

自律・自己立法に基づいた憲法哲学の批判的検討 ——信認義務に基づいた立法理論の構築に向けて——

佃 貴 弘

- 1 はじめに
- 2 「自律」という概念
- 3 「自律」概念の再検討
- 4 発想方法の転換
- 5 おわりに

1 はじめに

哲学なき立法論 昨年12月の総選挙で自由民主党が政権を奪取した。それに先立ち、同党は、同年4月末に憲法改正草案を提示していた。今後の行方は、本稿脱稿後に行われる通常選挙の結果を待たなければならない。しかし、この草案については、憲法学者から多くの批判のあるところである。一つだけあげておけば、国家緊急権の創設である。これは、非常事態において、立憲的な憲法秩序を一時的に停止する権限である¹⁾。2011年3月11日に発生した東日本大震災に対する政府の対応のまずさを指摘し、その権限の存在意義を見いだそうとする論調が見られる。しかし、その論調には、国家緊急権を創設すれば政府対応がうまくいったという議論があるわけではなく、東日本大震災に対する対応が迅速・的確でなかったのは国家緊急権条項がなかったからとは決していえない。むしろ、そのような緊急事態を奇貨とした有害な改憲案であると評価すべきである²⁾。

1) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第五版』（岩波書店、2011年）365頁。

2) この点については、愛敬浩二「国家緊急権論と立憲主義」奥平康弘・樋口陽

このような「惨事便乗型」の改憲論が出てきてしまうのは、憲法秩序に基づいた立法に関わる哲学が欠如しているからである。これには2つの要素がある。一つは「憲法秩序に基づいた」という部分であり、個人の人権を尊重して国家権力を制限するという立憲主義を指す³⁾。この点については、憲法学における通説的見解に依拠し、本稿で新たな視点を提供するものではない。

本稿で述べたいのは、もう一つの「立法に関わる哲学」という要素である。これを立法学（legisprudence）という造語を用いて説明するかどうかはさておき、法典編纂論争が盛んであった19世紀英米法思想史を確認していくと、有益な示唆が得られる。この点についても、紙幅の都合上、詳細に論じることができないが、ベンサム・ミルに代表される功利主義の伝統と無関係ではない⁴⁾。

立法に関わる哲学 このことから、立法に関わる哲学がどういう思想に基づいて形成されてきたのかということが明らかとなる。つまり、この時代における法学・経済学の思想的基盤は、人間を自由・平等・独立した理性ある人格を前提に形成されてきた。そのような人格は「経済人」とよばれる人間像と同じである。法学の領域でも、私人間においては、私的自治の原則（契約自由の原則）のもとで、自律した個人が関係を形成するという考え方で理論が構築されてきた。そして、国家と個人の関係においても、自律した個人による関係の形成を重視している。

このような関係の形成の仕方は、契約とよばれる関係の形成方法と非常によく似ている。このような方法で関係を形成していく発想を、本稿では契約的発想とよぶことにする。しかし、現実に行われている立法をそのような関係に当てはめることで、はたしてうまく説明できるのだろうか。

一編『危機の憲法学』（弘文堂、2013年）177頁に依拠し賛同するものである。

3) この点については、以下の文献をあげることとどめる。芦部信喜『憲法学Ⅰ』（有斐閣、1992年）46-60頁。芦部・前掲書注（1）9-13頁。長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（筑摩書房、2004年）〔ちくま新書〕12頁。

4) 田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦『法思想史〔第2版〕』（有斐閣、1997年）77-80頁〔深田三徳執筆〕。

本稿の目的と概要 本稿の目的は、自律・自己立法に基づいた憲法論（契約的発想）を、信認義務に基づく憲法論（信認的発想）で考え直すということである。本稿は、憲法の論点とされている問題を表面的に扱うものではない。その根底にある人間像を確認し、その限界を理解することで、立法における基礎理論を見いだそうとするものである。そこで従来から注目されているのが、自律（オートノミー）というよばれる概念である。

2では、自律・自己決定という概念がその思想家の考えに由来し、戦後憲法学においてそれがどのように展開されてきたかを説明する。3では、自由・平等の人格に基づく近代の議論は、現実社会との乖離を感じて「自由からの逃走」という現象を生み出したことを述べ、それでも近代という前提に近づけようという発想方法に立っていることを述べる。4では、強い個人を前提とし、契約関係に近づけようとするという発想から転換すべきことを説く。そのヒントとなるのが、情報という概念と英米法における信託という概念である。5では、信託法の発想方法をふまえた憲法哲学・立法理論を展開することを試みる。

2 「自律」という概念

自律・自己決定の思想史的前提 自己決定論がどういう前提を基にして組み立てているか。①自由かつ平等の人格、②自律・自己立法できる主体、③自己利益を追求する主体の3つである。ここに示した①から③までの前提は、それぞれロック、カント、J・S・ミルの思想に由来している。それらの前提により、他者について配慮の必要がないとされる⁵⁾。

ロックは『統治二論』で、自然状態における人間は完全に自由な状態であり平等の状態でもあると述べている⁶⁾。憲法学では、伝統的に次のように説明される⁷⁾。

5) このような議論の組み立ては、政治思想の領域でいえばリベラルに属する言説によるものである。しかし、紙幅の都合上、現代リベラリズム（ロールズなど）についてまで扱うことができない。別稿で論じたい。

6) JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 269 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1690). [ロック（鶴飼信成訳）『市民政府論』（岩波書店、1968年）〔岩波文庫〕10頁〔第4パラグラフ〕。]

7) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1974年）79頁。傍点は、宮沢による。

ロックは、典型的な契約説によって、これを説明した。彼によれば、人間は元来（歴史的に）自然状態にあった。そこでは、国家というものはなく、自然法が支配していた。その状態において、人間は、「生命、身体および財産」―彼は、これらをプロパティと総称した―への権利をもっていた。しかし、自然状態では、そうした権利の享有が不安定・不確実であったので、人間は契約によって国家を設けた。その国家は、自然法にもとづく人権を確実に保障するために設けられたものであり、いわば後人権的なものであるから、国家に先立って存在するところの人権を、国家権力によって、侵害することは許されない。

