

# 憲法13条後段と「身体についての権利」

浅田 訓 永

## 目次

- I はじめに
- II 憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」の提唱と展開
  - 1 提唱
  - 2 展開
- III 憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」をめぐる
  - 1 「生命・身体の自由」と「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」
  - 2 「身体に対する権利」・「身体の自由」・「身体への犠牲に対する補償請求権」
  - 3 「自己決定権」
  - 4 「人格権」
- IV 憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」の可能性
  - 1 「実体的に適正な処遇をうける権利」としての「身体についての権利」
  - 2 「救済的に適正な処遇をうける権利」としての「身体についての権利」
- V むすびに代えて

## I はじめに

本稿は、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」論の動向について概観しようとするものである。

日本国憲法は、18条で「奴隷的拘束及び苦役からの自由」を、22条で「居住・移転の自由」を、31条、33～39条で「刑事手続上の権利」を保障している。しかし、これらの条文で保障されている「身体的自由（人身の自由）」以外にも、「身体的自由」が問題になる場面があると考えられるようになった（たとえば、身体への侵襲を伴う医療行為など）。その場合には、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を保障している憲法13条後段の補足的保障の問題として、具体的には、同条後段を根拠とする「身体についての権利」の

制約の問題として考えられるようになった。

しかし、憲法の体系書をみると、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」に触れるものは少ない<sup>1)</sup>。その一方で、同条後段を根拠とする「身体についての権利」の独自性ないし存在理由を積極的に評価する側にあっても、その位置づけ、性格、内容をめぐって各種各様の見解が表明されている。ところが、そうした「身体についての権利」論をめぐる議論状況について整理・検討したものはみあたらない。そこで、本稿では、同条後段を根拠とする「身体についての権利」がどのように提唱・展開され、現在どのように論じられているのか、その一端を概観することにした。

## II 憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」の提唱と展開

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」が主張されるようになったのは、論文としては1965年の種谷春洋『『生命、自由及び幸福追求』の権利(二)<sup>2)</sup>、憲法の体系書としては1981年の佐藤幸治『憲法<sup>3)</sup>』ではないかと思われる<sup>4)</sup>。ここでは、種谷教授と佐藤教授の「身体についての権利」論を整理していくことにする。

- 
- 1) これは、憲法13条後段の「生命に対する権利」についても同様である。中山茂樹「生命・自由・自己決定権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点(第4版)』(有斐閣、2008年)96頁参照。
  - 2) 種谷春洋『『生命、自由及び幸福追求』の権利(二)』岡山大学法経学会雑誌15巻1号(1965年)98-108頁。
  - 3) 佐藤幸治『憲法』(青林書院新社、1981年)314頁。
  - 4) なお、竹中勲『『新しい人権』の承認の要件論と学説』産大法学33巻1・2号(1999年)67頁は、憲法「<13条を根拠とする新しい人権の法的権利性の承認可能性肯定説>の提唱・展開は、論文としては1964-5年の種谷春洋『『生命、自由及び幸福追求』の権利(一)(二)(三・完)』を、憲法体系書としては1981年の佐藤幸治『憲法』を主たる契機とするものである」としている。

## 1 提 唱

### (1) 「身体的自由」

「身体についての権利」が憲法13条後段で保障されると初めて主張したのは、おそらく種谷教授ではないかと思われる<sup>5)</sup>。種谷教授は、1965年の論稿において、同条後段から「身体的自由」が導かれるとした<sup>6)</sup>。この「自由」は、憲法31条の「解釈の如何によって定まる」<sup>7)</sup>ものの、具体的に①「身体の安全及び健康」と②「身体の活動の自由」を保障しているとした<sup>8)</sup>。①は「生命の場合と異って、客観的な侵害要素のみではなく、主観的な侵害要素（身体の苦痛）をも考慮しなければならない」ので、①の制約にあたっては「いかなる場合に制約が許されるかという判断とともにその制約の範囲及び程度についての判断が必要である」<sup>9)</sup>とする。②の制約は、「他人の保護法益に危害を及ぼす場合」や「本人を保護する場合」など個別的に考察すべきであるとする<sup>10)</sup>。なお、種谷教授は、「身体的自由」を憲法13条後段の内容の「身体的法益の保障」の中に位置づけている<sup>11)</sup>。

### (2) 「身体的側面に対する侵害」と「人格的価値の保護」

種谷教授は、1965年の論稿において、憲法13条後段は同条前段の「個人の尊重原理」と「不可分に結合することによって、個人人格そのものに対する保護を含む」<sup>12)</sup>とした。そして、種谷教授は、1978年の芦部信喜編『憲法Ⅱ

---

5) なお、佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）46頁は、身体的自由をはじめとする「人格権ないし人格権的なものを・体系的に解釈論として提示するということは、わが国において、種谷さんがはじめてであったと申してよろしいかと思えます」としている。

6) 種谷・前掲注2・91頁参照。

7) 種谷・前掲注2・98頁。

8) 種谷・前掲注2・91頁。

9) 種谷・前掲注2・99頁。

10) 種谷・前掲注2・105頁。

11) 芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権（1）』（有斐閣、1978年）149頁〔種谷春洋執筆〕参照。

12) 種谷春洋『「生命、自由及び幸福追求」の権利（三・完）』岡山大学法経学会雑誌15巻2号（1965年）59-60頁。なお、同60頁は、個人人格の保護は「個人の尊重原理」の「いわば主体化され

人権（1）』において、「身体的側面に対する侵害が人格価値そのものに対する制約を伴う」<sup>13)</sup>可能性に触れた。たとえば、おとり捜査がその例にあげられている。「捜査機関等が犯罪を教唆または幫助し、その実行をまって逮捕する」おとり捜査は、「それが実行者に犯意を生ぜしめるか、またはすでに有する犯意を強化せしめるかを問わず、個人人格そのものを軽視する結果となることを否定しえない」<sup>14)</sup>とした。なお、種谷教授は、「身体的側面の侵害に対する人格的価値の保護」を同条後段の内容の「人格的利益の保障」の中に位置づけている<sup>15)</sup>。

## 2 展 開

その後、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」をさらに展開したのは、佐藤教授ではないかと思われる<sup>16)</sup>。

