

刑事法における強制の根拠としてのパターナリズム

——ミルの「自由原理」に内在するパターナリズム

福田 雅 章

一 はじめに

二 パターナリズムの概念

- (1) パターナリズムの沿革
- (2) パターナリズムの定義
- (3) パターナリズムの分類

三 リベラリズムとパターナリズム

- (1) ミルの「自由原理」と個人の尊厳の絶対性
 - (2) ミルの「自由原理」とパターナリズム
 - (3) 「自由原理」から内在的に由来するパターナリズム
- 四 刑法上のパターナリズム
- 五 行刑上のパターナリズム
- 六 おわりに

一 はじめに

近年わが国においても、法哲学の領域、私法の領域さ

らには刑事法の領域において自己決定権とパターナリズムの問題が本格的に議論されるにいたっている。現在、わが国において、なぜ自己決定権とパターナリズムの問題に関心が寄せられるようになったかということは、それ自体で、国家・社会（地域社会ないしは中間共同体）・個人の関係のあり方ないしは変遷を考察するための格好の研究テーマとなりえよう。なぜなら、そこには、国家・社会が個々人の自律性に対して、また諸次元での弱者（経済的・身体的・精神的・成育環境的）に対して、どのように対応すべきかという問題に関するパラダイムの変化が示唆されているからである。

周知のごとく、刑事法の領域においても、戦前の国家主義的価値体系から日本国憲法の個人の尊厳を最高の価

値とする個人主義的価値体系への変化を受けて、国家刑罰権による介入の正当化根拠も道徳原理から侵害原理へと変化した。そして、現在新たな正当化根拠としてパターンナリズムが問題にされるに至っている。そこでは、刑事法の領域における国家介入(干渉)の正当化根拠としてパターンナリズムはどのような役割を担っているのか、いにかえると、国家は、近代市民刑法の基本原理である「侵害原理」を越えて、「本人自身の利益の保護」を図るという理由で刑罰を含む一定の強制処分を行うことが許されるのか、許されるとするならば、それはなぜなのか、またその限界はどこにあるのか、といった問題が論じられている。近年澤登俊雄教授が非行・犯罪対策とパターンナリズムの問題を総括的に検討した論稿を発表された⁽¹⁾。本稿は、筆者自身も長年関心を抱いてきた当該問題について⁽²⁾、教授の論文を手がかりにしつつ、パターンナリズムの本質を明らかにし、刑事制裁の若干の問題についてそれがどのように適用されるべきかを考察するものである。

二 パターナリズムの概念

(1) パターナリズムの沿革

周知のごとく、現代刑事法の領域において、パターンナリズムが一定の犯罪を処罰するための正当化根拠となりうることを最初に説いたのは、ハートである。ウォルフ・エンデン報告の評価をめぐって展開されたいわゆるハート・デヴリン論争の中で表明されたものであるが、そこでもっとも重要な争点は、刑法の任務は道徳秩序の維持にあるのか、それとも個々人の生活利益を他者の侵害から保護することにあるのか、という点にあった。デヴリンは、道徳の問題に判断を下し、それを法という武器を用いて強制するのは社会の権利であって、イギリス刑法はその当初から道徳原理と不可分の関係にあったと説く。その例証として、たとえば、囑託殺人(を含む多くの犯罪)において、なぜ「被害者の同意」が抗弁として許容されてこなかったかというに、その理由はまさに生命の神聖さという社会の存立を基礎づけている重要な道徳原理の維持に求められるからであって、もしそうでないならば、かかる犯罪の可罰性の根拠は説明しえないとす⁽³⁾。これに対して、ハートは、基本的にミルの「侵害原理」の立場に立脚しつつデヴリンの立場をリーガル・モラルリズムと呼んで批判するとともに、他方で被害者の同

(3) 刑事法における強制の根拠としてのパターナリズム

意があってもなお処罰が可能であるのは、デヴリンのいうようにそれが社会の道徳原理を侵害するからではなくて、「人を本人自身から保護する」というパターナリズムに求められるからであると反論した。⁽⁴⁾かくして、パターナリズムという概念は、刑法による倫理の強制を否定するための補充原理として、いいかえると「侵害原理」では説明しえない犯罪の可罰性の根拠を、リーガル・モラリズム以外の方法で説明するための補充原理として登場したといえる。

しかし、問題は、他者に実害を与えていないにもかかわらず、法によって社会倫理を人に強制し、個人の自由の領域を狭めるようなことをしてはならないとする、リーガル・モラリズム批判の核心が、個人に対する強制的な後見的保護機能を国家に許容するパターナリズム原理の導入によって、理論的にも、実際的にも、真に達成されるのかという点にある。したがって、ここで真に問われなければならないことは、パターナリズムが、ただ単に国家強制権の正当化根拠としてのモラリズムを否定するための原理として、いいかえると「侵害原理」を補充しないしはそれと並列する原理として妥当なものであるか

ということではなくて、ミルの「自由原理」の内在的補充原理となりうるのかという点にある。このことが論証されない限り、パターナリズムは説明の仕方を代えたモラリズムないしはモラリズムそのものの一部だということになろう。⁽⁵⁾

