

序論－「市民社会論の法律学的射程」によせて

1. 課題設定の背景と趣旨

「市民社会論の法律学的射程」という特集テーマを企画したことについて、その背景および趣旨を述べることにする。

「市民社会」あるいは「市民」という概念は、一般的にいて法学にとって欠かすことのできないものである。周知のことであるが、法体系の基本的位置をしめる法典としての「民法典」は、ドイツ語の "Bürgerliches Gesetzbuch", フランス語の "Code Civil" の翻訳であるが、これは「市民法」として訳出できる。市民とは、民法が規定するように、出生によって等しく権利主体となる人間のことであり、民法はこのような市民相互間の関係を規律する法である。市民が織りなす社会は、市民社会として捉えられる。法学者たちにとって、法律論の範囲内においても、市民・市民社会は、このように馴染みやすい言葉である。問題は、ここから始まるのであるが、それでは民法の対象である市民と市民社会は、「国家」とどのような関係に立つことになるのか。国家は、法律論的には、憲法によって基本的構成が定められ、行政法規に基づいて具体的に組織され、活動する。国家行政機関と市民の関係は、市民相互の関係と同じように（平等の法主体の関係として）把握され処理されるのか（民法が適用されるのか）、あるいは、別の法原理（権力を行使する者と行使される者の非対称な関係を規律する法）が適用されるのか。

この問題は、法理論において伝統的に「私法と公法の二元論」の是非の問題として議論されてきた。また、民法的「市民社会」は、平等の市民を前提とするが、実際の社会には社会的経済的な格差と不平等が原理的に存在し（労働と資本の対立）、民法的「市民・市民社会」の仮象性が示されて、市民法たる民法の原理（平等の法主体による自治的な秩序形成）を修正する法も現れる。これは、「市民法と社会法」という対概念によって法理論的に把握される問題である。

法理論のかかえるこのような問題群は、近代における市民・市民社会の概念をどのように理解するかという問題というまでもなく密接に関わっている。近代における市民と市民社会の概念は、法体系の前提にある歴史社会の現実の説明として記述的に用いられる。歴

史社会の現実の変化が法体系の変化を規定するという文脈において、たとえば上記の「市民法と社会法」のテーマは考察されうる。しかしまた同時に、近代における市民・市民社会概念は、社会のあり方についての規範的、価値的な理念という含意を示すものでもある。ドイツでは、ナチスの時代に個人を「市民」としてではなく、「民族構成員」(Volksgenosse)としてとらえるというイデオロギーが喧伝され、Bürgerliches Gesetzbuch に代えて、民族法典 (Volksgesetzbuch) の編纂が進められた。ここでは、「市民と市民社会」がナチス理念に調和しないものとして否定されようとした。これは1つの示唆的例であるが、近代の市民と市民社会概念は、近代社会の歴史的現実を「記述」するものとどまらず、近代社会を「構想」という要素をもった、それゆえ価値的・規範的な性格を伴ったものとしてあるのではないかと考えられる。

第2次世界大戦後の日本の法学は、戦後に制定された日本国憲法の下で、戦前社会と異なる新しい戦後社会の構築を論じるに際して「近代市民社会」、「近代市民法」の概念をポジティブな文脈においてとりあげた。それ以降、日本の法学において「市民社会」・「市民法」論は、けっして大きな水脈を形成してきたとはいえないけれども、社会と法のあり方を考えるに際して、また、法理論の構築において、重要な視角を与えるものとして作用し続けているとみることができる。20世紀の末から21世紀の今日にかけて、世界の社会科学において「市民社会論のルネッサンス」とでもよぶべき状況が生じている。その背景には、世界における資本主義体制と社会主義体制の対立構造の消失という新たな条件のなかで、グローバルなレベルにおいて「グローバルな市民社会」が模索され、ナショナルなレベルにおいてデモクラシーの新しい展開が追求され、また、ローカルなレベルにおいてさまざまな新しい社会運動が試みられていることがある。いま、市民と市民社会の概念がこれらの動きを理論的に捉えようとして、再生しているのである。本特集のモチーフは、このなかで、あらためて法学における市民社会論の意義を検討してみようというものである。

