OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「制度的利他」の構想と法 ： 自発的援助・支援行為を位置づけるリベラリズム法制度の試み
Author(s)	管, 富美枝
Citation	阪大法学. 2003, 52(6), p. 151-179
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54790
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

「制度的利他」の構想と法

――自発的援助・支援行為を位置づける リベラリズム法制度の試み――

菅　富美枝

はじめに

リベラリズムの伝統において、法――特に近代法――は「利己主義」の共存ルールとして捉えられてきた、ととりあえず言えるであろう。つまり、この捉え方の中では、各人は自分の利益を追求すればいいのであって、利益追求が衝突した場合の処理をするためのルールがあれば社会は成り立つのであり、このルールが法に他ならないという発想が顕著に見られるのである(1)。しかしながら、このことは、法から「利他的」要素が排除されなければならない、また、排除されてきたということを意味するのであろうか。「利他主義」が、「利己主義」を前提としているとされる法とさまざまな形で予想外の接触をしてしまうのが、私人間における救助行為場面であった。

救助行為をめぐる議論については、個人の自由の観点から見て、法が救助行為に関わることの可否、是非を中心

（阪大法学）52（6-151）1617〔2003.3〕

に、すでに前稿で論じたところである。[2] 主に英米を中心とした、法的救助義務議論という、救助行為を法で義務付ける「直接強制」を前提視した議論枠組みの限界を指摘し、「間接奨励」という形での新しい法的接触の可能性を提示したのであった。これは、自発的な領域に放置されるべきであり法は一切関与しないものとして、法制度上明瞭な位置づけが与えられなかった私人間の救助行為について、それをリベラリズムと整合的に位置づけようとする試みであった。

本稿は、より広い視点から、法制度において自発的援助・支援行為一般に明瞭な位置づけを与えることは、単に救助行為についての整合的な法解釈を可能とする（第二章）のみならず、現実の様々な社会変化や人々の意識変化に応えうるものである（第三章）ことが示される。これは、個人の自発的な行為選択を契機とした助け合いの可能性を法に組み込むことであり、個人の自由と矛盾しない形で、むしろ、そのさらなる充実化を図るべく、現代社会の動きに即した新たな社会連帯の可能性を唱えるものとなる。

第一章では、法観察にあたっての新たな視点を提示する。第二章では、その新たな視点から、救助行為関連の判例変化をより広い視野に立って考察する。続く第三章では、第二章での考察を糸口に、法と「利他」的行為一般との関係について、「回避」段階、「利己的認知」段階、その先にあるべき、「利己」「利他」区分論の発展的解消段階への移行の過程として把握することを試みる。そこで提示される「制度的利他」という新しい概念は、従来用いられてきた「利他」の概念を超え、「利己」的である自由をも包摂する可能性を有するものであることが示されるであろう。

第一章　議論の前提――リベラリズム法のもうひとつの捉え方

本稿では、救助行為に関する実定法的検討、法理論的検討という射程を超え、それらの淵源に暗黙のうちに存在していると思われる、法は「利己主義」のみに関わる、法は「利他主義」については関与すべきではない、といった議論枠組みの再考察が試みられる。

たとえば、救助行為に関する判例の動きを見ていくと、「利己主義の共存ルール」としての法の立場を厳格に貫こうとする一方で、このような中にあって、利他的な行動を評価したいとの気持ちに駆られ、様々な法的工夫がなされてきたことが窺がえる。ここから、法は、「利他的」要素の排除を貫いてきたあるいはそれが可能であったわけではなく、実際には、前提とする人間モデル[3]に関し、「利己的」人間を中心に置くか「利他的」人間を置くかの間で揺れ動いていきたのではないか、との認識を得る[4]。

すなわち、判例上、私人間の救助行為について、「利他性」に（のみ）関わる行為として法的接触を「回避」するという処理に代わり、私人間の救助行為を、その「利他性」を捨象した上で「利己的」に法制度に取り組むという手法がとられるようになった。だが、他者利益的行為の意義や、それへの人々の欲求をいわば棚上げにしたままに行うこれらの処理（後述）は、かえって不都合な結果、少なくとも、複雑で首尾一貫しない処理を生み出すところとなったと考える。これらの点については、次章で詳しく論じる。

そもそも、利己心を公認して各個人を権利獲得競争へと駆り立てるというのが、法（特に近代法）の持つ本来の性格とされ、これは、近代資本主義の中で、自由競争を可能にするゲームのルールとしていっそう発展してきた[5]。しかしながら、資本主義の機能不全が露呈し始めた十九世紀末以降、自由放任主義の問題性が自覚されてきており、

こうした中、新たな形での人道性や社会連帯を重視する動きが強まってきている。[6] 本稿の背景にあるのは、このような相互扶助や社会的連帯に向けた新しい動きを法に反映するにあたって、（社会）道徳や共通善といった考え方に依拠するのではなく、かといって、法の「利己的」解釈に徹するものでもなく、個人の自由を基盤とし現代社会により適合的に法を再構成することによって行えないか、との問題意識である。本稿は、支援する側の存在に着目した考察を行うことによって、より積極的に、自発的支援・援助行為に対して自由性を確保した上で法的な位置づけを与える試みを行う。

「支援」とは、社会福祉などにおいて自己決定権を背景として利用者側の「主体化」が説かれてきたように、[7] そのままでは自立の困難な社会的、経済的弱者に対し、支援を行うことによってその自立を可能にすることを一般に指す。[8] 特に、本稿では、社会や人間関係が複雑化しているとされる現代社会において、「支援」を必要あるいは有用とする場面がより広範化、一般化してきている点に着目する。それらは、従来であれば、自力の対象とされ、そこに支援が必要ならば保護の客体となるべきと考えられてきた領域であるかもしれない。[9] 支援対象領域の拡大と被支援者の主体性の維持が同時に図られるべきと考える。

広範化し一般化しつつある自立支援への要望を可能とし、担保するのは、まさに自立を支援する人々の存在であることから、その理論的検討が必要となると考える。この点、支援する人々についての理論的検討は、これまで必ずしも十分に検討がなされてきたとは言い難い。それらは、自発性、「利他性」のゆえに一律に法の射程外とされてしまうか、法の射程内に入ってくるとすれば、支援する側の濫用や失敗を食い止めるべく管理・監督するという姿勢のみだったのである。[10]

しかしながら、支援する側の理論的検討は、支援される側の理論的検討に劣ることなく、法において同様に重視

されるべきと考える。なぜなら、それは、支援される側の利益に資するのみならず、支援する側の利益に資すると考えるからである。定常型社会を迎え、ポスト物質主義的で生への意味を求めはじめた、現代社会の新しい動き[11]が、ここに関係する。

本稿では、全体を通して、救助行動をめぐる問題と「支援」行動をめぐる問題が、それぞれ、救助する側ならびに支援する側に配慮し着目することで、パラレルに検討される。両者とも、従来、自発的、利他的であり法が触れるべきではないとして、基本的に個人の自発性、家族内の相互扶助、社会の自立的活動に任されてきた領域に関わる。また、共に、法の外においてはその存在が期待され促進が望まれてきたものでありながら、法においてそれらを積極的に位置づけることは（特にそれが「社会的負担」を伴う場合）いわばタブー視[12]されてきたものである。だが、現代社会において、新たなニーズに応えうる人的資源としてその必要性が益々認識されており、同時に、親密圏の内外を問わず他者の利益になるような行為（以下、他者利益的行為）を行いたいとの欲求[13]が認識されているものである。両者をパラレルに解することは、このような現代社会の変化を敏感に感じ取り、法に反映することに通じると考える。

