

「生活世界」のシステム化と権利論・人権論の課題 (二)

— 現代社会における公共性論と法理論の課題

横田 力

はじめに

第一章 近代市民社会から現代市民社会への転換が意味するもの

第一節 市民法原理の転換

第二節 国家による法化の強制は何を意味するか

第三節 国家による法化の強制—その類型と根拠

第二章 憲法学における人権論と市民法上の権利論

第一節 システム化した社会の正統性原理としての人権論

第二節 労使関係の「システム」化とその特徴

第三節 わが国における労使関係の現状と雇用契約

(以上前号)

第三章 企業・国家・人権

第一節 企業・国家・人権のトリアーデーに含まれる理論上の

意味

第二節 近代法原理の修正要因としての「社会的弱者」とその

権利主体性

第四章 現代行政と人権—従来の視点から、今日的構成へ—

第一節 人権保障の論拠としての個別性・直接性

第二節 人権侵害の論拠としての一般性・間接性

第五章 今日における社会法・社会権論の課題

第一節 今日の世界変動と人権論のアポリア

第二節 今日における社会法の意味と社会権—通説への反省に

立って

おわりに—「法化」・「非法化」論との関連を通して

(以上本号)

第三章 企業・国家・人権

第一節 企業・国家・人権のトリアードに含まれる理論上の意味

先ず、ここでは人権なる概念をその主体規定たる個人に置き替えて考えてみよう。

近代法システムにとり企業・国家・個人が各々に関係づけられる中で具体的な主体規定を与えられるのは、その勝れて現代的な展開形態においてであることがわかる。即ち、近代法システムの古典的形態にあつては、「国家と社会」個人を対立させる二元的・二項対立的モデル」が基本であり、「法形成においては後者（二元的・二項対立的モデル）横田）が明確に重視され」という関係にあつた。個人による自律的法形成能力の最大限の尊重と行政法規の警察国家的視点に基づく取締規定への限定、以上の背景には、前章までで述べた市民社会の近代型モデルが対応している。これに対して、国家—社会—個人の関係が三項対立的モデルとして構成されるようになるのは、近代市民社会の現代市民社会への移行をふまえてのことである。それは、法的には三つの契機をふまえてのことと思われる。一つは、「市民社会における実質的経済的不平等の顕在化と、そのような不正義への対処を標榜する」国家法の形態をとつての「国家の市民社会に対する介入の増大」という契機である。二つ目は、国民経済の円滑な運行を確保し、社会的富の増進を確保するという観点からの介入であり、わが国においては一連の「業法」の展開が行政法原理に基づいて行われることである。三つ目は、「市民社会における個人の自律的法形成を否定する契機を孕」む経済的・営利

的経済団体の形成である^③。それは、公序としての営業の自由を支えられながらも、最大限利潤を目指すことから常にそれを侵害する傾向をもつ社会的権力として評価されることになる。

社会的権力としての企業は、市民法においては個人と同じく法律行為の主体として位置づけられるが、商行為という特殊な法律行為を主とすることからも個別の位置づけがなされう^④。渡辺洋三氏もかつて指摘したように近代市民法の古典的命題が、自己労働に基づく私的所有と、等価を基本とする商品交換のルールである、とすると、企業の行う商行為はいずれもこの要件を充たしていないことになる。第一に、現代における企業所得の形成と財産保有は、同じく私的所有権として市民法上は評価されても、雇い入れた他人の労働に依存して成り立っている。他人労働への依存性。第二に、企業がおりなす流通、商品交換過程は、「売りのための買い」、「もうけのための生産」（「買わせるための生産」）となつていて等価性が確保できない構造になつている。ここでは、近代市民法が想定する「相手方の必要に応じての生産と販売」という適正価格形成のための前提が喪失しているのである。

有力な経済学の一方のシュールレは、前者を搾取の構造、後者を収奪の構図として表わすが、ここでは、近代市民法が想定する理念とは背馳する現象が進行するのである。

そもそも法化という概念は、ドイツを筆頭とする西欧大衆社会の国家的統合の戦後的形態である福祉国家の転換期において主張された概念である。そこでは、ハーバースマスVSルーマン、トイブナー等の議論から推し測られる限りで、介入主義的法の増大が、法道見主義的思考換言すれば認知的開放性の側に偏した立場で法を捉える思

考、を増大させ、システムとしての法が本来もつはずの規範的閉鎖性を破壊し、過大な予期能力を法に期待し担わせる結果、法の機能喪失が生じている、との認識がある。いわば、「法による社会の不統合」という現代法状況を表わす概念であり、そこから、新たな法政策論、原理論が探られているのである。ただし、留意すべきは、右の論者の各々において、法化に対する非法化の主張はその有効性を否定されていることである。法の役割をめぐる隘路を前にして「法は手続きと道徳のどちらに關係しているか」と問うとき、前者の主張を進めるのがトイプナーの「自省的法」論であり、ルーマンのシステム論であるとする、と後者の主張はハーバーマスのフォーラムにおける合意を通して形成される「生活世界の論理」に通底するものといえよう。

個人の価値形成と行動の自由の確保をベースにして考察をすすめる本稿において、個人が、他者（国家・社会・地域、特に後二者の代表として企業）とかかわりをもつ場合、そのかわり方を権利な概念でおさえる社会的ルールの存在は、とりわけ社会に富と立場上の不均衡が甚だしい場合は重要である。それは、権利・義務規範の内容と適用方法次第で、まさに「権力」としての一方の当事者の力を相対化できるからである。その意味で、「権力」としての一方の当事者は、常に権利、義務の体系からなる規制・法化を免れようとする（非法化への誘因）か、法化の機能を麻痺させ、「法による社会の不統合」（より正確には「社会による法の不統合」）。この点については後述）を結果させようとする。今日の規制緩和論がすぐれて「権力」サイドからの主張であることはこのことの証左でもある。本章では、この「権力性」を企業活動の中に求める中で、講学上の

人権論の視点からさらに問題に迫ってみたい。

第二節 近代法原理の修正要因としての「社会的弱者」とその 権利主体性

人権とは何か、をめぐる論議は、憲法解釈論における自己決定権、人格権の論議と重なりながら近年急速な深まりをみせている。それは、先に述べた福祉国家の再編成という社会変動の影響、社会意識の向上（変容）によるパターンリズムに対する違和感の形成、さらには、これまた変容をみせている日本型市民社会統合の原理としての企業（＝集団）社会に対する抵抗とその変容に伴うところの（企業から放逐され）いやが応でも「自律」せざるえない個人の輩出、といった様々な背景的インパクトが考えられる。ただ共通しているのは、これらの諸現象に対して個人の人格的価値をベースにしない限り対抗できない、換言すれば迫り来る事象と社会的実体を相対化できない、という点では認識が一致していることである。これは、日本において近代を語る上で、共通の思想的土壌と枠組みが形成されつつあることを意味し、憲法研究者にとり有意義なことである。

ところで、講学上、人権とは、普通「人間が人間であることに基づいて当然有する」権利であり、「人間性」から論理必然的に生ずるもの」であって、それゆえ普遍的なものである」と説明されてきた。これについては既に、笹沼弘志氏や奥平康弘氏の論究にもあるように、人権という規範命題に対する事実の裏付けに応答性が欠落している、との批判がある。即ち、「人間であること」↓「人一般」であることは、人権という切り札、二値論理的命題を根拠づけ

ているか、ということである。⁸⁾ というのは、人間であるという自然的事実には、個人、集団、男性、女性、老若といった多様性があるのであり、それを一律に「人間性」から論理必然的に生ずる「実体的価値（人間の尊厳）」の主体としたのでは、現実存在する主体間の事情が捨象され、勢いその担い手像は、市民社会における「自発的に目的適合的な行為をなしうる者」に特定されてしまうからである。これでは、（人権という価値の）普遍性を担いうるのは一部の「強者」としての市民に限定され、強者たることの条件を欠く人々は、実体的価値を認識できず、誤った自己決定に伴うリスクを何者かに依存して免れるべき保護の客体ということになる。さすがに、この関係を人権論における矛盾と捉える論者は、そのような個人には、他者依存性を断ち切った「強者たれ。」と説くことにより、「国家による自由の強制」↓各人が自己決定をなしうる公共の場の形成を主張することになる。即ち、すべてを「強者」になぞらえる、より正確にはなぞらえることができるような条件を整えることで、人権論における事実と当為の架橋を図ろうとするのである。従って、ここでは当然、人権のカタログとしては人格権を中心とする自由権が、国家との関係で主張されるのであり、それは、民法上の担い手像である「強く、賢く、合理的」な個として捉えられた法的人格のあり方と合致することになる。⁹⁾

しかし、このような法における人間像は、市民法のレヴェルにおいてもそのままでは妥当性を有してはいない。即ち、既に不法行為法は、回復すべき権利（利益）をもった当事者として様々な実相における社会的「弱者」を認めてきているのであり、¹⁰⁾ このことは対国家たると私人間レヴェルであろうと異なるころではない。契約法

のレヴェルにおいても、とりわけ消費者契約の諸形態を中心に、従来の業法としての行政的取締法規の中に、解除、解約権の特例（クーリングオフ、訪問販売法六条等）や抗弁の接続（対抗）規定（割賦販売法三〇条の四）を置くなど、社会的「弱者」たる消費者に私権行使の当事者性を認めてきているのである。その意味で、これらの諸法規は、「管理型法」としての事業法・経済法としての性格をもつと同時にその中に、市民性の特別法として機能しうる諸規定を含むものといえよう。¹¹⁾

以上は、田中成明氏のいう普遍主義的な「自立型法システム」をモデルとした議論であったが、同じく氏のいう介入主義的「管理型法」の領域においてはさらにはまることになる。¹²⁾ 氏にとつての介入主義的「管理型法」とは、資源配分機能を担うべく定立された行政法、社会法、経済法の分野を総称しているが、ここでは社会法の分野について考えてみることにしよう。

そもそも社会法の形成要因は、市民社会の変容に伴い、「国家VS社会・個人」の二項対立の構図では捉えきれない社会関係が市民社会の中に形成されてきたことを前提とする。

ハーバマスの枠組を借りれば、本来、非権力的、非市場的、非経済的關係からなる生活世界を計算合理性からなるシステムへと再編していくモメントの一つは商品交換によつて媒介された法的関係（契約関係）ということになる。しかし、問題はそこに留まらないのであって、あらゆる経済的社會關係を統轄するものとして資本（家）としての企業が現われたとき、¹³⁾ 等価交換の原則は、労働力取引においても、対消費者との取引（通常の法律行為）においても、また力の落差を認めるとすると対業者間取引（商行為）においても

実現されなくなる。これはその段階における経済活動が、「売りのための買い」「買わせるための生産活動」になっていることを原因としていることは先にふれたが、とりわけこの関係が継続的債権・債務関係という形能をとった場合、負の要因は看過できないことになる。

そこでは、単なる商品取引における経済的、階級的（階層的）従属性に加えて、組織的従属性に帰因する人（格）的従属性が強く現われるからである。ここでは、本来、あらゆる人（格）的従属性を断ち切るところに成立したはずの近代法の権利・義務体系は妥当しないのである。近代法の権利・義務体系の妥当しない領域を、身分的・人的支配・従属関係以外の指標で捉えようとするれば、それは権利の担い手像と法の機能を転換する以外にはない。かつて、この点につき、ジンツハイマーはドイツ労働法の担い手像と機能のあり方との関連で次のように述べていた。「民法における人間像」は、「現実的人間ではなくして、『類としての人間』……つまりすべての人間に共通なメルクマールによってのみ規定される存在」であり、「しかもかかる共通のメルクマールは、形而上学的なそれであって、すべての人間は外的な規定根拠から独立した自立的な存在」である。そして、このような「メルクマールに適合しない人間の現実性」は「すべて非本質的なものとして排除されなければならない。」これに對して、労働法は、そのような人間の本性を度外視し、「人間の現実性のうちにその構成の基礎を見出す。……そこには、人間像の拡大がみられるのであるが、労働法は」、そのような人間の現実性を法的に肯定するためにこれをうけ入れるのではなく、「むしろ人間の現実性を変革するために、必要な干渉を加えるのである。」そして

