

日本法の現状と改革戦略

中村 浩 爾

はじめに

ここで問題にする日本法とは、主として、第二次大戦後の福祉国家体制以降の法、とくに一九九〇年代の日本法の状況である。

一 日本法の現状

(1) 戦後の出発点からの後退

最近の一〇年前後の立法の状況を見ると、一見したところ、戦後の出発点からの進歩や前進が見られる。たとえば、成年後見制や法律扶助の拡充、民法改正の動き（婚姻年齢、再婚禁止期間、夫婦別姓、財産分与など）や、児童の虐待禁止法、男女雇用機会均等法の制定・改正、バリアフリー法などを見ると、とくに女性・子供・障害者・高齢者の人権保障の面で前進が見られる。また、NPO法など現代への適応が見られる。しかし、労働基準法の改悪、労働者

派遣法、商法改正Ⅱ「会社分割法」、会社分割に伴う労働契約承継法、借地・借家法の改悪、介護保険法、年金法の改悪などを見ると、働く権利の保障や福祉は後退している。また、国旗・国歌法、ガイドライン関連法、周辺事態法、通信傍受法、住民台帳法、などを見ると、平和主義からの後退、天皇制の強化を含めた国家主義の一層の強化が見られる。これらを見れば、九〇年代は、不十分ながら欧米の水準を継受した戦後の出発点からさえ後退していると言わなければならない。

九〇年代については、たしかに、様々な見方がある。新自由主義者は「失われた一〇年」と言い、市民主義者は「裏切られた一〇年」と言う。しかし、これに対し、九〇年代の特徴は、不況と戦後憲法体制の精算が進行した時期ととらえ、その要因を新自由主義的な経済改革と軍事強国をめざす大国主義的改革に求める見方がある。⁽¹⁾私の見方はこれと一致しているのであるが、現在世界中で進行中のグローバリゼーションが、日本においては経済の面では過剰なほど進んでいるにもかかわらず、未決勾留制度の残存や戦争責任の回避に見られるように、法の面では遅れているということが、この見方の正しさを証明している。

しかし、実はこのような状況は、歴史的視野の中で見れば、明治以来の後遺症が残っているということでもある。渡辺洋三の言葉を借りれば、「明治以来の〈資本の法〉と〈国家の法〉の優勢、〈市民の法〉の未発達という後遺症は今日でも残っていると言わなければならない。」⁽²⁾「資本の法」とは、「利潤法則を保障する法の体系」であり、ここでは、商法改正Ⅱ会社分割法など、「市民の法」とは、「市民の人権を保障する法の体系」であり、ここでは、成年後見制、民法改正の動き（婚姻年齢、再婚禁止期間、夫婦別姓、財産分与）など、「国家の法」については、渡辺の定義はないが、「国策に沿って国民を支配・管理する法」と理解して、ここでは、国旗・国歌法、ガイドライン関連法、周辺事態法、通信傍受法、住民台帳法などがそれにあたると見ている。

渡辺はここで引用した啓蒙書の基礎にある著作『マルクス主義法学講座⑤ブルジョア法の基礎理論』（日本評論社、一九八〇年八月）では、「市民の法」は「市民法」¹¹、「労働に基礎を置く所有権法の体系」であり、「資本の法」は「ブルジョア法」¹²、「自己の労働に基礎を置かない所有権法の体系」であると規定している。ただし、「資本の法」と「ブルジョア法」とは明確に対応関係があるが、「市民の法」と「市民法」との間にはズレがある。なぜなら、この表現の違いは、基本的違いではないとしても、後者に比べて前者の方が対象が広がっていること、すなわち、労働をしな
い子供・老人・障害者などにまで広がっていることを表しているように思われるからである。

（２）「法治主義」の変容¹³ Ⅱ 非 legalization

さらに、このような九〇年代の状況は、「規範の氾濫」という意味での「 legalization」の進展と見ることができかねない。トイプナーの「規範の氾濫」を産業・労働分野に限れば、それには当たらないが、分野を限らなければ、一般的意味での「規範の氾濫」の兆候を読みとることは可能だと思われる。また、産業・労働分野に限っても、「氾濫」とは言えなくとも、「増加」傾向は明らかにある。¹⁴

欧米諸国では、英米法体系においても、行政法を中軸とする「 legalization」現象が現代法の特徴であるかのように言われているが、日本の場合には、行政権の優位と議会制度の弱体化は同じようであるが、「 legalization」のあり方は異なっている。行政手続法が制定されたというものの、①官僚主導の政府提案立法の増大、②行政立法、③行政解釈、④法律以外のマスタープランによる行政、⑤行政指導、などによって、むしろ法によって政策をコントロールするというより、法によって政策を正当化するということになり、法固有の役割が低下している。つまり「法治主義」¹⁵が進むどころか後退し、「非 legalization」（a）が進んでいる。

立法過程における行政主導の手法としての諮問委員会方式や審議会方式などの弊害は夙に指摘されているところであるが、それに加えて、最近の特徴は各種答申(たとえば、民法改正のための法制審議会答申)の重みの低下であり、法案審議の異常なスピード・アップと、それに伴う手続や慣例の無視である。また、遵法意識の低下という問題がある。汚職や不祥事の増加に見られるように、政治家や公務員の遵法意識は低い。これらも、「非 legalization」の一側面である。このように、行政や立法分野においては、「 legalization」と「非 legalization」が並存している。

