

## 基本的人権とパターナリズム (2・完)

花岡明正\*

(平成10年10月30日 受理)

### Fundamental Human Rights and Paternalism (2)

Akimasa HANAOKA

This paper is the latter half of "Fundamental Human Rights and Paternalism". In this paper I deal with the program of public welfare, and discuss the relationship of paternalism to public welfare. Then I scrutinize the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living, and discuss its connection to paternalism.

I claim that paternalism is not comprised in the fundamental human rights and public welfare, and does not have the appropriate position in current theories of the Constitution. I suggest that liberal paternalism requires reconsideration of current theories on the fundamental rights in the Constitution of Japan.

Key words : fundamental human rights, liberal paternalism, public welfare

### 公共の福祉論の検討

#### 公共の福祉論

日本国憲法は国民に自由権を中心とする基本的人権を強い表現によって保障している。だが憲法の保障する基本的人権は、公共の福祉によって制約されていると考えられている。

通説によれば、基本的人権は人間が人間として生まれながらにして有する人権と同等のものであった。それは憲法改正によっても侵しえないとされるような権利であった。しかし、この憲法制定権をも拘束するとされる基本的人権といえども絶対的なものではないと言われる。基本的人権は、個人個人に保障されるものなのであり、それゆえに基本的人権は、個人個人の間で他人の基本的人権との関係で制約を免れないものであると論じられる。

日本国憲法は自由及び権利を常に公共の福祉のために利用する責任を国民に負わせている。国民は個人として、公共の福祉に反しない限り、国政上の最大の尊重を受けるものとされている。また22条、29条でも公共の福祉が述べられている。

そこで基本的人権の限界を画するものとして公共の福祉が論じられることとなる。

公共の福祉による基本的人権の制約について学説は、外在的制約説、内外在二元的制

---

\*法学 助教授

約説、内在的制約説に整理されている。<sup>1)</sup>

外在的制約説は、「公共の福祉」を基本的人権の外にあって基本的人権全般を制約するものとする説である。

内外在二元的制約論は、憲法に明文で定められている経済的自由権と社会権に関して公共の福祉による外在的制約を認め、他の自由権については権利が社会的なものであることによる内在的な制約のみを認めるものである。この説は『註解日本国憲法』（法学協会編）によって提唱されたものである。この説では、「公共の福祉」に内在的制約といった意味を持たせず、「公共の福祉」を外在的規制すなわち政策的規制に限っている。『註解日本国憲法』の説には、13条について「公共の福祉」は倫理的な規定であるとするなどの点について解釈上の困難が指摘されている。

内外在二元的制約説において、基本的人権を制約するものには外在的＝政策的制約と権利に内在する制約があるということの確認ができる。

通説の基本的人権理解からすれば内在的制約説がより整合的である。内在的制約説は宮沢俊義の提唱したものである。それは、公共の福祉が基本的人権を制約する一般的原则であること、公共の福祉の制約は基本的人権に必然的に内在しているものであること、基本的人権の性質によって制約の程度が異なることを述べる。

通説のように、基本的人権を、人間が人間であることに基づいて当然に身につけている権利すなわち自然権としての人権と等価であるとするのなら、その制約について考えられる範囲は極めて限定される。それは権利自体に論理的、必然的に内在するという以外はありえないということになるはずである。

では必然的に内在される制約とはどういうものか。人間が人間であることに対する制約は設定不能である。また自然権としての人権は普遍的で、不可侵なものはずである。人権の制約は、個人個人の有する人権の間のレベルにおいて、ある個人と別の個人の持つ人権の対立・矛盾・衝突の調整という限りで「制約」が論じられるのである。<sup>2)</sup>

日本国憲法は「個人の尊重」を掲げる。それは国民を享有主体としてその一人一人の、個人の尊重を掲げるものである。そこで「個人」に対して「公共」が対置されるのである。憲法に先立つ人間の権利一般に対して「公共」が対置されるのではない。

