

権利の生成過程と内容に関する概説

— 受動喫煙問題を中心として —

伊藤 滋 夫

第1 本稿の基本的立場と構成

本稿⁽¹⁾は、法的利益は、どのような過程を経て、どのような具体的事実を発生根拠事実として、法律上の権利として認められるに至るかを検討することを目的とする。こうした検討の結果、法的利益が法律上の権利として認められるに至る過程と同権利の内容が、具体的事実との関係で明らかになると、そのことによって、そうした法的利益を巡る紛争を法的に解決する指針を示すことができ、もって紛争、特に新たに生成中と考えられる権利を巡る紛争の適正迅速な法的解決に資することになると考える。

例えば、ある法的利益について、まだこの段階では権利として認められるに至っていないが、現実は何らかの事実が補充される状態に変化するならば、その段階では権利として認められるようになるはずであるとの考察（こうした考察は、裁判の予測可能性を高める機能を持つ）や、権利の発生根拠となるべき事実として新たな事実を補充しなくても、権利の生成過程がこの段階まで来ていれば、そうした事実を根拠として、ある法的利益を権利として認めるか否かは一種の決断の問題と言える状態であるとの考察も可能となろう。あるいは、現在進行している権利の生成という流れに照らして見る限りでは、ある裁判における法的利益と権利との関係についての判断が、遅れているとか、進んでいるとかの評価をすることが可能になるであろう。もとより、これは、そうした視点限りの評価であるから、総合的に見て、当該判断が正しいと評価できるか否かは、直ちには断じ難いことを強調しておかなければならない。しかし、反面、以上のような検討の過程を経ないで、こうした問題について、ある裁判官の主観的価値判断のみに基づき、「法律上の権利と認めるのが相当である（又は、相当でない）」といった判示をして、当該裁判の結論を下すことが不当であることも、また明らかではあるまいか。その意味では、以上のような考察は、ある法的利益を法律上の権利として認めるべきか否かの判断に関し、裁判官に対してある視点からの参考となる情報を提供する機能を有すると同時に、裁判官による恣意的判断を

チェックする機能をも持つことになると思われる。

法的利益は、どのような過程を経て法律上の権利として認められるに至るのかについて、筆者は、次のような仮説を持っている。

すなわち、ある法的利益が法律上の権利として認められるに至るのは、当該法的利益を保護する必要を生じさせる客観的状況が発生し、かつ、そうした状況を法的に保護しないまま放置しておくべきではないとの市民の一般的意識が発生した場合であると考えている⁽²⁾。そして、権利の形成に最も近い距離にあり、直接的な形成原因となるのは、後者であると考えている。こうした市民の意識は、法的状態に関する意識であり、法意識と呼んでよいであろう。そして、そうした状況になると、当初は、下級審の裁判所が少しずつそれを法律上の権利として認めるようになり、ついには最高裁判所でもそれが認められるようになったり、場合によっては、当該事項についての立法（地方公共団体による条例の制定を含む）によって、それが法律上の権利として明確に認められることになったりする。例えば、仮登記担保権が当初は、実際の取引の必要性から始まり、段々と判例の集積があり、ついには仮登記担保契約に関する法律（昭和53年法律78号）に結実したという例が適例の一つであろう。権利の衰退過程についても、権利の生成過程とは逆の形で同様な考察ができよう。

以上は筆者の一種の仮説である⁽³⁾が、本稿においては、その仮説の検証のために最も適切な題材として、たばこ問題、特に受動喫煙の問題を中心として検討してみたい。できれば筆者の上記仮説の正当性を不十分ながら立証したいと考えている。

第2 権利の生成過程と内容の具体的検討 ―たばこ問題を題材として

I はじめに

たばこ問題に関する権利意識は、ここ20年から15年くらいの間に著しく変化し、それに伴って裁判所の態度も喫煙に対して厳しくなってきたと言える。

たばこ問題は、今日の社会において重要な問題の一つであり、かつ、権利の生成過程の考察については、次のように、多くの意味で参考となる事例を提供している。

①たばこ問題で検討の対象とすべき権利の性質が社会通念とか受忍限度とか法意識に密接に関係を持ったものであり、それについての直接の法条が極めて少ないこと（契約法の分野のように条文が細かく定まっていないこと）、②短期間に相当の変化が起きていること、③その変化を裏づけ得る統計などの客観的資料が相当程度あること、④考察の対象とし得る裁判例の中に市民の法意識など筆者が権利生成の要素として重視している事柄に言及す

