

論 文

「危険な行為」とパターナリズム

——「自己決定権」批判の視点から——

平 岡 章 夫*

1. はじめに

日本国憲法上の権利として、あるいは哲学的・社会学的な文脈で「自己決定権」が論じられるとき、しばしばその中心的なテーマとなるのが「危険な行為」という問題である⁽¹⁾。「自己決定権」が通常「他人を害さない限りにおいて、自分に関することを自由に決定できる権利⁽²⁾」と考えられているところから、ここで言う「危険な行為」とは、「自分自身にとって危険な結果をもたらす」自発的な行為ということになる。

こうした議論がなされる背景要因としては、現代社会は「危険社会」「リスク社会」であると言われる状況がある⁽³⁾。科学技術が発展し、経済的諸関係も複雑化した現代社会においては、個人が社会生活を営む場合、いかなる「危険」「リスク」も引き受けることなく過ごすことは難しい。そこで、最近しばしばなされる議論が、個人は積極的な「自己決定」を通じて「危険」「リスク」を引き受け、同時に当該決定についての「責任」も負うべきだという、いわゆる「自己決定・自己責任」論である⁽⁴⁾。

一方、こうした「自己決定・自己責任」に基づく「危険引き受け」の流れに逆行するものと

して、しばしば批判の対象となるのが「パターナリズム」である⁽⁵⁾。「自己決定権」「自己決定・自己責任」を肯定的に論じる立場からは、「パターナリズム」とは望ましからざる過去の遺物であり、早急に排除されるべきものということになる。そして現在の日本社会においては、医療関係など様々な場面において、こうした考え方が主流となりつつあるように思われる。

しかし、こうした「危険な行為」や「パターナリズム」についての考え方は果たして妥当なものなのであろうか。筆者としては、これまで「自己決定権」という権利について批判的な研究を行ってきた立場から（平岡 [2003] [2005] など）、個人が自分自身にとって「危険な行為」に踏み出すことは、果たして「権利」として承認されるのかを詳細に検討したい。その際、個人の自発的な「危険な行為」の実践が、しばしば国家や社会にとって好都合なものとなっており、しかも危険の負担が特定の階級・集団に集中する恐れがあることを指摘する。このことから、個人に「危険な行為」に踏み出す「自己決定権」があるという考え方は妥当でなく、一定の基準によって規制されるべきという結論が導かれる。

*早稲田大学大学院社会科学部 博士後期課程4年（指導教員 後藤光男）

またこれに関連して、いわゆる「自己決定・自己責任」論の論理的・現実的問題点について分析を行う。そして上記のことから、「パターナリズム」については、そうした規制が本人の意思に反して行われる場合でも、正当化される場合があることを主張する。この種の規制が認められない場合としては、ある個人の「危険な行為」が、本人または他の個人の基本的権利、特に政治的権利の行使に不可欠な場合を想定することになる。その場合、当該行為の危険性は最小限にコントロールされることが前提である。

ただその前に、議論の踏み台として、「自己決定権」肯定論の問題点を洗い出しておく必要がある。特に、「自己決定権」を重視し「パターナリズム」を批判する論者がしばしばよりどころとして来た、ジョン・スチュアート・ミルの議論について批判的検討を行っておきたい⁽⁶⁾。なお、「自己決定権」そのものの定義は論者によっても、また用いられる文脈によってもまちまちであり、統一的な定義を行なうことは困難である。本論文では、「本人自身（ないし当事者間）に関する事柄については、他人（ないし第三者）に不利益を及ぼさない限り、本人自身（ないし当事者間）の決定が尊重されるべきである」という原理を「自己決定権」の内容と想定する⁽⁷⁾。

2. 「自己決定権」概念の歴史とジョン・スチュアート・ミル

「自己決定権」という用語、ないし発想がクローズアップされるようになったのは比較的最近のことである。その背景としては、1960年代末以降のアメリカを中心にした「新しい社会運動」の活発化が挙げられるだろう〔川本隆史・花崎

皋平 1998:44—45〕。医療における「インフォームド・コンセント」の確立を求める動き・フェミニズムがスローガンとして掲げてきた「性と生殖の自由」「性的自己決定権」の要求・民族的マイノリティの自己主張の要求などが、19世紀末から存在していた「プライバシーの権利」「民族自決」といった諸概念と結びつき、現在の多様な内容を含む「自己決定権」概念が形成されたと思われる。なお日本では、山田卓生〔1987〕がこの用語を使用した草分けとされる。

そして、このような「自己決定権」概念についてその先駆的思想家としてしばしば名指されるのが、『自由論』の著者として知られるジョン・スチュアート・ミルである。だが実際には、現在「自己決定権」という概念によって表現されている思想とミルの思想とは似て非なるものであると言わざるを得ない。以下、その点について説明しておきたい。

ミルの『自由論』を「自己決定権」の正当化根拠として用いる議論⁽⁸⁾は数多い。ミルの以下の記述は、現在多くの「自己決定権」論者が行なっている議論の核心部分（「他人に迷惑をかけない限り、何をするのも自由である」）と一見対応しているからである。そしてこれは、パターナリズム否定の根拠として用いられる典型的な論理でもある。「その原理〔社会統制に関する単純な原理〕とは、人類がその成員のいずれか一人の行動の自由に、個人的にせよ集団的にせよ、干渉することが、むしろ正当な根拠を持つとされる唯一の目的は、自己防衛であるというにある。また、文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にあるというにある。人類の構成員の

一人の単に自己自身だけの物質的または精神的な幸福は、十分にして正当な根拠ではない」[1971: 24]

しかしこのようなミルの論理には、かねてから幾つかの疑問が提起されている。ここでは、スーザン・メンダス [1997] の議論に従いながら、ミルの『自由論』を「自己決定権」の正当化根拠として用いることの問題点を指摘したい。