### (1) 「身体・自由（生命を含む）」

佐藤教授は、1981年の『憲法』（以下、『初版』とする）において、憲法13条後段から「身体・自由（生命を含む）」<sup>17)</sup>が導かれるとした。しかし、この「自由」は、同条後段の「内容として独自の意味」をもたない<sup>18)</sup>（傍点は原文）。佐藤教授は、その理由を1984年の樋口陽一ほか『注釈 日本国憲法 上巻』（以下、『注釈』とする）において、次のように述べている。すなわち、憲法31条

---

たもの」とする。

13) 芦部編・前掲注11・152頁〔種谷執筆〕。

14) 芦部編・前掲注11・152-153頁〔種谷執筆〕。

15) 芦部編・前掲注11・151-153頁〔種谷執筆〕参照。

16) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）337頁の注（10）は、「種谷説を基本的に継承し幸福追求権の法的性格ないし内容を綿密に分析したものととして」佐藤・前掲注3をあげている。

17) 佐藤・前掲注3・314頁。

18) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』—その根拠と性質をめぐって」法学教室98号（1988年）6頁は、佐藤・前掲注3・313-314頁において、憲法13条後段の「内容として独自の意味をもつものとして、①『人格価値そのものまつわる権利』（例、名誉権、プライバシーの権利、環境権）、②『人格的自律権（自己決定権）』、③『適正な手続的処遇を受ける権利』、④『参政権の権利』をあげ」たとしている（傍点は原文）。

が「刑事に関する実体・手続の法定および適正性を広く保障したものと解すれば、〔13条後段の〕『幸福追求権』が妥当すべき場合は多く<sup>19)</sup>ないからである。

佐藤教授の「身体の自由（生命を含む）」については、次の点を指摘しうる。

第一は、「身体の自由（生命を含む）」の位置づけである。佐藤教授は、『初版』及び1990年の『憲法〔新版〕』（以下、『新版』とする）において、この「自由」を「生命・自由及び幸福追求権の内容」の「身体の自由（生命を含む）」の項目に位置づけた<sup>20)</sup>。それに対して、佐藤教授は、『注釈』及び1994年の樋口陽一ほか『注解法律学全集1 憲法I』（以下、『注解』とする）では、この「自由」を「生命・自由及び幸福追求権の内容」の「総説」の項目に位置づけた<sup>21)</sup>。また、佐藤教授は、1995年2月の阿部照哉ほか編『憲法(2) 基本的人権I〔第3版〕』（以下、『3版』とする）では、この「自由」を「幸福追求権の性格とその内容」の「内容（幸福追求権の多様性）」<sup>22)</sup>の項目に位置づけた。

第二は、「身体の自由（生命を含む）」に独自の意味があるかどうかである。佐藤教授は、『注釈』及び『注解』において、この「自由」は憲法31条との関連で独自の意味がないとした<sup>23)</sup>。また、『3版』でも、この「自由」は、「他の個別的条項によってほぼカバーされていると解しうるから」<sup>24)</sup>、同条後段の内容として独自の意味がないとした。

このように、1981年の『初版』から1995年2月の『3版』までは、「身体の自由（生命を含む）」の位置づけに違いがみられた。しかし、この「自由」

---

19) 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注釈 日本国憲法 上巻』（青林書院、1984年）287頁〔佐藤執筆〕。

20) 佐藤・前掲注3・313-314頁、佐藤幸治『憲法〔新版〕』（青林書院、1990年）405-406頁。

21) 樋口ほか・前掲注19・286-287頁〔佐藤執筆〕、樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注解法律学全集1 憲法I〔前文・第1条～第20条〕』（青林書院、1994年）276-277頁〔佐藤執筆〕。

22) 阿部照哉＝池田政章＝初宿正典＝戸松秀典編『憲法(2) 基本的人権I〔第3版〕』（有斐閣、1995年）125、126頁〔佐藤幸治執筆〕。

23) 樋口ほか・前掲注19・287頁〔佐藤執筆〕、樋口ほか・前掲注21・277頁〔佐藤執筆〕参照。

24) 阿部ほか編・前掲注22・126頁〔佐藤執筆〕。

が憲法13条後段の内容として独自の意味を持たないという点では一貫して同じであった(表1)。

表1: 「身体的自由(生命を含む)」の憲法13条後段上の位置づけと独自の意味

	『初版』・『新版』	『注釈』・『注解』	『3版』
位置づけ	身体的自由(生命を含む)	総説	内容(幸福追求権の多様性)
独自の意味	なし	なし	なし

### (2) 自己決定権と身体・生命の処分にかかわる問題

佐藤教授は、『注釈』において、憲法13条後段を根拠とする人格的自律権(自己決定権)の「問題として最も困難なのは、自身の身体・生命の処分にかかわる問題である」<sup>25)</sup>とした。ここでいう人格的自律権は、「個人は治療行為を受けるかどうか、受けるとすればどのような治療行為を受けるかを決定する権利をもつと考えるべきか・・・というように問題が展開されることになる」<sup>26)</sup>。佐藤教授は、1988年の論稿において、延命治療拒否(「品位ある死」を選択する権利)は「少なくとも、回復が不可能で苦痛を伴うような場合、・・・人の人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地がもはや存在し」ないので、「本人の明確な意思をもとに、肯定されてよい」<sup>27)</sup>としている。これは、「消極的安楽死・延命治療拒否ないし停止請求権」を「承認する」<sup>28)</sup>ものである。

### (3) 「生命・身体的自由」と「生命・身体処分の事柄にかかわる自己決定権」

佐藤教授は、1995年4月の『憲法〔第三版〕』(以下、『三版』とする)において、「身体的自由(生命を含む)」から「生命・身体的自由」へと文言を一

25) 樋口ほか・前掲注19・305頁〔佐藤執筆〕。

26) 樋口ほか・前掲注19・305-306頁〔佐藤執筆〕。

27) 佐藤・前掲注18・19頁。

28) 松本哲治「憲法上の『死ぬ権利』の行方—Glucksberg 判決以降」奈良法学会雑誌11巻2号(1998年)67頁。

部改めた<sup>29)</sup>。

そして、佐藤教授は、2011年の『日本国憲法論』（以下、『憲法論』とする）において、①「生命・身体の自由」と②「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」の関連性を次のように述べている。すなわち、①は「国家権力による恣意的な生命・身体の自由の剥奪からの保障に主眼がおかれ」る一方で、②のような「尊厳死・安楽死・脳死などの問題」は「個人の自己決定（自己の運命の支配）の文脈での生命・身体の自由の問題にされた」<sup>30)</sup>（傍点は原文）。

