

## 法における「特異」の位置

法学政治学研究科教授  
井上達夫

はじめに

### 1 「特異」を排除する法

#### 1) 過失責任における平均人モデル

過失＝注意義務違反

どこまで注意（予見と予防の努力）をすればよいか

→平均人の能力（or 同じ業務従事者の平均能力）が基準      メリットあり

被害者立証責任軽減・帰責リスク管理・活動萎縮効果回避・予防インセンティブ付与

しかし、疑問を生じさせる事例もある

例「隣人訴訟」（津地判決昭 58.2.25）、名古屋日赤病院事件（最判平 7.4.25）

#### 2) 損害賠償額算定基準の定型化

交通事故死亡者の損害賠償における「逸失利益」算定基準の司法的定型化

→労働者平均賃金データ（賃金センサス）の裁判所による利用

メリット：大量に発生する事故処理の効率化と「公正化」

しかし重大な問題点あり：逸失利益の性別格差（「命の値段」の性差別？）

→未成年被害者では男子は男性労働者平均賃金、女子は女性労働者平均賃金で算定

差別の合理化根拠としての「代理変数（proxy）」→代理変数選択の恣意性

判例変更：奈良事件（最判平 14.5.31）

→女子被害者逸失利益を労働者平均賃金で算定      しかし、なお問題残る

#### 3) 猥褻性判断における正常人モデル

公然猥褻罪（刑 174 条）：客観的基準あり      しかし判例と運用に問題あり

→見たくない人の保護なら正当化可能、見たい人に見せる商売の犯罪化は問題孕む

強制猥褻罪（刑 176 条）：客観的基準あり      しかし境界事例の問題

→13 歳以上の被害者には暴行脅迫の要件、13 歳未満については微妙な問題

例）ルイス・キャロル（『不思議の国のアリス』の著者）の趣味

猥褻物頒布等の罪（刑 175 条）：基準の恣意性、表現の自由との衝突

→「普通人の正常な性的羞恥心」、「善良な性的道義観念」とは何か

例）チャタレー事件（最判昭 32.3.13）

「猥褻性判断は一般社会において行われている良識すなわち社会通念を基準とし当該作品自体からして純客観的に行うべきもので、作者の主観的意図によって影響されるべきものではない。芸術的作品であっても、猥褻性を有する場合がある。」

表現の自由＝人が好む表現をする自由ではなく、社会通念を批判的に再吟味する自由

猥褻表現規制に対するフェミニズムの姿勢の問題

## 2 「特異」を包容する法

### 1) 憲法における「個人の尊厳」の基幹的位置

基幹的人格権規定としての憲法 13 条

「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由、及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」

人格的自律に関わる他の人権規定の理念的根拠・解釈指針

思想・良心の自由（憲 19 条）、信教の自由・政教分離（憲 20 条）、

表現の自由（憲 21 条）、学問の自由（憲 23 条）、法の下での平等（憲 14 条）

個人人権規定の補充・補完

民族的少数者の人権の承認：二風谷ダム事件（札幌地判平 9.3.27）

ハンセン病患者救済：ハンセン病訴訟（熊本地判平）

### 2) 立憲主義的人権保障システム——「立憲民主国家」であることの意味

国民主権と基本的人権保障の統合

成文硬性憲法と違憲審査制→「多数の専制」に対する個人・少数者の権利の保障

### 3) 憲法の理念と現実のギャップ

政府による憲法の無視・軽視

司法消極主義：「公共の福祉」概念の濫用、政府裁量への丸投げ・追従

## 3 排除さるべき「特異」と包容さるべき「特異」の識別原理

### 1) 法の内在的理念としての正義

<正義への企て>としての法：不正な法も法だが、正義要求をもたない法は法でない

正義観の分裂抗争→対立競合する正義構想に通底する共通の正義概念の存在

基底的正義概念：普遍主義的正義理念＝反転不可能な差別の禁止

立場の反転可能性：

自己の他者に対する要求が自他の立場を反転させても受容しうるか否かの反省

視点の反転可能性：

自己の他者に対する要求が他者の視点に立っても受容しうるか否かの反省

正義に対する根本的誤解の是正

×正義は自己絶対化に通じる→○正義は自己批判の原理である

×正義は画一的・拘子定規的だ→○正義はすべての例外を等しく例外的に扱う

×正義は異常を嫌い、正常を押し付ける→○正義は自他の視点の差異を尊重する

### 2) 実践的練習問題

問題 1：ダフ屋という「特殊な連中」がする稼業は悪か？

問題 2：「みんな」がもらえる定額給付金は正義か？