司法の現状に目を向けてみると、司法の消極主義は言うまでもなく、それどころか「行政の司法化」¹¹「司法の行政化」と呼ばれる現象があり、調停・和解の増大に見られるように司法の役割は低下している。他方、国民は、裁判闘争や市民運動などによる意識の向上もあるが、一般的には裁判への関心は低く、参加意欲も低い。関わる場合でも裁判所ではなく、警察・行政頼みである。つまり、これは「反 legalization」(b)である。

このような状況を、単純に「 legalization」の遅れとか「反 legalization」・「非 legalization」状況と言うのはもちろん早計である。伝統的「反 legalization」と近代的「 legalization」と現代的「非 legalization」とが複雑に絡まり合っていると言うべきである。田中成明のよう「普遍主義型法の一般的・自立的な思想と論理は・・・浸透していない。このような状況の中で、反 legalizationと非 legalizationの両契機が交錯しながら、管理型法と自治型法への拡散が進みつつある⁽⁵⁾」という認識が必要である。なお、「 legalization」、「非 legalization」・「反 legalization」というのは、「自立型法」との関係を指し、「管理型法」と「自立型法」は、それぞれの特性をもった「 legalization」という面と、「自立型法」との関係では「非 legalization」・「反 legalization」という面を持つ⁽⁶⁾。したがって、ここで「 legalization」「非 legalization」「反 legalization」というのは、「自立型法」との関係で言っていることであって、「自立型非 legalization」と「自立型反 legalization」はそれぞれ「管理型 legalization」と「自治型 legalization」に対応することに注意が肝要である。ここでは、上の(a)は「管理型 legalization」であり、(b)は「自治型 legalization」である。

また、吉田克己による非法化と法化の同時進行という捉え方も有力である。つまり、吉田によれば、高度経済成長を経た「現代市民社会」の特徴は、「生産レベルでの法的空間の縮小と性質変化（非法化）」と、反面での生活世界レベルでの法的空間の拡大、すなわち法化の同時進行であり、その帰結としての法的空間の拡大と位置の移動である⁽⁷⁾。

さらに吉田は、九〇年代の日本法の変容の特徴として、①市場の前面化と支援なき個人の前面化、②自己決定・自己責任シューマの差別的適用、③法の自律性の喪失、を挙げている。「システム変容型の法制度」（法の自律性を志向）と「経済危機対応型の法制度」（法の自律性喪失を要請）とは法の自律性をめぐって鋭い緊張関係にあるのみならず、ADRの称賛に見られるように前者の中にすでに「法の自律性」喪失への回路が埋め込まれているという指摘がここではとくに重要である⁽⁸⁾。

このような状況を見ると、一方では「法化」が進展しているが、他方では「非法化」と「反法化」が存在し、とくに問題となるのは「非法化」と「反法化」の側面であると言わなければならない。もともと、このような現状認識に対しては、規範的側面と制度的側面に偏りすぎており、技術的側面や主体的側面への目配りが弱いという批判や「非法化」の意味を単純化しすぎているという批判が出るかもしれない⁽⁹⁾。しかし、主体的側面については少し触れている⁽¹⁰⁾し、技術的側面についても一応意識しているので、課題設定や戦略論議の中でカバーすることにした。

二 原因と課題

さて、このような現状に対しては、まずもともと憲法秩序の中に残存していた前近代の克服、そして後退させられた地点からの前進、つまり前近代の克服と近代主義の徹底、が必要であると言えることができる。また、戦後改革の限

界を意識するなら、ポスト・モダン論のように、モダンはもう終わったとか、モダンの問題性を指摘してモダンを否定するのではなく、現代法を三層構造としてとらえ、前近代の克服⇨近代化の徹底、近代主義の克服、現代化の推進という三つの課題を追求することが必要であろう。

さらにまた、法固有の役割の復活・強化、あるいは司法の役割の強化・国民の司法参加、などを課題として挙げることができる。

しかし、また、なぜこのような現状があるかと問い、福祉国家を完成させないうちに福祉社会と危機管理国家へ移行したからであると答えることもできるであろう。なぜなら、日本は欧米と違って、受け皿としての地域社会(コミュニティ)、ボランティア、宗教団体が弱く、企業と家族に負担させる特殊性を持っているからであり、後者については、一九七八年の日米軍事ガイドラインをスタートとして、日米安保下の有事体制という新しい段階に入り、法の整備を急いだからである。⁽¹¹⁾この観点からは、福祉国家の再構築や平和主義、アメリカからの自立などが課題となるであろう。

また、明治以来の日本の国家は、産業の育成には熱心であったが、国民の人権保障には熱心ではなかった、つまり近代日本は、自由、民主主義、人権を切り捨てることによって、経済至上主義を国益として保障したのであるが、それは現在も続いているからと答えることもできるであろう。⁽¹²⁾この観点からは、「国家の法」と「資本の法」に対抗する「市民の法」を発展させること、その前提として「市民社会」と「主体的な市民」を発達させることが課題となるであろう。