まずメンダスは、ミルの自由・多様性擁護論は「多様性が道徳的に必要とされるのは、人間の本性そのものが多様だからであるという……信念」と「多様性は自律の促進と維持にとってなくてはならない前提条件であるという……信念」[1997: 84] とに基づいていることを確認する。しかしこの二つの前提には、いずれも根本的な疑問を投げかけることができる。前者について言えば、そもそも人間の本性とはそれほど多様なものであるだろうか。もし、全く他人の行動・価値観の影響を受けない「人間本性」なるものが存在したとしても（これ自体、非現実的な仮定であるが）、それは思いの外「画一的」なものであるかも知れない。ましてミルが行っている考察は、全く他人の目に触れない純粋な個人的行動に限定されてはいない以上、そのような行動が周囲の影響を受けて「画一的」になる危険を排除することは不可能なのである。

また後者の前提は、メンダスも指摘しているように、「自律的主体」と見なされる対象を限定することにつながる。事実ミルは、以下のように述べている。「この所説を、諸々の能力の成熟している人々に対してのみ適用するつもりであることは、恐らくいう必要はない。……もしその目的が未開人の改善にあり、またこの手段が

現実この目的を達成することによって正当化されるならば、専制政治は未開人を取り扱うための正当な統治方法である。原則としての自由は、人類が自由で平等な論議によって改善されるようになってしまっている以前にはいかなる事態に対しても適用できない」[1971: 25—26]

この議論は、明らかに「未開人」についてパターンリズムを容認しているものである。また『自由論』の別の部分には、多様性の欠落した社会の例として再三中国を挙げ、「(過去の文明にもかかわらず) 彼らは停滞的になってしまい——幾千年もの間、その状態にとどまって来た。そして、もしも彼らがこれ以上に改善されるべきだとすれば、その仕事は外国人によって果たされるに違いない」[1971: 145] という記述もある。これらの主張から判断する限り、ミルの考える「自己決定」(彼はこの言葉を使っていないが)の主体に「未開人」としての中国人は含まれていなかったことは明らかである。

このようなミルの発想に植民地主義的発想を読み取ることは難しくない⁽⁹⁾が、ここで重要なのは、現代における「自己決定権」論がしばしば「子ども」や「意思能力の不足した患者」といった主体を想定していることを考えるならば、「自己決定」の主体を著しく狭く限定しているミルの議論に依拠することには無理があるのではないかということである。

しかしながら上記の議論に対しては、「ミルの偏見は単に時代的な制約によるものであり、彼の自由擁護論を彼自身の意図を越えた範囲まで拡張することは可能である」という反論があり得るかも知れない。だがメンダスの次の指摘 [1997: 86—] は、このような反論が成り立たな

いことを示している。すなわち、ミルが「自律」を尊重する動機には、そのことが「自律的な個人」をして自らの欲求を改善・洗練させ、ひいては社会全体の道徳的進歩につながるという仮定が存在しており、この仮定は『自由論』の中心的思想と見なされている個人主義的発想と正面から矛盾するというのである。すなわち、ミルの前提（各個人の「自律的な選択」を尊重することが、必然的に社会の道徳的向上につながる）を承認するならば、「低級な快楽」が「自律的」に選択される可能性そのものを否定しなければならなくなってしまうことになる。

こうした人間本性への仮定は明らかに非現実的であるとともに、社会の道徳的「共通善」を追求する思想への反発をその特徴とする現代の「自己決定権」論とは、その本質において性質を異にすると言わざるを得ない。ミルの思想は、単に「自律的な個人」の範囲を狭く限定しているという点にとどまらず、擁護されるべき「多様性」の範囲をも著しく限定しているのであり、「自律」や「多様性」の価値を評価しているのはあくまでも手段的な意味においてなのである。このことから見れば、ミルがたとえば自発的な「奴隷契約」について、その有効性を否定的に捉えているのは矛盾には当たらない。先に挙げたような「未開人」の場合に限らず、「諸々の能力の成熟している人々」に対しても、ミルは無制限の「自己決定権」行使を認める立場には立っていなかったのである。この論理は従って、現代における「パターナリズム批判」の根拠として援用するにもふさわしくない。

以上で、「自己決定権」の歴史的起源とされるジョン・スチュアート・ミルの思想が、実際には現在における「自己決定権論」「パターナリ

ズム批判」とは結びつき得ないことを示した。従って以下においては、より具体的な文脈に則して、現代における「自己決定権」論と、「危険な行為」「パターナリズム」との関係について論じることにする。その際まず、個人の自らにとって「危険な行為」への従事が憲法上の「権利行使」とみなされるか否かを論じる前提として、「他人に」影響を及ぼす行為の性質について論じておきたい。そうした行為のうち、殺人や傷害といった行為が法的規制を受けることは通常自明とみなされるので、ここで論じるのは、他人に「迷惑をかける」という曖昧な言葉で総称される行為群である。この作業を行うことによって、筆者の考える権利概念を明確に規定することができるからである。

3. 「自己決定権」概念と「危険な行為」「パターナリズム」

①「他人に迷惑をかけない行為」と「自己決定権」

最近の日本では、「自己決定権」を憲法上の基本的人権として認めようとする立場が優勢であるが、この立場からはおおむね、「他を害しない」「他人に迷惑をかけない」行為については法的禁止・規制の対象とできないという結論が導かれる。特に、「自己決定権」を「一般的自由権」と位置づける場合にはその傾向が強い⁴⁰⁾。しかしながら、このような結論は決して自明のものではない。「家の中で自分の爪を切る」といった行為を別とすれば、およそ人間のほとんどの行動は他人に影響を与えるものである。

具体的に言えば、たとえば「路上で選挙運動用のビラを配布する」といった行為は、日本国憲法上保護された「表現の自由」という権利の

行使に当たる。しかし、それではこの行為が「他人に迷惑をかけない」行為かと言えば、一概にそうは言えないはずである。自らと政治的見解の異なるビラを押しつけられることは、感覚として「到底我慢できない」と考える人も存在するかも知れない⁽⁴⁾。つまり、こうしたビラ配付が憲法上の権利として保護されるとみなすことは、ビラ配付がある程度「他人に迷惑をかける」要素を含んでいたとしても、それを承認するという意味を含んでいる。

この説明に対しては、必ずしも納得できないという人もいるだろう。選挙運動用のビラを配布することは、「他人に迷惑をかける」行為には当たらないのではないか、という批判が考えられる。政治的見解の異なるビラを押しつけられることに怒るのはいわば「過剰反応」であり、「正当な」感情ではない。また、いずれにせよこうした感情は「精神的苦痛」であって、肉体的な危害を加えられているのではない——こうした反論である。

