

---

# 2004年度 日本法哲学会 学術大会・総会 案内

---

日 時 2004年11月13日(土)・14日(日)  
(13日は午前9時、14日は午前9時30分より)  
会 場 広島大学法科大学院(広島大学東千田キャンパス)  
501 講義室、402 講義室  
統一テーマ 「リバタリアニズムと法理論」

## 1 プログラム

### 1.1 第1日 午前の部 <個別テーマ報告>

#### A 分科会

- 9:00 ~ 9:45 野崎 亜紀子(広島市立大学)  
「関係性の権利を考えるために - プライバシー権の観点から - 」
- 9:50 ~ 10:35 若林 翼(アウグスブルク大学客員研究員)  
「法と主体の可能性」
- 10:40 ~ 11:25 伊藤 泰(早稲田大学博士課程)  
「現代正義論の文脈における正と善の関係に関する検討」
- 11:30 ~ 12:15 松沢 俊樹(早稲田大学博士課程)  
「J・ロールズ国際正義論の批判的検討」

#### B 分科会

- 9:00 ~ 9:45 土井 崇弘(京都大学 COE 研究員)  
「啓蒙主義的合理主義批判の二つのかたち  
- ハイエクの「行為ルールとしての伝統」とマッキンタイアの「知的探求の伝統」 - 」
- 9:50 ~ 10:35 木塚正也  
「立憲主義と西欧中世」
- 10:40 ~ 11:25 佐藤 憲一(千葉工業大学)  
「法の不確定性を論じる意味」
- 11:30 ~ 12:15 谷口 功一(日本学術振興会特別研究員)  
「立法に関する一考察 - 平成十五年法律第百十一号を素材として - 」

## 1.2 第1日 午後の部 <統一テーマ報告>

- 13:30～14:15 森村 進（一橋大学）  
「統一テーマ「リバタリアニズムと法理論」について」  
「リバタリアニズムの意義と課題」
- 14:15～14:50 橋本 努（北海道大学）  
「リバタリアニズム論」
- 14:50～15:00 休憩
- 15:00～15:35 鳥澤 円（広島市立大学）  
「社会規範を守る「自由」？－リバタリアニズムと共同体－」
- 15:35～16:10 立岩 真也（立命館大学）  
「自由はリバタリアニズムを支持しない」
- 16:10～16:20 休憩
- 16:20～16:50 嶋津 格（千葉大学）  
「コメント」
- 16:50～17:30 第1日目報告に関する質疑と討論
- 18:00～20:00 〔懇親会〕

## 1.3 第2日 午前の部 <統一テーマ報告>

- 9:30～10:05 橋本 祐子（神戸大学 COE 研究員）  
「リバタリアニズムの法理論」
- 10:05～10:40 愛敬 浩二（名古屋大学）  
「憲法学はなぜリバタリアニズムをシリアスに受け止めないのか？」
- 10:40～10:50 休憩
- 10:50～11:25 山田 八千子（中央大学）  
「私法におけるリバタリアニズムの「自由」の構造」
- 11:25～11:55 浅野 有紀（近畿大学）  
「コメント「リバタリアンと交換的正義」」

## 1.4 第2日 午後の部 < 総会およびシンポジウム >

- 13:30～14:00      IVR 日本支部総会  
                    (1) 会務・会計報告  
                    (2) IVR 日本支部の活動について  
                    (3) その他  
                    日本法哲学会総会  
                    (1) 会務・会計報告  
                    (2) 2004 年度法哲学年報編集について  
                    (3) 2005 年度学術大会について  
                    (4) その他
- 14:00～17:00      シンポジウム「リパタリアニズムと法理論」をめぐって  
                            総司会    桜井 徹(神戸大学)・関 良徳(信州大学)
- 17:00                閉会の辞    日本法哲学会理事長 竹下 賢

## 2 会費納入のお願い

普通会員の年会費は 6,000 円(ただし『法哲学年報』の配布を希望しない場合は 3,000 円)となっております。同封の「会費請求書」をご確認の上、同封振込用紙にて会費をお振り込み下さい。なお、学術大会・総会にご出席になる場合には、会費の納入が確認できた会員に会場受付にて『法哲学年報』をお渡しすることができますので、なるべく早くお振り込みいただきますようお願いいたします。

## 3 担当校からのご案内

### 3.1 学術大会・総会会場

広島大学法科大学院(広島大学東千田キャンパス)501 講義室、402 講義室  
〒730-0053 広島市中区東千田町1丁目1-89

\* 会場へのアクセスについては、本案内末尾の地図をご参照ください。

### 3.2 懇親会

日時: 11月13日(土) 18:00～20:00

会場: ひろしま美術館

〒730-0011 広島市中区基町3番2号(中央公園内)

Tel: 082-223-2530

<http://www.mighty.co.jp/museum/framepage.htm>

会費: 6,000 円(大学院生は 5,000 円)[ともに美術館入場料 1,000 円を含む]

\* 会場へのアクセスについては、本案内末尾の地図をご参照ください。

### 3.3 昼食

両日ともお弁当（1食 1,000円）を用意いたします。同封の出欠葉書にてお申し込みください。

### 3.4 宿泊

観光シーズンにあたるため、旅行会社（日本旅行）にホテルの部屋を一定数確保してもらっています。下記のホームページから、各自お早めにご予約ください。

<http://apollon.nta.co.jp/hotetu/>

## 4 お問い合わせ先

### 4.1 担当校

〒730-0053 広島市中区東千田町1丁目1-89 広島大学法科大学院 平野敏彦  
Tel: 082-542-7071（研究室直通） Fax: 082-542-6964（事務室）  
E-mail: hirano@law.hiroshima-u.ac.jp

### 4.2 日本法哲学会事務局

〒564-8680 大阪府吹田市山手町3-3-35 関西大学法科大学院 竹下研究室内  
Tel: 06-6368-0381 Fax: 06-6368-1315  
E-mail: jalp@wwwsoc.nii.ac.jp  
（封筒に印刷されている事務局の電子メールアドレスは廃止されました）

## 5 資料コーナーについて

本学術大会では、会員のための資料コーナーを設けますので、資料の配布をご希望の会員は、事務局まで氏名と配布物を届け出てください。なお、当該会員は、配布について全般的な責任を負うこと、また、金銭の授受を行わないこととなっております。

学術大会・総会のご出欠、昼食弁当のご予約、懇親会のご出欠について、同封の出欠葉書にて、10月末日までにお知らせください。

# 報告要旨

< 個別テーマ報告 >

| A 分科会

関係性の権利を考えるために — プライバシー権の観点から —

野崎 亜紀子 (広島市立大学)

一、

いのちをめぐる問題状況が、錯綜している。その一因は、自己決定権なる権利概念の不確かさにあるようにも思われる。本報告は、この事実認識の下、「自己決定とは何か」という問いを、「自己決定といえるのか」という問いと「自己決定できるのか」という問いとの交錯地点に立つことから始めたい。

自己決定権という権利は、今日多種多様な場面で切り札として機能しつつある。報告では、この権利が憲法上の基本的人権であるプライバシー権の派生展開形態であることに留意して、この基本的人権が基底に据える法的な関係性の概念を抽出し、この権利概念を新たな光の下に照らし出すことにより、法・権利概念それ自体の理解にひとつの可能性を示したい。以下、報告における議論の前提を示しておく。

二、

人間のいのちをめぐる様々な問題が噴出しているが、なかでも人のいのちの始まりの場面への人為的介入にともなう生じる紛争について、米国の裁判所は、まずプライバシー権に基づいて取り扱う傾向にある。いくつかの判例(以下の五点に関する判例)から、このことを確認することができる。

- (一) 基本的権利としての人工生殖
- (二) プライバシー権としての生殖の権利
- (三) 精子ドナーは父親になれるか
- (四) 生殖を回避する権利 凍結受精胚の利用について
- (五) プライバシー権と代理母契約

三、

このことから生殖の権利は、憲法上のプライバシー権に基づく相対的権利であると理解される。つまり、この権利がプライバシー権の問題であるか否かを決めるメルクマールは、<他者とのかかわり方>の如何である。このことは、プライバシー権それ自体の生成過程とも重なり合いを見せている。すなわち、プライバシー権は当初から自己完結した権利概念ではなく、「個人と国家とを媒介する一定の親密さを備えた」関係を基底に置いた上で、個人が有する憲法上の権利として位置づけ可能なのである。