「人間の生存の基礎に関して」「労働法は、人間の生存にとって本質的な一定の法律効果の発生を、彼の意思ではなく、その状態と結びつけるものである。」「民法においては、人間の生存の基礎とされる意思是、あらゆる経験的な諸条件から解放された純粹な意思であった。」これに對して労働法にとっては、「まさに経験的諸条件が決定的となる。」「したがって、人間の生存にとって本質的な法律効果は、人間の意思によってではなく、人間の状態がそれを必要とするから、生じせしめられるのである。また、ラートブルフが、その古典的小稿『法における人間』において、「新しい人間像は、自由主義時代の自由、利己および怜悯という抽象的な図式にくらべて、はるかに、生活に密接した類型であり、そこでは、「権利主体の知的・経済的・社会的な勢力関係というものもあわせて考慮されている。」以来「法における人間とは、……孤立した個人ではなく、社会の中なる人間、すなわち、集合人（*Kollektivmensch*）なのである。」と語るのものは同様の趣旨と考えられよう。

そこでは、（私訴の権利を中心に）私権の設定により市民たることをアナロジーしようとする先の自立型法システムにおける担い手像の修正とは異質な局面が登場しているのである。

それは、一言でいって「弱い生身の人間」をそのものとして法（権利）主体の当事者として承認することであり、他者（企業・資本家）に依存しなければ自己決定さえままならない人々の存在の法の世界における承認である。その意味で、社会法の典型である労働法は、彼等のモラルによって媒介された自主的な集団間の規範をある段階で国家法にとり込み、それに強行法規性を付与し、あわせて賃金、労働時間、労働日といった最低条件の一律規制になじむ事項

については、それ（一律規制基準）以下の場合には、国家の後見的関与の下、労使による個別的決定も集団的決定も強行的に排除し得る、としたところに大きな特徴をもつといえる。またその場合の機能は、それが何等かの意味で後見的関与を伴う以上、自律的個人の権利侵害を前提として作動する司法法（市民法）としての機能に留まらず、行政を権限づけ、その権限を法定要件に従って行使することを義務づける行政法規としての機能をあわせもつことになる。

そして、このような特徴は、雇用以外の場においても生活のため自己決定を迫られる多くの勤労階層にとつて、「生活危険」、「生活不能」、「生活障害」からくる各々の負担に対する手当てとしての広義の社会保障法の体系にもほぼ妥当することになる。これらの場合には、最終的な危険管理責任の当事者としての国家が、権限と義務の主体として市民の前に現われることになるからである。

市民法における権利論の今日的あり様と市民法原理の機能、それと憲法における人権論と憲法原理の機能との比較、架橋を斬新な視点より試みている山本敬三氏は、国家の憲法上の市民社会に対するかわり方には三つの局面があるという。一つは、介入禁止の立場、二つは、基本権保護義務の立場（保護の責務）、三つは、基本権支援義務の立場（支援の責務）である。私は、この区分の内容論については大部異論があるが、この枠組だけを借りるなら、今述べてきた諸課題は、国家の第二と第三の責務に關しての事柄であろう。それに対して強い個が想定されるのは第一の介入禁止の責務の場合であろう。そこでは、たとえ先の議論にもあつたように「国家による自由」の強制ということが語られたとしても、それはあくまで人間の尊厳という人間性から論理必然的に派生する普遍的価値を正しく

認識しそれに向かつて自己決定できる強い個を確立するためなのである。そこで描かれている人間像は、近代市民法の枠組みを修正し、あるいはそれを超える枠組みの中で、国家の基本権保護義務と支援義務の発動を要請しない限り、より具体的にはそれに依存しない限り自己決定そのものの契機をもちえないような存在とはやはり異なるものである。

では、このような状態におかれた人間存在を、憲法学は、民法や労働法を典型とする社会法における実定法上の権利論を超えて、どのような意味と枠組の下で人権の主体として構成することができるであろうか。それは典型として国家による介入禁止の下で実現される強い個の人権とどのような関係をもつのであろうか。この点が次に問われなければならない。

第四章 現代行政と人権

— 従来の視点から今日的構成へ —

第一節 人権保障の論拠としての個別性・直接性

戦後、わが国の国家制度、憲法体制は、行政大権の優位と行政裁判所制度を伴う行政国家体制から、国民主権に基づく議会の優位と事件性を介しての議会立法に対する非選出の第三者機関である裁判所の最終審査権を認める司法国家制へと転換したことは周知の事実である。また憲法の最高法規性が、この法令審査制との関連においても現実に認められたことにより、憲法が規定した想定する人権は、立法・行政活動を国家活動と規定する限り、前国家的地位を認められたといつてよい。しかし、この前国家性とは、あくまでも法

的推論をおこなう上での論理的な意味においてであり、実際の人権の実現は、議会制定法とそれに基づく行政活動によって、そして最終的には司法の判断によって決定づけられることになる。この場合、他者危害禁止の原則に触れない限り、個人の私的自治と私人間の合意に任されていた市民的秩序形成の自由も、右の人権の実現の要請との関係で制約を受けることになる点に留意する必要がある¹⁾。

ただ、この点は次節の課題にするとして、ここでは、右に述べた人権の実現過程の位相について考えてみることにしよう。

先に述べた、国家の市民社会に対するかかわりのうち、第一の「介入禁止」の立場にあつては、そこで問題となる人権の侵害は、正に個別的、実体的な当事者に固有の利益²⁾人権に対するものである。その際、とりわけそれが、思想・信条・表現といった個人の認識活動にかかわった場合、そこには、人格的価値との即応性からそのような人間の営みに代替性が期待できない以上、その権利としての構成は鋭角的な意味をもつてくる。その鋭角性とは、第一に、その権利を行使する際に個人として他者に対して切り札としての役割を担わせる、という意味と同時に、あわせてその保障形態を多数決民主主義に象徴される政治過程の枠外に求めることになる、という意味においてである。このことは、哲学的にみても、個人の人格的価値の不可分離性、代替不可能性が、あらゆる相対主義と功利主義からくる規制を排除する根拠となることから明らかである。

ロールズ等の道徳哲学が、司法審査による人権保障という非民主主義的枠組を正統化する論拠の一つとされるのもこの意味で領けるところであり、「立憲」「民主主義」という相矛盾する内容をもつ用語を統一した用語として用いることを可能にするのもこのような

視点からである⁵⁾。

これに対して、その過程においては認識活動を含みつつも、主要には生活の資と所得・資産の形成・確保を目的とする営みについてはどうであろうか。人権なる概念が、「人格的自律と生存を確保する上で人間が行う自己決定の範囲と内容を決定づけるための制度上の概念」だ、とすると、そこには当然経済活動の自由が含まれることとなる。ここではまた近代市民革命がこの自由を確保するためのブルジョア革命であつたことが想起されよう。

ところで、この自由は、それが先の意味における「人権」としての意義を担うためには、本来最初から社会的性格をもっていたことが想起されなければならないであろう。原取得可能な占有権や所有権でさえ、それが価値をもつためには他者とのかかわりを必要としたのである。その意味で人権としての経済的自由は、その内に他者人格の尊重を要件とする合意の自由を含むものであつた。他者の人格の自由を否定するような合意形成の方法や内容が、権利濫用、公序良俗違反とされ、また、仮に価値を生み、たとえ社会的有用性が高度に認められるものであつても不法行為として弾劾されるのはこのことによつてゐる。

換言すれば、他者危害に及ばない限り経済的自由は人権としての評価を得ていたといえよう。ここでは、商品取引を实体として、契約を媒介とすることで具体性と個別性をもつた人格が対峙しあつていたのであつて、そこでの人権侵害は、個別性(直接性)と事後性を前提として認定されることになる。このような形での人権保障が、一般性と画一性を事とする議会や行政の活動によるよりも司法においてよりふさわしいことは当然であろう。

このように、経済的自由もそれを人権としての経済的自由に限定して考えた場合、その実現は司法過程へと収斂するのである。ただ、経済的自由の場合、他者危害の禁止ということからもわかるように、他者（相手方）との人格形式における対等性に根拠を求める（経済行動そのものには相互性と代替可能性があるため）のに対して、精神的自由の場合、そのことも一部含みつつ、むしろ認識・表現主体の人格的固有性に根拠づけがある点に保障技術上の相違があるといえよう。

このことは、後に、人権論の構成とその実現形式に大きな相違をもたらすことになる。

第二節 人権侵害の論拠としての一般性・間接性

先ず次の判決文を検討するところからはじめてみよう。「原告らは、景表法は一般消費者の利益を保護し、被告によって認定された公正競争規約により一般消費者の利益が不当に害されないよう要求しているのであるから、被告の認定した規約の内容が一般消費者の利益を不当に害するおそれのあるものであるときは、個々の消費者が一般消費者として右認定に対して争うことができ、一般消費者の一人である原告らはその趣旨において右認定によって利益を害されるものとして不服申立資格を有すると主張する。」この点につき判断するに、「思うに、景表法は独占禁止法の特別法であるが、独占禁止法は私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、それによって公正かつ自由な競争を促進することを直接の目的とするものであり、この目的を達成することによって一般消費者の利益はおのずから確保されるものとの建前に立つものであり、景表

法はこの不公正な取引方法の一つであるいわゆる顧客の不当誘引のうち不当景品類の提供及び不当な表示を定型化してこれを防止し、それによって公正な競争を確保することを直接の目的とし、その目的を達成することによって一般消費者の利益は当然保護されるものとするのであって、その点において、両者の建前は固より同一である。従ってここでは一般消費者の保護は右の直接の目的をおして得られる間接の目的たる地位に止まるものであることは否定しえないところである。そしてこの目的の達成のためには、先ずもって公正取引委員会が、その法によって付託されたところに基づき正当にその権限を行使すべきものとしていたのであって、その権限の行使は直接事業者に対する所定の事項の禁止ないし排除に向けられるのであり、それによって事業者が、それがなければ本来自由なるべき事業活動を規制され、その有する権利、利益が害される場合において、その者に不服申立てによる救済を保障しているというのが、その基本的構造である。公正取引委員会の公正競争規約の認定は、一面において事業者の事業活動を制約するとともに、他面において認定された規約の限度においては不公正な取引方法たる顧客の不当誘引にならないとする効果を有することは所論のとおりであるが、右認定が正当になされなかつたとしても、一般消費者としては、正当な認定がなされれば得られるべき利益を得られないというだけで、その本来有した地位に消長はなく、すでに有する利益を害されるものとすることはできないのである。その意味で一般消費者に不服申立てを認めないとしても、著しく正義に反すると非難することはできない。そして、そのような利益は、すべての消費者一般に通ずる権利ないし利益であって、他から区別されるべき特定の個人的利益

とはいえないものであり、いわば保護されるべき地位において有する事実上の利益という程のことに帰し、認定によつてもたらされる公正な競争を通して期待される消費者の事実上の利益であつて、結局一の反射的利益にすぎないと解せざるをえない。」

これは、業界の申請に基づく「果実飲料等の表示に関する公正競争規約」を公正取引委員会が、不当景品類及び不当表示防止法（以下、景表法）第一〇条一項規定の「公正競争規約」と認定したことに対し、主婦連合会等が、右認定は支配的、優越的地位にある事業者に対して、従属的地位を余儀なくされている個々の消費者の「商品」を特定させる権利「正しい商品選択を妨げられない権利」（いづれも今日いう「知る権利」の一環と考えられよう）を侵害するものとして景表法一〇条六項により不服申し立てをおこなつたことに発する裁判の判決である。不服申し立ては、公正取引委員会において審決をもつて、申し立ての資格なしとして却下された。本判旨は、その審決取消訴訟の第一審東京高裁判決の一部である。

ここでは、規約の認定という公取委の行為が、「特定人の特定の権利を直接に侵害し又はこれに具体的な義務を課する……固有の意味の行政処分」ではなく、景表法四条の範囲内で当該規約に実体法たる景表法を補充する法規的效果を認めるといふ意味で、一般的行政処分としての性格をもつことについては問題はなからう。従つて、「一般的行政処分でも、行政庁の優越的な意思の発動を内包し、かつ対外的に影響力をもつ完結的な表示行為」であれば、「これに対し不服申立を許し、取消訴訟の対象としうるもの」、との立場を判決がとる以上、問題となるのは当該認定行為とその結果として生じる当該規約の（業者間における）拘束的効力に対して不服申立の利