(2) パターナリズムの定義

右の問題の考察に入る前に、パターナリズムの概念を瞥見しておくことにしよう。⁽⁶⁾ここにパターナリズムとは、さしあたって、本人の意志に反してでも、本人自身の利益になるといふ理由から、国家が一定の介入(干渉)を行うことをいうものとする。もちろんこのような定義があまりにも大ざっぱなものであり、反面で行政法、契約法その他の領域で問題になっているパターナリスティックな介入を十分に捕捉しえないであろうことを承知している。しかし、当面の問題関心は、すべてに通用する過不足ない正確なパターナリズムの定義を構築することにあるのではなくて、①本人自身の自己決定があるにもかかわらず、あるいは自己決定をしていないにもかかわらず、②本人自身の利益になるといふ理由で、③その自己決定の排除ないしは一定の価値選択を、④刑罰あるいは

それに準ずる強制力を用いて強制することが許されるのか、もし許されるとするならばその根拠と限界は何かを概観してみることにある。そしてこの限度でなら、上記の程度の大ざっぱな定義でも許されるように思われる。

(3) パターナリズムの分類

パターナリズムの定義との関連で、ドウォーキン以来パターナリズムに関するさまざまな分類が試みられているが、ここでは本稿に必要な限度でそれらの若干のものについて言及するにとどめたい。⁽⁷⁾

第一のものは、介入または干渉を受ける者の利益の性質による分類で「消極的パターナリズム」と「積極的パターナリズム」と呼ばれるものである。前者は危害・侵害から本人を保護する場合であり、後者は本人の利益を積極的に増大させる場合である。澤登教授は「消極的パターナリズム」の本質を「本人の生活利益が平均以下であるとき、それを平均的状态にまで引き上げること」とされるが、むしろこれは「積極的パターナリズム」に入ると解すべきように思われる。⁽⁸⁾

第二のものは、「弱いパターナリズム」と「強いパターナリズム」と呼ばれる分類である。これは本人の真意

の有無に基づく分類で、真実を告げられるならば容易に同意するであろう場合、すなわち平均人としての推定的同意が存在する場合が前者であり、錯誤や不完全な情報に基づかないで形成された意志が存在する場合に、その本人の意志を排除してまで介入(干渉)を加える場合が「強いパターナリズム」に相当する。この分類を意志形成過程の社会的・生物学的成熟性と情報の妥当性を視野にいたれた分類と解すると、パターナリズムの限界を画す一つの基準として重要な意味を有していることになる。

第三のものは、「直接的パターナリズム」と「間接的パターナリズム」と呼ばれるもので、利益を受ける主体と介入(干渉)を受ける者とが異なっている場合である。典型的な例としては、嘱託殺人において嘱託を受けた行為者を処罰する場合がこれに相当する。この分類の意味は、「自分自身の手」による自殺と「他人の手」による自殺を侵害惹起との関連で区別して評価することが妥当かどうかという問題と深く関係している。

第四のものは、「リベラル・パターナリズム」と「モラリスティック・パターナリズム」ないしは「ディープ・パターナリズム」と呼ばれる分類である。これは介

入(干渉)が個人の尊厳を確保・実現するために行われるのか、それとも道徳の強制のために行われるのかによる分類である。これはバターナリズムが「自由原理」と内在的関連性を有しているかという問題と深く関連しているが、問題は「リベラル・バターナリズム」のみが許容されるとしてその限界がどこにあるかという点にある。したがってこの立場をより一層純化すると、本稿の結論を先取りすることになるが、次の第五の分類が可能であるように思われる。

第五のものは、「自由原理」の核心である自己決定の構成要素を、それを表現するために不可欠な形式的要素と、それ由来する自己決定の実現結果としての実体的要素とに分類し、ここでは仮に、前者との関連で加えられる介入(干渉)を「形式的バターナリズム」、後者との関連で加えられるそれを「実体的バターナリズム」と呼ぶことにしよう。「形式的バターナリズム」は、個人の尊厳を確保・実現するために欠くことのできない生物学的・社会的必須条件の保障を目的とするものとして、「自由原理」が存立するための不可欠の制約(「自由原理」が存立するための内在的制約)であり、この場合にはも

っとも強度な介入(干渉)さえもが許容されることになる。他方、「実体的バターナリズム」は、自己決定の実現結果としての実体を本人自身の利益のために否定する場合であり、通常かかる介入(干渉)は許容されないということになる。なぜなら、「自由原理」は右の自己決定のための形式的要素に欠けるところがない限り、いかなる価値を実現するかは本人の自己決定に委ねているからである。したがって、「実体的バターナリズム」が許容されるのは、自己決定を可能ならしめる形式的要素を欠く場合ないしはそれを確保するために必要な場合にのみ認められるということになる。いいかえると、「実体的バターナリズム」は「形式的バターナリズム」から別個独立したものとしては存在しえないのであって、その意味で「形式的バターナリズム」がバターナリスティックな介入(干渉)の限界を画するということになる。

