

生命、自由及び幸福追求に対する 権利に関する一考察

中山 茂 樹

- 一 はじめに
- 二 生命、自由及び幸福追求に対する権利
- 三 「自己決定権」と私生活上の自由
- 四 おわりに

一 はじめに

本稿は、日本国憲法13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する……権利」について、いわゆる「自己決定権」をめぐる議論を中心に、若干の整理をおこなうものである¹⁾。

憲法13条後段は、前段の「個人の尊重」原則と合わせて国政の基本原則・憲法による権利保障の理念を示すとともに、15条以下の個別的な権利規定により明文では定められていない権利も含めた包括的な権利保障規定である²⁾。憲法学では、そこで保障される権利を具体的に明確化する作業が進め

1) 筆者は、大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）において「生命・自由・自己決定権」（94頁以下）の項目を執筆し、憲法13条が保障する権利の内容について整理する機会を得た。

本稿は、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」に強い関心を持っておられた竹中勲先生の追悼を契機に、この権利の内容についてあらためて考察することを企図したものである。今回は自己の見解を前面に出したが、基本的な整理に変更はなく、同稿の記述と一部重複する箇所がある。

2) 13条前段とは独立した権利の保障を見出す見解もあり、これは「公共の福祉」による制約・調整が観念しえない権利を独自のカテゴリとして設ける意義にかかわると思われるが、ここでは深く立ち入らず、さしあたり通説にしたがって後段の包括性を認めて議論を進めたい。

られてきた。15条以下の個別的規定で保障された権利に対して補充的に13条後段により保障される権利は、「憲法各条項で保障される個別的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」³⁾といわれる。このテーゼの妥当性ととも、その権利にはどのようなものがあるのかが本稿の関心である。

以下では、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」の内容について整理しつつ、そこに含まれる権利類型を具体的に明らかにすることを試みたい。もっとも、包括的な権利保障を網羅的に検討することはとてもできないし、13条後段は「新しい人権」に開かれた動態的な規定であるところ、本稿の検討は「自己決定権」をめぐる議論とその周辺にかかわる限られた考察にとどまる。また、とくに権利（それが保護する法益）の類型化に着目するものであり、権利の制約等についての合憲性の検討の問題については論じることができない⁴⁾。

二 生命、自由及び幸福追求に対する権利

1 人格的自律権論

憲法上の「自己決定権」に関する議論をリードしてきた佐藤幸治の人格的自律権論は、13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」を象徴的に「幸福追求権」と表現し⁵⁾、それは前段の「個人の尊重（尊厳）」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うえで重要な権利・自由」を包括的に保障する権利であるとする。人格的自

3) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）178頁。

4) 13条論に関する司法審査基準に関しては、文献も含め、君塚正臣「幸福追求権と司法審査基準—『私事と自己決定』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61頁（2018年）参照。

5) 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）117頁参照。佐藤も生命・自由・幸福追求それぞれに独自に考察すべきところがあることは認めている。

律権論によれば、憲法第3章が掲げる各種権利はこの「基幹的な人格的自律権」から流出派生したものである⁶⁾。そして、13条後段により「幸福追求権」として補充的保障対象となるもののひとつとして、個人は「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」を有し、これが最狭義の「人格的自律権」（自己決定権）と呼ばれる⁷⁾。佐藤において、基幹のおよび最狭義の人格的自律権のいずれについても、「人格的自律権」と「自己決定権」の語はほぼ互換的に用いられていると思われる⁸⁾。

人格的自律権論に対しては、憲法学上、周知のいくつかの争点が生じた。その主要なひとつは、人格的利益を基準として権利自由の保護範囲を限定する（この点で人格的利益説と呼ばれる）ことに対する一般的自由説からの批判である。一般的自由説にも多様なものがあるが、とくに、「人格」の観念には特定の間人像を想定した理性主義の危険があり、多様で個別的な個人の自由を失わせるものだと批判には根深いものがある⁹⁾。

また、社会において自律できなくさせられている者の視点に立ち、他者の恣意的な支配に対する抵抗を可能にするものとして人権を捉える「弱い人権」論からの批判がある¹⁰⁾。これは、直接には樋口陽一の「強い人権」論に向けられたものだが、主流の近代立憲主義理解として共通する人格的自律権論にも同様に向けられていると考えられる。「他者に支配され、依存させられているがゆえに精神的・物質的な力をもたないもの」¹¹⁾の視点は、社会の構造に着目するフェミニズムによるリベラリズム批判とも通底するものがあるろう。

筆者はこのような論議が日本国憲法の解釈にとって意義のあるものだと考

6) 佐藤・前掲書註(3)175頁。

7) 同188頁。

8) 佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」同『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）125頁以下所収参照。

9) 阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障(1)』（日本評論社、1994年）219頁、同『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）66頁以下、138頁以下参照。

10) 代表的見解として、笹沼弘志「権力と人権—人権批判または人権の普遍性の証明の試みについて」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）31頁参照。

11) 同36頁。

えている¹²⁾。筆者も、人格的自律権論と同じく、日本国憲法も採用する近代立憲主義における人権というものの考え方は、他者との共生の理念であり、理性的な責任主体が想定されているはずであって、個人の自律性を保障するものだと考える。けれども、そのような自律的主体らの対等の相互的な承認の論理だけから、すべての人を個人として尊重する常識的な人権に関する実践を説明することも難しい¹³⁾。これは「人権」という論理の定義によるともいえるが、憲法による権利保障の基礎を自律の論理で一元的に説明することは、多様なすべての人を自律的存在として扱おうとするその意図にもかかわらず、自律的でないとされる者を、独自固有の存在意義を有する者として平等な尊重と配慮の対象となる「人格」として扱わない危険がある。先の批判を有意義なものだと考えるゆえんである。

しかし、このように考えると憲法上の権利はより複雑な理論的基礎を有すると考えざるをえず¹⁴⁾、13条後段で保障される権利について一貫した説明を与えることは難しい課題であることになる。憲法も政治的産物であると考えるにしても、解釈の基礎となる道徳理論 (moral theory) が何もないわけにはいかないから、その見通しを少しでも明らかにしたいというのが本稿の目的である。(前段の「個人の尊重」との関係はともかく)「生命、自由及び幸福追求に対する権利」が包括的な権利保障規定であることは定着した憲法解釈論上の資産だと考えるから、手がかりをまずは13条後段の文言に求めてみたい。

12) また、プロセス理論ないし裁判所の権限にかかわる権利の手續的地平も重要なものだと考えているが、本稿では扱わない。

13) もちろん、これは人権を常識に解消しようとするものではない。

14) 拙稿「胎児は憲法上の権利を持つのか—『関係性』をめぐる生命倫理と憲法学」法の理論19号13頁(2000年)51-52頁では、「人間がそれによって生かされているところの諸存在とのつながりを大切にすること、自己意識のないものについても取り替え不可能な個体の内実があること、人間には、自分が何者であるか自分で考えて、自分の生を自分でつくっていく力があること、『その人がその人であること』の尊重を要請する憲法の道徳的基礎は複雑なようである。」と論じた。

2 個人の存在の保障と自由の保障

13条後段は、「生命」、「自由」および「幸福追求」に言及するが、これをそれぞれ独立のものとして分解することは適切ではあるまい。「生命、自由及び幸福追求に対する権利」は、この歴史的経緯を有する句で一体となって人権を実定化して包括的に保障すると解されるのであり、分解してしまつては新しく発見される人権をいずれかに分類しなければならないことにもなり、包括性が失われる。いずれかに分類しなければならないと考えることにはあまり生産性がないであろう。

それでも、三つの点が示されているのであるから、何らかの異なる点を象徴的に示していると解して、それぞれにはやはり意義があると考えることができる。この憲法が保障する権利の内容としてどのようなものがあるのかを考察する手がかりになるだろう。

まず「生命」から考えてみたいが、生命は、個人の選択 (choice) ないし意思決定 (decision making) を内実としない法益である点に特徴がある。子どもの権利に関して論じられるように、一般的には、選択を内実とする権利の行使は自己決定の能力が前提になるのに対し、選択を内実としない権利はそれを前提としない¹⁵⁾。憲法第3章の権利保障を通じてみると、多様な異なる生き方を有する諸個人の個別性の自由な発展が保障される面 (さしあたり自由の保障と呼ぶ) と、各人がどのように生きるのかの選択以前に、類としての人に属する者すべてにただ人であるというだけで基礎的に確保されなければならない「人として」の存在や扱いが保障される面 (さしあたり存在の保障と呼ぶ) の両方があると解することができる¹⁶⁾。「生命」の語は、必ず

15) See, John H. Garvey, *Freedom and Choice in Constitutional Law*, 94 Harv. L. Rev. 1756 (1981). 参照、初宿正典=高井裕之「憲法における自由と意思能力——J.H. ガーヴェイの自由(選択)論について」京都大学教養部政法論集8号33頁(1988年)、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、1992年)70頁以下。

16) 小泉良幸『個人として尊重—「われら国民」のゆくえ』(勁草書房、2016年)54頁は、基本的人権保障の体系は二層からなり、「第一に、個人は、人間という『類』に属することで『平

しも自己決定を内容とはしない後者の面があることを示唆するものだけといえるのではないか。もちろん、人としての扱いとは各人がかけがえのない個別の存在として扱われることであるから、両者をことさらに対立的に捉える必要はないが、異なる生き方を有する者たちの共生をはかる人権の基層には、存在の保障があることを捉えておくことが大切だと思われる。