しかし、国民の意思がそれを支持してきたのかどうか、もしそうでないとすれば、それにもかかわらず、なぜそれが可能であったのかという問いを立てることもできる。つまり、「民意」の反映、批判、対抗勢力の問題である。市

民の主体的な法への関与こそが日本法システム活性化の鍵だと見る田中成明の立場からすれば、この部分が最も肝要ということになるであろう。

以上のことから、さしあたり、次のようなものに原因を求めることができるが、その際、権力的契機に注意したい。(1) 国民の政治からの疎外、その裏返しとしての国民の政治への無関心・「反法化的」「非法化的」法意識、(2) それを作り出す労働や生活(「企業社会」、市民社会の未成熟)と対抗勢力の弱さ(市民運動もないわけではないというものの労働運動や各種運動の低下)、(3) パターナリズムの強さ、またそれへの依存、国家法を通じて、また農村や企業などのコミュニティを通じての農村や企業や家族への統制、(4) 文化・スポーツ、教育、マスコミ統制。

そして、ここからは、それぞれの項目に対応して、次のような課題を導き出すことができる。(1) 民意を正しく反映させるための制度改革(「政治の法化」と国民の政治・法意識の向上)、(2) 「企業社会」の打破と市民社会の成熟、(3) 労働運動、市民運動、NGO・NPOなどの運動の強化・活性化と相互の連携、(4) 文化・スポーツ、教育、マスコミにおける国家主義と商業主義の克服。⁽¹³⁾

三 理論と戦略

これらは、もちろん、すべての原因と課題ではない。しかも、これらをすべて検討することもできない。ここでは、(1) 政治・法における国民の意思、(2) 「法化」戦略の有効性、(3) 「市民の法」の発展と「市民社会」の成熟の三点、に限って論じたい。

(1) 「民意」の反映

このような政治や法の現状に民意が正しく反映されていないという点については、選挙区制の改正や選挙運動の自由化が急務である。そして、中央と地方自治体との関係の適正化、すなわち地方分権の実現、さらには、住民の政治過程への参加の促進、その一つの有力な方法としての住民投票の「法化」が重要であろう。⁽¹⁴⁾ 民意の判定に当たっては、小選挙区制によって切り捨てられる層だけでなく、投票しない層、いわゆる無党派層も考慮することが必要である。⁽¹⁵⁾

しかし、民意が正しく反映されたとしても、その民意は必ずしも常に正しいわけではなく、不変でもない。戦争責任を自覚しない意識は戦後世代の中に増えてきているし護憲意識の低下も見られる（これはガイドライン関連法や周辺事態法が成立する一因であろう）。ストーカー処罰法に典型的に見られるような、司法よりは警察や行政に頼る国民の体質・意識がある。これはいわば、パターナリズムの呼び水であるが、その克服が課題である。「非法化」や「反法化」意識を過大に評価すべきではない。「民意」の中味が問題である。⁽¹⁶⁾

「憲法を暮らしの中に」というスローガンがかつて京都を中心に掲げられていた。このスローガンは、本来「暮らしを憲法の中に」というスローガンへと逆転し、憲法（秩序）を循環的に発展させていく必要があったにもかかわらず、その時を迎える前に勢いを失い、もしこの逆方向への運動を今強化すれば、現行憲法からの後退という結果をもたらすのは必至という状況のもとに置かれている。残念ながら、今の日本においてはまだ「憲法を暮らしの中に」というスローガンは必要であり、有用であると言わなければならない。⁽¹⁶⁾

「現にある民意」と「あるべきはずの民意」の間で苦悩してきた日本の憲法学が、合意に基づく政治から必ずしも合意に基づかない政治へと、つまり、民主主義から立憲主義へ転換しようとしていることに楽観的でないことはできない。⁽¹⁷⁾

ところで、現在、日本では国政への無関心だけではなく、PTA、自治会、組合など社会のあらゆる組織活動への無関心も問題となっている。民意が正しく反映されていないとか、国民の政治離れということを考える上で、最近注目されている「中流階級」論⁽¹⁸⁾にも聴くべき点がある。それによれば、民主主義が維持されるためには、政治に関心をもち、政治に関わる層が存在しなければならず、そのような層は政治に関わる余裕を持つていなければならぬというのである。

現状を打破するためには、確かに、「中流階級」論の言う時間〓余裕の有無の観点は重要であり、如何にして時間を作り出すのか、時間がなければ、ないなりに如何にして政治に関わるのかを考えなければならぬ。このような問題を考える上で、日本やドイツに存在する自治体レベルにおける「決定権限の分散」現象⁽¹⁹⁾は示唆に富む。町内会や自治会活動への参加が政治への参加を意味し、しかもそこでの意思決定がただちに「法的」意味をもつのであるからである。また、このような参加を促進するためには、「政治的なるもの」の復興が重要となる。なぜなら、政治がただ利害の調整や打算ではなく、公的な、魅力的なものであつてはじめて「普通の人」も参加する意欲が湧いてくるであろうからである。この点については、この意味での「政治的なるもの」は、アリストテレスに連なる西欧の伝統的な政治概念であり、それは「足元の地域社会にまだ息づいている」という名和田是彦の指摘が興味深い。

