

自己決定権は、裁判官の恣意を生むのか

竹内 友紀子*

目次：

第1章 問題の所在

第1節 序論

第2節 自己決定権に関する日本の学説状況

- 1 自己決定権に対して積極的な学説
- 2 自己決定権に対して消極的な学説

第3節 問題提起と構成

- 1 問題提起
- 2 考察方法の検討
- 3 構成

第2章 日本の自己決定権に関連する判例

第1節 判例検討の意義と目的

第2節 判例の検討

- 1 公法分野の訴訟
- 2 私法分野の訴訟

第3節 結論

第3章 アメリカとドイツの判例学説の状況

第1節 序論

第2節 アメリカに関する検討

- 1 判例紹介
- 2 検討

第3節 ドイツに関する検討

- 1 判例紹介
- 2 検討

第4節 アメリカとドイツの判断理論

第5節 小括

第4章 結論と今後の課題について

* 名古屋大学法科大学院修了生（2011年3月末修コース修了）。
本稿の作成にあたっては、財団法人末延財団による平成22年度法科大学院奨学生としての助成をえた。

第1章 問題の所在

第1節 序論

(1) 憲法13条による新しい人権の創出

社会変革に伴って、思想良心の自由、表現の自由などの憲法上明示的に規定される歴史的に重要な人権以外にも、人権として扱われるべき法的利益が発見されることがある。そのような新たな利益を保護する憲法上の根拠規定として、憲法13条を挙げる見解が、学説上支配的地位を占めている¹。

そうした憲法13条から導出される新しい人権のひとつとして、自己決定権があるといわれている。自己決定権とは、個人が公権力の干渉や介入なしに私的事項を決定できる自由とされる²。自己決定権は、当初、民法・医事法領域において問題が認知されてきた³。その先駆けは、不法行為に基づく損害賠償請求における新たな被侵害利益として、自己決定が位置づけられたことにあるだろう。さらに、生殖や死などにかかわる医療技術の進歩、宗教的その他のマイノリティの運動の興隆、集团的画一主義を見直す機運から⁴、自己決定権が意識されるようになる。憲法上も、1980年代から、自己決定権が注目を浴びようになり⁵、佐藤幸治教授の『憲法』(青林書院、1981)により、初めて「人格的自律権(自己決定権)」という用語が憲法の体系書・教科書に登場した⁶。そして、現在の憲法学説の多勢は、自己決定権を新しい人権として位置づけている。

(2) 自己決定権の問題点

自己決定権に関して、一般に、次の二つの問題が提起されることが多い。

第一に、自己決定権の範囲をどう画定するかが定かではないという問題である。人間が他者と関与して社会的生活を営む以上、個人の決定がいかなる場合にも絶対的に保護され

¹ 芦部信喜『憲法』(有斐閣、第4版、2007)115頁、佐藤幸治『憲法』(青林書院、第3版、1995)445～446頁参照。また、人権が列挙されたものに限定されるとすると、新しい人権を認めるには憲法改正が必要となるが、硬性憲法の日本では、時代の要請に対応するための柔軟性を欠いている。すると、憲法は、人権をそこに列挙した個別的人権類型に限定したのではなく、時代の変化に応じて生ずる個人の新しい必要・要求が具体的人権として個別化されることを認めていると解するべきであるとされる(高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005)120～121頁)。

他方、憲法13条の法規範性を否定する学説もある。伊藤正己教授は、幸福追求権は、一般的にはそれのみでは具体的な人権を生み出すものではなく、民法709条など他の法理の規定による補充を受けて初めて裁判によって実現される人権となると考える(伊藤正己『憲法』(弘文堂、第3版、1995)228頁～231頁参照)。

² 芦部・前掲注(1)121～122頁、内野正幸「自己決定権と平等」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』(岩波書店、1998)5頁等参照

³ 憲法に先んじて、民法学者である山田卓生教授が、1979年から自己決定について類型的な考察を行っている(山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社、1987))。さらに、後述のエホバの証人輸血拒否事件の地裁判決(東京地判平成9年3月12日判タ964号82頁(1998))に関する評釈としては、山田卓夫教授と西野喜一教授の評釈はあるが、憲法学者の評釈は見当たらない。憲法学説上、自己決定権が人権カタログとは独立して、かつ明確に憲法上の人権としての位置づけを与えられるようになったのは、比較的最近のことと言えるのではないか。

⁴ 内野・前掲注(2)5頁

⁵ 内野・前掲注(2)5頁

⁶ 竹中勲「憲法上の自己決定の意義」産大法学29巻4号28頁、47頁(1996)

ことは想定し難い。通説も、人権には「公共の福祉」による内在的制約が課されていると解している⁷。そのような自由に対する制約という形で、憲法が私法関係に少なからず影響を及ぼすことを勘案すれば⁸、近代法の基底にある予見可能性を保護する必要もある。ところが、自己決定権の根拠とされる憲法 13 条の文言は、明白でもないし一義的でもない。よって、何が憲法上の保護に値する自己決定権であるかが憲法の文言のみからは明らかにならない。そのため、解釈の名のもとで、各自の雑多な「幸福」が「人権」として無秩序に主張され、予見可能性を害したり、「人権」の意味が希薄化したりする等の弊害が生じかねない。また、自己決定権を推進するという前述の集团的画一主義を見直す機運などが、価値観の多様化を背景にしているのであれば、価値観の多様性ゆえ、何が法的保護に値する自己決定であるかを判断する困難さは更に高まるだろう。

第二に、憲法 13 条という曖昧な規定に基づく自己決定権を用いて、裁判官が全ての法律を審査し、立法府の判断を覆しかねないという問題である。民主的正当性の乏しい裁判所による、立法府の判断の否定をどう正当化できるのか。司法審査の正当化については、人権を多数者の圧政から保障する点に見出す学説、司法審査を民主的政治過程の自己保存の手段として位置づける学説などがある⁹。前者は、自由主義の観点からの司法府の正当化である。後者は、民主プロセス自体を形骸化するような立法がなされたときには、その審査に対して立法府の判断を尊重するという論理は成り立たないとして¹⁰、司法審査を正当化しようとする。司法審査の正当性の基礎づけを積極的に行おうという姿勢からは、民主主義の結果を覆す司法審査に対する慎重な態度が前提とされていることがわかる。そうであれば、裁判官の恣意的判断を許しかねない曖昧な憲法 13 条という規定に基づいて立法府に否定的判断を下しかねないとなれば、自己決定権を認めることには積極的になれないであろう。

（3）検討方針

以上のように、自己決定権の範囲をどうやって画定すればよいのか、そして曖昧な規定に基づく自己決定権を認めることが裁判官の恣意的判断をもたらすおそれはないのかという懸念が、問題となる。この問題をどのように検討していくか。

⁷ 「公共の福祉」の観念をすべての権利を規制する原理としつつ、制約がすべての人権に論理必然的に内在しており、しかも、権利の性質に応じて権利の制約の程度が異なると解する、一元的内在制約説による理解である（芦部・前掲注（1）98～99頁、佐藤・前掲注（1）402～403頁参照）。一元的内在制約説に立った場合に、「公共の福祉」の意味するところを検討すれば、全ての人権が内在的制約に服する可能性を有する時点で、人権や人権制限の性質を個別的に判断するしかなくなり——判断基準を定立したいのならば——具体的事例に照らした判例の蓄積を待つことになる。

⁸ 憲法の私人間効力の問題について、直接適用説は言うまでもなく、判例（最判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁）が採用していると言われている間接適用説に立っても民法の一般規定に憲法理念が充足される。無適用説であっても私法規定の背後に憲法と同様の理念が控えているのであるから、私法上も、憲法上の人権として自己決定権が確立すれば影響を受けざるをえまい。

⁹ 長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」法律時報 69 卷 6 号 49 頁（1997）参照

¹⁰ 高橋・前掲注（1）363 頁以下参照

まず、自己決定権の範囲の画定基準を明確に示すことができるのかについて検討する。自己決定権の範囲が、憲法13条の解釈として客観的に明確に決定されるのであれば、裁判官は憲法に反するような権利の認定をすることはないであろう。そのために、第2節では、自己決定権に関する日本の学説状況を概観する。学説の検討により、自己決定権の範囲の明確な画定基準の存在が明らかになれば、裁判官の恣意的判断のおそれは減少するはずである。

次に、自己決定権により裁判官が恣意的に立法府の判断を覆す懸念があるのかどうかを検討する。仮に、自己決定権の範囲の画定基準を定立できないとしても、裁判官の恣意的判断の懸念が払拭されれば、実務的には、自己決定権を認めることによる障害の発生は一定程度否定できると考えられるからである。そこで、第3節で、自己決定権を認めることに消極的な松井教授の説を参照にして、具体的に自己決定権を認めることにどのような問題があるのか、問題提起をする。その上で、問題を解決するための方法について述べる。

第2節 自己決定権に関する日本の学説状況

1 自己決定権に対して積極的な学説

(1) 日本における通説的な自己決定権の位置づけ

日本の学説の中では、法13条が新しい人権の導出根拠規定になること、そして、自分のことを自分で決めるという自己決定が憲法上の保護に値する(場合がある)ことについて、共通理解がある。もっとも、学説内では、以下に述べるような人格的利益説と一般的行為自由説の対立が見られる。

(2) 人格的自律説

ア 佐藤幸治教授の見解¹¹

人格的自律説の提唱者である佐藤幸治教授によれば、幸福追求権の一部として、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する。そして、教授は、権利の具体的内容を、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、④その他の事項に類型化して考える。

このうち、①は最も根源的な自律に関わり、②は世代を追って文化や価値を伝えていく意味で、社会の多元性の維持にとって根本的な条件であり、個人の自己実現、自己表現という人格的価値を有する。また、③は遺伝的素質を伝え、あるいは妊娠・出産といった事柄に関わるものとして、①②に関わる。以上から、佐藤教授は、①②③を自己決定権の範疇とする。④として想定できる服装・身なり、飲酒・喫煙等は憲法上の保障類型とは位置づけない。

¹¹ 佐藤・前掲注(1) 459頁以下参照

しかし、人格的自律にとって周辺部に位置するものでも、様々な事柄が人格の核を取り囲み、全体としてそれぞれのその人らしさを形成している点から、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場合があるとされる¹²。自己決定権の範疇にないとされる自由の規制であっても、法治国家原理という客観的憲法原理の一要素である比例原則を用いて¹³、当該自由に対する規制目的や態様如何によっては、憲法上許容されない場合があるとして、憲法の保障を及ぼそうとする。また、将来的に①②③以外のものが、人権としての地位を獲得する余地も残している。

イ 芦部信喜教授の見解¹⁴

芦部教授によれば、①子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由、②身じまいなどライフスタイルを決める自由、③医療拒否、とくに尊厳死など生命の処分を決める自由など、「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」が自己決定権とされる。

そして、個人の人格的生存に不可欠な権利自由として保護に値するというために、長期間国民生活において基本的なものと考えられてきたという歴史的な正当性に裏付けられ、多数の国民がしばしば行使若しくは行使できるという普遍性を有し、他人の基本権を侵害するおそれがない（若しくはきわめてすくない）という公共性のあるものであることを要求する¹⁵。このような要件が具備されることをもって、当該決定を憲法 13 条により人権として認めるのである。

ウ 小括

以上の論者に代表される人格的自律説は、憲法上の人権として保護される人権範囲を質的に限定する。この点については、人権の価値を重視しているという積極的な評価もできるが、同時に人権範囲の縮小を意味し、人権保障を狭める重大な欠陥をもつとの批判がある¹⁶。また、人格的利益とそれ以外のものとの区別が明確ではなく、論者が人権と認めたくないものを恣意的に排除する危険性も指摘されている。実務的に言えば、裁判官が人権と認めたくなければ、当該自己決定が恣意的に排除されるおそれもあるということである。

（3）一般的行為自由説

人権の量的拡大に重きを置くのが一般的行為自由説である。人格的自律説が、自己決定が権利になる範囲を限定しようとしているのに対し、一般的行為自由説は、人間の行いうる自由に関するいかなる決定も自己決定権として保護されるという前提を取る。