『三版』と『憲法論』については、次の点を指摘しうる。

第一に、「生命・身体の自由」の位置づけと独自の意味である。前述のように、『初版』から『3版』までの「身体の自由（生命を含む）」は、憲法13条後段の内容として独自の意味をもたなかった。しかし、『憲法論』は、「生命・身体の自由」が同条後段の「補充的保障対象となる」<sup>31)</sup>と述べ、この「自由」が同条後段の内容として独自の意味を持つ可能性に触れた。なお、『三版』及び『憲法論』は、この「自由」を「生命・自由及び幸福追求権の内容」の「生命・身体の自由」の項目に位置づけている<sup>32)</sup>。以上のことをまとめると、表2になる。

表2：「身体の自由（生命を含む）」「生命・身体の自由」の憲法13条後段上の位置づけと独自の意味

	『初版』～『3版』	『三版』・『憲法論』
位置づけ	身体 <small>の自由（生命を含む）</small> → 総説	生命・身体 <small>の自由</small>
独自の意味	なし	あり <sup>33)</sup>

29) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）450頁参照。

30) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）188頁。

31) 佐藤・前掲注30・178頁。なお、同頁は、「ここで補充的保障対象とされるのは、憲法各条項で保障される個別的基本的人権と匹敵する独自の内実・カテゴリー性をもつことが前提とされている」としている。

32) 佐藤・前掲注29・449-450頁、佐藤・前掲注30・177-178頁。

33) もっとも、『三版』は、「生命・身体の自由」が憲法13条後段の内容として独自の意味があると明確に述べていない。

第二に、①「生命・身体の自由」と②「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」の関連性である。佐藤教授は、『憲法論』において、①は「科学技術の進歩にともなって複雑微妙な状況に立ち至<sup>34)</sup>り、「生と死との究極の場面での一人ひとりの意思の有り様を問う」②が「浮き彫り」<sup>35)</sup>になったとする。②に関連して、『三版』は、「人格的自律権（自己決定権）の大前提には、“生きるということは尊いことである”という考え方があり、自殺を『権利の行使』と構成することはその大前提にもとるもの」<sup>36)</sup>としている。この理解に基づけば、佐藤教授は「生命・身体処分の自己決定権により保障されるとは述べていないことに注意する必要がある」<sup>37)</sup>、との指摘は確認されておいてよい。その一方で、延命治療拒否が限定的に認められるとの指摘は、『三版』・『憲法論』でも踏襲されている<sup>38)</sup>。

このようにみえてくると、「個人の自由の出発点ないし根源をなす」<sup>39)</sup>①の剥奪は許されず、②は「一定の厳しい要件のもとに・容認できる余地」<sup>40)</sup>がある。②は、厳密にいうと、生命の消滅に結びつく身体処分の自己決定権を限定的に認めたものである。

なお、佐藤教授は、中高生の髪型の自由などを制約する校則の是非が争われた裁判例に関連して、「『丸刈り』の強制については、身体面にも及ぶ強度の画一性に鑑み、人格的自律権との関係で問題とされるべき余地がある」<sup>41)</sup>としている。

#### (4) 人格価値そのものにまつわる権利侵害

種谷教授は、上述のように、おとり捜査による身体的側面に対する侵害が

---

34) 佐藤・前掲注30・188頁。

35) 佐藤・前掲注30・190頁。同頁では、脳死の問題に関連してこのように述べられている。

36) 佐藤・前掲注29・460頁。また、佐藤・前掲注30・189頁参照。

37) 中山茂樹「法における『尊厳死』の捉え方」思想976号（2005年）75頁の注27。

38) 佐藤・前掲注29・460頁、佐藤・前掲注30・189頁参照。

39) 佐藤・前掲注30・188頁。

40) 佐藤・前掲注30・189頁。

41) 佐藤・前掲注30・191頁。



人格価値そのものに対する制約を伴うとしていた。佐藤教授も『注釈』及び『注解』において、種谷教授と同様の問題意識を示している<sup>42)</sup>。

また、佐藤教授は、強制採尿の問題も人格価値そのものにまつわる権利との関係で問題があるとした。すなわち、強制採尿は、「人の体内侵入によって犯罪情報を取得しようとするもので・・人の意に反して身体領域への侵襲を伴っている点で・・尊厳なる人格の自律のあり方にかかわるより本質的な問題が存在してはいまいか<sup>43)</sup>とする（傍点は原文）。

なお、おとり捜査の合憲性は『注釈』及び『注解』を最後に触れられていないが、強制採尿の合憲性は『三版』及び『憲法論』でも触れられている<sup>44)</sup>。

### Ⅲ 憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」をめぐる

Ⅱでみたように、種谷教授は、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」として、①「身体の自由」（「身体の安全及び健康」と「身体の活動の自由」）、②「身体的側面の侵害に対する人格的価値の保護」をあげた。佐藤教授は、③「生命・身体の自由」、④「生命・身体の処分の事柄にかかわる人格的自律権（自己決定権）」、⑤「人格価値そのものにまつわる権利」をあげた。種谷教授と佐藤教授の相違点は、生命と身体を切り離しているかどうか（①と③）、自己決定権を含めているかどうか（④）にある<sup>45)</sup>。

その後の学説の展開をみると、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」は、主に、③④（後述1）、①又は①④（後述2）、④（後述3）、②

42) 樋口ほか・前掲注19・297-298頁〔佐藤執筆〕、樋口ほか・前掲注21・288-289頁〔佐藤執筆〕。

43) 樋口ほか・前掲注19・299頁〔佐藤執筆〕、樋口ほか・前掲注21・289-290頁〔佐藤執筆〕。

44) 佐藤・前掲注29・453頁の注（1）、佐藤・前掲注30・180頁の注（17）参照。

45) なお、佐藤幸治／土井真一（聞き手）「憲法13条と人格的自律権の展望」憲法研究4号（2019年）14頁〔佐藤発言〕は「種谷説が13条をもって人格的利益を対象とする包括的な自由権規定とした点、また、13条の『幸福追求権』と個別的基本権諸規定とは一般法と特別法の関係にあるとした点は、次第にすっかりしなくなってしまうようになっていきました」と述べ、13条の理解に関する種谷教授との相違点を指摘している。

⑤(後述4)であるとする学説に分かれている。もともと、諸学説は、①～⑤を受容しつつ、一部修正を行っている部分もある。以下では、これら諸学説の動向を種谷教授及び佐藤教授の所説と比較しつつ概観することにした。