四、

「一定の高度に私的な関係性の創造および維持のために、その関係性に対する州による不当な介入からの実体的な保護基準」として位置づけられるプライバシー権が想定する関係性とは、契約関係に見られるような関係性というよりはむしろ、「自ら高度に親密な関係性」を構築しようとする「関係性」である。以上の観点から、この「関係性」の創造維持は特別の保護に値し、この「関係性」を基底として憲法上の基本的権利を理解すべきだと考えたい。この「関係性」を法外在的な<自然>に帰するのではなく、法内在的に理解し、検討しようとする試みは、少なくともその契機がある限り回避すべきではない。

## 法と主体の可能性

若林 翼 (アウグスブルク大学客員研究員)

近代市民革命以来の法と平等の歴史を振り返ってみれば、それは人権の担い手である「人間」というカテゴリーの外側に排除された人々の、そのカテゴリーに入るための闘争の歴史であったと考えられる。そして今やすべての人間はその人種や性別にかかわらず、個人として尊重され、自由と権利が平等に保障されるようになった。このようなリベラルな人間観によって、近代法の基礎が作り上げられてきたのである。

このような法的枠組みにおいては、すべての人が自由に自己の才能を伸ばし、幸福を追求することができるはずである。しかしそれではなぜ、日本において、結婚や出産を契機に仕事を辞め、家事に専念するのは男性ではなく女性であるのか。育児休業を取得する 97 パーセント以上が女性であり、ほとんどの男性が育児の苦勞と喜びを経験しないのはなぜか。またアメリカにおいて、都市部の学校に通う子供の大半は黒人の子供であって白人の子供ではないのか。そしてもしもこのような家庭での役割分担や職業選択、居住地域の選択が人びとによってある程度「自発的に」なされ、それが男女の賃金格差や人種による教育の格差など社会的な差別構造につながるものであるとするならば、「自由」を平等に保障した近代法は、このような状況に対して一体何ができるのであろうか。

このような問いについて、法システムが基礎とする人間主体を手がかりに考えてみたい。これまで様々な思想的・政治的陣営がリベラリズムの想定する人間像を批判し(コミュニタリアンによる「負荷なき自我」など)、異なった人間像を提示してきたが、フェミニズムも理論の中にその主体概念を提示してきた。ラディカル・フェミニズムは女性を日々ジェンダー構築されている存在として描き出し、またポストモダンと言われるフェミニズムの潮流は、それより一歩進めて生物学的性や性的欲望を含めたジェンダーがパフォーマティブに構築されるものとして描き出した。両者とも基本的に主体を社会構築の産物として論じるが、性差別と戦う手段としての法に対して全く違った態度をとる。例えば侮蔑的表現に関して、前者は積極的に法を利用してポルノグラフィの規制を主張し(C.A. マッキノン)、後者は発話の禁止による差別の温存や固定化に警鐘を鳴らし、法という手段をとらず、まさに侮蔑的な言葉の反復のなかに新しい意味の可能性を見る(J. バトラー)。この二つのフェミニズムの理論と戦略はそれぞれ欠点を有するものの、上記のような差別的な社会構造と法における権力の問題を分析する上で貴重な示唆を与えるものと思われる。

本報告では、このようなフェミニズムの理論と戦略に検討を加えることによって、現在のリベラルな法システムが抱える問題点を指摘し、差別構造を変革する上で我々はどのような主体像のもとに法を想像し、実践することができるのか、またその限界とは何かについて議論を展開したいと思う。

## 現代正義論の文脈における正と善の関係に関する検討

伊藤 泰（早稲田大学博士課程）

正義に関する現代の議論の文脈を眺めるとき、そこには2つの特徴的な観念を見出すことができるように思われる。「正」( right )および「善」( good )がそれである。もちろん、これらの観念の歴史は正義に関する議論とともに古いが、現代の議論の文脈に限ってみるならば、そこではJ. ロールズの影響を見逃すことはできまい。すなわち、彼は正義に関わる諸問題を「正と善の関係」という観点から考察する枠組みを確立した、とすることができるであろう。彼の著書『正義論』が世に出て以来、共同体論や卓越主義をめぐる議論のみならず正義に関わる多くの議論は、これら2つの観念の関係というものを中心的な議題としないまでも、少なくともこの関係性を視野に入れた形で行われてきたように思われる。

とはいえ、この文脈を眺めたとき、そこには、これら2つの観念の関係に関する意見の相違もまた見出すことができる。前述の共同体論や卓越主義をめぐる議論はその一例であるが、しかしこの種の議論とはまったく異なるものもまたそこには含まれている。たとえば、C. ムフ、J. ウォルドロン、G. ガウス、J. ボーマンなどによる議論がそうである。彼らの議論の特徴は、「正」の観念として理解されるものが社会の中には多数存在していることを直視した上で、それら複数の「正」の観念の関係を探るもの、として表すことができるであろう。彼らは、「善」の観念についてのみならず、それら相異なる「善」の観念を抱いた人々の生活を規制するものとしての「正」という観念についてもまた社会の中には複数の考え方があるという観点から議論を行い、そしてまたこの観点から、ロールズらの議論に対して、社会のほとんどあらゆる人が「正」に関する同一の考えに同意するという非現実的な想定の下に組み立てられたものであるという批判を行っているのである。

このような次第で、正義に関する現代の諸理論のうちには、人々が抱く複数の「善」の観念とこれを規制するものとしての「正」の観念に関して2種類の考え「1つの正と複数の善の関係」、および「複数の正と複数の善の関係」として表されるであろうものが存在している。本報告ではこのことに焦点を当て、「正」と「善」の関係という視座から諸理論がどのように分類されまた特徴づけられうるのかを（またこの視座自体の是非についても）探ってみようと思う。近年、たとえば晩年のロールズ理論などのように、正義多元主義的な色彩を加えた理論が現れてきているが、この視座からの検討は、これらの理論についても、それがもつ性格を考えるうえでいくつかの手がかりを与えてくれるであろう。

## J・ロールズ国際正義論の批判的検討

松沢 俊樹（早稲田大学博士課程）

以下の問題関心から、ロールズの国際正義論『諸人民の法』（1999）について論じる。

- 1．近代世界は、西欧による地球の包摂により形成されたという来歴。
- 2．国家の存立のための他国家との関係の存在の不可避性。
- 3．無意識の国内中心主義の批判。
- 4．国際関係論の一分野としての国際正義論の確立と平和学への寄与。

### ロールズ正義論の基礎構造

まず、ロールズの国際正義論を、以下の論点を検討しながら論述する。

1. 主題ごとにそれにふさわしい原理を導出するという構成主義を彼は方法として採用するが、リベラルな国家間でのみ原理を決定し、非リベラルな国家は二次的にそれを受け入れるだけであるという二段階方法は、欧米中心主義ではないのか。
2. 彼は、国際社会を国内社会に類似したものとみなすが、それで国際社会の特質はとらえきれぬのか。（国際社会のアナーキー性）
3. 彼の言う「人民」は、現代国民国家に等しいが、このことは、ナショナリズムを彼が容認したとってよいのか。
4. 彼は、体制原理の多元性を認め、その許容条件として、decent である必要性を主張するが、これには根拠があるのか。他方、彼は、別の decency 概念も存在するとしているが、これは何を意味しているのか。
5. 彼は、体制原理導出に際し、文化決定論をとっているが、それは正しいのか。
6. 彼は、自然及び動物に関する正義論を展開していないが、これは、国際正義論にとって問題なのではないのか。
7. 彼は、自衛権を認め、核兵器の使用をも認めているが、これでは、軍国主義を防げず、核の拡散とエスカレーションを許してしまうのではないのか。

### ロールズ国際正義論の洗練 M・ウォルツァーとの比較

ロールズと同様に多元主義に基づく国際正義論を展開した政治哲学者として、M・ウォルツァーを取り上げ、比較検討する。

ウォルツァーは、世界を諸共同体より構成されるものとし、道義を、人々の濃密な関係に基づく各共同体に特有なマキシマルな道義と、希薄な関係に基づく普遍的なミニマルな道義とに分ける。彼は、後者、即ち国際正義には、濃密な関係を必要とする配分的正義は含まれないとし、結局、国際正義とは、諸国家の自由と独立が承認されることと、その体制に殺戮・虐殺・背信・抑圧・暴政など酷い不正のないことであると主張する。