害関係をもつものの範囲と性格についてである。

また、上告審において最高裁は、原告の請求を棄却するにあたり、右不服申立て資格の問題と行政事件訴訟法九条の原告適格の問題とを同一視しており、この点についての検討は、最高裁判決を分析する視点とも関連してくると思われる。

先ず、インサイダーたるアウトサイダーたるを申立て権者に同業者が入ることは当然である。次に関連事業者も、様々な取引、契約関係によつて法的かつ事実上の負担、制約を受けることがある以上、それに含まれるであろう。問題は、本件で問題となつている一般消費者についてである。

業界に対する指導、取締の法Ⅱ業法であると同時に経済法の中心部分を占める独占禁止法、景表法からは、いずれも基本的概念のトリアーデの構造をみてとることができる。先ず独占禁止法については、「私的独占、不当な取引制限及び不正な取引方法」の禁止を通じて確保されるところの公序としての「公正な自由競争の促進」、その結果として「一般消費者の利益の確保」及び「国民経済の民主的で健全な発達」である。景表法においては、「公正な競争の確保」による「一般消費者の利益の確保」である。また、事業者の自主的商業活動のうち、以上の趣旨に不適合なもの、一見不適合であつても例外として認められる行為については公取委の認定（指定、認可）を経て告示形式（独禁法二条九項、景表法五条二項、同一〇条四項等）で一般国民にも周知させる形をとつている。従つて、これらの処分を行うにあつてはいくつの場合、公聴会の開催が義務づけられ、「関係事業者及び一般の意見を求めるもの」となつている（独禁法二四条の三七項、景表法五条一項等）。そして、これらの措

置（処分）についての不服申し立ては行政不服審査法によるか公取委の審判手続きによることになっているため、ここでは行政の行為に対する市民の不服申し立て、換言すれば、訴訟とは異なる市民の行政参加の一形態としての行政不服制度とはどのような理念に基づくものかを考える必要がある。

周知のように、行政不服審査法は、明治三三年制定の訴願法を受け継ぐものとして、戦後の憲法体制の下、行政裁判所法を廃した後も引き続き訴願前置主義を定めた行政事件訴訟特例法の廃止をうけ行政事件訴訟法と並んで一九六二年に制定された行政救済法の一方の柱である。それは、簡便な救済方法として、単に訴訟の前段階に留まらず広く国民の行政参加の一形態であると考えられる¹²。また、行政手続法が制定されたとはいえ適用除外が多く、「申請に対する処分」、「不利益処分」という対象事項の区分の基準が明確でない、等不十分さが残る今日、その意義は増々重要と考えられる。このようなか、同法は、第一条の法律の趣旨において次のような規定を置く。「この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たたる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申し立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続きによる国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする。」このことから容易に、行政不服審査の理念が、「簡易迅速な手続きによる国民の権利利益の救済」と並んで「行政の適正な運営」の確保、にあることがわかる。

ところで、これを先の独禁法と景表法の基本概念の枠組に移して考えてみよう。すると次のことが明らかとなってくる。即ち、「一般消費者の利益の確保」と「公正な自由競争の確保」は、ともに独

占を禁止し、不当な取引と不正な取引方法を排除する行政機関↓公取委における「公正な行政の確保」が保障されてはじめて実現される、という構図である。先にトリアーデといったのはこの意味においてであり、問題は、ある公取委の行為（処分）が公正か否かを判断する契機↓資格を誰に認めるかである。事業者が、処分の名宛人である以上、事業者に認められることは当然である。と同時に、独禁法も景表法も経済法であることと並んで業法としての性格をあわせもつとはいえ、決して事業者の既得権擁護のための業界法ではない。

ここではさらに、法の一方の当事者としての「消費者一般」は、行政処分との関係で、具体性と直接性をもった存在、換言すれば個別の実在性に欠ける、との批判があることも考えてみよう¹³。判決はこれを、当該行政活動に伴う「間接的利益」と称したり「事実上の利益」↓「反射的利益」と表現したりしている。

ここでは、この点につき三つほど指摘しておこう。第一に、「消費者一般の利益」は、その主張する権利論を介していくらでも実在の個々の消費者の利益へと還元しうる、ということ¹⁴。この場合の権利は、「商品¹⁵を正しく特定させる権利」「正しい商品選択を妨げられない権利」が一方的な情報格差の中で主張されていることを考えれば、これらが消費者個々人の単なる生活上の利益を超えて人格的生存にかかわっていることは明白である。知る権利、人格権の問題といえよう。第二に、裁量権収縮の理論とも関連して、今日の行政法規が何等かの形で国民の利益にかかわった場合、その解釈、適用は二重効果をもつということである¹⁶。すでに、企業の財産権を尊重し過剰規制を危ぶむ余り、（当該行政処分との関係で）第三者たる

国民の立場は事実上の利益↓反射的利益に留まる、との考え方は今日の消費者行政や環境行政、労働行政の場では十分な妥当性をもちえないのである。そこでは、国民は企業活動との間で一方的な格差構造の中におかれ、生活に関する情報と選択肢の確保・提供が彼等の手から完全に奪われてしまっているのである。前後して起こったスモン・カネミ油症・クロロキンそしてエイズ薬害といずれも消費生活にかかわる事例が、薬事法や食品衛生法といった業法の意味を厳しく問うものであつた以上このことはなおさらである。第三に行政不服審をはじめとする不服申立ては、あくまで行政に「公正な行政の確保」の観点から是正を迫る手続き参加の一形態である、ということである。対審構造の下、証拠法則に則り主張と反論を繰り返す中で第三者である裁判官の心証の形成を促す訴訟と異なり、申立ての間口を狭くする理由に乏しいといえる。

即ち、先の業法の「適正な運用」のあり方を国家賠償の形態で争う一連の訴訟でさえ、例えば医薬品の製造承認↓販売許可(↓その後における、医薬品等による危害の発生と拡大を防止するための販売・製造等の禁止・停止措置)にかかわる厚生大臣の措置を被害者たる国民との関係でも違法と認定する方向にある以上、このことはなおさらである。

今日、国民の生存権の確保は、国家による安易なバターンリズム的介入のみによつて確保されるものではない。また、国民が国家に直接依存しなければならぬ局面はさほど多いとはいえないかもしれない。しかし、そのような場合とは異なり本件のように、克服されるべき疎外状況が企業と国民各層(消費者、労働者、地域住民等)との間の圧倒的な格差構造に由来している以上、そこには公正なル

ールが不可欠である。問題は、このルールをどのように性格づけ運用するかである。考え方には三つのものがある。一つは、あくまで市民法のレベルに留まり私法とりわけ民法の特別法の整備を図る方向である。現在懸案の消費者契約法はまだ全容を現わしてはいないが、これだと仮に強行法規違反に対し、一定の取締りと行政的介入が行われたとしても、事後的個別的であることには変わりはない。第二は、あくまで行政法規としての側面から、指導と取締り方向をつなぐ考え方である。これは従来の行政解釈の視点であり、それによれば、国民一般は、処分法定要件にその権利性が個別に規定されていない限り、単なる事実上の地位に留まることになるし、また取締法規違反の法律行為の効力といった別途の問題を生じうる。²⁰

第三が社会法としての性格づけである。以上の中、第一と第二の方向においては、その権利侵害の論拠に、法定要件として、「一般消費者の利益」、一般住民の利益、勤労者の利益などを盛り込む余地はない。前者にあつては、法律行為による個別の法益侵害、あるいは不当条項違反等の法令違反による法益侵害の事実を前提とする以上、仮に無効を主張するにもそれは相対無効(無効を主張しうる者の限定)に留まるからである。これは当事者適格等の訴訟技術上の制約というより既に実体法上の制限とえる。また取消権、解除、解約権の行使が本人にのみ認められる形成権であることはいうまでもない。市民法上の司法的救済とはこのようなものである。²¹後者にあつては、「行政事件訴訟法九条の原告適格を認定する際の「法律上の利益を有する者」の範囲の限定が制約機能を果すことは既にふれた。また、処分性に加えるに、右の原告適格及び九条括弧書の狭義の訴の利益を内容とする広義の訴の利益につ

いての限定的把握方法は、国賠法と行政不服審査手続きにおける當事者適格と申立て資格に準用され、国民の側からの行政統制機能を著しく狭めることになっている点についても再度確認しておきたい。では、第三の社会法としての方向性を探究するとはどのようなことであろうか。また、従来、間接的、一般的なものとされてきた国民各層の利益を、何故今日権利論の中に組み込まなければならぬのであろうか。以上の点は、今日における人権論構成の基幹にかかわることとして次章において検討することにした。

第五章 今日における社会法、社会権論の課題

第一節 今日の社会変動と人権論のアポリア

前章第一節において、人権の根拠論として精神的自由に関しては、その担い手たる個人の人格と認識活動の固有性を指摘し、経済的自由については、それをあくまで人権として主張するためには、他者（相手方）の人格「形式」における対等性にその限界点を置くことを主張した。それは、近代社会においては、経済的自由は、社会的有用性の中ではじめて価値をもつし、その存在意義が確認されることによつて、ともいえる。ところで、当初その有用性の範囲が、自己労働に基づく所有と必要に基づく生産即ち等価交換として商品交換がおこなわれるレヴェルに留つていれば問題はなかった¹⁾。というのはその場合の人権概念は実体的担い手像と即応関係にあつてイデオロギーとして機能することはなかったからである。このことは、精神的自由の人権論としてのレヴェルについてもある程度いえることである。

しかし、社会における分業と交換、生産技術の発展は、一方で生産主体に最大限利潤を求める動機づけを与え、他方で必要を超える消費欲を喚起することで、商品生産における社会的有用性の範囲を飛躍的に拡大させることになる。このことは精神的自由のレヴェルにあつては、思想と情報に商品としての価値づけを与え、喚起された社会的有用性（それは決してニードということに等値しえない意味をもつ）に應えるべく個人ではなくメディアによつて思想と情報の生産と流通が担われるようになることを意味する。思想の自由市場とは、個人によつてだけでなく、資本を集中、集積させたメディアによつても担われていく可変的な実体なのである。ここにおいて、精神的自由、とりわけ表現の自由は、送り手と受け手にとつての人格的自己充足を図るといった個人主義的位置づけから、民主主義社会における権力批判の契機は当然としても、受け手を消費者として捉える商品としての市場価値の充足の視点からも位置づけられることになるのである³⁾。

他方、経済的自由に関しては、そこにおける所有は、前述のように他人労働に基づく所有に、交換は「売りのための買い」を前提とする等価性の確保しえない取引関係となつていくことから、独占価格、寡占価格といった非競争価格の形成、各種プリンジー・ベネフィットの付与による非価格競争の横行、そして約款契約の増大と販売方法の複雑化に伴う買い手の側における私的自治の喪失、さらには多分に喚起された需要（欲求）に基づき将来の所得―それはその人の生き様そのものを担保に商品の購入をおこなう消費者信用を中心とする消費者金融の拡大等⁴⁾、これらは企業組織への勤労者の緊縛とならんで、人々からライフスタイルの選択と形成の余地を奪

うことになる。このような関係に、前章第二節であげた人権の定義「人権とは、人格的自律と生存を確保する上で人間がおこなう自己決定の範囲と内容を決定づけるための制度上の概念である」、をあてはめたとき、以上のような行為形態のすべてを人権なる概念で押さえることはできない。

なる程、近代社会における人権概念の内容と外延は、その主体にとり、自己選択できる対象と素材が、思想、情報であれ、その他の財貨であれ広範に存在すればする程、より豊かなものとなることは確かである。その意味で素材の商品化は避けられない事実であるし、またその素材の供給が生活上すべての人々にとり必要不可欠であるが費用—効果の点からみて全く採算のあわない場合には公的機関による提供必要とされる関係にある（公共サービス及び社会資本の形成）。

しかし、人権なる概念が、先程来の定義に基づいて、その主体規定との即応性を保ち、制度によって強制されるものであり社会において公共性を担うためには次の二つの要件を備える必要がある。

第一にその社会的有用性を担う財・サービス・商品の提供が、公正かつ多面的になされていることである。公正とは利用者、取得者にとり公平・平等であること（不合理な利用者間、地域間格差が存在しないこと）。多面的とは、同一素材についての提供が複数の経営主体に委ねられていることである。

第二に、そこにおける財・サービス・商品の取引関係に私的自治が保障されていること。これは事業者間取引であれ、消費者取引であれ、労働力の利用にかかわる取引であれ同様である。特に前二者中の信用取引と労働力の利用にかかわる取引は、事の性質上、長期

