在川岛开始其旺盛的创作活动的 20 世纪 40 年代就已经在日本社会中深深地扎下了根，被川岛视为日本法意识之母体的村落共同体也丧失了自给自足性，被卷入了全社会的商品交换和货币经济之中。这一倾向在《日本人的法意识》所写就的 1967 年更加明显，赋予已经迈入高度经济成长期的日本社会以“前现代”的性格，除非是在韦伯的意义上提出这一观点（把具有特殊精神气质的西方现代定义为“现代”），否则难免令人诧异。但川岛的模式是把法意识和法都视为是由社会的现实基础所直接规定的产物，这不同于韦伯那种赋予现代以历史个性的研究取向。

〔9〕 同上，60 页。

如果是这样的话，在经济层面上社会已达到了现代化，但法意识尚停留在前现代这一显而易见的矛盾，就只能用社会学上所说的文化滞后模式来加以说明了，即“由于文化要素涉及到从人们的判断框架到深层个性的广泛领域，所以会常常滞后于社会的变化”。依据这一模式，现代以前的日本社会中支配性的前现代的法意识，即便经过商品交换普遍化这一意义上的社会的现代化，仍然会在一定时期内残留于人们的意识之中，难以改变。这种过渡性的意识，是一贯着眼于“日本人的法意识”的川岛所看到的现实。^[10]因此，现代的启蒙虽然也会滞后于社会经济的变化，但由于它具有历史的必然性，法意识会得到切实的发展，在不远的将来现代社会和现代的法意识便能并驾齐驱，这一变化过程只不过是所谓的“兵马先行、粮草殿后”而已。于是，这种对法的现实基础的认识，在川岛那里，才能以客观和科学的名义来言说现代社会和现代法秩序的发展，作为一门认知科学的法社会学，以历史的进步概念为媒介，推导出了法的妥当性要求的不自明性。

以这种法律的现实基础的思路为基础，运用文化滞后模式，川岛的认识和实践才能相互吻合，法社会学才能生产出现代的启蒙中不可或缺的对法的妥当性的确信，但是，这一构图在川岛理论后来的展开过程中未能始终一贯，而是逐渐出现了动摇。这首先是因为前现代/现代这一衡量尺度，在其后把握日本社会的尝试中丧失了现实妥当性，尺度本身必须直接提出法的妥当性评价的问题。川岛的彷徨正体现了这一变化的过程。

2. 前现代之意义的转换

具体而言，这种前现代/现代图式的妥当性问题在于，它把

[10] 《川岛武宜著作集》第四卷，376-377 页

“日本人的法意识”视为不久就要向着现代化发生转变的落后意识，即“前现代的”法意识，从而具有不稳定性。虽然日本社会在经济上已经远远超出了商品交换的普遍化阶段，一跃成为高度发达的资本主义国家，如果现在依然广泛存在着被川岛视为“前现代”的现象，这难道还可以说是用文化滞后模式来予以解释的过渡性意识的表现吗，对此颇存疑问。

(1) 对法意识论的批判

对川岛法意识论的质疑，最初是以它不能充分说明日本社会中的避讼现象这一批判形式出现的。例如，佐佐木吉男在对利用调解制度的人进行当面调查时发现，现在绝大部分人并不是出于被川岛当作非理性的避讼理由的前现代意识，如“起诉会遭人白眼”，“不喜欢黑白分明”等而回避诉讼，毋宁说，他们是出于“审判既花时间又花钱”，“外行很难了解诉讼程序”等理性的理由来回避审判、选择调解作为其替代物的。^{〔11〕}此外，黑利在一篇题为“厌讼的神话”的挑衅性论文中，从统计学上举出日本战前诉讼案件的数量反而多于战后，这就对“由于受落后观念的牵制才不利用审判”这一解释提出了根本性的质疑。他认为，所谓日本人特有的法律行为——“厌讼”，即便确实存在也不属于观念的问题，而可以归结为过于体现政府意图的法律政策所造成的制度上的缺陷，如利用审判的困难性、过低的实效性等。^{〔12〕}

但即便是从制度方面，而不是从观念上来解释这种避讼行为的尝试，实际上也不能全然否定意识因素的作用。如果追问一

〔11〕 佐佐木吉男，《民事调解之研究》（法律文化社，1967），113-128页。还可参见川岛针对佐佐木吉男这一调查所做的对文化滞后模式的再解释，载于《川岛五宜著作集》第四卷，366-370页。