これは、ロールズの文化尊重主義を一層洗練させたものであると言い得ると信じる。

### 国際関係論と国際正義論 リアリズムの批判

ロールズは、国際関係論の始祖 E・H・カー及びネオリアリズムの代表者の一人 R・ギルピンを批判することを通して自己の立論を行っているが、彼の批判の適切さを、以下の点に注目して検討する。

1. ロールズは、リアリズムとイデオリズムを統合できたのに対し、カーは、両者を妥協させたに過ぎないというのは、正しいのか。
2. ロールズは、国際社会のアナーキー性から生じる安全保障のジレンマとパワー、特に軍事力の重要性を、軽視しているのではないのか。



## 啓蒙主義的合理主義批判の二つのかたち

－ ハイエクの「行為ルールとしての伝統」とマッキンタイアの「知的探求の伝統」－

土井 崇弘（京都大学 COE 研究員）

J・ロールズの『正義論』登場以降のリベラリズムをめぐる議論状況を前提とする場合、一般に、F・A・ハイエクは古典的自由主義的ナリバタリアニズムに、A・マッキンタイアは保守的・歴史主義的な共同体論に分類される。だが、このような分類のみに従うならば、「伝統」重視の立場に基づく啓蒙主義的合理主義批判という、ハイエクとマッキンタイアの重要な共通点を見落とす可能性がある。ここで啓蒙主義的合理主義とは、いかなる歴史的・社会的・文化的特殊性からも独立した観点に基づいて、社会制度を設計したり正義原理や行為規範を正当化しようとする考え方だと理解しておく。そこで本報告では、以上のような両者の共通点を指摘したうえで、両者の伝統論を比較検討する。

まず始めに、「伝統」に基づく啓蒙主義的合理主義批判というハイエクとマッキンタイアの共通点を指摘するために、ハイエクの構成主義批判とマッキンタイアの啓蒙主義批判の内容を確認する。

もっとも、ハイエクとマッキンタイアでは、伝統に言及する際の伝統観が大きく異なる。ハイエクによると、伝統とは、元来は明文化されたかたちで行為者に知られることなく行為の中で遵守され尊重されており、個々の人間はその内容を特定の行為を模倣することで学習する、「行為ルール」のようなものである。これに対してマッキンタイアが主に論ずるのは、正義と実践的合理性に関する、明確に意識化され明文化された構想・主張・説明・理論としての「知的探求の伝統」である。

さらに、ハイエクとマッキンタイアの議論の間には、伝統の発展と伝統間比較をめぐる大きな相違も存在する。マッキンタイアは、伝統への立脚と伝統が抱える限界の拒絶との両立可能性を主張するために、伝統は不変ではなく成長し発展するものであり、しかも伝統の発展は内在的批判に基づく漸進的改善・修正に限定されないと考える。このようなかたちで展開される伝統の発展について論じるために、マッキンタイアは、伝統間比較論において、内在的・解釈的な論争も、時には、伝統における何らかの基本的一致の基礎を破壊するかもしれない、伝統に外在的な批判者・敵対者との論争によっても、伝統における何らかの基本的一致が定義され、定義し直され得る、という点を指摘する。以上のようなマッキンタイアの主張とは対照的に、ハイエクの場合、伝統の発展を内在的批判に基づく漸進的改善・修正に限定し、伝統間比較という問題意識は存在しない。そこで報告の際には、伝統の発展と伝統間比較をめぐる両者の議論の相違の背景を説明し、さらには、「行為ルールとしての伝統」に関して伝統間比較を論ずる可能性と限界についても検討を加えたい。

## 立憲主義と西欧中世

木塚 正也

一定の内容を伴う成文憲法を制定して、それに基づいて国家を運営することは、近現代国家の標準的なあり方となっている。国家の存在目的と、目的に照らした国家のあり方を一定の方向性を持って規定することで、立憲国家が成立する。人権の保障・実現を大きな目的とし、その目的のために適切な統治組織・政体を構築することが、近現代立憲国家の課題である。国家は無目的な力の集積体ではなく、承認された目的のために、承認された方法を通じて、その目的を実現するための団体と考えられる。

力が集積行使されるところでは、その正当性がしばしば問われる。力を集積し行使する根拠・目的の正当性、力を行使する方法・手順の正当性を求めることによって、力の集積と行使のあり方が受け継ぐ価値のある文化として定型化されてゆく過程に立憲的思考様式を見出すことができる。そのような問いかけと思索の蓄積は、必ずしも近代国家成立を要件とするわけではない。

立憲主義は、近代国家とセットで論じられる場合が多いが、統治体においてそのあり方と作用の正当性が問われることは近代以後に限られるものではない。組織・団体のあり方は、どのような文化と時代にあっても批判と議論の対象になってきた。その意味で、立憲主義は、西欧近代の特産物ではない。近代以前、西欧以外を立憲主義の研究対象から除外する理由はない。ここで西欧中世をとりあげるのは、西欧中世の教会統治をめぐる議論の中に世俗国家の統治をめぐる議論の枠組みと相似のものが多く、主権、自然権、会議主義、権力分立、契約論など多くの争点をめぐる思考様式が、生成され、様々に変容しながら持続展開していく過程を辿ることができるからである。成文憲法制定が世界文化となったのは近代西欧を起点とするが、その背景をなす諸思想の根が生育した場として、西欧中世は、有意義な参照文脈である。

近世以降の領域的王権の確立（近代国家の形成）過程は、西欧を多様な統治システムの実験場とした。存続できる単位としての国づくりのための工夫の中で、人権の保障や民主制は必ずしも必要条件とはされなかった。国の存続と繁栄と両立する限りで認められるに留まるものであった。望ましい国のあり方が論じられるようになったのは、国家群として世界が一定の秩序を持つようになり、その上で各国家のあり方が比較対照され、評価や批判の基準が形成されつつある現在から始まるともいえる。立憲的思考様式は、西欧中世から近代に直接継承され実現してきたわけではまったくない。立憲主義の思想文脈において繰り返し提示されてきた課題は、解決済みのものではない。可能な選択肢は、良きも悪しきも常に開かれたものとして存在しており、いつ、どのような選択が行われるかについてなら保証があるわけではない。国家・憲法のあり方について、何を、なぜ、どのように選択していくのか、熟慮の上で選択することがようやくできるようになりつつある現代において、思索と経験の蓄積を可能な限り参照するためのひとつの素材として、西欧中世は看過できない意義を有するものと考えられる。

## 法の不確定性を論じる意味

佐藤 憲一（千葉工業大学）

法の不確定性はなぜ論じられるべきなのであろうか。法の不確定性を論じるとはいったい何を論じることなのであろうか。法の不確定性を論じることによって何が見えてくるというのであろうか。本報告はこれらの問題について、すなわち、法の不確定性を論じることの意味について、考察を試みるものである。

リーガル・リアリズム運動以来、そして我が国では法解釈論争以来、法が不確定的であることは陳腐な常識であり、今さら改めて論じるに値する問題ではないと性急に結論づけられてしまいがちである。確かに、法が何らかの意味において不確定的であることを知識として否定しないという意味において、我々は法の不確定性を知っていると言えるかもしれない。しかし、法の不確定性が意味するところについて我々はどれだけのことを知っているだろうか。法はなぜ、そしてどのように不確定的であるのか。法の不確定性は我々の法理解に何をもたらすのか。法の不確定性が陳腐な常識として扱われる一方で、これらの問題は真剣に探究されることなく放置されてきた。その背景には、近代的な法理解のパラダイムであるリベラル・リーガリズムが、法の確定性を本質的な前提として成立しているという事情があるように思われる。