的債権債務関係となるため、利用形態の変更に伴う個別の同意と約款内容に対する周知徹底が求められることになる。

以上の要件を介して、今日、人権としての価値を充足しうる社会的有用性とはどの範囲とレヴェルのものなのかについて一応の確認ができると思われる。しかし、アポリは次の点に存在する。即ち今日人権としての価値を充足する換言すれば担い手の人格的価値形成と生活における目的と手段の選択をより豊かなものとする素材の提供は、先の一を必要条件としても必ずしも二を十分条件とはしていないという点である。

人権的価値を充足するに足る有用性のある素材と対象は、個別的にみるならば、二の要件を欠落させた生産と取引活動の中からも場合によっては提供されるのである。この点は、二の要件の中に、更に経済活動に伴う外部不経済の内部化という課題を入れて考えたとしても同様である。四日市公害訴訟以来の公害企業の免責を主張する際の常套語が「企業活動の社会的有用性」であり、今日の企業取引の多くがその内部において下請け・系列間取引であれ、労働力取引であれ、相手方の私的自治（形成能力）と法化の強制的契機（吉田克己氏のいう法化の第一形態）をほぼ全面否定するような環境（非法化の環境）の中で行われているのは「過労死社会日本」に象徴される労働者の姿や、消費者の立場に立ちえない系列下にはめ込まれた中小企業の現状をみれば瞭然である。

このアポリアにおいて人権論をどう構成するかは今日の大きな理論問題である。一方を自由権の問題、他方を社会権、生存権の問題とするなどダブルスタンダードによる把握方法を固定的に試みても、課題に応えたことにはならない。先にも述べたように、人権な

る概念を、「人間の人格的価値形成と人格的生存にかかわる選択の自由の範囲と内容を決定する制度上の概念」と捉えると、そこには右のようなア・プリオリな類型把握とは異なった、共通の価値——本質論に基づく構成方法（原理）がみえてこなければなるまい。ここではその手がかりを右の定義に含まれる「制度上の概念」ということに求めてみたい。何故なら、「制度上」ということには、一単に確認されるだけでなく強制にもなじみうる換言すれば社会的公共性を担いうる、二という意味と、三それはいかなる場合にどのような必要に基づいて、どのレヴェルの制度によって確保されるか、という、いわば機能と保障のレヴェルにかかわる二つの「場」の論理が含意されているからである。

以下、この点を、講学上の社会法論、社会権論ということにひきつけて考えてみることにしたい。

第二節 今日における社会法の意味と社会権——通説への反省に立って

われわれは、既に前章第二節において、人権論の構成において、直接性、個別性という近代個人主義の法命題とは別に、同じく個人主義に立ったとしてもその法益侵害のモメントを「間接性」・「一般性」において捉える場合があることをみてきた。

その場合、重要なことは、「消費者一般」、「労働者一般」として抽象的に捉えられた担い手の諸利益が、具体的な個々の消費者の利益、個々の労働者の利益に各々還元できる経路のあり方であった。換言すれば、個々の具体的な担い手像とその利益を、あえて一般的、抽象的な担い手像とその利益の確保という図式に置きかえなければ

ならない社会的要因は何かということである。人権（論）とは社会的ニードに立脚した人間行動の正統化のための指標でもあるからこの点への問いが鍵となることはいままでもない。

そして、また人権とは、あくまで国家に対して、個人のレヴェルから介入禁止の要請、保護義務の要請、支援義務の要請をなす上での正統性原理でもあることからすれば、それは、いかなる理由で、どのような国家の行動を要求しなければならないのかという問いにもつながるわけである。

ここで先に（第一節一三頁）述べた公共的価値のある人権とは何かに関する二つの要件論を参考に見よう。例えていえば、第一の要件は人権の充足度合（利益実現の度合）における平等性についてのものであり、第二の要件は、その妥当性（正統性）の度合にかかわるものである。第二の要件についてさらに言えば、①人権とは相手方としての他者の充足要求を否定してまでその妥当性を主張できるかということであり、②④の契機を肯定する理由に、自分だけでなく第三者としての他者（法律行為や不法行為の相手方としての他者ではなく、その行為による社会的、一般的な利益享受者の意味）の充足要求を充たしているとの抗弁を許すものなかつたことである。社会的有用性とはこの人権の充足要求にかかわる概念であり、そのみでは功利主義的社会観と相対主義を正統化することはできない。⑩ここに人権の普遍性と相互依存（連帯）性の契機があり、それらは人権論における公共的価値を担う契機となる。

社会哲学上、公共性とは、ある場合には、個人の意思と要求にも反して社会的に強制され実現されるべき実体的価値であるという立

場をとる以上、たとえ社会的有用性が高度であり多くの人々の自己充足に貢献するからといって、その有用性を提供し、つくり出す過程で一部であれ他者の存在価値を犠牲にしてはその営みを共通に正統化することはできない¹²⁾。

この共通の(↓普遍的な)正統化の契機をもった人間の営みのみを人権というハード・コンセンセプトで押えることができるのである¹³⁾。それは、つとに所謂「エゴイスト」の要求と功利主義的要求を排除するものであり、相対主義的社会像にもなじむものではないのである¹⁴⁾。

人権論にひそむこの二つのモメント、①利益の充足要求と、②人格的価値の妥当要求、の間にある緊張を自覚的に後者を基底にして再構成していかない限り、人権論の主張は悪しき個人主義の主張と変わりのないものとなるであろう¹⁵⁾。

明かに今日の法主体間の落差構造の中で、個人が個人そのものとして人権の主体たりうる場合は限定されている。それは余程の「強い個」か、さもなければ彼の主張する利益が単に具体性と個別性をもつだけでなく、裁判という事後的補償のプロセスによってもそれなりに回復可能性(代替可能性)をもつ場合に限られよう。勿論、今日そのように構成せざるえないように追いつめられる場合がほとんどであるが。

右との比較において、個人が、「消費者一般」「労働者一般」として人権を主張するということは次のことを意味していよう。第一に、人権構成上の対象事項にその階層、領域に固有の共通事項が認められること。「消費者一般」の場合ならば、それは、相手方の商品表示方法や説明義務、契約の解除・解約条件、不当契約とされる条項、

不当な取引方法・制限とされる内容・販売・セールのあり方、利率の基準、公正競争価格の水準、といったことがあげられよう。また「労働者一般」については、労働条件の明示方法と内容、最低賃金、社会保険の拠出と反対給付の割合、職場内における賃金水準と年齢・家族構成・職務・職種の対応関係、労働時間・休日、厚生施設の利用条件、停年の基準、勤務評定の基準、有給休暇の日数など。これらにはは事の性格上勤務場所や職務内容のあり方(時間外労働等も含む)等とは違って一律の客観的基準が要請されてくるからである。また地域「住民」の場合は、特にその地域における都市計画も含む一律の生活・環境基準の設定が考えられよう。そこには当然、地価・家賃・交通量・容積率・建ぺい率・各種産業及び公共施設からの操業に伴う排出基準等が含まれよう。

第二に、それらの対象事項はその担い手にとり直接の生命・健康・財産に対する侵害からの確保との関係で緊急の意味をもつというより、彼等がよりよい生と価値形成を実現するための自己選択の最低条件を示すものである。

第三に、右のことからしても、また人権の普遍性(公共価値)という意味からしても、これらの事柄は、事前に、画一的に設定されたルールの下で強行的に実現される必要があるということである。強行的にとは、①それに反する個人の行為はたとえ自由意見に基づくものであったとしても私法上、公序違反との実体的評価がなされることであり、②そのような行為は法令(当該ルール)違反として何等かの行政的サンクションを受ける場合があるということである¹⁶⁾。従ってこの仕組は明らかに実害の発生を要件として法的効果を決定する司法的プロセスによる権利保障とは大きく構造を異にし

ているのであり、この点に、今日の国家構造と人権論構成の転換の指標をみることは可能である。そこにおける行政行為は、前章でもふれたように「二重効果的機能」をもつようになり、それを根拠づける行政法規は、従来の私法体系になかった担い手像を要件・効果の枠組の中に入れることになる。

これは、従来の行政法規観の転換であり、また他方で私法原理を担い手の視点から転換するものとして、単なる私法の修正に留まらず、語の正しい意味で社会法ということができよう。

この点をもう少し近代私法の枠組との比較で考えてみよう。近代私法の枠組みでは、違法性の認定に際して権利侵害説をとらうと、相關関係説をとらうと、中心に財産的権利と人格的権利に対する個別の損害の認定（損害論の構成）が必要とされ、その上で責任要件の充足度が問われるという構成をとった。これは相關関係説をとった場合、差し止めについてもほぼ妥当するものである。

これに対して、社会法の枠組は、それが行政法規としての性格をもつことからわかるように、一方の当事者である行政機関が権限を発動するにつき相手方の責任要件を問うことはない。ここでは法令違反即違法との認定がなされるのであり、この認定に基づいて様々な処分がなされる。問題は、法令違反の事実があるにもかかわらず、権限を行使しないか、不十分にしか行使しない場合、対私人（処分の相手方以外の当事者）との関係で行政機関は違法性の認定をうけるかであるが、その場合には当該ルールが何を保護法益としているかが問題となる。換言すれば、行政庁は、何を目的に行政行為を行うかであるが、この点旧来の見解では、その目的を国民一般の利益や公共の秩序・安全に求めてきた。あるいはまた、事業者間

の公正競争や利益の確保といった行政行為の名宛人間の秩序維持に求める場合もあった。

ところで、この立場を貫いたのでは、当該ルールの下にある私人（A）と行政機関との関係が権利義務関係で捉えられないだけでなく、そもそも当該行政行為の名宛人たる他方の私人（B）と先の私人（A）との関係にしてもそれは相変わらず私法秩序の枠組の中でしたか押えられないことになる。

これでは、新たな法制度の展開の意味はなくなるし、そもそも法が何故他方の当事者を「消費者一般」、「労働者」等と特定の階層・領域概念で捉えたかの意味が生かされないことになろう。彼等にとり必要なことは、私人（B）が法令違反をしたから違法と認定され行政処分がなされるという構図より、私人（B）の法令違反は、私人（A）の権利を侵害するから違法となるのであって、その場合には法令に基づいて行政処分が及びうるし、同様に私権の確認もおこなうるとの構図なのである。社会法の構造が、従来の取締法規と異なるのは、ルール（社会法）違反の「B」の行為は、一つの階層的、領域的存在としての「A」との関係で公序違反を構成し無効となる、との論理を進める点であり、この点、例えば労基法三条、四条違反の「B」の「A」に対する行為は民法九〇条違反となり、実体的には絶対的に無効になる、との主張は領けるのである。社会法が取締法規としての行政法規の性格をもつのは、当該法令のこのような私法上の効果を、より迅速、画一的に果させるためであって、取締法規としての性格がそれだけで高権的に意義をもつからではない。そのような法令の存在が私法上の公序の内容をより豊かなものにするとの構図は、別の角度から見ると、今日の人権概念がそのよ

うな公序によって支えられる程にその内容と外延を広げている、ということであつて、正に、消費者諸法における「一般消費者」、労働関係諸法における「労働者」なる概念はそのような人権概念の主体規定としての意味をもつもの、といえよう。¹⁸⁾

では、そのような主体規定によって支えられた人権概念はその内容に何をものつのだろうか。それは中核には市民法上の財産的価値と人格的価値にかかわる個人権をもちつつも、それらが、各人にふさわしい人格的、生活的価値の選択と形成に貢献できるよう国家（第一次的には行政機関）に対してルールに基づく「支援措置」と「条件整備」の保障要求をなしうることを内容とするものといえよう。¹⁹⁾ その内容は、彼等が「消費者」「労働者」「住民」等の規定をうけた存在である以上、先ず先にも述べたような共通の対象事項についての共同保障を要求し、さらにそれを超えた発展の可能性を各々の選択肢として保障するものといえよう。²⁰⁾ その保障の技術的形態は、形成権によるか、請求権によるかは、各場合によって異ってくるので一律に論じえないが、これまでの叙述でもわかるように、従来の社会権イコール個別に裁判によって確定される給付請求権としてのみ捉える見方は、私人「A」を余りにも社会的弱者として固定した見方といえよう。