3 生命・身体に対する権利

個人の存在の保障と自由の保障の区別と、選択を内実とする／しない権利の区別には、ややずれがあるが、いずれにせよ、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」に含まれて保障されると解される生命に対する権利は、個人の存在そのものを保障するものであり、選択を内実とする権利ではなく、生命の処分に関する自己決定権（このような権利類型を設けることが適切か否かは別に議論しなければならない）とは別のものとして類型化すべきである¹⁷⁾。それは、自己決定の能力に欠けるとされる人々¹⁸⁾の医療にかかわる法制度などにおける扱いについて、社会全体にとって望ましいように本人の自

等な尊重」に値する」という「人間の尊厳」原理と、そのうえで、「第二に、各個人の『個人』としての多元性、すなわち、『個性 (personhood)』が尊重される」という「個人の尊重」原理があるとする。また参照、拙稿「共に生きるということ」山崎喜代子編『生命の倫理』（九州大学出版会、2004年）139頁。筆者は、本文の二面は13条前段の「個人の尊重」原理に含まれる二面であり、それを受けて13条後段の権利保障が定められていると解している。

- 17) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）43頁参照。竹中には、「生命、自由及び幸福追求に対する権利」を「幸福追求権」と総称することには、自己決定の能力の有無にかかわらず満たされるべき個人の権利（生命に対する権利がその典型）を埋没させてしまう危険があるのではないかとの問題意識があったと思われる。日本医事法学会シンポジウム「医療情報のフロンティア（総合討論）」年報医事法学34号135頁（2019年）、148頁掲載の竹中の質問要旨を参照。なお、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）98頁【土井真一】は、「幸福追求権」の表記は「便宜上の略称」であって、「『生命』『自由』の文言を無視するものではない」という。
- 18) 後に述べるように、個人は自律的存在として扱われるべきであり、安易に自己決定の能力がないものとして扱われてはならない。自己決定の能力は社会的に規定され、能力に欠けるかのように見える人についても、できるだけ本人の自己決定を支援し、探求して、その自己決定に沿うようにその人に対する扱いを考察していくべきであろう。この点では「自己決定権」の視点も有効であり、むしろ「自己決定権」こそが足りないという状況もあろう。

己決定が擬制されあるいは本人の権利は問題にならないかのように論じられ、実践されてきた歴史（いわゆる優生思想の問題など）があることに留意するからである¹⁹⁾。生命に対する権利は、自己決定に依存せず、なにより公権力により生命を奪われないことを内容として範疇化すべきである。

また、身体に対する権利も、同様に選択を内実としない性格のものといえよう。憲法は、人格権の一種として、個人の身体的なインテグリティ（bodily integrity）に対する権利を保障するものと考えられる。憲法18条（奴隷的拘束からの自由）や36条（拷問および残虐な刑罰の禁止）などもこれを示唆しているが、一般的な身体に対する権利の根拠は13条後段に求められよう。身体に対する権利の基本的な内容は、身体への侵襲・接触等を受けないこと、健康（身体の生理的機能）を害されないこと、および肉体的苦痛を受けないことである（選択を内実とする性格の、身体に関する「自己決定権」については後に論じる）。身体が害されるとき、それにとまなう精神的な側面（品位を傷つける扱いを受けないことなど）も合わせて問題となる²⁰⁾。「人として」の扱いの最も基底的部分といってもよいだろう。具体的には、強制的な採尿・採血や手術・予防接種・健康診断などにかかわる問題がある²¹⁾。また、性同一性障害特例法が性別変更に生殖腺除去の要件を設けていることも、身体に対する権利の問題として捉えうる面がある²²⁾。環境公害・薬害による健

19) かつて筆者は、子どもからの脳死臓器移植の許容性に関する日本での議論が子どもの「自己決定権」の視点に偏っていたと思われるところ、その生命・身体に対する権利の保護の視点からも考察する必要があることを論じた。また、いわゆる「尊厳死」の問題に関連して、個人の自己決定とされるものが社会的条件に依存するとともに、自律できない存在だとされることにより「生きるに値しない」生命だとされる論理の問題を、生命倫理学の議論を参照して論じた。拙稿「子どもからの脳死臓器移植について—医療・生命科学研究における自己決定能力が十分でない者の保護—序説」西南学院大学法学論集35巻1・2号203頁（2002年）、「法における『尊厳死』の捉え方」思想976号62頁（2005年）参照。

20) これについては後にすこし触れる。

21) これらについては、拙稿「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71頁（2007年）で若干の検討をおこなった。

22) 最二決平成31年1月23日裁時1716号4頁、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 watch 21号37頁（2017年）参照。

康被害の問題も、憲法的把握としては生命・身体に対する権利の問題といえよう²³⁾。

強制的な性交・わいせつ行為を受けないことを内容とする権利も13条後段が保障すると解されるが、個人の性的な面での身体的精神的インテグリティの保護が内実であり、基本的に選択を内実としない権利であって、生命・身体に対する権利に近接するといえる。これも、性的行為に関する自己決定権という類型化よりも、性的人格権として捉えるべきものであろう²⁴⁾。

4 「自由」と「幸福追求」

「自由」と「幸福追求」は相対的に区別することもなかなか難しいが、あえていえば、「自由」の語は強制の不在としての消極的自由を象徴しており、「幸福追求」は自由の積極的な側面、すなわち、理性ないし理由にもとづいて自ら判断・選択し行為する自由としての自律 (autonomy) の観念を象徴していると解するのが、素直であるとともに意義のある解釈ではなからうか²⁵⁾。一般的自由説と人格的利益説の間の議論は、自由のいずれの側面を重視するのにかかわらず、両説の着眼点にはそれぞれ意義があると解されるからである。この点では、自律の論理に批判的な一般的自由説は、多様な各人の個別性・各人が有する差異を重視する視点を提供している。

人格的自律権論において、基幹的な人格的自律権が、自由権だけでなく、社会権、参政権も含んだ憲法第3章が保障する各種権利がそこから派生するものであるのに対し、最狭義の人格的自律権 (自己決定権) は、行為の選択についての公権力による干渉の排除を内実として、消極的自由に主眼が置

23) 参照、大阪高判昭和50年11月27日判時797号36頁 (大阪空港事件控訴審)。

24) 参照、中里見博『ポルノグラフィと性暴力—新たな法規制を求めて』(明石書店、2007年) 205頁以下。なお、刑法学上、強制性交等の罪の保護法益を「性的自由」と解するのが通説だが、議論があるようである。参照、辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成』岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 (上巻)』(信山社、2014年) 411頁、佐伯仁志『刑法における自由の保護』法曹時報67巻9号2453頁 (2015年)。

25) 先に述べた (存在の保障と対比する意味での) 自由の保障は、ここでの (消極的) 自由と自律の両方にかかわるといえる。

かれているものと解される。もっとも、最狭義の人格的自律権について佐藤はアメリカ流のプライバシーとは切断するのであり、たとえば、「尊厳死・安楽死・脳死などの問題、あるいはインフォームド・コンセント」に関して「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」（傍点原文ママ）があることが指摘されており²⁶⁾、消極的自由の保障にとどまらないものがある。

小泉良幸は、佐藤の「人格的自律権説は、自律的存在で『ある』ことを、『基本的人権』として保障しようとするものだ。状態（可能的状態を含む）の保障だから、法的権利としての本籍は、消極的自由権でなく、人格権にある。」²⁷⁾という。ここで消極的自由権と人格権が対比されているが、筆者はそこから、(1) 行為権と状態権の区別²⁸⁾——これは、選択を内実とする／しない権利の区別とほぼ重なるだろう——と、(2) 消極的権利と積極的権利の区別、すなわち、他者による侵害や強制からの自由（基本的に不作為を求める防衛的権利）と他者による何らかの作為・給付等を求める権利の区別、を想起した²⁹⁾。小泉がいわんとするのは、人格的自律権説における基幹的な人格的自律権は、消極的な行為の自由に対する権利にとどまるものでなく、個人が自律的存在であり続ける状態が可能となる前提条件を公共的に積極的に整備・確保されるべきものとしているということであろう。この小泉（その意図に沿うか否かおそれるが）の観察は正しいと思われる。

5 積極的権利としての「自己決定権」

こうして、理念として、人格的自律の存在としてあり続けられる環境ない

26) 佐藤・前掲書註(3) 188頁。

27) 小泉良幸「憲法13条論の現在」憲法研究4号31頁(2019年)33頁。小泉・前掲書註(16)7頁以下参照。

28) 内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣、1994年）195頁以下、同「自己決定権と平等」『岩波講座現代の法14自己決定権と法』（1998年）3頁、7頁参照。

29) 伝統的な私法上の人格権である生命権や名誉権は、(1)の区別に関しては状態権であるとともに、(2)の区別に関しては基本的には消極的権利（ここでの小泉の用法と異なるとは思われるが、その意味では「消極的自由権」）である。

し社会的条件の整備を内容とする積極的権利としての「自己決定権」を導きうる。個人の自己決定は社会的条件によって規定されるから、個人の自律性を現実に確保しようとする憲法は、自己決定の社会的条件に関心を有しているだろう³⁰⁾。もっとも、憲法の基本理念のひとつに個人の自律性の保障が置かれているとしても、国家の積極的な責務の実現については立法政策にゆだねられるところが大きく、法的権利にまで具体化するにはさらに解釈論上の作業が必要である³¹⁾。個人が「自律的存在であり続ける」ために具体的にはどのようなことが公権力に求められるのが必ずしも明らかでなく、自己決定の前提条件の整備は消極的自由に対する規制が手段となる場合も多いから、新しい憲法上の権利を設けることは危険でもある。