三 リベラリズムとバターナリズム

以下においては、「自由原理」とバターナリズムとの内在的関連性に言及し、すでに前項で示唆した一般論としてのバターナリズムの許容限界を明らかにしたい。

(1) ミルの「自由原理」と個人の尊厳の絶対性

周知のごとく、J・S・ミルは、その『自由論』の中で、自由の重要性和その限界をきわめて簡潔に述べている。「この論文の目的は、用いられる手段が、法的刑罰という形の物理的力であれ、強制と統制という形での個人に対する社会の取扱いを絶対的に支配する資格のある、一つの非常に単純な原理を主張することである。その原理とは、人類が、個人的にまたは集团的に、だれかの行動の自由を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。そうするほうが彼のためによいだろうとか、彼をもっと幸せにするだろうとか、他の人々の意見によれば、そうすることの方が賢明であり正しくさえあるからといって、彼になんらかの行動や抑制を強制することは、正当ではありえない。……人間の行為の中で、社会に従わなければならない部分は、他人に關係する部分だけである。自

分自身にだけ關係する行為においては、彼の独立は、当然、絶対的である。彼自身に対しては、彼自身の身体と精神に対しては、彼は主権者である」と。⁽⁹⁾

J・S・ミルの自由論の特徴は、直接的または第一次的に自分自身だけに關係する行為と他人に關係する部分に分け、前者に属する自由(「思想と感情の自由」、「自分自身に合った生活設計をする自由」、他人が「愚かし」とか、片意地であるとか、まちがっているとか考えられるとしても、われわれのすることが彼らに害を与えないかぎり、彼らから妨害されることなく、その結果は自分で引き受けて、自分のしたいことをするという自由)等は、「人間の自由に固有の領域」であって、「絶対的かつ無条件に存在」しなければならない、とする点にある。すなわち、人は「身体的であれ、精神的、靈的であれ、自分自身の福祉の本来の守護者」(二二七―七八頁)としての地位を有しており、したがって、「自分自身のやり方で自己の生活を展開していくのが最善である」ということになる。それが最善であるのは、「彼のやり方それ自体が最善だからではない、それが彼自身のやり方だからである」(二九三頁)。ミルが何故このように「個人の自発

性は内在的価値をもっており、それ自身として尊重されなければならぬ」(二八〇頁)としているかという点、第一に、「彼自身の幸福にもっとも利害関心をもつのは彼

であり、……自己の感情と環境については、ごくふつうの男女でも、他のどんな人よりもはかり知れないほどすぐれたそれを知る手段をもっている」のであるから、

「彼が犯しがちなすべての誤りも、他人が彼の幸福だと思ふことを彼に強制するのを許す害悪に比べれば、はるかにまし」(三〇三頁)であり、また第二に、「人類は、各人が自分でよいと思う生き方をお互いに許し合うことによって、彼以外の他の人々がよいと思う生き方を彼に強いることによってよりも、ずっと大きな利益をかちうる」(二二八頁)からである。かくしてミルは、「経験を自分自身の仕方でも活用し解釈することは、諸能力が成熟に達した人間の特権であり、正当な条件である」(二八一頁)とさえ言い切っている。さらに、「人間の本性は、ひな型に習って組み立てられ、自己に定められた仕事を正確にするように作られている機械ではない」(二八三頁)として、人間の本性が自由の原理を要請しているとす。

さて上述したところをもう少し一般化して敷衍すると、ミルの「自由原理」の特色は以下のようものだということになる。

① 自由とは、自分流のやり方で、価値を選択し、それに基づいて生活設計をし、それを実現することにある。

② このような自由は、人間の本性として備わっている価値であり、それ自体として尊重されなければならない。

③ 自由に価値があるのは、それが本人自身に最善の生活利益をもたらすからではなくて、たとえ愚かしいといわれようとも、自分流のやり方で生活利益を追求できるからである。

④ 自由の行使に際しては、唯一の例外を除いて、成熟年齢に達した本人自身が最終決定者とならなければならない。何故なら、自己自身の幸福については本人自身が最大の利害関係者であり、またそれについての情報をもっともよく知り得る立場にいるからである。もしそうでない場合があるとしても、他人の介入(干渉)は、多くの場合に、本

人自身の犯すであろう誤りよりも、はるかに大きな誤りを犯すものであるから、それは許されてはならない。

⑤ 自由は自己の責任において行使されなければならない。

⑥ 自由が外部から干渉を受ける唯一の例外は、その行使が他人に危害をもたらず場合のみである。

⑦ 社会は、自由の行使が他人に危害をもたらず場合を除いて、個人の自由を絶対的・無条件なものとして保障しなければならない。

⑧ 上述のような「自由の原理」を承認することによって、人類は、そうでない場合とくらべて、はるかに大きな利益を得る。

このようなミルの「自由原理」からえられる帰結は、侵害原理の適用される場合を除いて、個人の自己決定に絶対的な価値をおいているという点にある。上述の「自由」という表現は、そのまま「自己決定」という表現に置き換えることができよう。しかも、この自己決定の絶対性は、いささかも、その行使によって結果される生活利益の高低や善し悪しによって左右されるような功利的