以上のような内容をもつ社会権の内容を、吉田克己氏は「社会的自己決定権」と命名しているが、自己決定という概念自体に、人格的生存という個人権的側面と選択を通じての将来への発展可能性、さらに自己確認という社会との相互関係のモメントが含まれている限り、今日における社会権の内容を示すのにふさわしい言葉といえよう。

おわりに―「法化」「非法化」論との関連を通して

再度、ルーマン・トイプナー等の「法化」論に租借していえば、社会の複雑性の増大は、法をもってする国家の社会への介入の要請を強くする。いわゆる介入型法の増大である。しかし、本来、法システムは規範的予期の非学習性（規範的閉鎖性）を基本とする以上、たとえ政治的必要性によって促されたとしても、規制介入に求められる学習能力（＝認知的開放性）を十分確保できない。このことは介入主義法のトレリンマとして説明されるが、その内容は、法と政治、法と社会の各々の境界線上で生じる、「相互無視」「法による社会の不統合」「社会による法の不統合」という機能麻痺の状況である。¹⁾ このうち、「法による社会の不統合」こそが、法化論争で社会の過剰な法化として問題にされ、またハーバマスのコミュニケーシヨンの行為理論において「システムによる生活世界の植民地化」としてとりあげられた現象である。これに対して「社会による法の不統合」とは、法の介入が社会生活領域により無視されることであり、法的介入の不可能性を意味する。前者にあつては、法による社会への介入の必要性は社会によって認められているわけであるから、この場合に「非法化」の主張は、社会の調整と統合にとり有意義性をもたない。これに対して後者の場合は、法的介入の必要性自体に社会の合意がないわけであるから、法的介入の有意義性自体が問われることになる。²⁾ 正に本稿が問題としたわが国の現状はこの場合にあたるのであり、ここでは社会法的規制と社会権の存在意義自体が問われることになる。

元来、わが国においては、戦後、国家による社会の統合形態とし

て、資源配分と機会の均等、実質的公正の確保を目指す福祉国家的形態はとられたことはなく、常に「官」優位の規制と指導の下、企業が実質的支配権をもつ企業国家的統合形態がとられてきた³⁾。従つて、ここにおける介入主義型法は、福祉国家的形態をとつた場合のそれとは大きく異なる企業保護—業界指導を内容とするものであつた。

今日における規制緩和論の学問的体裁をとつたイデオロギーが、介入主義的法のすべてを、取締りの行政法規と捉えて、その廃止、緩和と私法体系を実体法とする司法法の体系への整備・転換を主張するのは右の背景があつてのことである。

ここには、ドイツにおける法化論が、福祉国家の達成という問題状況をふまえ、なおかつそこにおける自由と自律のモメントをどう個人権の問題として、また生活領域を含む社会システム内の問題として捉えていくかというレヴェルにあるのとは論議の土台が大きく異なつているのである。

そもそも、わが国には、戦後一貫して本稿で問題としてきたような社会法、社会権が社会に受け入れられ、その必然性と必要性が政府サイドにおいて説かれたことは全くといってよいほどないのであり、そのことは朝日訴訟等の各種生存権訴訟が、また過労死社会の現実が忌憚なく教えている。

前稿でも述べたように、今日の規制緩和論は、定着もしていないもの（公正原理としての社会法）を恰も定着しているかのようにみせかけるだけでなく、不十分にしかないものをなくすることがあたかも自由と機会—自己決定の対象の拡大、であるかのようにみせかける点で二重のイデオロギー性をもっている。

さらにそのイデオロギー性は、自己決定の端初（自己選択）と結果に自己責任の論理を持ち込むことで現実社会における人間の「生」の在り方との関係で大きな乖離を示すことになる。

そもそも、今次の労基法の改正にみられるような雇用形態と機会の変動は、男性にとつても女性にとつても、はたまた老若の家族構成員にとつても自己選択の対象となるであろうか。それらは、裁量労働制の拡大であり、短期雇用制の容認・変形労働時間制の要件の緩和・派遣労働の自由化等である。またそれらが導入される場の環境として、既に女性に対する労働条件の限定要件—一定時間を越えた残業や深夜業の禁止等—の廃止が実施をまづかりになつており、さらにそれとの関係で本来重要な意味を持つべき男女を含む「労働者一般」に対する、自己決定と家庭責任のベースを定めるともいえる（まさに自己決定と自己責任の「条件整備」共通の画一な最低条件規制（共通な労働条件の整備と支援）が伴われていないのである³⁾。

私見によれば、人が今日を生き、そこで短期的に何を善とし行動の対象とするかは、私的対象事項に関する限り、すべてのパターンリズムを排して自己決定に委ねてよい。勿論この場合でも、他者危害と自己危害の回避の要請は働くが、これに対して労働や生活上非代替的価値をもつ物件の売買・貸借・信用取引、利益を得かつ社会的有用性に応えんがための企業活動等は、その選択の効果が長期に及び、その負担に本人や関係第三者が耐えきれない結果をまねく（さらには外的環境等に対しても）ことから、必ずその選択と結果に対する公的レヴェルからのパターンリスティックな介入・関与が不可欠となる³⁾。

このように、自己決定とは、一時の決断として存在するのではなく、選択から結果に至るプロセスとそれが行われる場に固有の位相をもっているのである。従って、選択肢自体が本人と彼をとりまく人々の将来における破綻しか意味しない場合は、たとえそれが本人の自由意見に任されていても、自己決定権の行使としては意味をなさない。

社会法、社会権とは、本来このように、個人の自己決定が社会的諸条件にかかわった場合、その条件整備と条件支援の枠組を決定づけるルールであり正統性概念である。

今日、この枠組と概念をとり払ったところにどのような個人の「生」——自己決定の可能性が開けるといえるのであろうか。戦後日本思想の貧しさがここにもまた現われているといえよう。

「はじめに」注

(1) 同論文は、『法律時報』六八巻十一号(一九九六年一月)より七〇巻三号(一九九八年三月号)まで一五回にわたって連載。

(2) 拙稿「日本における近代法原理の特徴と権利実現の公共性―日本近・現代法把握のためのモデル設定をめぐって、憲法学からのアプローチ」(『法学新報』一〇三号 以下、拙稿A(一)(二)とする。)一三三―一三七頁参照。

(3) 拙稿のうち参照すべき先行業績として、「現代社会の変動と法理論の現在―生存権、社会権法理の再構成、憲法学からのアプローチ」(都留文科大学社会科学部編「地域を考える大学」日本評論社、一九九八年所収 以下、拙稿Bとする。)をあげておく。

第一章 「注」

(1) 吉田克己氏においてはこの現象は、「法的空間の垂直的拡大」とよばれている。吉田克己、前掲論文No1. 四一―四二頁。私は、前稿では、この現象を「法化的形式的拡大」との対比において用いた。拙稿、前掲B二七八頁以下。

(2) 厳密には、この①と②のモメントは区別する必要がある。①については、それはあくまで私法の特別法としての性格に留めるものであるが、②は、私人の申立てに基づき行政処分や罰則を

介して、私人の権利性が強く現われる場合は、社会法としての性格をもつことになるし、あくまで、それらの法令に基づく行政行為の名宛人を行政的保護と調整の対象としか捉えられない場合は、業法ないし取締法としての性格づけしかできないことになる。第五章において詳述。

(3) 「生活世界」概念については、例えば、花田達朗「公共圏と市民社会の構図」(同「公共圏という名の社会空間―公共圏・メディア・市民社会」木鐸社、一九九六年)、ハーバーマスによる概念規定としては、J・ハーバーマス(川上倫逸他訳)『コミュニケーションの行為の理論(上)』(未来社、一九八五年)一〇六頁以下、一九三頁以下、同書(丸山高司他訳)(下)(一九八七年)一七頁以下参照。

なお、吉田克己氏による「生活世界」概念は、同前掲論文No12(『法律時報』六九巻一―号)七四頁以下参照。

ここでは、「家族はもとより、地域的なコミュニティなども含めて、一定の共同性に基づく継続的な結合体Ⅱ共同体を想定することができるときを「親密圏」と考え」、それを「生活世界Ⅱ」とし、それ以外を「生活世界Ⅰ」とする、と概念規定されている。

その区別は、生活世界における人間的関係の濃淡の差による、とされるが、同時に、「生活世界Ⅰ」はすでに「近代市民社会」の段階で「契約という形で法的関係と市場的論理」の侵入を受け、そこでは「法の持つ普遍主義的・非人格的性格」と「生活世界の人格的人関係」との緊張関係が生まれているわけであるが、「これに対して、生活世界Ⅱ親密圏における関係の処理に法(国家法)が用い

られるようになるのは、現代市民社会段階の現象である」とされる
(吉田、前掲論文No12、七五〜七六頁)。

(4) 拙稿前掲A(一)第三章市民法モデルの意義と内容、以下参照。

(5) 右、拙稿、第二章日本における近代法体系成立の前提と
その特徴 第三節、第三章参照。

(6) この点は吉田克己氏によっても、近代市民社会と現代市民社会の特徴を画するものとしてふれられている。ちなみに氏によつての市民社会の発展モデルは、「近代市民社会」↓「現代市民社会」↓「現代市民社会の成熟段階」として語られ、各々分析視角の枠組として、(a)「現実の市民社会」(b)「法規範次元における市民社会」(c)「市民社会の理念」の位相を提示される。そして(a)↪(c)は一致するものとしては捉えられず、右の発展段階によつて内容に変化があり、相互の乖離の状況も可変的である、とされる。吉田前掲論文、第二章近代市民社会から現代市民社会へ…発展モデルの試み、参照。

また、拙稿、前掲B第一章社会構造の変化と法、第二章現代社会の成立・展開と法原理のあり方、参照。

(7) 水林彪、「西欧近代現代法史論の再構成」(『法の科学』26号日本評論社、一九九七年)、右、拙稿、参照。

(8) 西谷敏「ドイツ労働法思想史論」(日本評論社、一九八七年)、一一七頁以下参照。前掲、拙稿A(一)第三章第二節市民法モデルと自由論の展開―労・使関係を中心として、参照。

(9) 水林、前掲「西欧近現代法史論の再構成」、右拙稿(B)、

参照。

また、それは、古田克己氏という「現代市民社会」の確立、と表現することもできる。

(10) 右拙稿(B)、一九二頁以下参照。

(11) (12) 本間重紀「所有の権力とその社会的支配」(『法の科学』一六号、一九八八年)、同「日本における企業支配の法構造」(『経済法学会年報』二二号「日本企業の構造・行動と法」有斐閣、同「日本の独占と法律学の課題」(『法の科学』二二号、一九九三年)、同「独占と株式所有・試論」(『法の科学』七号)、同「独占資本の法構造と消費者運動」(法律時報臨時増刊「昭和の法と法学」一九七八年)、荒川重勝「消費生活の変化と法」(『法の科学』一六号)等参照。

(13) 本稿、第三章、第五章参照。

本来、雇用という市民間の契約関係が、現実の労使関係を規定した場合、それは単なる継続的債権・債務関係に留らない独自の性格をもつことになる。その典型が、労働者の経営組織への編入とそこにおける秩序維持を主目的とする管理関係への従属である。これは、労働債務に付随する業務命令の遵守、様々の職務上の注意義務等とは異なり、契約関係に根拠を置くものではない。前者が企業秩序維持義務という形で肥大化した場合、それは労働契約上の職務専念義務・忠実義務等(通常、就業規則に根拠をもつこれらの付随的義務を契約上のものと断じえるかどうかは議論しなければならない)と併せて、労働者の使用者、企業への従属の度合を決定づけるだけでなく、その性格をも変化させることになる。

本稿では、それを社会的、経済的従属性↓階級的・階層的従属性↓組織的従属性から人格的従属性への変化として捉えるのである。本来、契約関係という法化の一面を、人格的従属という概念で捉えること自体、概念矛盾だが、そこにむしろ資本主義経済下の労使関係、雇用関係の特質を見ることができよう。

(14) 本稿全体のテーマでもある、本稿、第三章、第五章参照。

(15) 本稿、第五章注(13)参照。及びそこにあげた諸文献。

(16) 社会保障保障制度への展開については、拙稿、前掲B、一七三頁以下、一七五頁以下、一八三頁、一八六頁以下参照。

第二章 注

(1) 第一章注(13)参照。

(2) この点については例えば、西谷敏「労働法における自治と公共性」(室井・原野・福家・浜川編「現代国家の公共性分析」日本評論社、一九九〇年所収)、同「労働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」日独シンポジウム」信山社、一九九七年所収)