戸波教授に代表される一般的行為自由説の論者の共通点は、幸福追求権によって個人の自由な行動を広範に保障しようとするところにある。個人の自由な行為という意味での「一

¹² 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法教 98 号 17 頁（1988）、佐藤・前掲注（1）461 頁参照

¹³ 小山剛「演習」法教 275 号 121 頁（2003）

¹⁴ 芦部・前掲注（1）121 頁以下参照

¹⁵ 芦部信喜『演習憲法』（有斐閣、新版、1988）56、57 頁

¹⁶ 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法教 158 号 37 頁（1993）

一般的行為の自由」が、幸福追求権として保障される。ただし、どのような行為も許されるということは前提とされていない。憲法の保障は、他者への加害行為にまで及ぶものではないとされている¹⁷。極めて明瞭な他者への侵襲は、そもそも一般的自由の保護領域から除かれるべきとされる¹⁸。あるいは、最初からそのような行為の自由を除外した上で、自由の概念を定義することもありうる¹⁹。また、一般的行為の自由が保護されるとしても、その保護は一律に厳格になるのではなく、濃淡がある。人格的利益に関わる部分は厳格に審査されるが、周辺的な自由については、その審査基準は緩められるとされている。

一般的行為自由説に対しては、以下のような批判が向けられる²⁰。人権の量的拡大が、人権のインフレ化を招き、人権の価値を薄めてしまうのではないかという批判がある。更に、量的拡大により認められた人権が、「公共の福祉」の制約に服するならば、結局、人権を広く認めることが「公共の福祉」の名のもとに人権制限を強化させることにつながりかねないという指摘もある。

(4) 私見

ア 両説の比較

両説を比較すると、憲法上の権利が認められる範囲について、質的に限定をはかるか、量的な拡大をはかるかという点で、決定的な違いがある。だが、以下で述べるとおり、現

¹⁷ 戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、1993）352頁参照

一般的行為自由説論者であるとされる阪本教授の見解は、憲法上自己決定権を広範に用いることには消極的であり、私法上の問題に還元できる部分は還元しようという姿勢がみられる。ここに、戸波説との差異がうかがえる。また、阪本教授の人間の捉え方も、独特である。教授は、人格的利益説は最低限の倫理をも守らない、と糾弾される。各人が自由に生きることで成長すること自体の有用性、そのような行為を他者からの干渉によって阻害されないことを重視している。また教授は、以下のように述べる。「憲法13条は、人間の道徳的人格性ゆえに保障される利益を基底とするものではなく、各人がその選好を自由に追及できる過程と領域とを開放する利益を基底とする。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でもない。各人が国家から強制を受けることのない『保護領域』の中で自由に自己愛を最大化する利益が保護されている」と。教授は、幸福追求権は、個別・多様な人間が、有限知のなかで、実践知を習得しながら、他者からの強制を受けることなく自己愛を最大化するための一般的自由を保障していると解し、卑近な欲求をも有する人間が回避できない失敗を重ねて成長していくことを、積極的に位置づけている。（以上につき、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993）235頁以下、同「プライバシー自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 憲法と憲法学』（日本評論社、1995）244頁以下参照）。

¹⁸ 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58巻18頁（1996）参照

¹⁹ 棟据教授は、「一般的自由は、前国家的な自然状態における自然的自由と等値しうると思われるが、自然的自由といえども規範である以上、単なる恣意と合致するものではない。個人間での自由行使の競合自体には、前国家的自然状態の下では何らの人為的介入も存在しえないのであり、自由の競合という枠組み自体を否定する自由は自然状態においても概念上ありえない。他者に対する加害は、自由の競合というシステムを否定するがゆえに、自然的自由にも含まれず、一般的自由から除外される」と説明する（棟据快行「幸福追求権について」ジュリスト1089号180頁（1996））。また、内野教授は、「いちおうの人権」という用語を用いて議論する（内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」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）44頁参照）。

²⁰ 殺人の自由等の加害的な自由や、卑俗な自由も含まれてしまうのではないかという批判がある。この批判については、一般的行為自由説は、他者加害を除く形で一般的行為自由を語るため、一般的行為自由説に対する適切な批判とは言えない。また、行為の自由の尊賤を決しないことが一般的行為自由説の特色であるため、卑俗な自由というものを観念することはできないと思われる。

実に自由を制約する立法が自己決定権との関係で違憲かどうか問題になった場合、両説の差はないと思われる²¹。

個人の自由が制約された場合、一般的行為自由説の戸波説によれば、人格的利益については厳格な審査基準を使って審査し、一般的自由の規制は憲法の人権侵害という問題にはなるが、人格的利益に関する審査とは異なり緩やかに審査して、理由があれば合憲となる²²。つまり、一般的行為自由の内部でも、自由に格付け（貴賤ではなく要保護性の問題としてなされる格付け）がなされ、違憲審査基準が異なる。他方、人格的利益説によれば、人格的利益に関する自己決定の制限は、厳格な審査を要求する。しかし、人格的利益に関する自由以外の一般的な自由にも、違憲立法審査権限は及ぶ。先に述べたとおり、人格的自律にとって周辺部に位置するものでも、比例原則により法律による制限が憲法上許されないと判断される余地もある。以上の違憲審査の仕組みを考えると、一般的行為自由説も、人格的利益自由説のように自由を切り分ける作業をしている。また、人格的利益説は、人権問題として自由の制約を取り上げなくても、被侵害利益の大きさ、規制の必要性から、当該規制が社会的に相当と言えなければ、当該規制は許されず、周辺的な利益も保護されるため、保護の切り捨てをしていると端的に言うことはできない²³。理念上の差異が明白でも、現実の運用においては、両者に違いはないと考えられる。

イ 自己の立場の決定

私は、人格的利益説を採用すべきと考える。理由は以下のとおりである。

第一に、人権の内容を質的に高めることが、人権の価値の維持につながると考えるからである。人権と言っておいて緩い審査基準で判定するならば、「人権」が立法という多数派の意見に反してでも守られるべきであるという、強い「人権」の意味が薄れることは回避できないのではなかろうか。

第二に、第一の点と関連するが、一般的自由の中に集散的決定を覆すほどの人権という含意が見られない以上、公共の福祉の必要性和合理性により、ほとんどの制約立法が合憲

²¹ 内野正幸教授も、一般的行為自由説の立場に立って、両者の差異は、人権の概念の設定の仕方にすぎないとしており、選択を趣味の問題としている（内野・前掲注（19）40～45頁参照）。このように、趣味の問題として片付けることができるのは、結論が異ならないからこそできることである。結論が異なる場合には、どちらの理論構成が美しいか、好みかといったことで、理論を選択することは許されないであろう。当該結論との関係で、理論の当否が検討されるはずである。

²² 戸波江二「幸福追求権と自己決定権」（井上典之ほか編『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004）12頁）

²³ 人格的利益説に立つ芦部教授は、以下のように述べる（芦部・前掲注（1）117頁）。

「人格的利益説をとっても、これら（筆者注：すなわち、「服装、飲酒、散歩、登山、海水浴、自動車ないしオートバイ（バイク）の運転など」）の行為を行う自由が保護されなくなるわけではない。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。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とどまらなければならないとする原則）とのかかわりで、憲法上問題となることもありうる。」人格的利益に関するものを自己決定権として取り出したとしても、その他の自由に関して保護を切り捨てるのが必然とされているのではないといえる。

となってしまうのではないかという疑問が呈されている²⁴。人権の人権であることの意味が、多数派の決定によっても保障されるべき価値があるという点にあるならば、人権の内容を希薄化しかねない一般的自由説を積極的に採用する意義は乏しいように思われる。

第三に、憲法の名宛人たる国家権力に対して、憲法が尊重すべきと命じる個人が、どのような個人でもいいとは想定されていない点が挙げられる。中間団体にかからめとられ、団体の保護のもと、自己の完全な自由を享受しえない個人ではなく²⁵、独り立ちできる個人を憲法が前提としているはずである²⁶。そうであれば、自律した個人が国家権力に向かう楯としての人権、民主主義という政治システムの中で、多数派にのみこまれずに独立して生きることを尊重されている個人を維持するための人権が、憲法上「人権」として保障されていると考えるのが一貫する。そして、そのような個人であるからこそ、「個人として尊重される」のではないだろうか。

第四に、人格的利益説の問題点とされる「何が人格的利益かわからない」ということには、実は意義があるのではないかと考える。何が人格的利益かわからなければ、各人は、何が人格的利益か考えなければならなくなる。第三で述べたように、憲法上要請される人間像、人権の価値とは何かという問いに、各人が真摯に向き合い、憲法上の強い保護を受ける自由を説得的に論じることは、人権の価値を理解するためにも有用ではないか。そして、実務の視点からは、原告は自身の制約されている自由が人格的利益であることについて、真剣に主張立証しなければならない。とすれば、憲法の要請する人間像形成の実践を促すという点で、人格的利益説の採用は有益であると考え²⁷。

以上から、人格的利益説に沿って、ある決定が憲法上保障される自己決定権であるかどうかを考え、どのようにして当該自己決定権が憲法上の保障を受けるのかについて検討していくべきと考える。

2 自己決定権に対して消極的な学説

学説の多勢は積極的に自己決定権を容認する。これに対して、松井茂記教授は、憲法 13 条から、新しい人権、自己決定権を導出することに懐疑的である²⁸。

²⁴ 小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法』〔駒村圭吾〕（弘文堂，2005）27～28 頁

²⁵ 樋口陽一『国法学』（有斐閣，補訂版，2007）9 頁・24 頁，同『憲法』（創文社，1992）29～31 頁 166 頁～168 頁など参照

²⁶ この個人は、単に人権享有主体であるというだけではない。「場合によっては inhuman な生き方に耐えよと要求」されるような、「自ら立ち自ら律しなければならない個人」である（樋口陽一『憲法という作為』（岩波書店，2009）108 頁）。

²⁷ これは楽観的な思いつきであり、かつ、人格的利益説を採用した場合の副次的・派生的効果を念頭においたもので、積極的な理由づけとは言えないかもしれない。また、そのような効果を述べるべきでもないのかもしれない（長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣，2006）151～154 頁参照）。しかし、現実に人格的利益説を採用した場合には、実務的になぜそれが自己決定権かについて、原告がまじめに主張立証活動をしなければならない。従って、人格的利益説を採用した場合の副次的効果ではなく、論理的帰結であると考えてよいのではないか。

²⁸ 以下の議論について、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）57 頁以下参照

松井教授は、民主的基盤のない裁判所が違憲審査をするのに消極的な立場から、自己決定権を基本的人権として承認することは適切でないとする。その理由として、松井教授は、以下のような指摘をする。まず、一般的行為自由説に立てば、すべての行為の自由が憲法上保護に値するから、裁判所がすべての法律の合理性の審問官となり、裁判官の判断の枠が拡大して安易に立法府の判断を覆す危険がある。次に、人格的利益説によっても、ある権利が人格的自律に不可欠か否かに関して、裁判所の恣意的判断で基本的人権を創出する危険性を排除できないとする²⁹。更に、日本国憲法は、異なる意見を持つ個人が統治を行っていくためのプロセスを定めたものであるという憲法観から、新しい人権は、政治参加に不可欠な権利に限定され、そもそも自己決定権は導出できないとする。個人の私的な決定は、民主的プロセスに必要不可欠とはいえないからである。また、最高裁判所は自己決定権を基本的人権と認めていないと指摘される。最高裁判所は、憲法制定直後から様々な自由ないし権利が憲法的保護を求めてなされた、自己決定権に関するいずれの主張をも斥けてきたからである。

第3節 問題提起と構成

1 問題提起

(1) 司法府の恣意的判断への懸念

松井教授の、民主的政治過程に重きをおく憲法の捉え方に、直ちに賛同することはできない。司法審査の役割が民主的な政治過程の維持にあるという側面は、表現の自由に対する厳格な審査を求める通説の立場からも首肯できる。けれども、政治的多元主義の維持、多様な利益集団の利益獲得競争の維持を、日本国憲法が念頭に置いているかは疑問である。民主主義、多数決、社会的強者の政治的影響力ゆえに、少数者の人権が侵害されるのを防ぐという役割が、司法府に期待されているのではないか。基本的人権は「侵すことのできない永久の権利」（憲法 11 条）である。とすれば、憲法典は、民主主義過程に制圧された少数者の基本的人権の侵害を覆す機関の設置、という価値を選択したと考えるのが自然である。単に政治過程の保護のみを司法府にゆだねたとは言えないであろう³⁰。

