

# 人間本性による生存権の基礎づけは可能か

## — アラン・ゲワースの道徳的人権論の意義と限界 —

辻 健 太

### 1. 序論

生存権の基礎理論において、生存権を憲法25条と憲法13条に基礎づける有力な見解がある。その代表的論者である菊池馨実は、人格的自律説に依拠して、自律的な諸個人による仮構の社会契約によって社会保障制度が設立されるという説明を、生存権の基礎づけに用いる(菊池 2010: 60)。個人の自律を基調にして福祉国家を基礎づけようとする尾形健も、人格的自律説が想定する、「自己の意思を持ち、かつ一定の理性的な判断をなす能力を有する」「『自律』的な法主体」を念頭に置いている(尾形 2011: 128)。生存権を自律的個人像に基礎づけるこうした見解を、以下では「自律基底の理論」と総称することにした。

自律基底の理論は、生存権の根拠の一つを25条においている。25条は、いうまでもなく社会権の総則的規定と解されてきたものである。これに対して、自律基底の理論が主張するもう一つの根拠である13条は、自由権の総則的規定と解されてきた。イェリネック的な人権体系論を前提とするならば、「国家による自由」である社会権を「国家からの自由」である自由権に基礎づけるのは、本来、容易ならざる業のはずである。自律基底の理論の論者にとってこれが可能であるのは、彼らが、佐藤幸治が提唱する人格的自律説に依拠して、自律的個人像の中でも比較的具体的な人間像に人権の基礎を求めるからである<sup>1</sup>。このことを、佐藤と同じく人格的自律説のパイオニアに列せられる奥平康弘や樋口陽一の議論と対比して、少し詳しく説明しよう。

奥平や樋口は、人権主体として、理性的判断

能力を最低限具えている「一人前の人間」(奥平 1988:137)や、「自立と自律を前提とし、自己決定の結果に責任を負いつつ公共社会をとりむすぶ」「強い個人」(樋口 2007: 54)を想定している。奥平によれば、子供やある種の老人といった、理性的判断能力を必ずしも十全に具えていない者は、「平均的権利としての、あるいは平均的人権でしかないところの『人権』以外の、あるいはそれ以上の権利」(奥平 1988: 139) (強調原文)が保障されるべきことになる。人権享有主体性は、行為を思考し、選択し、計画する能力の有無強弱に依存するとされるからである。樋口によれば、ある主体が人権主体であるためには、その主体が少なくとも「強者であろうとする弱者」でなければならない。弱者のままではいる者の人権主体性を前提としてしまえば、「そこは、権利ではなくて保護の論理の優先する空間」(樋口 1999: 105)となるからである。

奥平や樋口の議論に対して佐藤は、自らの議論が彼らの議論と基本的には同一線上にあるとしながらも、次のように述べ、自律概念の拡張を図る。すなわち、「自律した個人も“挫折する”」(佐藤 1993:29) ことがあり、「十全の自律性ないし理性的判断能力を備えたそうした個人を基本に据えながらも、自律性獲得・維持の過程も射程に入れて『人権』を捉え」、「人間の自律性の獲得・維持・終結にとって重要な社会権は人権として考えるべき」(佐藤 1999: 21) である。

このように佐藤は、自律的個人を苦しみ挫折することがある人間として捉え、自律をその獲得・維持・終結というプロセスとして把握すべきことを強調している。そして、まさにこの言明こそ、自律基底の理論の論者が、憲法13条と25条を結びつけて生存権を基礎づける際の拠り所とするものである(菊池 2010: 14; 尾形 2011: 128)。以下

では人格的自律説の中でもとくに佐藤の人格的自律説を指す場合は、「拡張的自律説」という呼称を用いる。

ところで、自律基底の理論や人格的自律説に対しては、従来、「弱い個人論」とでも呼びうる立場から批判が提起されてきた。この立場の代表的論者である笹沼弘志によれば、自律的個人像を前提にしては生存権を基礎づけることはできない。なぜなら、「自律能力を人権の基礎とする人格的利益説からすれば国家介入の拒否に帰結する」(笹沼 2008:53)からである。生存権を、自由・平等・民主主義・社会連帯を統合する理念と位置づける岩本一郎も、「そこ〔自律的個人像——筆者注〕から導き出すことのできる規範的な含意」は、「かなり薄いものにならざるをえない」として、「生存権が想定する具体的な人間として、社会のなかで相互に依存する関係を前提にしたうえで、その依存関係のなかでもとくに〈傷つきやすい〉人々をモデルにすべき」(岩本 2009:40)だと述べる。

理念的に述べれば、このように、一方に人格的自律説と自律基底の理論を置き、他方に弱い個人論を置いて、権利主体を、抽象的な・強い・自律した個人と見るか、具体的な・弱い・依存的な個人と見るかで、両者の間に対立軸を引くことができる。しかし、生存権の基礎づけに関する現在の学説状況は、自律基底の理論が弱い個人論に近づいてきたこともあり<sup>2</sup>、両説の距離は存外に近い<sup>3</sup>。だが、人格的自律説にとって、人間像は当初よりフィクショナルな構想であって<sup>4</sup>、簡単には弱い個人論に接近できる論理をもってはいないはずである。こうしたなかでの両説の接近は、人格的自律説——正確に言えば、自律基底の理論と拡張的自律説——にとって、権利主体像の特異性——それが規範的な構想であったこと——を自覚させにくくするようにも思われる。

もちろん、「フィクションとしての個人」という定式は、憲法学にとって馴染み深いものであり、今更それを議論の俎上に載せることの意義を訝る読者もいるかもしれない。しかし、本稿が改めてその定式を強調するのは、生存権の基礎づけ論において、権利主体をめぐる議論にある混乱が見られ、結果としていくつかの理論的問題を生じさせていると考えるからである<sup>5</sup>。すなわち、自律基底の理論は、その人間像に対して寄せられた

批判に応答する中で、自律性だけではなく依存性やコミットメントなどの要素を含みこんだ厚い包括的な〈自律的〉個人像を理論の前提に据えていることを明らかにしてきた。その主体像は、現実の人間により近いモデルであるが、しかし、そのような拡張された〈自律的〉個人像を生存権の基礎づけに用いることによって、(1)生存権を基礎づける推論過程が曖昧になり、基礎づけられているのか否かを検証することが著しく困難になっている。菊池が社会契約論のロジックを借りるジョン・ロールズやロナルド・ドゥオーキンは、各人各様の「無知のヴェール」を用いて仮想の社会契約の当事者たちに自他に関する情報を一定程度制約した上で道徳判断を下させたのに対して、菊池は、仮想の契約当事者たちに自他に関するあらゆるナマの事実を直視し、そこから社会保障を規律するルールを引き出すことを求めている。しかし、仮にそのような社会契約で何らかの合意に達することができたとしても、菊池のモデルではその合意がどのような視点から形成されたのかを示す手掛かりがないために、なぜその合意に至ったのかをわれわれが十分に理解し追試することができない<sup>6</sup>。このことは同時に、(2)政策策定に際して尊重されるべきとされる原理原則間を序列づける理論的基礎を、このモデルが欠いていることを意味している。政策論においてもまた、なぜある原理が他の原理に優先されるのかをわれわれが検証することが著しく困難になっており、結局のところ、政策決定者に都合よく政策が決定される可能性を否定することはできない。さらに、(3)人権一般の基礎づけに用いられる主体像の中に依存性を混入させることにより、規範理論のレベルで国家介入を正当化し、樋口の言う「権利ではなく保護の論理の優先する空間」を作り出す理論的可能性がある(辻 2013:314)。

以上の理論的問題はいずれも、生存権の基礎を自律的個人像に求めるとしながらも、実際には自律概念を拡張することによって包括的で具体的な〈自律的〉個人像に生存権の基礎を求めていることに起因する。しかし果たして、自律基底の理論は、そのような〈自律的〉個人像に生存権を基礎づけなければならなかったのだろうか。そもそも拡張的自律説は、生存権の基礎を〈自律的〉個人像に求める必要があったのだろうか。本稿は、こ

うした問題意識を背景に、アラン・ゲワースの道徳的人権論を主な検討の素材にして、ゲワースの道徳的人権論が有している憲法学上の意義と限界を明らかにする。

## 2. なぜゲワースか

本稿の構成を示す前に、本稿がゲワースの道徳的人権論を検討する理由を簡単に示しておきたい。一つは、自律基底の理論の論者が、佐藤の拡張的自律説に依拠して生存権を〈自律的〉個人像に基礎づけて正当化するという方途を採用しており、その佐藤が、ゲワースの道徳的人権論を参照して人権一般の正当化を図っているからである。もう一つは、ゲワース的な人間本性による生存権の正当化が、序論で述べた理論的問題の淵源だと考えられるからである。本節では佐藤のテキストに即して一つ目の理由を説明し、二つ目の理由は第4節以下で詳論する。

すでに指摘した通り、自律基底の理論の論者にとって自由権と社会権の架橋が可能であるのは、彼らが佐藤の拡張的自律説に依拠するからである。佐藤はかつて、憲法13条が自由権の総則的規定と考えられる一方で、25条を社会権の総則的規定とみる事が可能であるから、13条に社会権の性格を併有させる必要はないと述べていた(佐藤 1981:313)。しかし、社会権も「人間の自律性の獲得・維持・終結にとって重要」(佐藤 1999:21)であり、13条が保障する『幸福追求権』から社会権を排除するのは正しくない」と認識を改めるに至る。「いわゆる自由権も社会権も参政権も、かかる『基幹的な人格的自律権』に統合されつつ、そこから派生してくる」(佐藤 1990:405)ものと把握されるようになる。このような認識の転換に影響を与えたと考えられる理論家の一人がゲワースである。

佐藤は、基本的人権の根拠と内実を明らかにするためには、個人と社会・国家とのあり方に関する道徳理論を想定しなければならないと説く。なぜなら、基本的人権とは、ごく簡単には、『人間性』からいわば論理必然的に生ずる権利」(宮沢 1974:77)と定義されるが、そこでいう「人間

性」とは何を意味しているのか、それはなぜ「人権」の根拠となるのか明らかではないからである。人間がただ人間であるという事実に基づいて、「人権」という価値的なものを享有すると主張すれば、事実から価値を引き出す自然主義の誤謬を犯すことになる。自然主義の誤謬を犯すことなく事実と価値を架橋するには、何らかの理論的工夫が必要になる(佐藤 1987b:145-9)。佐藤の問題提起は、当時の日本の通説的人権論が論理的に不確かな基礎の上に立つものであったことをいち早く指摘するものであった。