拙稿前掲A(二)一四一頁以下、等参照。

(3) 第一章注(13)、及び本稿第五章、最終章(「おわりに」)においてとりあげる。

(4) 「合意の一方の担い手に、意見形成過程における疎外をもたらす」ような関係、私的自治の一方当事者における否定、喪失状況は、歴史的にも労働関係において先ず問題となった。その後、

契約関係一般にこの問題は波及し、そこでは、「少ない需要や供給を支配する少数者は、これらを求める多数者に対して社会的優位に立ち、これらと契約をするにさいして自己に有利な条件を強制することができ」ることになったのである。

今日、既に附合契約(Contrat d'adhesion)あるいは一般的(普通)契約約款(Allgemeine Geschäftsbedingungen、俗称、約款契約)といわている契約関係の一般化であり、それは意見形成過程における一方当事者の私的自治の否定だけでなく当然に内容の不合理性、一方性を結果することになる。

すでに、フランスにおいては一九〇一年、私法学の泰斗サレーユが、このような状況を雇用契約も含め右の概念(附合契約)で規定し、その契約としての性格を否定していた。

これに対して、わが国で「約款」が問題となるとき、そこには雇用契約を中心とする労働契約の問題性が語られることは余りない。その理由は恐らくこの問題を労働者保護法の問題領域と考えてのことと思われるが、「約款」規制という私法レヴェルからも労働者への何等かの私権設定の問題とあわせて論議すべきものと思われる。

以上について、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4」契約)一九八三年所収)二四頁以下、参照

(5) 法化に伴う介入主義的法の増大をどのような論理で調整し正統化するかという、後の法化論独自の問題とも関係してくる。本稿、第三章、終章「おわりに」参照。

(6) この点については、奥平康弘「憲法Ⅲ」(有斐閣法学双

書、一九九三年) 第四章私的法律関係と憲法、参照。

(7) その意味で一九七〇年代同様、今日、憲法学からみた国家論の必要性が指摘できるであろう。

(8) (9) この点については、秋田成就「日本の雇用慣行と労働契約(1)」「(3)」(法政大学「社会労働研究」二六巻四号、三七巻二号、三八巻三・四号) 参照。

なお、近年の労働法学においては、従来の労働団体法論から労働契約法論に注目すべき議論の流れが移りつつあるようにみえる。とりあえず、秋田成就編著「労働契約の法理論—イギリスと日本」(総合労働研究所、一九九三年)、所収の諸論攷参照。日本における論議の経緯については、石田眞「労働契約論」(柗井常喜編「戦後労働法学説史」労働旬報社、一九九六年)、労働契約論の労働法にしめる今日的意義の重要性については、西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」(「法律時報」六六巻二号)、さらに、萬井隆令「労働契約締結の法理」(有斐閣 一九九七年)、本多淳亮先生還暦記念「労働契約の研究」(法律文化社 一九八六年) 所収の諸論攷参照。

(10) 就業規則については、宮島尚史「就業規則論」(信山社 一九九七年)、契約説、法規範説、各々の論点を明快に述べるものとして、萱谷一郎「就業規則論考—法規範説との決別のために」(前田・萬井・西谷編「労働法学の理論と課題」有斐閣 一九八九年所収)、さらに本多淳亮「労働契約・就業規則論」(一粒社、一九八一年)、中野育男「労働契約と就業規則」(前掲「労働契約の法理論」所収) 等参照。

また、就業規則と労働契約との関係を今日の労働法制改革との関

係で検討するものとして、片岡昇・西谷敏「労働契約・就業規則法の立法論的検討」(「労働法律旬報」一二七九・八〇合併号) 参照。

(11) とりあえず、山川隆一「労使の義務論—いわゆる附随義務を中心に—」(秋田成就、前掲「労働契約の法理論」所収)、片岡昇「労働契約と労働者の義務」(「龍谷法学」二六巻一号、二号) 等参照。

(12) この点は、秋北バス事件、最判、一九六八年二月二五日(最高裁判事判例集二二巻一三三三号)、前掲、本多「労働契約・就業規則論」二〇七頁以下、中村和夫「就業規則論」(柗井常喜、前掲「戦後労働法学説史」所収) 七七八頁以下、参照。

(13) 松村和夫「就業者の労働権保障と解雇制限法」(同「労働権と雇用保障法」日本評論社、一九九一年所収)、米津孝司「解雇権論」(柗井常喜、前掲「戦後労働法学説史」所収) 等参照。

(14) 典型事例として、日立製作所武蔵工場事件。最高裁判決は、一九九二年二月二八日(「労働法律旬報」二二八二号)

(15) 典型事例として、関西電力社宅内ピラ頒布事件。

最高裁判決は、一九八三年九月八日(「労働法律旬報」一〇八〇号) ただし、これは懲戒解雇ではなく、譴責処分無効確認訴訟。

(16) この点については、例えば、西谷敏「ゆとり社会の条件—日本とドイツの労働者権」(労働法律旬報社、一九九二年) 参照。

(17) 例えば、柗井常喜「労働保護法と「労働者代表」制—その立法論的検討—」(外尾健一先生古希記念「労働保護法の研究」有斐閣、一九九四年所収) 参照。

(18) 注(10) 参照。筆者の東芝工場を中心とする調査の結果でもほぼ実証できる。

(19) 経団連報告「新時代の『日本の経営』—挑戦すべき方向とその具対策—」一九九五年、が今後の雇用政策として「雇用・就業形態の多様化」を主張する以前から終身雇用、年功賃金は、一つの労働慣行としては認められても、決して強行的な法制度として存在してはいたわけではない。

さらに、最近の統計によれば、ヨーロッパ、アメリカ、日本を比較した場合、四十歳以降の労働者の企業への定着率はわが国より他の先進諸国の法が率にしてかなり上回っていることが明かになっている。ちなみに三十代までの若年層ではこの関係は逆転している。

(20) 西谷敏「雇用・就業形態の多様化と労働者保護法体系」(日本労働法学会誌六八号「雇用就業形態と保護法制」総合労働研究所)、同「労働法規緩和論の総論的検討」(『季刊労働法』一八三号) また、ドイツの状況との比較として同「ドイツ労働法の弾力化論(一)〜(三)」(大阪市立大学『法学雑誌』三九卷二号、四二卷四号、四三卷一号)等参照。さらに、この点については、本稿第三章、第五章でもふれる。

(21) 本稿、第五章、拙稿、前掲A(二)参照。

(22) 拙稿、前掲A(二)、一四一頁以下参照。

第三章 注

(1) 吉田克己、前掲論文(No1)『法律時報』六八卷二一号

三九頁

(2) 同右。三九頁

(3) 同右。三九頁

(4) 商行為の特殊性についての理論法学上の位置づけと意味については、水林彪「西欧近現代法史論の再構成」(『法の科学』二六号。日本評論社)

(5) 渡辺洋三「ブルジョア法の基礎理論」(同『法社会学とマルクス主義法学』日本評論社、一九八四年所収)一七頁

(6) 法化については、いくつもの文献があるが、次のものが理解しやすい。G・トイプナー「法化—概念、特徴、限界、回避策—」(樫沢秀木訳)『九大法学』五九卷。同「介入主義法の限界とその手続化—「法化」研究序説—」(『法の理論』10。成文堂)。ほかに、山口聡「多様な法的问题としての「法化」から社会理論としての「法化」論へ(一)(二)」(『阪大法学』四三卷四号、四四卷四号)。棚沢能生「オートポエシスと法理論—西ドイツにおける「ポスト福祉国家の法理論」の一潮流—」(『早稲田法学』六六卷二号)。また、システムと「世活世界」の関係については、J・ハーバース「コミュニケーション的行為の理論(下)」(未来社。一九八七年)特に第六章、第八章、花田達朗「空間概念としての *offentlichkeit*—ハーバースにおける公共圏とコミュニケーションの合理性—」、「公共圏と市民社会の構図」(同、「公共圏という名の社会空間」木鐸社。一九九六年所収)参照。

(7) 笹沼弘志「権力と人権—人権批判または人権の普遍性の証明の試みについて—」(憲法理論研究会編「人権理論の新展開」

敬文堂。一九九四年)三一頁。

(8) 奥平康弘「ヒューマン・ライツ考」(和田英夫教授古稀記念「戦後憲法学の展開」日本評論社。一九八八年)

(9) 樋口陽一「人権主体としての個人―近代のアポリア―」(同「転換期の憲法?」敬文堂。一九九六年所収)。同「準拠国」の崩壊と立憲主義―「近代人権」の困難性と可能性―(同「近代憲法学にとつての論理と価値」日本評論社。一九九四年)。同「人権―語の辞典」(三省堂。一九九六年)等参照。

(10) それは民法学においては、先ず、権利の客体(保護法益)である人格的価値と財産的価値にかかわる対象の拡大として現われることになる。不法行為論、被害者救済論を通しての権利概念の内容と外延の拡大は、現実には主体規定―担い手像の変容をもたらすものとなっている。各種公害裁判等の事情を参照せよ。

また、別の視点から、これらの問題は、例えば、大村敦志「人―総論」(「ジュリスト」特集民法一〇〇年、一一二六号)等によって言及されている。

(11) これらについては、例えば、松本恒雄「消費者保護基本法三〇周年と消費者法の構造転換」(「法律時報」七〇巻四号)、同「消費者法の立法課題」(「法律時報」七〇巻二〇号)等参照。

(12) 田中成明氏による法システム相互の概念規定については、「転換期の法思想と法学」(岩波講座「現代の法15―現代法学の思想と方法」一九九七年所収)等参照。

(13) あらゆる経済的社会的関係の統轄者(社会的・企業内分業システムの下、最大限利潤を求めるシンフォニーの指揮者)として

の資本家は、法制史の意味からみても、経済史の意味からみても、単なる富と資産の形成者にすぎないブルジョア(それは法制度的には、資本主義経済に至らぬ、家を土台とするオイコス経済の担い手)とは明確に区別されなければならない。この点は、水林前掲論文、拙稿、前掲B「現代社会の変動と法理論の現在」等参照。

(14) これらの、労働者の使用者(実体的には資本家)に対する従属のモメントは、労働法の基礎理論として従属労働概念を根拠づけるものとなる。ちなみに諸モメントとは、本文にあるように、労働者の経済的従属性、階級的従属性、組織的従属性、さらに人格的従属性である。

(15) Hugo sinzheimer, Das problem des Menschen im Recht. 1933, ss.7-16. 翻訳及び研究書として、片岡昇「労働法の基礎理論」(日本評論社、一九七四年)六―一一頁参照。

(16) G・ラートブルフ「法における人間」(ラートブルフ著作集「第五巻、法における人間、東大出版会。一九六二年)一一頁。原著は「Der Mensch im Recht-Heidelberg Antrittsvorlesung Recht und Staat, tübingen 1927.

