

自己決定権の総合的考察

——法における新しい人間像析出の観点から——

(研究課題番号 13620016)

2002年度に研究期間が終了する科学研究費補助金
(基盤研究(C)(2)、2001・2002年)
研究成果報告書

2003年2月

研究代表者 笹倉秀夫

(早稲田大学法学部教授)

2001年度・2002年度科学研究費補助金（基盤研究(C)(2)）
研究成果報告書

自己決定権の総合的考察
——法における新しい人間像析出の観点から——

研究代表者 笹倉 秀夫（早稲田大学法学部教授）

研究経費

2001年度	1,000,000円
2002年度	900,000円
合計	1,900,000円

研究発表

- 笹倉秀夫 「「実定法的原理」考」、
『三島淑臣先生古稀祝賀論文集』（成文堂 2003年（予定））
笹倉秀夫 『法哲学講義』（東京大学出版会 2002年9月） 460頁
笹倉秀夫 『丸山眞男の思想世界』（みすず書房 2003年（予定）） 500頁

はじめに 研究実績の概要

本研究が課題としたのは、自己決定権の総合的考察である。報告者は、2001年度と2002年度とにわたって、憲法や労働法・社会保障法における自己決定権論を考察するとともに、民法における成年後見制度や、刑事法における修復的司法や、被告・被害者の新しい位置づけ等についての議論を追いつつ、自己決定権をめぐる新動向の把握と、そこから導き出される理論的意味について、考察を進めた。

また、法実務における新動向の背景をなす動きを知るために、現代社会における個人の位置をめぐる哲学・思想分野の新動向、とりわけ、ポストモダニズムにおける「個人」の位置づけと、それとは別方向をとる、社会哲学上の現在における個人存在の再評価論（リベラリズムや市民法原理論）についても、考察を進めた。

報告者は、こうした考察を通じて、まず、自己決定権の根底にあるものとしての幸福追求権を深め、それを根本原理として法体系を見た場合に、人権に関わる法の全体がどのように位置づけられるかを、「幸福追求権から構築した人権論」という文書にまとめた。また、自己決定権に関する議論は、実定法から出発しつつその根底にある法原理を明らかにしようとするものであるから、そうした原理論を方法論的に位置づける必要がある。そこで、「「実定法的原理」考」と題する論文を書いた（2003年度中に出版）。そのほか、法哲学の教科書（『法哲学講義』）を2002年9月に行うに際して、自己決定権論についての部分を新しい知見に基づいてかなり改訂した。また、ポストモダニズムの位置づけについて、2003年3月に出版予定の『丸山眞男の思想世界』の著作の中で論じた。

成年後見制度や修復的司法などを含めた本格的考察のまとめは今後の課題であるが、上述の成果をふまえて、考察を進めることによって、早期に成果の出版に入りたい。

The main object of this project is to construct a general theory of personal autonomy (self-determination). On this account, I carried on a research in the years 2001 and 2002 to describe the new trend of theory of personal autonomy in the fields of constitutional law, labor law and social welfare law. I also studied the new system of adult guardianship in civil law, and the movement of restorative justice in criminology, as they are deeply concerned with the new trend of personal autonomy. These research all suggest that a new theory of personal autonomy is necessary not only to modernize social institutions but also to strengthen personal initiative in order to overcome post-modern alienation. To understand the theoretical background of this phenomenon, I analyzed post-modernistic social theories.

Based on these research, I have written some articles in the year 2002. First, I published "Philosophy of Law", in which some chapters are dedicated to the description of the new trend of the theory of personal autonomy. I also wrote an essay "Legal Principles", in which I constructed an original methodology to handle the theory of personal autonomy.

目次

- 1 笹倉秀夫 「「実定法的原理」考」、—— 3
(『三島淑臣先生古稀祝賀論文集』、成文堂、2003年(予定)、所収)
- 2 笹倉秀夫 「幸福追求権から構築した人権論」—— 17
(笹倉秀夫 『法哲学講義』、東京大学出版会 2002年9月、所収)
- 3 笹倉秀夫 「自己決定権」—— 23
(笹倉秀夫 『法哲学講義』、東京大学出版会 2002年9月、所収)

1 「実定法的原理」考

序

筆者は、『法哲学講義』(東京大学出版会、二〇〇二年)の第一七章において、抵抗権を理論化するためには「実定法的原理」が必要であるとした。たとえば、市民が不当な権力行使に抵抗して起訴され裁判で争う場合に、自然法をもち出すのでは展望はない。裁判上の議論は実定法に根ざさなければならないからである。とはいえ、抵抗権は世界中でごく例外的にしち明文化されていない。明文の規定がない場合に、どうすれば実定法による根拠付けが可能か。この問いに対し、それには実定法の個々の規定から出発してとらえた原理や、実定法生活が前提にしている原理を析出する作業が重要であるとしたのである。これが実定法的原理の問題である。

『法哲学講義』では、こうした実定法的原理の問題と並んで、トピック的な思考におけるトポスや、ドヴォーキンにおける maxim (法格言) や principle (法適用上の原則)、さらに「市民法的原理」(本稿では「近代法」の原理と呼ぶ)や、「事物の本性」の議論、「条理」を扱った。これらの間には重要な関連がありそうだが、その点についてのまとまった考察は割愛した。

本稿は、この考察を課題とする。この作業を通じて法解釈学と法哲学・法の社会科学との連関を鮮明にさせることを狙う。

1 「実定法的原理」とはなにか

実定法的原理とは、上に述べたように実定法の根底にある原理のことであり、実定法の秩序を体系的・歴史的・社会学的・哲学的に考察することによって——すなわち制定法を越えて、実定法の全体構造や運用原則、それを形成してきた人々の基底的な共有観念・精神を探る中から——獲得される原理である。

これを論じることが可能であり必要であるとする根拠は、次の点に求められる。

- ①実定法の根底には、人々が現実に形成し営んでいる法的な関係があり、それらは蓄積して一つの法制度を形作っている。この法制度は、ある原理にもとづいて機能している。
- ②実定法が歴史的に形成されるときに、一般生活上の、あるいは法生活上の特定の観念が

規定的な働きをした。それらは制度の前提を成している。そうした形で働く原理は、それを継受した国でも、尊重されなければならない。

こうした議論をすると、形而上学的に響くかもしれない。しかしじっさいには、これまでの法実務においても、われわれは、制定法を越えて、しかしいきなり自然法に訴えることはしないで、法的問題を処理してきた。

そもそも制定法のほかに慣習法と判例法、条理(これら四つを総称して実定法と呼ぶ)が法源としてあるし、制定法の解釈にさいしては、文理解釈のほかに、体系的解釈、立法者の意思・歴史的コンテクストからする解釈、現実の妥当性を目的論的に考える立法意思解釈を欠かせない。

しかし、ヨリ重要なのは、次の点である。すなわち実際の法実務では、実定法に明記されていない法命題が、実定法と同様に妥当している。これが、前述のトピック、**maxim**、**principle** の活用である。たとえば、「契約は当事者のみを拘束する」、「**clean hand** の原則」、「疑わしきは被告人の有利に」、事情変更の原則といったものは、明文規定がなくても、法律家の間で常識となっており、そのことによって大きな働きをするのである。あまりにも常識なので、改めて法文化しなかったという点もある。

この点を問題提起した有名な判決として、ニューヨーク州控訴裁判所の **Riggs v. Palmer** (22 N.E. 188,1889) 判決がある。遺言で相続人に指定された孫が、その地位を確保するために被相続人を殺した事件で、裁判所は、「誰も自分の違法行為から利益を得ることはできない」といった法命題を「**コモン・ローの基本ルール fundamental maxim of the common law**）」と呼び、これによって相続法の規定の妥当を制限した。ドヴォーキンは、こうした考え方を1967年の論文で理論化し、**principle** を法として扱い、制定法の欠缺を埋めるものとして位置づけている¹⁾。

最近、星野英一は、『民法のもう一つの学び方』(有斐閣、二〇〇二年)において、この点を詳しく論じている(第4講。初出は一九九三年)。かれは、上のトピック、**maxim**、**principle** に対応するものを「原則」と呼び、それらが、民法の規定の中にないけれども条文と同じ拘束力をもつとする。「誰も自分の有する以上の権利を他人に移転できない」とか「すべての債権者は平等に扱われる」とかいった法諺の法命題がそうである。星野は、これらが妥当する根拠として、①それら自明の原則は、立法時に「あえて明記する必要がない」とされたためであり、効力ある法命題であることが前提になっていた。②これらは「法律意思」ないし「立法者意思」によって正当化できるからだとする(八五頁以下)。(星野が、この②の点を根拠としてあげていることについては、議論の余地がある。それらが常識なので、明文化される必要がないとされた、とするならば、ことはたしかに立法者意志に関わる。しかし、それにあてはまるのは一部の規定である。判決や法文から帰納させる作業が、多くのものについては必要であり、それは、後述するようにむしろ体系的解釈に関わる。)

そのさい星野が念頭に置いているのは、主として法実務の中で承認されてきた法準則で

*1 Ronald Dworkin, The Model of Rules, in: University of Chicago Law Review 14, 1967. Principle については、Melvin A. Eisenberg, The Nature of the Common Law, 1988, Chap. 6 が興味深い。

ある。星野は、「制度の根拠として学問的に主張されているもの」や「学理的にいくつかの（あるいは多くの）条文から構成された原則」——すなわち本稿において重要となる実定法的原理、とりわけ「近代法」の原理——を議論の対象から外すとしてしている。しかし、星野は、「常識的に、あるいはその国の法律体系上、たとえば近代法上当然とすべき法命題は明文がなくても解釈上認められる」とも述べている（八九頁）のであるから、かれは、実際には実定法的原理の問題に接近している。

実際、maxim、principle を使う根拠を、法実務において蓄積されてきた共通観念に求めるのであれば、ある法制度の根底において原理として働いているもの（実定法的原理）もまた、その延長線上で考える可能性と必要とがある。共通観念とは、たんに法諺のかたちでのみあるものではなく、法制度や法制度の根底にある社会制度の、運用の態様や思想的基礎からも読み取れるものだからである。

このような実定法的原理に基づく議論は、具体的には次のように展開する。

（1）拙著『法哲学講義』では、抵抗権について、二つの理由付けを提示した。第一に、人権の形成は人民の抵抗と不可分であり、それゆえ抵抗権を欠いては人権は支えを失うという認識から、〈人権を擁護する以上、抵抗権を承認しなければならない〉という当為命題を帰結させる議論である。第二は、国民主権は、個人の本源的な必要である生命・財産・幸福追求・共生、すなわち人権を確保するために国家があること、公務員は、こうした個人である国民の信託を受けて政治を行うのであり、それゆえ人権や国民主権を侵害する国家機関は、きわめて重大な義務違反を犯したものであり、その時に主権者である国民＝個人からの不服従・抵抗を受けても、それを排除する正統性を有しない、という議論であった。

拙著ではまた、社会福祉において個人の「その人なりの生き様」に着目する自己決定権が重要なのは、自己決定が人間のもつ本源的な心理的欲求の一つに関わっているからである。すなわち人間は、自分なりの人生目標を設定してそれを自分で生きたい（自己実現）という根元的欲求をもっている。この欲求が満たされてこそ幸福追求が現実のものとなり、それを認めないことは、その人間性を否定することになるからである、と議論した。

拙著での象徴天皇制論も、実定憲法の根底にある原理を哲学的に析出することによって、実務の指針を提示する点で、実定法的原理に関係している。

これらは、明文に規定はないが、しかし実定法に内在した原理を析出する作業による理由付けである。

（2）広中俊雄は、「北方ジャーナル事件」の最高裁判決（一九八六年六月一日）が人格権に基づく差止請求権を認めたことを評価する。そのさいの理由付けは、「人格秩序」が「二〇世紀中葉以降における市民社会の存在理由にかかわる根本的秩序」であるから、「人格権をそれ自体の価値において把握しつつ欠缺補充として人格権に基づく差止請求権を認める」ことが必要だとするものである（『民法解釈方法に関する一二講』有斐閣、一九九七年、八七頁）。

広中は、「民法典の表面的印象をしりぞけ、法の形成・存立の基盤である社会の次元に立って」民法を把握する作業を重視し、そうした社会学的認識によってとらえた、制定法から独立しその基盤を成す民法秩序を「実質的意味における民法」と呼ぶ（『民法綱要』第一

卷総論、上、創文社、一九八九年、八一頁)。広中は、現代市民社会については、その根底にある秩序として「人格秩序」を析出し、その重要な要素として「人格権」を位置づけ、それに基づく解釈によって、〈人格権に基づく差止請求権〉を認めていない制定法の欠缺を埋めようとするのである。

この議論は、制定法からは独立に、しかし、別の法源である「条理」にもよらず、「自然法」にも依拠せず、実定法的前提にしている秩序・法制度に関わる原理を析出して法解釈を行うものである。

(3) 渡辺洋三によれば、法治主義の本質は、第一に、適法な処分にしか法的拘束力を認めないことにある。違法な行政処分に拘束力を与えることは、法治主義の本質とは相容れない。ところが「公定力」の制度は、それに拘束力を与える。「公定力」の根拠として「適法性推定」を持ち出すことは、自己矛盾である。法治主義の本質は、第二に、「国民の権利保障のために行政権を法で拘束する点」にある。したがって、何が法であるかを決定するのは、行政権ではなく裁判所である。この点からも「公定力」はおかしい。しばられる当の本人が自己をしばるものを決定するというのは矛盾である。(「法治主義と行政権」、『思想』、一九五八年、『法社会学研究』第一巻、七三-七五頁)

この議論も、法治主義の本質を考察することによって、そこから引き出した命題に基づいて「公定力」問題を方向付けるのである。

以上のように、実定法的原理は、現行の実定法をそれによって根底的に問い直し、ある実定法がそうした原理に反している場合は、ヨリ上位の実定法と関連づけつつ、その法の無効=悪法性を問題にしたり、その実定法をできるだけ限定的に運用するなど、ラディカルな法批判・立法・解釈を可能にするのである^{*1}

以上のようなものとしての実定法的原理は、自然法の原理に似ているが、しかしそれとは異なる。実定法的原理は、実定法を超越したところにある原理ではなく、実定法に内在して働いている原理であり、それを現実の社会的な関係において析出するかたちで問題になるものだからである。

実定法的原理の発想はまた、いわゆる概念法学の発想とも似ている。〈個々の制定法の根底に法原理が働いており、体系がある。個々の実定法は不完全であったり欠缺があるが、それは、法命題をそうした体系との関連や原理からの演繹で獲得することによって補充できる〉という考え方が、悪名高き「概念法学」にみられることは事実である。しかし、考えてみれば、原理や体系性獲得の努力自体は、学問の共通課題である。法学ではそれは法教義学として発達してきた。従来法教義学、とくに概念法学が問題であったのは、こうした原理や体系性を、もっぱら論理と隠れた形而上学とに頼って獲得しようとしたからで

*1 この点について、渡辺洋三は言う。「われわれに必要なことは単に実定法の規定そのものを理解することだけではなく、実定法を支えているところの根拠ないしその底に働いているところの法原理を価値的に判断することでなければならない。〔・・・〕その基準は、実定法の中にはなく、当該使用関係そのものの実態とそれに対する価値認識の中に求められねばならないであろう。」(『民商法雑誌』、三八巻三号、一九五八年、四〇〇～四〇一頁)

ある。それを、次に述べるように現実の社会関係の分析を踏まえ、すなわち社会科学学的に行うことは、けっして批判されるべきことではない。「概念法学」に反発するあまり、『制定法を超えてその体系的原理を学理的に追求し、それを解釈に生かす』という手法までも放棄するとしたら、それはお湯とともに赤ん坊まで流してしまうことに他ならない。

こうした原理の適用は、それゆえ体系的解釈に関係する。体系的解釈は、個々の明文規定が論理的な体系的連関にある、その総括原理を析出する作業を前提にするし、また、或る制定法を根底において規定している原理（それはその制定法の中にあることもあれば、他の基本的な法律の中、さらには、その制定法を一構成要素とした法体系全体の基底に働く原理であることもある）の析出を前提にしているからである。

これはとりわけ、そうした原理を実定法学上の原則として具体化する作業について言える。たとえば、イェーリンクは「契約締結上の過失 *culpa in contrahendo*」理論を確立させたが、これは、信頼利益の保護 (*Vertrauensschutz*) を理論的に契約において具体化したものである。また、ドイツで人格権にもとづく差止請求権が理論構成されたのは、法学が、現代社会におけるマスメディアの発達によってプライバシーの権利の侵害が起りやすくなっていることの認識を押し出し、それに対応して基本法の人格条項から出発して不法行為理論を具体化したことによる^{*1}。

2 「近代法」の原理とはなにか

近代社会の法(近代法)を社会科学学的に——すなわち法史学・法思想史学的研究と法構造の分析によって——考察し、そこから得た「法原理」を、法解釈学において、法イデオロギーを批判し法解釈の方向を考える基礎資料として活用しようという、日本の法学上の立場がある。その際、作業の前提として理念化された近代法は、また「近代市民法」ないし「市民法」とも呼ばれ、そこから得た「法原理」は「近代法」の原理とか「市民法原理」とかと呼ばれ、そうした原理に基づく法解釈学は、「近代法論」とか「市民法論」とかと呼ばれる。

「近代法」の原理論は、戦前・戦後の日本で社会科学に大きな影響を及ぼしていた、マルクス研究やヴェーバー研究をベースにし、かつ経済・法・歴史学・社会学等を総合的に結びつけた理論として展開した。代表的な論者としては、川島武宜、戒能通孝、渡辺洋三、広中俊雄、清水誠、原島重義、石田喜久夫（ともに民法）、高柳信一（行政法学）がいる。

〈明文の規定はないけれども、そうした根元的考察よって得られたもの〉として働く「近代法」の原理には、次のようなものがある。

(1) 近代の法の根本原理。これはたとえば、個人尊重、国家優越の否定、集団主義の制限、君主制のある国家での君主制の制限、三権分立、法と道徳の区分、民事不介入（私的世界の尊重）などである。

(2) それぞれの近代実定法部門に特有な原理。これは、たとえば民法においては、自力救済の制限、私的自治・自己決定の尊重、主観的・情緒的要素からの私法の独立、外国

*1 Larnz/Canalis, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.247 f.

