

# Roberto Unger の制度構想の法学についての一試論

——わが国の文脈（公私の協働・交錯論）へと接続する試み<sup>(1)</sup>——

吾妻聰

## 目次

### 第一章 構成的解釈と制度構想の法学

#### I 構成的解釈としての法的思考とその批判

#### II 制度構想力としての法的思考

### 第二章 制度構想の法学的思考実験

#### I Extended Social Democracy——個人主義の徹底化——

#### II Radical Polyarchy——多元主義の徹底化、もしくは、自由主義的共同体主義——

### 第三章 結社からの自由論と制度的契約論

#### I 結社からの自由論

#### II 制度的契約論

### 結言

## 序 章

本試論は、Roberto Unger がその著作『法学はどのようなものになるべきか』(一九九六)<sup>(2)</sup>で提案する“制度構想”的法学 legal analysis as institutional imagination の含意を、△公△と△私△の協働もしくは交錯をテーマとする近年のわが国における法理論の展開と照らし合わせながら考察しようとするものである。

憲法学者・樋口陽一博士の次の文章は、今日の日本が直面している困難な状況を適切に要約している。

「一方で、『イエ』・『ムラ』からも『カイシャ』からも切断され放り出された人びとの孤独の深刻さがあると同時に、依然として『個』の不在という事実がある。他方で、人びとを保護する役割をかさせていたはずの國家がその領域から撤収する（『官から民へ』の名のものとで進行する、『公』の『私』化）と同時に、『国家』の名のもとに実は特定の民族的表象（日の丸、君が代）が教育の場で強制されている」<sup>(3)</sup>

實際、本小論を準備し始めていた頃、「左派的な」当時の民主党政権が内閣府に設けた行政刷新会議のウェブサイトにも、「ムダを『削る』」「規制を『解く』」「行政を『開く』」「民が『担う』」といった、『官から民へ』の名のもとで進行する、『公』の『私』化」という右の樋口博士のことばを裏打ちするかのようないつも四つのスローガンが並んでいた。新自由主義（市場原理主義）的施策に傾斜していた（と多くの人びとが見た）自公連立政権への国民的不満によって実現した歴史的な政権交代ではあったが、日本再建のために選択されるべきは、いわゆる「大きな政府」

への回帰ではもはやあり得ない。スローガンは、当時の民主党政権のそうした基本姿勢の表れであった。それゆえ、「民営化 privatization」「規制緩和 deregulation」といった大きな流れは、いま暫くは国家政策の「既定路線」であり続けるだらうと思われたのだった——もちろん、既定路線なるものは、甘受すべき必然の方途ではなく、生産的批判の出発点として捉えられるべきものである」と、当然であるけれども——。

本稿が素描したいのは、こうした privatization とこう流れが、法学・法的思惟に対してどのように作用するか、逆に言えば、法学・法的思惟はこうした政策の変化・社会の変化に対してどのように反応するか・反応してきたかである。ただし、次のような、新自由主義の時代以来隨所で表明されてきた、直感的な危惧に基づく——重要なが正当だが、やや単純すぎる——ストーリーを描写するものではない。すなわち、「privatization は、△私△の領域（△市場・競争の領域）の肥大化を生み、強い自律的・自立的個人が『不在』である日本においては、結局のところ、弱肉強食の『自然状態』、もしくは、中世さながらの階層・階級社会を生む他はない」というストーリーである。このストーリーが確かに正当であるのは、わが国に限らず、△格差△が「先進国」であるとの本質規定であるかのような状況が——つまり、「経済的発展には必然的に格差が伴う」といった言明、あるいは、「経済的発展のためには格差を受けなければならない。ゆえに、理論の重要な任務は、適正な格差を見極めること、および、その正当化にある」といった言明が真理であるかのような状況が——今や創出されてしまっているからである。いかに、「進歩主義的な」政権が、「私たちの『官から民へ』」といふ基本理念は、（官僚主導の福祉国家体制からはもちろんのこと）市場万能主義からも袂を分かつものであります」と喧伝しようとも、△公△の縮減と△私△の肥大化は、自立・自己責任という理念 ideal (= „弱者切り捨て“ のイデオロギー ideology) によつて、格差を正当化し助長する法政策・法制度を産み出し続けているという現状認識には、なお強い説得力があるのである。このストーリーは、こうして、昨今の日本の構造改革なるものはかつての（悪しき）レッセ・フェール的公私二分論に基づいた社会体

制への回帰であるという理解にもとづいて、体制批判をますます強めてゆく。

このような認識を正当に受けとめつゝも、本試論は、目下進行中の事態が次のようないま少しの複雑さを持つていることに目を向け、こうした複雑な事態のなかに、より善き社会への展望を見出す努力こそが法的思惟の課題であると主張するものである。すなわち、近年のわが国においては、政治ないしは経済の論理において privatization が進行するその最中に、民法・行政法学者を中心として「公私協働論」が展開されるという大きな流れが存在する。<sup>(6)</sup> 加えて、憲法学者や市民社会論<sup>(7)</sup>に傾倒する社会学者・政治学者は、△公▽と△私▽の△あいだ△に新たに△共▽と△いう領域を設定して、△国家(公)――結社・市民社会(共)――個人・家族(私)△<sup>(8)</sup>という三極構造において全体社会を捉えるという理論的革新を行おうとしている。<sup>(9)</sup>つまり、民営化 privatization やしくは規制緩和 deregulation は、△公(法)と△私(法)の協働・相互流入という、あるいは私的領域の再規制化 re-regulation という、逆説的現象を生んでいるのである。

本稿ではわが国の次の二つの論考を読み解くことを通して、右の△公▽と△私▽の協働という現象が法学にどのような課題を与えていたかを考えてみたい。第一が、本学憲法学者・井上武史准教授の△結社の自由論△<sup>(10)</sup>であり、第二が、民法学者・内田貴教授の△制度的契約論△<sup>(11)</sup>である。内田教授の試みは、民営化の時代にあって重要性を増した契約という法技術の活用が、同教授が制度的契約と呼ぶ、これまで例外的であったゆえに特に名前も与えられて来なかつた或る契約類型を前景に押し出す結果を生んだことを明らかにしようとする。この制度的契約論は、個人の契約自由をむしろ制約する契約類型――すなわち、契約に対する△公(法)的制約△の論理を内包する契約類型――であり、△私▽の論理(△契約)の拡大がむしろ△私法と△公法の交錯△を生むという逆説の格好の例証である。一方、井上准教授の結社の自由論は、市民社会論の隆盛によって注目を集めようになつた中間団体(△結社)がその重要性をますます高めていることを承認すると同時に、その社会権力性に対する憲法論的歯止めが必要であ

るという理解に基づいて、結社の自由論を「結社からの自由論」として再構築しようとする試みである。ここにおいても、市民社会の活性化という公共的な役割を期待されてはいるが飽くまでも私的な団体である結社に対する、公法（憲法）的統制を通した組織活動・組織構造の健全化というへ公法と私法の交錯／を観ることができるだろう（以下、敬称は省略する）。

本試論の基底的主張は、井上・内田らの試みは、法的思惟が優れた制度構想力——社会をより自由で平等にするための制度秩序モデルを大胆に描き出すことのできる構想力——を有しているということを教えている、というものである。つまり Unger 的問題関心から再構築された法学方法論（制度構想の法学）の視角から、内田・井上の試みを読み解くこと、それが本稿のテーマである。（その意味で、内田・井上両論考の「本来の意図」に背馳する虞なしとしないが、いわゆる「合理的再構成」を超えてようとする本試論に）容赦を乞いたい。）そこで以下では、まず、この「制度構想の法学 legal analysis as institutional imagination」という思惟を私たちに与え、Roberto Unger の法学方法論を一瞥することから始めよう。

## 第一章 構成的解釈と制度構想の法学

本章では、Unger の主流派法学批判（構成的解釈批判<sup>12</sup>）と、Unger 自身の法分析手法の提案（制度構想の法学）とを簡潔に要約するが、ここでは、批判の当否と Unger の提案の魅力を検証するというよりも、主流派の法論的態度と Unger 自身の法論的態度とのコントラストを映し出すことに力点をおくことにしたい。

### I 構成的解釈としての法的思考とその批判

今日、以下で要約する「構成的解釈としての法的思考」の影響は、アメリカ法学・日本法学を超えたグローバルな拡がりをみせている。構成的解釈理論は、その意味で、グローバル・スタンダードの地位を誇つていると言つても言い過ぎでない。<sup>14)</sup> 以下は、その代表例としての Dworkin 理論を念頭においてその方法論的構えを——やや乱暴にではあるが——描出したものである。

構成的解釈とは、端的に、既存の法素材——制定法・判例・法実践——を、統合性・一貫性をもつ法原理（権利）の秩序体系として、あるいは、或る（究極の）目的を遂行するプロジェクトとして再構成することが可能であることを示そうとする法意識である。その顕著な特徴は、法原理を法の目的そのものとしてとらえた上で、この原理（＝目的）に整合的でない「例外的」法素材を「誤り」として否定・排除してゆく、いわば法秩序を純化する力である。確かにこの法意識は、原理・目的に進歩主義的な理念——例えば、『平等な尊重と配慮』——が採用される限りにおいて、既存の社会のあり様をこの原理に沿う方向へと変革してゆくことのできる革新理論として自身を提示することができようが（中道左派権利論）、逆に経済的効率性などの価値・原理が目的として同定されてしまえば、社会の階層化を後押しする保守理論として振る舞うこともできる（右派法経済学）、という危うさを持つている。<sup>15)</sup>

つまり、本質的な問題はその議論構造にある。通常の規範理論において重視されるのは、自由 vs. 平等 vs. 効率性 vs. 連帶などといった価値論レベルでの対立であるが、こうした価値論レベルで激しく対立しているように見える理論群も、実は議論構造のレベルにおいては全く同一の構造を有している場合がある。本論考の見地にとつて、より本質的な問題は、この「構造」にこそあるのである。ただ、基本的発想はある意味で次のようにごくシンプルである。すなわち、図式的に言えば、△原理・原則による例外・逸脱の排除▽という構成的解釈の議論構造ないし

は議論態度がここでの問題の焦点に他ならない。（ただし、その哲学的視座は決して単純ではない。本小論の射程外である<sup>(17)</sup>。）とくのも、主流派の議論構造は、確かに既存の制度秩序の精緻化 reasoned elaboration<sup>(18)</sup>を可能とし得るもの、この制度的仕組の基本構造それ自体が問題であつた場合に、既存の法素材・実践それ自体から変革のためのヒントを得ることをおよそ不可能にしてしまうものである。より善き社会秩序への私たちの構想・想像が“正当・正統”かつ“現実的”であるためには、それら構想・想像が経験・実践において既に常に萌芽的なかたちで先取りされていなければならず、そしてそのことによつて、これら萌芽が変革のためのヒントとして私たちの構想力をより一層鼓舞するという、いわば理念と現実の弁証法的な好循環 spiral が存在していなければならない。しかしながら、主流派の法意識にはこうした萌芽を正当に受けとめる「構え」が欠けてしまつており、そのためには新しい制度モデルの萌芽は、常に例外・逸脱として、つまり原理との間に整合性を持たない排除の対象として認識されてしまうのである。<sup>(19)</sup>こうして最終的には、原理から「逸脱」「し」矛盾「する法素材」は、別様の構成のための知的・政治的好機ないしは素材ではなく、むしろ「法の純一性への」脅威<sup>(20)</sup>として觀念されるようになつてしまふだろう。制度秩序の変革に関心のある者は、このゆえに別様の法的思惟を必要とする。その一つの候補が Roberto Unger の制度構想の法学である。

