



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	雑報
Citation	北大法学論集, 41(4), 373-384
Issue Date	1991-03-28
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16794">https://hdl.handle.net/2115/16794</a>
Type	other
File Information	41(4)_p373-384.pdf



## 北海道大学法学部法学会記事

○平成二年七月二〇日（金）午後一時半より

日英シンポジウム「資本主義の日英比較」

〈報告〉

「資本主義的社会的形成における日英比較」

報告者 アラン・マクファーリン氏

（ケンブリッジ大学歴史人類学リーダー）

出席者 二七名

本報告の課題は、資本主義化という二つの「奇跡」の比較である。前者は前例なしに自力で資本主義的な社会形成をなした最初の工業国家英国であり、後者はモデルを持っていた点では英国とは異なるが、急速に資本主義的な社会形成をとげた

日本である。この二つの変化を仮説的に検討する。

両国の相違を捨象して共通点を列記する。

(1) 地理的類似性 ②天然資源に決定的な重要性はない。③島国性は、水上海運ルートが発展し、対外征服をうけにくく国防費用が軽くすみ、法・言語・コミュニケーション手段が共有され共通のアイデンティティが形成されやすく、重要である。特に領土が農民を兵隊として土地に縛りつけておく必要が低かったことは、中央集権化を容易にした。④気候風土の地域的偏差が著しく、交換と市場経済への誘因が存在した。

(2) 人口の類似性 人口の急増のはじまる前の約二百年間、人口増が停滞した。その原因は英国では晩婚、日本では、間引、中絶、姥捨てなどである。

(3) 家族形態の類似性 父母両系性であり、家族関係用語が核家族的であり、相続は血縁から自動的に成されるのでなく親の選んだ人間が相続する。また、大家族制でなく、家族内に血族以外の召使いなどの人々を含む。さらに先祖崇拜が低かった。従って小農社会にみられる家族の絆の強さのために、労働力の移動が妨げられなかった。即ち「家族に埋め込まれた経済」（ポランニー）でなく、マルクスが資本主義の特徴とみなした個人化した「自由」な労働力があらかじめ存在した。

(4) 経済的類似性 織維手工業など工業化前段階の小規模生産が農村(の一部)で行われ、農工の相互的發展が可能になった。水利により、輸送コストが低かった。但し、次の点は英国に存在するが日本にそれに対応するものは存在しなかつたように思われる。①農村の人口の約半数は非農業従事者であり、農業生産も商品交換のために行われた。②支配者と農民の間に膨大な中間層が存在した。③市、市場が常設され、不動産売買が自由で、その市場があつた。④低金利の金融制度が存在し、地租・税が軽かつた。⑤農業生産性が高く、農民がその余剰を蓄積した。

(5) 政治的類似性 資本主義化するための政治的条件は、一方で予測可能性と財産保全を保障する程度には中央集権化され、同時に、権力が経済活動を強力に統制して崩壊させたり、餌食にしたりしない程度に分権化している必要がある。「国家が融解する」(プロトッホ)極端な封建制も、「東洋的専制」(ウィットフォールゲル)も、ともに資本主義をはぐくまない。その点英国の、適度に集権化し適度に分権化した修正型封建制は資本主義の温床となつた。日本の場合には、徳川期の長期にわたる平和と可測性、将軍が大名に下方援権を行い過剰な集権化をふせぐ体制であつたことは、英国の封建制のあり方に類似した面を持つ。

(6) 宗教的類似性 M・ウェーバーは、プロテスタントイイズムの内面世界の禁欲性が資本主義的な発展に選択的な親和性をもつという図式を提示したが、それを日本に適応したR・ペラーの「徳川期の宗教」に依拠すると、日本の宗教意識は次の点でプロテスタントイイズムと共通する。①神の恩は限りなく深くそれにむくいるには無限の努力が必要とする。「原罪意識」と比較せよ)②宗教と儀礼とが全生活領域を支配するのでなく、宗教と他の領域とが切り離される。江戸期における将軍の政治権力と天皇の聖的權威との分離はその例である。③魔術・偶像崇拜・血の生贄・奇跡などの宗教上の比重が低く、呪術からの解放が容易であつた。

政治・経済・宗教・家族関係の各領域が人為的に分離されるのが「近代」文明の中心的特徴である。とすると、特定の領域が中心となつて、他の領域を決定することはない。むしろ、「資本主義下では生産単位が政治的社会的な意味を持たなくなり、経済活動が自立的になる。」「他の生活領域からの経済の分離こそ、歴史的にも社会的にも極めて希なものであつたのである。」(E・ゲルナー)