自律という概念は、カントの道徳哲学に由来し、「実践理性が理性以外の外的権威や自然的欲望には拘束されず、自ら普遍的道徳法則を立ててこれに従うこと」と定義される⁸⁾。カントは、『啓蒙とは何か』（1784年）のなかで、啓蒙を未成年状態からの解放と定義する。そして、その原因が権威者の判断に頼ろうとすることにあるとし、この状態から脱して自分自身で考えることを説いている⁹⁾。さらに、『道徳形而上学原論』（初版 1785年）によれば、①倫理で問題となるのは、結果ではなく、義務であること¹⁰⁾、②他人を、手段としてではなく、目的として扱わなければならないこと¹¹⁾、がカント倫理の特徴として挙げられる。この特徴（とくに②の原理）から、③理性的存在者は、各自が持つ格率によって自分自身を普遍的に規律し¹²⁾、④このような意思の自律は自由と強く結びつき、自由を分析すれば道徳性も分析できること¹³⁾、が導かれる。さらに、

8) 『広辞苑 第六版』（岩波書店）における「自律」の用例②⑦。

9) Immanuel Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, in Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (Hg.), Kant's gesammelte Schriften, Bd. 8, 1923, S.35. [カント（小倉志祥訳）「啓蒙とは何か？この問いの答え」『カント全集 第十三巻』（理想社、1988年）39頁。]

10) Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in a.a.O. (Note 9), Bd. 4, 1911, SS.400-01. [カント（深作守文訳）「人倫の形而上学の基礎づけ」『カント全集 第七巻』（理想社、1965年）32頁。]

11) Kant, a.a.O. (Note 10), S.428. [邦訳 73頁。]

12) Kant, a.a.O. (Note 10), S.433. [邦訳 81頁。]

13) Kant, a.a.O. (Note 10), SS.447, 452. [邦訳 101、110頁。]

「君に対して為されるのを欲しないこと (quod tibi non vis fieri)」¹⁴⁾ という原理が導かれ、そこから「真実を話さなければならない」というインフォームド・コンセント論の主張が唱えられ、より一般的な文脈で「自己決定権」という議論が展開された¹⁵⁾。

自己決定という観点から注目された思想家は、J・S・ミルである。このような自己決定できる個人は、他者に危害を加えない限り、何をしていても自由である。ミルは、『自由論』で、「人類が、個人的にまたは集団的に、だれかの行動の自由に正当に干渉しうる唯一の目的は、自己防衛だということである。すなわち、文明社会の成員に対し、彼の意志に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人にたいする危害の防止である。彼自身の幸福は、物質的なものであれ道徳的なものであれ、十分な正当化となるものではない」と述べている¹⁶⁾。

その前提ゆえ、他者について配慮不要である。自己の利益が何か分かるのは自分自身なのだから、他人が配慮する必要がないからである。個人が自律しているから、自分のことは自分で決められる。それゆえ、一方が、相手方を配慮して、パターン的に介入する必要はない。むしろ、相手自身が決めるので、相手方に配慮（介入）すべきではない¹⁷⁾。なお、近代的人間像が、「自分のことは自分で考える」ということであるために、「自分のことしか考えない」という利己主義と混同されることがある。しかし、自己責任が利己主義と密接に結びつくわけではない。「自分のことは自分で考える」人格であることを超えて、「自分のことしか考えない」人格であると理解すべきではない。

戦後憲法学における自律 戦後憲法学を代表する宮沢俊義は、ジョン・ロックの思想を念頭に置き、人権を「人間性」から論理必然的に生ずる

14) Kant, a.a.O. (Note 10), S.430n. [邦訳 76 頁注。]

15) この段落の叙述は、拙稿「アメリカにおける専門家・依頼者モデルの変遷史」名古屋大学法政論集 214 号 (2006 年) 265 頁で、すでに述べている。

16) John Stuart Mill, *On Liberty*, in *ESSAYS ON POLITICS AND SOCIETY* 223–24 (J.M. Robson ed., 1977) (1859). [J・S・ミル (早坂忠訳) 『自由論』 (岩波書店、1971 年) [岩波文庫] 24 頁 [第 9 段落]。] 訳文は、佐藤幸治『日本国憲法論』 (成文堂、2011 年) 131 頁による。

17) 樋口範雄『フィデュシャリー [信認] の時代』 (有斐閣、1999 年) 30–31 頁参照。

権利と位置づけている。「人間がただ人間であるということのみにもとづいて、当然に、持っている権利」すなわち「生来の権利」であると定式化する¹⁸⁾。「人間性」とか、「人間の尊厳」とかによってそれを根拠づけることで十分であると考えからである。そして、「人間性」から「論理必然的」に生ずるのであるから、「人間性」や「人間の尊厳」というものを、人間社会における最高価値と考える。このようにして、あらゆる（少なくとも政治的な）価値判断を加える際の準拠点は個人のみであるという意味での個人主義的政治思想は、ここから導き出される¹⁹⁾。

基本的人権の限界については、「自由ないし権利は憲法上保障されている。しかしそれも絶対無制限のものではなく、公共の福祉による制限がある」という説明が通常なされる。この「公共の福祉」のとらえ方については、一元的内在的制約説が通説的見解とされてきた。その見解の主な特徴は、①公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であること、②この意味での公共の福祉は、憲法規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在していることの2つである²⁰⁾。この一元的内在的制約説は、ミルの「他者加害原理（harm principle）」²¹⁾や近代経済学の「パレート最適（Pareto optimality）」と同値関係にある。それゆえ、公共の福祉を「人権相互の矛盾・衝突を調整する実質的公平の原理」と定式化する一元的内在的制約説は、他の人権を根拠にしなければ人権を制約することができず、人権を定義する仕方によっては国家による規制をも無制約とする危険をはらんでいるとされる²²⁾。