市民社会論のルネッサンスのなかで、日本の法学においても注目されているのは、ドイツの哲学者、ハーバーマスの新しい市民社会論である。ハーバーマスは、従来の市民社会概念、すなわち、政治・経済を包摂した共同体 (Gemeinwesen) としての civil society、あるいはまた、政治的国家と二元的に対峙する経済的社会としての Bürgerliche Gesellschaft に対して、新しく市民のコミュニケーションによって成立する領域ないし空間としての Zivilgesellschaft の考え方を示した。この Zivilgesellschaft は、システムとしての国家と市場に対峙するものと位置づけられる。ハーバーマスの Zivilgesellschaft は、市民がさまざまな組織とネットワークを媒介としてコミュニケーションによる活動を行う空間であり、それゆえ、かれは、Zivilgesellschaft とまったく同じ意味において Bürgergesellschaft (文字通り「市民の社会」という表現を用いている。日本の法学にお

ける市民社会論において、これまで市民社会は、civil society か、Bürgerliche Gesellschaft のイメージにおいて語られてきたが、これにハーバーマスの新しい市民社会の概念がつけ加わることになった。このなかで、市民社会概念をめぐって、新たな議論が展開している。

2. 日本の法学における「市民社会・市民法」論の水脈

特集の企画では、法哲学者、法社会学者および実定法学者に寄稿を依頼したが、実定法学者からの論文を結果において頂戴することができなかった。そのこともあり、特集の企画趣旨をいくらかでも敷衍するために、日本の法学における「市民社会・市民法」論の水脈について、企画者の考えを覚書として、仮説的に示しておきたい。それによれば、日本の法学における「市民社会・市民法」の展開を見るときには、「市民社会・市民法」論のもつ「規範的・価値的な性格」に着目して、次の3つの時期に分けて論じることができる。第1の時期は、戦後1950年代までであり、戦前の天皇制の下での社会と法を批判し、それを克服する視角として市民社会・市民法が位置づけられた。第2の時期は、1980年代から90年代始めであり、日本の資本主義経済が2つのオイルショックを乗り切り、“Japan as No.1”とよばれたような成功を収め、それによって企業中心的な社会（企業社会）が展開する中で、そのような社会のあり方を批判する視座として市民社会・市民法が位置づけられた。そして第3の時期は、1990年代末以降であり、資本主義のグローバル化と新自由主義政策の展開の下、福祉国家から市場中心社会への移行が進むなかで、国家および市場から独自に運動し、かつ、それに対峙する役割をもつ市民社会という新しい位置づけが求められる。

(1) 天皇制下の社会と法の批判と克服

第1の時期に、日本の戦後の法学は、端的に言えば、戦前社会を「近代市民社会」が実現しなかった社会として捉え、それゆえ、戦後社会が近代市民社会として建設されるべきであると考えた。もちろん、社会主義者や共産主義者は、近代市民社会を最終的な目標としたわけではないが、とりあえずは、戦前からの断絶としての近代市民社会の確立が共同の目標になりえた。近代市民社会は、具体的にはイギリス社会やフランス社会が念頭におかれた。

市民社会概念については、大きく2つの理解が分かれた。1つの理解は、市民社会を「資本主義経済社会」として捉える理解である。これは、あらっばく言えば、Bürgerliche Gesellschaft としての市民社会の理解に対応する。この理解に立てば、戦前の日本社会の問題は資本主義経済の未発達にあり、戦後社会の課題はそれを十分に発展させることにある。この立論によれば、資本主義経済は、社会的分業のうえに立った相互承認の経済であ

るから、人が自己とともに他者をも人格の主体として尊重する倫理的な世界であるとされた。資本主義経済社会は、それ自体に倫理性と規範性をもち、個人の自由と平等を基礎づける社会として把握されたのである。

これに対して、もう1つの理解は、市民社会を構成する市民に着目する。ここでの市民とは、歴史的に、市民革命の主体として、封建的な旧体制に対して闘った市民である。市民たちが市民革命によって作り出したものは、市民国家（Bürgerstaat）とよばれる。ここで市民国家というのは、経済的な関係も政治的な関係も包摂した共同体（Gemeinwesen）が考えられており、英米型の市民社会（civil society）と同様のものが理解されている。この立場によれば、日本の戦後における市民社会の確立は、近代の市民革命を闘った市民の役割を受け継ぐ、現代における市民としての労働者階級、プロレタリアートに担われるとされた。

