



わが国におけるマルクス主義法学の終焉(下・Ⅱ) : そして民主主義法学の敗北

森下, 敏男

(Citation)

神戸法學雑誌, 65(4):1-150

(Issue Date)

2016-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCOI)

<https://doi.org/10.24546/81009465>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81009465>



神戸法学雑誌第六十五巻第四号二〇一六年三月

わが国におけるマルクス主義法学の終焉（下・Ⅱ） ——そして民主主義法学の敗北——

森 下 敏 男

第1編 マルクス主義法学批判

第1章 唯物史観の新解釈と法の位置づけ

第2章 戦後マルクス主義法学の再出発

第3章 わが国におけるマルクス主義法学の確立

第4章 渡辺法社会学批判

第2編 民主主義法学の敗北

第1章 序論

第2章 過渡期の民主主義法学（1980-1990年前後）

第3章 ソ連・東欧の社会主義崩壊（1989-1991年）の影響（以上64巻2号、65巻1号、65巻2号）

第4章 現代の民主主義法学の混迷と模索（1990年代以降）（以下本号）

第1節 振り向けば愛

(1) 「昔は良かった」論

(a) 経済・社会問題（①日本は社会主義？、②日本は福祉国家、③日本型雇用システム）

(b) 日本は民主国家？（①大衆民主主義、②非階層的統合（平等社会）、③利益誘導政治、④議会制民主主義、⑤行政の公共性、⑥政治活動の自由、⑦司法制度）

(c) その他 (①平和主義、②治安・家族)

(2) 西欧は素晴らしい

(a) 渡辺洋三氏の場合、(b) 西谷敏氏の場合、(c) 西欧福祉国家の賛美、(d) 欧米訴訟制度の賛美、(e) 自由・民主主義など

(3) より良き資本主義を！

第2節 民科の自由主義化

(1) 序論

(2) 民科のアイデンティティ・クライシス

(3) 自由主義と民主主義

(a) 自由主義と民主主義の結合論等、(b) 自由と平等の関係、(c) 裁判への参加（民主主義）への懐疑、(d) 社会権の自由権化、(e) 笹倉法哲学における自由主義と民主主義

(4) 民科のリベラル化

第3節 民科の新自由主義化

(1) マルクス主義者が主張し、新自由主義者がそれを実現する

(a) 序論、(b) 福祉国家批判、(c) 自律論、(d) 企業主義批判、(e) 雇用制度、(f) 行政改革、(g) 司法制度改革、(h) マルクス主義者が主張し、アメリカが実現する

(2) 民主主義法学のライバルとしての新自由主義

(a) 「新自由主義＝民科の盗作」説、(b) 「新自由主義改革はリップサービス」説、(c) 「新自由主義に幻惑されるな」論など

(3) 自己決定権論

(a) 自己決定権とは何か、(b) 自己決定権論の背景、(c) 労働法と自己決定権、(d) 社会保障と自己決定権、(e) 新自由主義との相違-①自己責任の問題、(f) 新自由主義との相違-②「自己決定無能力者」保護の堂々めぐり、(g) 民科内部の自己決定権論批判

(4) 市民社会論

(a) 「市民法の復権」論 (①清水誠氏の市民法の「練り直し」論、②

市民法と新自由主義の関係、(b) 市民社会γ、(c) 公共圏・アソシエーション・NPO、(d) 市民社会論への「逃避」、(e) 市民社会論の問題点

第4節 司法制度改革

(1) 民科の司法制度論

(a) 序論、(b) 日本で訴訟が少ない理由、(c) 最近の最高裁の変化説

(2) 司法制度改革への総合的批判

(a) 序論、(b) 「司法制度改革の新自由主義的性格」論、(c) 事前規制から事後処理へ、(d) 民科と新自由主義の共通性

(3) 法律家養成制度の改革

(a) 弁護士増員の是非、(b) 弁護士増員批判の理由、(c) 法科大学院

(4) 裁判員制度

(a) 陪審制と参審制、(b) 裁判員制度への賛否、(c) 裁判員制度批判論の諸矛盾 (①「統治主体」の問題、②「国民統合」説、③「苦役」説、④「必罰化・厳罰化」説、⑤「イチジクの葉」説、⑥「隣人を裁く残酷さ」論、⑦世論の動向、⑧その他)

(5) その他の司法制度改革 (①労働審判制度、②行政訴訟制度、③民事訴訟制度、④人事訴訟制度、⑤ADR)

第5節 マルクス主義の残影 (以下次号)

(1) 帝国主義論

(2) 新福祉国家論

(3) 頑固派刑法学

第6節 民主主義法学の分岐とその総合の試み

第5章 マルクス主義法学の終焉と民主主義法学の敗北

終章 (完)

第2編 民主主義法学の敗北

第4章 現代の民主主義法学の混迷と模索（1990年代以降）

ソ連・東欧の社会主義崩壊後、民主主義法学は大きく変容していく。ここではそれを6つの節に分けて論じる。第1節「振り向けば愛」では、これまで民科が批判していた日本社会や欧米資本主義社会に対する見方の変化や、西欧賛美の傾向について論じる。第2節「民科の自由主義化」では、これまで自由主義と民主主義を対置し、前者を消極的に解していた従来の民科の立場から、両者を同等視し、あるいはむしろ自由主義優位の見方に変わってきたことを論じる。第3節「民科の新自由主義化」では、民科が当面の対決相手としている新自由主義思想には、実は民科の考え方と共通する点が多く、「民科が要求し、新自由主義がそれを実現する」という構図が成り立つ場合が多いことを論じる。以上3つの節は、概して、民科の自由主義化、近代化、西欧化とも言える傾向について論じるものである。第4節の「司法制度改革」には多様な側面があるが、民科の大勢はそれを新自由主義的な性格をもつものとして把握し、批判的態度をとった。そのため、裁判員制度に反対するなど、民主主義への敵対とも言えるべき大きな誤りを犯した。これもまた、民主主義から自由主義への転換の一例と言えそうである。第5節「マルクス主義の残影」は、民科になお残る伝統的な思考を取り上げる。第6節「民主主義法学の分岐とその総合の試み」では、現在の民科の諸潮流を整理する。

第1節 振り向けば愛

ソ連・東欧の社会主義崩壊と新自由主義思想の登場後、日本社会、西欧諸国、資本主義一般に対する民主主義法学者の評価が、大きく変わっていく。これまで批判の対象であったこれら諸国の制度やその背後にある思想が見直され、比較的肯定的な評価へと変わっていくのである。新自由主義的な改革の開始により、民主主義法学者は、これまで批判の対象としてきた日本社会の特殊性が失

われようとしている現実に直面し、改めてそれらが、なかなか良きものであったことを思い知ったかのようである。認識能力が不十分な者は、失われて初めてその尊さに気付くのである。とはいっても、日本に対する肯定的評価は部分的なものに止まり、多くは依然として強く批判しているのであるが。

また、これまでブルジョア国家として批判してきた欧米諸国については、その肯定的側面が大いに賞賛されるようになる（それと比較して日本は後れていると言うためでもある）。さらに資本主義そのものについても、西欧諸国のそれをモデルに、かなり高い評価が与えられるようになる。それは、ソ連・東欧の社会主義の崩壊によって、社会主義の問題性を認めざるを得なくなったからであろう。ともかく、あまりに遅いとは言え、自らの誤りに、多少とも気付いたのは良いことである（そのことを民主主義法学者達は、決して明言はしないのであるが）。現在でも民科の中には社会主義を志向する者が少なくないと思うが、彼等の多くも、事実上社会主義論は棚上げ、あるいは封印した状態のようである。そして、表面上も、また実質的にも、「より良き資本主義」を追求する者、つまり、いわゆる「そもそも民主主義論」の立場の者が、今や多数派になっているのではないかと思われる。

(1) 「昔は良かった」論

ここでは、新自由主義的改革が始まる以前の日本を、比較的高く評価している民科研究者の言説を取り上げる。私は、私と同じ世代、またはそれより若い世代の民科会員が、かつてどのような議論をしていたのかを、よくは知らない。しかし以下のような議論は、ソ連が崩壊する前、そして新自由主義的改革が本格化する前は、また私より上の世代の民科会員にはみられなかった新しい議論であると思われる。

(a) 経済・社会問題

①日本は社会主義？

「日本はまるで社会主義のようだ」とする議論が、かつてかなり流行したこ

とは、前章でも触れた。広渡清吾氏も、その輪に加わったかのようなのである。

広渡氏には、戦後の日本は社会主義であったかのような発言が多い。同氏は、戦後日本は、憲法、労働法制、社会保障法制、市場経済法制などにつきアメリカ法を継受したが、それはニューディール型であり、ヨーロッパ的社会民主主義的内容を含んでいたと言う。そして、「アメリカ法の継受を通じて戦後日本社会の枠組みには、社会民主主義的な性格が刻印されたのである」と言うのである（『約束と希望としての日本国憲法』、『法の科学』38号、2007年、5頁）。同氏は、小泉政権の進めた構造改革について、「素朴な実感をこめて問題を単純化すれば、この構造改革は、その底意において、資本主義と社会主義の闘争であるといえないか。社会主義をもって、社会の真の平等を実現すること、そして現実の生産労働を担う労働者を主人公として尊重することとして理解すれば、戦後の日本国憲法の下、アメリカ法の継受も借りて日本の社会と法の構造にビルト・インされてきた社会民主主義的な諸要素、これを一掃し、規制のない資本主義を作り出すことが構造改革の狙いである」。これからみると、アメリカ法もまた社会民主主義的要素、つまり社会主義的要素をもっているかのように思われてくる。

広渡氏は続ける。当時の小泉首相が、格差拡大を問題にする野党に対して、野党の言うことは「社会主義そのもの、世迷言だ」と語ったことを引用して、広渡氏は、小泉首相はその「階級的本能」によって「構造改革の本質的争点を言い当てているのである」と述べている。こうして広渡氏は、「これ〔構造改革〕に対する闘争は、資本主義に対する社会主義的な闘争である」と結論するのである（前掲論文、『法の科学』38号、2007年、5-6頁）。

この文章からみると、広渡氏は、当時の日本を社会主義とみなしていたことになる。前にも触れたが、当時欧米諸国の一部、日本の新自由主義者（小泉元首相を含む）、さらにはペレストロイカ期のソ連の多くの知識人は、日本型システムをまるで社会主義のようだと言っていた。通常このような「日本＝社会主義」論は、社会科学の初歩的知識に欠けるものとして一笑に付されてきたのであるが、広渡氏は真剣にそのように論じているようにみえる。だとすれば、

広渡氏も、かつての日本型システムをもっと熱心に擁護すべきであったろう。しかし反対に、民科の多くは、それを「企業の社会的支配」などと言って、主たる攻撃対象としてきたのである。その点で彼等は、完全に小泉改革に手を貸したのである。

広渡氏は、かつて民科系学者が批判してきた福祉国家の評価も変えている。福祉国家は、「階級国家論からは国家の本質を隠蔽するイデオロギーである」という批判を当然受けることになった」。また福祉国家は軍事的強化や行政権の強化を伴ったので、これらの非民主的動向を覆い隠す標語だとも批判された。広渡氏は続ける。「しかしながら福祉国家は、たんなるイデオロギー（虚偽意識）ではなく、…現代国民国家の一つの存在形態であり、かつ、それを把握する社会科学上の概念だと考えられる」と言うのである（『現代国家』を考える』、『新現代法学入門』、2002年、173頁。広渡「グローバル化の時代における国家と市民社会の変容」、『法の科学』37号、2006年、60頁も同旨）。そして日本についても、「戦後日本の資本主義は戦後改革によって、アメリカや西欧の資本主義と同様に、『福祉国家化の傾向をもつ資本主義』として展開することになった」と述べているから、日本もまた、この福祉国家の輪の中に加えていると言えるのではないか（『グローバリゼーションと日本国家』、『法の科学』27号、1998年、20頁。ここでは日本もアメリカも、社会（民主）主義ではなく「資本主義」とされている。また他の論文では、日本と西欧の違いを強調している）。

広渡氏は、当時の日本の構造改革は、『戦後改革』で基礎づけられ『戦後のコンセンサス』としてまがりなりに日本でも展開した『自己調整的市場の制御システム』である福祉国家的な政治経済体制が再編・解体され新たなシステムの構築へと向かう動きを意味する」と言う（『グローバル化の時代における国家と市民社会の変容』、『法の科学』37号、2006年、62頁）。しかし、そのような「戦後のコンセンサス」なるものは決して存在しなかった。マルクス主義者をはじめ、民科のほとんどの学者は福祉国家を強く批判していたし、渡辺治氏によれば、西欧の社会民主主義政党と異なり、「日本では社会民主主義は福祉国家戦略を否定した点に大きな特徴をもっていた」というのであるから（講座

『現代日本』第1巻、1996年、160頁）。

となると、日本で展開した福祉国家的な体制は、社会民主主義政党ではなく、独占資本と政府自民党が実現してきたということになる。それならそれを、正直に認めるべきである（実際には福祉国家に最も熱心だったのは、中道派とされていた民社党と公明党であった）。その場合、自民党（小泉改革派の言う保守的な「抵抗勢力」）は実は社会民主主義政党であったか、そうでなければ資本主義政党が社会主義的政策を実現したことになる。広渡氏の説は、社会主義と社会民主主義を区別しないことも含めて、かなりいい加減である。

広渡氏は、新自由主義的改革の特徴の一つとして、「所有の復権」を上げている。同氏はそれを批判し、「従業員と経営者の会社共同体である日本型株式会社を株主本位のアメリカ型カンパニーに改革する企業経営戦略とそれをサポートする商法改正は、この文脈にある」と書いている（『資本主義法の現在』、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、5頁）。当時「会社はだれのものか」という議論が盛んであり、正確な表現ではないが、アメリカ型は「株主主権」、日本型は「従業員主権」と呼ばれることもあった。広渡氏が、日本型企业を「従業員と経営者の会社共同体」と呼んでいるのは正しいが、階級的視点の全く欠如したそのような認識でいいのであろうか。ここで広渡氏は、アメリカ型の所有本位、株主本位の企業のあり方を批判している。日本型の「従業員と経営者の会社共同体」を積極的に支持しているのかどうかはよく分からないが、少なくともアメリカ型と比較して相対的には支持しているようにみえる。ちなみに「従業員と経営者の会社共同体」というのは、ソ連の「労働集団」にも似て、まるで社会主義企業のようなものである。

ところで、私は、いわゆる従業員主権論に共鳴している。⁽¹⁾日本では、企業

-
- (1) 橋本寿朗氏は、日本の場合、「最高経営者は従業員の出世頭」という説（馬場宏二氏）を紹介し、実証している（『大企業体制の経済構造』、東大社研編『現代日本社会』第5巻、1991年、106頁）。言い換えれば、経営者は、「労働者の出世頭」である。欧米企業では、経営者は初めから経営者であり、プロの経営者としていろんな企業を渡り歩くことも少なくない。また橋本氏は、日本の大

は単なる利潤追求の組織ではなく、生活していくための共同労働の場であった。そのため、雇用は何よりも重視されてきた。終身雇用制や年功序列制も、その表現であった。日本は伝統的に、失業率は低かった。日本で失業率が一番高い時と、多くの欧米諸国の一番低い時が、同じ程度（5%程度）であろう。これは日本の誇るべきことである。アメリカでは、労働者はミスを行しても決してそれを認めず、謝罪もしようとしない。ミスを認めれば、直ちに解雇されても文句は言えないからである。近年わが国では不正規雇用が増えており、その劣悪な待遇の改善は不可欠であるが、不正規雇用が増えた分、失業者が減少しているという面はある。大雑把に言えば、正規雇用が1人減れば、非正規雇用が2人増えている計算になりそうだ。つまり、ワークシェアリングが行われていると言えないこともない。現状を肯定しているわけではもちろんないが、雇用重視の伝統がわが国にはあることを言いたいだけである。

②日本は福祉国家

既に①で福祉国家の問題も登場したが、さらに続ける。藤田勇教授も、当時「戦後福祉国家体制の取り崩しがすすんでいる」とか、教授が期待を寄せる新社会運動の登場は、新中間層などが担い手で、「ある意味では『福祉国家』形成が前提となっている」と指摘している（『社会科学としての法律学』以前、『法の科学』29号、2000年、7頁）。これは、先進資本主義諸国が福祉国家であることを認めた議論と言えよう。

鳥居喜代和氏は、自助原則からこぼれ落ちた生活困窮者を、セイフティネットとしての「生活保護で拾い上げる、いわば福祉国家の第一段階はとうに過ぎ、

企業の場合、「自然人としての大株主がいない」こと、またいたとしても、「大株主が経営陣を自らの代理人としてその意思決定に従属させたり、経営陣の人事権を掌握したりすることはない、あるいはあったとしても稀である」と述べている。そこから日本社会は「脱資本主義」であり、企業は資本家の没落に代わって、「経営者という名の労働者による大企業支配」の下にあるという説（西山忠範氏）を紹介している（同書、92頁）。ここでも、日本社会の「社会主義的」とも言うべき特質が示されていて、興味深い。

最低限度に陥る以前の段階で所得保障を行っていく第二段階にすでに到達しており」、さらに個人の多様なニーズに対応する福祉サービスの提供を目標に、そのバージョン・アップが追求すべき課題だと述べている（『法学的国家論としての『福祉国家』と日本国憲法』、『法の科学』27号、1998年、111-112頁）。日本も、一定の福祉水準に達しているわけである。また鳥居氏は、既述のように、福祉国家については、憲法学の一般的な解釈論と、民科的な「法現象の『科学』」的認識とが完全に乖離した状態であったことを認めている（同誌、108頁）。つまり、民科のそれまでの「科学的認識」の誤りを指摘しているのである。

市橋克哉氏は、規制緩和論について、「これは、日本国憲法のもとで積極行政として行われてきた福祉行政や経済行政を、かつての消極的な秩序維持・警察行政へと退化させようとするものであった」と批判する。そして、「従来、国民生活上の多様な福祉の増進（憲法25条2項）に国が努める結果として確保された広範かつ豊かなナショナルミニマムの意味内容は、救貧のみを意味する貧弱なものへと歪曲された」と述べている（『日本国家の力能再編』、『法の科学』27号、1998年、29頁）。日本では既に、「広範かつ豊かなナショナルミニマム」が実現されていたようである。

菊池馨実氏は、戦後復興期には、「健康で文化的な最低限度の生活水準」の確保が課題であったが、「高度経済成長期を経て国民生活が格段に豊かになった現在」、「『すこやかで安心できる生活』という相対的に高い水準の生活の確保」が課題になっているという（『〈社会保障と法〉を考える』、西谷敏・笹倉秀夫編『新現代法学入門』、2002年、134-135頁）。憲法第25条の生存権保障は、既に実現されたということになるのであろうか。

小沢隆一氏によれば、憲法第25条を具体化する生活保護制度が現実的意義を有するようになったのは1960年代であるという。そして、「生活保護を上回る所得保障、医療保障等の社会福祉施策は、一九五〇年代から一九六〇年代にかけて整備された。一九七三年は『福祉元年』とよばれ、年金給付の改善、医療保険における高額療養費支給制度の導入、老人医療費の無料化実施などの改革が行われ、社会福祉制度がほぼそろっていくことになる」と述べている（『変容

する社会的・政治的統合と法」、『法の科学』32号、2002年、14頁）。なお不十分とも書かれているが、かなりの充実ぶりではないか。その後1990年代以降、福祉政策は悪化していくという。やはり、悪化し始めて初めて、過去の福祉がそれなりの水準であったことを自覚したようである。

広渡清吾氏が、「福祉国家はたんなるイデオロギーではなく、現代国民国家の一つの存在形態である」と述べていることは、既述のとおりである（「〈現代国家〉を考える」、西谷敏・笹倉秀夫編『新現代法学入門』、2002年、173頁）。ただしそれは西欧諸国のことであり、日本では福祉国家は十全の展開を示さず、公共事業と補助金の配分を基礎とした開発主義と企業内福祉の活用が補完してきたと述べている（「グローバル化の時代における国家と市民社会の変容」、『法の科学』37号、2006年、61頁）。企業内福祉などが社会福祉に貢献したのであれば、それは肯定的に評価できるのではないかと思うが、広渡氏は、おそらくそうではないのであろう。ただし同氏も、既述のように、現在の体制変革は、「…まがりなりにも日本でも展開した『自己調整的市場の制御システム』である福祉国家的な政治経済体制が再編・解体され新たなシステムの構築に向かう動きを意味する」と述べている（同誌、62頁）から、日本が福祉国家「的」な体制であることは認めているのである。

大島和夫氏は2004年の論文で、「六〇年代中頃からの約一〇年間は、日本の国家が公共的役割を自覚した珍しい時代だった。…理念として福祉国家の実現をかね、西欧先進国に追いつくことを目標とした。福祉元年と呼ばれた一九七三年には様々な改革が実行された」と述べている（「総論・日本の構造変化と法改革」、『法の科学』34号、2004年、14頁）。福祉はその前後退したが、同氏は、従来の、協調的、集団的意思形成のあり方、長期的関係重視の法律関係の締結、温情的な雇用慣行等を肯定的に評価している。同氏は、2007年の民科学会のシンポジウムへのコメントの中でも、社会保障の絶対額は増加している等、現状への評価は高い。「リベラリズム、社会民主主義が積み重ねてきた福祉資本主義のレジームに対する新自由主義からの総攻撃に対して、民主主義法学がどのような態度を採るのが、今問われている」と問題提起している

（「シンポジウム『新自由主義構造改革への対抗理論』へのコメント」、『法の科学』39号、2008年、82頁）。それまで民科は福祉国家を厳しく批判してきたが、「リベラリズムや社会民主主義」ではなく、政府・自民党は、そのような批判にもめげることなく、福祉資本主義レジームを創り上げてきたわけである。

渡辺治氏は、次のように述べている。「現代国家は、大企業の繁栄と成長を土台に形成されたにもかかわらず、経済成長の原動力たる資本に厳しい負担と強い規制をかけるものであった。繁栄する資本からの法人税と累進所得税によってえられた財政は、社会保障や弱小産業保護、さらには公教育に投下された」（『現代国家の変貌』、『現代思想』、2004年、8号、98頁）。資本主義は、大企業の犠牲の上に社会保障を充実させたわけで、素晴らしいことではないか。これは資本主義一般について書いたものであるが、次は日本についてである。「現代国家は、福祉国家に代表されるようにいずれも累進所得税や法人税によって得た収入を公教育や福祉費用に充当して再分配を行い、また労働者や農業、中小企業保護によって、国民経済の維持と安定を図った…」（『現代改憲論の国家構想』、『法の科学』35号、2005年、74頁）。今や大企業はこのような状態を容認する余裕がなくなったと著者は言うのであるが、今頃になって、これまでの日本の大企業が、労働者・農民・中小企業の味方だったことを認めたかのような文章である。渡辺氏は、つい数年前までは、日本の企業社会を諸悪の根源のように説いていたのにである。

吉村良一氏の引用するところによれば、後藤道夫氏は、新自由主義的な自治体経営論は、「高度な社会保障に向かう七〇年代前半までの動向に歯止めをかけ」云々と言っているという（吉村良一「『社会』変動と民主主義法学の課題」、『法の科学』33号、2003年、90頁）。当時日本は、高度な社会保障を充実させようとしていたわけである。その後藤道夫氏は、戦後日本の国家介入には、開発主義型の介入、国民経済のバランスの維持のための国家介入、福祉国家型の介入の三つがあり、後二者は擁護すべきだと思いと述べている（講座『現代日本』第4巻、1997年、455頁）。

吉田克己氏は、1990年代の動向としての「企業の相対化と個人の前面化は、

それ自体としては積極的に評価されるものである」と言う。しかし企業は個人の抑圧主体であると同時に、「一種のセイフティネットとしての機能を果たしてきた」のであり、「西欧諸国の福祉国家に一部代替する機能を果たしてきた」とも述べている（「九〇年代日本法の変容」、『法律時報』72巻9号、2000年、10頁）。民科の多くの人が同じような指摘をしているが、ここでは、企業の福祉機能は、国民統合のためといった位置づけ（渡辺治氏などの見解）ではなく、よりポジティブに位置づけられているように見える。

憲法解釈論の上でも、日本国憲法の社会権、生存権の規定は、いっそう高く評価されているようだ。笹沼弘志氏は、「現代福祉国家の憲法としての日本国憲法も、自由と保護の接合を志向するものだが、その射程は、『社会権』を個人の法的権利として規定することができなかった他国の憲法を超えるものである」と言う（「現代福祉国家における自律への権利」、『法の科学』28号、1999年、99-100頁）。和田肇氏は、「日本の憲法が目指している国家観」について、「憲法25条2項は、明確に国の社会的使命を規定しているが、そこには、ドイツの社会国家に似た福祉国家の理念が示されていると見ることができよう」と論じている（「労働法の再編と憲法理念」、『法の科学』38号、2007年、114頁）。現実がそうになっているというわけではないが、憲法の規定の解釈としても、従来とは違うようである。日本には、それだけ改善の可能性があることになろう。

③日本型雇用システム

岩佐卓也氏の論文「新自由主義批判の視座」には、次のような印象的な文章がある。年功賃金体系は、「『大卒の課長よりもお茶汲みのおばちゃんの方が賃金が高かった』と語り継がれるほどの強力な平等主義的性格と競争制限的性格をもっていた」。そして岩佐氏は、新自由主義に対して、「今日労働側は、むしろ年功賃金の規範性に依拠することにより、その不当性を主張することができるし、主張すべきである」と述べている（『法律時報』78巻6号、2006年、67-68頁）。著者は、現在の状況下でのやむをえない選択として論じているのかもしれないが、しかし「強力な平等主義的性格」など、年功賃金制に対するかな

り高い評価がみられる。

田端博邦氏は、高度成長期の日本の労使関係について、次のように述べている。「春闘を通じて賃金の平準化が進み、企業間格差も縮小した。また、労組の臨時工本工化闘争が進み、労働条件の平等化、労働者間の平等化が進んだのである。日本における所得分配の平等性が語られるが、それは戦後改革に続くこの時期の成果である。労働時間も傾向的に低下し、七〇年代初頭には飛躍的な短縮（週休二日制）が始まりかけた」（『『日本の企業社会』と社会法』、『法の科学』24号、1996年、94頁）。

石田眞・和田肇両氏は、終身雇用、年功制などの伝統的システムが、「労働条件の改善、雇用の安定、近代的な労働関係の形成等に果たした役割は大きいものがある。この点を過小評価すべきではないことはいうまでもない」と述べている（『労働と人権』、『法の科学』29号、2000年、37頁）。同時にその問題点も列挙しているが。また日本的雇用慣行について、「…労働者に対し比較的長期の雇用を保障するとともに、一定水準の労働条件も保障した。…大企業労働者は、大過なく勤務する限り、勤続年数とともに上昇する賃金と地位を獲得し、住宅、医療、保養施設などの企業内福利を享受し、相当額の退職金を得ることができた」と述べている（同誌、43頁）。また判例によって「解雇権濫用法理」が形成されたが、それは「…解雇に社会的正当性を要求し、これを厳格に制限するものである」と評価している（同誌、45頁）。さらに「解雇制限法理の発展は、従来は終身雇用慣行という古い共同性にその根拠が求められてきた」とも述べている（同誌、46頁）。そうであれば、伝統的雇用慣行はもっと高く評価されてしかるべきである。

石田眞・和田肇両氏は、「しかし、今やその『日本の雇用慣行』の基礎が崩されようとしている」と言う。それは、日本的雇用慣行に表現される共同性のあり方が、過労死問題などに見られるように、そもそも差別的で抑圧的な側面をもっていたからだと言うのである（同誌、43頁）。新しい共同性を提示しないと、「市場原理主義的規制緩和論からの従来の共同性や制度やルールのあり方への批判に応えられない」と言う（同誌、44頁）。この言い方からすると、

従来のある程度肯定しつつも、限界があったという主張であらうか。

名古屋功氏は、日本型雇用慣行を、労働者統合の政策として批判的に論じているのであるが、しかし、実質的にはむしろ、その長所を指摘しているように読める。終身雇用制について、「少なくとも大企業の正規の男性労働者には終身雇用制が存在し、不況期でも解雇を回避して雇用を維持する役割を果たしてきたと考えられる」。「解雇権濫用法理は単に大企業の正規男性労働者だけではなく、中小企業や女性労働者に対しても少なくとも理論的には妥当してきた」(『九〇年代における雇用慣行・労働市場・労働法制の変容と労働者統合』、『法の科学』32号、2002年、25頁)。「終身雇用制は、長期雇用という安定した地位を保障し、労働者の企業帰属意識および企業忠誠心を維持・形成するうえで重要な意味合いをもった点も指摘しておく必要がある」。また企業の系列化により「出向などを通じた雇用保障もなされてきた」と言う。『『企業秩序』を強調する最高裁判例や雇用安定を基調とする労働政策』の存在も認めている(同誌、30頁)。

名古屋氏はまた、「…企業内の諸制度は、いわば企業内のセイフティネットとしての機能を果たしていたといつてよい。しかし、今日、これは縮小して成果主義が普及し、賃金の個人主義化、個別処遇が徹底されつつある」、「…労働者が従来とは異なった競争下に置かれているのは明らかだろう」と述べている(前掲論文、『法の科学』32号、2002年、31頁)。「終身雇用制、年功序列賃金制、および企業内福利制度は、西欧の高度な福祉国家の社会保障措置・社会支援措置の代替機能を果たしてきた」が、今それが縮小されていることも指摘している(同誌、32頁)。西欧資本主義諸国では、高度な福祉国家が実現していることを認めており、日本にもその代替物あったわけである。これまでの資本主義は、なかなか素晴らしい体制を築いていたのであり、もっと大事にすべきではなかったらうか。

大島和夫氏も、次のように、日本の雇用慣行を、比較的高く評価している。「従来の温情的雇用慣行や家父長的営業保護は、日本の風土の歴史的文脈の中では、必ずしも全面否定されるべきではないのではないか」(『法制度の契約化

と構造改革』、『法の科学』38号、2007年、70頁）。「日本的な集団主義や温情主義を全面否定する必要もない。不十分ながらも、一九八〇年代までの日本型労使慣行や日本の高等教育は、日本社会の経済成長と国民福祉の拡大に大きく寄与してきた…」等（「新自由主義の法思想」、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、35頁）。同氏は、別の論文でも、「日本型雇用慣行のうち、終身雇用制は労働者にとって定年まで雇用が保障されているという利点があった」と述べている（「労働における均等待遇と人間の尊厳」、渡辺追悼論文集『日本社会と法律学』、2009年、661頁）。

脇田滋氏は、「高度経済成長の中で形成された『日本の雇用慣行』が激変し、それとは大きくかけ離れた非正規雇用が増加し、正規雇用労働者を含めて雇用崩壊・職場崩壊とも呼べる状況が強まっている」と述べている（「現代日本における『ナショナル・ミニマム』」、『法の科学』39号、2008年、114頁）。日本の雇用慣行について直接評価しているわけではないが、その意義を認めているように読める。

（b）日本は民主国家？

①大衆民主主義

以下は、資本主義国家一般について論じられたものであるが、日本にも当然妥当しよう。

前にも引用したが、藤田教授は、ソ連崩壊後、「第二次世界大戦後に資本主義諸国で『大衆社会』的民主主義の展開が歴史的現実として認められるにいたるのにあたかも対応して、『現存社会主義体制』における民主主義の貧弱が覆いがたく露呈されるにいたる」と述べていた（「二〇世紀末の世界構造激変と民主主義法学」、『法の科学』20号、1992年、122頁）。以後民科の文献には、時々「大衆民主主義」という表現が登場する。かつて藤田教授は、資本主義諸国の政治体制を、民主主義に対立する現代的オートクラシーと規定していたが、いつの間にかそれは大衆民主主義に変わったのである（藤田教授の編集による1987年の『権威的秩序と国家』では、既に加藤哲郎氏が「大衆民主制」、「大

衆民主主義」という表現を用いている)。ここで「大衆」の語は、自立した市民の集合体ではなく、権力に操作されやすい烏合の衆と言った侮蔑的ニュアンスが込められている。ここにも国民蔑視の発想が窺える。しかし藤田教授は、それを、社会主義諸国における「民主主義の貧弱」と対比しているから、大衆民主主義の語に半分は肯定的意味を含めていると思われる。他方でオートクラシーの語は、用いられなくなった。

民科の他の会員も、藤田教授に倣ったのか、「大衆社会的民主主義」について語る例がある。広渡氏は、グローバル化は、「大衆社会の民主主義を駆動力にして形成された国家主導の現代福祉国家の変容・解体に向かう」と批判する（『世界の変容と法律学の課題』、『法の科学』27号、2000年、153頁）。ここでは、これまでの西欧諸国が大衆民主主義であり、福祉国家であったことを認めている。大衆民主主義の語は、小沢隆一氏の論文（「変容する社会的・政治的統合と法」、『法の科学』32号、2002年、12頁）でも用いられている。大衆の大部分は労働者であるから、これは労働者民主主義、すなわちプロレタリア民主主義と言い換えてもよさそうだ。かつては民主主義法学者は、西欧諸国の民主主義を「ブルジョア民主主義」と呼んでいた。しかし今やこの言葉は、死語となったようである。ブルジョア民主主義は、プロレタリア民主主義へと前進したのである。

渡辺治・後藤道夫編・講座『現代日本』では、「大衆社会的統合」という言葉がキーワードとして登場する。それは帝国主義段階で登場したものであり、それ以前は社会の成員から排除されていた労働者階級を中心とした被支配階層や女性に政治的権利を付与し、社会の成員と認めることによって社会的統合に組み込むという支配のあり方だという（講座『現代日本』第1巻、1996年、92頁、渡辺治執筆）。この支配構造においても「強制」の契機は不可欠であるが、ここでは支配層のヘゲモニーに対する大衆の「同意」がより大きな役割を果たすという。大衆の「自発的同意」に基づく支配である（講座『現代日本』第2巻、35頁、後藤道夫執筆。渡辺治「現代国家の変貌」、『現代思想』、2004年、8号、96頁も同旨）。これは権力による「統合」という視点から論じられてい

るが、被支配層の「同意」を重視している点は、「大衆民主主義」を、別の言葉で表現したものとも言えるのではないか。後藤氏は、大衆社会的資本主義では、「政治的にはリベラル・デモクラシーが採用される」とか、「大衆社会的現代は、国民国家の範囲内で資本主義的名望家社会が巨大化し、『民主化』された姿であり、…」と述べている（講座『現代日本』第2巻、36、37頁）。ともかく現代資本主義社会が、民主主義社会であることを認めているようである。

このこととの関係で興味深いのは、レーニンの民主主義論である。レーニンは、「民主主義から政治的反動への転換が、…独占資本主義（帝国主義は独占資本主義である）のうえに立つ政治的上部構造である。自由競争には民主主義が照応する。独占には政治的反動が照応する」と述べている（『レーニン全集』23巻、38頁）。既述のように、かつてマルクス主義者は、レーニンのこの句を愛用し、独占資本主義の下で、民主主義が蹂躪されていると説いてきた。それが「ひたすら悪化論」の根拠ともなっていたのである。実際には逆に、古典的資本主義の時代には民主主義は未発達で（制限選挙制がその端的な証拠である）、帝国主義時代以降、民主主義が確立されていくことは、繰り返し述べてきたとおりである。渡辺治氏や後藤道夫氏はやっとそれを認めた点で、歴史をリアルに見る目をもっていた（後藤氏は、先のレーニン説について批判的に解説している。例えば、講座『現代日本』第2巻、114頁）が、しかし帝国主義下の民主主義の展開を肯定的に評価しているわけでもなく、より緻密で効率的な支配形態とも考えているようだ。

②非階層的統合（平等社会）

渡辺氏は、大衆社会的統合のからくりを、「買収」説によっても説明している。レーニンは、帝国主義支配による超過利潤を用いて労働者の上層を買収し、彼等を労働貴族化し、そのことによって労働者階級全体を支配下に統合したと言う。レーニンは、買収の対象を労働者の「上層」に限定していたが、渡辺氏によれば、現代帝国主義では、買収対象が拡大しているという。「いくつかの帝国主義大国では、超過利潤の均霑を受ける層が『上層』に限られず独占企業の

労働者層に広がり、さらに雇用という点では本国の労働者層全体が『おこぼれ』にあずかる構造が成立している」と言う。それが福祉国家の基礎でもあり、福祉は「おこぼれ」の一部である（講座『現代日本』第1巻、97頁）。渡辺氏は、現代帝国主義と福祉国家は、メダルの裏表の関係にあるとも述べている（同書、103頁）。

今述べたのは、現代資本主義一般についてであるが、日本についてはどうか。渡辺治氏によれば、1990年代の改革は、日本の既存の統合システムの中心概念を、平等、公平、弱者保護、結果の平等であるとし、それに自由、効率などの原則を対置して、「既存企業社会的統合の軸芯にあった特殊な『平等主義』の構造と理念を否定しさっている」と述べている。「特殊な」という形容詞が付いてはいるが、従来の日本社会が平等主義的であったことを認めている（講座『現代日本』第4巻、1997年、90頁）。しかし、「既存企業社会的統合の軸芯にあった特殊な『平等主義』」というのは、かつての渡辺説と鋭く矛盾する。かつては、日本の企業社会的統合を、労働者を競争に駆り立て、それを分割・支配する差別的なものともみなしていたはずである。

その後渡辺氏は、それまでの日本は「非階層型統合」社会であったが、支配層はそれをアメリカ型の階層型社会統合に変えようとしていると繰り返すようになる（「現代改憲論の国家構想」、『法の科学』、35号、2005年、78頁）。日本における新自由主義的改革が進むにつれて、支配層の考える新たな国家構想の一つとして、アメリカ型の階層型社会統合なるものが浮上しているというのである。これは、福祉や教育を階層別に編成し、市民上層は優遇し、中下層は抑制するというものである。アメリカの共和党も民主党も、市民上層を代表する政党であるという（「現代改憲論の国家構想」、『法の科学』35号、2005年、78頁）。

既述のように、渡辺氏によれば、かつての帝国主義時代には、レーニン説が言うように、市民上層のみが買収されていた。そして現代帝国主義では、レーニン時代と異なり、労働者全体が「おこぼれ」を頂戴しているのだという。それが福祉国家の正体だというわけである。ところが、新自由主義下のアメリカは、再びレーニン時代と同じように、市民上層にのみが利益を享受する社会に