18) 宮沢・前掲書注（7）77頁。

19) 宮沢・前掲書注（7）78-79頁。樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版、2000年）125-26頁〔石川健治執筆〕も参照。

20) 芦部・前掲書注（1）100頁。同書にある③自由国家的公共の福祉、社会国家的公共の福祉の議論は、違憲審査基準の議論と重なるので、省略する。

21) たとえば、佐藤幸治は、公共の福祉を説明するとき、ミルの他者加害原理（harm principle）が基本的人権の制約を考える際の出発点をなすものと理解している。佐藤・前掲書注（16）131頁。

22) ミルの他者加害原理は、経済学におけるパレート最適と言い換えることもできる。パレート最適な資源配分では財の再配分・福祉的な配分ができないという特徴があるため、人権を定義する仕方によっては、国家による規制をも無制約とする危険をはらんでいる。長谷部恭男「国家権力の限界と人権」（1994年）『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）65-68頁。穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）8-9頁も参照。

そこで問題となるのは、人権の定義の仕方である。そこで注目されるのは、憲法 13 条後段の幸福追求権の捉え方である。かつては、同条に定める「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」が、ロックのいう「生命、身体、財産」と同義であると理解されていた²³⁾。具体的な権利を導き出すものではないと解されていた²³⁾。

現在の通説的見解は、幸福追求権を具体的な法的権利（包括的基本権）と介している。このような理解を最初に提唱したのは、種谷春洋とされる²⁴⁾。その主張によれば、幸福追求権は、①「個人尊重」の原理と不可分であり、②単なる個別基本権の総称ではなく、それじたい一つの権利としての性格をもつ、と説く²⁵⁾。さらに、包括的基本権の具体的内容として、人格的自律権（自己決定権）として発展させたのが佐藤幸治である。プライバシー権、自己情報コントロール権、自己決定権というものを導き出そうとしてきた²⁶⁾。この「個人の尊重」・「人格的自律」を基調とする人権理論は、直接的か間接的かは別として、ここで述べたカント倫理を実践することを意図するものである。

3 「自律」概念の再検討

「強い人間」像 2 においては、宮沢俊義・佐藤幸治の人権理論について述べた。この理論は、「人間性」や「人間の尊厳」を基底とするものであり、そこで描かれる人間像は「強い個人」とよぶべきものである。このような人権論は、メインの「身分から契約へ」という標語に示されるように、封建的な身分制社会から脱するために構築されてきた。その

23) 宮沢・前掲書注(7) 214-16 頁。もっとも、宮沢説が該当する条文が見つからないときに、例外的にこの規定が援用されると述べていることに注意を要する。

24) 種谷春洋『「生命・自由及び幸福追求」の権利』岡山大学法経學會雑誌 14 巻 3 号、15 巻 1 号、3 号（1964-65 年）、種谷春洋『アメリカ人権宣言史論』（有斐閣、1971 年）など参照。

25) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994 年）335 頁も参照。

26) 本稿では、自己決定権の議論について網羅的にあげることは避け、次のものをあげることにとどめる。佐藤幸治「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』（1990 年）。竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010 年）。小泉良幸「自己決定とパターナリズム」『岩波講座憲法 2 人権論の新展開』（岩波書店、2007 年）169 頁。

ため、身分などの属性を排除した抽象的人間像を前提に人権理論が組み立てられた²⁷⁾。

この「強い個人」という表現は、樋口陽一の議論に由来している。樋口（陽）は、「個人の自立と自律を前提とし、自己決定の結果に責任を負いつつ公共社会をとりむすぶ、という人間像」を提示し²⁸⁾、近代の「強い個人」というフィクションについて、「強い個人になれるか」さらに「強い個人でいいのか」という設問を経て、「強い個人」を人権主体として想定すること自体を疑問視する立場に言及している。辻村みよ子は、2001年春の全国憲法研究会にて、樋口（陽）説に対し『『強い個人』というフィクションの設定自体が、必ずしも歴史的にみて〔認識の問題としても〕妥当でなく、また人権の普遍主義の擁護にとっても〔運動論的にも〕有効ではない面があったのではないか、という疑問が払拭されない』という批判を寄せている²⁹⁾。

自己決定からの逃走——ドラッカー、フロム、リースマン 樋口（陽）の議論を詳述する前に、このような「強い個人」という近代的人間像を生み出した社会背景を描いておこう。ここでいう「強い個人」は、経済学の文脈でいえば、「経済人」（ホモ・エコノミクス）のことである。この経済人については、経営学者のP・F・ドラッカーが『経済人の終わり』の中で、経済人が想定する社会と現実社会とかけ離れていたことを指摘している。

ドラッカーによれば、「経済人」という概念を使うことで、経済学という学問が科学性を帯びようになり、資本主義も（それを否定する）社会主義も「経済人」を便利なツールとして用いた。人間を自由と平等の存在とし、自由・平等を現実社会に投影するのに、「経済人」という概念が不可欠な前提となっていたからである。しかし、1930年代になって、自由・平等な個人に基づく社会の実現に疑念が生じた。「経済人」

27) さらにいえば、このような人権理論は、神のような超越的な存在を前提とせず、その根拠を人間の理性に求めている。その意味で、近代の啓蒙期自然法論の発想が見える。前掲『ホーンブック憲法』注（19）125頁〔石川健治執筆〕参照。

28) 樋口陽一『国法学〔補訂〕』（有斐閣、2007年）54頁。

29) 辻村みよ子「序論 近代人権論批判と憲法学」全国憲法研究会編『憲法問題13』（三省堂、2002年）14頁。

の概念が崩壊したことによって、資本主義も社会主義も社会秩序を支える基盤とならず、それに代わる基盤を発見することもできなかった³⁰⁾。

このような議論は、社会心理学者のエーリッヒ・フロムの「自由からの逃走」と同じ流れをくんでいる。フロムも同様の見解を述べたのは、ほぼ同時期である。フロムは、共同体から解放された個人がよりどころを失って孤独と無力感におちいって、自由の重みに耐えられなくなって権力支配を求めることになるという傾向を摘出している³¹⁾。社会学者のリースマンは、フロムの影響を受けて、現代社会における人間の心理性格を他人指向型と名づけ、個人が孤立しながら個性と主体性を失って群れをなすように同調するさまを「孤独な群衆」と呼んでいる³²⁾。

