

尊厳死及び安楽死を求める権利

——従来の憲法学説の再検討——

松 井 茂 記

はじめに

日本国憲法は、医師に死ぬための薬物を処方してもらってそれを患者自らが摂取して死ぬこと（本稿で「尊厳死」と呼ぶ）及び医師に死ぬための薬物を処置してもらって死なせてもらうこと（本稿で「安楽死」と呼ぶ）を容認しているであろうか。日本国憲法は、そのような尊厳死や安楽死を求める個人の権利を保障しているであろうか。現行の刑法では、ここでいう「尊厳死」は自殺幫助にあたり犯罪であり、「安楽死」は殺人に当たる。刑法上、正当な医療行為は、正当業務行為として違法性が阻却される可能性があるが、現在の日本ではこのような尊厳死も安楽死も、正当な医療行為とは認められておらず、正当業務行為として違法性を阻却することは難しい。そして、実際実務でも、ここでいう尊厳死や安楽死は違法だとされていて、医師も病院も実施してくれない。実は、日本では、その前段階として、生命維持装置の不装着・取り外しを求めることさえ、権利として保障されていない。その結果、例えば不治の病や障害で、耐え難い苦痛に苛まれている患者は、尊厳死や安楽死を求めても、死なせてもらえず、耐え難い苦痛に喘ぎながらも生きることを強制されている結果となっている。これで本当にいいのであろうか。

この問題が提起しているのは、根本的には、自ら死を選択する自由、すなわち死ぬ権利があるかどうか、そしてより具体的には医師の補助に基づく死去を求める権利、つまり尊厳死及び安楽死を求める権利が憲法上保護されて

いるかどうか、であろう。残念ながら、日本の憲法学で、本書のこのような尊厳死又は安楽死を容認する立場は極めて少ない。しかも、このように尊厳死及び安楽死が認められていないことを、憲法に違反するとする主張は聞いたことがない。従来これらは、積極的安楽死と位置付けられ、これを否定する立場が支配的であった。日本では、生命維持装置の不装着や取り外しが「尊厳死」と位置付けられて、これを認める声は次第に高まっているように思われるが、それでもなおこれを憲法上の基本的人権として主張し、これが憲法上の権利として認められていないことを憲法違反と主張する声は少ない。

どうして日本の憲法学は、日本国憲法の下で尊厳死又は安楽死を求める権利といったような権利を導くことに消極的だったのであろうか。どうして日本の憲法学は、尊厳死及び安楽死が認められていないことに、憲法上問題はないと考えてきたのであろうか。本稿では、従来の憲法学説を振り返り、死ぬ権利、自殺の自由、従来の支配的な理解である尊厳死、すなわち生命維持装置の着用拒否・取り外し（従来日本でいう「尊厳死」）、そして安楽死（本稿でいう尊厳死及び安楽死を含む）に対して、どのように考えていたのかを検討することとしたい。

一 明文根拠を欠く基本的人権保障の構造¹⁾

1 生命の権利

日本国憲法には、もちろん、尊厳死や安楽死を求める権利を保障した明文の規定は存在しない。死に関して唯一関連していそうなのは、憲法第十三条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」のうちの「生命」の権利であろう。ところが、この「生命」の権利については、従来、政府によって

1) 明文根拠を欠く基本的人権の可能性及び自己決定権については、松井茂記「自己決定権について」阪大法学四五巻五号一頁（一九九五）。

みだりに「生命」を奪われない権利として理解されてきた²⁾。

これに対し、自らその「生命」を絶つ権利、すなわち自殺の権利があるのかどうか、さらに本書で問題としているような尊厳死や安楽死を求める権利がこの「生命」の権利に含まれるのかどうかについては、はっきりと議論されていなかったと言って良い。しかし、一般的には、生命の権利は、政府によってみだりに生命を奪われない権利に限られ、さらにそれ以上に、命を絶つことに干渉されない権利、すなわち自由に自殺すること、医師に尊厳死ないし安楽死を求め、妨げられることなく尊厳死又は安楽死を実施してもらう権利、すなわち自由に尊厳死又は安楽死を求める権利までは保護されてはいないと想定されてきたのではないかと思われる。

そこで問題となるのは、日本国憲法で保障されている基本的人権は、明文規定で保障されているものに限られるのか、それとも明文で保障されていなくても、基本的人権として保護されるのかである。そして、もし明文根拠を欠いても基本的人権として保護されるものがあるとすると、それは日本国憲法の上で、どのように保護されているのかが次に問題となる。そして第三に、もし明文根拠を欠いても基本的人権として保護されるものがあるとすると、どのような権利がそのような基本的人権と考えられるべきなのかが問題となる。そして最後に、死ぬ権利ないし尊厳死又は安楽死を求める権利が、そのような基本的人権に含まれるのかどうか問題となる。

2 明文根拠を欠く基本的人権の可能性

これらの問題について、憲法学は、一般に、日本国憲法によって保護を受ける基本的人権は、そこに列挙されているものに限られないということを認めてきた。宮澤俊義教授は、人権ないし基本的人権を「人間がただ人間であるということにのみにもとづいて、当然、もっていると考えられる権利」ないし「人間が生まれながらもっている権利」、すなわち「生来の権利」とし

2) 佐藤幸治『日本国憲法論』一七九頁（成文堂・二〇一一）。

て捉え³⁾、その根拠として「人間の尊厳」に依拠した⁴⁾。憲法第十三条は、「すべて国民は、個人として尊重される」と定めているが、日本国憲法には「人間の尊厳」を明文で保障した規定はない。しかし宮沢教授は、この第十三条の規定は、憲法の保障する基本権の冒頭に「人間の尊厳は侵されない」と定めるドイツの基本法第一条と同じ趣旨だと捉える⁵⁾。日本国憲法は、「この憲法が国民に保障する基本的人権は侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」と定め（憲法第十一条）、さらに「この憲法が日本国国民に保障する基本的人権は、・・・現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」（同第九十七条）としている。宮沢教授は、これらは、「基本的人権が、決して憲法によってはじめてみとめられた権利ではなくて、憲法以前において、すなわち、『人間性』から論理必然的に派生するものだということを意味する」という⁶⁾。その上で、憲法第十三条後段の保障する「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」というのは、第十一条及び第九十七条でいう「この憲法が（日本）国民に保障する基本的人権」のことを指し⁷⁾、「憲法の条項で具体的に保障されている人権と同じ性質をもつ権利について、それについての特別の条項がないとき、解釈上、憲法のこれらの規定を根拠とすることが要請される場合もあろう」と述べ⁸⁾、憲法十三条の生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利の中に、明文規定で保障されていない権利が含まれる可能性を示したのであった。

3) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』七七頁（有斐閣・一九七一年）。また、同二〇〇頁参照（日本国憲法第十一条・九十七条でいう「基本的人権」は、まさにこのような「前憲法的性格を有する固有の意味の人権を意味する」）。

4) 同七八頁。それは、「あらゆる政治価値の根拠は個々の人間にある」とする人間主義に立ち、それによれば、この人間性とか人間の尊厳が「人間の社会における最高の価値」を示すものとされる。同七八―七九頁。

5) 同二一三―一四頁。

6) 同二一―一二頁。

7) 同二一四頁。

8) 同二一六頁。

ただし宮沢教授は、憲法において権利として保障された自由権と、それとは異なる「単なる自由」の違いを強調しておられる。「国民は、国法に対していわば無関係な関係に立ちうる。これは、国法によってなんら義務づけられていない関係である。この関係における国民の地位を単に——次の自由権と区別して——自由と呼ぶことにしよう。だれでも、国法の禁止しない行動をする自由をもつ。人は、たとえば、国法によって禁止されない限り、散歩する自由があり、旅行する自由がある。この意味の『自由』はまったく国法の禁止の不存在の反射にすぎないから、国民がどの範囲まで、この意味での『自由』であるかは、ひとえに国法の規定の結果として定まることであり、そこに憲法上の限界というようなものはない」⁹⁾。つまり、「自由権」とこの意味での「自由」の違いは、「前者においては、その自由を制限することが憲法上（国民の利益にまで）禁止されているのに対し、後者においては、そこに何らの憲法上の制限がなく、・・・従って、国法と無関係な関係であることにある」¹⁰⁾ 従って、宮沢教授は明らかに、すべての自由が基本的人権であるとは考えていない。

このような考え方は、その後佐藤幸治教授や芦部信喜教授によってさらに展開され、現在では、日本国憲法の保障する基本的人権は、明文で保障されている権利に限られないこと、そしてそのような明文根拠を欠くにもかかわらず基本的人権として保護を受けるべき権利は、憲法第十三条の保障する生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利の中に含まれると解すべきことが一般的に確立している。

3 幸福追求権——人格的利益説

このように、明文根拠を欠く基本的人権も幸福追求権として認められることが一般に認められているが、他方で支配的な学説は、憲法的保護を受ける

9) 同九一頁。

10) 同上。

のはすべての自由ではなく、基本的人権として保護に値するものだけが基本的人権として幸福追求権に含まれるべきだと考えた。

例えば佐藤幸治教授は、初め、「日本国憲法を貫く最も基礎的な原理は、人権尊重主義である。『人権』なる観念は人間がただ人間であるということに基づいて当然に権利を有するという考え方である。この考え方は、一人ひとりの人間が尊厳なる存在であるという自覚に立脚するものであり、価値の究極の担い手は・・・個々の人間であり、全体はむしろ個々の人間のためにのみその存在価値が承認されるとするいわゆる個人主義の思想を基盤とするものである」という¹¹⁾。ただ、人権の観念は、「人間存在のあり方の複雑さに対応して、理念的な性格のものから具体的なものに至るまで、多様なものを包摂して」おり、少なくともそこには①背景的権利、②実定法的権利、そして③具体的権利の三つのレベルの違いに注意することが必要だという¹²⁾。「背景的権利」としての人権は、それぞれの時代の人間存在に関わる要請に応じて種々主張されるもので、実定法的権利としての人権を生み出す母体として機能する。実定法的権利としての人権は、憲法規定上根拠を持つ権利のことであるが、背景的権利も個別的な明確な内実を持つに至ったとき、主として包括的人権規定を通じて、実定法的権利としての地位を取得する。そして具体的権利としての人権は、裁判所に対してその保護・救済を求め、法的強制措置の発動を請求しうる権利である¹³⁾。そして、憲法第十三条後段の規定は、個人は国政のあらゆる場において最大限尊重されなければならないという要請を意味する「個人の尊重」原理と結びついて、「人格的生存に必要な不可欠の権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」であると解する¹⁴⁾。そして個々の基本的人権規定との関係では幸福追求権はあくまで補足的保障と考えるのが妥当だとして、個別の基本的人権規定でカバーされないものだけ