なお、国民がこのようにあらゆるレベルでの政治から離れている原因としての、多忙や不安にも目を向けておく必要がある。現在の日本は、生活のためには政治に関わることが不可欠であるにもかかわらず、生活と政治が乖離しているが故に政治に関わる余裕がない人々が多く、生活の心配なく政治に関わることができず、生活と政治が乖離していない。それが、「中流階級論」が唱えられる所以であろう。しかし、真の解決は、様々なレベルの活動が政治的意味を持つだけでなく、その政治が「法化」されることであり、さらにそれが「共生」という意味で経済的意味を持つ

ことの中にあると思われる。たとえば、自治会や管理組合の活動は、政治的・法的・経済的意味を持ちうるのである。

(2) 「法化」戦略の有効性

「法化」は前述のように、欧米ではマイナスに見られる。ところが、労働法学の立場から、西谷敏は日本ではそれが見られず、むしろ「法化」の必要性が高いと主張している。西谷によれば、トイプナーの言う「法化」、すなわち①規範の氾濫 ②紛争の取用 ③非政治化 ④実質化、このような意味での「法化」は、日本では進んでいないし、それに対するマイナス評価もそのまま受け容れることはできない。すなわち、④は、日本での「現代法論争」における「法の政策化」という見方と一致しており、支持できる。しかし、①の事実は存在しない。②は「隣人訴訟」など
 がその典型と考えられるが、自主的紛争解決能力の喪失は、司法に頼るよりも警察に頼るといふ形で現象する場合の方が多し。③について言えば、労働関係の「法化」は労働運動にマイナスになるどころか、むしろ労働運動の側から要求されている。また、「我が国では、政治的過程が西ドイツやアメリカにおけるほど法化されていないだけでなく、本来法的に扱われるべき領域（たとえば基本的人権にかかわる問題や重要な外交問題）さえもが極めて政治的に、あまりにまいい形で処理されており、日本でフォイクトのいう「司法化」が進んでいない理由は、この点に求められる、という重要な指摘をしている。⁽²⁰⁾

広渡清吾は、日本とドイツの法化を比較して、日本の法化の特徴を「介入主義的法の肥大化のなかで、なお、古典的形式的法による社会の法化、普遍主義型法モデルによる法的解決が十分でない」ところに求める。⁽²¹⁾

西谷は「法化」を、日本法分析の道具としての有効性の方に重点をおいてとらえているが、私は、日本においては、分析道具としてだけでなく、「法化」をむしろプラスとして、その推進を課題として設定することができると考え

る。⁽²²⁾ 私が「(法化)戦略」と呼ぶ所以である。紛争の「法化」、労働関係の「法化」、さらに「政治の法化」と「本来法的に解決されるべきもの」の「法化」(脱政治化)などである。「政治の法化」という問題提起は、政治をただ利害の調整や打算ではなく、公的な、魅力的なものにすることが必要だという主張と軌を一にする。

なお、吉田克己は、前述のように、民法学の立場で「現代市民社会Ⅱ」(第二次世界大戦後)の特徴を「法化と非法化の同時進行」と規定し、戦略としては「場による使い分け」を提唱している。生産レベルでの「非法化」という認識は、労働法学の西谷と共通しているが、しかし、生活レベルでの「法化」の例としての「隣人訴訟」に対する見方には違いがある。なぜなら、吉田は、「隣人訴訟」を「生活世界への法の侵入」の例としていわば中立的に取り上げているが、西谷はその裏にあるものを見ているからである。すなわち、次のように疑問を呈しているのである。「しかし、このような市民の自主的解決能力の喪失が紛争の法化につながるのはまだ例外的であって、むしろ警察に頼るという形で現象する場合の方が多いのではあるまいか」(前掲論文)。つまり、西谷はこれを「法化」とは見えていないのである。

しかし、このように「法化」(ここで言う「法化」は、田中の用語で言えば、「自立型法化」—以前は「普遍主義型法化」と言っていたが—である)自体を目標にすると言えば、「近代主義」という批判を受けるかもしれない。しかし、私は、前述したように、現代法を笹倉秀夫と同様に三層構造としてとらえているので、近代化の徹底を強調しても、それは近代化だけを意味しているわけではない。すなわち私は「近代化の徹底」を「近代主義の克服」と「現代化」と一体のものとして考えているので、この批判は当たらない。田中の、日本法は伝統的「反法化」と近代的「法化」と現代的「非法化」とが複雑に絡まり合っているという認識も、笹倉の日本法の三層構造把握と一致している。

もちろん、「法化」戦略に際しては、とくに、日本においては、一律にということではなく、その選択的使用というやり方を頭に置いておく必要がある。田中成明は、「自立型法モデルを基本的枠組みとする自治型法」の発展を理想とし、「法化」を基本にしながらも「法化」と「非「法化」」の選択的使用、すなわち裁判と調停・和解の選択的利用という戦略を説いている(田中成明『現代日本法の構図』)。季衛東も中国に関して同様の主張をしている(季衛東『超近代の法』ミネルヴァ書房、一九九九年)。これらは、西欧起源の「自立型法」の普遍性とともにも日本や中国の特殊性を考慮した傾聴すべき主張と言わなければならない。