しんどくても近代で行こう（契約的発想）では、このような「自由からの逃走」によって、何がもたらされたのか。ドラッカーは、この議論に続けて、全体主義における自由概念について述べている。それによれば、本来、個人および少数派の権利であるはずの自由が、全体主義では個々の人間に対する多数派の権利となっているという³³⁾。それは、自立・自律・独立という強い人間像が後退し、弱い人間像に置き換えられたことを意味する。

ドラッカーは、『産業人の未来』において、「自由とは楽しいものではない」し、「意思決定と責任がなければ自由ではない」と述べる³⁴⁾。それよりも前に、ドラッカーは、『経済人の終わり』で「全体主義の流れにのって自由が脅かされることに対抗し、自由を守る意思を固める」という政

30) PETER F. DRUCKER, *THE END OF ECONOMIC MAN* 46-47, 50-51, 53-54, 54-55 (Transaction Publishers 1995) (1939). [P・F・ドラッカー（上田惇生訳）『経済人の終わり』（ダイヤモンド社、2007年）44-45、48、51、52-53頁。]

31) ERICH FROMM, *ESCAPE FROM FREEDOM* 3-5 (1941). [エーリッヒ・フロム（日高六郎訳）『自由からの逃走』（創元社、1951年）10-12頁。]

32) DAVID RIESMAN, *THE LONELY CROWD* (abr. ed. 1961). [リースマン（加藤秀俊訳）『孤独な群衆』（みすず書房、1964年）。] なお、リースマンがフロムの影響を受けて『孤独な群衆』を執筆したことは、同書の序文から明らかである。Id. at xiv. [邦訳3頁。]

33) DRUCKER, *supra* note 30, at 78-80, 82-84. [邦訳75-78、79-81頁。]

34) PETER F. DRUCKER, *THE FUTURE OF INDUSTRIAL MAN* 101-02 (1943). [1995年版の翻訳であるが、P・F・ドラッカー（上田惇生訳）『産業人の未来』（ダイヤモンド社、2008年）138-39頁。]

治的目的があると、同書のまえがきで述べている³⁵⁾。

話を日本に移そう。樋口陽一は、ヨーロッパで「自由からの逃走」の誘惑にひきこまれたのであるから、日本社会ではもっとそうなるのではないかと述べる³⁶⁾。

近代憲法の考える自由、個人のおののが自分の意見を持ち、必要があるときは損得勘定ぬきでそれを言い表わし、そのことによって世の中を動かしてゆく、という意味での自由、ということになると、簡単ではない。そのような厄介な生き方に耐えるよりは、「みんなに合わせて」暮らしていった方が楽だ、という誘惑は強い。誤解をおそれずにいえば本当の自由とは、人間の本性からいえば相当に無理をしないと、その重さに耐えられないという性質のものののである。

このようなことをふまえ、樋口（陽）は、「しんどくても近代で行こう」と主張する³⁷⁾。そして、『『権利のための闘争』を担おうとする弱者、その意味で、『強者であろうとする弱者』、という擬制のうえにはじめて、『人』権主体は成り立つ」と考えている³⁸⁾。このような発想方法を契約的発想とよんでおこう。

パターンリズムが自己決定の強要か 「強い個人」を強く指向する発想方法を契約的発想とよんだのは、自律した個人を前提に法的関係を形成する原則（私的自治の原則）を前提とした法的関係の形成を指向しているからである。

この「強い個人」という標語を用いた議論については、すでに批判が存在している。その批判内容とは、「強い個人」という議論には、自ら意思決定できない「弱い個人」についてまで妥当するのであろうかというものである。つまり、個人が自己にとってよいことがわかっていない

35) DRUCKER, *supra* note 30, at xxxv. [邦訳 iii 頁。ただし、訳文を一部変更している。]

36) 前掲『ホーンプブック憲法』注 (19) 29-30 頁 [樋口陽一執筆]。

37) 「春季研究集会シンポジウムのまとめ」前掲『憲法問題 13』注 (29) 72-73 頁 [樋口陽一発言]。

38) 樋口（陽）・前掲書注 (28) 69 頁。

場合、弱い個人に「強い個人」を強要させることになりはしないかというものである。笹沼弘志は、社会権の文脈において「弱い個人」に自己決定を強いると、自立の名目で社会的弱者の保護を切り捨ててしまうという弊害を指摘している³⁹⁾。

政治思想の文脈で自律を重視する立場をリベラル（リベラリズム）と位置づけるが、キムリッカが指摘するように、この立場でも子供や一時的に能力を失っている人々との関係においてパターンナリズムの余地を残している⁴⁰⁾。つまり、民法学の表現を用いれば、意思無能力者や制限行為能力者については、ある程度までパターンナリズムを許容しているということである。このような場合、代理人を立てて「私的自治の補充」を図っている⁴¹⁾。しかし、リベラルは、意思能力・行為能力のある成年者（competent adult）には自己決定の領域が与えられなければならないと主張する⁴²⁾。宮沢一佐藤を基軸とした人権理論は、「人間の尊厳」を基底とするものであり、このようなリベラルの考える自己決定と軌を一にする。

樋口陽一は、「弱い個人」についても「強い個人」というモデルを外すと、近代法は成立しないと述べる。しかし、樋口（陽）が強者・弱者という言葉を用いて批判しているのは、「意思能力・行為能力のある成年者」であるにもかかわらず自己決定しないという現象である⁴³⁾。それは、リベラルの唱える自己決定とパターンナリズムの相克に関する問題意識と同じである。

このような議論の仕方を、本稿では契約的発想と定義する。この発想では「強い個人」の自己決定が理想状態としておかれる。そして、現実には弱者であったとしても、強者であろうとすることによって理想状態に近づけようとするものである。問題は、通常「意思能力・行為能力のある成年者」とされている人間に対して、そのような「強い個人」モデ