また、憲法は社会権規定を有しているから、その分野に関しては13条後段で補充的に保障される権利類型とはなりにくい。それでも、人格的自律権論は生存権や社会保障法の分野などに大きな影響を与えたと思われる。つまり、基幹的なレベルでの「自己決定権」の積極的側面は、立法政策における制度設計の指針としては大いに意味がある（筆者自身は、憲法25条の生存権は、自由・自律の基礎でもあるが、それ以前に存在の保障の観点から論じられるべきものだと解するが）。

民事法上の「自己決定権」は、消極的自由を意味する面もあろうが、とくに患者や消費者などが医療者・事業者等と対峙する場面などでの情報の非対称性・交渉力の不均衡などに着目し、そのような相対的に弱い立場にいて相

30) 参照、高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」岩波講座・前掲書註(28)203頁、山本龍彦「生殖補助医療と憲法13条—『自己決定権』の構造と適用」辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011年)325頁、山崎友也「現代における『自己決定権』の存在意義」同『憲法の最高法規性と基本権』(信山社、2019年)123頁。筆者も、前掲拙稿註(14)・(19)などで、そのようなことを論じてきた。また参照、笹沼弘志「現代福祉国家における自律への権利」法の科学28号96頁(1999年)、蟻川恒正「身体の自由」法律時報71巻2号78頁(1999年)。

31) 小泉・前掲書註(16)38-39頁は、「消極的自由の主張に還元されない自己決定権の固有性は、決定の『環境』整備のためにする政府介入要求権という、いわゆる社会権の側面において現れる。しかし、まさに社会権の憲法上の権利としての規範内容の論証が困難であることに対応して、この意味での自己決定権を、法的権利として論証することもまた困難である。」という。

手方の誘導・圧力などに流されやすい個人（いわゆる「弱い個人」）がおこなう自己決定の実質化をはかる概念としても用いられているようである³²⁾。いわば形式的な自己決定が「他者決定」にならないように、現実の自己決定の機会ないし形成プロセスを保護する「自己決定権」の観念である。これも自己決定の条件ないし環境を整備するものであって、専門家・事業者等の私人に対する関係で積極的権利としての「自己決定権」の一種と捉えうるだろう。ここから、他者の説明義務（情報提供義務）なども導かれることになる。国家との関係では、この種の民事法上の権利を認める立法・裁判を憲法上の個人の自律性の保障の理念（その積極的側面）の実現と捉えることもできるが、相手方の消極的自由の制限でもある。

上記のように、佐藤が医療におけるインフォームド・コンセントの問題を「自己決定権」の問題として捉えたことは、この文脈で捉えうる。けれども、これは憲法13条後段で保障される個別的権利としての自己決定権の問題だと解してよいだろうか。他者の積極的な説明義務を導く「自己決定権」は消極的自由としては捉えにくい。最狭義の自己決定権は、その沿革から見てもアメリカ憲法におけるプライバシーの権利に由来するものであり、先に見た佐藤の概念構成にもあるように、公権力の干渉を排除する消極的自由として捉えられてきたのではなかろうか。もちろん、最狭義の自己決定権を積極的権利の面をも含むものとして構成するのであれば、それはそれで成り立ちうる（アメリカでの展開は21世紀に入って消極的自由としての「プライバシー」から離脱し、「尊厳」保護の方向に向かっていると観測できる³³⁾）。ただ、そうであれば、この意味の「自己決定権」は、公権力の配慮的介入・パターンリズムとも親和的であり、自力で資源を調達しリスクを負って自己の生き

32) 文献は多いが、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）、吉村良一『「自己決定権」論の現代的意義・覚書』立命館法学1998年4号629頁を参照。労働法分野に関して、西谷敏『規制が支える自己決定—労働法的規制システムの再構築』（法律文化社、2004年）参照。また、浅野有紀「権利と法秩序—自己決定権論の一側面」民商法雑誌134巻4：5号1頁（2006年）は、民事法における「自己決定権」に選択説的な面と利益説的な面があることを論じる。

33) 参照、上田宏和『「自己決定権」の構造』（成文堂、2018年）。

方を選択し貫こうとする個人の行動に対し公権力の干渉を排除する（おそらく、もともとの）意義は減殺されることになる。また、人格的自律権説によれば憲法上の各種権利が人格的自律の保障から派生するのであり、その中でとくに最狭義の自己決定権が有する他の個別的権利とは異なりかつそれらに匹敵するだけの独自の内容は何なのかを明らかにしなければならない。

6 人として扱われる権利（人格そのものに対する権利）

筆者は、民事法上認められている上記のような「自己決定権」は、憲法上の権利類型の語彙で語るならば、デュープロセスの権利（適正な手続的処遇を受ける権利）の一種として捉えうると述べたことがある³⁴⁾。医療におけるインフォームド・コンセント原則は、身体に対する権利のような実体的権利とともに、自由な人格としての本人（当事者）の関与それ自体を保護するプロセス的権利を基礎とするだろう、と。

憲法上のデュープロセスの権利は、刑事手続上の明文の諸権利のほか、一般法理としては、憲法31条が示すような刑罰や不利益処分の場合において、当事者に事前の告知・弁解・防御の機会を与えることなどを中心に展開してきた（この場面では、性質上、本人の同意までは要求されない）。けれども、そのような公権力の判断による一方的な権利侵害の場面だけでなく、より一般的に公権力が個人を扱う際にはデュープロセスが求められ、その憲法上の権利の根拠規定は13条後段であると解される。一般的なデュープロセスの権利は、公権力が個人を扱う場面に応じて具体的な展開があり（その特別のあらわれが、31条や32条その他であろう）、消極的権利も積極的権利も導かれ

34) 前掲拙稿註(21)および拙稿「医学研究におけるインフォームド・コンセント—若干の法学的課題についての覚書」町野朔＝辰井聡子編『ヒト由来試料の研究利用』（上智大学出版、2009年）57頁参照。そこでは、インフォームド・コンセント原則といわれるものが、医療倫理上の原則としてはともかく、日本において法的に何を意味しているのか（どのような行為が何の権利利益を侵害して違法だと評価されるのか）不明確であり、分析する必要を指摘した。なお、今日、医事法学上は、「日本法を記述する際に『インフォームド・コンセント』の語を用いるべきでなく、あくまで日本固有の法規範として説明義務を検討する必要がある。」（米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）128頁）ともいわれている。

うるだろうが、その基本は、個人に対して何かがなされるときには、その人が「人として」扱われなければならない、そのためにそれにふさわしい手続が求められるということである。そして、場面によって、本人への告知・情報提供や意見表明の機会の提供、本人の同意（「コンセント」のほか、それと区別して子どもの医療などに関して「アセント」が語られることにも注意すべきである）が手続的に必要となることがある。

人は独自固有の存在意義を有する人格（かけがえのない個人）として敬意をもって扱われなければならない（このことは私人間でも基本的に妥当する）。物のように扱われてはいけぬ。このような原則が13条前段の「個人の尊重」には含まれているだろう。それを受けて、13条後段では、適正な手続的処遇を受ける権利を中心に「人として扱われる権利」（ないし人の人格そのものに対する権利）と呼びうるものが保障されると解される³⁵⁾。もっとも、「人として扱われる権利」と述べただけでは、憲法上の権利の多くはそのようなものだともいえ、内容が不明確であって、その特定の内容の明確化は今後の課題である。ただ、刑事手続上の権利規定などからも一定の輪郭は見出せる。先に身体に対する権利に関して、品位を傷つける扱いを受けないこと（国際自由権規約7条参照）も合わせて問題となると述べたが、拷問（18条）や奴隷的拘束（36条）は、肉体的苦痛や身体の移動の自由の問題だけでなく、個人を「人として」扱っていない。これらは「尊厳」（これもまた内容不明確だが）にかかわるといえるような実体的な人格権もまた害しているように思われる³⁶⁾。人として扱われる権利が上位カテゴリで、その中にデ

35) 適正な手続的処遇を受ける権利は、原理的に私人間にも妥当する人権であると本稿は解するが、公権力との関係での特別な権利としての面（恣意的な公権力の行使を抑制する）があることも否定できず（法治国家原則等に基礎づける見解はこれを強調するものであろう）、さらなる探究は他日を期したい。

36) 樋口陽一ほか『憲法Ⅰ』（青林書院、1994年）288-290頁〔佐藤幸治〕は、13条後段が保障する「人格価値そのものにまつわる権利」の項目の中で、強制採尿を「尊厳なる人格の自律のあり方にかかわる」問題として取り上げ、ほかに、おとり捜査や指紋押捺について扱っている。本稿は、これらの「尊厳」にかかわるといえるような問題の中に、名誉権やプライバシー権などは別類型の、そして適正な手続的処遇を受ける権利とは共通の権利類型を見出している。

ュープロセスの権利や品位を傷つける扱いを受けない権利その他が含まれると整理できるのではないか。

このようなデュープロセスの権利や拷問の禁止などは、個人の自律から説明されてきており、すべての人が対等な自律的存在として扱われることは「個人の尊重」原則の重要な内容である³⁷⁾。ここから、13条後段のデュープロセスの権利（人として扱われる権利）の内容として、本人の参加・関与が求められる。医療における「患者・被験者の自己決定権」の主張も、患者・被験者が自律的な意思決定主体として扱われることを求めるものだろう。医療において、患者・被験者は（しばしば一方的な）専門的操作・管理の対象となるところ、人を物のように扱うのではなく、手段としてのみでなく目的として扱う要請から、説明や本人の同意が原則として必要となる³⁸⁾。けれども、本人に同意能力がないとされる場合もあり、そのときに人として扱われる権利（デュープロセス）はもう妥当しないかというところではない。「患者・被験者の自己決定権」は、本来的には身体的インテグリティや人として扱われるという状態の保護を内実とするものであり、その重要な一部として本人の自己決定のプロセスが求められるということだろう。そうだとすれば、この点に関し、デュープロセスの権利とは別の憲法上の個別的権利類型として「自己決定権」を設ける必要はないのではなかろうか。デュープロセスの権利の一部にあるタイプの「自己決定権」が含まれていると述べることはできるだろうが³⁹⁾。