## II 制度構想力としての法的思考

Unger は、以上の主流派の法意識を「客觀主義」<sup>(21)</sup>の弊に陥つたそれであるとして、次のように要約し批判している。

「客觀主義とは、權威あるものとして認められた法素材——憲定法、判例、および支配的な法概念によつて形

成されている体系——が、人間の結びつきに関する何らかの正当な「合理的に擁護することができる」枠組を具現化しこれを維持している、とする信念である。「つまり客観主義は、」そうした法素材が、常に不完全であるにしても、知性的認識が可能な道徳秩序を顕現している「と考える（例：Dworkin ら権利論者）」。あるいは、法素材が、人間の恒常的な欲求と結び合わされることで規範的な力をもつ・社会生活における実際的制約——例えば、経済的効率性といった制約——の帰結を明らかにするものである「と考える場合もある（例・法と経済学派）」。「つまり客観主義によれば」法素材は、正当なる権威といったものをもたない、偶有的な権力闘争や実務上の圧力の結果以上のものなのである」（〔<sup>22</sup>〕は筆者による）。

このパッセージが示唆するように、Unger の法素材に対峙する際の構えは、この客観主義・構成的解釈をまさに裏返したそれである。つまり、彼は、「法素材は、正当なる権威といったものをもたない、偶有的な権力闘争や実務上の圧力の結果」そのものであると捉え、法をそのように脱正統化することによって、法律家を、△原則＝正解／例外＝誤り▽という二項対立から解放しようとする。ただし、法を脱正統化するといつても、Unger の法に対する構えは、階級支配の道具としての法の「リアリティ」を全面に押し出そうとするマルクス主義的法観念よりも、「理念と現実の矛盾」もしくは「意識と経験の矛盾」を梃子とするという点で、より戦略的なものである。<sup>(23)</sup>つまり、法（ことに近代法）は、「現実」においては特定の集団に利益を配分する道具であると——強者からは弱者への再分配の装置として、逆に弱者からは階級支配の道具として——「経験」される一方で、「理念」の平面では、普遍性・中立性というへ社会の全ての人びとに諸権利・諸利益を約束すること▽をその正当性・正統性の根拠とし、社会の人びともまた、そのようなものであるべきだ・あらねばならないと「意識」している。まさに「この正当性の必要こそが、他の階級が体制を体自体に対抗して使用しすること、すなわち、体制を罷に陥れ、それが約束する

ユートピアを履行するよう仕向ける試みを可能にするのである。そうした約束はそれゆえ、運動の組織化のための結集点となり、その結果、国家と法は単に階級支配の道具となるだけではなく、「階級闘争のアリーナ」となるのである。<sup>(24)</sup>こうした、正当な理念と不正溢れる現実の間にある矛盾こそが、批判法学の義憤の所在であり、かつ、戦略の起点である。

こうして、すでに前節の後半部分においても示唆しておいたように、制度構想の法学が注目するのは、原理——目的・理念 (ideal) ——と具体的な法素材——制度的仕組・法実践 (real) ——、しかも例外的な素材との矛盾ないしは批判関係である。より正確には、政治闘争・理論闘争に敗れたゆえに既存の制度布置においては例外的な地位を占めるに過ぎないが、当該法秩序の目的・理念を実現する可能性をもつ——あるいはそのようなものとして再構成することが可能な——別様の制度モデルの萌芽に觀察の目が向けられるのである。繰り返すが、制度構想の法学がこうした例外・萌芽に着目するのは、構成的解釈の信念とは異なって、既存の法制度は原理との間に一貫性・統合性をもつた秩序なるものを形成してはおらず、むしろ、これら既存の制度は、より自由に・より平等に・そしてより連帶の強まつた社会を実現するという市民への約束(法の目的)を裏切つてゐるという信念・現状認識を持っているからに他ならない。

思うに、こうした想定を根源的ななかたちで身につけることは一見するほどには容易ではない。というのも、今日の先進諸国の法制度は、明らかに依然として少なからぬ人びとに對して差別的に振る舞つてゐるのだが、全くの欠陥品と言つてしまふにはあまりにも多くの人びとの生活を実際に善くすることに成功してゐるように見えるからである。ひとは通常、こうした「現実」を前にして、それは当該制度が何らかの理由で不完全であることに起因していると考えるだろう(あるいは、より悲観的なリアリストは、そもそも人間の為すことに完璧はあり得ないという至極自然な理由に起因していると考えるだろう)。その基底に見え隠れするのは、「社会はそれなりに善い状態にあ

るし、善い方向に向かっている」という、素朴な意味での進歩の觀念、あるいは、その理論的表現としての進歩史觀である。そして、このような觀念は、いまだ不完全な制度を完全な形姿へと仕上げていくという情熱と使命を理論家・実務家に与えることによって、社会改革者としてのアイデンティティを当該人物たちに与えるであろう（「中道左派」と呼ばれる法理論家たちの自己理解はそのようなものではあるまいか）。だが、こうした想念は、ほとんど無意識的に、既存の制度がより完璧に近づくかたちで機能すればその目的を達成し得る——すなわち逆に言えば、既存の制度は既にほとんど理想的な姿を与えられている、それゆえ基本的な構造に修正を加える必要はない——、制度秩序の基本構造を神秘化する心性とともに境を接しているということ、このことに内省が加えられねばならないようと思われる。どの価値を優先すべきかという価値論のレベルではなく、それぞれの信奉する価値・理念に基づいて既存の法素材を正当化するという論理構造を持つ構成的解釈が、まさにその論理構造のレベルで根源的に批判されねばならなかつたのは、そのためである。つまり、確認しておきたいことは、「現実は理念に既に近づいている」という想定・信念が、「現実の理念による正当化」という論理構造と相互に共鳴し合えば、例外・逸脱は排除の対象となること必定だということ、これである。

さて、具体的には制度分析・構想はどのようにすすめられるのか。Ungerによれば、制度構想の法学は次の二つの契機を持つ。<sup>(25)</sup> mapping と criticism である。mapping とは、法の理念に關係づけながら、法制度秩序のミクロな構造を丁寧に描写する作業である。この作業を通して、法理論家——次の criticism という視座によって適切に動機付けられている理論家——は、基底的とされる制度構造の周縁に多様な制度変成体（例外・逸脱）が遍在していることを改めて発見するだろう。criticism とは、mappingにおいて明らかにされ・関連づけられた理念と制度の矛盾・弁証法を上手く利用しながら、既存の制度的仕組——例えば意思主義に基づく古典的契約制度——の妥当領域に制約を課しつつ、例外——関係的契約論や、第三章で紹介する制度的契約論——の領域を少しづつ拡大し、

そのことによつて、より多元的な法制度秩序を形成してゆく作業である。

実際にはこうした制度構想の法学について、その「新しさ」を過度に誇張する必要はないと言つべきかも知れない。むしろ、Unger が想定するような仕事を既に遂行している法律家からは、いかにもペダンティックな議論に対していらだちと失望も表明されよう。<sup>(26)</sup> 要するに、多元的な法的布置のリアリティをそのまま記述・描写しようとする法社会学者の仕事（「生ける法」研究）、市民運動・権利運動に注目・コミットしながら新しい権利の創出を目指す法律家の先駆的仕事（例えばわが国では、公害環境訴訟を中心とする「政策形成型」とよばれる現代に特有の訴訟形態に関する研究）、こういった革新的遺産・現在進行中の運動に、「社会体制全体の漸進的改革」という、より明確かつ意識的な使命とこれにふさわしい名称を与えるとするならば、それが「制度構想の法学」だということに過ぎないと言うべきかも知れない。だが、「政策」形成というよりも、社会の基本構造（＝「制度」）の形成という趣旨を全面に押し出す「制度構想」の語は、法学という、先例を重視する傾向の強い、ともすれば「後ろ向き」になりがちな学問に、体制変革という任務を与えることを含意するという点において少なからぬ大胆さがあるようと思われる。「法的思考本来の強みは、体制変革を導き得る知見を常に胎動させていることにある」という明確なメッセージを発することは、創造的な仕事を欲する法学徒たちに、法を学びこれを生業にすることの意義を再度認識させることだろう。いずれにしても、多くの法律家がこれまで意識するとしないとに関わらず行つて来た試行錯誤の労作に、制度構想の法学は多くの模範を見出すことができるはずである。

## 第一章 制度構想の法学的思考実験

えい、Unger は、『法学はどうのようなものになるべきか』において、社会民主主義体制 Social Democracy を出發

点として、制度構想の法学分析を遂行して描き出した三つの社会体制の構想を——「」く抽象的な形姿に留まるものであるが——提案している。<sup>(27)</sup>その方途は実のところ、抽象論レベルにおいては極めて単純であり、冒頭で紹介した樋口陽一の文章のなかに目を向けるべき素材は既に出揃っているといつてよい。

すなわち、第一の方途は、——わが国ではいまだ不在であるとされる——個の確立・個人主義の徹底化を目指すExtended Social Democracy（社会民主主義の拡張）である。<sup>(28)</sup>第二は、——イエ・ムラ・カイシヤという運命共同体に代わる「選択的共同体」<sup>(29)</sup>としての——結社・組織の活性化を目指す Radical Polyarchy（多元主義の徹底化）である。<sup>(30)</sup>そして第三は、この双方を同時に達成しようとする Mobilizational Democracy（社会全体の民主主義の徹底化）<sup>(31)</sup>である。第三こそが、Unger が『批判法学運動』（一九八三）以来主張してきた、来るべき民主社会の新しい形姿であるが、上の三つの構想のなかでは既存の社会民主主義体制から最も「遠い」地点に位置しており——その意味で、Unger の思考実験においては、第一と第二は、第三への「移行期」に「出現」し得る社会形態であると考えられているようである——、筆者にはこれを吟味するための適切な準備が整いきっていない。そこで以下では、第一・第二の構想をパラフレーズするに留めたい。（また、課題は、この抽象的な構想に対しても具体的な形姿を纏わせることができるか、にある。この具体化の模範的作業こそが、第三章で検討する各論者の試みであると本稿は考えるのである。ただ、右にも述べたよう、こうした模範的な労作はわが国でも他に多数存在しているはずであるが、本小論では二つの論考を試みに挙げるに留まっている。）

なお、こうした思考実験は、決して青写真の提示ではなく、また、辛抱強く展開されるべき実際の社会実験・社会改革に取つて代わり得るものでもないこと当然である。<sup>(32)</sup>しかしながら、このような思考実験が私たちに与えるvision は、既に展開されている論考——制度的契約論・結社からの自由論——を、新しい制度秩序を構想するための萌芽的な試みとして位置付けることを可能とし、またそのことを通して、社会が向かうべき方向をより闡明に

知ることを可能とするように思われる。

ところで、先にも書いたように、Unger<sup>(33)</sup>は初期の頃から一貫して、それぞれの社会生活の諸形式 forms of social life を、〈精神 spirit ないしは理念 ideal〉と〈制度秩序 existing institutional order ないしは制度的仕組 institutional arrangements〉との（弁証法的）関係を鍵としながら描出している。以下でも、この〈精神—制度〉／（〈意識—経験〉、〈理念—現実〉）という図式に基づきながらそれぞれの社会の特徴を抽出していく。