人にも権利能力、所有権などを認めることといったものである。憲法においては、さまざまな人格権、自己決定権、環境権、知る権利などである。さらに、刑法における、当事者主義、超法規的違法性阻却事由としての抵抗権、遡及効の禁止、適正手続、類推の禁止、「疑わしきは被告人の利益に」などの原則や、行政法における法治主義、国家に特権的な地位を認めず司法裁判に服させ、またできるだけ私法的に処理するという原則、情報公開を原則とするなどが、そうである。

(3) それぞれの近代実定法部門の構成部分で問題になる原理。とくにここでは、何を原理とするかは「近代法」の原理論者の間でも見解が分かれる。

たとえば民法において、入会権の進むべき方向について、近代的な主体の契約的關係として確立していくことを重視する立場（川島武宜）と、民主化された村落の共同性を重視する立場（戒能通孝）がある。

近代的土地關係の「近代性」がどういう關係を指すかをめぐっても、自由な所有に基づく所有権の強化（絶対化）が近代法の原理だとする立場（川島武宜）と、近代イギリスでは貴族の土地所有に対して農業資本以下の借地権が自己を確立していったのだから、それをモデルにして借地権（用益権）の優位が近代法の原理だとする立場（初期の水本浩、渡辺洋三）がある。

以上から分かるように、「近代法」の原理は、実定法的原理の一つである。実定法原理といっても、今日において前提になるのは近代法であるから、その法原理はすなわち「近代法」の原理でもある。このようにして「近代法」の原理もまた、実定法から離れた思弁によって獲得される自然法原理ではない。しかしそれは、法律実証主義、すなわち実定法の条文に明文化されていることのみには固執することからは得られない。

このような「近代法」の原理は、具体的にどのように使われているか。

この点で第一に着目すべきは、「近代法」の原理を呈示することによって、戦前戦後の遅れた（前近代的な）日本社会を近代法の理念に照らして批判し、近代化に向かって社会や法の進むべきことを説く課題である。たとえば、日本人には、権利主張が弱く、ましてや権利擁護のために裁判をも辞さないという意識が弱いことや、契約をきちんと結ばないとか契約の文言を厳密に実行しないとかの傾向があることの批判、「家」観念の批判、部落差別・女性差別・民族差別・障害者差別などの批判などである*1。

第二には、近代法理念に基づいて、法実務上の具体的提言をすることが挙げられる。

以上を具体例で示せば、次のとおりである。

(1) 市民社会の国家は市民の合意(=法律)による。したがって、法的根拠のない行政

*1 渡辺洋三『法というものの考え方』岩波新書、一九五九年。川島武宜『日本人の法意識』岩波新書、一九六七年。

行為に公定力を認めない¹とか、あるいは、近代法の基底には商品交換の法則がある。行政行為はそれを基盤にしている場合には近代法に服すべきであり行政権の優位を主張し得ないと、高柳信一、渡辺洋三は論じる。

(2) 広中は、近代法の抽象性の原理、とくにかれが近代契約法の研究を通して得た、〈有償契約においては人的要素が捨象される〉という原理から出発して、当事者間の友情関係が賃借人によって裏切られたとか、賃借人に不道德な行為があったからといった、賃借人の「背信」を理由とした解除は行えないとする²。

(3) 原島や石田は、大企業が約款を作りそれを契約に当たって「異議を述べないと承認したものとみなす」として消費者に押しつけてくる最近の問題に対して、「近代法」の原理である私的自治と平等の原則に反する。契約の一方当事者が自分の契約案を法規範として強制することなどあり得ない、と批判する³。

(4) 夫婦別姓選択制度に関する次のような議論もある。すなわち、「法制度の議論としては、法制度の基礎にある考えかたをふまえなければならない。」夫婦別姓選択制度は、憲法が保障する「個人の尊重」の当然の帰結であるばかりでなく、「近代法の原則にしたがったものなのである」。「個人よりも家族を優先させる発想は、近代法の原理に反するものであり、別姓選択制度を否定する法的な論拠とはなりえない。個人の尊重が法の基本的な原理である以上、夫婦別姓選択制度は、氏名にこめられた個人の独立性の保持と、自由意思による変更の可能性を保障するものとして、必然的な制度だといえるのである。」(高橋菊江・折井美耶子・二宮周平『夫婦別姓への招待』有斐閣選書、一九九五年)

(3)・(4)のケースから窺えるように、「近代法」の原理論は、その理論がモデル化した近代のイメージに照らして、日本に残る前近代性を批判する近代的役割だけでなく、「自己決定権」などの提唱によって、現代において個人の主体性を取り戻す、ないしいつそう促進するという近代的役割をも果たすものなのである。

では、近代法を考察して得た原理が、どうして近代社会ないし近代法をベースにした法実践が目標にすべきもの(「近代法」の原理)だと言えるのか。これに対する答えは、次

*1「本来、実質的意味における「法律による行政」の立場からいうなら、国民に不利益な処分を課するのは、法律によって、すなわち国民自らの意思によってそのことがはっきりしている場合に限定されねばならない。それがはっきりしておらず解釈上疑義がある場合には、主権者たる国民の意思が明確でないのだから、そんなあいまいな場合にまで不利益処分を課することは到底許されないのではなかろうか。それを行政目的のために許すことは、行政を法すなわち国民の意思に従属させる所以ではなく、逆に法すなわち国民の意思を行政に従属させる結果にならないだろうか。」(『法治主義と行政権』、『法社会学研究』第一巻六五頁注4)

この点については、広渡清吾「潮見・高柳・渡辺法学の検討」『社会科学研究』三二巻一号、一九八〇年、渡辺洋三『法というものの考え方』八六頁以下。

*2 広中他編『民法の基礎知識』有斐閣、一九六四年、第一三問。これに対しては、市民法論批判の立場からの星野英一の書評がある。『東北法学』二九巻二号、一九六五年。

*3 原島重義「契約の拘束力——とくに約款を手がかりに」『法学セミナー』一九八三年一〇月号。石田喜久夫『民法秩序と自己決定』成文堂、一九八九年。

いようなものであろう。

(1) 典型的な近代法である、ナポレオン民法典や、フランス革命期の憲法、アメリカの独立宣言、ドイツ民法などに内在する原理を探っていくと、上述のような原理に至る。また、それらを準備した近代法学者の法理論も、そうした原理を基軸にしている。日本はそれらを母体にした法を継受したのであるから、その原理も引き継いでいるはずだし、いっそう引き継ぐべきだということである。

(2) 近代社会の考察からは、次のようになるだろう。

①イギリスが近代国家の典型であるが、このイギリスにおいては、法の支配や、地方自治、自由な所有、国家を特別の権力国家とは見ない伝統があり、市民と国家の裁判は司法裁判所で行われたとする説明があり得る。

これは、第一には、近代法は、本来、こうした原理と不可分であったのだから、近代法を導入した以上は、そうした原理をも導入しているはずだし導入すべきだ、という形で、当為につながる。それは、第二には、それが典型的な近代であるから、他の国も、それに向かうべきだという形で当為につながる。

(しかし、これに対しては、イギリスがどこまで近代国家の典型であると言えるか。ドイツのような国家発展も、近代国家の成立のひとつの道である。これを基底におくことはなぜ許されないか。イギリスやドイツが近代の典型であっても、それを日本がモデルにするべきだという論理が成り立つか、という疑問がありうる。)

②現代社会は産業資本主義の上に成り立っているが、産業資本主義社会の根底には商品交換があり、その論理を分析すると、自由な人格、自由な所有、契約の自由といった上述の原理に至る。

これは、近代市民革命や商品交換を基礎においた生活を共有することによって、人々の間には、それらの制度の原理、それらに見合った「ものの見方」が定着していく(これが「近代法」の原理の定着である)。そのことによって、「近代法」の原理は、近代の人々の共通理解にもなっている。したがって、そうした原理を基礎とすべきだという形で当為につながる。

「近代法」の原理論者には、しばしば「それが歴史の発展方向・法則だから」という言い方が見られたが、〈近代法はこうである〉と〈こうなるべきだ〉との結びつけが重要であり、それは、上に見たような形で、事実認識と当為命題の間に働く、両者を媒介する共通了解事項に求められる。すなわち、「制度を導入する以上は、その原理をも導入しているはずだし、導入すべきだ」、「近代の典型が、近代を目指す他の国家のモデルとなるべきだ」、「人々の生活の中で原理として働いているものを、法も尊重すべきだ」といったものである。このことはまた、〈必然の法則〉などといった固いものを議論の前提にしないとも、よいことを意味する。〈必然の法則〉が法の妥当性をもたらすのではなく、人々の共通了解をもたらすのだからである(拙著第三章参照)。

ところで、上述したような、「近代法」の原理論の前提になってきた事実認識は、そもそも正しいか。この点については、今日では、かなりの修正が必要である。

1) 「近代法」の原理論のある論者は、大塚久雄らの経済史研究(「大塚史学」)に依拠して、近代社会の形成期、すなわち中世が終わり市民革命・産業革命を経て産業資本主義が確立していくまでの時期には、上述の原理を体現した近代的主体が独立自営の生産者と

して広汎に認められたとする。(大塚はその理想化がロビンソン・クルソーだとする。すなわち、無人島にたった一人漂着したが、理性を働かせ勤勉によって、安定した生活を着々と築き上げていった良心的な人物である。大塚の出発点には、マックス・ヴェーバーが「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」で描いたような初期企業家のイメージがあった¹⁾。) この見方に立つ人々にとって産業資本主義が確立して以降の社会は、独立自営の生産者が産業資本家と労働者に分解し、労働者に対する産業資本家の搾取・差別と人間疎外とが進行していく社会なので、もはや理念化された近代市民社会に対応する社会ではなかった。

しかし、この見方に対しては、疑問がある。それは第一に、近代的な主体だとされる独立自営の生産者は、古い農村社会の伝統の中に浸っていた存在であり、かれらはまた家父長的關係のトップにある権力者であり、近代主義的に理想化されたような自由と民主主義を担う存在ではない。産業資本家も、(一八〇〇年代後半の) イギリス・ヴィクトリア期の社会に典型的に見られるように権威主義的で男尊女卑であり、けっして理想化されたような自由と平等の精神を持った近代的な主体ではなかった²⁾。

第二に、イギリスが近代国家の典型とされているが、このイギリスがどこまで近代国家の典型であると言えるか。ヴィクトリア時代に至っても、イギリスには上流階級の特権が色濃く残り、身分制の観念が強く、パターナリズムや権威主義が強かった。また、近代国家には多様なものがある。たとえば、半ば封建的なユンカーや権威主義的な官僚を基盤にして、非民主的な国家が上から近代化を進めるというドイツのプロイセン型の近代化モデルもある。後者でなくて、なぜイギリス・モデルを持ち出すのか、という疑問があり得る。結局、一面的なイギリス像が近代イギリスを理想国化させたのではないか、という疑問が湧くのである。

2) 「近代法」の原理論者は、自由や人権、自治、法の支配、民主的共和制などの観念が近代社会において形成されたのであり、その根底には、中世的な生活様式を打ち破って成長してきた近代市民の自由を求める運動がある、またその基盤としては、資本主義的な生産関係があると見る。それゆえ、〈自由な近代〉と〈不自由な前近代〉が対比される。

しかし、ヨーロッパ史を振り返ると容易に分かるように、そうした諸観念は、ギリシア古代以来発達してきたものであるし、さらに中世における自由、すなわち自立した諸勢力が権力に対して自己主張をし、政治世界を双務契約によって形成していった伝統にも根ざすものである。したがって、単に近代化すれば(近代資本主義関係を導入し、近代法を採用すれば)、自由な社会になるといったものではない。また近代を前近代の伝統に立脚したエートスがどう支えているかの考察も重要である³⁾。古い伝統が近代を支えていたと見る歴史の重層構造についての見方が必要なのである。

*1 『大塚久雄著作集』第八巻「近代化の人的基礎」(岩波書店、一九六九年) 参照。

*2 拙著『近代ドイツの国家と法学』及び、拙稿・前掲「女性史から見た〈ヴィクトリア時代から一九二〇年代へ〉」。

*3 拙著『近代ドイツの国家と法学』参照。大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化』(日本評論社、一九九二年)一八頁以下参照。

3) 近代の法の研究から抽出できる原理には多様なものがあり、その中から特定のものが選ばれるのは、どういう手続きによるかということも問われなければならない。たとえばナポレオン民法典をはじめとする当時の近代法からは、自由な人格、自由な所有、契約の自由といった原理とともに、家父長制、結社の制限、強力な国家的集中、司法権が弱く行政権が強いといった傾向も認識として引き出せる。その中からなぜ、自由な人格、自由な所有、契約の自由が選び出されるのか。これは結局、ヨリ根底にある憲法的価値に照合させるからであろう。

4) また、水本や渡辺は近代法の原理として借地権の優位を挙げ、それを基準にして借地権者保護を解釈基準にしようとした。しかし、瀬川信久^{*1}によれば、一九八〇年代以降の日本では「借地権者」が多様になり一様に保護すべきではなくなったため、もはやこうした基準では対応し得なくなった。たとえば水本は、近代法の原理を重視する立場を放棄しケース・バイ・ケースで利益考量によって処理するようになった。

以上を要するに、「近代法」の原理の新しい展開のためには、まず、新しい歴史認識の再構築が欠かせないのである。

3 「事物の本性」との関係

法の解釈において、「事物の本性」は、事物の特質や構造を哲学や社会科学によって明らかにし、それに対応した法解釈を進めるかたちで使われる。「特質」は必ずしも原理ではないが、「構造」はかなり実定法的原理と近づく。

(イ) たとえば解釈の論理的前提として、「等しいものは等しく、異なるものは異なって」扱うことが要請されている。したがって、事物の構造について、等しく扱うべき関係や、異なって扱う関係を、社会科学によって明らかにすることが、解釈を左右する。

(ロ) 解釈の実践的目標は、事物の構造からして、或る解釈をとることによって達せられ、或る解釈をとることによって妨げられる。こうした解釈の実践的帰結に関する考察は、科学的認識作業である。しかし、促進されるか妨げられるかの道を提示することによって、解釈の方向が変わってくる点では、その考察は、同時に実践的にも意味を持つ。

その具体例を挙げてみよう。

(1) たとえば、公務員は、国家公務員法や地方公務員法によって争議行為を禁じられている。しかし、かれらの労働実態を観察すれば、かれらが「普通のサラリーマンと同じように、自分の労働と引きかえに月給をもらって生きている賃金労働者であることは、うたがいをいれない」(渡辺『法というものの考え方』岩波新書、一九五九年、一三一頁)。少なくとも、そういう態様の公務員がいることは否定できない。そうした公務員を、異なって扱う正当な理由がない場合には、普通のサラリーマンと事物の本性が同じであるという判断し、その認識を「同じものは同じに扱うべきである」という正義の原則ないし憲法一四条に結びつけて、処理するのである。

(2) 公共用財産または公共用営造物の使用をすべて公法上の利用関係であるとする見

*1 瀬川信久「民法解釈論の今日的位相」(瀬川編『私法学の再構築』北海道大学出版会、一九九九年)参照。

解がある。しかしたとえば病院、電車、学校、住宅等々が国公立である場合も、設置目的が当然に公法的であるとは言えない場合がある。また、設置目的が公益性をおびているとしても、使用関係の態様が私法的であるということもあり得る。「私法的な関係は、私法的に処理すべきである」のだから、設置目的ないし運用実態という、事物の本性に照らして私法的である場合には、私法的に処理すべきである^{*1}。

(3) 入会権の性質について、「当該権利関係の実態に照らし私法的側面が当該権利関係の一般的基礎的側面であること、したがって民法的原理が基本にあり地方自治法原理はそれに従属するものであることは明らかである^{*2}」という認識をもつ。これに基づいて、伝統的な入会権公権論を否定していく。

(4) 学生懲戒は、教育行政上の自由裁量行為だとしても、処分の根拠である、事実認定と法規解釈は、行政主体しか判断できない本性のものではなく、客観的判断が可能だし、それを満たすものでなければならないのだから、司法審査に服させ得る^{*3}。

事物の本性は、ある事柄・関係のもっとも基底的な要素を析出するのであるから、それは実定法的原理と内容的に重なることが多い。

4 「条理」との関係

条理とは、広中によれば^{*4}、ポアソナードの *équité* に相当する語である。すなわち、それは、人々が共有する衡平観念、健全な常識にかかわっている。そうであれば、条理の認識は、実践理性によって行われるのであって、社会科学や論理解析を基礎とした理論理性の作業によって行われるのではない（実定法原理もまた、法を運用する人々の合意・共通観念を対象にするのではあるが）。条理はまた、一つの法源である。それゆえ、条理は、実定法の根源にある原理や特質である実定法的原理や「事物の本性」とは、レベルを異にする。