しかし、この事態を黙認することは理論的にも実践的にも大きな問題をはらんでいる。幸いにも、現在、法の不確定性の問題に正面から取り組む論者が我が法哲学会には存在し、最も基底的なレベルにおける法の不確定性を含意する根元的規約主義の思想に依拠して法現象の理論的解明が試みられている。報告者はこの動向を基本的に歓迎するものであるが、我が国における根元的規約主義の提唱者である野矢茂樹教授の純粹哲学的な関心に付随する没実践的な志向性をも併せて導入してしまいかねないことに対しては警戒の念を抱いている。法の不確定性への焦点化は、単に法が実際のところどうあるのかについての理論的説明を転換させるにとどまるものではなく、そのような法のありかたをもたらしえてきた近代的な法理解の構造そのものの基盤を崩壊させ、法のあり方それ自体の実践的な変化をも展望するものだというのが報告者の理解である。

### 参考文献

佐藤憲一「法の不確定性 法理解のパラダイム転換に向けて (一)(二・完)」『法学論叢』143 巻 2 号 (1998 年)、144 巻 6 号 (1999 年)

佐藤憲一「ポスト・リーガリズムに向けて」和田仁孝・櫻村志郎・阿部昌樹(編)『法社会学の可能性』法律文化社 (2004 年)

山田八千子「法命題の正当化と根元的規約主義 市場への法規制を素材として」『法哲学年報 2001 - 情報化社会の秩序問題 - 』有斐閣 (2001 年)

大屋雄裕「規則とその意味 - 法解釈の性質に関する基礎理論 - (一)(二)(三)」『国家学会雑誌』116 巻 9・10 号 (2003 年)、117 巻 3・4 号、5・6 号 (2004 年)

## 立法に関する一考察 — 平成十五年法律第百十一号を素材として —

谷口 功一（日本学術振興会特別研究員）

「議会は何事をもなしうる、女を男にし、男を女にすること以外は。」

冒頭に掲げた法諺は、ウォルポール期のイギリス議会の万能性を評したスイスの法学者 Jean Louis Delolme に拠るものとされ、Alexis de Tocqueville の『アメリカのデモクラシー』にも引かれたことによって、周知の通り、現在に至るまで一再ならずしばしば引証されて来た言葉である。

わが国でも、戦後の第一回国会以来、今日（さし当たって第一六〇回臨時国会）に至るまでの衆参両院において、この法諺は実に五十九回にわたって引証・発言されており、それらの中で「女と男にし、男を女にする」以外のすべてをなし得る全能者として引き合いに出される対象は、「多数党、自民党、総理、官僚、両院議長」とまことに多岐にわたる。ここでは「女を男にし、男を女にする」ことが、如何に不可能事の代表として執拗に観念されて来たか、そしてジェンダー／セクシュアリティにまつわる事柄が如何に強固なバイアスの下で見られて来たかが、端なくも例証されているように思われる。

しかし、このように法的不可能事の代表として観念されて来た「男と女にし、女を男にすること」は、一片の法律によって、わが国においても de facto にではなく de jure に可能なものとなった。その法律とは、二〇〇三年、第百五十六回国会において可決・成立し、本年二〇〇四年七月十六日に施行された「性同一性障害者の性別の取扱いに特例に関する法律（平成十五年法律第百十一号）」である。

本報告は2つの柱から成る。第一に「ジェンダー／セクシュアリティと法」を統一テーマとして催された昨年二〇〇三年度の日本法哲学会の落ち穂拾いも兼ねた形で、ジェンダー／セクシュアリティの領域においてなされた上記立法にまつわる背景・過程・内容について考察を行うこととする。また第二に、上記具体的法律の制定過程及びその内容の観察・吟味から話を広げる形で、立法一般についての法哲学的考察を行うこととする。

些か変則的ではあるが、本報告は、諸般の事情から既に『法哲学年報』に掲載された下記拙稿 [ 谷口 二〇〇四 b ] を基調としつつ、この稿の内容をその姉妹編たる論攷 [ 谷口 二〇〇四 a ] における主張も加味した形で発展させたものとなる。また、補足・発展的部分である「立法」そのものに関する検討部分においては、同じく下記の Waldron その他の所論を採り上げることを予定している。なお蛇足ではあるが、報告当日までの補足情報については、以下の URL を参照されたい。

参照 : <http://www.geocities.co.jp/CollegeLife-Labo/7593/>

### <参考文献>

谷口功一（二〇〇四 a）「ジェンダー／セクシュアリティの領域における「公共性」へ向けて」『思想』岩波書店、2004 年第 9 号 / No.965

谷口功一（二〇〇四 b）「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」の立法過程に関する一考察」『法哲学年報』有斐閣、2004 年度号

Waldron, Jeremy, 1999, *The Dignity of Legislation*, Cambridge（長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一訳『立法の復権』岩波書店）

## <統一テーマ報告>

### 統一テーマ「リバタリアニズムと法理論」について

森村 進（一橋大学）

自由の概念は法哲学の中でも中心的な概念の一つだが、これまで日本法哲学学会学術大会では、市場、所有、法秩序、権利といった他のテーマとの関係で論じられてはきたものの、正面から統一テーマとして取り上げられてはこなかった。

自由という概念の内容については、意志の自由（哲学的自由）と区別された社会的な意味での自由に限っても、B・コンスタンの「古代人の自由」と「近代人の自由」の区別、I・バーリンの「消極的自由」と「積極的自由」の区別をはじめ多くの議論がある。また自由の意義・目的や価値に関する多様な、しばしば対立する見解がある。この大会ではこれらの問題を整理して見取り図を与えることもしたいが、それ以上に、グローバル化と地方分権化、個人の自立と社会連帯が同時に語られる現代にあって、特に法学の領域で、いかなる形の自由がいかなる意味で要求されているか・いないかを考えたい。

その際、問題を関連づけ、具体的に考えるために、できれば自由（主義）一般について論ずるよりも、古典的自由主義の現代版とも純粋化された自由主義とも言えるリバタリアニズム（自由原理主義・完全自由主義・自由至上主義などの訳語もある）の見解を、原理面と実践的政策面で検討するという方法を取ることにする。リバタリアニズムは福祉国家リベラリズムあるいは社会民主主義（これらが最近のジャーナリスティックな意味でのリベラリズム）を批判するだけでなく、リベラリズムに対する選択肢として近年力を持ってきたコミュニタリアニズムとも基本的に対立するからである。

日本の学界ではリバタリアニズムは、経済学の領域である程度影響力を持っているものの、その論拠はもっぱら経済学的な効率性だけに求められているし、リバタリアニズムを自称する論者も少ない。また政治哲学や倫理学や社会思想の領域でも、リバタリアニズムは本格的に論じられないまま否定的に語られることが多いのである。特に、リバタリアニズムの著作としてせいぜいノージックの『アナーキー・国家・ユートピア』とハイエクのいくつかの書物くらいしか読まれていない（M・フリードマンの古典的な『資本主義と自由』の訳書さえ現在入手できない）ために、リバタリアニズムの多様性と豊かさは過小評価されている。しかし例外的に、法哲学界にはリバタリアニズムに理解を持つ研究者が少なくない。本大会ではそのような研究者とリバタリアニズムへの批判者の中から、9人の報告者とコメントーターが発表を行う。本大会が日本ではまだ十分知られていないリバタリアニズムの理解と研究に資するところがあれば、企画担当者の意図は達成されたことになる。

このような企画の趣旨から、報告者・コメントーターの方々には、リバタリアニズムへの自分の評価を明確に述べてもらうようお願いした。

報告は、一日目に原論的テーマ、そして二日に法制度にかかわる個別具体的なテーマを取り扱い、それぞれのセッションの最後にコメントーターを一人ずつつけるという形式にした。もっとも原論的テーマと具体的なテーマの境界は極めて曖昧で、相互に言及しあうところもある。

第一日目は、最初に森村が企画趣旨説明と各報告の簡単な紹介を行った後、自分自身の報告を行う。森村報告はリバタリアニズムの諸類型を概観してから、リバタリアニズムの基本にある発想として、人間像や自由や分配的正義に関する見方を述べることになる。橋本努会員（北海道大学）の報告は、ハイエクに発想を得た「自生化主義」あるいは「成長論的自由主義」という独特の立場から、ノージックやロスバードや森村の自然権的リバタリアニズムを批判し、それにかえてあるタイプの積極的自由を擁護する。鳥澤円会員（広島市立大

学)の報告は、リバタリアンは共同体や随意的集団への帰属をいかに評価するか(それを高く評価すると、リバタリアンの「自由」は看板倒れにならないか?)という問題を、最近の社会規範論の成果を利用して論ずる。