11) 佐藤幸治『憲法』二六七頁（青林書院・一九八一）。

12) 同二七八頁。

13) 同上。

14) 同三一頁。

が幸福追求権に含まれるとした上で、「生命」、「自由」及び「幸福追求権」に分割することなく、全てを統一的に把握して「幸福追求権」と呼んだ¹⁵⁾。

また佐藤教授は、その後見解をさらに発展させられ、すべて国民は「個人として尊重される」と定める憲法第十三条前段の規定は、「一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならないということの意味し、これを「個人の尊重」、「個人の尊厳」、「人格の尊厳」の原理と呼ぶ¹⁶⁾。そこには、およそ人を「人格的自律の存在」として扱わなければならないという規範的要素が内包されるという¹⁷⁾。そして、後段の幸福追求権は、そのような個人の尊重原理を受けて、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で重要な権利・自由を包括的に保障する権利」（包括的基本的人権）であると解する¹⁸⁾。このような幸福追求権は、「基幹的な人格的自律権」とも呼ぶことができ、憲法第三章が掲げる各種の基本的人権は、この「基幹的な人格的自律権」から派出発生し、それぞれ独自の歴史的背景と構造を担っているものだと言われる¹⁹⁾。そして、憲法第十三条の幸福追求権規定は、補充的に、個別の規定によってカバーされず、かつ人格的自律権にとって重要なものが保障の対象となるとし、これを狭義の人格的自律権と呼ぶ²⁰⁾。そして、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利を個別に分割するのではなく、全体として幸福追求権として捉える立場を維持しつつ、「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」としての人格的自律権（自己決定権）はこの狭義の人格的自律権の一部であり、狭義の人格的自律権から人格的価値そのものにまつわるものや適正な手続的処遇を受ける権利などを除いた、最狭義

15) 同三一三頁。

16) 佐藤前掲注2) 一七三頁。

17) 同上注2)。

18) 同一七五頁。

19) 同一七五一七六頁。

20) 同一七六頁。

の人格的自律権に当たるという²¹⁾。初め「人格的生存に必要な不可欠の権利・自由」のみが幸福追求権として保護を受けるとされておられたのが、ここでは、「人格的自律権にとって重要なもの」が幸福追求権として保護を受けるものとされていることに注意いただきたい。ただそれでも、人格的自律にとって必要不可欠ないし重要なもののみが保護を受けるという立場に変わりはない。このような立場は現在一般に「人格的利益説」として知られている。

芦部信喜教授も、「この憲法が保障する基本的人権」とは、「人間が社会を構成する自律的な個人としてその自由と生存を確保し、もって人間の尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実体的な法的権利として確認し、これを不当な侵害から擁護する、という趣旨を示したもの」と理解する²²⁾。芦部教授は、人権を支える究極の根拠として「人間の尊厳」に言及し²³⁾、それは結局、「人権が人間の尊厳に由来し、人間であることに固有するものである」ことを意味するという²⁴⁾。そして、人権が個人尊重の原理を根拠として人間性に基づいて認められるべきだとすれば、保障される人権は憲法に列挙されたものに限定せず、憲法第十三条の生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利という包括的な権利が、新しい人権が創設される場合に、それを法的権利として正当化する憲法上の根拠を示すものと解する²⁵⁾。

そして、憲法第十三条の前段と後段を区別して、前段を、明文規定を欠く基本的人権の包括的保障規定と捉える見解を退け、前段と後段を一体として

21) 同一八八頁。

22) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』五六一五七頁(有斐閣・一九九四)(芦部『人権総論』と引用)。また芦部信喜『憲法(第七版)』八〇、八二頁(岩波書店・二〇一九)(芦部『憲法』と引用)。それは、「憲法や天皇から恩恵として与えられたものではなく、人間であることにより当然に有するとされる権利」である。同八〇頁。

23) 芦部『人権総論』前掲注22) 五八頁。

24) 同五六頁。

25) 同五九一六〇頁。芦部『憲法』前掲注22) 一一九頁。

捉え、幸福追求権とは、「個人の尊重原理との結びつきで生ずる、人格的生存に不可欠の権利・自由を包摂する包括的な権利」と解する立場を支持する²⁶⁾。そして、安易になんでも基本的人権と認めてしまうと多くの利益が憲法上の人権として主張され、かえって基本的人権の観念と背馳するという批判に対し、幸福追求権の内容として認められるために必要な要件を厳格に絞れば、そのような恐れを極小化することが可能であり、それと対比すれば、人権の固有性の原則を生かす利益の方がはるかに大きいのではあるまいかと応じる²⁷⁾。そして、この限度で裁判官に、憲法に内在する人権価値を実現するため一定の法創造的機能を認めても、それによって裁判の民主主義の正当性は決して失われるものではないというのである²⁸⁾。芦部教授は、「憲法上の権利と言えるかどうかは、特定の行為が個人の人格的生存に不可欠であることのほか、その行為を社会が伝統的に個人の自律的決定に委ねたものと考えているか、その行為は多数の国民が行おうと思えば行うことができるか、行っても他人の基本権を侵害するおそれがないかなど、種々の要素を考慮して慎重に決定しなければならない」としている²⁹⁾。そして、個人の人格的生存に不可欠な利益のみを幸福追求権とする人格的利益説の通説的見解が妥当だということである³⁰⁾。

このように、憲法第十三条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を一括して「幸福追求権」と呼び、これを包括的人権規定と読み、明文根拠を欠く基本的人権の保障根拠規定として見つ、人格的自律ないし人格的生存に不可欠ないし重要な権利・利益のみが幸福追求権として保護されるべきだとする立場は他にも多い。市川正人教授も、日本国憲法は、人間はただ人間であるがゆえに当然に一定の権利を有するという人権思想、人権尊重

26) 芦部『人権総論』前掲注22) 三三九頁。また、同三四四頁。

27) 同三四一頁。

28) 同上。

29) 芦部『憲法』前掲注22) 一二二―一二三頁。

30) 芦部『人権総論』前掲注22) 三四四頁。

主義を採用しており、この人権思想は、人間社会の価値の根源は個人にあるとする個人主義に基づくものとされる³¹⁾。その上で、憲法は、一般的な行動の自由ないし一般的行為の自由を保護しているとする一般的行為自由権説を退け、「人格」とは「自己の有する内面的な基準『信条』に基づき事柄の是非の判断をし行動しうる個人」を意味し、人格的利益説では、そうした「人格」として生きていくために必要な行為のみが、幸福追求権として保障されると主張する³²⁾。幸福追求権とは、「人格的自律にとって必要な権利・自由の総体」を意味するといふのである³³⁾。

この点、何らかの限定の必要性を容認しつつ、あまり厳格な限定は望ましくないという立場もありうる。例えば土井真一教授も、憲法第十三条の前段は、「立憲主義および基本的人権保障の基盤である『個人の尊重』原理を、わが国の基本的価値であり、全法秩序の指針となる憲法の根本原理」として定めていると捉える³⁴⁾。そして、「個人として尊重」というのは、「個人の尊厳と人格の尊重を宣言したもの」であり、「一人ひとりの人間を人格として承認し、尊厳ある存在として配慮し、その個性の自由な発展を重んずることを意味する」という³⁵⁾。それは、ドイツ基本法第一条第一項にいう「人間の尊厳」の保障と同じ趣旨だと解されている³⁶⁾。そして、この原則が基本原理ないし客観的な原理・原則であり、そして本条後段の幸福追求権規定が、国民の主観的権利を包括的に規定する規定だと解されている³⁷⁾。すなわち、幸福追求権規定は、憲法の個別条項により明示的に定められていない権利・自由を、憲法上の権利として保障する根拠となる包括的な基本権規定である

31) 市川正人『憲法』六四頁（新世社・二〇一四）。

32) 同九六頁。

33) 同九七頁。さらに高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第四版）』一四六一四八（二〇一七）参照。

34) 長谷部恭男編「注釈日本国憲法（2）」六四頁（有斐閣・二〇一七）（土井真一）（以下、土井と引用）。

35) 同六九頁。

36) 同七四頁。

37) 同七八頁。

と解するのである³⁸⁾。そして、生命、自由及び幸福追求権の権利を個別に分けるのではなく、一体的に捉えつつ³⁹⁾、人格的利益説と一般的行為自由権説との対比の中で、「人格的利益」などの権利内在的価値を示す概念を用いて、保護範囲の確定を行うことが適切だと主張する⁴⁰⁾。ただ、人格的利益説の立場に立ちつつも、本条後段の保護範囲を過度に制約すべきではないとし、基本的人権の保護範囲を限定することによってその保障の強度を確保しようとする目的の必要性を疑う。そして、「疑わしきは自由」の見地に立って、「問題となる自由が人格的生存に資するもの、あるいは、人格的生存に合理的関連を有するものである限り」、幸福追求権の保護範囲に含まれると考えるべきだという⁴¹⁾。つまり、保障が及ぶことを推定した上で、自己又は他者の人格的生存を害するものを控除するという考え方を取るべきだというのである⁴²⁾。また竹中勲教授も、人格的利益説の立場に立ちつつ、憲法上の自己決定権を人権・基本的人権であるとする以上、その定義に際しては「人が人間として存在し生きていく上において重要なもの」を内実とする権利の定義の仕方が追求されるべきだとしている⁴³⁾。

ただし、このように人格的利益説では、基本的人権として保護を受ける幸福追求権の範囲が限定されるが、それに該当しない自由についても、その制約に全く憲法上の制約がないと考えられてはいない。この点は宮沢教授とは異なる。例えば佐藤幸治教授は、いわゆる基本的人権の妥当する領域以外では公権力は何をやってもいいのかという点については、①およそ公権力の活動には「個人の尊重（尊厳）」原理が妥当すること、②憲法十三条の補充的保障の中に自己決定権が含まれると解されること、③規制の目的・態様いかんによっては、確立された個別的人権の保障を全うさせるために政策的・手