〔12〕 J.黑利，“厌讼的神话”，载于《判例时报》902号（1978），14-22页，907号，13-20页。

下，为什么这种有缺陷的审判制度会在日本持续存在，就显然可以看出，因为日本社会中的支配性观念使得人们并没有意识到缺乏实现权利的实效性手段这一问题，在个人采取的看似理性的诉讼回避行为背后，它作为决定性的背景发挥着作用。不过，即便同样是对法采取消极态度，对这一制度建构产生影响并持续性的生产出人们的避讼行为的意识，也无法用川岛的前现代 / 现代的框架予以充分说明。其典型表现就是交通事故损害赔偿诉讼。

交通事故损害赔偿诉讼的数量，在 20 世纪 60 年代一度激增，1970 年达到顶峰，随后又急剧下降，用川岛的模式——现代法意识的成长体现为诉讼案件数量的增加——是无法解释这一变化的。不消说，引入汽车赔偿责任，* 规定损害赔偿的定额，完善交通事故咨询机制，减少损害赔偿金支付（从加害人到被害人）过程中的相关交易费用，以及优先考虑在事故成本中负担最重的被害者的救济问题，通过这些措施来实现整体福利的最大化等，这一系列纠纷管理政策都与诉讼案件数量的变化有关。

这些人为制度的运作，作为解释人们的法律行为的中介变量，是一种远为现代的重要的法律现象，如果不破除现代法律秩序的陈规旧套——首先，存在着一种明确的权利，然后，权利人自觉意识到这种权利并提出主张——就不可能观察到这一点。实际上，即便同样是要实现“被视为权利的东西”，但对于要向

- * 这是日本《汽车损害赔偿保障法》（1995 年制定）中所规定的赔偿责任。作为一项义务，汽车的所有人必须加入这一保险，否则就不具有驾驶资格。而加入了这一保险的车辆一旦引起人身事故（财产损失不包括在内），则由保险公司直接支付给受害人一定限额的赔偿金（保险金）。如果汽车驾驶人完全无过错则不必支付，在此意义上它采取的是过失责任原则，但为了推进对受害人的救济，对“无过错”的解释极其严格，实际上几乎接近于“无过失赔偿责任”。赔偿金额由政令决定，大致相当于受害人所受损害的 50%—70%。——译者

人们做出什么承诺，如何做出承诺，社会都拥有开放性的选择，认识到这一点十分必要。^{〔13〕} 如果仔细观察一下日本的交通事故损害赔偿机制，就会明显看出，在其中得到补偿的“被害”，与侵权行为法认定的被害之间，存在着微妙的偏差。此外，在这种抑制诉讼并在事实上排斥律师参与的机制中，节省交易费用的代价是，难以对“定额化”背后隐蔽的裁量进行统一管理。^{〔14〕} 当然，我们在这里并不是要评论这种日本式机制的功过。重要的是，“权利的实现”这一不证自明的目标，在被落实为具体制度的过程中也存在着微妙的价值取舍，在整体上建构完成的体系之中，也会出现可以称之为“某某式的”个性特征。

从这一观点出发，重新审视黑利的论点——避讼的原因在于在日本进行诉讼格外困难，并超越他所暗示的“权力精英阴谋论”^{*}的解释，才能将其理解为是日本式的法意识的表现。交通事故中的纠纷管理，既以人们对审判制度的疏离作为前提，又是把这种疏离固定下来的一种制度，乍一看它似乎是阻碍人们实现权利的审判制度的缺陷，但实际上人们在这种法律秩序之下也得到了相应的满足，看到这一点，就不能不说，它作为社会的一种存在方式，在广义上也是人们有意识选择的产物。在这里，法意识首先是一种法律秩序，即人们关于“法应该如何运作”的想

〔13〕 在审判外纠纷解决模式中提出这一观点的文章，参见 Marc Galanter, “The Duty Not to Deliver Legal Services” . *University of Miami Law Review* 30 (1976) . 929 - 951 .

〔14〕 关于上述日本式的赔偿机制的结构及其问题，参见 Takao Tanase, “The Management of Disputes: Automobile Accident Compensation in Japan” . *Law & Society Review* 24 (1990) . 651 - 691 .

^{*} 黑利认为把日本人避讼倾向的原因归结为传统的文化和意识，其实等于在为那些于有意无意之间造成的制度上的障碍物的存在作辩护，棚濑教授把这种观点命名为“精英阴谋说”。——译者