人が自己決定の能力（これは社会的に規定される）を将来にわたって有することがない場合があり、そのときもわれわれがその人をかけがえのない個人とみて存在を保障し、他者と関係性を構築してその人生を展開していく人格だとするならば、「人として」の扱いは必ずしも自律に還元できるもので

37) 佐藤・前掲書註(3) 173-174頁参照。

38) 国際自由権規約7条参照。

39) 土屋清「憲法学における自己決定権論のパラダイム」同『憲法学の新たなパラダイムを求めて』（成文堂、2010年）3頁は、「総称概念としての自己決定権」（6頁）を「個別的自己決定権の特定」とともに提唱する。

もないだろう。自律的存在として扱われるべき人格の範囲は、自律の論理とは別に（完全に独立しているかはわからないが）定まっている。竹中勲が、「憲法一三条前段の個人の尊重原理は、判断能力が十分な個人…・判断能力が十分でない個人…、経済的に自律（自立）した状態にある個人・ない個人、障害〔がい〕のない個人・ある個人などのいずれの個人も『個人として尊重される』べきであるとの原理、換言すれば、『個人を基点とする適正な処遇が確保されなければならないとの原理』を宣明したものと解することができる」⁴⁰⁾と述べるのは、13条前段の「個人の尊重」原理に関して、「個人」の観念の近代立憲主義の伝統的理解では見落とされていたものがあることを述べるものだと本稿は理解する。もちろん個人の自律の観念は重要であるが、少なくとも24条や25条は個人の存在の保障にかかわって憲法上の権利保障の理論的基礎の複雑さをうかがわせる⁴¹⁾。

三 「自己決定権」と私生活上の自由

1 生命・身体の処分に関する自己決定権？

憲法13条後段で保障される最狭義の自己決定権の内容について、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄が挙げられることがある。人を自律的存在として扱う要請からすれば、理論的究極的には個人が自らの意思で生命を処分する自由を否定できないかもしれない。けれども、自己決定が社会における権力関係の中でおこなわれることにも注意しなければならない。たとえば肉体的精神的苦痛から「死にたい」と表明する人に、社会・国家は「ご自由に死んでください」（干渉を排除する「自己決定権」はそのような帰結になろう）

40) 竹中・前掲書註(17)42-43頁。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1223頁（2018年）参照。

41) 参照、高井裕之「自己決定能力と人権主体」公法研究61号70頁（1999年）、遠藤美奈「憲法に25条がおかれたことの意味—生存権に関する今日的考察」季刊社会保障研究41巻4号334頁（2006年）。

というのではなく、その人と共に生きることを前提に、まずその苦痛を取り除く方策を提供すべきであろう。先に述べたように、自己決定の前提となる選択肢は社会的な条件に規定されるのであり、医療・介護等の生きるための十分な社会的条件を整備しなければ、「死ぬ権利」は家族の負担などを考慮して「自発的に」死を選択する（事実上強いられる）患者を増やすだけであろう。患者がその人らしい生を生きられるように医療・ケアその他の生活環境が提供されることが大切だといえるが、この抽象的な理念から具体的にどのような制度・政策・措置が必要であることになるのかは必ずしも明らかではない。死ぬことそれ自体を取り出して憲法上の個別の権利類型として認めることは、現実的には個人の自律性の確保につながらず、かえって個人の生命をおびやかすことになる。死ぬ権利や自殺の自由といった権利類型は適切でなく、いわゆる尊厳死などの問題も基本的には身体に対する権利の問題として捉えるべきである⁴²⁾。

また、身体については、身体は個人を構成しているところ、個人を破壊しかねない重大な身体の自己傷害までもを直接に含むような「身体の処分に関する自己決定権」は、やはり権利類型として適切ではない⁴³⁾。自傷行為の自由を含むような形で憲法上の権利を類型化することは、常識的な医療関係法の構築すら困難にしていまいかねないだろう。もちろん、公衆衛生の保護を理由とする個人の自律性の侵害は警戒すべきであり、個人は健康であることを義務付けられるべきでないが、身体の処分に関する自己決定権という類型化は行き過ぎであろう。身体は個人の私的自律の領域にあると解されるもの

42) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」公法研究58号92頁（1996年）、長谷部編・前掲書註（17）108頁以下 [土井、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、増補新装版、2016年）152頁以下参照。また参照、前掲拙稿註（19）「尊厳死」論文。

43) 高井裕之「憲法と医事法の関係についての覚書」米沢広一ほか刊行代表『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）285頁、305-306頁は、身体に関する自己決定権について、「医療に関していえば、『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。これだと自傷行為の自由も含むが、そのような自由は、わが国でも西欧諸国でも伝統的に保護された権利ではなかったからである。憲法で保護される権利は『自己の身体への侵襲を拒否する権利』として範疇化すべきである」と述べる。

だが、自己の身体について公権力の恣意的支配を受けないことを内容として憲法上の権利が構成されるべきである。それは、基本的には、先に触れた、身体に対する権利で把握できるものであろう。

身体に関する「自己決定権」については、医療の場面に注目がなされてきたが、(医師・医療機関と患者の関係を憲法上の権利で把握することが適切かどうかはさておき) 公権力が実施する身体侵襲をとまなう治療を個人が拒否・選択できることは、適切な治療を受けることができる(通常は契約上の)権利を前提に、身体に対する権利やデュープロセスの権利(人として扱われる権利)にもとづいて、公権力が個人の身体に侵襲を加えるときには原則として本人の同意を必要とすることから導かれる⁴⁴⁾。また、個人の治療・ケアへのアクセスを公権力が規制することにより必要な治療が受けられなかったり、肉体的苦痛を強制されるような場合も、身体に対する権利の問題として捉えられる。身体に対する権利やデュープロセスの権利は本人の意思による選択の尊重を要請することがあるだろうが、それとは別に、身体の自己の意思による自由な処分を内容とする「身体に関する自己決定権」などを憲法13条後段の個別的な権利として観念すべきではない⁴⁵⁾。先に述べた、性的人格権についても同様であろう。

「自己決定権」を観念することがふさわしい場合がもしあるとすれば、宗

44) 身体への侵襲等を伴わないタイプの医療は、そもそもここで論じている身体の処分に関する自己決定権の問題とならないであろう。それでも、デュープロセスの権利(人として扱われる権利)の問題にはなる。

45) 竹中勲「末期的ガン患者の医薬品選択の自由—憲法上の自己決定権の研究(1)」近代(神戸大学)63巻335頁(1987年)、同『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010年)144頁以下は、重篤な患者の未承認医薬品の使用の自由を「自己決定権」の問題として検討する。筆者は、生命にかかわり患者が治療アクセスに対して強い利益を有する具体的場合には、生命・身体に対する権利との関係で公権力の規制が違憲と評価されることも否定できないが、一般的には、安全性・有効性が不確かであっても医療行為を受ける個人の自由というようなものは、憲法上の強い権利としては保護されていないと解する。これは、医療に関して患者等の保護のための規制をしすぎて、しななさすぎて、公衆の生命・健康利益が害されるため、微妙な調整が求められるという問題であり、両側のリスクを考慮することは立法に求められるが、個人の人権による解決が機能する場面は限られる。拙稿「患者の保護と医療を受ける権利・学問の自由」年報医事法学30号126頁(2015年)参照。

教的理由による輸血拒否のような個人の根本的な生き方の自律性にかかわる場合である（輸血拒否については身体への侵襲の拒否としても説明できようが）。しかし、これはむしろ信教の自由（宗教的理由によらないときは、思想・良心の自由）の問題として捉えた方がよからう。輸血拒否も、宗教的理由によって剣道を行うことができない・特定の肉類を食べることができないといった問題と共通する問題であり、生命・身体の処分であることに自由保障の焦点があるわけではないのではなかろうか。たとえ生命を失うことになっても譲れない生き方があるという話であって、生命・身体を処分すること自体を権利として類型化する必要はない。

公権力が個人に生きることを強制することが許されるかが問題とされようが、本人保護を目的とする自己加害行為の規制は、個人を自律的存在として扱う原則からすれば、基本的にその選択が長期的な観点をも含む本人の熟慮にもとづいた自律的判断であることを確保する限りのものでなければならぬはずであり（いわゆる限定されたパターナリスティックな制約）、公権力による自由規制の理由を問うアプローチが有効であろう⁴⁶⁾。繰り返しになるが、憲法の基本的な原則として個人の自律性の保障を置き、それを広い理念的な意味で「自己決定権」と呼ぶことはできるだろうが、13条後段に個別的な「自己決定権」という権利類型を設けることが適切かはまた別問題である。

なお、リプロダクションに関する権利と呼ばれるものも、身体に対する権利や人として扱われる権利と密接していると考えている⁴⁷⁾。ただ、これは、

46) なお、医療関係法の規制の多くは、医療の対象となる（潜在的に対象となりうる場合を含む）多数の人々の保護を目的とするものであり、個人の自由に対するパターナリスティックな制約というより、公共の福祉にもとづく制約であると解される（もちろん、その正当性は個別に検討されなければならない）。