だが、このような反論は必ずしも妥当ではない。名誉毀損やプライバシー侵害などの例を挙げれば明らかなように、現在の法体系では「精神的苦痛」に対しても法的救済が与えられているし、またそのことは直観的にも妥当である。

従って、政治的な「表現の自由」が最大限尊重されるべきであるという立場（通説の「二重の基準」論においても前提となっている認識）をとるならば、選挙運動用のビラ配布については、それが自分にとっては「迷惑」にあたる行為であっても受忍するべきだということになる。しかしその一方、名誉毀損やプライバシー侵害に当たる表現については、それは受忍限度を超えた「迷惑」をもたらすものとして、被害

者に法的救済が与えられるという論理になるのである。つまり、「いかなる『精神的苦痛』ならば法的救済が与えられる『迷惑』とみなされるのか」という判断はケースバイケースとはいえず、「精神的苦痛」がここで言うところの「迷惑」にあたるという認識は当然の前提となっているのである。ある行為が他人にとっての「迷惑」にあたるかどうかという基準線は、「肉体的苦痛」と「精神的苦痛」との間に引かれているのではない。

上記のことから、「他人に迷惑をかける行為か否か」という基準は、その行為が権利の行使として法的保護を受けるかどうかの判断基準としては妥当でないことが明らかになる。先に述べたように、密室の中で行われる個人的な行為を除き、およそ人間の行為はほとんどが「他人に迷惑をかける」可能性を含んでいるからである。

かつて立岩真也は、「自己決定（権）」という言葉のもとに主張されてきたことの多くは、実は『迷惑をかける権利』だったのだとも言える」[2000: 17—18]と述べたが、この指摘は妥当である。もっと一般化して言えば、ある行為が正当な権利の行使として認められるということは、その行為によって他人に「ある程度の迷惑をかけることが認められる」ことを意味すると考えるべきである。誤解を恐れずにあえて断言すれば、「権利」とはすなわち、「他人にある程度の迷惑をかける権利」のことなのである。これは言うまでもなく、「自己決定権」を「権利」として承認する通説的議論とは異なる考え方である。

ここで、「権利」という概念について、最低限の一般的定義をしておこう。日常用語として

の「権利」を、最も短い表現で置き換えるならば、それは「正当性」ないし「正当な利益」といった表現となろう。具体的に言えば、たとえば「我々には『表現の自由』という権利がある」という文章は、「我々には自由な表現を行う『正当性』がある」とも、あるいは「我々には『表現の自由』という『正当な利益』がある」とも言い換えることができる¹²⁾。

しかしここで問題となるのは、「権利」という用語は「正当性」ないし「正当な利益」という用語と互換性があるとして、その具体的な意味内容である。法的に「正当性」「正当な利益」が認められるとは、どのような実際の効果が発生することを意味するのか。

筆者は端的に、ある行為が「権利」の行使として認められる（その行為について「正当性」「正当な利益」が認められる）とは、その行為について法的に不利な取り扱いを受けず、かつ道徳的な非難を受けないことを意味すると考える。もちろん「権利」と言っても様々な種類があり、その性質も一様ではない。たとえば、個人が選挙権を行使したり、生存権的な権利を行使する場合には、国家がそうした権利行使を財政的に支援するという事態も考えられよう。しかし、政府批判のビラを配布するといった権利については、国家がそのような支援をすることは考えられないし、それを要求することが妥当であるとも言えないだろう¹³⁾。あらゆる権利がその行使について国家からの「後押し」を受けられるわけではもちろんない。しかし少なくとも、「権利」という言葉が用いられるからには、「権利」の行使に当たる行為を、ただその行為に踏み切ったという理由で法的・道徳的に非難することは正当でないと解すべきである。

この定義は、逆の見方をすれば、ある行為が「権利」と認められるための条件について高いハードルを課しているとも言える。「一般的自由」としての「自己決定権」を承認する立場からは、おそらく全く逆の結論が導かれるだろう。たとえば彼（女）らの立場からは、「麻薬を服用する自由」も「自己決定権」の一環として権利性を認められることになるかもしれない。しかしその場合でも、「麻薬を服用する」ことについての道徳的な非難まで排除する趣旨ではないだろう。「自己決定権」論の多くは、いわゆる「法と道徳分離論」と少なからぬ親和性を持っているが、その立場から、たとえ道徳的に非難される行為であっても「自己決定権」の行使として認められる余地があるとされるのである。

しかしながら、一見自由主義的に見えるこの立場には、思わぬ落とし穴が潜んでいる。ある行為が「正当な権利行使」として認められるためのハードルを低く設定するところから、そうした権利行使について、本人が何がしかの「責任」も引き受けるという論理構成になりやすい。そしてここから生じてくるのが、いわゆる「自己決定・自己責任」論なのである¹⁴⁾。しかしこの問題については後述することとし、次項では、「危険な行為」について議論する上で前提となる事柄について論じたい。

②国家・社会によって必要とされる「危険な行為」をめぐる問題

「危険な行為」について、人権論の立場から議論する場合、その中心は「本人の生命・身体への著しい危険を伴う行為」に置かれざるを得ない。ある行為が、「他人」の生命・身体への著し

い危険を伴うなら、その行為が禁止・規制されるのは当然のことと考えられるからである（自殺幫助や安楽死などのケースについては、ここでは脇に置く）。

それでは、「本人の生命・身体への著しい危険を伴う行為」一般について、それを禁止する権限が国家にあるかどうかについて論じてみよう。およそ人間の行う行為は、多かれ少なかれ「危険」の伴う行為である。屋外に散歩に出れば、突然頭上から飛行機が墜落してくるかも知れない。野球見物に行けば、スタンドに飛び込んできたホームランボールが頭に当たって、命を落とすかも知れない。一方、家の中にとどまって動かなかったとしても、地震で家が潰れたり、突然ブルドーザーが飛び込んでくることがないとは限らない。すなわち、およそ人間が生きている限り、常に生命に対する危険は存在するのである。従って、国家が「危険な行為」（以下、「危険な行為」とは「本人の生命・身体への著しい危険を伴う自発的な行為」を指す）の全てを禁止することは、そもそも不可能であると言わざるを得ない。万一、国家がそのような試みを行おうとするなら、それは権力の過剰な行使とプライバシー侵害を伴うことになる。