近代経済の発展をエンジンの活動になぞらえてみると、日本の場合は、明治維新の前にエンジンの枠組に相当する行政とコ

ミュニケーションの制度はできあがり、燃料にあたる人々の知性と企業家精神も存在していた。そして爆発に必要な酸素に相当する制約の撤廃が開国とおとずれ、火花に相当する技術は文明開化によって一挙にもたらされたのである。その準備の過程においては、家族、封建制、宗教のあり方が極めて重要であった。

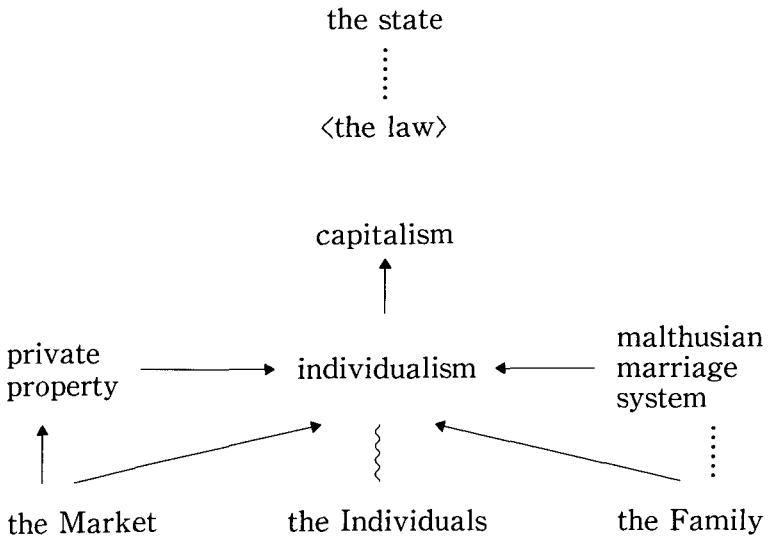
〈報告2〉

「英国における個人主義と資本主義の特質——その起源と帰結」

報告者 中西 洋氏

(東京大学経済学部教授)

英国資本主義の特質をマクファーリン博士の諸著作をコメントしながら整理するのが本報告の目的である。まずマクファーリン博士の分析枠組は、次図の様な鍵となる諸概念によって組立てられている。資本主義の社会的成立を説明するために博士が中心に据えているのは、「個人主義 (individualism)」の概念であり、それを家族の側面から認識するためのモデルが「マルサス型結婚＝家族形態」であり、市場の側からの鍵概念になっているのが「私有財産制」である。そして、「個人主義」の前提



に「諸個人 (the Individuals)」が、「マルサス型結婚」家族形態」の前提には「家族 (the Family)」が、そして「私有財産制」の前提には「市場 (the Market)」が指定されている。

このような概念装置は、資本主義一般に適応可能な普遍的なものである。ここでは三つの論点を指摘することにした。第一は、「資本主義」・「個人主義」・「諸個人」というタテの関係に並ぶ鍵概念の相互関係に関するものである。マクファーリン博士は「個人主義」という概念を極めて機動的に用いているが、それに時には「資本主義」そのものと、そして時には「諸個人」と重なり合うような意味範囲をあたえており、定義が明確ではない。そして、この「個人主義」概念から認識モデルを取り出すことができなるとすると、それらはすべて「諸個人」と言い換える方が適切ではないか、と考えられる。

第二は「私有財産制」についてである。「私有財産」は、法によって規定され、政府によって財産権が保護されることによつて、はじめて権利として確定する。このことは、土地所有者の「所有権」がまず確定し、次いで小作人・賃借人の「権利」に拡大してきたことに示される。とすると、すべての人間が「自由人」としての地位を確立するのは、労働者が自己の労働の主体としての権利を確保する時であると言えよう。ところが英国

では、主人に召使的な慣行が長く労働関係を支配し、一九世紀の中葉に至つてようやく労働が私権に相当する地位をあたえられた。とすると、英国における財産権の早期の確立と労働に対する権利関係の確立の遅れとは、どのような関係にあるのであろうか。

第三は、「マルサス型結婚」家族形態」についてである。マクファーリン博士の所説は、英国において男女が期待しうる生活水準を合理的に計算し晩婚を選択したことが、英国の人口増を抑制したというものである。しかし、マルサス自身、微妙な変化をとげており、その力点も移動している。特に、食糧増が人口を増大させ、人口増を見込んで食糧増産が行われる現象をマルサスが鋭く洞察していた点は見逃しえない、と考えられる。

