

自己決定権の論点

— アメリカにおける議論を手がかりとして

巻 美矢紀

(本稿は、政治議会課憲法室が執筆を委託したものである。)

目 次

はじめに	IV 「基本的権利」と区別される「自由」の意味
I アメリカにおける判例の展開	1 ローレンス判決の意義
1 プライバシー権の承認	2 ドイツの議論との比較
2 実体的デュー・プロセス理論	V 日本の議論
3 中絶の自由	1 「明文なき権利」の承認
4 同性愛の自由	2 幸福追求権の性格と自己決定権の保障範囲
5 尊厳死・安楽死	3 国家権力の限界
II 「明文なき権利」の承認に関する問題	VI 日本における具体的問題の検討 — 裁判例を 中心に
1 民主的正当性と憲法解釈方法論	1 輸血拒否
2 消極論	2 尊厳死・安楽死
3 積極論	3 ライフスタイルに関する決定
III 自己決定権独自の問題	4 少子化対策への示唆 — リプロダクション、 同性愛、財政支援
1 自己決定権の意義	おわりに
2 手続的規制	
3 自己決定の条件	

はじめに

自己決定という概念は、近年、規制緩和などの政治的文脈において自己責任とセットで語られることが多いが、憲法学においては既に1980年代に議論されていた。

自己決定権⁽¹⁾は日本国憲法において明文で定められていない。しかし、ほとんどの学説が、自己決定権は日本国憲法の解釈によって認められるとしている。もっとも、自己決定権の性格及び保障範囲をめぐる争いがあり、それらと密接に関連する定義自体についても争いがある。

ここではとりあえず、自己決定権を「一定の私的事柄について自分で決定する権利」として、議論を進めることにしたい。

自己決定権に関する議論の先進国といえるのが、アメリカ合衆国である。アメリカにおいても自己決定権は連邦憲法の明文で定められていない。しかし1973年、連邦最高裁判所は、自己決定権の典型と解されている人工妊娠中絶の自由を、連邦憲法上の権利として承認した(ロウ判決)⁽²⁾。この判決は現在に至るまで、カトリック勢力を中心とする中絶反対派によって激しく批判されており、反対派の中には、中絶クリニッ

(1) 自己決定権の概要については、山田卓生『私事と自己決定』日本評論社、1987 参照。また日本の憲法学における自己決定権の議論について、竹中勲「自己決定権の意義」『公法研究』58巻、1996、p.28 以下等参照。

クの前で過激な抗議行動をとったり、さらに中絶賛成派の医師を殺害するテロ行為に出たりする者さえいる。中絶の自由はアメリカを二分する社会的な大問題であり、それは政治問題に転化され、反対派を支持母体とする共和党と、賛成派を支持母体とする民主党の対立として、大統領選挙の一大争点になっている。共和党はロウ判決を覆すべく、憲法改正など様々な政治的企てを試みているが、すべて失敗に終わっている。中でも注目すべき試みが、連邦最高裁判所の判事構成の変化による判例変更の企てである。しかし、レーガン大統領以来、共和党の大統領は中絶反対派を連邦最高裁判事に指名しているにもかかわらず、後述のとおり、いまだにロウ判決は維持されている。

このようにアメリカでは中絶の自由を中心に、自己決定権が社会的にも政治的にも大問題となっていることから、アカデミズムにおいても、憲法学にとどまらず、政治哲学や法哲学などで、自己決定権をめぐる基礎理論が展開されている。したがって、アメリカの議論を考察することは、単なる比較法的考察の意味を超えて、自己決定権の問題の所在を明らかにするのに大いに役立つ。実際、自己決定権に関する日本の有力説である人格的利益説は、こうしたアメリカの議論、具体的には判例理論やとりわけアングロサクソンの道徳・政治哲学に影響を受けているものと思われる。そこで、日本の議論について検討する前に、アメリカの議論を考察することにした⁽³⁾。

I アメリカにおける判例の展開

1 プライバシー権の承認

(1) 私法上の権利から憲法上の権利へ

アメリカにおいては、自己決定権に相当する自由は、プライバシー権として承認されている。

そもそもプライバシー権は19世紀末、マスメディアの発達を背景に、私人間に適用される私法上の権利として発展したもので、「ひとりて放っておいてもらう権利 (right to be let alone)」と定義された。その後プライバシー権は、明文はないものの、連邦憲法上の権利、すなわち公権力に対して主張しうる権利として、連邦最高裁判所により承認されるのである。プライバシー権は、その名の下に一般的にイメージされる情報コントロール権と、本稿の主題である自己決定権に区別される⁽⁴⁾。

(2) 避妊の自由 — グリズウォルド判決

連邦最高裁判所がプライバシー権を連邦憲法上の権利としてはじめて承認したのが、1965年のグリズウォルド判決⁽⁵⁾である。コネティカット州では、いわゆるコムストック法⁽⁶⁾の一つとして、避妊が犯罪とされていた。本件は、計画出産連盟常務理事グリズウォルド医師らが出産予防センターを開き、既婚者に避妊方法を助言し料金をとったことが、妊娠予防方法使用罪の教唆として起訴された事件である。連邦最高裁判所は7対2で当該州法を、プライバシー権を侵害するものとして違憲と判断したのである。

(2) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). 邦語解説として、高橋一修「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利 (1)」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選 第3版』(別冊ジュリスト139)有斐閣, 1996 (以下、『英米判例百選』と略記する), p.82 以下。

(3) アメリカの議論については、松井茂記『アメリカ憲法入門 第5版』有斐閣, 2004, p.265 以下参照。

(4) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣, 1994, pp.355-356, 391. 1977年のワーレン判決において、広義のプライバシー権は、これら二つの利益に区別されると判示された。Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

(5) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(6) プロテスタントの道徳改革家アンソニー・コムストック (1844~1915) による、わいせつ取り締まり法のこと。性行為はあくまで子どもをつくるためのものであり、それ以外の目的での性行為はわいせつと考えられた。

こうしてプライバシー権が承認されるが、この時点ではそれは自己決定というより、むしろ内密の事柄に捜査が及ぶことを禁止するものであるとの解釈が有力であった。このような解釈は、法廷意見の次の判示、「避妊具の使用を調べるために、警察官がベッドルームを捜査することは許されない」という判示に着目するものである。

またプライバシー権の根拠としてダグラス判事らの多数意見が提示したものは、実にまわりくどいものであった。

(3) プライバシー権の根拠

ダグラス判事はプライバシー権の根拠を、連邦憲法の諸規定、具体的には、修正第1条（結社の自由）、修正第3条（住居の不可侵）、修正第4条（不当な捜索の禁止）、修正第5条（自己負罪拒否特権）、修正第9条（明文なき権利の留保）から投影された「半影（penumbra）」なるものに求めた。これに対し補足意見は、プライバシー権の根拠を、端的に一つの条文に求めるべきことを主張し、そのような条文として、修正第9条あるいは修正第14条が提示された。

修正第9条は、「この憲法における一定の権利の列挙は、人民によって保持されている他の権利を否定したり軽視したりするものと解釈されてはならない」と規定するものであり、文言としては「明文なき権利」の根拠にふさわしいが、伝統的な解釈によれば、修正第9条は法的に意味のない倫理的規定とされてきた。

他方、修正第14条はかつて連邦最高裁判所が「明文なき権利」の根拠として実際に援用したものであり、その手法は「実体的デュー・プロセス理論」と称される。

2 実体的デュー・プロセス理論

(1) 修正第14条の「自由」

修正第14条は、「いかなる州も、人から法のデュー・プロセスによらずして生命、自由、もしくは財産を剥奪してはならない」と規定している。修正第14条は文言からして手続的デュー・プロセス、すなわち適正手続を保障したものである。もともとイギリスにおいてデュー・プロセスは、王の恣意的支配からの保障と解されたことから、修正第14条は実体的デュー・プロセスをも保障するものと解された。このように修正第14条の「自由」に実体的権利を読み込み、「明文なき権利」を保障する実体的デュー・プロセス理論は、20世紀はじめ、連邦最高裁判所により用いられるようになった⁽⁷⁾。

しかし、こうした実績があるにもかかわらず、グリズウォルド判決の多数意見が、実体的デュー・プロセス理論を回避し、あえてまわりくどい半影理論を提示したのはなぜであろうか。実体的デュー・プロセス理論は、今日のロウ判決をめぐる政治状況より危機的な状況を惹起したため、その後封印されていたからである。

(2) ロックナー判決

連邦最高裁判所が実体的デュー・プロセス理論により、「明文なき権利」をはじめて承認したのが、1905年のロックナー判決⁽⁸⁾である。この判決において連邦最高裁判所は、パン製造工場労働者の労働時間の上限を定めるニューヨーク州法を、修正第14条の「自由」に含まれる契約の自由を侵害するものとして違憲と判断した。ロックナー判決以降、社会経済的弱者保護のための社会経済立法は、契約の自由を侵害するものとして次々に違憲と判断される。

さらに、第一次世界大戦後の世界恐慌に対す

(7) 田中英夫『デュー・プロセス』（英米法研究 2）東京大学出版会、1987 参照。

(8) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). 邦語解説として、宮川成雄「経済的自由とデュー・プロセス条項 (1)」『英米判例百選』p.74 以下。

る経済復興策として、ルーズベルト大統領主導の下に制定されたニュー・ディール革新立法もまた、契約の自由を侵害するとして、連邦最高裁判所により違憲と判断される。これに対しルーズベルト大統領は、「裁判所封じ込め案 (Court packing)」を提示して対抗しようとする。すなわち、連邦最高裁判事を増員して、ニュー・ディール賛成派の判事を送り込み、判事の構成を変えて、判例変更により違憲判決を覆そうとしたのである。しかし、ルーズベルト大統領の圧倒的な再選を背景に、連邦最高裁判所は1937年のウェスト・コースト・ホテル会社判決⁽⁹⁾において判例変更したため、「法の支配」の危機は回避される。

当時、ニュー・ディール政策を支持するリベラル派は、実体的デュー・プロセス理論を、裁判官の権利の創造により民主的立法を違憲無効として覆す、反民主的なものと批判した。こうした経緯から、リベラル派のダグラス判事はグリズウォルド判決において、実体的デュー・プロセス理論の復活を嫌ったものと思われる⁽¹⁰⁾。

しかしその後、中絶の自由を承認した1973年のロウ判決において、連邦最高裁判所は実体的デュー・プロセス理論を復活させ、この判決以降、「明文なき権利」、とりわけ自己決定権に相当するプライバシー権の承認は、実体的デュー・プロセス理論に依拠することになる⁽¹¹⁾。

それでは、中絶の自由をはじめとする、自己決定権に関するアメリカの判例の展開を概観することにしたい。

3 中絶の自由

(1) 中絶の自由の承認 — ロウ判決

グリズウォルド判決は、避妊の自由を既婚者に承認したものであるが、その後1972年のアイゼンシュタット判決⁽¹²⁾において、避妊の自由を既婚者に限定することは修正第14条の平等保護条項に反するとして、避妊の自由は未婚者にも承認される。ここにおいて、子どもを産むかどうかの自由、すなわちリプロダクション (生殖) に関する自己決定が承認されたとの解釈が有力となり、中絶の自由の承認への道が切り開かれる。

そして1973年のロウ判決において連邦最高裁判所は、連邦憲法に明文のない中絶の自由を、実体的デュー・プロセス理論により承認する⁽¹³⁾。テキサス州では、厳格なカトリックの教義を背景に、母体保護を目的とする中絶を除いて一切の中絶が禁止され、強姦による妊娠であっても中絶が禁止されていた。そこで、妊婦ロウ (仮名) らがクラスアクション (集合代表訴訟) を提起して、当該州法の違憲無効の宣言判決と執行停止を求めた。

連邦最高裁判所は中絶の自由を、修正第14条によって保障される「基本的権利 (fundamental rights)」であるプライバシー権として承認し、基本的権利の規制に適用される「厳格審査 (strict scrutiny)」⁽¹⁴⁾ を用いて、当該州法を違憲と判断したのである。

ロウ判決は、中絶規制の可否について医学的

(9) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). 邦語解説として、畑博行「Lochner時代の終焉」『英米判例百選』p.80以下。

(10) 芦部信喜「科学技術の発展と人権論の課題」『人権と憲法訴訟』有斐閣, 1995, p.87.