とはいえ、条理は時代によって社会関係によってその内容を変える。近代法が基盤となっている社会では、それに応じた「近代法の常識」（「市民法の常識」）が育つ。それゆえ、条理もまた、近代法に即応した条理があり得る。この点では、条理は、近代においては実定法的原理の一つとしての近代法原理に対応することになる。

たとえば、次のような場合は、立派な近代法的条理である。「およそ自力救済に関する解釈は、「条理」による欠缺補充の問題に属するのであり、解釈上、他の特殊的自力救済も認められる余地があるということに注意すべきであろう」（広中『民法綱要』一五八頁）広中は、近代社会の主体である人間の、社会生活における常識的な必要として自力救済を認めるというのである。こうした考察は「近代法」の原理の問題に近い。

似たようなケースとしては、国家無答責の原則が貫徹していた戦前においても、当初、無答責として扱われていた、国立大学病院での医療過誤が、やがて国家機関も非権力的作

*1 渡辺洋三「公法と私法(五)」、『民商法雑誌』三八巻三号、一九五八年、三五・三六頁。

*2 同「公法と私法(六)」、『民商法雑誌』三八巻四号、一九五九年、三四頁。

*3 同『法社会学研究』第一巻三七頁

*4 広中『民法綱要』第一巻総論、上、創文社、一九八九年、五三頁。

用については故意過失による損害賠償を支払うべしとして、扱われるようになったことが挙げられる。これは、戦前といえども、『市民法（としての近代民法）が採用されている以上、その原則が民法が対象にするのと同質の関係には妥当すべし』となったからである（渡辺洋三『法というものの考え方』六八頁）。すなわちこれは、実定法的原理の問題であり、かつ条理の問題でもある。

5 解釈上の位置

筆者は、『法哲学講義』三六四頁において、法解釈の作業を図によって示した。

その図において、ある法文——制定法・慣習法・条理のどれか——の解釈は、通常、文理解釈から始まる。それだけでよい場合は、図の右の①の「文字通りの解釈」で処理する。文理解釈だけですまされない場合（文意が不明である場合や、文理解釈だけでは、体系的に不整合であるとか、実際に不都合な場合など）は、さらに上昇して、順次、体系的解釈、立法者意思による解釈、歴史的コンテクストによる解釈を経過し、最終的には、立法意志による解釈に至る。それぞれの段階で、さらに上昇する必要のない場合には、図の右の①から⑦までの解釈のいずれかで、結論を出す。また、最終的な立法意思における目的的判断からして、やはり文理解釈、体系的解釈、等々で行くので十分だということになった場合は、図の破線のように、下降してきて、文理解釈、体系的解釈等々を再経由して、①から⑦の解釈によって処理する。

この図に位置づければ、次のようになる。

（イ）実定法的原理による解釈は、上述のように「体系的解釈」に入る。

（ロ）〈ある種の法原理は自明だから立法化されなかった〉とする場合は、立法者意志の問題ではある。

（ハ）条理は、法源の一種だから、「ある法文」に入る

以上を踏まえると、たとえば次のような論点が出てくる。

広中「「条理」による公然欠缺補充の方法としては、類推によることができない場合の補充方法であり、」（『民法綱要』七〇頁）といているが、これは、厳密に言えば、「制定法と慣習法に対する類推によっても欠缺を補充できない場合には、第三の法源としての条理をもちだす」ということである。類推による欠缺補充は、上に述べた図では「⑥類推」に入る。

6 星野英一の「近代法」の原理批判

「近代法」の原理に対して批判を展開し重要な問題を提起している法学者の一人に星野英一がいる。その議論を検討することによって実定法原理についての考察をより深めよう。

6-1 星野の価値判断論

星野は、「近代法」の原理の立場を批判して言う、「そのように帰結しうるためには、もう一つの媒介項として、「それが正しいもの、よいもの、望ましいものである」という価値判断命題を必要とする。「それが近代市民法のあり方だからそうなければならない」というのは、論理的には飛躍がある。何れにしても、「そのようなあり方が望ましい」とする価値判断のより詳しい根拠を示すことこそ重要であって、「近代的であるから」では、何事をも語っていないに近い」（星野、書評『民法の基礎知識』（『東北法学』二九巻二号、

一九六五年、三五〇頁) その際、星野の根底には、「近代的でなくても、よいものがある」(同三五二頁) という考え方があ

ここでは、(1)〈存在一価値〉二元論と、(2) 実質的価値論とが問題になっている。

(1) まず、星野の〈存在一価値〉二元論を見てみよう。星野は、次のように言う、「しかし、「進歩」の語は、そのような価値の観点を含むことなく、単に、歴史が将来そうなるという事実の意味に用いられ、従って、それは経験科学的認識の対象である、とされてもいるようである。そうだとすると、これに対しては、先の批判だけでは十分でないのであって、ことは、「客観的な歴史の発展法則に関する科学的認識が、価値体系選択の基準、したがってまた法解釈の正否の基準たり得るか」の問題になる。これに対しては、やはり根本的な疑問がある。第一に、「そうなる」という命題から「そうあるべし」という命題は、どうしても引き出せないのではあるまいか。さらに、仮にこれを認めたとしても、「そうなる」という時期をどのへんに設定するかも問題であろう。」(同上三七-八頁)

この「どうしても引き出せないのではあるまいか」の命題には、ふつう「論理的には」が入る。つまりこの命題は、「論理的には」無理だというものであって、「現実の問題として」無理かどうかは問題にしていない。現実社会は、論理だけで動くわけではないからである。では、現実社会では〈存在一価値〉の関係は、どうなるか。この点については、拙著『法哲学講義』の第二章で詳論したので、ここでは論じない。

星野はまた、「『そうなる』という命題から『そうあるべし』という命題は、どうしても引き出せない」と言っているが、先に述べたように「近代法」の立場は、「現実はこちらだ」という宣言ではなく、ある国が近代法を採用するということは、「近代法を採用しているのであれば、それが追求している方向=原理をも追求することが前提になっている」と見、それに結びつけて、「『そうあるべし』を提起しているのである。

この点に関連して、星野が「『近代化』説は、近代つまり現在こうあるからこうせよ、というのだから、若干矛盾がある。現在そうでないからこそ、こうせよというのだろうから」と述べている点が問題になる。上の点を踏まえると、ここには論理の混乱があることが明らかになる。近代法論は、単純に「現在こうある」と言っているのではなく、「近代法を導入して生活しようとして人々が根底において追求しているのは、こういうものである。それが本来の原理である」と言っているのである。したがって、そういう言説は、「実際には現在そうでない」ということと矛盾しない。

(2) 実質的価値論

星野は、他方で「筆者は、価値そのものの客観的妥当性を認めたいと考えている」とし、歴史の中で確立され、「今日の人類の、少なくとも日本人の否定することのできない共有財となっている」価値として「人間の尊厳、平等、精神的自由など」を挙げる(「民法解釈論序説」(『民法論集』第一卷四四頁)。

ところで、これら「人間の尊厳、平等、精神的自由など」が優れて近代的なものであることは、誰も否定しないであろう。「近代法」原理は、こうしたものを内容にしたり促進したりするものだから、「そのようなあり方が望ましい」ものとして追求されるのである。また、こうした価値に着目する限り、星野のように「近代的でなくても、よいものがある」とは、言えなくなる。「人間の尊厳、平等、精神的自由など」をすべての人に承認することは、近代以外にはなかったのだからである。

星野は、次のように言っている。「もっとも、すべての近代国家といわれる国が同じようにそうになっているのならともかく、そうでない場合には、近代国家といわれる国のうちある国のあり方を基準にして測ることになる。しかし、どうしてその国のあり方をもって測り、他の国のあり方によって測らないのか。これに対して、その国のあり方がより「近代的」だから、とただただではもちろん答えにならない。つまり、この説には、いくつかの前提があるのである。第一は、あるあり方だけを「近代的」と呼ぶことであるが、これに対しては、どうしてそうなのかを説明する必要があるし、場合によっては反証が挙げられることもある。第二に、社会の歴史は常に一つの発展形態を示し同じ発展方向を辿る職ということであるが(いわゆる「単線的歴史観」)・別の立場(いわゆる「複線的歴史観」)をとって・近代化にも異なった型があると見ることも可能であり」(同上三九頁)

この第一の点には、「近代法」の立場は、「人間の尊厳、平等、精神的自由など」今日広く承認されている共通価値を「近代的」としているのであり、そうした共通観念が通用する世界での議論だと答えられよう。第二の点については、近代の発展(国家や社会の「近代化」)が異なる形態をとるといえるのは、先に述べたように事実である。しかし、だからといって、「人間の尊厳、平等、精神的自由など」などがない国も「異なった型」での「近代法」原理の妥当する国家だと言えるだろうか。「基本的人権」や「民主主義」、「法の支配」など採らなくて「人間の尊厳、平等、精神的自由など」が広範に定着するということがあり得るだろうか。

6-2 星野の学問論

星野は、前掲した「民法解釈論序説」(一一頁)で言っている。「より具体的な順序としては、まず、一方、文理解釈・論理解釈を行ない、他方、立法者ないし起草者の意思を探究することが基礎的作業として必要であると考え。このさい、文字・文章のすなおな意味をできるだけ尊重して、先に挙げたような形での言いかえを軽々しくしないようにし、ついで、立法者・起草者の意思を調べ、それらの解釈で今日差支えないか否かを考えようとするのである。なぜ文理解釈をまず重んずるかという、法律とは、素人がこれを見て自分の行為の法律上の効果を知り、そのような効果を期待しまたは避けるべく行動するものだからである。これこそが民主的社会において法文が公布されることの理由であると考えられるので、できるだけ素人の感覚・期待に合致するような解釈をするように努めることが、法律家にとっても重要であると思う。」

そして星野は、法解釈の学問性について、次のように言う。「なお、このようにいうことは、いわゆる「体系化」そのものを否定し、全くカズイスティックな解釈の寄せ集めをせよということではない。学問においてのみならず、法律解釈においても、体系的考慮は

*1 星野は、かつてこのように「素人の感覚・期待に合致するような解釈」を重視する立場から、文理解釈を重んじるとともに、妥当な結論を確保する利益考量を重視していた。しかし最近においては、この利益考量は前面に出すことはなくなった。最近刊のものでは、解釈は、文理解釈・論理解釈・立法者意志解釈・立法意思解釈というかたちで展開し(『民法のもう一つの学び方』有斐閣、二〇〇二年、六二頁以下)、利益考量は「解釈の最後のプロセス」(一五七頁)として位置づけられるという、オーソドックスなかたちになっている。

必要である。問題は、なにに基づいて体系化すべきか、換言すれば体系の原理はなにか、ということであり、これを、ただの観念の産物であるいわゆる「理論」に求めるのは適当でない、というのである。体系化の原理は、社会関係の類型および利益状況と価値判断とに求めるべきである。なぜならば、法律は、紛争解決の基準であり、社会関係の形成・規律の手段であって、法の解釈は客観的に価値の実現・利益の保護を意味するから（同上五頁以下）、価値判断の面からの体系化こそ、法を適用する側にとっても、適用される側にとっても、必要なことだからである。しかし、従来、この面からの体系化は、十分でなかったように思われる。」（同上一三頁）

以上から分かることは、第一に、星野が、「近代法」の原理」のような「理論」を「ただの観念の産物」と見ており、かつ「素人の感覚・期待に合致」しないものと見ていることである。（「観念の産物」とは、社会の分析を離れた思弁的作業の結果だということである。）

第二に、星野にとって追求すべき「体系の原理」は、「理論」——法の社会科学的な原理的考察——とは切り離されて社会関係の類型、利益状況（の類型）、価値判断（の類型）を追究するといった実証主義的なものである¹。

星野の以上のような見方は、あいまって次のようなかたちの「近代法」論批判となる。「要するに、民法典の内在的な検討を十分にしないで、よそから十分な反省なしに持ってきた「理論」を民法の解釈として主張したことが特色であった。これは、フランス民法に由来することの多い民法の規定・制度を、ドイツ民法に由来すると誤解ないし轻信したことによるようであるが、その理由は未だ十分明らかであるとはいえない。これに対し、最近の有力な傾向は、後に述べるように、「近代法のあり方」を解釈の基準とするものである。両者は、一見全く異なるようであるが、実は、根本の態度にかなりの共通性が見られる。すなわち、民法典の文理や、立法当時に与えられた内容について理解しようとする意向が少ないこと、および、演繹的な論理を主として用いることである。」（同上一〇頁）

以上については、①近代法の立場は、はたしてもっぱら「演繹的な論理」に頼る作業で「ただの観念の産物」と本当に言えるかが問題になる。②法解釈は、「できるだけ素人の感覚・期待に合致するような解釈」であることは、確かに望ましいだろうが、しかしそれに止めてよいか。こういうことを法学のあり方の物差しにするのでは、解釈法学と法哲学

*1 星野における学問的操作はきわめて実証主義的である。たとえば、かれにおける類型化は、次のように単なる分類でしかない。「しかし、諸類型を構成する実際の過程は、ごく常識的な社会関係の区別（不法行為につき、自動車事故、公害…とするように）に始まり、社会的な利益状態の差異の分類に進み、価値判断・利益考量を行なって再び類型を作り直すといういわばフィード・バックの過程を迫るであろう。」（「民法解釈論序説」一六頁）

（補記）本稿は、二〇〇一・二〇〇二年度科学研究費（課題番号 一三六二〇〇一六）、および早稲田大学特定課題研究（二〇〇一A一五一〇）による研究成果の一部である。

・法社会学との結びつきはなくなってしまうのではないかと、③近代法の立場は、はたして「素人」に分からないほどに難解か。「素人の感覚・期待に合致」を言うことは、民主主義的であり、じつは「素人」蔑視ではないか、が問題になる。また、④星野のような学問論では、法学は法の実務を記述し整理するだけに留まって、それを根底的に批判することができないのではないかと——批判は学問でなく、信仰に基づく自然法観念に依拠したものに留まるのではないかと——という疑問も起こる。

制定法を超えて法を問題にすることは、制定法が不完全であり、また判例法が個別的である以上、つねに必要であり、これまでの法実務は、実際にそれを伝統にしてきた。実定法原理はその作業の一貫であり、ここには、実定法学と基礎法学が結びつく重要なポイントがある。実定法学は、その作業をここまで深めることによって、学問性を獲得するし、実務から批判的に自立できる。そのためには、「近代法」の原理論が再評価されてしるべきであろう。それは、法学と社会科学を結びつけようとしたその努力と成果において、世界的に類を見ない水準にあると言える。ただ、「近代法」の原理論が前提にしていた歴史認識や、存在と価値の関係論には欠陥があったのであるから、これからの課題は、そうした伝統を踏まえつつこれらの点において理論化を緻密にすることにある。

2 (9) 人権＝個人の価値(4) 幸福追求権から構築した人権論

幸福になるためには人には最低限、何が備わっていないかなければならないかに関し
ては、次の三つが挙げられることについて争いはないであろう。

第一は、生命・生存・健全な共同生活である。それゆえ、ここから生命に対する
権利、拘束からの自由、財産権といった自由権と、生存権の必要性が出て
くる(健全とは、通常の意味では、肉体と精神が健康で苦痛が加わらないことを意味す
る。しかし、病や障害があっても幸福になれるのであるから健康は絶対的ではない。と
はいえここでも、苦痛は人間を不幸にする。共同生活とは、家族や仲間との生活であ
る)。

第二は、自己決定・自己実現の尊重である。自分の生き方を自分で決め、そ
れを自分で実現していくことを妨げられると、人は幸福を味わえない。だから
幸福には、自己決定権、すなわち個人を意志主体として尊重すること、それを
追求する可能性を確保することが欠かせない。そうした自己決定には、個人的
世界の自己決定(自由権の内容)と、集団的世界の自己決定(民主主義の内容)
とがある。

第三は、平等な扱いである。差別されているという意識は、幸福を大きく損
なうものである。したがって、——一人ひとりの個人を尊厳あるものとして扱
えば¹³⁹⁾、必然的にこれが帰結するという点とともに——上の観点からも、平
等権が欠かせない。平等を徹底すれば、集団的世界への平等な参加、すなわち
民主主義に至る。

以上を要するに、憲法13条「生命、自由及び幸福追求」と同14条「平等」
とは、あいまって「幸福」の条件であり「個人の尊厳」に関係するのである
(このことはまた、自由も平等も、幸福の条件である以上、それら自身が自己目的では
なく、その実際の働きを各人の幸福を尺度にして検査されるべきだと言うことを意味
している。そして、それらの上に展開する自由主義や民主主義もまた、それ自身が自己

139) ここで、ドイツの基本法第1条にある「人間の尊厳」と日本国憲法13条の「個人の尊厳」
との関係を見ておこう。「人間の尊厳」は、その基準として「理性的存在である」ことや「神の
創造物であること」を強調すると、「尊厳ある人間にふさわしく生きよ」という形で、超個人的
な立場から個人を規制するものとなる。しかしこれを、「そういうひどい扱いは人間の尊厳を侵
すものだ」という言い方の根底にあるように、「人間らしさの最低限を守る」という立場から理
解すれば、一人ひとりの個人の尊重とつながる。ドイツ基本法第1条は、アウシュヴィッツを踏
まえた規定として、この後者の意味で理解すべきである。それは、したがって「個人の尊厳」と
同じものを目指している。両者を一方的に対立させるのは、誤りである。