この問題に関して佐藤が参考にするのがゲワースの道徳的人権論である。ゲワースは、「われわれは、人権が、すべての人間がただ人間である限り有する権利だということを、定義からして当然に真だと想定しているかもしれない。しかし、そのような権利など存在するのか」(Gewirth 1982:41)と問い、「人権が存在すると言えるためには、すべての人間が人間として権利をもち、したがってそれと相関する義務をもつことを正当化する妥当な道徳的基準ないし原理が存在しなければならない」(Gewirth 1982:42)と主張する。佐藤が、このような問題意識を持つゲワースの所論を高く評価し、そこから示唆を得ていると思わせる記述は、佐藤の論考の随所に見られる(例えば、佐藤 1987b:同 1988など)。とくに、「人間の自律性の獲得・維持・終結にとって重要な社会権は人権として考えるべきではないか」と説く佐藤(1999:21)では、ゲワースの著作の参照が明確に求められている。佐藤は、ゲワースの人権論を日本の憲法学の議論に導入することで、人権の道徳的基礎づけの分野で先駆的な理論的寄与をなした。

それでは、ゲワース自身は社会的権利をどのようにして導出するのであろうか。以下、第3節では、ゲワースの道徳的人権論の構造を、主に社会的権利の導出過程に焦点を当て明らかにする。第4節ではゲワースの道徳的人権論の特徴を指摘したのち、その意義と限界を明らかにし、それらを踏まえて日本の憲法学の議論を分析する。そこではとくに、道徳的人権論の憲法学上の意義(4.1)、人間本性に基づく人権の正当化(4.2)、自然主義的人権論の誤謬(4.3)の三点について論じる。これらの分析から示されるのは、ゲワースのように人間が現に有している何らかの属性(人間本性)

に基づいて生存権を正当化しようとする試みは成功していないということである。われわれは、人間本性に人権の基礎を求めるという方途を捨て、自然主義の立場を離れなければならない。最後に第5節では、それまでの議論をまとめるとともに、福祉国家の憲法理論的基礎に関心を寄せる者を取り組むべき課題を改めて指摘する。

### 3. ゲワースの人権論の構造

本節では、佐藤の認識転換に影響を及ぼしたと考えられるゲワースの人権論の構造を、主として社会的権利の導出過程に焦点を当て明らかにする。

#### 3. 1. 行為と理性

ゲワースによれば、道徳哲学的問題に対する決定的で最終的な解答が与えられなければ、最高の道徳原理が正当化されたことにはならない。そしてその解答は、行為概念に理性を適用することによって得られるという (Gewirth 1978 : 21-2)。ここで理性が意味しているのは、演繹論理と帰納論理にのみ従うということである。理性的推論により、ある前提から、論理的に必然的な結論としてある道徳原理が示され、それを否定すれば自己矛盾になってしまう場合に、はじめて道徳哲学的問題に対する決定的な解答が得られることになる。

しかしゲワースによれば、理性のみでは十分ではない。なぜなら、前提が必ずしも真だとは限らないからである。いくら演繹的に推論したところで、真でない前提から得られる結論もまた真ではない。したがって、最高の道徳原理の正当化は、論理に従って形式的必然性を備えるだけでなく、内容においてもまた必然的でなければならない (Gewirth 1978 : 23)。

この道徳原理の内容上の必然性を与えるのが行為である。なぜなら行為は、あらゆる道徳規則に共通する目的だからである。道徳規則は、直接的にであれ間接的にであれ、各人がいかに行為すべきか (あるいはすべきでないか) に関係している。よって、行為概念を理性に従って分析することで、形式論理においても実体的内容においても必然的な、最高の道徳原理が確立されるに至ること

になる。

#### 3. 2. 行為の類的特徴——自発性と目的指向性

ゲワースによれば行為には二つの相互に関連する不変の特徴があり、ゲワースはそれを行為の類的特徴 (the generic features) と名付ける (Gewirth 1978:25)。一つは自発性 (voluntary) であり、これは、行為者が強制されることなくその行為に直接関連する状況を理解した上である行為を選択することを意味している (Gewirth 1978:27, 31-7)。もう一つは目的指向性 (purposiveness) であり、これは、行為者が自らの行為の理由となっているある目的のために行為することを意味している。この目的は、行為それ自体であることもある。注意すべきは、目的指向性は周到に計算された計画やそれを決然と遂行することを意味する目的志向性 (purposefulness) とは区別されるということである。行動が習慣化され、もはや目的がそれとして意識されていなくとも、目的は達成されうるとゲワースは考えている (Gewirth 1978 : 38)。

#### 3. 3. 事実と価値の架橋

ゲワースによれば、行為は以上のような類的特徴を持っているが故に規範的構造を持つ。ゲワースは行為の規範的構造を理性にしたがって分析することで、権利概念を導き出す。この導出過程は、行為の評価・正当化・規範的主張の三段階からなっている。

第一に、ゲワースによれば、行為者は、少なくとも自分にとっては善い目的のために行為をしている (Gewirth 1971 : 239)。この目的は、行為者にとっての快楽や嗜好とは限らず、行為者に課せられた義務や期待される役割、はたまた、単により悪い結果を避けるためという消極的な目的であることもありうる。しかしゲワースによれば、目的が何であれ、行為者がある行為をする場合、その行為には何らかの重要性が備わっていると行為者はみなしているものである (Gewirth 1971 : 240)。さらに、行為者が他の選ぶうる行為の中からある行為を選び出したということは、その行為が何らかの意味で追求に値すると行為者がみなしていることを示している。この「追求

に値する」という要素が、行為者にとっての目的の善さを直接に構成しているとされる (Gewirth 1971: 241)。あくまで行為者の内的視点から見れば、「Xを行う」という選択には、「X自体あるいは私がXを行う目的Eは善い」という価値判断が含まれているのである。したがって、ゲワースによれば、行為概念は、行為者の価値判断を既に内包しているという意味で、規範的構造を有している (Gewirth 1971: 243)。このように、ゲワースによれば、行為者の内的視点においては、事実と価値は既に架橋されているのである (Gewirth 1984: 223)。

もっとも、行為の価値や目的の善さは、この段階においてはあくまで行為者自身の内的視点から判断されており、他者との関係において正当化されたことにはならない。しかし第二に、行為は少なくとも行為者自身との関係においては正当化されているとゲワースは述べる。なぜなら、行為者にとっての目的の善さは、行為者自身に対して自己の行為の適切さや正しさの理由を与えるからである (Gewirth 1971: 244)。その行為が行為者自身が価値をおいている目的を果たそうとしている限りで、行為者の内的視点からは正当化されているのである (Gewirth 1971: 246, 248)。

第三に、ゲワースは、自己の行為を正当だとみなすことは、その行為を行う権利を行為者自身が持つとみなすことと同義だと述べる (Gewirth 1971: 250)。ゲワースによれば、権利は道徳的あるいは法的な正当化の基準以外にも多様な正当化の基準と結びつきうる。例えば、健康上の理由から喫煙量を減らすべきだという認識に至ったヘビースモーカーでも、「一日二本ぐらいは吸う権利がある」と言うかもしれない。このときヘビースモーカーは、自己の私的な利益に照らして煙草を二本吸うことを正当化し、それを「権利」と表現している (Gewirth 1971: 252)。このように「個人AはXを行う権利がある」という表現形式は、法や道徳に限定されない種々の正当化基準に基づいて正当化される事柄を、当人に帰属させることを表現している。行為者にとって自己の行為を正当化することは、必然的に権利主張と結びつくのである。

このようにしてゲワースは、行為がすでに価値判断を内包していることに着目して、「私は目的E

のためにXを行う」という事実命題から、「私は目的EのためにXを行う権利がある」という規範命題を導き出す。もっともこの段階にあっては、行為者の権利は、行為者の内的視点から正当化されているに過ぎない「行為主体なりの (prudential)」権利でしかない<sup>7</sup> (Gewirth 1971: 252)。

それではいかにして行為主体なりの権利は、他者に対しても正当化可能な普遍的人権へと変貌を遂げるのであろうか。続く各項では、「弁証法的に必然的な方法」というゲワースの特徴的な方法論を紹介し、「汝自身の類的権利だけでなく、汝の相手方の類的権利とも合致するように行為せよ」(Gewirth 1978: 135) と命じる最高の道徳原理が確立されるプロセスを確認する。

### 3. 4. 弁証法的に必然的な方法

ゲワースは、事実命題から最高の道徳原理を導出する自身の推論の方法を、「弁証法的に必然的な方法」と呼ぶ。弁証法的に必然的な方法とは、権利の「対象となるものの中のいくつかは人間の行為の必要条件であるという事実から、合理的な行為主体であれば全員、少なくとも黙示的にはそのような対象に対する権利を持つと論理的に考え、または主張せざるをえない」(Gewirth 1982: 46) ことを納得させる推論の方法である。「弁証法的」という言葉でゲワースが意味しているのは、プラトンの対話篇の中でソクラテスが用いた方法と同様、「主唱者または対話者によりなされた想定、意見、言明ないしは主張から出発し、次いでそれらが論理的に含意するものを検討することへと進む議論の方法」(Gewirth 1978: 43) である。これは、行為者が行った言明ないし想定から出発し、行為者自身の立場にたつて進んでいく議論の方法である。例えば、「Xは良い」という第三者的な命題から出発するのではなく、「『Xは良い』とある人が考えている」という命題から出発し、その人の立場にたつてその人の立場の内からその命題の論理的含意を検討していく議論の方法である。

ゲワースによれば、弁証法的方法には、必然的なものと偶然的なものがある。「弁証法的に偶然的な方法 (the dialectically contingent methods)」とは、ある人もしくはある集団の、そのときどきで変化する信念や利益、理想を反映した命題から

出発する推論の方法である。これに対して、「弁証法的に必然的な方法」は、すべての行為者に必然的に帰属させることができる命題から出発する。ゲワースは、これらのうち、弁証法的に必然的な方法を採用する (Gewirth 1978 : 43-4)。

なぜ、「弁証法的で」、かつ、「必然的な」方法を採用するのか。それは、弁証法的方法をとることによって、自然主義の誤謬を回避し、また、必然的方法をとることによって、相対主義に陥るのを免れるためである (Gewirth 1978 : 45)。例えば、「私は目的EのためにXを行う」という事実命題から、「故にEは善い」という帰結を引き出す場合、それは、前件に含まれていない価値判断をそこから導き出しているので、自然主義の誤謬を犯している。しかし、「私は目的EのためにXを行う」という同じ事実命題から『「故にEは善い」と私は考えている』という帰結を導くように、行為者自身の内的視点に立って推論すれば、事実と規範は自然主義の誤謬を犯さずに架橋されていることになる。もっとも、弁証法的方法はこのように行為者の内的視点から推論するから、そこから得られる結論は、各々の行為者に相関的な、行為主体なりの判断でしかない。しかし、弁証法的でありかつ必然的でもある方法は、すべての行為者が必然的に受け入れざるを得ない命題から推論を始めるので、個々の行為者の内的視点から推論を始めつつも、あらゆる行為者が受け入れざるをえない価値判断へと到達することができる。