47) 拙稿「妊娠中絶の権利は『自己決定権』か—公私区分の一断面」大石真ほか編集委員『各国憲法の差異と接点』（成文堂、2010年）495頁では、女性の妊娠中絶の権利は、プライバシー的な「自己決定権」ではなく、身体のインテグリティを確保するために身体的自己を解釈・定義することが妊娠した女性に認められるとするものであると論じた。なお、旧優生保護法優生手術事件に関する仙台地判令和元年5月28日判タ1461号153頁は、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」（これを「リプロダクティブ権」ともいう）が「幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである」とす

個人の人生を他者に支配されないことのうち、個人の選択を内実とする権利の部分が出てくるものだと思われ、独自の権利類型として意味がある。リプロダクティブ・ライツの観念は国際人権法において発達し、そこでは社会保障などにも及ぶ広範な内容を含むとされているようであり、憲法13条後段で補充的に保障される権利の内容として、それをそのまま導入することができるかは検討を要する。科学技術の発達にともなって、人を新たにこの世界に生み出す／生み出さない方法にはさまざまなものが出現し、また将来出現しうるのであり、技術的には人の性質の操作・設計もできるであろう。リプロダクションに関する権利の内容をどのように類型化すべきかは慎重に考える必要があると思われ⁴⁸⁾、今後の課題としたい。

2 一般的行為自由

いま身体の処分に関する自己決定権は独自の範疇として観念する必要がないのではないかと述べたのだが、では、自分の髪を切ったり爪を切ったりする自由（個人の破壊にはつながらない）もないのだろうか。これは、髪を切ることを強制するとすれば身体に対する権利の問題であるし、健康にかかわるレベルで整髪を許さないとすればやはり身体に対する権利の問題といえるが、それ以上は一般的自由説と人格的利益説の対立にかかわるといえる。ただ、両説には問題にしていることにずれがあり、それぞれ一理あって、ある範囲では両立可能ではないかと考える⁴⁹⁾。

人格的利益説は、ある個別的権利の憲法上の保障の根拠ないし核心（何を

る。

48) 高井裕之「医療における自己決定権の憲法論的考察—アメリカ法を素材として」植木哲＝丸山英二編『医事法の現代的諸相』（信山社、1992年）347頁、352頁以下参照。

49) 議論のずれと再構築について、中村英樹「憲法上の自己決定権と憲法13条前段『個人の尊重』—自己決定権理論の再構成のための予備的考察」九大法学76号151頁（1998年）、土屋・前掲誌(39)論文、早瀬勝明『憲法13条解釈をどうやって客観化するか』（大学教育出版、2011年）など参照。多様な一般的自由説については、文献も含め、丸山敦裕「憲法一三条論における一般的自由説とその周辺」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、2015年）573頁、栗田佳泰「『新しい人権』と『一般的行為自由』に関する一考察—可謬主義的人間観に基づく憲法一三条解釈の可能性」同書607頁参照。

憲法が保護しようとしているのか)を考察し、それがひとつとは限らず複数あることもあるが(人格的自律権論は民主主義なども結局のところ人格的自律であるとするのだが)、そこから権利の保護範囲と権利制約が許される／許されない基準を考えようとするものである。これは15条以下の個別的権利の解釈論ではごく普通のことであろう。そして、13条後段で補充的に保障される個別的権利がどのようなものであるのかが、この説の関心であり、だから(本稿がおこなってきたように)権利の類型化ないし範疇化に腐心するのである。とくに13条後段は、文言がきわめて抽象的なだけに、理論的に憲法が個人に何を権利として保障しようとしているのかということから考えていかざるをえない。

他方で、一般的自由説の思考は、基本的に行為の消極的自由だけを扱い、積極的権利もデュープロセスも問題にしない。消極的自由の価値は自明かもしれないが、それだけでは憲法が保障する権利を説明しにくい。13条後段が人権を包括的に保障し、そこで保障される個別的な権利類型を明確化する必要があると考えるのであれば、<人権とは何か>という人格的利益説のような思考が必要であろう。どこまでdeep/shallowな理論かという問題はあるにせよ、憲法解釈論は何が憲法上の権利かは政治的に偶々決まるしかないということではすまないはずである。人格的利益説は「生命、自由及び幸福追求に対する権利」(あるいは憲法上の諸権利)全般の一貫した理論であるのに対し、一般的自由説はその一部だけを問題にしている(もちろん、人権は消極的自由でしかないのだと考えるのであればそれは一貫している)。その意味では人格的利益説が妥当だが、筆者は、人権や憲法上の権利は「人格的自律の存在としてあり続ける」ことだけに基礎づけられるわけではないと考えるため、その点で、人格的利益説、とくに人格的自律権論とは別れることになる。

一般的自由説は、権利の内実よりも、むしろ国家の行為の合理性の方に関心があるようにも見える。そして、国家の行為によって規制されない限り個人は行為の自由を有し、国家の行為には常に合理性が必要であると考ええる。

これを（法治国家原則と呼ぶかどうかはともかく）客観法原則だと解するのであれば、人格的利益説もそれを認めるだろう。人格的利益説は「権利」（とくに基本的人権）を問題にしている。一般的自由説が権利を問題にしないなら対立はないが、問題となる権利（価値）をあえていえば行為の消極的自由であろう。一般的自由説は国家に対する関係での行為の消極的自由をきわめて重視している⁵⁰⁾。すなわち、個人の行為の消極的自由を制約する国家の行為には、法律の根拠と合理的な理由が必要だとし、それを個人の権利だとするのである。

本稿は、国家に対する関係での個人の消極的自由の保障は、個人の自律性の保障が積極的な面を有していることとの関係でも、おろそかにできないと考える。国家は、自由の規制を含むさまざまな政策によって自己決定の環境整備や支援を行うことができるが、それが結局のところ個人の自由・自律を蝕むものにならないか、危険と必要を両にらみする必要がある。そうだとすれば、積極的な自律の論理に対して、消極的自由を権利として置いておくことには意義があろう。消極的自由が一般的に個人にとって重要なものであることは、13条後段の「自由」の文言も示唆していると解される。

人権は他者との共生の理念であり、原理的にはすべての人の間の関係における権利であるところ、殺人の自由なども含む一般的行为自由を人権だと考えることは難しく、人権については個別的权利類型を整形する作業が重要である。のんびんだらりとあらゆる行為の自由を同じ強度で憲法が保障するものではないだろう。けれども、国家との関係でその統制のために憲法上設定された権利としてであれば、権利の観念のインテグリティを損なわない限りで一般的行为自由に対する権利を認めることができるのではないか。人格的利益説が、それは人権ではなく客観法原則の問題だというとなれば、それはある意味で正しい。一般的行为自由の制約についての憲法的規律と人権が実定化された憲法上の権利（自己決定権はそのようなものだろう）の保障は異

50) 逆にいえば、状態を保護する人格権や積極的権利については、何らかの人権理論がないと保護を説明できないのだろうと思われる（生命・身体くらいは自明視できるかもしれないが）。

なる論理によるものである⁵¹⁾。

本稿は、他者の存在や自由を明らかに侵害するものは除いて、一般的な行為の自由が個人の主観的権利として13条後段で包括的に保障されていると解する。憲法は、先に触れたように個人の個性の自由な発展を保障しようとしているが、国家に対する関係での原則的な消極的自由の保障のないところでそのような個性の発展は見込めない。たとえば髪を切る・爪を切るといった些細なことは必ずしも個別的権利によって保護されるとは限らないが、そういった些細なことが国家による干渉を受けるとき、なにゆえに規制するのが疑われる（国家に従順でない者をあぶりだそうとしているかもしれない）し、場合によっては個人の自律的な生は大きく損なわれうる。いかなる行為についてであれ、公権力が自由を制限するには、合理的な理由とその理由についての民主的な討議決定が必要であり、討議フォーラムとしての裁判所で理由を問う主体的な地位を自由を制限される個人に認めるべきである⁵²⁾。したがって、明白な他者加害までは権利の範囲に含めることができないが、憲法は一般的な行為の消極的自由を権利として保護していると解すべきである。ただ、これは個別的権利ではなく包括的な自由の保護であり、範疇化された強い「権利」ではない。したがって、基本的には司法審査は緩やかなものになるだろう⁵³⁾。

51) 小山剛『憲法上の権利』の作法』（尚学社、第3版、2016年）95頁以下参照。

52) 国家の規制の正当化理由を説明しなければならないことが、個人を自律的主体として扱うことから導かれることについて、長谷部恭男『憲法』（新世社、第7版、2018年）147頁参照。また、国家活動に求められる透明性ないし理由提示について、赤坂幸一「公権力の透明性と理由提示」論究ジュリスト27号139頁（2018年）参照。

53) 長谷部編・前掲書註（17）104-105頁 [土井] は、人格的利益説の立場から、13「条前段の『個人の尊重』原理において、個性の自由な発展に対する尊重が求められると解され、通常、自由は人格的生存にとって重要な意義を有するのである」から、「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』規定の保護範囲に含まれると解される。そして、実際には、保障を推定した上で、自己または他者の人格的生存を害するものを控除するという消極的な手法をとることになろう。」と述べる。これは、人格的利益説からもかなり広い範囲の消極的自由が人権として認められることを述べたものと解される。ただ、類型化の問題は残り、各個別的権利の核心を明らかにするという人格的利益説の本来的関心から逸脱しているきらいがないではない。いわば「総論」だという

3 個別的権利としての「自己決定権」

では、個別的権利としての「自己決定権」とは一体どのような内容の権利であるのか。佐藤は、これを「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、この「一定の個人的事柄」とは、「抽象的にいえば、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（個別的人権保障規定の対象となるものを除いて）、より具体的にいえば、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクションにかかわる事柄（将来にわたってこれに限定する趣旨ではないという意味で、④その他の事柄）が考えられる」という⁵⁴⁾。