るものが多いことなどを挙げるができる。

たばこ問題が問題になる形を訴訟という観点からみると、①非喫煙者の受動喫煙（喫煙によって発生する煙にさらされることによって、当該喫煙者以外の者に発生するもの）に関する問題（いわゆる嫌煙権の問題）、②医療費等の増大を被害と捉えた公共団体からたばこ会社に対する請求の問題、③喫煙者を被害者と捉えて行うたばこ会社に対する請求の問題の、概ね三つの問題がある。そのいずれについても前記の権利生成過程に関する説明が当てはまるようには思われるが、①の問題が検討課題としてはもっとも適切である。その理由のうち、もっと大きなものは、②、③の問題の検討に当たっては、いわゆる「危険の引受」の問題⁽⁴⁾、喫煙と個人の健康被害の因果関係の証明の問題など、多くの困難な問題を解決することが必要となるからである。

II たばこ問題、特に受動喫煙に関する市民の法意識及びこれを巡る状況の変遷

市民の法意識のみを直接に対象とする検討の仕方も考えられる（いわゆる意識調査などを基に検討することになる）。この方法のみに頼ることは、幾つかの問題がある。まず、そうした意識調査の結果は、質問の方法・内容・回答者などにより大きな影響を受けることもあって、必ずしも正確に市民の法意識を反映していると断定してよいかは疑問がある。また、質問項目などが筆者の問題意識と正確に一致していないこともあって、筆者の問題意識から見て、十分な検討材料となり得るかも疑問である。そもそも、そうした意識調査が、受動喫煙の問題について豊富にあるとは言い難い。そこで、検討の仕方としては、そうした市民の法意識を直接に調査した資料を重要なものとして考慮に入れることとしながら、同時に市民の法意識と関連していると考えられる客観的状況をも重視する方法を採った。具体的には、次のような事項について、筆者にできる限りで詳細な調査・検討を行った。すなわち、①たばこの健康に及ぼす悪影響についての知見の発展、②行政面における喫煙・禁煙に対する国の意識・対策の変遷、③JR禁煙車・航空機内の禁煙の変遷、④職場等における禁煙・分煙状況の変遷、⑤受動喫煙に関する市民の意識の変遷、⑥識者の喫煙問題に対する論調の変遷、⑦たばこ訴訟の判決⁽⁵⁾の変遷などの事項である。

そうした調査・検討の結果（紙数の制限の関係で、その内容をここに具体的に示すことはできない）、ここ20年ないし15年くらい前から現在までの間に受動喫煙が健康へ悪影響を及ぼすことがますます明らかになり（例えば、WHO 主催の世界禁煙デーの2001年の標語は「他人の煙が命を削る：受動喫煙をなくそう」という強い調子のものである）、かつ たばこ問題に関する市民の法意識や国の認識は大きく変わり、今や市民の間に受動喫煙の人体に対する一般的有害性についての認識はほぼ定着し、それが単なる個人的嗜好・習慣の

問題であるという意識はなくなり⁽⁶⁾、他人の喫煙による有害の恐れのある影響を意に反して受けたくないとする市民の意識は強固なものになったと考えられる。この間の裁判所の考え方も受動喫煙に関して厳しいものとなってきたと考える⁽⁷⁾。結局は大きな時代の流れという観点からマクロに物事を見るとこうした市民の法意識の変遷が、裁判所の態度を受動喫煙に関し厳しいものへと導いてきた原因と考えられる。

今後の問題としては少なくとも非喫煙者が受ける受動喫煙の健康被害の一般的可能性については現在の科学的知見に拠ってもその点についての疑問の余地はほとんどないと考えられるがその点についての科学的知見の示す所は今後さらにその明確さを増すと予測される。そうすると、裁判所は、そうした健康被害の一般的可能性をますますこれを肯定するようになると考えられる。そしてその上で裁判所がそうした一般的危険性にさらされることを具体的状況の下で「受忍限度内」と考えるかどうかというところが判断のポイントとなるであろう。その際に重要な判断要素として、喫煙・禁煙・分煙に関する規制内容の変遷、国際機関の動向などの諸要素の変化、そして結局は市民の法意識（社会通念）の変遷が裁判所の重要な判断の拠りどころとなるであろう。