なっていることになる。このあたりには、渡辺氏の歴史認識の曖昧さが露呈しているのであるが、それは後の第5節で論じる。

ともかくそれに対して、従来の日本社会の統合のあり方は、「上から民衆を強制的に国民化することであり、市民上層に依拠した統合ではなかった。戦後の開発主義国家統合も、企業社会統合といい、農村や都市自営業者層に対する利益誘導型政治といい、非階層型統合であった」（渡辺前掲論文、『法の科学』35号、2005年、78頁）。これまでの日本が、「非階層的統合」であったということは、既述のように、それが「平等社会」であったということの意味している。渡辺氏は、別の論文でも、わが国の新自由主義改革は、企業社会と開発主義的統合に代わる新たな統合を目指していると言う。それは、『『平等』にかわって『個人の責任と自立』をスローガンとする階層型社会統合と強い国家』だと言う（『現代国家の変貌』、『現代思想』、2004年、8号、107頁）。これまで日本政府は、「平等」を目指していたらしい。日本資本主義も、捨てたものではない。

③利益誘導政治

民科の文献では、従来の自民党政治を、利益誘導型政治と規定する例が増えてきた。かつて民主主義法学者は、自民党政治を、「対米従属と大企業本位の政治」と、ステレオタイプ化した烙印を押していた。実際には自民党は万屋政党であり、アメリカや大企業だけでなく、陽の当たらない分野や地方にも利益を分配してきた。地域に密着してどぶ板政治を行い、数軒しか家のない山奥に道路を通したりした（選挙の票にもあまりならないが）。自民党は、社会的弱者にも利益を配分してきたのである。「乏しきを憂えず、等しからざるを憂う」という言葉は、保守政治の好みのモットーであった。それは、非常に歪んだ形ではあるが、民主主義の一つの日本的な在り方であったと言えなくもない。このような利益分配政治については、以前よりマスコミなども批判してきたところであった。しかし民主主義法学者は、かつてはそのような批判はしなかったのではないだろうか。自民党政治が、アメリカと大企業だけでなく、歪んだ形とは言え、庶民にも利益配分しているとは認めたくなかったのではないだろう

か。

渡辺治氏は、日本では、企業社会的統合と並んで「利益誘導型政治」が、国民統合の役割を果たしてきたと言う。「企業の成長によって得られた税収を、高度成長によって衰退する農村や都市自営業層へ補助金というかたちでつぎ込んだ」と言うのである（「現代国家の変貌」、『現代思想』、2004年、8号、104頁）。同氏は、同じ議論を各所で繰り返している。小沢隆一氏も、同じような議論をしている（「変容する社会的・政治的統合と法」、『法の科学』32号、2002年、9、15頁）。しかし渡辺氏は、「小泉政権は、企業社会統合と並んで、地方の利益誘導型政治も切り捨てた」と言う（「安倍、福田政権崩壊による改憲論の新段階と民主主義法学の課題」、『法の科学』40号、2009年、24頁）。渡辺氏も小沢氏も、小泉改革による利益誘導政治の打破を、どう評価しているのだろうか。格差と貧困を生むとして批判しているのか、それとも利益誘導政治の打破に一定の意義を認めているのか、そのあたりは明らかでない。いずれにしる自民党政治であるから、双方を否定しているのであろう。なお大島和夫氏は、「特定の地域、団体に対する利益の分配、特定の営業に対する保護は、…各時点において選挙を通じて国民の審判を受けてきたとも言える」と、奇妙な評価をしている（「法制度の契約化と構造改革」、『法の科学』38号、2007年、70頁）。利益誘導政治を、ある程度肯定しているようにみえる。

④議会制民主主義

これまで民科では、行政権の肥大化の下で、議会制度が空洞化していると批判されてきた。しかし成澤孝人氏は、55年体制下の日本の議会政治を、比較的高く評価しているようにみえる。同氏は、新自由主義的国家改造の標的である55年憲法体制の下で、「憲法体制の中心は、内閣ではなく国会であった。国会を中心に、与党、野党、官僚、企業、労働組合、その他の社会的団体、地方公共団体等々が、それぞれの憲法構想または利益の配分を巡ってインフォーマルな抗争と交渉を繰り返していた…」と言う。そして、「また、社会においても、幾多の憲法裁判や社会運動を通じて、憲法価値のそれなりの浸透があったので

ある。55年コンスティテューショナル・レジームは、誠に不十分ながら、後発の立憲主義国家における一つの立憲民主政のあり方であったと評価すべきだと思う」（『裁判員制度と憲法理論』、『法の科学』41号、2010年、65頁）。同氏は、現在の政治改革は、内閣の強化など、55年憲法体制の中心である「国会を解体」し、「首相統治制」を目指しているという。これはまた極端な議論の飛躍であるが、ここでもまた、失われかけて初めて過去の良さを再認識したように感じられる。

⑤行政の公共性

市橋克哉氏は、資本主義下の行政は、『『国家的特権的公共性』という本質をもちながら、『市民的生存権的公共性』という形式・内容も、実際に併せてもたざるをえない…』と言う（『行政と法』を考える、『新現代法学入門』、2002年、189-190頁）。前者は「大企業・特権階層の部分的利益に奉仕する階級的機能」であり、後者は勤労者をはじめとする非特権的市民全体の権利・利益を保障・実現する」機能だという（同書、189頁）。そして市民は前者の偽りの公共性をできるだけ抑制する運動を展開し、大企業・特権階層は、後者の形骸化と前者の実質化の確保に努めているという（同書、190頁）。ところが、「・・・九〇年代行革路線は、ついに『国家的特権的公共性』さえあからさまに脱ぎ捨てるものである…」と言うのである（同書、197頁）。しかし著者は、いったい何を言いたいのであろうか。

「大企業・特権階層の部分的利益に奉仕する」ところの「国家的特権的公共性」を脱ぎ捨てるのであれば、それは歓迎すべきことではないだろうか。市橋氏が、「国家的特権的公共性」を脱ぎ捨てることを批判しているということは、実はそれが、大企業・特権階層以上に市民の権利・利益をも守るものであったことを証明している。それが失われそうになって初めて、市橋氏は、「国家的特権的公共性」がなかなかよいものであることに気づいたのかもしれない。市橋氏は、公共性が解体される中で、情報公開制度など、「市民的公共性」を発展させる動きは着実に進んでいるとも述べている（市橋前掲論文、『新現代法

学入門』、2002年、198頁）。そしてこれらは、市民の力によって実現されたというのである。例によって、なにか悪いことがあると支配層がやったことになり、よいことは市民が実現したことになる。ともかくわが国の支配層は、市民の要求に応じるだけの度量をもっているわけである。これまた素晴らしいことではないか。

大島和夫氏は、民科シンポジウムにおける榊原報告へのコメントの中で、「榊原は、行政組織によるサービス提供は平等性・公平性を保障し、制度的にも優れたものであると主張」し、民営化への動きや市民社会型の行政改革に対して疑問を提起した、と紹介している（「シンポジウム『新自由主義構造改革への対抗理論』へのコメント」、『法の科学』39号、2008年、78-79頁）。これは、これまで行政国家化を批判してきた民科の論調とは異なる。また「市民社会型の行政改革」にも疑問を呈しているが、民科の論者の多くも、「市民社会型の行政改革」を主張しているのではないだろうか（「市民社会」の理解に相違があるのであろうか）。ちなみに、私自身は、『法の科学』誌掲載の榊原報告に、大島氏が紹介しているような内容を見出さなかったが、学会での口頭報告ではそのような内容になっていたのであろうか。やや釈然としないものが残るが。

宮井雅明氏は、規制緩和論に関連して、「従来は、業法等に基づく許認可権限とそれを背景とする行政指導が、国民の権利侵害を伴う経済活動を未然に防ぐ機能を果たしていた」と言う（「規制緩和と経済法制的動向」、『法の科学』35号、2005年、33頁）。行政指導が、国民の権利擁護の機能も果たしていたというのである。宗野隆俊氏は、1990年代の行政改革について、「行政官僚制が一定の役割を果たしてきた『政治権力への抑制機能』や、野党の有する対与党抑制機能の減殺」が目指されていると述べている（「一九九〇年代の行政改革における『自律的个人』」、『法の科学』32号、2002年、143頁）。これまで行政官僚制は、政治権力を抑制する機能を果たしていたということになる。これまた、行政官僚制に対する高い評価である。

⑥政治活動の自由

松宮孝明によれば、集合住宅内での政治ビラ配りで逮捕・起訴された事件について、約30年前の猿払事件では権力側が勝利したが、それにもかかわらず、「この30年間、市民運動に対する警察の不当な弾圧は、起訴猶予や不起訴というかたちで一定程度抑制されてきた」と言う（「ビラ入れ・政治活動の自由と刑事規制」、『法の科学』37号、2006年、159頁）。これまで民科の文献では、権力による自由弾圧の話ばかり書かれてきたが、案外権力も、表現の自由を尊重してきたようだ。ただしこの問題が、その後再発することについては、後述する。

⑦司法制度

清水誠氏は、法科大学院が、支配層の利益のためのエリート法律家養成制度になるのではないかと批判し、「多くの国でそのような例がみられるが、日本では、珍しく民衆のための法律家を繰り返し生んできた伝統がある」と指摘している（「法律家養成のあるべき姿」、『法の科学』30号、2001年、162頁）。森山文昭氏も、法科大学院では、「裕福な家庭に育ち、偏差値が高く、従順でこじんまりとまとまった人が法曹になっていく傾向」が強まるだろうと危惧する。他方で、「現在は司法試験に合格しさえすればだれでも法曹になれるので、独立独歩の精神を持った人がこれに挑戦」することも多く、人権擁護の熱意にあふれた人など、多彩な顔ぶれが参入し得たと言う（「司法制度改革審議会の弁護士改造論」、『法の科学』30号、2001年、206頁）。

小田中聰樹氏は、裁判員制度に反対し、裁判に直接参加しなくても、「日本の裁判の仕組みは国民に対してオープンになっており言論を通じて司法に関わることが自由とされています」とか、「今に至るまで裁判批判は国民の自由です」などと、当然のことを強調している（『『市民』的治安政策と裁判員制度の本質について」、渡辺追悼論集『日本社会と法律学』、2009年、562-563頁）。同氏は、一般的には、民科内部で、司法制度の現状に対する最も強い批判者だと思われるが、裁判員制度に止まらず、後述のように、陪審制についてもかな

り批判的である。そして裁判への参加方法としては、非制度的な裁判闘争の意義を高く評価しており、日本には裁判闘争の自由があるというわけである。思いがけないところで同氏は、日本の現状を、繰り返し高く評価している。

広渡清吾氏は、「比較法的に見ると、日本の弁護士自治の強さは、法制的にも、実質的にも最高のレベルにある」と述べている（「司法改革における法律家・総論」、『法の科学』34号、2004年、）。ただし、この⑦で紹介した例は、過去の見方を変えたわけではなく、以前からそのように考えていたが、積極的には語っていなかったのではないかと思われる事例である。

(c) その他

①平和主義

渡辺治氏は、近年、戦後日本の対外政策を示す言葉として、「小国主義」という言葉を頻繁に用いている。「小国主義」という聞き慣れない言葉は、政府の対外的政策を「平和主義」とは言いたくないために作り出された言葉のように思われる。渡辺氏が、この言葉をいつから使い始めたのか、正確には知らない。1997年の講座『現代日本』第4巻でも断片的に登場する（例えば31、46頁）が、そこでは偶然的に使っているかのような印象である。2004年の論文「小国主義政治の歴史的終焉」（『日本の昭和史』28巻、『岐路に立つ日本』）の中では、小国主義概念が全面的に登場している。この表題が示すように、「終焉」する段階になって初めて、過去の日本が小国主義であったことを認識したかのようなようである。

この論文では、社会党や共産党のような中立政策や憲法に従った非武装主義の主張を「平和主義」と規定している。他方で政府のとってきた政策は、「平和主義との対抗の下で形成された」ものであり、安保条約を認め、中立主義ではなくアメリカに追随するものだとし、それを「小国主義」と呼んでいる。続けて言う。「重要なのは、この路線〔小国主義〕は、平和主義との対抗の中でその主張を部分的に受容し、その結果『小国主義』と呼ぶにふさわしいいくつかの特徴をもった点である」。その例として、改憲に対して消極的態度をとっ

たこと、自衛隊の様々な制約、非核三原則、海外派兵を認めないという原則などが列挙されている（渡辺前掲論文、『岐路に立つ日本』所収、225頁）。以前であれば民科系研究者は、それは民主勢力が強く要求し、政府がそれを拒否できないところまで追い込んだもののだなどと言っていたものだが、ここでは、政府が主体的に行った政策として説明されていると言える。

少し後の対談の中の渡辺氏の発言からは、平和主義は「侵略戦争に対してそれを反省して新しいアジアとの関係をつくる」こと、小国主義は「侵略戦争を反省して軍事的には外に出ない」と、使い分けているように思われる。戦後日本の外交政策は、このうち小国主義の方を選択したというのであるが（対談「戦後改憲論の動向と特徴」、『法律時報』78巻6号、2006年、25頁）、日本外交がかつての侵略戦争を反省したというのは、褒めすぎのようにも思える。確かに日本は、専守防衛を国是とし、平和主義政策をとってきたが、かつて民主主義法学者は、決してそのようなことを認めなかった。日本の防衛予算が世界有数であるといったことなどを根拠に、日本の軍国主義化を強く批判してきたのである（後の時期の統計であるが、小沢隆一氏の紹介する2006年版SIPRI年鑑に依れば、日本の軍事費は世界第4位だという。「『武力なき平和』の法戦略」、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、258頁）。

渡辺論文では、佐藤栄作首相の時代に、小国主義政治が確立したと書かれている（渡辺前掲論文、『岐路に立つ日本』所収、2004年、229頁）。私は、かつて佐藤栄作氏がノーベル平和賞を受賞したことはこの賞の価値を著しく毀損したと思い、受賞理由が理解できなかったが、渡辺氏の論文を読んで納得がいった。

しかし、渡辺氏によれば、日本は今や小国主義を捨てて大国主義の道を歩み始めたと言う。それは、一体いつからなのであろうか。渡辺氏は、グローバリゼーションと冷戦終結により、小国主義政策の改変が必要となり、2004年の自衛隊のイラク派兵などは、小国主義国家の変更の到達点であったと述べている。これからみると、1990年以降、日本は小国主義を捨て始めたと言うことのようにある（渡辺治「現代国家の変貌」、『現代思想』、2004年、8号、109頁。「現

代改憲論の国家構想」、『法の科学』35号、2005年、73頁以下）。つまり、1980年代終わり頃までは小国主義であったことになる（前掲対談、『法律時報』78巻6号、2006年、11、14、15頁）。

しかしそれは、同氏の以前の帝国主義復活論と矛盾するのではないか。同氏の1983年の論文「一九八〇年代日本の国家体制・その方向」では、支配層の帝国主義戦略は1970-1973年にその形成が始まり、1978-1982年に確立したとされている。この時期に日本社会の危機が深まったにもかかわらず、労働者階級の運動が高揚せず、反対に逆流現象が生じたのは、「アジアを中心とした日本の帝国主義的進出に支えられ」ており、「この帝国主義的進出に伴う日本資本主義の力量が日本に始めて体制的労働運動のぶ厚い層をつくりだし」たというのである。レーニンの、帝国主義的進出・植民地の搾取による超過利潤を利用した自国労働者階級の買収といった感じの議論である。これからみると、1970年代初めから、日本は既に小国主義ではなかったことになりそうではないか。そもそも民主主義法学者の従来主張によれば、戦後日本政府の外交・防衛政策は、最初から小国主義などではなかったはずである。ここでも、失われかけて初めて、過去の日本の小国主義という平和主義の素晴らしさに気づいたようである。

②治安・家族

ここでは、治安と家族という異質のものを、便宜的に一括した。

前野育三氏は、日本の治安の良さを次のように賞賛する。「日本の犯罪が、世界的に注目されるほど低い水準で安定していることは、誇りうる事実である。実際に、総犯罪を見ても、殺人・強盗などの凶悪犯罪を見ても、人口比で比較した場合、アメリカ合衆国やヨーロッパの主要諸国に比べて、はるかに少ない」。その理由について、警察力の優秀さや、縦社会的人間関係が維持されていることを指摘する者もいるが、「しかし最も大きな理由は、高度に発達した資本主義国のなかで、失業率が比較的低く、職種間の賃金格差が小さいなど、安定した社会であったことが大きく寄与しているのではないであろうか」と同

氏は言う（「歴史の節目と日本国憲法」、『法の科学』22号、1994年、7頁）。

前野氏の言は正しいと思うが、同氏は、以前このようなことを言ったことはないのではないだろうか。同氏は、今それが崩れようとしていると言うのであるが、ここでも失われかけて初めてこれまでの日本の良さに気付いたようである。しかし同氏は、これらの日本社会の良さは、「民主勢力が力量を維持してきたことの成果でもある」と我田引水している（前掲論文、『法の科学』22号、1994年、7頁）。ここでも、良きことはすべて民主勢力のおかげというのであるが、実際は正反対である。民主主義法学者などの強い批判・攻撃にもめげず、日本企業の雇用重視、伝統文化や秩序尊重の精神が、日本をここまで成熟した社会にしてきたのである。西欧型と異なる日本型市民社会の良さが、ここにも表れているのである。

吉田克己氏は、家族法について次のように言う。「戦後の家族法改正によって、個人の尊厳と夫婦の平等を基調とする平等主義家族モデルが採用」されたが、「西欧諸国において、法制のレベルで家父長制家族モデルから平等主義家族モデルへの移行が生じるのは、一九六〇年代以降のことである。日本におけるモデルの変更は、西欧諸国に先行して実現したわけであり、まことに先進的なものであった」（『〈家族と法〉を考える』、『新現代法学入門』2002年、44-45頁）。ただしこれは法制度上の家族についてであり、実際の日本の家族のあり方を、高く評価しているわけではあるまい。

（2）西欧は素晴らしい

元々民科の『法の科学』誌でみる限り、西欧諸国について論じたものは少なかった。したがって、西欧資本主義を具体的に批判することも、あまりなかったように思う。しかし、かつて国家独占資本主義法批判を行っていた当時は、当然ながら、欧米諸国の資本主義体制を全体として批判していたのである。それ以後の時期においても、民主主義法学者（マルクス主義法学者）は、当然、資本主義国家体制全体に対して批判的視点をもっていた。福祉国家についても強く批判し、特に渡辺洋三氏は、福祉国家を志向する西ドイツをファッショ

化しつつあると糾弾していたことは、既述の通りである。少なくとも、西欧諸国を賞賛するような論文は、民科にはほとんどなかったのである。『法の科学』15号(1987年)は、西欧諸国の司法制度につき、比較法的研究を特集しており、同18号(1990年)は、新現代法論争の一部として行われた「国際比較における現代日本法」を特集しているが、そこでも西欧法を積極的に評価する議論は少ない。

彼等の日本特殊論の立場からすれば、西欧諸国をもっと高く評価してしかるべきであったと思うが、西欧諸国もちろん資本主義国であるから、肯定するわけにもいかなかったのであろう。しかしソ連・東欧の社会主義が崩壊して以降、民科の論文には、西欧諸国を賛美する議論が増えてくる。とりわけ西欧諸国における福祉国家の建設を、高く評価するものが多い。福祉国家の形成を、資本主義の理にもかなったものとして、客観的に淡々と語る者もいるが、いずれにしろ、西欧諸国が、福祉国家の建設に成功したことを認めている。

彼等の心情からすれば、ともかく現在の日本社会を否定しなければならないという前提がアプリアリに存在し、そのために、かつては社会主義を引き合いに出していたが、それがだめになると、今度は西欧をもち上げているといった印象である。また他方では、彼等は、社会主義的展望を失った今、西欧諸国こそを自らのめざすべき目標とし始めたかのようにも思われる。とは言え、やはり欧米諸国を主題として取り上げた論文は少ないから、以下断片的な紹介となる。また、便宜的に、異なる基準で項目を立てている。

(a) 渡辺洋三氏の場合

資本主義社会の現状を常に厳しく批判してきた渡辺洋三氏であるが、1998年の『法とは何か』では、「ふり返ってみると、自由権、社会権(生存権)、自決権、発展権と、人権概念が拡大してきたことは、五〇年前には考えられなかった世界史的発展の成果であった」と述べている(同書、253頁)。日本についてではなく一般論として述べたものであるが、新自由主義の登場と社会主義の崩壊で逆流が生じていると指摘しているから、やはり、失われかけて初めて、

これまでの成果を再認識したかのようなのである。同氏はまた、20世紀の憲法は、生存権を中核とするそれに変わったとし、英米独仏と種々特徴があるが、「いずれも資本の利潤の自由をコントロールする（広義の）生存権保障をめざす、新しい社会的正義の法体系である」と高く評価している（同書、76頁）。

同氏は、新自由主義の下で、福祉国家の福祉社会への転換が進んでいるが、日本ではそもそも福祉がおろそかにされてきたのに対して、「他の欧米諸国では、ともかく七〇年近くにわたって『福祉国家』が国家正当性のシンボルたりえたうえでの『福祉社会』への転換であった」と述べている（『日本をどう変えていくのか』、1996年、201頁）。欧米諸国の福祉国家化を、ファシズムへの道とみなしていた人の発言とは思えないほどである。ここではアメリカも、福祉国家の中を含めているが、それでいいのであろうか。また渡辺氏自身、「集団的自助の権利」論によって、政府の「福祉社会論」を先取りするような議論を展開していたことは、既述のとおりである（本稿〈中〉、240-242頁）。

渡辺氏の2004年にまとめた『現代日本社会と法』では、日米の文化を比較して次のように述べている。「アメリカは、もともと建国以来、市民革命をつうじて、市民が自由と民主主義をかちとった国である…」。「これに比べれば、戦前の日本天皇制のもとでは、市民革命がなく、自由も民主主義も抑圧された」。「アメリカ人は、自由と民主主義を愛し、個人レベルでも社会集団レベルでも、主体的積極的に行動する。しかし、日本人は、自由も民主主義も、そのほんとうの味を知らない。徹底的な管理社会の中で消極的に対応するのが日本流である」。そして渡辺氏は、具体例としてプロ野球を上げている。「アメリカの選手は、一人ひとりが自由にのびやかにプレーしている」。それに対して日本の野球は管理野球で、「いつも選手は、監督の顔をうかがいながらプレーしている印象」があり、何となくムードが暗いと言う（同書、64頁）。アメリカ的個人主義に対する渡辺氏のこのような高い評価は、意外でもある。川上野球は管理野球の典型であったが、かつて宮本顕治氏は、川上野球を高く評価していた。マルクス主義者には、管理野球がよく似合うはずである。

渡辺氏は、行政権の肥大化について、次のように述べている。日本では行政

権限の増大によって議会の役割が低下しているが、アメリカやイギリスでは、議会が健在であると言う。ところが同じ箇所で、次のようなことも書いている。行政権の優位と議会の弱体化は、小選挙区制にも表現されていると言う。そして「アメリカ・イギリスその他、少数の大国では二大政党制のもとで、『強い政府』をのぞんで、小選挙区制をとっている」（『法とは何か』、1998年、170-172頁）。これら二国では議会が健在という先の議論と矛盾しないのであろうか。

（b）西谷敏氏の場合

西谷敏氏は、「…ヨーロッパの福祉国家体制は、資本主義体制を前提としても、労働者・国民の福祉を相当程度実現することが可能であることを示し、日本との大きな差異を顕在化させた」（「労働法・法社会学論争の教えるもの」、渡辺追悼論集『日本社会と法律』、2009年、711頁）と述べている。同氏はまた、「ヨーロッパ諸国は、150年にもわたる労働運動の成果によって高い水準の労働条件と労働者権を実現し、現在の激しい国際環境のなかでもそれを維持すべく不断的努力を重ねている」と西欧諸国を高く評価している（「〈労働と法〉を考える」、『新現代法学入門』、2002年、98頁）。

同氏は、「私の最大の関心事、すなわち、ヨーロッパ諸国に比較して、これほどまでに低水準かつ不安定きわまりない状況に置かれている労働者がなぜ抵抗に起ち上がらないのか、という問題に正面から答えた研究は見あたらない」と述べている（西谷前掲論文、『日本社会と法律』所収、716頁）。同氏は、新現代法論争の時期にも、そのような疑問を述べていた。当時は、設問そのものが誤っていた。ジャパン・アズ・ナンバーワンの当時、労働者の多くは現状に満足していたからである。

現在は、確かに状況はよくない。にもかかわらず労働者は、抵抗運動などしないようである。この点については、二つのことを指摘したい。第一は、何と比較するのかという問題である。敗戦後の荒廃した私の子供時代と比べれば現在はいい時代だし、近隣のアジア諸国、いわんやマルクス主義者が支持してい

た社会主義諸国と比べれば、現在の日本はずっと良い社会である。西欧諸国と比較しても、日本が劣っている点もあれば優れた点もあるのであって、どっこいどっこいである。民主主義法学者も、全体的に見て、アメリカが日本より優れているとは言わないのではないか。ヨーロッパ社会でも、イタリアやスペインが良いという人は少ないのではないか。私が日本より優れていると思うのは、北欧諸国ぐらいのものである。

第二の問題。確かに現在の日本は多くの問題を抱えている。だから、今こそマルクス主義（民主主義）法学の出番ではないかと、私は言いたいところである。しかし、汚点にまみれた伝統的なマルクス主義（民主主義）法学は、既に終わっている。西谷氏は、西欧諸国が福祉国家を実現したと高く評価しているのであるが、日本でその福祉国家に強く反対してきたのはだれなのか。他方で社会主義の幻想を振りまき、ソ連などの社会主義を支持してきたのはだれなのか。日本の労働者は、もはやマルクス主義者（民主主義者）の言動を信用しないのである。労働者が抵抗に起ち上がっても、その先には社会主義が待ち構えているかもしれないとすれば、現状の方がまだましだと考えるであろう。そのような思想状況をもたらししたマルクス主義者、民主主義者の責任は極めて重いのである。しかし彼等には、その自覚が全く欠けている。本当に福祉国家を実現したいのであれば、過去の思想を精算し、はっきりと北欧型（西欧型でも良い）社会民主主義を支持すると言えばよいと思う。しかしそのように明言する人は、ほとんどいない。先の西谷氏の発言にしても、「資本主義体制を前提としても」などと書かれている。なお社会主義志向を捨ててはいないのである。西谷氏（同氏は教条的ではないからこそ言うのであるが）には、以上のことをしっかり考えて欲しい。

民科50年を記念したエッセーの中に、ドイツ留学の経験を述べたものが2点ある。一つは西谷敏氏のもので（もう一人の松本克美氏は後述）、同氏は、「西ドイツでの生活体験から、資本主義国のなかにも、個人権の確立や社会の健全性において日本と大きく異なった国が存在しているという事実を痛感させられた…」と語っている（『民科と労働法と私』、『法の科学』24号、1996年、150頁）。

敢えて言うのであるが、私は、日本社会を厳しく批判し、外国を賞賛する人をみると、そのような人は、アメリカに行けばアメリカを褒め讃え、ソ連に行けばソ連の素晴らしさを説くのではないかと疑う。外国に行って初めてその社会を理解するというのは、社会科学的認識能力の弱さを示すものである。私はアメリカとソ連の両国に留学したが、行く前と後で両国への評価が変わるということは全くなかった。

ここで、ついでに取り上げるようにで申し訳ないが、民科50年を記念したエッセーの中で、ドイツ留学の経験を語ったもう一人である松本克美氏の言葉も紹介しておこう。同氏は、「総じてドイツでは生活を豊かにするための社会システムがかなり整備されている。国家や自治体も生活を豊かにするためにあるのであって、決して企業に利潤をもたらすために存在するのではないかのように見える。同じ資本主義国のドイツでもある程度実現しているのである」と述べている（『新しい生活の創造と民主主義法学』、『法の科学』24号、1996年、166頁）。

松本氏は、外国と比べて、日本社会は金儲け社会の権化だと言う（前掲論文、『法の科学』24号、1996年、166頁）。民科の文献では、同様の発言に時々会おう。しかし、金儲けの権化というのは、欧米資本主義、特にアメリカなどに当てはまるが、日本はそれほどでもない。小泉改革の時期、村上ファンドの村上氏が、マスコミ陣に、「金を儲けるのは悪いことですか」と食ってかかっていた。日本人には眉をひそめる人が多かったと思うが、欧米資本主義諸国では悪いことと考える人は少ないだろう。欧米諸国には、何百億円という年収を得る経営者もかなりいる。最近では日本にも現れたが、まだまだ例外的だ。日本では、金儲けを、道徳的に、何かいかがわしいことのように感じる人が、いまでもかなり多いのではないだろうか。欧米諸国では、金持ちはそれを自慢し、見せびらかす者も多いが、日本では隠す人が多い。金儲けを罪惡視する雰囲気があるからである。このような風潮は、日本社会の伝統的精神の表れであるが、それを前近代的として批判してきたのは、民主主義者や近代主義者である。西欧化すれば、金儲け主義になるのである。

（c）西欧福祉国家の賛美

かつて民主主義法学者は福祉国家論を強く批判したが、その理由としては、福祉国家論は、実現不可能な幻想を振りまいて国民を欺瞞するものだとか、国民を掌握・支配し、ファッショ的な体制に導くものなどと説明されていた。より穏やかな批判でも、それは労働者階級に対する譲歩の姿勢を示すことによって、体制の延命を図るものだとされた。しかしその後、西欧諸国が福祉国家を実現したことを、多くの民主主義法学者や、それと同じ立場の研究者が、肯定的に評価している。

後藤道夫氏は、後述のように、新福祉国家論を説くのであるが、それは「旧来の福祉国家の諸特質」を基本的には継承するとして、それを次のように列挙している。「改良資本主義、階級妥協、労働組合の諸権利の高度な保障、強力な社会的・国家的規制、大きな公的セクター、発達した財政調整制度、累進的な高率の所得税、完全雇用政策、ケインズ主義政策、国内経済循環をそれなりに配慮した経済」（講座『現代日本』第4巻、1997年、469頁）。これをみると、これまでの西欧福祉国家は、なかなか良くできた社会であったという気がする。これなら、もはや資本主義を否定する必要はないのではないか。

渡辺治氏は、「福祉国家は、二九年の世界恐慌の克服をめざした各国の管理通貨制の採用によって経済的実現の制度的基礎を獲得し、第二次大戦後の経済成長によって大規模な形で実現した」と言う（「階級の論理と市民の論理」、講座世界史12『わたくし達の時代』、1996年、405頁）。同氏は、西欧諸国では福祉国家が普遍化したとし、「この国家の特徴というのは、たしかに、労働者階級の権力—社会主義を防止するという支配の現代的形態ではありますが、通常いわれる以上に、労働者の要求が国家政策に反映せざるをえないところがある」と述べている（「現代日本社会をどうみるか」、『労働法律旬報』1183・4号、1988年、53頁）。そのためレーガンやサッチャーがこの体制を変えようとしたと言うのであるが、ここでも、失われかけて初めてその価値が分かるという構図が見られる。別の論文でも同氏は、「安定した雇用と社会保障という柱は、ヨーロッパでは、強い労働運動を背景にして、労働者を代表する政党が、不十

分であるが福祉国家で実現しました。資本主義の国でも、大企業を規制し大企業からきちんと税金をとることによって実現することができた経験を持っています」と述べている（『新自由主義、軍事大国化の政治に終止符を打つためには何が必要か』、『前衛』2012年9月、109頁）。

本間重紀氏の論文「日本の企業社会・国家の再編と民主主義法学」（『法の科学』24号、1996年）では、資本主義の現状に対する肯定的評価も多い。現代の資本主義は、独占資本主義段階の「経済的社会的な支配服従関係、不平等に対して」、国家が「生存と平等と福祉の名によって広範な介入」を行っているという。そして「平等（福祉）—大きな政府（福祉国家）—国家独占資本主義（政府規制）の三位一体とでも表現しうる、このような福祉国家的介入はまた、資本主義的な企業的自由に対抗する原理としての公正ないし平等原理がビルトインされた、いわゆる修正資本主義の法体系として、市民法に対する現代法と呼ぶことができよう」と述べている（同誌、10頁）。ここでは、独占資本主義は悪であるが、国家独占資本主義は善とみなされているかのようである。「二〇世紀の現代資本主義、すなわち公正、平等ルールをビルトインされた修正資本主義国家」という表現もあり（同誌、11頁）、新自由主義の改革戦略は、「…福祉国家における平等-福祉国家-政府規制の三点セットに対するアンチテーゼ」だと言う（同誌、24頁）。資本主義社会では、平等・福祉国家が実現されていたのである。ただしこれらの議論は、西欧諸国を念頭においたもので、日本は違うと言うのであろう。

ついでに言えば、本間氏は、アジアの社会主義国について、「二〇世紀の現代資本主義、すなわち公正、平等ルールをビルトインされた修正資本主義国家との比較においても、相対的に劣位に立っているかにみえる」と言う（前掲論文、『法の科学』24号、1996年、11頁）。この評価も、あまりに甘すぎるのではないだろうか。かつてソ連社会主義を肯定していたことの否定的教訓が、まだ活かされていないのである。民主主義者であれば、中国の現状にもっと怒るべきである。

田端博邦氏は、「北欧やヨーロッパ諸国の公共的な生活保障の体系が日本よ

りもずっと手厚いことはよく知られている…」(『幸せになる資本主義』、2010年、297頁)と言い、大島和夫氏は、「同じ程度の国民負担率のアメリカでさえ、政府が支出する社会保障給付費は、日本の二倍以上の水準である」(『総論・日本の構造変化と法改革』、『法の科学』34号、2004年、17頁)と述べている。民科学会での高田清恵氏の報告では、スウェーデンの社会福祉法制度が紹介されているが、同氏はそれを高く評価し、わが国の課題と重なる部分があると述べている(『新自由主義への理論的対抗に関する一考察』、『法の科学』39号、2008年、67頁)。土田和博氏は、対抗構想の一つである「福祉国家のバージョンアップ論」を紹介し、「…日本の未熟な福祉国家をヨーロッパ型福祉国家にキャッチアップするとともに(公的社会保障の高度化、所得保障と福祉サービスの拡充)…」云々と述べている(『新自由主義的構造改革に対抗する社会経済構想』、『法の科学』39号、2008年、10頁)。

脇田滋氏は、「EU諸国では、非正規雇用の導入を例外的事由に限るとともに、最低の要件として同一労働同一待遇が貫かれている」と言う(『現代日本における『ナショナル・ミニマム』』、『法の科学』39号、2008年、118頁)。現代法論争時に、当時の国家独占資本主義を社会主義への移行期と論じていた前田達男氏は、後にそれを振り返り、「現代法論争が対象モデルとしたケインズ主義的福祉国家(改良型国家独占資本主義)」という表現を使っている(『合宿・現代法論争・社会法視座』、『法の科学』25号、1996年、96頁)。「ケインズ主義的福祉国家(改良型国家独占資本主義)」は、かつては用いなかった表現である。当時の資本主義は、それほど悪くなかったかのようではないか。

(d) 欧米訴訟制度の賛美

後述のように、マルクス主義法学者(民主主義法学者)のほとんどが、アメリカ型訴訟制度、例えば陪審制度を高く評価し、日本へ導入すべきことを説いてきた。アメリカの訴訟制度は、非常に個人主義的、自由主義的で、市場原理が訴訟構造にも浸透している。訴訟での争いは、市場の自由競争の延長戦である。それはマルクス主義的な社会観・人間観と、まるで相容れない。にもかか

わらずそれを支持するのは、彼等の思考が混乱していることの証拠である。

アメリカ以外でも、広渡清吾氏は、西欧型の「大きな司法」について語り、「イギリスやドイツの国家的法律扶助の大きさ、ドイツの裁判所制度の物的、人的充実などがそれである」と指摘している（「憲法の理念と国民の要求に基づいて真の改革を進めるために」、『法の科学』36号、2006年、9頁）。清水誠氏は、ロンドンで陪審法廷を傍聴し、「その審議は、百聞は一見に如かず、まことに見事であった」とか、ドイツの司法試験（口述試験）につき、「ドイツで実地に見学したこの試験の見事さに私は圧倒された」と述べている（『司法改革』論議・管見、『法律時報』72巻1号、2000年、102、103頁）。

司法制度の問題は後の第5節で取り上げるので、ここではこれだけにとどめる。

(e) 自由・民主主義など

アメリカ民主主義をかなり高く評価したものもある。比屋定泰治氏は、日本政府は在日米軍再編などに関して国民の意思を問うことをしないが、「その一方で米国は、国防政策について議会、すなわち国民を説得するために説明責任を尽くしているように見える。実際に、議会での合意が得られないことによって、防衛費が大幅にかつほぼ自動的に削減される可能性すら出てきている」と言う（「米軍再編と日本の安全保障」、『法の科学』43号、2012年、154頁）。アメリカ民主主義は、国民の意思を尊重するようだ。

紙野健二氏は、レーガン政権の規制緩和につき、「規制がこの間に歴史的に与えられてきた社会的公共的意義を無視または著しく軽視するものであった」と言う（「レーガン行政改革の法構造」、『法の科学』18号、1990年、53頁）。レーガン行政改革は、「これまでに形成されてきたこの国における一定の民主主義的統治システムや行政と国民との法関係の変化をとまなうものであった」と言うのである（同誌、61頁）。ここでもレーガン以前のアメリカは、民主主義国として評価されているようである。宮井雅明氏は、既述のように、アメリカの独禁法政策を高く評価し、アメリカの要望で日本でも独禁法の強化が実現でき

たとして、「この点に限って言えばその影響は肯定的に評価できる」と述べている（『経済法制の規定要因としての日米関係』、『法の科学』42号、2011年、140-141頁）。

長谷川正安氏は、日本では、憲法はあっても「国民の『人権』などどこかへ行ってしまっている」と言い、それと比較して、「よく憲法が守られ、自由と権利が保障されているイギリスには憲法典はなく、『人権』批判に事欠かない」と述べている（『法律時報』68巻4号、1996年、巻頭言）。最後の部分は、人権が保障されているのに、なおより良きものを求めて批判する自由があるといった趣旨であろうか。

愛敬浩二氏は、クラウチを引用しつつ、「20世紀中葉に放物線の最高位に達した民主主義は今や、放物線の最後の地点（落下の直前）にある」と言う（『改憲論批判と民主主義法学』、『法の科学』40号、2009年、12頁）。「最高位」と言っても相対的なものではあるが、ともかくこれまでマルクス主義者が、帝国主義、（国家）独占資本主義として批判してきた先進資本主義諸国の20世紀の民主主義は、相当レベルが高かったようである。まさか20世紀中葉の民主主義の最高位というのが、社会主義諸国の存在を前提とした言葉ではないと思うが。