このような憲法上の自己決定権は、佐藤も示唆するように、アメリカにおけるプライバシーの権利を沿革にもつ。それは、古典的には主として報道機関による私事の暴露に対して私法上の保護を与えるものとして出発し、「放っておいてもらう権利」(a right to be let alone)と理解されたとされる。それが憲法上の権利としても判例上承認され、公権力の介入に対して個人の私的領域を保護するものと観念された。21世紀になって異なる展開を見せるまで、アメリカの判例上この権利は基本的に消極的自由として捉えられてきたと思われる⁵⁵⁾。個人の自律性が抑圧されがちで管理社会化が進む日本におい

ことだろうか。核心への着目からすれば、佐藤・前掲書註(3)177頁の「規制の目的・態様いかによっては、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」という議論の方が一貫していると思われる。

54) 佐藤・前掲書註(3)188頁。

55) 文献は多いが、伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、1963年)、山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社、1987年)、阪本昌成「道徳とプライバシー(1)～(5完)」広島大学政経論叢23巻1号41頁、5・6号67頁、24巻4・5号111頁、25巻2号95頁、3・4号25頁(1973～75年)、高井・前掲註(40)論文、高井裕之「関係性志向の権利論・序説—アメリカにおける墮胎規制問題を手がかりに(一)～(三完)」民商法雑誌99巻3号338頁、4号459頁、5号623頁(1988・89年)、松井茂記「自己決定権について(一)(二完)」阪大法学45巻2号245頁、5号717頁(1995年)など参照。なお、上田・前掲書註(33)85頁は、「アメリカ憲法学におい

て、プライバシー権から個人の自律の保障の部分がいわば独立し⁵⁶⁾、1980年代以降「自己決定権」として論じられるようになった。その代表的な見解が、佐藤の人格的自律権論といえよう。

上記の①②③の事柄は、アメリカの判例における具体的事件を参考にして挙げられていると思われるが、これらを統一的な内容を有する「自己決定権」として範疇化できるのかには疑問が向けられてきた⁵⁷⁾。「自己決定権」論の困難は、〈何について〉の自己決定なのかを示さなければ、15条以下の個別の権利に匹敵するだけの権利の内実を示すことが難しいが、しかし、各人の人生にとっての「絶対譲れない何物か」⁵⁸⁾は、多様で個別的な各人ごとに多様であり、〈何について〉という対象を示すことは難しいことであろう。一般的自由説はこの点を突いたが、自己決定権は一般的行為自由とは異なる個別的権利であるはずである。人格的自律権論は、上記①②③を例示し、個別的な各人の幸福追求がどのようなものであれその自律的生存の基盤となる共通財的な自由の内容として一定の事柄を挙げるものと解されるが、「具体的個人の固有性を捉え損ねる」⁵⁹⁾とも評される。リベラリズムの合理的個人像に共通する問題ともいえよう。

て私的な領域内の個人の自由がプライバシー権によって保護されるのは、当該自由が社会生活における個人の自由の保護や社会秩序の維持といった公的な領域内の問題とも関連性を有していたからである。」という。

- 56) 佐藤は、後に見るようにプライバシーに親密性の要素を見出しているようであり、自己決定権はアメリカ流の広義のプライバシーとは切り離して構成している。参照、佐藤・前掲書註(5) 448頁以下。これに対し、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1994年) 355頁以下、391頁以下は、「自己決定権」をも「広義のプライバシー」の一部として扱う。なお、アメリカの判例自身が、プライバシーには少なくとも二つの異なった利益を含み、ひとつは「個人的な事柄の開示を避ける利益」であり、もうひとつは「ある種の重要な決定を独立しておこなう利益」であると述べていることはよく知られている。See, *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 598-600 (1977).
- 57) 棟居快行「自己決定権概念の再検討」受験新報539号28頁(1996年)、松井・前掲註(55)など参照。また参照、棟居快行「幸福追求権について」ジュリスト1089号179頁(1996年)。
- 58) 佐藤・前掲書註(8) 151頁。なお、「自己決定権」が「自由」一般に還元できない独自の意味をもつことを妊娠中絶の自由を題材に論じるものとして、蟻川恒正「自己決定権」高橋和之=大石眞編『憲法の争点』(有斐閣、第三版、1999年) 74頁を参照。
- 59) 小泉・前掲書註(16) 35頁。小泉はアイデンティティの政治の文脈でこれを整理する。

長谷部恭男がいう「切り札としての人權」は13条前段の「個人の尊重」により保障される権利だとされるが、人權総論レベルで「自己決定権」論をいわば純化して、個別的権利としての自己決定権という問題設定を避けるものともいえる。各人の多様な譲れないものを実現する自由は他者の権利自由とすぐに衝突し、「切り札」としての人權ではありえない。〈何について〉という対象ではなくて、むしろ国家権力行使の「理由」に着目すべきであり、「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もとづいて否定され、干渉されるとき」、「個人の人格の根源的な平等性」が侵害されている、と⁶⁰⁾。この議論は自律の論理の真骨頂ともいえ、たしかに、そのような理由での干渉は個人を対等な自律的存在として扱わないものだと考えられる。ただ、具体的な場合に「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」⁶¹⁾だと評価できるかはかなり難しいことがあり、そのため個別的権利を類型化する作業を重視するのが人格的利益説（あるいは伝統的な法学）であろう。また、日本国憲法が自律的個人らの相互承認としてのリベラリズムの思想をどこまで理論的に純粹に採用しているか（純粹なりベラリズム理論というものもよくわからないが）という問題もあり、たとえば死刑やナショナルなものの問題のほか、いわゆる生命倫理の諸問題はリベラリズムの思想に疑問を提起しているところがある⁶²⁾。

今日では、人格的利益説からも、「『自己決定権』は、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。」との見解も提出されている⁶³⁾。筆者も、「自己決定権」には多様なものが含まれており、個人の自律性の理念として

60) 長谷部・前掲書註(42)『憲法の理性』79頁。同「個人の尊厳」同『憲法の論理』(有斐閣、2017年)53頁参照。

61) 長谷部・前掲書註(52)162頁。

62) 拙稿「憲法学と生命倫理」公法研究73号171頁(2011年)参照。

63) 長谷部編・前掲書註(17)137頁[土井]。

はともかく、13条後段により保障される個別的権利類型としては分解整理して考察した方が権利内容の理解に資すると考えて研究を進めてきた（本稿では、生命・身体に対する権利、デュープロセスの権利（人として扱われる権利）、リプロダクションに関する権利についてすでに触れた）。ただ、アメリカ流のプライバシーの観念が有している、個人の生をある一定の枠の中にとどめて逸脱を制御し標準化しようとする公権力のパターンリスティックないし設計主義的な干渉に抗する自由の——あまり対立的に捉えなくともよいと思うのだが、自律・尊厳とはやや異なり諸個人の個別性や多様性を重視する⁶⁴⁾——イメージもなお捨てがたく、(総称的なものになる可能性もあるが) 個別的権利としての「自己決定権」の概念を断念するには至っていない⁶⁵⁾。

4 私生活上の自由

竹中勲は、自己決定権の保障対象たりうる「個人的事柄」の内容について、「①承認を求めて主張されている当該『自己決定の自由』は、他者の干渉が許されない『私的生活領域』とされてきたものにどの程度において近接したものかという要素」および「②当該『自己決定の自由』は、各個人が自己の人生に対して支配可能性を及ぼそうとする場合、また試行錯誤を通して自己とは何かを確認し、自己の人生をつくりあげようとする場合、各個人としてどこまで〈ゆずれないもの〉をとらえうるかという要素」を考慮して判定することになるだろうと述べる⁶⁶⁾。しかし、両要素は、関連しつつもかなりの

64) 個人の尊重と人間の尊厳の異同について、押久保倫夫「『個人の尊重』の意義—ドイツにおける『人間像』論を検討して」時岡弘先生古稀記念論文集刊行会編『人権と憲法裁判』（成文堂、1992年）33頁、根森健「人権としての個人の尊厳」法学教室175号52頁（1995年）、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）第1章参照。

65) 参照、阿部純子「プライバシー理論の新展開—Lawrence v. Texasにおけるliberty概念を中心として」中央大学大学院研究年報37号27頁（2007年）。また、小泉・前掲書註（16）69頁以下は、ルーベンフェルドがアメリカのプライバシーの権利について論じた「反=全体主義（totalitarianism）原理」と人格的自律権論の「自己決定権」に接点を見出している。See, Jed Rubenfeld, *The Right to Privacy*, 102 Harv. L. Rev. 737 (1989) (J・ルーベンフェルド [後藤光男ほか訳]『プライバシーの権利』（敬文堂、1997年））。

66) 竹中・前掲書註（17）13頁。

違いがある⁶⁷⁾。本稿はここまで主として②の要素について検討してきたのだが、他方で、①の要素から「自己決定権」を探究していくこともできるように思われる。

日本の最高裁判所の判例には憲法上の「自己決定権」の保障を認めたものが見当たらないが、憲法13条が国民の「私生活上の自由」を保障することは認められている⁶⁸⁾。最高裁判所が「私生活上の自由」の保障を認めているのは情報プライバシー権の分野であり、自己決定権分野の権利が含まれるのかは明らかでない。ただ、「私生活上の自由」の保障に、情報プライバシー権の分野だけでなく、自己決定権の分野の権利が含まれてもおかしくはないように思われる。とくに家族の形成・維持にかかわる自由は、個人の親密な関係性にかかわるものとして「私生活上の自由」に含まれることがふさわしい。