そして今後の一応の予測をするとすれば、その際には、喫煙の問題を個人的嗜好の問題として済ますという考え方は採用されないであろうし、上記のような諸要素は今後ますます受動喫煙の健康被害を排除する方向へ進展すると考えられるので、そうした状況の変化を反映して、裁判所が、原告の請求の具体的内容（その内容は、分煙・禁煙などの措置要求・差止請求、受動喫煙の状況に置かれていること自体を理由とする慰謝料請求、具体的な疾患への罹患を原因とする損害賠償請求などが考えられる）によっては被告である公共団体や企業への差止請求などの作為請求や不作為による損害の賠償請求を認容する可能性もそんなに先のことではないと思われる。こうした訴訟に関する判決は、現在いわば一つの転換期に差し掛かっているように思われる。

個々の受動喫煙によって個々の非喫煙者が受けたと主張する健康被害の具体的認定については、さらにその点に関するメカニズムを解明する科学的知見が発達しない限り、今のところなお困難な問題が残されているように思われる。

以上のように市民の法意識の裁判への反映という過程を検討してきて、少なくとも、受動喫煙の健康への悪影響の問題に関しては、前者（市民の法意識）が後者（裁判）に対して重要な影響を及ぼすという関係にあることを明らかにできたと考える。換言すれば、筆者が、市民の法意識の変遷と権利としての認知との関係について第1「本稿の基本的立場と構成」において仮説として述べたことが、受動喫煙に関しては立証することができたと考えられる。

第3 おわりに

前記第2「権利の生成過程と内容の具体的検討 一たばこ問題を題材として」においてしたと同様な考察を 他のさまざまな権利についてここで行う時間的余裕はないが、市民の法意識と法的権利との関係については、たばこ問題において見たような関係が、プライバシーの権利などの人格権の領域、日照権などの領域においても広く肯定することができるように思われる。

さらには、本稿のような視点は 他の類似の問題解決のための有意義な視点を提供しているものと考えられる。

例えば 本稿のような視点からの考察は 環境問題などごく近時の権利意識に関する説明とも関係があると考えられるし、やがては、司法判断において 何らかの環境権的発想が問題となるときにも参考となると考える。また、公害などの分野とは全く異なる分野における考え方、例えば近時の最高裁判例（例えば、最判平11・11・24民集53巻8号1899頁）も肯定する抵当権に基づく妨害排除請求権を認めるという考え方の生成や発展にも、本稿のようなアプローチが有益であると思われる。更には、本稿のような考察は、他のいろいろな分野における権利の生成と内容を考えるについて有益であろうことを指摘して、本稿を終えることとしたい。

注

- (1) 本稿は、2002年1月23日に法学研究所の研究会でした報告の要旨をごく簡潔にまとめたものである。この内容の詳細は、「権利の生成過程と内容—主として受動喫煙問題を題材として—」と題して、司法研修所論集（同年3月刊行予定）に発表される予定である。
- (2) もとより、これは、極めて概括的な仮説であり、厳密には、多くの修正が必要である。例えば、種々の政治的動きなどがあってこのように簡単に言うことはできないとか、法的利益の性質（例えば、極めて価値観の対立が激しい性質の利益）によってはそう簡単には言えないとか、多くの修正が必要であろう。しかし、成熟した民主主義社会においては、ごく概括的に、かつ、大きな法的保護の変化の流れを長期間を掛けての判断基準で見ると、本文記載のようなことが言えると考えている。
- (3) 淡路剛久「民事法の領域から—新しい権利の生成をめぐって—」『権利の動態Ⅰ』（法社会学38号）13頁以下（1986）も、「権利の生成・確立のための条件」として、「まず第一に、このような権利の生成・確立の問題が起こってくるためには、当事者とりわけ被害者なり、あるいは権利を求めている者（請求者）のある種の行動が必要である。〔中略〕第二に、要求された利益を保護すべきだとする価値あるいは価値判断が社会的に広く共有されている、あるいはそれが社会的に承認されている、ということが、おそらく第二の条件として必要になってくるだろうと思われる。」と述べる（第三の条件としては、主張される利益が法技術的に錬磨されていることを挙げる）。この第二の条件というのは、筆者の述べる法的利益が保護されるべきだとする市民の一般的意識が発生した場合というのと同旨であると考えられる。
- (4) この「危険の引受」の理論は、英米法の用語であり、ドイツ法においては、「危険の自己招致」又は「自己の危険に基づく行為」と言われるようである。潮見教授は、「危険を知る可能性があるためにその危険からみずから守ることが期待される人との関係では、危険を作り出した人は、一定の例外的場面において当該危険についての注意義務を免れる。これが、『危険の自己招致』または『自己の危険に基づく行為』と言われる理論である。」と説明される（潮見佳男『不法行為法』（法律学の森）201頁（1999、信山社）。また、著