(11) 「明文なき権利」の根拠として、修正第14条の平等保護条項も使用される。例えば、居住移転の自由は、連邦憲法に明文はないものの、修正第14条の平等保護条項により「基本的権利」として承認されている。Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

(12) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

(13) リプロダクションに関する自己決定の先例として、1942年のスキナー判決がしばしば引用される。この判決は、窃盗などの常習犯罪者に対して断種を強制するオクラホマ州法を、基本的権利を侵害するものとして違憲と判断した。Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

見地から妊娠期間を三区区分して検討するなど、後の判決で破棄される部分もあるが、中絶の自由を実体的デュー・プロセス理論により、憲法上の権利として承認した意義はきわめて大きい。

(2) 中絶の自由の再確認 — ケイシー判決

ロウ判決後も、複数の州で中絶規制法が制定され、1980年代以降、連邦最高裁判所は、中絶を手続的にはあるが広範に規制する州法を合憲と判断するようになる。また中絶反対派が共和党大統領により連邦最高裁判事として次々に送り込まれる中、ロウ判決はいずれ覆されるのではないかとの予測が広まる。

しかし1992年のケイシー判決⁽¹⁵⁾において連邦最高裁判所は、ロウ判決の妊娠期三区区分を放棄し、「基本的権利」には言及しないものの、先例拘束性を強調して、ロウ判決の核心である中絶の自由の憲法上の権利性を再確認し、手続的制約の一つである夫への通知要件を、中絶の自由を侵害するとして違憲と判断した。さらに、この判決は後述するように、中絶の自由の意義を明らかにして、中絶の自由の論拠を強化した点でも注目に値する⁽¹⁶⁾。

以上のように、連邦最高裁判所は中絶の自由を、明文はないものの、連邦憲法上のプライバシー権として承認している。次に、中絶の自由と同様、明文がないものの、プライバシー権として保障されるかどうかをめぐり、社会的・政治的に注目されてきた、同性愛の自由に関する

判決を紹介することにしたい。

4 同性愛の自由

(1) 同性愛の自由の否定 — バウアーズ判決

アメリカでは、同性愛は中絶と同様、カトリックの教義に反するとして、同性愛者間に典型的なソドミー行為を犯罪として規定する州が多かった。このようなソドミー行為禁止法の合憲性が争われたのが、1986年のバウアーズ判決⁽¹⁷⁾である。この判決において連邦最高裁判所は5対4の僅差で当該州法を合憲と判断した。

ホワイト判事の法廷意見は、「基本的権利の理論」、すなわち連邦憲法の基本的権利は「わが国の歴史と伝統に深く根ざした」ものでなければならぬとの判例理論に立脚し、ソドミー行為処罰の歴史を示して、同性愛の自由は基本的権利ではないと結論した。

この判決において、「基本的権利の理論」の承認基準としての不明確さが明らかにされた。問題となる自由の定式化のレベル — 具体的な「同性愛の行為」として定式化するか、あるいは抽象的な「自律」として定式化するか — によって、結論が左右されるのである。

バウアーズ判決は5対4という数字に表れているように、もともときわどい判決であり、法廷意見に賛成した判事の中には、退職後の講演会で、自分の判断は誤りであったと語る者もいるほどである。

その後、同性愛に対する社会的承認が世界的に広まる中、1996年のローマー判決⁽¹⁸⁾におい

(14) 厳格審査は規制立法の目的審査・手段審査各々において厳格な審査を要求することから、規制立法は違憲と判断される可能性が大きい。具体的には、目的において「やむにやまれぬ利益 (compelling interest)」が、手段において目的と「ぴったり適合した (narrowly tailored)」ものであることが要求される。

(15) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

邦語解説として、樋口範雄「妊娠中絶と合衆国憲法」芦部信喜・憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』有斐閣、1998 (以下、『アメリカ憲法判例』と略記する), p.269 以下。

(16) 2000年に連邦最高裁判所は、「部分的に生まれる中絶」という中絶方法を禁止する州法を違憲と判断している。*Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

(17) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). 邦語解説として、津村正孝「同性愛者のソドミー行為とプライバシーの権利」『アメリカ憲法判例』p.295 以下。

て連邦最高裁判所は、同性愛者に対する差別的取り扱いを、修正第14条の平等保護条項違反とする画期的判断を示す。そして2003年のローレンス判決⁽¹⁹⁾において、パウアーズ判決は判例変更される。

(2) 判例変更 — ローレンス判決

アメリカでは最近でも同性愛を犯罪とする州法が、実際には検挙さえされないにもかかわらず、象徴的立法として残っている。ローレンス判決は、警察官が別の事件の捜査中に同性愛者間のソドミー行為を目撃したことから、起訴せざるをえなかったという事件に関するものである。

ケネディ判事による法廷意見はまず、パウアーズ判決が示した同性愛処罰の歴史は誤りであるとする。もっとも、法廷意見は「基本的権利」には言及せず、同性愛の自由を修正第14条に含まれる「自由」として、基本的権利に適用される厳格審査ではなく、最もゆるやかな合理性の基準を適用する。しかし、注目すべきことは、規制目的として同性愛に対する道徳的不承認を掲げることは正当ではないとして、当該州法を違憲と判断していることである。このことは、「基本的権利」としては承認されない「自由」の存在とともに、その意味を示唆するものであり、後で改めて検討することにしたい。

自己決定権に関するアメリカの判例として、最後に、尊厳死・安楽死をめぐる判例をみておくことにする。

5 尊厳死・安楽死

(1) 尊厳死と安楽死の区別

尊厳死や安楽死は、回復不可能な末期患者が耐えがたい苦痛のために死の意思を表明した場合の医師の対応に関するものである。尊厳死とは、生命維持治療装置等の取り外しにより自然死させることである。これに対し、間接的安楽死は苦痛緩和措置により死期を早めることであり、他方、積極的安楽死は致死量の薬剤投与等により死に至らしめることである。間接的安楽死は医療の現場で事実上行われているようであるが、積極的安楽死は死を直接の目的とするものであり、医師による自殺幫助として問題となる。

尊厳死や安楽死は個々人の死生観、ひいては文化と密接な関連性を有することから、日本でも議論されているが、アメリカでは、中絶や同性愛と同様、キリスト教を背景に、激しい議論が戦わされている。

(2) 尊厳死 — クルーザン判決

連邦最高裁判所は1990年のクルーザン判決⁽²⁰⁾において、はじめて尊厳死に関する判断を示した。この判決は、交通事故により植物状態になった患者の両親が、本人の代理人として、生命維持治療装置の取り外しを裁判所に求めた事件に関するものである。

レーンキスト長官による多数意見は、連邦憲法は判断能力のある者に生命維持のための水分・栄養補給を拒否する憲法上保護された権利を与えていると仮定し、その権利を修正第14条に含

(18) Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996). 邦語解説として、紙谷雅子「性的性向に基づく差別から同性愛者を保護することを禁止するコロラド州憲法の修正2と第14修正の平等保護条項」『ジュリスト』1148号, 1999.1.1, p.333 以下。

(19) Lawrence v. Texas, 539 U.S. (2003). 邦語解説として、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例」『ジュリスト』1255号, 2003.11.1, p.142 以下。

(20) Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990); 高井裕之「死ぬ権利」『英米判例百選』p.86 以下。

まれる憲法上の利益と判示したが、厳格審査が適用される「基本的権利」であるとは明言しなかった。そして、「生命の保護に対する州の利益」の観点から、本人の意思確認のために、立証責任の重い「明白かつ確信を抱くに足る証拠 (clear and convincing evidence)」を要求し、結論として、そのような証拠はないとして、両親の請求を認めなかったのである (もっともその後、友人の新たな証言により両親の請求は認められる)。

従来、尊厳死はコモン・ロー上の権利か、それとも憲法上の権利かで争われてきた。本判決において、連邦最高裁判所がそれを仮定とはいえ憲法上の利益として認めた意義は大きい。さらに注目すべきことは、「明文なき権利」として、厳格審査が適用される「基本的権利」の他に、「自由」の存在を示唆している点である⁽²¹⁾。本判決以降、「基本的権利」には言及せず、修正第14条の「自由」について語る判例がみられるようになり、ローレンス判決において後述のとおり、このような「自由」の意義が明らかにされる。

(3) 積極的安楽死 (医師による自殺幫助)

— グラックスバーグ判決

積極的安楽死、すなわち末期患者に対する医師による自殺幫助について、連邦最高裁判所は1997年のグラックスバーグ判決⁽²²⁾において、はじめて憲法判断を示した。ワシントン州自然死法は、患者の要請による生命維持治療装置の取り外しは自殺にあたらぬと規定する一方、ワシントン州法は自殺幫助を重罰をもって一律に禁止していたことから、本件では後者の合憲

性が争われた。結論からすれば、医師による自殺幫助を求めることは修正第14条の「基本的自由」ではないと全員一致で判断された。

レーンキスト長官の法廷意見は、本件の論点を、自殺幫助を含む「自殺の権利」と定式化して、それが修正第14条の「基本的自由」に含まれるかどうかを問題にする。すなわち、既述の「基本的権利の理論」に依拠して、修正第14条によって保障される基本的権利・自由は、「アメリカの歴史と伝統に根ざし」「秩序だった自由の観念に含まれる」ものでなければならないとし、アメリカの伝統においては、自殺する権利は否定されていることから、自殺幫助を求める権利は、修正第14条の「基本的自由」にはあたらないと判示したのである。

もっとも、法廷意見によれば、正当な政府利益との合理的関連性が必要とされ、州の利益として提示されたもの、具体的には、①生命の保護、②自殺の抑止、③医師の職業倫理の保全、④弱者保護、⑤安楽死への移行の阻止 (医師による濫用の危険性、いわゆる「すべり坂論」) は明らかに重要・正当であり、本件州法はこの利益の促進と合理的に関連していることから、文面上も適用上も、修正第14条に違反しないと判断された。

その他の同意意見は、自殺する権利は同様に否定するが、本件州では末期患者に対する苦痛緩和措置によって死期が早められること (間接的安楽死) は許容されている点を重視して合憲と判断している。

なお前述のクルーザン判決において仮定された権利について、法廷意見は個人の自律という抽象的観念から演繹された権利ではなく、コモ

⁽²¹⁾ 芦部 前掲注(4), p.399 参照。

⁽²²⁾ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). 邦語解説として、藤井樹也「自殺幫助を禁止する州法の合憲性」『ジュリスト』1150号, 1999.2.15, p.109 以下。なお当日、類似の事案についても合憲と判断されている。*Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

この判決において、自殺幫助と治療拒否は、死亡の原因、医師の目的、患者の意思などの点で異なることから、これらの区別は恣意的ではなく、平等保護条項に反しないと判断された。

ン・ロー上のインフォームド・コンセント法理に含まれる治療拒否権であり、歴史と伝統に適合すると判示している。これに対し、スティーヴンズ判事の結果同意意見は、クルーザン判決ではコモン・ロー上の治療拒否権にとどまらず、個人的決定を行うさらに基本的な権利が想定されているとし、またケイシー判決では個人の尊厳と自律にとって重要な事項が保護されているとして、したがって苦痛をうける末期患者の利益は、憲法上保護された利益であり、州の利益に優越する場合があります、適用違憲の可能性がある」と判示している点で注目される。