日本国憲法は、個人の生活には、他の国民とともに国家の運営に参画する政治的関係、市場経済その他の市民社会構成員の間の経済的・社会的関係のほか、それらとは別に個人的な私生活関係および個人の内心の領域があることを認めていると解される。そして、住居の不可侵や、通信の秘密を含む情報プライバシーの保護とならんで、個人にとって家族生活が保護されるべき私生活の中核部分にあることは広く認められている⁶⁹⁾。家族は、伝統的な「私生活領域」といえよう。自己決定権で保護される「個人的事柄」としてよく挙げられる家族の形成・維持にかかわる自由は、「私生活上の自由」に含まれると解することができる⁷⁰⁾。

67) 参照、蟻川恒正「自己決定権の『思想』をさぐる」『AERA Mook 憲法がわかる。』（朝日新聞社、2000年）97頁。

68) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（京都府学連事件）、最三判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁（指紋押捺事件）、最一判平成20年3月6日民集62巻3号665頁（住基ネット事件）参照。なお、最三判平成2年6月5日集民160号135頁（シートベルト事件）は、「私生活上の自由」に言及があるが、上告理由に答えたただけであり、この権利の保障を認めたものとは断定できないだろう。

69) ヨーロッパ流のものだろうが、国際自由権規約17条、欧州人権条約8条参照。

70) 高井・前掲註（48）397頁は、1988年時点で、アメリカの判例におけるプライバシーの権利

広義のプライバシーの権利は複合的な内容を有しているが、その中核には、個人の存在と自律性の基盤としての親密な関係性の保護があるように思われる。佐藤が、情報プライバシー権について、「人間にとって最も基本的な、愛、友情および信頼の関係にとって不可欠の生活環境の充足という意味で（フリード）、まさしく『幸福追求権』の一部を構成するにふさわしい」⁷¹⁾と述べることはよく知られる。プライバシーの観念は、個人を中心に、信頼できる親密な関係の人々と安心して過ごし、その関わりの中で自己を解釈・形成することのできる個人の「居場所」が維持展開できるように、そのような領域への公権力の侵入を排除するものだといえるのではないか。もちろん、伝統的な近代立憲主義の家長個人主義な公私区分は日本国憲法においては再編されている。すなわち、「個人の尊厳と両性の本質的平等」（憲法24条）を基礎にして親密な人間関係の憲法的規律は構成される。それでも、個人の私生活の中核部分に家族生活があり、その自由が憲法上保護されることは認められよう。

筆者は、別稿において⁷²⁾、憲法13条後段が「親密な人的結合の自由」を保障することを論じた。詳細はそちらに譲るが、親密な人的結合の自由は、個人が特定の他者と共同生活や親密な性愛関係その他親密な関係性に入る／入らない・維持する／離脱する選択及びその中にいる状態や、親密な関係性のいとなみ方（とりわけコミュニケーション過程）などに対する国家の干渉を原則として排除することを内容とする。ここで「家族」の概念を用いないのは、「家族」が社会の多数派のイメージによって規定されがちであり、人的結合（association：結社）という思考が個人を基点に置く憲法に実に適合的

に含まれる人格的自律権について、その「中心をなすのは、子どもの養育・教育、断種、避妊、墮胎、結婚、家族構成の自由などに関わるものであり、広い意味での『リプロダクション』における選択の自由を保障したものとみることができよう。」という。

71) 佐藤・前掲書註(3)182頁。佐藤・前掲書(5)270頁以下参照。また参照、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）115頁以下。なお、佐藤は、日本国憲法の解釈としてプライバシー権を自己情報コントロール権として捉えており、最狭義の自己決定権をプライバシーと切断することは先に触れたとおりである。

72) 拙稿「家族と憲法：何が憲法上の問題となるのか」比較憲法学研究31号97頁（2019年）。

だと考えるからである。13条は個人の多様性に応じて多様な関係性が自由に展開されることを認めており、そこで自由が保障される親密な関係性は、24条にもとづいて形成される家族制度により捉えられるものに限らない。24条は国家が定める家族制度に根拠を与える基本権規定であるが、13条の親密な人的結合の自由は、国家が設ける家族制度とは別に自生的に親密な人間関係がいつともなまれることを想定しており、さしあたり法制度を前提としない前国家的な自由である。このような親密な人的結合の自由は、判例がいう「私生活上の自由」に含まれるものだと解することが適切である。

親密な人的結合の自由を権利類型のひとつとして見出すことは、またひとつ「自己決定権」を分解することになる。「自己決定権」は、問題発見のための枠組みとして捉えた方がよいのかもしれない。もともと佐藤が最狭義の自己決定権について「〇〇にかかわる事柄」という言い方をしていたのは、(権利類型というよりも) 個人の人格的自律にかかわる問題が提起されている分野というぐらいの意味にも理解することも可能だが、そうだとすれば「自己決定権」の一部が個別の他の権利類型に動的に解消されることは予定されているともいえよう。

5 情報プライバシー権

ここで情報プライバシー権についてもすこし触れておきたい。判例は、学説が情報プライバシー権として整理する一定の権利が、憲法13条が保障する「私生活上の自由」に含まれて保護されることを認めている。そして、情報プライバシー権を自己情報コントロール権として理解する学説が通説であり、判例も総合してみれば、基本的に自己情報コントロール権説に沿って、公権力による個人に関する情報の収集・保持利用・第三者開示等の過程における個別の権利を認めるものだと解されている。この権利が単なる消極的権利としてだけでなく、自己情報をコントロールする請求権的側面(ただし、削除請求や訂正請求は消極的権利についての救済方法として捉えるべきものだろう)や、個人の情報を適切に保護するための制度的措置を求めるもので

あることも広く認められている。これらを主観的権利の問題として考えるのか客観法の問題として考えるのかなどを含め、学説上議論は活発であるが⁷³⁾、本稿はあまり深く立ち入ることができない。

ひとつ本稿の観点から指摘しておきたいのは、本人の自己情報に対するコントロール（選択ないし自己決定）が情報プライバシー権の本来的な内実であるわけではないだろうということである。本人のコントロールはいわば手段であって⁷⁴⁾、権利の内実は基本的には状態の保護にある。古典的なプライバシー権は状態の保護を内実とする人格権だろう（もちろん他者に開示する決定もできる）が、自己情報コントロール権説以後の今日においても、やはり状態の保護が権利の内実であり、そのためにシステム構造などに関する制度的措置も求められる。そう考えないと、判断能力が不十分な個人のプライバシー権の保護について困難をきたすことにもなる。佐藤の自己情報コントロール権説⁷⁵⁾は個人の選択を重視するのであるが、もともと、プライバシーと呼ばれる個人の人格的自律にかかわる一定の状態⁷⁶⁾をデータ社会において確保するためには、古典的な私法＝司法上の保護だけでなく、そのための立法による制度デザイン（「プライバシー保護法」「公法的側面」）が不可欠であるとの認識から権利内容を組み立てていく理論であるといえる。その制度の内容は扱われる情報の性質や利用目的、技術・社会のあり方等に依じて変わってくるはずであり、したがって本人のコントロールに限らず（形式的に本人の同意さえあれば個人に関する情報をどのように扱ってもよいことにはならないことは明らかであろう）、その状態の実現のための制度について立法による具体化を予定する「抽象的権利」として構想されたと解され

73) 文献は多いが、浅野有紀「プライバシーの権利における公法と私法の区分の意義」初宿正典ほか編『民主権と法の支配（下巻）』（成文堂、2008年）179頁、稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』（弘文堂、2017年）、長谷部恭男「絆としてのプライバシー」長谷部・前掲書註（60）『憲法の論理』105頁、山本龍彦「自己情報コントロール権について」憲法研究4号43頁（2019年）参照。

74) 曾我部真裕「自己情報コントロールは基本権か？」憲法研究3号71頁（2018年）参照。

75) 佐藤・前掲書註（5）259頁以下参照。

76) 同書450頁以下参照。

る。実に、制度を必要とする積極的権利としての「自己決定権」の一種なのである。

その確保すべき状態とはいったい何なのかを記述するのはかなり難しい(さまざまな学説があるのは周知のとおりである)。だから、外形的な行為で権利内容を記述しようとするのだと思われる⁷⁷⁾。古典的なプライバシー権であれば、たとえば公共の関心から除外されるべき個人的な情報を国家・第三者に知られないこととして、状態を外形的にも捉えられたが、今日ではさらにその奥にあるものをつかまえないならぬ。筆者は、情報プライバシー権は、現在でも古典的なプライバシー権を基礎としてその延長上に構想すべきだと考えており、やはり(山本龍彦が佐藤幸治に対して批判的に言及する)他者との『愛、友情および信頼の関係』の形成を目的とする……ウェットなもの⁷⁸⁾を中核にしていると考えている。前項で「個人の『居場所』」と述べたのだが、住居等の不可侵(35条)が物理的な私的空間を保護するものであるのに対し、情報プライバシー権は、他者とさまざまな関係を有する個人が安心して生活できる情報的な関係性の中にあることができることを確保するものではなからうか。

「安心、安全」は監視やプロファイリングにも結び付きうるのであって、まだまだプライバシー権が保護する状態の記述として足りず、人格的自律の存在としてあり続けること(これでは茫漠としているが)やデータによる選別からの自由などの点を加えなければならぬだろう。そう考えると、佐藤が人格的自律権論の観点から自己情報のコントロールを強調したことはよく理解でき、個人の主体性をもった参加(自己決定)の要素は決しておろそかにはできない。