39) 笹沼弘志「社会権保障における自立と保護」法律時報 75 卷 8 号（2003 年）57-58 頁。

40) WILL KYMLICKA, *COMTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY* 212-13 (2d ed., 2002). [W. キムリッカ（千葉真・岡崎晴輝ほか訳）『新版 現代政治理論』（日本経済評論社、2005 年）309-10 頁。] 前掲『ホーンブック憲法』注（19）128 頁 [石川健治執筆] も参照。

41) 四宮和夫・能見善久『民法総則〔第 8 版〕』（弘文堂、2010 年）293-94 頁。

42) KYMLICKA, *supra* note 40, at 213. [邦訳 309 頁。]

43) 前掲シンポジウム・注（37）72-73 頁 [樋口陽一発言]。

ルが実現可能であるかということである。4 では、この点について論じていく。

4 発想方法の転換

情報の不可逆性と情報の不確実性 この問題を処理するにあたって、鍵となる概念が、「情報」である。情報概念には、不可逆性と不確実性の2つの性質があると考えられる⁴⁴⁾。

情報の不可逆性とは、情報がいったん伝達されると、元に戻すことができなくなる性質をいう。情報は共有という形でしか提供することができないため、いったん相手方に提供されると、提供される前の状態に戻すことができない。

情報法の領域では、情報のこの性質に着目している。プライバシー権などの一連の権利論を構成するとき、情報の不可逆性がしばしば指摘される。幸福追求権を包括的基本権としてとらえ、そこからプライバシー権、自己情報コントロール権、自己決定権という新しい人権を創出しようとするようになったのは、「個人の尊重」という人格的自律にある。佐藤幸治は、人格的自律を「自己の生の作者」とであると述べ⁴⁵⁾、憲法の“物語”性を説いている⁴⁶⁾。そのような前提で考えれば、情報に不可逆性という性質があるために、公開を望まない情報を公開しない権利（狭義のプライバシー権）、公開されてしまった情報を訂正する権利（自己情報コントロール権）が導かれることになる⁴⁷⁾。

しかし、情報には、**不確実性**という性質もある。この性質は、実際に

44) このような情報の性質は、経済学者の野口悠紀雄による、経済財としての情報の特徴から示唆を受けたものである。野口悠紀雄『情報の経済理論』（東洋経済新報社、1974年）40-49頁。藤山英樹『情報財の経済分析』（昭和堂、2005年）5-13頁も参照。

45) 佐藤・前掲書注（16）121頁。

46) 佐藤幸治『憲法とその“物語”性』（有斐閣、2003年）。

47) 狭義のプライバシー権は Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890) に由来し、自己情報コントロール権は ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* (1967) に由来する。近時の日本の裁判例（江沢民講演会参加者名簿提出事件など）を見ると、狭義のプライバシー権では説明できない要素があると指摘されている。たとえば、芦部・前掲書注（1）123-24頁〔高橋補訂部分〕しかし、その裁判例においても、「みだりに」開示されたくない」と述べていることに注意を要する。この点については、別稿で述べたい。

なされる情報提供を考えると、重要である。送り手側からみれば、送り手から受け手への提供が誤りなく伝えられるとは限らない。受け手側から見ても、情報が提供されるまではその価値がわからないけれども、提供されたとしてもその情報が意味する内容まで確実に理解できるとは限らない⁴⁸⁾。にもかかわらず、契約的発想では、その性質を真剣に受け止めていなかった。特に、包括的基本権から自己決定権を導出しようとしたときに、情報を提供すべきであるということに重点をおかれすぎて、情報の受け手が確実にその情報を消費するかどうかについてはあまり意識されていなかった。

対立構造の作出と情報のインフレーション 本稿において、通説的な人権論を導く発想方法を契約的発想と名付けた。ここで、この発想では、情報をどのように捉え、その捉え方にどのような弱点があるのかについて検討しておこう。契約的発想に基づいた人権論は、次のようなものである。個人は、自己の生命・自由・幸福追求を保障するための権利を自然に持っている。その権利は、人格的自律に基づいて導かれる人権である。その人権は、「侵すことのできない永久の権利」であるので、他者の人権を制約しない限りにおいて「最大の尊重」を必要とする。

このような人権論が意識しているのは、国家のための「滅私奉公」を否定するために議論を展開していることである⁴⁹⁾。憲法が国家権力を制限するものであると考えるため、国家が国民をないがしろにしかねないという発想で考えることに結びつきやすい。この発想は、弱者とされる個人が国家権力に対抗するために強者になろうとするという意味において、樋口陽一の議論と整合性がある。つまり、この論証には、国家と個人を対立関係として描き、経済人のような「強い個人」を想定している。そして、現代社会がそれと異なっていたとしても、それに近づけようとする発想方法がある。

しかし、そういう発想に立つからこそ、国家と個人の関係は、対立構

48) たとえば、医師から患者への説明について、限られた時間の中では困難であると指摘されていた。吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問」(1994年)『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣、2003年)304-05頁。

49) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』(有斐閣、2010年)111頁など。

造であるという考えが生まれる。人権というのは、国家権力を制限するためのものである。そのため、国と国民という対立構造を作出しやすい。そもそも、人権概念をそのようなものとしてとらえていないことに問題があった。

また、契約的発想では、理解させるには、すべての情報を提供しなければならないというのと同じである。この発想では、「強い個人」を想定するので、情報処理能力が完璧であることを想定する。しかし、わかるように説明しようとすればするほど、コストと時間がかかる。もっとも、時間をかければ、「強い個人」と同じ帰結を導くことができるかもしれない。

しかし、現実の人間が持っている情報処理能力が完璧ではない⁵⁰⁾ことをないがしろにしていた。実際的意思決定において、本当に理解させてから決定させる方法をとると、手遅れになる場合が少なくない。しかも、現実の個人が正確に情報を伝達する（される）わけではないため、データとしての事実を伝えるだけでは十分ではなく、わかりやすくするために解釈を加えなければならない。このような問題を「情報のインフレーション」とよんでおこう⁵¹⁾。