9-1 人権と「個人の幸福」

国家ないし社会を主体として構成しているのは各個人である。かつては国家
そのものが自己目的であった。しかし今日では、国家と法との主体であり目的
であるのは個人で、国家はそのための手段である。なぜなら、主権者である国
民とは究極的には各個人のことであり、究極的にはその意志によって国家が
日々作られていると考えるべきだからである。実際、今日の憲法には、個人は
それ自身が尊厳性をもち尊重されるべきであると規定されている。国家が尊厳
性をもち尊重されるべきだとも、没個人的な社会システムの確保が優先される
べきだとも、一切規定されていない(「公共の福祉」も「諸個人の利益」のことで
ある)。

そしてこの個人にとって最も大切なものは、(生命と)幸福である。先にも述
べたように、人は皆、どのような状況に置かれても、その状況下で可能な限り
の幸福を求めめる存在である。したがって、この個人を幸福にすることが、道具
としての、法ないし国家、政治の中心目的となる(『国家は、個人を超えた独自の
価値をもつ自己目的的存在ではなく、個人の幸福に役立つための道具である』という見
方は、ロックの『寛容に関する書簡』(1687年)以来のものである。この点は217頁で
述べる)。

個人にとって何が幸福かをめぐっては、5-2-4で論じたごとく、ベンサム
のようにそれを肉体的快樂度で計れるとする立場と、ミルのように精神的充実に
も重視する立場とで対立がある。また、肉体的快樂ないし精神的な充実感を基
本にする場合でも、人によって何が幸福かは異なり、幸福の内容を決められな
いとすると見解もあろう。しかし、幸福の内容ではなく、幸福の条件、すなわち

目的ではない。法や政治の世界においては、制度はけっして自己目的化されてはならないのである。

生命・生存の確保は、個人の幸福のための最低条件である。これがないとそもそも個人があり得ない。自己決定権・自己実現の尊重と平等な扱いは、生命・生存が確保されてはじめて、その前提上で、幸福を追求するために欠かさないものとなる。それゆえ、通常は、自己決定権の尊重と平等な扱いに対して生命・生存の確保が優先する。また、ある人の生命・生存の確保は、他の人の自己決定・自己実現の尊重と平等な扱いに優先する。しかし、生命・生存の確保だけで十分として、自己決定・自己実現の尊重と平等な扱いを無視することは許されない。

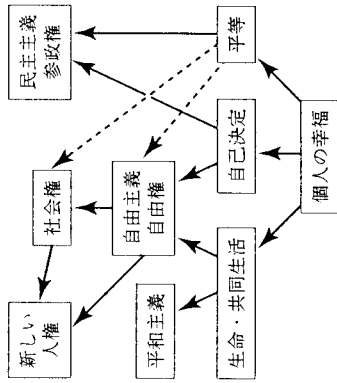
ところで、生命・生存の確保は、①個人的生存権（憲法13条の生命権、人格権で、日照権や環境権などを含む）と、②社会的生存権（25条や26条などの社会権としての生存権）とに分かれる。また、自己決定・自己実現の尊重は、①内面的自由（19, 20条）および私的自由（18, 22, 23, 24, 27, 29, 31, 33, 34, 35, 36, 37条）を含むものと、②社会活動上の自由（21条）・政治的自由＝民主主義（15, 16条, 21条）¹⁴⁰⁾とに分かれる。また平等な扱いは、①形式的あるいは原理的平等（14, 24条）と、②実質的平等（26, 28条）とに分かれる。

個人的生存権と、内面的自由および私的自由が自由権の内容を成す。また、個人的生存権と社会的生存権が社会権の内容を成す。そして、社会活動上の自由・政治的自由＝民主主義の一部と平等な扱いは、参政権の内容を成す。最後に、生命・生存の確保は、平和主義の基礎ともなる¹⁴¹⁾。

¹⁴⁰⁾ 日本国憲法21条の表現の自由は、社会に向かって、すなわち他者に、自己の情報や思想を伝え、相手の情報や思想を受け取り、そうした情報・思想の交換を通じて社会そのものにも動きかける意味を持つ。すなわち表現の自由には、自己の内なるものを外に出す自己実現と、相手とのコミュニケーションを作り上げていく自己実現と、さらにそうしたことを通じて社会関係・政治関係を形成していく自己実現とが、ともに帰属している。表現の自由の原理的考察については、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）参照。

¹⁴¹⁾ 自由・平等・民主主義の根底に共通して各個人の幸福追求権があるとし、それらを統一的に捉えた議論として、ハロルド・ラスキの『近代国家における自由』が参考になる。すなわちラスキは、自由、たとえ表現の自由や結社の自由の根底に、各人の幸福追求があることを次のように語っている。「彼は間違ったこと、あるいは、悪かしいことを語るかも知れないし、あるいはまた、およそ他の目にはおぞましく映るような目的のために人と結合するかも知れない。しかし、そうする権利を否定することは、彼の幸福を否定することである」（ラスキ『近代代国家におけ

以上を図にまとめれば、次のようになる。



9-2 以上を踏まえての諸考察

9-2-1 君主支配の正当性との関わり

専制君主制においても、生命・生存の確保はあり得る。内面的自由および私的自由もあり得る。臣民間での平等もあり得る。賢君の統治とは古来そういうものであった。しかし君主制は、充実な社会活動上の自由・政治的自由＝民主主義をもたらし得ない。そこでの自由は、社会的・政治的な自己決定・自己実現を欠いているのである。そしてそれはまた、君主と臣民の間での不平等に立脚している。したがって、それは、幸福追求の条件を満たさない。

る自由』、岩波文庫、1930年、110頁。ラスキは、平等についても、幸福追求の観点から次のように論じている。「平等とは、人々の幸福の要求には、本来何の差別もありえないという主張である。ゆえにまたそれは、社会がある人々の幸福の要求に対し、他の人々に対するよりも余計な障害を設けてはならないという議論である」（同書57頁）。かれはまた、民主主義について「幸福の条件とは政治権力の所有など論ずる必要はない。しかし、政治権力に与りえないことは、幸福をかたちづくる諸条件にも与りえないことをしばしば意味するといえよう」と語っている（同書56頁）。

ラスキは、このようにして個人の幸福追求を根底に置くことによって、自由主義と民主主義とを結びつけるとともに、民主主義がともすれば多数派の専制や国家の絶対化に陥ることをチェックし、かつ自由主義がともすれば少数者の特権化に陥ることをもチェックし、さらには社会主義をこわした立場の延長線上で要請するとともに、その現状を鋭く批判することもできたのである。ラスキについては、執筆予定の『法思想史講義』で詳論する。

9-2-2 民主制との関係

民主主義(人民主権)こそが、生命・生存の確保、自己決定・自己実現の尊重、平等な扱いという、幸福の条件のすべてを満たしうる。しかし、このように考へることは、民主主義がそれ自体自己目的ではないことをも意味している。制度が自己目的ではなく、それが幸福追求にとつてどのようなように働くか(機能するか)が問題だからである。また、民主主義は、実際にも次のような諸問題につきまわられてきた。

- ① 多数者の支配 これは特に、その決定によって少数者の内面的自由および私的自由を侵す危険がある。
- ② 官僚制 民主制は巨大な規模の国家サービスを必要とし、そこから生じた専門家による行政は、個人の自己決定・自己実現の尊重を損なう可能性が高い。また、かれらのエリート化による支配によって平等な扱いが奪われる。
- ③ 大衆社会化 その帰結である精神の画一化、流行追従、政治的アパシ一は、内面的自由および私的自由を侵すだけでなく、社会活動上の自由・政治的自由=民主主義を損なう政治的無関心を生じさせる。

9-2-3 限界的ケースの検討

- ① 「われに自由を与えよ、しからずんば死を与えよ」について これは、生命・生存の確保よりも自己決定・自己実現の尊重を尊しとするものである。しかし、この言明の本意は、自由がそれほどまでに大切であると言うことであって、単純な二者択一の言明ではない。したがって、ここから生命価値よりも自由価値が高いと言うことが、一般的な命題として出てくるのではない。
- ② 自己犠牲 多くの人の生命・生存の確保なしに自己決定・自己実現の尊重、平等のために、ある人の生命・生存の確保がその人の自発的意志に従って犠牲にされることがある。その死にある程度の影響が実際にあれば、「犬死」ではない行為として評価される。これは、自発的だから評価されるのであって、自己犠牲に出ることを直接あるいは間接に強要することは、個人の尊重、人間の尊厳に反する。
- ③ 宗教的な理由による輸血拒否や自殺 前述のように、これらは、一方

では、自己決定・自己実現の尊重に関わり、その観点からこれらを認めることがある。他方では、その主体の生命というより、人間の生命一般の保護という観点から認めないことがある。この点が今後どうなるだろうかという点、本人の判断が狂信的・一時的なものか冷静なものかを判別した上で、後者なら、自己決定を尊重する方向で行くことになるだろう。なぜなら、自分にとつても本質的なことに関して自己決定を否定されて生きていくことは、その本人からすれば魂の死、それゆえ自己自身の死を意味するからである。

9-2-4 「Separate, but Equal」

アメリカでは、1954年5月17日に連邦最高裁判所の「ブラウン判決」(Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483)によって違憲とされるまで、黒人に対する差別にこの原理が採用されていた。それは、たとえば学校教育を黒人にも保障するものの、通学校を白人と黒人で別々にするという政策、あるいは黒人にも白人と同じバスを利用させるものの、座席を隔離するといった政策を正当化する原理であった。

この原理が問題なのは、それが黒人に或る程度の幸福追求の可能性(通学する・バスに乗る)を保障するものの、隔離することによって、黒人に劣等感を植え付けその人格の尊厳性を傷つけることや、実際には、黒人の利用する諸施設を劣悪なものにすることを帰結させることその他に、別の生き方を選択する自己決定・自己実現をも損なう点にある。ブラウン判決は、州の隔離政策が、同のような理由により、連邦憲法第14修正(平等条項)に違反するとしたが、同日に出されたボリング判決(Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497)は、ワシントン市の連邦立学校について隔離政策が、黒人の自己決定としての自由を妨げるものと見て、第5修正(実質的意味におけるdue process)に違反すると認定した。

9-2-5 社会法原理

自由主義の時代においては、内面的自由および私的自由がもっぱら注目された。しかし、自由競争の結果、弱者が淘汰され生命・生存の確保が脅かされたり、弱者と強者の関係が恒常的となり、その結果、平等な扱いが損なわれ弱者の自己決定・自己実現の尊重が脅かされた。

10 環境

そこで、強者の自己決定・自己実現を制限する形で、弱者の自己決定・自己実現の尊重を確保してこの観点からの平等な扱いを取り戻し、それによって弱者の生命・生存の確保を保障しようということになった。これは別の観点からは、形式的平等を中心にしてきたため、実質的平等が尊重されなかったことを反省し、実質的平等を前面に押し出すことを意味する（社会法の存在理由としては、その他に、それまでの社会への貢献に報いるということや、「人間の尊厳」がそれを要請するといったことも挙げられる）。

そして今や、前述の様に、これを踏まえつつも、この社会権の集団主義的な誤った理解によって脅かされる、内面的・私的自由を救済するために、「社会法関係における自己決定権」が強調され始めたのである。

法が重視しなければならぬ基本的な価値としては、正義、個人（そのための人権）の価値と並んで環境の価値がある。良い環境は、人間にとって生存に不可欠であるだけでなく、生活の質を上げるためにも欠かせない。環境は、生理的意義だけでなく文化的・精神的な意義をも持ち、幸福の一条件として重要なのである。この点で環境に対する人間の本源的権利は、基本的な人権の一つである。しかし、そればかりでなく、環境はその中で生きている動物や植物の生存・幸福にとっても決定的な意味を持つ。しかも人間が極端なエゴイストでない限り、そしてまた人間が、一方で「生命と幸福を大切にするんだ」と言いながら、他方で人間でないものの生命と幸福とについて無関心でいるという、そのような自己矛盾を犯すことを恥じる良心を失わない存在である限り、人間は、動物や植物の生存・幸福それぞれ自体の価値をも思わすにはいられない。良い環境の保全は、人間の権利であるだけでなく、他の生物に対する人間の義務であるのでもある。したがって、人間の観点からだけでなく生物の観点からも、環境に関して法の目的を考える必要がある（さらには、動・植物の幸福要求や固有価値それぞれを、法の目的との関連で考えなければならぬ）。

環境の価値は、環境問題の深刻化を通じて注目されるようになってきた。そこで以下では、この問題の観点から考察を進めよう。

10-1 環境問題の二つの波

環境問題は、古代から、文明の進展に伴って起こって来た。たとえば、乾燥した岩だらけの地中海沿岸の風土は、古代文明の発展に伴って森が切り開かれるなど土地が乱開発された結果であるといわれている。同様に、黄河文明の中

判官、とりわけ最高裁判所にいる15人のうちの多数派によってまだ認めないだけだとも言えるからである。そうだとすると、「実定法的権利」には、法律または判決で公認されている権利だけでなく、実定法を有力な根拠として「これは権利である」と主張されているものをも含めなくてはならない。ここで「有力な根拠として」といっても、裁判所は「有力な根拠」だとは認めないのだから、そこまでは行かない「有力さ」の程度でしかない。しかしそれでもそれは、その程度に実定法に根ざしたものととして構成されている——と評価し得る——場合には、「実定法的権利」（未公認の）である。

要するに、実定法的権利には、(イ) 制定法によって明文で認められる権利と、(ロ) 明文化されていないが裁判所によって解釈を通じて認められた権利——たとえば「老舗」の権利、「プライベートシ어의権利」や「肖像権」や日照権——、(ハ) 明文化されていないし裁判所によって認められていないが、学者・法曹の支持を得ている有力な権利論上の権利がある、とすべきである。

ところで、この点で参考になるのは、佐藤幸治が、ドヴォーキンの『権利論』（1977年）を踏まえて、「人権」を①背景的権利、②法的権利、③具体的権利に分類している点である。その内容については第3編の「抵抗権」で詳論するので、ここからは本書297頁の該当箇所に移らしたい。

参考文献：川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）、渡辺洋三『法というものの考え方』（岩波新書、1959年）、杉原泰雄編『憲法学の基礎概念II』（勁草書房、1983年）、戸波江二他編『憲法(2)人権』（有斐閣Sシリーズ、1992年）、佐藤幸治「法における新しい人間像」（『岩波講座 基礎法学』第1巻、1983年）、同「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」（『法哲学年報』、1989年）、同「日本国憲法と『自己決定権』」（『法学教室』98号、有斐閣、1988年）、中村睦男『社会権の解釈』（有斐閣、1983年）、藤井俊夫「社会権と自由」（『ジュリスト』884号、1987年）、種谷春洋「生命・自由および幸福追求権」（有斐閣大学双書『憲法II』 芦部信喜編、1978年）、同『近代自然法と権利宣言の成立』（有斐閣、1980年）。

3(7) 人権＝個人の価値(2) 自己決定権

本章および次章(8章)の課題は、自己決定権に関する、憲法・民法・社会法・医療法などにおける最近の議論状況を押さえること、および、それが社会科学の理論動向を含めた現代思想の動向とどのように関連しているかを考察すること、にある。ポイントは、最近の基本的人権論において一人ひとりの個人の「そのままの生き様」（ありのままの個人）を尊重しようという動きが強まっていること、そうした傾向は歴史学の、アナール派新世代に代表される傾向と照応して、「構造から各個人へ」という点で「脱構造」の動向の中に位置づけられること、の問題提起にある。

7-1 自己決定権とは何か

自己決定権とは、日本の憲法学者によれば、他人を害さない限りで、「自己私的なこと」がらについて自由に決定する権利⁷⁷⁾あるいは「自己の判断に基づき好きなことをなすいうる、という権利」⁷⁸⁾である。また、民法学者によれば、自己決定の自由とは、個人個人が「自ら『善い』と信ずる生き方を追求する自由」である。その際、これに関連する私的自治とは「個人が自己の意思に従って法律関係を自ら形成する自由」⁷⁹⁾であるから、自己決定権は私的自治を含むことになる。

私見によれば、自己決定権が基本的人権の一つだとされるのは、人が幸福を追求する基本的な権利を有しており（日本国憲法13条⁸⁰⁾、この幸福追求の条件

77) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」（『法学教室』158号、1993年）。

78) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）。

79) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」（『法学論叢』133・134号、1993年）。

の一つとして、各人が自己の意思と責任において自己の人生を生きていくことが欠かせないからである。

各人がそのように生きていけるためには、なによりも、各人に自由の権利を保障することが必要である。この自由の権利とは、フランス人権宣言第4条が「自由とは他人を害しないすべてのことをなすうる権利【である】」と定義し、J.S.ミルが、「[自由とは]われわれが他人の幸福を奪い取ろうとせず、また幸福を得ようとする他人の努力を阻害しようとしないう限り、自分自身の幸福を自分自身の仕方でも追求する【ことだ】」(『自由論』1859年)と定義したものに該当する。

しかし、各人が自己の意思と責任で生きていくことは、そのような自由の権利を超えるものでもある。第一に、それは、そうした生き方を支援する制度、すなわち社会保障を要求する。第二に、それは、その自由の延長線上において、自分たちの世界を自分たちの意思で運営する自由としての民主主義やそのための情報公開を求めることにも関わる。したがって、自己決定権は、社会権と積極的な自由——すなわち参政権・参加権や知る権利——とも関わっているのである(後述のように、自己決定権は同時にこの社会権を乗り越えようとする性格のものでもある)。