38) 同八九頁。

39) 同九六頁。

40) 同一〇四頁。

41) 同一〇四—〇五頁。

42) 同一〇五頁。

43) 竹中勲『憲法上の自己決定権』一二頁（成文堂・二〇一〇）。

段的に該権利に付随した主観的利益として憲法上保護すべき場合がありうるということ」(例えば、憲法〇条の精神に照らしという形で、保護が与えられること)の三点を指摘している⁴⁴⁾。また、服装、身なり、喫煙、飲酒、登山、ヨット等々のいわゆるライフスタイルの自己決定権が基本的人権と言えるかという問いかけに対し、「端的に基本的人権かと問われると、肯定することは難しい」としつつ⁴⁵⁾、「様々な事柄が人格の核を取り囲み、全体としてその人らしさを形成しているのであって、人格的自律を全うさせるために手段的に一定の憲法上の保護を及ぼす必要があることを否定するものではない」ともしている⁴⁶⁾。

また芦部教授も、「人権と言えない行為ないし自由にも、一定の憲法上の保護が与えられる場合はある」と認めている⁴⁷⁾。ただ、それがどのような保護で、その保護がどのような形で与えられるのかについてははっきりしたことは書かれていない。しかし、その教科書の中では、一般的行為自由権説に言及しつつ、人格的利益説をとっても、様々な一般的行為の自由は「保護されなくなるわけではない」とし、「それを一部の人について制限ないし剥奪するには、もとより十分に実質的な合理的理由がなければならない」し、平等原則や比例原則(権利・自由の規制は社会公共の障害を除去するために必要最小限度に止まらなければならないという原則)との関わりで、憲法上の問題となることもありうるとしている⁴⁸⁾。

4 幸福追求権——一般的行為自由権説

これに対し、このような限定を批判し、全ての一般的行為の自由(一般的行動の自由)が保護されるべきだと主張する立場もある。橋下公巨教授と戸

44) 佐藤前掲注2)一七七頁。

45) 同一九一頁。

46) 同上。

47) 芦部『人権総論』前掲注22)四〇四頁。

48) 芦部『憲法』前掲注22)一二二頁。また、土井前掲注34)一〇五一六頁。

波江二教授は、ドイツの基本権の解釈に強い影響を受けてそのような主張をする代表例である。橋本教授は、日本国憲法の保障する基本的人権は「人間が生まれながらの権利をもつ」ことを前提とし、そのような「前国家的な天赋人権」を宣言したもので、それは自然法思想を根拠としていると理解する⁴⁹⁾。そして、憲法第十三条前段の規定は、「個人人格の固有価値」を認めたものと理解し、それはドイツ基本法第一条第一項にいう「人間の尊厳」規定と同趣旨だとしている⁵⁰⁾。そして、憲法第十三条後段の生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、憲法各条の保障する権利及び自由はもとより、「各条に列記されていないが人間の尊厳を保護するために必要と思われる諸権利を広く」含んでおり、それには一般的自由権が含まれるという⁵¹⁾。それは、「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする」自由であり、個々の自由権の規定から漏れているものについても、「国家権力による不合理な侵害は許されない」というのである⁵²⁾。このように解すべき理由として橋本教授は、「第一に、憲法の精神から見ると、国民はまず自由であり、憲法は国家権力による侵害の起こりやすい自由を例示的に列挙してこれを保障したものと考えられる。第二に、もし個々の自由権のほかにも自由が認められないとすると、その余の事項については権力者の意のままに自由が制約されうることとなる。したがって、個別的自由権の間隙を埋めるために一般的自由権の存在を認める必要がある、第三に、条文上の根拠としては、十三条・・・をあげることができる。第四に、外国憲法について右と同じような解釈がなされている」として、ドイツ連邦憲法裁判所による基本法第二条第一項の「人格な自由の発展を目的とする権利」に言及している⁵³⁾。これは、まさに幸福追求権として保護されるべきは一般的行為の自由

49) 橋本公巨『日本国憲法(改訂版)』一一八—一九頁(有斐閣・一九八八)。また同一八〇頁。

50) 同一八四頁。

51) 同一八五頁。

52) 同一八九頁。

53) 同上。

(一般的行動の自由) だとする主張に他ならない。

また戸波教授も、日本国憲法の保障する基本的人権を「人間が生まれながらにして持っている権利」、すなわち「生来の前国家的な権利」と捉え、それは自然権の思想に由来するものだという⁵⁴⁾。そして憲法第十三条前段の規定は、「一人ひとりの個人をかけがえのない存在ととらえ、個人の尊厳の確保を人権保障の究極の目的」としたものであり、「個人が人格的な自律性を維持することを要求し、また同時に、そのような個人の自律性を他者が尊重することを要求」し、それはドイツ基本法に言う「人間の尊厳」とほぼ同義である⁵⁵⁾。そしてそれは、独立した人権条項ないし裁判規範としても機能し、国家による非人間的な取り扱いが人権としての個人の尊重を侵害すると判断されることもあるという⁵⁶⁾。その上で、憲法第十三条後段の幸福追求権規定については、憲法で列挙されていない新しい権利を補充的に保障する条文根拠と認める⁵⁷⁾。そして幸福追求権から列挙されていない人権を導く際の基準として、「当該人権が、①権利の性質の点で特定の人権と把握できるか、②社会的に承認されているか」という二つの基準に言及しつつ⁵⁸⁾、その範囲について人格的利益説と一般的自由権説の対立に触れ、「およそ、国家権力を制限して個人の権利・自由を擁護することを目的とする近代立憲主義の理念に照らせば、個人の自由は広く保護されなければならないと解される。散歩、登山、海水浴、自動車の運転など、たとえ個人の行為に人格的価値が認められない行為であっても、国家は正当な理由なく制限してはならないのであって、その意味で、憲法上の保護は個人の自由な行為に広く及ぶと解するのが妥当である」という⁵⁹⁾。幸福追求権は一般的行為の自由を保障していると解

54) 戸波江二『憲法(新版)』一一一頁(ぎょうせい・一九九八)。また同一二一頁参照。

55) 同一二一一二二頁。

56) 同一二二二二三頁。

57) 同一七四頁。

58) 同一七五一七六頁。

59) 同一七六一七七頁。

するのが妥当だというのである⁶⁰⁾。

ただ、このように橋本教授も、戸波教授も、一般的行為自由権説を取りながらも、文字通りありとあらゆる自由がそこで保護されるとは考えていない。橋本教授は、「公共の福祉に反しない限り」一般的に自由を拘束されない自由としており⁶¹⁾、公共の福祉に反する行為は初めから保護の範囲には含まれないことになる。戸波教授も、「殺人の自由、強盗の自由などの犯罪行為は、憲法上の自由とは言えないであろう」としている⁶²⁾。これに対し、内野正幸教授は、そのような限定を付していない。内野教授も、基本的人権を、「人間の尊厳の理念から出てくる各人の基本的な生活上の利益や要求であって憲法の保障をうけるものをさす」とし⁶³⁾、憲法第十三条前段は「個人の尊厳」を宣言したものと捉える⁶⁴⁾。そして第十三条後段の幸福追求権規定は、憲法十五条以下の個別的人権規定によってカバーされない自由や権利を根拠づける条文根拠となるとする⁶⁵⁾。そしてその保護範囲について、人格的利益説と一般的行為自由権説とを対比しつつ、一般的行為自由権説を支持する⁶⁶⁾。しかも、橋本教授や戸波教授のような例外は設けられていないようである⁶⁷⁾。

このようなドイツ的立場ではなく、リバータリアニズムの立場を受け継いで、一般的行為の自由の保護の必要性を主張するのが、阪本昌成教授である。阪本教授は、人格的利益説に対し、「人間を人格的存在と捉えることが、果

60) 同一七七頁。ただし、保護の程度については、「人権保障のうちで人格的な行為をより強く保障することは妥当であるので、一般的自由のうちで、人格に関する行為とそうでないものとの間で違憲審査の厳格度に段階をつけることが適切」だろうという。同一七七―七八頁。また、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究第五八号一頁（一九九六）参照。

61) 前掲注52)。

62) 戸波前掲注54) 一七八頁。

63) 内野正幸『憲法解釈の論点（第四版）』二三頁（日本評論社・二〇〇五）。

64) 同二五頁。

65) 同五三頁。

66) 同上。

67) ただし、第十三条のカバーする人権のうち重要性の高いものについては、制限は慎重でなければならないが、重要性のより低いものについてはかなりの制限が許される、と見るべきだとされている。同五四頁。

たして正しいか」、「すべての人間が道徳的人格である」という主張は、「道徳的」という言葉を最小限の意味にとるにしても、正しいものではないと言えないだろうかと疑問を提起する⁶⁸⁾。また、「人びとの多様な選好・利益のうち、憲法的保障に値するか否かの決定にあたって、人格的生存に『不可欠・不要』というふうに分ける危険な二分法とならないか。換言すれば、非合理的な利益が基本権保障の対象から切り落とされないか」ともいう⁶⁹⁾。阪本教授は、この人格的利益説が前提とする「人格的自律の存在としての人間」像そのものを批判し、そのような捉え方は、現実的ではないという。現実の人間は「人格的自律」の存在ではないからである⁷⁰⁾。その上、ドイツの人格主義的な「人間の尊厳」と日本国憲法の「個人の尊重」の原理は異なる観念であって、ドイツの理論が参考になるわけではないという⁷¹⁾。そして阪本教授は、幸福追求権は、非人格的な利益であっても保障の対象とするものと解すべきだという⁷²⁾。幸福追求権規定は、「人間の道徳的人格性の故に保障される利益を基底とするのではなく、各人がその選好を自由に追求できる過程と領域とを解放しておく利益を基底とする」ものであり、その利益は、「人間が人格的存在となるために保障されたものでもなければ、人格的・道徳的であるために保障されたものもない」として、一般的行為自由権説を支持するのである⁷³⁾。