## 1 「生命・身体の自由」と「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」

### (1) 「生命・身体の自由」と「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」の関係

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」は、佐藤教授と同様に、①「生命・身体の自由」と②「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」から成るとする学説として、たとえば、市川正人教授<sup>46)</sup>、君塚正臣教授<sup>47)</sup>、松本和彦教授<sup>48)</sup>の所説がある。松本教授は、①と②の関連性について、「本来、生命・身体という重要な法益の不可侵性を守ろうとするところに」①の保障の意義があり、②は①「との関係で表れた」としている<sup>49)</sup>。

中山茂樹教授は、①のような「身体に対する権利」は「判断能力を前提とせず、個人は判断能力の欠如を理由とした制約を受けることなく、それを持つことができる」のに対して、②のような「身体を提供する／しないの自由は、するかしないかの判断能力を前提としている」<sup>50)</sup>とする。この理解を前提にすると、①は②と「区別して範疇化することに意味がある」<sup>51)</sup>ことになる。

46) 市川正人『基本講義憲法』(新世社、2014年)97、103頁。

47) 君塚正臣「幸福追求権—延長線上に家族と平等を一部考える—」横浜国際経済法学19巻2号(2010年)130、136頁参照。君塚教授は、「生命権・身体的自由権」と自己決定権(=「生命・身体に関する行為」)としている。

48) 渡辺康行=宍戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法I基本権』(日本評論社、2016年)117、125頁〔松本執筆〕参照。

49) 渡辺ほか・前掲注48・118頁〔松本執筆〕。

50) 中山茂樹「人体の一部を採取する要件としての本人の自己決定—憲法上の生命・身体に対する権利の視点から—」産大法学40巻3・4号(2007年)104頁。

51) 中山・前掲注50・104頁。

## (2) 「生命・身体の自由」に「補償請求権」が含まれるとする学説

戸波江二教授は、①「生命・身体の権利」と②「自己決定権」（生命・身体の処分に関する権利）をあげている<sup>52)</sup>。①は「個人の生命や身体の安全の確保を求める権利」であり、同権利は「一個の独立した人権」であるとする<sup>53)</sup>。①の「法的意義としては、国家による生命・身体への介入からの自由という基本的意味の他」、たとえば、「予防接種事故による損害に対して、損害賠償責任が否定される場合でも、生命・身体の権利〔①〕への侵害として補償請求権の根拠として援用されよう<sup>54)</sup>」としている。②については、医療技術の進歩とともに「例外的に生命の停止措置を法的に認めることが、本人の自己決定と人間の尊厳の維持のために必要になっている<sup>55)</sup>」とする。

戸波教授の特徴は、①を援用して「補償請求権」を導き、この「補償請求権」を「憲法上の具体的権利」と捉えていることである。ここには、憲法13条後段から「社会権ないし請求権<sup>56)</sup>」を導出できるという理解があるように思われる。

## 2 「身体に対する権利」・「身体の自由」・「身体への犠牲に対する補償請求権」

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」は、種谷教授と同様に生命と身体を切り離して捉えるべきとする学説もみられる。たとえば、土井真一教授<sup>57)</sup>、中山教授の所説がある。両教授は「身体に対する権利」としている。中山教授は、同条後段が「公権力によって身体的侵襲を加えられない

52) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号（1996年）19、24頁の注（42）。

53) 戸波・前掲注52・25頁の注（53）。

54) 戸波・前掲注52・25-26頁の注（53）。

55) 戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998年）186頁。

56) 戸波・前掲注52・13-14頁参照。

57) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）§§10～24』（有斐閣、2017年）110-113頁〔土井真一執筆〕は、たとえば本人の同意なく身体に対する侵襲を伴う行為（身体の一部を切除したり、傷害を加えること）や髪型の自由の問題などを「身体に対する権利」の制約の問題としている。

という一般的な身体に対する権利<sup>58)</sup>を保障しているとする。そして、この「身体に対する権利」から派生してくる権利として、「自己決定権」(人の身体に侵襲を加えたり、人を医学研究の対象としたりするには、原則として本人にそれを説明した上でその同意(ないし承諾)が必要であるとされ、そのような個人の一定のインテグリティがある状態への介入に対する本人同意の条件)があるとする<sup>59)</sup>。

### (1) 「身体を侵されない権利」と「身体への犠牲に対する補償請求権」

内野正幸教授は、①「身体を侵されない権利(たとえば身体検査、予防接種や治療を強制されない権利)」と②「身体への犠牲に対する補償請求権」をあげている<sup>60)</sup>。

内野教授は②を「谷間におかれた補償請求権」と呼び、たとえば、予防接種禍訴訟や冤罪の被害者が「谷間におかれた補償請求権」<sup>61)</sup>の対象になるとする。内野教授は、予防接種による生命・身体被害に対して、国家賠償請求が認められず、救済法が未整備でも、②の行使を認めるべきとする。また、内野教授は、冤罪の被害者に対して「被疑者補償規程による実務的対応がなされているが、そこでは被疑者側の請求権は認められて」おらず、また、国家賠償請求において「違法性や過失がないとされて、被疑者側が敗訴する可能性もかなり高い」<sup>62)</sup>ことから、②の行使を認めるべきとする。

内野教授は、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」の中に自由権の内容だけでなく請求権的内容も含めている。これは、(生命と身体を切り離している点を除けば)基本的に戸波教授と同様の理解である<sup>63)</sup>。内野教授

58) 中山・前掲注1・96頁。同頁では、「強制的な身体検査・採尿・採血などや、予防接種・健康診断」、「公権力が運営する医療機関・研究機関における医療や臨床研究についてのインフォームド・コンセントの問題」などを「身体に対する権利」の制約例としてあげている。

59) 中山茂樹「『自分らしい死』をめぐる法と倫理」法学セミナー788号(2020年)27頁。

60) 内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』(日本評論社、2005年)53-54頁。

61) 内野正幸「幸福追求権と補償請求権」法律時報74巻1号(2002年)80頁参照。

62) 内野・前掲注61・80頁。

63) 内野教授は、自己決定権の保障範囲を基本的に限定していないので、戸波教授と同様に「身体の処分に関する自己決定権」を認めているものと思われる。もっとも、内野・前掲注60・53-54頁において、自己決定権の例としてあげられているのは「結婚・子づくり・髪型・服装