笹倉秀夫氏は、日本は、「国家と社会がドイツのように民主化されておらず国家権力・社会権力が著しく反人権的である…」と述べ、ドイツを高く評価している（『自己決定権とは何か』、松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権』、1997年、8頁）。広渡清吾氏は、「規制システムは、労働条件に係わる領域をこえて、労働市場についてさえも、さらにドイツ型の共同決定法のような企業経営への労働者関与にまで及ぶべきものである」と、ドイツの共同決定法を高く評価している（『グローバル化の時代における国家と市民社会の変容』、『法の科学』37号、2006年、63頁）。

戒能通厚氏は、地方分権について、「フランスなどにおける『分権化』が、市民社会そして諸個人から国家に吸収され、肥大化し集権化していた権力を地域社会や個人を中心とした市民社会に返すという理念を掲げていた」と高く評価している（『民主主義社会構築をめざす法戦略』、『法の科学』26号、1997年、

118頁)。

笹倉秀夫氏は、近代の特徴を六つ挙げ、日本はそのうち三つ（工業化、国家の合理的編成、産業資本主義社会）を達成したが、二つ（個人の解放・自由平等と民主主義化、内面的自立性・社会的主体性の定着）は達成されていないと述べている（「〈最現代の法〉をどうとらえるか」、『新現代法学入門』、2002年、281頁）。西欧諸国は、もちろん後二者も実現しているという認識なのである。

以上、いずれもたいした内容ではないのであるが、以前は、民科の文献で、この程度であれ、資本主義諸国を肯定的に評価することは少なかったので、取り上げた次第である。現在の民科では、もはや「資本主義か、社会主義か」といった選択肢の提示は成立せず、「日本型か、それとも西欧型か」が、問題の焦点のようである。

(3) より良き資本主義を！

日本共産党綱領(2004年)では、当面する民主主義革命の課題として、『「ルールなき資本主義」の現状を打破し、…ヨーロッパの主要資本主義諸国や国際条約などの到達点も踏まえつつ、国民の生活と権利を守る『ルールある経済社会』をつくる』ことを掲げている。この点について不破哲三氏は、日本は「ルールなき資本主義」だが、ヨーロッパ諸国は「ルールある経済社会」だと言う。両者を正しく比較するためには、西欧諸国は、「ルールある資本主義」と言うべきではないか。さもないと、西欧諸国は資本主義ではないかのようである。共産党に影響されて、民科の文献にも、時々「ルールなき資本主義」という言葉が登場する。自分の言葉で語らないのは、情けないことである。

不破氏によれば、日本の資本主義は「特殊」と言うより「異常」と言う。「資本主義世界では、資本の利潤第一主義から労働者や国民を守る『社会的バリケード』が、国民生活の各分野に広がってきました」。日本はケタ違いに後れているが、「ヨーロッパの各国では、労働者の労働と生活の条件でも、労働時間や有給休暇など、日本では考えられないような水準が保障されている…」と言うのである（「マルクスは生きている」、『前衛』、2010年2月、44頁）。そ

して、「私たちは、…日本の経済社会を、ヨーロッパではすでにかなりの程度まで実現している『ルールある経済社会』に変えようと言うことを、政治の大きな目標にしています」と語っている（同書、47頁）。

これなら不破氏は、社会主義を説くべきではなく、西欧型のより良き資本主義を、あるいは社会民主主義を目標にすべきではないか。ソ連と西欧を比較すれば、社会主義と社会民主主義の優劣には決着がついたのである。しかし不破氏は、共産党の目指す「ルールある経済社会」は、西欧的な福祉国家とは異なり、社会福祉的な政策を勝ち取ることが最終目標ではなく、資本主義を乗り越えて前進することだと述べている（『党綱領の力点』、2014年、77頁）。しかし、「ルールある経済社会」以上に、いったい何を目指すというのであろうか。それを「乗り越えた」先には、社会主義の独裁国家しかありえない。不破氏は、福祉国家論的な発想では、もう一つの大問題である対米従属の問題が視野の外に置かれてしまうという指摘もしている（同書、78頁）。反米主義に災いされて、なんとピント外れのことを言うものであろうか。

日本共産党が終局的には社会主義革命を目指しているのは当然であるが、実際にはそれが不可能であることから考えると、彼等の最終目標は、事実上、西欧的な「ルールある資本主義」以外にないことになる。それならそれを明言した方がよい。無理をして社会主義の大風呂敷を広げることは、現実の認識と具体的な課題の設定を誤り、さまざまな歪曲、混乱、そしてついにはカタストロフィーをもたらすからである。

田端博邦氏は、『マルクス主義法学講座』にも執筆し、その後『法の科学』誌にも頻繁に登場していたが、2010年には『幸せになる資本主義』を出版している。そこでは、「社会的資本主義」が提唱されている。同氏は、「戦後に先進資本主義の世界で成立した『福祉国家』や『社会国家』は、このような意味における『社会的資本主義』であった」と述べているから、それは特に目新しいものではない（同書、275頁）。同氏は、リーマン・ショック後、ケインズ主義が復活したと見ているから、いわゆる「ケインズの福祉国家」の再建を考えているのであろうか。社会主義ではなく、より良き資本主義、すなわち社会

民主主義である。しかしなぜか同氏も、社会民主主義という言葉は使っていない。

大島和夫氏は、小泉改革に対抗して、「今こそ自由と民主主義という理念に基礎をおいたルールに基づいた経済・社会そして法の制度設計が求められている」と言う（「総論・日本の構造変化と法改革」、『法の科学』34号、2004年、8頁）。そして、既述のように、「公正な市場の競争秩序と個人の尊厳の保障そして社会連帯といった理念には、ほとんどの人が異論をもっていない」と言うのである（同誌、9頁）。「基本原理はリベラリズムあるいは公正なルールと民主的な決定を基礎にした市民社会である。換言すると、『公正な競争』と、『協同と連帯』である…」（同誌、20頁）。

大島氏の独自性は、欧米型とは異なる「新しい日本型」を提唱する点である。「二一世紀のあるべき日本の経済・社会構造が、従来型の統制型であってはならないことはいうまでもなく、アメリカ型の模倣であってもならないこと、新しい日本型（NJ型）でなければならないことを主張したい」（前掲論文、『法の科学』34号、2004年、18頁）。大島氏は自らの構想を、アメリカ型とも従来の日本型とも異なる「第三の道」と称している。これはイギリスのギデンズが提唱し、ブレア政権がとった「第三の道」の影響であろう。イギリスの「第三の道」は、新自由主義化された社会民主主義ともいえるべきものであったが、大島説は、新自由主義化された日本型システムと言えそうである。この新日本型がアメリカ型と異なる理由について、同氏は、「協調的、集団的意思形成のありかた、長期的関係重視の法律関係の締結、温情的な雇用慣行、物づくり重視の経営、こういったものは、社会改革においても顧慮すべき要素である」と述べている（同誌、21頁）。大島氏は、別の論文でも、「従来の温情的雇用慣行や家父長的経営保護は、日本の風土の歴史的な文脈の中では、必ずしも全面否定されるべきではないのではないか」と述べている（「法制度の契約化と構造改革」、『法の科学』38号、2007年、70頁）。

この点は私も、ある程度賛成できる。ただし大島氏がそのように言うのは、急に西洋型の個人主義社会に移行することは困難だからという理由である。私

は、仮に急に移行できるとしても、別に移行する必要はないし、移行すべきではないと思う。既述のように、あるべき資本主義の型は一つではなく、複数存在しうるのである。キリスト教的文化と歴史を背景とした欧米資本主義は、日本の文化的伝統となじみにくい点が多い。キリスト教文化圏においても、アングロ・サクソン系とヨーロッパ大陸系では資本主義のタイプは異質である。日本は儒教資本主義、あるいは仏教資本主義の国であり、欧米型を模倣することはできないし、その必要もない。ただバブル崩壊後の日本は、残念ながら、否応なしに日本型システムを変容していかざるをえなくなっている。望むべきは、大島氏の言うように、新しい日本型を再構成することであるが、それは西欧型への過渡的形態としてではなく、あるべき日本型の探求である。

さて、この大島報告に対しては、「新古典派経済学に由来する『市場メカニズム』ないし『市場原理』の概念を用いてあるべき制度を構想することがなぜに正当化されるのかが明らかにされなければ、一少なくとも民科での議論の文脈では一説得力に欠けるのではないか」という伝統的民科の側からの批判的コメントが寄せられた（宮井雅明「コメント・法秩序の一構成要素としての競争原理」、『法の科学』34号、2004年、74頁）ことは、前にも紹介した。この批判者も、競争原理には「社会的権力を制御する論理としての側面」があり、それを実質化していくことが民主主義法学にとって重要と述べている（同書、78頁）。これは、反独占資本という意味での競争原理を説いているのである。

土田和博氏も、大島氏の「新しい日本型」についてコメントを寄せている。そして大島報告は、「市場競争＝効率性を促進する手段という捉え方を強調し、あるいは市場をそれ自体自己完結的な存在として把握する傾向があるのではないかと考えられる」と言う。それに対して土田氏は、「市場なるものは、…『人間の目的を促進する場合に採用され、そうでない場合に放棄される手段』にすぎず、『人間の目的』に貢献する場合にも、目的実現のためには市場は規制を伴わざるをえないということである」と結論する（「構造改革と『第三の道』」、『法の科学』34号、2004年、71頁）。

しかしこれは、市場の本質を正しく理解しない議論である。市場は、人間が

自由に採用したり、放棄することができるものではない。市場は、ハイエクの言う「自生的」秩序であって、人間が「恣意的」に、あるいは「自覚的」に形成したものではない。それは、敢えて言えば「自然法則」的に自然に生まれてきたものである。それを「意識的」に廃棄しようとするれば、かつての社会主義のような抑圧社会が待っていることを覚悟しなければならない。と言いつつも、私は、そのような覚悟を必要とする時期が来るかもしれないと予感しているのではあるが。

土田和博氏は、また次のような独特の考えを述べている。同氏は、新自由主義的改革に対する対抗理論を展開する中で、市場内部のさまざまな権利・利益に、次のような優先順位をつけている（それぞれの補足説明は私の表現であり、土田氏が言っているわけではない）。①人間が人間として生存するために必要な基本的人権としての財産権など。消費財に対する個人的所有権などである。②中小企業の財産権。これは雇用労働者の搾取を含むことになる。③「資本主義の制度的保障にとどまる資本家の資本としての財産および大規模な株式会社の財産等」。④「資本主義の敵対物として客観的制度保障の対象にすならないとされる企業集団、企業系列を構成する大規模な株式会社の財産」（『岐路に立つ新自由主義的構造改革と対抗理論』、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、346頁）。これは、従来の表現で言えば、独占資本ということになろう。③と④の表現が分かりにくいのであるが、③は資本主義を成り立たしめている企業、④は資本主義の正常な発展を阻害するような大企業という意味であろうか。ともかく同氏の対抗理論は資本主義を前提とし、独占大企業の財産権を最劣位におくようなそれである。具体的には、独禁法の運用において、「主として独占・寡占的企業の行為に規制の重点をおくべき」として、いくつかの提案を行っている（同書、348頁）。これも、より良き資本主義の探求の試みの一つであろう。

講座『現代日本』グループは、新福祉国家の建設を目標としているが、第二次大戦後ヨーロッパにおいて実現した「第二段階福祉国家」の諸課題を達成することが目的のようである（講座『現代日本』第4巻、1997年、「はしがき」、

8頁）。第一段階の福祉国家とは、ベヴァリッジ・プランの定めた最低限保障レベルの福祉国家、第二段階は、それを超える「豊かな社会」段階の福祉国家だという。日本は第一段階は何とか実現したが、第二段階は実現しておらず、従来は企業社会がそれを代替してきたと言うのである（講座『現代日本』第4巻、65頁以下）。このグループが、終局的には社会主義を追求しているのは明らかであるが、表面上は社会主義的目標は棚上げされているかのようである。第二段階の福祉国家を追求するというのはいいことであるし、結局はそれが最終目標にならざるをえないであろう。

第2節 民科の自由主義化

（1）序論

近年民科内部でも、「民科のリベラル化」が指摘されている。確かに、民科の自由主義化は顕著であり、さらに民科が激しく批判しているはずの新自由主義とも、発想の共通性は多い。このように民科が変容してきた背景は、二つある。一つは、ソ連・東欧の社会主義の崩壊である。社会主義が自由の価値を著しく軽視・無視し、人間性を抑圧してきたことが、その崩壊の最大の原因であった。そこから民主主義法学者も、自由の価値を改めて再評価せざるを得なくなったのであろう。しかし社会主義の崩壊という巨大な歴史的事実を突きつけられるまで、そのことに気づかなかったのは、社会科学者として完全に失格である。

第二に、わが国のマルクス主義法学、民主主義法学が継承してきた「講座派」の歴史観である（このことについては、後に改めて論じる）。彼等は日本が近代社会であることを認めず、西欧諸国と比較したときのその後進性を過度に強調してきた。ただ彼等は、近代化を正面から説くことは少なかった。近代化はすなわち資本主義化、ブルジョア社会化を意味するからである。そこで、近代化ではなく「市民社会」化、近代法ではなく「市民法」というように、「市民」概念を隠れ蓑にして、事実上彼等は「近代」を要求していたのである。しかし、近代化、西欧化の要求は、元々資本家階級の要求そのものでもあったから、民

科系学者の主張は、新自由主義思想に飲み込まれていく。客観的には、彼等はむしろ新自由主義の露払いを行い、新自由主義に協力する役割を果たしたのである。どうしてマルクス主義者（民主主義者）は、至る所で、このような根本的誤りを犯すのであろうか。

さて、この第2節では民科の自由主義化を、次の第3節では新自由主義化について論じる。そこでまず、自由主義と新自由主義の違いが問題となる。私は、自由主義と新自由主義の思想は、それが登場した歴史的文脈が異なるだけで、内容的に相違はないと考えている。近代自由主義の思想は、市場経済の発展に伴い、ルネッサンス、宗教改革、近代自然法思想を経て、市民革命期に形成され、19世紀に発展していった。しかし自由社会が様々の社会矛盾や荒廃をもたらす中で、19世紀末以降、様々の社会思想の登場によって、資本主義は規制・調整的なそれへと転換していく。それは社会権の思想や、第二次大戦後は福祉国家論とも結びついて、いわゆる修正資本主義をもたらすことになる。とは言ってもそれは、市場の自由競争の行きすぎを規制し、そこから生まれたひずみを是正するものであって、思想・言論の自由など、精神的・政治的自由を規制するものではなかった。反対にそれらは、20世紀を通して拡大していったのである（民主主義法学者は、19世紀末以降の帝国主義の下で、自由がいつそう抑圧されていったと反対のことを語ってきた）。

しかし20世紀末になると、規制資本主義は制度疲労を起こし、規制によって失われた経済の活力を回復するために、再び自由競争の原理を必要とするようになる。その条件下で、人間活動のあらゆる分野で、改めて、個人の自由、自由競争の意義が強調されるようになった。このような思想は、福祉国家については否定的に作用する。「福祉は人を怠け者にする」と言った言説が幅をきかせ、モラル・ハザードという言葉が流行語のように使われた。新自由主義の登場である。しかしそれは、旧自由主義が一旦修正された後に新自由主義として再生しただけで、内容的には基本的に同じである。ただ歴史状況の相違があるため、福祉国家が完全に否定されることはありえないし、敢えてそこに積極的要素を見出そうとすれば、より高い次元での自由と規制の総合とも言えなくも

ない。

さて新自由主義の「新」は、19世紀的な自由主義に対するものであると今述べたが、新自由主義思想の発祥の地アメリカでは、異なった理解があるのかもしれない。元々リベラリズムを自由主義と訳すのは、やや無理があるのではないか。私の推測では、政治思想としてのリベラリズムは保守主義の対概念として登場したため、初めから進歩主義的なニュアンスをもっていたのではないだろうか。今日でも、アメリカでは、自由主義志向の共和党ではなく、民主党がリベラルと呼ばれるように、リベラリズムは、自由主義と言うよりも、むしろ「平等主義」や「民主主義」の志向を指す言葉となっている（日本でも最近では、リベラリズムの語はそのようなニュアンスを帯びている）。そのことから考えると、新自由主義（ネオ・リベラリズム）に対応する旧自由主義は、19世紀的な自由主義ではなく、「反自由主義化」した近年のリベラリズムであり、それに対する「新」自由主義なのかもしれない。

以下この第2節では、民科の民主主義思想と自由主義思想一般の関係について論じ、次の第3節では、近年の新自由主義思想と民科の思想の共通性の問題を取り上げる。

（2）民科のアイデンティティ・クライシス

民科は、1994年から3年間の研究テーマを「民主主義社会構築をめざす法戦略」と設定していた。これは、1996年に民科法律部会が50周年を迎えることと結びつけられていた。それはまた、ソ連・東欧の社会主義の崩壊によって、民科的な「民主主義」論が危機に陥っていたこととも関係がありそうである。企画趣旨を説明した戒能通厚氏は、『西側・自由主義』体制における『民主主義』や自由主義的人権概念、さらには、『市場経済』といった価値原理ないしは経済体制が、社会主義・共産主義的価値原理や計画経済体制に対して優位性を獲得し、理念としての後者もまた崩壊したとする認識が一般化しつつあるように思われる」と述べている（『民主主義社会構築をめざす法戦略』、『法の科学』23号、1995年、9頁）。

このことは、「民科法律部会の標榜する民主主義法学のアイデンティティ」（戒能前掲論文、『法の科学』23号、1995年、10頁）を脅かすものであろう。1996年の民科のシンポジウム「日本社会と民主主義」の企画の趣旨説明では、国際社会の変動等（ソ連の崩壊などが念頭にあるのであろう）により、「社会科学のパラダイムの転換」の必要性が意識されるようになり、「学会のアイデンティティともいうべき『民主主義』や、『民主主義法学』の概念が何を意味するのかを、今の時点で改めて吟味し、自由で広範な議論を展開することが是非とも必要な作業となってきた」と述べられている（榎澤能生「『民主主義』概念への不断の問いかけのために」、『法の科学』26号、1997年、128頁）。

ここで普遍化しつつあるとされている西欧的な「民主主義」と、民科の考える民主主義はどのような関係にあるのか、依然として明確な説明はない。既述のように、東欧の社会主義崩壊を、民科の研究者も民主化とみなしていたし、藤田教授でさえ、ソ連・東欧の体制転換を民主化とみなしていた（拙稿「歴史に裁かれたわが国の社会主義法研究（中）」、『神戸法学雑誌』59巻4号、2010年、259、262頁、同論文（下）、132頁参照）。同教授は、体制転換における政治的「民主化」については批判せず（ただし微妙な点はある）、専ら国有企業の私有化による社会主義の経済的基礎の解体に批判の矢を向けていた。そこで使われている民主主義の概念は、西側のそれと異ならない。しかし戒能氏は、なおも、西欧的とは異なる民科的な民主主義概念に固執したいようである。とはいえ、その民主主義がどのようなものであるのかは、はっきりしない。

2001年の『法の科学』誌31号では、民主主義をテーマにコロキウムが行われ、中村浩爾氏の「民主主義の変容と民主主義理念の再創造」が掲載されている。そこでは、一方で「民主主義の危機」が語られ、他方で「民主主義の拡大・発展」も語られているという民主主義の現状が説明されている（同誌、118頁）。「民主主義の拡大・発展」とみなしているのは西欧的な民主主義者（そこではサミュエル・ハンティントンなどの名が上げられている）であり、民科的な人達は、現状を「民主主義の危機」とみなしているのであろう。双方の民主主義の観念は全く異なっているが、私が民科系研究者に聞きたいのは、ソ連・東欧の社会

主義の崩壊は、民主主義の前進なのか、後退なのかについて、明確に答えて欲しいということである。既述のように、社会主義崩壊の直後の時期、それらを民主化とみなした発言はあったが、それらは断片的な発言であったり、一時的な感想であって、民主主義について正面から論じたものではなかった。

中村氏は、「思想としての民主主義」について、「民主主義論の停滞と自由主義論の優位という状況があり」、この点が特に危機だという（中村前掲論文、『法の科学』31号、2001年、118頁）。そして民主主義をめぐる「基本的な対抗軸は、『民主主義を方法・手続きとして見る』のか、それとも、『自由・平等・人権などの諸価値をより多く実現するための体系と見る』のかということである」とし、同氏自身は、前者も重要だが、「基本的には後者の立場に立つ」と述べている（同誌、119頁）。これは、既述の、かつての民科の民主主義論（多数派である勤労者階級の権力が民主主義）よりは前進している。ただ依然として、民主主義の形式面よりは内容面を優先している。しかし、内容（自由・平等・人権等の諸価値）の実現の方法としては、形式的民主主義しかないではないか（それだけでは十分でないが、それが必要条件である）。それなしに実現するとすれば、結局ソ連の民主主義と同じことであり、強制された自由・平等・人権ということになる。とはいえ、ここでは民主主義の内容としても、平等以外に「自由・人権」が含まれており、この点も以前よりはましである。

桐山孝信氏は、1990年代、「世界各地での民主化の動きや社会主義諸国の崩壊が生じたため、西欧型民主主義が闊歩することになり、一定の枠にはめられた『民主主義』が国際民主主義の課題として設定され直ることになった」と述べている（『国際民主主義の変容と創造』、『法の科学』31号、2001年、109-110頁）。著者は、西欧型民主主義になお不満をもっているらしい。そして「先進国のいう『民主主義』を引証基準にして」武力行使を正当化することを批判し、「民主主義の概念についてコンセンサスがない世界において民主主義のための干渉を容認することは」、「全体主義と主観主義とに基づく新世界秩序の基礎を据えることになろう」と述べている（同論文、111頁。この部分は、松井芳郎「試練にたつ自決権」、桐山他編『転換期国際法の構造と機能』、2000

年、498頁からの引用。松井氏の文もまたサルモンなる人からの引用)。しかし、今どきなお「民主主義の概念についてコンセンサスがない」と言うのであろうか。観念の世界を別にして、現実には、西欧型民主主義以外にどのような民主主義があるというのか。今桐山氏が引用していた松井氏も、後には、民主主義など西欧出自の価値を普遍的価値と認めるような発言をしている（本稿「下・I」、258頁）。

私などはむしろ、西欧近代の理念や制度を絶対化することに反対し、「和魂洋才」的に、各社会に適合的に変容しつつ発展させることが必要だと主張してきた。また、それ以外にない。そして、もちろん、軍事力による民主主義の輸出を支持しているわけではない。西欧型民主主義は一応普遍的価値をもっていると言えるが、それを実現する条件のない世界も多い。前にも述べたが、一時期アメリカの一部で、「中東の民主化」、「世界の民主化」などが唱えられていたことがあった（民主主義の世界革命論）。しかし中東を民主化すれば、反西欧的なイスラム宗教勢力が進出することはつとに予想されていたし（サウジアラビアで民主的選挙を行えば、ウサマ・ビン・ラディンが大統領に選出されるだろうなど）、実際ある程度そうってしまった。

とはいえ、近代民主主義の原型は、近代西欧が生み出したもの以外にないであろう（古代ギリシャなど支配層内部の民主主義はまた別である）。なお鮎京正訓氏の論文には、ベトナムの改革派が資本主義的發展を主張し、「資本主義的發展が不可欠であるとすれば、市場経済とか搾取とか民主主義といった、その必然的な付属物を拒否することはできない」と述べていることが引用されている（『アジアの開発と人権』、『法の科学』27号、1998年、42頁）。これはなかなかの確な指摘だと思う。資本主義と民主主義は相性がいいのである。

ところで、現在の日本は、民主主義の観点からはどのように評価すべきなのか。私は、現在の日本は民主主義国家だと思う。問題点を上げれば、無数に上げられるだろう。その個々の欠陥を是正するのが民主主義的変革なら、私も賛成である。しかし、かつての藤田教授のいう民主主義的変革は、通常のそれとは異なり、『新しい』民主主義、もしくは『人民的な』民主主義の実現をめざ

すもの」とされていた（藤田勇「民主主義的変革と法律学」、『法の科学』6号、1977年、5頁）。それが社会主義を志向していたことは明らかである。

しかし民科の議論でも、ソ連社会主義崩壊後は、既に現代日本が民主主義国家であることを認めたかのような発言はかなりある。1994年から3年間の研究テーマ「民主主義社会構築をめざす法戦略」における笹倉秀夫氏の報告、「民科法律部会五〇年の理論的総括」では、そのような言葉が多い。「民主主義の発展によって市民のための国家行政（福祉国家の光の面）が拡大した…」、国家を階級支配の道具であると同時に共同社会事業の受託機関でもあると位置づけ、「現代国家は民主主義の発達によって人民の権利の擁護者として機能する可能性を持つようにもなったとする見方が広がり、民科でも支持を受けるようになった」、「現代においては、民主主義や基本的人権、公平な裁判、市民的な行政（行政の公益性・公共性）などが国家制度ないし原理として導入されている」など（『法の科学』26号、1997年、9、11、12-13頁）。そうだとすれば、民主主義法学の課題はかなりの程度達成されていることになる。個々の課題はなお残るとしても、体系的な「民主主義的変革」はもはや不要であり、いわんや社会主義的変革への上向など問題外ではないか。もっとも笹倉氏の議論は、現代の資本主義国家一般について論じているのであって、「日本は違う」と考えているのかもしれない。

（3）自由主義と民主主義

1991年の民科の統一テーマ「変動する現代世界と法理論の課題」において、民主主義についても二本の報告がなされている。テーマの趣旨を説明した小森田秋夫氏は、民主主義と自由主義との対話の必要性を説いている。そこでは、「『民主主義』の思想は人間存在の個人主義的把握を克服しようとするものとして現れ、その集団主義的・階級的把握と親和的である」のに対して、自由主義は、「個人の自律性を原点とし、『階級的人間像にたいして』市民的人間像を重視する思想」とみなされている（「学会のテーマに寄せて」、『法の科学』20号、1992年、40頁）。従来民科では、自由主義と民主主義を対立する思想とみなし、

前者を消極的、後者を積極的に評価していた。今の小森田氏の言葉にもそれは表れているが、同氏は、自由主義について再評価する必要性があることを示唆しているように受け取れる。実際学会の報告でも、自由主義の評価は上昇している。

(a) 自由主義と民主主義の結合論等

1991年の民科学会の報告の中で、片岡昇氏は、民主主義と自由主義の関係について、次のように述べている。まず「平等化が進むほど国民の支配が進むという意味で、〔民主主義にとって〕平等原則は本質的意義を担う」と言う（『社会法と民主主義』、『法の科学』20号、1992年、97頁）。そして「自由は不平等を生み、平等は自由を制約するという意味で、自由と平等は原理的に対立する」。しかし両者が結びつかなければその存在意義を十分に発揮できないとして、「『市民の権利が社会的に平等となればなる程、自由を有効に用いて価値ある領域を開拓していくことができる』という意味では、両者はむしろ補足的な関係に立つものといえる」と、片岡氏は言うのである（同誌、102頁）。ここでは、少し苦し紛れにはあるが、自由主義と民主主義の結合が説かれている。

佐々木允臣氏の議論も似ている。同氏は、自由主義と民主主義のそれぞれがもっている問題点を克服し、「公共性があるにもかかわらず自由主義が聖域にしている私的領域に民主主義的権力が介入すること、しかしその民主主義的権力は権力をチェックするために自由主義が編み出してきた貴重な遺産（たとえば、法治国家、人権の憲法規範化と裁判所による人権侵害の救済、権力の分立、地方分権等々）を継承し権力の及ばない市民社会の領域を拡大すること」が必要だと言う（『民主主義の人権論的構成』、『法の科学』20号、1992年、97頁、86頁）。

私は、片岡、佐々木両氏の、自由主義と民主主義の結合論に賛成であるが、しかし同床異夢であろう。自由主義と民主主義の結合の基盤は、先進資本主義諸国には既に存在していると私は思うが、両氏のそれはやはり社会主義のイメージである。佐々木氏はその目指すべき「市民社会的民主主義」を「自律的

社会主義」とも称しているが、なぜ「社会主義」と称する必要があるのか理解できない。そこにおける経済構造（市場経済なのか否か、所有制度はどうか）は不明だし、階級的視点はない。ともかくここでは、自由主義の評価が、民主主義と同じレベルにまで高まっていることを確認しておけば足りる。

その後の民科学会誌で、前野育三氏は次のように述べている。同氏は、社会主義の崩壊について触れた後、「自由主義を軽視する民主主義には危険が伴うということについて、われわれは、かなりの経験を蓄積したと言えるであろう。それは同時に、民主主義の手続的側面を重視することでもある」と言う（「歴史の節目と日本国憲法」、『法の科学』22号、1994年、6頁）。正しい認識とは言え、気付くのが遅すぎるのではないだろうか。

吉田克己氏の論文には、「民主主義とは、端的にいえば、国家権力レベルでの民衆の自己決定ということに帰着する…」という文章がある（「民主主義・自己決定権・市民的公共性」、『法の科学』26号、1997年、133頁。笹倉秀夫『法哲学講義』、2002年、239頁も同旨）。これは民主主義の語を言い換えただけで、何も言ったことにならないが、自己決定という言葉を使うところに自由主義的な雰囲気はある。やはり民主主義と自由主義の調整を志向するものであろう。

浦田一郎氏は、次のように述べている。従来の民科の人権論は、「人間の社会的性格を重視してきた。民主主義の意義を強調し、反面個人主義や自由主義を批判してきた」（「総論—民主主義法学と人権論の構想」、『法の科学』29号、2000年、9頁）。「人権の構成の仕方を見ると、全体として個人の自由権の位置づけの弱さが感じられる」。「国家の社会的・階級の本質の把握とその変革が第一次的に重要なものとされる反面、憲法や人権による国家の制約としての立憲主義が、相対的に低い意義しか認められない傾向もあった」（同誌、10頁）。ここでも、これまで、民主主義が自由主義よりも優先されてきたことが、批判的に指摘されている。

（b）自由と平等の関係

民科の最近の議論では、今みたような自由主義と民主主義の結合を説くのと

同じように、自由原理と平等原理の結合を主張するものも多い。

先にみた片岡氏もそうであったが、民主主義法学者にとって、「民主主義」と「平等」は相性がいいようで、しばしば同等視されている。渡辺洋三氏は、民主主義には二つのメルクマールがあるとして、その一つとして「平等」原則を挙げていた。「民主主義社会というのは、『人間みな平等』の社会をいう…」と言うのである（『日本における民主主義の状態』、1967年、「前書き」。もう一つは、「人間が自らの手で社会をつくること」だという）。

しかし民科系学者が、民主主義をしばしば平等原則と結びつけるのは、はなはだ疑問である。民主主義は、何よりも政治権力の構成原理であり、また権力の意思の決定に関する原則である。その際各国民は、平等な権利をもってそれに関与する限りで、「平等」原則と関わるが、それは「平等原則」一般のごく一部でしかない。しかし民科系学者の場合、しばしば、福祉による結果の平等化を含め、平等の実現一般を民主主義と理解しているようにみえる。それは、常識的な民主主義概念とは異なっている。社会科学用語は、一般の常識語と異なっても不思議ではないが、あまりに差異が顕著なときは、その社会科学用語には無理があると考えるべきである。

アメリカ社会は不平等な社会であるが、民主的な社会と多くの者は思っている。旧社会主義社会は、資本主義に比べれば平等な社会であり、かつては真の民主社会と賞賛する者もいたが、現在ではそんなことを言う人はいないであろう。平等社会はしばしば独裁国家であり、民主主義とは正反対のことも多いのである。独裁と民主主義は矛盾しない（カール・シュミット）と言える歴史の局面は確かに存在するが、そのような民主主義概念はやはり不自然であり、誤っている。ただ民科では、平等原則と民主主義を同一視する傾向が強いので、その視点から自由主義と民主主義の関係を探ることは、本稿のテーマにとって有効である。

この問題を主題的に取り上げたものではないが、自由と平等の関係を論じたものは、民科の文献にはかなり多い。例えば本間重紀氏は、次のように述べている。「民主主義的な法改革戦略においては、国民の側から平等（生存）と統

一的な自由を提唱する必要がある」（『日本の企業社会・国家の再編と民主主義法学』、『法の科学』24号、1996年、9頁）。「今日、重要なのは、…自由と平等は対立的ではなく、相互依存・規定関係に立つことの確認である」（同誌、19頁）。従来は「基本的には自由と平等という二項対立的区分にしたがっていた」が、「自由主義的法理論ないし自由の契機を重視する法理論は、市民による企業社会・企業国家の改革のための対抗戦略としても、相当程度、有効な射程をもつことはあきらかである」（同誌、20頁）。

本間氏は、別の論文でも、企業の自由と勤労市民の自由を区別し、「勤労市民にとっては、自由の喪失は平等の侵害であり、自由の回復は平等の達成である。…まさに、勤労市民においては自由と平等は統一的な存在である」述べている（『暴走する資本主義』、1998年、258-259頁）。また同氏は、従来の「平等・生存という戦略に対する自己反省として、民主的法改革論の側にも、市民法論や自己決定論など、自由論的戦略が存在すること」も指摘している（前掲論文、『法の科学』24号、1996年、9頁）。「自己反省」と書いてあるから、社会主義の崩壊を機に、自由主義が見直されたことが窺える。

土田和博氏も、「自由だけあって平等でない社会も、平等だけが優勢で自由が存在しない社会も共に不十分であって、両者が共存してはじめて十分な社会編成原理たりうる…」と述べている（『市場イデオロギーと現代社会正義論』、『法の科学』26号、1997年、52頁）。同氏はまた、「自由基底の諸理論」が、新自由主義戦略に共鳴してしまう傾向を指摘し、それが支配的戦略に流されてしまわないためには、「生存や平等を確保するための団結、協同、連帯の積極的意義を基本的に承認し、これと自由ないし自己決定との共存を図る方策を見出すよう模索すること」が必要だと言う（『『改革』の総仕上げとしての憲法『改正』と自由基底の諸理論』、『法の科学』32号、2002年、137頁）。また、新自由主義に対抗する戦略を紹介する文脈で、「平等・生存と統一的な自由の提唱」や、「公正・平等・生存などの諸原則と共存的である自由を基底とする市民法と、平等・生存を原理とする社会法の重層的な法戦略」について語っている（『新自由主義的構造改革に対抗する社会経済構想』、『法の科学』39号、2008年、

9頁)。

根本到氏は、西谷氏の自己決定論(後述)の課題について論じる中で、「自己決定権と平等論の関係」に触れている。これは、自由と平等の関係の問題と同じと言っていいだろう。同氏は言う。「自己決定と平等の関係を、原理的に考えてみると、機会の平等が十分に与えられていなければ、選択可能性が狭まるので、自己決定の存立基盤は疑わしくなる。しかし他方で、あまりに多くの問題を平等論で解決しようとすれば、自己決定の余地を著しく狭めることになる」。ここでは「平等」と「機会の平等」の違いがうまく整理されていないが、ともかく根本氏は、この二律背反を解決するためには、原理的な(再)検討が必要であることを示唆している(『労働法における自己決定論の意義と課題』、『法の科学』34号、2004年、135-136頁)。

吉田省三氏は、生協運動の思想にも変化が現れていることを指摘している。同氏は、「戦後日本社会では共同性を無自覚に受け入れ個人の自由よりも平等が重視されてきた。それは生協運動においても、免れない傾向であった」と言う。それに対して、1997年の日本生協連の「二一世紀ビジョン」では、「自立した市民の協同の力で人間らしいくらしの創造と持続可能な社会の実現」を目標として掲げているというのである(『協同組合の可能性』、『法の科学』33号、2003年、63頁)。吉田氏自身は、そこでは「自立、自由、自己責任などの理念が過剰なまでに強調」されていると懐疑的であるが。

藤田勇教授も、ソ連崩壊後、「次の問題に答えることが必要になろう」と、自由と平等の関係について語っている。「現代資本主義世界の諸条件のもとで、個体的自由と公正手続を追求しつつ、平等な共同的关系を(物的・生産的生産において)形成する道はあるのか。それを目指す営みが、現存体制に不断に吸収されることなく、現存体制の世界史的克服をもたらす可能性はあるのか、という問題である」。このように設問しながら、「しかしこの場ではもはやそれを論じる余白がない」と、直接の解答を避けている。ただその後で、現実の矛盾のなかから新しい地平が開かれるとして、「その可能性は具体的に探求されるべきである」と付け加えている(『二〇世紀末の世界構造激変と民主主義法学』、

『法の科学』20号、129-130頁）。これが教授の解答なのであろう。私なら、先の設問の前半については、「ある程度可能」であり、現にある程度実現している国もあると、後半については「不可能」と、明快に答える。「不可能」なことを探求するのは巨大な無駄であるばかりでなく、膨大な犠牲を生むことを、肝に銘じなければならない。

（c）裁判への参加（民主主義）への懐疑

裁判員制度の問題は、後にもう少し詳しく取り上げるが、ここでは、自由主義と民主主義の関係という視点から、簡単に論じる。

新屋達之氏は、裁判員制度について、「国民参加という民主主義的原理と人権保障という自由主義原理が必然的に結びつくわけではない。国民的要求に名を借りた重罰化や人権保障の後退現象（…）に見られるように、民主主義即自由主義とはいいい得ない」と述べている（そして国民参加により権利保障が充実される方法を考えるべきだと提唱する。「司法改革のイデオロギー」、『法の科学』35号、2005年、140頁）。民主主義法学者は、かつては、自由主義と民主主義の対立面を強調した上で、民主主義の方を優先していた。ここでは、やや優先度が逆転したように感じられる。

後に述べるように、司法制度改革推進派が、国民の司法参加を「自立的個人を基礎とし国民が統治の主体として自ら責任を負う」云々と説明している点について、民科の論者は批判的であった。森英樹氏は、「そこで描かれている『個人』とは、『自己決定権』をそのまま『国民主権』概念に直結させた上での『統治を共に引き受ける責任主体』のことであって、被治者であるがゆえに『統治の責任を問う権利主体』のことではない」と言う（「司法制度『改革』を疑う」、『法の科学』30号、2001年、241頁）。だからどうと言いたいのか、よく分からないが。個々の国民は、一方で権力の責任を問う権利主体であると同時に、主権の担い手の一員でもあるという二重の位置づけをもつ。そこには一定の緊張関係はあるが、主体的市民はこの二つの役割を合わせ受けもっている。ちなみにソ連市民は、権利主体でもなければ、権力主体でもなかった。国民が権利主