阪本教授の考え方の根底にあるのは、「現実のありのままの人間」を経験的に捉えると、まず人間は、「主観的条件」として、「高度に合理的・理性的ではなく、誤りを犯しやすく、限られた知識の中で自己愛を最重視しようと常に試みる存在」であり、客観的条件として「人間は、個別的で多様な存在

68) 阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」、樋口陽一『講座憲法学3権利の保障1』所収二一九、二二一頁（日本評論社・一九九四）。

69) 同二二一一二二頁。

70) 同二二二一二三頁。

71) 同二二四頁。

72) 同二二三頁。また、阪本昌成『憲法理論II』二四〇頁以下（成文堂・一九九三）参照。

73) 阪本前掲注68) 二二四頁。

である。また、その個別・多様性がもたらすものについて誰も確実に知らない⁷⁴⁾。これに照らすと、「究極目的も結末も知らず、人の個別・多様性を知らない他者は、ある人の自己愛追求価値に介入する正当な理由を、基本的には、もたない。各自の実験過程は、閉じられてはならず、誰も他の人間に対する全面的な強制権限をもってはならない。だからこそ、すべての強制的または排他的な権力は厳しく制限されなければならない」という⁷⁵⁾。ところが、「人間は、独力で生きてはいけない。人間は共生の中で互いによく生活し、集団としてさらにうまく生活することを試みてきた。個々人の自己愛の最大化と、全員の共生を維持する『個と全との両立』のために、一方で、国家という機構に強制の権力を与え、他方で、国家を『法の支配』のもとにおいて、国家の侵害してはならない領域を明示するよう憲法学は試みてきた。この国家が侵害してはならない領域を『国家からの自由の領域（国家の無権能領域）』という」と⁷⁶⁾。そこでJ・S・ミルの加害原理に言及し、「人間が不完全である限り、さまざまな生活の実験が許されるべきこと、他人に危害を及ぼさない限り自由な活動の場が人に与えられるべきこと」を説いたものであり、この加害原理こそが、「個々人の自己目的を最大限追求できるよう各人に保障すべく、自由の限界を識別するための形式的な境界線を描する試みでもあった」というのである⁷⁷⁾。それゆえ、この形式的境界線だけを用意して、それに反しない限りは自由の保障を最大限することが重要であると主張したのであった⁷⁸⁾。

5 幸福追求権——違憲の強制否定説

また、明文根拠を欠く権利利益に対する保護を、基本的人権としてではな

74) 同二二五頁。

75) 同上。

76) 同二二六頁。

77) 同上。

78) 同上。

く、政府の権限行使の限界という観点から導く立場もある。違憲の強制否定説の立場である。憲法十三条を、違憲の強制に対する保障として理解する小山剛教授の見解はその典型例である。小山教授は、個別の人権規定でカバーされない権利自由の制限が憲法十三条のもとで問題となるとき、人格的利益説と一般的行為自由権説の間には実際あまり差異はないという⁷⁹⁾。それは、人格的利益説でも、人格的自律ないし人格的生存にとって不可欠、重要、ないし必要な権利と言えないため幸福追求権に含まれないとしても、一定の不合理な政府による制約は許されないとしており、逆に一般的行為自由権説でもこれらの権利や自由に保護は及んでいるが保護の程度は低いとされているからである。そこで小山教授は、むしろ包括的自由権の保護領域を自己決定権という主観的権利の射程として考えるか、それとも、憲法の客観法的側面に着目し、違憲の強制を受けないことの保障と捉えるのかを検討したほうがいいというのである⁸⁰⁾。この点一般的行為自由権説の母国とされるドイツではむしろ客観法的な側面が主であり、重要なことは、一般的行為の自由については、規制が法治国家の諸原則、特に比例原則に適合していることが求められるのであって、それを自己決定権という主観的権利の形で説明しようとしたものではないという⁸¹⁾。つまり、明文の保障がない自由の中で、憲法による明文の保障がある権利と同等の重要性を持ち、輪郭が比較的明確なものについては、一個の独立した基本的人権として観念し、定義した方が合理的であるが、そこからこぼれ落ちたものでも、「恣意的な動機・合理性のない手段」での規制は許されず、一般的行為の自由は、そのような正当な根拠のない規制からの保護を与えたものというべきである⁸²⁾。つまり、一般的行為の自由は、いわば「違憲の強制」あるいは「違憲の侵害」からの自由の意味だということである。

79) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』九六頁（尚学社・二〇〇九）。

80) 同九七頁。

81) 同九七—九八頁。

82) 同九八頁。

宍戸常寿教授も立場もこれに近いと言える。宍戸教授は、従来の理解であれば、そもそも個別の基本的な人権規定が置かれている理由は、自由一般からこれらの自由をくり出して特別な保護に置こうとしたからであるから、それに従う限り、従来から「放任行為と解されていたもの」をすべて憲法上の権利にする必要性はないと考えられるという⁸³⁾。この点を無視して、人格価値と関連付けようのない自由一般に対する憲法上の権利を認めようとする一般的な自由権説は、憲法上の権利の前提を修正しない限りは無理があるという⁸⁴⁾。しかし支配的な学説は、この憲法上の権利の外側にある自由一般の制限に関して、法律の留保の原則や比例原則といった古典的な一般的な行為の自由の遺産を適切に位置付けできないまま放置してきたために、このような主張が出てきているのではないかと疑う⁸⁵⁾。そして、小山教授の客観法としての「違憲の強制を受けないことの」保障と理解する見解に着目し、憲法上の権利と放任行為を区別する前提に立って憲法上の権利については人格的利益説を支持しつつ、憲法第十三条後段が「客観法」として、「およそ国民の自由が法治国家原理に服すべきことを定めている」と考えるべきだという⁸⁶⁾。それは、具体的には、一般的自由の制限に対する法律上の根拠の必要性と比例原則の適用の要求である⁸⁷⁾。

6 幸福追求権——社会全体の利益に反するとしても保障されなければならない権利

長谷部恭男教授は、人権をすべての「人が人であること自体から当然に認められる権利」として捉えるが⁸⁸⁾、それは、本来社会全体の利益に反するとしても保障されなければならない権利としての生来の人権であって、それは

83) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開（第二版）』一五—一六頁（日本評論社・二〇一四）

84) 同一六頁。

85) 同一八頁。

86) 同二四頁。

87) 同上。また同四九頁。

88) 長谷部恭男『憲法（第七版）』八九頁（新世社・二〇一八）。また、同九三頁参照。

個人の利益よりもむしろ社会全体の利益に着目して保障され、それゆえ時には同じ社会的利益の効果的实现のために、あるいはより重要な社会的利益のために制約されるべき「憲法上の権利」とは区別されなければならないという⁸⁹⁾。前者の権利の場合、個人の自律的選択の侵害が個人の尊厳の否定につながるため、「人が自己の人生の目的や価値を選択し、それを自ら生き抜く権利」は誰にも侵害が許されないのである⁹⁰⁾。それは、長谷部教授が、「切り札」としての人権と呼ぶものである。すなわち、多くの人にとって、「人生の意味は、各自がそれぞれの人生を自ら構想し、選択し、それを自ら生きることによってはじめて与えられる」ため、この場合には、たとえ公共の福祉に反する場合であっても、個人に自律的な決定権を人権の行使として保障する必要がある、つまり公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求を覆す「切り札」として認める必要があるというのである⁹¹⁾。そのような「切り札」としての人権として認められるべきものは、「いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利」でなければならない、その核心にあるのは、「個人の人格の根源的な平等性」であろうという⁹²⁾。それは他人の権利や利益を侵害しているからという結果に着目した理由ではなく、「自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づいて否定され、干渉されるとき」に侵害される権利であり、それは個々人の具体的な行動の自由を直接保障するものよりは、むしろ「特定の理由に基づいて政府が行動すること自体を禁止するもの」である⁹³⁾。

他方で長谷部教授は、政府の権力行使に従うべき場合は、権威が命ずる行動には、命じられたか否かにかかわらず、名宛人の側にそうすべき理由があ

89) 同九七頁。

90) 同上。

91) 同一一一頁。

92) 同一一二頁。

93) 同一一二—一三頁。

る場合か、そのような独立の理由にかかわらず各人がそれぞれ独自に彼（女）に妥当する理由に合致した行動をとろうとするよりも、とりあえず権威の命令に従った方が、その本来従うべき理由によりよく合致した行動をとることができる場合であり⁹⁴⁾、具体的には、政府が権力を正当に行使できるのは、政府が私人よりもより優れた知識を有している場合と、政府の方が私人よりも問題を解決する上でより適切な立場にある場合があり、後者には調整問題の解決と公共財の適用の場面があるという⁹⁵⁾。調整問題とは、どれでも良いが、とにかくどれかに決まっていなければならない困る事柄の解決であり、公共財の供給は、市場においてはタダ乗りの問題が生じるために適切に提供されない財の供給の確保の問題である。そして、このような場合にのみ政府の権限の正統性の根拠が認められる以上、それに応じて、政府が正当に私的領域に介入しうる限度が「内在的に」決まってくるという⁹⁶⁾。つまり、第一に、国家が優れた知識を有するとの理由から正当性を主張する場合には、法令の根拠となる知識が主張されているような妥当な知識でない場合や、第二に、調整問題の解決として正当性が主張された場合には、法令が調整問題の解決に失敗し、それとは異なる解決が自生的慣習によってもたらされているような場合、そして第三に、国家による公共財の適切な供給の場面では、政府が公共財の適切な供給を行っておらず、かえって社会全体の利益の低下が予想される場合には、その法令に従うべき理由はなく、裁判所はそのような法令の適用を拒否すべきだという⁹⁷⁾。それは、政府は「公共の福祉に従ってのみ正当に行動しうるものであり、そのような妥当な根拠なしに個人の行動の自由を束縛することは、個人の人権の侵害である以前に、[政府]権力の内在的制約を逸脱」するものだからである⁹⁸⁾。