ここではまず、こうした自己決定権が全体としてどういう連関にあるのか、なぜ最近になってこの言葉が多く使われるようになったのか、議論にはどういう特徴があるかを検討しよう。

7-1-1 自己決定権の具体的検討

7-1-1-1 自己決定権の分類的検討

自己決定権に関わるとされる関係⁸⁰⁾を、三つのグループに分けて検討しよう。

80) 日本国憲法13条の「生命、自由および幸福追求に対する国民の権利」は、アメリカ独立宣言の「すべての人は平等に創られ、造物主によって一定の譲り渡すことのできない権利を与えられており、その中には生命、自由および幸福追求が含まれている」という規定に対応している。これらの規定の背後にある思想史については、種谷春洋『近代自然法学と権利宣言の成立』(有斐閣、1980年)。

81) 自己決定権は、学会では盛んに論じられているものの、ドイツやアメリカとは違い、自己決定権に関する判例は日本では少ない。最近になって最高裁判所がようやくこの権利が認められた。

(1) 自由権的な性格を有するもの

① 出産をめぐる自己決定 これは、避妊・人工妊娠中絶など子供を生むか生まないかの決定について、第一義的には当該男女が決定すべき私的事項であり、公権力はこれらのこの自己決定を尊重すべきであるという主張である。しかしこれに対しては、避妊についてはそれほど争いが無いものの、中絶については胎児の生命を尊重する立場から自己決定の余地を制限すべきだとの見解もある。中絶に伴う母体への危険についても、単に私的事項としてではなく、生命保護の観点から公的介入の必要性を主張する議論がある⁸²⁾。自己決定はまた、『胎児の生命を重視すべきだとしても、それを国家が刑罰で強制することが正当か』を問う形でも、問題になる。『胎児の生命よりも男女の自己決定が重要だから』ということではなく、『国家が、そういう判断をし、またその結論を強制するべきではない。その判断は、当事者がなすべきものとして、その意味での自己決定にゆだねるべきである』という議論があり得るのである。

② 性行為上の自己決定 同性愛者の性行為や結婚を当事者の自由な選択事項とすべきだという主張である。成人同士が自由な意思でそれを選んだ場合は、第三者に対する権利侵害があるわけではない。それに対して道徳的不快感をもつ人がいるだろうが、そういう人も、今日では多様な生き方があることを考え、寛容であるべきだ、という考えが根底にあるのである。これも、同性愛行

すなわち最高裁判所は、2000年2月29日に、宗教上の理由から輸血を拒否する患者の自己決定権を次のように認めた。「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」(『判例タイムズ』1031号158頁)。

これ以前のもとしては、次の二つの下級審判決を示しておく。(i) 修徳高校ハーマン退学訴訟 第一審判決(東京地方裁判所1991年6月21日判決)：「個人の髪型は、個人の自尊心あるいは美的意識と結びつき、特定の髪型を強制することは、身体の一部に対する直接的な干渉となり、強制される者の自尊心を傷つける恐れがあるから、髪型決定の自由が個人の人格価値に直結することは明らかであり、個人が髪型について髪型を自由に決定する権利は、個人が一定の重要な私的事柄について、公権力から干渉されることができなくなるという内容として憲法一三条により保障されていると解される」。(ii) 無期停学処分取消等請求控訴事件(高松高等裁判所1990年2月19日判決)：「憲法一三条が保障する国民の私生活における自由の一つとして、何人も原付免許取得をみだりに制限禁止されないというべきである」も一つもこれら二つの判決では、学校の処分が合理的理由があるとして、生徒の自己決定権は制限されている。

82) アメリカでは連邦最高裁判所は、1973年のRoe v. Wade判決(410 U.S.133)において、妊娠期間を三分割し、最初の期間のみではあるが、夫婦の自己決定権を大きく認めた。

為の有害性に関する評価に関わるとともに、そうした評価を国家が差し控えるべきか否かということにも関わる。

③ 結婚後の姓の選択に関する自由 これはとくに女性の自己決定権に関わっている。姓はその人の人格の本質的構成要素であり、とくに問題が生じないのに、伝統を踏襲して姓の変更を、配偶者の一方に対して法律によって強制することは、自己決定の侵害だと言うのである。

④ 医療上の自己決定 これに関わるのは、不自然な延命治療の拒否(尊厳死)、安楽死、(宗教上の理由による)輸血拒否、インフォームド・コンセント(患者が、病気について十分な情報を与えられた上で、治療について医者と協議して選択すること)などである。これらは、患者が自分の身体・生命の処分をできる限り自分で決定できるべしとする問題である。尊厳死については、生前の本人の意思を尊重する動きがある。たとえば、明文による意思表示があれば、生命維持装置の不自然な使用を拒否できる。輸血拒否については、患者の自己決定と生命の客観的な価値との間で議論がある。インフォームド・コンセントは、一般的に医者や病院に対する、患者の自己決定権と、それを支える「知る権利」の強調に関わる。これらについては、後述する。

⑤ 危険行為に関わる自己決定 登山・水泳などの危険行為、喫煙・飲酒・麻薬などの各人の健康関連行為、シートベルト・ヘルメットなどの着用義務など各人の身体の安全に関わる事柄である。これは、それを危険と知りながら敢えて行う自由をどこまで本人に認めてよいか、逆に国家が個人の世界に——個人を守るため、あるいは客観的な生命価値を守るため、あるいは、事故に伴う社会的損失(救助・治療・事故処理などの費用)を防止するため——世話を焼き的に(パターナリスティックに)介入してもよいかの問題である。人が、十分な情報を与えられ、かつ理性的に判断して、『それでも行為に出る』という場合で、それが他人を害さずかつ無思慮な人々の追隨を誘発もしない場合には、危険行為も禁止することはできないだろう。

⑥ 生徒の自己決定 これは、学校内外で生徒が、髪型・服装・校外生活・政治行動など、自分のライフ・スタイルをどこまで選べるかの問題に関わる。これが問題になっているのは、学校が過度に厳格な校則によって生徒の学校内外の服装や生活を取り締まったりするからである。また、平和を志向する

宗教を信奉する親が、授業の一貫としての武道を拒否することも、自己決定の一つとして裁判になった。

⑦ 一般市民の自由に関わるもの 酒を私的に醸造する権利の主張(最高裁判所判決1989年12月14日、判例時報1339号83頁)や、ドイツにおける、道路・広場・公園で鳩に餌をやると自由や森での乗馬の自由の主張(BVerfGE 1980, 54, 143; 1989, 80, 137)などは、一般市民の日常生活上の自由に関わる。

以上の①から⑦においては、他人に害を及ぼさない限りでは、個人は自分に関わる事柄を自分で決定する権限を持っており、国家も社会もそれに介入してはならないことが前提になっている。その効果として、(a) その作為や不作為が損害賠償や処罰の対象にならないこと、(b) 行政や第三者からの妨害に対し国家の保護を求めうること、がある。このような例示の限りでは、自己決定権は、自分の世界での自由放任を主張する古典的な自由権に属していると言える⁸³⁾。

(2) 経済法や社会法にも関連するもの

次のようなものは、本質的には自由権に関わる事柄ではあるが、しかし、問題になる場合や当事者の関係が経済法や社会法の前提するものに関連している。

⑧ 私的自治の実質化 企業が消費者に対して、十分な説明もなしに商品やあらかじめ作った約款を押しつけることに対して、私的自治の原則に立って異議を唱えること。すなわち、契約は両当事者の合意によるものであるとして、個人の自己決定を重視する立場から、企業に製品やサービスなど商品や約款の内容について説明義務を課したり、不当な約款の効果を限定したりする主張である。

⑨ 労働者としての自己決定 これは、労働者が、企業による残業・配転・単身赴任の強制や、企業や組合による特定政党支持の強制などを、自己決

83) 以上に関しては、自己決定権と「生活上の自由」とを区別する議論もある。後者は、放課後にオートバイに乗る自由や性行為の自由など、たんに公権力の介入の禁止・排除に関わるものであるのに対して、前者は、通学服の自由、戸籍上の氏名選択権、死後権利、酒の私的醸造など、国家の法制度にかかると問題であり、公権力と個人の緊密な関係を前提にした、個人の自己決定が問題になる(内野、前掲注78)。しかしこの区別を採用しても、たとえば性行為は「生活上の自由」に関わる事項のように見えるが、実際には、婚姻制度が関係してくる場合などにおいては公権力と個人の関わりが問題になるのであるから、前者の、自己決定権の事項となる。このように、両者をはっきり区別するのは実際には難しい。

定を主張して拒否するケース、および、企業による服装・髪型・髭そりの強制を拒否するケースに関わる。労働者が、労働協約とは異なった労働契約をする自由などもこれに関わる。

これら⑧⑨においては、自由な選択を確保することが課題になるものの、(a) 対等な市民間の関係ではなく、社会的な力関係に差のある当事者間——⑧の場合は、弱い消費者と巨大なあるいは技術的に長けた企業、⑨の場合は、従属的な労働者と企業や組合組織——の問題である場合があること、(b) そうした関係において従属的な地位におかれている側を国家が援助することによって、自己決定権を実質化することが課題になっていること、(c) しかし、保護の対象は、(自由権の主体としての) 各個人であって、(社会権の主体としての) 労働者・障害者といった類的に扱われる人間たちではないこと、が特徴である。

⑩ 福祉クライアントとしての自己決定 これらは、社会福祉の現場におけるクライアント(利用者・患者)の自己決定権とインフォームド・コンセントの重視に関わる。これについては、後述する。

これら⑨⑩の自己決定権の位置づけとして大切なのは、労働協約や労働組合、福祉・医療施設における自己決定権に典型的なように、自由権を乗り越えた社会権を、自己決定権がさらに乗り越えようとしていることである。この点については、すぐ後で詳述する。

⑪ 障害者・高齢者の自己決定 たとえば、障害者が自立生活を行うための公的支援を要求することである。身体障害者が施設に入ると集団生活上様々な規制を加えられる。これを避け自己決定を求めて在宅生活をするためには、支援が必要である。ボランティアによる支援が行われているが、公的支援が必要でもある。自立化のためにはまた、バリアフリーな住宅や道路・施設などの公共物を完備することや、収容施設それ自体の構造や運用を自己決定権尊重の観点から改善していく必要が指摘されている。

⑫ シングル・マザー等の自己決定 未婚の母、離婚による片親や事実婚(婚姻届を出さずに同棲生活をする道を選ぶこと)の人々を、自己決定権行使のケースとして、税制上だけでなく社会保障上も支援することが求められている。

(3) 民主主義的な参加に関わるもの

⑬ 市民生活上の自己決定 これは、行政法における住民自治、町づく

り・環境づくりなどのための市民のイニシアティブの重視、消費者運動、ボランティア活動の重視などに関わる。

⑭ 市民による福祉活動上の自己決定 これは、社会保障などにおける市民イニシアティブの重視に関わる。福祉サービスは主として公的機関によるのであるが、それが度を過ぎると、財政負担が重くなるばかりか、公権力に「負んぶにだっこ」してももう依存体質が強まる。しかも、サービスは画一化し、官僚的な取り扱いが強まる。そこで、福祉サービスをボランティア活動などによって、下から担うと共に、サービスの運営に当たっても市民の参加や市民の声を反映させる、市民イニシアティブの強化が課題になっている。

⑮ 訴訟上の自己決定 民事訴訟法における当事者主義の徹底や、和解などの裁判外紛争処理(Alternative Dispute Resolution. 略してADRという)——これも当事者のイニシアティブを強化するものである——などである。

これら⑬⑭⑮においては、自己決定は、社会や国家の政策形成や運営に市民が積極的に参加していくことを意味している。したがってそれは、自分の世界の中で生き方を干渉されずに選ぶといった消極的自由としての自由権ではなく、積極的自由としての民主主義的な参加権に関わっている。もともと、このような参加権・参政権自体が、古典的な自由主義の重要な権利であるから——たとえば自治という自由権はその自治団体内での構成員の参加＝民主主義を前提にしている——、全体としては、自己決定権は、古典的自由権ともっとも深く関わっているといつてよい(⑬⑭は、地方自治としての自由権の他に、自由な活動などの点でも自由権に関わっている)。さらには、行政法においては、町づくりや開発問題について住民の参加が強調される時、住民の自己決定権が論じられる。これは、もはや個人の権利ではなく、共同体の主体としての市民が共同体を主体的に形成・運用していく原理であり、民主主義的な権利である。

*

以上、全体を総括すると、自己決定権の内容や場には多様なものがあるが、全体として自己決定権は、自由権を基軸として、その中に社会権的な要素や参加権的な民主主義的要素をも含んだものだといえる。

7-1-1-2 自己決定権と現代社会

自己決定権は、このように主として古典的自由主義と不可分であるが、しかし「自己決定権」という言葉やその法理論は、日本において、1970年代以降に本格的に登場し、今日の法学界において最も注目されている、優れて現代的な権利である。その際、上に述べたようなさまざまな自己決定権に関わる事項を見ればわかるように、それらの一部は古くからの自由の要求に関わるもの、多くのものは現代日本社会ないし現代社会一般の生み出した新しい現象に関わるものであることが明らかになる。この点を説明すれば次のとおりである。

上の①②は、日本社会ではそれほど深刻な争点とはなっていないが、欧米社会では今日の一大争点である。これが日本の憲法理論でも取り上げられているのである(アメリカでは、人工妊娠中絶に賛成するか反対するかが国政選挙や最高裁判所判事の選任に当たって重大争点となる。また、中絶を行う病院や医者に対して暴力的な攻撃が加えられたりするほどである)。欧米社会で議論が盛んになった背景には、現代に至って顕著になってきた、個人の好み・志向の多様化および既成道徳のゆるみがある。

③は、今日の女性の自立意識の高まりや個人尊重の進展を反映している。

④は、医学の発達によって最近において顕在化してきた問題に関わっている。

⑤は、最近になって自由の意識が高まりパターナリズム

の持つ否定面が意識されるようになったことが背景にある。

⑥⑦は、一方では日本に伝統的な集団内での画一主義・不寛容が現代でもなお克服されていないことに関わっている。しかし同時にそれは、日本においても今日に至って個人の好みや生き方が多様化したこと(多文化社会の出現)を反映しているし、また集団内での画一主義・不寛容が、現代日本において政治的・社会的な非民主化と管理強化とが進行していることに伴って強まっていることに起因している。

⑧は、本来的には近代法的な自由に関わるが、今日問題になっているのは、大企業のもうけ主義や約款強制によって消費者の自己決定の余地が狭められているという、優れて現代的な事象である。法学者たちは、現代社会の機構化・画一化、組織の巨大化などに伴って損われつつある個人の自立性・主体性を、私法的な自己決定を支援することによって再強化しようとして、この種の自己

決定権を構成しているのである。

⑨⑩は、企業・労働組合、福祉・医療施設における労働者一般、組合員やクライアントの個人的自由尊重の気運に関わる。これは、(イ)企業の「会社主義」や労働組合の御用組合化や集団主義、福祉・医療施設のもうけ主義によって労働者・組合員・クライアントの自由が抑圧されている日本の現状、および(ロ)労働者・クライアントの個人意識が高まり、またその好みも多様化した現状、に関わっている。

⑪は、障害者にも自由な生き方を求める権利があることが最近主張され始め、それに伴い公的支援が問題になり出したことに関わる。

⑫は、在来型の結婚・家庭生活とは異なるタイプの生き方を様々な理由から選んだ人々を差別せず、むしろその選択を尊重しようとする、多文化社会の要請を反映している。

⑬は、市民の参加によってかれらの主体性を高めるとともに、それによって官僚主義の弊害を克服し、きめ細かな行政や、市民活動の活性化を促進していくこうとする新しい民主主義戦略に関わる。

⑭は、福祉社会が受動的な人間を作っているという最近の問題に対処するために、法学者がこの種の自己決定権を問題にすることに関わっている。

⑮は、訴訟当事者としての市民のイニシアティブを高めようとする新しい法戦略と結びついているが、他方では訴訟外の紛争解決を裁判所の負担軽減のために再評価しようという最近の動きに関連している。

日本の法学者の中には、日本では、(イ)個人の尊重や自律、自己決定の伝統が弱いうえに、(ロ)国家と社会が民主化されておらず国家権力・社会権力(大企業)が人権尊重に熱心でないので、自己決定権や個人の尊重という古典的な自由権を今日においても敢えて強調するという戦略的配慮をもっている者も多い。

7-2 自己決定権と実定法学

7-2-1 自己決定権をめぐる憲法学上の議論

ここでは自己決定権をめぐる日本の憲法学上の議論のうち代表的なものを取

り上げて考察を加える。

7-2-1-1 自己決定権の内容

何を自己決定権の内容に入れるかについて、憲法学者の間で意見が分かれている。大きく分けると二つの立場がある。

第一の立場は、自己決定に関わる事柄のうち、「人格の生存に不可欠な重要事項」をめぐり、自己決定権とされ、憲法13条の保護対象になるというものである。たとえば高校生が髪型を選ばず権利やバイクを運転する権利は、かれの人格的生存に不可欠ではないから、13条の保護対象にならないとする。こうした主張の根拠としては、次のようなものがある。

① 自己決定を無限定に基本的人権だとして認めると、「人権のインフレ」を招き、人権を軽いものにしてしまう。したがって、人格にとつて本質的なものだけに限定すべきであるとする議論。これは、いわば人権の少数精鋭主義のような議論である。