もっとも、私は、松井教授の問題提起のうち、「裁判官が曖昧な規定に基づき立法府の判断を覆すような自己決定権を恣意的に創出しかねないことへの懸念」には、共感する部分がある。

まず、違憲立法審査制が採用されている以上は、民主的正当性が乏しい司法府は、常に立法府に敬讓しると、当然のように述べることはできない。しかし、立法府の判断を覆す根拠が、曖昧な憲法 13 条の解釈から導出される自己決定権となれば、立法府の判断を覆し

²⁹ 両説に大差なしと考えるならば、人格的利益説に対しても、司法審査の範囲を決定できていないという批判が妥当する。

³⁰ 以上の批判については、長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法律時報 67 巻 4 号 62 頁(1995)、同「憲法というフェティッシュ」國家學會雑誌 111 巻 11・12 号 162 頁 (1998) 参照。

たことが正当か否かの検証可能性を低下させる危険がある。結果として、仮に判断が正当であったとしても、判断の正しさに対する懐疑が生まれてしまい、司法権の権威、正統性が傷つけられることがありうる。

次に、違憲審査権限のある裁判所が、立法府が制定した法律の違憲判断をすること自体は正当である（憲法 81 条）。とはいえ、民主的基盤の乏しい司法府の違憲立法審査権の実質的な正統性が、立法過程で切り捨てられた少数者の保護にあるならば、この点からも、恣意的判断の余地を残すことは容認しがたい。少数者の選択や自己決定権が、憲法上の人権か否かを判断することが裁判官に委ねられ、違憲立法審査権を行使させることは、単純に司法権の正当性に結びつくとは言えない。というのも、恣意的判断ないし明確な基準のない広範な裁量の余地を認めることは、裁判官が「社会通念」などの多数派の社会常識に沿った道具を用いることを禁じないことを意味するからである³¹。もし、社会の多数派の意見に重きを置いて自己決定権の範囲を画定すれば、それは、少数者の保護にならない可能性が高い。すると、少数者保護に基づく司法権の正統性の担保は困難となる。

以上の点に鑑みれば、裁判官が自由に自己決定権を設定することには慎重にならざるを得ないと考える。日本の学説は、十分に自己決定権の範囲を画することができ、裁判所に対して適切な理論を提示していたであろうか。裁判官が自己決定権の人権としての成否を論じるにあたって、適切な歯止めの存在を示すことができているであろうか。理念的に人格的利益説に立つとしても、何が人格的自律に関するかの判断が明確ではないとの批判は逃れられまい³²。佐藤教授や芦部教授のように、自己決定権が認められる行為を類型化する

³¹ 現に、後述する監獄内喫煙禁止事件では、社会的な観点から行為の自由の重要性等を判断しているように思われる。つまり、ある自由が憲法上保護されているかどうか、権利の要保護性については、社会的な評価等が参考にされる場合がある。この点は、安易な新しい人権の創出が行われにくいことを示すとともに、少数者の人権が保護されにくいのではないかという危険を生じさせるものでもある。

下級審裁判例であるが、東京地判昭和 38 年 7 月 29 日判時 342 号 4 頁 (1963) は、監獄内の頭髪の型に関して有する自由について、「憲法上直接これを保障する明文の規定はないが、憲法の自由の保障に関する規定は制限列举的なものと解すべきではなく、本来国民が享有する一般的な自由のうち、歴史的、社会的に特に重要なものについて、個別的に明文の規定を置くとともに、そこに記載されていないものについても、一般的にこれを保障する趣旨をも含むものと解すべきであり、そのことは憲法第一三条の規定からも窺い得るところである。従って、個人のもつ蓄髪ないし調髪に関する自由に対して、国家は理由なくこれを制限することは許されないものといわなければならない。」「頭髪に関する自由が、これを制候することが直ちに個人の尊厳にかかわるというような性質のものであるとすれば、単に前記目的を達する上から剪剃を強制することがもつとも直接確実な方法であるということだけで、直ちにかような方法をとることの合理性を理由づけることは早計であり、頭髪に関する自由の価値をかように評価する場合には、前記目的達成の見地からいえば、比較的迂遠な、原告主張のような第二次の方法（筆者注：原告主張の二次的方法とは、ある程度の蓄髪を許しつつ、その長さを一定限度に制限する方法）をとることをもって満足することが基本的人権を尊重するゆえんであるというべきであろうが、前記各鑑定人の鑑定の結果によっても、我国における現在の風俗、習慣よりすれば、蓄髪していないこと、すなわちいわゆる「坊主頭」が、その人の社会的な評価を著しくそなうというような状況にあるものとは考えられず、頭髪を薦刺させることが直ちに人間の尊厳を害するものとは認められない」としており、個人の尊厳に関わる性質であるかどうかについて、社会的評価を参考として、丸坊主にすることは、人間の尊厳を害さないとしている。この点、社会的評価を参考にして、権利の性質を決定づけているといえる。

³² この点については、「切り札としての人権」は、個人の特定の要求や行為を国家権力から防御するというよりも、国家が権力を行使する際に依拠する理由を規律するものであるとの指摘がある（小山・前掲注

としても、絶対的に人格的利益に該当すると言いやすいもの（生命や身体に関わる自己決定）はともかく、私生活上の自由という類型で例外的に自己決定権の範囲に入るのは何かという点で、一義的な判断はできない。人格的利益説の論者は、私生活上の利益のうち、何が人格的利益に関するもので、何が周縁的利益に関するものなのかを、客観的に線引きできていないようである。また、「歴史的な認容」や「多数の国民の行使可能性」といった新しい人権の要素を述べる芦部説によれば、少数者の決定をさらに否定してしまうおそれすらある。

（２）懸念の払拭方法

自己決定権を考える際に、人格的利益説に立脚しただけでは、裁判所が曖昧な憲法 13 条により恣意的に自己決定権を認め、恣意的判断により立法を否定するのではないかという懸念は消えない。人格的利益説であっても、裁判所が過大な権限を持っている点には変わりないからである。日本の裁判所では、憲法上の主張が中心になされる分野の訴訟において憲法 13 条を用いて法令違憲を出した事例がなく、先例分析の方法は採用できない。また、学説によって明確な基準が示されているとは言えず、自己決定権の核心部分はその内容が比較的明確であるものの、周辺部分においてどこまでが自己決定権に含まれるかを明確に定式化していない段階にある³³。

では、自己決定権の範囲を画定できなければ、裁判官は恣意的判断をなしてしまうのだろうか。確かに、範囲が客観的に決まることが望ましいことは言うまでもない。しかし、裁判官が検証不可能な恣意的判断をするおそれがないと言えるのであれば、自己決定権を消極に解する必要はないのではないか。そこで、本稿では、自己決定権の範囲を明確に画定できるかということについてだけでなく、裁判官に恣意的な判断を許すほどに裁判官が自由であるのかを検証する。もし、裁判官が恣意的判断を行えない状況にあれば、ある自由が自己決定権によって保護されるかどうかの判断を裁判官に委ねても問題がないと考えられるからである。

2 考察方法の検討

（１）日本の判例の検討

理論的には、憲法上自己決定権を積極的に認めた場合、裁判所の恣意的判断の可能性は否定できない。しかし、松井教授が言うように、実際の裁判では自己決定権は明確に認められてい

（24）27 頁）。このような考え方は、以下のように評価されている。「切り札としての人権」を厳格に、明確に位置付けることは「人権観念を説明する際の力点が、（人権を共有する）個人の側から、（人権を侵害する）国家の側へと、そっと《顛倒》」している長谷部教授の説によると、「（「新しい人権」を含めて）人権体系全体がラディカルな再編を迫られる仕掛けになっている」（蟻川恒正「Bookshelf」法教 199 号 4 頁（1997）参照）。もし、国家の理由を問えばよいとするならば、人格的利益説が明確な基準を定立できないことは大した問題ではないと言いうるのかもしれない。しかし、現時点で私にとって長谷部教授の仕組みを解明する事は著しく困難である。そこで、本稿では、一般になされている、人格的利益に含まれる自由が何かわからないという批判を前提として議論をすすめることにする。

³³ 高橋・前掲注（1）127 頁

ない。今後も認められないことが明らかであれば、少なくとも実務上の問題として司法審査と民主主義との関係という松井教授の提示する懸念は顕在化しない。他方、将来日本の裁判所で自己決定権が積極的に認められる余地があるならば、理論上の問題にとどまらず、実践的な意義を持つものとして自己決定権の成否を慎重に検討する必要がある。そこで、日本の最高裁判例を参考に、最高裁判所が現実的に自己決定権を用いて判決を下すことがありうるのかを検討する必要がある。

(2) 比較法の方法論の採用

仮に日本で、判例が憲法13条を基礎にする自己決定権について法令違憲を出す可能性があったとする。ここで、日本の判例を考察の資料とすることができるか。日本の最高裁判例は、自己決定権に関して法令違憲等の判断を下していないから、実際に裁判官が恣意的判断を下すのかどうかは、日本の判例だけでは明らかにならない。そこで、本稿では、アメリカとドイツの妊娠中絶規制に関する判例を検討したい。

幸いにも、本稿は憲法に関するものである。立憲的憲法を持つ国では、個人の人権保障が、憲法の共通の目的である。そして、人権は、そのような立憲主義の国家において、人間であることにより当然に享有できるもの、人間が人間であることに基づいて論理必然的に享有する権利という観念が認められる³⁴。人権には、そのような共通性・普遍性が認められるから、諸外国の議論状況や裁判例を参考にすることが許される。日本の判例は、自己決定権について明確には語ってくれない。そこで、自己決定権に関する知見を深めるために、自己決定権に関する判断をした他国の判例や学説を参照することは有益である。

3 構成

まず、第2章において日本の判例を検討し、果たして日本で自己決定権を用いて司法府が立法府の判断を覆すという事態が実際に発生しうるのかを検討する。次に、仮にそのような事態の発生可能性があるとするならば、その判断が裁判官の恣意に流れるのかどうか問題となる。そこで、第3章では、実際に自己決定権に関連して憲法判断を下しているアメリカ・ドイツの判例や学説を参照し、裁判官の恣意的判断の懸念が現実のものかどうか、恣意的判断を抑止するような仕組みは存在しうるのかを考察する。そして、第4章で、自己決定権の範囲を画定できるか、裁判官が自己決定権をどう取り扱っているか、今後日本でどのように取り扱われていくのかについて、私見を述べる。

第2章 日本の自己決定権に関連する判例

第1節 判例検討の意義と目的

日本の判例を検討するのは、日本で憲法13条に基づく自己決定権が認められ、立法府の

³⁴ 芦部・前掲注(1) 76頁

判断を覆す可能性があるかどうかを見極めるためである。

第2節では、学説上自己決定権とされるものや、自己決定権の根拠としての憲法13条にかかわる、日本の判例を取り上げる。自己決定権の唱えられた場面が異なるため、直接的に憲法上の主張が中心になされる分野の訴訟としての公法分野の判例と、そうではない私法分野の判例とに分けて、日本の最高裁判所の動向を調査する。具体的に、判例の事例と判旨を紹介し、その判例が自己決定権との関係でいかなる意義を有するか検討する。そして、日本において、最高裁が憲法13条に基づき自己決定権を認めて立法府の判断を覆す素地を持っているのかを考察する。

第2節 判例の検討

1 公法分野の訴訟

(1) 判例紹介

①最判昭和25年11月22日³⁵

賭博行為を犯罪行為として、刑罰を科すことに関して、合憲の判断が下された。曰く「賭博行為は、一面互に自己の財物を自己の好むところに投ずるだけであつて、他人の財産権をその意に反して侵害するものではなく、従つて、一見各人に任かされた自由行為に属し罪悪と称するに足りないようにも見えるが……勤労その他正当な原因に因るのでなく、単なる偶然の事情に因り財物の獲得を僥倖せんと相争うがごときは、国民をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な社会の基礎を成す勤労の美風（憲法二七条一項参照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強窃盗その他の副次的犯罪を誘発し又は国民経済の機能に重大な障害を与える恐れすらある……。これわが国においては一時の娯楽に供する物を賭した場合の外単なる賭博でもこれを犯罪としその他常習賭博、賭場開張等又は富籤に関する行為を罰する所以であつて、これ等の行為は畢竟公益に関する犯罪中の風俗を害する罪であり……、新憲法に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。」