(文責 中村 研一)

○平成二年九月一日(月)午後一時半より

「現代中国法哲学の課題——人治と法治をめぐって——」

報告者 劉 兆興 氏

(中国社会科学院法学研究所副研究員)

出席者 一六名

現代中国の法学界において議論されてきた人治と法治の問題について、ご自身が体験された具体的な例も挙げながら紹介された。はじめに五〇年代以来のこの問題にかんする研究史をつぎのように振り返った。一九五七年からはじまる反右派闘争以後、法治の主張は批判を受け、文化大革命において人治は頂点に達した。法治の問題が学界においてふたたび取り上げられるようになったのは、七八年一二月の中国共産党一期三中全会以後のことであり、これ以後人治と法治の関係をめぐって論争が巻き起こった。

学説はほぼ以下の三つの立場に分かれていた。①法治こそが必要であり、人治は不要である。②人治も、法治も単独では存在しえず、両者を結び付けることが必要である。③人治・法治という問題の立て方自体が科学性を欠く。結局、この論争は人治・法治の概念の理解の違いに帰着するものであったという。

現段階の中国においては人治思想が根強く、社会主義的法治の健全化を妨げているとの現状認識から、それを生み出す要因を三点指摘された。①伝統的な封建的専制思想の残存。②共産党の思想・政治路線が左よりの過ちを犯したため、人治の風潮がひろがり、とりわけ指導者層の間ではいまだに法治を軽んじる傾向がつよいこと。③一部の指導者が法の理論に無知であり、法治を軽視する法ニヒリズムの態度をとっていること。

以上のような整理をしたのち、人治と法治の關係にかんしてつぎのような私見を述べられた。まず、人治と法治は根本的に対立するもので、社会主義のもとではとくに水と油のように両者は相入れない。人治とは本質的に法律・制度を蔑視するもので、法治とは個人の専制・独断を排除するものだからである。したがって、両者を結び付けて国家統治の方法とすることはできない。人治と社会主義的民主は根本的に対立するし、人治を行うことは法治を排除することを意味し、法のもとでの平等原則は破壊され、法治の安定性と継続性をぶち壊して、法治の権威を失墜させるからである。法治を強化するには人治を清算することが必要なのである。

最後に、中国が今後、人治から法治への徹底した転換を図るために、必要とされる条件を示された。第一に、法律と制度を

整備して、法執行機関・司法機関は必ず法にもとづいて事を運ばなければならない。内部規定をもちだして特権をふるうことを許してはならない。第二に、権力を制約するシステムを整えることが必要である。党政関係法、権力監督法、人民代表法を制定し、党や中央軍事委員会をふくむあらゆる機関を監督すべきである。中央軍事委員会の決定や活動は、全人代またはその常務委員会の審議・承認を経由することを要する。第三に、つぎのような思想面でのいくつかの障害を除去しなければならぬ。①「以法治国」はけつして党の指導を否定することにはならない。②人治と人の作用・働きを混同して、人治に固執してはならない。③一般市民の間に法律の権威を確立し、自主的に法を守る観念を浸透させることが必要である。(なお、この日の報告の全文は『法の理論』一一号(一九九一年刊行予定)に翻訳掲載されることになっている。)

(文責 鈴木 賢)

○平成二年九月一七日(月)午後一時半より

「二つの連邦制構想」

——二つの連邦制の形成と日本の「連邦化案」について——

報告者 小林 直樹氏

(専修大学法学部教授)

出席者

二八名

小林教授は、まず、二つの連邦制構想の前提となる主権国家の構造的変化について次のように指摘された。すなわち、国家の任務は未だ終わっていないし、その実権は強大ではあるけれども、いまや下降期に入りつつある。現代では国家に替わる新しい組織が登場し、国の上部でも下部でも新しい *states* が求められており、主権国家の枠組は根本的に変えられるべき段階に入っている。このような変化を促す根本要因として、小林教授は(1)世界問題の噴出と国家の処理不可能性、(2)人口・情報・環境・交通などの面での世界の狭小化、(3)超国家機構や世界企業の実現による国家の相対的限界、(4)個人人権の保障の見地からの地域コミュニティの活性化の必要性、(5)民族自治の観点からの国家枠組の再検討の必要性を摘示している。国家は世界的広がりの中では相対的に小さくなってきている反面、対個人との関係