以上の2つの市民社会理解は、相互に排他的なものではないが、一方が市民社会を資本主義経済を軸に＜構造的に＞捉えるのに対して、他方が社会の革新のために闘う市民を中心に＜主体的に＞捉える点において、対照的であり、これ以降の法学における市民社会論の原型を作るものであった。

第1の時期における市民社会論が示した法のあり方に関わる重要な論点は、2つあった。1つは、市民社会が明確な権利義務関係によって秩序づけられる社会であるということである。この観点から、「義理人情」のような非法的で、不明確な社会規範によって秩序づけられてきた日本社会の「権利社会」への変革が求められた。もう1つは、市民社会において公法が私法に一元化されるという主張である。戦前社会では、天皇制国家が臣民としての国民のうえにたって、もっぱら「公」であることを独占し、公法は、国家が国民に優越する関係を原理とするものとして、国民相互の水平的な法関係を規制する私法と区別された。これに対して市民社会論によれば、いまや「公」は市民社会全体に属するものであって、市民相互の法関係を規制する私法こそが市民社会の一般法であり、国家もそれにしたがわなければならない。それゆえ、国家の行為を根拠づけ、規制する公法は、原理的に私法に一元化されるべきものとされた。この2つの主張は、戦後法学の展開のなかで受け止められ、形を変えながらではあれ、発展させられた。日本の法学において、市民社会についての考察を法理論の構築に結びつける業績（多くはないが）は、戦後から1950年代までの市民社会論に触発されて、それ以降にも生まれていくのであり、第1の時期は、日本の法学における「市民社会論」にとって、その基礎を形成したものであるといえる。

（2）企業社会批判と人間の尊厳論

次に第2の時期についてのべよう。日本の資本主義は、1960年代の高度成長によって発展し、1970年代の二度のオイルショックを乗り越えて、世界に冠たる位置を占めるよ

うになった。日本の高度成長の時代は、国家の役割が全面に現れた。日本資本主義の発展における国家の役割は、外国の日本研究者によって「日本株式会社」と特徴づけられるものであった。国家が全能のようにみえた 60-70 年代には、市民社会・市民法論は、法理論的な作業の持続があったとしても、前面にでる出番がなかった。このような日本資本主義の成功は、その間に、環境問題、消費者問題などの社会問題を生み出すとともに、「企業社会」と呼ばれるいびつな社会構造を作り出した。企業社会とは、あたかも企業を単位として構成され、企業の利益が社会の主要な利益であるとみなされるような社会のことである。このような社会は、本来、市民社会を構成すべき市民が、個々の企業の従業員として企業に自分のすべてを捧げ尽くす状況に落ち込み、市民としての存在感を失うことによって作り出された。

第 2 の時期の法学における市民社会・市民法論は、日本資本主義の世界的な成功によって生み出された社会的な諸問題によって刺激され、新たな探求が始められる。ここでは、2 つのことが重要な論点である。1 つは、この第 2 の時期において、市民社会・市民法論が明確に現代資本主義を批判する位置にあるものとして示されることである。それは、資本主義一般を批判するというよりむしろ、現代資本主義を倫理性のない腐朽した資本主義として批判するというものであった。もう 1 つは、この現代資本主義を批判し、それが生み出した問題の処方箋を考えるに際して、市民社会の原理として自由・平等・友愛を基礎にしながら、主体としての市民の「人間の尊厳」が強く打ち出されたことである。こうして、近代市民の自由と平等を経済的に基礎づけた「商品交換主体」としての主体性のうえに、尊厳をもつ人間としての主体性を積み重ねるという、新たな要素が市民社会論につけ加わる（現代市民社会論）。たとえば、良好な生活環境への市民の利害は、この観点から、人格権として位置づけられる。