### 3. 5. 必要財——自由と福祉

それでは、行為という文脈において、あらゆる行為者に受け入れ可能な命題とは何だろうか。そのヒントは前述した行為の類的特徴のなかにある。ゲワースによれば、行為には自発性と目的指向性という類的特徴が備わっていたが、ゲワースの言うとおり行為が自発的であるためには、行為者に自分のコントロールを超えた要因から干渉されない「自由」が認められていることが必要である (Gewirth 1978 : 52)。また、行為が目的指向的であるためには、行為を遂行し目的を達成するための必要条件となるいくつかの財が、「福祉 (well-being)」として行為者に認められていなければならない (Gewirth 1978 : 58-61)。どんな人間であれ、行為者である限り、行為の必要条件である自

由と福祉を必要財 (necessary goods) として認めるのである。

こうしてあらゆる行為者は、行為者にとって自由と福祉は必要財だという命題を受け入れることになる。ゲワースは、この命題から出発して、行為者が行為者である限り自由と福祉への権利を持つことを受け入れなければ自己矛盾に陥ること、さらに、自由と福祉への権利が全ての行為者に享有される普遍的人権であることを各行為者が受け入れなければ、各行為者は自己矛盾に陥ることを論証することによって、普遍的人権を正当化する (Gewirth 1978 : 63ff)。

まず、行為者は (1) 「私の自由と福祉は必然的に善い」という命題を受け入れる。すでに述べたように、自由と福祉は行為の必要財であるので、この命題を否定すれば行為者は自己矛盾に陥る。

次に行為者は、(2) 「すべての他人は私の自由と福祉に干渉することを差し控えるべきだ」という命題を受け入れる。自由と福祉は行為者にとって必要財であるので、他人が自分の自由と福祉に干渉しないことが、行為者が行為者であるためには不可欠だからである。もし (2) を否定するならば (1) をも否定することになり、行為者は自己矛盾に陥る。

そして行為者は、(3) 「私は自由と福祉に対する権利をもっている」という命題を受け入れる。ゲワースによれば、権利主張と「べき」判断 ('ought' judgments) は相関関係にあり、すべての「べき」判断が権利判断を伴っているわけではないが、「べき」判断をする者が自分に対する義務を他人に課すものとして「べき」判断を行っている場合、その「べき」判断には権利判断が伴っている (Gewirth 1978 : 66)。つまり、(2) 「すべての他人は私の自由と福祉に干渉することを差し控えるべきだ」という、他人に対して義務を課す「べき」判断には、(3) 「私は自由と福祉に対する権利を持っている」という権利判断が含意されている。このような場合に (3) を否定することは、(2) を否定することになり、結局、(1) を否定することになる。したがって行為者は、自己矛盾を避けようとする限り (3) を受け入れなければならない。

### 3. 6. 類的整合性原理

(1) 確立 そうしてゲワースの議論は、あらゆる

る行為者が、自分だけでなくすべての他者もまた自由と福祉への権利を持つという命題を受け入れること、すなわち普遍的な人権の存在を受け入れることを論証する段階に入る。

その際にゲワースが導入するのが普遍化可能性原理である。普遍化可能性原理とは、「もし主体Sが属性Qを持っているためにSに述語Pが帰属するとき、Qを持っているすべての主体 $S_1$ 、 $S_2$ 、…、 $S_n$ についても同様に、Pが帰属する」という原理である (Gewirth 1978 : 105)。これは形式論理的な原理であるので、これを否定すれば論理矛盾を犯すことになる。

この原理を権利主張に当てはめれば次のようになる。もしある個人Sが属性Qを持っているが故に権利を持つならば、Qを持っているすべての個人は必然的にその権利を持つことになる。ところで行為者は、自分が行為者として自由と福祉を保持することが必要であるという理由でそれらに対する権利を主張していた。そうであれば、行為者は、他のすべての行為者も自己と同じく行為者であるが故にそれらに対する権利を持つということ認めなければならない (Gewirth 1978 : 104-12)。こうして、(3)「私は自由と福祉に対する権利を持っている」という命題を受け入れた行為者は、普遍化可能性原理に従って、(4)「すべての行為者は自由と福祉に対する権利を持つ」という命題を受け入れることになる。そして、(4)を受け入れた行為者はその裏返しとして、(5)「私は他の行為者の自由と福祉に干渉することを差し控えるべきだ」という義務を受け入れることになる (Gewirth 1978 : 133)。こうして存在が確認された普遍的な権利と義務が、「汝自身の類的権利だけでなく、汝の相手方の類的権利とも合致するように行為せよ」(Gewirth 1978 : 135) という形で定式化される、「類的整合性の原理 (The Principle of Generic Consistency)」と呼ばれる最高の道徳原理である。すべての行為者の権利がすべての者によって尊重されるべきことを要請する類的整合性原理の確立によって、行為主体なりの権利は普遍的人権へと変貌を遂げる。

(2) 適用 このようにして自由と福祉への権利は確立された。しかしそれらの権利は極めて抽象的であり、より具体的にどのような内容を持つのか、また、相互にどのような関係にあるのかは明

らかではない。とくに、本稿の問題関心からして重要なのは、社会的権利のより詳細な内容と、そのより具体的な導出過程である。ゲワースはこれらの問題に、類的整合性の原理を様々な場面に適用することによって答える。ここでは、人権が道徳的権利としてではなく法的権利として現れる間接適用 (indirect applications) の場面に話を限定して進めよう。ゲワースの言う間接適用とは、類的整合性の原理を、個人々の行為ではなく社会のルールや諸制度に適用することを言う。社会の諸制度は、類的整合性の原理に適合している限りで正当なものとされ、個人々の行為は、そのような諸制度を間に挟んで間接的に類的整合性の原理に服することになる (Gewirth 1978 : 272)。人権が法的権利として現われるのは、制度を介してである。

類的整合性の原理による制度の正当化には、手続的正当化と手段的正当化の二つがあるが、社会的権利に関わるのは手段的正当化のほうである。手段的正当化は、類的整合性の原理を構成する福祉の要素に由来する<sup>8</sup>。これは、社会の諸制度はそれに服する人々の福祉への権利を保護し、その侵害を予防する限りで正当化されるとするものである。類的整合性の原理は、自由と福祉への権利が平等に存在し、人々の間で相互に権利侵害がなされていない状況を要求するが、社会の諸制度は、そのような平等をもたらし、維持する手段として役立つ限りで、正当化される (Gewirth 1978 : 291-2)。

手段的正当化は、静態的正当化の側面と動態的正当化の側面を持つ。これらのうち社会的権利に関わるのは動態的正当化の側面である。動態的正当化の側面においては、支援国家 (supportive state) が正当化される<sup>9</sup>。この側面においては、権利の中でもとりわけ基本的な福祉への権利を保持する現実の能力の点で、人々は長期的には不平等であることが認識されている。そして、社会の諸制度が正当化されるのは、この不平等を除去するのにそれが役立つ場合である (Gewirth 1978 : 292)。たとえば、人々の中には、十分な食料、家、必要な医療などの基本的財 (basic goods) を欠いていたり、そのような財を必要ときに維持する能力 (nonsubtractive goods 非減殺的財) を欠いていたり、十分な教育や所得のような、目的達成の

ための行動をとる能力を増強する手段 (additive goods 相加的財) を欠いている者がいるかもしれない。社会の諸制度が動的・手段的に正当化されるのは、それが、このような不平等を除去するか、少なくとも減少させるのに資するときである (Gewirth 1978:312)。支援国家のさまざまな制度の狙いは、人々をして、他者からの支配や危害に従属することなく、自分自身の生をコントロールし、自己の目標を効果的に追求することができる条件を得さしめる支援を行うことにある。

社会の諸制度が動的・手段的に正当化されるには、より具体的には制度が次の三種の内容を備えていなければならないとされる。第一に、食料や住居などの基本的財を独力で得ることができない人のために、そのような財の供給に備えなければならない。第二に、生産的労働能力に欠けている人の能力を向上させることで、相加的福祉の不平等を是正しようと努めなければならない。第三に、社会の全構成員を支援すると同時に生産的な雇用の機会を増加するのに資する様々な公共財を供給しなければならない。これらの制度により具体化された福祉への権利は、それに対応する義務をすべての人が実行可能な範囲で負うから普遍的な人権だとされる (Gewirth 1978:316)。

#### 4. ゲワースの人権論と 憲法学上の意義ないし限界

さて、以上が社会的権利の導出に着目した場合のゲワースの人権論のおおよその構造である。本節からはゲワースの人権論の特徴、意義、限界を明らかにし、それらを踏まえて、日本の憲法学の議論を分析することにしたい。ここでは、序論で示した本稿の問題関心に照らして、次の三点に注目する。第一に、福祉への権利の規範的意義、第二に、人間本性に根ざした人権の正当化、そして第三に、人間本性論と自然主義の誤謬である。

##### 4. 1. 道徳的人権論の憲法学上の意義

ゲワースの人権論の特徴の一つは、自由と並んで福祉への権利を人権として認めていることである。自由権が人権であることを否定する論者は少

ないだろうが、社会権については事情が異なる。しかしゲワースによれば、何人も自発的で目的指向的な行為者であるかぎり、必要な場合には福祉への権利を持ち、実行可能な範囲でそれに対応する義務を負うから、福祉への権利もまた人権だとされる。人間が行為を遂行するにあたって現実に有している諸力は様々であろうから、自由のみならず福祉をも考慮に入れようとするゲワースの理論は、リバタリアニズムなどに比べて視野の広い理論になっている。

ただし、ゲワースが人権というとき、その意味合いには注意が必要である。ゲワースは、人権を、誰しものが権利を持ち、それに対応する義務を誰しもが負うという普遍性をメルクマールとして把握し、その上で福祉への権利も人権だと理解している。しかし、このように理解されたかぎりでの福祉への権利は、抽象度の高い権利であって、相手方も内容や水準も具体的には特定されていない。事実、ゲワースも、福祉への権利が法的権利として現われるのは、それが制度を介して具体化されたときだと明言している。