では未だsuper-Leviathanとして存在しているといえる。それ故、古典的な意味とは異なる国家の縮小化が求められ、端的には権限配分の必要性、そしてその手段としての連邦制の構想へと連なるのである。以上の点を、小林教授は変化の基本方向とその構成原理として次のようにまとめられている。すなわち、世界問題を解決し、民族の共存を可能とする世界システムの創造(このため国家は在来の主権の一部を上部に移譲しなければならぬ) および地域住民の人権と生活要求を配慮する自治的コミュニティの再建(このため国家は中央政府の権限の相当部分を自治体に移譲する) という国家権力の上昇と下降の拡散を变化の基本方向と捉え、それを指導する原理として、(1)すべての人間の人格の尊厳を基礎とする人権理念、(2)少数民族や宗教コミュニティを含む自治体の相互尊重、(3)軍をはじめとする実力装置の縮小と平和的移行の三点を挙げている。

以上の前提を踏まえて、世界連邦の必要性とその条件について言及された。教授はまず、強大な統一政府は有害無益であり、小単位の自治的社会的共存する世界システムが要請されるという視点から、世界国家ではなく世界連邦が創設されるべきであることを強調される。そして、その成立の条件であると同時に、困難な問題ともなる点として、(1)全面軍縮(連邦警察軍の創設

——大国の抵抗)、(2)世界問題対処のシステム(連邦裁判所の問題)、(3)連邦の立法・行政の機関とその権限、(4)sub-systemの自律と社会のintegrationの調和の問題を掲げている(報告においては各点について具体的な検討がなされたが、ここでは紙幅の都合上、問題点の提示にとどめておく)。

最後に日本連邦化の意味と可能性について言及された。小林教授は、わが国における連邦制が世界連邦制ほどの必然性も現実性も持たないことを自認されつつも、なお、権力分散の方法としての有意味性(新しい「権力分立」、広域行政の担い手としての州単位の自治制の必要性を主張され、更に連邦化のメリット、デメリットについて考察された。そして、また、その実現可能性について、それを阻む存在としての中央官僚機構、住民のidentification等の問題点を提示された。

報告後の質疑では、世界連邦および日本連邦化の現実に即しての実現可能性、その前提となる条件や根拠、並びに世界連邦化と日本連邦化との関係などについて、議論がなされた。

(文責 大島佳代子)

○平成二年一〇月三日（水）午後一時半より

「合衆国における信教の自由に関する憲法上の保護の盛衰」

報告者 J・H・チョパー氏

（カリフォルニア大学バークレイ校 ボルト・ホール（ロー・スクール）学部長）

出席者 二五名

報告は、合衆国憲法第一修正が一七九一年以来、政教分離と信教の自由を保障しているにもかかわらず、実際に政府の行為を無効とするために用いられたのは一九四〇年になってからであり、一九七〇年代を頂点として認められることが多かった信教の自由は、合衆国最高裁判所の一九八九―九〇年開廷期判決を見るかぎり、もはや、ほとんど保護されなくなつたのではないかと、最近の信教の自由保障の衰退を論じている。合衆国最高裁判所は、一九六〇年代半ばから、信教の自由に基づく行為規範と一般的に適用がある規制とが抵触する場合、政府に規制を維持するやむにやまれぬ必要性がないかぎり、宗教上の理由に基づく適用除外を認めるという基準を適用するようになった。しかし、その後、国防と軍隊の規律、人種差別、刑務所といった範疇化を用い、政府のやむにやまれぬ必要の明らかではない場合にも、信教の自由を根拠とする主張を退けるようになって

いったが、ついに、一九八〇年代後半以降、これまでのやむにやまれぬ政府の利益という枠組みを離れ、宗教上の聖地、秘蹟に関わる行為に関してであつても、宗教上の理由に基づく適用の除外を否定するようになったという。それは、もはや、やむにやまれぬ政府の利益という基準を維持していないという事実を直視したためかもしれず、従来の法理を支持していた裁判官が心変わりをしたためかもしれないという説明が可能である。この結果、信教の自由が独自に保障する範囲はほとんど消滅してしまつたように思われる。多くの争点は信教の自由のみならず、言論の自由からも保護され得るものであつたからである。