(3) 「市民の法」と「市民社会の成熟」

① 「市民の法」

「市民の法」の発展を強調することは、時代錯誤的な印象を与えるかもしれない。しかし、これは、古典的市民法ではなく、「現代的市民法」であること、そして、「権力秩序」も含むものであることに注意しなければならない。前者については次のような西谷の主張を念頭に置いている。「市民法↓社会法↓現代労働法は、決して単線的な抽象から具体化への流れにおいてのみ把握することはできない。むしろ、現代労働法は、伝統的理論が虚偽性を理由として退けた市民法理念の再評価という側面を持つている。・・・市民法的人間像から社会法的人間像、さらには現代労働法における人間像への展開は、いわば螺旋状の発展をなしているのであり、・・・労働法はもはや(古典的)市民法と原理的に対立するものとしてではなく、自由を最高の原理とする(現代)市民法の一部分として把握されるべきである」⁽²⁵⁾。後者については、渡辺洋三の次のような主張を念頭に置いている。「市民革命の所産としての市民社会を基礎として成立する国家は市民国家」であり、「その秩序を保障する市民法の中には、私法の諸原理のみならず、権

力組織の法としての市民公法の諸原理を含んでいる」⁽²⁶⁾。

後者の点が、同じく「市民の法」を重視しながらも、「普遍主義型法」と「管理型法」とに重なる部分があるとはいうものの、相対的にはその比重が低い田中成明との違いである。田中自身の言葉によれば、「法システムを市民的リベラリズムの制度的枠組みとして活性化するためには、もちろん、民事紛争解決システムの活性化だけでは不十分である。憲法をはじめ他の法領域についても、このような観点から論じなければならぬ数多くの問題があることはよく承知している。にもかかわらず、政治的・思想的にあまり注目されることなく比較的地味な法領域である民事紛争解決過程をあえて起点にすえたところに、日本社会に於けるリベラリズムのあり方に関する一つの主張を読みとつていただければ幸いである」⁽²⁷⁾。

② 「市民社会の成熟」

日本が市民革命を欠いた国家であり、それ故「市民の法」も未発達であると言われるが、目指すべき市民社会とはいかなるものであり、如何にすれば市民社会を形成しうるのか、そして市民社会の未来はいかなるものであるのか？ 「市民社会」は周知のように、ヘーゲルやマルクスによれば「ブルジョア社会」と「歴史貫通的で普遍的な社会」との二つの意味がある。「ブルジョア社会」という意味に限定すれば、むしろ克服の対象であり、市民法もその限界性が問題となる。しかし、「市民社会」のもう一つの意味、すなわち「歴史貫通的で普遍的な社会」を考え、最近の「市民社会」概念の広がりを目を向ければ、事情は異なってくる。

吉田克己によれば、市民社会概念には三つある。一つ目は、ヘーゲルが欲求の体系と呼び、マルクスが分析の対象とした、「脱国家的、脱政治的な領域」である。これは「ブルジョア社会」、あるいは「市場経済社会」としての市民社

会」である（市民社会 α と名付けられている）。二つ目は、アリストテレス以来伝承された古い言語伝統において、経済的原理とは異質で、かつ国家による政治的統合とも区別される特殊な政治的社會とされる。つまり、「政治的共同体としての市民社会」である（市民社会 β ）。三つ目は、「自由な意志に基づく非国家的、非経済的な結合関係」（ハバース）である（市民社会 γ ）。吉田克己も、基本的には、オーソドックスな「市民社会」概念を踏襲しているとはいえ、他の二つの「市民社会」概念を含んだものを「市民社会」としてとらえ、「市民社会 γ 」が現代民法学の重要な対象領域になってきたと述べている。また、渡辺市民法論を「市民社会 β 」を再生させようとする理論の一つとしてとらえている。⁽²⁹⁾

この観点からすれば、「市民社会」の克服ではなく、「市民社会」の形成発展こそが、体制を越えた課題であることになる。吉田傑俊は、マルクスの階級史観ではなく市民社会史観を強調し、「国家の市民社会への再吸収」を目標として掲げるが、この立場も「もう一つの市民社会」を重視するものである。ここでは、「市民社会」は克服の対象ではない。

また、石井伸男は、「マルクスのいう『市民社会』は、私人（私的所有者）相互の分業と競争との自生的関係である。アソシエーションは、市民社会内部で市民社会に対して、対抗的に成長する関係にある。決して、市民社会の成熟した社会主義ではなく、アソシエーションの形成発展によって市民社会を克服するところに社会主義が展望されるのである。」⁽³¹⁾と云う。ここでは、「市民社会の克服」が言われているという意味では、狭い「市民社会」概念を用いているように見えるが、「市民社会」とアソシエーションを対抗的關係ととらえ、アソシエーションの形成の重要性を強調している点は、マルクス解釈の新しさを反映しているように思われる。

ところで「アソシエーションの形成・発展」に関して、「多元的政治理論」（それは労働運動の退潮と共に衰退した

とされているが)には、なおいくつかの示唆があると思われる。⁽³²⁾ 現代都市社会における、「多元的政治理論」家の一人と目されるマツキーバーの再評価はまずまずこの確信を強めてくれる。⁽³³⁾