の特徴は、②について、予防接種禍訴訟だけでなく被疑者補償規程の不十分な部分も②の対象に含めていることである。また、内野教授は、冤罪の被害者は「被告人として無罪になったものであるかどうかをとわず・・名誉権を侵害されたことを理由とする補償」<sup>64)</sup>を憲法13条後段に基づいて請求できるとする。

## (2) 「身体の自由」

松井茂記教授は、「明文根拠を欠くが政治参加に不可欠な権利として保障されるべき権利に身体の自由」、具体的には、①「身体の移動の自由」、②「身体そのものの不可侵性」、③「身体の処分に關する権利」があるとする<sup>65)</sup>。

①は種谷教授の「身体の活動の自由」に相当するものである。松井教授は、①は刑罰以外の理由で制約がなされる場合に限られるとする。①の制約例として、裁判所以外の公権力（行政機関など）による強制収容、強制入院を授權している法律に基づく決定などがあげられている。

②は種谷教授の「身体の安全及び健康」に相当するものである。松井教授は、②は「身体を物理的に傷つけられない自由及び健康を害されない自由（健康権）が問題となる」<sup>66)</sup>とする。②の制約例として「かつてあった予防接種法による予防接種や精神保健法による精神障害者の不妊手術、旧優生保護法による精神障害者への人工妊娠中絶など」<sup>67)</sup>があげられている。

③は「身体の処分に關する自己決定権にあたる」<sup>68)</sup>。③の保障からは、本人の同意に基づく傷害行為を処罰の対象とすることに疑問があるとする<sup>69)</sup>。

---

の自由」のほか「喫煙、植物栽培、ペット飼育、バイク乗りなどの自由」である。

64) 内野正幸「演習憲法2」法学教室251号（2001年）146頁。ここには、「えん罪は、13条の保障する人格権（名誉権）に対するひどい侵害」（同頁）という理解があるように思われる。

65) 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）505、508頁。

66) 松井・前掲注65・507頁。

67) 松井・前掲注65・507頁。

68) 松井・前掲注65・508頁。

69) 松井・前掲注65・508頁。また、高山佳奈子「自己決定とその限界（上）」法学教室284号（2004年）61頁も参照。

松井教授は、佐藤教授のように③を生命の消滅に結びつく身体の処分に限定せず、生命の消滅に結びつかない身体の処分も③に含んでいる。ここに、松井教授の特徴を見出しうる<sup>70)</sup>。

### 3 「自己決定権」

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」は、「生命・身体の処分の事柄にかかわる自己決定権」の文脈のみで捉えればよいとする学説として、芦部信喜教授の所説<sup>71)</sup>がある。

#### (1) 「ライフスタイルの自己決定権」

赤坂正浩教授は、憲法13条後段を根拠とする「ライフスタイルの自己決定権」と「環境権」の文脈において、「生命・身体に対する権利」<sup>72)</sup>を捉えるべきとする。なぜなら、そのほうが同条後段の解釈上「ロー・コストという意味で合理的選択」<sup>73)</sup>といえるからである。

赤坂教授は、「ライフスタイルの自己決定権」の中に「生命・身体の処分」の選択があるとし<sup>74)</sup>、「身体の処分」の例として「死後に自分の臓器を難病の患者に提供する行為」<sup>75)</sup>をあげている。これは、生命消滅後の身体の一部の提供を指すものであり、生命の消滅に結びつく身体の処分とは区別してお

70) なお、松井茂記「安らかに死なせてほしい—尊厳死の権利および安楽死の権利」同編著『スターボックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）10頁は、「生きることは、憲法の保障する権利であって義務ではないはずである。とすれば、やはり個人にはいつどのように死ぬのかを選択する自由が認められるべき」とする。これは、自殺の自由を認めない佐藤教授とは対照的な理解である。

71) 芦部・前掲注16・395頁。もっとも、芦部信喜『憲法』（岩波書店、1993年）106頁、同『憲法〔新版〕』（岩波書店、1997年）120頁、同『憲法〔新版補訂版〕』（岩波書店、1999年）120頁では、「生命の処分を決める自由」のみとなっている。

72) 赤坂正浩『憲法（人権）』（信山社、2011年）268頁。

73) 赤坂・前掲注72・268頁。なお、同頁は、「生命に対する権利」を「13条独立の権利と捉える」と、解釈のバランス上は、13条独自の『幸福追求権』『自由権』についても詰めた考察をおこなうのが自然である」が、その考察には困難が伴うとしている。

74) 赤坂・前掲注72・284-285頁。

75) 渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権〔第7版〕』（有斐閣、2019年）295頁〔赤坂執筆〕。

くべきように思われる。

佐藤教授は、「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄」<sup>76)</sup>が人格的自律権（自己決定権）に含まれるとする。この理解に基づくと、「ライフスタイルの自己決定権」は「やや漠然としすぎる感も否めない」<sup>77)</sup>ということになり、そのような「ライフスタイル」のなかに人の「最も根源的な自律にかかわる」<sup>78)</sup>生命・身体の処分の事柄を含めることは適切ではないであろう。

## (2) 「自己の身体への侵襲を拒否する・受けない権利」と「身体的拘束を受けない権利」

高井裕之教授は、「憲法上の自己決定権として保障されるべきは一般的自由ではなく限定的な事項である」<sup>79)</sup>とし、その限定的な事項とは人格的利益ではなく「歴史・伝統に依拠する」<sup>80)</sup>とする。「身体についての権利」に引き付けていえば、ここでいう「自己決定権」には、①「自己の身体への侵襲を拒否する権利」<sup>81)</sup>と②「自己の意思に反して自己の身体に侵襲を受けない権利(例えば外科手術や薬物摂取を強制されない権利)」<sup>82)</sup>があるとする。①は「歴史的にも深く根づいたものであり」<sup>83)</sup>、②は「非常に重要な権利であるので」<sup>84)</sup>、①②の制約に対しては、厳格審査基準が適用される。すなわち、「公

76) 佐藤・前掲注30・188頁。

77) 佐藤・前掲注30・191頁。

78) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）147頁。

79) 高井裕之「憲法と医事法との関係についての覚書」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）305頁。

80) 高井・前掲注79・307頁の注（39）。

81) 高井・前掲注79・305-306頁（①を「範疇化」するのは、「『自己の身体に何をするかを決定する権利』あるいは『自己の身体をコントロールする権利』では広すぎる」からである）。これに対して、中山・前掲注50・84頁は、「自己の身体への侵襲を拒否する権利」は「自己決定権ではなく身体に対する権利として捉えるべきもの」とする。