一方、個人が「確実に自らの生命が失われる行為」に及ぼうとする場合、それを防止する権限が国家にあることは疑いない。崖から飛び込もうとしている人がいて、そこに警察官が通るかかった場合、警察官にはその人を助ける義務が生じる。国家やその機関である警察は、「犯罪行為」の結果として誰かの生命が危険にさらされる場合にのみ、その権限を行使する存在ではない。自殺それ自体は刑法上の犯罪ではないが、筆者が別稿で論じたように、国家の介入を

阻む「死ぬ権利」が存在するわけではない。

従って、議論の対象となる問題は、国家が「危険な行為」のどこまでを規制でき、どこからは規制できないのか、その範囲である。このジレンマを解決する最も単純な方法は、一切の判断を立法府における「多数決原理」に委ねることである。個人の「危険行為」への規制のあり方は、そもそも憲法・人権理論が関与するものではないと考えれば、これも一つの解決策ではある。しかし当然ながら、この方法は実質的に国家権力の無制限な行使を許すことになる。いわゆる「平等原則」「比例原則」について考慮すべきことはもちろん、「危険な行為」の規制について、何らかの実体的な基準を示す必要がある。

ここで押さえておかなければならないのは、個人によって行われる様々な「危険な行為」の中に、それが行われることを国家・社会の側が「望ましい」と考えているものが多々あるということである。その例を挙げることは難しくない。まず思いつくのは、警察や消防機関などの構成員が日常業務として行う活動である。こうした機関の構成員は、通常自由応募によって選抜され、時には高度の肉体的危険を伴う業務を行う。むろん、その業務には「他人に」危険を及ぼす可能性も多々存在するが、本来的な目的は他人の生命・財産を保全することであり、そのために「自ら進んで」自分自身の生命を危険にさらすのである。その意味で、明らかに本論文でいう「危険な行為」の範疇に該当する（言うまでもなく、日本の自衛隊や、徴兵制をとらない国家の軍隊も、この分類に当てはまる）。

上記の例は国家機関のものであるが、純粋な民間の活動・私的活動であっても、国家・社会

から求められている「危険な行為」は多数ある。たとえば建築現場での肉體労働は、転落による大怪我をはじめとする様々な危険が存在しているが、誰かがそれに従事しなければ、いかなる建物も新築できないばかりか、欠陥住宅を建て直すといったことすらも不可能となってしまう。あるいは、健康上大きな悪影響をもたらすことが予想される、工場現場での労働などもそれに当たるだろう。もちろん、そのような悪影響が科学的にも明白であれば厳格な法的規制が必要であることは当然であるが、それでも健康上の影響を皆無にすることが不可能なのは明らかである。その他、飛行機の乗務員・スタントマン・警備員など、類似の例はいくらでも思いつく。

上に挙げた「危険な行為」の例は、すべて「職業」として遂行されるものであった。市場原理の下であれば特に、「職業」とは一定の社会的需要があって初めて成立する。その意味では、「職業」的なものが「危険な行為」の代表例となるのは当然なのだが、社会から「求められる」この種の行為は他にもある。たとえば、我々は食品添加物や「遺伝子組み換え」など様々な懸念があるにもかかわらず、しばしば市販の食物を口にする。多くの人が「自発的に」そうすることによって、農業界や食品業界の安定した存続が保たれているのである。また、自動車による交通事故の危険性は誰もが知っていることであるが、多くの人がそれを恐れて自動車の利用を避けるようになれば、自動車業界のみならず、業務上で自動車に依存している無数の企業が恐慌状態に陥ることだろう。

ウルリヒ・ベックは、現代社会はこれまでの「産業社会」から「危険社会」に移行しつつある

とし、「産業社会」では「富の分配」が問題となってきたのに対して、「危険社会」では「危険の分配」が主要な問題としてクローズアップされると論じた。また、「貧困は階級的で、スモッグは民主的である」[1998: 51]として、危険社会における「危険」は、社会におけるあらゆる階級・あらゆる社会的集団に、等しく襲いかかるとしている。しかしベックは同時に、「世界は等しく危険状況に曝される。しかし、それだからといって、危険に巻き込まれた場合、その内部で新たな社会的不平等が生まれていることを隠すことはできない。……世界的に見ると、危険社会の無産階級の居住地は、第三世界の工業地帯にある煙突の林立した場所や、精錬所や化学工場の近辺へ移動している」[1998: 60]とも指摘している。「無産階級の居住地」も通常、無産階級を構成する個々の人々が「自発的に」決定しているが、そこには結果として、「危険の分配における不平等」が生じているのである。

ベックの「危険社会」において主に念頭に置かれているのは、原子力発電所における大事故の危険などを初めとする、公害・環境問題である。こうした「危険」に関しては、たしかにある程度、「スモッグは民主的である」（危険があらゆる人々の上に襲いかかる）という指摘も成立し得るであろう。それでも、「危険の分配における不平等」を完全に排除することはできない。それに対して、先に述べたような、「職業」として遂行される種類の「危険な行為」については、その危険が貧困層など特定の社会的階級に集中して「分配」されることになる可能性は非常に高いといえるであろう。もちろん、生命・身体への多大な危険を伴う職業の中にも、権力や社会的威信が高いものは存在し、その場

合にはこうした不平等は生じにくい（幹部候補生の軍人や警察官、あるいは飛行機の乗務員などがこれに該当するであろう）。とはいえ一般的には、精神労働よりも肉体労働の方に貧困層などの「自発的」希望が集中するという傾向は明らかであり、その結果として「危険の分配」における不平等が固定化する。そして、その種の「危険な行為」はしばしば、国家・社会によって必要不可欠なものとみなされているのである。

それでは、もし仮に、これらの「危険な行為」に自発的に従事する人々を、社会が「調達」できなくなった場合は、いかなる事態が生じるのであろうか。その場合、まず考えられるのは、これらの行為に職業として従事することについて、報酬を著しく引き上げることである。もしそれでも効果が不十分であれば、マスメディアや政府機関を動員した大規模な宣伝・世論工作を行い、これらの「危険な行為」についての社会的イメージの向上を図ることも考えられるだろう。大抵の場合は、これらの方策によって、「危険な行為」に従事する人々を確保することができると考えられる。しかし、もし確保できなかった場合、国家や社会はどのような対応が許されるのだろうか。