体であると同時に権力主体でもあり得る日本は、自由主義的民主主義国家と言うべきである。

小沢隆一氏は、「司法という権力作用への国民の参加は、本来、『人権の主体』としての立場を基底にもちながら、…『主権の主体』として、権力である司法の行使をコントロールするものとして構想されるべきである」と述べている（『司法改革と日本国憲法』、『法の科学』36号、2006年、16頁）。ここでは、国民の「主権主体性」は、主権を行使することではなく、人権主体が主権をコントロールすることにあるとされている。つまり、主権主体性は人権主体性に解消されており、事実上消失してしまう。国民は、「被治者」の地位に甘んじるべきだと説いているようにみえる。民主主義よりも自由主義が、圧倒的に重視されているのである。

広渡清吾氏も、後述のように、裁判員制度に関連して、主権者としての国民は権力の「淵源」であるに過ぎず、制度的には国民は「統治客体」であるなどと論じている（『憲法の理念と国民の要求に基づいた司法改革のために』、『法の科学』30号、2001年、11-12頁）。ここでも国民は、統治客体として権力に抵抗する存在としてのみ位置づけられ、権力主体とはみなされていない。やはり自由主義的な把握である。

しかしなぜ国民主権下の国民は、権力を外からコントロールすることに止まらなければならない、直接権力行使に参加してはならないのであろうか。直接民主主義的な関係が、一定の状況下では危険性を帯びることもありうるが、個々の裁判への参加は、そのような危険性と無縁である。小沢氏や広渡氏のような主張は、民主主義にとって自殺行為的発言である。

(d) 社会権の自由権化

1997年から3年間の民科の企画テーマについて回顧した広渡氏は、「社会保障の権利を自由権とは異なるレベルの権利としてではなく、それを本質的要素とする権利として構成する議論がこの三年間を通じて強く打ちだされた」と述べている（『世界の変容と法律学の課題』、『法の科学』29号、2000年、156頁）。

生活保護を受ける権利を、自立への権利として捉え直すといったことであろう。ここでも「平等」原則に、「自由」の理念が導入されていると言えよう。

菊池馨実氏は、社会保障を、「生活保障」という物理的事象レベルでのみ捉えるのではなく、社会保障の目的を、「自律した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現のための条件整備」と捉えている。『『自由』の理念を社会保障の基本的な指導理念として位置づけ』と言うのである（『〈社会保障と法〉を考える』、西谷・笹倉編『新現代法学入門』、2002年、126頁）。井上英夫氏も、「人間の尊厳に基づく自己決定を生活保護受給者にも認めるべきである」とし、「社会保障の権利は自由権と社会権を総合化した、人権の総合的な保障でなければならない」と述べている（『日本国憲法五〇年と社会保障の権利』、『法の科学』27号、1998年、118、119頁）。小沢隆一氏は、今日における社会保障政策の基本は、『『自律か保護か』という二者択一ではなく、『保護における自律への権利の保障』に据えられるべきである』と述べ（『『国家改造』と『司法改革』の憲法論』、『法律時報』72巻1号、2000年、62頁）、笹沼弘志氏の論文を注記している。笹沼論文については、後に第3節第3項で取り上げることにする。

ところで井上英夫氏は、「民科そして法律学、憲法学者にもみられる生活を論ずることを『卑しいこと』とする意識、理論的には『自由権』と『社会権』の二分論、自由権の社会権への『優位論』、…の超克が求められている」と述べている（『格差＝不平等・貧困社会とセーフティ・ネット＝人権』、『法の科学』39号、2008年、112頁）。これは、私にはやや意外な発言であった。確かにかつてのマルクス主義者は、「生産」と「消費」を対立させ、労働者としての「生産」の場を重視し、消費者について論じることには批判的である時期があった。「生活」の軽視とはそのようなことを意味するのであろうか。社会権に対する自由権の優位は、最近の「リベラル化」のことを言っているわけではないだろうから、やはり私には分りにくい。

先進資本主義国において「自由権」は、いわば空気のように存在するものである（民科系学者は、多くの自由の抑圧例について語るであろうが）。旅行が著しく不自由であった（ソ連人にとっても）ソ連では、「旅行の自由」が問題

になりえたが、西欧諸国では、このような自由概念はないのではないか。他方で社会権は、意識的に追求しなければならない権利であり、私は当然社会権の方が高度の権利であると思ってきた。また、法学者は一般に、特に民科系学者は、当然そのように考えていると思っていた。しかしこの点で、私は間違っていたのであろうか。

(e) 笹倉法哲学における自由主義と民主主義

笹倉秀夫氏も、新自由主義に対して、「真の自由—『平等』や『公共』、連帯をも組み入れた自由—を具体化しそれに対置する作業」が重要と指摘している（「民科法律部会五〇年の理論的総括」、『法の科学』26号、1997年、17頁。同氏の「一九九五年度学術総会における最終コメント」、『法の科学』24号、1996年、110頁も同旨）。同時に笹倉氏は、「日本の多くの法学者が、日本では個人の尊厳や自立意識に遅れがあるため、その現状を打開すべく敢えて自由権に重点をおくのも、理解できることではある」と述べており、ここには微妙なニュアンスがある（「自己決定権とは何か」、『現代社会と自己決定権』、1997年、13頁）。日本の特殊事情から、自由（新自由主義的な自由も含めて）を重視するのもやむをえないというのであろうか。

笹倉氏の著作『法哲学講義』（2002年）では、自由主義と民主主義についてかなり詳しく論じられている。この本は読む頁毎に引っかかるところがあり、批判したくなる。しかし一定の原理や体系性に欠けているため、全体として雑然としており、いちいち取り上げる意味はなさそうだ。自由主義と民主主義の関係について、笹倉氏は、結論的には次のように述べている。「両者は本質的に相異なるのだから『理論的統一』はありえない」。「両者は統一され得ない、しかし両者はともに追求しなければならない」というディレンマの意識が重要である。「大切なのは、相補的だが相対立もする、これら二つが、共に必要であることを自覚し、両者の不断のバランス化と、両者を共に追求しなければならない緊張感の意識を堅持し続けることである」（同書、248頁）。ちなみに私は、以前より、「社会主義と自由・民主主義は相容れない。そのことが自覚さ

れたならば、多少はましな社会主義が実現できるかもしれない」と述べてきた（マルクス主義者は、「社会主義の下でこそ真の自由と民主主義が全面的に開花する」などと述べていたのである）。似たような発想だと思う。

さて笹倉氏の著作では、著者は意図していないのであろうが、論理としては自由主義が民主主義に優位するかのような組み立てになっているように読める。つまり自由主義を追求していけば、民主主義も実現される可能性が高いらしいのである。両者の関係について、次の3つが列挙されている。①民主主義と自由主義はともに自己決定を原理としており、「自己決定ないしその意味での『自由』を追求すれば、自由主義とともに民主主義にも至るという面がある」。②自由主義の根底には、一人ひとりの人間を尊重することが基底的な原理となっている。「これは、すべての人が平等ということでもある」。それが政治の場では、「すべての人が主体として政治に参加する民主主義に至る」。ここでは、「平等」原理も「自由」原理から説明されている。③権利の濫用が生じたとき、「自己決定を求める自由主義は、全員が権力を掌握しそれに参加することによって権力の濫用を防ごうとして民主主義に至ることが多い」（同書、239-240頁）。これらをみると、自由主義を追求していけば、同時に民主主義も実現できそうではないか。私自身も、市場の自由競争から自由主義も民主主義も共に説明している（さらには「人間精神の一般的発展」も重視しているが）から、ここでの笹倉氏の説明に近いところはある。

他方で、笹倉氏の説明では、民主主義を追求していくと、それはしばしば自由主義と衝突するようだ。例えば、民主主義では立法権の優位がその特徴という。したがってそこでは、『法律に先行する基本的人権』という自由主義的観念は、民主主義原理下では発達しにくいのである」と述べている。また「個人の自由は、共同体に参加しその共同体の部分として動く自由、すなわち積極的自由であると観念される」と言う。しかし、「積極的自由」はしばしば「自由の抑圧」を意味するのである。また「民主主義では、権力はそれ自体が悪だとは考えない」。「したがって、権力を如何に制限するかという自由主義的関心は重大問題とはならない」と言うのである（同書、241、242頁）。

これからみると、自由主義を突き詰めていけば民主主義が実現される可能性があるが、民主主義を追求すれば、自由主義は危機に陥りそうだ。笹倉氏は、自由主義が民主主義よりも優位にあることを証明したことになりそうである。⁽²⁾

(4) 民科のリベラル化

清水誠氏は、『時代に挑む法律学』（1992年）の中で、イギリスのアクトン卿の有名な言葉「権力は腐敗する。絶対的権力は絶対的に腐敗する」を引用している（同書、45頁）。これは自由主義の宣言である。「絶対的権力は絶対的に腐敗する」という命題は、社会主義諸国にもピッタリ当てはまる。播磨信義氏も、イギリスの事例を挙げつつ、「批判・監視から免れた権力は腐敗し・暴走する。歴史的には、そういう避けがたい事象から、人権の観念が生まれ、それを守るために憲法、権力分立、司法権による立法・行政権のチェック（基本的人権の擁護）という考えや諸制度が形成されてきた。権力が正義のみを行うのならそれらは不要だった」と述べている（「権力を監視する国民参加の司法」、『法の科学』30号、2001年、235頁）。いろいろ回り道をして、やっと自由主義の教科書的常識にたどり着いたという感じである。かつては、社会主義の権力は「正義のみ行う」と信じていたから、そこでは権力をコントロールする自由主義的な諸原理は不要と考えていたのであろう。

民科の1994年-1996年の研究テーマ「民主主義社会構築をめざす法戦略」についての総括報告で、戒能通厚氏は、「民科の民主主義論のリベラル化」を指摘している。そして民科の議論が「自由に対しての積極的な評価とその再構成に収斂しつつあるように見える」とか、「自由な個人の選択の結果としての社

-
- (2) 笹倉氏の議論を、笹倉氏とは異なる仕方で整理したため、念のため、次のことも付け加えておく。笹倉氏は、民主主義と自由主義の病理現象についても触れている。前者では、多数決原理によって少数者の権利が侵害される危険性、衆愚政治に陥る可能性、後者では、各人が自分の世界に閉じこもり、政治的無関心となり、悪しき権力が野放しになる危険性、自由主義は、実は「自由」よりも「安全」、「秩序」を求めて強力な権力を求めることもあるといったことが指摘されている。

会を求めるといった理念を掲げたりベラルな考え方が民科でも有力になりつつあり、逆に、ポピュリズム的デモクラシーや政治過程への直接的参加を重視する『参加民主主義』については、必ずしも旺盛な関心が示されたようには見えなかった」と述べている（『法の科学』26号、1997年、114、123頁）。

同じようなことは、同じ時期に行われた民科の1996年のシンポジウム「日本社会と民主主義」でも観察することができる。例えばそこで樋口陽一氏は、1989年のソ連・東欧の激動後、ヨーロッパでは、「〈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」と指摘している（「〈民主主義〉から〈立憲主義〉へ？」、『法の科学』26号、1997年、152頁）。私は樋口氏の意図したところが十分には理解できないが、当日の討論も踏まえた榊澤氏の「まとめ」では、樋口報告は、「日本社会の現状認識を踏まえて明確に立憲主義、人権、自由のカテゴリーの重視を主張することにより、民科法律部会における民主主義の自明性を問う議論であった」と評価している（「五〇周年記念学術シンポジウム討論のまとめ」、『法の科学』26号、1997年、152頁、156-157頁）。中村浩爾氏も、樋口説をそのように解している（「民主主義の変容と民主主義理念の再創造」、『法の科学』31号、2001年、123頁）。

これらのシンポジウムでは、市民社会論、自己決定論などが展開され、内容的には、自由主義一般というよりは新自由主義に相通じるような議論も目立った。戒能氏が「リベラル化」と評したのも、それらを念頭においたものであったが、これらの点は後述する。

民科の議論では、民主主義は、もはや自明の善とはみなされていない。吉田克己氏は、「市民的公共性の民主主義モデル」は、「個人の自己決定権ないし権利と緊張関係にある」（「民主主義・自己決定権・市民的公共性」、『法の科学』26号、1997年、135頁）と言う。吉村良一氏も、自己決定権が、民主主義と緊張関係をはらみうることを指摘している（「なぜいま『自己決定権』か」、『法の科学』28号、1999年、78頁）。瀬川信久氏は、法理学の課題を列举する中で、民主的コントロール、市場によるコントロール…等々、それぞれに弊害・限界

があることを指摘しつつ、それらを総合的に考慮することを説いているが、そこで、民主的コントロールは、「政府の失敗」のおそれがあると指摘している（『『豊かな』社会の出現と私法学の課題』、『法の科学』19号、1991年、116頁）。

ところで、新屋達之氏は、裁判員制度に対する対応傾向を、①現状肯定型、②規制緩和・危機管理型、③リベラル型の三つに分けて考察している（『司法改革のイデオロギー』、『法の科学』35号、2005年、136頁）。ここにはマルクス主義法学も民主主義法学も、入る余地がなさそうに見える。①は保守派、②は新自由主義派であろう。新屋氏の考えでは、民主主義（マルクス主義）法学者は、③のリベラル型に含まれるようである。リベラリズム概念自体がいわば左翼的に変容してきたために、民主主義（マルクス主義）法学者もリベラル化し易い環境になってきているのかもしれない。

愛敬浩二氏は、「私自身は多分、民科の中では比較的、『リベラルな立憲主義』に好意的なスタンスをとっている」と言う。その理由は、『『理想の民主主義』の観点から『リベラルな立憲主義』の限界を批判するよりも、多様な民主主義論との関係において『リベラルな立憲主義』の批判的ポテンシャルを高めることのほうが重要である』と考えるからだという（『改憲論批判と民主主義法学』、『法の科学』40号、2009年、13-14頁）。民科の中にも、リベラル派を自認する人達が現れつつあるようである。

第3節 民科の新自由主義化

近年の民科は、新自由主義に攻撃の矛先を集中している。にもかかわらず、民主主義法学者と新自由主義者の主張には、かなり多くの共通性がある。だから「民科の新自由主義化」と書いたのであるが、しかし、いわば純粋資本主義を志向する新自由主義と、隠れマルクス主義の民科では、本来その目指すべき方向性は対極的であるはずである。したがって、「民科の新自由主義化」と言っても、その意味は限定的である。対極的なはずの両者がしばしば共通性を示すのは、日本社会は欧米諸国に比べて後れており、近代化が必要だという認識において、両者は一致しているからである。以下（1）と（2）ではそれを総論的

に示し、(3)、(4) では、最近の民科の議論の中心にある自己決定権論と市民社会論を取り上げ、その新自由主義的性格について論じる。

(1) マルクス主義者が主張し、新自由主義者がそれを実現する

新自由主義的視点からの福祉国家批判、企業主義批判、雇用制度・年功制批判、行政改革、地方自治（地方分権）、司法制度改革などは、元々民主主義法学者が主張していたものでもあった。個人の自立（自律）を説く点や、市民社会論などもそうである。長期的には両者の目指すものは正反対であったが、当面の要求は共通面が多かった。なかなか実現困難であったそれらの改革の多くは、アメリカの対日要求によって実現されていったとも言える。このことは、民主主義法学とアメリカ的新自由主義の、意外でもあり、必然的でもある近親性を示すものである。

(a) 序論

渡辺治氏は、新自由主義による司法・大学改革に対する批判論文の中で、ある文章を引用している。「欧米の近代化は市民革命を経て、『民』主体で進められ、市民社会の上に近代国家が形成された。ところが日本では、近代民主主義国家の前提となる市民社会が十分に育っていなかった。そのため官主導の形で『上からの』近代化が進められた」（「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」、『法律時報』72巻12号、2000年、11頁）。これは、民科の主張そのもののようにみえる。しかし、実はこれは経済同友会の文書中のものである。渡辺氏は、「民主的運動が一貫して批判しその変革をめざして格闘してきた構造」を、今や財界も厳しい批判の対象としていることを指摘している（同誌、10頁）。渡辺氏は、「改革の敵が開発主義を支えてきた自民党と官僚であるために、新自由主義の改革に対する幻想が生まれた」とか、「あたかも新自由主義の改革には、わたしたちの運動がめざしてきたものと共通するものがあるんじゃないか、こういう幻想が働いてくる」ことを指摘し、そのため運動に混乱が生じていると述べている（『『司法改革』の本質と背景』、『法と民主主義』360号、

2001年、6頁)。民科は、自らの主張が、新自由主義者によって実現されようとしていることに、衝撃を受けたのである。

矢野昌浩氏が引用しているある政府文書（1999年）によれば、政府は、「企業中心社会」から「自立した『個』を基盤とした経済社会」への転換を目標としているという（『構造改革と労働法』、『法の科学』34号、2004年、44-45頁。「雇用・労働・生活の現在」、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、66頁も同旨）。これもまた、民科の最近の論文でよく見かける表現そのもののように見える。矢野氏は、政府が目指しているのは個の自立それ自体ではなく、市場を機能させ、またリスクを帰責させる手段としてであるといったレベルで批判している。しかし、個の自立と市場を機能させる云々は矛盾しないし、政府もまた個の自立を目指しているのである。

国際的にはソ連社会主義の崩壊後、国内的にはバブル経済崩壊後の1990年代以降、わが国でも新自由主義の影響が強まる。本来民主主義法学（マルクス主義法学）にとって、古典的な階級構造を復活させる性格をもつ新自由主義は、真正面から対決すべき相手であるはずである。実際民科でも、「新自由主義に対する対抗戦略」といった問題が、研究テーマとしてしばしば取り上げられている。しかし、それにもかかわらず、内容的には、民科の議論は新自由主義と相通じるところが少なくない。それは、ソ連社会主義崩壊後、民主主義法学者達が自由主義志向を強めたことも関係しているが、それ以前に、彼等の特殊な日本認識が根底にある。「特殊な」と言っても、それは近代主義者も共有するものであり、ある程度一般的な認識でもある。

元々日本のマルクス主義者は、西欧諸国と比較して日本社会の後進性を強調する傾向が強かった。日本社会が前近代的であるという認識によって、来たるべき変革の性格が民主主義的なものである（社会主義ではなく）という主張を正当化していたのである。と同時に、そのような近代化・民主化の変革は、マルクス主義（民主主義）者によってしか実現できないと考えていたのである。ところがわが国の新自由主義も、日本社会の後れを攻撃対象とし、その近代化、合理化、西欧化を主張しているのであるから、両者は共通の「敵」をもってい

ることになる。マルクス主義（民主主義）者がこれまで主張しながらも実現できなかったことを、新自由主義者が代わって実現してくれたといった現象も数多くみられるのである。

笹倉秀夫氏は、新自由主義との対決を主張しつつも、「社会問題や環境問題などへの対処を全て国家に委ねるのでは、公共部門が肥大化し財政危機が深刻化するのも事実であり、新自由主義の問題提起から我々が学ぶ必要があることも否定できない」と述べている（『民科法律部会五〇年の理論的総括』、『法の科学』26号、1997年、18頁）。「マルクス主義者の要求を新自由主義者が実現する」と言っても、後者が前者から何かを学んだとか、影響を受けたといったことは全くありえない。新自由主義は、資本主義の下では当然に生まれるべき思想である。他方で民主主義者は、部分的であれ新自由主義の思想から学ぶべきことがあるというのであるから、これは思想的には完全に新自由主義の勝利である。

（b）福祉国家批判

民主主義法学者（マルクス主義法学者）が福祉国家論を強く批判してきたことは既述（本稿「中」第3章第6節第2項、第4章第5節）のとおりであるから、ここでは繰り返さない。また新自由主義が福祉国家を批判していることも、改めて論じる必要もないから、ここでは簡単な記述にとどめる。宮井雅明氏は、グローバリゼーションの帰結として、「第一に強調したいのは、『福祉国家』の崩壊である」と述べている（『経済活動のグローバリゼーションと大変動』、『法の科学』31号、2001年、34頁）。ここでのグローバリゼーションは、新自由主義と同義と言っていいであろう。かつて民科が強く批判していた福祉国家を、新自由主義が解体してくれたわけである。

木下秀雄氏は、1980年代には盛んに福祉国家の危機が語られ、学界等でもヨーロッパの福祉国家批判論が紹介されたという。その際「福祉国家化は、社会保障給付への市民の過度の依存を招来し、その自己責任感をそこね、市民的自立と矛盾する可能性がある」と指摘されることが多い（『自己責任と

社会保障」、『法の科学』24号、1996年、108頁）。民科の文献をずっと読んできた私は、ここで言う福祉国家批判とは、民科内部の議論のことだとばかり思っていた（「自己責任」云々の箇所には多少違和感もあるが）。民科内部の議論と、全くといっていい程同じだからである。続いて木下氏は、このような福祉国家批判は、わが国の社会保障が最低生活保障機能を果たしているという前提で論じられているが、そもそも日本は福祉国家とは言えないなどと述べている。ここまで読んで、同氏の言う福祉国家批判論が、欧米諸国の新自由主義的な視点からのそれであると分かった。両者の区別ができなくなるほど、民科と新自由主義の福祉国家批判は類似しているのではないだろうか。

（c）自律論

市民社会論一般について、「民主主義法学者が主張し、新自由主義者が実現する」という図式が妥当するが、ここでは特に、既述の福祉国家との関係で、「自律」論についてみておきたい。民主主義法学者は、福祉国家論批判を止めてからも、福祉国家のパターナリズムを批判し、あるいは警戒し続けていることについては、後にも述べる。

笹沼弘志氏は、自由の現実の保障のためには「保護」が必要だが、「保護には服従がつきまとう」と述べ、この「保護＝服従」の等式が成立することを「福祉国家のディレンマ」と呼んでいる。同氏は、そこから、「自律への権利」論によってこの等号の解体を目指している（後述）。ところで、小沢隆一氏の紹介するところによると、司法制度改革をリードした佐藤幸治氏は、「人格的自律権」論を展開しているという。小沢氏の理解に依れば、人格的自律権は「行政への国民の依存体質の克服」という問題意識があり、そこには「保護すなわち依存」という把握があると論じている（『国家改造』と『司法改革』の憲法論、『法律時報』72巻1号、2000年、62頁）。小沢氏は、先の笹沼説と佐藤説を対比し、前者を支持し、後者を批判する文脈でそう語っているのであるが、笹沼氏も佐藤氏も、「保護＝服従（依存）」と捉えている点は共通している。両者の議論は、国による社会福祉を縮小する方向に資する点で共通しているので

はないか。

後にも述べるが、私は、保護が依存体質を生むということはあるが、わが国において、保護＝服従の等式が成立するとは考えていない。

（d）企業主義批判

新現代法論争において、渡辺治氏が、日本的企業主義を強く批判していたことは、前に述べた。同氏などによる講座『現代日本』では、日本の企業主義統合がやはり厳しく批判されていた。ところが、新自由主義的改革、小泉改革が、この企業主義統合を解体したことを、彼等は認めている。彼等は、「企業主義的統合すら右から崩そうとしている新自由主義的再編に反対しつつ〔新福祉国家の課題を〕達成する」と述べている（講座『現代日本』第4巻、1997年、8頁）。新自由主義は「右から」企業主義的統合を解体しようとしているが、渡辺氏達は、いわば「左から」解体を目指すというのであろうか。ともかく両者は、企業主義的統合解体という共通の目標をもっていたのである。

実際には、渡辺氏達には企業主義を解体する力はないから、それを実現したのは新自由主義的な小泉改革であった。渡辺氏は、「小泉政権は、企業社会統合と並んで、地方の利益誘導型政治も切り捨てた」と述べている（「安倍、福田政権崩壊による改憲論の新段階と民主主義法学の課題」、『法の科学』40号、2009年、24頁）。同グループの後藤道夫氏は、小泉改革の不良債権処理が、「…日本的経営、企業主義統合を軸とした部分をほぼ完全にこれで吹き飛ばしたというのが最大のポイントではなかったか」と述べている（後藤道夫・渡辺治・木下智史「戦後改憲論の動向と特徴」、『法律時報』78巻6号、2006年、17頁）。民科や講座『現代日本』グループが、日本社会の諸悪の根源のように考えていた日本的経営や企業主義統合を、小泉改革が解体してくれたのである。

同じ講座『現代日本』グループの二宮厚美氏は、「企業主義的統合の基盤が動揺するなかで、一方では新型福祉国家に向けた発展のチャンスが生まれる」と述べている（逆行の可能性も指摘しているが）。企業主義的統合の基盤が揺らぐことは、「その対極に位置する『未熟な福祉国家』の側に卵殻を打ち破っ

て成長するチャンスが到来することを意味する…」からだというのである（講座『現代日本』第4巻、1997年、404、412頁）。ここでは、新自由主義的改革との協力ぶりは、一層際立っている（二宮氏の議論は、後述の新福祉国家論の部分でも再論する）。

宮井雅明氏は、グローバリゼーションが福祉国家の崩壊をもたらしたと指摘した後で、「西欧型の『福祉国家』とは異なるが、日本的企業社会と日本的労使関係もまた、グローバリゼーションの中で変容を迫られていること、周知のとおりである」と述べている（『経済活動のグローバリゼーションと大変動』、『法の科学』31号、2001年、34頁）。宮井氏が、その現状をどのように評価しているのかは明らかでないが、ともかくここでも、グローバリゼーション（新自由主義）が、民主主義法学者達が批判してきた企業主義社会を、変容しようとしていることが示されている。

（e）雇用制度

石田眞・和田肇両氏が、終身雇用・年功序列などの日本的雇用システムを一定程度肯定的に評価していることは前に述べた。しかし今それが新自由主義の下で崩壊しつつある現状を、両氏は当然視している。「それは、『日本的雇用慣行』に表現される共同性のあり方がそもそも差別的で抑圧的な側面をもっていたからである」とか、伝統的雇用慣行は、「掘り崩される運命にあった」などと言うのである（『労働と人権』、『法の科学』29号、2000年、43頁）。しかし社会問題の100点満点の解決策はないのであって、50点を超えておれば、可とすべきである。100点満点を求める人達は、しばしばマイナス100点を実現してしまい（ソ連社会主義のように）、しかもそれを100点満点と誤解してきたのである。

岩佐卓也氏は、企業側が年功賃金制を成果主義へと変えようとしている時、プロレーバの研究者の中で、「この事態をむしろ労働側の好機であると捉える議論がこの間多くの論者によって展開されている」と言う。ここには、「新自由主義が従来の日本型雇用に対する『改革者』して立ち現れるとき、それを

どう評価すべきなのかという論点が典型的に示されている」と言う（「新自由主義批判の視座」、『法律時報』78巻6号、2006年、65頁）。確かに、ここでも、「民主主義者が要求し、新自由主義者がそれを実現する」という公式がぴったり当てはまりそうである。

岩佐氏によれば、労働側から年功賃金制を放棄すべきと説く代表的な文献は、木下武男氏の『日本人の賃金』（1999年）だという（岩佐前掲論文、『法律時報』78巻6号、2006年、65頁）。木下氏は、講座『現代日本』にも執筆しているから、民科系と共通の思想の持ち主なのであろう。確かに同氏は、新自由主義的な改革に対して、「年功賃金と終身雇用制の擁護をもって対抗する」とするならば、それは、踏み誤った選択だ…」と述べている（同書、144頁）。ただ年功制に対する根本的な批判と言うよりは、現状ではもはや維持できないと諦めているような印象もある。木下氏の講座『現代日本』第3巻（1997年）執筆部分では、もっと明確に年功賃金制が批判されている。それは「同一労働同一賃金」原則に反するとか（同書、196頁）、年齢差別、性差別を含む差別賃金体系だと批判されている（同書、202頁以下）。

岩佐氏は、年功賃金制批判者として、森ます美氏も挙げている。森氏は、主として、性差別性という観点から、年功賃金制を批判している（『日本の性差別賃金』、2005年、83頁）。岩佐氏は、森氏の議論を、「新自由主義との積極的な協力」を説くものとみなしている（岩佐前掲論文、『法律時報』78巻6号、2006年、68頁）。さらに岩佐氏は、左翼論壇にも新自由主義への幻想が生じているとして、後藤道夫氏の名も挙げている。後藤氏は、日本型雇用は激しい処遇格差を含み込んでいるとして、「日本型雇用が崩れていく、あるいは解体することについて、長期的にはその方向を拒否しない」と述べているという。岩佐氏は、「これは労働者内に新自由主義的な世論が形成されていることの反映であるともいえるし、逆にこうした『左派』が世論形成に一役買っているともいえる」と述べている（「労働者の分断と新自由主義の『受容』」、『法の科学』39号、2008年、104頁）。正しい指摘である。

岩佐氏は、木下氏らの主張を批判しているのであるが、同氏によれば、彼ら

の主張が、「今日プロレーバーの賃金論のむしろ主流になっている」のだという（前掲論文、『法律時報』78巻6号、2006年、68-69頁）。このようなことになるのも、西欧基準を絶対化し、日本特有の近代化の在り方を正しく理解しなかったことの結果である。

(f) 行政改革

民主主義法学者は、行政の肥大化を国家独占資本主義の特質とみなし、批判してきた。しかし新自由主義は、「小さな政府」を目指し、まさに行政の肥大化と闘おうとしたのである。民主主義法学者の面目は、丸つぶれではないか。

晴山一穂氏は、次のように言う。「地方分権、行政手続、情報公開、司法制度改革など、もともと国民の権利保護や民主主義の観点からその実現が望まれてきた課題が、90年代に入って以降経済界によって新自由主義改革の課題として位置づけられ、正にそのことを通してこれらの課題の実現が可能になった…」(「新自由主義的国家再編と民主主義法学の課題」、『法の科学』35号、2005年、12頁)。「長い間その重要性が指摘されながらもほとんど実現可能性がないと思われていたこの二つの法律〔行政手続法や情報公開法〕が、90年代の規制緩和の大合唱のなかで初めて実現を見るに至った…」とも述べている(同誌、11頁)。

とはいえ、これらは新自由主義的な側面からの改革であるため、晴山氏は、それらは、「本来の意味での改革という側面を全くもっていないわけではないが」、「新自由主義に適合的な範囲に限定されることになった」などと苦しい説明をしている（前掲論文、『法の科学』35号、2005年、12頁）。これまで待ち望まれながら実現不可能と考えられていたものが実現したというのに、「本来の意味での改革という側面を全くもっていないわけではない」などと言うのは、矛盾する評価ではないだろうか。「地方分権改革も、いくつかの無視できない成果を残しながらも、結局のところ新自由主義的な国家再編の一環にすぎない…」(同誌、11頁)。これも、肯定しつつ否定している。

大島和夫氏は、2007年の民科シンポジウムへのコメントのなかで、「一昔前

であれば、権力の発動を抑制するとか、行政権の行使をチェックすると言ったことが、民主主義法学の中心的な主張であり、『民間にできることは民間に委ねる』という原則に疑問を抱くこともなかったと思うが…」と述べている（「シンポジウム『新自由主義構造改革への対抗理論』へのコメント」、『法の科学』39号、2008年、79頁）。行政改革が始まる前から、民科は同じような考えをしていたわけである。また大島氏は、「もともと自由や個人の価値が欧米ほど高くなかった日本において、規制よりも効率的な市場（構造の構築）を優先するという主張は進歩的に受け取られたと思われる」と述べている（同誌、81頁）。大島氏自身、そのように受け取ったのではないだろうか。

（g）司法制度改革

民科の研究者には、陪審制など、アメリカで特に発達した訴訟制度を高く評価する者が非常に多い。ただ今回の司法制度改革では、それらはあまり実現されていない。したがって、「マルクス主義者が主張し、新自由主義者がそれを実現した」例にはあまり当てはまらないが、民科と新自由主義の主張の共通性という意味で、合わせてここで論じることにする。

しばしば新自由主義者と同じような主張をする本間重紀氏は、司法制度改革についても同様の主張をしている。同氏は、「政府＝官僚による規制が、それ自体としては、パターナリスティックな性質を帯びることは不可避である。そこでむしろ、私人による私法的救済の道を広げることが、特に重要となろう」と述べている（『日本の企業社会・国家の再編と民主主義法学』、『法の科学』24号、1996年、23頁。24頁も同旨）。これは、「行政による事前規制から司法による事後救済へ」と説く新自由主義者の主張そのものである。司法制度改革では、事後救済を保障するための一つの方法として、弁護士数の増加が図られたが、これには民科も批判的であった。

民主主義法学者には、アメリカ帝国主義を敵視する者が多かった。それらは、主としてアメリカの対外政策に関わるものであったが、国内政策についても、極端な格差社会のアメリカを肯定的に評価する者はいなかったであろう。

ところが、訴訟制度については、以前からアメリカ起源の制度やアメリカで特に発達している諸制度が、民主主義法学者によって高く評価され、日本へ導入すべきことが主張されてきた（以下、アメリカ法以外のものもある）。それらは、新自由主義思想の登場する以前から存在した制度であるが、新自由主義に適合的な制度である。また株主代表訴訟やクラスアクションは、一株株主や一被害者が、全体を代表するかたちで提訴できる極めて個人主義的な制度である。「民主主義法学者」（マルクス主義法学者）が、わが国の新自由主義者以上に、アメリカ型訴訟制度を賞賛するのは、不思議な現象である。

小田中聰樹氏は、裁判員制度に反対するなかで、「裁判員制度を、例えばアメリカの陪審制度が果たしているといわれる権力抑制、人権擁護の砦としての役割を果たす制度に変えていく」ことは期待できないという文脈で、アメリカの陪審制度を高く評価している（『裁判員制度を批判する』、2008年、214頁）。後述のように、小田中氏の陪審制度論には微妙なところがあるが、ほとんどすべての民主主義法学者が陪審制導入を積極的に主張している。

澤藤藤一郎氏は、団体訴権、懲罰的損害賠償、ディスカバリー制度、クラスアクションなどの諸制度の導入を主張している（「民事裁判はどうなる」、『法の科学』30号、2001年、68頁）。本間重紀氏も、同様の主張をしている（「財界統治戦略としての規制緩和的司法改革論の現段階」、『法の科学』30号、2001年、39頁）。近藤充代氏も同じである（「司法審最終意見書の批判的検討と今後の課題」、『法の科学』32号、2002年、121頁）。佐藤岩夫氏も、クラスアクションや団体訴権の制度の整備が後れていると指摘している（「〈司法と法〉を考える」、西谷・笹倉編『新現代法学入門』、2002年、210頁）。土田和博氏は、新自由主義的改革への対抗戦略の一つとして、団体訴訟や株主代表訴訟を掲げている（「新自由主義的構造改革に対抗する社会経済構想」、『法の科学』39号、2008年、14-15頁）。株主代表訴訟制度の拡充を要求する声も多い（大島和夫「総論・日本の構造変化と法改革」、『法の科学』34号、2004年、10頁）。

渡辺洋三氏も、懲罰的損害賠償を認めるべきであると述べている（『世界及び日本の情勢と民衆の視点』、1999年、259頁）。しかしそれなら、それに対応

するとも言える弁護士報酬の敗訴者負担制度も導入すべきである。勝ったときは過大な金額を要求し、負けたときは過小にしか負担しないというのは、独善的な要求のように思う。

戒能民江氏によれば、「アメリカでは、1980年代以降、Task Force on Gender Bias in the Courtsを組織して、司法におけるジェンダー・バイアス改革に本格的に取り組んできた」という。それは一定の成果をもたらし、「結果として女性法曹の増加をもたらした」と言う（「ジェンダー・バイアスの改革を」、『法の科学』36号、2006年、150-151頁）。ここでもアメリカでの試みが、高く評価されている。

アメリカの訴訟制度は、それ自体市場原理に基づく自由競争の継続であり、自由競争的な紛争解決方法である。それはアゴン（競技）訴訟であり、正義の実現、真実の解明よりも、法廷内外における闘争の結果に基づく「勝ち負け」の世界である。そこでは、陪審員の選任から弁護技術、駆け引き等が、評決の内容を左右する重要な決定要因となる。有力な弁護士を高額で依頼できる者は、極めて有利である。訴訟コンサルタントの活動によって、事前に評決は決まってしまうとさえ言われる。司法取引なども、まさに市場取引のアナロジーである。2006年、北米トヨタは一女性にセクハラで訴えられ、損害賠償を請求されたが、懲罰的損害賠償を含めて、日本円に換算して217億円を請求された。これは駆け引きの材料であって、最終的には和解で決着したはずである。このような「リーハラ」（リーガル・ハラスメント）は、社会のあり方を大きく歪めていると思う。

私は、アメリカ型訴訟制度のすべてに反対しているわけではないが、その導入には一定の制限が必要だと思う。陪審制よりも参審制の方が望ましいと考えているが、ただ仮にわが国が陪審制を導入しても、その英知によって日本独特の陪審制に変容するであろうから、アメリカのようになることはないであろう。2014年に制定されたいわゆる消費者団体訴訟法は、クラスアクション制を日本的に変容しすぎているが、試行錯誤のプロセスとしては、いいのではないか。

(h) マルクス主義者が主張し、アメリカが実現する

マルクス主義者は、戦後一貫して、日本の対米従属を批判してきた。近年は、アメリカの年次対日要望書による新自由主義的な改革要求を、強く批判してきた。実際、日本の構造改革は、このアメリカの要求に従って行われている面も大きい。ところが、既述のように、民科の主張と新自由主義の思想は相通じる側面があるから、「マルクス主義者が要求し、新自由主義者が実現する」ということは、言い換えれば、「マルクス主義者が要求し、アメリカが実現する」とも言えることになる。民科の文献でも、アメリカの要求で彼等の従来からの主張が実現できたということを、率直に認めているような例もある。

大島和夫氏は、「八〇年代に入ると、日米経済協議やプラザ合意にみられるように、日本のやり方に対する強い批判が巻き起こってきた。政府は、しぶしぶ、戦後日本型統制社会の再編成に取り組まざるを得なくなった」と述べている（『総論・日本の構造変化と法改革』、『法の科学』34号、2004年、15頁）。大島氏は、この再編成をそのまま支持しているわけではないが、アメリカのおかげで日本型統制社会にメスが入られることになったわけである。