また、情報プライバシー権(自己情報コントロール権)は、私生活の保護というもともとの意義を超えて、個人の公的生活における地位(このあと述べる社会関係的な人格権の問題)とも関係して発展しており、複雑な内容の

77) 長谷部編・前掲書註(17)121-122頁[土井]参照。

78) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社、2017年)6頁。

ものになっている。これは「ウェットなもの」とはまた別の中核があるということであろう。別の権利類型として整理することも考えられるが⁷⁹⁾、今日、個人の自己情報に関する権利が広くプライバシー権と呼ばれているところ、個人の私生活上の自由と公的生活における地位をあまり分離・対立させずに、「プライバシー」として位置づける判例を活かしていくことがさしあたり適切であろう。

なお、広い意味のプライバシーには、静穏のプライバシーと呼ばれる人格的利益が含まれるが、ここでは論じることができない。個人が生活の静穏・平穏について有する利益はしばしば表現の自由などと対立し、公私区別のしかたが争われることになる⁸⁰⁾。

6 社会関係的な人格権

憲法13条後段が保障する権利には、社会関係的な人格権（ないし人格的利益）と呼びうるものが含まれる。「私生活上の自由」ないしプライバシー権が（元来は）個人の私的領域を保護するものであるのに対し、社会関係的な人格権は、個人の公的生活（政治的・経済的・社会的関係）における地位ないし利益を保護するものである（ただし、参政権は別に類型化すべきものであろう）。個人は社会の中で生活し、その関係性の中で自己を解釈しアイデンティティを形成するものである。それは人間の生活の重要な部分であるから、公的生活における地位には憲法上の権利として保護されるものがある。

このタイプの人権として伝統的なものは、名誉権である。名誉権は、個人の社会的評価を保護するが、名誉権の公権力による侵害が憲法上の権利の

79) 小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト1号118頁（2012年）、土井真一「国家による個人の把握と憲法理論」公法研究75号1頁（2013年）参照。私生活上の自由と尊厳の対比については、宮下紘「プライバシー権の復権—自由と尊厳の衝突」（中央大学出版部、2015年）、山本龍彦「国家的『名誉毀損』と憲法一三条」判例時報2344号217頁（2017年）参照。

80) 参照、最三判昭和63年12月20日判時1302号94頁（車内広告放送事件）、最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁（自衛官合祀事件）、最二判平成21年11月30日刑集63巻9号1765頁（葛飾ビラ配布事件）など。

問題として論じられることは少ない。公権力による名誉毀損が問題となったいくつかの事例が知られているが⁸¹⁾、いずれも国家賠償法上の問題として処理されている。なお、先にも示唆したように、プライバシー権が自己情報コントロール権として理解され、いわゆるプライバシー情報に限らずパーソナルデータ一般をも保護するものとして展開してくると、名誉毀損とプライバシー侵害の区別が曖昧となる（あるいは重なるものになる）ことはたしかである⁸²⁾。

裁判例で認められた権利利益のうち、名誉権のほかに憲法上の社会関係的な人格権（ないし人格的利益）の例として挙げうるものとして、氏名に関する権利利益⁸³⁾や民族固有の文化を享有する権利⁸⁴⁾などがある。また、ジェンダーアイデンティティに関する権利や著作者人格権（これが憲法上の権利といえるのかについては慎重な検討が必要だろうが）の一部も社会関係的な人格権の一種として捉えることができよう。これらは、社会におけるマイノリティの地位にかかわるものも多く、社会関係の中における自己解釈ないし自己定義に関するものが多いともいえるだろう。

これは、社会関係的な人格権はいわゆるシチズンシップを保護しており、個人の有する差異の社会的な「承認」の問題とかかわっていることを示唆しているかもしれない。また、同性婚に関するアメリカ連邦最高裁の

81) 最三判平成22年4月27日判自333号22頁（校長自死事件調査報告書公表事件）、最三判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁（病院長自殺事件）、最三判平成6年6月21日判時1502号96頁（町議会議員辞職勧告決議事件）や、信用毀損の問題であるが、東京高判平成15年5月21日高民集56巻2号4頁（O-157調査公表事件）など。

82) 長谷部編・前掲書註（13）122頁〔土井〕参照。また、情報プライバシー権が（その是非はともかく）自己像の同一性に対する利益や社会生活上のイメージを保護する面を有していることも知られている。参照、棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）173頁以下、曾我部真裕『自己像の同一性に対する権利』について』法学論叢167巻6号1頁（2010年）。

83) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁（夫婦同氏制事件）参照。なお、最三判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁（NHK日本語読み訴訟）は「氏名を正確に呼称される利益」を不法行為法上保護された利益として認める。

84) 札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁（二風谷ダム事件）参照。

Obergefell 事件判決などを参考に「個人の尊厳」の問題として検討する議論もある⁸⁵⁾。まだ検討を先延ばしにしたいが、やはり「尊厳」の概念を検討する必要がある(人として扱われる権利との関係いかに)とともに、憲法14条の平等に関する議論では、いわゆるスティグマ・国家の差別的メッセージに関する議論が活発であり、それとの関係も検討する必要があるだろう。

国家・社会におけるシチズンシップなどとは別に個人がまず存在し、個人の私的領域があるはずである。近代立憲主義は公私を区分するのであり(24条はその再編を示唆する)、個人の私的領域を保護する権利と公的領域における社会関係的人格権・平等権・政治的権利は、区別しにくいところがあるにしても、両者それぞれに意味がある異なるタイプの権利であると解される。ただ、それらは相互に関連しており、だからたとえば情報プライバシー権や表現の自由はひとつにまとめて類型化される。「わたし」の自己決定と「われら」の自己決定は、緊張関係があるとともに、相互に支えあう。他者との関係があって自己があるだろうし、私事・私的領域は他者と何もかわらないから権利が保護されるのではなく、権利はその事項についての権能を公共的に承認するところに意味がある。たとえば親が子を育てる自由が私生活上の自由の一部(親密な人的結合の自由)として認められることは、民主主義社会の基礎としての価値を有し、とくに民族的宗教的マイノリティの文化伝承にとって重要だろう。髪型や服装の自由は、公的領域における多様な民族的宗教的文化的承認とも関係しているだろう。権能を承認する「事項」をどのように個別的権利として類型化するか、何を私的／公的なものだと位置づけるべきかが憲法解釈論上の問題である。そして、どのように権利を類型化するのが適切であるのかは、社会における憲法上の「権利」の機能・メッセージをどう理解するのかにもかわる。たとえば本稿が「死ぬ権利」は憲法上の権利類型として認められないというのはそのようなことである。

85) 山本・前掲註(79)論文、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(一)～(三完)―Obergefell v. Hodges 事件判決における『対等な尊厳』と『婚姻』概念をめぐる』法学論叢 183巻1号91頁、4号100頁、185巻1号38頁(2018-19年)など。

四 おわりに

熊本ハンセン病事件熊本地裁判決⁸⁶⁾は、「ハンセン病患者の隔離は、……人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである。このような人権制限の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である。」と述べた。佐藤幸治は、「通常は個別的基本的人権の次元で事は処理されるが、その人権侵害があまりに重大かつ深刻なときは、『基幹的人格の自律権』の否定、さらには公権力の適正な行使のあり方そのものに悖るものとして、強い非難の根拠となる」⁸⁷⁾と述べて、この事案を参照させる。佐藤は、基幹的人格の自律権の意味のひとつをこのような点に見出している。個別的权利のカテゴリにこだわると把握できないものがあるということであろう。

本稿は13条後段が保障する権利の一部しか扱えていないが、扱ったおもな権利である、生命・身体に対する権利／人として扱われる権利／一般的行為自由／私生活上の自由／社会関係的な人格権は、それぞれ独自の意義をもちつつ相互に関連して個人の integrity = 「その人がその人であること」を確保しようとするものである。個別的权利の類型化にあまりにこだわると重要なことを見落とす危険があるが、他方で、憲法上の個別的权利の類型化は解釈論上必要なものであり、その言葉づかいはとくに憲法学の外部に対して大きな影響があることにも注意しなくてはならない。

選択（決定）を内実とする権利と選択を内実としない（状態を内実とする）権利の区別は相対的なものであろう。どちらともいいうることもありえ、選択（決定）を記述した方が比較的明確に権利内容を記述できることが多いの

86) 熊本地判平成13年5月11日判時1748号30頁。

87) 佐藤・前掲書註(3)176頁。

に対し、状態による権利内容の記述は（生命・身体は比較的明確であるにしても）不明確なものになりがちで、どのような行為が侵害ないし違法（違憲）と評価されるのかについての有用性が低くなりやすい。そのため選択（決定）を捉えて権利が示されることが多いのだと思われる（もちろん、自律・意思という近代法的イデオロギーの強さもあるだろう）。それでも、選択によらずに個人に確保されるべきものがあるのではないか。また、判断能力がないとされると選択（決定）の権利は消えてしまう。選択にまったく依存した権利でない限りは、選択がなされないデフォルトの状態について考えておくことが必要であり、状態／選択のいずれが当該権利の基本的な内実であるのかについて考察することは意味のあることであるように思われる。個人の自律性の保障の重要性はいうまでもないが、本人の状態に関する利益を他者が考えるパターンリズムの実体的・手続的規律についても憲法学は考察する必要があるだろう。

「自己決定権」は多義的であり、分析が必要であることだけはたしかであろう。本稿の説明は不十分で理解に苦しまれることをおそれるが、ご批判いただければありがたい。

* 本研究は JSPS 科研費 JP16K03306, JP18H03615 の助成を受けた。