日本国憲法第18条には、「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」と規定されている。この条文には、「危険な行為」については言及されていないが、特に「苦役」の内容を具体的に想定した場合、国家が個人に「危険な行為」を強制することは許されない趣旨を含むと解釈できる。こうした憲法条文の趣旨、また道徳的直観からも、たとえ

「国家や社会にとって必要な『危険な行為』」であろうと、それを「強制」することは許されないという結論を導くことは難しくない。そうした強制の最も典型的なものは「徴兵制」であるが、「徴兵制」は日本国憲法下において、先の第18条や第9条（戦争の放棄）の趣旨から禁止されているものと考えられる。

しかしここで困難な問題が生じる。まず第一に、「『危険な行為』を『強制』することは認められない」と言葉の上で定義することは簡単であるが、現実には「自発的な行為」と「強制された行為」の間に線を引くことは難しいという問題である。たとえば、ある建設会社に個人が入社することは個人の「自発的」な意思に基づくとしても、個々の業務の性質によっては、その業務への従事を拒否したいという希望を持つかも知れない。しかしその場合でも、会社は業務命令で、その個人に当該業務への従事を命令するかも知れない。もちろん、その場合でも、個人は会社を退職することでその命令から逃れることはできるし、その意味では「自由」である。だが、その意味での「自由」なら、たとえばアメリカ奴隷制下の黒人にも存在したのであり（多大な危険を伴うとはいえ、奴隷主の下から逃亡し北部に移住するという選択肢はあった）、「逃亡の自由」があるからといって命令への服従が「自発的」なものであると考えることはできない。また、単純に高い報酬によって「危険な行為」への従事を選択する個人にしても、もし極度の貧困に悩まされていて、何らかの事情で他の職業に従事する選択肢がないなら、その選択は限りなく「強制」されたものに近付くことになる。また、第二の問題として、仮に完全な「自発的」意思に基づく「危険な行

為」への従事という状況を想定したとしても（もちろんそうした状況はあり得るし、現に存在しているに違いないのだが）、その行為に伴う「危険性」が一定のレベルを超えるなら、そうした行為は規制されるべきではないかというものがある。

そして、ここで触れておきたいのは、刑法理論の分野で行われてきた「許された危険」「社会的相当性」、あるいは「危険引き受け」に関する議論である⁽⁴⁶⁾。これらの議論を分析することで、「危険な行為」を単純に「自発的」なものとして承認することの問題性が浮かび上がるからである。そしてその問題性は、「自己決定・自己責任」論にも通底している。

③「許された危険」論の問題性と「自己決定・自己責任」論

「許された危険」という考え方は、19世紀後半～20世紀初めのドイツにおいて、危険な企業活動や医療行為・スポーツ活動などを念頭に、特に過失犯における処罰範囲を限定しようとする考え方として登場した。その背景には、折から進捗しつつあった工業化・産業化の流れがあったとされる。前田雅英[1982]によれば、この時点での「許された危険」の理論は法益衡量的観点を基盤としたものであったが、ナチス・ドイツ時代のヴェルツェルの議論に至って、「許された危険」の理論と、「社会的相当性」論（あるいは「行為無価値論」）との結びつきが生じた。ヴェルツェルは、危険な企業活動などの類型に加えて、「戦場で敵を殺す兵士の行為」なども一括して「社会的相当行為」とし[前田1982: 222]、これらの行為は社会的に有用・必要な行為であるから、その結果法益侵害が生じ

たとしても処罰を限定すべきだとしたのである。その理論には、「法益」論そのものを個人主義的・自由主義的思考の残滓として批判する、ナチス政権の全体主義的思考が反映していた。

こうした「許された危険」、あるいは「社会的相当性」論の考え方は戦後の日本でも一定期間影響力を持ち、特に医師の治療行為について、刑法上の処罰の対象とすることを避ける理論的根拠として用いられた。こうした傾向は、「昭和40年代以降、薬害事犯や公害事犯の多発、そして科学技術の進歩・発展への安易な信頼感に陰りが生ずると共に、過失責任の追及を強めようとする動きが生じた」[前田2001: 12] ことによって下火となった。しかし、スポーツ事故などにおける被害者の「危険引き受け」を、犯罪成立の阻却理由とする考え方の中に、類似の論理が見受けられるように思われる。なお、この意味での「危険引き受け」の論理を認めたとして話題となった判決に、ダートトライアル事件判決（注46参照）がある。

上記の議論は刑法上のものであり、人権理論の観点から「危険な行為」について論じる本論文の趣旨と、直接につながるものではない。しかし、個人の生命・身体に危険を及ぼす可能性のある一連の行為群を「社会的に必要」なものとし、そうした行為に「自発的に」従事し「危険を引き受ける」個人の出現を歓迎する思考が、国家・社会の利益を個人の利益よりも重視するイデオロギーと親和性が強いことを読み取ることはできる。すなわち、個人の「危険な行為」への従事を「自己決定権」の行使として歓迎する議論は、究極の形において、全体主義思想と結びつく危険性を否定できないのである。

こうした論理的帰結は、意外なものと感じられるかもしれない。通常、個人の「自己決定権」を最大限認めるべきと考える議論は、究極の個人主義的立場を表明したものと解釈される場合が多いからである。しかしこのことは、現在なされている「自己決定権」論と、それと不可分とされる「自己決定・自己責任」論を正面から分析することによって、意外な結びつきではないことが明らかになる。

筆者は本節第1項において、ある行為が「権利」の行使として認められるとは、「その行為について法的に不利な取り扱いを受けず、かつ道徳的な非難を受けないこと」を意味すると規定した。この観点に立てば、もし「自己決定権」を日本国憲法上の「権利」として認める場合、「自己決定・自己責任」を一体のものとして語ることはできないはずである。たとえば、「表現の自由」や「拷問を受けない権利」といった「権利」を行使することについて、本人がその結果についての「責任」を負うべきであると強調されることは少ない。従って、もし「自己決定権」が、これらと同様の「権利」として認められるなら、その行使について「自己責任」が伴うと主張することは不自然である。