契約的発想には、対立構造の作出と情報のインフレーションという2つの弱点があるということである。この発想方法そのものは、メインが『古代法』で述べた「身分から契約へ」と述べたように、歴史的には大きな意義を有することは、明らかである。しかし、その発想の前提とされていたことが現代社会の現実と大きく乖離した結果、現代の社会関係に十分対応ができなくなっているのである。

契約と信託 本稿で契約的発想と名付けて説明してきた通説的論証に

50) このような行動原理を限定合理性という。限定合理性は、H・A・サイモンの研究に由来し、サイモンのノーベル経済学賞受賞講演を参照するとよい。Herbert A. Simon, *Rational Decision Making in Business Organizations*, 69 AM. ECON. REV. 493, 509-10 (1979). [ハーバート・A・サイモン「企業組織における合理的意思決定」(稲葉元吉・吉原英樹訳)『システムの科学第3版』(パーソナルメディア、1999年)295-96頁。]

51) 「情報のインフレーション」という用語は、ゲーム理論から拝借している。しかし、ゲーム理論においては、この用語に本稿のような規範的な意味合いはないことを付記しておく。

は、このような弱点を有している。そこから脱却するには、発想方法の転換が必要である。本稿で転換すべき発想方法を信認的発想と定義する。この発想方法を理解するために、英米法における契約法と信託法の違いを説明しておく必要がある。

契約的発想は、身分的秩序を否定することから議論を始める。運命で決まる身分的秩序は、「現にあるんだから従え」という国家が国民に「減私奉公」を強要する発想になりがちだからである。そうではなく、「みんなで決めたんじゃないか」という発想で考え、憲法を尊重する気持ちを高めること論じていく。たとえば、「だれもが一回は合意したのだとすれば、それを守る義務があることになる。」という社会契約論の論法が使えるという議論の展開があげられよう⁵²⁾。

長谷部は、この議論に対し、「憲法は社会契約ではない」という。「契約とは通常、利害の対立している当事者が、両者の利害の一致点を見つけて、そこで手を打つということだろうと思います。これに対して憲法は、それに従って国民として生活を送ろうと思っている人びとの間では、利害は対立していないんじゃないでしょうか。」と述べる⁵³⁾。日本法における契約は、「対立する2個以上の意思表示が合致して成立する法律行為」と定義される⁵⁴⁾。長谷部の主張は、その合意内容が契約とよぶべきものではないということである。

英米法においては、合意に基づく関係を契約関係と信認関係に区別することができる⁵⁵⁾。そして、憲法で形成される関係性は、合意に基づく関係であるが、契約ではなく信認に区別すべき関係である。

統治者が支配することの正当性を説明するのに、統治者と市民との統治契約（服従契約）というものを持ち出すと、次のような議論になりがちである。その議論では、契約当事者を統治者と市民という形で設定する。統治者と市民の間には何らかの対価関係があり、この対価関係が

52) この議論は、政治学者の杉田敦が、長谷部恭男との対談で述べた内容からきている。長谷部恭男・杉田敦『これが憲法だ!』（朝日新聞社、2006年）〔朝日新書〕176、180頁〔杉田発言〕。

53) 長谷部＝杉田・前掲書注（52）178、180頁〔長谷部発言〕。

54) たとえば、川島武宜・平井宜雄編『新版 注釈民法（3）総則（3）』（有斐閣、2003年）50頁〔平井宜雄〕。

55) この点については、紙幅の都合上、読者に理解させるような詳細な説明を加えることができない。樋口（範）・前掲書注（17）を参照することが望ましい。

崩れるようなことがあれば契約違反となる⁵⁶⁾。統治者側にそのような事実があれば、市民は服従の義務から解放され、抵抗権に訴えることが可能となる⁵⁷⁾。このような対立構造になっているため、一方が他方に対して配慮を要しない。

しかし、社会契約論を考える場合、議論の前提が大きく違っている。ロックに代表される社会契約論は、個人の生命・身体・財産をよりよく保障するために、政府を設立して統治者に権力を信託する。この政府の設立・信託が、憲法の制定行為にあたる。この場合、統治者と市民に対価関係を必要としない。しかし、信託を受けた統治者は、市民に対して最大限の配慮をすることが求められる。このような配慮義務を信託義務（fiduciary duty）という。そして、統治に関わる文脈でいえば、統治者が信託義務に背いた場合、市民は抵抗権を行使することでその信託を撤回できることになる⁵⁸⁾。

ロックの社会契約は、このような信託に基づいた議論である。日本国憲法前文に、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」とある。しかし、憲法を理解するにあたり、信託という概念については従来必ずしも十分に説明されていたわけではなかった⁵⁹⁾。

本稿において、通説的論証を契約的発想と名付け、信託的発想と名付けた発想方法に転換することを説いたのは、ここで述べた信託の意味合いを見過ごしてしまっているからである。英米信託法に由来する信託義務は、立憲主義に基づいた立法理論の確信となるべきものである。

自律概念の再定義 このような批判を踏まえたうえで、あたためて「自

56) この段落における「対価関係」は、英米契約法における約因（consideration）という概念を意識している。ただ、正確性を欠くため、詳しくは、樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』（弘文堂、2008年）第5章参照。

57) 高橋・前掲書注（49）20-21頁、前掲『ホーンブック憲法』注（19）246-47頁〔遠藤比呂通執筆〕。

58) 高橋・前掲書注（49）21頁、前掲『ホーンブック憲法』注（19）247頁〔遠藤比呂通執筆〕。

59) 石川健治・瀬川信久・只木誠ほか「座談会 法における人間像を語る」法律時報80巻1号（2008年）27頁〔瀬川発言〕。信託概念については、樋口範雄『入門・信託と信託法』（弘文堂、2007年）2-29頁を参照するのが望ましい。