そして長谷部教授は、この区別を憲法第十三条の解釈に反映させる。切り

94) 同一〇六頁。

95) 同一〇七頁。

96) 同一〇九頁。

97) 同一〇九—一〇頁。

98) 同一一〇頁。

札としての人権の保障は憲法第十三条前段の個人の尊重原理の要請であり、後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、一般的な行動の自由の保障だと解するのである⁹⁹⁾。つまり、憲法第十三条後段は、政府権力の活動範囲を公共の福祉と適合する範囲内に抑えるために、国民に一般的自由を与え、政府権力の側にこの自由の制約を正当化すべき責任を課して、裁判所にその限定を監視する任務を与えたものだというのである¹⁰⁰⁾。それゆえ、明文によって保障されていない権利の中にも、同条前段の宣言する個人の自律を保障するための切り札としての人権もあれば、同条後段によって保障される一般的自由権の一要素に過ぎない権利もあるというのである¹⁰¹⁾。ただ、どの権利がそのどれに当たるのかという形では、答えられない。それは、切り札としての人権が侵害されているかどうかは、いかなる理由に基づいて政府が行動しているかにかかっているからである¹⁰²⁾。つまり、「政府が個人の根源的な平等性を否定するような根拠に基づいて規制を行っている」場合、すなわち、「自分の生き方を自ら構想し、それを生き抜こうとする個人のあり方を否定するような規制である」ときにのみ、「切り札」としての人権が侵害されるのであり、その場合には公共の福祉による正当化の余地はないというのである¹⁰³⁾。

長谷部教授は、このような考え方の根拠となる発想方法を次のように述べている。

「日本国憲法は近代立憲主義の系譜に属する。その近代立憲主義は以下のような問題に対応するための特定のプロジェクトである。この世には、人生の意味は何か、世界の究極的な意味は何かといった、根源的な価値に関して相容れない多様な考え方がある。こうした考え方のうち、いずれがより優れているかを判定する客観的な物差しは存在しない。そうした意味で、これら

99) 同一四五一四七頁。

100) 同一四六一四七頁。

101) 同一四八頁。

102) 同上。

103) 同一六二頁。

の考え方は比較不能 (incommensurable) である・・・。

近代立憲主義は、この世に比較不能で多様な価値観が並存する事実を認め、その上で、異なる価値を奉ずる人々が社会生活の便宜とコストを公平に分かち合う枠組みを作り上げようとするプロジェクトである。そのための主要な手立てとして、人の生活空間は公と私に区分される。私的領域においては、各自がそのコミットする究極的価値を構想・探究し、それに基づいて生きる権利が保障される。その反面、公的領域においては、人々は各自の究極的価値を脇に置き、社会生活を営む人々に共通する利益について理性的に話し合い、決定し、その執行に協力することが期待される。こうして人々は、価値観の違いにもかかわらず社会生活の便宜を公平に分かち合うことができる。」¹⁰⁴⁾

この見解は、一般的行為自由権説の立場をとってはいるが、むしろ違憲の強制否定説を別の形で言い直したものと見ることができる。

7 幸福追求権——歴史的経験主義的な捉え方

支配的な基本的人権理解とは異なり、歴史的経験主義に立脚した基本的人権理解を取られる渋谷秀樹教授の場合、幸福追求権についても、支配的な立場とは異なる立場が取られるが、ただ、幸福追求権規定はすべての一般的行為の自由の保障とは捉えられていないので、何らかの範囲の限定が想定されているようである。

渋谷教授は、基本的人権を自然権と捉える支配的な基本的人権理解は、キリスト教的な人間理解によって支えられていたことを指摘し、さらにこのような神や自然権を避けて、人間の固有の尊厳に根拠を求める考え方に対しては、「それではなぜ人間は固有の尊厳をもつのか」という問いに答えていないと批判する¹⁰⁵⁾。

もし、生命は唯一無二のもので、仮に失われれば再生は絶対不可能である

104) 長谷部恭男『憲法の理性』一五〇—五一頁 (東京大学出版会・二〇〇六)。

105) 渋谷秀樹『憲法 (第三版)』九五頁 (有斐閣・二〇一七)。

というところに尊厳性を求めるとすると、人間と他の生物との区別がどうできるのかの疑問に直面し、もしその区別を人の高度の思考能力に求めると、裏返しに高度の思考能力のない人の尊厳性が否定される危険性があるという¹⁰⁶⁾。一定の道徳理論にその根拠を求める立場は、それが前提とする仮説そのものの正当性の論証に成功しておらず、またその仮説から導き出される人権への論証過程が論理的因果の連鎖によって必然的に導かれていないため、そのような仮説や論証に納得できないものにとっては、道徳理論は「所詮、学者が考える机上の空論」に過ぎないと一蹴されてしまう¹⁰⁷⁾。渋谷教授は、むしろ憲法第九七条の規定に着目し、日本国憲法が権利を保障したのは、「人類の歴史における経験の結果」であり、「経験主義または歴史主義」こそが、日本国憲法の保障する権利を根拠づける考え方といってよいと主張する¹⁰⁸⁾。人権は、人間が人間であることに基づいて当然に備わっているという性質を持っているが、「これは事実として本来そういう性質をもつ」というのではなく、「人間には人権が備わっていなければならないという思想に基づき、これを憲法典に書き込むことによって実定化」するという趣旨にすぎない¹⁰⁹⁾。

以上の基本的人権理解に基づき、渋谷教授も、憲法第十三条後段の幸福追求権規定を、個別的権利を包摂し、それでカバーされない権利を補充的に保障する権利規定と理解される¹¹⁰⁾。そして、人格的利益説と一般的行為自由権説の対立に触れ、人格的利益説は、人格的自律ないし人格的生存という概念でもって、「人間にとっては何が重要事項であるか、につき一定の価値観を押し付け」ようとするもので、価値観の多様性を認める第十三条前段の個人主義の原則と矛盾するという。他方で、一般的行為自由権説は、「人間のすべての行為が法的保障を受けるという出発点が、従来の法的思考から離れ

106) 同上。

107) 同九六頁。

108) 同九六一―九七頁。

109) 同九七頁。

110) 同一七九頁。

すぎている」と非難する。つまり、一般にこれまで放任されてきた行為をすべて憲法上の権利としてしまう点に、問題があるというのである¹¹¹⁾。従って、渋谷教授も、一般的な行為の自由を憲法上の権利とは認めていない点で、何らかの基準で限界づけを想定しているものと思われる¹¹²⁾。

二 自己決定権

1 人格的利益説と自己決定権

このように、どの条文根拠で、どのような権利が、どのような形で保護が与えられるのかについては、依然として意見は一致していない。ところが、ただこのような意見の対立にもかかわらず、そのどの立場でも、一定の私的ないし個人的な重要事項について政府によって干渉されることなく個人が自分で決定することができる権利が憲法的保護を受けることが現在では広く認められている。このような権利は一般に、「自己決定権」と呼ばれている。

このような自己決定権が日本で認められるようになったのは、アメリカにおいて、妊娠中絶の権利が合衆国最高裁判所によってプライバシーの権利として認められ、妊娠中絶をほぼ全面的に禁止していた州法を憲法違反と判断したロー対ウェイド事件判決以降、アメリカで一定の私的ないし個人的な重要事項について、そのような政府による干渉されることなく個人が自分で決定できる権利がプライバシーの権利として認められるようになったことに端を発する¹¹³⁾。このプライバシーの権利は、合衆国最高裁判所の他の判例でも、妊娠中絶を超えて認められるようになり、下級裁判所ではさらに拡大され、様々な文脈で認められたり主張されたりするようになった。一般にはこれら

111) 同一八〇一八一頁。

112) 後述するように、渋谷教授は、ライフスタイルの自己決定権と呼ばれるものは、従来放任行為とされていたものであり、あえて権利という必要はないとされており。同一八三頁。後注126) 参照。

113) 松井茂記『アメリカ憲法入門（第八版）』三八二頁以下（有斐閣・二〇一八）。

の権利はプライバシーの権利として捉えられているが、むしろそれは自律的決定の自由ないし自律の権利と捉えた方がいいとの声もあった。

これを「自己決定」として日本に紹介したのは、山田卓生教授であった¹¹⁴⁾。山田教授は、アメリカのプライバシーの権利の展開に照らして、これを「自己決定」のタイトルのもとで包括的に紹介したのである。ただ、山田教授は、その自己決定の権利を日本国憲法の解釈として全面的に展開するには至らなかった。その意味で、まだその主張には、理論的に色々不十分な面があった。これを、「自己決定権」として、初めて全面的に捉え、その保護の必要性を説いたのは佐藤幸治教授であった。佐藤教授は、自己決定を「一定の私的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」と捉え、それが幸福追求権に含まれることを明らかにしたのであった¹¹⁵⁾。その後佐藤教授は、人格的自律権と自己決定権という言葉を互換的に使うようになり、人格的自律権（自己決定権）の保障を三つの異なったレベルで捉えられた。第一のレベルは、「基幹的な」人格的自律権（自己決定権）であり、それは、「各人が、自己の生の作者である」という憲法典のよって立つ基本哲学によって裏打ちされた「大本となる」権利であって、いわばすべての基本的人権を総括する権利である¹¹⁶⁾。次の第二のレベルでは、狭義の人格的自律権（自己決定権）は、新しい人権のうち一定の内実を持って憲法第十三条によって根拠づけられるに至った権利を総称するものであり、具体的には、①人格的価値そのものにまつわる権利、②適正な手続的処遇をうける権利、③最狭義の人格的自律権（自己決定権）、そして④参政権の権利に分類されている¹¹⁷⁾。その第三のレベルの最狭義の人格的自律権（自己決定権）が、「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」と定義されている¹¹⁸⁾。これが、こ

114) 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社・一九八七）。

115) 佐藤前掲注11) 三一八頁。

116) 佐藤前掲注2) 一七五頁。

117) 同一七六一八八頁。

118) 同一八八頁。

こでいう自己決定権にあたる。

芦部教授も、アメリカの判例理論の展開に照らし、自己決定権を広義のプライバシーの権利として認める¹¹⁹⁾。ただし、幸福追求権を個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体とする人格的利益説に従って自己決定権も限定的に捉えなければならないとし、佐藤幸治教授に従い、自己決定権を、個人は一定の重要な私的事項について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利とし、そこでいう重要な事項とは人格的生存に不可欠な重要事項の意味だという¹²⁰⁾。