もちろん、「表現の自由」のような権利についても、それを「他人の権利を侵害しない」範囲で行使する義務が伴うのは当然である（「名誉毀損」や「プライバシー侵害」といった結果をもたらせば、それについての法的「責任」を負わなければならない）。しかしそれは、基本的な権利は万人に平等に保障されるべきという前提から生じる、あらゆる権利についての内在的制約である。本論文で問題にしている「危険な行為」のように、「本人自身」について危険をもた

らす「自己決定権の行使」については、そうした議論は当てはまらないはずである。また、たとえば反政府的な「表現の自由」を行使したことにより本人が政府から有形無形の「迫害」を受けることはもちろんあり得るが、そうした「迫害」は理念的には不当なものである。「表現の自由」の行使に当たって、本人がそれに伴う不利益を、自らの「責任」として当然引き受けるべきという論理は成り立たない。

従って、「自己決定権」論者が「自己決定」と「自己責任」をしばしば対のものとして語ること自体が、逆説的にも、「自己決定権」が憲法上の権利とはいえない（あるいは、少なくとも「表現の自由」や「拷問を受けない権利」と同レベルの重みを持つ権利ではない）ことを示していると言い得るのである。こうした矛盾についての直観的認識があるからこそ、「自己決定・自己責任」という言い回しは成り立っても、「自己決定権・自己責任」という言い回しは存在しないのではないだろうか。そして、しばしば「自己決定権」の行使と位置づけられる個人の「危険な行為」についても、個人に「危険な行為」に踏み出す憲法上の「権利」が存在するわけではないと言わねばならない。もちろん、「権利行使」に当たらないからといって、国家が無制限にはそうした行為を規制できないのは繰り返し述べた通りであるが、その基準については後述する。

ここで述べた趣旨を裏付けると考えられるのが、2004年のイラクにおける日本人質事件の際に起こった「自己責任」論である。これまで通常、「自己責任」は「自己決定」とセットにして語られるのが常であったが、この場面では「自己責任」のみが前面に押し出された。しかし

このことは、「自己決定・自己責任」論が本来の趣旨を離れて誤用されたものと解釈されるべきではない。これまで繰り返し述べてきたように、個人が「危険な行為」に従事することが称揚されるのは、その行為が国家・社会によって「必要とされている」場合である。「自己決定・自己責任」論は、そうした行為に「自発的に」従事するという個人の決断に「自己決定」として高い価値付けを与える一方、その結果として本人に現実の被害が生じた場合には、「自己責任」というキーワードによって救済の必要性を低く見積もろうとする機能を果たして来た⁴⁷⁾。

しかし、イラクにおいて人質となった人々は、日本政府や主流社会にとって必ずしも望ましくない「危険な行為」、すなわち反戦的なジャーナリズムやボランティア活動に従事していた。そのことから必然的に、「危険な行為」への従事を称揚する機能を持つ「自己決定」という言葉は使用されず、救済の必要性を否定するための「自己責任」という言葉が前面に押し出されたものと思われる。しかし客観的に見れば、戦場におけるジャーナリズム活動もボランティア活動も、生命・身体に大きな危険が伴うが、誰かが「自発的に」従事しなければ大きな問題が生じる種類の行為である。特に前者は明白な「政治的自由」の行使であり、後述するように、国家による介入が望ましくないと考えられる数少ない「危険な行為」と言って良い。だからこそ、日本国内では非難された人質たちの行為が海外では賞賛されるというギャップが生じたのである。

このことから分かるように、個人の「危険な行為」が肯定的に評価されるかどうかは、結局のところ国家・社会の政治的価値観に依存す

る不安定なものである。そして、「危険な行為」への従事を個人の「自己決定権」行使として承認しようとする議論も、結果としては、国家・社会が必要とする「危険な行為」への従事者を、その結果の負担を本人に押し付けつつ確保しようとする要請に応えるものであった。次項では、「危険な行為」について、パターナリズムに基づく介入が正当化される基準を簡単に示したい。

④パターナリズムに基づく規制が正当化される基準について

これまでの論述から、個人の「危険な行為」については、それが自分自身にとってのみ危険である場合でも、法的な規制対象とすることが可能であることを示した。つまり、いわゆる「パターナリズム」に基づく国家の介入が認められ得るということである。

「パターナリズム」については様々な定義があるが、ここでは「ある人の利益を保護するという理由で、他者に不利益を与えることのないその人自身の行為について、国家や他の個人・団体が介入すること」と定義する。本人自身の、あるいは社会の道徳的向上・墮落防止を目的とした介入を指す「リーガル・モラリズム」とはもとより区別される。なお、概念上「パターナリズム」と「パターナリスティックな介入」とを区別する議論があり、そこでは前者が意味内容に正当化の契機を含むものとされるが〔竹中勲 1998〕、ここでは価値中立的な概念として「パターナリズム」という用語を使用したい。

一言で「パターナリズム」といっても、その中には様々な種類・内容のものが含まれており、論者によって異なった分類がなされてい

る。特に重要だと考えられるのが、「強いパターンナリズムと弱いパターンナリズム」の区別である。花岡明正は、「干渉（あるいは介入）される本人に判断能力がない、あるいは十分な判断能力がない場合に、干渉（介入）することを『弱いパターンナリズム』という。本人に十分な判断能力がある場合でも、干渉（介入）することを『強いパターンナリズム』という」と定義している[1997: 34]。この定義では「判断能力」が問題となっているが、たとえば判断に必要となる情報が不足している場合や、判断の基礎に事実誤認がある場合に介入することも、広い意味での「弱いパターンナリズム」に含まれるであろう。

ほとんどの論者は、「弱いパターンナリズム」については、程度の差こそあれ基本的に容認され得ると考えているようである¹⁰⁸。それは、判断主体が子どもや認知症老人である場合には当然であるが、必ずしもそればかりではない。たとえば「自殺」について、それが鬱病によるものである場合など、本人の「真の」意思に由来するものでないと考えられる場合には、その決断に介入することは認められるとする議論が圧倒的である。また、ある食品に有毒な食品添加物が含まれているが、食べようとしている本人はそのことを知らなかった場合に、事実を知る他者が介入することも、「弱いパターンナリズム」の一種として広く承認されるであろう。