以上概観してきたように、アメリカでは、いわゆる自己決定権に関する判例が展開され、これらの判例は大きな社会的政治的関心事となっていることから、憲法学をはじめとする様々な学問領域において、賛否両論が戦わされ、自己決定権に関する問題が明らかにされている。そこで次に、これらの議論について考察することにしたい。

既述のとおり自己決定権は連邦憲法の明文で定められていないことから、自己決定権以前の問題として、まず「明文なき権利」の承認それ自体の問題が指摘されている。

II 「明文なき権利」の承認に関する問題

1 民主的正当性と憲法解釈方法論

「明文なき権利」の承認は、民主的「正統性 (legitimacy)」⁽²³⁾ において劣る裁判官が権利の創造により、民主的立法を違憲無効としうるものとして、反民主的であると批判されている。

そもそもアメリカでは司法審査自体、民主主義との関係でその「正当性 (justifiability)」が問われてきた。というのも、連邦憲法には違憲審査制を定める明文がなく、それは1803年のマーベリー判決⁽²⁴⁾ 以来の判例によって確立されたものだからである。司法審査は裁判官が民主的立法を違憲無効としうる制度であり、「反多数決主義的 (counter-majoritarian)」であるとして、その民主的正当性が問われてきたのである。この点、「明文なき権利」の承認は、裁判官による憲法上の権利の創造として、司法審査の民主的正当性の問題を極大化・先鋭化するものと考えられてきたのである。

しかし、「明文なき権利」の承認は、はたして裁判官による権利の創造なのであろうか。アメリカの憲法・法哲学研究者は、憲法解釈方法論に着目する。「明文なき権利」の承認が、あくまで憲法の解釈の所産であるならば、民主的正当性の問題は解消されるからである。

まず「明文なき権利」、とりわけ中絶の自由に対する反対派の憲法解釈方法論から検討することにしたい。

2 消極論

(1) 原意主義

ロウ判決の反対者は中絶の自由の承認を、憲法の解釈を越えた、権利の創造であると批判する。彼らの依拠する憲法解釈方法論として有名なものが「原意主義 (originalism)」⁽²⁵⁾ である。それは、憲法の解釈は憲法の「原意 (original content)」にもとづいてなされるべきであるという主張である。原意の意味については争いがあり、歴史的事実によって確定される起草者の

⁽²³⁾ 「正統性」は「正当性」とは区別され、後者が正当化理由を要求するものであるのに対し、前者は正当化理由の存在を推認させる「権威 (authority)」である。裁判官は、人民の代表者である立法府の議員と異なり、選挙によって選ばれたのではないという意味で、民主的正統性において劣るのである。

⁽²⁴⁾ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803); 畑博行「違憲立法審査制の成立」『英米判例百選』p.4 以下。

⁽²⁵⁾ 原意主義については、野坂泰司「アメリカ憲法理論の現代的課題」『ジュリスト』884号, 1987.5.3, p.78 以下など参照。

意思、あるいは憲法のテキスト自体から読み取れる意図等とされる。いずれにせよ原意主義によれば、中絶の自由は認められず、ロウ判決は誤りということになる。

原意主義に対しては、原意の確定の技術的困難が指摘されている。もっとも、この問題は、より洗練された最近の原意主義により、かなりの程度まで克服可能である。しかし、技術的困難が克服されればされるほど、逆に「死者による支配」という根底的な問題が深刻になる。すなわち、現在の多数者の意思——立法に体现される——が、過去の多数者の意思に拘束されるという問題である。こうして司法審査だけでなく、立憲主義までもが、現在の多数者との関係では反多数決主義的であるとして、その民主的正当性が問われることになるのである⁽²⁶⁾。この問題に巧みに応えようとするのが、憲法研究者イリィによって提示されたプロセス理論⁽²⁷⁾である。

(2) プロセス理論

プロセス理論によれば、連邦憲法は政治的プロセスを定めた文書であり、連邦憲法上の権利は政治的プロセスの保障に不可欠なものを権利として定めている。したがって司法審査の役割は政治的プロセスの保障に限定され、憲法解釈における裁判官の実質的価値判断は排除される。こうしてプロセス理論は、司法審査、立憲主義、二重の基準論⁽²⁸⁾を政治的プロセスとの関係で説明する。

そして「明文なき権利」についても、政治的

プロセスに不可欠なものであれば、憲法上の権利として承認されるが、中絶の自由や同性愛の自由といった自己決定権は、政治的プロセスに不可欠とはいえないとして、憲法上の権利性が否定される⁽²⁹⁾。

しかし、プロセス理論の期待に反し、裁判官の実質的価値判断を回避することはできない。司法審査や立憲主義の民主的正当性が問われる場合、所与の前提として、民主主義を多数決主義的なものと想定しているが、民主主義は「解釈的概念 (concept)」であり、実際、政治哲学においては、多様な民主主義観念 (conceptions) が争われている。したがって、プロセス理論を含め、司法審査や立憲主義の民主的正当性を問う側は、当該憲法の立脚する民主主義観念が多数決主義的なものであることを、改めて論証する必要があり、憲法解釈において裁判官の実質的価値判断を回避することはできないのである⁽³⁰⁾。

以上のように、中絶の自由に反対する消極論はいずれも失敗している。しかし、このような消極論の根底には、政治の喪失に対する懸念という無視しえぬ問題があるものと思われる。

(3) 政治の喪失？

中絶の自由のように、社会が大きく二分される道徳的問題については、市民が決定すべきであり、裁判官に決着をつけさせることは、政治の喪失に他ならないとして、政治的右派だけでなく、政治的左派によっても批判されている。とりわけ左派によれば、権利、そして人権さえも、あくまで当該社会の支配的文化を基礎にし

⁽²⁶⁾ 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』日本評論社、2001、p.68.

⁽²⁷⁾ イリィのプロセス理論については、ジョン・H・イリィ（佐藤幸治・松井茂記訳）『民主主義と司法審査』成文堂、1990；阪口 前掲注⁽²⁶⁾、p.132 以下参照。

⁽²⁸⁾ 精神的自由に対する規制は、経済的自由に対する規制に比し、厳格な審査基準が適用されるとする理論。芦部 前掲注(4)、p.213 以下参照。

⁽²⁹⁾ プロセス理論に立脚して自己決定権を否定的に解するものとして、松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編著『リーディングズ 現代の憲法』日本評論社、1995、pp.74-75.

⁽³⁰⁾ 阪口 前掲注⁽²⁶⁾、第5章等参照。

ていることから、真の少数者は救済されないとして、政治的闘争の必要性が主張される。

しかし、真の少数者が政治的闘争を行いうるためには、それを可能にする最低限の条件が必要であり、それを保障するのが、他ならぬ憲法の役割と考えられる。また司法審査は市民の論争に終止符を打つものではなく、逆に、問題の道徳的争点を明らかにして、市民の論争を活性化しうるものであり、現にアメリカにおいては、中絶の自由や同性愛の自由に関する連邦最高裁判所の判決をめぐって、市民の論争は決着するどころか、激しさと深みを増しているのである。

このような視点に立脚しつつ、中絶の自由を含む「明文なき権利」の承認を積極的に解する理論として注目されるのが、法哲学者ロナルド・ドゥオーキンの議論である。

3 積極論

ドゥオーキンによれば、「明文なき権利」の承認は、裁判官による権利の創造ではなく、あくまで憲法の解釈の所産である。現に裁判官が依拠している憲法解釈方法論として彼は、憲法の「道徳的読解 (moral reading)」を提示する。それによれば、憲法は道徳的諸原理の体系と観念され、このような道徳的原理に由来する限り、すなわち、特定の憲法に適合し、それに最善の正当化を与える政治道徳理論によって導かれる限り、それは憲法上の権利であり、明文の有無は問わないとされる。

連邦憲法の道徳的読解によれば、連邦憲法は多数決主義的観念とは異なる、実体的な民主主義の条件、すなわち真正な民主主義の条件を構成する道徳的諸原理を保障したものである。中絶の自由は、このような道徳的原理に由来するものであり、明文はなくても、連邦憲法上の権利として承認されなければならない⁽³¹⁾。

このようにドゥオーキンは、憲法の道徳的読解により、連邦憲法を真正な民主主義の条件を保障したものととして、立憲主義、司法審査、「明文なき権利」の民主的正当性をクリアするのである。

以上、「明文なき権利」の承認自体に関する問題を明らかにし、それに対する処方箋を示した。次に自己決定権独自の問題について考察することにしたい。

III 自己決定権独自の問題

1 自己決定権の意義

(1) 自律観念の再構成

1980年代に興隆する「共同体論 (コミュニタリアニズム)」は、中絶の自由のような自律を疑問視する。

代表的論者の一人であるサンデルによれば、リベラリズムは、アイデンティティや深い信念などのない「負荷なき自我 (unencumbered self)」を想定して、自律と称して自由意思による選択を尊重する。しかし、自我は共同体によって形成されたアイデンティティや信念によって厚く構成されており、自己の「善き生 (good life)」に関する決定はそれらの信念に基づいてなされることから、共同体の尊重が主張される⁽³²⁾。

たしかに、自己の善き生に関する決定は、まったくの自由意思ではなく、アイデンティティや深い信念に基づいてなされる。しかし、それらの深い信念は共同体によって形成された後、決して固定されているわけではなく、自我の「反省 (reflection)」により、アイデンティティさえも修正されうる⁽³³⁾。

こうして自律観念は共同体論による批判をふまえて再構成され、逆に豊かなものになる。すな

(31) ロナルド・ドゥオーキン (石山文彦訳) 『自由の法——米国憲法の道徳的解釈』木鐸社, 1999, 序章・第三章参照。

(32) マイケル・J・サンデル (菊池理夫訳) 『自由主義と正義の限界 第2版』三嶺書房, 1999.