このようないわば道徳的権利としての〈人権〉に対して、憲法研究者が通常言うところの人権は、特に制度化を要せずとも特定可能な権利のことであろう。ありていに述べてしまえば、通常憲法学が言うところの人権は、主観的権利としての人権、その中でもとくに精神的自由権を想定していることが多い。概念の使い方はある程度までは論者の自由であるが、自律基底の理論や拡張的自律説のように福祉への権利を伝統的に人権とされてきた自由権と同様の人権として一つの条文の中に併存させることには、それが人権の基礎にある人間像の変容を伴った場合には、序論で述べたように、かえってその条文の背後にある重要な核心が変容してしまう可能性がある。

この点は後にふれる人間像の問題とも関連するのでそこで改めてふれることにし、以下では客観的制度との関連でゲワースの道徳的人権論の意義にふれておきたい。筆者は、ゲワースの福祉への権利が憲法学との関連で意義をもっているとすれば、それは、福祉への権利を〈人権〉と主張したことよりも、国家が正当性を標榜するためには、その下にある諸制度が福祉への権利を実効的に保障していなければならないとした点にあると考え

る。奥平は、「ゲワースのように、『社会=経済的な権利』が“ヒューマン・ライツ”に属すると主張するからといって常に必ず個人への主観的権利の承認だけが主張されているのではなく、ある種の社会・経済的な諸利益を配慮するための立法化あるいは制度化の要求をしているのだということに、注意が惹かれる」とする(強調は原文)。「すなわち、“ヒューマン・ライツ”は、実定化の道德哲学上の要請である部分が、半分はあるのである」(奥平 1988: 143)。筆者は、この奥平の見解をここで改めて繰り返しておきたいと思う。佐藤は、ゲワースの所説の参照を求めつつ、社会権も人権だと説いているが(佐藤 1999: 21)、人権としての福祉への権利が、先に述べたように道徳的〈人権〉として主張されている以上、法を研究対象とする憲法学にとって、福祉への権利が〈人権〉として主張されたことの意義は、限定的なものにとどまらざるを得ないだろう。ゲワースをはじめとする道徳的人権論が憲法学に対して持っている意義は、むしろ、(1) 客観的の制度を媒介にして社会権の実定化を要請し、(2) その際に、客観的の制度の内容に一定の条件を加えた点に求められるべきである。その観点からあえて福祉への権利の憲法典上の受け皿を探すならば、福祉への権利は、自律基底の理論とは異なって、憲法13条よりも25条に、よりふさわしい受け皿を見出すこととなるだろう。同様の観点からさらに25条の規範的意義を分析すれば、(1) 25条2項は、福祉への権利の実定化の要請を受けて社会保障制度を創設し、その向上・増進を図る義務を国家に課したところにその規範的意義があり、(2) 25条1項は、2項で設立された社会保障制度の運営を、「健康で文化的な最低限度の生活」を満たすよう方向づけたところにその規範的意義があるといえよう。

このような、憲法25条2項が社会保障制度設立の契機を与え、1項がその方向性を明確化するものであるという発想に対しては、生存権の主観的権利としての規範的意義を軽視するものだという批判が向けられるかもしれない。しかし、筆者は、2項と1項が二者択一の関係にないのももちろん、次の二点はとくに強調しておきたいと思う。まず第一に、従来あまり注目されることなかった憲法25条2項の規範的意義を解明することが、福祉国家の憲法理論的基礎に関心を寄せる者

にとって、必須の作業であるということである。それは次のような論理からも明らかである。リバタリアンのなかには、最低限度であれば生存権を承認してもよいと考える穏当なリバタリアンもいるが、社会保障の向上増進義務を国家の正当な任務として正面から掲げるリバタリアンはおそらくいない。そのような者はリバタリアンの定義に反するからである<sup>10</sup>。このような最低限の生存権保障と社会保障制度に対するリバタリアンの態度の違いが示唆しているのは、生存が配慮される権利を承認するか否かは、リバタリアンであるか否かを分ける分水嶺にはならないということである。つまり、福祉国家の成立にとって決定的に重要であるのは、生存が配慮される権利が主観的権利として法典化されているかどうかではなく、社会保障が国家の正当な任務として位置づけられているかどうかである。これを日本国憲法に引き直して言えば、日本国憲法が福祉国家的憲法であるという憲法の自己理解に条文上の根拠を与えているのは、1項ではなく2項のほうである。1項が日本国憲法に書き込まれているという事実は、日本国憲法の性格規定について論理的には影響を与えるものではない<sup>11</sup>。生存権規定を持たないボン基本法や1958年フランス憲法が、それでも各々の国家を社会的国家と自己規定することと同様のことである。仮に1項が憲法典に存在しなかったとしても日本国憲法が福祉国家的憲法でなかったことにはならないが、2項が存在していなかったならば日本国憲法が福祉国家的憲法であるか相当に疑わしいこととなっただろう。したがって、福祉国家の憲法理論的基礎に関心を寄せる者は、2項が規定する国家の義務の憲法理論的基礎を解明しなければならない。問われるべきは、憲法に25条2項がおかれたことの意味である<sup>12</sup>。

第二に強調したいのは、規範的基礎づけのレベルで1項と2項を区別しない発想が、生存権の基礎づけ論に混乱をもたらしている原因になっていると思われることである。従来の生存権の基礎づけに関する学説は、1項と2項をとくに区別することなく総体として25条を正当化しようとするか、あるいは暗黙のうちに1項を主たるものとして1項の正当化を図ってきたように思われる。そして、その際には、拡張的自律説と合流を果たすことによって、〈自律的〉個人像に生存権を基礎づ

けるという構成が採られてきた。この見解は、個人の自律を基底に自由権と社会権を統一的に把握するものであり、福祉国家が個人の自律を損なうという福祉国家批判に対して、社会権の保障がむしろ個人の自律を可能にする側面を持つことを指摘する点で重要である。しかし、筆者の見るところ、人権の基礎を何らかの人間像に求める発想と合流したことは、生存権の基礎づけ論に問題をもたらす原因ともなっている。生存権と国家の社会保障義務は同じ事柄の両面でしかないかもしれないが、基礎づけ論のレベルにおいては人権論と国家論を区別せずに論じることは生産的ではないと思われる。そこで以下では項を改め、この問題をもたらす原因となっているゲワースの人権論の第二の特徴を挙げ、その意義と限界点を指摘したのち、それに基づいて日本における憲法学説を分析していきたい。

#### 4. 2. 人間本性論の隘路と生存権論

ゲワースの人権論の第二の特徴として、行為者という個人の主体性の側面に光を当てた点が挙げられよう。ゲワースによれば個人は目的を持った行為主体であり、その目的はもはや意識されていなくとも目的たりうるのだから、ゲワースにとってはあらゆる人間が目的をもった行為主体である。ゲワースは、そうした人間＝行為者という見方を前提に、弁証法的に必然的な方法という行為者の内的な推論プロセスによって人権を導出する。ゲワースによれば、こうした見解には次のような利点がある。まず、行為はあらゆる道徳に共通の主題であるので、行為の必要条件に人権を結びつけることは、人権のもつ道徳的重要性を示すことができる。また、行為概念は「人間の尊厳」のような抽象的概念に比べて明確であり論争の余地が少ない。したがって、行為概念によって人権を正当化することは、人間の尊厳のような抽象的概念に立脚するよりも明晰な議論を可能にし、人間の尊厳の中身をより具体的にする。すなわち、ゲワースによれば人権の目的は各人に自律的で合理的な行為主体性を確立させることにあり、この行為主体性が人間の尊厳の基礎にある。人権は各人が行為主体となるための必要物と規範的な関係を持っており、それがために道徳的概念の中でも中心的な比類ない重要性を持つとされる

(Gewirth 1982 : 5-6)。

確かにゲワースの人権論は、人間の尊厳のような抽象的概念ではなく人間に観察可能な行為という現象に着目し、それをさらに概念的に様々な段階に区別することで論理的に明晰な議論を可能にしている。しかし、論証の明晰性は、推論の妥当性や結論の健全性までも意味するわけではない。ここでまず考えてみたいのは、ゲワースが「人間本性論の隘路」といわれる問題にどう対応しているかである。

人間本性論とは、「人間本性から直接に権利が派生するとしたり、人間本性のみを基礎にして人権を導きだそうとするもの」、また、「人間本性にとって是非とも必要なものを権利として説明しようとする」理論である(深田 1999 : 163)。法哲学者の若松良樹によれば、人間本性論のように、人権の基礎を人間が現に有している何らかの属性に求める議論には、何がその属性に当たるかに関して意見の一致が見られるわけではないことに加え、すべての人が有している希少性の低い属性を基礎にすれば人権の価値は低下し、反対に、希少性の高い属性を基礎にすれば、それを持たない人々たちを人権の主体から排除することになりかねないという問題がつきまとう(若松 2003 : 7)。「人間本性論の隘路」と名づけられるこの問題は、(1) 人間本性をどこへ見出すかに関する恣意性の問題と、(2) 人権享有主体の範囲と人権の保障内容の問題に大別されよう。以下、順序を入れ替えてゲワースがこれらの問題にどう対応しているかを検討する。

(1) 人権の主体と保障内容 ゲワースの人権論が人間本性論の性格を有しているだけでなく、人間本性論の隘路を抜け出そうともししていないことは容易に首肯できる。行為概念を理性にしたがって分析し、弁証法的に必然的な方法で推論すれば何人も自己矛盾を犯さない限り普遍的人権の存在を否定し得ないことを納得させるというゲワース人権論は、論理矛盾を避けようとする心理と、またそれを可能にする合理性が人々に備わっていることが前提となっている。ゲワースは、行為者を、自らの行為に付随する類的特徴やそれが論理的に含意するものを知り、それらを表現することができるという意味で、合理的な人格として捉えているが(Gewirth 1978 : 44)、子供や精神障

碍者など合理的な能力の面で欠けている者については、その程度に応じて保障される人権の保障範囲が減じていくことをはっきりと認めている (Gewirth 1978 : 141 ; 1982 : 55)。