しかし、本人に十分な「判断能力」と判断の基礎となる情報が与えられている場合には、その決断に介入することは「強いパターンナリズム」として常に排斥されるべきであろうか。前項までの記述から明らかなように、筆者はそうは考えない。端的に、「強いパターンナリズム」に基づく介入が認められる場合があると考える。

その基準は、大雑把に言って、以下のようなものである（「個人の行為」が通常の意味で「自発的」になされていることが前提である）。

(a)個人の行為が、確実に本人の死をもたらすと考えられる場合、その行為の目的が意識的な自死を目的としているかいないかに関わりなく、「パターンナリズム」に基づく規制・禁止は国家の義務となる。

(b)個人の行為が、高い確率で本人に生命・身体の危険をもたらすと考えられる場合、その行為が本人の「権利行使」に当たると考えられるときを除き、「パターンナリズム」に基づく規制・禁止は国家の義務となる。

(c)個人の行為が、高くはないレベルの確率で本人に生命・身体の危険をもたらすと考えられる場合、その行為が本人の「権利行使」に当たるか、他の個人の「権利行使」と不可分と考えられるならば、その行為を基本的に承認すべきである（ただし、生命・身体への危険を最小限とすることを条件とする）。それ以外の場合は、政策判断に基づき、国家は「パターンナリズム」に基づく規制・禁止を行うことができる。

上記の基準のうち、(a)については特別の解説は必要ないであろう。(b)の場合、「本人の『権利行使』に当たると考えられる」行為として考えられるのは、たとえば戦場における取材活動といった行為である。この行為は「表現の自由」という重要な政治的権利の行使であり、こうした権利の行使は国家によって恣意的に制約されるべきではないからである。もちろんこうした場合でも、可能な限り、国家は本人の生命・身体の安全に配慮しなければならない。

そして(c)については、たとえば映画撮影におけるスタントマンの使用や、ルールの確立されたスポーツ競技などの場合を想定している。映画撮影をスタッフや出演者の「表現の自由」という権利の行使と見るならば、それと不可分なスタントマンの使用も、厳格な安全性確保という条件が満たされるなら、国家の介入すべき事項でないと考えられる。またスポーツ競技についても、競技者の「スポーツを行う権利」・観客の「スポーツを観戦する権利」が仮に「権利」として認められるなら、同様の論理が成立する余地があるだろう。ただし、後者の権利性は「表現の自由」のそれほど明確でないので、たとえばボクシング競技のような危険性の高い競技については、規制が正当化されやすいと思われる。

上記の基準はあくまでも試論的なものであるが、「危険な行為」についての考察を締めくくりに当たり問題提起として示すこととした。憲法上、「危険な行為」に踏み出す個人の「自己決定権」が存在するわけではないが、「危険な行為」への規制が無制限に認められるわけでもない以上、何らかの具体的な基準が必要だからである。この基準については、今後も考察を深めたい。

[投稿受理日2006. 5. 26/掲載決定日2006. 6. 8]

注

- (1) 山田卓生は[1987]の第Ⅱ部で、「ヘルメットとシートベルト」「有害承知の喫煙」「危険への接近」「登山と遭難救助」などを論じている。
- (2) この定義は、憲法学上の議論で言えば、「自己決定権」を「一般的自由権」とみなす説についてあてはまる。憲法上保護される「自己決定権」を、個人の人格的生存に不可欠な権利に限定する「人格的自律権」説に立てば、登山の自由や薬物使用の自由といった「危険な行為」の多くは、「自己決定権」の範疇に入らないとみなされる可能性が高い。しかし、現在の日本で「自己決定権」という言葉が用いられる文脈は、「一般的自由権」のニュアンスであることが多い。本論文も、そうした文脈で行われる「危険な行為」についての議論を意識したものである。
- (3) 「危険社会」については、古典的名著としてウルリヒ・ベック[1998]がある。また、ここで述べた意味での「リスク」については金森修[2002]・小島寛之[2002]を参照。
- (4) 現実には、「自己決定・自己責任」論の内容は論者によっても異なり、また曖昧な部分が非常に多い。「自己決定」と「自己責任」との関係について、両者が必然的に結びつくものではないことを示唆した論考に、瀧川裕英[2001]がある。また注意すべき点として、「自己決定・自己責任」という語の連結が、なぜ「自己決定権・自己責任」ではないのかという問題(「権」の有無)があるが、これらについては後に論じる。
- (5) 「バタナリズム」という概念の様々な定義・分類については、花岡明正[1997]・中村直美[1982]など参照。「バタナリズム」と憲法学との関係について論じたものとしては、竹中勲[1998]。「バタナリズム」は、それが個人の自律を実現・補完する機能を持つ場合に正当化され得ると論じるのは中村[2003]。一方、「バタナリズム」と「自律・自己決定」とを対照的なものとする通説に対し、「その人の存在を認める」という立場を採用するならいずれもが認められる場合があるとするのは、立岩真也[2002]。
- (6) 哲学的・社会学的観点から見た、「自己決定権」概念への批判は、平岡[2003]において既に行っている。その趣旨は、「被抑圧者」(女性・子ども・患者など)の「自己決定権」要求とされてきた内容は、かなりの部分「平等な(より多くの)選択の自由」への要求として説明でき、その説明の方がデメリットが少ないのではないかということであった。本論文ではこうした認識を前提に、より「危険な行為」や「バタナリズム」に関連する論点を意識した記述を行う。
- (7) この定義から明らかなように、一般に「自己決定権」の問題とされている問題のかなりの部分

は、実際には「当事者（間）決定権」と呼ばれるべきものである（売る側と買う側の両方がいなければ成立しない「売買春」の問題が典型例である）。本論文では便宜上、一貫して「自己決定権」という用語を用いるが、上記の認識は立論の前提となる。