わち自律は、共同体によって形成され、自らの反省によって修正される深い信念にもとづく決定として再構成されるのである。

このような自律観念に依拠して自律を尊重するものと解されるのが、中絶の自由を再確認した既述のケイシー判決である。

(2) ケイシー判決の意義

オコナー、ケネディ、スーター判事らの共同意見は、「自由の核心にあるのは、存在、意味、宇宙、そして人間の生命の神秘という概念を、自分自身で定義する権利」であり⁽³⁴⁾、子どもを産むかどうかの決定は、そのような心の奥底に深く根ざした確信にかかわるものであるから尊重されなければならないと判示した。

自律すなわち自己決定は自己の根底的確信にもとづく決定であり、自己決定権の核心は「自尊(self-respect)」の保障にある。自己の根底的確信が公権力によって否定され、自己の根底的確信に反して生きるよう強制された場合、もはやその人は自己の生を生きているとはいえないであろう⁽³⁵⁾。

もっとも、ケイシー判決の結論は、配偶者への通知要件を除いて、中絶の自由に関する手続的規制を広く合憲と判断している。そこで次に手続的規制の意義について考察することにした。

2 手続的規制

(1) 共同体と責任

自己決定権の有力な論拠の一つとして「加害

原理(harm principle)」が主張されてきたが、それはまた共同体論によって再考を促される。

加害原理とは、ジョン・ステュアート・ミルの著書『自由論』において定式化されたものであり、それによれば、政府が強制力を行使する唯一の正当化理由は、他者による加害を防止することにある⁽³⁶⁾。逆に言えば、他者加害がないにもかかわらず、政府が強制力を行使することは禁止される。例えば売買春や同性愛などは、他者加害のないものとして、「被害者なき犯罪」と称され、脱犯罪化が主張されてきたのである⁽³⁷⁾。

しかし、そう単純に言い切れるかどうか、共同体論をふまえると、きわめて難しいことがわかる。前述のとおり、自我を構成する深い信念は共同体において形成されるが、同性愛などの承認は、共同体における支配的信念の形成に影響を与えざるをえない。同性愛が禁止されている社会と、同性愛が承認されている社会とでは、とりわけ子どもの信念形成に与える影響は大きく異なるであろう。したがって、親ひいては共同体としては、他者の自己決定に関心をもたざるをえないのである。こうして決定者に責任を促すべく熟慮させるための手続的規制が要請されることになる。また、このような手続的規制は後述のとおり、決定者本人にとって真の自己決定の条件といえるのである。

もっとも、手続的規制が許容されるにしても、決定者の最終的判断は自尊の保障として尊重されなければならないということが重要である⁽³⁸⁾。

アメリカでは、中絶の自由を承認したロウ判

⁽³³⁾ 共同体論と、それによる批判をふまえたりベラリズムの再構成について、井上達夫『他者への自由』創文社、2003、第二部参照。

⁽³⁴⁾ この点に着目し、ドゥオーキンは中絶の自由を、修正第1条の宗教の自由として保障しようとする。ドゥオーキン 前掲注③1, p.134 以下。中絶反対派の中心勢力がカトリック教徒であることを考えると、このような解釈は説得力をもつといえよう。

⁽³⁵⁾ ドゥオーキン 前掲注③1, p.153 以下。

⁽³⁶⁾ 田中成明『法理学講義』有斐閣、1994、p.138 以下。

⁽³⁷⁾ 同性愛と売買春に関するイギリスの「ウォルフエンデン報告(1957年)」が有名である。田中 同上書、p.140。

⁽³⁸⁾ ドゥオーキン 前掲注③1, p.120 以下。

決以降、中絶の手続的規制をめぐる判例が蓄積されていることから、これらの判例を素材として、手続的規制について具体的に検討することにしたい。この考察は、死の不可逆性からとりわけ慎重な手続的規制が要請される、尊厳死や安楽死の問題にも応用されうる。

(2) 手続的規制の具体的検討

(i) 情報提供

1976年のダンフォース判決⁽³⁹⁾において、中絶前にインフォームド・コンセント⁽⁴⁰⁾を要求し、本人の署名入り書面による承諾を求める規制は合憲と判断された。そもそも真の自己決定とは、きちんとした情報のもとで熟慮して決定することであるから、インフォームド・コンセントは必要である。また署名についても、責任を促すべく慎重な決定をさせるといって許されるといえる。

もっとも、インフォームド・コンセントそれ自体は必要であるとしても、提供する情報の内容については敏感でなければならない。1983年のアクロン I 判決⁽⁴¹⁾において、中絶を抑制する方向での情報提供を義務づける規定は違憲と判断された。しかしその後、ケイシー判決において判例変更がなされ、合憲と判断されている。たしかに中絶を抑制する方向での情報の中でも、例えば、里子制度や養育支援に関する情報などは、真の自己決定にとって必要な情報といえる。

しかし他方、医師は専門家としての権威があり、患者に対する影響力が大きいことから、情報内容の選定や情報提供の方法について、他者の不当な影響力により患者の自己決定を歪めないよう、慎重な配慮が必要とされる。

(ii) 待機期間

前述のアクロン I 判決において、中絶前に一定の「待機期間 (waiting period)」を課す規制も違憲と判断されたが、その後ケイシー判決において、24時間の待機期間が合憲と判断されている。

たしかに、待機期間は責任ある慎重な決定を促すべく熟慮の期間を与えるという意味で、真の自己決定にとって、また共同体にとっても望ましいといえる。しかし、実際には、中絶クリニックの入り口付近で、中絶反対派の激しい抗議行動が展開されていることから⁽⁴²⁾、待機期間は中絶を希望する女性に精神的苦痛を二度も味合わせることになる。さらに遠隔地から訪れる者にとって、待機期間は交通費や滞在費等の経済的費用を増大させることになり、とりわけ貧困者にとっては大きな経済的負担となる。したがって、待機期間は決定者に対する「不当な負担 (undue burden)」⁽⁴³⁾として違憲であるとの有力な見解が示されている⁽⁴⁴⁾。

(iii) 配偶者への通知等

前述のダンフォース判決において、配偶者の同意を要求する規制は違憲と判断されたが、そ

⁽³⁹⁾ Planned Parenthood of Central Mo. v. Danforth, 428 U.S. 52, 80 (1976).

⁽⁴⁰⁾ 英米圏では、インフォームド・コンセントすなわち情報を得た上での同意が、医療一般においてコモン・ローにより要求されている。

⁽⁴¹⁾ Akron I v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S.416 (1983).

⁽⁴²⁾ 中絶クリニック入り口付近での中絶反対派の抗議行動を禁止するために出される裁判所による立ち入り禁止命令は、合憲と判断されている。Bray v. Alexandria Madsen v. Women's Health Center (1994).

さらに中絶反対の表現活動を規制する州法を合憲と判断したものとして、Hill v. Colorado, 120 S. Ct. 2480 (2000).

⁽⁴³⁾ ケイシー判決の共同意見によれば、妊娠中絶を決定する女性の能力に「不当な負担」を課す州の規制だけが、デュー・プロセス条項によって保護された自由に反する。不当な負担とは、母体外では生存不可能な胎児の中絶を求める女性に対して実質的な障害を設ける目的または効果をもつ規制のことである。

⁽⁴⁴⁾ ドゥオーキン 前掲注(31), p.124.

の後ケイシー判決においては、配偶者への通知を要求することさえ「不当な負担」として違憲と判断されている。

以上のように、手続的規制は責任ある慎重な決定を促すものとして、共同体だけでなく、自己決定の条件としても要請されるが、さらに自己決定の条件について考察することにしたい。

3 自己決定の条件

(1) 主体的条件 — 成熟した判断能力

自己決定権を尊重するからには、手続的規制は許されるが、本人の最終的判断に介入することは許されないのであり、本人の利益のために介入するという「パターナリズム」⁽⁴⁵⁾も禁止される。しかし、自律は既述のとおり自己の深い信念に対する反省を核としており、成熟した判断能力を前提とする。したがって、判断能力の未熟な未成年者や精神障害者、さらに植物状態の患者のように意思決定能力のない者等に対しては、手続的規制を超えた規制がむしろ要請される。

アメリカでは、未成年者に対する中絶規制の合憲性がしばしば争われてきたが、これらの判決は、成熟した判断能力を欠く者に対する規制を考える上で示唆的である。

前述のダンフォース判決において、親の同意を要求する規制は違憲と判断された。しかしその後、1986年のアシュクロフト判決⁽⁴⁶⁾において、裁判所の代替手続、すなわち成熟した判断を行えると裁判所が認定した場合には親の同意を不要とする手続さえ備えていれば、親の同意を要求しても合憲と判断された。また1990年のホッジソン判決⁽⁴⁷⁾では、親への通知を中絶前

に要求する手続的規制が、未成熟で扶養されている未成年者に適用される限りで合憲と判断されている。

たしかに、未成年者は典型的に、成熟した判断能力がないから、本人の最善の利益を判断してくれる親への通知だけでなく同意を要求することも、未成年者の真の自己決定のために望ましいといえるかもしれない。しかし、未成年者は試行錯誤を通して自律の能力を発達させるのであり、また試行錯誤が許されない中絶のような決定であっても、判断能力の成熟性は個別である。したがって、未成年者に対する類型的規制は許容されるとしても、裁判所による代替手続のように、個別的な解除が必要といえる⁽⁴⁸⁾。

またクルーザン判決で扱われた尊厳死の問題にみられるように、植物状態の患者など意思決定能力のない者の自己決定、しかも死の選択という不可逆的な決定は、きわめて難しい問題を提起する。家族の判断をどのように位置づけるかが決定的に重要となるが、この点については治療行為の中止として尊厳死について判示した最近の日本の判決が注目すべき見解を示していることから、「日本の裁判例」で詳しく検討することにしたい。

(2) 客観的条件

真の自己決定であるためには、客観的条件として前述のとおり情報が必要であるが、また金銭が必要である場合が多い。

例えば中絶については、それ自体費用がかかるが、1977年のビール判決⁽⁴⁹⁾以来、中絶に対する公的な医療費援助の規制は合憲と判断されている。さらに1989年のウェブスター判決⁽⁵⁰⁾

(45) 田中 前掲注(36), p.139.

(46) Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft, 462 U.S. 476 (1983).

(47) H.L. v. Matheson, 450 U.S. 398 (1981); Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990).

(48) 佐藤幸治「子どもの『人権』とは」『自由と正義』38巻6号, 1987.6, p.4以下参照。

(49) Beel v. Doe, 432 U.S. 438 (1977); Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977); Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).

(50) Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

では、公立病院など公的施設での中絶の禁止さえも合憲と判断された。公的支援が問題視されるのは、公的支援は中絶反対派にとって自らの反対する政策に税金が使われることを意味し、さらにそれは公権力が中絶に賛成しているとのメッセージを一般国民に送るものと考えられるからである。

しかし、真の自己決定、すなわち自己の深い確信にもとづいた決定であるためには、貧困者にとって金銭的問題は括弧に入れられるべきであり、医療費援助を典型とする公的支援は自己決定の客観的条件として、中立的なものと考えなければならないであろう。

また金銭的問題は安楽死などの場面でも浮上する。安楽死反対論者によれば、治療の続行には医療費がかかることから、家族に対する負担を懸念して、あるいは家族からの不当な圧力により、安楽死を選択せざるをえない危険性がある。したがって、真の自己決定であるためには、少なくとも最も根本的かつ不可逆的な決定である生命に関する決定については、金銭的問題は括弧に入れて決定できるよう、医療費補助が政府に要請されるといえよう⁽⁵¹⁾。

以上、自己決定権独自の問題について考察してきたが、最後にローレンス判決において示された、「基本的権利」としては承認されない「自由」の意味について考えてみることにしたい。

IV 「基本的権利」と区別される「自由」の意味

1 ローレンス判決の意義

ローレンス判決は既述のとおり、パウアーズ判決を判例変更して、同性愛者間のソドミー行為禁止法を違憲と判断したが、その際、法廷意

見がとったアプローチが注目される。法廷意見は基本的権利には言及せず、同性愛の自由を修正第14条に含まれる「自由」として、最もゆるやかな合理性の基準を適用するが、規制目的として同性愛に対する「道徳的不承認」を掲げることは正当ではないとして違憲の結論を導いたのである。

要するに「明文なき権利」の中には、厳格審査が適用される「基本的権利」の他に、合理性の基準が適用される「自由」があり、後者であっても、規制目的として、規制対象に対する道徳的不承認、あるいは被規制者に対する「憎悪」を提示することは、絶対的に禁止されるのである。

以上のような基本的権利と自由との区別は、ドイツにおいて一般的人格権と一般的行為の自由との区別として、より明快に展開されている。そこで、基本的権利と区別される自由の意味をさらに明らかにするために、ドイツの議論を概観することにしたい。

2 ドイツの議論との比較

(1) 一般的人格権と一般的行為の自由

ドイツの判例・通説は「明文なき権利」について、その根拠をドイツ基本法第2条第1項の「人格の自由な発展の権利」に求め、一般的行為の自由を保障したものと解する。このような解釈をドイツ連邦憲法裁判所がはじめて示したのが、1957年のエルフェス判決⁽⁵²⁾であり、その後も連邦憲法裁判所はこの解釈を維持している。通説もこの解釈を支持する。というのも、ドイツにおける憲法異議の制度は、人権侵害を理由としてはじめて提訴が可能となるので、一般的行為の自由を承認する必要性が高い。また一般的行為の自由の承認は、それに対する規制の合

(51) 高井裕之「生命の自己決定と自由」『ジュリスト』978号, 1991.5, p.109.