なものとしては観念されていない。いいかえると、ミルの論理によれば、自己決定の形式的側面である「自己決定できる」という価値(ないしは地位)の絶対性のゆえに、その実体的側面である「自己決定によって結果される生活利益」も絶対的な価値として尊重されなければならないということになる。それならば、このようなミルの自己決定ないしは自由原理の絶対性は、必然的にパターナリズム拒絶の絶対性を導くことになるのである⁽¹⁰⁾。否、彼の自由原理の論理そのものにパターナリズム必要性の必然性が用意されているように思われる。

(2) ミルの「自由原理」とパターナリズム

ミルの自由原理の特徴は、「自己決定できる」という価値ないしは地位の絶対性を承認するところにあった。ミルは、自己決定のこの形式的側面は、人間の本性に由来するものであり、人間を人間たらしめる条件であるとともに特権でもあると説く。しかし、「自己決定によって結果される生活利益」という実体面の絶対性が、この「自己決定できる」地位という形式面の絶対性から根拠づけられているとするならば、後者の形式面における絶対性が否定されるときには前者の実体面における絶対性

も必然的に否定されることになる。その場合には、本人の実体的生活利益に対する他人の介入（干渉）の可能性が承認されなければならない。

では「自己決定できる」地位の絶対性が否定される場合とはどのような場合なのであろうか。論理的に予想される第一のケースは、生物学的・心理学的基礎を欠くために自己決定の可能性が否定される場合であり、第二の場合には、自己決定に際してそれに必要な情報を欠くために自己決定の可能性が否定される場合であり、第三の場合には、「自己決定できる」という地位を本人自身が否定する場合である。何故なら、もし「自己決定できる」という地位が自由原理を基礎づけている絶対的・無条件の価値だとするならば、本人自身によってもそれを否定することは許されないはずだからである。そうでない限り、それは相対的なものになってしまうはずである。

このように自己決定の形式面においても、自由原理の論理構造そのものの中に、他人の介入（干渉）の可能性を必然的に許容する原理が予定されているのであって、もしこれが正しいとするならば、「侵害原理」は自由の実体面における内在的制約であり、「バターナリズム」

は自由の形式面における「内在的制約」であるということができよう。以下ミルがこの点をどのように考えていたかを瞥見することにしてしよう。

実は、ミルは、上述の三つのすべての場合について、それらが自由原理の例外になること（バターナリズム的介入（干渉）が許容されること）を詳細に論述している。

第一の場合、すなわち生物学的・心理学的基礎を欠くために介入（干渉）が許される場合の典型的な事例は子供である。そもそもミルの自由原理は成熟年齢に達した成人を前提として構築されており、したがって子供ははじめから自由原理とはまったく無関係な地位を与えられた存在として考えられているようにも思われる。しかし、ミルが『自由論』で子供についての考察をめぐらしている大部分は、「合理的行為をなしうるふつうの標準にまで引き上げる手段」（三〇九頁）としての公教育に費やされており（三三六―四〇頁）、もしそれに失敗して合理的考察のできない愚かしい人間を排出するとしても、「社会がこの結果について責めるべきものは、自己自身である」（二一〇頁）とまで述べている。この含意すると

ころが、子供を自己決定の可能主体として予定し、「自己決定できる」地位に向けての干渉のあり方を問題にしていることは明かであるように思われる。そうであれば、子供とて、「自由原理」の枠組みの外に完全に放置されているわけではなく、自己決定の可能主体としてそれと必然的な関連性を保持しているのであって、子供に対するパターナリスティックな干渉を形式面における自由の内在的な制約の一環としてとらえることは可能であるといえよう。

第二の場合、すなわち自己決定に必要な情報を欠くために介入(干渉)が許される場合について、ミルはつぎのように述べている…

「もし官吏あるいはその他の誰かが、確実に危険だとされている橋を渡ろうとしている人を見、しかも彼に危険を告げるだけの暇がないときには、彼をつかまえてひきかえさせたとしても、彼の自由をならんら実際に侵害したことはないであろう。なぜなら、自由とは、人が欲することを行うことの中に存するのであって、彼は川に落ちることを欲してはいないのでからである。しかしながら、災害が確実ではなく、その虞

れがあるだけならば、当人以外にはだれも、彼にその危険を犯させるかもしれぬ動機が、どの程度十分なものなのかについて判断のくだしようがないのだから、こういう場合には、「彼が子供でも精神錯乱者でもなく、また思考能力を十分に行使しえないほどの興奮状態や放心状態にいないかぎり」彼にその危険を警告するだけにとどめるべきであって、彼が危険に身をさらすのを強制的にやめさせるべきではない、と私は思う」(三二六頁)と。

第三の場合、すなわち、「自己決定できる」という地位を本人自身が否定するために介入(干渉)が許容される場合においても、奴隷契約の無効の事例を引き合いにだしてパターナリスティックな干渉の正当性を論証している…

「他の人々のためでない限り、個人の自由な行為に干渉しないというのは、彼の自由を尊重するからである。…しかし、彼自身を奴隷として売ることによって、彼は自己の自由を放棄するのである。彼は将来における自由の行使を、このただ一つの行為ののちには放棄してしまふのである。したがって彼は、自己の身の処し方を彼自身に任せておくことを正当化している、他

ならぬその目的自身を、みずからの手で打ちくだいてしまうのである。彼はもはや自由ではない。……自由の原理は、彼が自由でなくなる自由をもつべきだ、と要求することはできない。自己の自由を放棄するのを許されることは、自由ではない」(三三三頁)と。