2 一般的行為自由権説と自己決定権

これに対し、一般的行為自由権説では、一般的行為の自由が保護を受けるので、当然こでいう自己決定権に当たる行為も、幸福追求権として保護を受けよう。さらに、中には、戸波教授のように、一般的行為自由権説に立ちつつ、自己決定権についても、「個人が一定の私的なことがらについて、公権力に干渉されることなくみずから決定する権利ないし自由」と定義して、このような自己決定権が幸福追求権に含まれるとする見解もある¹²¹⁾。この立場では、例えばオートバイに乗る自由やシートベルトをつけずに運転する自由などは、それら自体を一つの独自の人権と見ることはできないが、その決定が自己決定権の保護領域に含まれ、憲法上の保護を受けるという¹²²⁾。つまり、私的事項について自分で決定する自由は、幸福追求権に含まれる一

119) 芦部『人権総論』前掲22)三五八、三九二頁。芦部『憲法』前掲注22)一二六頁。

120) 芦部『人権総論』前掲注22)三九二―一九三頁。芦部教授は、自己決定権を「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由」と捉えている。芦部『憲法』前掲注22)一二八頁。また、高橋前掲注33)一五三一―五四頁(基本的な生き方の選択に限定)。

121) 戸波前掲注54)一八六頁。

122) 同一八七頁。ただし、自己決定権を広く解しても全ての制限が直ちに違憲となるわけではなく、「とくに、人間の人格的生存に関わらない自由の制限の合憲性については、必ずしも厳格な審査は必要ではなく、規制の必要性・合理性をゆるやかに審査することで足りる」としている。同一八八頁。また、戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室一五八号三七頁(一九九三)参照。

般的行動の自由の一つではなく、自己決定権という基本的人権だということであろう。内野教授も、一般的行為自由権説に立って「自己決定権」を承認している¹²³⁾。

阪本昌成教授も、人格的利益説の立場に立って、人格的自律に不可欠な権利だけに自己決定権を限定することを批判する¹²⁴⁾。そして、①一般的行為自由権説では、人間のすべての活動が包括的に基本的人権へ高められて保護され、個別に保障された基本的人権規定との均衡を逸する、②取るに足りない利益が、基本的人権の名の下で保護されるようになると、基本的人権の価値を低下させる結果になる、③一般的行為の自由が保護範囲に含まれるとしても広汎な規制に服することになって、基本的人権保障が空洞化する、といった批判に対しても、十分反論が可能だという。つまり、①「人格的利益」に属するか否かの判断は、実際上困難であるだけでなく、その判断をすること自体が「幸福追求権の名による自由の制限」となる、②一般的行為の自由を承認しても、基本的人権保障が水増しされて、保障水準が低下するわけではない（それぞれの個別の基本的人権規定の保障には変化はない）、③一般的行為自由権説をとれば、人格権から漏れる部分に対しても憲法的保障が及ぶため、自由権侵害行為の憲法秩序適合性の判断を通して、国家の行為は法の下に置かれることになって、結局は、自由の総量が増大する、と¹²⁵⁾。

このようにして、幸福追求権の保護の範囲については、見解がなお対立しているが、双方の立場とも自己決定権を認める点ではおおむね一致していた。現在では、その結果、少なくとも自己決定権が、憲法第十三条の幸福追求権として憲法的保護を受けうることについては、あまり異論はないと言っている¹²⁶⁾。争われているのは、その自己決定権として保護を受ける具体的な権

123) 内野前掲注63) 五四頁。

124) 阪本前掲注68) 二四五頁。

125) 同二四五—四六頁。

126) ただし、土井教授は、自己決定権について、この権利のもとで様々な権利・自由が主張されているが、広くは自己に関する事項について意思決定をする自由一般を意味するもので、憲法上の権利の具体的な類型としては適切ではないという。土井前掲注34) 一三七頁。また同一

利の範囲である。

三 死ぬ権利、尊厳死又は安楽死を求める権利は認められるか

1 死ぬ権利、尊厳死又は安楽死を求める権利は幸福追求権か ——人格的利益説の場合

では、このような明文根拠を欠く基本的人権の保護に関する学説の状況を踏まえて、死ぬ権利又は尊厳死もしくは安楽死を求める権利が憲法的保護を受けるのかどうかについて、従来どのように考えられてきたのかを見てみよう。

佐藤幸治教授は、この自己決定権を、自己の生命、身体の処分にかかわる事柄、家族の形成・維持にかかわる事柄、リプロダクションにかかわる事柄、その他の事柄に対する自己決定権に区分した¹²⁷⁾。芦部教授は、リプロダクションの自己決定権、生命・身体の処分に関する自己決定権、ライフ・スタイルの自己決定権に区分している¹²⁸⁾。竹中教授は、生命・身体のあり方に関する自己決定権、親密な交わり・人的結合に関する自己決定権、個人的（個性的）な生活様式に関する自己決定権に区分している¹²⁹⁾。これらの学説が認めているように、生命・身体の処分に関する自己決定権が、一般に自己決

一六頁（「自己決定権は、憲法十三条により包括的に保障される自由権の総体とほぼ同内容であり、裁判において救済すべき権利として明確な類型性を有するに至っていない」、渋谷前掲注105）（自己決定権として具体的に問題とされているのは、家族のあり方を決める自由、ライフスタイルを決める自由、生命の処分を決める自由ないし自己の生命・身体の処分に関わる自由、家族の形成・維持に関わる自由、リプロダクションに関わる自由であるが、このうち家族の形成・維持に関わる自由及びリプロダクションに関わる自由は憲法二十四条の、生命の処分を決める自由は第十三条の問題とすべきで、それ以外のライフスタイルを決める自由は、従来放任行為とされてきたものであり、あえて権利という必要はないとされており、おそらく自己決定権として問題とすべきものは残らないであろう）参照。

127) 佐藤前掲注2) 一八八頁。

128) 芦部『人権総論』前掲注22) 三九四—四〇九頁。

129) 竹中前掲注43) 一四—一五頁。

定権の一つとされている。これに、死ぬ権利又は尊厳死もしくは安楽死を求める権利が含まれるかが問題となる。

また、この生命・身体への処分に関する自己決定権の中に、「医療をうけるか否か、どのような医療をうけるかの自己決定の自由」が含まれることも一般に認められている¹³⁰⁾。そして、治療を拒否する権利がこれに含まれることについては、かなりの広い支持があるように思われる。とすると、少なくとも治療を拒否し、結果的に死に至ることも自己決定権に含まれることになり、死ぬ権利も自己決定権に含まれることになる。本稿が問題としているような尊厳死及び安楽死は、単なる治療の拒否ではない。しかし、もし、尊厳死及び安楽死の実施も「医療」と認められるなら、尊厳死又は安楽死をこの医療に関する自己決定権と見ることもできるかもしれない。

この点、佐藤教授は、自己の生命、身体への処分に関わる事柄に対する自己決定権について、「人の生と死にかかわる最も根源的な自律にかかわるものであって」インフォームド・コンセント、あるいは治療拒否や尊厳死などの問題が含まれるが、これらについては、不可逆的な行為として、「限定されたパターナリスティックな制約」が妥当すると主張される¹³¹⁾。つまり、本人は死ぬことを選択していても、その判断が誤ったものでないように確保するため、政府が一定の後見的な規制を行うことが許されるということである。そして、治療拒否権の問題はなお、「患者の終局の生き方」の次元の問題と解することもできるが、「尊厳死さらには安楽死については、一定の厳しい要件のもとに『人格格的自律権』（自己決定権）の行使として容認できる余地もないではないが」、それにはかなり慎重な検討が必要だとされている。それは、基本的人権ないし人格格的自律権（自己決定権）の大前提には、「生きることは尊いことである」という考え方があり、死ぬ権利とか自殺する権利とかの行使と構成することは、その大前提にもとるからである¹³²⁾。しか

130) 同一四頁。

131) 佐藤前掲注2) 一三五、一八八—八九頁。

132) 同一八九頁。

も佐藤教授は、「人格的自律権（自己決定権）の行使といっても、そのときそのときの自律権の行使と、人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律権の行使とに大別でき、後者の観点から前者が抑止されることがありうる」という。「回復が不可能で苦痛を伴うような場合、本人の明確な意思をもとに、「延命治療拒否」（「品位にある死」を選び取ること）を認めうるのは、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からである」という¹³³⁾。

芦部教授も、生命・身体への処分に関する自己決定権を認めつつ¹³⁴⁾、生命維持装置の装着拒否および取り外しに関して、「意思決定能力のある者で、現在のあらゆる医療技術を用いても治療の見込みがない患者（いわゆる末期患者）については、インフォームド・コンセントを条件に、治療拒否権を認めることは許されると解すべき」だという¹³⁵⁾。さらに、意思決定能力のないものについても、リビング・ウィルのあることを原則とすべきであるが、意思の確認ないし推定が可能で、原則に準じて考えることができる場合もありうるのではなからうかとされる¹³⁶⁾。ただ、そこには医師に薬物を処方してもらって自殺する権利（本書のいう尊厳死）や医師に薬物を処置してもらって死ぬ権利（安楽死の権利）についてまでの検討はなされていないので、そこまでは認められないということなのであろう。

竹中教授も、医療に関する自己決定権の中に、生命維持医療拒否権を認めている¹³⁷⁾。そして、それは、「当該処遇時点での本人の自発的意思・同意に基づく場合に限られる」という¹³⁸⁾。さらに、当該処遇時に本人の判断能力が欠如している場合、本人の事前の意思表示に従い他者が生命維持医療の不開始・中止決定を行うことが、「憲法上の自己決定権の尊重を内実とする適