ここまでの三つの報告がそれぞれ違いはあるがリバタリアニズムに親和的であるのに対して、「自由の平等」という理念からリバタリアニズム、特にジョン・ロック的な所有論への原理的批判を行うのが立岩真也氏(立命館大学)の報告である。なお立岩氏の平等主義は人類全体を分配の範囲とするグローバルなもので、国家や共同体の内部にとどまる多くの平等主義よりも徹底したものである。

第一日目の最後は嶋津格会員(千葉大学)によるコメントで締められる。嶋津会員はリバタリアンな自由だけではたして社会が成立・存続できるかという問題を取り上げると思われる。

第二日目は、リバタリアニズムの法理論に関する橋本祐子会員(神戸大学 COE 研究員)の報告から始まる。これはこの日の報告の中では総論的な位置を占めるもので、R・エプSTEINやR・バーネットに代表されるリバタリアニズムの法理論を好意的に紹介する。中でも「知識の分散」や刑罰制度の損害賠償への解消といったテーマが論じられる。

橋本祐子報告ではほとんど論じられなかった憲法の領域を取り上げるのが愛敬浩二会員(名古屋大学)の報告である。愛敬報告は日本の憲法学にとってリバタリアニズムがいかなるインパクトを持ちうるのかを、経済的自由に関する議論などを中心に検討する。民主政の規範理論という政治哲学的問題にも言及される。

山田八千子会員(中央大学)の報告は、民法、特に契約法理論におけるリバタリアニズムの自由論を取り上げるものである。その際、市場(過程)と「私的権力」についてのリバタリアンの考え方が検討される。愛敬報告と山田報告は共に、日本でリバタリアニズムが受け入れられていない状況にも触れるはずである。

最後の浅野有紀会員(近畿大学)のコメントは、リバタリアンの契約理論を批判的に論ずると共に、ハーバースの公共圏論とリバタリアニズムの社会観を比較するものになるようである。

二日目の後半は、フロアからの質問への応答も含めて活発な討論を期待したい。なお報告やコメントが言いつばなしで終わらずに相互の議論をかみあわせるために、報告者・コメンテーターにできれば取り上げてもらいたいトピックとして、前もって次のものをあげておいた。以下の報告要旨にはこの要望が反映されている。

- リバタリアニズムはいかなる人間像を想定しているのか? あるいはそもそも特定の人間像を想定していないのか?
- リバタリアニズムは「私的な権力」についてどう考えるか? 共同体をどう位置づけるか?
- リバタリアンの自由観はどのようなものか?
- 公私二元論
- リバタリアニズムの実現可能性、また実現のための条件
- ハイエクの自由論・自生的秩序論

## リバタリアニズムの意義と課題

森村 進(一橋大学)

リバタリアニズムの基本的な発想と複数の経済学的・倫理的論拠を説明し、それが現代社会(特に日本)にとっていかなる提案に結びつくかを述べる。

基本的発想に関する部分では、リバタリアニズムが想定する人間観が必ずしも（特にコミュニタリアンが批判するように）「負荷なき自我」でも原子論的でも利己主義的でも「強い個人」でも理性主義的でもなく、むしろ個々人の多様性・異質性を十分認め、個人にとっての共同体の意義と重要性をも認めるものであることを指摘したい[参照、憲法 13 条の幸福追求条項について「人格的利益説」を批判し「一般的行為自由説」を擁護する阪本昌成『憲法理論』の議論]。それは共同体間の相違よりも個人間の相違を重視する傾向がある。だがその一方、生物学的な共通性は最小限認める。

共同体主義者との相違は、< 想定される人間像 > だけでなく < 期待される人間像 > についても存在する。相違は特に、任意的でない共同体（たとえば民族や地縁・血縁団体や「政治共同体」）による強制に対する評価にある[参照、青木孝平『コミュニタリアニズムへ』の、「つくられる」「アソシエーション」に対する「生み込まれる」「コミュニティ」の称揚]。その限りでリバタリアニズムは、共同体の一員としての生き方だけでなく、コミュニタリアンが批判するような個人主義的な生き方や統一性を目指さない生き方や、社会主義者や平等主義者が批判するような「強い個人」の生き方も容認する。リバタリアニズムは特定の人間像を理想とするわけではない（ノージック『アナキー・国家・ユートピア』第三部のメタ・ユートピアを参照。リベラリズムの特徴とされる「善」についての中立性をリバタリアニズムも持っている）。かつてのアイン・ランドや現在の伊藤清彦のような一部のリバタリアンの無骨な開拓民的個人主義や井上達夫の「自己解釈的存在」（『他者への自由』）や橋本努の「成長論的主体」（『社会科学の人間学』）は、可能な理想の一例以上のものではない。

リバタリアニズムの道徳理論にとって最も基本的な区別は「公・私」（それをいかに理解するにせよ）でも「利他・利己」でも「市場・非市場」でも「営利・非営利」でもなく、「強制・自由」であり、そしてその「自由」とは、自己所有権を意味する各人の消極的自由である。だからたとえば憲法では、民主主義よりも立憲主義の方が重要である。

また分配的正義の論点について言うと、リバタリアニズムの発想は単純化すれば「等しからざるを憂えずして貧しきを憂う」というもので、人々の間の相対的な関係である平等ではなしに、絶対的な基準での各人の暮らし向きの向上を重視するものである。[参照、国際関係理論における、相対利得を重視するネオリアリズムと絶対利得を重視するネオリベラリズムの対立]

もし余裕があれば、文化政策（多文化主義と知的財産権）、環境問題、国際問題等、多くのリバタリアンがあまり明示的に論じてこなかったテーマにも触れたい。

## リバタリアニズム論

橋本 努（北海道大学）

自己所有権テーゼの直観的正当化を図るリバタリアニズムの主張は、どこまで有効であろうか。本報告では、成長論的自由主義ないし自生主義と私が呼ぶ立場（ハイエク的自由主義の一亜種）から、批判的検討を試みたい。自由主義とリバタリアニズムのあいだの思想的争点は多岐にわたり、また、リバタリアニズム内部での見解の不一致もみられる。しかしここでは、森村進氏の自由主義批判（『自由はどこまで可能か』講談社現代新書）に応じるかたちで、問題を焦点化したい。また立岩真也氏の平等主義に対しても、合わせて応じたい。

基本的な論点となるのは、(1) 自己所有権テーゼ、(2) 所得再配分の正当性、(3) 制度ないし政策の理念に結びつく人格論、の三つである。そしてここから、さまざまな具体的制度・政策論が派生的に問題となる。

森村氏は、身体の自己所有権テーゼを「眼球くじ」というパラダイム例によって生理的に正当化するが、しかし別の例を用いるならば、このテーゼの論拠は揺らぐであろう。その揺らぎを成長論的に解釈しながら所有の問題に対処しようというのが、成長論的自由主義の企てである。成長論はまた、いまだ誰も所有していないような、潜在的次元の成長（新たな所有対象物の生成と促進）を問題にする。制御の快樂（森村）や存在の快樂（立岩）とは別の、潜在（デュナミス）の快樂というものに焦点を当てる。

所得再配分の正当性をめぐっては、森村氏と立岩氏の立場が真っ向から対立する。一方は、所有権の原理的正当化によって再配分を否定し、他方は、最小福祉国家の立場から再配分を最大限に正当化する。これに対して成長論的自由主義は、第三の立場を取ると同時に、両極に立場には税制上のオプションを与えるようなシステムを構想する。第三の立場とは、妥協的な現実主義ではない。それは一方では、所有の原理主義的正当化に代えて、理念主義的企図を掲げる。また他方では、祭司権力的再配分に代えて、野生促進的な再配分を展望する。いわば庭師の発想をもって、社会の諸力を自生化しようとするのである。この「自生化主義」の立場は、所得再配分を平等の観点から正当化するのではなく、これを自由の積極的利用という観点から擁護できると考える。

人格像をめぐって、森村流リバタリアニズムは、いかなる人格像にも依拠しない生理的水準から善き制度を構想するが、他のリバタリアンはむしろ、積極的な人格像を掲げている（例えば、アイン・ランドの逞しき個人の美学や、ロスバードやミーゼスの理性的制御力）。立岩氏のように、「所有の政治」に対して、存在の高貴さを保証する「存在の政治」を掲げる立場もある。これに対して成長論的自由主義は、積極的自由概念の解釈換え（「自由への自由」）とその称揚、自己奴隷化契約の破棄における寛容、デュナミスの快樂の促進、功利主義やコーポラティズムの否定による政治闘争の制度化、といった点において、成長を企てる制度-人格理念を掲げることになるだろう。しかし最後に、成長という理念が孕む難点について、省察を深めなければならない。