以上にみてきたごとく、ミルが自由原理と必然的に関連するパターナリズムの可能性を自ら承認していることは明かである。これは、ミルが自由というものを利他的な功利主義の観点からではなしに、もっと普遍的な功利主義(これをも功利主義と呼べるなら)の観点から理解しようとしていることに由来するように思われる。ミルが、自分は正義を功利とは無関係に把握しようとする先験主義的な立場から自由原理を基礎づけようとするものではないとわざわざ断った上で、さらに続けて、「功利はすべての倫理的問題の究極的な判定基準であると考える。しかしそれは、進歩する存在としての人間の恒久的な利害に基礎をおく、もっと広い意味での功利でなければならぬ」(二六頁)という記述の中にはっきり見て取れる。個々の具体的な生活利害の考量という経験主義的な枠組みを越えて、個々人に「自己決定できる」自

由主体としての絶対的な地位を承認することの方が、個人のそして人類の究極的な福利により貢献するという確信がミルの自由論のエトスを形成している。したがって、『自由論』は、自由の論理構造を提示するとともにそのような確信の論証の書物ともなっている。また同時にこの点⁽¹⁾が、ステファンをはじめとする多くの功利主義者によって加えられたミル批判の核心でもあった。

その一致した批判は、個々人は、他人の介入(干渉)を絶対的に排除しなければならないほどに、自己の利害のもっともよき判定者たりうるか、この事実が証明されていない、という点にあった。現に、ハートも前述の論争の中で、ミルの他人の介入(干渉)に対する「異様とも思える」拒絶は、願望が比較的固定化され、人為的な外的状況によって余り影響を受けることのない成熟年齢に達した人の心理に重きをおきすぎた帰結であり、個々人が自分自身の利害をいちばんよく知っているという確信が一般的に崩れている現在においては、個人の意志決定が適切な考慮や評価に基礎づけられていないような場合には、他人の介入(干渉)も許容されなければならない⁽²⁾としている。しかし、すでに見たごとく(第二の場合)、

ミルはこの点に関する回答を用意していたのであり、ハートトの批判は、決してミルの「自由原理」の構造を修正するものではなく、むしろその構造の中に当初から組み込まれていたと解すべきである。ミルがこの点に関してきわめて慎重であったのは、「行為に影響をあたえる悪い手段は、いったんそれが用いられてしまうと、これほど、よい手段の信用をも失墜させ、それを挫折させがちなものはないのである」(三二〇頁)という表現が示しているように、自由の否定に連なるドミノ現象としての介入(干渉)に留意していたからであろう。かくして、ミルは「自己決定できる」という自由の絶対性を基礎づけている基盤が欠落する場合には、論理必然的に他人の介入(干渉)の可能性を是認していたといえる⁽¹³⁾。

(3) 「自由原理」から内在的に由来するパターナリズムここではいままで述べてきたことを整理し、パターナリズムの本質とその許容限界について一応の結論を提示することにしたい。

(7) 自由の原理は、①「自己決定できる」という地位ないしは価値(自由を基礎づける形式的側面)と、②「当該自己決定から結果される生活利益」という価値(自

由を基礎づける実体的側面)から成り立っている。

(1) ミルの主張するごとく、自由の形式的側面の絶対性を承認することの方が、究極的には、個人にとっても、社会にとってもより大きい福利がもたらされる。このことから、現行憲法一三条の保障する「個人の尊厳」| 自分流のやり方で、価値を選択し、それに基づいて自己の生活設計を実現する自由| 自己決定の自由」の保障の絶対性(国家目的としてまた法的価値としての至上性)が導かれる。いいかえると国家ないしは法の究極目的は個人の尊厳を、①最大限に、また②各人に対等に、保障することにある。また、自由の形式的側面の絶対性から自由の実体的側面の絶対性が導かれる。

(ウ) しかしながら、自由の実体的側面において、個人の自己決定に基づく行為が他人に危害をもたらす場合には、他人の自由を犠牲にして自己の自由を優先させることはできない。何故なら、それを是認すると、究極的には自由の形式的側面の絶対性が崩壊してしまうからである。このことから、他人に危害をもたらす行為は、もはや自由とはいえず、自由の実体的側面の絶対性が否定され、他人の介入(干渉)が許容される。自由の内在的制

約としての「侵害原理」が承認される。

(三) 同様に、自由の形式的側面において、それを可能ならしめる生物学的・心理学的基礎を欠く場合、情報を欠く場合、および自ら破壊する場合（他者が破壊する場合）には「侵害原理」が適用される）には、自由の形式的側面の絶対性がやはり否定される場合であり、自由の実際の側面の絶対性も否定され、他人の介入（干渉）が許容される。そして、そのような他人の介入（干渉）の性質は、「自己決定できる」可能主体としての地位（自由の形式的側面の将来の可能性）を、または自己決定できなかった（自由の形式的側面の現実的不存在の）ために失われる生活利益を、本人自身の利益のために保護するという点にある。このようにして、自由の内在的制約としての「パターナリズム」が導びかれることになる。