上記の行政改革の箇所でも紹介したが、晴山一穂氏は、行政手続法と情報公開法の制定について、「長い間その重要性が指摘されながらもほとんど実現可能性がないと思われていたこの二つの法律が」やっと実現したと、高く評価している。そして「これらの法律さえもが、アメリカの規制緩和要求と強く結びつくことによって初めて可能となった」と指摘している（『新自由主義的国家再編と民主主義法学の課題』、『法の科学』35号、2005年、11頁）。他方で、経済界の要求に適合的な面もあることに、留意すべきとも付け加えている。先進国アメリカは、後れた日本になかなかいいことを要求してくれていることになる。

宮井雅明氏は、アメリカ政府の要求に基づく独占基本法の改正を、問題点も指摘しつつ、しかしかなり肯定的に評価している。「構造改革の一環としての独禁法（政府規制緩和の穴を埋める存在としての独禁法）の強化と公正取引委員会の権限強化の流れを作り出すうえで少なからぬ影響を発揮した」。「独禁法

の執行力強化や入札談合の摘発・予防等は、おそらく立場の違いを超えて経済法学界全体が共有していた課題であった。米国政府の要望がこれらの課題の克服を後押ししたことは事実である。この点に限って言えばその影響は肯定的に評価できる」（「経済法制の規定要因としての日米関係」、『法の科学』42号、2011年、140-141頁）。アメリカに従属すると、いいこともあるようである。

（2）民主主義法学のライバルとしての新自由主義

新自由主義の思想は、いわば純粋資本主義の思想であって、隠れマルクス主義の民主主義法学とは正反対の思想である。したがってそれは、民主主義法学者にとって真正面から対決すべき相手のはずである。確かに、民主主義法学者のほとんどが、新自由主義を批判はしている。しかしその批判には、奇妙な独特のニュアンスがある場合がしばしばみられる。新自由主義を、対決すべき正面の相手と言うよりも、対決すべき相手を共有する競争相手、自らの地位を脅かすライバルとみなしているかのような言説も多い。また民科による新自由主義批判は、なぜか歯切れが悪く、新自由主義者は自分達の考えを剽窃しているといった批判もある。また例えば、新自由主義的改革の中味（それは民主主義法学と共通性が多い）を批判するのではなく、むしろそれを肯定した上で、新自由主義者はたてまえを語っているだけで実行する気はないとか、リップ・サービスだけで実際にはそれを実現できない、などといった批判の仕方をするのである。両者の思想にはかなりの共通性があるからこのような奇妙な批判になるのであるが、これは、どこかが間違っていると言う外はない。どこが間違っているかと言えば、それは、繰り返すように、日本の現状を欧米諸国と比較して前近代的とみなす講座派的な歴史観である。

（a）「新自由主義＝民科の盗作」説

民主主義法学は、新自由主義にお株を奪われて慌てふためいている、あるいはむしろ新自由主義の道を掃き清めたとも言える。そのことを見事に示しているのは、本間重紀氏の次の文章である。「財界、大企業が自己の責任に口を拭っ

て、規制緩和による消費者社会や生活大国へのパラダイム転換を主張する。これは企業社会や企業国家を強く批判してきた私たちの側から見れば、いわば一種の盗作・剽窃である」(『暴走する資本主義』、1998年、7-8頁)。財界・大企業は、本間氏達の主張を剽窃しているというのである。言い換えれば、本間氏達は、財界・大企業が要求するようなことを予め要求していたわけである。民科は、日本社会の諸悪の根源を日本的企業社会に求めていたが、それは、財界・大企業の要求を先取りし、お先棒を担いでいたわけである。

民科の共通テーマ「民主主義社会構築の法戦略」(1995年)の一部である本間重紀氏の報告「日本的企業社会・国家の再編と民主主義法学」の基本的スタンスも、興味深い。そこでは、「特殊日本的な企業社会と企業国家」が、民主主義法学と新自由主義の両者にとっての共通の改革対象であるかのように位置づけられ、両者のどちらが有効に改革できるかを競う関係として理解されているかのような書き方になっている。本間氏によれば、「本格的な市民革命と市民社会、そしてまた市場経済を経験したことのないこの国は、前近代の、いわば政商的、初期独占的な官僚と独占との結合が、戦後の今日、すなわち現代まで、本質的な意味では克服されておらず、その上に現代的な、すなわち国家独占資本主義的な官僚と独占の癒着が重畳するという、歴史的に特殊な性格を帯びている」と、相変わらず誤った講座派的認識を示している(『法の科学』24号、1996年、14-15頁)。

このような立場からすれば、新自由主義的な改革は、「官僚制の改革を通して小さい政府を実現するという意味で、『近代』的で、『自由主義』的な国家戦略構想を提起している」という評価となり(本間前掲論文、『法の科学』24号、1996年、14頁)、「特殊日本的な歴史は前近代の克服としての市民革命がそもそも欠落して」いるため、「支配の側からの『自由』の強調も、限定的な意味ではあれ、現代法改革として現象する可能性があると考えられる」というような新自由主義への甘い評価となるのである(同誌、9頁)。同氏は、「新自由主義的国家戦略は、今日の日本の企業国家に対する何らかの改革戦略たりうるのであろうか」と繰り返し問題提起しつつ(同誌、15頁)、結論としては、新自

由主義的戦略により特殊日本の企業社会・企業国家はかえって拡大・強化されつつあると、否定的に評価している（同誌、9頁）。つまり「特殊日本的な企業社会と企業国家」を変えるべきだという点で、新自由主義と民主主義法学は同じ目的意識をもって競っているが、新自由主義はこの目的達成に失敗したという評価なのである。

あるいは本間氏は、新自由主義の国家戦略は、「自由主義国家への動向（小さな政府、法の支配、地方自治）と評価するか、国家の公共性解体と新たな中央集権と見るか」とも問題提起している（本間前掲論文、『法の科学』24号、1996年、8頁）。著者は後者と見るのであるが、もし新自由主義が「小さな政府」を実現すれば、著者はそれを肯定するのであろうか。ここでも本間氏は、新自由主義の理念を肯定した上で、実際には実現できないという点で批判しているように見える。また、既述のように、「支配の側からの『自由』の強調も、限定的な意味ではあれ、現代法改革として現象する可能性があると考えられる…」とか、他方で、「民主的法改革論の側にも、市民法論や自己決定論など自由論的戦略が存在する」（同誌、9頁）などとも、両者の共通性を指摘している。

渡辺治氏は、1990年代の新自由主義的改革について、「『平等』から『自由』へ」と特徴づけている（講座『現代日本』第4巻、1997年、91頁）。これは、既述のような民科の最近の議論と符合する。新自由主義的改革も民主主義法学も、平等から自由（もしくは平等を取り入れた自由）へと向かっているのである。

（b）「新自由主義改革はリップサービス」説

宮井雅明氏は、「『事前規制から事後規制へ』というスローガンにおいて、現実には『事前規制』の撤廃にこそ重点があり、『事後規制』の整備は単なるリップ・サービスに過ぎない可能性が大きいことが示されたように思う」と言う（「規制緩和と経済法制的動向」、『法の科学』35号、2005年、42頁）。事後規制が整備されれば、このスローガンに賛成するのであろうか。それでは新自由主義者の主張と同じことになる。

また同氏は、「どうやら構造改革は、その建前とは異なり、…明確な原理原則を持たない『ルールなき資本主義』の方向を向いているようである」とも述べている（『法秩序の一構成要素としての競争原理』、『法の科学』、34号、2004年、74頁）。新自由主義的な構造改革は、その「建前」通り良くない方向に向かっているように見えるが、宮井氏は、その建前には賛成できるかのである。

（c）「新自由主義に幻惑されるな」論など

新自由主義の主張が民主主義法学者のそれと共通しているため、民科の中には新自由主義思想に幻惑される者もいるのであろう。それを戒めるような文章も多い。既に前項でもそのような事例を挙げたが、ここでもいくつか追加しよう。

本間重紀氏は、新自由主義の主張を「再版市民法」と呼び、それは「支配にたいする抵抗の戦略としてではなく、明らかに、支配の側からの新たな再編の戦略として提起されていることにも注意を喚起すべきである」と述べている（『暴走する資本主義』、1998年、223頁）。わざわざこのように書くこと自体変であるが、民科の中にも「市民法の復権」といった似たような主張があるからであろうか。既述のように、本間氏自身にも、新自由主義に若干の幻想があるのではないかと思われる。

市橋克哉氏は、新自由主義的改革が、「既存の官僚制を病理としてのみとらえてその仕組みの根幹部分を破壊するという要素だけを取り出して、主観的な実践的意図や思い入れを込めて現状を認識したり、それを前提とした制度改革を主張する議論には組すべきではないと考える」と述べている（『日本国家の力能再編』、『法の科学』27号、1998年、26頁）。わざわざこのような当然のことを語るのは、やはり民科の中に、新自由主義に幻惑される傾向があると感じたからであろう。

市橋克哉氏は、20世紀末のわが国の改革をめぐる動向について、新自由主義の立場の「新保守派」と市民の自己決定を重視する「市民派」が「改革派」

となり、「従来の保守派」と従来の「革新」をひとくくりに「守旧派」として批判していると、概括している（市橋前掲論文、『法の科学』27号、1998年、25頁）。これは正しい。ただこの場合、民科はどちらに属するのか。民科は「革新」派であったはずであるから、「守旧派」になってしまったのか、それとも現在の民科の多くは、「自己決定を重視する市民派」のようでもあるから、新自由主義派と共に改革派になったのか。市橋氏の見解を知りたいものである。

三成賢次氏は、次のように述べている。『『自律的市民』の自助と同意にもとづく社会的、政治的統合が進められ、市民社会の国家への新たなかたちでの取り込みが進行している』（「総論・協同と連帯」、『法の科学』33号、2003年、8頁）。「九〇年代において、NGOやNPO、あるいは情報公開や市民の行政参加に関する法制度を積極的に整えてきた主体が、むしろ政府の側であったことにも改めて注意しなければならない」（同誌、12頁）。それは、市民運動に突き動かされてのことではあったが、行政はその担うべき役割を放棄し、社会に転嫁しようとしていると同氏は言う。また同氏は、「市民社会論＝公共圏論は、それ自体『危ういもの』を含んだ議論であり」、「よい公共圏」と「悪い公共圏」の仕分けが必要だと述べている（同誌、12-13頁）。民科が主張していたような改革を政府の側から実行に移され、困惑している様子が窺える。

名古屋道功氏は、次のように述べている。「九〇年代におけるキーワードの一つは、『自立した個人』であり、労働法の領域においても『労働者の自立』が語られることが多い。その必要性自体を否定する論者はいないと思われる…」（「九〇年代における雇用慣行・労働市場・労働法制の変容と労働者統合」、『法の科学』32号、2002年、34頁）。ただし、改革側は、「弱者」とはいえない新しいタイプの労働者像を前提としており、疑問があると同氏は言う。また90年代に終身雇用制が動揺し、年功序列賃金制が縮小し、企業内福利制度も縮小している。これは企業帰属意識や企業忠誠心の衰退を意味する。「しかし、これによって『労働者統合』が崩壊し、『日本的企業社会』を批判する立場からして望ましい方向に向かうかということ、そう単純でもない」と言う（同誌、31頁）。半分以上は、改革を支持しているようにみえる。

大島和夫氏は、次のようにも述べている。1990年代の橋本行革について、「私たちも、統制的色合いの強かった今までの日本社会の構造がそのままよいとは考えないが、市場の自己調整的能力を無批判に評価する考え方には賛成できない」（「総論・日本の構造変化と法改革」、『法の科学』34号、2004年、8頁）。構造改革に対して、「抽象的に『新自由主義だからいけない』とか、『弱肉強食を認めるのか』といった批判を繰り返すのではなく」、具体的な「あるべきルール作り」を提示する必要がある（同誌、11頁）。「一九三〇年代に確立した統制経済型の社会体制をベースとして捉える」と、「八五年以降の規制緩和や市場重視の構造改革は、一定の積極的な評価を受ける」。ただしそれは、「市場における競争秩序の重視や、個人の能力の発揮を保証するための規制緩和が評価されるのであって、市場原理主義ではない」（同誌、11頁）。ここでは同氏は、極端な市場原理主義は批判するが、改革一般にはかなり賛同しているようにみえる。

水口憲人氏は、民科50周年の記念シンポジウム（1996年）の報告で、当時の選挙で新自由主義的政策が支持されたことについて、市民の内実が変化しつつある可能性を指摘している。そして、「その市民は、福祉国家的『大きな政府』を作ることが自分たちの要求を実現する唯一の手段ではないことを自覚しているという意味で政府の規模に関心を寄せる市民であろう」と述べている。この市民は、「新自由主義の政治的共鳴盤になりつつも、他方では、新自由主義のイデオロギーを超えて、『ガバメンタル・システム』の新しい動向を示唆する政治主体」でもあるという（『「転換期」と社会科学』、『法の科学』26号、1997年、142頁）。これもよく分からない議論であるが、新自由主義改革の中にそれを超える要素があると考えているのであろうか。

(3) 自己決定権論

最近の民科の議論の中で、特に新自由主義的性格を窺わせるものは、自己決定権論と市民社会論である。まず自己決定権論からみていこう。

（a）自己決定権とは何か

1990年代、民科の議論に「自己決定権」論が頻繁に登場するようになり、民科の議論の中心概念の一つになっているかのような印象を受ける。自己決定とは、狭義では、「自分にかかわる事柄について自分で決定する」ことを意味するが、それは自分が関わりをもつ社会関係の形成の仕方にも及んでいこう。民科のかなり多くの部分が、自己決定権論を積極的に受け容れているらしいのは、意外なことである。自己決定権論は、人間を「社会諸関係の総体」として捉え、また人間の共同性の回復を目指すマルクス主義とは、正反対の極にある人間観を基礎にしているからである。⁽³⁾

既述のように、マルクスは、人権を、「利己の人間の、人間と共同体から切りはなされた人間の権利」と表現していたが（本稿〈中〉、『神戸法学雑誌』65巻1号、2015年、84頁）、自己決定権という概念は、マルクスの言う「共同体から切り離された」、「利己の人間」の権利にふさわしい表現のように思われる。人間の共同性の強調がソ連型抑圧社会を生んだことの衝撃から、民科は、一転して個人主義の極に移動したかのようなのである。

私は、法学の世界で自己決定権概念がいつ頃どのような文脈で登場したのか詳細を知らない。元々近代の人権思想にその内実は含まれていたと思われるが、自己決定権という言葉自体は、20世紀初めの「民族の自己決定権」（民族自決権）が最初だという（松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権』、1997年、25頁）。それが、20世紀後半に、個人の自己決定権としても語られるようになったらしい（民族と個人は次元を異にするが）。わが国における自己

-
- (3) 村上淳一氏は、自己決定権概念に懐疑的で、次のように述べている。「…『自律的人格』なるものを、分割できない（インディヴィデュアルな）個人としてとらえるのではなく、先天的・後天的な情報の束として理解した上で、活発な情報交換（対話的コミュニケーション）からその時々には析出されては移り変わってゆく社会秩序の在り方を考えてゆくことが、必要になるのではないでしょう」（シンポジウム「転換期の民法学」、『私法』60号、1998年、53頁）。これは、人間を「社会的諸関係の総体」としてとらえるマルクスの視点に通じており、私も同意する。

決定権概念について、民科の文献では、しばしば山田卓生氏の『私事と自己決定』（1987年、原論文は1979-1980年）が引用されている。山田氏がこの問題に取り組んだのは、アメリカ留学が関係しているようである（同書、12頁）が、当時アメリカでは、新自由主義の哲学版ともいべきリバタリアニズムの思想が興っていた。リバタリアンがしばしば使う「自己所有権」概念は、自己決定権に似ているし、採り上げる問題にも共通性が多い。山田氏がこの問題に取り組んだのには、このような時代背景があったのではないかと推察する。リバタリアニズムの思想が、思いがけなくも、わが国の民主主義法学者にもインパクトを与えたようである（山田氏自身は、民科とは無関係と思うが）。

渡辺洋三氏も、後年、断片的に自己決定権の語を、肯定的意味で使っている。ある論文では、結論として言いたいことは、「諸個人の生活幸福追求権（自己決定権）を出発点としながら」、家族、地域共同体、市民社会、国家、国際社会へと拡がって、また諸個人に戻ってくることが必要と述べている（『世界及び日本の情勢と民衆の視点』、1999年、200頁）。

渡辺氏は、理念としての市民を、「一言でいえば、誰をも支配せず、誰からも支配されず、我一人大地に立つという、そういう市民像である」と述べている。渡辺氏はそれを「人権の担い手としての市民」とも言い換えている（『世界及び日本の情勢と民衆の視点』、1999年、241頁）。これは、元々戒能通孝氏の市民概念のようであるが、確かに戒能通孝氏には当てはまりそうだ。そして不遜ながら、私自身にも当てはまるのではないか。ただし私は「権利」を、声高に主張することはしない。権利を主張するのはいいが、それに頼りすぎるのも、「一人立つ」市民とは言えないような気がする。いずれにしろ、渡辺氏を初め、民科の人々は、「一人立」ってはいないし、イデオロギーや集団の影響下におかれているから、「我一人立つ市民」とは言えないように思う。

さて、自己決定権は、多くの場合、伝統的な自由権概念と重複するのではないかと思う。ただ生命倫理に関わる問題については、従来の自由権概念で捉えることは難しい問題も多い。また宗教的信念に基づいて輸血を拒否したり、武道系のスポーツを拒否するする人々が存在するが、このような問題を考える場

合に自己決定権概念は有効かもしれない。自殺など、自ら不利益な行動をしたり、危険な行動をする自由についても同じである。そしてこのような問題は、リバタリアンが問題提起してきたものでもある。民科とリバタリアン、そして新自由主義には、通底する問題意識があるようである。

（b）自己決定権論の背景

民科は、1998年のコロキウムテーマとして「自己決定権の諸相」を取り上げている。そこで吉村良一氏は、自己決定権論台頭の背景を、次の三つに整理している。①経済発展によって多様な個人の欲求が高まった。その反面都市化と古い共同体の解体で、その拘束から自由になると共に、保護を失って自立を余儀なくされた個人が誕生したこと。②自由な自己決定を阻害する状況の悪化。自己決定を阻害する国家管理の強化（人権抑圧を含む管理抑圧と福祉国家型のパターンリズム）、企業社会による管理、学校における制服強制など古い共同主義的パターンリズムの存在。③新自由主義の台頭（「なぜいま『自己決定権』か」、『法の科学』28号、1999年、78-80頁。吉村良一「『新しい公共圏』と私法理論」、『法の科学』37号、2006年、32頁も同旨）。

このうち①は、日本社会の近代化の進行を意味している。吉村氏は、別の論文でも、自己決定権論が登場した背景として、「物質的な豊かさがある程度達成されて心の豊かさにも関心が向かっていったことが、自己の嗜好や選択を大切にしたいという意識につながったと指摘している（『〈自己決定と法〉を考える』、『新現代法学入門』、2002年、7頁）。直接自己決定権について論じたものではないが、瀬川信久氏は、規制緩和論登場の背景の一つとして、「何よりも、高度成長によって作り出された大量の中間層が、最低限の生活条件を越える部分については選択の自由を求めるようになった」と述べている（『『豊かな』社会の出現と私法学の課題』、『法の科学』19号、1991年、108頁）。西谷氏など労働法学者の一部も、労働者の生活に余裕がでてきて、労働者が自己主張するようになったという見方をしていた。これは、かなりポジティブな状況を背景とした自己決定権論である（①の後半は異なるが）。それは、事実認識として

は正しいのかもしれないが、いずれにしろ新自由主義の下で格差社会が到来しつつある今、自己決定権論は、自らの首を絞める理論になりつつあるように思われる。

②の「人権抑圧を含む管理抑圧」については、私は理解できないし、福祉国家型のパターナリズムも納得はできない。後者は、かつて渡辺氏などがよく言っていたように、福祉を受ける者は犬のように権力に従順になるという意味であろうか。実際ソ連のような抑圧社会の市民などはそうであったが、自由社会の市民は、福祉を受けたからといって権力に従順ではないだろう。確かに受動的で依存的になるということはあるが、それは残念なことではあるが、さほど悪いことでもない。すべてがうまくいくことは難しいから、この程度の欠点には寛容であってもいいのではないか。

地域・家族・企業などの「古い共同主義」なるものは、プラス・マイナス両面があるが、私はプラス面の方が大きいと考えている。私は、終身雇用制・年功序列制などの日本型企业システムは、資本主義のタイプの中で優れた型と評価してきた。著者が上げている学校制服の例についても、私はそれほど悪い制度ではないと思っている。貧しい家庭、忙しい家庭にとって制服はありがたいことであるし、日本社会の秩序が良く、犯罪が少ないのは、制服などによって規律正しい生活を送ることが習慣化していることも、大いに関係していると思っている。ただ、他方で服装はプライベートな性格も強いから、強制ではなく、「標準服」を指定する（一定の割合がそれに従うよう誘導することは必要だ）という程度がいいのではないかと思う。

③は、吉村氏にとって批判すべき対象としての自己決定権論であるが、それは、「福祉政策による『保護』を国家によるパターナリズムとして批判し、それに自己決定権を対峙させることにより、結果として福祉政策の後退につながりかねない議論」等々と説明されている（「なぜいま『自己決定権』か」、『法の科学』28号、1999年、79-80頁）。しかしこれは、民科の自己決定権論にも当てはまるのではないだろうか。

次に、自己決定権論登場の背景について、吉田克己氏の議論をみておきた

い。吉田氏は、「自己決定権が強調されるのは、現代社会特有の現象なのである」と述べている。そして、近年それが明示的に語られるようになったのは、個人の自己決定が危機に瀕しているからであるとして、その背景を二点指摘している。一つは、近代市民社会の主体は、自己決定できる「強い個人」、「強く自律的な家長」であったが、現代市民社会においては、家長の下に従属していた家族構成員や労働者層のような「弱い個人」が市民社会の主体として登場してきたという。さらには社会の主体となった大企業との関係においても、市民は自己決定が困難な弱い立場に置かれているというわけである。第二は、「社会の隅々にまで介入するパターンリスティックな現代国家の出現である」。19世紀末から、「国家の市民社会への本格的な介入が始まり、社会国家ないし福祉国家がその展開を始めるからである」。福祉国家は管理国家でもあり、それは個人の自己決定を制約するということのである（『現代市民社会と民法学』、1999年、259-262頁。同「民主主義・自己決定権・市民的公共性」、『法の科学』26号、1997年、130頁も同旨）。

しかし、ここでは、約一世紀の時間のズレがあるのではないか。吉田氏が述べている現代市民社会なるものは、19世紀末以来の現象とされている。しかし自己決定権論が登場したのは、20世紀末である。吉田氏は、吉村氏の①（高度成長による豊かな個人の登場）のような要因については何も語っていない。しかし時代背景としては、こちらの方がピッタリ合っている。20世紀後半には、社会の富裕化、高度化を背景に様々の新しい人権概念が登場し、「人権のインフレ」などと呼ばれることもあった。そこには、環境権のように、危機的現象が生み出した権利もあるが、「知る権利」などのように、より高度な社会を目指して生まれた権利もある。「自己決定権」もそのような新権利の一つであろう。

自己決定権論には、さらに「不純な動機」もあるようだ。笹倉氏によれば、日本の憲法学者のなかには、日本では、「…国家権力・社会権力が著しく反人権的であるので、今日においても敢えて自己決定権や個人の尊厳という古典的な自由権を強調するという、戦略的配慮を持っている者も多い」と言う（「自

己決定権とは何か」、『現代社会と自己決定権』、1997年、8頁）。私には理解しがたいことであるが、そのような憲法学者が「多い」というのには驚く。そんな人は、自分の気に入った民主権力が成立すれば、態度を改め、自己決定権論を撤回するのであろうか。そして反権力の姿勢を改め、途端に権力に忠実な御用学者になってしまいそうな気もする。

(c) 労働法と自己決定権

民科内部で最初に「自己決定」という言葉を使用したのは西谷敏氏のようなのだ。労働法学の分野では、高度成長を経て労働者がそれなりに豊かになり、個人主義化が進んだことを背景に、生存権よりも労働者の自由を、団結よりも個人の尊重を重視する考え方が、後期の沼田稲次郎氏、舛井常喜氏、そして西谷氏によって展開されてきた。特に西谷氏は、自己決定論を展開してきたが、しかし、新自由主義が登場することによって、足をすくわれそうになる。根本到氏の伝えるところによれば、西谷氏は、「現在のように規制緩和の声が強くなるとは思っていなかった」と言っていたという（「労働法における自己決定論の意義と課題」、『法の科学』34号、2004年、132頁）。新自由主義的な主張を、先走って展開してしまったかのようである。そのため、民科の統一テーマ「民主主義社会構築の法戦略」の一部として報告された西谷氏の「転換期の労働法理論」（1996年）は、苦渋に満ちたものとなっている。

同論文の冒頭には、「労働法はその成立以来、ある意味で最大の危機を迎えている」と書かれている（『法の科学』26号、1997年、58頁）。新自由主義的な労働法の弾力化論の台頭を念頭においてのことである。それに対抗するためには、伝統的な労働法理論（それは、労働者の個性、多様性を軽視し、労働者を階級的な同質性をもった集団として把握する傾向、生存権理念による弱者保護の視点を中心として労働法体系を構成する発想をもつという）は有効ではないという。労働者の生活水準が向上し、「労働者の関心が物質的な生活水準の向上とともに、精神的自由の実現にも向けられてきた今日、労働者の自由、自己決定の理念が生存権理念と並ぶ、労働法の基本原理として位置づけられるべきで

ある」と言うのである（同誌、67頁）。同氏の論文には、自由、自己決定といった言葉が目立つが、新自由主義的なそれとの区別も強調している。例えば「個人主義」には二つあるとし、新自由主義的な個人主義と異なって、同氏の個人主義は、「多くの労働者もしくは平均的労働者が使用者との関係で従属状態に置かれていることを立論の出発点に据える」とか、労働組合を個人的自由の実現にとって不可欠の制度とみなすなどと述べている（同誌、66-67頁）。しかしそれならば、団結重視の伝統的労働法理論の方がいいのではないかという気がしてくる。

石田眞・和田肇両氏は、西谷自己決定論について、重要な問題提起としつつも、「自立を強調しすぎている点で、後の規制緩和論、あるいは菅野・諏訪のサポートシステム理論に足をすくわれる危うさを抱えて」いると批判している（「労働と人権」、『法の科学』29号、2000年、39頁）。和田氏によれば、サポートシステム理論とは、次のようなものだという。労働環境や労働市場の大きな環境の変化により、労働者像も、弱く保護されるべき従属的労働者から、強く主体的な自立的労働者へ、画一的・取締的・強行的な規制になじむ「集団としての労働者」から、個別的に自由意思を尊重し任意的な規制が適切な「個人としての労働者」に代わってきた。新たな労働法制の課題は、国家の介入は抑え、「労働市場での労働者の取引行為をより円滑に機能させるための支援制度、サポートシステム」を作ることである（「労働法制の変容と憲法理念」、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、196頁）。なるほどこれなら、西谷説との区別は難しい。

武井寛氏は、その論文「労働者と自己決定」で、西谷氏の自己決定論を整理している（『法の科学』28号、1999年）。それによると、「労働者の真の自己決定の保障のためには、国家（法）の助力が必要とされる」と言う。それは司法的コントロールと労働者保護法である。後者は自己決定権とは矛盾する面があるが、労働者保護法は、生存権理念の実現のためには、「場合によっては労働者の真の自己決定でさえ否定しなければならない法領域」だからだと言う（西谷敏『労働法における個人と集団』1992年、86頁）。「この点で規制緩和論と

は一線を画すことになる」と武井氏は述べている（武井前掲論文、89頁）。しかしそれなら、自己決定権論は資本主義社会の論理そのものであるから、放っておいても体制側がそれを追求するだろう。民主主義法学者はそれに協力するのではなく、反対に、生存権による規制こそを主張すべきではないか。そしてそれは、結局は伝統的な生存権中心の労働法の論理である。

労働法の分野で自己決定権論がでてきたのは、団結重視の伝統的労働法学批判からだけではなく、日本型共同体の企業秩序に対する反発もあったのかもしれない。日本では、労働組合も含め、企業の共同体的特質が「個」を抑圧してきた側面があったからである。田端博邦氏によれば、経済同友会は、『個人と企業の共同体的意識の行きすぎ』や個人と企業の『もたれ合いの関係』を批判して『個の自立』を主張したという（『日本の企業社会』と社会法、『法の科学』24号、1996年、86頁）。バブル崩壊後、アメリカからの新自由主義的圧力の下で、経済界にとっても日本型企业体質は重荷となっていたのであるが、企業側と一部労働法学者が、軌を一にして個人の自由を主張している構図である。

（d）社会保障と自己決定権

井上英夫氏は、「人間の尊厳に基づく自己決定を生活保護受給者にも認めるべきである」とし、「社会保障の権利は自由権と社会権を総合化した、人権の総合的な保障でなければならない」と言う（『日本国憲法五〇年と社会保障の権利』、『法の科学』27号、1998年、118、119頁）。同氏は、生活保護費の使用の自己決定権について論じている。そして「人間の生まれてから死ぬまでの生活の全過程、全範囲において自分の生き方、運命を自分で決定する。それが人間の尊厳に値する生というものであろうが、日本の社会保障政策の現状では、自己決定はあらゆる状況で阻害されている」と述べている（『日本国憲法五〇年と社会保障の権利』、『法の科学』27号、1998年、119頁）。「生活の全過程、全範囲において自分の生き方、運命を自分で決定する」と言うのであれば、「どうぞご自由に」と答えるしかない。それが社会保障を要求するというのは、大

いなる矛盾だと思う。また同氏は、「[人間の] 能力なるものに差があるとしたら、社会的かつ後天的なものであり」云々と述べている（同誌、129頁）。個人の能力、性格等は、遺伝的・先天的に決定される要素も大きい。人間は、先天的・後天的の両要素のいわば積として形成されるのであって、両要素の比率を論じることとはできないが、敢えて言えば半々と言うしかない。井上氏の人間観には、大いに問題がある。

笹沼弘志氏は、自己決定権概念の「自律への権利」への転換を試みている。同氏によれば、福祉国家には「保護＝服従」という等式が成り立ち、「これが人権の実質化を目指す現代福祉国家の普遍的なディレンマである」と言う（「現代福祉国家における自律への権利」、『法の科学』28号、1999年、96頁）。かつてマルクス主義法学者は、そのような理屈で福祉国家論を否定していたが、今日でもまだそのような「保護＝服従」といったことを言うのであろうか。確かに社会主義のような全般的な抑圧国家では、正にこの等式が成立していたが、自由社会ではそれほど妥当しない。社会保障が充実している北欧諸国では、保護が服従につながるなどとは誰も言わないのではないか。日本でも、年金、医療制度などで、保護が服従につながることはないだろう。適切な例かどうか知らないが、私は高校・大学時代を通して奨学金を受給していた。私はそれを感謝しているが、誰かに従属したことはまるでない。

「保護＝服従」という等式が成り立つとすれば、それは今述べたソ連のような抑圧国家においてであろう。私は繰り返し指摘しているのであるが、ソ連では社会的弱者は大いに保護されていたのであり、その点に社会主義としての最低限の存在根拠があった。その代わり社会的弱者層は支配層を強く支持していた。社会の指導部と最低辺層が、広範な中間層の犠牲の上に、互いに利用し合い、支え合うのが社会主義の社会構造だったのである。

わが国で多少問題になりうるとすれば、それは、笹沼氏が例としてあげている生活保護制度や障害者など要保護者の保障制度である。私は詳細を承知しないが、生活保護家庭では、贅沢・浪費とみなされるものを認めないといった制約があるのであろう。だから自己決定権の要求が噴出しているのだと、笹沼氏

は言う（前掲論文、『法の科学』28号、1999年、97頁）。

しかし、もし要保護家族が生活保護を受けていなかったら、その自由は極限まで狭いものであったろう。生活保護を受けることによって、自由は拡大する。ただその自由は、生活保護を受けていない人に比べれば限界がある。新たな服従がやってくるのではなく、広がる自由の範囲に制限があると言うだけである。生活保護制度がなければ、むしろ何らかの全面的服従か死を待つだけであろう。生活保護費をいかに使用するかをめぐっては自己決定権が問題になるが、それは自己決定に任せればよいと思う。しかしそれをパチンコに使うといったことは、倫理的には非難されるべきである。覚醒剤を買っていたという事例も、マスコミで報道された。物事には、やはりけじめが重要だ。パチンコなどに使う余裕があるのであれば、次順位の要保護者に回すべきである。いずれにしろ福祉国家以前に比べれば、それだけ社会が高度になり、より高い次元の権利として自己決定権が問題になっているのである。

さて笹沼氏は、同氏の言う「自律への権利」を次のように説明する。「それは、まずなによりもあらゆる権力への抵抗の権利であり、国家の不介入領域の確定という意味で国家をネガティブに制約するのみならず、国家が介入しうる領域においても国家をポジティブに制約するものである」。「権力への対抗としての人権の意義を貫徹させる根源的な権利が自律への権利である」とも述べている（前掲論文、『法の科学』28号、1999年、102頁）。権力への抵抗権と、国家のネガティブ・ポジティブな制約とはあまり結びつかないと思うが、ともかくここでは、反権力主義の姿勢が鮮明である。「あらゆる権力への抵抗」とあるから、笹沼氏には、社会主義の下でこそその姿勢を貫いて欲しいものである。

笹沼氏は、障害者基本法などが、「自立への努力」を定めているのは「自立の強制」であり、削除すべきだという（前掲論文、『法の科学』28号、1999年、103頁）。自立を強制することは、論理的にも事実上も不可能だと思うが、「自立の努力」を求めるのはいいことではないだろうか。時に生活保護の受給を拒否して餓死するといった悲惨な例も生じるが、笹沼氏は、それを「自由のために保護を拒否」したものとみなしている（同誌、97頁）。保護を受けると、さ

まざまの制約があるからである。しかし、その判断はおそらく正しくないのではないか。

保護を拒否する人は、自由のためにそうしているとはとても思えない。それは周囲に支援する人がおらず、制度の知識が十分でなかったり、アプローチの仕方が分からなかったりということもあろう。しかし、生活保護の受給を勧めても拒否する場合があるという。そのような場合、考えられるのは、社会に対する怨念といったものではないだろうか。社会から見捨てられているかのように感じている人は、素直にその保護を受け容れることができず、保護を拒否することによって、社会に復讐しようとしているのではないかと思う。その場合は、周囲の者が徹底的に寄り添って、保護するしかない。

さて、「自立」（自律）は義務ではなく権利であるとすれば、権利は放棄することができるから、それを放棄して自立しようとししない者をどうするかという問題が生じる。「自立」は、労働能力のある者はだれでも可能性があるから、わざわざ「権利」として構成する必要もないと思うが、「権利」として構成すれば、事実上それは「自立しない権利」としての意味しかもたないことになるのではないか。一般的には自立しなければ生きていけないであろうから、自立する能力はあるのにしようとししないという状態は、想像しにくい。あるとすれば次のようなケースであろうか。一つは、自分にふさわしい仕事が見つからないというケースである。この場合は、労働能力があるのならば、自分の意に添わない仕事でも引き受けるべきだと思う。それをしないで保護を受けたいと言うとすれば、そのようなケースこそ、民科がよく批判するパターンリズムである。もう一つは、「引きこもり」など、特別の精神状態で、働けない、あるいは働く意欲がわいてこないといったケースである。このような場合は、一時的に労働能力を失っているとみなして、保護すべきであると思う。

2004年に、生活保護制度への自立支援プログラムが導入され、合理的根拠なくプログラムに参加しようとししない被保護者に対し、最終的には保護の廃止まで行うことになったという。菊池馨実氏は、この制度を支持し、日本国憲法は資本主義を前提としている以上、「能力・機会があるにもかかわらず敢えて

勤労しようとしめない者には、生存権の保障は及ばないというのが、自然な解釈であると思われる」と述べている（『社会保障法制の将来構想（一）』、『民商法雑誌』135巻2号、2006年、336、343頁）。私もそうせざるを得ないと思うが、それは「資本主義」とは関係がない。むしろ社会主義の方が関係があろう。社会主義の下では「働かざる者食うべからず」のルールが支配し、労働は厳格な義務となるのが一般的だからである。ソ連では、自ら働かず、他人に依存して生きることは、「寄生的生活の罪」という犯罪を構成していた。むしろ労働忌避者をあくまでも保護する「温情的資本主義」の方が、可能性はありそうだ。資本主義の下では、労働忌避者を社会矛盾の犠牲者とみなす人々が存在し（私も、ある程度そう思う）、その保護を要求するが、社会主義下では、そのような矛盾がないとされる以上、労働忌避者は単なる怠け者か、ブルジョアの腐敗分子とみなされるからである。

（e）新自由主義との相違—①自己責任の問題

西谷・笹倉氏が編集した『新現代法学入門』（2002年）は、自己決定権論を全体のキーワードとして使用している。その「はしがき」で、新自由主義も自己決定について語るが、「それが本書の立場と決定的に相違するのは、自己決定よりも自己責任に重点をおいている点や、連帯の観点をほとんど無視している点と並んで、国家の福祉機能や自己決定支援機能を敵視する点にあるといえよう」と述べている（同書、iv頁）。しかし、これらの点で、両者が「決定的に相違する」とは言えないのではないか。

まず自己責任の問題であるが、自己決定は、論理的に当然に自己責任を伴うであろう。同書（『新現代法学入門』）の冒頭論文（吉村良一氏執筆）の冒頭の一文は、『『自分のことは自分が決める（自己決定）』『自分で決めたことには責任を負う』（自己責任）。このいわば当たり前のことが』云々と書かれている（同書、1頁）。同書の笹倉論文にも、「自由で対等な人々が競争する場合、その結果には各人が自己責任を負うことが原則である」とある（『〈最現代の法〉をどうとらえるか』、同書所収、277頁）。松本恒雄氏も、「近代私法原理の基礎と

もいうべき自己責任論」について語っている。そして自由な意思による自己決定に自己責任を負わせるためには、事前に十分な情報提供が必要と述べている（『バブル経済の精算と私法学の課題』、『法の科学』23号、1995年、121頁）。

西谷敏氏は、別の文脈で論じたものではあるが、高度経済成長を経てわが国に生まれた個人主義につき、「この個人主義は、主体的判断と主体的責任を伴った本来の個人主義ではない…」と論じている（『生活・社会構造の変化と法』、『法の科学』16号、1988年、22頁）。私利私欲を追求する利己的個人主義と異なっていて、本来の個人主義は責任を伴うという常識的な見方がここに示されている。渡辺洋三氏も、戦後教育の下で、「自分は自分で主体的に判断し、行動し、その行動の結果には責任を負うという、個性豊かな若者」が育っていないと嘆いているが、ここでも自己決定と自己責任は一对で考慮されている（『戦後日本の民主主義』、1991年、257頁）。