基本的人権を自然権と等価とする立場では、その制約は、個々人の有する人権の間の調整を内容とすることになる。

また通説では、基本的人権について自由権、社会権、参政権等を区別するのであるから、その権利の性質に応じて、基本的人権の内在的制約も区別されることになる。前述のように通説は、基本的人権を自然権としての人間の権利すなわち人権として論じる。内在的制約説は基本的人権の制約について個人と個人の基本的人権の調整の必然性を述べる。そして、個人と個人の間において各個人の持つ各種の個別の基本的人権の間の矛盾・衝突を調整する必然性を述べるのである。そして調整の原理として実質的公平の原理を掲げるのである。

この実質的公平の原理は、自由権の公平な保障のための規制を根拠付ける場合には、必要最小限度の規制のみを認める自由国家的公共の福祉として働き、社会権を保障するため

自由権の制約を根拠付ける場合には、社会権を実質的に保障するため必要な限度の規制を認める社会国家的公共の福祉として働くと述べられる。しかし、実質的公平とは何か、必要最小限の規制・必要な限度の規制とは、どのようなものなのか、判然としない。そこで通説も公共の福祉による人権の制約の基準としてはこれだけではあまりに抽象的にすぎるのであり、個々の基本的人権に即してその公共の福祉が何であるのか検討されなければならないと言うのである。<sup>3)</sup>

上述のように内在的制約説では、公共の福祉とは個々人の持つ各種の人権の間の調整原理のことであるとされている。この調整は権利が社会的なものであることから生ずる論理必然的な制約であるとされる。その上で、内在的制約には自由権に対するものと、社会権の実質的保障のために自由権についてなされる制約とが区別されるのである。そして内在的制約説は、何がそれを規制する「公共の福祉」であるのかをそれぞれの人権について検討すると言うのである。その検討では比較衡量論が採られ、また精神的自由の権利と経済的自由の権利を区分しそれぞれに異なる規制基準を適用する二重の基準論、さらには三重の基準論が採られるなどしている。<sup>4)</sup>

基本的人権を自然権としての人権と等価のものとする通説の立場の曖昧さが、その人権の制約についての議論にも反映する。基本的人権は日本国憲法によって実定化された権利であるとするならば、実定化に際して政策的配慮の働くのは当然のことなのであるし、議論の構成はより実質的になされえるはずである。実際には通説は、社会権のための制約を認め、基本的人権が自然権であることの意義を減殺している。憲法改正によっても奪うことのできない自然権であるという主張の意義はそのような政策による人権の制約を排除するところにあるはずなのである。

しかしここでは、従来の学説において、基本的人権の制約としては、個々人の有する権利の社会的なものであることによる制約と、社会権のための政策的な制約が区別されるということを確認しておこう。また「公共の福祉」のみが、基本的人権を制約するというのであるなら、公共の福祉には、基本的人権の間での相互の調整の原理である内在的制約原理と、社会権実現のため、政策的要請による基本的人権への制約の原理である政策的制約原理があるということになる。

#### 限定されたパターンリスティックな制約

佐藤幸治は、13条の公共の福祉について「抽象的にいえば、『公共の福祉』には、内在的制約原理と政策的制約原理との二種類が含まれ、いずれの原理が指導原理となるかは各基本的人権の性質に応じて決ま」と言う。そして「基本的人権には各種のものがあ、その制約についてもそれぞれの特性に応じた各別の考慮が必要であって抽象的議論は必ずしも有意的とは言えない。が、そのような抽象的レベルで確認されるべき要諦」は、「『公共の福祉』は本質的に個人の基本的人権と対立する実体的な多数者や全体の利益を意味するのではなく、各個人の基本的人権の保障を確保するための、基本的人権相互の矛盾・衝突を調整する公平の原理である」と述べる。この「公平の原理の中には形式的なものと実質的なものがあり、前者は、各個人の基本的人権の共存を維持するという消極目的のた

めの必要最小限の秩序を意味するのに対し、後者は、形式的平等に伴う弊害を除去し多数の人びとの生活水準の向上をはかるという積極目的のための原理を意味する。上述の内在的制約原理と政策的制約原理は、この点に対応するものである。」と言う。この点において佐藤説も通説と軌を一にするとと言える。