(四) さらに、上述(イ)で述べた国家（ないしは法）目的を達成するための政策原理として、特に個人の尊厳の対等な保障という平等原則の要請から自由に対する外在的制約としての「公共の福祉」の問題が生じるであろうが、本稿のテーマとは関係ないため、省略する。

以上の叙述からも明かなごとく、自由の形式的な側面

の不存在またはその可能性の保障のために要求される「パターナリズム」は、自由の実体的側面の他者侵害性のために要求される「侵害原理」とともに、自由の原理を存立させるために必要な不可欠の内在的制約であって、リベラリズムの立場に立脚する限り、「侵害原理」は承認するけれども、「パターナリズム」は否定されるべきであるという主張は許されないことになる。と同時にパターナリズムのもっとも基本的な限界は、自由の内在的制約としての許容範囲に厳格に限定されるべきだということになる。それについては(五)で述べたが、誤解を恐れずに抽象的に定義すると、「合理的に思索しつつ自己自身の決定を実現していく個人の能力（自由の形式的側面）を、当該個人の利益のために、補完し、維持し、高めるために必要な場合」⁽¹⁴⁾にのみパターナリズムは許容されるということになる。その代表的なものとしては、①生物学的基礎を欠くがゆえに自己決定能力が欠如している場合（具体的には、子供、精神障害者等が想起される。この場合には形式面と実体面の両方の利益が保護の対象になるが、形式面の優位する絶対性の要請から、（発展する）能力の程度に応じて実体的利益の処分の自

(由の程度も異なる)、②自己決定に際して正確な情報の不存在や誤った情報のために、また具体的状況や特殊な心理的狀態のために自己決定したとはいえないような場合、③自己決定能力を自ら破壊する場合の三つを挙げる事ができるように思われる。

従来ともすると、バナーナリズムは近代的自由の原理に悖る中世の遺物と観念される傾向が見受けられたが、これは自由原理の形式的側面の実質に対する無関心から生じたものといえよう。ここに従来子供や精神傷害者や受刑者の権利が憲法上の権利として十分に基礎づけられてこなかった因もあるように思われる。次項以下に右に検討したバナーナリズムの原則が刑事法の領域でどのように考察されるかを検討したい。なお、紙幅が限られてしまったため、以下では、前述の澤登俊雄教授の所見と私見とを比較しつつ問題を明らかにするとどめたい。

四 刑法上のバナーナリズム

(1) 同意殺人罪の可罰性

澤登教授は、主として同意殺人罪の可罰性の根拠とバナーナリズムの関係を上げられている。その説かれ

るところは以下の通りである。生命の処分についての自己決定権は存在するが、通常の場合には、生命という重要な利益については、本人の利益のためにその自己決定を認めることはできず、自殺関与者がかかる法によるバナーナリスティックな介入を妨害したとして処罰される。しかし、真の自己決定があったといえるような場合、すなわち自己決定権行使の前提要件である「個人にとって何が真の利益かを判断する」正常な判断能力に基づいて自殺が決意されたということをうかがわせる要件(たとえば安楽死の違法阻却事由としての要件)を満たしているような特殊状況の場合には、被殺者の自己決定権が尊重され、殺害行為の違法性も阻却される、と。

私見も、教授と同様に、生命処分についての自己決定権を承認する。そして自己決定権の行使は、正常な判断能力に基づいて実現されなければならないことも当然である。実は、正常な判断能力という要件はあらゆる自己決定権に共通に要求される前提であり、なにも同意殺人罪の可罰性の根拠にとって特有のものではない。自己決定権の一実現としての結婚の場合にも、散髪してもらった場合にも、あるいはやくざが脚を洗うために小指を切り

落としてもらう場合にも同様のはずである。何故生命の処分の場合にだけ、特殊な例外状況を除いて、ほとんどあらゆる場合が「異常な」判断能力に基づいていると推定されなければならないのだろうか。結局法益が重大だからということになるのではなからうか。教授自らが発せられている「放棄される利益が生命という重大な利益だというだけでバターナリスティックな介入が正当化されるのだろうか」という問いがまだ未回答のまま残っているということになる。では何故なのだろうか。

すでに記述した自由の内在的制約原理としてのバターナリズムを承認することによって、もっとも適切な回答がえられるように思われる。自由原理は、「いかなる生活利益を選んだか」という自由の実体面とは独立して、「自己決定できる」という自由の形式面（＝自律的生存主体）を絶対的かつ至上の価値として承認する。ミルが「自分流のやり方で人生を経験し、またそれを解釈できることは、……人間の適切な条件である」とのべていることを想起された。したがって自由原理は、この自律的生存主体の絶対性を確保するために、自己決定によって選択された生活利益がそれを否定するに至るときに