本稿は、もはや現代社会において、法は「利己主義」を共存させるルールとしてだけでは不十分であると考える。「利他性」ゆえに一律に法の射程外とされてきた自発的支援・援助行為について、積極的な法的位置づけを与えるなど、法は、各人の利益追求が衝突ではなく促進する場合にも必要なものとして、いわば「利他主義」と「利己主義」の共存ルールとしての法という新たな観念を認識するものである。

第二章　「利他性」の法的回避から「利己」的認知へ

英米不法行為法においては、救助者に関して、自己決定の結果として救助に伴う負担を自己負担するという方向で法制度が構成されていた。[14] この点をもって、英米不法行為法は救助者に「冷酷である」との評価もあった。[15] その後、アメリカ法において、一八九一年の判例を契機として新たな動きが生じている。[16] イングランド法もその影響を受け、同様の動きを始めるところとなるが、その後の経過は必ずしも同じではない。[17] 本章では、個人主義的色彩が強い、利己主義が厳格に貫かれている、と評されてきたイングランド不法行為法における判例の変化に着目する。

一　「利他性」回避から「利己的認知」へ――イングランド法における判例変化をてがかりに

イングランド不法行為法上、前述のように、救助者は自己決定の結果として救助に伴う負担を自己負担するという方向で法制度が構成されていた理由として、他人の事柄への干渉を極端に嫌う英米法において、救助行為はパターナリズム的であることから、危難に陥っている人を助けようとする行為自体、おせっかいであり、あまり賞賛される行為ではないから、とされる。[18]「各個人は他人の援助なくとも十分自己を保護する能力ありとする極端な個人主義思想」がここに関連している、とされる。[19] ここでは、イングランド法において「利己的」な人間像と同時にその裏返しとしてのセルフ・ヘルプが徹底されており、それが救助をめぐる本問題においてもよく反映されるところとなっているとも解しうる。[20]

だが、これは、法の本心なのであろうか。そうであるとすれば、道徳的に救助行為が賞賛されていることと矛盾してしまうのではなかろうか。少なくとも、道徳的には賞賛されているところの救助行為が、費用償還請求権・損害賠償請求権を奪われるという形で、むしろ不利益が与えられているのである。この点、たしかに、法的な不利益

もかえりみず救助行為に乗り出すからこそ、なお一層救助行為は美しいと言うことができるかもしれない。だが、法が、社会一般上は善いとされている道徳に対して障害にすらなりかねないという事態に対しては、抵抗感、少なくとも違和感が残るのではなかろうか。それとも、セルフ・ヘルプの価値を乱すものとして救助行為が法律上保護されないのは当然であると言い切ってよいのだろうか。(21)

他方、イングランド不法行為法においても、救助者の負担について、費用償還・損害賠償を認めるなど、判例上の変化が現れている。そして、このような変化は、裁判所の救助者に対する「共感」、そして、「救助を挫くようなことをしたくないとの気持ち」からであると受け止められているのである。(22)

第一の変化は、そもそも救助を要するような危難を生ぜしめた者に、救助に伴う責任までも負わせるという形で生じた。すなわち、誰かを危難に陥れれば、善意の第三者による救助行為を招くことになることは予測できるはずだとし、「予見可能性」を緩和する（Wagner v. International Railway Co 232 NY 176, 180（1921））(23)ことによって、あるいは、救助に際して傷害を負ったことにつき、救助にまつわる「危険を任意に引き受けた」とは考えない（*Haynes v Harwood*［1935］1 KB 146, 156）(24)とすることによって、であった。あるいはまた、救助に際して傷害を負ったことにつき、原則的に救助者に過失があったとは考えない（*Baker and Another v TE Hopkins & Son Ltd*［1959］1 WLR 966（CA））(25)とすることによって、であった。

これらは、いずれも、危難に対する救助を自然の連鎖の範囲内と捉えることによって、救助者の費用償還請求権・損害賠償請求権を保障しようとしたものである。これを裏返して述べるならば、少なくとも救助行為に関わるこの範囲において、法は、「利己的」人間像を放棄し、人間を「利他的」な存在と捉えて処理していることになる。というのも、もし人間を一貫して「利己的」と捉えているのであれば、一般に「利他的」行為と受けとめられてい

る救助行為はあくまで例外的な特別の行為のはずであり、それを、危難があれば当然に救助者が生じるといったように自然の連鎖内にあると捉えることは困難となるはずだからである。ただし、ここでの法的処理は、「利他的」な救助者が自らの行為に対して補償を請求することを前提としたものであり、その意味で、「利他的」行為を「利己的に」処理している（「利己的」認知型）と解される。

これらのことから、「利己」的人間像（その裏返しとしてのセルフ・ヘルプ）と「利他」的人間像の間で揺れ動くイングランド法の様子が窺えるように思われる。だが、ともかくも、救助者は、費用償還・損害賠償請求権を保障され、救助行為に際して保護を受けうるところとなった。

第二の変化は、危難を生じたのが被救助者自身であったような場合に、被救助者自身に対する費用償還・損害賠償請求を認めるものである（*Harrison v British Railways Board* [1981] 3 All ER 679 (QB)[26]や *Keating v Hurrell* (25 July 2000) (QB) Transcript）。ここにおいても、救助者の保護が図られるところとなっている。

他方、不変化として、救助の失敗によって危難に陥っている人の状況を更に悪化させた場合、救助者は悪化させた部分について通常通り責任を問われ、救助の失敗によって第二救助者を招くに至り新たな危険を生じたと認められる場合や[27]、さらには、救助の失敗によって第二救助者をより危険にさらした場合[28]にも免責されることはない。この免責という点に関して、イングランド不法行為制度は、救助者の保護が図られず、救助行為という道徳的には評価されているところの「利他」的行為が阻害されるうる状況となっている。この点につき、日本法は、救助行為をめぐる判例の極端な少なさからその基本的立場を推し量ることは困難ではあるが、イングランド法と同様の立場に立っているように見える裁判例がある[29]。これらの処理によれば、何もしなければ責任を一切問われないにもかかわらず、救助行為に出た以上は適切に行うべき義務を負うという（道徳的感覚からすれば）パラドックスが生じてし

まうことになる。[30] この点については後述することにし、ここでは、先の第二の変化について検討を加える。

まず、以上のような判例の動きについて、救助者の保護がある程度図られていることから、イングランド法において、自発的救助行為を法的に位置づけを図ろうとする（裁判所の）意図が読み取れるようにも思われる。

しかしながら、イングランド法において救助行為は、要救助状況を作ったことにつき過失ある第三者が登場する場合でない限り、「救助された者に損害賠償を求めうるか」という形で論じられる点に着目する必要がある。すなわち、救助者を保護し、救助行為を阻害しないようにするという趣旨は理解しうるものの、今度は、救助された者に費用償還義務・損害賠償義務等を負わせればよいのか、それで話は済むのか、という問題が生じてしまうことになる。