さて、この問題を考える上で、あらためて「市民社会」の構成員について考えることは意味があるであろう。まず、「市民社会」と言う以上、その構成員は「市民」であると言って片づけば事は簡単である。しかし、周知のように、「都市」や「市民」概念には多様なものがあるばかりではなく、厳密に定義しようとするれば非常に狭くなる傾向にある。市民概念は歴史的に見た場合、アゴラの奴隷や城外の商売の民を含めた方がベターであり、⁽³⁴⁾ 現在においても、「市民」↓住民↓普通人」などの展開に見られるように、広く解するのが有力である。⁽³⁵⁾ 現在においては、とくに労働者(階級)と市民との関係、市民としての労働者(つまり労働者の市民的自由の問題)、労働者としての市民、そして、労働組合の再生などについて考えることが重要である。

次に、「市民社会」の構成員は個人というより集団を想定することが多くなっているが、個人と集団は二者択一的な関係にあるのであろうか？ 否、本来問題の立て方は「個人か、集団か」ではなく、個人と集団の両方を構成員として想定し、その上で集団のあり方、集団の中の個人のあり方、さらに集団同士の関係如何、でなければならぬ。中西洋の、市民社会には二種類の構成員、つまり「家族としての人」と「家族をなしていないという意味での独立の人」とがあるという指摘は示唆的である。⁽³⁶⁾

集団のあり方について言えば、現代においては各種の共同体や中間集団(町内会、自治会、町作り協議会 etc)が見直されているが、中間集団⇨部分社会もどのようなものでも、それ自体として意味があるわけではない。中間集団の性格がまず問題であり、中間集団と国家、中間集団相互、中間集団と個人との関係が重要である。中間集団の性格としては、間庭充幸が類型化した「媒介型共同態」⁽³⁷⁾が一つの理想であり、中間集団の存在意義は、個人の自由を

守るために国家や他の中間集団に対抗することであり、もし中間集団自らが構成員の自由を抑圧した場合には、国家の介入を招くことになる。労働法分野について言えば、労働者の市民的自由の擁護に消極的な日本の裁判、つまり、部分社会論の克服が課題である。

個人のあり方について言えば、アトムの個人の想定が誤っているとしても、日本においては、依然として「個の確立」が重要であると考ええる。ただし、それは、最近体制側から強調されている「強い個人」、自己責任を果たせる強さと集団への協調性を併せ持つ個人、とは違う意味においてである。従来、法の世界でも経済の世界でも、「強い個人」が前提とされてきたが、その対極にある「弱い個人」あるいは「ありのままの個人」を想定すべきである。⁽³⁸⁾

おわりに

「民意」の形成、そしてその正確な反映、「法化」概念による日本法の分析、そして「法化」戦略、「市民社会」に関する考察、主体に関する考察、これらは、現代日本についての考察であり、戦略の提起であるが、欧米諸国はもちろんアジア諸国との比較が可能である。とくに、アジアとの関係では、「近代化」に関しては共通の悩みを抱えているだけに、肯定的であれ否定的であれ、単なる比較を越えた意味も持ちうるかもしれない。

*本稿は、二〇〇〇年十月に中国南京で開催された第三回アジア法哲学シンポジウム(二十一世紀のアジアと法的発展)で発表した基調講演(英文)の元になった日本語原稿に、シンポジウムの討論を生かしながら、若干手を加えたものである。

- (1) 二宮厚美『現代資本主義と新自由主義の暴走』新日本出版社、一九九九年。
- (2) 渡辺洋三『法とは何か』岩波新書、一九九八年二月。
- (3) Teubner, Verrechtlichung—Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kubler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 293ff. 規範の増加については、一方では「規範の爆発」という表現さえある(久保田穰、民主主義科学者協会法律部会会報、一三四号、二二頁)。しかし他方、広渡清吾によれば、戦後日本でもっとも「法化」が盛んであったのは、戦後の早い時期であり、その観点から見れば、現在を「法化」の時代と呼ぶのは確かに難しいかもしれない(広渡清吾「日本社会の法化—主としてドイツとの対比で」、『岩波講座 現代の法』15 現代法学の思想と方法、岩波書店、一九九七年、所収)。
- (4) 目指すべき方向を考える場合には「法の支配」という用語を使うべきであろうが、日本の現状を分析する場合には「法治主義」という用語の方が適しているという判断のもとにここではさしあたり「法治主義」を用いている。
- (5) 田中成明『現在日本法の構図』筑摩書房、一九八七年三月、一五五頁。「普遍主義型法」はその後「自立型法」と改名されている。
- (6) 「広義の(法化)」には、自立型(法化)だけでなく、これらの管理型(法化)や自治型(法化)も含まれる。だが、あとの二つの(法化)方式の場合には：(非(法化)傾向や：(反(法化)傾向との関係はかなり微妙である。とくに、裁判外の紛争解決手続の拡充を要求するインフォーマリズムには、広義の(法化)政策の一環とみることができると、(非(法化)あるいは(反(法化)傾向とが複雑に重なり合っており、現代日本におけるプレ・モダンとポスト・モダンとの交錯と言われる状況がみられ、現況の的確な理解と評価を困難にしている(田中『法学入門』放送大学教育振興会、二〇〇〇年、二二八頁)。
- (7) 吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社、一九九九年、一三九頁。ここで言うところの「現代市民社会」は、正確には、「現代市民社会Ⅱ」であり、「現代市民社会」は、一九世紀末に成立しており、その時から第二次世界大戦後の高度経済成長が始まるまでの「現代市民社会Ⅰ」と区別されている。また、このような区別は、吉田の後述の三つの「市民社会」概念の区別に基づいている。