このようなゲワースの人権論には、それなりのメリットを見出せないこともない。例えば、パターンリズムから人権概念を擁護することができる。一例をあげれば、大人に比べて合理的判断能力の面で欠けている子供は、人間であるという点では大人と同じであるにも関わらず、後見的な配慮から「人権」が制約されていたり、あるいは反対に、大人であれば享受しないはずの利益を「人権」として享受していたりする場合がある。このような場合に、制約ないしは享受されている利益が文字通りの人権であれば、そのような人権がなぜ大人の場合には制約されないのに子供の場合には制約されるのか、あるいはなぜ大人は享受しないのに子供は享受するのかについての説明が必要となる。このとき、その理由を合理的判断能力の有無強弱に求めてしまうと、それは翻って、大人の人権論にも影響を与えるだろう。一人前の大人でも合理的判断能力の面で欠けている者があれば、パターンリスティックな配慮から人権が制約されることを正面から認めてしまうことになるからである。しかし、ゲワースのように、合理的判断能力を持たない者はそもそも人権を享有しないのだとしてしまえば、パターンリズムから人権の概念を守ることができる。ゲワースの論理にしたがえば、上記の場面でパターンリズムの観点から制約ないし享受されている「人権」は、そもそも人権ではない何ものかの利益ということになろう。この点でも、奥平が、ゲワースの人権論を踏まえて、「こどもの権利あるいは老人の権利は、あらゆる人間に普遍的に与えられるべき権利という意味での『人権』であってはならないのではなかろうか」と問い、「こどもあるいは老人は、平均的権利としての、あるいは平均的人権でしかないところの『人権』以外の、あるいはそれ以上の権利を必要としている」(奥平 1988:138-9) (強調原文) としていたことを、改めて指摘しておきたい。

しかし、以上のようなゲワースの論法を、社会権を人権として主張する論者は用いることができないはずである。なぜなら、ゲワースの論理に従えば、人権享有主体として求められる一人前の合

理的判断能力を欠いているからこそ、「平均的人権でしかないところの『人権』以外の、あるいはそれ以上の権利」(奥平 1988 : 139) (強調原文) の享受が認められているのであって、その権利は定義上人権ではないからである。この種の利益をも人権と呼びたいのであれば、人権享有主体として認められるためのハードルをゲワースよりも下げていくという方策が一つの可能性として考えられる。合理的判断能力は希少性の高すぎる価値であるから、もう少し希少性の低い価値に人権の基礎を求めることで人権の主体と範囲の拡大を狙おう、ということである。生存権の基礎づけに関する従来の議論は、拡張的自律説と合流を図ることによってこのような方策を採用してきたように思われる。しかし、そのような方策は、人間本性論の問題の根に直接触れることになり、結局は行き詰まる。以下、このことを裏付けるために、いくつかの傍証を示していく。

まず取り上げたいのは、竹中勲の所説である。筆者の管見の限り、竹中が、生存権の基礎づけに関心を寄せる日本の論者の中で、最も論理的に首尾一貫して人間本性論の立場から生存権を基礎づけようとしているからである<sup>13</sup>。竹中の説は、人間本性による生存権の基礎づけは可能かという問題を検討するための絶好の素材だと思われる。

竹中はまず、人権を享有するためには人間であること以上に特定の能力は要求されないという無条件性と、すべての人間が人権を享有するという普遍性の二要素を内実として人権を定義する(竹中 2010:38-9)。そのうえで竹中は、無条件性・普遍性説にとっての課題を二つ設定する。一つは、人間のみが他の生命体と異なって人権を享有するとア priori に論証すること(人間中心主義)の問題性を克服しつつ人権を基礎づける理論は可能なのか、可能だとしてそれはいかなる理論か、もう一つは、人権はいかなる思想や原理や人間像によって基礎づけることができるか、である(竹中 2010 : 39)。ここにおいてすでに、人間像によって人権を基礎づけるという人間本性論的発想が現れている。

次に、竹中は人権の内容について、それを最広義に捉える(竹中 2010:38)。竹中は、佐藤の拡張的自律説を継承し、憲法13条を基幹的な権利だと捉えた上で、憲法13条は各種人権の「大本とな

る権利]であって、自由権、平等権、参政権、社会権、救済権を内に含むとする(竹中 2010: 30)。つまり、竹中は人権を広く捉えたうえで、かく理解された人権を統一的に基礎づけるために、何らかの人間像に訴えるわけである。

そこで竹中が採用する人間像は、「自律に対する潜在的可能性」を持った具体的人間像である。竹中は日本国憲法が社会権規定を持っていることを根拠にして、日本国憲法が念頭に置いている人間像は抽象的人間像とは異なる具体的人間像であると述べる(竹中 2010: 35)。そして、先に述べたように人権を無条件性・普遍性を要素とする権利として定義し、かつ、人間中心主義の問題性を克服しなければならないとすれば、人権の基礎を人間が特別にもつなんらかの属性に求めなければならないとする。竹中はこのように人間本性に人権の基礎を求める立場を明確にしたうえで、この点で最も有力な説は佐藤が提唱する「自律に対する潜在的可能性」に人権の基礎を求める見解であるとする(竹中 2010: 41)。

竹中が議論を継承する佐藤が、なぜ自律に対する潜在的可能性に人権の基礎を求めるのかといえ、そうしなければ現実に自律能力の面で欠ける者の人権享有主体性を肯定しにくいという事情があるからだろう<sup>14</sup>。実際に自律している必要はなく、自律に対する潜在的可能性さえあれば人権享有主体性が認められるとすることで、子供やある種の大人に特別な利益も人権として正当化しやすくなる。しかし、自律に対する潜在的可能性を人権の根拠としても、人間本性論が隘路を突破することはできない。このことを竹中自身が挙げている無脳症児の例に、竹中がどのように取り組んでいるのかを分析しながら論じてみよう。無脳症とは、神経管の障害で脳が欠損するかあるいは小さく縮小する症状のことを指し、胎児において発症した場合その多くは死産となり、出産した場合も長くは生きられない。生物学的には人間であるが、脳が欠損しているために合理的な思考をすることができない無脳症児の人権享有主体性を基礎づけられるか否かは、自律に対する潜在的可能性説にとって問題であると竹中は指摘する(竹中 1998: 21-2)。

竹中自身はこの無脳症児の事例について、自律に対する潜在的可能性説が採りうる理路として三

つの可能性を指摘している<sup>15</sup>(竹中 1998: 22)。しかし、いずれの道も、論理的には自律に対する潜在的可能性説は採用することができないもののように思われる。

第一の可能性は、「人間の脳の機能は医学的にも未解明なところがあり、無脳症児も『自律に対する潜在的な能力』をもつものにとらえうる」とする道である。この道は、脳の機能が医学的に未解明であるという前提から、無脳症児にも自律に対する潜在的可能性があるかと結論するものであるが、この主張は前提と結論がさほど関連していない。確かにこの主張にあるとおり、脳の機能に未解明の部分があるのは事実だろうが、無脳症児の例の場合は脳の大まかな機能が解明されていれば足りる。また、仮にこの主張の前提をそのまま受け入れるとしても、脳の機能が未解明であるという前提から導き出せるのは、無脳症児に自律に対する潜在的可能性があるか否かもまた未決であるという結論までだろう。

第二の可能性は、「そもそも基本的人権の基礎づけを試みるという作業自体、一定の抽象性を前提とした上でのものであり、この例外が存することは基本的人権の普遍性を語ることの障害とはならないと解する」道である。この道は、人権が擬制の上に成り立つものであることを正面から認めるものであり、後に述べるように筆者は、人権が規範的な構成物であることを正面から認めることが重要だと考えている。しかしこの道は、憲法が前提とする人間像を具体的人間像だとし、個別具体的に人間を捉えていこうとする立場とは緊張関係にある。この道は、人間が現実に有している属性に人権の基礎を求める人間本性論とは対立するものであり、人間本性論の論者には採用しえない道だと考えられる。

第三の可能性は、「無脳症児の『自律に対する潜在的な能力』の欠如を肯定しつつ、この事例は『基本的人権の普遍性の例外』として捉える」道である。この道は、人権は普遍的にすべての人間に認められるのが原則であるが、自律に対する潜在的可能性をもたない無脳症児には例外的に人権享有主体性が認められないとするものだろう。自律に対する能力の高低ではなく有無が問題となる無脳症児の事例において、潜在としてであれなお自律能力の存在を想定するとすれば、それは人権が擬

制の上に成り立つものであることを正面から承認することを意味してしまう。人間本性論に立ち、その本性を自律に対する潜在的可能性とする場合には、無脳症児には人権享有主体性が認められないとするこの第三の道が、論理としては一番一貫しているだろう。しかし、人間本性論の立場に立つ竹中が、そのようにはっきりと結論付けることはない。竹中は自律に対する潜在的可能性説が取りうる理路を三つ示したが、結論は長らく保留しているのである(竹中 1998: 22; 同 2010: 41)。このような慎重な態度は、自律能力に生存権の基礎を求める他の論者にも共通して見られるものであるが(菊池 2010: 25 (注76); 尾形 2011: 128)、筆者には、無脳症児の事例について慎重に断定を避けるこのような論者の姿勢が、人間本性論の隘路を象徴的に物語っているように思われる。つまり、人権享有主体として認められるためのハードルを下げていってもなお、それを乗り越えられない人間が存在するのである。人間本性論に立って生存権を基礎づけようとする論者は、自律的個人像に人権の基礎を求めながら、自律概念を拡張することにより人権享有資格の緩和を図ってきたが、しかし、無脳症児の事例について判断を保留する慎重な態度は、自律概念を拡張するそのような試みも、人権享有主体に新たな外部を発見して終わるということを示唆している。

以上に示してきたように、生存権の基礎理論にまつわる従来の学説は、拡張的自律説と合流を果たすことによって、人間像に生存権を基礎づけるという構成を採用してきた。しかし、自律に対する潜在的可能性に生存権の基礎を求める理論は、人間本性論の隘路を突破できないでいる。人間本性論の隘路に阻まれずに人権を正当化するためには、人権の基礎を人間が現に有している一定の属性に求める理論からは離れる必要がある。

(2) 人間本性の恣意性 人間本性に基づく人権論が隘路に行き詰まることを示す傍証として、法哲学者の内藤淳による人権論についても言及しておくべきだろう。内藤は、価値的・規範的評価を排して、経験的に観察可能な人間本性に基づいて人権という規範を正当化しようとする点で稀有な論者であるからである。