この点について、救助行為を当事者間のみの問題としてとらえると、「どちらに救助コストを負担させるのが適当か」という観点から問題が処理されてしまう可能性が危惧される。[31] 救助者保護を図るため、要救助場面に陥った以上は被救助者自身に何らかの落ち度があったはずと法律構成してしまう可能性もある。実際、「およそ人は他人の利他心や救助本能を刺激し救助を必要とするような危険を生じさせぬよう行動すべきだ」とする論者がある。[32]

さらに、そもそも、「生命と引き換えに極めて大きな経済負担を(被救助者)に負わせるべきか」、それとも、(救助者が死亡したような場合にも、被救助者からの費用償還や損害賠償請求が認められず、それ以外に遺族を救済するシステムもないため)「勇敢にして道徳心厚き救助者の遺族を路頭に迷わせてもやむをえないとするべきか」という究極の二つの選択のあり方自体を問題視する論者がある。[33] たしかに、救助を要する危難を自ら招いた被救助者に負担を負わすことは適切である場合が全くないとは言い切れない。[34] しかし、被救助者にさしたる過失が見られないときにまで、先のような究極の二つの選択しかないとすれば、それは非常に寒々とした社会だとするのである。[35] こ

こから、人々が救助されることを躊躇することを危惧する論者もある。[36] さらに、救助行為者に対する「損害」の範囲に関して、(事故現場遭遇による)精神的損害まで認められるとしてその補償も被救助者に求められるならば、負担はさらに増加することになろう。[37]

同様の危惧は、先に検討を留保した免責の有無をめぐっても生じうる。先の免責規定がないことによるパラドックスの発生に関して、人々が訴えられるのを恐れて救助行為を躊躇することを防ぐべく、アメリカ法において、通称「善きサマリア人法」とよばれる立法により、救助行為の際の結果についてはあとから見て重大な過失と認められるものでない限り免責するという規定が定められている。[38] また、同様に、オーストラリア・クィーンズランド州法においても、治療に携わる医師や看護婦に加え、一般救助者についても免責規定が定められている。[39] この点、イングランド法においてそのような規定が見られないことは前述のとおりである。また、日本法についても、法解釈による免責はともかくとして、明文上の規定は見られず、むしろ、通常とおり責任を認めている裁判例が一例見られるところであった。[40]

しかしながら、アメリカ法やオーストラリア法の例のように、救助者を保護すべく免責制度が整えられたとしても、費用・損害をめぐる議論と同様の問題が生じうる。すなわち、被救助者は、第一の危難に陥ったのみならず、自分を救出すべく登場した救助者によるとはいえ第二の危難に陥ることになり、しかもその甘受を法的に要求され、まさに「二重の不幸」を負うことになるのである。

二　「利己的認知」の先にあるもの

以上の検討をまとめる。従来の処理では、結局のところ、救助に要する負担が救助者から被救助者に移転されるのみであった。救助行為が性質上馴染みにくいと解されてきたイングランド法においても、実際には、救助者の保

護を図ろうとする「間接奨励」的ないくつかの判例やそれを肯定する学説を通して、救助行為が積極的に受けとめられつつあることを把握した。だが、新たな問題として、救助行為を、その「利他的」要素を認めながら権利・義務の対立する対抗的な人間関係としての解決の予定された構図内で取り扱う――「利己的」認知――の限界を認識することとなったのである。

これは、私法というものが当事者間の権利関係（利害・費用）の合理的調整のための制度である以上、致し方ないこととともいえる。つまり、問題の所在は、不法行為制度にあるというよりは、救助行為を法的に位置づけるに際し、救助を受ける側となす側との二当事者間の問題として固定化するような手段を選択したことにある。(41) この背景にあるのは、権利・義務で競争し合う、対抗的な人間関係――ここでは、救助者と被救助者――というものに、すべての人間関係を還元してしまう構図である。(42) だが、救助行為はもはや単なる救助者と被救助者の個人間の中だけで解決できる問題でないことは、その不都合性が示されたとおりである。私法以外の法制度、あるいはそれに連携する形での社会システムの必要性が認識されるところであり、従来の枠組みを大きく超えた議論をさらに展開していくべきと考える。

また、人々を権利獲得競争へ駆り立ててその利害調整、関係調整を図るといった構図に留まるならば、先にも述べたように、「利他的」とされる救助者の保護を図り少なくとも救助行為を阻害しない制度であるためには、そのような「利他的」な救助者が、同時に、被救助者に対抗して自らの権利を主張する「利己的」存在であることを想定しなければならないことになる。しかしながら、このような法制度においては、一定程度の合理的権利調整が図られるとしても、「他人の利益になる行為を行う」という生きがいや生への意味に根ざした自由というものについては保障されにくい。だが、これらを法制度に反映していくことは、人々の「あらゆる」欲求に法が応えることで(43)

あり、それはまた、自発性・利他性に基づいた人的資源を蓄積していくという現代社会の要請に法が応えることである（次章参照）とも思われるのである。

以上、問題点が残っているとはいえ、イングランド法に見られる一連の変化は、自発的援助行為・支援行為に法制度上より明瞭な位置づけを付与する必要性を示すものとして、意義を有していると考える。

第三章　救助義務論以降――「利己」と「利他」の発展的解消

前章では、救助行為をめぐる判例を考察し、法が「利己主義の共存ルール」としてだけでは処理しきれない場面のあることを示した。そして、他者利益的行為について、「利他性回避」（他の行為と性質上区別せず、通常の責任を問う）、あるいは「利己的認知」（「利他的」であることを認めながら、権利・義務の競争関係の中で処理する）という、いずれも非現実的、不自然な処理を改め、（利他性を無視したり、捨象することなく）自発的援助行為・支援行為に法制度上明瞭な位置づけを与えること、いわば、「利他性」を個人の自由と整合的に現代法へと組み込む必要性を説いた。

本章では、特に、「利他的」「利己的」を問わず、人々のあらゆる欲求が実現されるような基盤を作るというリベラリズムの趣旨[44]に立ち返ることで、人間の「利己的」行為のみならず「利他的」行為にも同等の法的位置づけを認める必要性を主張する。

一　現代社会に適合的な法

〈現代社会における人的資源の必要性〉

現代社会において他人の援助・支援行為を必要とする場面は、物理的、瞬間的な援助・支援行為としての救助行

為にとどまらず、人々は、精神的あるいはより長期的な新しいニーズを意識しつつあると思われる。たとえば、以前であれば一方的保護の対象として扱われてきた、高齢者、知的障害者について、自立のために行う「後見」という法的支援[45]、知的障害者がなるべく普通教育を受けられるための教育支援や身体障害者の自立した生活のための職業訓練など[46]がある。これらは、社会の中でのよりよい自立にむけて、単なる財政援助を超えて、実際の行為によって継続的に支援しようとするものである。

また、一般的な意味でのハンディキャップが存在しない場面においても、たとえば育児の社会的支援のように、支援へのニーズがより普遍化しているものがある。このような場面においては、支援の直接性はやや薄まり、むしろ社会全体のシステムとしての支援が必要となるかもしれないが、それでも、単なる保育所の設置や育休制度の利用奨励に尽きるものではない。