その上で佐藤説は、内在的制約と政策的制約の他に、限定されたパターンリスティックな制約を提示する。

佐藤説も、基本的人権が人間の共同社会生活を前提に成立しているものであることを制約の根拠とする。そしてミルの『自由論』を参照しつつ基本的人権も他人に害を与えない限りで認められものであると言う。佐藤説は、他者に対する加害は許されないということ（他者加害原理）を基本的人権制約の根拠としている。それは公共の福祉の実質的根拠とされる。

佐藤説は、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで不可欠な権利として人権を位置づける。その説の特徴は、基本的人権の根底に人格の尊厳を据え、人格の自律権または自己決定権を重視するところにあると言ってよいであろう。人格の尊厳は、国などに個人の人格に対する配慮とそれを担保する手続を要請するとされる。そして人格の尊厳から、個人が自己の人格を害するような場合、その阻止についても問題とする余地があると言う。原則として人格的自律を害するように思われる行為であっても、それはその個人の自由に委ねられることであり、公権力による介入は許されないとされる。しかし、基本的人権の主体の「人格的自律そのものを回復不可能な程永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し切れないと解される」と言うのである。このような介入を「限定されたパターンリスティックな介入」と呼んでいる。そしてこの介入による基本的人権の制約は、基本的人権の中核にある「自律権（自己決定権）に内在するという意味で、なお『内在的制約』といえるかもしれないが、……『内在的制約』『外在的（政策的）制約』を『他者加害』すなわち人権相互の衝突矛盾を調整する原理と捉える限り、それとは明確に区別して、第三の範疇たる『限定されたパターンリスティックな制約』として位置づけるべきものと」する。<sup>5)</sup>

### 基本的人権を制約する原理

人権の制約の根拠にパターンリズムを認めることができるのであろうか。そしてパターンリズムと公共の福祉との関係はどのように捉えられるのであろうか。この点に関して、阪本昌成の提案を検討しよう。

「公共の福祉」を、阪本説では、国が基本的人権調整のルール of 定立・執行するにあたって遵守すべきルールであるとする。基本的人権の権利行使にかかわる調整のルールに対するルールと言うのである。基本的人権の行使を制約される側からするなら、その制約は外在的なものである。基本的人権の調整としての基本的人権の制約は公権力によって担われる。その調整の仕方についての原理ということになる。阪本説での「公共の福祉」は次のように説明される。「『公共』とは、『無作為抽出したさいの、どの個人にとっても』との意味であり、『福祉』とは、『利益を追求するにあだつての普遍的条件』をいい、『公共

の福祉』とは『だれの基本的人権であれ、基本的人権の行使によって生ずるであろう矛盾・衝突を調整するために国家が強制力を用いる場合、その根拠となる法令に普遍的原理が組み入れられていること』をいう」とされる。<sup>6)</sup>

阪本説では人権制約理由の候補として、次のものについて検討する。①加害原理〔harm-to-others principle〕、②感情侵害原理〔principle of offensiveness〕、③直接的(単純な)功利主義原理、④道徳原理またはリーガル・モラリズム、⑤徳行原理〔principle of beneficence〕、⑥パターナリズム原理。

阪本説では上記のうち、加害原理、感情侵害原理、直接的(単純な)功利主義原理を公共の福祉の内容とする。

加害原理は、佐藤幸治説で他者加害原理と言われるものである。いろいろな用語が使われるが、本論文筆者(花岡)は、侵害原理の語を使用している。感情侵害原理は、侵害原理が実害を侵害の基準としているのに対し、他者の精神的平穏への侵害の阻止を根拠とする。これにもいろいろな用語が使われるが、本文筆者は不快原理の語を用いている。<sup>7)</sup>加害原理(侵害原理)と感情侵害原理(不快原理)は、公共の福祉の内在的制約とされているものを、基本的人権制約の基準の原理として明示するものである。

功利主義原理は、社会全体の効用の促進のために基本的人権を制約してよいというものである。社会全体の効用の促進は、ある種の基本的人権(その基本的人権は自然権としての人権ではない)についての制約原理である。これは公共の福祉のうち、外在的または政策的制約と呼ばれるものに相当する。