本件では、賭博行為の自由が憲法上の保障に値する自由であるかどうかについて、判断はされていない。また、他者加害の禁止といった理由ではなく、端的に公共の福祉に反することを理由として、賭博行為の自由が否定されている。

②最判昭和31年6月13日³⁶

覚せい剤の譲渡譲受を禁止して刑罰を科すことが憲法13条に反することはないと判断した。覚せい剤の譲渡等を刑罰で規制する薬事法の趣旨について、「指定医薬品の不適當使用により不特定多数人の生命・身体等が危害をこうむることを防止しようとする公共の保健衛生上の目的にでていること疑をいれない。」と述べ、「……薬事法……の規定は本来憲法

³⁵ 刑集4巻11号2380頁

³⁶ 刑集10巻6号830頁

一三条の本旨に従い公共の福祉のために必要なものであるから、指定医薬品を販売授与する等の自由を制約することになつても憲法一三条に違反するとはいえない。」とした。更に具体的に「……覚せい剤取締法にいわゆる「覚せい剤」は、これを濫用するときは習慣性を生じ進んで慢性中毒症となり肉体的、精神上病的状態に陥り、遂には非行、犯罪を犯し、社会公共に危害を及ぼすおそれのあることは明らかである。従つて覚せい剤取締法が、一方において覚せい剤の適正な使用の途を開きつつ、法定の資格者以外の者によるその譲渡、譲受等が濫用の因をなしやすいことに鑑み同法一七条三項をもつて法定の場合の外一般に覚せい剤を譲り渡し又は譲り受けることを禁止し、同法四一条一項四号をもつてこれが違反に対し罰則を定めても公共の福祉のために必要なものであるから憲法一三条に違反するとはいえない。」と判断した。

本件では、具体的に覚せい剤使用の前提としての譲渡等が他者加害の問題を引き起こすこと、パターンリスティックな制約をする必要性が具体的に述べられている。

③最判昭和45年9月16日³⁷ (監獄内喫煙禁止事件)

在監者に対する喫煙を禁止した監獄法施行規則96条が、未決拘留により拘禁された者の自由及び幸福追求についての基本的人権を侵害し、憲法13条に反するのではないかが問題となった事案において、最高裁は憲法13条に違反しないと判断した。最高裁は、監獄の秩序維持や正常な状態を保持する必要性から、被拘禁者の身体的自由以外の自由も、必要限度で合理的制限を加えることができるとした。制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量によるとの判断基準を示した。監獄内では、喫煙による火災発生のおそれや通謀・証拠隠滅のおそれがあり、喫煙を監獄内の秩序維持のために制限する必要性が認められる。その一方で比較考量される利益として、喫煙の自由がどのように位置づけられるかが問題となっている。そして、「煙草は生活必需品とまでは断じがたく、ある程度普及率の高い嗜好品にすぎず、喫煙の禁止は、煙草の愛好者に対しては相当の精神的苦痛を感じしめるとしても、それが人体に直接障害を与えるものではないのであり、そのような観点よりすれば、喫煙の自由は、憲法一三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。」そして、このような自由と制限の必要性等を比較考量した結果として、喫煙禁止規定が憲法13条に反しないと判断した。

仮定的判断ではあるが、喫煙の自由が憲法13条の保障する基本的人権のひとつに含まれる可能性を否定していない点に特徴がある。ここから、憲法13条が人権カタログにないような自由に関する根拠規範となりうることを、最高裁が肯定的にとらえている姿勢を読み取ることもできる。

³⁷ 民集24卷10号1410頁

④最判平成元年 3 月 8 日³⁸（レペタメモ訴訟）

傍聴席におけるメモ採取が 7 回にわたって許可されなかったため、このような処置が憲法 14 条・21 条等に反するとして、国家賠償を請求した事件において、最高裁は、「筆記行為は、一般的には人の生活活動の一つであり、生活のさまざまな場面において行われ、極めて広い範囲に及んでいるから、そのすべてが憲法の保障する自由に関係するものということとはできない」と述べた。

直接的に憲法 13 条に関わる判例ではないが、生活活動において憲法の保障する自由が存在することを示している点で、憲法の保障の及ぶ自由を考える際に参考になると考えられる。

⑤最判平成元年 12 月 14 日³⁹（どぶろく事件）

酒税法が、無免許で酒類を製造した者には刑事罰を科しており、その免許を得るためには法定製造数量の規制があった。法定製造数量によれば、自己消費目的のための酒類製造をするために許可を得ることは、事実上不可能な状態になっていた。本件被告人は、無免許で清酒を自家製造した容疑で起訴された。当該規制を法益侵害の危険のない行為を処罰し、個人の酒造りの自由を合理的理由なく制限するものとして憲法 31 条・13 条に反するという被告人の主張に対して、最高裁は以下のように述べた。「酒税法の右各規定は、自己消費を目的とする酒類製造であっても、これを放任するときは酒税収入の減少など酒税の徴収確保に支障を生じる事態が予想されるところから、国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため、製造目的のいかんを問わず、酒類製造を一律に免許の対象とした上、免許を受けないで酒類を製造した者を処罰することとしたものであり、これにより自己消費目的の酒類製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法三一条、一三条に違反するものでないことは、当裁判所の判例……の趣旨に徴し明らかである。」

この判決は、租税関係に関する国会の立法裁量を重視して判断を下した。そして、自己消費目的の酒類製造の自由については、憲法上の自由としての位置づけを明確に行っていないとされる⁴⁰。上告理由に対応する形で、憲法 31 条・13 条違反はないと判断したものと思われる⁴¹。

⑥最判平成 3 年 9 月 3 日⁴²

バイクの取得・乗車・購入を禁ずるいわゆる三ない原則を内容とする校則がある私立高校において、バイクを購入した高校生が自主退学勧告を受け、退学した事例である。学生側は、本件校則及び本件校則を根拠としてされた自主退学勧告が憲法 13 条等に違反すると

³⁸ 民集 43 卷 2 号 89 頁

³⁹ 民集 43 卷 13 号 841 頁

⁴⁰ 樋口陽一ほか編『注解法律学全集 1 憲法 I』〔佐藤幸治〕（青林書院，1994）296 頁

⁴¹ 土井真一「判批」『憲法判例百選 I』（有斐閣，第 5 版，2007）53 頁

⁴² 集民 163 号 203 頁

主張した。最高裁は、「憲法上のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であって、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでないことは、当裁判所大法廷判例……の示すところである。したがって、その趣旨に徴すれば、私立学校である被上告人設置に係る高等学校の本件校則及び上告人が本件校則に違反したことを理由の一つとしてされた本件自主退学勧告について、それが直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はないものというべきである。所論違憲の主張は、採用することができない。」と述べ、憲法判断を回避した。その上でそのような行為を適法と判断した原審の判断を支持した。

⑦最判平成8年7月18日⁴³

私立高校の生徒である原告が、普通自動車運転免許の取得を制限し、パーマ禁止の校則に違反したこと等を理由として、自主退学勧告を受け退学した事例である。学生側は、普通自動車運転免許の取得を制限し、パーマをかけることを禁止する旨の校則が憲法13条、21条、22条、26条に違反すると主張し、自主退学勧告が違法無効として学生であることの地位確認と損害賠償を求めた。

本判決も、最判平成3年9月3日と同様に「憲法上のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体と個人との関係を規律するものであって、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものではないことは、当裁判所の判例……の示すところである。したがって、私立学校である修徳高校の本件校則について、……直接憲法の右基本的保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はない。」と、私人間効力の問題として処理し、憲法の解釈問題としなかった。

(2) 判例の分析

公法分野の訴訟では、昭和25年の判例に見られるように、当初は憲法13条の位置づけもはっきりせず、公共の福祉に反するから制約は合憲との判断がされていた⁴⁴。おそらく憲法制定初期段階で、通説的な地位を占めていた、公共の福祉に関する一元的外在制約説の影響を受けたものであろう。一元的外在制約説は、「公共の福祉」自体を人権制限の正当化根拠とする。一元的外在制約説によれば、人権は憲法12条および13条により、「公共の福祉」と調和する限度で尊重されるものであるから、「公共の福祉」は人権の外にあって、すべての人権を制約することのできる一般的な原理であると考えられる⁴⁵。①判例の栗山茂裁判官の意見によれば、憲法13条は「公共の福祉のために制定せられた法律なら

⁴³ 集民179号629頁

⁴⁴ 1960年代後半になると、最高裁は、観念的・抽象的な「公共の福祉」一方優位型の判決理由から抜け出し、憲法上の権利の制限により得られる価値・利益と失われる価値・利益を比較衡量し、得られる価値・利益の方が大きいときに制限が正当化されるという考えを示すようになったという（辻村みよ子編著『基本憲法』〔糠塚康江〕（悠々社、2009）63頁）。

⁴⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994）188頁～190頁

ば、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利が制限せられる旨を規定している」としていることから、当時の認識がうかがわれるところである。このような考え方によれば、ある自由について、自己決定権を考えるまでもなく、「公共の福祉」という言葉を用いるだけで人権の制約を正当化できたのである。よって、賭博・覚せい罪に対する規制に関する①判例②判例は、理論上は十分検討に値するが、自己決定権の検討対象としては、利用価値が高くないと考えられる。

他方、③判例（監獄内喫煙禁止事件）などでは、憲法 13 条が具体的に基本的人権を保障する条項であることを認めているようにも思われる⁴⁶。もっとも、③判例の文言が仮定的表現であるために、「喫煙の自由」が憲法上保障された実体的権利として認められたというべきかは疑問とする見方が強い⁴⁷。④判例（レペタメモ訴訟）でも、全ての個別的な行為に憲法的価値を認めるような無限定な判断を回避しているので⁴⁸、法廷内でメモをとる自由が憲法 13 条で認められるという判示とは考えにくいであろう。しかし、最高裁は、人権カタログに載っていない利益でも、憲法 13 条によって救済される可能性があることを認めると理解をしている。そうでなければ、判断において、最終的な人権の受け皿として位置づけられている憲法 13 条を持ち出す意味がないからである。

⑤判例（どぶろく事件）や私立高校の校則に関する⑥判例⑦判例を見ると、現実自己決定権が問題とされる場面が限定されており、裁判上では自己決定権があまり問題にされないのではないとも思われる。しかし、⑤判例（どぶろく事件）に対して「税収の確保という立法目的……と立法手段との合理的関連性を審査することは、特定の利益集団を保護する立法が世論を欺くもってもらいたい立法理由によって制定される危険を避けるためにも必要であり）……それは公正かつ透明な政治過程を維持する司法部の本来の任務である」という評価もされる⁴⁹。ここで、司法審査の実効性を高めるべく、租税関係についても、裁量の幅を厳格にすれば、憲法判断を行う素地が整えられよう。また、高松高裁で公立高校の校則に関する判断が出ている⁵⁰。私立高校に関する⑥判例⑦判例は、私人間効力をも

⁴⁶ 補足意見でも憲法 13 条の規範性に言及している判例がある（最判昭和 33 年 9 月 10 日民集 12 卷 13 号 1969 頁）。

⁴⁷ 佐藤・前掲注（40）295～296 頁

⁴⁸ ここから、一般的行為自由説を否定したものと理解するのは早計である。戸波教授によれば、「メモを取る権利自体は、憲法上保障されていても一個人の人権としての「法廷でメモを権利」が保障されているということの意味しない。法廷での権利性は、客観的法原則である「裁判の公開」原則から派生する「傍聴の自由」の一内容としてあるいは憲法 21 条の知る権利ないし情報収集の自由によって保障されており、その意味で法廷でのメモ行為を制限することが人権侵害となりうる」とされる（戸波・前掲注（18）7 頁）。具体的なひとつひとつの行為自体が憲法上の人権となるのではなく、憲法上の人権が捕捉する範囲で、具体的な行為が憲法上の保護を受けるということである。