② 自己決定権を広く認めると、その適用を制限する法理論も発達する。そうしたものとしては、基本的人権を制約する際に権力が依拠する「公共の福祉」の概念がある⁸⁴⁾。自己決定権を広く認めると、結果的にはこれの活用を貸すことになるという議論である⁸⁵⁾。いわば人権の自主規制論である。

第二の立場は、ドイツ憲法判例の立場である一般的行为自由説 (allgemeine Handlungsfreiheitstheorie) につながるものであり、ドイツ憲法を研究する者によって多く主張される。「自己決定権はおよそ個人的な事柄に関する自由な決定を保護の対象とし」、13条はそうした自己決定をそれ自体として一般的に保護しているとする。自己決定権は、そうした抽象的・一般的基本的人権であつ

84) アメリカの裁判所が「厳格な審査」などで基本的人権の制限を厳格に審査するのは対照的に、日本の政府や裁判所は「公共の福祉」の概念を濫用し、その中身の具体的検討を行わないままに、それによって基本的人権を制限しがちである。その代表例として、坂付空港事件判決(1965年3月9日)や全農林事件判決(1973年4月25日)がある。本書36-37頁。

85) 「公共の福祉」概念の濫用に対抗しようとする人の中には『13条に関わるような人格権は絶対権であり公共の福祉によって制限されない。制限されるとしても厳格な審査に服する。しかしそうした人格は数を限定しないと効果が弱いものになってしまう。したがって重要なもののみを自己決定権とすべきだ』と考えるもある。佐藤幸治『日本国憲法と『自己決定権』(『法学教室』98号、1988年)。声部信喜『包括的基本権』(一)～(六)(『法学教室』127号以下、1991年)。

て、服装や髪型を選ばず自由やオートバイに乗る自由、喫煙の自由が、それぞれ個別に基本的人権であるのではない。これらは、自己決定権によって保護される一内容(自己決定権の行使の一形態)としてあるというのである。この立場によれば、問題は、学校における生徒の服装・髪型選択やオートバイの愛用、刑務所における受刑者の喫煙などが、それぞれ自己決定権であるか否かにはない。そうではなくて、服装や髪型、オートバイの愛用、喫煙の自由は、一般人の場合にはかれらが人間として有している一般的な自己決定の権利に関わらせて認められているのであるから、生徒や受刑者もそうした効果をも持つ自己決定権を人として本来的には有しており、したがって、生徒や受刑者は原則として自由であることをまず認められなければならない。ただそのうえで、生徒や受刑者は組織や施設への帰属に伴う特殊な関係におかれているゆえに、その点から服装・髪型・オートバイ・喫煙等の制限の必要に厳密に合理的な理由があれば、制限もあり得る、ということになる⁸⁶⁾。

思うに、第一の立場のように、選別によってとくに重要なもののみを自己決定権として認めていくにしても、結局その数は増大する。また、ひとたび認められた少数精鋭の自己決定権も、絶対権として扱われると特別厳格な審査によって保護されることがということにはならず、具体的ケースにおいてはここでも「公共の福祉」との比較衡量が必要になる。したがって、第二の立場のように、一般的権利を認めたいうえで、その制限の妥当性を考えていく方が現実的である。しかしその際、司法審査の基準を厳格なものにするか、緩やかなものにするか、それとも第三、第四の基準を導入するか、については、第一の立場のように、当該の自己決定権を「人格の生存に不可欠」かどうかといったメルクマル——後述の様に本書ではこれとは異なって「幸福追求権」としてとれただけ「不可欠か」をメルクマルにする——で分類していく必要があるだろう。

その際、自己決定権の制限理由は、基本的に自由権の制限理由と重なるであろう。すなわち、(イ)自己決定権は、その行使が他者を害する場合、および他者を危険に誘引する場合には、保護されない。(ロ)自己決定権は重要だが、それと比較した場合においても保護すべき理由のある社会秩序(公序)を損

86) 戸波江二・前掲注77)「自己決定権の意義と範囲」。坂本昌成「一三条の幸福追求条項の解釈」(樋口陽一編『講座憲法』3、1994年)。

なうときは、自己決定権の行使は制限される（たとえば、自己決定を尊重するといっても、重婚や近親婚の禁止などの公序との関係が問題になる。他方では、これまでの公序が、自己決定権に照らして「本当に保護に値すべき公序か」を審査されるときが来たものもある。）、(ハ) 人格の尊厳や生命の尊重との関係が問題になる。たとえば、(a) 自分の臓器を自由に売ったり、売春行為を行ったり、自己を奴隷にしたりはできない。これらは、自己決定権が保護しようとする価値自体——生命、自由、幸福追求——を否定するものだからである。また、普遍化可能性に照らして問題があるものだからでもある。(b) 人工妊娠中絶については、胎児の生命との関係が問題になる。(c) 危険行為についても、他人に迷惑をかける、かつ「本当に（理性的に判断して）危険を承知の上でのことか」を審査する必要がある。そうした判断に基いていない場合には、本人のために他人が介入すること、すなわちパターナリズムが必要となる。

自己決定権は各個人の人格の根本に関わるものである以上、そして法の目的はこの個人であって、国家ではない以上、「公共の福祉」という国家的論理で外から制約するのではなく、こうした個人内在的ないし個人間調整の観点からの制約を基軸にしなければならぬ。

7-2-1-2 「包括的基本権論」

憲法学者の圧倒的多数は、自己決定権を今日的な課題として重視する。先に見たさまざまな自己決定権は、一つひとつが条文で保障されているわけではなない。しかし、日本国憲法の第13条は、アメリカの独立宣言の文言と同様、「生命、自由及び幸福追求」の権利を保障している。この規定について、戦後初期には、単なる心構えを説いたプログラム規定であるとされていた。しかし、その後、この条文は、その後段において、憲法の他の条文に明記されていない特定の法的権利を基礎付ける基本規定であると理解されるようになった。そこでこの13条によって宣言されている権利を、包括的基本権という。

前述のように、これは、ドイツ基本法2条1項「人格の自由な発展の権利」をめぐる議論と同様であり、また、アメリカ合衆国憲法における「実体的デュー・プロセス」を根拠にした自己決定権の拡大と同様な動きである。

包括的基本権。「生命、自由及び幸福追求」に対する権利とは、具体的には、

人格の基本に関わる次のような二群の権利である（前述のように、両者を総称して人権ないし新しい人権ということもある）。

① 人格的自律権（自己決定権） これは、上に述べた諸権利である。これについては、13条を根拠にして認められた判例は、前述のように少数しか存在していない。しかし、憲法学者たちは、それらをも憲法の保障対象にすべきことでは、ほとんど一致している。

② 人格的価値そのものにまつわる権利 これには (a) 狭義のプライバシーの権利・肖像権、(b) 日照権・眺望権、騒音や振動・汚れた空気からの自由といった権利（環境権や嫌煙権）、そして (c) 平和的生存権などが含まれる。これらのうち判例が認めたのは、(a) と (b)（ただしこれらも、環境権としてはまだ認めていない）である。

以上から分かるように、包括的基本権には自由権と生存権が含まれている。すなわち、上の①は自由権に関わり、②の (a) も自由権に関わるが、②の (b) は、一方では所有権に基づく妨害排除請求権に関わるものがあるとともに、他方では生存権に関わるものもある⁸⁷⁾。

7-2-1-3 社会国家における自己決定権

上述のように、自己決定権は、現代社会において注目されるようになったものの、自由権と深く関わっている。他方、日本国憲法は、25条から28条において社会権を保障し、また29条では所有権の社会的制限を規定している。この点で日本は、社会国家である。そこで問題になるのは、第一には、社会国家でどこまで自己決定権が主張できるかという点である。また、第二に、これと不可分の、「個人としての人格」と、「共同体に関係し、かつ共同体によって拘束されている」（本書212頁参照）人格との、人格のこれら二つのあり方は相互にどう関係するか、という点である。これらの点については、6-2-2において、自由権と社会権の関係づけとして詳しく論じたので、ここを参照されたたい。

87) 佐藤幸治「法における新しい人間像」(『岩波講座 基本法学』第1巻、1983年)、森英樹「包括的基本権」(『法学教室』46号、1984年)。

7-2-1-4 アメリカにおける憲法裁判との比較

先に見たように、アメリカでも、自己決定権が問題になり始めたのは、第二次大戦後のことである。日本で問題になっている人格権は、アメリカでは、前述のようにプライバシーの権利として、判例によって拡大されてきた。すなわち、プライバシーの権利は、アメリカでは、①狭義のプライバシーの権利と、②広義のプライバシーの権利に分けられる。①は、介入からの自由 (right to be let alone)、および自分の情報を自分でコントロールする権利を指す。②は、高度に個人的な行為を自由を選択する権利であり、これが自己決定権に対応している。①のうち「介入からの自由」は、1928年のオームステッド判決 (Olmstead v. United States, 277 U.S. 437) でのブランザイス (Louis Brandeis) 判事の少数意見が有名である。②は、前述のように、1973年のロー判決 (Roe v. Wade) が、妊娠の最初の3ヶ月間については、中絶の自由をプライバシーの権利として認めた。これを受けて、その後1980年代にかけて一連の判決で結婚、避妊、尊厳死、家族構成、子供の教育などについて自己決定権が承認されていった。こうした自己決定を、アメリカでも「自己決定」(autonomy) と呼ぶことがある (self determination の語をなぜ使わないかという点、この語は伝統的に「民族自決」の意味が使われてきたからである。ドイツ語の Selbstbestimmungsrecht にも、「民族自決権」の意味がまともについている)。

7-2-2 自己決定権をめぐる民事法上の議論

今日の民事法で、自己決定権をめぐって起きている議論は、現代の問題に取り組み戦略として、①古典的な自由、とくに自己決定を活性化させることによって個人の主体性を強めようとする立場と、②古典的な自由を超越しようとする立場、すなわち現代においては個人の意思・自己決定よりも、社会的合理的運営や資源の効果的な配分、制度のもつ効果が重視されるべきだとする立場、との間のものである。

7-2-2-1 古典的な自由の立場

原島重義⁸⁸⁾、石田喜久夫⁸⁹⁾、山本敬三⁹⁰⁾らは、個人の自立が、伝統的に弱いうえで現代において組織化・画一化・人間疎外によってさらに失われつつある、

そのような日本社会では、市民の主体性を回復するために、民法の世界での戦略としては、自己決定を推進することが考えられるとする。かれらはこの立場から、サヴィニー以来の古典的民法学の伝統に立脚した契約論(ドイツのフルーメ Werner Flume やヴォルフ Manfred Wolf の議論)を評価する。こうした関連において最もよく論じられているのは、前述のように契約論である。消費者が自分で了解していないのに、企業が一方的に作った契約条件を呑まされることを、今日の社会における組織の巨大化による自己決定の喪失にほかならないと見るのである。そこで、『企業は本来の民法の契約原則、すなわち両当事者の対等な自己決定に立った契約という原則を不当に損なっていないか』に関して厳格なチェックを受けるべきであるという主張になる。消費者に十分な説明をせず、また、不当な条件を一方的に押しつけた場合には、約款の効力を否認しようというのである。

こうした立場の私法学者はまた、私的自治を単なる経済的自由として扱う傾向に対して批判的である。憲法の二重の基準 (double standard) 論によれば、財産権や契約の自由に関わる私的自治は、経済的自由として「ゆるやかな審査」(制限は合理的理由があれば可とされ、「他に代替方法がないか・制限がどうしても避けられないか」まで証明する必要はない、とされる) の対象になる。しかし、私的自治を自己決定権として理解すれば、それは人格の自由な発展に関わる重要な権利でもある。そこでかれらは、二重の基準を前提にしつつも、経済的自由の制限を一般的に広くするのはなく、個人の自己決定との関わりでその制限対象を限定しようとする (たとえば山本敬三がそうである)。

7-2-2-2 古典的な自由を超越しようとする立場

この立場の私法学者たちは、意思や個人の自己決定を重視する傾向は、(a)近代初期のイデオロギーにすぎず、それに問題があることは社会の高度化によって明らかになり、個人の自己決定にこだわることが社会国家化の中で克服さ

88) 原島重義「契約の拘束力」(『法学セミナー』1983年10月号)。同「法と権利に関するひとつの試論」(『法哲学年報』1984年)。同『法的判断とは何か』(創文社、2002年)80頁以下。

89) 石田喜久夫『現代の契約法』1982年。同『民法秩序と自己決定』1989年。同『現代法律行為論の課題』(『LAW SCHOOL』13号、1979年)。

90) 山本敬三・前掲注79)「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」。

れた。(b) それはまた、ドイツの近代法学に特有のごく限定された傾向であり、古典的といえるような普遍的原理を内在させたものではない、と説く。こうした私法学者の根本思想にはさまざまなものがある。すなわち、

① その一人である学者(星野英一)⁹¹⁾は、「個人の『自律』『自己決定』の価値を重視することには何人も異議はあるまい」としつつも、個人主義と意思主義を要素とする意思自治の教説は、オッカム(William of Occam (Ockham) 1280-1349) 的なアイデアオロギーであり、世界の流れは「意思から理性へ」、すなわち、個人の意思よりも「社会的見地」から見た内容の妥当性を追求する方向にあるとす。客観的理性や「社会」を強調するこうしたトレンドへの寄り掛かりは、どうしても自己決定権を継子扱いにする結果をもたらす。しかも星野においては、公共善の判断者としては裁判官が重視されることになる。裁判官が個人を越えた理性の見地、全体の見地から判断するのであり、星野が裁判官の自由裁量を拡大するための法学方法論である利益考量論を説くのは、客観的には、このことと無関係ではないであろう。

② また平井宜雄は、意思教説を、日本の伝統でもないし、現代社会のトレンドでもないとして拒否する。すなわち平井は、意思教説が特殊ドイツ的な伝統であり、ドイツ以外では広がらなかった。ましてや日本には、その前提になるような社会的基盤が欠けている。日本法学の理論は、日本の伝統とその法実務に即して作られねばならない。また、現代法は、意思教説を否定する多くの現象を示している。現代法学の理論はこのトレンドに沿って構築されなければならぬ、と説く⁹²⁾。かれはこの立場から、現代法においては権利=正義志向よりも、目的=政策志向が強まっているとして、これに応える、資源の効果的な配分を追求する法政策学を提唱し、アメリカで流行し始めた「法と経済学」の導入に向かう。

これら①②の人々は、法律から自由な政策的判断を法解釈学のあり方として重視する。

③ さらに別に別の人(木下毅)⁹³⁾は、英米法における「関係理論 (relational

91) 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」(『岩波講座 基本法学』第4巻、1983年)。

92) 平井宜雄『注釈民法(3)』第4章の「前注」, 1973年。

93) 木下毅「法律行為論——現代の問題」(『LAW SCHOOL』13号、1979年)。

theory)」を輸入して、これこそが、ドイツ法的で抽象的な意思教説よりも、現代社会に適応的な理論であると主張する。これは、法解釈に当たっては、契約当事者を取り巻く関係がどういふものかを判断する裁判官のイニシアティブを重視する理論である。

④ ヘルメノイテイクの立場から、日本社会の取引慣行や通念を重視し、それに適合した「納得」のいく法運用を目指す人(内田貢)⁹⁴⁾もいる。たとえば契約の解釈として、個人の意思よりも取引社会に内在する契約運用規範を重視し、それに基づいた解釈を行おうとする。

こうした立場に対する筆者の批判は、次のようなものである。

(a) これらの議論に見られる、「個人の意思か公共善か」という二者択一の発想は正しくない。なぜなら、求められるべきなのは個人の自己決定——そのためには意思の要素の再評価が欠かせない——と「公共善」(他の人々の自由や公序)の双方であるからである。その関係づけについては、上述の社会権と自由権の関係に関する問題をめぐる議論(140-141頁参照)が参考になる。

(b) 「意思から理性へ」、「意思主義から関係理論へ」ということが、歴史のトレンドであるとしても、『だから意思の要素を追求すべきだ』というのは、論理の飛躍であり、トレンドへの追従である。世の動向、日本の伝統に迎合することが学問のあり方のすべてではないだろう。むしろ、必要な場合には、それに取って代り、原理によってそれを批判する批判精神が大切だろう。実際、日本では集団主義が強くなる個人の自立性と主体性が弱いところの問題があるのだから(この点については277頁以下参照)、それらの強化は、トレンドに逆でても必要だという点がある。近代法のパラダイムを問い直す作業は重要だが、だからといって「近代法の社会モデルをいったん離れ」、結局は離れ放しになってしまいうのも、短絡的な思考だと言わざるを得ない。

(c) 利益考量論が、『まず最初に利益判断をし、その結果を法によって正当化するのだ』として、結論を得るに当たっての法的制約(法の枠)をはずし、法の解釈を裁判官に白紙委任してしまうのは、人権保護の観点から好ましくない。なぜなら、第一に、後述のように(392-393頁)、それは法解釈の構造に對

94) 内田貢「現代契約法の思想的基礎」(『私法』54号、1992年)。同「現代契約法の新たな展開と一般条項」(『NBL』514号以下、1993年)。同「法律学のゆくえ」(『LPJ』300号、1997年)。

する誤解に基いているし、第二に、裁判官は、とくに日本では、最高裁判所事務総局によって統制された司法官僚であり、実際にも国家権力の一機関として働く傾向が強い。人権が個人を国家権力から擁護することを第一課題としている点に鑑みても、権力を規制する「法の枠」は重要である(この点については、「18 司法をめぐむる合理化と人間化」で詳述する。平井は、利益考量論を否定し、結論づけを合理的なものにしようとして、法政策学や討議倫理を重視する。しかし、この場合も、「まず最初に利益判断」という立場は変わらない)。