これらの、より広範化・普遍化しつつある要支援状況の考察から見えてくるのは、法制度の整備をハード面として行うだけではなく、実際にそれらを行う者の支援が図られる必要性であり、それらが両輪となっていることの認識である。すなわち、これらの新しいニーズに応えうるのは人であり、財の再配分のみならず人的資源の確保が不可欠となっている。前稿以降ならびに本稿で着目してきたのは、こういった本人支援を可能としうる、支援者の支援（後方支援）という発想である。いずれの新しいニーズに応えるにせよ、成年後見人、教員や訓練指導員、その他、補助犬指導員、子の福祉のための里親制度・養子制度における里親・養親候補者など、支援者を確保するために彼（彼女）ら自身を支援する必要性がある。後方支援は、このような人的資源のよりよい蓄積[47]という現代社会の要請に応えるものと考える。

また、「自発性」に着目した法的位置づけは、「管理」姿勢（効率性を重視し、失敗を即座に糾弾するような法の

監視的姿勢）を排斥する。支援者が、「管理」の対象ではなく「後方支援」の対象とされることは、法がその自発性・利他性を承認し評価することを意味する。これによって、支援者たちは、現在の能力不足をもって排斥されることなく、成長を期待されながら支援を受けることができ、より広い人々に支援者となる門戸が開かれることになると考える。(48)

〈現代社会における人々の新しい欲求〉

さらに、こうした議論の展開は、リベラリズムに基本的に立ちながらその旧来の姿勢に留まることなく、時代の流れ、社会の変容に即して自由を確保していくことの必要性を認識するものであると考える。

すなわち、リベラリズムの基本理念が個人の多様な生の在り方の共存を可能とすることであると考えるとき、利他的行為を強制する法がふさわしくないのと同様、利他的行為を阻害する法もふさわしくないであろう。さらに、ポスト物質主義、定常型社会と称される現代社会において、成長のみを到達すべき目標としてきた人々の従来の価値観が、より生に対する意味を求めるものへと変わりつつある中、(49)利他的行為を行いたいという欲求を持つ人々に対して、支援を行う（「後方支援」）ことや、その機会を与えるべく制度を整える（「機会提供」）ことはリベラリズムに反するものではないであろう。(50)むしろ、あえて設けないことは、人々のアトム化、セルフヘルプの価値の強要であるとすら考えうるのではなかろうか。現代社会の変化あるいは人々の意識変化に伴って、リベラリズムの法や社会における表現形態も変化させるべきと考える。(51)

リベラリズム法の現代的変容の中に位置づけられる自発的援助・支援行為は、ここでも、人的資源の十分な蓄積に有利な社会の展開に資するところとなると考える。すなわち、人間の「利己的」行為のみを前提とした、「権利対抗」型リベラリズム法(52)においては、監視などの「管理」姿勢をとる法が基本となり、そこでの支援内容は均質化

を免れない。これに対して、「利他的」行為を組み入れようとする新しいタイプのリベラリズム法[53]においては、より柔軟で包括的な法の存在が認められることによって、従来は社会に点在していた人々の自発的な利他的行動を集約する機能[54]を法が果たしうることになる。「利他的」行為＝法による自発的行為や社会システムへの放任、「利己的」行為＝法の権威的介入（強制・禁止のみならず、管理・監督を含めて）という従来の構図の変革が求められる。

二　「制度的利他」の概念

先述の「権利対抗」型リベラリズム法において、自発的領域に放任されるべき事柄として各人によって思い思いに個別に、時に自己負担を伴いつつ行われていた他者利益的な支援・援助行為について、新しいタイプのリベラリズム法においては、それらの集約が法に基礎づけられることが示された。

ここで、本稿で検討されている「利他的」行為あるいは自発的支援・援助行為の法的位置づけとは、必ずしも自己犠牲的であることや、他人の利益の追求を一次的目的とすることを要求するものではないことを確認する。カントが説く道徳的義務のように、内面的動機にかなった純粋な「利他性」を人々に求めることが本稿の趣旨ではない。自己利益の追求が法において最大限に保障されていることが必要であるのと同様、他者利益的な行動を（自分のためかあるいは他人のためかを問わず）行いたいという自発的欲求に対してもそれを阻害しないことが法に求められ、それらの欲求の保障がある程度必要であると考えるものであり、それは、客観的にみて他人の利益に資する傾向にある行為に法的位置づけを与えることである程度充たされうると考える。

すなわち、ここで扱われる「利他性」とは、感覚的・感情的な、メンタルな動機としての「利他」を直接の対象とするものではない。内心への侵入を招きかねない動機の探究とは区別され、機能的にみて他者利益的であるといった、行為あるいは結果としての「利他」が着目されている。つまり、自発的支援・援助行為を行う意思を、①比

較的明確に有する人が対象とされ、彼らを躊躇させないための「後方支援」型、②漠然と有する人々が対象とされ、ぼんやりとであっても関心を持つ者が容易に実行に移せるような仕組みが法制度として形になっている「機会提供」型、さらに、③いずれともつかない無関心な状態にある人々であっても、関心を抱きやすくなるような法＝社会環境が存在している「環境整備」型と理解される法制度が整っているとき、それらは「制度的利他」に適っており、そこには「制度的利他」が存在すると考えるのである。

「利他性」に関しこのような広い概念を構想することによって、他者利益的な援助・支援行為は、内心の「利他性」とは独立に、「利他的」かつ「自発的」なものとして（法によりそれらを捨象されることなく）、リベラリズム的法制度の中に整合的に位置付けられることになる。さらには、②や③においては、本人がさほど（「利他的」であると）意識していない場合についても、他者利益的である点をもってここに含みうることになる。ここには、法制度と連携するものとしての社会システムの存在が関わってくることになる。

これは、「権利対抗」型リベラリズム法が、「制度的利己」をつくりだしてきたことを認識する作業でもある。「利他的」場面の最たるものとされる自己犠牲的な救助行為に関しても、行為後の法的処理によっては厳密な意味で「利己」に転化させられてしまいかねないことは前章で指摘したとおりであるが、本稿は、そのことによって「利他的」な行為の価値が減じられたとは考えないものの、このような法制度による「制度的利己」の押し付けを問題とするのである。

別の見方をすると、本稿の立場は、法制度や社会システムを含む社会的条件が、人間の利己的行動・利他的行動を左右する可能性を有していることを、裏から肯定するものといえる。[55] そうであるからこそ、個々人が有しているかもしれない「利己性」にも「利他性」にも傾くことなく、現代社会の変化を反映し、より個人の自由に適合的な

法編成を可能とする「中立な」制度の必要性が説かれるのである。

これを、人間観に即して述べるならば、人間を動的な存在と捉えるものであり、一面的に性善説を前提にするものでも一面的に性悪説を前提にするものでもないということになる。人間が各人各様であるという意味での性善・性悪二元論にとどまらず、各人が両面性を有し状況に応じて多様に変化しうるという動態的一元論に立って、法観察を試みるものである。この点、「制度的利他」の概念は、内心としての「利他」や「利己」に直接触れることなく内包し、両者を保障する。この意味で、制度的利他は、「利己」と「利他」が発展的に解消した概念と言えるであろう。