先の笹倉氏の場合、「自由で対等の人々」という前提条件が付いているが、新自由主義者も、自由な競争の前提条件として、「チャンスの平等」を重視するから、その点は同じである。松本氏の言う情報提供についても、新自由主義者と同じである。

新自由主義が、自己責任の方を重視するというのも根拠がない。新自由主義は、自己決定によりリスクをとって挑戦することを重視する。そしてそれで失敗した場合の「セーフティネット」の問題を提起したのも、元々は新自由主義者であった。そしてさらに、自己決定によって再挑戦することを奨励するのである。自己責任を重視する社会では責任保険制度が発達するから、個人の責任は分散することもできる。また新自由主義は、自立した市民による契約原理による社会の構築を説くのであって、連帯を無視したりはしていない。

新自由主義が国家の福祉機能を敵視するというのはその通りであるが、しかしこの点について、民主主義法学者はどうなのか。本稿の〈中〉で詳述したように、民主主義法学者は、福祉国家を強烈に批判していた。その後態度を改めたかにもみえたが、現在でも、民科の文献には、福祉が人間を受動的にするといった新自由主義者そっくりの批判が各所にみられる。笹倉氏自身も、自己決

定権論の問題に関連して、「社会保障は社会権の実現のために、それが自由を
実質化するものだとして安心しきる傾向、すなわち、社会保障の受給者の主体
性が鈍り、国家への依存が強まる危険があることを見ない傾向も出ていた」な
どと述べている（笹倉秀夫「自己決定権とは何か」、松本博之・西谷敏編『現
代社会と自己決定権』、1997年、12頁、8頁も同旨）。両者は、似たり寄ったり
ではないか。社会福祉のような国家のパターナリスティックな政策が、市民の
自立性、主体性を弱めるという民主主義法学者の指摘は、非常に多い（「〈最現
代の法〉をどうとらえるか」、『新現代法学入門』、2002年、272頁）。

（f）新自由主義との相違—②「自己決定無能力者」保護の堂々めぐり

民科の自己決定論は、弱い立場の者でも自己決定できるような支援の必要性
を主張する点で、新自由主義のそれと違うとも言われる。しかし、保護される
者は受動化するから自己決定が重要だといひながら、自己決定のためには保護
が必要だと言うのは循環論法となる。自己決定論者は、しばしば「真の自己決
定」という言葉を使う（吉村良一「〈自己決定と法〉を考える」、『新現代法学
入門』、2002年、10頁、西谷敏「労働者保護法における自己決定とその限界」、『現
代社会と自己決定権』、1997年、226頁）。真の自己決定ができるように、条件
整備（保護・支援）が必要だと言うのである。社会的弱者が自己決定を行って
も、それは「真の自己決定」ではない可能性があるから、後見的な介入が必要
になるというわけである。その矛盾については、岩佐卓也氏が的確に指摘して
いる（「総論報告・自己決定権について」、『法の科学』34号、2004年、129頁）。
かつてマルクス主義者は、「真の自由」、「真の民主主義」といった用語法を愛
好したが、実際にはそれは、自由や民主主義の正反対を意味していた。「真の
〇〇」といった表現は、あまり使わない方がよい。

吉村良一氏は、現代市民社会においては「弱い個人」が主体として登場する
から、「自己決定を保障する措置」が必要だと言う（「なぜいま『自己決定権』
か」、『法の科学』28号、1999年、81頁以下）。とすると、これも、議論は元
に戻るのではないだろうか。社会的弱者を保護するために、自由権とは別に、あ

るいはそれを補充するものとして社会権が必要であるというだけである。著者は、森田修氏に依りつつ、弱い個人を放置したり、保護が抑圧にならないような「支援された自律」を説くが、それは危うい綱渡りのようである（同誌、82頁）。ただこれまでも、例えば生活保護制度は自立支援のための制度であって、「支援された自律」の制度であった。新しく「自己決定権」を説く意味はどこにあるのであろうか。

矢野昌浩氏は、労働法の分野で、西谷氏により、自己決定権論が打ちだされたが、「規制緩和論との対抗関係から、自己決定の実質的保障のための条件整備という論理がしだいに前面にだされるようになった」と指摘している（『構造改革と労働法』、『法の科学』34号、2004年、48頁）。結局弱者保護論に元戻りしているのである。笹沼弘志氏も、西谷氏について、「強いられた状況のなかでの『仮の自己決定』に『真の自己決定』を対置することにより、規制・保護による自己決定という、それ自体自己矛盾を孕んだ理論へと展開していかざるをえなかった」と指摘している（「自己・決定・責任」、法律時報増刊『憲法改正問題』、2005年、200頁）。

吉村良一氏は、次のように言う。「九〇年代において、新自由主義とも一定の共鳴関係を持ちつつ、市民の自立や自己決定を強調する主張が台頭してきている」（「総論 90年代における『変容』をどうとらえるか」、『法の科学』31号、2001年、94頁）。民科内部にもそれは浸透しているが、吉村氏は、「筆者自身は、市民の自立や自己決定といった『市民法』的価値を抽象的に語るのではなく、…具体的な問題状況に即して、かつ、自立や自己決定の条件（それが欠けている場合にはそのための支援のあり方を含めて）を合わせて検討する」ことが必要だと述べている（同誌、95頁）。この場合の支援は、国家によるものだけでなく、様々の中間団体、人々の連帯によるものを含むという。「まさにこの点にこそ、市民主義一般と、われわれの目指すべき『市民法』論の分水嶺がある」と言うのである（同所）。民科の独自性を主張したいのであろうが、しかしこの程度では、市民主義一般とさほど変わるところはないのではないか。

パターンリズムを廃して自己決定を主張しながら、自己決定できない人のた

めの保護が必要という。また自己決定できる人の場合も、「真の自己決定」ではないかもしれないから、やはり保護が必要という。自己決定権論はほとんど無意味になってしまう。「自由」を保障した上で、保護を必要とする人は保護するという、伝統的な自由権と社会権の二元論で十分ではないだろうか。

(g) 民科内部の自己決定権論批判

自己決定権論については、さすがに民科内部でも、批判的見解や注文を付ける議論がある。それらは、既にそれぞれの文脈でも紹介してきた。ここでは、それ以外のものを取り上げる。

1994年からの三年間の企画「民主主義社会構築をめざす法戦略」を総括した戒能氏は、自己決定論の一定の意義（企業による社会的支配などの日本社会の特質をかえるためには、個人の自律性を基底においた社会関係の再構築が必要等の理由）を認めつつも、「自己決定至上型自由論」は、現在の行革路線の「格好の補完イデオロギー」になると警戒的である（「民主主義社会構築をめざす法戦略」、『法の科学』26号、1997年、115-116頁）。本間重紀氏も、「労働者の自律（自己決定）は、生存権保障のための協同・団結もしくは政府規制と共存しうるものでなければならない」。さもないとそれは、新自由主義的な支配に包摂・統合される危険性があるという趣旨のことを述べている（「日本の企業社会・国家の法的改革」、『法の科学』24号、1996年、20頁）。

根本到氏が、西谷自己決定論との関わりで、「自己決定権と平等論の関係」について述べていることは、既述のとおりである（本章第2節第3項b）。同氏は、「機会の平等が十分に与えられていなければ、選択可能性が狭まるので、自己決定の存立基盤は疑わしくなる。しかし他方で、あまりに多くの問題を平等論で解決しようとすれば、自己決定の余地を著しく狭めることになる」と言う。そして、この自己決定権と平等原理の二律背反を解決することが必要と述べている（「労働法における自己決定論の意義と課題」、『法の科学』34号、2004年、135-136頁）。

大島和夫氏は、西谷氏の著作の書評の中で、自己決定権論と基本的には同

じ考えだが、自己決定を取り出して主張すると無用の誤解が生ずるので、「個人の尊厳」の概念で済ませていると述べている（『法の科学』35号、2005年、202頁）。協田滋氏は、自己決定権論を批判し、労組が協調化する中で個別労働者の意思を重視する議論が注目されてきたが、社会・労働法が根こそぎ崩壊させられようとしている時に、「個別労働者の意思を強調するだけではそもそも限界があったと言わざるを得ない」と言う（『現代日本における『ナショナル・ミニマム』』、『法の科学』39号、2008年、119頁）。

自己決定権の問題は、犯罪原因論についての古典的な論点とも関わりがでてくる。この問題は、民科で議論されているわけではないが、一言する。犯罪は自由意思に基づくものか、それとも何らかの原因によって決定されているのか。「決定」という言葉は言い過ぎであるが、犯罪が、一定の社会環境の強い影響の下で発生することは明らかである。マルクス主義の刑法理論は、この「決定」の要素を重視していた。しかし、自己決定権論は、犯罪の原因として自由意思を重視する立場を補強することになるのではないか。存在論と規範論のレベルの相違があるとは言え、一方で自己決定を説きながら、あるいは自己決定できる条件の整備を主張しながら、犯罪が起こるとそれは社会の責任だと言うのは、やはり辻褄が合いにくいのではないだろうか。

ともあれ私から見ると、民主主義（マルクス主義）法学者と新自由主義者が統一戦線を組んで、自己決定権論によって麗しき共同体を破壊しようとしているようにみえる。しかもそれは、左右両翼の対立する方向からの攻撃ではなく、同じ方向から向かってくるのである。この点では、民主主義法学者自身、自らの立場と新自由主義の違いを、明確には説明できていない。「自己決定権」という言葉自体、新自由主義的、さらにはリバタリアンのであり、およそ人間を共同的存在として把握するマルクス主義とは対極的である。新自由主義の登場に対して、正にそれと闘わなければならない時に、マルクス主義の影響の強い団体内部にも、時代の思潮は浸透してきたのである。

何か私は、自己決定論を批判しなければならないと錯覚しかかっていたが、元々その必要はなかった。私としては、民科がマルクス主義からますます離れ

ていることを説明すれば十分である。マルクス主義から離れているとすれば、むしろそれは歓迎すべきことである。

(4) 市民社会論

自己決定権論以上に、近年の民科の中心的なテーマとなってきたのは、市民社会論である。これもまた、新自由主義的性格が濃厚である。ただしそれは、社会主義崩壊前の1980年代から、市民法論というかたちで部分的には展開されていた。1990年代には、それは明確に市民社会論として展開されるようになり、新自由主義との共通性も明確になっていく。

(a) 「市民法の復権」論

①清水誠氏の市民法の「練り直し」論

市民法を重視する主張は、1980年代初めから渡辺洋三氏によって展開されていた。そして1983-84年には、市民法を主題としたシンポジウムが、民科で行われたことは既述の通りである。渡辺氏の市民法論は、その後清水誠氏によって継承されたと民科内部でも言われているが、確かにそう言えるのかもしれない。その清水氏は、1992年に『時代に挑む法律学』を発表している。それはソ連社会主義崩壊前に書かれた論文を収録したものであるが、その「プロローグ」だけは、ソ連崩壊後に書かれたものである。興味深いのは、この「プロローグ」とそれ以前の論文（例えば、既述の1984年民科学会における総括報告）では、論調がまるで違うことである。

1984年の「総括」の方は、マルクス主義的な階級史観の立場が鮮明である。マルクス主義の方法の重要性が指摘されているし、市民法は資本主義の矛盾の激化につれて自己崩壊し、社会主義市民法に一定程度継承され、やがて衰滅するとされている。市民法の理念は元々虚偽性を有していて腐朽・退化していくが、独占段階でさらに朽廃し退廃するという。そして市民法の理念を実現するのは、「ブルジョアジーの対立者であり、これを打倒する課題を負わされた労働者を中心とする勤労市民層」だと言うのである（清水前掲書、19頁）。そこ

では、新自由主義は、「すでに破綻した市民法の復権を説く」ものと批判されているが（同所）、清水氏の立場とどこが違うのか分かりにくい。少し後に清水氏は、「市民法の練り直し」という言葉を使っている。復権論と区別するためであろうか（『現代に挑む法律学』1992年、33頁、原論文は1986年）。

他方で1992年の「プロローグ」の方は、階級的視点は全くないと言ってよい。ブルジョアジーとか労働者階級といった言葉は登場せず、主体は「市民」である。「自由・平等・友愛」といった市民社会の理念はますます腐朽してきたといった「ひたすら悪化論」ではなく、「人類は全体としてこの理念を自己の課題とする時期に到来しつつある」と、歴史が進歩してきたことを暗示するかのよう表現になっている。市民法の内容については、狭義では民法を意味し、その基本原理の中には、自由・平等な法的人格、自由な契約と並んで、「絶対的に保障された所有権」が含まれているという。広義では、市民法の原則は、立憲主義、国民代表制、法治主義、権力分立、基本的人権の尊重…、罪刑法定主義、適正手続の保障…を意味するという。

「所有権の絶対性」は当然私的所有を想定しているのであろうから、資本主義社会が前提とされている。清水氏は、「自由、平等の理念は資本主義が存立するための必要条件である」とも述べている（清水前掲書、3頁）。そして、「自由、平等、友愛という理念を堅持し、厳しくその実現を要求し、かつ目指しながら、現実の諸矛盾を徹底的に批判し、これを超克すべく努力し、探求していくのが、正しい道であると考える」と結論している（同書、4頁）。これからみると、清水氏の立場は、より良い資本主義社会の建設を目指しているようにも見える。

ただ同時に清水氏は、資本主義の仕組みに責任を負う人々は、市民法の理念を「実現することができない。あるいは実現しようとしない」とも述べている（清水前掲書、2-3頁）。では市民が資本主義法を改善すべきだということのか、それともやはり社会主義を目指すということのか。同氏は市民社会の理念の実現を、「今日の人類にとっての当面の目標」と語り、「この市民社会の段階を十分に経過しないで、その先へと進むことはできない」と述べているから、やはりその

先に社会主義を想定しているのであろう（同書9頁）。しかし、以前と違って、社会主義と明言できないほど、それははかない夢となっている。

ところで清水氏のこの本のサブタイトルは、「市民法学の試み」となっている。この「市民法学」という表現は、示唆的である。かつて渡辺氏は、戦後日本の法学を、官僚法学、市民法学、民主主義法学の三つの潮流に分けて、論じていた。このうち民主主義法学は、事実上マルクス主義法学を中心とする潮流である。市民法学は、1960年代に日本に形成された市民社会と小市民的財産所有者（大部分は労働者）を背景にしており、戦後法学界の主流をなしているという。市民法学の内容はそれほど明確ではないが、「市民の自由主義的・個人主義的生活利益を防衛するという観点から、そのかぎりで官僚法学と対立している」と述べられている。ただ市民法学は、全体としての体制そのものを問う視点はなく、「基本的には体制の枠内における、個々の具体的な問題の次元における官僚法学との対抗にとどまっている」とされている（『現代法の構造』、1975年、364頁）。市民法学の代表者としては、川島武宣氏の名が上げられている。これからみると、清水氏の市民法学は、渡辺氏が民主主義法学と区別して名付けた市民法学にかなり近い印象を受ける。つまり民主主義法学の市民法学化である。

②市民法と新自由主義の関係

民科のかつての市民法論は、社会主義的展望と結びつけられていたが、社会主義崩壊後それが一応切り離されると、民科の市民法論と近代的なそれ（それは新自由主義の市民法論にも通じる）との違いを見出すことは難しい。そのため、言葉の上でも、市民法の復権、市民法の復古、再版市民法、市民法の練り直し、市民法の克服など、混乱が生じている。

吉田克己氏は、「市民社会と民主主義」という視角から市民社会について論じているが、そこで「『市民社会』として想定しているのは、私的所有、契約、法的主体性の三つの基本的要素からなる市民法が妥当する社会」だと述べている（『民主主義・自己決定権・市民的公共性』、『法の科学』26号、1997年、130頁）。

それは近代から現代へと変容してきたが、この三つが基本的要素であることに変わりはないという。つまり、私的所有を前提とした資本主義社会の枠内での議論である。

先に清水誠氏は、新自由主義の主張を、「市民法の復権」として批判していた。他方で渡辺洋三氏は、「市民法の復権」を主張し、この語を肯定的意味で用いてきた（後述の本間氏も同じ）。渡辺氏は、一方で、独占資本の時代に市民法が精神が失われたと言いながら、1998年の著作のなかでは、20世紀の憲法は市民の生存権を中核としており、ワイマール憲法のなかに「資本の法に対する市民の法の復権」を見いだすなど、正反対のことを述べている（『法とは何か』、1998年、76頁）。同氏の主張していた市民法の復権は、既に実現されているということになる。

新自由主義の立場を、否定的意味を込めて、「市民法の復古」とか、「再版市民法」と呼ぶ例もある。川角由和氏は、「…『新自由主義』が、自己責任と市場原理にもとづく『小さな政府』という」自由主義的戦略を標榜し、「もって『市民法』の『復古』を強調している、と言われている」。それに対して民科的な市民法の立場から、「真に民主主義的な対抗的法戦略を構築することが可能であるのか…という素朴な問題が意識されざるを得ない」と率直に語っている（「日本の企業社会と市民法」、『法の科学』24号、1996年、63頁）。そして、新自由主義のまやかしの市民法、有害な市民法に対して、「民主主義法学の陣営からする普遍的な『市民法論』をより積極的に対置し展開していく」ことを主張している（同誌、65頁）。ただ「とりあえず我々の『市民法』は抵抗原理、防衛的課題をになう法原理ないし法学方法論として立ち現れざるをえないのではないか」と言う（同誌、66頁）。市民社会論は社会を積極的に形成していく原理ではなく、権力への抵抗の足場といったもののようである。

本間重紀氏は、新自由主義的な主張を、「再版市民法」とか「市民法の復古現象」と呼び、それに対して「市民法の復権」を主張している（『暴走する資本主義』、1998年、223頁）。同氏によれば、「新自由主義・新保守主義的支配戦略は、法的に言えば、市民法の『復古』の主張となる…」という（「日本の

企業社会・国家の法的改革」、『法の科学』24号、1996年、13頁）。他方で、それに対する対抗戦略の一つとして「古典的市民法の復権」論があり、この「市民法の理論・戦略は、支配の領域、すなわち企業ないし独占の内的な編成という領域において、その編成が所有・支配・責任の不均衡を制度必然的にうみだし、つまり市民法的な自己責任原則そのものを崩壊せしめるという批判、改革戦略として有効である」と述べている（同誌、19頁）。それは、企業と消費者、系列取引など不平等な取引の領域で有効という。しかしそれは、チャンスの平等の下での自由な競争を説く新自由主義と共通する考え方ではないだろうか。系列取引などは、新自由主義者も批判するところのものである。

なお戒能通厚氏は、新自由主義の立場を「再版市民法」と捉え、民科の立場は「市民法の克服」と考えているようである（「民主主義社会構築をめざす法戦略」、『法の科学』26号、1997年、122-123頁）。ただし「克服」の詳しい説明はない（「克服」と言うからには、社会主義的な展望が含まれているであろう）。結局のところ、民科と新自由主義の市民法概念に、明確な差異を見出すことはできそうにない。

（b）市民社会 γ

市民法は市民社会の法であるから、市民法論と市民社会論は、ほぼ同じ平行する内容において捉えられてきた。ただ1990年以前は、市民法論が中心で、市民社会論はそれに付随して語られる程度であった。しかし1990年以後は、市民法について語られることは少なくなり、市民社会論が隆盛になる。それは、市民社会を欠いていたソ連・東欧の社会主義体制が、市民の運動によって崩壊したことから、市民社会の意義が再評価されたことも一因とされている。こうして市民社会は、従来の市場経済を基底にした経済社会のイメージから離れ、自立的な市民団体や市民運動として捉え直されていく。市民社会 γ などがそうである。もはやこれは、伝統的な市民法論とはあまり関わりをもっていない。市民法論は衰退し、代わって市民社会論が隆盛となっていくのである。

千葉眞氏によれば、1990年代に、「市民社会論のルネッサンス」とも呼べる

状況が世界各地で起きているという。同氏はその要因を三つあげているが、「直接の歴史的背景としては、第一に一九八九年を頂点とする東欧諸国における連鎖型民主主義革命の影響を挙げることができる」と言う（『市民社会論の現在』、『思想』2001年5月、1頁。他の二つの要因は略す）。民科内部でも、1990年代以降、「市民社会論」の隆盛がみられ、その際千葉氏の論文もしばしば引用されている。その場合特に異論は述べられていないから、千葉説に同意しているように感じられる。しかし東欧発の市民社会は、反社会主義のそれであり、社会主義を打倒した。私自身も、ソ連・東欧の体制転換を、しばしば「ブルジョアなきブルジョア革命」と呼んでいるから、それを市民革命と呼んでもよい。この場合、共産党政権は絶対王制に対応するわけである。民科系学者は、この市民運動が、新しい社会主義的な運動にまで高まる可能性に期待していたようであるが、それはありえない。自立した市民の連帯した市民社会と、「統一と団結」を不可避とする社会主義は相容れないからである。民科で市民社会論が流行するのは、奇妙な現象である。

民科の文献に依れば、市民社会論が活性化した経路としては、今述べた東欧の「市民革命」以外に、次の5つぐらいの筋道があるようだ。①日本は市民革命を経験しておらず市民社会を未だ形成していないという後進性説。②そもそも市民社会は西欧でも理念にすぎず、実態はブルジョア社会であるという批判の視点。③市民社会が、独占資本主義段階以降変質し、抑圧的社会に変わったという説。④特に労働法の分野では、労働者の団結が、かえって個々の労働者の権利を侵害しているという実情。⑤社会主義崩壊の影響。この⑤は、先の千葉説とは異なり、ソ連等の社会主義の欠陥の原因を、これら諸国における市民社会の欠如に求めるというものである。

これまで市民社会の語は、わが国ではそれほど厳密に定義して使われていたとは言えない。それは、市場経済を基礎とした経済社会を意味したり、自立した市民が自主的に形成する社会といったニュアンスで使われていた。後者は市民運動と関連していたし、東欧革命が市民社会の息吹を感じさせたのは、後者の意味であったろう。しかしソ連社会主義崩壊後、民科の議論には、市民社会

γ なるものが登場し、従来とは異なった展開を見せるようになる。

吉田克己氏によれば、市民社会概念には、三種があるという（『総論・現代『市民社会』論の課題』、『法の科学』28号、1999年、8頁以下）。まず市民社会 α は、「市場経済社会としての市民社会」であり、マルクス主義者がこれまで使ってきた市民社会概念は、主としてこれであった。川島武宜氏の言う市民社会も、この市民社会 α だという。市民社会 β は、「政治共同体としての市民社会」であり、ギリシャのポリスのイメージである。わが国では、戒能通孝氏の市民社会論がそれに近いという。日本はこれまで「封建制を払拭しきれない前近代社会」、あるいは日本型企业社会であって、それを批判するためには、これらの市民社会論が有効であったという（同誌、11頁）。

しかし今新たに国際的に登場しているのは、市民社会 γ だという。それは、『国家』と『市場経済』の中間に市民の対等・平等性を前提とした自発性に基づく公共空間である『市民社会 γ 』を設定し、これによって国家と市場経済とをコントロールする」ものだという。このような考え方が登場した背景の吉田氏による説明が、興味深い。同氏は二つ書いている。「一つには旧社会主義諸国などに見られた権威主義的国家に対するアンチテーゼとしての意味である」。国家崩壊の担い手となった「労働組合や教会などの非国家的ネットワーク」に、注目したものだという（吉田前掲論文、『法の科学』28号、1999年、11頁）。先の千葉説と同じように、社会主義を崩壊させた勢力が、積極的に評価されているらしい。「もう一つは、福祉国家の否定的側面の克服であり、これはとりわけイギリスやアメリカ合衆国で強調されている」と言う。福祉国家の否定的側面とは、「官僚制の肥大化と福祉受給者の受動性」などだと言う（同誌、11-12頁）。これは、新自由主義的な発想である。

以上からみると、市民社会 γ は、反社会主義的、新自由主義的性格をもっているように感じられる。吉田氏は、客観的に状況を説明しているだけなのかもしれないが、このような市民社会 γ に積極的意味を認めているようにも見える。吉田氏は、市民社会 γ に、新自由主義に対抗して「パブリックなるもの」を再構築することを期待しているようにみえるからである（吉田前掲論文、『法の

科学』28号、1999年、12頁）。また同氏は、先の三つの市民社会論は相互排斥的なものではなく、相互補完的に、現体制に対する批判原理たりうるとしている（同誌、13頁）。

しかし、ソ連社会主義の崩壊によって、市場経済を克服することが失敗に帰し、他方で、民主的と思い込んでいた社会主義国家権力の現実を遅ればせながら知り、民主主義法学者は、経済と政治から距離を置いて、市民社会にしか拠り所を求めることができなくなっているのではないだろうか。市民社会に依拠することは間違っているわけではないが、それは市場や国家の力に比べて、あまりにひ弱であることを自覚しなければならない。

（c）公共圏・アソシエーション・NPO

市民社会、特に市民社会^γの類語として、「市民的公共圏」やアソシエーションといった言葉も、民科の文献には頻出するようになった。

高村学人氏は、アソシアシオンを、「自由で平等な個人が自発的に結びついて形成する社会」と規定している（「アソシアシオンの歴史法社会学」、『法の科学』33号、2003年、21頁）。同氏は、フランスのアソシアシオン論を紹介しつつ、「今日の先進国共通の新市民社会（…）論においては、新たなNPOがその担い手とされ、現代社会の問題解決の処方とされ、いわば第二のアソシアシオン至上主義というものがみられる」と述べている。そして、アソシアシオンには、「中央からの支配・統合のイデオロギーが働く」として、その限界にも留意している（同誌、29頁）。

アソシエーションの問題は、比較法学会（2007年）でも取り上げられた。総論を報告した佐藤岩夫氏は、「ケインズ主義的な『福祉国家』とそれに対する新自由主義的な批判の二項対立を止揚するものとして、アソシエーションを組み込んだ新しい公共サービスの可能性が模索されている」と述べている（「総論」、『比較法研究』69号、2007年、5頁）。

アソシエーション論は、マルクスのそれとの接点を見出したいといった願望があるのかもしれない。中村浩爾氏は、「社会主義は、自由主義との対抗関係

の中で、いまだかつての勢いを取り戻せないでいるが、新しい展開もあれば、古典の再解釈によって打開の道を探る動きもある。マルクスにもアソシエーション論があったという再解釈は、その一例である」と述べている（『改憲動向下の民主主義および民主主義論』、『法の科学』40号、2009年、58頁）。マルクスのアソシエーション論は、コミュニオン論とともに、彼の社会主義論の中核をなすものであり、今頃再発見されるようでは困る。それにマルクスのアソシエーションは、「市民社会」ではなく「共同体」のイメージである。

1998年にNPO法が成立して以降は、公共圏の問題は、主としてNPOの問題として論じられている。民科のNPO論は複眼的と言おうか、積極・消極の両面に触れる議論が多い。晴山一穂氏は、NPO論などについて、次のように論じている。「これらの議論が少なくともその中の有力な議論が一日本経団連を中心として一貫して新自由主義的改革推進の観点から提起されてきたという事実を重視したいと思っている。しかし、同時に、そこには、部分的ではあれ市民の社会参加・行政参加の契機が含まれていることも否定できず」、「単純に新自由主義との関係だけで割り切ることはできない問題が含まれていることにも注意する必要がある」。そして、「個人や集団が公共的な課題の担い手として発展する可能性がどれだけあるかということについて」、検討が必要と言う（『新自由主義的国家再編と民主主義法学の課題』、『法の科学』35号、2005年、16-17頁）。

佐藤岩夫氏は、「NPOの発展は、一方で、市民・住民の自治や自律的な社会形成に道を開くものであると同時に、現実には、NPOが、国家の政策や行政目的の実現の資源として利用（動員）されている現象もしばしば観察される」と言う（『NPOの発展と新しい公共圏』、『法の科学』37号、2006年、144頁）。そして、「市民・住民の〈自治・自律〉と、国家による〈動員・誘導〉の二つのベクトルの交錯を解明することは、NPOの分析の重要な課題である」と述べている（同誌、145頁）。

松井真理子氏は、NPOは「社会変革性を内包している」と、NPO活動に積極的に関わっているようであるが、行政との協働の波の中で、「NPOとしての

主体性や独自の判断力を失いかねない危険性をはらんでいる」ことも指摘している（『自治体における『新しい公共』をめぐるNPOの現状と課題』、『法の科学』37号、2006年、154、156頁）。

もう一つ、「自立」という場合、行政だけでなく、政党、労働組合などの既成の団体との関係も問題になりうる。私は、政党などとは距離をおく運動が望ましいと考えているが、民科の場合は違うであろう。渡辺治氏は、護憲運動「九条の会」は、政党との協力を拒否する市民運動が多い中で、拒否していないと高く評価している（『安倍、福田政権崩壊による改憲論の新段階と民主主義法学の課題』、『法の科学』40号、2009年、28頁）。しかも民科系の場合は、協力する既成団体を思想によって選別しようとする傾向がある。自立を主張するのであれば、政党などからも自立すべきである。

榊澤能生氏は、NPO法の両義性、すなわち「社会運動を支配的公共圏に動員する機能と、対抗的公共圏の担い手の運動を支える機能」の対抗を指摘している。前者しかない、あるいは後者はごまかしだというのならともかく、両方の側面があるのであれば、競い合えばいいのではないか。同氏は、また、新自由主義による「公共圏の再構築」は、「独りよがりな権利主張により阻害されない公益、公共の秩序の回復であり、例えば地域活動の義務付けといった、ボランティアという名の不払い労働が賞揚される」とも述べている（『新しい公共圏と民主主義法学の課題』、『法の科学』37号、2006年、17頁）。具体的にどのような義務付けが行われているのか詳しくは知らないが、ボランティア活動を、「不払い労働」などとは言って欲しくない。そのように言うのは、商品交換的、等価交換的な資本主義的通念に呪縛されているのではないか。「公共のために無償で奉仕する」という社会主義的精神を、もってもらいたいものである。

さらに榊澤氏は、「市民活動やボランティアは、『市民の安全・安心』という市民的治安主義のための動員に他ならないのではないか、という疑念が常に付きまとう」とも述べ（榊澤前掲論文、『法の科学』37号、2006年、18頁）、斉藤豊治論文が、この両義性について論じていると紹介している。その斉藤論文

は、神戸大震災の際の自治会やボランティア活動、警察の行動等について論じており、確かに市民活動等の両義性を指摘している。しかし、震災の際の実態調査も踏まえ、警察の行動にたいする過度の警戒に疑念を懐いているのが窺える。例えば、「住民の自主的な活動として登下校の見守りなど地域安全活動が展開されているが」、それを監視社会論といった視座で切り捨てるのは、「ほとんどの市民にとって説得力のある主張といえるのであろうか」と疑問を提起している（『『新しい』公共圏と市民的秩序の形成』、『法の科学』37号、2006年、43頁）。

また神戸地震の際、混乱をチャンスと捉え警察が市民社会に介入しようとしたといった動きは観察されていないのである。斉藤氏は、調査の結果、「自治会の地域安全活動、地域防犯活動が住民の側の自発的で自然発生的な活動であったことが裏付けられる」と述べている（斉藤前掲論文、『法の科学』37号、2006年、46頁）。この地震を直接体験した私自身の観察からしても、同氏の分析は同調できるところが多い。

自立した運動か、それとも行政に動員された運動か、という問題は、民科の市民社会論の中心的なテーマになっていると言ってもよい。しかし、何のためにそのような区分にこだわるのであろうか。自立した運動が自己目的化されているが、官製の団体であれ、自立した運動であれ、その運動の目的が有効に実現できているかどうかの方が、重要なのではないだろうか。その意味では、官製の団体と自発的なグループが競争すれば、自ずから結果が出てくるのかもしれない。市民運動の問題は、理論的にはあまり論ずべきことがあるように思えない。それは、何よりも実践の問題である。市民社会論を説く人々は自ら実践し、官製の運動に勝る成果をあげてみせるべきである。

（d）市民社会論への「逃避」

イギリスのマルクス主義者エレン・ウッドは、マルクス主義内部での市民社会論の隆盛は、資本主義批判からの逃避ではないか、という趣旨の批判をしているという。広渡清吾氏は、そのような批判に反論している。「市民のネット

ワークの現実の力は、世紀の転換期に、東欧の社会主義諸国における民主的、平和的体制転換が遂行されたことのなかに示された」ことも、その根拠としている（『資本主義法の現在』、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、6頁）。広渡氏は、この種の発言を繰り返している。社会主義の崩壊を喜んでいるようで、不思議に思ったものである。最初は誤って筆が滑ったものかと思ったが、繰り返していることからすると、本気でそう考えているのであろう。しかし、社会主義体制を崩壊に追い込んだような市民運動を、資本主義との闘いに利用できると考えるのは、どこか方向感覚が完全に間違っていると言わざるをえない。最近たまたま1929年の大恐慌後のフランス労働者のデモ隊の映像を見たが、彼等は「社会主義もファシズムも資本主義よりましだ」という旗を掲げていた。ファッショ運動と共産主義運動には共通の根がありそうであるが、自立した市民の運動は、その双方に「ノー」を突きつけるのである。

広渡氏は、別の論文でもエレン・ウッドに反論し、民科の市民法論は資本主義批判を目的としており、資本主義批判からの逃避ではないと述べている。その根拠として、民科が市民法論を本格的に取り上げた1983-1984年の議論を上げている（『グローバル化の時代における国家と市民社会の変容』、『法の科学』37号、2006年、56、59頁）。確かにあの時の市民法論は資本主義批判を含んでいたが、それは社会主義崩壊前のことであった。その崩壊後の民科の市民法論、市民社会論には、資本主義批判は明確には見当たらない。そしてエレン・ウッドの著作は1995年のものであり、彼女は社会主義崩壊後のマルクス主義のことを語っているのである。

藤田勇教授も、エレン・ウッド（ここでは彼女はカナダ人とされている）を取り上げ、その批判は、民科の市民社会論には当てはまらないと言う。その理由として、民科の市民社会論は新自由主義批判が基調になっていることを上げている（『法の科学』29号、2000年、巻頭言）。しかし、既述のように、民科の市民社会論には新自由主義と通底する部分がかなりあるし、新自由主義批判自体は資本主義批判ではない。現在では、ケインズの資本主義や福祉国家型資本主義を支持する者も、民科にはかなりいるように思われる。

なお戒能通厚氏は、ソ連崩壊後の藤田教授の社会主義論の著作について、「…藤田の大作は、資本主義のオルタナティブの喪失をあおる論調とそれに無批判に追隨しているかにみえる法学の大方の潮流からみれば、孤高の高みにあるように見えるが、資本主義論なき『市民法』論・アソシエーション論を峻拒するその姿勢に私は多くを学ぶべき必要を感じている」と述べている（『民主主義法学を求めて』、法律時報増刊『改憲・改革と法』、2008年、355頁）。これは、民科内部の最近の動向に対して異を唱えたものであろうか。「資本主義論なき」という前提条件が付いているから、資本主義論と結合すれば容認するという意味かもしれないが。

いずれにしろ、戒能氏による藤田説の紹介は正しいのであろうか。本稿で指摘したように、藤田教授は、本質的には市民法論などに批判的であったが、しかしその中に敢えて肯定的意義を無理に見出して（市民社会は社会主義的なアソシエーションへの過渡的形態である等）、「無限抱擁」していた。だから市民法論などを明確に「峻拒」した教授の文章を、私は知らない。戒能氏は、何を根拠にしているのであろうか。

渡辺治氏は、市民社会論の隆盛を、「市民の論理への屈服」と批判している。「資本主義批判からの逃避」と似たような指摘である。同氏は、ソ連・東欧の社会主義崩壊後、「マルクス主義からの離脱が大量に生じ、『社会主義』の理念にかえて『民主主義』や『市民社会』が、また変革の主体としては『労働者』『階級』にかえて、『市民』が持ち上げられるようになった」と述べている（講座『現代日本』第1巻、1996年、20頁）。また「〈階級の論理〉から〈市民の論理〉への雪崩現象」、「マルクス主義的知識人内で大量の転向と〈市民の論理〉への回帰現象」、「〈市民の論理〉への屈服」が生じているとも述べている（『階級の論理と市民の論理』、講座世界史12『わたし達の時代』、1996年、399、400、428頁）。これらが民科の市民社会論をも念頭においているのかどうかは分からないが、それも含めているように感じられる。

私は、政党は嫌いだが、市民運動には共感するところが多い。しかし市民社会「論」自体はあまり意味があるようには思えない。中村浩爾氏の論文「市民

的公共圏形成の可能性と法・道徳・慣習」（法律時報臨時増刊『改憲・改革と法』、2008年）には、市民的公共圏の位置づけをめぐる各種の「社会編成モデル」が紹介されている。それはスコラ的な議論で、生産的だとは思えない。市民的公共圏概念を多様に分岐させ、細かな差異の優劣を競っているように見える。ソ連時代の法律学の一面を彷彿とさせるような雰囲気を感じる。当時は、言論の自由がほとんど封じられていたから、限られた自由の範囲内で、細かな議論を無駄に深化させることに明け暮れていた。現在の民科も、資本主義論から逃避し、市民社会論の枠内に沈潜し、現実離れした議論をしているように見える。市民社会論が大きく発展する可能性はない。

（e）市民社会論の問題点

今既に（d）でもみたように、民科内部でも市民社会論に対する批判や警戒の声はある。榊澤氏は、「小さな政府」論によって国家が担ってきた公共部門が縮小し、そこで市民的公共圏が注目されるようになったという。「国家的公だけを意味してきたこの国において、ようやく市民が私的領域の場にあって多様な公共圏を形成するという画期的な事態が観察されている」と言う。新自由主義の登場を、歓迎しているかのようである。ただ同氏は、「新たな共同性への参与に関する自律的選択の土俵にそもそも上がれない人々の存在」に注意を喚起している。そして「市民社会の形成が、排除を伴いながら進行する可能性は否定できない」と述べている（日本法社会学会編『90年代日本社会の変動と諸改革』、2001年、「企画趣旨」、4頁）。

吉田克己氏も、1990年代のトレンドとして「個人の前面化」は、自由の拡大を意味すると同時に、「支援なき個人」を生み出す危険があると指摘している（「九〇年代日本法の変容」、『法律時報』72巻9号、2000年、13頁）。近藤充代氏は、消費者契約法等の民事ルールについて、「自立救済できる」「自立した消費者」を育成する一方で、「それらを活用できず『救済されない』消費者を放置することになりはしないか」と問題提起している（「規制緩和的消費者行政・立法の批判的検討」、『法の科学』37号、2006年、137頁）。