- (8) 吉田「九〇年代日本法の変容」法律時報、二〇〇〇年八月号。
- (9) 田中によれば、法的ルールの内容が具体的に確定され現実に実現される過程には、市民や法律家の主体的参加が必要であるが、そのためには規範的側面ばかりではなく、「国家机关相互の抑制・均衡関係のなかで裁判所の占める位置、裁判所の権限や組織などの制度的側面、法解釈の方法として法規による拘束や形式論理的な理由付けと具体的な利益衡量や判決の実質的結果のいずれが重視されているかという技術的側面、裁判官・弁護士などの法律家集団の構成やその養成方法、社会的地位などの主体的側面」に目を向けなければならない(『現代日本法の構図』一三二—一三三頁)。また、井上達夫は、第三回アジア法哲学シンポにおいて、「非法化の意味は、欧米と日本とで違っている。すなわち、欧米では、政府の規定の減少を指すが、日本では政府の権力操作の透明度の増加を指すにもかかわらず、中村はそれを混同している」、という批判を行った。
- (10) すでに触れた政治家や公務員の遵法意識、国民の法意識がそれであるし、後に触れるであろう国民の政治参加意識がそれである。
- (11) 渡辺洋三、前掲書。
- (12) 渡辺洋三、前掲書。
- (13) 第四の教育統制について言えば、一方では、教科書検定によって政府の歴史観を強制し、日の丸・君が代によって踏み絵を迫ったり服従訓練をさせ(これは「法的」強制というより「政治的」強制である、なぜなら法的強制力はないはずであるのに、いわば文部省や教育委員会の力の論理＝政治によって強制しているからである)、他方、高校以下の教育においては「政治的中立性」確保の名の下に、「政治的な事柄」を取り上げることが禁じている。政治への関心を持たせ、それについての見方や議論の仕方を教えずにおいて、正しい政治意識が育つはずもない。多くの国民が成人してから、政治嫌いあるいは政治音痴になって当然である。
- (14) たとえば基地移転反対の住民投票の結果を尊重する法的義務はないという沖繩地裁判決参照。
- (15) 拙著『現代民主主義と多数決原理』法律文化社、一九九二年、参照。
- (16) スポーツ分野を念頭に置いた場合、ますます「憲法を暮らしの中に」というスローガンの必要性が認められる。実際、「憲

法を暮らしとスポーツの中に」というスローガンが今なお健在である。城丸章夫／水内宏編『スポーツ部活はいま』青木書店、一九九一年、一六〇頁参照。

(17) 「かように、民意、したがって〈民主主義〉の扱いに実は難渋してきたのが、戦後の憲法学であった。この点で、政治学の大勢が、一九七〇年代以降、(現にある民意)にもとづいて展開する政治過程について、むしろ肯定的な像を描いてきたのと、対照的である。…それとは別の文脈で、実は、ヨーロッパでも、〈民主主義〉というシンボルが後退し、かわって、〈立憲主義〉というシンボルが復権するという傾向が見られる。一九八〇年代に入ってから西ヨーロッパ、そして一九八九年の大変動以後の東欧・旧ソ連圏がそうである…〈民主主義〉から〈立憲主義〉へという傾向が、ここ日本でもひとまづ見られるといつてよいだろう。」(樋口陽一「民主主義」から〈立憲主義〉へ?—憲法学にとつての(日本社会と民主主義)—『法の科学』(民主主義科学者協会法律部会機関紙)二六号、日本評論社、一九九七年。なお井上達夫の提起する「批判的民主主義」も興味深い。井上達夫「コンセンサス政治からの脱却を」中央公論一九九七年七月号。

(18) たとえば、K・v・ウォルフレン『怒れ!日本の中流階級』毎日新聞社、一九九九年。

(19) 名和田是彦『コミュニティの法理論』創文社、一九九八年九月。

(20) 西谷敏「現代法論の新たな展開に向けて」、『法の科学』一五号、日本評論社、一九八七年。Rüdiger Voigt, Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft, in: Voigt (Hrsg.), Verrechtlichung, Königstein/Ts., 1980. 参照。

(21) 広渡清吾「日本社会の法化—主としてドイツとの対比で」『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』岩波書店、一九九七年、所収。

(22) ただし、同じ「法化」といつても、実はその中味には種々の異なったものがある。とくに区別すべきは、司法制度改革審議会に見られるような「法化」論(田中成明はここに入ると思われる)と西谷敏や吉田克己の「法化」論である。私がプラスと考えているのは後者である。

また、そもそも「法化」は本来、分析概念であるから、「法化」を戦略としてとらえようとすれば、道具主義、インフォーマリズムに対立するところのリーガリズムという用語がベターかもしれない(田中『転換期の日本法』岩波書店、二〇〇〇年、一九頁参照)。しかし、リーガリズムという場合、田中の独特の含意があるので、当面「法化戦略」ということにし