## 社会規範を守る「自由」？ — リバタリアニズムと共同体 —

鳥澤 円（広島市立大学）

リバタリアンおよび古典的自由主義者の多くは、「消極的権利の範囲内であれば、いかなる目的追求もそれが随意的であるかぎり認められるべきである」、したがって「同意の上であれば、共同体ないし中間団体を自由に形成できるべきである」と考える。

しかし、「同意」は、個人的信念の表明であることもあれば、直接には関係のない利益とのひきかえであることも、付和雷同にすぎないこともある。物心つく以前から帰属する（させられている）集団も、別の集団に帰属すると不可避的に帰属しなければならない集団も、生の最低限の水準を維持するためにはそこに帰属せざるをえないような集団も、リバタリアン的には「随意的集団」である。

このように考えると、集団帰属の自由を強調すればするほどリバタリアンの「自由」は看板倒れになる、と言えないだろうか？（さらに、これらの「随意的集団」と国家との間にどれほど大きな違いがあるのだろうか？）

この問題を、社会規範 個人道徳でも体系的な組織規範でも法でもない、私的秩序をになうルールであって、遵守する人がそれらを必ずしも内面化しているとは限らない に着目して考えたい。なぜなら、リバタリアンには、共同体内部における自生的ルール・秩序形成を高く評価する論者もいるからである。おそらく、リバタリアンの「自由」は看板倒れではない。しかし、看板倒れにならないためには、何らかの条件が必要になるだろう。その条件を考える手がかりとして、「規範企業家」の概念を提示したい。



ひとくちに社会規範といっても、関連する研究はさまざまである。本報告の準備に際しては、集合行為 (collective action) 問題ないし共有資源ディレンマ (commons dilemma) にかんして行われている諸研究を参考にする予定である。

## 自由はリバタリアニズムを支持しない

立岩 真也 (立命館大学)

拙著『自由の平等』(岩波書店、2004年)に考えたことを書いた。第1章でリバタリアニズムに対する反駁を行っている。また、契約論的な理論構成からもリバタリアニズムが正当とする規則は導出されると限らず、導出されても規則の正当化に至らないことも述べた。また第2章では嫉妬や怨恨を持ち出して社会的分配を非難する論に対する反論を行い、そして第3章で私たちがどのような私たちであれば、分配はより積極的に支持されることになるのかを検討した。(第4章から第6章は社会的分配に肯定的なりベラリズムの議論の吟味なので、今回の議論には直接には関わらない。)この本は基本的には財の所有・分配について論じた本なのだが(それ以外のことを論じた本ではないのだが)、その範囲内については、基本的なところでは間違っていないことが述べられていると考えている。だから報告もその線に沿ったものになる。(関連情報はホームページ <http://www.arsvi.com> をご覧いただきたい。)

「Aが作ったものをAが所持し処分することは認められるが、それをBがとることは認められないとされる。しかしこれを自由の立場から正当化することはできない。「私が私のためのものをとる」という状態と自由とを等値する人、自由とつなげる人もいるが、それはただ単に誤解している。この状態で自由であるのはAであり、Bは自由ではない。Bはしたいことができない、自由を妨げられていると言っている。この状態を是認する立場を「私有派」と呼ぶならそれは自由の立場ではない。」(pp.40-41)

つまり、所有・分配については、私の立場はリバタリアンの立場とはまったく異なっており、その立場は間違っていると考えている。ゆえに、以下に引用するその本の第1章の冒頭近くは、私としては比較的好意的な記述と言えるのかもしれない。

「これは別に論ずることにするが、リバタリアンの主張にはおもしろい部分もある。おもしろいことも言う人たちがなぜこんなことを言うのか、不思議に思える。だから考えてみようとも思う。まず、国家が行うことの性質を強制と捉えること自体はもちろん間違いではない。むしろ本質を捉えている。国家が他と異なるのは、それが強制力を持つことであり、リバタリアンはこのことにはっきりと焦点を当てている。だからその主張は検討するに値する。」(pp.37-38)

強制されることがさしあたり歓迎されざることであることを認めよう。また強制を介在させることに伴う厄介事が様々あることを認めよう – それをどのように軽減できるかを考えることは興味深く重要な主題である。しかし所有権を設定し保護する規則を設定するのであれば、それは強制であり、様々ありうる規則の違いは、強制の有無という違いではなく、どのような強制を行なうかの違いである。むしろ、これと別に、ここに一切の規則を設定しないという選択肢 – リバタリアンの中にもそれを支持する人は多くないように思うが – もある。しかしやはりこの場合でも、多くの人々は生きるに除去あるいは軽減することのできる制約を課せられることになる。それでよいかと考えると、やはり望ましくないと答えることになる。

## コメント

嶋津 格（千葉大学）

岩波書店の「現代倫理学講義」に寄稿する「自由のみでどこまで行けるだろうか－リバタリアンの社会ヴィジョン－」の内容を使いながら、「民族、防衛とリバタリアニズム」というテーマに触れる予定である。

## リバタリアニズムの法理論

橋本 祐子（神戸大学 COE 研究員）

国家権力の可能な限りの縮小をめざすリバタリアニズムにおいて、法の役割はどのように捉えられるのだろうか。本報告の目的は、リバタリアニズムの法理論の基本的特徴を明らかにするとともに、その現代的意義を提示することにある。その際、R. エプSTEINやR. バーネットらアメリカのリバタリアン法学者の見解を手がかりにするが、ここではリバタリアン内部の見解の相違を捨象し、リバタリアニズムという一つの正義構想から展開された法理論のエッセンスを抽出する。なお、報告者はリバタリアニズムを古典的自由主義を含む最も広い意味で理解しているため、本報告が対象とするのは“穏健な”リバタリアニズムの法理論であることをあらかじめ断っておく。

第一に、リバタリアニズムの法理論の諸前提を明確にする。具体的には、個人にとって有用な知識は社会のなかで分散して存在しており中央当局が情報を掌握・管理することは原理的に不可能だという認識や、画一的で無色透明な人間像について取り上げる予定である。とりわけ人間像に対しては、現実的な人間像から乖離しているという批判が当然予想されるため、このような批判についても検討する。

第二に、リバタリアニズムの法理論の内容がどのようなものか、その全体像を浮かび上がらせる。リバタリアンな法原理は、自己所有権、無主物先占、契約の自由、厳格責任などの私法の原理を中心に構成される。また、刑罰制度には実践的にも原理的にも難点があると批判し、刑罰制度の損害賠償制度への還元を主張する。粗雑になることを恐れずにいえば、リバタリアニズムの法理論の大きな特徴は、国家から私人という垂直方向に向けられた国家権力の行使として法を捉えるのではなく、私人間という水平方向での秩序維持のためにはたらくルールとして法を捉えるところにある。さらに、リーガリズムとの親和性を指摘される原因である、法の支配の理念の重視についても検討したい。

以上のようなリバタリアニズムの法理論の内容は、近代市民社会において資本主義体制の存立のための機能を担った近代法を想起させる。

そこで最後に、リバタリアニズムの法理論を近代法から現代法への変遷との関連で捉え直し、その現代的意義を問う。近代法は、その内在的な限界（市場の自己調整機能の不全、人格の対等性の幻想）から現代法へと転換を迫られた。それでは、リバタリアニズムの法理論は、近代資本主義体制に対する憧憬から夜警国家観を共有する近代法への回帰をめざしているにすぎないのだろうか。報告では、リバタリアニズムの法理論が単なる近代法への先祖返りではないことを示すために、現代福祉国家が抱える法化問題に対応する戦略の一つとしてリバタリアニズムの法理論を読み解き、ポスト法化社会のための法理論としての可能性をそのなかを探ってみたい。