このことで思い出したことがある。1973年のオイル・ショックの際、トイレット・ペーパーや洗剤、さらには原稿用紙（私は学位論文執筆中であった）まで市場から姿を消した。そんな時、ある婦人団体が、不足物資をどこからか集めてきて分配していた。この団体と関わり合いたくない私（それまでの否定的な教訓—機関紙の購読を執拗に求められた等—から）は、そこから入手するのを諦めた。やはり、だれをも差別しない中立・公正な市場はありがたいと思う（その代わり、お金の有無による差別はあるが）。

宗野隆俊氏は、日本とアメリカの中間団体を比較している。そしてアメリカでは中間団体が公権力から自立しているのに対して、日本では、中間団体は公権力の補完物となる傾向がある、という趣旨のことを述べている（『社会の保守化と中間集団』、『法の科学』34号、2004年、174頁）。宗野氏はそのように比較するだけで、特にその明確な評価は行っていない。ただ民科の市民社会論からすれば、一般的にはアメリカ型を高く評価するはずである。宗野氏は、アメリカについて、「中間集団が市民社会を自律的に形成する契機と、市民社会の分断を惹起する契機が危うく並存しよう」と述べている（同誌、175頁）。この後者の側面があるから、宗野氏も、アメリカ型が良いとは言えなかったのであらうか。

この後者に関わると思われる事例を、宗野氏は挙げている。金持ちやエリート層が独自につくる城壁都市（中世社会やカフカの『城』の世界を想起させる）やCID（開発業者が整備するコモンを有する住宅地）である。これは、裕福な人々が自立性をもった地域を構成し、一種の独立国家の観を呈している所もある。公権力の介入を嫌い、治安維持は頼りにならない警察よりも民間警備会社に頼るのである（ロシアにも似た領域がある。一種の無政府地帯である）。

アメリカの新自由主義者やリバタリアンの思想の基礎には、ロックの社会契約論がある。西欧では社会契約論は思考の産物であったが、アメリカ社会では、かなりの程度現実であった。メイフラワー号の盟約もそうである。リバタリアンの描く最小国家のイメージは、建国当初のアメリカ社会の現実を反映している。建国当初は、私的団体の契約関係が、しばしば公的機能を代替してい

た。例えば、当時のアメリカの各地域では、消防は行政の機能ではなかった。各自が火災保険組合を作り、火事の際は自らが所属している組合の消防車が消火に駆けつけるのである。別の組合の消防車は来てくれないし、組合に加入していなければ、消防車は来なかった。その後事情は変わったが、今日でも、アメリカ人のメンタリティーには、このような個人主義の精神、自立した主体と契約による社会関係の形成といった志向が色濃く流れている。ここでは市民社会（消防組合）に参加できないもの（火災保険料が払えない者）が排除されるという問題が出てくる。このような社会を歓迎する人は、日本には少ないであろう。

市民社会 γ は、国家および市場と無関係に一定の公共的機能を果たし、また市場や国家の暴走をチェックするという。それはそれでよいが、公権力や市場は、原則として、何者をも排除しないからありがたいのである。

第4節 司法制度改革

1990年代から司法制度改革の新たな動きが生まれ、2000年代の初めに、かなり大規模な改革が実行された。当然ながらそれは、民科でも大いに議論されているが、民科の司法制度改革全般に対する対応は、必ずしも明確ではなかった。そのなかで、多くの民科会員が裁判員制度に反対したのは、決定的な誤りであった。

（1）民科の司法制度論

（a）序論

まず司法制度の位置づけについて。渡辺洋三氏は、「裁判所の第一義的役割は、国民の人権保障のとりでであることは明らかであり、…」と述べている（渡辺洋三・江藤俊泰・小田中聰樹『日本の裁判』、1995年、46頁）。戒能通厚氏にも、「司法の役割は、基本的には国民の基本的人権の擁護ですが…」という発言がある（座談会「司法改革への展望」、『法律時報』72巻1号、2000年、6頁）。また渡辺洋三氏は、日本の裁判では、「法はもともと社会的弱者の権利保

障のためにあるという原点が忘れられているように思われる」とも述べている（前掲書、10頁）。

私は、権利保障、特に社会的弱者の権利保護に大賛成であるが、法や裁判所は、はたして渡辺氏などの言うように、人権保障を第一義的機能としてもつものなのだろうか。法や裁判所は、正義にもとづいて紛争を解決することを目的としており、正しい解決が図られれば、それによって保障されるべき人権は保障され、守られるべき弱者の権利は守られるであろう。同義反復的なことを書いたのは、民主主義法学者と私とでは、人権の内容の理解にズレがあると思うからである。民主主義法学者が人権だと主張すれば、それはすべて認められるべきだというわけにはいかない。刑事裁判は、刑罰によって犯罪者の人権を制限することになる。ただ正義に反する裁判にならないように、被告人には十分な人権が保障されなければならないだけである。民事裁判では、財産権も人権ではあるが、醜い財産争いも多いであろう。

私は社会的弱者の保護は、政治がなすべき第一の義務だと考えている。しかし、法や裁判が常に弱者の味方でなければならないとは言えない。弱者の主張が間違っていることも多いであろう。余談であるが、私が小学生の頃、赤胴鈴之助という漫画が男子児童の一番人気であった。そのラジオ番組の主題歌も当時流行していたが、その中に「弱い者には味方する」という一節があった。私は、なぜ「正しい者には味方する」ではないのかと、疑問に思った。もし赤胴鈴之助が2人いたら一体どうなるのだろうかなどと、子供心に思ったものである。

さて改革が本格化する前の段階で、民科は司法制度の現状をどのように認識し、どのような改革構想をもっていたのであろうか。1995年に、渡辺洋三・江藤价泰・小田中聰樹の三氏による『日本の裁判』が刊行されている。そこで述べられている日本の裁判制度の問題点は多岐にわたるが、後論との関係でごく簡単にまとめれば次のようである。①司法権の独立の問題。最高裁の人事権は内閣にあり、司法は立法府・行政府に遠慮して、違憲審査権の行使をためらう。②司法官僚制の問題。裁判機構内部で上からの官僚的統制が強まっており、個々の裁判官の独立が阻まれている。③国民のための裁判。裁判から国民を遠

ざけるような制度になっており、訴訟を起こしにくい。④国民による裁判。陪審制その他の国民の参加制度が欠如している。

このうち①と②は、今回の改革では結局取り上げられていない。③と④が改革の焦点となったが、③は弁護士増員の問題として、④は裁判員制度の問題として実現されていくことになる。まず③に関連して、日本では訴訟制度があまり利用されないのはなぜか、という問題からみていこう。

（b）日本で訴訟が少ない理由

日本で訴訟が少ない理由については、これまで諸説があった。民科では、①日本には訴訟を嫌う法文化があるとする法文化説、②訴訟を提起しにくいような制度設計になっているという制度説などが議論されている。制度説は民科以外でも有力に主張されているが、民科の場合は、政府・官僚・企業などが、彼等を相手に国民が権利主張することを嫌って、「裁判をできるだけ国民から遠ざける方針をとり、…制度のしくみや費用の面でも、国民にとって利用しにくいもの…にするための政策をあえてとってきたとさえ言えるであろう」（前掲『日本の裁判』、3頁、渡辺執筆）という、いわば権力の企図（陰謀）説（このような言葉は使われていないが）として展開されている。民科では、現在の裁判が国民の権利を守っていないという批判の声は多いが、なぜか訴訟敬遠の理由としては、このような③裁判所不信説が項目として挙げられることはほとんどないようである。

先の共著『日本の裁判』で江藤价泰氏は、国民の訴訟離れの原因は、訴訟に時間と費用がかかりすぎることにあるとし、その解決のためには法曹人口の思い切った増加と法律扶助制度の充実が必要と論じている（同書、73-74頁）。渡辺洋三氏は、師の川島武宜氏に倣って、日本人の訴訟嫌いは、「日本社会の長い歴史の中で、はぐくまれてきたものである」と述べている。しかし、近年日本国民の権利意識も高まってきているとし、世論調査の結果を引きつつ、法意識の問題以上に、時間と費用がかかりすぎるといのが、訴訟を敬遠する理由であると述べている（『法とは何か』、1979年、217-218頁）。佐藤岩夫氏は、

法文化説と制度説（権力企図説を含むと言える）の二つを紹介し、前者を通説、後者を有力な反対説と呼んでいる（『〈司法と法〉を考える』、西谷・笹倉編『新現代法学入門』、2002年、207-212頁）。これは法学界全体のことで、民科内部のことではない。民科では、後者（制度説）が中心的に論じられてきたと言える。なお井ヶ田良治氏も、制度説を展開し、同様の説をいくつか紹介しているが、同氏が民科会員であるかどうかは承知していない（『日本人は裁判ぎらいの神話』について、同志社大学人文科学研究所『社会科学』33号、1984年）。

民科系学者の場合、川島説的な法文化説に否定的な論者もいる。江藤价泰氏は、日本人の権利意識の低さを否定した福島正夫氏の議論を紹介している。その根拠としたのは、「明治初年の民事訴訟事件の数の巨大さ」である（渡辺・江藤・小田中『日本の裁判』、1995年、159頁）。その後民事訴訟印紙規則が施行されて、訴訟は激減したという。私は反論するだけの材料は持たないが、イエーリングは農民の訴訟好きについて語っており（岩波文庫『権利のための闘争』、48頁）、近代化・工業化が進むと、かえって訴訟が減少するのは、一般的傾向ではないか。また、先進国が植民地に訴訟制度をもちこんだ途端、平和に生活していた人々が目の色を変え、金儲けの手段として訴訟に熱中するといった事例は、しばしば見られるようだ（木村雅昭『市場経済の政治文化』、『法学論叢』129巻6号、1991年、4頁以下を参照した）。明治初年の人達が、近代的な権利意識に芽生えて訴訟を提起したとは、必ずしも言えないのではないかと思う。

先の③の裁判所不信説の例としては、次のようなものがある。澤藤統一郎氏は、次のように述べている。「司法が役に立っていない」こと、「端的に言って、容易に訴訟に勝てないことを市民が知っている」こと、このような「司法救済の限界が司法を市民から遠ざけたのである」（『民事裁判はどうか』、『法の科学』30号、2001年、67-68頁）。鈴木秀幸氏は、裁判所の利用価値が低いから、需要が拡大しないのだという。「これまでの貧弱な司法財政が変わらず、民事、行政裁判において、請求者側が立証責任を過重に負わされ、認容額が低額に抑えられ、低い人権感覚と裁量論などによって救済の道が閉ざされ」るような裁

判が続く限り、需要は増大しないと言うのである（「弁護士の大量増員と需要、職務の独立・適正の確保」、『法の科学』36号、2006年、108頁）。これは②と③⁽⁴⁾の双方に関わっている。

平田和一氏は、特に行政訴訟についてであるが、「行政法理論の現在を必ずしも反映しているとは言い難い判例の固定化・硬直化、それを前提とする『三行半の判決』を指摘される行政訴訟は、国民にとって納得のいく解決を示すものとはなっていないのが現実である」と指摘している（「行政訴訟の課題と『司法改革』」、『法の科学』29号、2000年、123頁）。行政裁判では原告側がなかなか勝訴できないという現実があるようであるが、それが③の説を裏付けているのであろう。

他方で、西谷敏氏は、労働事件について次のように述べている。企業が不当解雇や労働条件切り下げをしばしば行うが、「これらの問題が裁判所で争われれば労働者側は確実に勝利することになるが、労働者の多くは泣き寝入りしているというのが実情である。裁判制度や裁判外紛争処理制度がうまく機能していないためである」（『〈労働と法〉を考える』、西谷・笹倉編『新現代法学入門』、2002年、98頁）。「確実に勝利する」というのであれば、裁判自体は有効に機能しているのであり、裁判所に訴えないのは、何か別の理由があることになる。

私自身は、以上の三つの説のいずれも根拠があると考えるが、特に①が重要

-
- (4) 読売新聞社と米国ギャラップ社が行った両国における公共機関等の信頼度についての共同世論調査（2015年11月）がある。「あなたが特に信頼しているものをいくつか選んでください」という質問に対する解答である。そのうち国家機関（自治体を含む）についてのみ、順位と数字（％）を示せば、次のようである（読売新聞2015年12月11日）。日本の場合、①自衛隊74％、②裁判所65％、③警察・検察56％、④地方自治体51％、⑤首相44％、⑥⑦国会、中央省庁31％。米国の場合、①軍隊92％、②警察・検察71％、③地方自治体（州を含む）58％、④裁判所56％、⑤大統領43％、⑥連邦省庁41％、⑦連邦議会27％。これをみると、日本の裁判所に対する信頼度は、かなり高いのではないだろうか。日米の順位・数字は、かなり似ている。アメリカの裁判所、大統領、連邦議会の信頼度は、私の予想より低いが、日米間で、判断基準の意識にズレがあるかもしれない。

だと考えている。訴訟回避の原因のうち、②と③は改善の必要があり、②から弁護士増員論が出てきたのであろう。しかし①の法文化の問題については、私は訴訟回避の日本的法文化が、前近代的とか後れているとは考えていない。私は、法文化を重視する点では川島説と同じであるが、その評価は、川島説とは正反対である。このことは既に論じてきた（第2章第2節第4項、第2章第3節第3項）ので、ここでは省略する。

（c）最近の最高裁の変化説

民科の司法制度批判には、いちいち引用しないが、官僚司法批判が非常に多い。例えば高見澤昭治氏は、「官僚司法制度は諸悪の根源といわれる」と、自らの論文を書き始めている（『官僚司法制・最高裁の支配は改革されるか』、『法の科学』30号、2001年、187頁）。しかし司法官僚制は、ある意味では裁判を非政治化してきたのであって、これは悪いことではない。かつては田中耕太郎氏のように、強い保守的な個性によって裁判所を政治的・道義的にリードした最高裁長官も存在したが、官僚司法なるものは、政治や道義を排し、実務的に問題を処理することによって、中立性の外観を整えた。さらに近年は、そのような形式的中立性を超えて、国民世論の多数派の見解を尊重する姿勢がみられるようになってきている。このことは、裁判所に対する国民の信頼性を高めているように思われる。先に述べた訴訟回避の第三の原因は、改善されつつあるのではないだろうか。

最近最高裁が変わったということは、民科の文献でも指摘されている。島川勝氏は、「実務家の間では、最近の最高裁の判決について、『変わったな』という印象を持っている者が大多数である」と述べている（『司法制度改革と民事裁判』、『法の科学』41号、2010年、22頁）。また判決の内容についても、「訴訟当事者の実態を踏まえた」判断とか、「訴訟手続面において立証責任を配慮し、実質的公平を図る」意図が読み取れると、肯定的な評価をしている（同誌、23頁）。白藤博行氏も、最高裁の変化を認め、「このような最高裁判例の動向は、国民の権利利益の実効的救済という司法制度改革の目的からすれば大いに歓迎

されるところであろう」と述べつつ、学説の動向と基本的に異なる点があることも指摘している（『司法制度改革と実定法学』の趣旨説明に代えて、『法の科学』41号、2010年、15頁）。

小林武氏も、『『近時』において最高裁判所に変化が兆していることは、すでに多くの人々の共通認識となっており、本稿も、…それを認めている」と述べている（『21世紀初頭の最高裁憲法判例の特質』、『法の科学』43号、2012年、37頁）。また、内容的にも、「1995年あたりから、人権、それも精神的自由にかんして、憲法学説とも合致する判断を示す判例が少なからず混在する」と言う（同誌、41頁）。しかし同氏は、違憲の判断がなされるべくしてなされていない問題がなお多いとし、「市民の人権実現と相容れず、統治の憲法理念にも背く法令に違憲のメスを入れず、そのようにして結局政治の現状を能う限り擁護する判例群の中にこそわが国最高裁の一貫した立ち位置を見出すのである」と述べている（同誌、40-41頁）。最高裁の現状に対しては、むしろ批判的であるようだ。しかし、少なくとも状況は悪化しているのではなく、改善されているのであるから、喜ばしいことではないか。同氏が違憲としてリストアップしている法令の中には、その後改められたものもあるし（婚外子相続差別）、私から見て違憲とは断定できないものもある。

2015年12月16日、最高裁は夫婦共通姓制度を合憲とする判決を下した。私は選択的夫婦別姓制に賛成であるが、共通姓制度が違憲とまでは言えないと思う。この問題は純法律問題ではなく、国民の家族観、人生観、社会観が関わるから、世論の動向を尊重せざるをえない。朝日新聞社実施の世論調査（2015年11月）によれば、選択的別姓制に賛成52%、反対34%だという（朝日新聞2015年12月17日）。読売新聞の世論調査（2016年2月）では、別姓制の賛成38%、反対61%だという（読売新聞2016年3月2日）。国会が法改正を行うべきであるが、そのためには、別姓制容認派がもう少し安定多数になることが望ましいと思う。いずれにしろ現行制度は、長くは維持できないであろう。最高裁の合憲判決の内容は、自民党保守派などの別姓制反対論とは大きく異なっており、この判決によって、最高裁の方向性に逆流が生じたなどと判断すること

はできない。

なお公務員の政治的行為に関する裁判については、後に触れる（第5節第3項）。

さて、最高裁の先に述べたような変化は、司法制度改革の流れと無関係ではないと思われる。小林武氏は、最近の最高裁判例の変化の中に、積極的要素が含まれていることを認めつつ、それが「グローバリズムと新自由主義政治の求める司法の役割によく適った特徴をもつ」ことも指摘している（前掲論文、『法の科学』43号、2012年、39頁）。私は、新自由主義とは関係がないと思うが、もしあるとすれば、新自由主義も、なかなか素晴らしいのではないだろうか。そこで小林氏が、次のように指摘しているのは、興味深い。かつて与野党の対決が厳しかった時期には、最高裁は、「強引な判断手法をとることをも辞さずに体制擁護の役割を果たしつつ、同時に国民合意の調達につとめた…」が、小選挙区制の実施による総与党化の下で、表層的ではあれ安定した政治状況が訪れたため、最高裁は、政治・行政から「独立」性を強め、自己の存在意義を主張できる余地を広くもつことができるようになった、というのである（同誌、37、42頁）。

小林氏の言いたいことは必ずしも明快ではないが、そこに含まれている真理を私流に敷衍して言えば、次のようになる。一般に支配者は、反対派がある程度強力なときは、それに対する譲歩は避け、反対派と対決し、それを潰そうとするだろう。譲歩策は、相手を一層勇気づけるからである（ただし相手が強力すぎる場合は譲歩を余儀なくされるが）。他方で反対派が弱体であるときは、反対派の主張も、根拠があると判断すれば、安んじて受け容れるだけの余裕がある。譲歩すれば反対派も納得し、政治は一層安定する。この政治力学からすれば、民主派が弱体である方が、民主的改革は進むことになる。この公式がいつも当てはまるとは言えないが、ある程度真理だと思う。以前紹介した民科の労働法学者の議論にも、労働組合が弱体化したとき、労働省が労働者側に立った要求を経営者側に突きつけたという趣旨のものがあつた。現在は、最高裁が、弱体化した民主派側に少し歩み寄っているように見える。民主派は、弱体化し

た方が良いのかもしれない。

（2）司法制度改革への総合的批判

（a）序論

司法制度改革に対する民科の全体的評価は、この問題の特集した『法の科学』誌30号（2001年）、36号（2006年）の序論部分（広渡清吾氏執筆）に表明されている。後者によると、「わたしたちがそこ『法の科学』誌30号』で見通し、危惧した多くのことは、その危惧が払拭されないままに制度として成立している。むしろ、より一層改革の危険な性格が顕わに示されているものもある。また、改革が望まれた方向で実現しながらも、不徹底で今後の具体的な展開と一層の改革を待たなければならないものもある」（『法の科学』36号、2006年、8頁）という。あるいは、司法改革は、「国民の要求を反映する形もとりながら、この構造改革の基本線、すなわち日本国憲法の下で作り出されてきた戦後社会の枠組みの再編と解体にそったものになっている」とも評価している（同誌、11頁）。戦後憲法体制下の枠組みの「解体」という言葉が使われ、また個々の改革の中には今後の展開次第とされているものはあるが、明確に積極的に肯定されるものはないようであるから、全体として極めて否定的な評価である。各論的には、個々の改革点について、個々の論者が肯定的な評価をしている例もかなりあるが、全体としては、このように、司法制度改革は否定的に評価されている。

ちなみに、司法制度改革のうち、特に重要と思われる裁判員制度と、弁護士増員案および法科大学院の創設について、私自身の立場を簡単に述べておくべきだと思う。裁判員制度については、国民主権、民主主義の立場から、それに賛成しない理由はありえい。私も当然賛成であった。

他方で弁護士の増員案には、否定的であった。私は、既に何度か述べたように、日本で訴訟が少ないことを完全に肯定的に捉えていたわけではないが、それほど否定的な現象とも考えてはいなかった。したがって弁護士の大量増員は不要と考えていた。ただ従来のそれが少なすぎたのも事実であるから、長く

500人程度であった司法試験合格者数を1,000人程度に増やすことは必要だと考えていた。しかし司法制度改革が本格化した時期に、既に合格者数は1,000人に達していたから、それ以上の増員は不要だと思っていた。そのため法科大学院の創設にも否定的であった⁽⁵⁾。

結果的には、裁判員制度は大成功であり、弁護士増員計画と法科大学院の創設が失敗であったことは、今や明らかである。

(b)「司法制度改革の新自由主義的性格」論

民科が司法制度改革を、全体的に否定的に評価した理由の一つは、この改革の背後に新自由主義の思想を見ていたからである。

元々司法制度改革は、いろんな立場・潮流が以前から追求してきたものであり、2000年代初めに頂点に達した改革の動向には、種々の要素が入り交っていた。確かに新自由主義的な潮流がその重要な担い手となったが、それに対抗する日弁連の立場や、伝統的法文化を重視する自民党の立場もあり、新自由主義思想だけで司法制度改革が説明できるものではない。しかも、新自由主義的な視点からの改革（弁護士増員論、事前規制から事後処理へ）は、結果的には失敗している。裁判員制度は新自由主義とは無関係であるが、こちらは今のところ、大いに成功している。

(5) 私の所属した神戸大学法学部の基礎法部門が、法科大学院創設に否定的であったことは、当時同僚であった宮沢節生氏が、批判的に言及している（座談会「司法改革への展望」、『法律時報』72巻1号、2000年、41頁）。私は、司法試験予備校が事実上法律家養成学校になっている実情は異常だと思っていたから、法科大学院創設に否定的ではあったが、強く反対したわけではない。ただ、仮に1,000人程度の法律家を養成するとすれば、また法科大学院創設を一部のエリート校に限定しないようにするとすれば、1校当たりの学生定員を少なく制限せざるを得ず、他方で教官の方はかなりの数が必要であるから、その開設には非常に無理があるのではないかと考えていた。ちなみに宮沢氏の所属した法社会学大講座は、神戸大学法学部の講座編成では、基礎法大講座とは別立てであった。

本間重紀氏は、「私は、早くから今回の司法改革が財界主導の…新自由主義的な規制緩和と戦略の司法版であり、規制緩和的司法改革論とでもいうべき特徴があることを主張し続けてきた」と述べている（『財界統治戦略としての規制緩和的司法改革論の現段階』、『法の科学』30号、2001年、31頁）。白藤博行氏は、「わが国の司法制度改革が、新自由主義的な国家・社会・経済の構造改革の中で、日本国憲法の『改正』を含む『日本法（制度）総改革』の一環として企図された…」と述べている（『司法制度改革と実定法』の趣旨説明に代えて、『法の科学』41号、2010年、9頁）。

永田秀樹氏は、司法制度改革の中に肯定的な部分（例えば裁判員制度）が存在することを認めつつも、改革派の司法観は憲法価値を矮小化しており、「市場原理万能主義に奉仕する司法像が描かれている」と批判する。権力行使をチェックする裁判所の機能、人権の砦としての役割が故意に無視されていると言うのである（『司法制度改革審議会最終意見書について』、『法の科学』32号、2002年、110-111頁）。新屋達之氏も、「政府の進めてきた司法改革がいわゆる新自由主義的国家再編という国策の一環であったことは否定しえない」と述べている（『司法改革のイデオロギー』、『法の科学』35号、2005年、135頁）。同氏は、主として裁判員制度を念頭において論じているのであるが、この制度に全面的に反対しているわけではない。

久保田穰氏は、司法制度改革が、「一連の『改革』を貫く市場経済推進という、時の国策の達成手段に、相も変わらず司法を役立てていくことを」目指しており、「司法に託された普遍的かつ中枢的機能を如何に再生し、確立させていくかを、改革の中心目標に据えていない」と批判している（『司法改革の歪み』、『法の科学』29号、2000年、119頁）。「普遍的かつ中枢的機能」とは、人権保障や立法・行政権のコントロールなどを意味しているのであろう。さらに具体的には、司法官僚制の打破、法曹一元制の実現といったことを念頭においているのであろう。

小沢隆一氏は、進藤兵氏を参照しつつ、「司法制度改革を日本型新自由主義改革の一環として見る」という視点を提示している（『『改革』の中の司法・総

論」、『法の科学』35号、2005年、125頁）。小沢氏は、「国民に『統治主体意識』を持たせて犯罪者の処罰に動員すること」などを念頭に、「司法制度改革のなかには、新自由主義型支配の階級性、権力性が濃厚に反映している」と、最近では珍しくなった「階級性」という言葉を用い、かなり見当違いのことを言っている（「司法改革と日本国憲法」、『法の科学』36号、2006年、18頁）。

これらの説明では、司法制度改革と新自由主義思想が漠然と関連づけられているだけで、その関係を理論的に説明することに失敗している。実際には関係は薄いから、説明できなくて当然である。

民科の議論には、改革推進派（佐藤幸治氏）の言う「法の支配」の理念に異を唱えるものも多い。庭山英雄氏は、改革派の言う「『法の支配』は『法秩序の維持』という意味で用いられ、『公権力が法によって規制される』という核心的意義がほぼ完全に無視されている」と批判している（「『司法改革』に思う」、『法の科学』31号、2001年、7頁）。永田秀樹氏も、「法の支配」が、実質的法治主義の意味に理解されておらず、明治憲法下の形式的法治主義と連続的に捉えられていると批判している（「司法制度改革審議会最終意見書について」、『法の科学』32号、2002年、110頁）。本間重紀氏（「財界統治戦略としての規制緩和的司法改革論の現段階」、『法の科学』30号、2001年、44-45頁）や戒能通厚氏（「『法曹』イメージからみた中間報告」、『法の科学』30号、2001年、56-59頁）、中村浩爾氏（「国民を真の主人公に」、『法の科学』36号、2006年、147頁）も、同様の指摘をしている。しかし、司法制度改革が、明治憲法的な形式的法治主義の精神に基づいているのであれば、それは新自由主義とはますます無縁である。

（c）事前規制から事後処理へ

司法制度改革に新自由主義的な側面があるとすれば、それは、「事前規制から事後処理へ」というアメリカ的な司法国家を志向する部分である。法的規制を縮小・撤廃して自由競争を促進すれば、自ずから紛争が増加することが予想される。その紛争を裁判所によって事後的に解決するために、裁判所の機能を

拡大する。行政国家から司法国家への転換である。それに対応するために法曹人口を増やすことが、改革の一つの重要な柱となった。

しかし、紛争を予防するという観点から事前規制と事後処理を比べた場合、効率性の点では、おそらく事前規制の方が効率的であろう。事前規制も、細かな規則に基づく厳格なチェックを行えば、膨大な手間暇がかかる。しかし日本の事前規制は、法規によるものよりも、商慣習、商道德、行政指導など、比較的融通が利くものが多く、コストの点でも好都合であったろう。それに事後処理では、深刻な犠牲者を出して手遅れになる場合もある。またアメリカでは、事前規制の代わりに事後処理の中に予防効果を期待するために、民事では懲罰的損害賠償がしばしば命じられ、刑事では過剰な刑罰が科せられることもある。このような見せしめ効果は、他人の不法行為や犯罪の責任まで負わせることを意味するから、著しく正義に反する。

そもそも欧米諸国、特にアメリカでは、しばしば指摘されるように、紛争の発生を病理現象とは考えず、生理現象とみなす。紛争の適切な解決を通して正義が実現されていくのであるから、むしろ紛争が多い方が良いと言わなければならない議論さえある。

既述のように、本間重紀氏や宮井雅明氏は、このような「事前規制から事後規制へ」といった改革の図式を、積極的に支持していた（第4章第3節第1項、第2項）。佐藤岩夫氏も、このような意味での司法の役割の強化の必要性を一応認めているように見える。その上で、司法機能の強化の必要性を、そのような市場経済対応目的だけではなく、基本的人権の擁護や立法・行政の活動のチェックの役割がいっそう重要となっていることによって説明しようとしている（『〈司法と法〉を考える』、西谷・笹倉編『新現代法学入門』、2002年、221-223頁）。

規制緩和と司法制度改革の結果は、どうであったか。規制緩和の結果、弁護士的大量増員が必要なほど訴訟は増えたであろうか。結果は逆であった。反対に訴訟は、目立って減少したのである。皮肉なことに、司法制度改革の真っ只中にあった2003年を頂点に、訴訟数は年々減少していく。全裁判所の全事件

の新受事件数は、2003年の約607万件から、2011年の約406万件へと、約3分の2に減少している。その内訳では、行政事件と家事事件はやや増えているが、民事、刑事は大きく減少した。民事事件については、2003年の約351万件から2011年の約198万件へと、約56%へと激減した。

これは日本的法文化がアメリカの新自由主義に勝利したとも言え、私としては快哉を叫びたいところである。と言っても、2011年までの統計しか知らない（減少傾向は2012、2013年も続いているようだ）から、勝って兜の緒を締めなければならない。と、私が言っても仕方ないが。

(d) 民科と新自由主義の共通性

民科と新自由主義の思想の共通性については、既に繰り返し指摘してきたが、それは司法制度改革に関連しても言える。ただ実際には、元々司法制度改革の一部しか新自由主義思想とは関係がないのは、既述のとおりである。

司法制度改革審議会の中間報告（2000年）には、次のような文章がある。それは、今日日本が抱えている問題点を指摘し、そうした状態を招来した原因については、様々の見方があるとしつつ、「憲法によって立つ個人の尊重と国民主権の趣旨が必ずしも徹底せず、むしろ従前の統治客体意識と横並び的、集団主義的意識を背景に国家（行政）に過度に依存しがちな体質が持続する中で、様々な国家規制や因習が社会を覆い、社会が著しく画一化、固定化してしまったこと」云々（「司法制度改革審議会中間報告」、『法の科学』30号、2001年、266頁）。これは、民主主義法学者の言い分と非常によく似ている。「統治客体意識」の箇所（と言うより、それと対をなす「統治主体意識」）について民科では批判が多い（後述）が、それも「国への服従意識」と言えば、民科でもよく批判の対象となっている。集団主義意識や因習に対する批判は、民科にもよく見られる。国の司法制度改革と民科の思想は、ここでも近接しているのである。

渡辺治氏も、同じような例を挙げている（新自由主義の箇所で紹介したので簡略にする）。同氏は、「欧米の近代化は市民革命を経て、『民』主体で進められ

たが、「日本では、近代民主主義国家の前提となる市民社会が十分に育っていない」ため、「官主導の形で『上からの』近代化が進められた」という趣旨の経済同友会の文章を引用している（「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」、『法律時報』72巻12号、2000年、11頁）。これは民科の主張そのものでもあるから、民主主義運動の中に、新自由主義の改革に対する幻想が生まれ、「そのため運動に混乱が生じている」と、渡辺氏は指摘している（『「司法改革」の本質と背景』、『法と民主主義』360号、2001年、6頁）。

新自由主義的な改革は、民主主義法学者からすれば、正反対の方向への改革であるから、それに幻想を懐くとすれば、自らの思想（日本を近代化の後れた国とみなし、近代化・民主化は、民主連合政府などによる民主的変革なしには不可能であるという考え）が誤っていたことの証拠である。しかし、そもそも司法制度改革については、新自由主義的な性格の改革とは言えないものも多いのであるから、彼等は、「幻想の幻想」に踊らされていたことになる。

（3）法律家養成制度改革

（a）弁護士増員の是非

司法制度改革の大きな柱の一つは、法曹人口を急速に増大させるために、法曹養成制度を大きく改め、法科大学院を創設したことであった。裁判所を国民に近づけ、訴訟を提起し易くするための方法の一つとして、国際的に比較して非常に少ない日本の法律家の数を増やす必要があることは、民科の議論でも主張されていた。しかし、実際に改革が実行に移されていくと、民科内ではこの増員計画には疑問の声が数多く上がっている。それでありながら、増員計画に正面から反対しているようにもみえない。司法制度改革批判の急先鋒であった小田中聰樹氏は、「[弁護士を] 増やすか、増やさないかという議論を単純な形ですれば、増やすのに反対だという人はおそらく学者でも弁護士でもないのではないですか。ただ問題なのは、増やし方、増やす条件との関連であり、…」と語っている（座談会「司法改革の展望」、『法律時報』72巻1号、2000年、37頁）。

このような立場のため、反対論は矛先が鈍ったのであろうか。弁護士増員論

についても、法科大学院の創設についても、その問題性を指摘する論文は非常に多い。それにもかかわらず、それらは批判したり不満を述べるだけで、明確にそれに反対する意見はほとんど見当たらないように思う。それは、欧米諸国に比べて日本の弁護士数が少ないことは当然ながら皆認めており、また民科は、それを日本社会が後れていることの証拠とみなしてきたから、増員自体には反対しにくかったのかもしれない。

(b) 弁護士増員批判の理由

弁護士増員についての批判意見のほとんどは、簡単に言えば、民科的な思想をもった弁護士が減るということのようである。

佐藤岩夫氏は、次のように述べている。「弁護士の数が増え急激に増えると、当然のことながら、弁護士の間で仕事の獲得をめぐる競争が激しいものとなることが予想される。その結果、反倫理的・反社会的な活動を行う弁護士が増加する恐れがある。また、日本の弁護士がこれまで熱心に行ってきた人権擁護や社会的正義の実現といった公共的な活動（…）が、今までよりも困難になることも予想される」（佐藤岩夫「〈司法と法〉を考える」、西谷・笹倉編『新現代法学入門』、2002年、218頁）。このうち、弁護士の数が増えれば、弁護士間の競争が激化するというのはありうるが、これまで不足していた弁護士を充足するというのであれば（私自身は、これまでそれほど不足していたと思っているわけではないが）、それほど大きな問題ではないのではないか。それが問題なのであれば、弁護士が不足しているという説を、間違っていると批判すればよい。

競争が激しくなれば、公共的活動を行う弁護士が減少するというのも、理解に苦しむ。弁護士の数が増えれば、志をもつ人権派弁護士の数も、絶対数としては増加するのではないだろうか（今引用した佐藤岩夫氏は、弁護士増に反対しているわけではなく、弁護士増とその公共的機能を両立させることは可能と考えている⁽⁶⁾）。

(6) 庭山英雄氏は、一時、改革推進派が追求していた弁護士報酬の敗訴者負担制（不

弁護士増員を、過当競争と質の低下、人権派弁護士の減少などを理由に否定的に評価するものには、その他、本間重紀「司法と規制緩和」（『法の科学』27号、1998年、123、128頁）、森山文昭「規制緩和路線と法曹人口問題」（『法の科学』27号、1998年、127頁）、近藤充代「司法制度改革審議会審議の方向性と限界」（『法の科学』30号、2001年、141頁）、広渡清吾「憲法の理念と国民の要求に基づいて真の改革を進めるために」（『法の科学』36号、2006年、9頁）、小田中聰樹「司法改革はなにを狙いとしたのか、それを実現したのか」（同誌、23頁）、打田正俊「弁護士の公益活動」（同誌、166頁）、など数多くある。人権がらみの訴訟は、依頼人が弁護士報酬を負担できないケースが多く、良心的弁護士は手弁当で引き受けているという。弁護士の数が増え、競争が激しくなれば、そのような事件を引き受けることが困難になる、とこれらの人々は論じている。

しかし、人権訴訟など手弁当でやっても、正当な主張であれば勝訴する可能性があり、勝訴すれば弁護士報酬も賄えるのではないか。また弁護士報酬の敗訴者負担制度を採用すれば、勝訴した場合は相手側が負担するから、いっそう好都合なのではないか。正当な訴訟でも敗訴することはありうるが、私はかなり減少しているのではないかと思う。民主主義法学者には、懲罰的損害賠償制度を要求するものが多い。既述のように、それならば、それと対応するとも言える弁護士報酬の敗訴者負担制度も採用すべきではないかと思う。

そもそも弁護士間の競争も、それほど悪いことではない。アメリカでは弁護士の数が多いため競争が激しく、仕事の少ない弁護士は、アンビュランス・チェイサーとなって、事件を探す。勝訴の可能性があれば、成功報酬一本で喜んで

成立）について、公害訴訟を初め国民のために闘ってきた良心的な弁護士を排除するためのものだという。そして、「弁護士の大量増員ともなればこの種の訴訟の増大は必至である。企業にとって安上がりな弁護士も増えるが、裁判所にとってわずらわしい弁護士も増える。これをなんとか食い止めなければならない。彼等は真剣にそう考えている」と述べている（『司法改革』に思う、『法の科学』、31号、2001年、5頁）。ここでは弁護士増が、人権派弁護士増につながるという認識が示されている。

事件を引き受けてくれる。頼るべきすべをもたない社会的弱者にとって、この種の弁護士は、最後の救いの神である。つまり競争が激しいことが、期せずして人権派弁護士を生んでいるとも言える。民科系には、アメリカ型訴訟制度を高く評価する者が多いから、このような議論をしているのであって、実際には、私自身は、アメリカ型訴訟社会には、拒絶反応を示すタイプである。

森山文昭氏は、日弁連内部で、「法曹一元を実現するためには弁護士人口の大幅増員をのまなければならないという議論もなされてきた」と言う（「中間報告と法曹制度」、『法の科学』31号、2001年、165頁）。このことから推測すると、弁護士の間には、自らの希少価値が失われることを恐れ、いわば既得権益を守るためにその増員に反対するという隠された意図もあったのではないだろうか。