## I Extended Social Democracy [ESD] —個人主義の徹底化—

### A 精神・理念——個人主義の徹底化・私生活中心主義——

ESDは、Unger<sup>(34)</sup>が構想する三つの体制のうちで、既存の社会民主主義体制に最も近接した体制である。すなわち、既に先進諸国において支配的な理念・道徳的感性を有する意味で、『延長 extend』したに過ぎないものであるために、この名——Extended Social Democracy——で呼ばれる。

ESDに活力を与える中心観念は、特権的地位を与えられるべき最も重要な領域は人間の個としての経験領域であるという信念である。すなわち、自身の生活のあり方をみずから定義・遂行する個人の能力こそが最も重視されねばならないという信念である。そして、ESDにおいては、公的領域における言説（政治）が何らかの善き社会のあり方を提示・嚮導するという考え方には斥けられ、政治の任務はもっぱら、個人がそれぞれの善の構想を遂行する条件——効率よく、公正に、そして適度の品位をもつて遂行する——との条件——を整えることに向けられることとなる。

## B 法制度的仕組——階層構造の一掃、小規模經營者の保護、再教育政策——

「うした理念・精神は、ふへおどめなく Social Democracy の擁護論の一つである Political Liberalism の要約である。しかしながら、「うした個人のエンパワーメントを実現する法制度秩序はどのようなものであろうか」と發問しながら思考実験を遂行する」とによつて、個人主義の確立という理念は次のような制度的仕組を必要とする」と、そして、それらは既存の社会民主主義体制を超えるものであることが判明する。

### 1 世襲的な不平等、競争によつて生じた不平等を無効化するための諸制度<sup>(35)</sup>

個人の生活基盤を確固たるものとする」とを目的とする以上、ESDにおいては、階級・階層構造、差別による社会分裂状況を回避するための諸制度が必要となる。そのため、——私有財産制度に基づく市場競争と税制による格差の是正といふ Social Democracy の基本的な制度が個人の生活基盤の確立に成功してこなかつたという反省の上に立つて——世襲的な相続に対して強い制限が課せられるとともに、各個人には社会相続・社会的基金 social endowment などのかたちで、一定の権利と財が、生まれたときに、家族からではなく国家社会から与えられるという仕組が整えられる必要がある。但し、こうした社会的基金のうちの一定額にベイシック・インカムの基本権的保障という性格を与えるとしても、社会的基金の総額がどれほどのものになるかは、結局のところ、ときの経済状況に照らした政策上の制約を受ける他はない。<sup>(36)</sup>それゆえ、社会的基金は、公共政策上の制約を受ける私法的・行政給付的な財産的利益とこうした制約から相対的に自由な憲法的権利とを混ぜ合わせた性質を有することになろう。また財源は、個人の生活の質の平準化をめざすESDにおいては、主に消費税——より贅沢な消費活動からより多くの税金収入を得ることができる税の類型——に基づき、合わせて「富」への直接的課税である富裕税、そしてこのれを補完するための付加価値税に基づくことなるう、といふ。

## 2 個人の自己実現を支援する諸制度<sup>(37)</sup>

個人の自己実現は、経済活動・市民社会活動に参加する機会が平等に保障されていることを必要条件とするだろう。(a) 経済的機会の平等に関しては、大企業ではなく、中規模・小規模の企業・ベンチャー企業の活動をサポートする諸制度の構築が求められる。例えば、政府と民間が共同出資して設立する金融機関〔例えば日本における、商工組合中央金庫〕や技術支援サービスの充実などである。そのモットーは、中小企業間の「協調的競争 cooperative competition」の環境を整えることによって、経済的権力の集中を制限しつつ、かつ、「規模の経済」と同様の効果を得ることにある。また、経済活動に限らず、持続的な社会参画を可能とするためには、(b)基礎教育・生涯教育の諸制度が充実しなければならない(学費は、先の社会的基金から一部まかなわることになろう)。こうした教育への強い関心は民主主義の深化・発展をめざすあらゆる社会体制に共通の課題である。

ここまでの一連のポイントを次の三つに要約しよう。まず第一に、制度的仕組のあり方が示すように、個人主義の徹底化という理念を真剣に実現しようとする社会体制では、むしろ国家による政策的介入の重要性が高まるだろうこと、そして第二に、UngerによるESDの構想の思考実験は、一九世紀的自由主義の教説に従いながらこれを乗り越えようとしている点に、制度論上の基本的特色があること、である。すなわち、古典的自由主義の日論見は元来、「経済的な発展」と「個人の解放」という共に第一級の重要性を有する善ないしは正義を二つながら実現することができる制度秩序——いわば「二つの善の地平が重なり合うところに現れる制度」——を「発見」することにあり、その一九世紀時点での答えが「自由市場」と「小さな政府」——「所有および契約の権利の体系と、そうした私的秩序を保障する公法上の「連の仕組と権限の体系」——であったわけである。ESDの制度構想は、こうした個の解放と経済発展の二つながらの実現を可能にする制度秩序の発見という古典的自由主義のプロジェクトを推し進めた上

で、当該自由主義体制をむしろ乗り越える制度秩序を提案するのである。<sup>(39)</sup> そして第三に、制度的仕組の特徴についていえば、1の社会的基金は、いわば私法と公法とを媒介する権利 (hybrid entitlements) とこの性格を有し、また、2における協調的競争の観念が示唆するのは、ESDにおいては、契約 contract と企業 corporationとのいわば「あいだ」にある連合・連携 associations を重視する法制度、あるいは、政府と民間の協力関係を促進・規律する法制度が設定されるだろうとこういふのである。<sup>(40)</sup> 本稿の問題関心にひきつけて言えば、この第三の論点、それが、制度構想を試みる者に「公私協働（論）」に着目すべしことを教えているのである。

### C ESDの理念の支持者は誰か<sup>(41)</sup>

私的領域における自己実現——。このESDの理念を信奉し支持するのは、いうまでもなくほとんどの先進諸国の政権与党およびこれを支持する国民である。国民は、市民・公民あるいは労働者としてよりも、まずもって消費者や父母として自己を同定し、余暇や家族生活の充実に、そうした生活のなかでの生き甲斐の充実・自己実現に、時間と費用を傾ける。“生活の質の向上。”こそが、政権与党の基本理念であり、これに惹かれる国民の願いである。公的活動は可能な限り少なく、私生活により多くの時間と費用をかけることができる社会。社会民主主義体制が実現しようとしてきたのはこうした社会である。

しかしながら、Ungerの思考実験に従えば、こうした個人の自己実現を真に可能とする社会 (ESD)においては、むしろ国レベル・地方レベル双方での政治が活発化しなければならない。個人を貧困や差別状況へと追い込む社会階層化はいつ何時にも新しかたちで発生するかもしれないから、政治的介入の方法と仕組が不斷に革新される必要があるだろうし、こうした政治の活発化は、市民社会のあらゆる領域・レベルでの association の創出を必要とするだろうからである。経済活動上の結びつきのみではなく、地域共同体レベルでの結びつきや、市民活動・

市民運動の母体としての association の形成が、政治を下支えするのである。こうして、個人を強化するために、公的領域をできるだけ後景に退かせ、そのことで私的領域を社会生活の前景に押し出そうとする ESD の「理念」(S D から継承された理念)は、これを実現するために構想される「制度」(階層構造消のための仕組・市民活動促進のための仕組)の視座から顧みてなされる批判に晒され、そして再構成を被らざるを得ない。Unger のシナリオに従えば、こうした批判 criticism —— 制度構想の法学の第二の契機 —— は、ESD の精神を、個人の余暇・家族生活における自己実現という理念から、association ないしは共同体・組織生活における自己実現（いわば市民としての自己実現）という理想へと変化させるだらう。社会生活の中心場面を組織・共同生活へ（自助から共助へ）とシフトさせる、といった社会体制が、次の Radical Polyarchy である。

## II Radical Polyarchy [RP] —— 多元主義の徹底化、もしくは、自由主義的共同体主義 ——

### A 精神・理念

RP の基本理念は、社会を共同体の連合体へと変革する、ことにある。ただし、いいでいう共同体とは、生まれながらの属性に基づく運命共同体ではなく、個人の意思・決定に基づく選択的共同体であり、それゆえに、ある個人の生活すべての領域を覆い尽くすところのない共同体でなければならない。個人は複数の共同体・組織に同時に属し、これらの共同体は原則としてすべての人々に開かれたものでなければならない。<sup>(43)</sup> また、RP の共同体は、共有された価値や経験 shared values and experiences という紛争 conflicts の対立概念として観念されているものでもない。RP の共同体は、相互依存性が高まる、ことによってかえって相互に傷つけ合う可能性が高まつた heightened mutual vulnerability、つまり紛争・衝突 conflicts をむしろ日常的なものみる、共同体である。<sup>(44)</sup>

RP の理念は、自由主義的共同体主義 liberal communitarianism [LC] とも書くべきものである。

すなわち、(a)人間の生の多様性は他者との共同生活のなかでこそ涵養されるという信念（共同体主義的契機）、しかしながら、(b) そうした共同生活・共同体は、個々人の意識的な選択と形成の努力によるものではなければならないという信念（自由主義的契機）が、RP の基本精神を形づくっている。だがそれゆえにこそ、RP の問題には、この liberalism ↔ communitarianism の緊張関係が常に横たわっている。<sup>(45)</sup>

### B 法制度的仕組——市民社会の組織化、共同体・地方自治体への権限移譲——

人間生活の共同的側面を重要視する RPにおいては、共同体・association の活性化のために、共同体・association への権限移譲と市民社会の組織化とが同時に達成され得る制度的仕組が用意されねばならない。具体的な権限移譲のあり方としては、(a) 市場においては、中小企業連合体の支援、労働者所有企業の再構築、(b) 政治過程においては、地方分権の推進、(c) 市民社会においては、association ——たとえば、学校を中心とする教員・親・地方自治体との教育分野における連携、病院を中心とする医者・患者・自治体との福利厚生分野における連携——などに対する権限移譲、などが考えるだろう、という。但し、RP (LC) が、非自由主義的共同体主義 illiberal or corporatist communitarianism や古典的自由主義的共同体主義 libertarian liberalism から袂を分かつのは、市民社会の再組織化が権限移譲と同時になされなければ、単に既存の組織・特権階層の権力をますます強めるだけに終わり、多元主義の徹底化は結局は失敗するだらう、という適切な展望を持つてゐることにある。といふのも、illiberal communitarianism や libertarian liberalism は、ナイーブな公私二分論、すなわち、 $\wedge$ 公的領域=政治の領域 $\vee$ vs.  $\wedge$ 私的領域=政治が撤退する $\wedge$ ことによつて自然に開かれる前政治的な自由の領域 $\vee$ という（先の ESD も示していた）二分法に基づいてゐるために、これらの思想においては、 $\wedge$ 公 $\vee$ の撤退にのみ主眼がおかれ、その結果、権限移譲先（私的領域=市場・市民社会）の再組織化という課題は軽視されてしまふ傾向にあるのである。<sup>(47)</sup>