(17) 労働者のモラル論については、故・沼田稻次郎教授の一連の著作の中、とりあえずは「団結権思想の研究」(勁草書房、一九七二年)参照。正確には「団結のモラル」とすべきかもしれない。それは氏にとつて、底流にある従属労働の下におかれた労働者の階級連帯の意識を団結へ↓労働者の行動の正統性概念としての「団結のイデオロギー」へと高めるための媒介概念である。それは右著書と前後して「人間の尊厳」論へと転換をみせることになる。

これらの点については、例えば、深谷信夫「沼田稻次郎先生の労働法学」上、中、下（『法律時報』六九巻八〜一〇号）、初井常喜「戦後労働法学」とその見直しの視点」No.2（『労働法律旬報』一四二八号）等参照。

(18) この点については、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、一九九七年）二二三頁以下。同「労働法における自治と公共性―労働者保護法と集団的自治の位相」（室井・原野等編『現代国家の公共性分析』日本評論社、一九九〇年所収）三七六頁等参照。

(19) 「生活危険」、「生活不能」、「生活障害」の各々の要因を背景として社会保障法の体系を組み立てようとする試みとして、荒木誠之「社会保障の法的構造」（有斐閣、一九八三年）、同「社会保障読本、改訂2版」（有斐閣、一九八三年）、同編『生活保障論』（法律文化社、一九九六年）参照。

(20) 山本敬三「基本法としての民法」（『ジュリスト』一一二六号）、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治―私法関係における憲法原理の衝突（2）」（京都大学『法学論叢』一三三三巻五号）、同「取引関係における公法的規制と私法の役割」（1）（2）（『ジュリスト』一〇八七、一〇八八号）等参照。

第四章 注

(1) 市民的秩序形成の自由と人権保障、市民的公序との関係については、山本敬三、前掲「現代社会におけるリベラリズムと私

的自治」参照。

(2) 周知のように、一九二八年の *United States vs. Carolene Products Co.* 判決のストーン判事による法定意見は、経済的自由に対する福祉国家的規制の正統性を弁証したものであるが、その脚注における意見は、右とは別に、司法審査の方法としてより厳格な審査が要請される領域の存在を示している。そのなかの一つ、「切り離され孤立した少数者に対する偏見」が存在する場合の保護の要請とは、実体的には本来、人間の人格的価値と精神活動の固有性、換言すれば不可代替性にもとめられるべきであろう。

この点を指摘するものとして、坂口正二郎「合衆国表現の自由理論の現在（一）―表現の自由の20世紀システムの動揺?」（東京大学社会科学研究所『社会科学研究』四六巻一号）二二三〜四頁、二六〇頁。

また、この点をエホヴァの証人による公立学校における国旗への敬礼行事拒否にかかわる著名な一九四三年、*Barnette* 判決との関係で掘り下げるものに、蟻川恒正「憲法的思惟」（創文社、一九九四年）八一頁以下参照。

(3) これらの点については多くの議論が戦わされてきたところであるが、とりあえずは、奥平康弘「なぜ「表現の自由か」（同「なぜ「表現の自由か」」東大出版会、一九八八年）、同「憲法Ⅲ」（有斐閣、一九九三年）一五六頁以下参照。

(4) この点については、井上達夫「公共性の哲学としてのリベラリズム」（森際・桂木編『人間的秩序―法における個と普遍』木鐸社、一九八七年）、同「共生の作法―会話としての正義」（創

文社、一九八六年)をはじめとする、井上氏の諸論攷、及び拙稿A
(二)〔法学新報〕一〇三卷六号)、拙稿、前掲B等参照。

また、本稿脱稿後のものとして井上達夫「自由の秩序」(岩波
『新・哲学講義』7 自由・権力・ユートピア)、同「他者への自由
—公共性の哲学としてのリベラリズム—」(創文社 一九九九年)
参照。

(5) 立憲主義と民主主義の意味内容と相互のかかわり方につ
いては、阪口正二郎「立憲主義と民主主義」〔法律時報〕七〇卷一
号以下の連載)参照。

(6) このように、経済的自由を中心とする近代的自由は、そ
の人権としての意味を対国家との関係では、被侵害性(具体的、直
接的な法益侵害)を要件として事後的、個別的に司法法(裁判規範)
たる民法・刑法によって確認されるのを基本としていた。ここでは、
裁判規範としての市民法による権利の確認が人権の保障を充足する
との構図が示されている。従って、あえて経済的自由が「人権」と
して主張され、その正統性が強調されるにはそれなりの社会的必要
性が確認されなければならない。その必要性とは、歴史的には④市
民革命後のブルジョアジーによる神聖不可侵性の宣言にみられる旧
体制との決別であり(革命のブルジョア革命としてのレーゾン・デ
トールの証明)、⑤世紀末以降の、企業を中心とする経済的権力の
社会的権力としての登場・確立にともなう個人としての市民層にと
っての経済的自律への要求である。

(7) 以上、『ジュリスト』五七〇号一〇二―三頁

(8) 原告等第一準備書面(昭和四八年(行ケ)第三四号)

(前掲「ジュリスト」五七〇号、一〇六頁、一一三頁)

(9) 同「ジュリスト」一〇二頁。

(10) 同「ジュリスト」一〇二頁。

(11) 「最高裁判所民事判例集」(三三卷二号)一一二頁以下、
『判例時報』八八〇号三頁以下。

(12) 行政不服審査制度の近年における運用の問題点について
は、宮崎良夫「行政不服審査制度の運用と問題点」(同「行政争訟
と行政法学」弘文堂、一九九一年)参照。

(13) これに対する反論として、前掲、原告準備書面、一〇七
頁、また、この点についての最も適確な批判は、今村成和「消費者
の権利と不服申立資格—主婦連ジュース裁判をめぐって—」(前掲
『ジュリスト』五七〇号)九〇―九一頁参照。

(14) 右、今村論文参照。

(15) 裁量収縮の理論については、阿部泰隆「裁量収縮論の擁
護と水俣病国家賠償責任再論」(淡路剛久・寺西俊一編「公害環境
法理論の新たな展開」(日本評論社、一九九七年)一三五頁以下。

原田尚彦「国家賠償責任と行政介入請求権」(同「行政責任と国
民の権利」弘文堂、一九七九年)九八頁以下、阿部泰隆「行政の危
険防止責任」(同「国家補償法」有斐閣、一九八八年)一七六頁以下。
また積極行政の提起については、薬害、食品公害訴訟の分析を通し
て、下山瑛二「健康権と国の法的責任—薬品・食品行政を中心とす
る考察—」(岩波書店、一九七九年)が初期の労作である。

(16) 「二重効果的行政処分」については、とりあえず、兼子
仁「行政法学」(岩波書店、一九九七年)五六頁以下、参照。

(17) エイズ薬害と薬事行政の問題点については、エイズ薬害訴訟東京地裁宛、弁護団第二四、二五準備書面が周到な分析を加えている。またサリドマイドからエイズ薬害に至るまでを後づけ、戦後の医療と薬事行政のあり方を総括するものとして浜六郎「薬害はなぜなくならないか」(日本評論社、一九九六年)は貴重な業績である。

(18) 現行薬事法は、旧来の業法としての性格を引きつぎつつ、行政と事業者との関係を律している。本文で述べた「承認+許可」とは、正確には、医薬品(等)の製造業の許可にはじまり、その製造業者による「医薬品(等)の製造の承認」、そして薬局開設許可業者及び薬局以外の「医薬品販売許可業者」による当該医薬品の業としての販売からなる一連のプロセスをいう。旧来の薬事法は業法の一環として、この過程を行政庁の高権的な取締行政、消極的警察行政の視点から捉えていたため、実際に医・薬品を購入し消費する患者・国民を法の担い手、権利・義務の当事者とはしていなかった。それは、悪名高い七九条の規定「①この法律に規定する許可……、又は承認には、条件を付することができる。②前項の条件は、保健衛生上の危害の発生を防止するため必要な最小限度のものに限り、かつ、許可を受ける者に対し不当な義務を課することとならないものでなければならぬ」、に端的に表われている通りである。これに対して、現行薬事法は、サリドマイド、スモン等の薬品公害(正確にはこの場合、医薬品の副作用被害)の反省に立ち、法の目的に医薬品等の「品質・有効性及び安全性の確保」を明記し(第一条)、先のプロセスにおける「製造承認」にあたり審査すべき項目として

「副作用」を明記(一四条第二項)するに至っている。そして、一旦、承認、販売許可された医薬品でも、右「副作用」を含む一四条二項の要件に該当するようになった場合は、厚生大臣はその承認の取消をなし得(七四条の二)、更に「医薬品等による保健衛生上の危害の発生又は拡大を防止するため必要があると認められるときは」販売・供給の一時停止を含む応急の措置を命じることができる緊急命令の制度が新設(一九七九年の改正措置による)されるに至っているのである。ここに薬事法は、厚生大臣による事業者に対する承認・許可を通じて国民の健康と安全を確保することを一方の目的とする積極的・福祉行政を支える法としての機能をもつものになったといえる。私は、この機能をもつて従来の「業法+経済法」としての性格から、「社会法」への転換と評価したい。この論点の詳しい叙述はまたの機会にまきたい。

(19) これについて民法レヴェルでの議論は活発である。落合誠一・鎌田薫・松本恒雄・大村敦志の四氏による座談会「消費者契約適正化のための検討課題(1)」(4)、「NBL」六二二号(六二三号)、がわかりやすく論点を提示している。また大村敦志「消費者・消費者契約の特性—中間報告(1)」、(4)、「NBL」四七五(四七八号)、「法律時報」七〇巻一〇号、「ジュリスト」一一三九号の各消費者立法・法制についての特集が貴重な論点を掲載している。

また、本稿脱稿後のものとして、大村敦志「消費者法」(有斐閣法律学体系、一九九八年)は、消費者契約の構造論についてはじめての本格的な体系書として注目される。

(20) この論点は古くからあるが、今日、本稿でいう法化の第一形態の拡大(市場的商品関係の拡大)に対する「国家法による法化の強制」(吉田克己氏の場合は、これが法化の第一形態)との関係で、換言すれば介入的国家状況における「公法の私法化」「私法の公法化」との関係で社会的公正の視点から権利・公序・人権の相互関係をどう確定するか、というともすると可視的とはならないが重要な論点にかかわる問題である。本稿は、この点も、法化論等を介して公法、私法論との関係で視野に入れながら論究するものである。ちなみに、山本敬三氏の前掲、諸論攷、大村敦志「取引と公序―法令違反行為効力論の再検討(上)(下)」「ジュリスト」一〇二三、一〇二五号)、田村善之「競争法における民事規制と行政規制」「ジュリスト」一〇八八号)等参照。

(21) 公序良俗論と絶対無効・相対無効との関係については、前掲「消費者契約適正化のための検討課題(3)」五五頁以下。石田喜久夫「民法秩序と自己決定」(成文堂、一九八九年)九二頁以下等参照。

(22) この点については、原田、前掲「行政責任と国民の権利」、下山、前掲「健康権と国の法的責任」、本章紹介の主婦連ジュース表示事件最高裁判決等参照。またその後の訴訟においても薬事法、食品衛生法等国民の生命・健康に密接にかかわる「業法」違反の国の責任を市民法上の要件(国賠法はあくまで民法の特別法である以上とりわけ一条一項の要件はそうなる)たる故意、過失と権利侵害で争う場合、一方で責任要件(故意・過失)の否定に対して自由裁量論が、他方で権利要件の否定に対して事実上の利益論が採用され

ているのは周知のところである。

また、浜、前掲「薬害はなぜなくならないか」参照。

第五章 注

- (1) 人間個人が「生きるということの価値」↓「人権論の課題」と、経済活動を通じて提供される財、サービス、富の社会的有性との相互関係と緊張を事例に即しながら体系的に論述したのは経済学者、宮本憲一氏である。ここでは、キー概念として「市場の欠陥」と「政府の欠陥」が提示され、富や財の社会的有用性は、当の富や財やサービスがこの二つの欠陥を前提として生産され提供される限り公共的価値を担いえない(従って、人権という価値を充足しえない)場合がある、との論証が中心課題を占めている。氏の膨大な著書、論攷の内、ここでは最近のものとして、『環境と開発』(岩波市民大学・人間の歴史を考える14)(一九九二年)、『環境と自治―私の戦後ノート』(岩波書店、一九九六年)、『公共政策のすすめ―現代的公共性とは何か』(有斐閣、一九九八年)をあげておく。
- (2) 人権概念に潜むイデオロギー性については、杉本幹夫「基本的人権論の基本問題」(同「憲法の階級性と普遍性」日本評論社、一九七五年)一四九頁以下、及び、水林彪、前掲論文、渡辺洋三、前掲論文参照。
- (3) これらの状況のもつ問題点を今日における放送の自由がもつ公共性と受け手の人権である知る権利(表現の自由)との関係で問うものとして、浜田純一「メディアの法理」(日本評論社、一

九九〇年)、同「情報法」(有斐閣、一九九三年)、長谷部恭男「テレビの憲法理論」(弘文堂、一九九二年)等参照。

(4) 消費者金融がもつ問題点こそ、生産と販売、消費の高度化がもたらす商品・貨幣関係における最大の物象化形態であることをつとに指摘するものとして、清水誠「時代に挑む法律学―市民法学の試み―」(日本評論社、一九九二年)三三九頁以下、同編「消費者行政と法」(共編者、金子晃、島田和夫、三省堂、一九九三年)二頁、九九頁以下参照。