⁴⁹ 長谷部恭男『憲法』（新世社、第 3 版、2004）170 頁

⁵⁰ 高松高判平成 2 年 2 月 19 日判時 1362 号 442 頁（1990）。公立高校におけるバイク規制について、同判決は、「……憲法一三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いうべきである。そして、高等学校の生徒は、一般国民としての人権享受の主体である点では、高校生でない一六才以上の同年輩の国民と同じであり、この観点だけからすると、高校生の原付免許取得の自由を全面的に承認すべきである。」としながら、「……高等学校程度の教育を受け

って請求を退けているが、公立高校も十分に問題となりえ、それが最高裁で判断されることになる可能性もあるというべきである。以上の公法分野の判例の検討から、今後、自己決定権の問題を直截に扱うことのできる公法分野の事例が生じることが見て取れる。

2 私法分野の訴訟

(1) 判例の紹介

①最判平成12年2月29日⁵¹ (エホバの証人輸血拒否事件)

エホバの証人の信者が、輸血を拒否していたにもかかわらず、手術中に輸血を必要とする事態が生じたため、医師らは輸血を行った。それに対して、輸血を受けた信者の相続人が、不法行為責任を追及した。最高裁は、医師らが「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪った……点において同人の人格権を侵害した」として、医師に不法行為責任を肯定した。

調査官解説によれば、「本判決は、本件の事実関係を前提とした事例判断を示したものである。……医師に説明義務違反があったことを認定し、また、輸血を伴う可能性のある医療行為を受けるか否かについて意思決定する権利が患者の人格権の一内容として尊重されなければならないことがあることを明確にしたもの」とされている⁵²。事例判決であることを断りつつ、意思決定をする権利、自分で自分のことを決める自由が不法行為の被侵害利益として位置づけられ、法的保護に値することが認められたのである。もっとも、調査官解説の脚注(10)において「自己決定権については、アメリカにおける憲法判例の影響もあって、我が国においても、憲法13条を根拠にこれを人権の一つとして認め……(る)説が有力である。しかし、……複雑かつ微妙な論点を含み、憲法論として未成熟の状況にあり、(自己の生命、身体の処分にかかわる事柄)については憲法上の人権として構成できるとしても、その条件と限界については慎重な検討が必要であり、これに関連する輸血拒否の問題についても、今後、慎重に決する必要がある旨指摘されている。」との記載がある⁵³。事案は純粋な民事上の不法行為であったが⁵⁴、大切なのは、行為者の義務違反行為が人格権を侵害すると判断し、損害賠償請求を認めた点にある。ここでは、医療行為としての、原告の生命を守るというパターンリスティックな行為が、原告の意思決定の前では劣後することが前提とされているのである。ここで、自分のことを自分で決めることが、生命維持

る過程にある生徒に対する懲戒処分の一環として、生徒の原付免許取得の自由が制限禁止されても、その自由の制約と学校の設置目的との間に、合理的な関連性があると認められる限り、この制約は憲法一三条に違反するものでないとして解すべきである。ただし、高等学校における生徒の懲戒処分は、生徒の教育について直接に権限をもち責任を負う校長や教員が、学校教育の一環として行うのであり、処分の適切な結果を期待するためには、学校内の事情はもとより、生徒の家庭環境を含む学校外の教育事情についても、専門的な知識と経験を有する処分権者の広範な裁量に委ねるのが相当であると認められるからである。」として請求を棄却した。

⁵¹ 民集54巻2号582頁

⁵² 佐久間邦夫「判解」最判解平成12年度135頁

⁵³ 佐久間・前掲注(52)138頁

⁵⁴ 窪田充見『不法行為法』(有斐閣, 2007)213, 214頁

といったパターンリスティックな制約よりも優先することを認めたといえる⁵⁵。

②最判平成13年11月27日⁵⁶

ある乳がん患者が、医師に乳がんと診断されて、その執刀により乳房の膨らみをすべて取る胸筋温存乳房切除術による手術を受けた。当該乳がん患者は、患者の乳がんは腫瘍とその周囲の乳房の一部のみを取る乳房温存療法に適しており、乳房を残す手術を希望していた。にもかかわらず、医師が患者に対して十分説明を行わないまま、患者の意思に反して手術を行ったとして、医師に対し診療契約上の債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を請求した。最高裁は、「(筆者注：医師には、乳がん手術に関して説明義務を負っており、)説明義務における説明は、患者が自らの身に行われようとする療法(術式)につき、その利害得失を理解した上で、当該療法(術式)を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである」として、説明義務違反を肯定して、損害賠償請求を肯定した。

調査官解説は「患者の有効な同意を得るための説明……は、患者が自らの意思で当該療法を受けるか否かを決定するという人格権の一内容としての自己決定権と直結したもの」とし⁵⁷、明示的に自己決定権と説明義務の連関を認める。更に、脚注(17)にて「自己決定権については、アメリカにおける憲法判例の影響もあって、我が国においても、憲法13条を根拠にこれを人権の一つとして認め……(る)説が有力であるが、憲法論として未成熟の状況にあり、憲法上の権利として自己決定権を正面から認めた裁判例は見当たらず、私法上の権利として患者の自己決定権を認める考え方が我が国の学説判例では主流であろう。」として、自己決定権が現状で認められるのは、私法関係に限られるという見解を記述している⁵⁸。

(2)判例の分析

最高裁判所調査官解説の脚注には、1年9か月の間に「私法上の権利として患者の自己決定権を認める考え方が我が国の学説判例では主流」という文言の増加という変化が見られ

⁵⁵ エホバの証人輸血拒否事件の第一審(東京地判平成9年3月12日判タ964号82頁(1998))では、輸血が原告の意思に反するものであったと認定しつつ、医師は、患者に対し可能な限りの救命措置をとる義務があるとして、救命医療行為を原告の意思に優先させ、損害賠償を認めなかった。ここでは、自己の生き方を決める自由の価値は見出されていないと言える。なぜなら、救命の必要という個人の意思とは別の利益により、パターンリスティックに、どう生きるべきか、ないしどう生かされるべきかの他律的な決定を認めているからである。対して、原審(東京高判平成10年2月9日判タ965号83頁(1998))は、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)は自らか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」と位置づけ、「人はいずれは死すべきものであり、その死に至るまでの生きざまは自ら決定できるといわなければならない」とする。そして、救命のためという口実により医師の判断を優先することが患者の自己決定権を否定することとなるとして、救命の必要性による違法阻却を認めない。以上からは、自分のことを自分で決めることに関する積極的な評価、パターンリスティックな制限を否定することによる自己決定権の十分な保障の意図が見受けられる。最高裁は、原審の「自己決定権」という文言は用いなかったものの、個人の意思を尊重しようとする思考を同じくすると評価できる。

⁵⁶ 民集55巻6号1154頁

⁵⁷ 中村也寸志「判解」最判解平成13年度724頁

⁵⁸ 中村・前掲注(57)735頁

る。別の調査官によるものであるけれど、これは、私法上の権利として、「自己決定権」を用いる場面には抵抗が薄れてきたこと、人権として自己決定権を認めることは時期尚早と解されるが今後認められる余地があること、を示しているのではないだろうか⁵⁹。

そして、最高裁判所は、判例を通じて、自分のことを他者からの干渉を受けずに決定するという、自己決定権の核心部分を肯定している。他者からの干渉、おせっかいというべきパターナリズムに屈しないものとして、自分のことは自分で決めるという考えが、①判例（エホバの証人輸血拒否事件）で受容されていることは明らかである。つまり、最高裁の判断には、「自己決定権」という文言自体は存在しないが、自己決定権の特質——個人の意思決定が他者の介入を否定する——という点について、理解が示されているのである⁶⁰。

そうであれば、自分のことは自分で決める自由がある、自分の生は自分が決めるという価値観を持つ裁判所が、憲法上の自己決定権を肯定することは十分にありうる。私法上認めた価値を、公法上完全に否定することは困難である。なぜなら、民法2条を通じて、憲法の理念に反しないように、私法規定が解釈されているからである。憲法に適合する私法分野の紛争において自己決定の根幹が保護されたのである。そうであれば、憲法上も自己決定が保護されることは明白といえよう。

第3節 結論

以上から、とりわけ私法分野においては、明確に自己決定権が認められる可能性が高まっているといえる。自分のことを自分で決める自由については、法的保護に値すると最高

⁵⁹ 調査官解説における、被引用文献は、樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法14 自己決定と法』（岩波書店、1998）65頁部分である。同文献で、樋口教授は、患者の自己決定権を憲法上の人権とみるべきかという問題の結論として、「本稿は、少なくとも現在のところ、我が国において憲法上の人権とみる必要はないと主張する。むしろ、私法上の権利として、患者の自己決定権が行使される複雑な状況に可能な限り合わせた形での分析がなされるべきだと主張する」とされている（64～65頁）。そこで、調査官が、私法上の権利としての自己決定権について肯定的な見解を積極的に引用したとみることもできるのではなかろうか。少なくとも、エホバの証人輸血拒否事件とは異なり、「自己決定権」の文言自体を用いることに対する抵抗感は、強いものとは言えないように思われる。

⁶⁰ 長谷部教授は、最高裁の判断の背景に、「信仰に基づいて自らの生命・健康を危うくすることは理性に反するように思われるかも知れないが、他者の権利・利益を損なうのでない限りそうした決定も尊重されるべきであり、他者がその決定の当否を云々すべきではないとの考え方」があるとされ、エホバの証人輸血拒否事件が、「切り札としての自己決定権を尊重しようとする方向を示している」とされる（長谷部・前掲注（49）170～171頁参照）。

なお、エホバの証人輸血拒否事件に関して、濱教授は、以下のように述べる。日本で自己決定権が明文の規定により承認されていないこと（ただし、憲法13条による権利の創出については留保されている）、最高裁は、自己決定を侵害しない義務を役人や市民に課すための根拠として、「自己決定権」という表現を用いることを、今のところは拒んでおり、すでに存在する法的権利を正当化する際にも使用していないことから、自己決定権は法的権利ではなく、非一法的な道徳的権利であるとされる（濱真一郎「自律への権利は存在するか」法律時報75巻8号9頁（2003）以下参照）。この濱教授の論考に対して、長谷部教授は「たとえ、自己決定権が日本の法的権利でないとしても、具体的事案の解決に際して、裁判所が自己決定権を解決の根拠として持ち出すことは……あり得る」と応答される（長谷部恭男「法哲学の来襲」法律時報75巻8号42頁（2003））。また、愛敬教授も、「自己決定権」という用語自体の利用の有無はともかく、輸血拒否事件において最高裁は、「自己決定権」として一般的に構成しうる権利を承認したと解されるのではないかと述べる（愛敬浩二「自律的生」と憲法学」法律時報75巻8号48頁脚注2（2003））。この点に関しては、前掲注（55）におけるエホバの証人輸血拒否事件の下級審の判断の対比も参照。

裁は考えているのである。そして、公法分野における法的紛争でも、実質的には学説上の自己決定権に関係するものがみられることがわかった。自己決定権の観点からは争われていなくても、私人間効力の問題として片付けられ、憲法が直接に適用されなかったとしても、今後、原告の争い方や原告の地位次第では、自己決定権が公法分野で用いられることは否定できない。すると、公法分野に関して、憲法 13 条を用いて人権としての自己決定権が、裁判上認められる可能性、すなわち憲法 13 条に基づく法令違憲の可能性が現実的に存在すると考えるべきである。

つまり、日本でも、松井教授の指摘する自己決定権による司法府の立法府の判断の否定という事態が、現実を生ずる可能性が十分に認められるのである。

第3章 アメリカとドイツの判例学説の状況

第1節 序論

（1）検討の方法と目的

第2章の判例検討から、最高裁が自己決定権を保護する形で法令に違憲の判断を出す可能性が皆無とは言えないことがわかった。すると、裁判官が恣意的に権利を創出して、違憲判断をするのではないかという懸念が生じる。そこで、自己決定権の範囲を画定できるのか、そして、実際のところ裁判官は恣意的判断をなすのかという点について、検討を深める。