この市民社会・市場の再組織化は、次の二つの原則を実現する仕組が考案されることによつて可能となる。(a) いかななる集団・組織も持続的かつ重大な従属的地位におかれることがないこと、(b) 集団によって構成される秩序が多元性を保ち、再集権化されることがないこと、である。こうした原則に即した法制度は、私的所有制度の再構築を要求するであろう。<sup>(48)</sup> すなわち(i) 私的所有権が持つ包括的な権能——所有・使用・収益・处分等の権能——を分割した上で、これを複数の主体に付与することによって権力の集中を防ぎ、他方、(ii) 財の処分権限に一定のルールを課すことによつて、貧困層がその日暮らしのために財を安易に譲り渡してしまうことを制限するとともに、(iii) 富の蓄積についても一定のルールを課すことで階層構造の再出現を防ぐ、という法的仕組を真剣に考える必要があるのである。<sup>(49)</sup>

## C 自由主義的共同体主義としてのRPのパラドクス

### 1 心理上のパラドクス

選択的共同体のパラドクスは、その「選択性」、および、生活の一部分を占めるに過ぎないという「部分性」に起因し、それはひとえに、当該共同体が飽くまで「リベラルな」共同体という性質を持つことに拠るものである。すなわち、血縁や宗教的信念による「自然な」結びつきである運命共同体と比べた場合、選択的共同体はその結びつきの保持のために、かえつてより一層のコミットメントを必要とするだろうということである。経済的・政治的な共通利益の名のもとに選択・形成されたに過ぎず、しかも個々の構成員の生活の一部を占めるに過ぎない association が、社会生活上のコミットメントとコネクションの中心領域を担い続けることがいかにして可能であるか。だがこれとはまさに正反対に、社会的紐帯を高めることに成功した共同体・association が、自分たちの共同体の特殊な価値・理念を普遍化したいとする拡大主義的衝動をいかに抑えることが可能だろうか——「結局のところ

る、自己の再生産「自分に似た存在の創出」<sup>(50)</sup>も、……最も根源的で普遍的なイデオロギーなのだから……」――。そして、最終的にイデオロギー闘争に勝利した association 「政党」は、「歴史の終焉」を宣言する」とによつて多元主義というRPの綱領そのものを挫折に追い込む状況を生むかもしれない。こうしたUngerの指摘は、やや過度に思弁的である一方で、ある意味では常識論的なものに過ぎないとも言えるが、今日の自由主義社会におけるassociationの持続的活性化の難しさ、イデオロギーのヘゲモニー闘争、といった私たちの日常的経験を印象的なかたちで約言しており、だからこそ、自由主義的共同体主義的な社会構想を支持する者——実際、今日では、広い意味での自由主義的な共同体主義に与する者の裾野は大変広いと言つてよいと思われる——にあつては、「公共精神・協同意識の涵養」「批判的精神の醸成」などの精神論とともに、共同体の紐帶を形成・保持するための積極的な制度論的提言が要請されることになる、という至極もつともなことを教えているように思われる。<sup>(51)</sup>

## 2 制度上のパラドクス

しかしながら、RPにおいては右で要約したassociationへの権限移譲という制度的工夫もまた、自由主義—共同体主義のパラドクスを抱える。(但し、本稿では民間委託という手法に関連する内田の契約論を通して、むしろパラドクスを取り込むことが新しい契約類型の特徴であることをみるだらう。) associationへの権限移譲が、社会構造の多元化を実現し、かつ、association内部における階層的支配構造の再出現やassociations間の不平等・特定のassociationへの権力集中という事態に帰結しないためには、大きく分けて(a)権限移譲に関わる明確なルールの定立、もしくは、(b)外的機構による不斷の統制という二つの方向性を考える必要がある。

まず、明確なルールの定立がなされねばならない。しかしながら、当然のことであるが、そのようにして定立されたルールの社会への具体的接続は、ルールの解釈・適用という当局——裁判所・行政機関その他のルール解釈・

適用権限を割りふられた機関——の解釈実践を通してなされる。権限移譲の公正性・associationの自立性を確保するためには、端的に言って、明確なルールを形式的に適用するという解釈実践によつては、形式的ルールそれ自体が創出する富・権力の集中に十分に対応ながら、柔軟性を欠いたこうした法実践によつては、形式的ルールそれが創出する富・権力の集中に十分に対応することができず<sup>52)</sup>、結局は、超法規的政治介入（b）や、権限・財が譲渡された後においても移譲された権限・財を安易に再譲渡することを制約するルール・特定の組織に財が過度に再集中化することを制約するルールなど、常に当該 association の行為を管理し拘束するためのルール・規範を設定することが必要となろう。こうした政治介入は、これを可能とする正統性基盤・財源・人員をもつた強力な権力機構を必要とする一方（脱中心化の挫折）、再規制化は association・市民社会の自立性を脅かすことになろう。<sup>53)</sup>

では、柔軟な法の存在形式・解釈実践を採用した場合はどうであろうか。二〇世紀中葉の法理論は、そうした柔軟な法構造（一般条項の頻出）・法思考（目的論的・政策志向的法思考の主流化）の出現によつて特徴付けられていく<sup>54)</sup>。しかしながら、こうした法の柔軟化は、法解釈・適用機関——典型的には裁判所、場合によつては行政機関——のプレゼンスを高めることになるのは見易い展開であるし、そのことによつて、RP体制における表舞台が市民社会から再度、公的領域へと戻つていくだろうこともまた容易に予想がつくことである。

以上、要するに、Unger が主張したいのは、RPを特徴付ける「権限移譲と市民社会の再組織化は同時に進行しなければならない」という洞察は非常に大切なことを私たちに教えてはいるが、結局のところ、この二つのモメント（権限移譲と平等な組織化）のジレンマを解くには至っていないといふことである。市民社会の平等な組織化は、その進行を不斷に管理する外的機構——強力な権力機構——を必要とし、それは結局、市民社会へ権限を移譲して社会を共同体の連合体へと再編成しようとするRPの目的・基本理念と矛盾する制度構造を必要とするだろう。それは換言するに、形式的かつ包括的な権限移譲——伝統的な私的所有権の発想に基づく、所有・使用・譲渡の権

能の「丸」と、の移譲——による市民社会の強化という施策は、必ずや組織内・組織間の不平等・市民社会の再階層化に帰結し、再度、中央集権化ないしは強力な再規制化の機運を生まざるを得ない、ということを意味するのである。

#### D RPの再構築

それゆえ、権限移譲を通した市民社会・全体社会の多元化・平等化という問題への解決の糸口は、やはり、私的所有制度の再構築にある。それは別の角度から言えば、権限移譲のあり方に制度上の工夫を加えるということである。すなわち、所有権を構成する権利・機能のうち、いかなる部分をどの主体に譲渡・留保するかについて再考を加えるのである。そうした工夫のより具体的な例を見ることが次章での課題であるが、ここではごく抽象的な方向性を、Ungerのことばを引用して予兆するに留めておきたい。

「伝統的な所有権をモデルとする固く閉ざされた権利の領域という観念は、多元的・多層的な、緊張関係のもとに共存する権原という観念に取つて代わられねばならない。」<sup>(55)</sup>

以上が Unger が提示する思考実験のパラフレイズであるが、最後に、ESD 構想と RP 構想とを関連づけてまとめておこう。個人の強化を理念とする ESD、共同体の強化を目的とする RPとともに、(国家) 権力の再集中化というジレンマを抱えるが、その解決の方向性は、公権力から個人・市民社会へと付与・移譲される権限・権利の法制度的仕組を再構築することにある。ごく抽象的に特徴付ければ、ESD における social endowment や corporate competition の諸制度は、公法(憲法・行政法)と私法(契約法)とを混ぜ合わせたような性質をもつ。いの公法

+私法という特徴付けは、RPにおける中心主体ないしは舞台である associations が、しばしば、△△と△私△を媒介するいわば△共（市民社会）△と△う領域に位置付けられるのとパラレルである。実際、association への権限移譲は、RPにおいては、公的権力の介入・規律を伴うか、再規制のルールに服るなければ、不平等を再び招来するものであると理解されている。再構築されたRPにおける所有権もまた、伝統的な私的所有権的権利観——他者の利害を考慮することなく意思決定できる権利——と比した場合、一つの物ないしは財に複数の権原 entitlements・複数の権利者が設定されたいわば associational な関係として把握し得るものであり、公的・私的な複数の主体との協働関係を形成し得る制度として構想されていると言つてよいだろう。このように、Unger の思考実験は、今日の公私協働論の活性状況を適切に言い当てるに至っている、と言つてよいようと思われるのである。

そこで次章では、以上の Unger の ESD と RP と△う思考実験（仮説）に対する日本における例証に一瞥を投じたいと思う。Unger の思考実験は、これらの論攷に△の△光を当てるだろうか。Unger の社会体制のモデルからみた場合、それぞれの論考は△の△ものとして再解釈することができる、かつ翻つて、Unger 理論に対しても△の△ような示唆を与えるだろうか。井上武史の結社からの自由の理論・内田貴の制度的契約論は、それぞれ ESD と RP がもつジレンマを例証するとともに、このジレンマを解くための原則・制度的仕組として構想されている。筆者が再構成するに、その要諦は、△個人主義の徹底化・自由主義的共同体主義△という共に今日の多くの論者が賛同するだろう社会変革の更なる進展の方向性は、デモクラシーのより一層の制度的深化の方向にある△といふ△との△ように思われる。このことを以下、少しずつ明らかにして行こう。

### 第三章 結社からの自由論と制度的契約論

#### I 結社からの自由論

##### A 近代個人主義

今日のわが国の法学／政治学において ESD の「精神」を代表する論者の一人は、本稿の冒頭で言及した憲法学者・樋口陽一博士である（以下、敬称略）。樋口は、「個人を社会の起源および目的とする」近代個人主義を重視し、その法的翻訳である「立憲主義」の基本原則——権利保障と権力分立——に、実定憲法秩序を解説・運用する際の超越的な指針の地位を与える。<sup>(57)</sup> わが国に遺る集団主義的風土・個の不在という状況に対して、そして、九〇年代以降勢いを増してきた市場主義・国家の撤退という事態に対して、人権・個、および、個人の自由意思に基づく契約としての国家に敢えて賭けることで抵抗しつづけようとするのが樋口の「戦略的選択」である。

こうした戦略的視角をもつ樋口にとって、これまで言及してきた association は、警戒を怠ってはならない社会的権力に他ならない。<sup>(58)</sup> 「今日の憲法論にとつては、さまざまな形態の社会的権力が、大きな関心の対象として意識されるようになつてきた。かつては同質の諸個人として政治権力＝国家に対峙していた状況だったのに対し、今日では、個人と個人のあいだ、とりわけ集団——巨大企業や巨大労働組合組織を考えよ——との個人のあいだでの権力関係が、意識されるようになつてきたのである。」ことに「民営化」の時代に突入して以後のわが国は、「従来は国家の一部であり、当然に基本権の拘束を受けてきた主体」が、公共的なすなわち実質上国家と同様の機能を担う私的団体として個人に対峙するという状況が創出されつつある。<sup>(59)</sup>