内藤は、人間が生物として共通に持つ性質を人間本性と捉え、それを(1)「人間は『繁殖』(生存

と繁殖、そのための資源獲得)に向けて生きる」、(2)「人間は、『他の人間集団への対抗』を主要因として集団生活をする」(内藤 2007: 145)という二つの経験命題にまとめる。内藤によれば、人権は、この二つの経験命題に示された目的のための合理的手段として正当化される。いずれの命題も人間存在を大掴みする命題であるが、ここでの関心に分析を限定して三点疑問を提起したい。第一に、なぜ普遍的な生物学的事実に着目しなければならないのだろうか。その理由らしき箇所を内藤の著作から引用すればこうである。「人権その他の規範の普遍性を示そうとするなら、……価値観のように文化や時代によって多様で相対化するものに依拠する形を脱して、人間に普遍的な要素を基盤とした理論構築が図られねばならない」(内藤 2007: 75)。これは人権の普遍性の正当化を目指そうとする言明であるが、人間本性に基づく人権の正当化としては、論理が逆転している。ここでは人権の普遍性が正当化されるべきものとして前提にされているが、あるべき論理の過程としては、人権の基礎となるべき人間本性が確定されれば自ずとその本性を備えた主体の範囲が人権享有主体の範囲として画定される、というものであろう。人権享有主体の範囲は結果として生物学的人間の範囲と一致することもあれば、それをはみ出ることも、それ未満におさまることもあるだろう。人権享有主体の範囲と生物学的人間の範囲が重なったり、人権享有主体の範囲のほうが広がったりした場合に、結果として、人権概念のなかに普遍性という要素が確認されるのであって、それを反対に、人権の普遍性を論証するためにあらかじめ人権の基礎となるべき人間本性の候補を人間が生物として普遍的に持っている要素に限定するのは、論点先取である(米村 2010: 96)。内藤が、「人が人間であるということに基づいて持つ権利」という人権の教科書的な定義をとくに批判的に吟味することなく受け入れ(内藤 2007: 1-3)、対抗理論をその定義にそぐわないことを理由としてことごとく退けていることは(内藤 2007: 33ff)、こうした傾向の一端を示していよう。ここには、自らが考える人権の定義に見合った人間本性の恣意的な選択という問題が潜んでいるのである。恣意的でないといえるためには、ある事実を人間本性として選び出したことを正当化する実質的根拠が

必要になるが、そのためには内藤が慎重に避けている人間本性に対する規範的評価が不可避になってこよう。

第二に、なぜ他にもありうる事実ではなく、上記二つの事実に人権の基礎を求めるのだろうか。「繁殖に向けて行動するようにできている」という事実は他の生物にも見られる傾向だろうし、集団を形成することも人間に限ったことではない。この疑問に答えるには、他の事実とは違い上記二つの事実が人権の基礎となるほどの重要性を持っていることを示す必要があるが、ここでも人間本性に対する規範的評価は不可欠になってこよう。

第三に、経験的事実に基づく規範の正当化という内藤の方法論からしておそらく一番大きな問題だと思われるのは、たとえ上記二つの事実が重要性を持つことを示しえたとしても、そのことが示しているのは、その重要性の根拠となった価値を観察者がそれらの生物学的事実のなかに見出しているということにとどまり、それらの生物学的事実の対象となる事柄に対して人権が存在するというのではないということである。人権が存在するというためにはさらにまた理論的な工夫が必要になってくるが、これは自然主義の誤謬という論点と関わってくる。そこで、ここでまた項を改め、人間本性論が自然主義の誤謬を回避できているかどうかという問題を検討することにしたい。次項でもまず、ゲワースの人権論の特徴の一つである弁証法的に必然的な方法が、事実から普遍的規範を正当化できているかどうかを改めて検討し、次いで、ゲワースよりも明確に事実による規範の正当化を目指す内藤の「手段的合理性論法」が自然主義の誤謬を回避できているかを検証する。

#### 4. 3. 自然主義的人権論の誤謬

ゲワース人権論の第三の特徴として、行為が持つ規範的構造に着目し、弁証法的に必然的な方法によって、事実から普遍的価値を導き出そうとすることを指摘できる。ゲワースによれば、行為には規範的構造があり、行為者が行為を行う際には、その行為が実現を目指すところの目的の善さが行為者の心裡では既に是認されている。また、ゲワースによれば、目的が善いという判断は目的を達成するために必要な財もまた善いという判断

につながり、行為の必要条件である自由と福祉は必然的に善きものとして行為者に肯定的に評価される。人が事実としてある行為を行うとき、その行為を可能にしている自由と福祉という二つの価値は、その善さが当人により是認されているため、事実と価値は行為者の内的視点からは既に架橋されていることになる。また、行為者が自由と福祉を必要財として是認することは、あらゆる行為者が受け入れる必然的前提でもあるので、弁証法的に必然的な方法にしたがえば、事実から行為主体なりの規範、行為主体なりの規範から普遍的規範を導くことができるとされる。

しかし、ゲワースの立論が本当に事実から普遍的規範を導き出しているのかという問題は、問うべき問題としてまだ残されているように思われる。ゲワースは行為が規範的構造を有しており、したがって事実と価値はすでに行為者の内的視点からは架橋されているのだと述べるが、ここには少なくとも二つの問題が潜在している。第一に、ゲワースの言う通り、行為に規範的構造があるとしても、それを与えるのはなぜ自由と福祉なのかという疑問は、おそらく多くの読者が共通して抱く疑問ではないだろうか。この点について、法哲学者の長谷川晃は、ゲワースと同じく行為の構造に着目して権利の意義を説明しようとするロレン・ロマスキーを引き合いに出して以下のように論じている。

(1) 間主観的価値の必要性 ロマスキーは、行為の構造に着目して権利を導出しようとする点でゲワースと共通しているが、ゲワースと異なっており、個々の行為者が各自のプロジェクトを追求するために重要であるのは、他人に干渉を求め自分自身の道徳的空間を確保することであるとして消極的自由のみを基本的権利として承認している(Lomasky 1987:84-100)。このように同じく行為に着目しながらも生ずる相違は、長谷川によれば、「行為の規範的構造の捉え方の相違」(長谷川1991:89)である。長谷川によれば、行為の構造の内には単なる物理的な要素のみならず、行為者の意思、事実認識、信念など価値的な要素も含まれるが、それらの価値は経験的に認識されたからといって直ちに唱導されるべき規範的価値となるわけではない。それらが規範的価値となるのは、行為者自身を含め行為を観察する者がそのように

評価するからである。つまり、「行為の規範的構造とは、行為の経験的な構造そのものではなく、むしろその規範的再解釈」(長谷川 1991:90)なのである。したがって、行為の内になんらかの価値が存在しているのは事実だとしても、その中からどのような価値を規範的価値として見出すかは、観察者がどのような価値を社会において保護すべきと考えているかに応じて変化する。長谷川によれば、ゲワースとロマスキーの見解の相違が示しているのは、このことにほかならない。つまり、二人が行為の規範的構造に関して、一方は自由と福祉を、他方は自由のみをとという具合に異なった価値を見出していることは、各自が、重要と考える規範的理念にすでに規定されて行為を解釈していることを示している。行為の規範的構造は客観的事実ではなく、観察者によって規範的に再構成されたものであり、その構造は観察者の関心に応じて変化するのである。

したがって、ゲワースの弁証法的に必然的な方法は、その始まりにおいて必然的前提から出発しているわけではない。行為者なら自由と福祉を必要財として是認するというゲワースの前提は、観察者であるゲワース自身がそう考えているということの意味しているに過ぎない。そして、必然的前提を喪った弁証法的方法による人権導出のプロセスは、主観的な納得のプロセスとはなっても間主観的な説得のプロセスにはなりおおせていない。普遍の人権という規範がその者の主観を越えて間主観的に成立するか否かは、ゲワースの言う弁証法的方法においては確認することができないからである。弁証法的方法とは、行為者自身の内的視点に留まって推論する方法であるから、弁証法的に思考しているかぎり、そのような規範が行為者自身の内的視点を越えて間主観的に成立しているかどうかは、確認することができないのである。

そして、そうであるならば、ゲワースの人権論は、事実から普遍の人権を導出してはいないことになる。ゲワースの人権論は事実から普遍の人権を導出しているのではなく、前もって存在する行為主体なりの規範的判断から行為主体なりの権利を導出しているに過ぎない。だとすれば、人権の正当化は、ゲワース自身の人権論にとってのみならず、人権の正当化根拠を「哲学者がやっている

程度に真面目に、提示」(奥平 1988:124)することを目指す憲法学にとっても、依然として問題でありつづける。

さらに、行為の規範的構造の捉え方が観察者によってさまざまに異なりうるという問題は、もう一つ別の問題へとつながっていく。行為の規範的構造の把握が観察者によって異なりうるということは、行為に備わっている規範的価値が相互に衝突した場合に、それらの間の調整を行為それ自体に基づいて行うことはできないということを意味している。そもそも行為の中にどのような規範的価値を見出すかが観察者によって異なるならば、それらの価値が相互に衝突した場合にいかに調整するかについての判断もまた観察者によって異なりうる。行為の規範的価値の間をどう序列づけるかの判断を、行為を基底にして客観性を有しつつ行うことは、行為の規範的価値が観察主体に相関的である以上、原理的に不可能である。行為を基底に序列づけようとする限り、結局、観察者その人の価値観が規定的な役割を担うことになる。

このことは、主体の属性を基底にして権利を正当化する理論の限界を示してもいる。例えば仮に、自律基底の理論と同じく生存権の基礎を人間の自律性に求めた場合、自律性に根差した生存権と、同じく自律性に根差した経済的自由権とが衝突した場合に、それらの権利はどちらも同じく自律性に根差しているのであるから、それらの間の優劣を自律性を基底にして客観的に決することは、原理的にはできないはずである。また、自律基底の理論のように自律性から一元的に種々の規範的原理・原則を政策策定指針として導き出す場合も、それらの原理原則はいずれも同じく自律性に根差するのであるから、それらの間の優先順位を自律性を基底にして客観的に決することはできない。序論で指摘した理論的問題の一つの淵源は、このように行為主体の属性に権利の基礎を求める理論にあると言える。社会保障が、制度を媒介にした人々の間での強制的な財の移転を伴う点で間主観的な性質をもつものである以上、自律性に根差す諸権利、諸原理・諸原則間の調整は、自律性のような個人に備わった主観的な属性ではなく、個人と個人の間を規律する間主観的な価値による必要があるように思われる。

(2) 規範的前提の必要性 ところで、前置され

ているはずの規範命題を隠して、あるいはそれに気づかずに規範概念を正当化する論法は、前項で検討した内藤の議論の中にも見出せる。内藤は、「手段的合理性」に訴える論法を用いれば、事実から規範の導出が可能になるという。内藤のいう手段的合理性論法とは、ある規範が持つ手段としての合理性に着目して当該規範を正当化する論法である。人権は、人間の(1)繁殖に向けて生きる、(2)他の人間集団への対抗を主要因として集団生活をするという二つの目的のための合理的手段として正当化されるとされる。しかし、手段的合理性論法によっても、事実による規範の正当化は不可能であるように思われる<sup>16</sup>。

内藤が挙げる具体例を用いて手段的合理性論法の基本的な型を示せば次のようになる(内藤2007:148ff)。

- ①Aは自動車を運転したいが運転免許を持っておらず、法に違反せずに運転したいと思っている。
- ②Aは運転免許を取る能力も時間も経済力もある。
- ③ゆえに、Aは運転免許を取るべきである。