ておきたい。

- (23) 笹倉秀夫「基本的人権の今日的意味―自己決定権とプライバシーの権利―」社会福祉研究、第七〇号、一九九七年、一〇月号。

(24) 他の箇所では「ソフトリーガリズム」と呼ばれている。田中成明『転換期の日本法』二〇〇〇年、一九―二〇頁。田中の議論は、広渡が評するように、法化を多層的に概念化した上で現状を分析するという方法を提示し、しかも、「形式的法」から「介入主義的法」への展開を法化として把握し、そこから「自省的法」への重点のシフトを論じているドイツの法化論に三つの法類型のそれぞれについて法化を論ずるといふ可能性を示唆するものでもある（広渡前掲論文）。このように、田中理論は、理論としては優れたものであるが、戦略として具体化した時には、現実を追認する恣意性を持っていることに注意が必要である。

- (25) 西谷敏「労働法に於ける個人・団体・国家」法哲学年報、一九八九年、五五頁。
- (26) 天野和夫他編『マルクス主義法学講座』第五卷、日本評論社、一九八〇年、二四頁。
- (27) 田中成明『現代日本法の構図』八頁。
- (28) 吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社、一九九九年一〇月。
- (29) 吉田克己、前掲書一二四頁。
- (30) 吉田傑俊『マルクス思想の現代的可能性』大月書店、一九九七年。
- (31) 石井伸男「自由・平等・友愛と協同社会主義」、『新たな社会への基礎イメージ』大月書店、一九九五年所収。
- (32) 松下圭一の要約によれば、「共同社会」(コミュニティ)は目的団体(アソシエーション)の連立的構成であり、その意味は破産した市民社会の理論の「目的団体」(アソシエーション)の概念におけるその再生である。市民社会とコミュニティとアソシエーションの関係は以下の如くである。アソシエーションは個人の自発的結合という点において市民社会を継承する。しかし、全体社会とは対立する。コミュニティは、目的団体を媒介としてのみ個人と接触している。しかし、なおコミュニティは等質的個人の潜在的統一体として存在する(市民社会は個人と社会が置換可能)。市民社会的組織原理はコミュニティの内部に復活される。そして、「大衆社会に於ける権力集中の技術的必然性は、集団過程の内部において中和さ

- れていく。「政治過程は〈集団〉を中間媒体とすることによって多元化されながら、個人の自主性を〈集団〉へと再組織することによって、大衆化状況は克服されていく」(松下圭一『現代政治の条件』中央公論社、一九六七年、一六二頁)。
- (33) 拙稿「都市中間集団と政治哲学(運動)―現代市民社会の構成要素とその相互関係について―」法哲学年報、一九九九年、参照。
- (34) 上田篤『ラビリンズの都市』中央公論社、八三年、七三―一頁、とくに八七頁。
- (35) 拙稿「都市と民主主義に関する一考察」法哲学年報、九〇年『法的思考の現在』参照。
- (36) 中西洋『自由・平等と友愛』ミネルヴァ書房、九四年、三二―八頁。「市民社会はこれら二つの異なるものを等しく自立的な個人と観念し、したがってまた、〈家族のうち止揚された妻〉と〈家族の成果としての子供〉の人格をある意味で認め、ある意味で認めないという矛盾に満ちた存在をなす、とされなければならない。この矛盾は、しかし、ヘーゲル自身の市民社会論において自覚されることにならなかつたばかりでなく、またマルクス以後の経済学・社会科学においても正しく概念されないうできた論点であるといつてよい」。これについての詳しい検討は、拙稿「市民社会の構成員に関するヘーゲル思想の示唆―中西洋のヘーゲル解釈を手がかりに―」(立命館法学、二〇〇一年度第一号、通巻二七四号)を参照されたし。
- (37) 間庭充幸『共同態の社会学―人間性の呪縛と解放―』世界思想社、一九七八年。
- (38) 拙稿「〈人間の尊厳〉と〈個人の尊厳〉」についての「一考察」大阪経済法科大学法学論集、第四一号、一九九八年参照。

經濟學之「內涵」與「外延」問題，在經濟學界中，已有許多學者討論過。但這些討論，多集中在「經濟學」與「社會學」的比較上。本文則從「經濟學」與「法學」的比較出發，探討「經濟學」的「內涵」與「外延」問題。本文認為，「經濟學」的「內涵」應以「資源配置」為核心，而「外延」則應包括「經濟學」與「法學」的交叉領域。

在經濟學界中，「經濟學」的「內涵」與「外延」問題，一直是一個爭論不休的話題。有人認為，「經濟學」應以「資源配置」為核心，而有人則認為，「經濟學」應以「生產與分配」為核心。本文認為，「經濟學」的「內涵」應以「資源配置」為核心，而「外延」則應包括「經濟學」與「法學」的交叉領域。在「資源配置」方面，經濟學應探討如何將有限的資源，分配到不同的用途上，以達到最大的效用。在「生產與分配」方面，經濟學應探討如何生產出更多的產品，以及如何將這些產品分配給不同的人。在「經濟學」與「法學」的交叉領域，經濟學應探討法律如何影響資源配置，而法學則應探討經濟學原理如何影響法律的制定與執行。

本文認為，「經濟學」的「內涵」與「外延」問題，是一個需要進一步探討的話題。本文僅就「經濟學」與「法學」的交叉領域，提出了一些初步的看法。希望這能為經濟學界與法學界的學者，提供一些參考。