は、まさに自由原理の自己保存のために、現実になされた自己決定を否定しなければならない。ミルのいうごとく自由を成り立たしめている存立基盤を破壊する自由は何人にも与えられていない。生命は自律的生存主体を可能ならしめている生物学的基礎であり、生命の処分は、自由原理にとって至上の価値である自律的生存主体をも破壊してしまうことになる。ここに、たとえ真の判断能力に基づいて生命の処分が自己決定されようとも、将来に連なる現にある自律的生存主体を、本人自身の利益のために保護してやらなければならない必然性があり、これが二〇二条の可罰性の根拠を提供する。まったく同様の根拠から、「同意傷害」や「阿片煙吸食罪」も、自律的生存主体としての可能性を著しく危うくさせるような場合（たとえば、継続的に意識不明に陥らせるような場合、生命に対する危険をもたすような重大な身体傷害の場合）には、その可罰性が是認されることになる。反面で、生命の処分に対するバターナリスティックな介入は、将来に連なる自律的生存主体を保護することにあるのであるから、将来における自律的生存の可能性がないことが客観的に担保される場合には、当該介入はその

根拠を失い、本人は自らの選ぶところに従っていかに行き続けるか(その連続としての死)を決定する自由(生命処分についての自己決定権)が保障されるに至る。ここに二〇二条の違法性が阻却される根拠がある。⁽¹⁵⁾

「安楽死」の正当化根拠も同様の原理から導かれる。⁽¹⁶⁾

「尊厳死」(代表的なものとしていわゆる植物状態患者からの生命維持装置の撤去)についても、上述の同意殺の場合と原則的に異なるところはないように思われる。すなわち医学的に自律的生存の可能性がないこと(意識・高次脳機能の喪失)が明確に認定されるかぎり(現段階においては特殊な場合を除いて全脳死の状態まで待たねばならないだろうが)、明白かつ説得的(clear and convincing)な事前の意思表示をもって、生命処分に就いての自己決定の行使と解すべきである。

なお、「死刑」については、すでに説明するまでもなく、自由の原理によって自律的生存主体の功利的な処分が何人にも許されないものである以上、絶対的に禁止されるべきであり、死刑制度そのものが憲法違反になることは明らかであるように思われる。

五 行刑上のパターナリズム

ここで問題になるのは、パターナリズムを根拠にして受刑者に対する社会復帰処遇が許されるか、という点にある。澤登教授は、社会復帰処遇を、概念的に、①再犯防止のための処遇と、②平均的利益の保持のための処遇の二つに分けられ、介入(干渉)の根拠としては、前者には侵害原理が妥当し、後者にはパターナリズムが妥当するといわれる。そして再犯防止処遇については、自由刑の正当化根拠が侵害原理にある以上原理的には是認されるが、現行法がそれを刑罰の内容としていない以上かかる処遇は否定されなければならないとされ、また平均的利益の保持を目的として行われる処遇については、現代福祉国家のパターナリズムの要請とリベリズム原理との調和のうえで行われなければならないが、したがって重大な利益の喪失(たとえば、自殺)を防止するためにやむをえない場合や、受刑者の判断能力が著しく低下している特別な場合(強いパターナリズム)を除いて、非強制的手段(干渉)による「消極的パターナリズム」のみが許されることになる、とされる。

ここに示された結論は概ね妥当なものとして賛成し得る。しかし、そこに用いられているパターナリズムの概念および論理構成には、なお疑問が残るように思われる。教授は、パターナリズムを福祉国家の理念から導かれる国家の介入(干渉)権能と解され、本人が拒否しないかぎり、その者に対して社会の平均的利益を確保させることは本人にとって利益であるという観点からパターナリズムの本質を理解されているように思われる。しかし、何が平均的利益であるかの解釈、まれそれを実現するための施策がすべて国家の手に独占されるとき、たとえ、介入ではなく、干渉の段階にとどまるとしても、それはフーコーのいう「規律」が、またミルのいう社会的専制が実現されるといふ危惧を抱かざるをえない。刑務所での干渉が事実上の強制であることを視野にいとると、なおさらその感を否めない。パターナリズムの本質は、本人自身の利益のために自由原理を貫徹し、補完するところにあるのであって、澤登教授が強制的介入が許される例外として挙げられた事例は、自由の内在的制約としてのパターナリズムの許容範囲内にあるといえる。しかし、受刑者の処遇は、本来、パターナリズム原理に基づいて

行われるのではなしに、受刑者がおよそ人として有する、社会的適応能力を身につけ、自己を啓発し、自己の人格を発達させる固有の権利を実現する過程として目論まれるべきであり、国家は、外界から遮断された施設内で実質的にこれらの権利を保障するための便宜供与の機会(犯罪者の有する個人的・社会的問題を解決・援助するためのさまざまなプログラム)を提供する責務を負っているのであって、処遇は受刑者の人権の確立を通して実現されるべきものである。⁽¹⁷⁾

六 おわりに

近年論じられるようになったパターナリズムの問題について、その本質または正当性の根拠を、単にモラリズムや侵害原理と並ぶ第三の原理と考えたり、または社会福祉国家の理念から要請される介入(干渉)の権能と考えるのではなくて、伝統的な自由原理との関係を明確にし、自由原理を本人に貫徹することが本人の利益になるという視点にたってパターナリズムの限界を明らかにしておくことは、国家・社会の過剰な介入(干渉)がみられる現代社会においてなお意味があるように思われる。

当初は、保護手続上の問題にまで言及する予定であったが、紙幅の関係で割愛せざるをえなくなってしまう。また、刑法、処遇上の問題についてもごく一部の問題について、しかもきわめて舌足らずにしか検討しえなかった。パターナリズムの問題がもっとも先鋭に現れる少年保護手続上の問題を含めて、本格的な論稿を他日に期したい。