133) 同上。

134) 芦部『人権総論』前掲注22) 三九五頁。

135) 同四〇〇頁。

136) 同上。

137) 竹中前掲注43) 一四八頁。

138) 同上。

正処遇」として一定の条件のもとに例外的に合法化されることもありうるとしている¹³⁹⁾。それは、「死にゆく人」と「そのかたわらにある近しい人」はともに「生きている状態」にあり、おそらく長くはないであろう時間の後に消滅するかもしれないが、(現実世界での最後になるかもしれない)重要な親密な交わり・人的結合を経験している。死にゆく人本人の現実世界での最後のあり方(最後の生き方・死に方)は本人にとっては無論のこと、本人と親密な人的結合関係にある他人にとっても極めて重要な意味を持つ。この「近しい人」たる他者の「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」が、「死にゆく人」本人の「生命・身体のあるり方に関する自己決定権」の行使を凌駕することは困難であろうが、本人の明確な意思表示が得られない場合に、残されることになる家族等の近しい者が医師との関係で、本人のためとして行う真摯な決定・行動は、一定程度の憲法上の保護が及びうると解すべきだという。親密な人的結合の自由は相互に判断能力を持つ諸個人間での交わりを本来的には念頭に置く憲法上の権利概念であるが、それでもなお、例外的にせよ、人的結合の相手方の判断能力が欠如している状態にあってもその者との間に、当該自由権の憲法的保障は及びうるのではないというのである。そして、少なくとも、本人の意思が不明確な場合に、本人と親密な人的結合関係にある他の私人(家族等の近しい者)の同意を得ることなく政府が生命維持医療の不開始・中止決定を行うことは、憲法十三条・二十四条に反するという。他方で、家族等が生命維持医療の不開始・中止を選択決定する場合には、政府は、判断能力が欠如した死にゆく人の適正な処遇を確保するために、意思、家族、本人との間の関係に一定程度介入することができるともいう¹⁴⁰⁾。

これに対し、他者が本人のためとして本人の生命を消滅させる積極的行為については、竹中教授は、自殺の自由の基本的な人権性を否定する立場を前提として、たとえ当該処遇時点での本人の自発的意思・同意に基づく場合であ

139) 同上。

140) 同一五五頁注17)。

れ、これを憲法上の自己決定権の一内容として構成することは適切ではないとする¹⁴¹⁾。それは、生命維持医療拒否権は、「医療を拒否しつつも、残された時間をなおも生きるとの自己決定」を内実とするのに対し、このような積極的安楽死行為を求める決定には、「なおも生きるとの自己決定」の要素を見出し難いので、生命維持医療拒否権と積極的安楽死行為を受ける権利を同列に置くことはできないからである¹⁴²⁾。

土井教授も、憲法第十三条の幸福追求権が、「生命を享受する権利すなわち生きる自由を保障していることに疑いはない」としつつ¹⁴³⁾、それが「死に対する権利」をも保障しているかどうかについては、「①生命は自己の不可欠の構成要素であって、自己の処分に服すべき独立の客体ではないこと、②各人の自律が尊重されるのは、人格として存在意義が承認されるからであり、その自律に基づき自らの存在意義を否定するのは背理であること」などを理由として、「自らの存在意義に対する否定的評価に基づき、自己の生命および身体を重大かつ不可逆的にないし永続的に侵害する行為を、それ自体として憲法上の権利と位置付けるべきではない」とする。そこには、第十三条前段の定める個人の尊重原理は「各人が相互に存在意義を承認し、共に生きていこうとする意思に基づくものであるとの理解」がある¹⁴⁴⁾。そして、医療行為を中止することで死期を早める消極的安楽死と、苦痛を除去・緩和する医療行為が、同時に結果として死期を早めることになる間接的安楽死と、苦痛から解放するために直接的に死をもたらす積極的安楽死とを区別する¹⁴⁵⁾。その上で、消極的安楽死及び間接的安楽死は、「心身に対して過度に負担となる治療を拒否し、できる限り身体を安静な状態で維持する措置を選択する自由」として理解し、「死に直面した患者の最後の生き方の選択として」、インフォームド・コンセントがあれば、認められると考えるべきだと

141) 同一四九頁。

142) 佐藤前掲注2) 一八九頁も同じ。

143) 土井前掲注34) 一〇七頁

144) 同一〇八頁。

145) 同一〇九頁。

される¹⁴⁶⁾。これに対し積極的安楽死は、死それ自体を直接目的とするものであるため、これを憲法上の権利として位置付けることは困難だと主張する¹⁴⁷⁾。しかも、これを認めてしまうと、「本人に対して周囲から死を選ぶよう圧力がかかる危険や、死を直接目的とする行為を医師が行うことにより、ヒポクラテスの誓いに象徴される医師の職業的倫理に混乱をもたらす危険」などもあるという¹⁴⁸⁾。それでも、立法政策の問題とすれば、緩和医療が著しく発展してきているものの、人間として耐え難い激痛が現実にあることに鑑みれば、個人の尊重原理に十分配慮した上で、積極的安楽死についても立法措置を講じることが検討されるべきだとしている¹⁴⁹⁾。

これを見ると、人格的利益説の場合、生命維持装置の装着拒否及びその取り外しを求める権利までは、人格的自律ないし人格的生存に不可欠・重要・必要な権利として承認されているが、それを超えた死ぬ権利まで認めることには消極的であり、ましてや尊厳死や安楽死を求める権利まではとても認められていないことがわかる。中には立法政策の問題として検討の価値はあるとする声もあるが、「①生命は自己の不可欠の構成要素であって、自己の処分に服すべき独立の客体ではないこと、②各人の自立が尊重されるのは、人格として存在意義が承認されるからであり、その自律に基づき自らの存在意義を否定するのは背理である」としつつ、なぜ立法政策的に安楽死が容認されうるのかの説明がないのは不可解である。

2 死ぬ権利、尊厳死又は安楽死を求める権利は幸福追求権か ——一般的行為自由権説の場合

これに対し一般的行為自由権説の場合、死ぬ権利ないし尊厳死又は安楽死を求める権利が保護されるかどうかははっきりしない。

146) 同上。

147) 同上。

148) 同一〇九—一〇頁。

149) 同一一〇頁。なお、土井真一『「生命に対する権利」と『自己決定権』の観念』公法研究五八号九二頁（一九九六）も参照。

内野教授のような無限定的な一般的行為自由権説の場合には、死ぬ権利も一般的行為の自由として承認されるはずである。これに対し、橋本教授や戸波教授のような限定的な一般的行為自由権説の場合、公共の福祉に反する場合や犯罪行為の場合には一般的行為の自由とは認められないから、死ぬ権利が一般的行為の自由に含まれるかどうか疑問の余地がありうる。というのは、現行法律上、自殺幫助も同意殺人も刑法上禁止されており、医師が死ぬための薬物を処方すること（患者が自らそれを摂取する）も、患者の依頼に応じて患者に死ぬための薬物を処置して死なせてあげることも犯罪とされているからである。もしこれらの行為が公共の福祉に反する行為として犯罪とされていけば、一般的行為の自由として幸福追求権に含まれるのかどうか当然疑問が生じよう。

この点、戸波教授は、「生命に関する自己決定は、人間の生にとって最も根源的な問題である。人間は生きるべきものとして誕生している以上、自殺の権利まで認めることはできず、したがって、自殺幫助が犯罪とされることは正当である」としつつ、「末期医療の段階での延命拒否」の場合には、例外が認められる余地があるとしている¹⁵⁰⁾。そして、尊厳死・安楽死については、「本人の同意に基づくものか、誰が生命を消滅させるか、本人の病状がどのようなものか、生命を消滅させる行為は積極的な作為行為か消極的な生命維持の中止行為か、などによって異なるが、いずれにせよ、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」としている¹⁵¹⁾。

この立場は、一般的自由権説に立ちながらも、自殺の自由は幸福追求権に含まれないという立場を示唆している。ところが戸波教授は、末期医療での延命措置の拒否は、結果的に死ぬことにつながっても自殺の自由とは捉えられておられないようである。そうするとこのような末期医療での延命措置の拒否は幸福追求権だという理解なのであろう。しかも、従来問題とされてき

150) 戸波前掲注54) 一八六頁。

151) 同上。

たような生命維持装置の装着拒否・取り外しを求める尊厳死のみならず安楽死についてまで、個人の尊厳の名目のもとで容認する余地があるような説明であるが、どのようにしてそのような結論が導かれるのかは説明されていない。しかも、現行法では安楽死は刑法上認められていない。それが憲法違反なのかどうかも定かにされてはいない。

さらに、一般的行為自由権説では、一般的な行為の自由ないし一般的な行動の自由が保護される。ここでいう尊厳死及び安楽死は、医師に薬物を処方してもらう権利および医師に薬物を処置してもらう権利であり、ストレートに一般的な行動の自由ないし一般的な行動の自由とは言いがたいものがある。それにもかかわらず、それが幸福追求権として保護を受けるということに何ら説明がない。

3 長谷部教授の立場

この点長谷部教授は、安楽死の権利を認めている。長谷部教授は、「近代立憲主義のプロジェクトからすると、自己の生の意義づけにかかわる重大な決定は各個人の私的領域に留保される」という。そして、そうした事項について政府によって特定の価値を強制されるべきではないとし、末期患者が安楽死を選ぶことはそれにあたるとしているのである¹⁵²⁾。長谷部教授は、自律的個人からなる共同体のメンバーは互いに共に生きることを要求できるはずであり、したがってメンバーには死ぬ権利は認められないとの批判に対し、「こうした要求は、社会生活の便宜を公平に享受する共同体の一員である以上、原則として相互に『約束を守るべきだ』という要求と同じ程度の力しか持っていないように思われる。耐え難い苦痛に襲われた回復の見込みのない末期患者に、特定の世界観を強制することなく、なお『共に生きる』ことを要求できるとは考えにくい」という¹⁵³⁾。むしろ、「自律的人格からなる共同体の一員は、そうした状況にある人を含めて、自己の生の意義にかかわる重

152) 長谷部『理性』前掲注104) 一五二一五三頁。

153) 同一五三頁。

大な決断を自律的に行いうる環境を整える義務を相互に負うと考えるべきであろう」というのである¹⁵⁴⁾。ただし長谷部教授は、その安楽死の決定は、「個人の自律的選択、つまり十分な知識と熟慮にもとづく自由な選択」であることを確保しなければならないと考えているようであり、「自律的といえない死の選択、たとえば一時的な精神的ストレスに襲われて自殺願望を抱くにいたった人」の場合は、政府はその行動を抑止することができるとしている¹⁵⁵⁾。