82) 高井裕之「医療と憲法問題」前田達明＝稲垣喬＝手嶋豊執筆代表『医事法』（有斐閣、2000年）120頁。

83) 高井・前掲注79・306頁。

84) 高井・前掲注82・120頁。

権力による個人の身体への侵襲は、本人の同意がない限り、やむにやまれぬ立法目的があり、かつその侵襲が立法目的達成に必要不可欠な場合でない限り、許されない<sup>85)</sup>とする。また、高井教授は、③「身体的拘束を受けない権利」が憲法18条、31条、33条、34条のほか、13条からも導かれるとする<sup>86)</sup>。

高井教授の特徴は、身体に対する「侵襲」(①②)と身体の「拘束」(③)を区別していることである。

#### 4 「人格権」

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」は同条後段を根拠とする「人格権」の文脈で捉える学説として、野中俊彦教授の所説がある。野中教授は、「人格権」の中に「自己決定権」が含まれるとし、その一内容として「生命・身体の処分に関わる自己決定権」があるとする<sup>87)</sup>。

高橋和之教授は、憲法13条後段を根拠とする「人格権」のなかに「身体的完全性への権利」(「身体への侵襲からの自由」)があるとする<sup>88)</sup>。そして、「身体的完全性の侵害としては、たとえば強制採血・採尿がある」としている。この点は、佐藤教授が「人格価値そのものにまつわる権利侵害」の例としてあげていた。なお、高橋教授は、同条後段から「どのような人生をどのように生きるかに関する基本的に重要な決定を自由になしうる・・・自己決定権」を導いているが、この中に生命・身体処分は含まれていない<sup>89)</sup>。

---

85) 高井裕之「性同一性障害特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性」新・判例解説 Watch21号 (2017年) 39頁。

86) 高井裕之「自己決定能力と人権主体—高齢者・障害者等を中心に—」公法研究61号 (1999年) 76頁、81頁の注 (36)。

87) 野中俊彦=中村睦男=高橋和之=高見勝利『憲法Ⅰ』(有斐閣、2011年) 273-274頁〔野中執筆〕。

88) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第5版』(有斐閣、2020年) 158頁。

89) 高橋・前掲注88・156頁は、自己決定権が「基本的に重要な意味をもつものとして、結婚するかどうか、誰と結婚するか、誰と一緒に住むか、子どもをもつかどうか、どこに住むか、ど



#### Ⅳ 憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」の可能性

以上、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」論を概観してきた。ここでは、これまでの諸学説を本号が捧げられる竹中勲教授の所説との関連で試論的にまとめ、同条後段を根拠とする「身体についての権利」論の可能性について簡単に触れることにしたい。

竹中教授は、「新しい人権で憲法13条後段を根拠とする権利」には、①「実体的に適正な処遇をうける権利」、②「手続的に適正な処遇をうける権利」、③「救済的に適正な処遇をうける権利」があるとする<sup>90)</sup>。「身体についての権利」に引きつけていえば、①には「生命・身体に対する権利」と「生命身体のあり方に関する自己決定権」、③には「予防接種生命健康被害に対する損失補償請求権」があるとする。

以下では、①③に含まれる「身体についての権利」論の可能性を探ることにしたい。

##### 1 「実体的に適正な処遇をうける権利」としての「身体についての権利」

###### (1) 「身体の拘束をうけない権利」と「身体への侵襲をうけない権利」

竹中教授は、2010年の『憲法上の自己決定権』において、「身体に対する権利」は憲法の明文規定（18条、22条、31条、33～39条）及び補充的に憲法13条後段で明記されている「生命に対する権利」に含まれるとしていた<sup>91)</sup>。しかし、竹中教授は、2018年の論稿において、「生命・身体に対する権利」とし、同「権利」を「新しい人権で憲法13条後段を根拠とする権利」とした<sup>92)</sup>。こ

---

のような職業に就くか、などを挙げるができる」とする。

90) 竹中勲「憲法13条適合性の審査項目・判断枠組み・違憲審査基準（その1）—前科抹消請求事件—」同志社法学70巻4号（2018年）15頁参照。

91) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）141頁。

92) 竹中・前掲注90・14-15頁。

れは、「生命・身体に対する権利」が竹中教授の「新しい人権の承認の要件」、とりわけ「新しい人権の明確性・特定性・独自性の要件」<sup>93)</sup>を充足したということであろう。竹中教授は、「生命・身体に対する権利」には、「公権力により生命、人間存在自体を否定されない権利」、「公権力により医的侵襲をうけない権利」<sup>94)</sup>などがあるとする。

蟻川恒正教授は、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」を「身体的自由」とし、「身体的自由は、これを他者によって束縛されるならば如何なる主体的活動も不可能であるという意味において、全たる自由の根柢に横たわる自由である。それは、近代立憲主義が保障すべき最も基本的な権利のひとつであり、立憲主義の歴史において最も古くから認められている権利である」<sup>95)</sup>とする。そして、石川健治教授は、「物理的な暴力をふるわれることにより、身体的自由を奪われとりわけ身体は無瑕性が損なわれることが、直ちに人間精神にとっての最も大きな屈辱をもたらす」<sup>96)</sup>としている。

ここに（特に下線部に）、なぜひとの身体を拘束してはならないのか、なぜひとの身体を侵してはならないのか、その根本が示されているといえよう。高井教授の「身体的拘束を受けない権利」と「自己の身体への侵襲を受けない権利」、松井教授の「身体の移動の自由」と「身体の不可侵性」は、このような趣旨で理解すべきように思われる。「新しい人権」を「憲法によって立つ立憲主義の理念からして、当然に保障されるべき権利」<sup>97)</sup>と捉えるならば、「身体的拘束を受けない権利」と「自己の身体への侵襲を受けない権利」、「身体の移動の自由」と「身体の不可侵性」は、まさにこの意味での「新し

---

93) 竹中・前掲注90・13頁。

94) 竹中・前掲注90・15頁。

95) 蟻川恒正「自己決定権」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点（第3版）』（有斐閣、1999年）77頁。また、同頁は、「人格の全一性を傷つけられるとしたら、個人は、生命・自由・幸福追求の全体がかたちづくっている基本的諸価値を実現することを望みえない」とし、「身体的自由は、その〈身体＝person＝人格〉の境位において、全一な人格を維持する権利を構成する諸権利のなかでも中核的な位置を占めるものである」とする。