(5) この点については、宮本憲一、前掲「公共政策のすすめ」、
「社会資本論」改訂版」(有斐閣、一九七六年)等参照。

(6) この点については、さらに深刻な現状を追った川人博
「過労自殺」(岩波新書、一九九八年)参照。

(7) このような生産下請系列や流通系列に組み込まれた中小
企業や小売店の独立化の要求と必要を消費者の権利と彼等の事業者
の「生業権」(労働権としての生業権)の視点から論ずるものに、
本間重紀「暴走する資本主義―規制緩和の行方と対抗戦略」(花伝
社、一九九八年)七九頁以下、八五頁、九八頁以下参照。

そこでは、独禁法や大店法等の経済法を、「公正競争原理」を一
方の柱とする「社会法」として位置づけよう、との視点がみられる。

(8) この点についての哲学的論究としては、井上達夫、前掲
「公共性の哲学としてのリベラリズム」、拙稿A(二)参照。実定制度の
問題点としては、西谷敏、前掲「労働法における自治と公共性」参
照。

(9) 人間行動、本稿では、人権の確認と主張とにおける利益

と価値、換言すれば功利と正統性のモメントをめぐる競争と緊張・
対立の関係については、井上達夫、前掲「公共性の哲学としてのリ
ベラリズム」及び拙稿、前掲A(二)参照。

(10) この点については、例えば、宮本憲一、前掲「環境と開
発」四頁以下、一六三頁以下、同「水俣病問題の歴史的教訓」(水
俣病被害者、弁護団全国連絡会議編「水俣病裁判」かもがわ出版、
一九九七年所収)、同「地域開発はこれでよいか」(岩波新書、一九
七三年)、同「現代資本主義と公害」(「ジュリスト」四五八号、一
九七〇年八月一〇日臨時増刊)。

四日市公害訴訟、被告側準備書面、反論として原告側準備書面参照。
(11) 注(9)の井上論文、拙稿参照。

(12) この点は、人権論構成における公平性原則にもかかわる。
右、井上論文、拙稿、及び論述の局面は異なるが、原田正純「水俣
の証人」(淡路剛久・寺西俊一編「公害環境法理論の新たな展開」
日本評論社、一九九七年所収)参照。

(13) 人権概念のハード性、二値論理性は、現代社会における
疎外状況を人間にとつての共同性(近隣関係・地域・宗教・倫理・
エスニックなもの等)を介して回復させようとする論者からはその
コミュニケーション切断的機能につき近年批判がよせられている。
しかし、この主張は、中央政治によって統合される側からの、少数
者や弱者、異端者にとつてアイデンティティー確保のための要求、
言葉を代えればシチズンシップに対する差異性の主張としてなされ
る場合(その場合でも「内部規制」による構成員間の抑圧・疎外の
問題は残るが)や、家族や近隣関係等それなりに対等者性が維持で

き、正義より「配慮」の思想をもってしても公平原理がそこなわれない場合には、妥当しよう。それ以外の場合に「正義（権利）」より「配慮」を主張することは、公平原則の視点よりみても、社会構造の上からみても許容されないであろう。以上の点については、とりあえず以下の二論文を比較してみるのが有意義であろう。井上達夫「〔正義への企て〕としての法」、平野仁彦「権利の主張とその実現—アメリカ法との対比で」（いずれも『岩波講座、現代の法15現代法学の思想と方法』一九九七年所収）。

脱稿後のものとして、杉田敦「寛容と差異—政治的アイデンティティをめぐる」（前掲、岩波『新・哲学講義』7所収）

また棚瀬孝雄編『現代の不法行為法—法の理念と生活世界』（有斐閣、一九九四年）所収の諸論攷。特に棚瀬論文と比較しながら中野敏男、名和田是彦、内田豊、松本恒雄、河合幹雄、井上達夫の論文参照。

さらに名和田「現代社会における『法的なるもの』の動揺と拡散」（『法哲学年報、一九八八年 法秩序の形成と動揺』（有斐閣、一九八九年）、同「都市計画法第一六条第二項の『条例』について—住民が社会形成の主人公になるための制度的経路に関する習作」（『横浜市立大論双』四一巻一・二・三合併号）、名和田・棚沢能生「地域中間集団の法社会学—都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基礎」（利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』日本評論社、一九九三年）、名和田「まちづくりとコミュニティ」（井上達夫・名和田是彦・桂木隆夫「共生への冒険」毎日新聞社、一九九二年所収）参照。

他に、樋口、前掲「人権—一語の辞典」、『思想』一九九六年九月号特集「ラジカルデモクラシー」所収の諸論文、参照。

(14) 井上達夫「『経済大国』の自画像と天皇制」、同「王様を愛する民主主義」（いずれも、井上等、前掲『共生への冒険』所収）、さらに平尾透「エゴイストとの共存—人間・倫理・政治—」（創文社、一九九四年）参照。

(15) 拙稿A(二)参照。

(16) 以上の点については、山本敬三、前掲「取引関係における公法的規制と私法の役割（1）（2）」、潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（1）（2）」（『ジュリスト』一〇七九号、一〇八〇号）、参照。

さらに、高柳信一「公法と私法—わが国行政法原理の批判的考察」、『市民国家の行政法の問題』（同「行政法理論の再構成」岩波書店一九八五年所収）、村上順「高柳行政法学における市民的公法論」（高柳信一先生古稀記念論文集「行政法学の現状分析」勁草書房、一九九一年所収）参照。

(17) 「社会法」の概念規定については多くの論争があり、容易に統一の見解は描けないか、本稿の趣旨に最も近いものに本間重紀氏の規定がある。本間、前掲「暴走する資本主義」八二頁参照。ただし本間氏は、氏のいう四つのメルクマールからなる「社会法」と隣接して、「権利・人権保障とこれによる経済的自由の制限がないか著しく弱く、国家法による制限に限定される」「広義の「社会法」といふべき」領域（恐らく既存の「業法」の多くはこの領域に入るであろう）と借地・借家法のように、強行法規としての手当は

あるが、行政法的規制は原則として排除し、民事裁判と判例の積み重ねにより社会的公平を実現しようとする「市民法の修正」と呼ばれる法現象」の二つのジャンルを設定している。

(18) (19) この場合の人権論構成の場合は、吉田克己氏のいう「現代市民社会において初めて……登場したと考えられる」「財貨秩序」と「人格秩序」の各々の延長で、「競争秩序」と「生活利益秩序」からなる「法のフロンティアとしての外郭秩序」とは異なる。

むしろ氏の論理とのアナロジーでいえば、この場合の人権とは「自己決定の支援措置をどのように編成するか、あるいは真の自己決定のための条件整備をどのように行うか」に関する「社会権的自己決定権」(吉田、前掲「現代市民社会の構造と民法学の課題15」『法律時報』七〇巻三号、八三頁)と「個人の自由領域を拡大していく」というより積極的な意味を持っている「関係形成的自己決定権」(同、八四頁)にかかわるものといえよう。この点は本文においてもふれる。「外郭秩序」については、同右八五頁、「競争秩序」と「生活利益秩序については」各々同論文No11、14(『法律時報』六九巻一〇号、七〇巻一号)参照。

(19) 吉田、同右No15八三頁、西谷、前掲「労働者保護法における自己決定とその限界」、同「労働契約と労働法の再構築」(『法律時報』六六巻二号)、同「労働法における自己決定の理念」(『法律時報』六六巻九号)、同「労働法における個人・団体・国家―自己決定理念の意義を中心として」(日本法哲学学会年報「現代における個人―共同体―国家」一九八九年、有斐閣、所収)等参照。

なお、広義の行政行為を介しての行政機関の正統化論については後の機会に譲る。

(20) 注(19) 指摘の他、本間重紀「日本の企業社会・企業国家の法的改革・再論―自由・平等・友愛をめぐって」(宮坂富之助先生還暦記念「現代経済と法構造の変革」三省堂、一九九七年、所収)、宮坂富之助「規制緩和と消費者」(経済法学会年報第一六号「規制緩和と消費者」有斐閣、一九九五年所収)、等参照。

(21) 「人格権―自己決定権」の憲法学上の意義については、佐藤幸治「憲法学において「自己決定」をいうことの意味」(前掲、日本法哲学学会年報「現代における個人―共同体―国家」所収)、同「日本国憲法と「自己決定」―その根拠と性質をめぐって」(『法学教室』九八号)、同「法における新しい人間像―憲法学の領域からの管見―」(岩波講座、基本法学(1)―人―一九八三年)、同「人権の観念」(『ジュリスト臨時増刊、憲法と憲法原理』一九八七年)

芦部信吾「憲法学Ⅱ人権総論」(有斐閣、一九九四年)三二八頁以下、等参照。

「おわりに」注

(1) 前掲、樫沢「介入主義法の限界とその手続」一四六頁以下。

(2) 右、同、一四七頁。

(3) 以下参照・渡辺治「現代日本の支配構造分析―基軸と周

辺」(花伝社、一九八七年)、同「企業支配と国家」(青木書店、一九九一年)、それらをふまえて氏の理論の果成して、同「講座現代日本、現代日本の帝国主義化―形成と構造」(大月書店、一九九六年)、前掲、拙稿B。

(4) これらの問題点については、右拙稿、その他「労働法律旬法」、「季刊労働法」等で昨年(一九九七年)以来、何度も特集が組まれている。いく多ある論攷のうち、今次(一九九八年)通常国会から臨時国会にかけての労基法改正論議のなかで最も問題となった「みなし労働」⇓「裁量労働」制の問題につき簡にして要を得ているものとして、萬井隆令「新・裁量労働制への疑問」(「労働法律旬報」一四三七号)をあげておく。ちなみに、裁量労働制とは、労働者から労働時間の観念を奪うもので、所定労働時間、法定労働時間の意味が全くなってしまう。また使用者には労働時間を管理する義務―換言すれば、労働については時間を限って労働力のみを使用・収益する契約上の債権の限定―がなくなることになる。この点をさらに労働者の側からみれば、彼の労働債務は成果でのみ評価されることから、労働力ではなく、彼の人格的営みである労働そのものが商品価値に化体されることを意味しよう。これは、労働者にとり、生活時間という本来画定された時間の喪失であり、それを通じての人格そのものの喪失↓商品価値化といえよう。これは、流通過程における消費者金融の問題とならんで資本主義経済関係における最大の物象化の状況―人間疎外の限界状況といえよう。その上、ここでは、事の性格上、過労死、過労自殺という日本社会特有の現象を、労災という保険制度の認定対象とすることも困難になるであらう。

このようなものが、選択肢に入れられたからといって、それが人格的価値と生存をより発展させる上で選択―自己決定の対象たりえないことはいをまつまい。ここでは、裁量制が実際に当該職場に導入され、個々の労働者に割りふられる場合の手続の不十分さ(労使委員会における全会一致の決定と本人同意)については十分ふれる余地はないが、現存の残業規制等に関する労基法三六条の労使協定(所謂三六協定)の果たしてきた役割、及び変形労働制の導入に際して労使協議と書面協定が果たしてきた役割を考えれば自ずと明らかとならう。

詳論と分析はまたの機会に譲る。

(5) さらに、そこで提供されている機会―選択肢自体の意味についても場合によっては必要とされよう。

(6) たとえば、市場経済ということを考えてもよい。市場経済とは、規範的にみた場合、何も、巷でいわれているように「自由競争」のみを意味するものではない。それは、独禁法の規定をまつまでもなく「公正競争」というルールの定立をも意味するのであり、ただ後者の視点に立ったときにも、その「公正」ルールを確保する上での社会的コストを誰にどのような方法で負担させるかで論点に分けるのである。一方でそれを各種規制と価格・所得補償を伴う公的負担に求めるか、他方で、受益者をあくまで個々の国民と捉え、そのリスクにおいて負担を捉えるのか、の相違である。勿論、その負担のさせ方と方法論いかなんでは、そのルールはおよそ「公正」としての意味を喪失させ、リーバタリアン的な自由競

争論へと著しく接近することになるが。

また、このルールのあり方は、当該市場経済に何（いかなる財・サービス・商品・機会）が委ねられ、さらにそれらが主に誰によって生産・提供され誰の何のための取得と消費に向けられているかによって方向づけられるのである。

（追記）本稿（一）は、（一）脱稿後（一九九七年十二月）約九ヶ月余経過して完成している関係上、（一）において付しておいたタイトルの副題を、論文全体の趣旨により沿う形に変更している。従って、本稿全体の副題は（二）に統一したものとすることを御確認頂きたい。