名な大阪空港公害訴訟において、最高裁は、この理論について、「その者が危険の存在を認識しながらあえてそれによる被害を容認していたようなときは、事情のいかんにより加害者の免責を認めるべき場合がないとはいえない」と判示して（最大判昭56・12・16民集35巻10号1369頁。当該判示部分は1398頁）、その存在を認めた。

もとより、どのような事案にどのように適用すべきであるかが問題であり、喫煙者が喫煙に起因して病気になった場合に直ちにこの理論の適用があるため損害賠償請求などできないと言えるかは、まさに大きな問題であるが、喫煙者による損害賠償請求を肯定するためには、少なくとも、この理論によって指摘される問題点をクリアすることが必要である。その意味で、この理論との関係での問題点が、③の場合には、①の場合よりも増えることには間違いがない。

- (5) ちなみに、筆者の知り得た限りで、公刊物に報じられているたばこ関係の裁判例を、時間的順序に従って挙げれば、以下のとおりである（但し、同一事件は下級審と上級審とを、その順序で一緒に挙げた）。
- ① 東京地判昭62・3・27判時1226号33頁、判タ630号234頁（いわゆる嫌煙権訴訟判決）
 - ②-1 名古屋地判平3・3・22判時1394号154頁
 - ②-2 名古屋高判平4・10・29判タ859号127頁 上記の控訴審
 - ③-1 東京地判平3・4・23労民集42巻2号239頁、判時1384号108頁
 - ③-2 東京高判平3・12・16労民集42巻6号940頁 上記の控訴審
 - ③-3 最判平4・10・29判時619号6頁 上記の上告審
 - ④ 山口地岩国支判平4・7・16判時1429号32頁
 - ⑤-1 名古屋地判平8・9・4労働判例740号78頁
 - ⑤-2 名古屋高判平9・1・30労働判例740号76頁
 - ⑥ 名古屋地判平10・2・23判タ982号174頁
 - ⑦ 名古屋地判平10・11・13判タ1025号247頁
 - ⑧ 名古屋地判平11・3・15判タ1001号205頁
- (6) 『厚生白書（平成9年版）「健康」と「生活の質」の向上をめざして』（1997、ぎょうせい）の74頁には、「喫煙習慣を考える」として、次のような記載がある。すなわち、「喫煙が健康へ与える影響は大きく、本人のみならず、周囲の人々にも『受動喫煙』によりさまざまな危険性がある。そして、喫煙習慣は個人の自由意思に基づく嗜好の一つとされてきたが、一方で、喫煙習慣をニコチンによる依存性の視点から捉えることが重要である。したがって、喫煙習慣は個人の嗜好の問題にとどまるのではなく、健康問題であることを踏まえ、たばこ対策を一層推進することが求められている。」当然のことながら、ここでは、受動喫煙の危険が指摘されるとともに、もはや喫煙問題を個人の嗜好の問題としてではなく、国として積極的に取り組むべき健康問題として捉えるべきであるとの考え方が明確に示されている。
- また、他省庁などと共に厚生労働省は、2001年5月31日に「2001年世界禁煙デー記念シンポジウム・中央大会」を主催し、そこでの挨拶において、厚生労働大臣は、受動喫煙の健康への悪影響を明確に指摘し、「喫煙習慣は個人の嗜好にとどまらない、健康問題であります。」と述べている（同シンポジウムのパンフレットの記載による）。
- (7) 前記注(5)掲記の各判決は、たばこの健康被害をいろいろな形で訴える原告の請求を結論としては、すべて棄却しているのであるが、それは、原告の請求の要求度が少しずつ高まってきていることにもよると考えられるのであって、判決文に現れている裁判所の態度は、明らかに喫煙に対して厳しいものへと変化してきていると言える。その判決文の論調には、大きな変化が見られる。例えば、今を去る15年前の判決である東京地判昭62・3・27判時1226号33頁、判タ630号234頁（旧国鉄に対し各列車の車両の半数以上を禁煙車とすることを求めるなどした、いわゆる嫌煙権訴訟の判決）においては、例えば「被告国鉄が右のように喫煙が受容されている社会的実態をも考慮に入れた輸送の体制をとることは何等不都合なことではないというべきである。」というように判示して、被告国鉄の態度を強く肯定する感じであった。これに対し、比較的最近の判決である名古屋地判平11・3・15判タ1001号205頁は、全体としては受動喫煙の健康被害もたらす危険性を認め、「非喫煙者が喫煙者の喫煙行為を一方的に受忍しなければならない理由はない。」と明言している