では、このような新たな視点によって何が見えてくるのか。前稿での検討を基に、新たな視点に立って考察する。

まず、「直接強制」について、前稿で議論されたエプスタインをはじめとする否定論[56]の根底にあるのは、自分勝手に生きる人間に標準を合わせて法設計を行う、「制度的利己」の立場である。その上で直接強制が否定され、そこでの法は、放置・放任の形をとった。

同じく、「直接強制」に関し、前稿で紹介されたロールズを主とする受益的肯定論[57]について、根底にあるのは、救助させられることを厭うと同時に自らが救助してもらえることを考慮に入れあきらめて従う人間に標準を合わせて法設計を考える、「制度的利己」の立場である。さらに、他者の行動を視野に入れた合理的経済人の発想を取り入れ、この意味で、合理的「利他」人に標準を合わせて法設計が行われた[58]。ここでは、損得計算によって[59]直接強制が肯定され、強制の形態がとられた。

「制度的利己」に立った法制度について、従来、他者利益的行為を自発的領域の問題として放任している点をもって、個人の自由を重んじていると評価されてきた。しかしながら、常に社会は変化している。社会変化、人々の

意識変化にもかかわらず、「制度的利己」の立場が貫かれ続けることになれば、人々のメンタルな意味での利他性も影響を受けかねず、その結果、リベラリズムの観点からみた制度的中立性が破られることになりかねない。リベラリズムの法・社会制度における表現形態は、社会変化に伴い変容する必要があると考えられるゆえんである。

この点、前稿では「間接奨励」という新たな法形態が提示された(60)。被救助者の自由が改めて着目されることにより、救助行為の授・受ともに躊躇されることのない制度の整備という視点が打ち出された。「間接奨励」においては、救助を強制しない点については自己利益的行為に出る人の存在を予想しているが、他方で、救助者の保護を図る制度を整える点で、他者利益的行為に出る人の存在も予想しており、両場合の配慮がなされている。先の人間モデルについての動態的一元論の立場がこのような形で反映されており、「制度的利他」の概念は、この「間接奨励」と結びついているといえよう。

但し、この点につき、救助行為後の法的処理をめぐり、ニ当事者間で負担についての権利・義務競争をさせる構造をとる法制度は、(たとえ救助者の保護が整い、その意味で間接奨励的であるとしても)依然として、「制度的利己」に傾いていると解されるのは、第二章で見てきたとおりである。

これに対して、「制度的利他」に適った間接奨励は、単なる「利己的認知」と対比されるべく、負担の帰属に関する発想の転換を生じる。間接奨励の「社会化」、すなわち、問題を二当事者間の法的処理にとどめず社会で処理するといった発想への転換である。人身被害の救済について、これを損害賠償としてよりむしろ、(拡張的)社会保障の一環として考える発想への転換を説く立場が、これに関連しよう(61)。

こうみてくると、費用負担の帰属問題を契機として、自発的支援・援助行為の法的位置づけをめぐる議論は、財の再配分という様相を示し、それに還元されるようにも見える。だが、それは、人的資源の確保の問題が財の再配

分の問題に還元されると同時に、還元し尽くされないことをも示唆している。すなわち、これらの文脈においては、まさに、実行に移す人の存在が不可欠であって、財源は二次的なものに過ぎない。むしろ、ここでは、費用の帰属問題を契機とした、社会構造および人間関係の転換が主眼とされているのである(62)。

現代社会で要求される、繊細な性質を有する様々な支援について、従来の放任型か、公的財源を背景とした「管理」型かという構図で処理することの限界が明らかとなってきている。この点、介助について、社会における負担を原則とし、関係の遠近（法的扶助義務の範囲内か否か）による差を設けない――財の再配分については全体から強制的に徴収する――ものの、人的資源（ここでは介助活動に従事する人）の確保それ自体については個々人の自発性に任せる機構をとることによって、より「気持ちのよい」支援の授・受が可能になると説く立場がある(63)。放任でも、財の再配分に尽きるのでもなく、人に着目し、自発的に他者利益的行為に出る人々の確保と欲求充足を果たすべく「制度的利他」を展開する糸口となろう。

結びに代えて

主として「利己主義の共存ルール」として法を捉える発想が根づよい中、自発的な支援・援助行為は、法制度上明瞭な位置づけが与えられないまま現在に至ってきた。そのため、「他人の利益になる行為を行う」という生きがいや生への意味に根ざした自由というものについて、十分な保障がなされてこなかったといえる。しかしながら、現代社会において、社会変化とともに人々の意識に変化が生じている。ここにおいて、法を専ら「利己的」に解していこうとする姿勢は、もはや現代社会の動きに適合したものではない。現代社会におけるリベラリズム法においては、財の再配分に加えて、人々の「生き方」の保障が要求されているのである。

本稿は、自発的な支援・援助行為の法的位置づけにあたり、「制度的利他」という構想の下、従来の「権利対抗」型リベラリズム法を現代社会に即して再構成することを試みてきた。それは、「自立した個人」の像を、「誰の助けも借りない（借りてはならない）人」から「必要に応じて、選択しながら援助を受けていく人」へと移行させるものであり、また、このような「援助を与える人」の存在を無視することなく、それに目を向けるものであった。

本稿は、このような現代社会における「支援」の必要性と「支援」への欲求充足という二つの要請に応えるべく、人的資源の充分な蓄積（供給／集積の機構）のために有利な社会の編成という観点に照らして法制度の考察を行ってきた。このような中、「制度的利他」の構想とは、動機レベルでの利他性の涵養という「内面」の問題に介入することなく、いわば人間の性悪説にも性善説にも傾くことなく、相互扶助・社会連帯を可能としうるものであったといえる。

さらに、より広く、現代社会の変化に適応した「制度的利他」に適った法制度を構築すべく、財の再配分の問題を越えた、「後方支援」／「機会提供」／「環境整備」型法についての検討が続けられる必要がある。その作業にあたっては、家族の問題を包含した、現代社会における「支援」についてのさらなる探求や、法制度と連携するものとしての社会システムの存在に目を向けた法の包括的理解が求められる。そして、「関係性の選択」という、新しい社会／家族／人間関係のあり方が問われることになる。(64)

（1）　たとえば、ホッブズにおける、死を恐れ快適な生活に必要なものを求めそのために勤労しようとする人間を中心とした思想や、アダム・スミスにおける利己心の肯定を前提とした国家論の展開がある。近代市民社会とは私的利益の追求に善としての道徳的価値を承認するものであり、近代以降の法理論、政治理論はこの個々人の私的利益の実現を価値理念として理論構築してきたと考えられる。ホッブズ『リヴァイアサン』（永井道雄訳　中央公論社、一九七一年）第