## 憲法学はなぜリバタリアニズムをシリアスに受け止めないのか？

愛敬 浩二（名古屋大学）

### 本報告の課題

日本の憲法学がリバタリアニズムの問題提起をシリアスに受け止めないのはなぜかを批判的に検証することを通じて、日本の憲法学説・憲法判例の理論的特性を明らかにする一方、リバタリアニズムが憲法学に対して有する理論的インパクトを検証する。

その上で、具体的には、経済的自由に関する憲法学説・憲法判例を取り上げ、近年の英米政治哲学や法哲学の業績を参照しつつ、再検討を行う。いわゆる「規制目的二分論」に関する憲法学者（長谷部恭男）と法哲学者（井上達夫・森村進）の「論争」の整理を通じて、憲法学におけるリバタリアニズムの理論的インパクトを測定する上で、「司法審査と民主政」の問題の重要性を明らかにする。

以上の検討を踏まえて、憲法学がリバタリアニズムを理論的に拒否するのであれば、民主政に関する規範的議論が必要であることを明らかにする。

### 現在の時点でのレジュメ案

#### 1 はじめに

- ・日本の憲法学ではリバタリアンが少ないことを確認する。
- ・「立憲主義の実定法的理解」と「立憲主義の憲法理論的理解」の説明をしておく。

#### 2 政治哲学と憲法理論

##### (1) リバタリアニズムの諸理論の憲法学へのインパクト

ノージック、エプスタイン、パーネット、ハイエク等の見解を私なりに要約し、憲法学へのインパクトを検証する。

##### (2) 政治哲学・法哲学と憲法制度

憲法の規定の仕方の差異によって、財産権・経済的自由に関する憲法的保障の程度・内容も多様でありうるという単純な事実をまず確認する。

違憲審査制を持つアメリカの自由主義と、国会主権を採るイギリスの自由主義との間で、リバタリアニズム的議論の構成の仕方が異なるかを検証して、政治哲学・法哲学の議論と憲法学の議論との差異を明らかにする。Cf. 法律時報 2003 年 7 月号の愛敬論文

#### 3 日本憲法学とリバタリアニズム

日本の憲法学がリバタリアニズムをシリアスに受け止めないのはなぜかを検証する。ここで、日本の憲法学の立憲主義理解が実定憲法典である日本国憲法に過度に依存しているために、政治哲学レベルでの問題提起に対して「不感症」であるのではないか、という問題提起を行いたい。

#### 4 経済的自由の憲法理論

従来の財産権論と営業の自由論の特徴を簡単に指摘した上で、「規制目的二分論」に関する憲法学者と法哲学者の論争を考察する。この検討から、リバタリアニズム的人権論の当否を判断する上では、「違憲審査と民主政」という問題意識が重要であることを明らかにする。

#### 5 リバタリアニズムと民主政の規範理論

憲法学がリバタリアニズムの問題提起を拒否するならば、民主政に関する規範的議論が必要なのではないかと、という問題提起を行う。

\* 法律時報 2003 年 1 月号で中島徹氏が提起した軍隊とリバタリアニズムの問題は、余裕があれば、「3」のところで検討して、日本の憲法学説の特性を明らかにする一助としたいと思います。

## 私法におけるリバタリアニズムの「自由」の構造

山田 八千子（中央大学）

本報告では、従来の我が国の私法理論では、あまり馴染みのなかったリバタリアンたちの主張の特徴を描きだすと同時に、その実践的意義や実現可能性の可否を検討したい。

リバタリアニズムは、市場を中心とする個人の自発的な経済活動を重視する。この点では、リバタリアンたちは、近代法と同じく、国家ないし政府による市場介入に消極的である。しかし、周知のように、近代法が前提としていたと言われている諸前提、例えば対等な交渉力を有する主体という抽象的な人間像は、その前提自体を崩されている。代わって現在では、交渉力格差の解消、弱者保護あるいは契約正義などの理念が唱えられる。こうした情勢の下にあって、我が国では、私的自治や個人の自律という価値の実現を目指す自由主義の立場においても、国家の市場への介入は必然的な流れの如く語られている。そうした流れに逆らうが如きリバタリアンたちの主張は原理的にも受容されにくく、実践的政策面では、あまり注目されてもいないのが残念ながら現状であろう。リバタリアンたちのいう自由の基盤が、自己支配という意味での積極的な自由よりも、干渉を受けないという意味での消極的な自由にあると考えられることも、こうした傾向に拍車をかけていると言えるかもしれない。

実は、こうしたリバタリアンに対する冷淡な態度は、リバタリアンに対する誤解に基づく部分も多い。まず、リバタリアンたちの主張は、直感的に思い描かれる以上に、近代私法原理との実質的な乖離は大きい。また、リバタリアンたちの主張の中には、傾聴すべき点も多い。例えば、オーストリア学派によるダイナミックで動的な市場の分析に関する業績に基づき、市場において分散されている知識の利用や伝達を確保することの必要性を指摘していることなどが挙げられよう。そして、実は、交渉力格差の解消や福祉国家における弱者保護という一見尤もらしい理念を受け入れることは、公正で自由な市場を瓦解させる危険性を飛躍的に増大させるが、このような危険性を最も鋭く見抜いているのは、リバタリアンたちなのである。仮に、公正な市場原理は政府の一定の介入／支援とも両立可能であるという、リバタリアンだと標榜しにくい立場にたつ者にとっても、リバタリアンたちの洞察は真剣に検討するに値する（なお、リバタリアンの法理論の殆どがコモンローの体系の下で展開されてきた点は比較法的に留意すべきだが、リバタリアンの洞察の成果を我が国に受け入れること際の決定的障害とはならない）。ただし、国家、政府に対する不信感を共有するリバタリアンたちであっても、私法の領域において消極的自由の尊重をどこまで徹底できるのか、そしてその姿勢は正当化可能かという点は、自由の意味とも関係する重要な問題である。

本報告では、契約の「自由」などを素材として、財産法に焦点をあて、可能な限り、リバタリアニズムへの誤解を解き、その魅力と限界を具体的に検証する予定である。なお、リバタリアニズムにも、様々なタイプがあるが、本報告では、自己所有権などの自然権に訴えかける自然権論的リバタリアンと、自由を尊重する結果の望ましさに訴えかける帰結主義的リバタリアンという二つの立場を中心に扱う。

## コメント「リバタリアンと交換的正義」

浅野 有紀（近畿大学）

リバタリアン理論に共通する大きな特徴は、自由市場に対する国家の干渉・介入に反対することである。この理論は、国家と市場を分けて、前者の正当な領域を、社会主義と比べればもちろん、福祉をある程度は肯定する通常のリベラリズムと比べても大幅に限定的に解する最小国家論の形をとることもあれば、およそ国家というものを否定する無政府主義の形をとることもある<sup>1</sup>。いずれにせよ介入的国家の正当性は否定される。

私のコメントでは、リバタリアンにおける、市場に対する国家介入の否定の理論が、内在的な矛盾をはらんでいるのではないかということ、さらに、このように相互に矛盾しつつリバタリアンを基礎づけていると考えられる理論の一部は、現代民主主義国家の正当化としても用いられ得ることを論じたい。