- (1) 澤登俊雄「犯罪・非行対策における強制の根拠とその限界」名古屋大学法政論集一二三号二九頁以下(一九八八年)。
- (2) 安楽死の許容性をめぐって刑法二〇二条の可罰性の根拠をパターナリズムに求めたのを端とする(拙稿「安楽死の法的許容性」太田典礼編『安楽死』(一九七一年)一三八頁以下参照)。
- (3) P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, pp. 6—5 (1965).
- (4) H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, pp. 30—31 (1962).
- (5) Sartorius 後掲論文における Hart および Dworkin に対する批判は、まさにこの点を突いている。これとの関連で、澤登俊雄教授は、侵害原理とパターナリズムとの関係について、①ミルの主張に現れているように、パターナ

リズムをいっさい否定する考え方、②両者を相互に独立した原理として並列的にとらえる考え方、③侵害原理の中にパターナリズムを組み込む考え方、という三つの類型が考えられるとされる。しかし、①に関しては、後述するよう果たしてミルがパターナリズムを完全に否定していたかは疑問であり、また②と③に関しては、パターナリズムと「自由原理」との内在的関連性を問うことなしに正確な解答を導くことはできないように思われる。対モラリズムとの関係では徹底してリベラリズムの立場に立たれる教授が、なぜ対パターナリズムとの関係ではリベラリズムとの関係を明確にされないのか疑問が残る。パターナリズムによる介入の正当性を、「自由原理」およびモラリズムとは異なる第三の原理(例えば福祉といった)に求めておられるとしても、本人の利益になるという理由で本人の意志に反してまで「平均状態にまで引き上げる」ことがなぜ教授の擁護されるリベラリズムに反しないのか明かでない。なお、後述する私見によれば、パターナリズムと侵害原理の関係は、「自由原理」から内在的に由来するパターナリズムが、同じく「自由原理」から内在的に由来している侵害原理を補充し合う関係にあるのであって、これを澤登教授の分類に第四番目の型としてつけ加えることができるように思われる。

(6) パターナリズムの概念・定義に関しては、中村直美「パターナリズムの概念」井上正治博士還暦祝賀『刑事法

学の諸相(上)]参照。

(7) パターナリズムの分類に関しては、G. Dworkin, "Paternalism" in *Morality and the Law* (R. A. Wasserstrom ed. 1971); J. Kleinig, *Paternalism*, Ch. 1 (1983); P. L. Shapiro, "Courts, Legislatures and Paternalism", 74 *Va. L. Rev.* 527—28 (1988) 等を参照した。

(6) 澤登前掲論文三六頁。たとえば、受刑者の場合を考えると、刑務所という特殊な環境の中で受刑者がより悪化しないように介入・干渉する場合が「消極的パターナリズム」であり、平均的な市民になるように処遇する場合は「積極的パターナリズム」に当たると解される。

(9) J. S. ミル／早川忠訳『自由論』(世界の名著38中央公論社)二二四頁～二二五頁。以下、本稿においては、本書からの引用を個別的に明示することなく、本文中に()を用いて、その頁を示す。

(10) ミルの自由の原理の絶対性に関しては、多くの論者によって疑問が提起されている。たとえば、Hart もその一人であり(後掲註12の本文参照)、Dworkin (supra note 7, at 118) や J. Feinberg ("Legal Paternalism" 1 *Can. J. Phil.* 105, 112 (1971)) も「自己自身が一定程度のパターナリズムを容認してゐたことを説いている。これに対して、Sartorius は、パターナリズムに対するミルの全面禁止の正当性は功利主義そのものから導かれるとし("The Enforcement of Morals, 81 *Yale L. J.* 891, 902)" Shapiro

前掲論文はアメリカの裁判所が反パターナリズムを基礎とするパターナリズムを堅持していることを説く。

(11) F. Stephen, *Liberty, Equity, Fraternity* (R. White ed. 1967)

(12) Hart, supra note 7, at 33.

(13) ミルの『自由論』とパターナリズムについては、わが国における本格的な論稿として、中村直美『J. S. ミル『自由論』におけるパターナリズムの位置(一)』(熊法三九号 一九八四年)の続稿が待たれるが、現在のところ教授の見解はまだ明らかにされていない。

(14) Dworkin, supra note 7, at 125.

(15) 同意殺人の可罰性の根拠一般については、さしあたって、内藤謙『刑法講義総論(中)』五三四頁以下(一九八六年)、甲斐克則「安楽死問題における病者の意思——囑託・同意殺の可罰性の根拠に関連して」九大法学四一号六九頁以下(一九八一年)参照。

(16) 私見についての詳細は、拙稿「安楽死をめぐる二つの論点——安楽死はタブーか」自由と正義三四巻七号(一九八三年)、同「大阪地裁安楽死事件解題」阪大法学一〇八号(一九七八年)等参照。

(17) 筆者の行刑処遇の基本的な視点については、拙稿「受刑者の法的地位」澤登俊雄他編『刑事政策』蒼林社(一九八五年)参照。