日本の最高裁は、憲法 13 条による法令違憲を下していない。よって、具体的に、一体どのような場合に、正当化されうる自己決定権に基づく法令違憲が出されるのか、または、裁判官の恣意的判断として弾劾されるべき法令違憲判断が実際になされているのか、最高裁は語ってくれない。他方、人権は、人間である以上、普遍的に保障されているはずであり、他国で、日本における自己決定権が憲法上問題になっていれば、それを参考にすることが許されると考える。そこで、日本法にいう自己決定の問題について、他国の状況を調査する。そうすることで、自己決定権の範囲や、自己決定権に関する裁判官の恣意的判断への懸念について、日本の最高裁が語らない部分を見ることができるようである。

（2）アメリカとドイツを比較対象国とすることの意味

本稿では、アメリカ及びドイツの判例・学説を参考にする。アメリカとドイツを比較法の対象としたのは、主として二つの理由がある。

第一に、アメリカとドイツで、妊娠中絶に関する法令違憲の判断が出されているからである。妊娠中絶は、人格的利益説に立った場合でも、典型的な自己決定権の問題として捉えられる。子供をもつかどうかは、女性の人生にとって重大な選択として、人格的利益に含まれると解されるからである。子供を持たない自由、子供を産まないという決断としての、妊娠中絶が、憲法上どのような位置づけを与えられ、当該権利がどのようにして制約

を受けるのかを検討することで、裁判官の自己決定権との向き合い方が明らかになる。更に、アメリカとドイツでは、「妊娠中絶に関する違憲判決」が下されているが、アメリカでは妊娠中絶の利益を認める方向で、ドイツでは妊娠中絶を否定する方向で結論が出された。このように、相反する結論を出した判決を比較することで、両国の理論構成・憲法観の差異が明らかになり、検討が行いやすくなると考える。そこで、アメリカだけ、ドイツだけではなく、両国を検討対象とした。

第二に、アメリカもドイツも、日本の学説に大きな影響を与えてきたと考えられるからである。例えば、自己決定権に消極的な松井教授は、アメリカが修正14条という一般条項を用いて、明文にない権利を認めてきた過程を目にして、立法府と司法府との関係における裁判官の恣意的判断という懸念を抱いたと考えられる。そして、ドイツの理論は、日本の一般的行為自由説の論者が参考にしているものである。そして、このように学説上の影響を与えてきたということは、とりもなおさず、日本以上に、自己決定権に対する理論的検討がなされ、裁判官も自己決定権に向き合ってきたことを示すように思われる。よって、アメリカ・ドイツを参考にすることで、日本の議論を振り返ることができるとともに、自己決定権の範囲や、裁判官の判断のあり方について、知ることができると思う。

(3) 構成

以下では、まずアメリカの判例として *Roe v. Wade* と *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey* を紹介する。次に、ドイツの判例として、第一次堕胎判決と第二次堕胎判決を紹介する。そして、両国の判例と理論的背景を検討した上で、両国の比較により、判例の判断構造や、自己決定権の範囲がどのように画されているのか、具体的な基準は明らかになっているのか、裁判官の自己決定権（アメリカにおいては「プライバシー権」として論じられる）に対する態度等を考察する。

第2節 アメリカに関する検討

1 判例紹介⁶¹

(1) *Roe v. Wade*⁶²

(410U.S.113,93 S.Ct.705,35 L.Ed.2d 147 (1973)) (以下「*Roe* 判決」)

Roe 判決では、妊娠中絶を禁止するテキサス州の法律の違憲性が問題となった。具体的問題となった法律は、妊婦の生命を守るための医学的助言による場合を除き、堕胎（の斡旋）を罪とするものであった。堕胎の正当化は妊婦の生命維持という目的の場合しか認められず、以上の規制が全ての妊娠期間において適用されることになっていた。

⁶¹ アメリカの判例について、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法と政治の現況」浦田賢治先生古稀記念『現代立憲主義の認識と実践』（日本評論社、2005）147頁、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶法理の現在」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題<憲法理論叢書10>』（敬文堂、2002）81頁などを参照。

⁶² 高井裕之「判批」『英米法判例百選』（有斐閣、第3版、1996）82頁参照。

最高裁は、「修正 14 条の保障する自由の観念の中に」、プライバシーの権利が位置づけられるとし、プライバシーの権利には、「女性はその妊娠を終了させるかさせないかを決定することを包含」されるとした。そして、そのような「一定の基本的権利」を制限する規制につき、「強い州の利益」によってのみ正当化できるとした。「州は妊娠女性の健康の維持と保護に重要かつ正当な利益を有し、さらに、人間生命の可能性を保護することに別の重要かつ正当な利益を有する。これらの利益は、それぞれの出産のときが近づくにつれ実質性を増し、妊娠期間中のどこかの時点で、それぞれの利益は『強い』ものとなる」とした。その上で、母体の健康に対して、強い州の利益が認められるのは、妊娠期間の最初の 3 分の 1 の時点（trimester 枠組）以降であるとし、妊娠期間の最初の 3 分の 1 に関する中絶禁止は、適用範囲が広すぎて違憲になるとした。

最高裁は、プライバシーの権利の中に、妊娠中絶を決定する自由が含まれるとし、プライバシーの権利に対する制約の正当化において厳格な審査基準を要求した。もっとも、妊娠初期の中絶の自由を認めたものの、妊娠中期以降の時点からは規制を原則的に容認している。

（2）Planned Parenthood of Southeastern v. Casey⁶³

（505U.S.833,112 S.Ct.2791,120 L.Ed.2d 674（1992））（以下「Casey 判決」）

ペンシルバニア州の妊娠中絶規制法の違憲性が問題となった事件である。具体的に問題になった法律は、以下の規制を妊婦に課すものであった。①医師が妊婦に、妊娠中絶の少なくとも 24 時間前に、手術の性質、妊娠中絶及び出産の健康上のリスク、ならびに推定胎齢を告知すること、また、医師または有資格者が胎児を描写するなどした州発行の印刷物の利用可能なことを告げるなどしなければならない、②医師は、妊婦から、その夫に妊娠中絶のことを通知したとの署名入りの書面を受け取らない限り、妊娠中絶を施してはならない。ただし、胎児が夫の子ではないこと、妊娠が当局に通報された夫婦間の性的暴行によるものであること、または夫への通知が妊婦への身体的傷害を引き起こすと信じられること、を述べた署名入りの書面でも変えることもできる、③未成年者が妊娠中絶を行うためには、1 人の親の同意が必要とする。ただし、未成年者が親の同意を得ることを望まず、またはそれができないときは、裁判所の許可を持って代えることができる、④医学上の緊急時における以上の諸規定の適用除外規定、⑤妊娠中絶が行われるごとに、医師、施設、妊婦の年齢、胎齢、妊娠中絶方法等を届けなければならない。妊娠中絶を行う施設は、それ自身及び関連施設の名称・住所を届けなければならない、州の資金を受けている場合はそれが公開される。

最高裁は、「妊娠を中絶する女性の決定の憲法上の保護は、第 14 修正のデュー・プロセス条項から導かれる」とし、「家族に関する、人のもっとも基本的な決定に対する、及び身

⁶³ 高橋修一「判批」『英米法判例百選』（有斐閣、第 3 版、1996）84 頁参照。

体の不可侵性に対する州の介入について、憲法が限界を設けていること」が確立しているとする。更に、最高裁は、Roe判決の先例性を認め、胎児が母体外で生存可能になった時点以降については、母体の生命または健康を守るために必要な場合を除いて、州は妊娠中絶を規制・禁止することができるとする。その上で、①③④の規制及び⑤の一部を合憲とし、②の規制及び⑤の規制のうち夫への通知要件に関する届け出の規定を、不当な負担であり違憲とした。

妊娠中絶の決定については、明確に憲法上の保護がおよぶと言及している。ただし、Roe判決のような判断枠組みは採用していない。trimester 枠組が州の利益を軽視しており、妊娠中絶を決定する女性の能力に不当な負担（＝母体外で生存可能でない胎児の妊娠中絶を求める女性に対して実質的な障害を避ける目的または効果を持つ州の規制）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としている。この点で、妊娠中絶の自由に関する規制を比較的広く合憲としたと考えられる。

2 検討

(1) 判例の検討

アメリカの判例では、妊娠中絶をする女性の決定が憲法上、修正14のデュー・プロセス条項によって保護されるとしつつも、母体外生存可能な胎児の生命について州の利益が女性の自己決定権を制約しうるとされた。ここでは、女性の自己決定への制約が正当化されるのはどのような場合かという観点から議論がすすめられている。そして、制約の正当化基準として、立法目的は、母体外生存可能時以降の胎児の生命はやむにやまれぬ州の利益であるとして簡単に認めており、そのような正当な目的を承認した上で、女性の自由な選択の実質的な障害となることを否定するという方法を採用している⁶⁴。

アメリカの判例のアプローチは、自己決定権がどのような場合に尊重されるのかという点をまず検討するものである。検討は、憲法の明文によって保障されていない人権が、いかなる場合に憲法上の保護を受けるかを画定することから始まる。日本における、人格的利益説における人格的利益とは何かという議論と考え方は同じである。Roe判決は、修正14条の保障するプライバシー権の中に墮胎を決定する自由を認め、墮胎の自由を憲法上の権利として認めた。後続するCasey判決も、妊娠中絶をする女性の決定の憲法上の保護を修正14条のデュー・プロセス条項に求める。ただし、両判決では、当該妊娠中絶をする

⁶⁴ このように、実質的に自己決定の障害となるような手段を中心として問題とするのであれば、少なくとも、胎児が母体外で生存可能となる以前は、実際に女性の自己決定権は制約されていないのではないかと考えられる。つまり、規制は、中絶の自由は制約されているが、女性が中絶を選択することに関する決定を制約してはいない。しかし、その自由の制約が不合理もしくは恣意的な規制によって制限されるのを許せば、中絶の自己決定を保障する趣旨に反する。実質的に女性の自己決定権を制約してしまうような場合が、違憲とされる規制であるとするならば、女性の自己決定権は最大限保護されているとも考えられる（蟻川恒正「自己決定権」『憲法の争点』（有斐閣、第3版、1999）74頁以下）。

もっとも、合憲とされた規制について、それが実質的に女性の中絶の利用可能性を否定するのではないかという問題との関係では、やはり自己決定権を制約しているとも評価されている（小竹・前掲注（61）（「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法と政治の現況」）161頁以下参照）。

決定が憲法上の保護に値するという事は述べられているが、具体的にどのような権利であれば憲法上の保護に値するかについて、明確な基準が示されているとは言えない⁶⁵。判断基準の明確性という点では、判例から基準を導出することは困難と言えそうである。そして、墮胎の決定をする自由を認めた上で、胎児の母体外生存可能時以降には墮胎について制約を認める。その際には、胎児の生命保護を州の利益として、妊婦の自己決定権制約の対抗利益として考慮することを認める。

最終的には、両判決において墮胎の規制立法について一部違憲の判断が下された。立法府の判断が否定されたのは、墮胎の自己決定権を認めたためである。憲法上の地位を付与された女性の自己決定権は、重要な利益として比較衡量の天秤に乗せられている。ここでは、憲法の一般条項から墮胎の自由を認めたことにより立法府の判断が否定されるという構造が明白になっている。また、比較衡量の方法も、修正 14 条によると厳格審査になるとも言われているが、なぜ明文規定のない人権の価値が重くなるのかなど、必ずしも司法府の判断の客観性を担保する理由づけが明らかとは言えない。前述したとおり、なぜ修正 14 条によって、墮胎をする自由が憲法上の利益として認められるかの基準も明白とはいえない。そこで、曖昧な規定にもとづく自己決定権の肯定による立法判断の否定という事実は、アメリカに現在していると言える⁶⁶。もっとも、それが裁判官の恣意的な判断によるものであると断定はできない。

（2）理論的問題

ア 実体的デュー・プロセス理論について

アメリカにおいて、プライバシー権が認められたのは修正 14 条の解釈ゆえであった。このように、修正 14 条という適正手続規定を用いて、憲法上定められていない実体的な人権を認める方法は、実体的デュー・プロセス理論と言われる⁶⁷。