ここで前提①、②の中に含まれているのは、「Aは自動車を運転したいと思っている」、「Aは運転免許を持っていない」、「Aは法に違反せずに運転したいと思っている」、「Aには運転免許を取る能力も時間も経済力もある」という内容をもった、いずれも事実命題だとされる。内藤によれば、これらの事実命題から結論③の規範命題を導き出すことは、自然主義の誤謬を犯すものではない。なぜならこの結論は、「自動車を運転したい」という目的を、「Aは運転免許を持っていない」、「Aは法に違反せずに運転したいと思っている」、「Aには運転免許を取る能力も時間も経済力もある」という条件のもとで実現するための合理的手段として正当化されているからである。

しかし、以上のような手段的合理性論法で言われる〈規範〉と、法的議論で通常言われる規範とは意味合いが異なっていることに注意が必要である。上で言われる「Aは運転免許を取るべきである」という〈規範〉命題は、「Aが運転免許を取ることが合理的である」という事実命題を「べき」表

現を用いて言いかえているに過ぎない。日常の語法では、「Aが運転免許を取ることが合理的である」ということを「べき」という言葉を用いて表現することもあるが、そこでの「べき」表現はせいぜいのところ勧奨を意味するにとどまり、そのような「べき」判断で権利・義務が発生するわけではない。要するに、手段的合理性論法はその名の通り、ある手段にある程度の合理性が備わっていることを主張するにすぎず、権利・義務を内容とする規範を正当化するわけではない。ある目的のためにある手段が「必要である」ということや「合理的である」ということと、その手段に対して権利があるということとは別問題である<sup>17</sup>。

内藤はもう一つ別の例を挙げて、手段的合理性論法が別段珍しいものではないことを強調する。しかし、その例も事実命題のみから規範命題を導くことには成功していない。内藤によれば、

「本社での2時の会議に遅れずに出席したい」という欲求(あるいは目的)を私が持っており、そこで「私が今いる営業所から本社までは歩いて20分かかる」、「本社まで行くのに使える路線バスや鉄道はない」、「道路は渋滞しているうえタクシーの数は少ない」、「私は健康で本社まで歩く体力は十分にある」のであれば、「私」は「1時40分前に営業所を出て本社に向けて歩くべき」である。これは、判定者の主観や価値観に関係なく、誰がその立場であっても妥当する、客観的に「正しい」判断である。…ここでも、事実命題のみから成る前提から、「目的達成のための合理的手段」として「べし」判断が導かれており、ここには事実と規範を混同する「誤謬」はないし、主観や価値観に依拠した判断がなされているわけでもない(内藤2007:150-1)。

ここでの規範的判断は、前提の中で示された「本社での2時の会議に遅れずに出席したい」という目的を、種々の条件のもとで実現するための合理的手段として正当化されている。しかし、この規範的判断は、決して内藤が言うように事実命題のみから成る前提から導出されているわけではない。その前提には「他人の迷惑になる行動は悪

い、すべきでない」という規範的評価を含んだ命題が暗に存在しており、

- ・「他人の迷惑になる行動は悪い、すべきでない」(規範命題)
- ・「本社での2時の会議に遅れると他人が迷惑する(だから遅れずに出席したい)」(事実命題)
- ・「私が今いる営業所から本社までは歩いて20分かかる」(事実命題)
- ・「本社まで行くのに使える路線バスや鉄道はない」(事実命題)
- ・「道路は渋滞しているうえタクシーの数は少ない」(事実命題)
- ・「私は健康で本社まで歩く体力は十分にある」(事実命題)
- ・「私は1時40分以前に営業所を出て本社に向けて歩くべきだ」(規範命題)

という形でこの規範的判断は導出されている。上記の規範的判断が事実命題のみから成立しているように見えるのは、「他人の迷惑になる行動は悪い、すべきでない」という規範命題を、「本社での2時の会議に遅れずに出席したい」という「私」の欲求の中に混入させているからである<sup>18</sup>。以上の二つの例の検討から明らかなように、手段的合理性論法はつまるところ、どこまでも事実の次元から脱することができないか、規範命題を前提に混入させて論を推し進めるかのいずれかである。

以上のように弁証法的に必然的な方法であれ、手段的合理性論法であれ、事実から規範を導出することはできていない。一定の規範を主張するためには、一定の規範を前提に置かなければならない。われわれは、弁証法的に必然的な方法と手段的合理性論法の検討から、この当然の事実を確認しなければならない。

## 5. 結論

以上に論じてきたように、ゲワースの理論のように人権の基礎を人間本性に求めることで生存権を人権として正当化する試みは、成功していると

は言えない。したがって、ゲワースの人権論が日本の憲法学に対して有している意義は限定的なものである。本節ではここまでの分析をまとめつつ、今後の課題を明らかにしていきたい。

まず、ゲワースの人権論と、それを引き継ぐ限りでの日本の憲法学説は、人間本性論の問題を解決できていない。人間本性論に立って生存権を人権として基礎づけようとする論者は、拡張的自律説に依拠して自律概念を拡張することで人権享有資格の緩和を図ってきたが、その試みは、人権享有主体に新たな外部を発見して頓挫する(4.2.(1))。

また、自然主義の立場から人間本性論の隘路を突破するには、人間本性の恣意的でない選択と自然主義の誤謬という二つの断崖に足を取られることなく、狭い尾根筋を渡りきるバランス感覚が必要になる(4.2.(2))。しかし、ゲワースの弁証法的に必然的な方法であれ、内藤の手段的合理性論法であれ、事実に基づく規範の正当化を目指す論法は、人権という規範を主張するために一定の規範を前提に置いていた(4.3.(2))。このことは、人間本性論の問題を解決することがいかに困難であるかを示している。

しかし、問題には、解決するだけでなく、回避するという方策もありうる。本稿の分析結果から示唆されるのは、人権が規範的な構成物であることを正面から肯定することの必要性である。人間本性論の隘路を迂回するためには、客観的に観察可能な人間本性に人権の基礎を求めるという方途を捨て、自然主義の立場を離れなければならない。そのための第一歩は、人権が規範的な構成物であることを承認することであると思われる。そもそもゲワースやロマスキーが行為の規範的構造の捉え方について相違を示していたように、人権の基礎にある主体性は経験的に観察される客観的事実ではなく、観察者により規範的に再構成されたものである(4.3.(1))。また、生存権を人間本性に基礎づけ正当化しようとする論者が、無脳症児の事例について判断を留保していたことから示唆されるように、自律能力の高低ではなく有無が問題となるこのような事例において、潜在能力としてであれ自律能力の存在を想定するとすれば、それは人権がフィクションの上に成り立つものであることを承認することを意味している(4.2.(1))。人間本性論の隘路を迂回するためには、

このような、権利主体像が規範的な構想であるという定式をより強く自覚し、そのうえで人権論を組み立てる必要がある。

その際重要になるのは、自律性などの主観的価値だけではなく、公正や正義といった間主観的価値が理論の中で適切に働く余地を作り出すことである。等しく自律性に根差した諸権利、諸原理・諸原則間の対立の調整を、当の自律性を基底価値として行うことは原理的には不可能だからである。社会保障が制度を媒介にして人々の間で強制的に財の移転を行うものである以上、社会保障の規律は間主観的な価値による必要がある。本稿の分析結果は、自律という主観的価値を説くのみでは不十分であることも示している(4.3.(1))。

ゲワースの福祉への権利の意義が活かせる可能性があるのは、人間本性による人権の基礎づけを捨て、間主観的な価値による生存権の基礎づけがなされたその後であろう。ゲワースの道徳的人権論が憲法学上有している意義は、社会的権利が〈人権〉として主張されたことよりも、国家が正当性を標榜するためには、そのもとにある諸制度が社会的権利を実効的に保障していなければならないとした点にあった(4.1)。ゲワースの人権論を始め、道徳的人権論には、社会的制度を媒介にした正義の実定化という要請が含まれているのである。しかし、このような意義を活かすことができるのは、人間本性に代わる人権の基礎づけがなされてからであろう。

この点に関連して参考になると思われるのは、実は、拡張的自律説がゲワースに並べて参考にするロールズやドゥオーキンの構成主義的な道徳的人権論である(例えば佐藤1993:248)<sup>19</sup>。周知のようにロールズは、社会の基礎構造を正義の主題として論じている。ロールズによれば、正義とは社会の諸制度がまずもって満たすべき徳である(Rawls 1971:3)。格差原理を含む有名な正義の二原理は、社会の基礎構造における権利・義務の割り当てとともに、適正な財の分配上の取り分を規定する。ドゥオーキンもまた、『平等とは何か』と邦訳される彼の主著 *Sovereign Virtue* において、その支配下にあるすべての市民の運命に平等な配慮を示すことが政治共同体の至高の徳(sov<sup>er</sup>ign virtue)であり、平等な配慮を示さない政府は正統な政府とは言えないことを論じて

いる(Dworkin 2000:1)。このような議論において、福祉への権利は、人間本性ではなく、正義にかなった国家の義務に基礎づけられている。彼らの人権論は、序論で述べた理論的問題を解決ないし回避しつつ生存権を基礎づけるポテンシャルを有しているものと思われる。

憲法25条の規範的基礎づけは、このような議論によることでより適切に行われよう。日本国憲法の福祉国家的憲法としての性格規定に条文上の根拠を与えているのは25条1項ではなく2項のほうなのであるから、福祉国家の憲法理論的基礎に関心を寄せる者が取り組まなければならない課題は、生存権を人間像に基礎づけるために〈自律的〉個人像の内実を操作することではなく、2項が規定する福祉国家的義務の規範的基礎を解明することであるはずだからである。

本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費(課題番号2014S-057)の助成を受けたものである。

## 注

- 1 佐藤(1983)では、現代法が前提とする人間像は具体的な人間像であることがロナルド・ドゥオーキンの「平等な配慮と尊重への権利」を一例として論じられている。
- 2 菊池の自律指向的理論が、抽象的な強い個人というよりも、かなりの程度具体性を帯びた人間像を理論の前提においていることについては、辻(2013:31-3)参照。
- 3 市川ほか(2008:249 [市川正人執筆])参照。ただし両説の接近は、両説の間に重大な差異が存在しないことを意味してはいない。両説の間にはなお、憲法上の権利である生存権の保障に勤労という条件を付けるか(菊池・尾形)、無条件に保障するか(笹沼)という違いが存在している。
- 4 例えば樋口(2007:66-9)参照。理性的な意思主体としての人間というフィクションを批判し、意志主体に代えて苦痛の主体を提唱する見解に対して、樋口は、「それならば、もう『苦痛』すら感じない症状になった患者は、権利主体ではなくなるのか」と疑問を突き付け、「フィクション性は、どこまでもついてまわる」のだと主張する。
- 5 本文の以下の記述は自律基底理論のなかでもつばら菊池の理論を念頭に置いている。
- 6 「不偏の観察者」モデルが熟慮に基づく公共的討議の作法としては問題含みであることについては若松・須賀(2011:37-8)参照。
- 7 prudentialという語は「思慮に基づいた」とか「処世的な」と訳されることが多いように見受けられるが、本稿では、奥平(1988:133-4)に倣って、「それなりの」や