## B 個人の自律・自立の条件としての結社

association（以下、本章では、「結社」で代表する）に関わる法理論を論じる際の出発点の一つは、こうした個人主義徹底化の視座である。しかしながら、それと同時に、ことに「新しい社会運動」論・市民社会論の隆盛以降、今日の多くの国々の法・政治・社会理論が結社の意義をむしろ高く評価するに至っていることも忘れられてはならない。また、言うまでもなく、日本国憲法は、自由な個人が自發的に結社を形成することを憲法的権利として明文で保障しており（第二一条）、当該保障は、一般に自由権的保障として、つまり、個の自律・自立を実現するための有力な手段を保障するものとして理解されている。つまり、今日の理論は以下の二つの洞察によつて、結社の存在をむしろ積極的に認めるに至つていてよい。第一に、個人の自律ないしは自己実現は他者との共同生活においてはじめて可能になる。個人は、他者との実際的・情緒的関係をとり結ぶなかではじめて個としての originality に目覚めることができ、また他者の協力があつてはじめて様々な生活上の目的・欲求を満たすことができる。それゆえ、他者と関係をとり結ぶことは、人間の自己実現の条件である。第二に、 $\wedge$ 公 $\vee$ と $\wedge$ 私 $\vee$ の中間項として $\wedge$ 共 $\vee$ を挿入することは、権力分立（権力の多元化）という近代立憲主義を構成する制度的仕組の一つの延長線上にある。個人は公権力との力の均衡を保つためにこそ、市民社会を組織化し、公的機関内部においてのみではなく、社会全体としての勢力均衡状態を創出しなければならない。こうした洞察が、最終的には、個人主義の徹底化（ESD）を自由主義的共同体主義（RP）へと接続するのである。

しかしながら、やはり、結社は個人主義の徹底化の躓きの石でもあります。個人は結社との関係において、従属的・依存的地位におかれる危険に常に晒されているからである。それゆえ、個の自律性という目的から結社を形成する自由を認めることが重要であるとして、私たちは、ことに当該結社がどのような人間関係・内的構造のもとに構成されているかにつき不斷にチェックすることのできる工夫（法制度的および法理論的工夫）を用意しておかなければなりません。

ければならない。それは言い方をかえれば、結社というへ私的／組織に対するへ公的／規律のあり方を構想しておかなければならぬことを意味している。ここに、公私の協働——より正確には、この場合、公私の交錯——を語ることができるのである。

そうした組織の内部秩序のあり方についてのチェック機構は、組織そのものの内部に構築されることもあるであろうが、外部的チェック機関の存在もまた重要なよう（制度的工夫）。こうした外からのチェックの制度的仕組として今日ますます活用されるようになつてゐるのが、いうまでもなく司法的統制（裁判制度）である。裁判という仕組にチェック機能を託す限りにおいて、結社への司法権介入の合理的基準（理論的工夫）を考案することは、法律家、ことに法解釈学者の重要な任務となる。

### C 結社からの自由論

そこで、司法による結社の統制という問題に優れた見通しを与える、井上武史の結社の／からの自由についての論攷に言及しよう。<sup>(61)</sup> 井上は、本来は近代法体系には場を持たないはずの結社の存在が日本国憲法において明文で認められていることの重要性を改めて指摘し、わが国の憲法秩序觀を、△個人△と△結社△と△国家△とによつて構成される三極構造へと転換しようとする。これまでのわが国の通説的理解は、「日本国憲法第二条が保障する結社の自由の内容には、(i)個人が団体を結成する・しない、団体に加入する・しない、団体にどどまる・どどまらないことについて、公権力の干渉を受けないこと（個人の自由）、および、(ii)団体が団体として意思を形成し、その実現のために活動することについて、公権力の干渉を受けないこと（団体の自由）の二つがある」としてきたが、こうした通説的理解は、△個人△△結社△△国家△の三つの主体を想定していながら、個人（結社の構成員たる個人）と結社が対立関係にある場合についての原理的・制度的考察を行つてこなかつた。それゆえ、往々にして(ii)の

団体の自由・自律性が強調される結果となり、「個人」は自らが憲法上の権利を行使して設立した「結社」に対し、何らの憲法上の権利主張もできない<sup>(63)</sup>ということになつてしまつてである。こうした問題意識に基づいて、井上は、結社の自由をめぐる問題を次の三つに整理し、それぞれの問題に関する憲法的規律がおよぶ可能性を模索しようとする。<sup>(64)</sup>

- ① 個人の対国家的自由としての「結社を設立する自由」
- ② 個人の対結社的自由としての「結社からの自由」
- ③ 結社の対国家的自由としての「結社の自由」

ここでは本小論の関心と最も密接にかかわる②の「個人の・結社からの自由」という論点についてのみ触れてみたい。(③)もまた、結社設立の許認可制度、補助金制度といった、市民社会の組織化・再構築、それによる社会全体の多元化という次のRPの課題に密接にかかわるものであり非常に重要ではあるが、ここではもっぱら個人主義の徹底化に着目することを目的としているゆえ、②のみの言及に留める。)

井上によれば、②の「結社からの自由」とは、団体内部の個人保護の重要性を改めて認識させるものである。具体的な個人保護の方法とは、「1」「結社の自由」という概念に本来的に含まれるはずの「脱退の自由」の法理を確立すること、および「2」団体の構成員の統制処分に憲法的規律を及ぼすことができるための基準を明らかにすること、である。

まず「1」について、井上は、わが国の民法典六七八条の「やむを得ない事由があるときは、脱退することができる」という文言・趣旨のわが国でも学説で一般に認められてきた强行法規性を、同民法一条の「個人の尊厳」――

とくに「個人が全体の犠牲にされてはならない」という意味における「個人の尊厳」——に基盤付けられるものであると解し、そのような理解に基づいてこれを憲法第一三條の「個人の尊重」原理に接続してみせる。つまり、「民法第六七八条は、憲法原理を具体化するものとして位置づけられる」のであり、その意味において、「脱退の自由」は憲法上の保障を受けるものと解されるのである。この「脱退の自由」はわが国最初の一般的な非営利法人法である「一般社団法人及び一般財團法人に関する法律」(二〇〇六)においても明文で確認され、また、裁判所は、例えば、労働組合からの「脱退の自由」が問題となつた事例において、脱退の自由を保障する実定法上の明文の根拠がないにもかかわらず、脱退の自由を制約する特別な合意は公序良俗に反して無効であると判示するなどして、脱退の自由の法理の蓄積に寄与してきている。こうして井上は、「いまや脱退の自由の法理は、法律のみならず判例においても確立している非営利団体法の『公理』としての地位を占めているのではないかと思われる」と主張するのである。<sup>(65)</sup>

つづいて「2」の統制処分の問題についてである。この問題についてはわが国では、いわゆる「部分社会の法理」が語られ、判例も「団体内部の紛争については、それが内部規律の問題にとどまるかぎり司法審査が及ばないという立場をとつてきた。」すなわち、「結社の自由」の概念から、対国家権力的自由としての「団体の自律性」が演繹され（先の③の防御権的側面）、これが司法審査を遮断する機能を果たしてきたのである（司法権の限界論）。しかし、このような問題構制では、団体の処分が個人の自由を制約するという紛争の実態を捉えることはできない。統制処分の問題は、個人に対する団体の内部統制権は無条件ではないという「統制処分の限界」の問題として論じらるべきなのである。では、具体的にはどのような基準に基づけば司法審査は合理的であると言えるだろうか。井上は、労働法領域における学説に眼を向けるべきことを教える。近時の議論によれば、該統制処分は、(i) 適性な手続のテスト——結社の正統な決議機関による決定によるか、統制を受ける構成員に弁明の機会が与えられているか

——、および(ii)処分内容の適切性のテスト——行為と制裁のあいだに均衡性は保たれているか——によって具体的に審査されうるという。そして井上の明らかにするところによれば、裁判所もまた、任意団体の除名処分の効力が争われた諸事例において、適性手続のテスト、および適性処分のテストによつて、踏み込んだ司法審査を行つて来ているのである。そして、除名処分に関する適正な手続および内容の要件は、民法・「一般社団・財團法人法」その他の具体的法制度にも跡づけることができる。こうして、個人の自由を団体の統制権から保護する「統制処分の法理」もまた、わが国の法律や判例において確立した一般法理であるとみると、というのが井上の主張である。<sup>(65)</sup>

このようにして、井上は、個人の脱退の自由や個人に対する統制処分の問題を、個人の「結社からの自由」という憲法的価値の問題として議論する道筋を明らかにするのである。この井上の結社の自由論の再構築の試みは、前章におけるUngerの思考実験と次のように関連づけて評価することができよう。井上の試みは、具体的な立法・制度構想に方向付けを与える、日本国憲法というわが国のかたち(constitution)に明文化された「結社の自由」に、個人主義の徹底化という「精神」——Ungerの構想でいうところのESDの精神——を読み込んだ上で、この精神に沿つた具体的制度構想の方向性を、結社の規律権力への憲法的統制というかたちで明確に表現しているということができる。このように、結社という存在または領域は、私的組織・私的自由の領域——例えば、フランスにおける結社の自由は、結社契約制度に基づいてまさに個人の私的な契約自由として確立した——でありながら、公的機関と同様の適性手続の要請をみたす内部構造を備えることを要請され、また処分内容についても適切性を保障することを要請されており、私的自由に対する公法的価値の流入の一つの中心舞台であるといつてよいだろう。その意味で、結社の自由は、「私法と公法を媒介する権原 hybrid entitlements」として新しい法制度領域——結社法——を形成する可能性を持つてゐるのである。すなわち井上の試みは、古典的自由主義以来の理念である個の確立

という理念を、公私二分論もしくは「国家」—「個人」という二元構造に基づく制度構想を超えて、「公」と「私」を媒介する「共」という領域もしくは「国家」と「個人」のあいだに加えられるべき「結社」という第三項を適切に位置付ける制度構想によつて実現しようとしている。この意味において制度構想の法学の一つの模範的仕事であるといふことができるるのである。

## II 制度的契約論

### A 自由主義的共同体主義の表現としての内田契約理論

公私協働論に関連して続いて考察したいのは、民法学者・内田貴の制度的契約論である。<sup>(68)</sup> なお、先の Unger の思考実験においては、権限移譲の問題が、所有権法の再構築という課題のもと物権的に構成され、そのことを通して公私の協働が展望されていたが——例えば、以下で論及する民間委託という手法に沿つて言えば、Unger 的な構成では、ある公務員の公務（財・サービスの公的提供という職務）は当該公務員のいわば物権的権限であつて、この権限（サービス内容の決定権・サービスを提供する権限など）のうち、いずれの権限を民間に委託・委譲するか、<sup>(69)</sup> という問題として語られることになろう——、内田によれば、民営化の場面においてより積極的に活用されているのは所有権法ではなく、契約法である。内田の理解するところ、二〇世紀末から二一世紀にかけての現代社会は、社会関係を契約を機軸にしてとらえる機運がますます高まつた「契約化の時代」に他ならず、ことに「民営化 privatization」「規制緩和 deregulation」以降の日本における契約の活用は、まさに顕著であるという。所有権法の構成と契約法的構成の相違は、端的に言えば、わが国においては物権法の革新が立法改革を要する（物権法定主義・民法一七五条）——つまり立法過程が主な舞台となる——のに対し、契約類型の新しい創出が原則として市民・経済社会の自由に任せられている（最も広い意味での契約自由）ということにある。実際、例えばわが国の労

労働契約法は、適正な労働契約についての判例法理の制定法化という性質を有しており、その意味で、形成的の主な舞台は経済社会および裁判過程ということができる。それゆえ、公法と私法の交錯・協働を例証し、かつ、Ungerが展望するデモクラシーの深化をも示唆する素材としては、市民・経済社会からのボトム・アップの法創造という法過程により親和的な、契約制度の方がむしろ適切であるといふこともできよう。そこで、以下、こうした内田の契約法再構築論をパラフレイズしていこう。