基本的人権は、これらを形式的判断基準とする公共の福祉による制約と徳行原理による制約を受ける。

徳行原理は、「弱いパターナリズム」といわれるものである。阪本説では、弱いパターナリズムを特に徳行原理と呼んでいる。阪本説では、「説明と同意」について判断能力を欠いている人びと、判断能力の不十分な未成年者や重度の精神障害者など、に関して、第三者が本人の最善の利益を本人に代わって判断してもよいと言う。徳行原理については、論争対象となっているのは、その是非ではなく、いかなる条件の下で同原理が許容されるのかである、と言う。徳行原理が、未成年者や精神障害者全般について通用するとは思わないが、本人の家族に次いで、国が介入することもやむをえない場合もあろうと言う。

阪本説でも、公共の福祉は、すでに個人個人に配分された人権相互の調整として位置づける。それは通説と軌を一にするものである。弱いパターナリズム＝徳行原理、また強いパターナリズム、そのうち特に限定されたパターナリスティックな制約、は、公共の福祉の制約ではないということになる。公共の福祉による制約でないにせよ、基本的人権の制約として語られていることは確認できる。

以上から次のように言うことはできよう。公共の福祉の理論構成、語法の違いはあるにしても、基本的人権の制約として公共の福祉が語られ、またパターナリズムも持ち出される。公共の福祉には2つの制約がある。内在的制約は、侵害原理(および不快原理)をその根拠としている。それは各個人個人の基本的人権の共存を維持するための制約である。それは基本的には自由権についての制約である。政策的制約は、効用増大のための功利主

義をその根拠とし、基本的には社会権に発する基本的人権の制約である。そしてパターンナリズムは「公共の福祉」概念からは外されている。

## 社会権とパターンナリズム

「自由国家的公共の福祉」との関係では、パターンナリズムは基本的人権の制約の根拠にあてはまらない。しかし「社会国家的公共の福祉」での社会権とパターンナリズムの関係はどうであろうか。

社会権は、経済的自由権の制限の正当化事由である。社会権は、その歴史的由来から、「資本主義の高度化にともなって生じた失業・貧困・労働条件の悪化などの弊害から、社会的・経済的弱者を守るために保障されるに至った二〇世紀的な人権」<sup>8)</sup>と言われる。

憲法 25 条 1 項は公的扶助を規定する。「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」は、自由とその権利を中心とする基本的人権保障における、例外である。自由権から派生する自助原則の例外として、「生活を営む権利」を憲法は保障しているのである。ただ憲法は「生活を営む権利」を保障するのであって、「生活」そのものを本人に直接に保障しているのではないことを確認しておこう。

憲法 25 条のいわゆる「生存権」とパターンナリズムとは関係づけられない。

## 基本的人権とパターンナリズム

本論文のはじめに確認したように、パターンナリズムは「その人のため」になされる行為である。それは本来的に基本的人権の制約理由であるわけではない。しかしパターンナリズムを取り上げる学説は、パターンナリズムを基本的人権の制約の理由として位置づけている。その制約される基本的人権とは自由権のことであろう。自由とその権利は、人が人であることによって生来的に有するものとされる。この生来的＝自然権的人権と基本的人権を等価のものとする通説の基本的人概念の曖昧さが、その制約の理論構成を不明確にしている。むしろ基本的人権は憲法が実定化した権利であり、国にその権利を実現していく義務を負わせるものなのだということからするなら、基本権の実現において「個人の尊重」を求めることは意義深い。

本論文で取り上げた学説は、判断能力の有無によるパターンナリズムの区別を強調しているので、それに対応して弱いパターンナリズムと強いパターンナリズムと区別して述べよう。弱いパターンナリズムでは、それらの人びとに対する基本権の実現達成のための補助・支援は、基本的人権の制約というよりも、むしろ必要な支援を受けられるということが基本権であるとも言えるように思われる。阪本説では徳行原理の根拠が明示されることなしに論争的ではないとして承認されている。それが正当化されるのは必要な支援を受けること

が求められることだからであり、そのような支援が、すべての場合において当然に人権の制約を伴っているわけではない。

また十分な判断能力を有する人びとについての強いパターンナリズムでも、人が常に十分な情報を入手し完璧な判断を行うものではないということを認めるのなら、ごく限定された場面での注意喚起や情報提供は否定されることではないであろう。