このように、一般的には、一般的行為自由権説では、治療拒否権や生命維持装着拒否及び取り外しを求める権利は認められる傾向が強いが、一般的行為自由権説の立場に立つ憲法学説が、尊厳死又は安楽死に対してどのような態度をとるのかは、はっきりとわからないというのが現状である。一般的行為自由権説にたっても、生命は尊いものであって、自ら命を奪う自由までは自由の中には認められないと考えれば、結局は、自殺の権利、尊厳死及び安楽死の権利は認められないことになる。しかも、尊厳死も安楽死も、医師に補助してもらって死ぬ権利であり、ただ単に自由に死ぬのと異なっている。いわば、医師という他者に死を依頼し、医師がその依頼に応じて、死を幫助するまたは死をもたすことが問題となっているのである。そのため、そこまで一般的行為の自由に含まれるのかははっきりしないのではなかろうか。

4 渋谷教授の立場

こうした中で、歴史的経験主義的な基本的人権理解に立つ渋谷教授は、自己決定権を認められるが¹⁵⁶⁾、憲法第十三条が生命に対する権利を一般的に

154) 同上。この判断の根底には、生それ自体に価値があるとは考え難いという考え方がある。すなわち、そのような批判は、「暗黙の前提には、生物学的な意味での生は、それ自体として善であり、それを破壊したりその量を減少させたりすることは悪を意味するという考え方ひそんでいる」のではないかとし、個人としての自律性の備わった生には価値があるとしても、そうでない生そのものに価値があるとは考えられないという。同上注9)。

155) 同上。

156) 渋谷前掲注105) 一八二頁。

保障しているとした上で¹⁵⁷⁾、尊厳死、安楽死、自殺などの自己の生命の処分の問題は、包括的基本権の問題としてではなく、憲法第十三条が明文で規定する「生命」の権利の問題として扱った方が良いとされる¹⁵⁸⁾。そして、自殺の権利について、支配的な自然権としての基本的人権理解では、人間に自己保存の権利が本来的に存在することが前提とされており、その背後には神に与えられた生命を抹殺することを禁止するキリスト教的死生観がうかがわれるが、日本では、「自殺は最高の責任のとり方とする日本の武家文化、すなわち自死の美学は、仏教的死生観（輪廻転生・万物流転の思想）を前提として」いるという¹⁵⁹⁾。そして、日本国憲法の人権論の根拠として自然権思想をとれば、キリスト教的死生観から免れることは難しいが、経験主義・歴史主義をとれば、生死に関する問題も「日本の伝統文化を背景として検討すべきことになり」、死ぬ権利も肯定できるかもしれないという¹⁶⁰⁾。さらに、死期が迫っている者が、それ以上の苦痛を避けて死を選ぶ安楽死や延命治療の継続を拒否して、自然に死ぬままにさせてもらう尊厳死についても、東海大学事件の判例¹⁶¹⁾の列挙した基準に言及し、「妥当な要件と評すべきである」という¹⁶²⁾。それは、①患者が耐え難い肉体的苦痛に苦しんでいること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、③患者の肉体的苦痛を除去するための方法を尽くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する明示の意思表示があること、である。従って、渋谷教授の立場では、本稿のいう尊厳死、さらに安楽死でも容認されるかもしれない。

5 幸福追求権とは言えないにしても

このように、死ぬ権利ないし尊厳死又は安楽死を求める権利が基本的人権

157) 同一八三頁。

158) 同一八五頁。

159) 同一八六一―八七頁。

160) 同上。

161) 横浜地判一九九五<平成七>年三月二八日判例時報一五三〇号二八頁。

162) 渋谷前掲注105) 一八六頁。

として憲法の保護を受けうるのかどうかをめぐっては、一般に否定的な立場が支配的であるが、実は、ほとんどの学説にとって、ある権利が基本的人権かどうかは、決定的な問題ではない。それは、幸福追求権を人格的自律にとって不可欠ないし重要な権利に限定されるとか、人格的生存に不可欠な権利に限定されるという人格的利益説の立場をとっていても、基本的人権とされなかった権利について全く憲法的保護がないという立場をとる学説は少ないからである。とすると、たとえ死ぬ権利や尊厳死又は安楽死を求める権利が幸福追求権の中に含まれ、基本的人権として保障されているとは言えなくても、自殺幫助の禁止や同意殺人の禁止に合理的根拠があるのかどうか、平等原則又は比例原則に照らして憲法的に正当化されるのかどうかは、なお問題となりうるのかもしれない（ただし、どういう形でそれが憲法問題となりうるのか、どの条文のもとで憲法問題とされるのかは、なお定かではない）。

この点、憲法第十三条が違憲的な政府による制限を排除しているという解釈をとれば、こういった自殺幫助・同意殺人の禁止に合理性、必要性、相当性があるのかどうかは、憲法第十三条の問題として争うことができる。しかし、このような見解は、結局のところ、政府によって不合理に自由を剥奪されないという包括的な自由権を憲法第十三条前段から導くのと変わらず、それは一般的行為自由権説と変わらないことになる¹⁶³⁾。しかも、日本国憲法の定める司法審査制は、付随的司法審査制度であって、事件・争訟性の要件を満たす場合にのみ、法律の違憲性を争うことができる。もしこのような違憲の制限を受けないという制約が、自由ないし権利でないならば、その規範に違反する政府の行為があっても、それだけでは訴えを起こして法律の違憲性を争えないことになる。つまり、たとえ不合理な政府の行為によって何らかの不利益を被ったとしても、それが法的保護に値する権利ないし法的利益の侵害と言えなければ、それだけでは訴えを起こすことはできないことになる。とすれば、結局のところ、違憲的な制限を受けないという制限を包括的な自

163) 土井前掲注34) 一〇六頁。

由ないし権利と考えざるを得ないことになるのではないか。とすれば、その意味でも、この立場は一般的行為自由権説と同じ立場に至るものと思われる。

また、従来憲法第三十一条のデュー・プロセス条項は、実体的デュー・プロセスの権利を保障したものだという解釈が支配的であり、そのため刑罰権行使については、その合理性、必要性と相当性に限界があることになる¹⁶⁴⁾。自殺幫助にしても同意殺人にしても、懲役刑が科されている犯罪なのであるから、その意味で、身体の自由の剥奪の可能性のある行為であり、そこに合理性、必要性ないし相当性の審査が要求されると解釈する余地もないではない。とすれば、死ぬ権利、あるいは尊厳死又は安楽死の権利が基本的人権かどうかを問うのではなく、自殺幫助の禁止及び同意殺人の禁止が、刑罰としての自由刑が科されうる以上、それが実体的デュー・プロセスの要請として、合理性、必要性、ないし相当性を備えているのかどうか問われうるかもしれない。

ただし、このような結果から見て、実体的デュー・プロセス理論は、結局一般的行為自由権説に立った幸福追求権論と変わらないのではないかという疑問がありうる。つまり、刑罰が加えられている限り、いかなる権利・利益の制限に対してもその必要性・合理性が司法審査に服することになり、結局刑罰が用いられている限りにおいて、全ての自由の制限が憲法のもとの制限に服することになるからである。

それゆえ、人格的利益説に立ち、幸福追求権を人格的自律ないし人格的生存に不可欠・必要・重要なものに限定しつつも、そこに含まれない自由の制限に必要性、合理性、比例性を求める学説の立場は、結局一般的行為自由権説と変わらず、同じ問題を抱えていることになる。

ただ、この立場にたっても、刑法で自殺幫助が禁じられ、同意殺人が禁じられている結果、尊厳死および安楽死が認められていないことに、必要性、

164) 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学第一四一・一四二号二九七頁（一九八七）参照。

合理性、比例性があるのかどうかはほとんど問題とされていない。もし必要性、合理性、比例性が何らかの形で求められるのであれば、カナダの最高裁判所が問題としたように、不治の病にもかかわらず、耐え難い苦痛で喘いでいる患者に対して、尊厳死及び安楽死を否定し、苦痛に喘ぎながら生きることを強制することに、本当に必要があるのかが問題とされようし、それが合理的かどうかとも問題とされようし、尊厳死及び安楽死を全面的に否定することが本当に比例性の要求を満たしているのかも問題とされうることであろう。

結びに代えて

このように、一般に従来の憲法学説は明文根拠を欠く権利ないし利益をも、憲法第十三条の幸福追求権として保護する立場をとってきており、ほとんどの学説では自己決定権がそのような権利として承認されている。ただ、その保護が認められる自己決定権の範囲については争いが残っているという状況である。そうした中で、治療を受けることに対する自己決定権を認める立場がかなり多く、生命維持装置の装着拒否および生命維持装置の取り外しを求める権利（従来学説が尊厳死として問題にしてきたものである）については、次第にこれを認める立場が多くなっているような印象を受ける。生命維持装置の装着を拒否し、又は取り外せば、自然にうちに死ぬことができるので、あくまでこれは自然に死ぬ自由だと捉えられているか、むしろ残された終末期をどう生きるのかの選択の問題として捉えて、その自由を認めているように思われる。だが、本稿が問題としている尊厳死又は安楽死を求める権利については、これを正面から認める学説は少ない。それは、医師に薬物を処方してもらって自らそれを摂取して死ぬにせよ、医師に薬物を処置してもらって死なせてもらうにせよ、死をもたらす積極的な行為を必要とし、ただ単に自然の死を迎えるだけとは異なること、いずれも医師に依頼して、薬を処方してもらったり処置してもらったりするなど、医師の行為を必要とする

ため、一人でほっておいてもらうという自由では捉えきれない点が、その理由なのではないかと想像される。

このような学説の状況を前提とすれば、刑法が自殺幫助と同意殺人を全面的に禁止していても、何ら幸福追求権を侵害するものではないので、その合憲性を問題とする声がないのも頷ける。また、安楽死を容認する主張も少数あるが、そこからそのような安楽死を禁止している刑法の規定の合憲性を否定する主張はほとんど聞かれないし、もし安楽死が立法政策的に容認されるなら、どのようにして現行法上それを可能にするのかの議論も見当たらないのが実情である。

果たしてこのような状況は適切なのであろうか。次の課題は、このような憲法学説の状況を批判的に検討し、尊厳死及び安楽死を求める権利を日本国憲法から導き、現行の刑法上これらが認められていないことを違憲と主張することができないかどうかを考察することである。