(52) BVerfGE 6, 32. 邦語解説として、田口精一・ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 第2版』信山社, 2003, p.42 以下。旅券法による制限の合憲性が争われた。

憲性審査を通して、比例原則などの客観的憲法規範、手続規定、権限規定に反する国家行為に対し憲法裁判の統制を及ぼしうるからである。

もっとも、連邦憲法裁判所は、第2条第1項の「人格の自由な発展の権利」によって保障される一般的行為の自由の内容として、名誉権などの一般的人格権を保障しており⁽⁵³⁾、一般的人格権は1970年代以降、一般的行為の自由とは別の独立した権利と考えられるようになる。一般的人格権と一般的行為の自由は各々、異なる制約に服する。すなわち、一般的行為の自由は第2条第1項所定の「他人の権利、憲法的秩序、道徳律」の三つの制約を受けるのに対し、一般的人格権は個別的基本権と同様、これらの制約には服さない⁽⁵⁴⁾。一般的人格権と一般的行為の自由とでは、保護領域が異なるのである。保護領域とは、基本権の制限に対する審査において登場する概念である。

(2) 一般的行為の自由の意味

(i) 3段階審査

連邦憲法裁判所は基本権の制限に対する審査

として、3段階審査を用いる。そもそも基本権（憲法上の権利）の不可侵性とは、自由が原則であり、制限が例外であることを意味する。したがって、例外たる基本権の制限は正当化手続を通じて承認されなければ、基本権侵害として排除されることになる。この正当化手続は3段階の論証プロセスであることから、3段階審査と称される。

第1段階においては、国家行為が基本権の保護する生活領域（保護領域）にかかわるものか否かが判断される。第2段階においては、その国家行為が基本権の制限といえるか否かが判断される。そして第3段階において、基本権の制限が憲法上正当化できるか否かが判断される⁽⁵⁵⁾。

(ii) 保護領域の違い

一般的人格権と一般的行為の自由とでは、第1段階で審査される保護領域が異なる。保護領域とは、基本権によって保護されるさまざまな自由、行為、利益といった基本権法益の集合体であり、明文で規定されているものだけでなく、条文の趣旨を解釈することによって⁽⁵⁶⁾、保護領域に取り込まれる。ある行為や利益が基本権

⁵³⁾ 連邦憲法裁判所はソラヤ判決においてはじめて一般的人格権が憲法上保護されることを承認した。BVerfGE 34, 269.

⁵⁴⁾ 戸波江二「自己決定権の意義と射程」『現代立憲主義の展開：芦部信喜先生古稀祝賀（上）』有斐閣，1993，p.325 以下参照。

⁵⁵⁾ 第3段階においては、基本権の制限に対する正当化が形式・実質の両方から行われる。形式的正当化とは、基本権の制限が憲法の要求する形式を備えているかどうかの論証であり、その典型は基本権の制限が法律の根拠を有するかどうかの論証である。他方、実質的正当化とは、基本権の制限が内容の点で憲法に適合しているか否かの論証であり、制限の目的が正当な利益を保護するためのものであるかを審査する目的審査と、制限の手段が目的に照らして正当なものであるかを審査する手段審査から構成される。手段審査においては、行政法の一般原則として有名な「比例原則」が用いられ、手段が目的達成にとって有用か否か（適合性原則）、手段が目的達成にとって必要か否か（必要性原則）、当該手段の投入によって失われる利益が得られる利益を上回っていないかどうか（狭義の比例原則）が審査される。松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法』弘文堂，2005（以下、『論点探究 憲法』と略記する），pp.95-104；同『基本権保障の憲法理論』大阪大学出版会，2001，p.14 以下。

⁵⁶⁾ ドイツの憲法判例によれば、例えば取材の自由は、ドイツ基本法第5条第1項第2文の規定する「放送の自由」の解釈により、保護領域該当性が肯定され、国家の側に制限の正当化を論証する責任が課されている。これに対し、日本の最高裁判所は博多駅事件において取材の自由を「憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない」と判示し、憲法上の権利性を明言せず、取材の利益と対抗利益とを比較衡量している。最大判昭和44年11月26日・刑集23巻11号1490頁。

の保護領域に該当すると判断されると、それ自体が正当なものとみなされ、国家の側がその制限に対する正当化をしなければならないことになる。このように基本権の保護領域の該当性は、正当化の論証責任に関わるものとして重要である。

一般的人格権は他の個別的基本権と同様、個別の保護領域をもつと解されるが、これに対し一般的行為の自由は個別の保護領域をもたず、あらゆる行為自由を射程におさめている。したがって、一般的行為の自由に対する制限の審査の焦点は、「自由そのものよりも、むしろ自由を制限する国家行為の方にある」。すなわち、「一般的行為の自由の意義は、国家行為に対する正当化要求を普遍化し、公共の福祉に適合しない、合理的理由のない国家行為をすべて排除しようとするところに求められる」。

一般的行為の自由は、固有の保護領域をもたないことから、真正の基本権ではなく、「反射的利益と同様の存在」であり、権利のインフレ化、すなわち基本権の価値低下を懸念する必要はない。もっとも、一般的行為の自由の承認は、国家行為の合理性を審査することになるから、司法の肥大化を招くことになる。しかし、「国家行為の合理性を厳格に問うのではなく、明らかに合理的理由のない行為だけをはじく」というように限定することにより、この懸念は解消されうる⁽⁵⁷⁾。

以上のように、ドイツの議論は「明文なき権利」を、一般的人格権と一般的行為の自由に区別する二分論を、アメリカのローレンス判決より明快に示している。一般的行為の自由の意味を、明らかに合理的理由のない国家行為の排除に求める議論は、絶対的に禁止される規制目的を示したローレンス判決と同趣旨のものと解さ

れうる。

それでは、これまでの考察をふまえ、いよいよ日本の議論について検討することにしたい。

V 日本の議論

1 「明文なき権利」の承認

(1) 「明文なき権利」の根拠

日本の判例・通説によれば、「明文なき権利」は、憲法第13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」、いわゆる幸福追求権により保障されると解されているが、初期はそのような解釈はとられていなかった。

(i) 初期の学説・判例

初期の学説は第13条を、裁判所で主張しうる法的規定ではなく、単に政府の心構えを示したにすぎない倫理的規定と解していた。というのも、第13条を法的規定と解すると、同条に規定されている「公共の福祉」が、人権の制約を一般的に認める法的根拠と解されてしまうおそれがあるからである。それゆえ、初期の学説は第13条を倫理的規定と解し、幸福追求権を第14条以下に規定されている個別の権利を総称したものと解したのである。

また初期の判例は、刑法第186条第2項の賭博開帳凶利罪で起訴された被告人の次の主張、憲法第13条によれば「公共の福祉に反しない限り国民は凡ゆる行為の自由」を有するとの主張について、立ち入って検討することなく、賭博開帳凶利行為は「いわゆる公共の福祉に反するものといわなければならない」とした⁽⁵⁸⁾。

しかし、1960年代以降、科学技術の進展に伴いプライバシーを法的に保護する必要性が高まるとともに、公害が社会問題化して環境権が主張されるに至る。こうしてアメリカの議論の影

⁽⁵⁷⁾ 松本 前掲注(55), p.103.

⁽⁵⁸⁾ 最大判昭和25年11月22日・刑集4巻11号2380頁；佐藤幸治「幸福追求権」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I 第4版』（別冊ジュリスト154）有斐閣，2000（以下、『憲法判例百選I』と略記する），p.40以下。

響もあり、「明文なき権利」が「新しい人権」の名のもとに主張され、その根拠を第13条後段の幸福追求権に求める解釈が通説化する。

(ii) 現在の通説

現在の通説は、「公共の福祉」について前述の危険性を回避する巧みな解釈をとることで⁽⁵⁹⁾、第13条を法的規定と解している。そして第13条後段の幸福追求権の法的性格を、第14条以下の個別的権利を包摂するとともに、それ自体、独自の具体的権利を規定する包括的基本権として、「明文なき権利」の根拠と解しているのである(実定的権利保障規定説)。

もっとも、一般法と特別法の関係のように、第14条以下の個別的権利については個別の条文によって保障されるから、第13条後段の幸福追求権は、個別の条文によって保障されないもの、すなわち「明文なき権利」を補充的に保障するものと解されている⁽⁶⁰⁾。

(2) 「明文なき権利」に関する判例

(i) 初めての承認

このような学説の動向と軌を一にして、1969年の京都府学連事件において最高裁判所は、明文はないものの、いわゆる肖像権を第13条によって保障されると判示した。この事件では、公安条例違反の現行犯の証拠保全のために、警察がデモ隊を無断で撮影した行為が適法行為ではないとして争われた。

最高裁判所は、「憲法13条は…国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる」とし、このような私生活上の自由の一つとして、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態…を撮影されな

い自由」を有するものと判示した。そして、「これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」と判示したのである。もっとも、結論としては、現行犯の場合であって証拠保全の必要性および緊急性があり、方法の相当性もあることから、本件撮影は適法とされた⁽⁶¹⁾。

しかし、ここにおいて重要なことは、最高裁判所が初めて「明文なき権利」を承認したということである。その後も最高裁判所は、肖像権と同じ狭義のプライバシー権(情報コントロール権)に属する事柄を、明文はないものの承認している。

(ii) 狭義のプライバシー権の承認

1981年の前科照会事件において最高裁判所は、「前科及び犯罪経歴(以下『前科等』という。)は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益」を有し、市区町村長が「漫然と弁護士会の照会に応じ、犯罪の種類、軽重を問わず、前科等のすべてを報告することは、公権力の違法な行使にあたる」と判示した⁽⁶²⁾。この判決は、「プライバシー」という文言にこそ言及しないものの、狭義のプライバシー権を、実質的に承認したものと解されている。なお、伊藤正巳判事の補足意見は、「前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであり」として、端的にプライバシーを認めている。

さらに1996年の外国人指紋押捺拒否事件において最高裁判所は、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強

⁽⁵⁹⁾ 「公共の福祉」の解釈については、高橋和之『人権総論の論点』(シリーズ憲法の論点⑧ 調査資料2004-1-h) 国立国会図書館調査及び立法考査局, 2005, p.18 以下参照。

⁽⁶⁰⁾ 芦部 前掲注(4), pp.329-335.

⁽⁶¹⁾ 最大判昭和44年12月24日・刑集23巻12号1625頁.

⁽⁶²⁾ 最三小昭和56年4月14日・民集35巻3号620頁.