十三章。アダム・スミス『道徳感情論』（水田洋訳　筑摩書房、一九七三年）。

（2）　拙稿「個人の自由と法的救助義務――相互救助を支援する社会の構築」（阪大法学、一九九九年）四九巻、五九五―六二二頁。

（3）　法を観察する際、前提となっている（と思われる）人間モデルに目を向ける姿勢については、長尾龍一「人間性と法」『法学ことはじめ』（信山社、一九九八年）第五章参照。「諸々の制度は人間を素材として人間がつくるものであるから、制度を考えるにあたっては常にその素材となる人間についての一定の観念（人間観）が前提となる」とされている。一五六頁。

（4）　後掲、脚注(23)、ワグナー事件参照。この他、人間モデルについて、後述するように、単なる利己的個人ではなく「存在の基準」での自己実現を欲する人間や、「理想」を求め自ずと利己的な力が抑制される人間像などが提唱されている。後掲脚注(8)、今田、及び、長谷川晃『公正の法哲学』（信山社、二〇〇一年）第三部第一章。

（5）　人間の虚栄心や利己心をありのままの堕落した本性として前提にしながら、それを自己の生活改善願望と交換性向に切り替えることにより公共の福祉実現の作用因としたスミスの思想はその代表的なものと考える。アダムスミス『国富論』（大河内一男訳　中央公論社、一九六八年）。スミスの思想については、田中正司『アダム・スミスの倫理学　上・下』（御茶ノ水書房、一九九七年）参照。特に、人間観について、五〇―二頁。

（6）　たとえば、他者との関係性を基本的に捨象する経済学の分野においても、「自立性」と「社会共同性」に分裂した近代的人間を問題の正面に据えて、弱い個人の仮定から出発し、人々の「共同性」への要求が社会制度の中にどのように埋め込まれてきたのかを考察するものとして、金子勝『市場』（岩波書店、二〇〇〇年）。また、経済の進化に伴う家族や（伝統的）共同体の「外部化」や、個人の自立という方向性は認めたうえで、それを新しい形で社会化しネットワーク化することを試みる（個人と個人の自覚的なネットワーキングを支援するものとしての社会保障制度観）ものとして、広井良典『日本の社会保障』（岩波書店、一九九八年）。

（7）　社会福祉における自己決定権の提唱を「パラダイム転換」として、パターナリズム克服、生活水準の向上に伴う「多様で個性的な生活の質への関心」の反映など「現代化」の課題として捉えるものに、笹倉秀夫「人権＝個人の自由「その人なりの生き様」への着目」『法哲学講義』第八章（東大出版会、二〇〇二年）。他に、坂東慧『福祉価値の転

換』（勁草書房、二〇〇〇年）七―八、七三―四頁。

(8)「支援」を新たな公共空間（「自発支援型の公共性」）を開く可能性を有する概念と位置づけ、「あくまで自分であることを確保しながら利己心を超えて他者につながる契機を持った行為」と捉えるものとして、今田高俊『意味の文明学序説』（東大出版会、二〇〇一年）。二九四―六頁。自己実現は、「存在水準の目的であり、物質社会における成果志向的な所得水準の目的とは次元を異にする」とされ、それゆえに、自己実現という「存在水準における私的行為」が「所得水準における他者のケアや利他性」と両立するとされる。他に、支援基礎論研究改編　『支援学―管理社会をこえて』（東方出版、二〇〇〇年）参照。また、パターナリズム的介入と区別する意味で「支援とは、他者の意図を持った行為に対する働きであり、その意図を理解し、その行為の質の改善、維持、あるいは行為の達成を目指すもの（エンパワーメントすること）」であると定義する。十一、三十七頁。

(9)　個人の自由や自己決定権を重視しながら、だからこそ「側面的な」支援・媒介の活動の必要性を認識し、それらを用いて生活することを通常のこととする機構が必要であると考える。同様の趣旨にたつものに、立岩信也『弱くある自由』（青土社、二〇〇〇年）二九八―三〇一頁。

(10)「支援」の概念を中心におく社会システムに、近代社会によってその後の世界に根づかされてきた管理の仕組みや発想を「崩す」役割を期待するものに、今田高俊「支援型の社会システムへ」前掲、『支援学』第一章。本稿は、法における管理の仕組みや発想を超えようとするものである。

(11)　広井良典『定常型社会――新しい「豊かさ」の構造』（岩波書店、二〇〇一年）。（私利の追求のみをインセンティヴとするような）狭い意味での経済の領域は成熟化し、定常化したが、それは人間の欲求や思考のごく一部分が実現されたにすぎず、「成長」に代わる新たな価値の模索が求められているのが現代社会であるとする。また、都市化や産業化が進み、個人がそれぞれ独立して自由な活動をするような社会になってきた結果、「他者のことにはかかわらなくても生きていけるような社会」となり、そうであるがゆえに逆に、他者に対して何らかの形で関与したり働きかけをおこなっていくことは、「より自発的な、積極的な行為となる」とするものに、広井良典『ケア学』（医学書院、二〇〇〇年）二七―九頁。

(12)　このアンビヴァレンスを指摘するものに、LS Sheleff *The Bystander* (Teakfield Ltd. 1979) 123.

(13) 「ケアへの欲求」を人間が普遍的にもつ（「ケアする動物としての人間」）とするものに、前掲、広井、『ケア学』。こう捉えることが、かえって、一方的、独善的な「与える――与えられる」の関係を避けうるとする。さらに、他の生物と異なる人間固有の独自性は、（生物学的な）血縁関係が決定的な意味をもたず、他の様々な社会的関係がそれと同等の意義を持つ点にある、とする。二〇頁。「ケア」の意味を広く捉えることにより、本稿で扱う「支援」と同方向にあるものと考える。このような人間本来の性質に加え、前掲注(11)のような社会変化が、こうした欲求を高めていると考える。阪神・淡路大震災の一九九五年は「ボランティア元年」と言われ、ここ十年のボランティア人口はめまぐるしく増加している。

(14) 第三者の不法行為によって要救助状況が起こった場合にも、法的救助義務が存在しない以上、救助行為は救助者自身の「任意」の行為であったと判断され、自ら選んだ結果は自ら負担すべきとして賠償請求が否定されてきた（「被害者の承諾」の抗弁、救助行為自体が因果関係の中断をもたらす「新介入行為」・「寄与過失」の内容を構成するとの抗弁等を受けた）のである。

(15) 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、一九八七年）二〇八頁。

(16) Eckert v Long Island Ry. Co., 3 Am. Rep. 721 (N.Y.1891). 第三者の不法行為による要救助状況では、当該不法行為者は要救助者のみならずそれを救おうとして傷害を負った救助者に対しても責任を負うとする判例。今日に至る救助義務のリーディングケースとなっている。救助者は無謀、不合理な救助行為でない限り不法行為者に責任を問えることになった。

(17) 具体的には、免責規定の有無について大きな違いがある（後述）。また、費用償還・損害賠償について、カトラー事件（*Cutler v. United Dairies (London), Ltd* [1933] 2 KB 297）のように、暴れる馬を、近くにいる子を救うためとりおさえようとした者が馬に蹴られ負傷した事例において、過失ある馬の持ち主への損害賠償請求が否定されるなど、次のヘインズ事件において請求権が確立されるまで、裁判所の判断は一定しなかった。

(18) 前掲、山田、二百七―八頁。「頼まれないもしないのに、救助に乗り出して救助者が損害をこうむっても、救助された者はなんら義務を負わない……救助自体、自己の危険においてなすべきである」とされる。

(19) F Bohlen 'The Moral Duty to Aid Others as the Basis of Tort Liability' (1908) 56 U Pa L Rev 217.