なお、世界の先進諸国の中自由主義的な傾向が強められて以来、「契約化」が「民営化」および「市場化」と結びつけられて、「小さな政府」実現のためのもつとも有効な施策であると喧伝されてきたことからすれば（契約の市場創設機能）、新自由主義からの離脱を標榜する政権の成立に伴って契約化には今後歯止めがかかつていくとの展望も可能であろう。しかし少なくとも近年の日本に関する限り、国民の官僚不信——というよりもむしろ、どこか非合理な公務員バッシング——、そして、途方もない財政赤字という現状に鑑みて、冒頭で述べたように、国家の「ムダを省く」ための契約化・民営化という流れに大きな変更がなされることは難しいようにも思われる。つまり、これまで国家や地方自治体が提供してきた様々なサービスを、民間に開放・委託する手段としての契約は、今後もますますその重要性を増してゆくだろう。だが、こうした契約化の流れは、libertarian liberalism の単純な回帰を意味するものではない。むしろ Unger が展望したような liberal communitarianism なことは RP の展開を見て取ることができるのではないか。リバーブル社会変化の系図を内田の制度的契約論のなかに視よっとするのが以下の議論の目的である。

### B 民営化の時代における契約

さて、民営化の時代は、契約のどのような特徴を、あるいはどのような契約類型をクローズ・アップさせるにい

たつてゐるのであらうか。内田の議論の出発点の論旨をごく簡単に要約すれば以下のようにならう。一般的に「民営化」は、それまで国や地方公共団体が担つていて一定のサービスが民間によつて担われるという現象を意味して、それまで当該サービスに課されていた公法的な制約が全く排除されてしまうと考えるのは不当である。むしろ、民営化がかえつて規制を生み出す要因となるという現象は、アメリカにおいても「公法的規範拡張論」として報告されている。<sup>(2)</sup> というのも、公的に提供されていたサービス・役務が「公的な」サービス・役務であると考えられてきたのは、当該サービス・役務の提供主体が公的である——国家・地方自治体である——という理由に基づくのではなく、サービスの性質自体が何らかの意味で公的性質（「公共性」）を有していると考えられて来たからである。具体的には、交通・電気・水道・ガス・電話といつたいわゆる「公共財」や、さらには教育・刑務所運営・駐車違反の取締・公的保険料徴収・税徴収といつたものが、民営化の対象となるかどうかについて活発に議論されているサービス・役務の典型である。それゆえ、民営化されるサービスに関しても、特定のものについては、当該サービスの提供に内在する——つまり当該契約の「公共性」という性質に内在する——公法的な制約が課されると理解される必要がある。言い方をかえれば、ある種の契約はそもそもその「本来的」性質からして、「純粹の私法」というより、私法公法の厳格な三元論に收まりきらない性質を持つていて<sup>(3)</sup>のである。

そして、ここで言われる公共性とは、より正確には、当該サービスがもつ、他者の利害を考慮することなく意思決定できないという性質——内田のことばでは「外部性」——を意味する。（「他者の利害を考慮することなく意思決定できる」という性質こそ、包括的な私的所有権をモデルに構成された権利觀であることを想起されたい。）つまり、特定の個人・集団にのみ水や電気が供給されること（優遇措置・差別的措置）や、あるいはそうした差別的供給がやむを得ないにしても、排除された人々に対しても丁寧な説明が果たされない・何らの配慮もなされないこと（説

明責任・配慮義務の放棄)、等々によつて惹起される不公正感・不正義感が、公共性という概念の基底に存在しているのである。それゆえ、公共性という性質をもつ財・サービスの提供主体は、国家・民間を問わず、「住民全体との関係で配慮と説明の責任を負う」と考えるべきである。<sup>(72)</sup>こうした責任・制約を課された契約を適切に把握するためには、当事者の意思(表示)の合致によつて成立するとされてきた古典的契約とは異なる新たな新たな契約理論を構成する必要がある。それが制度的契約理論 the institutional contract に他ならないのである。

### C 制度的契約とは何か

内田が提案する制度的契約という新しい契約類型を理解するためには、具体例から入るのがよいだろう。例えば、介護契約や保育契約である。介護サービスは、二〇〇〇年の介護保険制度の導入によつて、これまでの公的機関による「措置 administrative measure」という方式が、民間も含むサービス提供者とサービス受給者との間の契約という方式へと転換された(但し、財源は保険料と公費によつてまかなわれている)。保育契約もまた、もともとは「措置」形式であったものが、選択利用方式に転換された(一九九七年児童福祉法)。ただしその方式はやや複雑である。契約は保護者と保育園との間に直接結ばれるわけではなく、保護者と市町村(自治体)との間で結ばれる。保護者は、選択した保育園に子どもを預けたい旨を、自分たちの仕事スケジュールの状況等が記載された用紙とともに市町村に「申し込み」する。これに対して、市町村が要件の充足を審査した上で、「保育の実施」を決定(給付決定という行政行為)することにより、「承諾」がなされ、ここに保育契約が成立することとなる。<sup>(73)</sup>

これら福祉契約と呼ばることもある契約の特徴は、第一に、給付の決定が行政行為としてなされるということである。福祉契約は、その意味で、公(法)私(法)協働現象の格好の素材であることができる。但し、本質的であるのは行政による給付という契機そのものではなく、給付決定が利用者(要介護者・保護者)のサービス

の「必要性」に対する専門的見地に基づいてなされるという点である——その意味で、現行制度は「専門的判断」をさしあたり行政の任務としているに過ぎないとも言えるわけである——。必要性・ニーズに応じたサービス給付という論理は、支払能力に応じたサービスの提供という市場の論理にまさに正面から対立する概念である。こうして、福祉契約の特徴第二は、市場原理の導入は正義に反するという社会意識の存在である。つまり、限られた資源をできるだけ公正・公平に——契約当事者以外の他の利用者の利害にも配慮しながら——、しかも一定の品質(適切な介護・保育)を保ちつつ、分配しなければならないという制約がこうしたサービスには常に内在しているのである。これが内田のいう外部性・公共性という指標に他ならない。

その意味で第三に、介護・保育サービスの抽象的理念と具体的契約内容は、当事者個人の意思によつては自由に変更できないものとして、社会意識・社会通念という「客観的価値」や行政法上・専門的見地に基づく客観的基準に基づいて決定される。<sup>(74)</sup>これを裏側から言えば、契約のあり方に変更を加えるためには「あるいは、既存の契約を正統なものとするためには」、この客観的基準を変える必要があり「客観的基準に対する承認を調達する必要があり」、それを可能とする利害関係者全体（あるいは代表者）の参与を許すような変更・承認の手続的仕組（民主的手続）が用意されていなければならぬ、ということになろう。市場メカニズムに任せることが適切ではないことを前提としてデザインされる、こうしたサービスの適切性・合理性を担保するためには、市場メカニズムに代わる重層的なチェック装置——専門家・行政庁による監督、利害関係者の参与手続——が用意される必要があるからである。

このように、内田が挙げるこれらの契約は——その他、学校教育契約・企業年金契約・協同組合などの団体への加入契約などが挙げられている——、「個別当事者による交渉と契約内容の形成」「個人の自由意思による契約締結」

という、従来の取引契約のパラダイムが妥当しない契約<sup>(75)</sup>である。そして内田の理解するところ、そうした「個人の意思の外部に確立された財・サービスの配分のための行動様式（仕組み）」は、『制度』と呼ばれるべきものであるために、内田はこれらの契約を制度的契約と呼ぶのである。この制度的契約は、古典的契約理論や関係的契約理論といった従来のいかなる契約理論においても適切に説明することができない「新しい」契約類型である。より正確に言えば、先にも述べたよう、もともと一定の公共性を持つサービスの契約に関しては、個々の当事者の自由意思によつて契約内容を決定することがかえつて他の住民・利害関係者との関係において正義に反する・配慮を欠いているという観念を創出すると考えられてきたのであるが、昨今の民営化・契約化が、こうした「個人の意思の外にある『制度』」という性質をもつ例外的な契約類型を法実践・法理論の前景に押し出したのである。

以上を内田の議論に沿つてまとめれば、制度的契約は次のような共通の特質を持つている。<sup>(76)</sup>

- ① 個別交渉排除原則・個別に合意することは正義公平に反する
- ② 締約強制、平等原則、差別禁止原則・財・サービスは平等に差別なく提供されねばならない
- ③ 参加原則・契約の拘束力の正当性は、受給者が契約内容・運営の仕方の決定に参加できる仕組みが確保されていることに基づく
- ④ 透明性原則・給付内容と手続の透明性が確保されるべきである

民営化・契約化という一見して私的領域を拡大することに寄与するかに思われる政治・経済政策の流れが、もともと契約法が内在させていた△(公)△の論理を押し出す契約理論再構築の試み——制度的契約論——に例証を

与える契約実践を様々な場面——介護・保育・教育・年金・組合加入——で産出しているというパラドクスは、非常に興味深い。というのも、先の Unger の議論を思い出せば、こうした動きは、現代（契約）法理論・法実践の精神が、単純な libertarian liberalism でも、ESD でもない」とを物語っているからである。libertarian liberalism や ESD の信ずるところによれば、公（政治）の撤退が、私的領域——個人の自由・自己実現の領域——の自然な拡大を帰結するのであった。しかしながら、民営化の後にプレゼンスを高めている制度的契約は、当該サービスの公共性の論理を、しかも、「どの範囲の人びとに對する・どのようなサービスが公共的なものなのか」というすぐれて共同体論的な問いを提起している。つまり、制度的契約論は、liberal communitarianism の精神に基づきながら、経済社会・市民社会に制度変革の道筋を与えていたといふことができるようと思われる所以である。

実際、民営化後の制度的契約は、介護・保育契約を典型として民間委託契約のかたちをとるが、これは明らかに、「丸」と「の権限移譲ではなく、「サービスの決定権限は行政に／サービス提供の権限は介護施設・保育所に／サービス内容の決定権限は究極的には地域社会に」という独特の工夫を凝らした権限移譲（委譲）のあり方である。公的機関と民間の協働事業という正確をもち、客観的な基準と原則——公正・透明性・平等性といった公法原則——に基づき、かつ、最終的な正統性基盤を確保する仕組——受給者の参与手続——を用意することが要請されているのである。制度的契約は、少なくとも、古典的な契約觀といふ、個人の自由意思による結びつきという vision によって社会関係を把握する認識枠組とははつきりと異なったそれを提供している。すなわち、制度的契約という契約概念によって、私たちは、これまでつきりとは視ることができなかつた、公私のパートナーシップ、利害関係者・代表者の参加システム、ニーズに基づく結びつきといった様々な社会関係をより闡明に発見・構成する」とができるような vision を得るのである。つまり、これまで例外とされてきた様々な人間関係・結びつき・実践に、

