



Title	雑報
Citation	北大法学論集, 47(4), 123-126
Issue Date	1996-11-22
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15687">http://hdl.handle.net/2115/15687</a>
Type	bulletin (other)
File Information	47(4)_p123-126.pdf



[Instructions for use](#)

## 北海道大学法学部法学会記事

○平成八年五月三十一日(金)午後二時半より

「憲法システムにおける私法の役割」

報告者 山本敬三氏

出席者 (京都大学法学部助教授) 五三名

報告者は、まず、憲法システムにおける国家の役割を、国家の介入禁止（国家は、それを正当化するに足りるだけの十分な理由がないかぎり、基本権を侵害してはならない）、国家の基本権保護義務（国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならない）、国家の基本権支援義務（国家は、個人の基本権がよりよく実現されるよう、積極的な措置をとらなければならない）の三点に整理

した上で、私法もまた、国家が定めた法としての性格を持つ以上、憲法が国家に対して課している右の義務は、私法に対してもあてはまる、との主張を提示する。したがって、私法は、公法とともに、個人の基本権の保護あるいはその支援措置を定めることをその任務とするとともに、それによって他の個人の基本権を過度に侵害することは禁止されることになる。

報告者は、憲法システムにおける私法の役割を右のように理解した上で、次に、契約法および不法行為法の二つの領域においてその具体化を図る。

契約法においては、公序良俗規範が題材として取り上げられた。報告者によれば、個人がその生活空間を主体的に形成する自由としての私的自治と自己決定権、さらに、契約という制度を用いて生活空間を主体的に形成する自由としての契約自由は、憲法上の自由である。公序良俗規範は、これらの基本権を制約する立法であるから、それに基づく介入は、基本権に対する不当な介入になつてはならないという制約を受けるし、他方でそれには正当化根拠が求められる。基本権の保護と基本権の支援がその正当化根拠である。このような観点から、「法令型公序良俗」と「裁判型―基本権保護型公序良俗」という二類型が析出されるとともに、それぞれにおける公序良俗法理適用に

関する議論の枠組みが整理される。

さらに、不法行為法においても、基本権保護義務と過剰介入の禁止という基本的視点に基づくその再構成が試みられた。ここでは、過失判断に関するハンドの定式が批判的に検討され、その上で、過剰介入禁止という観点からの衡量基準として、均衡性の原則、適合性の原則、必要性の原則が示される。

討論では、国家の基本権支援義務の具体的内容をどのように捉えればよいか、それは法的義務か、その違反がある場合の効果をどう考えるべきか、社会権を想定した場合、その支援措置の内容をどのように考えればよいか、不法行為法において支援措置が入ってこない理由は何か、山本理論における公共性の位置づけはどうなるか、ポスト・モダンの憲法論をどう評価するか、など多様な論点を取り上げられた。また、そもそも自律する個人による自己決定モデルをどう評価すべきかという根本的な論点も提示されるなど、報告者による鋭い問題提起を受けて、きわめて活発に議論が展開された。

なお、本研究会は、民法法研究会、公法研究会、法理論研究会との共催で実施された。

(文責 吉田克己)

○平成八年六月七日(金)午後二時半より

「ポストモダン論と法学・政治学」

報告者 杉田 敦氏

(法政大学法学部教授)

出席者 四四名

今回の報告は大きく二つの部分から成る。前半では「啓蒙と批判——カント・フーコー・ハバーマスについて」と題して、政治学におけるポストモダン論のインパクトについて、報告者自身の見解を述べた。その上で、後半の「ポストモダン法学の射程」では、村上淳一氏の近年の仕事を中心として、法学におけるポストモダン論の動向を報告者の視点から概観した。

まず、カントの『啓蒙とは何か』をめぐって晩年のミシェル・フーコーが残した断章を手がかりとして、カントの『啓蒙』が単なる時期区分ではなく、むしろあらゆる既存のものを相対化する批判的立場であるとすれば、そうした批判としての啓蒙が、「考古学」／「系譜学」というフーコーの立場とも必ずしも無縁でないことを論じた。『言葉と物』におけるフーコーの徹底したカント批判も、カントにおける「人間主義」に対する批判に

すぎず、カントの啓蒙論に対するフーコーの評価と矛盾するわけではない。そして、そうした観点から見る時、現在の政治哲学においてしばしば対照的な立場にあるものとされるフーコーとユルゲン・ハバーマスとは、カントの啓蒙を介して実は接していることになる。「未完のプロジェクト」としての近代というハバーマスの議論は、近代のもたらした様々な制度の背後にある権力を告発し続けるフーコーの議論と、批判という点において一致しているからである。

しかしながら、それにもかかわらず、両者の間には依然として重要な差異があると言わなければならない。それは、フーコーが「自由の実践としての倫理」について語り、それぞれの個人が自らの生き方について自由に選択する自発性を重視すべきであるとするのに対し、ハバーマスはむしろ、最低限の道徳的な合意が予め必要であることを強調する点である。自発性がなければ啓蒙は不可能であるが、予め合意がなければ啓蒙自体が崩壊しかねないという、根本的なディレンマをめぐって、いずれの契機を強調するかにおいて両者は分かれる。そして、このことは、われわれが「現在」に相対する際に避けて通れない選択にかかわるといのが、前半部の結論であった。

続く後半部では、村上氏の最近の議論もまた、カントの両義

性とも言うべきものに注目していることをまづ指摘した。神が理性的である点からすると、世界に悪が満ちていることは説明し難いが、他方で神が自由意志を持つ以上、悪をなす自由をも認めざるをえないというのが、そもそも弁神論的なディレンマであった。カントは歴史をつくる主体としての人間を想定することによって、こうした弁神論的なディレンマを人間のレヴェルに持ち込んだ。そこから、一方では、神のごとき理性を人間が引き継いだ以上、歴史は秩序だったものでなければならず、偶然性 (Kontingenz) は排除されるべきであるという立場が出て来る。しかし、もう一方では、人間の行動の自由を重視するヴォランタリステイックな議論もまたそこからは出て来ると言う。このような村上氏の基本的なモチーフは、ハバーマスとフーコーについての報告者の議論とも軌を一にするものである。

実際村上氏は、ハバーマスについて、最近ではかなり立場を弱めているものの、依然として道徳的な合意可能性に期待しすぎていると批判する。一方ニクラス・ルーマンについても、彼が自律的な主体の概念を解体する点は評価するものの、それは自律的なシステム概念の導入と引き替えてあったことを問題にする。そして村上氏は、カール・ハインツ・ラデアに代表される「ポストモダン法学」に注目しつつ、近代法治国家そのも

のが神なき近代において捏造された「仮象」にすぎず、もはや「複雑化・多元化した現状に対応できないと論じる。その上で従来の法／不法という二元論的なコードに代わるものとして、より柔軟で流動的な法のあり方を模索する必要性を説くのである。このような村上氏の議論に対し、報告者は最後に、村上氏が道徳的な合意の不可能性を、ただちに法の不可能性に結びつけているのではないかという疑問を提示した。何の道徳的基礎付けを持たなくても、皆が認めている限りに於いて、法は法として成り立ちうるという特性を持つ。むしろより深刻な問題は、法の決定単位としての国家の自明性が失われた点にこそあるのではないか。国家より大きい単位と小さい単位とを巻き込む形で、法的合意の正統性をめぐって繰り返される争いこそが、現在法学・政治学が直面しつつある最大の問題であると指摘して報告を閉じた。