チョパー教授は、信教の自由に基づく行為規範と一般的に適用がある規制とが抵触するとき、宗教上の理由に基づく一般的な行為規制準則の適用除外を認める、何らかの基準が必要であるとしても、現在の合衆国最高裁判所のアプロウチはあまりにも宗教上の主張に鈍感であり、立法府の判断を尊重することは、政治過程に委ねると非常な不利益を被りがちな人々に対する配慮に欠けるという立場から、そして、信教の自由条項に意味を持たせるために、誠実な信仰に基づくという要件を充足するならば、宗教上の理由からの適用除外を認めるべきであるという結論を述べた。

日本における事例との関係で、宗教上の教義に基づく、子どもに対する輸血拒否に関して、信教の自由を根拠とする他、自己決定権を根拠とすることができるとはでないか——憲法上明示規定がある信教の自由の方が有力な根拠である、聖職者を被選挙権者の欠格事由とする規定に関して、宗教条項の他、平等

保護条項の適用が考えられるのではないか——人種上の少数者、女性、外国人、非嫡出子以外に適用される合理性の基準から考えれば、平等保護条項に基づく主張が有利とはいえない、政教分離条項と信教の自由条項との関係に関する裁判官の立場について——現在、厳格な分離と寛容な適用除外の両方を主張するブレナン、マーシャル、ブラックマン裁判官、厳格な政教分離を一貫して主張するスティーヴンス裁判官、政府の主張を概ね肯定するレンクイスト長官、ホワイト、スカリア、ケネディ裁判官、上記四人よりは少し政教分離と信教の自由の主張を尊重するオカナー裁判官という分け方ができるが、政教分離条項に関して、いわゆるレモン・テストはほとんど用いられることはなくなり、ケネディ裁判官のいう自由に対する脅威の有無を基準とする方向へ変化しているのが、政教分離が厳格に適用されることはなくなると思われる、宗教上の教義に密接な係わりがあるかないかといった基準は有効ではないか——宗教とは何

かもはっきりしていないので、教義の核心という主張は決め手となり得ないが、個人に対する適用除外と政府の行為の変更を必要とするという区分で考えたほうが意味があると思うといった質疑応答が、報告の後になされた。

(文責 紙谷 雅子)

○平成二年一〇月二六日(金)午後一時半より

「脳死の法的問題について」

報告者 新倉 修氏

(国学院大学教授・北海道大学私学研修員)

出席者 一九名

本報告は、厚生省脳死研究班によるいわゆる竹内基準・日本医師会生命倫理懇談会答申・いわゆる脳死臨調など、脳死をめぐる一連の動向を踏まえ、脳死を人の死として扱うことの法的問題点を検討した。脳死状態の人を従来のような「死」の側から捉えるのではなく、「生」の側から捉えるという立場から、脳死状態の人を脳死体ではなく「脳死生体」と称すべきとし、脳死を人の死と捉えるいわゆる脳死説に対して、全脳死説が多数

であるが脳死概念にまだ一致した見解がないこと、その理由づけ（「生命の座」・「人格の座」）も全脳死説を必ずしも十分に根拠づけえていないこと、実益論としていわれている末期医療の回避・移植のための臓器摘出についても、前者は治療についての自己決定権によって十分説明が付き、後者も医療行為の一環として正当化される余地があり、結局、脳死説の実益は乏しいこと、また、脳死の社会的承認のための手続がこれまで十分に取られていないことなどを指摘した。他方、脈拍・瞳孔反射・自発呼吸の不可逆的停止をもって死と判定するいわゆる「三徴候説」について、人の生命徴候の総合的判定であり、社会的にも承認されていること、脳死生体についても適合する判定方法であることなどを指摘した。

議論の中で、死の判定を医師が行うことをどう位置づけるか、三徴候説を支持する積極的な理由は何か、個体死という概念は科学的な死の意味に用いるべきではないかななどの質問があり、これに対して、報告者を結論を支持する立場から、死はトータルな概念であり（その意味で、個体死と区別してもよい）医師の専権事項ではないこと、脳死説は死の一部の状況を説明するために唱えられているにすぎず、多くの場合は三徴候説がそのまま妥当し、しかも社会的な承認があるという意見があった。

最後に、報告者の立場でも脳死状態の人から臓器摘出を認めることになるが、脳死の判定や脳死生体からの臓器摘出の可否について、開かれた委員会による決定の手続的な整備が特に必要であることが指摘された。

（文責 新倉 修）

○平成二年一月一六日（木）午後二時半より

「議院内閣制における政治と行政」

報告者 山口二郎氏

（北海道大学法学部助教授）

出席者

二七名

八〇年代末から日本政治に対する学問的関心が急速に高まってきたが、その中の関心の主流は政策過程の動態的分析に向けられた。そして、政策形成の実態観察から、自民党政治家の優位や野党議員の影響力の向上という新しい主張が引き出された。日本政治に対するこうした再評価の動きは、リクルート事件とその後政治の停滞の中で頓挫しており、日本政治を包括的に考察するための視座を構築することは依然として残された課題