より一般化可能な新しい光を与えることができるようになるのである。

## 結 言

これまでの議論の流れを簡単にふりかえることでまじめに代えよう。本試論は、第一章で Roberto Unger の制度構想の法学の要点を瞥見した後に、第二章でこの方法を用いた Unger の思考実験をパラフレイズすることを試みた。この作業のポイントは、今日の法学・法的思惟に課された大切な任務は制度秩序の構想にあるという法学方法論の一つの指向性を示すこと、かつ、そうした制度秩序がごく抽象的なレベルにおいてはどのようなものとして構想され得るかを明らかにすることにあつた (Unger の制度構想論は、政治哲学主流派の原理論レベルの議論と比べた場合には、Unger も主張するようにそれ相応の具体性を有しているとはいえようが、やはりその説得的な具体化は、Unger に共鳴する論者に託された課題である)。そして、第三章で検討した井上・内田の議論は、制度秩序構想の具体例を提供すると共に、その方法そのものが制度構想の法学の具体例でもある。これが本小論が特に示唆したかったことである。すなわち、社会変革の萌芽は今まさにさまざまなかたちで提示されているが、その一つは、私法と公法の交錯・協働、しかもひとことで約言するに、私的領域（経済社会秩序・市民社会秩序）における民主主義的価値（適性手続の要請・参加原則・説明責任原則）の深化という方向で進んでいるのである。それは、法律的作業としては、△公△と△私△の間にさまざまなヴァリエーションを持つた△共△という法領域——結社法・制度的契約法——を切り開くという法制度の諸提言として進行している。思うに、Roberto Unger のようなマクロな社会体制構想と内田・井上のような法学内在的なよりミクロな制度構想が協働することによって、社会改革の方針性はより明確さを増していくのではなかろうか。つまり、こうした、巨視的な社会構想 visionary thought と微視

的な制度論 internal argument への批判的対話・接続<sup>(78)</sup>を意識的に行おうとする学知である programmatic thought を発展させようが、11世紀の法学の重要な任務に他ならないと思われるのである。<sup>(79)</sup>

\* 本研究は平成二十三～二十四年度文部科学省科学研究費補助金若手研究(B)(一三七三〇〇〇八〇三)による研究成果の一部である。

- (1) 本稿は、岡山大学法学部と北京大學法学院との学術交流セミナー（一〇一二年、於北京大學法学院）での報告原稿「制度構想論と『公私協働論』」に若干の加筆と修正を行つたものである。本交流の企画・運営に携わつて下さった先生方・皆さま方に心よりの御礼を申し上げます。

(2) ROBERTO MANGABEIRA UNGER, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME? (1996) [WSLAB]

(3) 棚口陽一『憲法』こう作為——「人」へ「市民」の連関と緊張』(岩波書店) 一〇〇九七頁。

(4) <http://www.cao.go.jp/gyouseisasshin/> (Last visited Jan. 30, 2013)

(5) もうあたり、木村琢磨『ガバナンスの法理論——行政・財政をめぐる古典と現代の接合——』(勁草書房、一〇〇七)、ことに第二章「行政における民間委託の可能性——オーリウにおける『公』と『私』」、吉田克己編著『競争秩序と公私協働』(北海道大学出版会、一〇一〇)、同『環境秩序と公私協働』(北海道出版会、一〇一〇)など。また、法社会学会が主催した「公（法）・私（法）協働論」のシンポジウム『現代における私法・公法の協働』(『法社会学』第六六号、有斐閣、一〇〇七)も参照。

(6) 以下で紹介する、井上、後掲論文「結社からの自由」。

(7) 例えば、山口 定『市民社会論——歴史的遺産と新展開——』(有斐閣、一〇〇四)は、市民社会論に関する必読文献が網羅されており、問題構制の明確化に大変有用である。

(8) ただし、この第三項(共)をどのようなものとして特徴付けるかに関しては、大雑把に言って、共同体論的な(あるいは社会学的な発想をより闡明に打ち出す)論者と自由主義的な論者との間には小さくない隔たりがある。例えば、法社会学者・棚孝雄教授の権利をめぐるディスクoursesに関する次のことは、Unger の社会理論——人工物としての社会 society as artifact——への共鳴ゆえに(超)自由主義への傾斜が色濃く表れている本論考のよくな行き方が、常に銘記しておかねばならない、「社会的なもの」の存在特性に関する重要な視点を提供する。(Unger の社会理論については、ROBERTO MANGABEIRA UNGER, SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND ITS TASK (1987) at 1-17)

「……」の社会の中で、他者と関係づけを持ち、その生の構想を実現するためには、国家と個人との二項でしか構想されない、近代的な思考枠組みを超えていかなければならない。それは、具体的に、国家と個人との間に「社会」の第三項を挿入して考えることを意味するが、その社会も自発的な結社のように、自由な主体の意思的な創設として見るのである。社会の本質的な部分は捉えられない。社会は、自由な主体に先行して、その意識、価値、そして他者との関わりを決定するのであり、こうした『位置づけられた自我』、社会によって構築された主体という、すぐれて社会学的な視点から権利の問題も考えていかなければならないのである。」棚瀬孝雄『権利の言説——共同体に生きる自由の法——』(勁草書房、110〇1) 四七頁。

- (9) “私法の（再）規制、ところ問題構制については、イギリスの民法・労働法・基礎法学者 Hugh Collins の REGULATING CONTRACTS (1999)、110〇1 at 31-55 を参照。
- (10) 井上、後掲論文。
- (11) 内田、後掲書。
- (12) ROBERTO MANGABERNA UNGER, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT (1986) [CLSM], UNGER, WSLAB.
- (13) Unger の主流派批判の詳細は、吾妻聰『制度構想の法学序説』(岡山大学創立六〇周年記念論文集)『法学と政治学の新たな展開』(有斐閣、110〇1〇) を参照。
- (14) Duncan Kennedy, *Three Globalization of Law and Legal Thought : 1850-2000 in The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal* (David M. Trubek & Alvaro Santos ed., 2006). たゞ一、Kennedy が、最も近年の論文において、自身が主張し洗練してきた、比較衡量 balancing としての法的思维、もまた、いとくに私法領域においてグローバル・スタンダードの地位を次第に獲得し、EU の学識者が110〇八年に公表した共通参考枠草案 Interim Draft Common Frame of Reference (DCFR) が法的な解答の導出について原理や価値の対立を比較衡量 balancing やくわいじゆを明記した。いにゆふべりのいとがまやに明らかになつたと述べてゐる。Duncan Kennedy, *Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law, in The Foundation of European Private Law* (Roger Brownsword, Hans-W Micklitz Leone Niglia and Stephen Wenatherill ed., 2011). Duncan Kennedy の批判法学的研究については、わが国で初めての体系的研究書が近年出版された。船越資晶『批判法学の構図——タハカン・ケネディのアイロニカル・リーガリズム』(勁草書房、110〇1)。
- (15) See generally, RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986). Dworkin の「整合性理論」批判については、船越、前掲書、六八一七七頁を参照。

(16) UNGER, CLSM at 12-14.

(17) Cf. Joseph William Singer, *The Player and the Cards : Nihilism and Legal Theory*, 94 Yale L.J. 1 1984-1985. Singerは、Unger の試みに示唆をうけ、「法（学）の合理性神話・基礎付け主義を根源的に批判して、専門家／素人との」頂対立を崩した上で（法律家の「法的」議論と一般市民の「道徳的」「政治的」議論——生活の基本的あり方をめぐる議論——の間に、質的差などない）、責任ある市民の民主的な対話にこそ、合理主義的な「基礎 foundation」へのオールタナティブの可能性を見る。

もちろん、市民の対話は活性化されねばならないが、本論考の問題関心は、こうした市民的対話を活性化する条件——制度的仕組——を構想するに留め、それが法学の課題である、というものである。それゆえ、法専門家と一般市民の協働の重要性を語るにとどめ、法学の専門知識が市民の「会話」へと回収されていくことの間には、慎重に埋め合わせて行くべき溝梁があるものと考える。Lon Fuller の次の言を忘れないことが大切であろう。

「道徳の諸原理は社会的真空 a social vacuum や万人の万人に対する闘争 a war of all against allにおいては機能し得ない。善き生を生きるために、善き心がけ good intentions 以上の何かが必要であるのだ。……すなわち、善き生を送るために、人間の相互交流が確固とした基本的枠組みによって支援されていくことが必要であるのであり、そして、そうした基本的枠組みによる支援を提供し得るのは——少なくとも近代社会にあっては——健全な法制度のみであるのだ。」LON FULLER, *THE MORALITY OF LAW* (1964), at 205.

こゝれにしよ、Unger の制度構想の法学の認識論的基礎付けは、本研究についての堅密な課題である。

(18) See generally, H. M. HART & A. M. SACKS, *THE LEGAL PROCESS : BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW* (1994).

(19) 吾妻、前掲論文、111-111—111—九頁。

(20) UNGER, WSLAB at 40.

(21) こゝれにしよ、今後の課題であるが、Unger の晦遠かに elusive な文章をできるだけ精確に理解したいといふテクスト読解的な関心を持つ筆者は、本来は、「客觀主義 objectivism」ハシバリの訛語についても、Unger の哲學的バックグラウンドと照へし合わせながらより突っ込んだ議論を展開しなければならないところである。いじでは、次のことと言及するに留める。objectivism とは、もちろん、主觀／客觀二分論といふ近代的認識論の軸を念頭におおいつて提示された分析装置であるとは思わ

れるのだが、より精確には、事物 object の裡に理性的秩序を觀るところへ思想であり、「何があるべきか」は、なんらかのかたちや、「何があるか」に本質的に内在してゐる觀念 the idea that what ought to be somehow inheres in what is である（UNGER, LAW IN MODERN SOCIETY : TOWARD A CRITICISM OF SOCIAL THEORY, at 169 [LMS]）。(中略) 井觀（理念）／客觀（現実）二分論ではなく、「理性的なもの」と「現実的なもの」を「結合、やせるあの思想である（ハーゲル右派の社會思想）（吾妻、前掲論文、三三三一—三三三三頁）。それゆえ、「（形相・質料）結合体主義」もしくは、「事物主義」とやら訳してはじめてその含意が精確に伝わるものとなると思われるが、本稿ではさうあたり「客觀主義」も訳出しておく。

(22) UNGER, CLSM at 2.

(23) UNGER, LMS at 166, 205.

(24) Robert Gordon, *New Developments in Legal Theory in THE POLITICS OF LAW : A PROGRESSIVE CRITIQUE* at 286 (David Kairys ed., 1982). 翻訳は、ロバート・W・ガーネット、深尾裕造訳「法理論の新たな発展動向」、ナウム・ケアーズ編、松浦好治・松井茂記編訳『政治としての法——批判法学入門——』（風行社、一九九一）所収、一四七頁。訳文は一部変更。このGordon の構えをUnger が共有してたりとにかくては、HPにおける彼自身の次の言を参照のこと。（Gordon を引用したのを、Unger の言がしさば抽象的に過渡るために、他のより親切な論者が「翻訳者」にして必要となるふうに）によると

「初めから私は、法とは、国民の生が制度的形式（形態）をもつたむ the institutional form of the life of a people であり、利益が理想と対峙し、精神が構造と闘争する場 a place where interests meet ideals, and spirits struggles with structure であると理解してやめた。法は分離したむやまな Law is not a separate thing。ある意味社会文化の表象である it is an expression of all society and culture。」<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/legal.php> (Last visited Jan. 30, 2013.)

(25) UNGER, WSLAB at 131-134. Unger の手法は、「批判法学運動」においては、次のような内的發展 internal development の過程として、非常に印象的なページにもつても表現されてゐる。

「あなたが住まう社会的世界もしくは法的伝統があなたに与える社会生活の理想と、実社会におけるそれらの不完全な具体化「制度的仕組」との衝突からはじめよう。そつとした具體化の変化した姿を想像してみよう。あるいは、それまでは排除されていたある社会生活の領域へとその理想を拡張させ、そつするだけの」と、それらの具体的制度を実際に変形さ

せてみよう。そして統いて、「なうした制度の」新しい実際の姿の観点から翻つて、理想に関わる觀念をも修正してゆくのである。」の過程を内的發展と呼ばう。」 UNGER, CLSM at 18.