- (8) たとえば、山田 [1987: 4-5]。
- (9) ミルには、東インド会社での勤務経験がある。
- (10) この点については、注(2)参照。
- (11) 折しも近年の日本で、政治的なビラ配布などの行為について、厳格な取り締まりがなされるケースが増えつつあるのは周知の通りである。そうした取り締まりはしばしば、たとえばビラを戸別配布される住民にとっての「迷惑」を根拠として、正当化される。しかし筆者の立場では、こうした行為は政治的な「表現の自由」の行使として、憲法上最も強く保護されるべき行為ということになる。
- (12) 笹澤豊は、日本における「ライト」の訳語としての「権利」の成立過程を詳細に分析し、「〈ライト〉が『正しさ』や『正当性』という意味を中核に持つ語」であるとしつつも、「国語辞典の説明にある『利益』や『力』は〈ライト〉のもともとの意味には含まれていない概念」であるとしている [1993: 22-23]。とはいえ、ロックの自然権概念やそれに影響された各国の自然権思想が、ある時期まで「土地に対する権利」や「債権者の権利」を重視していたことから見て、*「ライト」の語にしばしば「利益」のニュアンスが含まれることは否定できまい。*
- (13) ただし、この論理も慎重に適用されなければならない。たとえば現在の政党助成金という制度は、政府批判を行う野党に対しても平等に適用されるのが当然である。
- (14) 後述する「イラク人質事件」の問題を踏まえつつ、「自己決定・自己責任」をめぐる理論問題を扱ったものとして、中島徹 [2005] 参照。ただし中島も、自己決定権を憲法上の権利として承認する立場をとっており、また「自立も自己責任も、抽象的に理解する限り、われわれの社会の構成原理として間違っていない」としている [2005: 23]。あくまでも、現在なされている「自己決定・自己責任」論が社会保障制度の解体に利用されて

いることを問題視している。

- (15) 平岡 [2005] 参照。また、ここで挙げた単純な例のみから見ても、「パターンナリズム」を全否定することは不可能であることが分かる。
- (16) 「許された危険」という概念の歴史については、篠田公穂 [1986] を参照。「社会的相当性」論について肯定的立場に立ち、「可罰的違法性」の理論を積極的に主張したものとして、藤木英雄 [1975] などがあり、それに対する批判として前田雅英 [1982]。また、いわゆる「ダートトライアル事件」判決（千葉地判平成7年12月13日）に関連して「危険引き受け」を論じたものとして、山口厚 [2003]・須之内克彦 [2003] など。
なお前田は、薬害エイズ帝京大病院事件の東京地裁における無罪判決（東京地判平成13年3月28日）を、「許された危険」の理論を復活させたものとして批判的に論じている [2001]。
- (17) 小松美彦は、イラク人質事件に関連して、いわゆる「自己責任」論批判の中に「自己責任を負うためには自己決定が下されていなければならない」という論調があったことを批判している [2004: 12]。しかしその趣旨は、「自己決定権」論と「自己責任」論との結びつきを必然的なものと捉えた上で、「自己決定権」の強調がむしろ個人の「自己決定」を抑圧するという認識から、「権利」としての「自己決定権」を批判するものである。「自己決定」を仮に「権利」として捉えるなら、むしろ「自己責任」論は排斥されるはずだという本論文の趣旨とは異なる。
- (18) 中村直美の、「自律の実現・補完のパターンナリズム」が正当化され得るという立場も、筆者としては「弱いパターンナリズム」を容認する議論の一種と解釈している。なお中村は「自殺」について、「自殺（自死）の意志は、極めて限られた状況を除けば、それが深刻で持続的なものほど、病的なものと考えられる」[2003: 287]としているが、病的でなく「真摯な」自殺の意志が存在する場合については、微妙な立場である。

参考文献

- ウルリヒ・ベック、東廉・伊藤美登里訳 1998『危険社会』法政大学出版局 472p
- スーザン・メンダス、谷本光男・北尾宏之・平石隆

- 敏沢 1997『寛容と自由主義の限界』ナカニシヤ出版 269p
- ジョン・スチュアート・ミル, 塩尻公明・木村健康 訳 1971『自由論』岩波文庫 288p
- 金森修 2002「生命とリスク……科学技術とリスク論」『談』no.67 13-32p
- 川本隆史・花崎皋平(対談) 1998「自己決定権とは何か」『現代思想』26巻8号 44-56p
- 小島寛之 2002「自己責任とは何か……リスクを売買する社会の中での個人」『談』no.67 89-111p
- 小松美彦 2004『自己決定権は幻想である』洋泉社新書 222p
- 笹澤豊 1993『〈権利〉の選択』勁草書房 242p
- 篠田公穂 1986「許された危険の理論についての一考察」『刑法雑誌』27巻2号 293-314p
- 須之内克彦 2003「スポーツ事故における同意と危険の引受け」渥美東洋他編『刑事法学の現実と展開 齊藤誠二先生古稀記念』信山社 103-119p
- 瀧川裕英 2001「『自己決定』と『自己責任』の間—法哲学的考察」『法学セミナー』No.561 32-35p
- 竹中勲 1998「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」米沢広一他刊行代表『現代立憲主義と司法権 佐藤幸治先生還暦記念』青林書院 167-204p
- 立岩真也 2000『弱くある自由へ—自己決定・介護・生死の技術』青土社 357p
- 2002「パターナリズムについて一覚え書き—」『法社会学』56号 166-180p
- 中島徹 2005『憲法の想定する自己決定・自己責任の構造』自由人権協会 30p
- 中村直美 1982「法とパターナリズム」『法哲学年報』1982 37-60p
- 2003「パターナリズムと自律」ホセ・ヨンバルト他編『自由と正義の法理念 三島淑臣教授古稀祝賀』成文堂 273-292p
- 花岡明正 1997「パターナリズムとは何か」澤登俊雄編著『現代社会とパターナリズム』ゆみる出版 11-50p
- 平岡章夫 2003「自己決定権をめぐる批判的考察」『社会学論集』1号 261-273p
- 2005「『死ぬ権利』をめぐる考察—『死の自己決定権』の危険性—」『社会学論集』6号 247-262p
- 藤木英雄 1975『可罰的違法性』学陽書房 238p
- 前田雅英 1982『可罰的違法性論の研究』東京大学出版会 580p
- 2001「予見可能性の内容・程度と許された危険」『研修』637号 3-14p
- 山口厚 2003「『危険の引受け』論再考」渥美東洋他編『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念—』信山社 89-102p
- 山田卓生 1987『私事と自己決定』日本評論社 349p