⁶⁵ Casey 判決においては、レンキスト、ホワイト、スカリア、トーマス裁判官が、「アメリカ人民の歴史的な伝統は、妊娠中絶の権利を”基本的”なものとはしていない。」と述べており、歴史的伝統に基づいて修正 14 条から新たに憲法上保障される人権を考えるという方向性を示している。

⁶⁶ Roe 判決（及び、Roe 判決とあわせて審議された DOE v. BOLTON (410, U.S. 179 (1973)) がもたらした社会的効果は大きかった。荻野教授は以下のように述べる（荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会身体をめぐる戦争』（岩波書店、2001）77 頁～91 頁参照）。

「（両判決が）アメリカ社会にもたらした効果は、二つに大別できる。第一はいうまでもなく中絶の合法化であり、第二は中絶反対派と擁護派との激しい対立抗争である。……この判決によって中絶の定義がそれまでの「犯罪」から女性の「権利」へと一挙に転換した……それまでは例外的な場合にのみ恩恵として許されると考えられていた行為が、「司法の魔法の杖の一振り」で憲法上の権利となり、この権利をどのような場合にやら国や州は制限してもよいかという方向に、議論の方向がまったく逆転したのである。このことは、中絶を「罪」あるいは「犯罪」と信じる人々にとってはまったく容認できないことであり、ここから「中絶」とは一体どのような行為なのかをめぐって、倫理的、宗教的、科学的、イデオロギー的定義論争が激しく展開されることになる……」 「（両判決は）アメリカ社会内部における中絶問題を解決するどころか、かえって一気に中絶反対派を勢いづかせ、運動を燃え上がらせる火種となった。」

Roe 判決が、政治的な論争を巻き起こしたことは、政治という民主過程に司法権が介入したことを示す。Roe 判決の政治的影響力が重大であり、判決が政治的対立を鮮明にしたというアメリカの状況を前提とすれば、松井教授が司法府の立法府に対する介入に懸念を抱くことは十分理解できる。

⁶⁷ 以下の内容について、（松井茂記『アメリカ憲法入門』（有斐閣、第 6 版、2008）286～289 頁）参照。

実体的デュー・プロセス理論は、デュー・プロセス条項が「生命、自由もしくは財産」を不合理な制約から実体的に保護していると理解する理論である。明文規定を欠く権利について、修正14条の解釈として、実体的デュー・プロセス理論が用いられた。そして、実体的デュー・プロセス理論の特徴は、立法目的と、目的と手段の関連性の双方で、きわめて厳格な審査を行う点にある。同理論は、正当な司法審査権の範囲を超えるのではないかと批判もある。松井教授によれば、憲法解釈の正当な源泉を起草者意思と憲法条文、憲法の構造、あるいはせいぜい代表プロセスの保持と捉える解釈主義の立場から、プライバシー権とされているものが憲法条文との結び付きに欠けるために、結局最高裁が基本的だと考えた価値が、議会と人民に対し保護される結果にならないかと批判されているという。

イ デュー・プロセス理論に対する裁判官の対応

松井教授は、修正14条に基づいて明文規定のない実体的人権を認めることに関する批判について、確かに最高裁は結婚、避妊、出産、中絶などの権利を修正14条によって保護された「自由」であるとしてその制約に厳格審査を及ぼしているが、その範囲は広くなく、その意味ではむしろ最高裁は、伝統的な家族秩序を維持しようとしているのではないかとも思われる、とも述べる⁶⁸。そうすると、修正14条からいかなる権利が導かれるかについては、明確な基準が定立されているとは言えないが、他方、裁判所は、実体的デュー・プロセス理論の利用には、少なくとも積極的ではないし、慎重な姿勢を見せているということが出来る。この点で、裁判官の判断が全くの恣意ということはできないのではないかと思われる。

第3節 ドイツに関する検討

1 判例紹介⁶⁹

(1) 第一次墮胎判決 (BVerfGE 39,1,Urteil v. 25.2.1975) ⁷⁰

妊婦の同意の下に医師によって行われた受胎後12週以内の妊娠中絶は、刑法218条の適用により処罰されることはないとする刑法218a条につき⁷¹、連邦憲法裁判所は、いかなる

⁶⁸ 松井・前掲注(67)299頁

⁶⁹ ドイツの判例の検討について、嶋崎健太郎「ドイツにおける胎児の生命権と妊娠中絶判決」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家<憲法理論叢書3>』(敬文堂、1995)95頁以下、上田健二「比較法的視点から見たわが妊娠中絶法の問題点と将来的課題」森下忠ほか編『日本刑事法の理論と展望上巻』(信山社、2002)645頁以下等参照。

⁷⁰ 嶋崎健太郎「判批」『ドイツの憲法判例』(信山社、第2版、2003)8事件67頁

⁷¹ §218a: 妊娠中絶の不可罰

(1) 妊娠中絶は、左に掲げる場合、違法とはならない。

1. 妊婦が中絶を要求し、かつ意思に対して219条3項2文に従った証明書により、遅くとも侵襲の3日前までに相談した旨証明したこと
2. 当該妊娠中絶が医師によって行われたこと
3. 受胎後12週以上経過していない場合

(2) 妊婦の同意を伴い医師によって行われた妊娠中絶は、医師の認識によれば、当該中絶が妊婦の生命に

理由も必要とせず中絶を認める限りで、基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 2 項 1 文に反して、無効であると判断した。

基本法 2 条 2 項 1 文が、胎児の生命も独立の法益として保護していることを前提とする（胎児の人権主体性の問題ではなく、客観法的な保護の要請）。国家には、胎児の生命を母親による侵害からも保護するという義務があることを承認する。基本権規範が、客観的価値秩序をも体現していることを前提として、人間の生命は人間の尊厳の不可欠の基盤であり、他の全ての基本権の前提であるから、基本法の価値秩序の中では最高の価値であるとする。その上で、女性には、基本法 2 条 1 項から、出産するか否かを決断する自己決定権が保障されるが、そのような自己決定は、胎児の生命保護と比較衡量することはできない。中絶は胎児の生命を抹殺するもので、基本法 1 条 1 項に照らせば、妊婦の自己決定に対する胎児の生命保護の優越性が導かれるため、胎児の生命は妊娠の全期間を通じて原則として妊婦の自己決定権に優先し、中絶は原則不法となる。

もつとも、妊娠の継続が期待できない適応事由がある場合には、刑罰をもって妊娠中絶を禁止することは、刑罰の最終手段性からみて不適当としてもいる。

（2）第二次墮胎判決（BVerfGE 88,203, Urteil v. 28.5.1993）⁷²

対する危険または妊婦の肉体的若しくは精神的健康状態に対する重大な侵害を避けるために必要であり、こうした危険が、それ以外の、妊婦にとって期待可能な手段では避け難いときに限り、違法でない。

(3) 本条 2 項の諸要件は、医師の認識によれば、遺伝的素質または出生前の有害な影響の為に、当該妊娠の継続を求め得ないほど重大で、しかも除去しえない健康状態の障害により、その子が苦しむであろうと信ずべき緊急の事由がある場合には、同じく充足されたものとみなす。これは、妊婦が当該医師に対して、219 条 3 項 2 文に従った証明書により、遅くとも侵襲の 3 日前までに相談をした旨証明したとき、及び受胎後 22 週以上を経過していないときのみ、適用される。

(4) 妊婦は相談の後、その妊娠中絶が医師によって行われ、かつ、受胎後 22 週を経過していないとき、218 条によっては、処罰されない。裁判所は、妊婦が侵襲時に特別な困窮状態にあったときには、218 条による処罰を阻却することができる。

(H・L・ギュンター（日高義博・山中敬一監訳）『トピックドイツ刑法』（成文堂、1995）95～96 頁）これに対し、現在の § 218a は以下の内容となっている。

§ 218a : 妊娠中絶の刑の免除

(1) 以下の場合には、218 条の事情は実現しない。

1. 妊婦が中絶を要求し、かつ、医師に対して、219 条第 2 項第 2 文に従った証明書により、遅くとも侵襲の 3 日前までに相談した上で、
2. 当該中絶が医師の手によってされ、
3. 受胎後 12 週以上経過していない場合

(2) 妊婦の同意を伴い医師によってなされる妊娠中絶は、医師の認識によれば、当該中絶が妊婦の生命に対する危険または妊婦の肉体的若しくは精神的健康状態に対する重大な侵害を避けるために必要であり、こうした危険が、妊婦にとって期待可能なその他の手段では避け難いときに限り、違法ではない。

(3) 本条 2 項の諸要件は、医師の認識によれば、遺伝的素質または出生前の有害な影響の為に、当該妊娠の継続を求め得ないほど重大で、しかも除去しえない健康状態の障害により、その子が苦しむであろうと信ずべき緊急の事由がある場合には、同じく充足されたものとみなす。これは、妊婦が当該医師に対して、219 条 3 項 2 文に従った証明書により、遅くとも侵襲の 3 日前までに相談をした旨証明したとき、及び受胎後 22 週以上を経過していないときのみ、適用される。

(4) 妊婦は相談の後、その妊娠中絶が医師によって行われ、かつ、受胎後 22 週を経過していないとき、218 条によっては、処罰されない。裁判所は、妊婦が侵襲時に特別な困窮状態にあったときには、218 条による処罰を阻却することができる。

⁷² 小山剛『ドイツの憲法判例』（信山社、2008）5 事件 46 頁

連邦憲法裁判所は、相談を経たうえでの受胎後12週以内の中絶の違法性を否定する刑法218条改正案が、「人間の尊厳」をも保障する基本法に違反すると判断した。ただし、妊娠の継続が妊婦にとって耐えがたい負担となる場合、相談を経た「期間内の中絶」を違法としつつ処罰対象としないことは可能とした（相談という条件つきながら、妊娠初期の中絶の不処罰を認容）。具体的には、以下のように判断している。

基本法は、国家に対し、未出生生命をも含む人間生命の保護を義務づけ、保護義務の根拠は基本法1条1項であり、その対象及び程度は基本法2条2項によって確定される。生命保護は、すべての法益に例外なく優先する絶対的命ではない。保護義務の及ぶ射程は、一方における保護法益の重要性と保護必要性、他方における対抗法益から定まる。そのような比較衡量により決定される、保護義務の射程が及ぶ法益は妊婦自身の人間の尊厳尊重・保護請求権（基本法1条1項）を前提とした、妊婦の生命及び身体不可侵性（2条2項）と人格権（2条1項）である。保護の方法としては、立法府は過少保護禁止を尊重すべきであり、女性の生命にかかわる葛藤状態を生むような適応事由がある場合に、最終的手段である刑罰の威嚇からの免除という方法で、限定的に妊娠継続義務の例外の承認を認めるとしても、妊娠初期には妊婦の人格権が胎児の権利より優位に扱われるといったことはなく、期間を限定したとしても、妊娠継続義務を一般的に放棄することはできない。

そして、刑法218a条は⁷³、単なる処罰の排除ではなく正当化事由としていること、構成

73 § 218a : 妊娠中絶の不可罰

(1) 妊娠中絶は、左に掲げる場合、違法とはならない。

1. 妊婦が中絶を要求し、かつ意思に対して219条3項2文に従った証明書により、遅くとも侵襲の3日前までに相談した旨証明したこと
2. 当該妊娠中絶が医師によって行われたこと
3. 受胎後12週以上経過していない場合
 - (2) 妊婦の同意を伴い医師によって行われた妊娠中絶は、医師の認識によれば、当該中絶が妊婦の生命に対する危険または妊婦の肉体的若しくは精神的健康状態に対する重大な侵害を避けるために必要であり、こうした危険が、それ以外の、妊婦にとって期待可能な手段では避け難いときに限り、違法でない。
 - (3) 本条2項の諸要件は、医師の認識によれば、遺伝的素質または出生前の有害な影響の為に、当該妊娠の継続を求め得ないほど重大で、しかも除去しえない健康状態の障害により、その子が苦しむであろうと信ずべき緊急の事由がある場合には、同じく充足されたものとみなす。これは、妊婦が当該医師に対して、219条3項2文に従った証明書により、遅くとも侵襲の3日前までに相談をした旨証明したとき、及び受胎後22週以上を経過していないときにのみ、適用される。
 - (4) 妊婦は相談の後、その妊娠中絶が医師によって行われ、かつ、受胎後22週を経過していないとき、218条によっては、処罰されない。裁判所は、妊婦が侵襲時に特別な困窮状態にあったときには、218条による処罰を阻却することができる。