(d) 日本の多くの民法学者には、憲法13条から不断に出発して民法を考えるといった発想がなく、民法を通じて個人の尊厳のための自立性や主体性を生かしていくという態度をもたない。それは、理論的には、第一に、かれらが「憲法は公法、民法は私法」という発想に囚われているからであり⁹⁵⁾、第二に、かれらがもっぱら、紛争をいかに効果的に防止し迅速に処理するか、資源の合理的な配分をいかに達成するか、没人間の社会的思考(テクノクラートの発想)に傾斜するからである。自己決定権は本来的な自然権の性格——憲法規範に保障された基本的人権以前の本源的権利であること——を有しているのだとしたら、憲法だけでなく民法も、そうした本源的権利に直接関わっていることになる。そうだとしたら、私法における自己決定の問題は、民法の世界に固有の問題としてもあることになる。「憲法の第三者効力」を認めないとして民法学が憲法とは切り離して展開されるべきだと言う民法学者であっても、自己決定は、民法学にも直接関わる本源的権利の問題として追求すべき問題なのである。

(e) ドイツの古典的民法学を、意思のみを絶対化した極端な個人主義の理論だと見るのは、正しくない。サヴィニーにしてもプファタにしても、倫理的秩序や取引慣行、結果の妥当性を私的自治を方向付けるものとして重視したので

95) 憲法の人権論の観点から私法を論じることの重要性を強調する。民法学者の一人である山本敬三は、かれが批判する「一般的な理解」を次のように定式化している。「公法とは国家と個人のあいだの垂直関係を規律する法であり、私法とは個人と個人のあいだの水平関係を支配する法である。そうすると、私的自治・契約自由とは、この国家とは切り離された個人間の水平関係における自由だということになる。こうした理解からは、私的自治・契約自由を憲法上の自由として位置づけるといふ発想は出てこない。憲法は公法に属するというのが常識であり、憲法上の自由は国家に対する個人の自由として理解するのが常だからである」山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)19頁。

あって、関係理論的なものが重要な意味を持っていた⁹⁶⁾。したがって、「今までは意思理論、これからは関係理論」という、学説の総括も正しくない。

7-2-2-3 日本民法学とリベラリズム

以上のような立場の相違は、日本の民法学の歴史における次のような事実と無関係ではない。日本で最初の近代民法典が施行されたのは、1898年のことである。そして、日本の民法学者たちが大学して本格的に海外留学に出発したのは、第一次世界大戦前後のことであり、主要な目的はドイツであった。とここでその頃のドイツでは、19世紀の自由主義的な古典的民法学に対する、自由法運動やとりわけナチズムに傾斜した法学の立場からする批判が支配的になっていった。新進気鋭の民法学者たち(たとえば、牧野英一、平野義太郎、末川博、我妻栄ら)は、この新しい学問動向に強く影響され、古典的な自由主義的民法学に対する懐疑的な立場を初めから植え付けられた⁹⁷⁾。平野、末川、我妻らは、第二次大戦後、日本の民主化を進める立場から自由主義への傾斜をも強めたが⁹⁸⁾、しかしかれらの民法学には、自由権よりも社会権、個人の意思よりも社会的見地、規範よりも政策的判断を重視する立場が濃厚であった。この傾向が、とりわけ我妻を紹介して東京大学法学部の民法学の主要特徴の一つとなり、かれの後輩である人々、とくに上述の星野、平井、そして加藤一郎らを規定した。かくしてこの我妻後の世代は、民法学において個人の基本的人権にあまりこだわらず社会統制(紛争の効果的処理)、資源の効果的配分、損害の社会分散などといった、前述のテクノクラートの傾向を強めたのである。

しかしながら他方では、日本の民法学は、西欧型の自由主義的な民事法関係を樹立することによって日本社会の近代化を進めることを、すでに第二次世界大戦前から課題としてきた。近代的な、フランス民法とドイツ民法とをモデルにして、法の支配、一般的権利能力・自由な所有権・契約に基づく社会関係

96) この点については、拙著・前掲注2)『近代ドイツの国家と法学』第一章、原島重義・前掲注88)『法的判断とは何か』16頁以下参照。

97) 以上の点については、原島重義「わが国における権利論の推移」(『法の科学』4号、1976年)参照。

98) この点については、山本敬三・前掲注95)『公序良俗論の再構成』14頁以下、とくに39頁の注16、17参照。

といった新しい原理を日本社会に定着させていこうとしてきたのである。

その中でもリベラルな民法学者は、日本の天皇制を支えた諸制度、すなわち(イ)家父長主義的かつ団体主義的な「家」、(ロ)不平等で抑圧的な地主一小作農民関係、(ハ)同様な態様の雇用関係、(ニ)国民の権利意識の低さを近代的に克服することを課題とした。かくして、(イ)については、夫婦間の平等と自由な契約関係に基づく家族関係を樹立すること、(ロ)と(ハ)については、真に自由で平等な契約関係の樹立のために、小作人組合や労働組合を強化する課題、(ニ)については市民同士の関係をも自由な所有と契約に基づくものにするのが課題となった。このようにして、身分制的な関係ではなく、契約に基づく新しい人間関係を樹立すること(「身分から契約へ」From Status to Contract)が重要な課題となり、個人の自立(Autonomy)の確立のため自己決定が近代化の一つの柱となった。

リベラルな民法学者のこうした課題は、第二次大戦後に一層鮮明になった。憲法や民法、刑法などの法典では自由と平等、基本的人権の確立が明文化され、近代化が法律上(de jure)には進したが、戦後においても日本社会には事実として(de facto)は、なお、(イ)から(ニ)の古い関係が強かった。そこで戦後においても、西欧の民法が進歩のモデルとされ、イギリスやフランス、ドイツの近代化と近代法の構造の分析に関心が集中した(社会的な課題も重要であり、労働法・社会保障法・借地借家法などにも関心が高まったが、この点は省略する)。

日本の民法学におけるこの近代化・近代主義の伝統は、今日でも多くの学者によって一方では受け継がれているのである。上述の原島・石田や渡辺洋三といった学者たちは、主としてこの立場に属している。

さて、1965年以降、日本社会は急速に工業化・都市化を遂げた。この結果、自由や民主主義が定着していない農村が、もはや日本社会の基盤とはならなくなった。都市に人口が集中し、そこでは大衆社会化現象(群衆の中で孤独化することによって、無力感に囚われこと)が生じ、それに伴う、自由のマイナスイメージとしての「マイ・ホーム主義」、エゴセントリズム(「ジコチュー」)や政治的・社会的無関心が問題になり、近代的自由への批判が出てきた。また、近代化のもたらす社会的問題——合理化の強化、各種の公害、資源問題、消費者問題、人

間疎外——が深刻化し、民法学においてもこれらへの対応上、自由の社会的規制が課題となった。このような事態は、上の原島・石田らの立場には不利で、星野・平井らの立場に有利なものと言える。実際、上述のように民法学では近代主義批判が強まっている。しかしながら、われわれが自己決定権の問題について、民法学だけでなく憲法学をも含めて考えるならば、今日の日本の法学において、市民法原理の再評価が強まっていることが指摘できよう。

参考文献：山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社，1987年)，佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」(『法学教室』98号，1988年)，戸波江二「自己決定権の意義と範囲」(『法学教室』158号，1993年)，西谷敏『労働法における個人と集団』(有斐閣，1992年)，吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社，1999年)。

8 人権＝個人の価値(3) 「その人なりの生き様」への着目

ここでは前章を踏まえて、自己決定権に関わる実務において、「その人なりの生き様」に着目する動向が出てきていることを析出し、それを、同様の動きがある歴史学と対比することによって、その意味を考える。

8-1 法学の場合

社会福祉、医療、労働、民事法学における自己決定論を分析すると、その共通の傾向として、生存権が新しい質を獲得しつつあること、すなわち人権論が自由権的な「人格」・「市民」や、社会権的な「労働者」から、「ありのままの個人」へと尊重対象を具体化しつつあることが分かる。以下、この点を具体的に見ていこう⁹⁹⁾。

8-1-1 社会福祉における自己決定権

古川孝順によれば、1980年代以降の福祉の実務では「社会福祉政策・制度のパラダイム転換」がはつきりしている。そのポイントは10あり、その一つが「主体化」である。これは、社会福祉を供給者の側からではなく利用者や地域住民(居住者)の視点から捉えることによって、「福祉サービスの利用過程における利用者の参加や自己決定権、選択権」を保障し、「福祉計画策定など行政への住民参加」を促進することである¹⁰⁰⁾。このためには、福祉サービスの種類や利用手続・社会福祉施設などについて、利用者に十分な情報を与えると

99) この点についての詳細は、拙稿「基本的人権の今日的意味」『社会福祉研究』第70号、鉄道弘済会、1997年)参照。

100) 古川孝順『社会福祉のパラダイム転換』(有斐閣、1997年)67頁。

8 人権＝個人の価値(3) 「その人なりの生き様」への着目 167

ともに選択上・利用上で援助する体制(インフォームド・チョイス)が必要である¹⁰¹⁾。

社会福祉においてこのような自己決定権が重要だとされるのは、自己決定が人間のもつ本源的な心理的欲求の一つに関わっているからである。すなわち人間は、情愛や安定感、自己表現、他者からの承認などとともに、自分なりの人生目標を設定してそれを自分で生きていきたい(自己実現)、そうした存在として、すなわちかけがえのない独自の人間として扱って欲しい、という欲求をもっている。この欲求が満たされた人間が——重い障害や重い病の状態にある人間もが——切実にもっているものであり、かれにそれを認めないことは、その人間性を否定することである。こうした見方は、社会保障の分野ではバイステックの『ケースワークの原則』(1957年刊)¹⁰²⁾に早くから提起されていたが——そこではクライエント一人ひとりが尊厳をもち固有価値をもった「かけがえのない存在」であるとともに幸福追求の権利をもつことが随所で強調されている——、それが最近広く受け入れられるようになってきたのである。

自己決定権をこのように幸福追求の重要な一条件と見る立場からは、自己決定権は、憲法学でしばしば前提にされているような社会的に自立的な「強い」個人の権利としてではなく、肉体的・精神的にどのような状態に置かれていようとも、その下で自分なりに幸福を求めている人間の、その人なりの権利として位置づけられることになる。すなわちここでは、自己決定権は、単に成人の健全者に認められるだけでなく、子供や障害者、成年被後見人、末期患者などにも、その目線に立って——その人にとっての幸せとは何かを考える立場から——認められるべき権利であるとされるのである¹⁰³⁾。

自己決定権がパラダイム転換の一つとして最近主張されるようになったのは、

101) 同上162頁。

102) Felix P. Biessek, *The Casework Relationship*, 1957, 尾崎新・福田俊子・原田和幸訳『ケースワークの原則——援助関係を形成する技法』(誠信書房、1996年)。

103) これは「自己決定権」概念の進化であると共に、「平等」概念の進化でもある。この「平等」概念の進化の有り様については、旧西ドイツのヴァイツェッカー大統領が、1993年7月に行った講演「障害者に公正に」の中で、「異なっていることこそ正常です。人間であることに基準などはありません。」という、鋭い問題提起を伴いつつ、見事に展開している。永井清彦訳『ヴァイツェッカー大統領演説集』(岩波書店、1995年)193頁以下。

これとは反対の傾向が各国で支配的であり続けてきたからである。社会福祉サービスの利用者は、これまではいわば完全な無能力者として扱われてきた。かれらに対して生活扶助の受給や施設入所の措置が開始されたその瞬間から、かれらは、「権利としての生活自助原則」ないし自己決定権を否定され、国家や施設の規制と統制の下に置かれてきた¹⁰⁴⁾。

こうした傾向が広くみられた要因は、第一には、社会福祉が被援助者の権利としてではなく援助者(国)の恩恵とされていたこと(「ありがたく思え」)にある。とりわけ戦後の日本では、「本質的に明治憲法下の困窮人民を単なる行政権力の客体視し、無制約的な生活全面管理下におこうとした救貧立法規定の継承・温存」が図られてきた¹⁰⁵⁾。パラダイム転換は、この点では、〈古い国家パターンリズムの克服〉という近代化の課題に関わっている。

自己決定権が尊重されていない第二の要因は、社会福祉によって確保されるべき「最低限度の生活」が、生活水準の低かった戦後期には「量的」にのみとらえられ、生活の質(Quality of Life)に目が向けられてこなかったことにある¹⁰⁶⁾。生活の質に目を向けるときには、『福祉サービスの利用者が利用中に人間らしい生き方をしているか』が問題となる。人間らしい生き方の最低条件としては、物質的な保障とともに、尊厳をもち、かつ、それぞれに幸福追求の主体である存在として扱われることが挙げられる。パラダイム転換は、この、生活水準が向上し、「多様で個性的な生活の質への関心」が高まった¹⁰⁷⁾現代社会へ社会福祉の実務水準を対応させるという点では、——「近代化」の課題に対する——「現代化」の課題に関わっている。

第三の要因は、福祉国家では国家サービスが肥大化するが、その結果、給付の内容が画一的になり、運営が官僚的で反人間的になったことにある¹⁰⁸⁾。また福祉国家では、利用者がサービスの受動的な受け手となりがちである。パラ

ダイム転換は、このような福祉国家の問題と対決する点では、すぐれて「現代的な問題の克服」という課題に関わっている。

8-1-2 医療における自己決定権

自己決定権とプライバシーの権利は、最近の医療においても同様にパラダイム転換の一論点を成している¹⁰⁹⁾。それは、これまで医師や病院に従属し医療サービスの客体としてのみ扱われがちであった患者について、『その一人ひとりが尊厳をもち、かつ自己の医療に積極的に参加する主体』であると捉え直すことを意味する。このことは、具体的には、例えば1982年のスウェーデン「ヘルスケア及び医療法」第3条が定めているように、医療が「患者の自己決定及び不可侵性に対する尊重を基礎に」し、「可能な限り、患者との合意により形成され、かつ行われなければならない」¹¹⁰⁾ということである。

医療において患者の自己決定権が主張される根拠は、第一には、患者各人が自分の肉体のあらゆる問題を自分の意思で決定する基本的な権利を有している¹¹¹⁾という事実であり、さらに第二には、前述のように、患者が、たとえ絶望的な状況下にある場合でも、それぞれにかけがえのない独自の人間としてあり¹¹²⁾、かれなりの幸福を求めて生きようとしており生きているゆえに、この幸福追求を自己決定権の尊重を通じて確保する必要があるという事実である。ここでも「その人なりの生き様」を大切にし、患者自身の目線でかれの幸福を考え、その幸福を可能にする不可欠の条件の一つとして自己決定を位置づけることが重要なのである。

このような自己決定が合理的に行われるためには、患者に対し、自分の病状を理解し判断するのに十分な情報が、患者の置かれた状況に適切に対応した形で——すなわち医師の側からの援助を伴って——与えられなければならない。

109) 高木・同上、加藤博史『ソーシャル・ワークの思想と実際』(晃洋書房、1994年)、増田樹郎他『社会福祉学原論』(黎明書房、1997年)、高山直樹『社会福祉における利用者の権利擁護—その意義・理念・展望—』(『社会福祉研究』第88号、鉄道弘済会、1997年)3頁、大谷強「福祉・保健分野における地方分権化の問題と課題」(同)36頁以下。

110) 池水満『患者の権利』改訂版(九州大学出版会、1997年)68頁。

111) 仙台高等裁判所1994年12月15日判決(『判例時報』1536号、判例時報社、1995年)59頁。

112) 中川米造編纂責任『講座・人間と医療を考える 1巻 哲学と医療』第3章(平山正実執筆)(弘文堂、1992年)64頁。

104) 古川孝順・前掲注100)『社会福祉のパラダイム転換』161頁。これが最も非人間的な管理主義となって展開した事例の一つが、ハンセン病患者に対する日本の療養施設での処遇であった。

105) 小川政亮「加藤生活保護・人権訴訟勝訴とその意義」(『法律時報』66巻3号、日本評論社、1994年)16頁。

106) 古川孝順・前掲注100)『社会福祉のパラダイム転換』160頁。

107) 高木郁郎編『自立と選択の福祉ビジョン』(平原社、1994年)4頁。

108) 同上13頁。

自己決定は「知る権利」を基盤にしているのである。医師による十分な説明を踏まえて患者の自己決定が適切になされるのが、医療における「インフォームド・コンセント」である。

医師と患者の間には、これまで長い間、相互の自立性と主体性を尊重した関係が一般的ではなかった。医師と患者の関係を、プロデーイは三つのモデルに分けている¹¹³⁾。

第一は、「工学モデル」である。これは人間を部品から成る機械と見ることで、故障した箇所を修理するかのよう¹¹⁴⁾に治療を行う。ここでは患者は、主体として捉えられないし、人間としてその——社会的・経済的・法律的・精神的関係にある——全体において捉えられることもない。

第二は、「牧師モデル」である。これは、医師だけが医療の主体として振舞い、患者を——牧師のように——後見者的に配慮する、パターナリズムの関係である。

これら二つの関係に対してプロデーイは、第三の「契約モデル」を提唱する。ここでは患者は、自分の体とその運命を自分で決定する主体であり、治療行為に医師と共同で参加するとされる。このモデルでは患者の自己決定が重要となる。ただし、医師と患者の関係を契約モデルで捉えるとはいっても、それは両者がそれぞれの要求を主張し放しであることや、すべてが患者の判断に任せられることを意味しない。以下は筆者の見解であるが、たとえば結婚は、法的には契約として捉えられる。しかし、だからといって結婚は取引的なドライな関係だということにはならない。実際には愛情に基づく二人の信頼と協力が大切であり、まさにそれを可能にするためには、二人の主体性を認める必要がある。それゆえにこそ契約的構成が必要である。これと同様、医療での契約モデルは、医療行為において共に主体である医師と患者が「両者からの情報をお互いに提供し合い、現時点でいかにするかを考え、合意による決定に至る」¹¹⁵⁾ものである。