（c）法科大学院

法律家を大量増員するための法科大学院の創設についても、事情は同じである。法科大学院のあり方にいろいろ注文を付けたり、問題点を指摘したりはするが、明確な反対意見は意外に少ない。問題点を指摘しながらも、法科大学院を肯定的に評価する意見もある。右崎正博氏は、「これまでの選抜試験—受験教育型の法曹養成のあり方と比較すれば、法科大学院での3年間の学修は、より質の高い法曹を育てるのに格段に恵まれた条件をもたらしただとよいと思う」と評価している（「法科大学院の現状と今後の可能性」、『法の科学』36号、2006年、132頁）。

法科大学院創設に明確に反対しているものとしては、清水誠氏のものがある。同氏の反対の論拠は、法科大学院は、特権的なエリート法律家の養成をもたらすというものである。法科大学院は、裕福な家庭の子でないと入学は難しいし、「エリート化して、支配層の利益のために奉仕する法律家を育てるような制度」だと言う（「法律家養成のあるべき姿」、『法の科学』30号、2001年、162頁）。森山文昭氏の議論も、清水氏のそれに近い（「司法制度改革審議会の弁護士改造論」、『法の科学』30号、2001年、206頁）。

森正氏は、特に、司法書士など隣接専門職の視点からであるが、法科大学院設置に反対している。曰く、「全国の大学法学部間の格差を拡大し、結局は新たな差別構造を構築し、『特権的法実務家』の創出→隣接職種のさらなる格下げ（→廃止？）を引き起こすことが明白である」。しかし伝統校の法学部は、「バスに乗り遅れるな」とばかり、競い合っていると言う。同氏は、「伝統校に勤務している差別問題に無神経な民科会員に聞きたい。『市民のための司法改革とは何なのか』と。司法改革を考える前に、自らの意識改革が必要なのではないか」と、民科内部に対しても怒りをぶちまけている（『隣接法律専門職種』に目をむけよ、『法の科学』30号、2001年、247頁）。よくは知らないが、民科会員達の中にも、一般論としては、法科大学院についていろいろ問題点を指摘しながらも、自分の大学の法科大学院設置には熱心な人がいたのであろうか。

（4）裁判員制度

（a）陪審制と参審制

国民の司法参加の方法には、陪審制と参審制がある。わが国が採用した裁判員制度は、基本的に参審制である。国民の裁判参加制度については、以前より民科系学者は、ほとんど一致して陪審制を要求してきており、いちいち文献を引証する必要もないであろう。明確に陪審制を否定する見解は見当たらなかったが、しかし、近年、司法制度改革により国民の司法参加が具体化しそうになると、若干慎重論も出てきた。また公然と陪審制度に反対しなくても、後述のように、裁判員制度に反対する理由のうちの多くは（苦役を強制するのは良心の自由に反するとか、隣人を裁くことを強制するのは残酷である、国民を権力者側に統合するものなど）、陪審制度により一層当てはまるから、内心は陪審制に反対の者も、かなりいるのかもしれない。

小田中聰樹氏は、司法制度改革一般、とくに裁判員制度導入に対する反対論者の先頭に立ってきた。同氏の裁判員制度反対論の多くは、陪審制度にも当てはまるから、私は、同氏の本音は、陪審制にも反対なのではないかと疑っ

た。同氏は、1995年の著作では、陪審制導入の前提条件として、裁判所の改革、捜査手続や警察制度・検察制度の抜本的改革の必要性を主張している（渡辺・江藤・小田中『日本の裁判』、1995年、274頁）。しかし、陪審制導入とこれらの諸改革は矛盾せず、陪審制導入によってこれら諸改革が不可能になるはずはなく、むしろ改革の好条件が生まれるであろう。小田中氏は、事実上陪審制導入を回避するために、無理難題（と言うほどでもないが）を押しつけようとしているように感じられる。

小田中氏のこのような主張に対しては、「では陪審にも反対なのか」という質問が、いつも寄せられたと、同氏自身述べている。それに対して小田中氏は、「私は裁判員制度とは違い陪審を否定しませんが、かといって無条件に陪審はいいという立場もとりません」と答えている（『裁判員制度を批判する』、2008年、230頁）。「隣人を裁かせるのは残酷だということが裁判員制度の本質」などと言って反対する小田中氏（後述）が、どのような理屈で陪審制の方は肯定するのか説明して欲しいものである。

小田中氏は、司法への国民参加には、裁判傍聴、裁判批判、裁判運動、救援活動などの非制度的形態もあり、「日本の裁判の仕組みは国民に対してオープンになっており、言論を通じて司法に関わることが自由とされています」などと述べている。これは当然のことであって特に賞賛すべきことでもないが、思いがけないところで同氏は、日本社会が自由な社会であることを説明してくれているのである。結局同氏は、これまでの裁判闘争スタイルの「参加」を、陪審制よりも高く評価しているように感じられる（『『市民』的治安政策と裁判員制度の本質について」、渡辺追悼論集『日本社会と法律学』、2009年、563頁、『裁判員制度を批判する』、2008年、230頁）。同氏は、本音では、国民の裁判参加制度そのものに、反対なのではないかと思われる。

裁判員制度が固まる以前の段階であるが、戒能通厚氏は、「日本の場合には、陪審だけで本当にできるかどうかという危惧があります」と言い、「私の前の主張と多少変わりますが、陪審と参審をあまり対立的に見ないで、少し融合的に見るような手法も考えた方が、あるいはうまくいくのではないか」と述べ

ている（座談会「司法改革への展望」、『法律時報』72巻1号、2000年、26頁）。同氏が、その後成立した裁判員制度（陪審制と参審制を折衷したものとも言われるが）に賛成しているのかどうかは知らない。

他方で、参審制に対する民科の評価はどうか。後述のように、少数であるが裁判員制度に賛成した人達がいるが、彼等は参審制に賛成であろう。渡辺洋三氏は、「日本も二一世紀ぐらいには外国並みに陪審制あるいは参審制を取り入れるべきであると考えます」と繰り返しており（『法と社会の昭和史』、1988年、319頁。『日本をどう変えていくのか』、1996年、132頁。『現代日本社会と法』、2004年、240頁も同旨）、参審制でも可という考えであった。陪審制がベストだが、それが無理なら参審制でも、ないよりはましだといった考え方は少なく、参審制では裁判官の言いなりになるから無意味だとか、国民の司法参加を取り繕うだけで欺瞞的だといった参審制反対論が多数であった。

また陪審制と区別して、裁判員制度を批判したものとして、次のような主張があった。庭山英雄氏は、陪審制を支持し、それによって調書裁判をなくすことができ、ひいては誤判の温床である代用監獄制度を有名無実にすることができると言う。しかし「裁判員制度（…）の採用によってその希望は今やほとんどなくなった」とか、裁判員制度によって、「官僚司法制度の温存に最高裁が成功した」と述べている（『『司法改革』に思う』、『法の科学』、31号、2001年、6頁）。森山文昭氏は、「この裁判員制度は、…陪審制度とは似て非なるものであり、現行制度よりも改悪になりかねない危険な制度であると言わなければならない」と言う（『中間報告と法曹制度』、『法の科学』31号、2001年、162-163頁）。同氏の反対論の理由は、後で紹介する。

（b）裁判員制度への賛否

裁判員制度への賛否について、『法の科学』誌に掲載された論文によって分類すると、賛成派2人（永田秀樹、新倉修）、中間派1人（新屋達之）、反対派9人（小沢隆一、小田中聰樹、清水誠、中村浩爾、庭山英雄、藤沢攻、渕野貴生、松宮孝明、森山文昭）となる。圧倒的に反対が多い（ただし対象論文には、裁

判員制度を主題的に論じたものもあれば、部分的に簡単に触れただけのものもある)。

賛成派の永田秀樹氏は、次のように言う。「裁判員制度は、被疑者公選弁護制度とともに市民運動の成果という側面をもっており、積極的に評価したい」。それは、「司法にたいする民主的なコントロールという意味で絶大な効果を発揮することが期待される」と言う。さらに、「監視効果や司法官僚制打破効果においては、参審制のほうが陪審制より優れているかもしれない」とさえ語っている(「司法制度改革審議会最終意見書について」、『法の科学』32号、2002年、114-116頁)。私も同感である。

新倉修氏は、裁判員制度に全面的に賛成しているわけではないとしつつも、「裁判員制度は、国民主権に基づき、裁判を民主的な正統性(…)によって支え、公正かつ公平な適正手続を実現する方策のひとつである」として、肯定している(「国民の司法参加」、『法の科学』36号、2006年、144頁)。

中間派の新屋達之氏は、裁判員制度にたいする意見分布を整理し、保守・リベラルで賛否が交錯するねじれ現象が存在すると言う。リベラル(民主派というグルーピングはなく、それはリベラルに含められている)も賛否両側に分裂しているが、新屋氏自身の立場は明確でない。同氏は、賛否が分かれたリベラル派の共通項を探りたいようである。「そうすると課題の一つは、裁判員裁判における権利保障機能を最大限に発揮させる解釈・運用論の構築であり、それを踏まえた立法の推進であろう」ということになる(「司法改革のイデオロギー」、『法の科学』35号、2005年、140頁)。一応裁判員制度について、中間派とみなしておく。

森山氏は、裁判員制度反対。その理由については、結局は「裁判官がリードする」こととなるとか、「陪審制は民主主義の学校だとも言われているが」、治安維持を重視し、有罪推定意識をもっている職業裁判官の下では、裁判員制度は「治安維持の学校になりかねない」と述べている。また「裁判員の意見は応報感情に基づいた厳罰主義に傾く危険がある」とも言う。他方で、職業裁判官は、「少なくとも刑の量定に関しては冷静で、ある程度謙抑的な判断をして

いるとも言える」が、しかし裁判員の意見もどこかで尊重する必要があるので、「量刑に関しては、厳罰主義に傾いた裁判員の意見が尊重されるようになる可能性もある」と言うのである（「中間報告と法曹制度」、『法の科学』31号、2001年、162-163頁）。森山氏は「可能性」だけを語っているのであるが、どうしてこのように、すべてが悪い方に向う可能性だけを一方的に語るのだろうか。それに、裁判官がリードすると言いながら、量刑については裁判員の意見も尊重するなど、かなり恣意的な予断ではないだろうか。

成澤孝人氏は、自らのある論文の目的を、「裁判員制度が『新自由主義的国家改造』の一環であることを確認した上で」、この制度の憲法適合性に疑問を提示することだと述べている。この論文のまとめの部分でも、裁判員制度の問題点は、「まず何よりも、それが『新自由主義的改革』の一環としてなされてきたことである」と言う（「裁判員制度と憲法理論」、『法の科学』41号、2010年、64、77頁）。しかし具体的に論じられているこの制度への批判（後述）は、新自由主義とは内在的な関係のないことばかりである。陪審員制度は、古くからある制度ではあるが、そのアメリカ的發展形態は新自由主義に適合的である。しかし裁判員制度は、新自由主義とはおよそ関係がない。

藤沢攻氏は、「…裁判員制度の創設は、国民を制約づきで裁判内容に強制的に関与させることで、司法が強固な国民的基盤を得るとのさらに偽装手段たる司法改革の推進とみることができる」と述べている（「司法制度改革下における『法教育』」、『法の科学』36号、2006年、159頁）。後述の国民統合説的な理由付けである。

中村浩爾氏は、「一步前進という評価もあるが、欠陥が多い。…本来の陪審制への早期の移行を望む」として、特に裁判員の就任強制等に反対している（「国民を真の主人公に」、『法の科学』36号、2006年、148頁）。さらに同氏は、「裁判員制という強制動員も『統治主体の形成』という名目で行われようとしている。厳密な意味では『ファシズム』とは呼べないとしても、…、明らかにファッショ化の兆しはあり、少なくとも『動員』型国家になりつつあると言うことはできる」と言う（「改憲動向下の民主主義および民主主義論」、『法の科学』

40号、2009年、57頁)。かつて社会主義の下では、文字どおり、参加＝動員であり、民主主義＝独裁であったが、それを正しく理解しなかった人々が、ここではまた正反対の無理解ぶりを示している。

さて、裁判員制度が始まって以来5年以上が経過したが、概してこの制度は大きな成功を収めたと思う。被害者の遺体の写真を見て、裁判員がストレス障害を発症した事例や、裁判員候補者の選任手続への出席率が低下するなど、いくつかの問題を抱えながらも、刑事裁判の民主化・改善に資するところ大であり、早くも定着したと言っても過言ではないであろう。民科の大勢がこの制度に反対したのは、大きな失敗であった。

さて、これまでマルクス主義法学者は、日本共産党の主張に追随することが多いと書いてきたから、公平を期すために、一つ付け加えておきたい。日本共産党は、裁判員制度を積極的に支持していた。裁判員法が衆議院で可決された際、日本共産党は、「裁判員制度は、刑事裁判への国民参加を実現し、国民の常識を反映した刑事裁判を受ける権利を確立する制度として画期的意義を持つ」という見解を表明した（柳沢明夫「画期的意義をもつ裁判員制度の成立」、『前衛』2004年8月、183頁）。この点では、民主主義法学者の多くは、日本共産党の見解に従わず、自主性を発揮したわけである。しかし同調すべきでない時に同調し、この問題のように同調すべき時は同調しない、やることなすこと、いつもちぐはぐなのではないだろうか。

(c) 裁判員制度批判論の諸矛盾

裁判員制度に対する民科会員の批判は、矛盾に満ちている。彼等は陪審制の熱心な支持者であるのに、裁判員制度批判の論拠の多くは陪審制にも妥当する。例えば、裁判員になることを強制するのは「苦役の強制」だと言うのであるが、それは陪審員でも同じである。陪審制度と違うのは、「イチジクの葉」説（裁判員は職業裁判官の言いなりになるから無意味であり、民主主義を装うイチジクの葉にすぎない）ぐらいのものであろう。また彼等は、司法官僚制を厳しく批判し（司法問題における最大の批判点であった）、裁判官の意識が国

民のそれからかけ離れていると言いつけてきた。例えば渡辺洋三氏は、国民の司法参加がなく、裁判官は国民大衆から隔離されているとし、その結果「裁判官の意識はますます国民大衆の意識からははなれ、権力者の意識となってゆくのである。裁判が本当に国民の裁判となるためには、裁判官が国民大衆の気持ちに通じていなければならない」と述べている（『戦後日本の民主主義』、1991年、231頁）。

ところが、実際には、彼等が裁判員制度に反対している最大の理由は、「国民の意識」を恐れているからである。現在の国民の意識は、厳罰主義にあるからである。刑法の箇所（第3章第5節第3項）で論じるように、民主主義法学者は、国民の厳罰主義志向を強く恐れている。これまで彼等にとって幸いであったのは、司法官僚制の下で、裁判官は国民の意識からかれ離れ、謙抑主義的な態度をとってきたからである（後に紹介するように、民科のある論文はそう言っている）。裁判員裁判によって国民の意識に基づく裁判が行われれば、厳罰化傾向が現れるであろう。しかし、国民の意識を恐れるというのは、民主主義者として完全に失格である。

①「統治主体」の問題

司法制度改革審議会意見書（2001年）には、国民が「統治客体」意識から脱却し、司法の分野でも、国民が「統治主体」となってそれに参加することを求めるという趣旨のことが書かれている。国民主権の下で、国民が司法の一部を担うことは重要なことであり、これまで民主主義法学者は、例外なく、国民の司法参加を要求してきた。私は、「統治主体」、「統治客体」といった表現には違和感を覚えるが、主権者として司法に参加することは、当然重要なことだと思う。しかし民科では、この点について批判がなされている。

広渡清吾氏は「統治主体」論を批判しているが、その論理には民主主義者らしからぬものがある。同氏は、日本国憲法によれば、「国民は主権者として国家の在り方及び国家意思の正統性の最終的淵源であるが、制度的に実際には国会、内閣及び裁判所に『統治』は委ねられ、その限りで『国民一人ひとり』は

『統治客体』に他ならない」と言う（「憲法の理念と国民の要求に基づいた司法改革のために」、『法の科学』30号、2001年、11-12頁）。これは一体何であろう。国民は、統治主体としては抽象的な「淵源」にすぎず、具体的には「統治客体」でしかないという。国民は「統治客体」だと居直っているのか、諦めているのか。

そもそも私は、不勉強にして、「統治客体」という言葉が一般的に使われるものなのかどうか知らない（司法制度改革審議会意見書のいう「統治客体意識」なら分かる）が、何か専制国家の臣民か社会主義国家の人民を連想する。日本国民は、そのような状態でよいというのであろうか。こんな民主主義者があるものであろうか。個々の国民は、可能な限り統治に直接参加すべきであり、憲法がそれを妨げているはずがない。もし憲法が妨げているのであれば、それこそ改正すべきである。立法権力、執行権力については、国民は直接または間接にその形成に関わっている。司法権についてはそれがないのであるから、裁判員として直接裁判に参加することは、重要な民主的制度である。そもそも、これまで民科の論者が陪審制を熱心に主張していたのも、間違っていたというのであろうか。

小沢隆一氏の「統治主体」論批判も奇妙である。同氏は、統治主体、権利主体という二つの「主体」の意義は異なるが、「権力との対峙、権力への警戒・監視を基盤とする点では共通している」とし、司法への参加は、「権力である司法の行使をコントロールするものとして構想されるべきである」と述べている（「司法改革と日本国憲法」、『法の科学』36号、2006年、15-16頁。同氏の「憲法から見た司法権のあり方」、『法の科学』30号、2001年、50頁も同旨）。主権者である国民は、なぜ司法権力を監視したり、コントロールするだけに止まり、直接その権力行使に参加してはいけないのであろうか。小沢氏の論理は、普遍的な原理として他国にも妥当するかのような立論であるが、世界の多くの国が採用している陪審制や参審制も否定すべききものなのであろうか。日本に限定して論じているのであれば、なぜ日本ではだめなのか説明すべきである（広渡氏の場合は、日本国憲法をもちだしていた）。小沢氏は、改革側の「統治主体」観念は、「権力との対峙という現にある関係構造から国民の目を逸らし」、

刑罰権の強化、処罰主体意識を植え付けることになる云々と論じている（同誌、16頁）。国民は権力と対峙すると同時に、権力の一構成部分でもあるのであって、「対峙」の面だけ取り出すのは一面的であるし、「対峙」が、具体的な権力への全般的抵抗を意味しているのであれば、それは民科など一部の国民にすぎない。

②「国民統合」説

成澤孝人氏は、「司法への国民参加は、国民を刑事裁判に参加させることで、新自由主義によって綻びがみえる統治構造の正当性を調達しようとする試みだ」という久保田穰や小沢隆一の見解が説得力をもってくる」と述べている（『裁判員制度と憲法理論』、『法の科学』41号、2010年、67頁）。似たような表現は、渡辺治氏が、新自由主義改革一般、そしてまた司法改革一般についても繰り返していた。改革は、従来の企業主義的統合に代わる市民上層を中心とした新しい社会統合の手段というわけである（『『司法改革』の本質と背景』、『法と民主主義』360号、2001年、8-9頁）。こうして裁判員制度を、強引に新自由主義と関連づけているのであるが、それはむしろ、両者の内在的な関係の欠如を示す説明となっている。司法への国民参加そのものを否定する論理ではなく、それが権力にとって利用される危険性があると批判しているのである。

このような、権力への参加は権力への包摂であるという見方は、古典的なマルクス主義者の階級一元論であり、近年の民主主義法学の大勢によって否定されていたものと言ってもよい。権力はその正当性の確保のために国民の利益もある程度反映せざるを得ず、市民はそれを利用して民主化を推し進めることができるという「二つの国家機能」論的な立場が、近年の民科の主流的な考え方であった。もし正当性の獲得のために権力が譲歩したのであれば、いいことではないか。その土俵の上で、市民のために闘うというのが筋である。民主主義法学者としては、この民主的制度を活用すべきであって、なぜ逃げ出す必要があるのであろうか。あるいは民主連合政府の下であれば、司法への参加は望ましいが、現状では許されないという「ホッテントットの論理」であらうか。

小田中聰樹氏も、裁判員制度は、「国民動員、国民の権力的包摂統合の発想と論理とで組み立てられたもの」とみなしている（「司法改革はなにを狙いとしたのか、それを実現したのか」、『法の科学』36号、2006年、25頁。27頁も同旨）。あるいは、「司法改革、とくに裁判員制度が目指しているものは、国民を人権の主体たる座から下ろして、それを制限して、権力側に引き寄せ抱き込み、秩序違反の取締り体制を強化する。そういう仕組みです」と述べている（『裁判員制度を批判する』、2008年、26頁）。裁判員を務めると、支配階級の一員になってしまうとでも考えているのであろうか。何か被害妄想的な発想であり、また国民を蔑視した見方でもある。

岡田正則氏は、新自由主義的な改革によって行政権が社会統合機能を果たせなくなったので、司法制度改革は、司法権がその機能を代替する必要があると出てきたものと解している（「日本における行政権・司法権の関係史と司法制度改革」、『法の科学』41号、2010年、82頁）。松宮孝明氏は、裁判所制度について、「…参加ということですぐに民主主義だと考えるのは間違いである」と述べている（「司法制度改革と刑事法」、『法の科学』41号、2010年、62頁）。民科には同種の議論は多い。確かに参加によって、より効率的に管理体制に包摂しうることとはありうる。ソ連の参加制度は、まさにその適例であった。しかし、日本のように、画一的な思想によって統制されていない社会では、参加は民主的な制度として機能する可能性の方がはるかに高い。

③「苦役」説

裁判員を務めることは苦役を強制することであるから、憲法違反だという批判もある。憲法第18条は、何人も「その意に反する苦役に服させられない」と規定している。裁判員の仕事、すなわち主権者としての権力を一部行使することが、「苦役」に当たるとするのは、いかにも本末転倒の議論のように思⁽⁷⁾う。裁判員制度は「苦役」を強いるものであるから憲法違反であると主張す

(7) 確かに、「参加」が「苦役」というのも、根拠のないことではないと思うこと

る人々は、多くの民主国家に存在する司法への国民参加制度をすべて「苦役」とみなすのであろうか（憲法に「苦役」規定があるかないかとは無関係に）。民主主義法学者はほぼ一致して陪審制を要求してきたが、それは国民に苦役を科すことを要求していたのであろうか。

成澤孝人氏は、裁判員の義務を「苦役」とみなし、違憲と考えている。同氏は、「裁判員制度のような国家に対する国民一般の奉仕義務」といった表現も使っており、この制度にかなりの偏見をもっているように感じられる。ただ同氏は、例外的に合憲とみなされる場合があるという。つまり「被告人の人身の自由の十分な保障のためという理由に限って、市民に司法への参加を強制することが許される余地があると解せられる」とか、「裁判員裁判を正当化するためには、裁判員は、同じ市民である被告人の立場に立ち、国家権力の恣意的行使を除去するという目的で設置されなければならない」と述べている。そして、「現在においては、素人裁判員が中立的な立場で判断するための条件は全く整っていない」が故に、例外として認めるケースに当たらないというのである（成澤前掲論文、『法の科学』41号、2010年、76、77頁）。

この主張は恣意的で、論理的整合性に欠ける。現在の刑事手続に問題点があればそれを正すこととは別個の課題として存在するが、その問題と、「苦役」の強制を例外的に認めることは、論理的に結びつきようがない。裁判員制度を導入しなくても、刑事手続上の問題点は残る。裁判員は「被告人の立場」に立たなければならないというが、それは弁護人の仕事だ。「国家権力の恣意的行使の除去」は、裁判員制度であれ、なんであれ、当然必要なことだ。「素人裁判員」だから中立的立場で判断できないと言うのであれば、市民を蔑視して

もある。以前、検察審査会の審査員に選任された女性が、それを苦にして自殺したといった痛ましい事例があった。しかし現在ではそのような人はほとんどいないであろうし、仮にいとすれば説得・激励して務めてもらうしかない。その後の実際の運用を見ると、裁判員の辞退はかなり広く認められており（無断欠席者も多い）、強制的性格はかなり弱いように思われる。

いるように感じられる。⁽⁸⁾

④「必罰化、厳罰化」説

松宮孝明氏は、裁判員制度の発足後、「一部の例外を除いて、いわゆる重罰化がいつそう進行するという傾向が見られる」と述べている（「司法制度改革と刑事法」、『法の科学』41号、2010年、56頁）。また刑のばらつきが以前より大きくなったという指摘も紹介している。さらに、「参加ということですぐに民主主義的だと考えるのは間違いである。むしろ、検察庁は、『民主主義戦略』を逆手にとって『国民の処罰要求』（…）を梃子に『重罰化』を進めてしまった」とも述べている（同誌、62頁）。他方で裁判官や検察官は、謙抑的であるようだ。松宮氏は、「職業裁判官にある『量刑相場』という感覚が、裁判員には尊重されていない」と言う（同誌、56頁）。検察官も、裁判員裁判では、厳罰化を回避するためか、求刑を引き下げたり、また、例えば殺人未遂の疑いのある事件は、裁判員裁判を回避するために傷害で起訴する傾向があるといった情報も紹介している（同誌、57頁）。新屋達之氏も、「国民的要求に名を借りた」一連の刑事立法（ストーカー規制法など）と重ね合わせつつ、裁判員制度が重罰化、人権保障の後退につながることを示唆している（「司法改革のイデオロギー」、『法の科学』35号、2005年、140頁）。

これは、なかなか興味深いことである。松宮氏は、一方で検察庁が民主主義戦略で重罰化を推し進めたと言いながら、実は検察官は謙抑主義的に行動しているらしいと言うのである。また、これまで民主主義法学者は、日本の司法制度の最大の欠陥は、司法官僚制にあるとしてきた。そのような主張は非常に多

- (8) 成澤氏が、このような例外的ケースにおいては、「市民は司法に参加することによって、法の支配の意味や、公正な刑事手続について学ぶことが可能になる」と述べているのも不満がある（成澤前掲論文、『法の科学』41号、2010年、76頁）。ソ連でも参審員制度の目的は、「市民の法律教育」にあるとされていた。「労働組合は共産主義の学校である」とか、社会主義下では、市民は何かと教育対象とされていた。市民は独立した裁判員であるし、裁判は真剣勝負の場であって、学習のための試行の場ではない。

い。しかし裁判官は、いかにも官僚主義的な統制の存在を示す「量刑相場」なるものによって、謙抑主義的に行動するというのである。これまで民主主義法学者は、司法官僚制の下で、裁判官の意識が国民からかけ離れていると繰り返し批判してきた。しかし裁判官が国民の意識からかけ離れているがために、日本の裁判はこれまで重罰化をそれだけ抑止できたということになる。私は、これは、かなり事実に一致しているのではないかと思う。このこともまた、民主主義法学の大きな誤りを示すものである。検察・警察が常に社会の統制と重罰化を企んでいるとか、裁判官は司法官僚制の下で国民からかけ離れたひどい裁判をしているというようなステレオ・タイプ化された固定観念から抜け出すべきである。

小田中氏は、松宮氏とは異なる見方をしている。小田中氏も、やはり裁判員制度は重罰化を招くと述べているが、その根拠は松宮氏とは正反対である。同氏は、本来量刑は画一的な判断になじまないと言う。これは正しい。しかし、裁判員制度の下では、裁判官のリードの下で「量刑相場的なものが、『常識』と称して裁判官に縛りをかけていく、そういう仕掛けになっている」と言う。そして、「それ〔量刑〕を無理にマニュアル化すれば、結果重視の重罰化傾向になっていくことは必至です」（『裁判員制度を批判する』、2008年、17、59、114頁）。この最後の部分の理屈は苦しい。この点は松宮氏が正しく、量刑相場や裁判官の「常識」に従う方が、刑は軽くなるであろう。

渕野貴生氏も、裁判員制度が、必罰化、厳罰化を正当化する道具として使われる危険性を指摘している（「刑事司法改革と犯罪報道・世論との相互作用がもたらす適正手続上の問題」、『法の科学』36号、2006年、52頁）。

裁判員制度施行後5年以上経ったが、求刑を超える量刑が増えるなど、重罰化の傾向はあるようだ。裁判員裁判による死刑判決を上級審が破棄・減刑する事例が続いた。他方で覚醒剤密輸事件の裁判員裁判では、無罪判決が相次いでいるという。「中味を知らず預かっていただけだ」といった抗弁を覆すのは簡単ではあるまい。ここでは、裁判員は、「疑わしきは被告人の利益に」という原則を尊重しているのではないだろうか。

⑤「イチジクの葉」説

裁判員は職業裁判官の言いなりになるから、その裁判参加は無意味だという議論である。この種の批判は非常に多い。小田中氏は、「基本的にはこの制度は、裁判官がリーダーシップを発揮して、裁判員として参加する市民の役割を形式的なものにすることができる」と批判している（『裁判員制度を批判する』、2008年、17頁）。渕野貴生氏は、「裁判員は結局のところ職業裁判官の影響から逃れることができず、職業裁判官による裁判を正当化するための『いちじくの葉』以上の役割を期待することはできない」といった批判を真摯に受け止める必要があると述べている（『刑事司法改革の評価と今後の課題』、『法の科学』32号、2002年、124-125頁）。

永田秀樹氏は、裁判員は裁判官のいいなりになるという懸念が表明されているが、「この考え方の底には、国民不信が潜んでいるように思う」と述べている（『司法制度改革審議会最終意見書について』、『法の科学』32号、2002年、116頁）。的確な指摘である。

⑥「隣人を裁く残酷さ」論

小田中氏は、模擬裁判で裁判長役を務めた裁判官が、裁判員役の市民が非常に苦痛であったという感想を述べていたと語ったことを紹介している。その裁判官は、「結局、隣人をして隣人を裁かせる残酷さに一番の問題があること、裁判員制度という制度は非常に残酷な仕組みだということが、分かってきた」とか、「隣人をして隣人を裁かせる残酷さ。この制度の本質はここにあるのではないか」と、手紙に書いてきたという。小田中氏も、この捉え方は、「裁判員制度の本質を衝いており…」と、同調している（『裁判員制度を批判する』、2008年、15頁）。ソ連には「同志裁判所」という制度があった。これは職場や大学などで組織され、文字どおり隣人が隣人を裁く。それは見せしめであり、つるし上げのようになることもあり、人権侵害的であった。しかし裁判員制度においては、匿名社会の現在、文字通りの隣人裁判になることはない。

⑦世論の動向

小田中聰樹氏は、世論が裁判所制度に否定的・消極的であることも、反対論の根拠にしている。同氏によれば、2008年の世論調査の結果、「裁判員を務めたいとは思わない」37.4%、「あまりつとめたいとは思わない」35.1%、「務めたいと思う」11.8%、「多少務めたいと思う」14.2%だという。消極的・否定的な前二者が、合計で72.5%、小田中氏は、「多少は務めたい」というのは容認的態度とはいえないとして除外し（これも恣意的判断だが）、結局積極的態度は11.8%（小田中氏はなぜか勘違いして、14.2%と書いている）だけだとしている（『『市民』の治安対策と裁判員制度の本質について』、渡辺追悼論集『日本社会と法律学』、2009年、541-542頁）。しかし、裁判員制度を積極的に支持している私でも、「務めたいか」と聞かれれば、務めたくはない。ただ選任されれば務めるべきであるし、務める。

最高裁が2014年に行った調査によれば、裁判に「あまり参加したくない」、「義務であっても参加したくない」という回答が、合わせて85.2%であったという。小田中氏が喜びそうな数字だ。他方で、裁判員経験者では、「非常によい経験と感じた」、「よい経験と感じた」が、合わせて95.2%だという（産経新聞2014年5月14日）。2014年に読売新聞社が行った世論調査では、裁判員制度の今後について、「今のまま続けるべきだ」18%、「見直した上で続けるべきだ」56%、合わせて74%がこの制度の継続を支持している（もっとも「見直し」の程度によっては、「継続を支持」とはいえなくなる可能性はある）。また「裁判員として裁判に参加したいか」という質問に対しては、「参加したい」16%、「参加したくない」79%である（読売新聞2014年7月11日）。自分は参加したくないが、制度には賛成である、というのが国民の一般的な態度なのではないだろうか。

⑧その他

小田中氏は、裁判員が関与するのは、その犯罪に対して死刑・無期刑が規定されている等の重大事件に限定されていることも批判する。市民の常識を反映

させるのであれば、軽い犯罪の方がふさわしいというのである。重大事件に参加させるのは、「国民の処罰意識を高める政治的な狙い」があるなどと述べている（『裁判員制度を批判する』、2008年、46頁）。私も軽犯罪から初めてもいいのではないと思うが、その場合は、小田中氏のような人は、軽い犯罪にしか参加させないのは、参加制度が形だけの見せかけでしかないことの証拠だなどと言って批判するに違いないと思う。

また小田中氏は、評決について、「裁判員が全員無罪と確信しても裁判官が最低1人これに荷担して無罪説に立たなければ無罪にできない」と述べている（『裁判員制度を批判する』、2008年、63頁）。私は法解釈が苦手だから、口を挟みたくないのだが、また評決については法律の条文が明確でなく、その点私ははなはだ不満に思ってきたのであるが、ともかく裁判員全員が有罪と言っても、裁判官が1人以上それに賛成しなければ有罪にはならないが、裁判員全員が無罪と言え、それだけで無罪になるのではないだろうか。

（5）その他の司法制度改革

上記の法曹養成制度、裁判員制度以外の司法制度改革については、以下にみるように、民科のその分野の専門家はそれを肯定的に評価し、それ以外の人達は、各論的改革を司法制度改革全体の中に位置づけて、慎重な姿勢をとったり、否定的に評価する傾向がある。

①労働審判制度

労働法の分野で新たに設けられることになった労働審判制度について、西谷敏氏は、裁判官以外の人物が裁判官と同等の評決権をもって審判に参加する点で画期的であり、運用によっては「労働者の権利救済に大きな役割を果たすことが期待される」とし、「問題の多い司法制度改革のなかで、『改革』の名に値する数少ないものの一つといえよう」と高く評価している（「司法改革と労働審判制度」、『法の科学』36号、2006年、74頁）。緒方桂子氏も、労働審判制度につて、問題点も指摘しているが、同制度の利用は年々拡大しており、「労働

審判による労働紛争解決の迅速化は、法的問題を抱えた労働者にとって、一定の魅力をもち、それゆえにこれまで『泣き寝入り』してしまっていた事件を掘り起こす契機になっている点で積極的に評価できよう」と述べている（『労働法学と司法制度改革』、『法の科学』41号、2010年、55頁）。ただし、この制度について問題点を指摘したり、中途半端な改革とする見方もある（同誌の広渡論文、小田中論文）。

②行政訴訟制度

石崎誠也氏は、小田中聰樹氏の司法制度改革に対する「厳しい評価」を引用しつつ、「行政訴訟制度改革についてみれば、必ずしもこの評価が妥当するとは言えないように思われるし、今般の司法制度改革における行政事件訴訟法改革は、従前の我が国行政事件訴訟法が有していた限界性を打破し、現代行政にこたえる行政事件訴訟制度づくりにとって重要な制度改革であったように思われる」と、行政訴訟関係の改革を積極的に支持している（『司法制度改革と行政訴訟』、『法の科学』41号、2010年、34頁）。

③民事訴訟制度

島川勝氏は、民事裁判について、最高裁が司法積極主義へと転換しつつあると考えられることを歓迎し、その原因が司法制度改革にあるとは断定できないが、「関係ないとは言いきれないであろう」と述べている（『司法制度改革と民事裁判』、『法の科学』41号、2010年、22頁）。そして裁判利用者を対象とした調査によれば、なお裁判制度への不満が強いことから、「まだまだ制度改善の余地があることを示している」と結論している（同誌、28頁）。これまでの改革については、不十分とはいえ、肯定的に評価しているように見える。野々山宏氏は、2001年の消費者契約法について、規制緩和政策の流れの上にあることを認めつつ、「内容コントロールと民事ルールの適正な組み合わせによって、『無制限の私的自治』の主張を制限し、かつ消費者による市民的公共性の実現を促進する点で、消費者契約法は高く評価できる」と述べている（『消費

者契約法は実務にどのような影響を与えているか」、『法の科学』37号、2006年、135頁）。

④人事訴訟制度

人事訴訟の分野では、木幡文徳氏や富田哲氏は、人事訴訟の家裁移管を肯定的に評価している（木幡「家庭裁判所と人事訴訟」、『法の科学』30号、2001年、富田「人事訴訟制度の改革」、『法の科学』36号、2006年）。

⑤ADR

ADR利用促進法について、高橋裕氏は、「ADR拡充・推進というのは、現在に至るまでの日本の司法の状況を前提としても、現代社会における専門分化という状況を前提としても、肯定すべきものと考え」と、肯定的に評価している（「ADR推進をどう考えるか」、『法の科学』30号、2001年、76頁）。大島和夫氏も、この法律は、「紛争の高度化、専門化の中でひろく専門家による紛争解決を進めようとするものであり、当然の改革であると言える」と述べている（「ADRは何をもたらすか」、『法の科学』36号、2006年、73頁）。

しかしADR制度には、否定的見解も多いようである。本間重紀氏は、この制度は、「強者に有利に弱者に不利に働く危険性が大きい」と言う（「財界統治戦略としての規制緩和的司法改革論の現段階」、『法の科学』30号、2001年、35頁。同誌の澤藤統一郎論文も、ADRについて、「積極的には賛意を表しがたい」と述べている（同誌、71頁）。近藤充代氏も、ADRが有効な場合もありうるとしながらも、弱者に不利に働く危険性が大きいとして、反対姿勢の方が勝っていそうである（「司法審最終意見書の批判的検討と今後の課題」、『法の科学』32号、2002年、120頁）。選択肢が増えるだけなのであるから、不利になるとする人は、ADRを利用しなければいいだけの話ではないだろうか。

先の高橋裕氏は、「今般の司法制度改革全体を否定的に評価し、そのうえでADR導入をアプリアリに批判するという姿勢は、司法官僚制を死守しようとする姿勢と並んで、実践的観点からして現在とるべきではないように思われ

る」と述べている（「ADR推進をどう考えるか」、『法の科学』30号、2001年、75頁）。

このような高橋氏の発言から推測すると、民科内部では、ADRに限らず、個々の改革には賛成であっても、司法制度改革全体への否定的評価の故にそれにも反対するといった例も多いのかもしれない。そのようなオール・オア・ナッシングの態度をとることに、どのような意味があるのか、はなはだ疑わしい。かつてのように階級一元史観をとれば、部分的改正は体制の延命に手を貸すだけだといった批判もありえようが、今日では、民科の大勢は「二つの国家機能」論的な立場である。改善された点は改善として賛成するようであれば、大方の信頼を得ることはできないであろう。