律」という概念を眺めていると、意識的か無意識的か不明であるが、「自律」という概念の意味づけを変えてきている。その際、社会保障領域において、「古い自立」から「新しい自立」観念への転換があったという笹沼弘志の議論を参照しておくことが有用である⁶⁰⁾。「古い自立」とは、他者に依存せず独力、自己責任で生きていくという意味であった。これに対し、「新しい自立」とはさまざまな支援、「保護」を受けながら地域の中で自己決定により生きていくことを意味する。

自律・自立（古い自立）という言葉は、「依存せず援助も受けない」という意味で通常用いられてきた。契約的発想では、弱者を強者に近づけるという契約的発想で議論を組み立てて、統治者による制限に抗することを主眼としてきた。

「新しい自立」という観点で考えるのであれば、行為能力が制限された「弱い個人」に限定されない。程度に差があるとしても、個人一般にいえる。個人がある決定を下すとき、すべてのプロセスを調べた上で決定することはありえない。一般的な行動原理で考えると、相手を信用して、あるところで調査をやめてしまう。したがって、一方が他方を信頼して託していくという考えにつながる⁶¹⁾。この発想による場合、決定権が市民になければならないとは必ずしもならない。ただ、統治者に決定権があったとしても、市民に対し最大限配慮することが求められる。

5 おわりに

立憲主義と法治主義 本稿の主張は、契約的発想で考えてきた憲法論を、信認的発想で捉え直すということである。信認関係を前提に国家・国民の関係を考えた方が、現代社会の実態に即しており、発想方法も契約関係を前提としたものから信



60) 笹沼・前掲論文注(39) 57-58 頁。

61) この議論は、統治者を信じて託するという関係であるため、何らかの専門技術をもっている集団ととらえがちであるが、必ずしも技術的に優れている必要はない。19 世紀アメリカの専門家集団は、必ずしも技術的に優れた集団ではなかった(拙稿・前掲注(15) 名法 212 号 199-200 頁。)。何らかの形で、一定の人物に一定の事務を信頼して託するという関係性が成り立っているだけで十分である。

認関係を前提としたものに移行すべきである⁶²⁾。このことを踏まえ、国家と国民の関係を限りなく単純に模式化すると、次のようになる（前頁の図参照）。

国民の国家に対する権利関係は、**立憲主義**の問題となる。立憲主義に基づいて国家と国民という関係でものを考えたとき、人民主権とそれにもとづく代表民主制、権力の分立および抑制と均衡、個人の人權の尊重を通じた国家権力を制限することになる⁶³⁾。このような「国家からの自由」を確保するために、各種人權規定が設けられている。

一方、国家の国民に対する権利関係は、**法治主義**（法律による行政の原理）の問題である。この原理は、次のように整理できる。①法律によってのみ法規を想像することができる。②法律違反の行政活動（公権力の行使）は許されない。③国家が公権力を行使する場合には、法律の根拠が必要である⁶⁴⁾。このようにして、国家の立法行為・行政行為により国民の自由を制限することになる。

したがって、自由権と公権力という権利義務関係は、（売買契約と同じように）対価関係にあると捉えるべきではない。憲法の**最高法規性**から、自由権が公権力に優先するからである。国家権力の行使は、憲法の自由権に反しない限りにおいて認められ、もし自由を制限するのであればその範囲内で法律の定めによって制限することができる。

国家の「裏切り」？ 契約的発想に基づいた人權論は、一言で言えば、「権

62) このような議論の展開の仕方は、クーンのパラダイム論を意識し、THOMAS S. KUHN, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS (1962)〔トーマス・クーン（中山茂訳）『科学革命の構造』（みすず書房、1971年）〕に由来する。

本稿では、松浦好治『法と比喩』（弘文堂、1992年）23、157-60頁の記述に大きく影響していることを付記しておく。概要は次の通りである。パラダイム論は、天動説と地動説の交代に象徴的に示されるように、自然界の現象自体が変わることを主張するわけではなく、基本概念や現象を見る視点（発想方法）が革命的に変わることを主張する。そして、パラダイムの交代が起こると、多くの基本的な観念の意味づけが変わり、理論の意味も発想も変化すると考える。しかし、パラダイムの選択について共通した決定的な判定基準が存在しないため、古いパラダイムよりもよい成果が得られるとしても、科学者は簡単に新しいパラダイムに移行しない。そのため、新しいパラダイムの選択への説得活動が必要である。

63) 長谷部・前掲書注（3）12頁。

64) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2011年）26-28頁、櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第3版〕』（弘文堂、2011年）16-17頁など参照。

利のための闘争」である。この議論に従えば、国家と国民の関係が強者・弱者という関係にあるとしても、「強者であろうとする弱者」が人権という武器を行使することにより、解決を図ろうとする。しかし、それを行使しようとしなければ、気づかないうちに権利が消滅してしまい、行使できなくなってしまう。そうならないようにするために、自覚的に権利行使をすることで、国家を監視していかなければならないという帰結を導く⁶⁵⁾。このような自己決定から逃走することのない「強い個人」になろうとするというのが、契約的発想の本質部分である。

ここで述べたのは、国民が不斷の努力によって国家を監視しないために、国家（統治者）が国民に対する裏切り行為を行ってしまうという“物語”である。かりに監視にかかるコストがゼロであると仮定すれば、そのような裏切り行為は起こりえない。瞬時に国民に知られてしまうからである⁶⁶⁾。自律した個人を想定することは、このような仮定をおくことと同じ意味である。それゆえ、国家の裏切り行為が生じるのは、国民が監視していないからだという議論になりやすい。

信認関係としての国家・国民 しかし、このような議論を導く契約的発想に対して疑問なしとしないのが、本稿の立場である。そのためには、なぜ国家という人を設定するのかという点に立ち戻って考える必要がある。

この点については、社会契約という概念を用いて説明するのが通常であり、それは構成員たる国民の生命・身体・財産を保障するために国家を設立するというものである。それは社会契約といわれるが、各当事者の利害関係を調整するような契約とは異なり、ある共通した目的に従ってなされた合意に基づいている。それは、国家という人にその権力を委託する内容の合意であり、信託に近いものである。