113) Howard Brody, *Ethical Decision in Medicine*, 2. edition, 1981. 龍野之男・榎本勝之訳『医の倫理』原書第2版(東京大学出版会, 1985年)35頁以下、中川・同上第9章(村岡潔執筆)219頁以下。

114) 清水哲郎『医療現場に臨む哲学』(勁草書房, 1997年)77頁。

医療においてこれまで長い間「契約モデル」が一般的でなく、ようやく最近になってその方向への「パラダイム転換」が叫ばれたのは、次のような事情による。

第一に、これまでの医療では、医師の側の権威主義やパターナリズムと患者の側の「甘え」の共存が伝統であった(〈患者の自己決定権〉の提唱は、この、伝統的なパターナリズムを克服していく点では、社会の近代化の一環としてある)。

第二に、近代医学のあり方に問題があった。すなわち、例えば前述のように近代医学教育は、客観性・科学性を強調し、科学の対象としての病気や疾患の部分にのみ目を向け、人間性を軽視してきた、といわれている(それゆえこの点では、〈患者の自己決定権〉は、近代医学の悪しき側面の克服、換言すれば近代主義の克服の課題に関わる)。

第三に、現代社会における医療のあり方に問題がある。これは例えば、①大病院化がもたらす管理主義・営利性追求からくる患者の棄置け・検査漬けや、医学と医療技術の発達に伴う医療行為の細分化・専門化・多忙化などによって、患者が人間的扱いを受けられず、一人ひとりが『幸福を求めて生きている独自の存在』として大切にされない状況が強まったこと、②医学の高度化によって医療が一般人には理解不能となり、その結果、医師の権威主義が新たに強まっていること、などの問題である¹¹⁶⁾。

第四に、患者が自己決定権を主張する契機が、最近次のように増えた。①現代における病気の変化——がん・心臓疾患・脳血管疾患など外科的手段に頼る病気が増加し、治療の選択肢が増えたこと——のため、患者の判断が求められる。②医療過誤・医療事故訴訟が増え、患者の同意が重視されるようになった。③全体として患者の権利意識が高まった¹¹⁶⁾。

(以上の第三と第四の点では、〈患者の自己決定権〉の提唱は、近代化とか近代主義の克服とかといった課題ではなく、医療の現代的発展や患者の意識の向上に対応した課題、すなわちすぐれて現代化の課題に関わっている。)

115) 以上については、中川米造編・前掲注112)第3章。

116) 虫明編『人のいのちと法』(法律文化社, 1996年)54頁以下(上村貞美執筆)。

8-1-3 労働をめぐる自己決定権

労働法学においても、最近(労働者の)自己決定権やプライバシーの権利が強調されている。道幸によれば、「現在、自立は労働者のあり方を考えるうえでキー・コンセプトである」¹¹⁷⁾。労働者は、使用者に従属した存在であり、実質的な対等性を確保するために特別な法的バックアップを必要とする。労働者は、しかし同時に、労働を通じて自己を形成し、他人との関係を結び社会参加する自己実現・幸福追求の主体である。かれはまた、会社や組合のメンバーであるとともに、自分の思想やライフ・スタイルによって自己のアイデンティティを形成していく独自の個人である¹¹⁸⁾。以上のゆえに、使用者も労働組合も裁判所も、労働権を尊重するとともに、労働者一人ひとりの自己決定とプライバシーをも尊重しなければならない。

こうした見方は、具体的な帰結としては、①労働契約締結時(就職時)の「同意」を絶対化して、労働者の就職後の自己決定を放棄させるような実務、すなわち労働契約の「奴隷契約」化を批判すること、②労働者が就職時に提示を受けなかった就業規則やその条項については、それが労働者を拘束するかどうかを判断する際に「厳格な内容審査」を要求すること、③ユニオンシップを、労働者の組合加入の自己決定を否定するものとして批判すること、④労働者のライフ・スタイルや私生活に対し不当に介入することに對する批判、などを帰結させる。

これまでの日本では労働者の自己決定が尊重されず、「労働者の意思があまりにも甚だしく無視されて」きた¹¹⁹⁾。そうしたことの原因にはさまざまなものがある。

第一に、日本に伝統的な集団主義によって個人の尊厳が侵されてきた。終身雇用制も作用して、これが会社に身も心も捧げる忠実な社員となる「会社主義」を生み出してきた。それはまた組合が組合員に対し強い統制を及ぼし、組合への団結が各人の個性や自己実現・プライバシーに優先させられる傾向を生

117) 道幸哲也『職場における自立とプライバシー』(日本評論社、1995年)9頁。

118) 道幸哲也『業務命令権と労働者の自立』(『法律時報』66巻9号、日本評論社、1994年)。

119) 西谷敏『労働法における自己決定の理念』(『法律時報』66巻9号、1994年)。

み出した¹²⁰⁾(以上については、本書16章をも参照。なお、最近では、長期不況下で「リストラ」が横行し終身雇用制が崩れたかの様に見えるが、しかし、エリート社員は依然として終身雇用であり、かれらの間では「会社主義」は崩れていない。他方、「リストラ」される人にとっては、別の形で「労働者の意思があまりにも甚だしく無視されて」いる事実がある)。

第二に、終戦直後においては、生活水準が低かったため、市民的自由の確保よりも「最低限度の生存」の確保が優先されたし、市民的自由の基盤も脆弱であった。このため、労働運動などにおいて市民的自由に対する配慮が欠けていた¹²¹⁾。また、生活水準が低い戦後の状況下では「労働者」は生活面でも精神面でも「プロレタリア」として同質的に扱われ、個人的な違い(個性やライフ・スタイルの違い)が重視されないのでもあった。

第三に、社会法や社会権に対する以下のような一面的理解があった。①従属労働(労働者が使用者に従属していること)に着目するがゆえに、『労働者は眞の自己決定をなさないのだから、(労働者の自己決定)をいうと、それは「使用者の支配をカモフラージュすること」に道を拓く危険がある』とする、自己決定に対する不信感があった¹²²⁾。②「自由権から社会権へ」という法発展の一面的理解のため、「自己決定と自己責任を核とする自立の理念を時代錯誤とみなす風潮」があった¹²³⁾。『市民的自由は、労働者の団結によって阻害的なブルジョワ的法観念であり、生存権原理を空洞化する危険なもの』とする傾向¹²⁴⁾も、これと関連している。③『労働者は貧民で弱者であり、後見的に保護してやらなければならない』とするパターンナリステイックな見方が強かった¹²⁵⁾。④「最低限度の生活」(憲法25条)や「人たるに値する生活」(労働基準法1条)を物質的に保障することに重点が置かれ、労働者の生活の質(とくに精神面での充実)については問われてこなかった。⑤『労働組合は、労働者の解

120) 西谷敏『労働者保護法における自己決定とその限界』(松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権』、信山社、1997年)225頁。

121) 西谷敏『労働法における個人と集団』(有斐閣、1992年)16頁以下。

122) 同上。

123) 井上達夫『パターンリズムと人権』(『ジュリスト』945号、有斐閣、1989年)74頁。

124) 三井正信『労働組合と労働者の自己決定』(『法律時報』66巻9号、日本評論社、1994年)。

125) 西谷・前掲注120)『労働者保護法における自己決定とその限界』。

放という重要な使命を帯びた団体であり階級的財産であるので、労働者個人はそれを全力で支えなければならぬ」として、個々の労働者よりも交渉当事者たる労働組合が「優越的な地位」にあると説く法理論が有力である¹²⁶⁾。

これらに対して労働者の自己決定権・プライバシーの権利が最近強調されるようになった原因としては、第一に、日本社会が物質面では豊かになり、その結果、個人意識の高まりや多様な個性、独自のライフ・スタイルの許容ないし尊重がみられるようになったこと、第二に、会社主義の強化や「リストラ」によって出向・配転・単身赴任・残業などが強制され、また会社への忠誠強制や思想統制が進行している今日の状況下で、労働者が自己決定権に訴える必要が出てきたこと、第三に、新自由主義の影響——「市場の原理」を再評価し、それに徹することによって福祉国家の矛盾や計画経済の非能率制を克服し、経済を活性化させようとする立場（注137頁参照）であり、個人の自己決定・自己責任がその一環として強調される——などがある。

8-2 歴史学の場合

法学におけると同様の新しい動きが歴史学にも見られる。ここで問題になるのは、「ニュー・ヒストリー」をめぐる学界動向である。「ニュー・ヒストリー」とは、フランスのアナール派第三世代・第四世代の人々（アラン・コルバン Alain Corbin, ル・ロワ・ラデュリ Le Roy Ladurie, モーリス・アギューロン Maurice Aguihonら）や、ドイツのゲッツェンゲン・グループ（ハンス・メディック Hans Medickら）やメクゼーパー（Cord Meckseper）やシュラウト（Elisabeth Schraut）、イタリヤのミクrostリアの人々などを中心とした新しい社会的傾向を指す。これまで歴史学は、主としてエリート層の政治的・思想的活躍や公的な制度の変遷を中心に、天才が何を考えたか、歴史的事件をめぐって有力な諸個人がどのように活動したかに関心をもってきた。これに対して、「ニュー・ヒストリー」では一般庶民の日常生活が関心の対象となり、したがって国家政治史よりも民衆社会の歴史、すなわち社会史が重視される。そしてその民衆の日常生活

活の動きを規定している構造、とくに無意識下の集団心性 (mentalité) が問題になる¹²⁷⁾。そうした構造には地理的にも階層的にも差異があり、その動きは国家制度や国民経済の変化に比して緩慢であるから、歴史が一方に単線的に発展すると見るのではなく、世界の重層的な歴史構造を問題にする。日常生活の事項や「民衆」の内容は多様であるので、歴史学は多種多様な問題史となつて展開することになる。また、文書史料とくに公文書に頼るのでは民衆の日常生活や心性はつかめないもので、それ以外の史料、すなわち口碑や歌謡、儀式、祭礼などが鍵として重視される。以上の結果、歴史人類学・民族学が歴史研究において重要な役割を果たすようになる。

アナール派の第三・第四世代において上述のような歴史人類学的傾向が強まったバック・グラウンドとしては、次のような事柄が指摘されている。

- ① かつては近代化が課題であったが、1960年代以降に研究生活に入った新世代は、近代のもたらした現代社会の問題を深刻に受け止め、また近代そのものをももっていた差別性や抑圧の契機を問題にし始め、それゆえ、近代化から取り残され、あるいは遅れたとして軽視されていたものや人々へ目を向け始めたこと¹²⁸⁾。
- ② 個人主義の世紀とされてきた16世紀以降の西欧社会についても、それは別に、伝統的な「多種多様な人的結合の紐帯が生き続けて」いることが歴史研究を通じて明らかになり、歴史の重層性が問題になったこと¹²⁹⁾。
- ③ 近代の諸学に広く見られた、社会の壮大な体系的発展史論、すなわち「大きな物語」への懐疑が強まり、部分社会の独自性・多様性の考察が尊重されるようになったこと。

- ④ 世界は多元的であり、それぞれの文化に独自の評価が必要なることを構造主義（個人の知覚や意志から独立し社会関係を組織立て言説の形態を生み出す構造や関係を前提にする発想）が提起し、その結果、西洋近代の相対化が進んだこと。

127) 二宮宏之『全体を見る眼と歴史家たち』(平凡社, 1995年, 初版: 木鐸社, 1986年) 71頁以下。イッガース『ヨーロッパ歴史学の新潮流』(中村他訳, 晃洋書房, 1986年) 318頁以下。

128) 福井憲彦『新しい歴史学』とは何か』(日本エディタースクール出版部, 1987年) 20頁以下。竹岡・川北編『社会史への途』(有斐閣選書, 1995年) 52頁。竹岡敬温『アナール』学派と社会史』(同文館出版株式会社, 1990年) 207頁以下。

129) 二宮宏之『歴史学再考』(日本エディタースクール出版部, 1994年) 62-63頁。

⑤ 西欧の白人文化に対して、それ以外の人種・民族の固有文化を再評価する、世界の「多文化社会」化が進んでいることの反映¹³⁰⁾、などである。

これらは新しいフェミニズムやポストモダニズムも共有しているバック・グラウンドである。

ところで、この方向を徹底させれば、一回限りでしか起こらない事象や状況、無名の個人の生き様を理解しようとする関心が強まり、歴史を貫徹するような(構造主義的な)構造を析出することよりも、個々の人間の行為を叙述することに関心が向かう¹³¹⁾。アナール派第二世代のプロテデルらが「人為の及ばない、大きな機構、つまり、地理的、社会的ならびに経済的機構の、社会を左右する役割を強調¹³²⁾したのに対して、ここでは再び歴史を人間化すること、しかしかつて偉人に着目したのとは違い、今度は底辺の民衆一人ひとりに着目しその私的・周辺的な生活領域(子供、性、家族、余暇、死など)に密着することを重視する。こうした考察においては構造も、一定不変で絶対的な規定力をもったものとしてではなく、むしろ集団の一つの傾向性として析出され変化していくものとして捉えられることになる¹³³⁾。

つまり考察の重心は、構造そのものではなく「あくまで人間たちのコミュニケーションの様式にある」ことになる¹³⁴⁾。ここには、デュルケムや構造主義に見られた構造決定論(人間は無意識に社会の構造に規定されているとす)との立場)からの脱却、すなわちポスト構造主義とも共通する指向が見られる¹³⁵⁾。実際、ロジェ・シャルチエによれば¹³⁶⁾、今日の歴史学の特徴の一つは、構造主義的パラダイムと数量化の手法との後退にある。歴史家の関心は、「構造」から「諸個人・諸団体の創造的(活動)のネットワーク」へ、「集合的規範」から「個別

130) 二宮宏之・前掲注127)『全体を見る眼と歴史家たち』58頁以下。

131) イッガース・前掲注127)『ヨーロッパ歴史学の新潮流』325頁。

132) 同上、308頁。

133) イッガース『20世紀の歴史学』(早島訳、見洋書房、1996年)97頁。

134) 同上、108頁。

135) ただし二宮は、アナール派の社会史研究の発展を、「歴史学におけるパラダイムの転換」と位置づけつつ、それが「歴史学が、政治史・外交史においてとりわけ顕著であった表層の事件史から、長期的な特長を重視する深層の歴史学へと向かいつつあったことと、深くかかわっているのである」として、社会史と構造主義との結びつきを指摘している。二宮・前掲注129)『歴史学再考』46頁。

136) ロジエ・シャルチエ『今日の歴史学』(『思想』1994年9月号)。

戦略」へと移った。

*

以上のように法学においても歴史学においても、人間を大きな機構・構造の単なる構成要素として匿名で扱っていた傾向が問題にされ、今や一人ひとりの個人をその生活に即しその独自の生き様・幸福追求に着目して捉え直そうとする指向が強まっている¹³⁷⁾。これは、二宮が新しい歴史学の方向として述べている、「人間たちを、近代歴史学が暗黙の前提としてきた『政治家』『経済人』『思想家』である以前に、『からだ』と『ところ』をそなえた、日常性を生きている存在へと戻してやらなくてはならない¹³⁸⁾ということと対応している指向である。

137) とはいえ、一人ひとりの個人の目線に立とうという、この動きが現代日本社会の主たる動向であるとはいえない。日本において今、強まっているのは、新自由主義である。この立場は、「市場原理」の再生を前面に押し出し、自由競争の結果として、効率性の悪い企業や能力のない労働者が淘汰されるのは当然だとし、そうした淘汰は国際競争に勝ち抜くためにも必要だとする。こうした競争・「経済効率」を至上とする世風が強まり、「ジコチュー」を標榜する若者だけでなく、企業家や政治家、勤労者までが自己中心的になり、社会的弱者の発生に無感覚になりつつある。人類が20世紀を通じて積み上げてきた、共同・運命の精神に基づく相互援助のシステムを、今や新自由主義が解体しつつあるのである。(この点については、「16 日本における(前近代・近代・超近代)」をも参照。)

経済学者の山家悠児夫は、この状況を批判して次のように描いている。「弱い者を徹底的に淘汰すべし、それによって強い者の力が存分に発揮できるようにすべし、との主張である。この主張は、二〇〇一年に入ってから、とみに目につくようになっていく。金融機関の不良債権を積極的に処理すべきである。そのことにより産業界の弱者を淘汰すべきである。との主張はそれである。整理されるべきもの、淘汰されるべきものがいっつも温存されているから日本経済はそれという幻想」岩波書店、2001年、11頁。内橋克人編『経済学は誰のためにあるのか』岩波書店、1997年、同『同時代への発言』全8巻、岩波書店、1999年も興味深い。

こうした状況下では、「その人なりの生き様」への着目などは、「経済を知らない夢想家のセンチメンタリズムだ」ということになってしまおうであらう。21世紀は、一人ひとりの人間らしきを求める運動と、効率性の論理によって強い者だけが大切にされる動向との間の闘争の世紀となるであらう。

138) 二宮宏之・前掲注127)『全体を見る眼と歴史家たち』70頁。