この時期に対応する市民社会論の視角からする法的議論を 2 つあげよう。1 つは、労働権の保障や社会保障制度の理解について、従来、労使関係への国家介入、また社会的弱者への国家的保護という特徴づけが行われていたのに対して、労働権を労働者の自由と平等を回復するための市民社会の法原理に基づくもの、また、社会保障制度を市民の連帯の制度であるとする主張がみられた。もう 1 つは、現代憲法の保障する生存権、すなわち、市民が人間の尊厳にふさわしい生存を確保する権利は、市民社会の法原理に基づくものとして理由づけられた。市民社会・市民法の保障する所有権は、それゆえ、生存権と両立すべきものであり、他人の労働を支配し、成果を領有する資本家的所有権は、生存権によって正当に制限すべきものと主張された。

(3) グローバル化と新自由主義政策の展開と新市民社会論

さて、第 3 の時期についてである。20 世紀の末から 21 世紀の現在までの間に、市民社

会論は、より新しいパースペクティブを示している。最初にもふれたように、資本主義経済のグローバル化と新自由主義政策の展開のなかで、世界的に市民社会論のルネッサンスが生まれている。その理由は、国家と市場のあり方およびその関係が大きく変化するなかで、市民社会の位置づけがあらためて重要な問題として浮かび上がってきているからである。グローバル化の下では、multinational あるいは transnational なグローバル企業が主要なアクターになり、これまでの国民国家の政治的、経済的、社会的機能・役割が制約され、縮小する。比喩的に言えば、国境のもつ意味が小さくなる。国民国家の役割の縮小は、市民社会論と関連して、第1に領域的な (territorial) 問題として、また、第2に機能的な問題として現れる。

第1の領域的な問題は、市民社会が空間としての国民国家を超えるか、また、市民社会の構成員と国民国家の構成員がどのような関係に立つかというものである。市民社会は、ハーバーマスのようにコミュニケーションの成立する公共圏として考えると、それが対象とする 이슈 に応じて、local, national, transnational-regional, そして global にも見出されうる。法的問題もまた、それぞれのレベルで論じられうる。この中での national なレベルでの市民社会は、実際に国際的な移住の増大によって多くの外国籍の住民を抱え込んでいる。自由・平等・友愛の関係に立つ者は市民であり、いかなる国家に所属するかは、その市民としての地位に関わらないと考えれば、外国人移住者は市民社会の構成員として市民である。ここには、市民と国民国家の構成員である国民 (国籍者) との範囲のずれが生まれる。国民国家の具体的な法のあり方は、とくに政治的関係において外国籍の市民をしばしば不平等に取り扱う。市民社会論は、市民社会が国家に優位するという理念によってこのギャップを小さくする方向を目指すものとなる。ドイツでは、統一に際しての基本法に代わる新憲法の提案のなかに、主権者を「市民」(Bürger) として構成し、市民を「ドイツ国籍者および在住5年以上の外国人で市民資格を取得した者」とする構想が示されたことがある。

第2の機能的な問題は、国家の機能・役割の縮小に対応してそれに代わるものが市場とならんで、市民社会としても捉えられるということである。グローバル化による国民国家の機能の縮小に対応するのは、市場機能の拡大である。先進諸国が例外なく採用する新自由主義の政策は、これを進めるものであり、民営化と規制緩和がその柱である。ここでは、市場と市民社会の関係が具体的、現実的問題となる。これまでの国家の機能を「民営化」(privatization) するという場合、この "private" は、市場の主体である企業であるが、また、経済的事業者ではない市民の集団、たとえば NPO もそれに該当する。ここでは、市場と並んで市場的経済的関係ではない人々の関係が含まれる。両者は、市場を含んだ市民社会として捉えられる。なわち、国家の機能の民営化は、このように、市場化を含んだ市

民社会化 でありうる。

市民社会に移される国家の機能は、経済的機能だけではない。たとえば、司法による紛争解決機能は、民間によって組織される裁判外紛争解決手続（Alternative Dispute Resolution）によっても担われる。国家機能の、市場化ではない市民社会化は、そのために様々な領域における市民の運動や組織の活性化に対応するものである。日本では、とくに、1990年代後半以降、市民運動の力によって、市民をエンパワーする改革立法が成立し（1999年情報公開法、1998年NPO法、1999年男女共同参画社会基本法など）、市民の存在感が大きくなった。市民が組織やネットワークを形成し、政治や経済を動かすコミュニケーションを行う空間としての市民社会の可能性は、たしかに拡大している。このように、市民社会・市民法論は、これまでと異なった新たな問題領域に出会っている。