である。本報告では、制度論の復権という観点から日本政治を分析する視角を構成してみたい。政治制度は、日本の政治学における現代政治分析から決定的に欠落したテーマであり、憲法学の方でも十分な理論的な展開がみられていない分野だからである。

日本の統治機構は議院内閣制をとっている。したがって、ここでは立法権と行政権の抑制均衡ではなく、ウォルター・パジヨットのいう権力の融合こそが帰結されるのである。そして、議会の最大の役割は、執政権力を担う主体を創出するという点に存するのである。ところが、日本においては戦後憲法の制定や統治機構の再構築の過程で特殊な事情が作用して、議院内閣制のもつこうした本質がばやけてしまった。即ち、戦前の反動的で超越主義的な官僚制に対抗して議会制デモクラシーを確立するために、アメリカ的な権力分立の理想や強力で自律的な立法府の理想が国会に盛り込まれたのである。そして、日本の国会は議院内閣制下の議会でありながら、立法活動や行政府に対するチェック作用においてアメリカ議会のような積極的な役割が期待されることになったのである。その意味で、日本の国会はハイブリッド型の議会といえることができる。

しかし、議会の多数党が内閣を形成し、行政権力を掌握する

という制度の本質上、議会在制度上の主体として行政府に対するチェック活動を行うことは不可能である。特に、いわゆる五五年体制の形成とともに政権与党が安定すると、議会の役割は形骸化する。五五年体制以前、政党秩序がアモルフラスであった時代においては、戦後改革で理想とされた独立した立法府という役割はある程度実践されていた。この時期の議員立法や政策審議の様子からは、草創期の国会のエネルギをうかがうことができる。

ところが、五五年体制の形成とともに、議会は執政権力を支えるための機関に変化する。議員個人個人の立法活動や、行政活動に対する詮議は効率的な統治にとつての障害でしなくなるのである。そのような議会の性質変化を端的に表わすのが一九五五年の国会法改正である。この改正においては、議員立法の発案の要件を厳しくする、自由討議制を廃止するなどの変化が加えられた。これによって、日本の国会はアメリカ型の立法府 (Congress) からイギリス型の議会 (Parliament) へとつきりよと変化したのである。

自由民主党が政権与党の座に座り続けることによって、議会与行政府、政権政党と行政部官僚制の間の関係は大きく変化する。その変化は、政権与党の国家化、官僚制の党派化、野党の

無化という三つの次元に要約できる。与党の国家化とは、政府の政策決定や人事が与党という私的な結社の内部的行為によって代位されるという現象である。そこに、責任と権力の不均衡という病理が生まれる。官僚制の党派化とは、行政部官僚制が政権政党の党派的主張を政策形成の際の自明の前提として行動するようになることをいう。野党の無化とは、政策形成に利益を表出したい集団にとつて野党が意味をもたなくなることをいう。(この間の議論は、詳しくは拙著『一党支配体制の崩壊』(岩波書店、一九八九年)を参照していただきたい。)

最近の政治学における一つの流れに、立法過程における政党の役割を高く評価するものがある。特に従来政策過程から疎外されていたと考えられていた野党が、政策形成にある程度の影響力を行使し、利益表出機能を果たしているという主張が近年聞かれるようになった。しかし、野党の果たす影響力の源泉は、政策の実体レベルに関する知識や技量の獲得にあるのではなく、国会における法案審議の議事日程の設定など、専ら手続きレベルのノウハウの獲得にある。これが国対政治と呼ばれる議会政治のスタイルを生みだした最大の要因なのである。野党が矮小な利益配分に参入すること、制度上の主体としての国会が政策課題を発見する感受性や政策形成能力を高めることは全く

別次元の問題である。

議院内閣制の議会においては、政権をめぐる政党間の対等な競争が展開されることが不可欠の前提となる。しかし、日本においては与党は与党であるが故にますます情報を蓄積し、野党は野党であるが故にますます情報から疎外されるという悪循環が存在する。したがって、国会改革の最大の課題は、与野党間で対等な政治的競争を行うための制度的基盤を作り出すことである。そのためには、強い立法院を目指して規定されたさまざまな制度を、野党を強化するために手段として際活用するということが必要となるであろう。