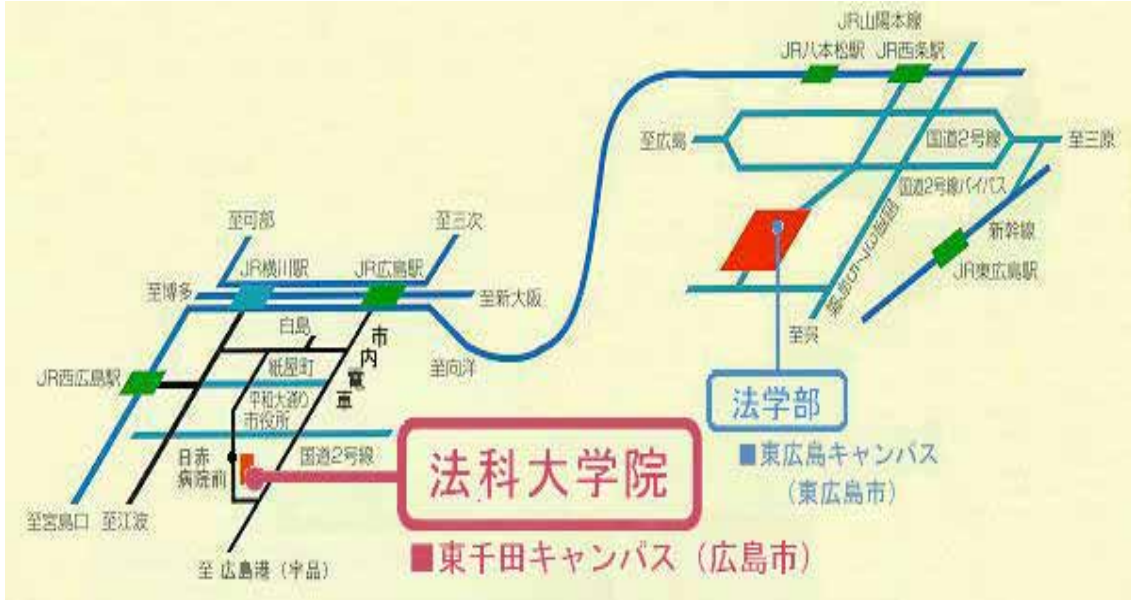
はじめの、リバタリアン理論における内在的矛盾に関しては、自然権としての私的所有権の絶対性を根拠として自由市場における契約の自由を擁護する理論が、一方では交換的正義の理念と、他方では財産権移転合意のいわば絶対的自由という二つの正当化理由を含んでいるが、この両者は矛盾するのではないかということを目指したい。

さらに、合意の絶対性と交換的正義の理念が矛盾する場合に、もし交換的正義を合意よりも重視するのであれば、それによって市場に対する第三者的介入の可能性に道を開く余地が生じてくるであろうし、またこのような交換的正義の理念は、自由市場の担い手とされるブルジョワジーの公的活動にも適用され得る結果、自由市場と並ぶ、あるいはそれに優先する公的領域の出現が、リバタリアンの観点からも否定できなくなるのではないか、という点も指摘したい。このような、交換的正義に基づいたブルジョワジーの公的活動については、それにより民主主義を正当化しようとするハーバマスの public sphere 論に言及する。

---

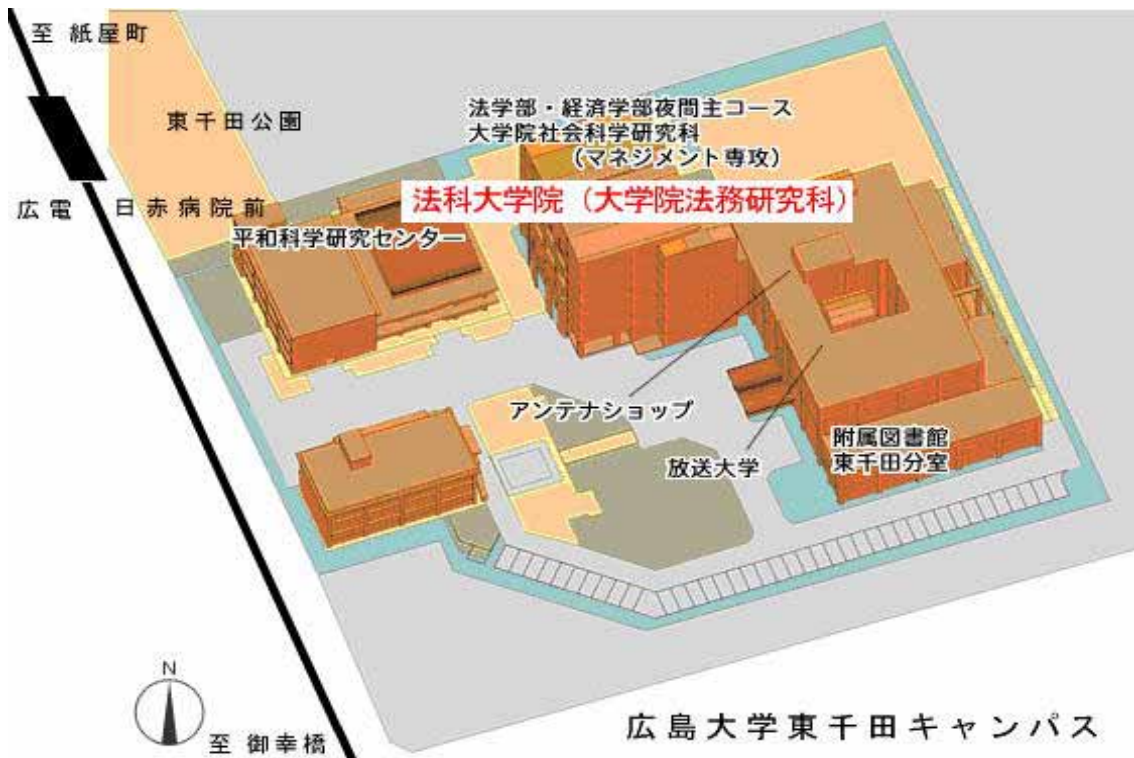
<sup>1</sup> リバタリアンの諸理論がミルの個人主義的自由主義を出発点としていることについては、George Carey, *Conservatism and Libertarianism: An Introduction* in G. W. Carey ed., *Freedom and Virtue* (The Intercollegiate Studies Institute, Inc., University Press of America, 1984) 3-4 を参照。

## 広島大学法科大学院（広島大学東千田キャンパス）へのアクセス



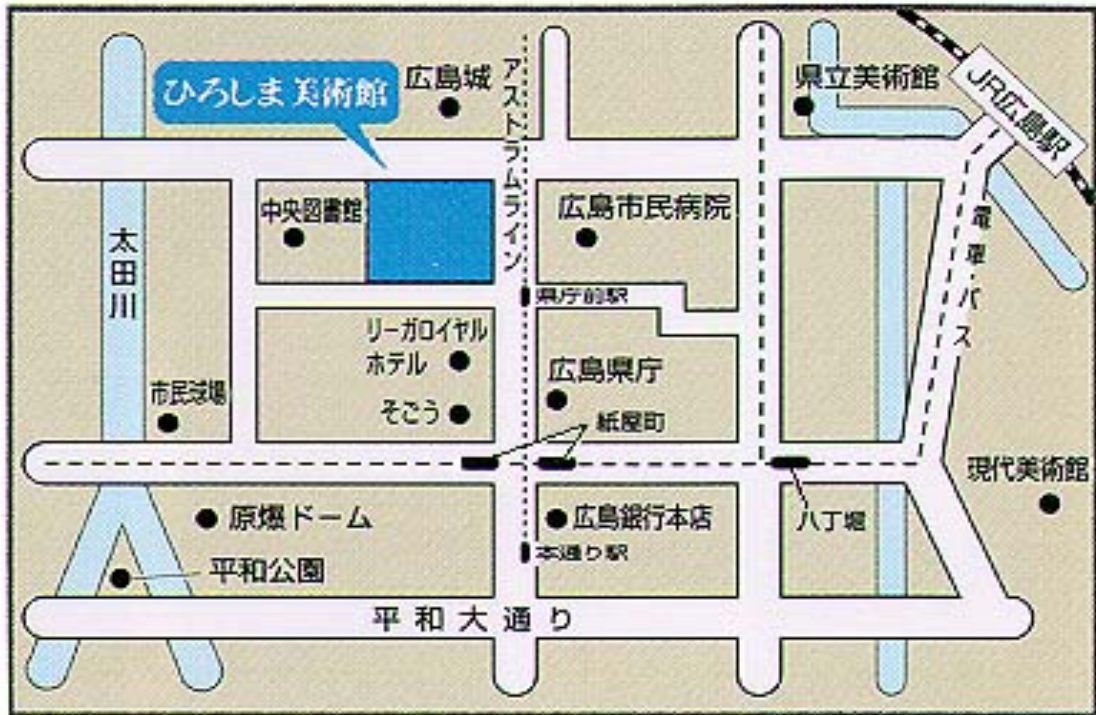
【JR 広島駅から】 市内電車（広電）「広島港（宇品）[紙屋町経由]」行（1番）に乗車、「日赤病院前」下車

【JR 西広島駅から】 市内電車（広電）「広島港（宇品）」行（3番）に乗車、「日赤病院前」下車



<http://www.law.hiroshima-u.ac.jp/lawschool/lis-top.htm>

## ひろしま美術館（懇親会場）へのアクセス



<http://www.mighty.co.jp/museum/framepage.htm>