法学における市民社会・市民法論について、これまでの水脈を辿ることによってその歴史的な課題意識を確認しながら、あらためて「市民社会論の法律学的射程」を現在の諸条件のもとで、考察し、展開することは、重要で現代的なテーマである。市民社会という概念は、生成する近代社会を認識し、記述する概念であり、同時にまた、そこにおいて構想された社会理念であり、その限りで、その実現が近代から現代を経て未来にまでシフトされうるものでもある。その意味において、市民社会は、まったくの記述的概念ではなく、たえず、規範的、価値的な意味を持っている。市民社会概念が、規範を取り扱う法学の世界でその存在意義を失わないのは、そのような関連のなかにも1つの大きな理由づけをもつ。法学が実定法の弁証と解釈にその役割を限定することなく、社会の現実態になんらかの形で批判的に対峙しようとするときに、市民社会概念は、なおその有力な手掛かりを与えるのである。

3. 特集論文について

中村浩爾「多元的・重層的な市民社会における社会規範の存在態様—法律・道徳・慣習の協働」は、「市民社会の諸相」、「市民社会の構成員」、「市民社会の理念と編成原理」および「市民社会の秩序原理」の4章からなり、市民社会概念の外延と内包について考察する。市民社会概念の外延について、中村は2つの系列の問題を扱っている。1つは、市民社会を政治的国家、経済的社会および公共圏の3つのモデルで理解するか、これに親密圏を加えるか、あるいは国家と経済の二元論でとらえるかといった次元の問題である。ハーバーマスの新しい市民社会論によって公共圏＝市民社会論が提起され、これとの関連で従来の市民社会概念を含めて議論が行われており、中村はこれを整理し、「三元論」の立場をとるとしている。もう1つは、「家族—市民社会—国家」あるいは「個人—中間集団—

国家」の図式で市民社会を把握する視角である。この2つの系列問題は、それぞれ市民社会をなぜ問題にするのかというその問題関心において異なるところがあり、市民社会論の複合的な要素が示される例である。中村は、また「国民社会－国際社会－世界社会」を論じた恒藤恭の理論なども視野に入れて市民社会概念の外延を広く探っている。市民社会概念の内包について、中村は、とくに市民社会の理念としての「友愛」の意義と位置に焦点をあてている。友愛原理は、自由・平等原理とならんで近代市民社会の理念として登場し、中村によれば、その理念が歴史的に持続し、「友愛→団結→連帯」の歴史的展開を示してきたのである。労働経済学者の中西洋が友愛原理を社会の編成原理として強調する体系的な理論を提示しているが、かれは「自由主義社会」、「平等主義社会」に対して「友愛主義社会」を構想し、その基礎を「自由な賃労働」に求める。これは、生産手段の社会的所有を達成し、賃労働を廃止した「平等主義社会」へのアンチテーゼと位置づけられている。中村は、中西の友愛原理への着目に同意しながら、友愛主義社会のこの基礎づけを「最大の難点」としている。中村は、市民社会の秩序原理の問題として、市民的道德や教育の問題まで検討し、市民社会における法と道德、慣習の関係、未来のそのあり方について、さらに市民社会と民主主義また道德との関連で、天皇制をどう考えるかという論点にも言及している。中村論文は、市民社会について考察すべき多様な論点と検討の方向を開示し、議論の基礎を提供するものである。

篠原敏雄「市民法学における『市民』と『市民社会』の基礎法学的考察－ルソー、カント、ヘーゲルの思想との関連で」は、「法理論と社会・国家の関係を方法的に、自覚的につなぎあわせていく」とする「市民法学」が市民と市民社会をいかに把握するかを主題にする。「市民」について、篠原は、社会における人々の原像として3つの類型を示し、それぞれについて論拠を叙述する。第1に、社会・国家共同体と個人が無媒介的につながりあっている（個人が「友愛的・連帯的な共同存在性」のなかにある）場合、第2に、諸個人が「内面的独立性を獲得し、諸個人の意思の自由の原理が承認される」（個人が「主体性の原理」のうえに立つ）場合である。この2つの類型は、現実の世界で相互に関連しあいながら現れているものであるが、篠原によれば、この2つの類型的モメント、「友愛的・連帯的な共同存在性」と「主体性の原理」が同時に実現されるようなあり方が第3の類型として市民のあり方（の理念）となるものである。篠原は、このような市民の理念の展開を、プラトン、カント、ルソーそしてヘーゲルの思想の系譜をたどって分析している。市民法学における「市民」像は、これをふまえて「国家に対抗する『市民』像と国家に忠誠を誓う『市民』像」の2つの面から成るべきものである。篠原によれば、アメリカ憲法の前文が示す市民像こそこれであり、日本国憲法の論理はこの点において確かめられるべきものとされる。市民社会論について、篠原は、日本においてマルクスの土台・上部構造論が経