こうした、或る法・社会領域における理想・理念の他の領域への拡張ないしは輸出こそが、制度の新しい姿を産み出すための重要なテクニーケである、という直観的な洞察こそが、本文第三章で言及する井上武史の論文の最も特筆すべき特徴の一つである。より具体的には、労働法領域においてすでに支配的なものとなつてゐる法理を、結社という領域へと拡張することによつて、結社法・結社からの自由という新しい制度的仕組を開拓するという行き方こそ、本小論が井上の試みにおいて注目する制度構想の法学的手法である。次の脚注(26)も参照のこと。

- (26) Joseph Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 Stan. L. Rev. 611 1987-1988. は、前脚注(25)で言及した内的發展に特徴付けられる「批判法学運動」におけるUngerの手法——当該書では、「逸脱主義的法学 deviationist doctrine」もしくは「拡大理論 expanded doctrine」の名でも呼ばれる——を所有権理論分野へと実際に応用した労作であり、この分野では最も有名な論文の一つであるが、Ungerの手法と並んで、一九世紀後半にプライバシーの権利を創出した Brandeis & Warren, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890) の手法とが、その模範として紹介されている。」(27)した紹介からして、Ungerの制度構想の法学の新しさを過度に強調する」とは、かえつてその奇抜さを押し出す弊を犯すことになるだろう。ただし、やはり Singer も書いてゐる所によれば、Unger も Brandeis & Warren の重要な相違は、Unger の手法が、「既存の法理内部にある矛盾、およびやべられた法理の基底にある原理間の矛盾に注目す」ことにあり、また、その目的が、「なうした矛盾に注目し、抑圧された法理 the suppressed と周辺化された法理 marginalized doctrine を舞台の中央にあげる」にある。」 Singer, *The Reliance Interest in Property*, at 623-632.
- (27) UNGER, WSLAB at 135-148.
- (28) UNGER, WSLAB at 135-148.
- (29) 口、前掲書、1111八頁。
- (30) UNGER, WSLAB at 148-163.
- (31) UNGER, WSLAB at 163-170.
- (32) UNGER, WSLAB at 138.
- (33) 脚注(23)、および、本文の該當箇所を参照。
- (34) UNGER, WSLAB at 138.

(35) UNGER, WSLAB at 139, 142.

Ungerによれば、<sup>(36)</sup>「社会的基金の一部は自由に使うことができる一方、残りの部分に関しては、教育・退職・失業などの人生の節目または危機の際にのみ使う」とがである。一定のルール設定が必要があるだろうという。また、そうしたルールに従つた適正な運用を管理するための管理者 social trustees 等を必要とするだろうという。こうした仕組は、日本においても既に民間の金融機関などによって富裕層を対象とした遺産信託・資産継承信託などのかたちで提供されており、social endowment <sup>(37)</sup> とした信託の仕組を公的に制度化しようとするものであると言つていいがであるだろう。また、ベイシック・インカム論、<sup>(38)</sup> Bruce Ackerman & Anne Alstot の提案である Stakeholding (BRUCE ACKERMAN & ANNE ALSTOT, THE STAKEHOLDER SOCIETY (1999)) <sup>(39)</sup>への異同<sup>(40)</sup>にて、山崎拓「ベーシックインカムとベーシックキャピタル」Core Ethics Vol. 2 (2006) 115-128 をはじめとするとする同著者による一連の論収のほか、宮本太郎『生活保障——排除しない社会<sup>(41)</sup>』(岩波新書、1100丸) <sup>(42)</sup>の「生活保障」をキーワードとする論収が非常に勉強になる(大沢真理『現代日本の生活保障システム——座標をもくね——』(岩波書店、1100七) <sup>(43)</sup>も参照)。

- (36) UNGER, WSLAB at 139, 141.
- (37) UNGER, WSLAB at 141-142.
- (38) UNGER, WSLAB at 143.
- (39) UNGER, WSLAB at 143.
- (40) UNGER, WSLAB at 143.
- (41) UNGER, WSLAB at 143-149.
- (42) Polyarchy <sup>(43)</sup> Robert A. DAHL, POLYARCHY : PARTICIPATION AND OPPPOSITION (1971).
- (43) UNGER, WSLAB at 148-149.
- (44) UNGER, FALSE NECESSITY : ANTI-NECESSITARIAN SOCIAL THEORY IN THE SERVICE OF RADICAL DEMOCRACY (2004) [FN] at 535-536, UNGER, WSLAB at 150.
- (45) あるべき社会の指向性の一つに「<sup>(46)</sup>社会的基金の一部は自由に使う」とがである一方、残りの部分に関しては、教育・退職・失業などの人生の節目または危機の際にのみ使う」とがである。この二つのモメントの緊張関係を出発点にして、「[あれもこれも(自律性も共同性も)]であるゆえに、双方を可能にする制度的条件はどのようなものだらうか」と發問する方向へと思考を展開させていかねばならないのである。<sup>(47)</sup> リンゴーポラティスト的共同体主義 corporatist communitarianism とは、国家と市民社会の分離(公私一分論)といふ自

由主義社会の根本枠組が人びとの意識の上でも実際にも消滅した社会形式を意味する、とも言い換える。UNGER, LMS at 193. 国家の権力独占による個人の私的・社会的権力からの解放という自由主義の「理念」と——不完全とは言え——「実相」の双方が放棄され、市民社会は私的組織・特權階層が国家と同様の権力を保持して個人を抑圧する空間と化してしまうという意味において、国家と市民社会の区別が無くなつた社会が corporatist communitarianism である。

(47) UNGER, WSLAB at 150-151.  
 (48) UNGER, WSLAB at 152. Unger は、要請される今ひとつの仕組みとして、地方自治体組織と地域共同体組織との parallel structures の創出を挙げているが、非常に抽象的かつ elusive であり、詳細に掘り下げるとはおろか、私のことばで抽象的にバラフーレーズするほどにもその含意を掴むことができないゆえ、ここでは割愛して今後の研究に譲りたい。恐らくは、文献研究に加えて、この Unger のことばを銘記しながら昨今の地方自治体の実践を参与観察することが必要となるだろう。ただ、後で紹介する井上の結社からの自由論が、私的組織である結社に「公的機関と同様の適性手続の要請をみたす内部構造を備える」といふを要請」(本文六七頁)する法理論を展開しており、読解の鍵になるようと思われるが、いずれにしても、今後の課題としておきたい。

(49) Cf. Singer, *supra note 26*.

(50) UNGER, WSLAB at 153.

(51) 振り返つてみたとき、こゝした自由主義的共同体論的制度論の大胆な提言の一つであつたと評価できるのが、棚瀬孝雄教授の「離婚後の面接交渉と親の権利——比較文化法的考察——」判例タイムズ七一二号(一九九〇)、七一三号(一九九〇)(後に、棚瀬、前掲書、「権利の言説」第三章として所収)ではなかつたか。棚瀬教授は、離婚の増加とともになつて非監護親が子どもとの面接交渉を拒否される事例が増加したことに対する処方箋として、(i)面接交渉権の憲法的権利への格上げの正当化を試みることに加えて、こうした優れて自由主義的な権利が適切に機能するための社会制度的条件——家族共同体のあり方——を問い合わせ、「離婚後複合家族」構想として提言していた。すなわち、面接交渉の「権利性」と対をなすかたちで、面接交渉の「協同性」が全社会的な規模で確保される必要があるという主張である。そして、進んで、この協同性確保のためのポイントとして「エクイティの確保」(つまり、離婚の際の衡平の確保・積極的破綻主義の擁護)という法理論上の提言がなされ、かつ、「プライバシー理念の変革」という日本社会の意識改革の方向性が提言される。こうした一連の社会観察・現状批判・制度提言・理念の再構築という流れは、自律性と協同性を二つながら実現するための意識改革・制度改革の提言の試みである。このように、法社会学的制度分析の仕事をまた、制度構想の法学の大膽な遂行として読解することができる、最も模範を多く含んでいる。

(52) Unger が念頭においているのは、かつてのユーヨーリスラビアの労働者所有企業の試みである。労働者への権限移譲というドラステイツクな社会改革がなされた時点において、たまたま優良企業に所属していた労働者は富裕層の地位にのし上がり、他方、不振企業に所属していた者（もしくは失業者）は、所有権・財の移譲がされても直近の生活の糧を得るためにこれを優良企業に売り渡し、もう一度労働者の地位に戻っていくという事態がおきてしまった。こうした階層構造の再出現は、権限譲渡のルールの厳格な適用の帰結そのものである。

- (53) UNGER, WSLAB at 154-156.  
 (54) UNGER, LMS at 196-200.  
 (55) UNGER, WSLAB at 161.  
 (56) 樋口、前掲書、五頁。  
 (57) 樋口、前掲書、二七六一二七七頁。

「」うして、それぞれの実定法——そしてその運用——の外側に、その座標上の地位を測定する原点にあたるものとして、「超実定法的な意味合いを持つ一つの体系」を想定し、この後者を『立憲主義』と呼びたいのである。／こうして私は、まず、一七八九年宣言一六条が権利保障と権力分立という内容によって『憲法』を定義しているのを受けて、さし当たりそれを『立憲主義』の内容として理解する。さらに、権利保障と権力分立一般ではなく、同じ一七八九年宣言の別の条項で掲げる国民主権が旧体制の身分制秩序を解体して個人を析出し、そのことによって『人権』主体が成立したことを重視する（中世立憲主義に対する近代立憲主義）。

- (58) 樋口陽一「社会的権力と人権」『基本法学6—権力』（岩波書店、一九八三）三四六—三七二頁。  
 (59) 樋口、前掲論文、三四六頁。  
 (60) 小山剛「憲法上の権利」の作法（尚学社、二〇〇九）一四五頁。  
 (61) 井上武史「結社からの自由」の憲法問題——結社の自由原理のもうひとつ側面——』岡山大学法学会雑誌第五八卷第四号（二〇〇九）一一五九頁。  
 (62) 井上、前掲論文、二頁。  
 (63) 井上、前掲論文、三頁。  
 (64) 井上、前掲論文、二四一一五頁。

- (65) 井上、前掲論文、二二一—四三一頁。
- (66) 井上、前掲論文、四四一五二頁。労働法領域における学説の応用（拡張・類推）という井上の行き方の意義について、脚注（25）および（26）を参照のこと。
- (67) UNGER, WSLAB at 142.
- (68) 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』（羽鳥書店、110-110）。
- (69) 民間委託の問題を「」のように物権的に構成した人物として最も有名なのが、フランスの公法学者 Hauriou である。Hauriou の公私協働論について詳しくあたし、木村、前掲書『ガバナンスの法理論』特21(11)-11107頁。
- (70) See generally, GOVERNMENT BY CONTRACT : OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY (Jody Freeman & Martha Minow ed., 2009).
- (71) 内田、前掲書、五一頁。
- (72) 内田、前掲書、五一—五六頁。
- (73) 内田、前掲書、一八一一一頁。
- (74) 内田、前掲書、六七一七一頁。
- (75) 内田、前掲書、八六頁。
- (76) 内田、前掲書、六三頁。
- (77) 内田、前掲書、八六一八七頁。
- (78) UNGER, CLSM at 18-19, 91-92, UNGER, FN at 355-360.
- (79) Satoshi Agatsuma, *A Note on Roberto Unger's Style: The Task of Normative Thought Today*, 岡山大学大学院社会文化科学研究科『文化共生学研究』第1〇号 (110-1)。