(20) ただし、イングランドにおけるセルフヘルプと、それを可能とする任意団体の歴史について、P Gosden *Self Help-Voluntary Associations in the 19thh Century* (Batford Ltd 1973). また、「シティズンシップのゆりかご」となる以前の一八七〇年代の任意団体が果たした、セルフヘルプの保証としての相互扶助機能について、小関隆「アソシエイションの文化とシティズンシップ」『世紀転換期イギリスの人々』（小関隆編　人文書院、二〇〇〇年）十―一八頁。

(21) ここでの問題提示について、法の建前ともいうべき「法編成原理」、および、それと齟齬しあるいは補完してきたと考えられる、社会システムを編成している「社会編成原理」という二つのアイデアを用い、今後検討を進めたい。

(22) A Mullis and K Oliphant *Torts* (Macmillan 1993) 84-86, 84.

(23) この中で、カードーゾ判事は、「危険が救助を呼ぶのである。危難を訴える声が（人々を）救助行為へと召喚するのである。法は、このような精神の反応を無視したりはしない。法は、このような反応を正常なものと捉える。そして、そのような精神の反応がもたらした救助行為を、（危難の原因となった不法行為との関係で）自然に起こりうる範囲内にあると捉えるのである。」と述べている。ワグナー事件は米国の判例ではあるが、英国不法行為法に影響を与えた。その後のイギリス判例として、*Brandon v Osborne Garret and Co* [1924] 1 KB 548, 552 参照（救助行動は、本能的なものであるから、寄与過失にはあたらないとされた）。（以上、傍点は著者による）

(24) 道路に放置された荷馬車の馬の突然の疾走に際し、原告（警察官）が、通りの人々が危難にあることを察知して馬の動きを食い止め、負傷した事件。コモンウェルス諸国において、救助者に注意を向ける契機となった判例のひとつである。

(25) 原告（医師）が、二人の作業員の救助のため毒ガスの充満している井戸へと降りていったところ、ロープが引っかかり全員が死亡した事例。死亡した作業員の雇用主たる被告は、もし作業員を危険にさらしたならば誰かが彼らを助けに来るだろうということは予見しえたはずとして、原告に対して注意義務を負っていると認定された。

(26) 走行中の電車に飛び乗ろうとした乗客を助けようとして、原告（駅員）が負傷した事例。ただし、駅員の無謀な救助行為部分については減額された。

(27) See *Horsely v Maclaren* (1972) 22 DLR (3d) 545.

(28) See *McFarlane v EE Caledonia* [1994] 2 All ER 1, 10. 救助船の船長が火災の発生している石油採掘装置付近で

救助活動にあたっていた際、不用意に炎に近づいて、他の救助乗組員を危険にさらした事例。

(29) 日本法においては、長く判例のなかったところであったが、過失ある救助者として通常通りの不法行為責任を認める裁判例が出された（大阪地裁平成八年十二月十六日判決）。同時に、被救助者との過失相殺も認められた。

(30) JG Fleming *The Law of Torts* (7th edn Law Book Co. 1987).

(31) このように政策判断の入り込む余地（economic efficiency）を指摘するものに、K Williams 'Medical Samaritans: Is there a Duty to Treat?' (2001) 21 Oxford J L S 3, 398.

(32) 末延三次「英米不法行為法における救助」『杉山還暦祝賀論集』（一九四二年）三七三頁。この他、要救助者自ら過失によって危難を招いた場合に、自分自身に対する注意義務はないとしながらも、「自分を助けに来ようとすることが予見されうべき者に生じたいかなる侵害に対しても法的責任を負うであろう」として、被救助者が潜在的救助者に対して注意義務を負っていると法律構成するものに、矢頭敏也編『英米不法行為判例研究』（一九八八年）三九一―四一六頁。

(33) 高木多喜雄『註釈民法』（十八）債権（九）（有斐閣、一九七六年）。

(34) たとえば、条例違反で登山をする場合。前掲、山田、二〇六頁以下。

(35) 救助問題は、まさにこのジレンマに対する悩みをめぐる議論であるとされる。前掲、高木、二一一頁。

(36) 多大な費用償還を恐れ、被救助者が要救助場面に陥らないよう、自己の行動を慎むなど予防策を講じる本末転倒が起こることを危惧するものに、S Levmore 'Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations' (1986) 72 Vir L Rev 879, 886, 913. さらに、行動自体に対する社会的評価（奇妙な行動であるなど）が関わってくる可能性もある。

(37) 実際には、今のところこれを認める判例は出ていない。だが、第三不法行為者に関する請求事例においてはこの点を争うものが近年増加し注目されている。その際、裁判所が請求を否定する理由としては、単に訴訟文化を巻き起こす引き金とならないための配慮と考えられていることから、これが変更される可能性は十分にあろう。*White v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1999] 2 AC 455 (HL). *Young v Charles Church (Southern) Ltd* (1997) 39 BMLR 146 (CA). *Frost v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1998] QB 254 (CA). *Alock v Chief Constable*

of the South Yorkshire Police [1992] 1 AC 310 (HL). *Hunter v British Coal Corp* [1999] QB 140 (CA). R Mullender and A Speirs "Negligence, Psychiatric Injury, and the Altruism Principle" (2000) 20 Oxford J L S 645-666. 参照。

(38) The (US Federal) Volunteer Protection Act 1997. 現在は、全五十州で同様の立法がある。

(39) The Law Reform Act 1995 (Queensland) Section 16 Protection of medical practitioners and nurses and other prescribed persons. この他、Ambulance Services Act 1976 (NSW) S 26.

(40) 前掲、脚注(29)参照。

(41) この点に関し、(救助者と被救助者を)「民事訴訟のきまぐれに任せたままにすると、今度は、何らつみの無い被害者がいわれなき負担を負うことになる」と指摘するものに、*The Bystander* 134.

(42) 救助の問題は、権利と権利の争い以上の性質を有しているとするものに、MA Glendon 'The Missing Language of Responsibility' in *Rights Talk* (Free Press 1991) 84.