さらに、国家というものを考えるのであれば、構成員たる国民の数が莫大であるということも無視できない。組織が巨大になればなるほど、

65) 丸山眞男の「『である』ことと『する』こと」[『日本の思想』(岩波書店、1961年)所収]にある、民法上の時効制度を比喩的に述べた記述から解釈可能である。

66) このような考え方は、組織の経済学から示唆を得ている。たとえば、菊澤研宗『組織の経済学入門』(有斐閣、2006年)91頁以下。

国民が自ら行使することが困難になり、国家を運営する委託者において、その人を信頼して判断をゆだねざるをえないからである。それは、会社法の文脈でいわれるところの、「所有と経営の分離」という現象と同じである。

したがって、国民と国家を代理する統治者という関係性が成り立ち、それは代理関係にきわめて類似するものである。そして、両者の関係は、たとえば選挙という信託的決定に基づいている。そこで描かれている関係性は、契約関係が前提とする私的自治の原則とは意味合いが異なる。選挙人たる国民は自律した人格であるとしても、地理的・時間的制約から直接行使することができない。それは、代理制度の存在意義でいわれてきた、私的自治の拡充と同じことを述べている⁶⁷⁾。

このような国家・統治者・国民の関係性は、契約関係とは異なるものであり、それは信託に由来する信認関係とよべきものである。そのような関係にあるものを契約関係に近づけようとするのではなく、信認関係であるということを正面から認めて議論を展開すべきである。

立法行為とリスク管理 そこで問題となるのは、どのように考えるべきかである。この関係では、一方が他方に信認義務（fiduciary duty）といわれる義務が課されている。それは、昔の言葉で言えば、「滅私奉公」というのに近い⁶⁸⁾。ただ、これは戦前にいわれてきたような、国民が国家に「滅私奉公」するというのではない。そこには、個人の権利・自由を確保するために国家権力を制限するという立憲主義の視点が欠けている。

もちろん、契約的発想では、主権者たる国民が国家を不断に監視するというところに重点が置かれていた。しかし、その発想には、意思決定にかかるコストが欠けていた。集団の規模が大きくなればなるほど、意思決定にかかる時間と費用はほぼ二乗に比例して大きくなるからである⁶⁹⁾。「民主的な集団がかかえる市民が増えるにつれて、政治的な決定に

67) 四宮＝能見・前掲書注（41）293-94 頁。

68) 樋口（範）・前掲書注（59）23-24 頁参照。

69) n 人で構成される集団が意思決定する際に必要なコミュニケーションの数は、 n 人から異なる 2 人を選ぶ組合せの数に等しいからである。 ${}_nC_2 = n(n-1)/2$

市民が直接参加できる可能性は少なくなり、逆に、他の人に権限を委任しなければならない可能性は大きくなる」からである⁷⁰⁾。

このように権限の委任が不可欠なのであるから、統治者に信認義務が課されるという点をもっと注目すべきである。従来の考え方では、統治者が憲法上問題のない範囲内でいかなる行動をとるべきかという、国家（統治者）側の行動原理が十分に検討されてこなかった。国民（委託者）に最大限配慮する義務があるので、憲法上問題のない範囲内で考えられる選択肢のなかから、国民にとって最もよい選択肢はなにかを考えることが統治者に求められているのである。この議論は、公法学の領域における委任命令の問題と同じである。この問題は、法律側の問題として、委任は個別具体的でなければならず、白紙委任は許されないとされ⁷¹⁾、命令側の問題として、委任の趣旨に基づいて命令が定められなければならない⁷²⁾。

委任命令がとくに重要な意味を果たす場面は、緊急性を要する事案の場合である⁷³⁾。これは、リスクマネジメントでいう事後対応としての危機管理である。しかし、その前に、リスクは何かを特定し、それを事前に予防するためリスク管理が必要である。それは、立法過程で検討しておかなければならない事項である。

そこで、本稿の最初に扱った話題に立ち戻ろう。国家緊急権の創設は、リスク管理なき危機管理である。緊急事態において、憲法秩序を停止する国家緊急権は、このようなリスク管理の検討を放棄していると評価せざるを得ない。憲法学が意識してきた立憲主義の要素が欠落し、立法哲学というものがなく、妥当でない。

むすび 本稿では、契約的発想から信認的発想への転換を説いてきた。

70) 規模とデモクラシーの問題は、政治学者ダールによる研究があり、そこから示唆を得ている。たとえば、ROBERT A. DAHL, ON DEMOCRACY 109 (1998)。〔R・A・ダール（中村孝文訳）『デモクラシーとは何か』（岩波書店、2001年）150頁。〕

71) ただ、国家の立法行為については、憲法の人権規定が個別具体的であるのではないので、法制局の法令審査がなされる。大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論』（有斐閣、2009年）69-70頁など参照。

72) 櫻井＝橋本・前掲書注（64）64-69頁参照。

73) 芦部信喜「現代における立法」（1965年）『憲法と議会政』（東京大学出版会、1971年）248頁。大橋・前掲書注（71）272-73頁、宇賀・前掲書注（64）267頁も参照。

〈460〉 自律・自己立法に基づいた憲法哲学の批判的検討（佃）

この発想方法の転換により、新たに検討しなければならない問題も生じる。たとえば、リスク管理方法は具体的にどのようなものかというミクロ的な問題、立憲主義に基づいた立法理論をどう構築するかというマクロ的な問題などがある。しかし、紙幅の都合上、この点について論じることができない。他日を期すこととしたい。

付記 本稿は、拙稿「専門家・依頼者関係における契約的発想の批判的検討」（課程博士論文）の議論を立法学の領域に拡張して論じたものである。そのため、この論文で用いた表現を適宜利用していることを、前もってお断りしておく。

なお、脱稿後に「人権とオートノミー」全国憲法研究会編『憲法問題24』（三省堂、2013年）に触れた。この元となっている秋季研究総会シンポジウムから多くの有益な示唆を得ていることも付記しておく。