制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されないと判示した。もっとも、結論としては、外国人指紋押捺制度は目的の合理性・必要性、方法の相当性があるから、合憲と判断された⁽⁶³⁾。

以上のように、日本の最高裁判所は「明文なき権利」を、第13条で保障される「私生活上の自由」の一つとして承認してきたが、それは狭義のプライバシー権、いわゆる情報コントロール権に属するものであった。これに対し、広義のプライバシー権のもう片方である自己決定権については、後述するように、いまだ正面から承認されていないのであり、自己決定権が「明文なき権利」のいわば主役であるアメリカの判例と大きく異なる。その理由の一つは、日本ではアメリカと異なり、自己決定権の典型ではなく、自己決定権に属するかどうか、まさに争いのある事柄に関して争われたことにある。

自己決定権の範囲は、そもそも「明文なき権利」の根拠である第13条後段の幸福追求権の性格に依存するのであり、その理解をめぐる二つの学説が対立している。

2 幸福追求権の性格と自己決定権の保障範囲

(1) 人格的利益説

人格的利益説は幸福追求権を「人格的生存に不可欠な利益」を保障したものと解し、その保障範囲を限定する。この学説のポイントは、第13条後段の幸福追求権を、第13条前段の「個人の尊重」と一体的に解することにある。第13条

前段は、政府が個人を「道徳的人格」、すなわち「自律」的存在として尊重することを規定しているものと解する。自律とは何かが重要な問題となるが、それは道徳・政治哲学によれば、成熟した判断能力を前提に、重要な事柄について熟慮して決定することを意味する。第13条後段の幸福追求権は、第13条前段の自律的個人としての尊重を、主観的権利として具体的に展開したものと解される。

幸福追求権は前述のとおり包括的基本権であるから、日本国憲法上の人権は、明文の有無にかかわらず、「人格的生存に不可欠な利益」を保障したものと解されるのである⁽⁶⁴⁾。

しかし、人格的利益説に対しては、次のような批判が提示されている。

第一の批判は、「人格的生存に不可欠な利益」という基準が、抽象的であり、不明確であるとする批判である⁽⁶⁵⁾。この点、芦部信喜はアメリカの議論を参照して、次の三つの基準を提示する。①「長期間国民生活に基本的なものであったという歴史的正当性」、②「多数の国民がしばしば行使し若しくは行使できるという普遍性」、③「他人の基本権を侵害するおそれがない（若しくはきわめて少ない）」という公共性⁽⁶⁶⁾。

しかし、この基準に対しては、その正当性が明らかにされていないと批判されている⁽⁶⁷⁾。

もっとも、この基準は、基準というより、憲法解釈方法論を提示したものと解しうる⁽⁶⁸⁾。

第二の批判は、人格的利益説は、人格的生存に不可欠とはいえない利益に対する不合理な規制を、憲法問題として扱うことができず、人権保障として不十分であるとする批判である。し

(63) 最小判平成7年12月15日・刑集49巻10号842頁；根森健「指紋押捺制度の合憲性」『憲法判例百選Ⅰ』p.10以下。

(64) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣、2002、p.125以下。

(65) 戸波 前掲注(64)；戸波江二「自己決定権の意義と範囲」『法学教室』158号、1993.11、p.36以下；松原光宏「幸福追求権の射程」『論点探究 憲法』p.105以下；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、p.246以下参照。

(66) 芦部 前掲注(4)、p.348。

(67) 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、1999.10、p.72参照。

かし、人格的利益説によれば後述のとおり、「明文なき権利」として承認されない場合であっても、平等原則や比例原則といった憲法原則の適用などにより、憲法問題として争うことができる⁽⁶⁹⁾。

(2) 一般的行為自由説

人格的利益説と対立するのが、一般的行為自由説である。この学説は幸福追求権を、一般的行為の自由を保障したものと解し、その保障範囲を基本的に限定しない⁽⁷⁰⁾。

しかし、一般的行為自由の承認は、殺人の自由、窃盗の自由なども含むことになり、我々の直観に反する。これに対し、一般的行為自由説は、これらの自由を保障範囲から排除するために、前述の加害原理をふまえた「他者を害しない限り」という限定や、「公共の福祉に反しない限り」といった限定を付す。しかし、このような留保付きの権利の定式化は、個別的権利のそれと異なるとして、さらなる批判がなされている。

また、この学説は、「明文なき権利」の承認にあたり懸念された「人権のインフレ化」を深刻化する。何でもなしうる自由は、規制される可能性が大きい。そうなると、歴史的に重視され、憲法に明記されている人権さえも、安易に

規制され、人権の価値が相対的に低下する恐れがある。

そして何より一般的行為自由説は、民主主義と司法審査ひいては立憲主義との緊張関係を十分に考慮しているとはいえないとして批判されるのである。

以上の考察から、人格的利益説が妥当といえよう。もっとも、一般的行為自由説を否定するといっても、既述のとおり、基本権とは別に一般的行為の自由を承認する意味があることに注意が必要である。

幸福追求権の性格に関する学説の対立は、「明文なき権利」の一つである自己決定権の保障範囲に、そのまま反映される。

(3) 自己決定権の保障範囲

自己決定権に属するとして議論されるものは、次の四つに整理されうる。①リプロダクションに関する決定（断種、避妊、中絶など）、②生命・身体の処分に関する決定（医療拒否、尊厳死、積極的安楽死など⁽⁷¹⁾）、③家族の形成・維持に関する決定（結婚、離婚など）、④ライフ・スタイル（外見、趣味など）に関する決定である⁽⁷²⁾。しかし、これらすべてが自己決定権として保障されるかどうかは、解釈の分かれるところである。

(68) ①および②の基準は、アメリカの判例理論である「基本的権利の理論」に依拠したものと解されるが、それは既に考察した憲法解釈方法論としての道徳的読解と解しうる。すなわち、②は、すべての人に適用しうる道徳的原理であること、①は、そのような道徳的原理が、法体系の根底にある基底的原理に由来するものであることと解しうるのである。したがって、「人格的生存に不可欠な利益」という基準と、①～③の基準の関係は、芦部がいうように、後者が前者の具体化というわけではない。①～③の基準は「明文なき権利」の承認を含む、憲法解釈方法論であり、「人格的生存に不可欠な利益」という基準は、この憲法解釈方法論を用いて導出される、日本国憲法の基底的道徳原理であり、まさに人権の実体的な基準と解しうる。したがって、日本国憲法の基底的道徳原理に統合されるような道徳原理に由来する限り、それは日本国憲法上の権利であり、明文の有無は問わないのである。

(69) 佐藤幸治「幸福追求権」『憲法判例百選Ⅰ』p.41。

(70) 橋本公旦『日本国憲法』他、前掲注(65)の文献参照。

(71) もっとも、日本においては、尊厳死と異なり積極的安楽死を憲法上の自己決定権として正面から認める憲法学説はないようである。竹中勲「安楽死」と憲法上の自己決定権『法学教室』199号, 1997.4, p.92 参照。

(72) 芦部 前掲注(4), p.392 参照。

自己決定権の保障範囲、ひいてはその性格については、幸福追求権の性格に関する学説の対立がそのまま反映され、人格的利益説と一般的行為自由説が対立する。

一般的行為自由説によれば、①から④すべてが基本的に自己決定権として保障される。もっとも、だからといって、規制が許されないわけではない。これに対し、人格的利益説によれば、原則として、①②③は「人格的生存に不可欠な利益」とされ、自己決定権として保障されるが、④は不可欠とはいえないとされ、自己決定権としては保障されない。もっとも、平等原則や比例原則などにより、憲法問題として扱う方法があることは既述のとおりであるが、より強力な方法として注目されるのが、ドゥオーキンによって提唱された「切り札」としての権利 (rights as trumps) という観念である⁽⁷³⁾。

3 国家権力の限界

(1) 「切り札」としての権利

「切り札」としての権利は、人格の根源的平等性に依拠するものであり、政府に個人を道徳的人格、すなわち自律的存在として取り扱うことを求める。逆に言えば、政府が個人を自律的存在として取り扱わないことを禁止するのである。例えば、ポルノグラフィは道徳的に墮落しているという理由で政府がそれを禁止する場合、あるいは共産主義的言論は誤っているという理由で政府がそれを禁止する場合、「切り札」としての権利は侵害される。これらの場合、政府は個人の道徳的判断を先取りしており、個人を自律的存在として取り扱っていないのである⁽⁷⁴⁾。

このような「切り札」としての権利の観念は、

アメリカのローレンス判決で明らかにされた修正第14条の「自由」の意義や、ドイツの一般的自由の意義において決定的に重要なものといえる。

「切り札」としての権利は、従来の権利観念と異なり、具体的行為の自由ではなく、政府が特定の理由——個人を自律的存在として取り扱わない——で行為することを禁止するもので、しかもそれを絶対的に禁止する。したがって、権利というより、むしろ憲法上の原則として位置づけた方が、従来の憲法学になじむといえよう。

人格的利益説は日本国憲法の基底的原理を、第13条前段の自律的「個人としての尊重」と解するのであり、まさに「切り札」としての権利を保障しているといえる。

(2) 審査基準との関係——合理性の基準の意味

「切り札」としての権利は、アメリカにおいて、合憲性審査基準として展開されているといえる。厳格審査基準が適用される「基本的権利」は、「切り札」としての権利が侵害される蓋然性が大きい類型と解されるのである⁽⁷⁵⁾。

もっとも、このような類型化が困難な場合であっても、個別具体的に「切り札」としての権利が侵害される場合がある。この場合、「基本的権利」としては承認されないが、裁判所は最低限、国家権力の限界として、「切り札」としての権利が侵害されているかどうかを審査しなければならない。

既述のローレンス判決は、同性愛の自由を「基本的権利」として明示せず、修正第14条の「自由」に含まれるとして、最もゆるやかな合

⁽⁷³⁾ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass. & London: Harvard University Press, 1985, p.359.

⁽⁷⁴⁾ 「切り札」としての権利については、長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学3 人権保障(1)』日本評論社, 1994, pp.56-58; 駒村圭吾「基本的人権の観念① (人権の意味)」『論点探究 憲法』p.22 以下参照。

⁽⁷⁵⁾ 長谷部恭男『『公共の福祉』と『切り札』としての人権』『法律時報』74巻4号, 2002.4, p.85.

理性の基準を適用したが、規制目的として同性愛に対する道徳的不承認は許されないとしたのは、まさに憲法上の原則として「切り札」としての権利、人格の根源的平等性を承認したものといえよう。

これまでの考察をもとに、日本における自己決定権の具体的問題を、裁判例を中心に検討することにしたい。

VI 日本における具体的問題の検討 — 裁判例を中心に

1 輸血拒否

医療拒否の一つである輸血拒否に関する裁判例として、宗教上の教義によって輸血が禁止されているエホバの証人の信者が、輸血拒否の意思を明示したにもかかわらず、その意に反して国立病院の医師が患者の生命を救うために輸血を行った事件がある。

東京高等裁判所は、輸血拒否に関する患者の同意を、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定することができるという自己決定権に由来するもの」⁽⁷⁶⁾と判示して注目された。これに対し、最高裁判所は控訴審判決を維持したものの、輸血拒否の意思決定を「人格権の一内容として尊重しなければな

らない」とするにとどまっている⁽⁷⁷⁾。

輸血拒否は自己の生命・身体の処分に関する決定であり、保障範囲を限定する人格的利益説であっても、自己決定権として保障されるものである⁽⁷⁸⁾。

このように自己決定権として保障される点で学説上争いが無いものは、日本の最高裁判例では本件のみであり、それ以外の最高裁判例はすべて、人格的利益説に立脚する場合、自己決定権として保障されないものに関する。このことが日本の判例で自己決定権が語られない一因といえる。

2 尊厳死・安楽死

尊厳死や安楽死の許容性の限界について⁽⁷⁹⁾、正面から扱った裁判例はごく少数、しかも下級審判例しか存在しないものの、その社会的重要性ゆえに、以下詳しく検討することにする。

(1) 東海大安楽死事件⁽⁸⁰⁾ — 安楽死

本件は、余命があと1日2日の末期癌患者の家族の強い要請を受け、主治医が治療を中止し、さらに同様の要請を受けて苦痛緩和措置として間接的安楽死にあたる行為をとり、再び同様の要請を受けて積極的安楽死にあたる行為により死亡させたという事案である。当初は治療行為の中止が行われる予定であったが、予期せぬ展