(43) リベラリズムの理念の一つである多様な善の基盤を用意するという観点から、個々人が追求を試みる善とは私的な善に限られる必然性はなく、公共善である場合も含まれると考えられる。また、「善の実現方法」が多様であればあるほど個々人の多様な善の実現がそれに従って可能となることは公共善についても同様であろう。現代社会における多様なボランティア活動を「善の実現方法」と位置づけ、また、法にそのためのインフラ整備を期待するものとして、旗手俊彦「市民的リベラリズムと現代日本の市民社会」(今井弘道編『新 市民社会論』 風行社、二〇〇一年)百六〇―四頁。同様に、インフラ整備が、個人の善の多様性を保障する「創造的カオス」を生み出すとするものに、R Dahrendorf「非営利セクターをどう生かすか」(林雄二郎／加藤秀俊編『フィランソロピーの橋』ＴＢＳブリタニカ、二〇〇〇年)。

(44) 前注参照。

(45) わが国では二〇〇〇年四月より施行された制度であるが、それより以前から機能しているオーストラリア・ヴィクトリア州における細やかな身上監護後見の実態について、拙訳「適切な責任分担」『財産管理に関する監査システム研究報告書』(財団法人神戸しみん福祉振興協会、一九九八年)一一五―二二四頁。

(46) 猪俣正雄『共生社会の支援システム』(中央経済社、二〇〇〇年)参照。

(47) 増加する支援のニーズに応えるには、それを支える人的資源の充分な存在が必要である。そのような人的資源の確保に適うのは、支援者の支援であり、さらに、自発的な支援者を恒常的にプールすることを可能とするようなメカニズムであろう。蓄積とは、「供給の機構」を描くものとして用いられている。

(48) たとえば、イングランドにおける子の福祉のための養子制度確立にあたり、養子候補者を「利他的」行為者として再認識することにより、画一的なスクリーニングによって彼らを容易に排除してきた従来の「管理」姿勢を改め、補充訓練等により継続的に支援していく姿勢が唱えられている。拙稿 'Finding and Promoting Liberal Altruism within the Law'（三重法経、二〇〇三年三月）一一一号。In the UK, White Paper *Adoption—A New Approach*（2000 Dec.）

(49) 前掲、脚注(6)、(8)、(11)参照。

(50) 後方支援については適宜述べてきたところである。機会提供については、普通の人々が自分たちの家族や個人的関係といったいわゆる親密圏の外においても利他主義を表現する機会を与えられることも、自由のひとつとして確保すべきとするものに、*The Bystander* 166. また、R Titumuss "The Gift" in A Oakley & J Ashton (edd) in *The Gift Relationship*（2nd edn 1997）参照。

(51) 前掲、脚注(43)参照。個々人が法律の枠内で自らの利益を追求するだけでなく、他人の力となるために、「自分がこれと思った目標に向かって何者の邪魔も恐れずに進んでいける社会」の重要性が説かれる。

(52) この点につき、公共性観の変化に関連し、公私二項対立の従来の枠組みに対して、社会全体を三つのセクター（政府、民間、非営利）に分類し、近代市民社会とは第二の市場機構を中心とした民間機構に関してのみであり、これまでの法理論・政治理論において第三セクターの存在意義がまったく考慮されなかったとする指摘がある。前掲、旗手一四三、一五五—一六一頁。本稿で言う「権利対抗型」リベラリズム法は、基本的にこの第二のものに関わり、これに対して第三のものに着目し、関わっていくのが新しいタイプのリベラリズム法と考える（自発的・他者利益的行為のためのインフラ整備など）。

(53) 前注参照。この点につき、権利対抗型の「近代」の発想のもとでは支援は利他性の範疇に属するとされ、「利他的行為を前提と社会が成り立つなどと考えるのは絵空事であり、ユートピアでしかない」とする考えが支配的であるが、それはあまりに短絡的であるとするものに、前掲、今田、二六四頁。

(54) 前掲、脚注(43)、(51)参照。個別であった他者利益的行為は、管理姿勢に代わる「後方支援」姿勢によって、監視されることなくありのままの状態で集められ、またそのためのノウハウが蓄積されていくことになる。その結果、支援者も「防御的」にならず、自らの行動に自信を持って専念できるとするものに、前掲、今田、『意味の文明学序説』二八六頁。

(55) 人間の行動は、しばしば利他的動機と利己的動機が混在しており、そのどちらに多く傾くかは、その時々の状況（社会的制度のあり方）によるとするものに、*The Bystander* 152, 180; M Regan *Alone Together*（OUP 1999）64, 62-68; *The Gift Relationship*. さらに、この点につき、スミスの説く「徳性の環境被規定性」について、前掲、田中、下巻、六〇―七十六頁参照。

(56) R Epstein 'Strict Liability'（1972）7 JLS 151.

(57) J Rawls *The Theory of Justice*（Harvard 1970）19, 114-116, 151, 338-9.

(58) これに関連して、ゲーム理論の戦略的合理性から人々の連帯を導く論について、否定的なものとして、前掲、長谷川、二三二―二七〇頁。前掲、金子、十七―二三頁参照。肯定的なものとして、D. Gambetta 'Can We Trust Trust?' in D Gambetta (ed) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*（1st edn Basil Blackwell 1988）225-9.

(59) 「いざというときには誰かが助けてくれる社会に住んでいるという安心感」が大きく計算され、実際に自分が援助・支援してもらえる状況に直面する可能性はあまり問われない。前掲、脚注(57)参照。

(60) 前掲、脚注(2)、六百九―六一二頁。

(61) これを現代社会の「偶然」によって被った損害を最小化するための拡張的社会保障と捉えるものに、*The Bystander* 134. また、加藤雅信『損害賠償から社会保障へ：人身被害の救済のために』（三省堂　一九八七年）参照。たとえば、事故保障法が定められ、過失の有無を問わず、人的損害に対して補償がなされることが定められれば、救助者のみならず被救助者も補償を受けうる制度となり、社会保障の側面がより強く出ると考えられる。

(62) 主に介助の場面で同様の趣旨を述べるものとして、前掲、立岩、三一五頁。（関係を伴う援助としての介助については）「配給されるものではない。あらかじめ保存され、適宜取り出して各自に与えられるものではない。国家は具体的な人ではなく、その限りでそれは人を具体的に認め関わる主体ではありえない。それがなされるのは人との個別の直

接的な関係においてである」。さらに、後掲、脚注(63)参照。

(63) 前掲、立岩、第七章。このような機構は、「国家によるお仕着せから脱し」、「人・人の間の直接的な関係を可能にし、容易にする」。同時に、その仕事に対価が社会的に支払われ(「負担の間接化」)、生活が社会的に保障される(介助の「社会化」)ことにより、「一人一人の人が入ってくる余地」も生じさせるものであるとする。つまり、ある人の介助を「望む」人はその仕事から「排除されず」、「行おうとする人」は「より容易にそれを行う」ことができ、またそうした「関係を維持することができる」からである。三一五―七頁。本稿で主張した、後方支援型、機会提供型、あるいは環境整備型法制度の発想に近いと考える。さらに、こうした支援(ここでは介助)を社会化する機構は、受け手が介助を「無色であって欲しい」と願う気持ちにも応えうるものであるとする。二四五―二五六頁。

(64) 家族や伝統的な共同体など、従来所与のものとされ変更可能性のないものとされてきた関係性について、すべての関係性をいったん解放した後そこに「選択の契機」を与えて再構築するような、より自由な社会へと方向づける理論が求められていると考える。たとえば、高齢者のための成年後見や子の福祉のための里親・養子制度は、「他人」であっても、家族に処理を一任することが当然視されてきた分野において力量を発揮することができることを示し、むしろ、それが、支援者にとっても被支援者にとってもより自由な社会の構築へと方向づけることになると考える。これに関連し、家族による介助について、選択の「実質性」が保持される必要性を説き、具体的には、現実の家族外からのサービス提供体制の整備を説くものに、前掲、立岩、二九〇―二頁。また、新しい形でのネットワーク化については、前掲、脚注(6)、広井『日本の社会保障』および脚注(11)『定常型社会』参照。