96) 石川健治「人格と権利—人権の観念をめぐるエチュード」ジュリスト1244号（2003年）29頁。

97) 長谷部恭男『憲法入門』（羽鳥書店、2010年）85頁。

い人権」である。

なお、「自己の身体への侵襲を受けない権利」と「身体の不可侵性」に関連して、最高裁判所は、性同一性障害特例法3条1項4号の合憲性を認めた2019年の決定において、個人の「意思に反して身体への侵襲を受けない自由」<sup>98)</sup>に言及し、同決定における鬼丸かおる裁判官と三浦守裁判官の補足意見は同「自由」が憲法13条により保障されるとしている。

## (2) 「医療・介護・福祉における身体上の自己決定権」

諸学説における自己決定権の脈絡での「身体についての権利」としては、生命の消滅に結びつく身体の処分（佐藤教授の限定的な「延命治療拒否権」）、生命の消滅に結びつかない身体の処分（松井教授の「本人の同意に基づく傷害行為」）、生命消滅後の身体の一部提供（赤坂教授の「死後に自分の臓器を提供する行為」）に分かれていた。

竹中教授は、諸学説とは違って身体の「処分」に限定せず、身体の「あり方」に関する自己決定権というように幅を持たせている。この自己決定権には、①「医療方法選択の自由」（「医療を受けるか否かについての選択の自由を含む」と②「介護方法選択の自由」があるとする<sup>99)</sup>。①は、「個人は、自己の身体・精神に疾病（疾患）をもつに至った場合に、あるいは疾病の予防のために、（医薬品選択を含め）どのような医療（治療）サービスを受けるかについて、選択・自己決定を行う」<sup>100)</sup>ものであるとする。ここには「重篤な患者の未承認医薬品の使用の自由」<sup>101)</sup>が含まれ、①の検討課題としては「強制

---

98) 最二小決・平成31・1・23・判例時報2421号4頁。ここでは、京都府学連事件（最大判・昭和44・12・24・刑集23巻12号1625頁）が先例として参照されている。同決定については、君塚正臣「最新判例批評」判例評論736号（2020年）116頁以下、およびそこにあげられた諸文献を参照。

99) 竹中勲「医療介護福祉情報と憲法—医療・介護・福祉情報の保護と共有・公開・公表—」同志社法学58巻7号（2007年）50頁。

100) 竹中・前掲注99・50頁。

101) 竹中・前掲注91・146頁。

入院させられた精神障害者の抗精神病薬拒否権<sup>102)</sup>があるとする。②は、「日常生活動作等につき他者の介護・介助を必要とする状態に至った場合に、どのような介護・福祉サービスを受けるかについて、選択・自己決定を行う」<sup>103)</sup> ことである。

「自己の身体の処分は・・・一般論しては強い権利として保障されていない」ので、「憲法上の権利として『自己の身体の処分に関する自己決定権』という範疇化は適切ではない」<sup>104)</sup> とするならば、竹中教授のように「身体のあり方に関する自己決定権」、あるいは「医療・介護・福祉における身体上の自己決定権」としておくのが適切であろう。

### (3) 「身体についての権利」の制約理由と基準

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」には、①「身体の拘束をうけない権利」、②「身体への侵襲をうけない権利」、③「医療・介護・福祉における身体上の自己決定権」があることをみてきた。これらの権利の制約の正当化事由論で問題となるのは、いわゆる他者加害阻止と自己加害阻止である。

松井教授は、①の制約は「合理的な意思決定をすることが不可能であり、自己加害・他者加害のおそれが明らかな場合に、あくまで緊急的かつ一時的に行われるもののみが認められ」<sup>105)</sup> とする。そして、「他者加害や他者への危害を防止するための拘禁・・・については、他人に危害を加えることが明らかであり、他に手段がないような場合は別として、それ以外には許されるべきではない」<sup>106)</sup> とする。

竹中教授は、②③の他者加害に基づく制約には「厳格な審査基準が妥当す

---

102) 竹中・前掲注91・14頁。

103) 竹中・前掲注99・50頁。

104) 中山・前掲注50・83頁。

105) 松井・前掲注65・506頁。

106) 松井・前掲注65・506頁。なお、①の制約に関連して、法学セミナー781号(2020年)の特集「身体拘束を考える一恣意的拘禁と国際人権」の諸論稿を参照。

る」<sup>107)</sup>とし、②からは「事前抑制の原則的禁止の法理」<sup>108)</sup>が導かれるが、判断能力が欠如した個人の②の制約にあたっては「少なくとも、<公権力は当該個人と親密な人的結合関係にある個人への説明を行いその承諾を得なければならないとの要件>が充足されなければならない」<sup>109)</sup>とする。竹中教授は、③の「制約目的は『やむにやまれぬ・・政府目的』・『日本国憲法の体系上どうしても必要とされる政府目的』でなければならず・・その手段は当該目的達成のための必要最小限度の手段でなければならない」<sup>110)</sup>とする。竹中教授は、②③の自己加害に基づく制約にも「厳格な審査基準が妥当する」<sup>111)</sup>としている。

このように、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」の制約には、厳格な審査基準が妥当すると解されている。ただ、①「身体の拘束をうけない権利」、②「身体への侵襲をうけない権利」、③「医療・介護・福祉における身体上の自己決定権」というように問題を明確化して考えるとき、①②③それぞれの性質特有の制約があるのかが今後の課題といえよう。たとえば、①は個人が主体的にあらゆる活動を行うための大前提にかかわる問題、②は個人の身体の安全と健康（身体的側面）にかかわり、さらにはその個人の精神的側面や経済的側面にも影響を及ぼす問題、③は医療・介護・福祉の場面で自己の身体をどうするかについての選択決定の問題であり、①②③の制約をうける個人の属性や判断能力の成熟度<sup>112)</sup>にも配慮しなければ

107) 竹中勲「精神障害者の強制入院制度の憲法学的検討」同志社法学56巻6号（2005年）191頁。

108) 竹中・前掲注107・192頁は、同法理を「個人の他害行為・『犯罪』行為から他者・一般公衆の利益を保護する目的で公権力が当該個人の身体的自由に対して事前抑制を課すことは原則として禁止される」ことと定義している。