まず基本的人権の捉え方が適切でないことから人権論の構成とその制約についても不適切な理論構成がなされているのである。

また支援の必要な人に必要な支援を提供することは、必ずしも自由権の制約ではないにもかかわらず、現在の憲法学説では、必要な支援をほとんど公的扶助(憲法 25 条)としてしか捉えられないために、自由権の制約としてしか位置づけられないのである。

「個人の尊重」という日本国憲法の保障する価値は、「その人のために」なることを行うというパターンナリズムの理念とは整合性がないと断定されるものではない。しかし、「個人の尊重」を「人間性の尊厳」や「人格の尊厳」と必ずしも明確に区別することなしに論じることから、「個人の尊重」の解釈論にパターンナリズム論を入れる余地がなくなっている。人間や人間の人格一般の尊厳を論じ、「その人のために」というパターンナリズムの配慮は、なされないのである。

「公共の福祉」の概念については、学説の時間的展開のうちに、その理念を巡る議論が消えてしまっている。もともと「公共の福祉」は、その概念とそれを巡る学説や論争の歴史からしても、個々人に分有される権利相互の調整を意味するものではない。憲法の文言からは、「公共の福祉」が「基本的人権」のうちに含まれているとは読めない。公共の福祉の範疇については論じられなければならないことがあるように思われる。そのことが、自由であること、そのために必要な人に必要な支援を提供することの公共性と、そのことが、人としての権利であることの性質を覆ってしまい、法の議論の対象とさせないでいるように思われる。

以上、パターンナリズムと憲法の基本的人権の議論の問題点を指摘した。最後に子どもを巡る典型的な議論を示そう。

子どもの成長発達のための支援はパターンナリズムの典型である。専らその子の成長発達のために、その子の個性を尊重して行われなければならない。近代以降、そして現代では間違いなく、それは公共の関心事であり、公共の福祉の内容とされてもよいはずである。それは、子どもの成長発達のために他の人の基本的人権の制約がもたらされるという意味での公共の福祉(社会権のための自由権の制約)などではない。また、子どもの成長発達を支援することが求められるにしても、それが先ず子どもの人権の制約であるということにはならない。子どもの成長発達のためという名目で子どもの自由な可能性を制約するというような場合にパターンナリズムはそれに根拠を提供しない。

児童の権利条約は、児童の自律と自由であるために、積極的に働きかける国の責務を規定している。憲法学説は、憲法 26 条 27 条の解釈論において子どもの成長発達権や学習権を言い、成育環境の整備を論ずる。それらの議論からは基本的人権総論との関係が、はっきりとは見えないし、公共の福祉による制約も明確にはされていない。子どもの権利の

根拠が提示されていないのである。

目下の憲法論ではパターナリズムにその存在すべき適切な位置が与えられていない。パターナリズムを基本的人権制約の理由として位置づけていることに疑念がもたれる。むしろパターナリズムは、リベラルな立場から人権の確保・実現のための支援をおこなう原理として、定義され直されるべきであるし、そのような人権論を受けて、憲法の基本権のあり方を再構築する必要があると考える。このようなリベラルな観点から洗練されたパターナリズムを支援原理と呼びたいと考える。人権論とこの支援原理また憲法基本権の構成との関係については別に検討したい。

【付記】本稿は、平成9年7月12日パターナリズム研究会での報告を論文の体裁に改めたものである。紙幅の制約から2年2回の分割掲載となったことにご寛容を乞う。

- 1) 芦部信喜『憲法（新版）』96頁以下。
- 2) このことは諸学説のよく説くとおりである。芦部信喜『憲法（新版）』95頁以下。宮沢俊義『憲法Ⅱ』214頁以下。
- 3) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』227頁以下。同『日本国憲法』（法律学体系コンメンタール篇）203頁。
- 4) 参照、芦部信喜『憲法学Ⅱ』208頁以下、213頁以下。批判的検討は、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』157頁以下。
- 5) 佐藤幸治『憲法（第3版）』402頁以下。
- 6) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』168頁。
- 7) 澤登俊雄編著『現代社会とパターナリズム』第1章13頁以下。
- 8) 芦部信喜『憲法（新版）』82頁。