(76) 東京高判平成10年2月9日・判時1629号34頁；浅野博宣「自己決定権と信仰による輸血拒否」『憲法判例百選 I』p.56以下。

(77) 最一小判平成12年2月29日・民集54巻2号582頁。

(78) 小泉良幸「基本的人権の観念②（自己決定権）」『論点探究 憲法』p.32以下；長谷部恭男『憲法 第3版』新世社，2004，pp.170-171参照。

(79) 日本学術会議・死と医療特別委員会報告「尊厳死について」（平成6年5月26日）；厚生労働省・終末期医療に関する調査等検討委員会（座長・町野朔）『終末期医療に関する調査等検討会報告書 — 今後の終末期医療の在り方について』（平成16年7月）；中山研一『安楽死と尊厳死—その展開状況を追って—』成文堂，2000；甲斐克則『安楽死と刑法』成文堂，2003；同『尊厳死と刑法』成文堂，2004等参照。憲法学的考察として、竹中 前掲注(71)，p.81以下；駒村圭吾『生命・人間・倫理』の憲法論(1)~(3)『白鷗法学』1号，1994.4，p.147以下、3号，1995.2，p.99以下、4号，1995.9，p.81以下等参照。

(80) 横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁。佐伯仁志「安楽死」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 第5版』（別冊ジュリスト166）有斐閣，2003，p.42以下。

開から安楽死まで行われるに至ったという点に特色がある。本件では安楽死にあたる行為のみが起訴されているにもかかわらず、横浜地裁は治療行為の中止の要件についても示している点で批判されているが、アメリカの判例で否定されている積極的安楽死について許容される要件⁽⁸¹⁾を提示した点でとりわけ注目される⁽⁸²⁾。

もっとも、積極的安楽死の独自の要件として、下記の④だけでは、結果の重大性に比し、手続的に不十分であるといわざるをえない。

<治療行為の中止>

- ①患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあること（患者の自己決定権とは死ぬ権利ではなく、死の迎え方についての選択権にすぎない。死の回避不可能性判断は複数の医師による反復した診断による。）
- ②治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それが治療行為の中止を行う時点で存在すること（ただし推定的意思も許容し、リビング・ウィルや家族の意思表示などによって認定する。その際には「疑わしきは生命の維持を利益に (*in dubio pro vita*)」。）
- ③治療行為の中止の対象となる措置は、薬物投与、化学療法、人工透析、人工呼吸器、輸血、栄養・水分補給など、疾病を治療するための

治療措置及び対症療法である治療措置、さらには生命維持のための治療措置など、すべてが対象となってよいと考えられる。しかし、どのような措置を何時どの時点で中止するかは、死期の切迫の程度、当該措置の中止による死期への影響の程度等を考慮して、医学的にもはや無意味であるとの適正さを判断し、自然の死を迎えさせるという目的に沿って決定されるべきである。

<安楽死>

- ①患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在すること
- ②患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていること
- ③患者の意思表示
- ④間接的安楽死（苦痛を除去・緩和するための措置を取るが、それが同時に死を早める可能性がある治療型のもの）においては、治療行為の中止と同じく推定的意思で足りる。積極的安楽死（狭義の積極的安楽死。苦痛から免れさせるため意図的積極的に死を招く措置をとるもの）においては、医師により苦痛の除去・緩和のため容認される医療上の他の手段が尽くされ、他に代替手段がない事態に至っていることが必要であり、推定的意思では足りない。

81) なお、東海大安楽死事件以前に安楽死の要件を示した判例として、名古屋高判昭和37年12月22日・高刑集15巻9号674頁がある。これは不治の病に冒され死期が切迫し、耐えがたい苦痛にさいなまれる父親をそこから救うため、これに有機燐殺虫剤を混入した牛乳を飲ませ、有機燐中毒により死亡させたという事案であり、名古屋高裁は適法な安楽死の要件として、次のものを提示した。

- ①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること
- ②病者の苦痛が甚しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものなること
- ③もつばら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと
- ④病者の意識がなお明瞭であつて意思を表明できる場合には、本人の真摯な囑託又は承諾のあること
- ⑤医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえない首肯するに足る特別な事情があること
- ⑥その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものなること

82) 結論として判決は、安楽死の許容要件を充たしていないとして、殺人罪の成立を認めたが、酌量減刑の上、被告人を懲役2年執行猶予2年に処している（確定）。

(2) 川崎協同病院事件⁽⁸³⁾ — 尊厳死

(i) 本判決の意義

本件も東海大安楽死事件と同様、当初は治療行為の中止が行われる予定であったが、予期せぬ展開から安楽死まで行われるに至ったという点に特色がある。本判決は治療中止の要件のみを示し、治療中止の許容性の根拠として、「患者の自己決定の尊重と医学的判断に基づく治療義務の限界」をあげ、さらに死期の切迫性の判断や患者の推定的意思の認定に際し、「疑わしきは生命の利益に」の原則が妥当することを繰り返し強調している。本判決は、尊厳死の意義、家族の判断の位置づけなど、きわめて重要な判示をしたことから、詳細に紹介することにした⁽⁸⁴⁾。

まず、末期患者の自己決定の位置づけについてみる。末期患者の自己決定の尊重は、「自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置付けられるべきである」と判示している。末期患者の自己決定を、既述のアメリカの判例においても否定されている「死ぬ権利」ではなく、生き方の延長ととらえている点で注目される。

しかし、このような自己決定を「人間の尊厳、幸福追求権の発露」としながら、端的に憲法上の権利と位置づけず、「反射的なもの」としている点で問題がある。

(ii) 治療中止の要件

①回復の見込みがなく死が目前に迫っているこ

と、それを患者が正確に理解し判断能力を保持しているということ。なお、回復不能でその死期が切迫していることについては、医学的に行うべき治療や検査などを尽くし、他の医師の意見等も徴して確定的な診断がなされるべきであって、あくまでも「疑わしきは生命の利益に」という原則の下に慎重な判断が下されなければならない。

②自己決定の前提として十分な情報（病状、考えられる治療・対処法、死期の見通し等）が提供され、それについての十分な説明がなされていること、患者の任意かつ真意に基づいた意思の表明がなされていること。なお、末期医療における治療中止においては、その決定時に、病状の進行、容体の悪化等から、患者本人の任意な自己決定及びその意思の表明や真意の直接の確認ができない場合も少なくないと思われる。前記自己決定の趣旨にできるだけ沿い、これを尊重できるように、患者の真意を探求していくほかない。その真意探求に当たっては、本人の事前の意思が記録化されているもの（リビング・ウィル等）や同居している家族等、患者の生き方・考え方等を良く知る者による患者の意思の推測等もその確認の有力な手がかりとなると思われる。その探求にもかかわらず真意が不明であれば、「疑わしきは生命の利益に」。

③治療義務の限界については、医師が可能な限りの適切な治療を尽くし医学的に有効な治療が限界に達している状況に至れば、患者が望んでいる場合であっても、それが医学的にみて有害あるいは意味がないと判断される治療については、医師においてその治療を続ける義務、あるいは、それを行う義務は法的には

⁽⁸³⁾ 横浜地判平成17・3・25判例集未搭載。判決の内容の紹介と評釈として、小林憲太郎「治療中止の許容性の限界 — 川崎協同病院事件」『刑事法ジャーナル』2号, 2006.1, p.84以下; 甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任 — 川崎協同病院事件第1審判決に寄せて」『ジュリスト』1293号, 2005.7, p.98以下。

⁽⁸⁴⁾ 結論として判決は、治療中止の許容要件を充たしていないとして、殺人罪の成立を認めたが、酌量減輕の上、被告人を懲役3年執行猶予5年に処している。なお被告人は控訴中である。

ないというべきであり、この場合にもその限度での治療の中止が許容されることになる。なお、医師があるべき死の迎え方を患者に助言することはもちろん許されるが、それはあくまでも参考意見に止めるべきであって、本人の死に方に関する価値判断を医師が患者に代わって行うことは、相当ではないといわざるを得ない。

(iii) 要件の検討

①の回復の見込みがなく死が切迫していることという要件は、自殺と区別するために必要な要件である。死の不可逆性から、やはり二人以上の医師の判断が慎重な手続として必要であろう。

②の要件は、まさにインフォームド・コンセントを要求するものであるが、とりわけ注目されるのは、患者の真意の認定の問題である。尊厳死の場合、①の要件を充たす時点では患者の意思能力がないことが多い。もちろん、リビング・ウィルなど、患者の意思を明確に示す証拠が存在すれば問題は小さいが、そのようなものがない場合、家族の判断が問題となる。本判決は、家族の判断を、患者の意思を推測するためのものと位置づけている点できわめて興味深い。患者の自己決定を尊重する見地から、患者の真意の探求として、同居している家族等、患者の生き方・考え方等を良く知る者による患者の意思の推測が重視されるのである。したがって、家族に固有の決定権や、患者の意思決定の代行権を与えるのとは異なるのであり、家族は客観的な「最善の利益」を判断するのではなく、あくまで患者の生き方を前提とした上での判断でなければならないのである⁽⁸⁵⁾。家族の判断を、

患者の自己決定尊重の見地から再構成するものといえる。

さらに本判決で注目されたのが、③の治療義務の限界である。患者側の意思による治療中止が尊厳死の問題として議論されるのであるが、治療義務——道徳的義務はともかくとして法的義務——の限界として、あくまで医学的観点から——医師の価値観からではなく——医師側の決定により治療を中止しうる場合があることを判示した。法的義務の問題とはいえ、患者側の意思を無視することが許されるのか、たとえ許されるとしても死期の切迫性の判断以上に、複数の医師による判断など慎重な手続が必要である。

3 ライフスタイルに関する決定

(1) バイクに乗る自由

バイクに乗る自由は、バイク免許取得・バイク乗車・バイク購入を禁止する、いわゆる「三原則」を定めた校則に違反したことを理由に、自主退学させられた複数の事件において争われた。

下級審判例の中には、「憲法13条が保障する国民の私生活における自由の一つとして、何人も原付免許取得をみだりに制限禁止されない」と判示したものもある⁽⁸⁶⁾。しかし最高裁判所は、私立学校の事例であることから、私人間効力論⁽⁸⁷⁾に関する限りなく無効力説に近い見解に依拠して、憲法論を展開せず、「本件校則が社会通念上不合理であるとはいえない」とした⁽⁸⁸⁾。

人格的利益説によれば、バイクに乗る自由は、「人格的生存に不可欠な利益」とはいえないから、自己決定権として保障されない。もっとも、

⁽⁸⁵⁾ 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編『ケース・スタディ 生命倫理と法』有斐閣、2004、p.86以下。

⁽⁸⁶⁾ 高松高判平成2年2月19日・判時1362号44頁。

⁽⁸⁷⁾ 伝統的な憲法学によれば、憲法上の権利は公権力に対して主張しうるものであり、私人間の問題には適用されない。私人間効力論については、高橋 前掲注(69)、p.13以下参照。

⁽⁸⁸⁾ 最一小判平成3年9月3日・判時1401号56頁；恒川隆生「校則によるバイク制限」『憲法判例百選I』p.54以下。

平等原則や比例原則、そして「切り札」としての権利により、憲法問題として争う方法が考えられる。しかし、校則は教育目的によるものであることから、内容が著しく不合理でない限り、違憲あるいは違法とはならず、「三ない原則」を定めた校則は著しく不合理とはいえないと思われる。

(2) 髪型の自由

髪型の自由は、バイクに乗る自由と同様、校則裁判として争われた。パーマを禁止する私立高等学校の校則に違反することを理由に自主退学させられた、修徳高校パーマ退学事件において、東京地方裁判所は、「髪型を自由に決定する権利は、個人が一定の重要な私的事柄について、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の一内容として憲法13条により保障されている」と判示した⁽⁸⁹⁾。しかし、最高裁判所はバイクに乗る自由と同様、私立学校の事例であることから、憲法論を展開しなかったのである⁽⁹⁰⁾。