「行為主体なりの」と訳している。ゲワースはprudentialをmoralとの対比で用いていると思われるからである。ゲワースの言う道徳(moral)とは、二者以上の人々の間で成り立つ間主観的な規範であるのに対して、ゲワースの言うprudentialは、自分一個の視点から判断される主観的な規範である。したがって、prudentialな権利とは、当該権利主体なりの判断に基づいた、他の規範に照らせば覆されるかもしれない、それなりの権利であることを意味している。prudentialとmoralの対比については、Lomasky (1987: 19-25) も参照。

- 8 これに対して手続的正当化は自由の要素に由来する。これは、社会的諸制度はそれに服する人がそれを受け入れることについて自由に同意した場合に限り、正当化されるとするものである。自由な同意という手続を通じた制度の正当化である。手続的正当化はさらに任意的手続による正当化と必須的手続による正当化とに分類される。任意的手続による正当化は、任意加入の結社などの正当化に関わり、必須的手続による正当化は、国家などの必然的加入団体の正当化に関わる (Gewirth 1978: 282-3)。
- 9 静態的側面において正当化されるのは刑法などを備えた最小国家である。この側面においては、基本財や他の重要な財が、少なくとも現時点では干渉されていないという点で、人々が平等に権利を保持すべきことが想定される。社会の諸制度は、この意味での平等な状態を保護ないし回復する限り正当だとされる (Gewirth 1978: 292)。たとえば、名誉やプライバシーのような重要な財はもちろん、生命、自由、身体の安全のような基本財を保持するのにも資する刑法は、このような観点から正当化される。刑法を執行したりその違反を取り除くための警察や裁判所などの制度も同様である。これらのルールや制度から構成される最小国家は、このように基本財への干渉を取り除く場合に正当化される (Gewirth 1978: 294-5)。
- 10 もっとも、我こそが「真の」リバタリアンだと称しながらも、ある種の福祉国家的施策を正当化することはありうる (Van Parijijis 1995)。しかしそこで意図されているのは、当てこすった表現でリバタリアニズムの形式的思考を批判することであって、リバタリアニズム擁護ではない。
- 11 日本国憲法が社会国家の理念を宣明しているとする宮沢俊義を評して石川健治も、「この主張を成り立たしめるためには、25条2項だけは必要で、しかもそれで充分である」(石川 2006: 95) と述べる。
- 12 この点で、現行憲法25条2項の原型であるマッカーサー草案24条が、以下のように規定していたことに注意が惹かれる。
- 「法律は、生活のすべての面につき、社会の福祉ならびに自由、正義および民主主義の増進と伸張を目指すべきである。……社会保障を設けなければならない」(高柳ほか 1972: 279)。

後に忘れ去られていくことになるが、ここで、社会保障を義務づける文言に先立って「正義」が掲げられていたことを、筆者は真剣に受け止めたいと思う。

- 13 ここで拡張的自律説そのものを検討の俎上に載せることができなかったのは、ゲワースの人間本性論に依拠していたはずの拡張的自律説が、「微妙な展開」(竹中 2010: 41) を示しているようにも読めるからである。拡張的自律説が人間本性論の隘路を突破できているか否かを検討するためには、先決問題としてこの微妙な転回が論理的に可能であるかどうかを検討しなければならない。本稿はそのための予備的考察としての側面も有している。
- 14 佐藤 (1987a: 7-9) は、子供の人權を論じる文脈で、現代法の措定する人間類型が具体的人間であることを指摘した上で、「自律の尊重は現実の自律というよりは、むしろ自律に対する能力にかかわるもの」であり、この能力は「いまだ展開されていないと否とにかかわらず」、「潜在能力で十分である」とする。なお、同論文では、ロールズの論を紹介しつつ議論が展開されるが、ロールズのいう道徳的人格は、仮想的な社会契約の状況から恣意的な偶然性が与える影響を除去し、公正な理想的判断状況を作り出すための規範的な概念装置である (Rawls 1971: 19, 506, 509)。ロールズの道徳的人格の構想は現実の具体的人間の構想ではない。
- 15 本文で続けて述べる三つの可能性は直接的には佐藤の説に対する問題提起という形を取っている。しかしながらこの問題提起は、佐藤の説と竹中の説の類似性を考えれば、竹中の説にも同様に妥当するだろう (竹中 2010: 62 (注68))。
- 16 以下本文では、手段的合理性論法が事実から規範を導出できているのか否かを検討するが、内藤が定式化した(1)「人間は『繁殖』(生存と繁殖、そのための資源獲得)に向けて生きる」、(2)「人間は、『他の人間集団への対抗』を主要因として集団生活をする」という二つの目的は、人權との目的・手段関係を精緻に検証することがほぼ不可能なほど大まかに定式化されているため、本文では、これらの目的と人權との間にある目的・手段関係ではなく、手段的合理性論法の基本的な思考の型に分析の焦点を絞り、それが事実による規範の正当化に成功していないことを示す。
- 17 アラスデア・マッキンタイアに仮借してゲワースの論法を批判する内藤 (2007: 51) 参照。そこでのゲワース批判はそのまま内藤自身の論法にも当てはまるように思われる。
- 18 このよう考えてみると、一つ目に検討した自動車免許の事例においても実は、「Aは自動車を運転したいが運転免許を持っておらず、法に違反せずに運転したいと思っている」というAの欲求の中に、「法に違反すべきでない」という規範命題が混入されている可能性に思い至る。
- 19 ただし、ロールズは、人權が人間本性論に依拠するものでないことを明言している (Rawls 1999: 551)。

参考文献

Dworkin, Ronald (2000) *Sovereign Virtue: The theory and practice of equality*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Gewirth, Alan (1971) "The Normative Structure of Action," *The Review of Metaphysics*, Vol.25, No.2: 238-61.

——— (1978) *Reason and Morality*, Chicago: University of Chicago Press.

——— (1982) *Human Rights: Essays on Justification and Application*, Chicago: University of Chicago Press.

——— (1984) "Replies to My Critics," in Regis Jr., Edwaed (ed.) *Gewirth's Ethical Rationalism: Critical Essays with a reply by Alan Gewirth*, Chicago: University of Chicago Press: 192-255.

Lomasky, Loren (1987) *Persons, Rights, and the Moral Community*, Oxford: Oxford University Press.

Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

——— (1999) *Collected Papers*, edited by Samuel Freeman, Cambridge MA: Harvard University Press.

Van Parijjs, Philippe (1995) *Real Freedom for All: What (if anything) can justify capitalism?*, Oxford: Oxford University Press.

石川健治 (2006) 「憲法改正論というティスクール」『ジュリスト』1325号、有斐閣、90-7頁。

市川正人・工藤達郎・高見勝利 (2008) 「学界展望 憲法」『公法研究』70号、230-59頁。

岩本一郎 (2009) 「生存権理論の現況と課題」『北海道自治研究』490号、30-41頁。

尾形健 (2011) 『福祉国家と憲法構造』有斐閣。

奥平康弘 (1988) 「“ヒューマン・ライツ”考」和田英夫古希記念論集刊行会編『戦後憲法学の展開』日本評論社、117-50頁。

菊池馨実 (2010) 『社会保障の将来構想』有斐閣。

笹沼弘志 (2008) 『ホームレスと自立／排除』大月書店。

佐藤幸治 (1981) 『憲法』青林書院新社。

——— (1983) 「法における新しい人間像」芦部信喜編『岩波講座基本法学1 人』岩波書店、281-321頁。

——— (1987a) 「子どもの『人権』とは」『自由と正義』38巻6号、4-10頁。

——— (1987b) 「人権の観念」『ジュリスト』884号、有斐閣、145-57頁。

——— (1988) 「人権論への覚書き」同『現代国家と司法権』有斐閣、443-529頁。

——— (1990) 『憲法〔新版〕』青林書院。

——— (1993) 「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 (上)』有斐閣、3-35頁。

——— (1999) 「人権の観念と主体」『公法研究』61号、13-45頁。

高柳賢三・大友一郎・田中英夫 (1972) 『日本国憲法制定の過程 I』有斐閣。

竹中勲 (1998) 「自己決定権と自己統合希求的利益説」『産大法学』32巻1号、1-41頁。

——— (2010) 『憲法上の自己決定権』成文堂。

辻健太 (2013) 「個人から、再び国家へ——戦後日本憲法学における生存権論の批判的考察 (2・完)」『早稲田政治公法研究』104号、27-40頁。

内藤淳 (2007) 『自然主義の人権論』勁草書房。

長谷川晃 (1991) 『権利・価値・共同体』弘文堂。

樋口陽一 (1999) 『憲法と国家』岩波新書。

——— (2007) 『国法学〔補訂〕』有斐閣。

深田三徳 (1999) 『現代人権論』弘文堂。

宮沢俊義 (1974) 『法律学全集4 憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣。

米村幸太郎 (2010) 「自然権なしに人権は存在しうるか」井上達夫編『講座 人権論の再定位5 人権論の再構築』法律文化社、89-108頁。

若松良樹 (2003) 「人権の哲学的基礎」『ジュリスト』1244号、有斐閣、6-12頁。

若松良樹・須賀晃一 (2011) 「原初状態再考2: 無知のヴェールが悪いのか」須賀晃一・齋藤純一編『政治経済学の規範理論』勁草書房、33-52頁。

辻 健太 (つじ けんた)

所 属 早稲田大学教育・総合科学学術院助手

最終学歴 早稲田大学大学院政治学研究科博士後期課程研究指導終了退学

所属学会 日本公法学会, 全国憲法研究会, 憲法理論研究会, 政治経済学会  
研究分野 憲法

主要著作 「なぜベーシック・インカムが望ましいか」須賀晃一・齋藤純一編『政治経済学の規範理論』(勁草書房, 2011年) 235-52頁。  
「個人から、再び国家へ——戦後日本憲法学における生存権論の批判的考察 (1)・(2・完)」『早稲田政治公法研究』第103号 (2013)、9-24頁・第104号 (2013)、27-40頁。