109) 竹中勲「予防接種強制制度の合憲性と予防接種健康被害に対する憲法上の救済権」同志社法学60巻5号（2008年）16頁。

110) 竹中・前掲注109・15頁。

111) 竹中・前掲注107・187頁。具体的には、「(i) 当該制約が『本人の利益確保のために・本人の保護のために』行われなければならないとの要件、(ii) 当該制約内容は『被介入者の個人の独自の生き方・方針の尊重の要件』を遵守したものでなければならないとの要件、(iii) 当該制約内容は『より制限的でない制約手段を選択すべきとの要件』（LRAの法理）を遵守したものでなければならないとの要件」（同頁）があげられている。

112) 関連して、佐藤・前掲注78・181-186頁参照。

ならない。

## 2 「救済的に適正な処遇をうける権利」としての「身体についての権利」

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」は、①拘束からの排除、「選択する・しない」の自由を内容とする自由権的なものと捉えるか、それとも②自由権だけでなく相手方の作為や給付を要求する請求権をも包摂すると捉えるか、という論点があった。同条後段を根拠とする「身体についての権利」が①を含むことについては争いをみないが、②については見解が分かれていた。②を肯定する戸波教授と内野教授は、②の例として予防接種禍訴訟をあげていた。竹中教授は、予防接種禍訴訟について、「救済的に適正な処遇をうける権利」の1つである「予防接種生命健康被害に対する損失補償請求権」<sup>113)</sup> で対処すべきとする。

一般に、憲法13条が請求権的な内容を含むかどうかについては見解が分かれる。下表3は同条後段の保障範囲に関する主な諸学説をあらわしたものであるが<sup>114)</sup>、A<sub>1</sub>説に分類される佐藤教授は、同条前段との関連ではB<sub>1</sub>説に含まれる。すなわち、「予防接種禍にまつわる『救済』に関する問題は、基本的にこの文脈〔『公権力の行使のあり方として』憲法13条前段との関係〕でとらえるべきだと考えている」<sup>115)</sup> とする。佐藤教授は、予防接種禍訴訟にまつわる救済権的な内容は「どこまで一般化できるかの観点からなお検討を要する」<sup>116)</sup> としている。この指摘を踏まえれば、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」が請求権的な内容を含むかどうかは、その内容の「明確性・特定性・独自性」に加えて「一般性」を有するかどうかにかかっている

113) 竹中・前掲注109・15頁。

114) この表は、内野・前掲注61・79頁の表で竹中教授がどこに位置するかを加えたものである。竹中教授は、「基本的に『人格的利益説』の側に立ちつつ」(竹中・前掲注91・20頁)、「自己人生創造希求的利益説」を提示されている。竹中勲「憲法13条と自己人生創造希求権」佐藤幸治先生古稀記念『民主権と法の支配(下巻)』(成文堂、2008年)135頁以下を参照。

115) 佐藤・前掲注5・108-109頁。

116) 佐藤・前掲注30・178頁。

といえよう。

表3：憲法13条後段の保障範囲

	第1説＝人格的利益説	第2説＝一般的自由説
A説＝作為請求権非包含説	A <sub>1</sub> 説＝佐藤教授	A <sub>2</sub> 説＝長尾一紘教授
B説＝作為請求権包含説	B <sub>1</sub> 説＝芦部教授・竹中教授	B <sub>2</sub> 説＝戸波教授・内野教授

なお、一般に「移動の自由」は「国に対する積極的給付請求を含むものではない」<sup>117)</sup>とされるが、「バリア・フリーをめざす社会では・・すべての人が安全に移動できるように公共施設を整備・改善することを権利として請求できないかを考えるべき時代となっている」<sup>118)</sup>ことを考慮すべきように思われる。たとえば、移動介護や移動支援がないと自由に移動できない要介護者や要支援者に対して作為請求権を憲法22条から導くことができないとすれば、憲法25条の生存権から導くのか、25条でも困難な場合は13条後段を根拠とする「身体についての権利」の問題として考えるべきなのか、今後検討しなければならない課題の1つといえよう<sup>119)</sup>。

## V むすびに代えて

以上みてきたように、種谷教授と佐藤教授は、憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」を新しい人権として提唱・展開した。同条後段の性格をいわゆる「人格的利益説」と捉える種谷教授と佐藤教授にとって、「身体についての権利」は同条後段の内容としてふさわしいものであったといえよう。このことは、同条後段の性格をいわゆる「一般的自由説」、「プロセス的権利説」と捉える立場にあっても同様であった<sup>120)</sup>。同条後段を根拠とす

117) 小山剛「職業の自由・移動の自由（2・完）」法学セミナー720号（2015年）87頁。

118) 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017年）223頁。

119) 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法 法律問題を読み解く35の事例』（有斐閣、2010年）301頁以下を参照。

120) 憲法13条の性格をめぐる近時の動向については、君塚正臣「幸福追求権と司法審査基準—『私

る「身体についての権利」の捉え方は論者により必ずしも一様ではなかったが、この権利論の内容をまとめると、少なくとも、①「身体の拘束をうけない権利」、②「身体への侵襲をうけない権利」、③「医療・介護・福祉における身体上の自己決定権」があることをみてきた。

憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」論は、従来の学説のなかで検討されてきた内容のみに限定されるわけではないであろう。「身体」をめぐる新たな問題が同条後段を根拠とする「身体についての権利」との関連で考察する必要性もでてこよう。とりわけ、近年、「仮想的・データの身体」に対する「仮想的介入」をめぐる問題が提起されるに至っている<sup>121)</sup>。すなわち、「実際の容貌・姿態と、AIが骨格や皮膚の色を自動調整した裸体イメージとを合成した・・フェイクポルノ」は、「たとえ肉体的実存としての身体が無疵であるとしても、自己の身体的表象に対するコントロールを不当に奪われて」<sup>122)</sup> いないか、という問題である。こうした問題に対しては、「身体についての権利」を明文で保障している憲法の各規定で対応できるのか、それとも憲法13条後段を根拠とする「身体についての権利」として考えなければならない場面も出てくるのか、今後検討すべき課題の1つであろう<sup>123)</sup>。

---

事と自己決定』の憲法的保障範囲と程度—『司法権・憲法訴訟論』補遺(4)』横浜法学27巻1号(2018年)61頁以下を参照。

121) 山本龍彦『『身体の自由』のゆくえ—<サイバー/フィジカル>が融解する世界の中で』法律時報90巻12号(2018年)38頁以下を参照。

122) 山本・前掲注121・43頁。

123) 山本・前掲注121・43頁は、プライバシーの権利の「侵害として構成することも不可能ではなかろう」とする。