髪型の自由については、バイクに乗る自由と異なり、人格的利益説であっても、「髪型や服装などの身じまいを通じて自己の個性を実現させ人格を形成する自由は、精神的に形成期にある青少年にとって成人と同じくらい重要な自由である」として、自己決定権として承認する説が有力である。もっとも、注意しなければならないのは、このように髪型の自由を自己決定権として保障する論者であっても、規制立法の審査基準としては、厳格審査基準ではなく、それ

より緩和された中間審査基準を主張するということである。

しかし、髪型の自由は、やはり「人格的生存に不可欠な利益」とはいえないし、また「切り札」としての権利が侵害される蓋然性が大きい類型とは必ずしもいえないことから、自己決定権としては保障されないであろう。もっとも、個別的に「切り札」としての権利を侵害しているとして違憲とされる場合がありえよう。そのような場合にまさに当たると解される事例が、いわゆる熊本丸刈り訴訟である⁽⁹¹⁾。

この事件では、男子学生の髪型を一律丸刈りとする公立中学校の校則が問題とされた。一律丸刈りを強制して選択の余地を認めないことは、前述した髪型の決定の青少年にとっての意義を加味すると、憲法原則である「切り札」としての権利を侵害するものとして違法・違憲と解される⁽⁹²⁾。

(3) 自己消費目的の酒類製造

自己消費目的の酒類製造を自己決定権の行使として主張したのが、いわゆる「どぶろく裁判」である。酒税法によれば酒類製造は製造目的にかかわらず免許制となっているところ、本件は無免許で自己消費目的の酒類製造をしたために、酒税法違反で起訴された事件である。最高裁判所は酒税法の立法目的を、酒税の徴収の確保とし、租税立法については専門的技術的裁量があるとして、酒税法を合憲と判断した⁽⁹³⁾。

自己消費目的の酒類製造は、人格的利益説によれば、自己決定権として保障されない⁽⁹⁴⁾。

⁽⁸⁹⁾ 東京地判平成3年6月21日・判時1388号3頁。

⁽⁹⁰⁾ 最一小判平成8年7月18日・判時1599号53頁。

⁽⁹¹⁾ 熊本地判昭和60年11月13日・判時1174号48頁。

⁽⁹²⁾ 本判決については、浅利祐一「公立中学校における髪型の規制」『憲法判例百選Ⅰ』p.46以下参照。同様の見解として、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』有斐閣、2005、p.127。高橋は「丸刈りの強制は、髪型の規制を超えて、画一性を押しつける意味をもっていて問題ではある」と指摘している。

⁽⁹³⁾ 最一小判平成元年12月14日・刑集43巻13号841頁。

⁽⁹⁴⁾ どぶろく作りを、生活財の生産・消費として財産権にかかわる問題ととらえるものとして、土井真一「酒類製造免許制と酒をつくる権利——どぶろく裁判」『憲法判例百選Ⅰ』p.52以下。

また、自己消費目的の酒類製造の禁止は、被規制者に対する「憎悪」にもとづくものとも考えられない。酒税の確実な徴収のために酒類製造を免許制とすることは実質的な合理的関連性がないことから、酒税法の真の目的は、業界団体の既得権保護ではないかといわれている。たしかに、規制目的は公共性がなければならないが、基本権ではない場合に、裁判所が憲法問題として審査し得るのは、「切り札」としての権利の侵害であり、それ以外の点に関する公共性の判断については、議会と裁判所の役割分担をいかに考えるかによろう。

(4) 個人鑑賞目的での猥褻表現物の輸入

刑法第175条は猥褻物について、頒布・販売目的での所持を禁止しているが、個人鑑賞目的での所持を許している。これに対し関税率法は、目的にかかわらず一律に猥褻物表現物の輸入を刑罰で禁止している。最高裁判所は、輸入目的を識別するのは困難であることや、流入した猥褻表現物を頒布・販売の過程におくことは容易であることに鑑みると、国内における健全な性的風俗を実効的に維持するために、一律に輸入を禁止することも憲法第13条に反しないとした⁽⁹⁵⁾。

個人鑑賞目的での猥褻表現物の輸入は、人格的利益説によれば、自己決定権として保障されない。もっとも、その禁止は、規制対象に対する道徳的不承認、被規制者に対する「憎悪」によるものと解されることから、少なくともこの点に関しては、裁判所は立ち入って判断すべきといえる。

(5) 喫煙の自由

喫煙の自由が問題とされたのは、未決拘留者が監獄内での喫煙禁止を争った事件である。最高裁判所は、「喫煙の自由は憲法13条の保障す

る基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」として、監獄内において喫煙を禁止することは、拘禁目的のために必要かつ合理的なものであり、合憲と判断したのである⁽⁹⁶⁾。

喫煙の自由は、人格的利益説によれば、自己決定権として保障されない。またその禁止は、被規制者に対する憎悪によるものと解されないから、「切り札」としての権利の侵害ともいえない。

最後に、少子化対策について、自己決定権の観点から検討することにした。少子化対策は、自己決定との関係で日本ではこれまであまり問題とならなかった論点を浮上させる可能性がある。

4 少子化対策への示唆 — リプロダクション、同性愛、財政支援

(1) リプロダクションに関する決定

日本においてはアメリカと異なり、キリスト教徒は少数であることもあり、リプロダクションに関する決定は、中絶についても事実上自由とされてきた。しかし、少子高齢化が今後ますます深刻化した場合、少子化対策の一環として、リプロダクションに関する決定が規制される可能性もある。

しかし、子どもをつくるかどうかは、人格的生存に不可欠であり、自己決定権に関するいかなる学説に立脚しても、自己決定権として保障される。しかも、そうした決定は、中絶の自由を確認したケイシー判決において示されたように、宗教的信念を典型とする、自己の根底的確信に依拠するものであり、最大限の尊重が必要とされる。したがって、規制には厳格審査が適用されるが、この点、少子化の抑止が、「やむにやまれぬ利益」と判断されるかどうかは疑問であるし、たとえこれをクリアーするとしても、

⁽⁹⁵⁾ 最小判平成7年4月13日・刑集49巻4号619頁。

⁽⁹⁶⁾ 最大判昭和45年9月16日・民集24巻10号1410頁。

手段として厳格な適合性をクリアしなければならず、避妊や中絶を全面的に禁止することはできない。

(2) 同性愛

同性愛についても、日本では宗教的罪と一般に考えられていないことから、犯罪とはされていない。しかし、日本においても社会的偏見は強く⁽⁹⁷⁾、少子化対策と称して、同性愛を禁止する措置がとられる危険性がゼロではない。

自己決定を自由意思による選択と解すると、同性愛は、生来的なものであると有力に考えられていることから、自己決定とはいえないことになる。論者の中には、同性愛は人格的生存に不可欠とはいえないとして、憲法上の自己決定権として保障しない見解もある。それゆえ、人格的利益説は「理性的」とは一般に考えられない決定を排除すると批判されるのである。

しかし、人格的利益説に立脚しても、自己決定を既述の共同体論をふまえた自律の再構成としてとらえると、自己決定の尊重は、自己の根底的確信の尊重、自尊の保障であり、同性愛者にとって同性愛はまさに自己の根底的確信といえるから、憲法上の自己決定権として保障される。また同性愛はソドミー行為に着目して議論されるが、同性愛も異性愛と同様、性行為に尽きるわけではなく、親密な結合の一つといえる。親密な結合は、家族を典型とするように、信念の形成・修正の場の基本的単位であり、それに国家が介入することは、信念形成というメタレベルの次元で、自己決定を侵害することを意味する。したがって、リプロダクションに関する決定と同様、同性愛の規制についても、厳格審

査基準が適用されるのであり、少子化対策のために同性愛を禁止することはできない。

もっとも、現代の日本において、少子化対策として、避妊や中絶や同性愛の禁止など、規制の形式がとられることは考えにくく、金銭補助を中心とする給付による誘導がとられるものと思われる。

(3) 給付の両義性 — 真の自己決定の条件と政府言論

たしかに、金銭補助をはじめ、保育施設などの子育て支援施設の設置といった子育ての諸条件を整備することは、少子化対策という社会全体の利益のためだけでなく、子どもを生むかどうかの決定の客観的条件として、真の自己決定のためにも要請される。現にアメリカでは既述のとおり、出産に対しては医療費補助を与えるのに、中絶に対しては医療費補助どころか公立病院での処置を認めないことの合憲性が争われている。しかし、給付は両義的であることに注意しなければならない。

かつて給付は、自由の侵害たりうる規制と異なり、憲法問題とはならないと考えられていた。しかし、給付は一種の「政府言論 (Government Speech)」⁽⁹⁸⁾ であり、政府の権威性ゆえに、個人の信念の形成、ひいては社会の支配的な見解の形成に過大な影響を及ぼす⁽⁹⁹⁾。したがって、少子化対策として給付行政を行う場合であっても、子どもをつくらぬ女性をあたかも国を滅ぼす「非国民」とするメッセージを伝え、事実上、決定者に不当な圧力をかけないよう、慎重な配慮が求められる⁽¹⁰⁰⁾。

⁽⁹⁷⁾ 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否 — 東京都青年の家事件」『憲法判例百選 I』p.70 以下参照。

⁽⁹⁸⁾ 蟻川恒正「政府と言論」『ジュリスト』1244号, 2003.5.1-15, p.91 以下; 阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」『法律時報』74巻1号, 2002.1, p.30 以下; 駒村圭吾「国家助成と自由」『論点探究 憲法』p.169 以下参照。

⁽⁹⁹⁾ 給付行政をめぐる憲法学的問題は、既にアメリカで、中絶や言論に対する公的支援などをめぐり議論されている。中林暁生「違憲な条件の法理」『東北法学』65巻1号, 2001.4, p.33 以下。

おわりに

近時の憲法改正草案においては、現憲法では明文で規定されていない権利を明文で規定することが、一つの焦点となっている。しかし、これまでの考察から明らかのように、明文がなくても、憲法の解釈により、憲法上の権利として承認しうるものであり、その意味で憲法は動的なものである。

興味深いことに自己決定権は、アメリカにおいても日本においても、憲法の明文がないにもかかわらず、憲法の解釈により憲法上の権利と

して承認されている。しかしそれは、憲法の有する動的な性質のみによって可能になったわけではない。そもそも、政治哲学の次元で、政府は個人を道徳的人格、すなわち自律的存在として等しく扱わなければならないことが要求されるのであり、近代立憲主義は、この政治道徳的原理にコミットしていると考えられるのである⁽¹⁰¹⁾。

憲法は「明文なき権利」を解釈により承認する点で動的である一方、普遍的な政治道徳的原理にコミットしている点で静的でもあることに留意する必要があるだろう。

(まき みさき 千葉大学助教授)

⁽¹⁰⁰⁾ このような懸念は「政府言論」に関する憲法学的考察から帰結されうるものであるが、それはまたとりわけジェンダー法学の観点からも表明されている。例えば、浅倉むつ子「少子化対策をめぐる法政策とジェンダー」『法学セミナー』588号、2003.12、pp.70-71。浅倉は「少子化社会対策基本法（平成15年法律第133号）」と「次世代育成支援対策推進法（平成15年法律第120号）」について、女性の自己決定権すなわちリプロダクティブ・ヘルス／ライツ（性と生殖に関する健康と権利）を、少子化対策の基本理念とすべきであったと評している。同様の見解として、菅野淑子「少子化対策と労働法——リプロダクティブ・ライツと家族概念からの検討——」『日本労働法学会誌』106号、2005.11、p.91以下；中里見博「ジェンダー法学の新たな可能性——笹沼、菅野報告に関するコメント」同上、pp.103-104。

⁽¹⁰¹⁾ 高橋 前掲注⁽⁹²⁾、p.71 参照。