済的市民社会と政治的国家の二元論として不十分に理解され、法と政治をはらんだ総体としての社会分析の方法概念として市民社会論が活かされていないことを指摘する。これに関して篠原は、平田清明の市民社会論（「個体的所有の再建」としての市民社会把握）に着目するが、ここでは、「個体的所有の再建」をめぐる論じられていることが市民像についての「主体性の原理」と「共同存在性」の相互関連の問題と同じことであることが認められ、平田の議論がマルクスを介してヘーゲルに由来するものであるとして、ヘーゲルの市民社会論を中心に論じている。ヘーゲルの意味における市民社会は、篠原によれば、経済的社会とみなされる「欲求の体系」ととどまるものではなく、「主体性の原理」と「共同存在性」の実現するところである。篠原論文は、著者の年来の主張をまとめてあらためて、市民社会論の問題点を示すものである。

高村学人「コモンズ研究のための法概念の再定位－社会諸科学との協働を志向して」は、近年の法学における市民社会論が市民社会の歴史の実証研究の趨勢の変化に関連して、規範論への過度な偏向（法の社会からの自律化）に陥っていることを指摘し、これに対して、現代市民社会のなかにより実証的な視座から法を把握する試みを展開する。とりあげられる問題領域は、コモンズ論である。コモンズとは、高村の定義によれば、「利益享受者の総てがルールを守った節度ある利用をするならば持続的に資源から各人が大きな利益を得ることができるが、少数の利用者が近視眼的な自己利益追求を行うならば容易に破壊される性質を有する財」である。古典的には山野河川の自然的資源の共同利用がその例であるが、それに限られず、近年では都市空間における共用施設などの資源が重要な対象である。高村は、コモンズをたんに社会学的にとらえるのではなく法学的にもとらえるために、法と社会をつなぐ法概念が必要であると、「三層の『法』の概念」を提示している。第1に、「権利義務関係の法」の層である。これは国家制定法によって関係者に与えられる権利義務であり、裁判所によって最終的に確定されるようなものである。第2に、「組織内の法」の層である。これは、コモンズの維持管理のために利用者間で作られるルールである。このルールは、国家制定法のような強制力をもたないが、法哲学者ハートの法の定義（第1次ルールと第2次ルールの複合からなる規範）によれば法と認めうる。第3に、「政策的法」の層である。これは、コモンズの「維持管理者・所有者の利益を超えた広域的な利益を政策的に増進するために行われる資源の再配分に関する方法・手続を定めた法」として定義されている。たとえば、コモンズの維持管理に有利な税制などがその例である。これは、コモンズの存在がコモンズの関係者の私益を超えて、より広く社会の利益（公益）になるという関係のなかで成立しうるものであり、現実の問題としてコモンズの存続に大きな影響をもつ。高村はこのように、三層の法の概念を前提にそれぞれの内容とその相互関連の分析を行いコモンズをめぐる法の社会的動態を把握することを方法的に提示したうえ

特集 市民社会論の法律学的射程

で、具体的に都市の児童公園を対象に調査を行った結果を報告している。高村論文は、現代市民社会における市民の協働にかかわって法をどのように捉えるかについての野心的な試みである。

以上、特集テーマについて、中村論文および篠原論文は基礎理論を、高村論文は応用理論を展開したといえるであろう。計画した複数の論考が収録できず、特集として十分なものにできなかったことを読者にお詫びするとともに、本誌上で今後さらに議論の発展する機会のあることを希望している。

編集責任者 広 渡 清 吾