(以上、H・L・ギンター前掲注(71)95~96頁)

これに対し、現在の§218aは以下の内容となっている。

§ 218a : 妊娠中絶の刑の免除

(1) 以下の場合には、218条の事情は実現しない。

1. 妊婦が中絶を要求し、かつ、医師に対して、219条第2項第2文に従った証明書により、遅くとも侵襲の3日前までに相談した上で、
2. 当該中絶が医師の手によってされ、
3. 受胎後12週以上経過していない場合
 - (2) 妊婦の同意を伴い医師によってなされる妊娠中絶は、医師の認識によれば、当該中絶が妊婦の生命に対する危険または妊婦の肉体的若しくは精神的健康状態に対する重大な侵害を避けるために必要であり、

要件からの除外とも読めないことから、未出生生命保護義務（基本法 2 条 2 項 1 文と結びついた 1 条 1 項）に合致せず、無効である。助言だけで、第三者による適応事由の認定をしなければ、立法者は、妊娠中絶を正当とはできない。また、助言要件についても、その制度が確立されておらず、刑法 219 条も無効である⁷⁴。

2 検討

(1) 判決の内容について

両判決ともに、国家が生命の保護義務を憲法上負うとし、胎児の生命の保護を立法府が義務づけられていることを前提とする。胎児の生命と妊婦の権利との「比較的調整は不可能」として、衡量がはじめから排除されている（生命という優越的法益が衡量対象とされたからと考えられる⁷⁵）。例外的に、適応事由があり、女性の生命にかかわる葛藤状態を生

こうした危険が、妊婦にとって期待可能なその他の手段では避け難いときに限り、違法ではない。

(3) 本条 2 項の諸要件は、医師の認識によれば、遺伝的素質または出生前の有害な影響の為に、当該妊娠の継続を求め得ないほど重大で、しかも除去しえない健康状態の障害により、その子が苦しむであろうと信ずべき緊急の事由がある場合には、同じく充足されたものとみなす。これは、妊婦が当該医師に対して、219 条 3 項 2 文に従った証明書により、遅くとも侵襲の 3 日前までに相談をした旨証明したとき、及び受胎後 22 週以上を経過していないときのみ、適用される。

(4) 妊婦は相談の後、その妊娠中絶が医師によって行われ、かつ、受胎後 22 週を経過していないとき、218 条によっては、処罰されない。裁判所は、妊婦が侵襲時に特別な困窮状態にあったときには、218 条による処罰を阻却することができる。

⁷⁴ § 219：緊急及び葛藤状況における妊婦の相談

(1) 相談は、出生前の生命の高度な価値と婦女の自己責任を認めた上でなされる、妊婦のための助言及び援助によって、（胎児の）生命保護に資するものとする。相談は、妊娠に関連して存在する緊急及び葛藤状況を克服するために役立たねばならない。さらに、相談は、当該妊婦を、責任を自覚した自らの良心に従った判断をするような状態に置くべきである。相談の使命は、包括的な、医学的・社会的及び法律上の情報（提供）である。相談は、母と子の権利（請求権）及び可能な実際上の援助について、とりわけ、妊娠の継続と母子の緊急・葛藤状況を緩和するようなものについての説明を含む。なお、相談は、将来における意図せざる妊娠を避けるためにも役立つものである。

(2) 右の相談は、法律で認可された相談書によって行わなければならない。妊娠中絶をする当該医師は、相談者からは除外される。

(3) 相談（内容）は記録されず、また、妊婦の希望により匿名で実施することもできる。相談所は、本条第 1 項に従った相談が行われたこと、したがって、その婦女が自分で判断・決定するための情報を取得したという事実につき、日付を付した証明書を、ただちに発行しなければならない。

（以上、H・L・ギンター・前掲注（71）97 頁）

これに対して、現在の § 219 条は以下のようにになっている。

§ 219：葛藤状態における妊婦の相談

(1) 相談は、生まれる前の生命の価値に資する。相談は、妊娠を継続する女性を励まし、子供の生命に対する展望を開くことに尽力するものであるべきである。相談は、責任ある、細心の決定をすることに役立たねばならない。さらに、女性は、子供の決着を通じ、要求できる犠牲の限界を超えるような、とても重大かつ異常な負担が発生する場合、出生前のどの段階においても妊婦は自分の権利と生命にも向き合っていること、それゆえに、ただ例外的場合において妊娠中絶の法秩序が問題となることに意識的にならねばならない。相談は、助言と援助を通じて、妊婦との関係で、存在する葛藤を克服し、苦境から脱することに貢献しなければならない。詳細は、妊娠葛藤法に定める。

(2) 相談は、妊娠葛藤法に従って、公認された妊娠葛藤相談所が行う。相談所は、相談により決定をなした妊婦に対し、妊娠葛藤法に従って、最後の助言の日付と妊婦の名前を記載した証明書を発行する。当該妊娠中絶をする医師は、相談者から除外される。

⁷⁵ この点に関して、人間の尊厳の内容としての自己決定権がある以上は、生命が至上の価値であり、胎児も独立の人間的存在であるから、妊婦の自己決定権も制限され、中絶行為は刑罰的批難に値するという点について反対の意見がある。曰く、生命権は何より大切であるが、私が私であることに深く関わる自己決定やプライバシーはそれに劣らず重要であるし、胎児＝人と直ちに位置づけてこなかった法の歴史が

むような場合には、未出生子の生命権の優位を女性に要求できないとする。ここでは、自己決定の制約根拠が、基本法1条1項の「人間の尊厳」にある⁷⁶。なお、胎児が基本権の担い手なのか、それとも権利能力を欠くので憲法の客観的規範によって『のみ』生命の権利が保護されるのかについては判示していない⁷⁷。

墮胎判決の特色は、基本法の明文規定（抽象的ではあるが）をもって、法律が前提とする自己決定権を否定した点にあると思われる。憲法に内在する制約として、自己決定権の制約を肯定していると言える。また、立法府の判断を否定した点では、司法府と立法府の衝突という事態が生じている。しかも、立法府が広く認めた自己決定を強く否定する判断がなされており、立法府の判断の否定という点では、松井教授の批判が妥当するようにも思える。しかし、その方法は、基本法2条1項をもって一般的な行為の自由を認めたことにより立法府の判断を否定したものではない。よって、野放図な人権の創出、裁判官の恣意的な判断という懸念は当たらず、松井教授の想定する事案とは異なっている。もっとも、立法府の判断について、憲法の抽象文言によって強い規制を求めたという観点からすると、裁判所が恣意的な判断をしている可能性はある。しかし、アメリカの判例のような、憲法上の人権を広範に認めることによる立法府と司法府の衝突という現象は生じていないのである。

(2) 理論面での検討⁷⁸

ア 一般的行為自由説に対する問題

ドイツの判例・通説は、基本法2条1項をもって、一般的行為の自由を保障したものと解している。即ち、憲法異議制度の利用において、基本権として基本法の明文規定により保護されなかった行為の自由は、基本法2条1項によって保護されるかが問題となる。そこで、基本法2条1項は、特定の限定された生活領域だけではなく、人間のあらゆる行為態様を保護しているとするのである⁷⁹。ここでは、日本における一般的行為自由説と同様の批判が妥当するようにも思われる。どのような行為でも憲法上保障されるとすれば、司法府により新たな人権が野放図に創出され、立法府の判断を否定することになるのではないかが問題となるであろう。

イ 一般的行為自由に対する基本法2条1項による制約

あり、そのように価値的に一概には優劣を言えない問題で刑法的避難を導入することは理論的には容認されない（根森健「人権の基本原則としての『個人の尊厳』」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家<憲法理論叢書3>』（敬文堂，1995）90～91頁）。

⁷⁶ ドイツは、アメリカに比べて、明確に自己決定権を制約していると言える。それは、母体外生存可能性を問うことなく、全ての期間において、女性に妊娠中絶ができる場合（中絶理由）を問題としているからである（蟻川・前掲注（64）参照）。

⁷⁷ ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社，2001）46頁

⁷⁸ 以下の学説の議論について、ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク・前掲注（77）123頁以下参照

⁷⁹ ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク・前掲注（77）124頁

では、具体的にドイツ基本法 2 条 1 項を見てみよう。同条項は、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。」と定める。同規定の保障する基本権は、一般的行為自由及び、基本権 1 条 1 項と結びついて具体化された一般的人格権であるとされる。一般的行為自由は、特定の限定された生活領域ではなく人間のあらゆる行為態様を保護している。他方、一般的人格権も、特定の生活領域に限定されておらず、あらゆる生活領域に関連する。そして、個人の行為態様よりもむしろ個人の主体性を保護する。連邦憲法裁判所の生み出してきた一般的人格権の具体的内容は、生活領域にあてはまるだけでなく、主体の様々な発展様式に妥当する。具体的には、①自己決定の権利（個人に対して自分が何者なのかを自ら決定する権利）、②自己保全の権利（閉じこもって自らを遮断し、一人でいる権利）、③自己叙述の権利（自己を誹謗的、歪曲的かつ勝手に公の場で叙述されたり、また勝手にこっそりと自己が利用されたりすることから身を守る権利）である。

ここで、基本法 2 条 1 項が、基本権を保障するだけでなく、その制限をも定めていることに注意が必要である。一般的行為自由も一般的人格権も、①他者の権利（すべての主観的権利を含むが、これはすでに憲法秩序に含まれる）、②憲法秩序（具体的には「法律の留保」と解されるものであり、「法律による介入が行われる場合、それが人間の行動自由の基本的な表現形式に触れれば触れるほど、市民の原則的な自由の要求に対抗して持ち出される正当化理由は一層入念に衡量されなければならない」という比例原則を内包するものである）、③道徳律（良俗信義とされ、これもまた、憲法秩序に含まれる）の 3 つの制限に服するとされている。

以上から、2 条 1 項が、一般的行為自由として、抽象的に人間のあらゆる行為態様を保護すると同時に、1 条 1 項と結びつき判例上多少具体化されてきた人格的利益の両者を保護し、それらはいずれも法律によって制限されうるということがわかる。法律による制限の正当化においては、比例原則が用いられ、当該保障がより基本的なものであればあるほど、比例原則の適用は厳格なものとなるという仕組みであるように思われる。

ウ 一般的行為自由の人間の尊厳規定による制約

墮胎判決においては、胎児の生命保護義務が問題となった。基本法 1 条 1 項の客観法的側面から、立法府の保護義務が基礎づけられ、中絶の合法化に歯止めがかけられた。

人間の尊厳については、基本法 1 条 1 項が法律の留保を付していないことから、衝突する憲法規定による介入の正当化も許されない。他者の人間の尊厳を保護するために、ある人の人間の尊厳に介入することもまた正当化されない。個々人はたしかにその利益や行動において衝突するのであるが、決して人間の尊厳において衝突するわけではない。人間の尊厳に対するあらゆる介入は、同時にその侵害を意味する⁸⁰。

⁸⁰ ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク・前掲注（77）122 頁

ドイツでは、基本法2条1項により保障される一般的行為の自由は絶対無制約のものでなく、野放図な人権創出との批判は当たらない。これは基本法2条1項が、第一次堕胎判決・第二次堕胎判決にみられるように、基本法1条1項の「人間の尊厳の不可侵性」による規制を受けていることから明らかである。両判決は、基本法1条1項の客観法的側面から、立法府に胎児の生命に対する保護義務を基礎づけ、中絶合法化に歯止めをかけた。人間の尊厳は、基本法1条1項が2条1項のように法律の留保を付していないことから、衝突する憲法規定による介入の正当化も許されないものであり、強力な縛りとなる。「人間の尊厳」はドイツにおいてこれまでに、基本権を基礎づけると共に、それを制限する機能を果たしてきたとされる⁸¹。ドイツの裁判官は、基本法1条1項という明文規定によって、自由な判断に対する制約を負っていると考えられる（基本法1条1項の「人間の尊厳」による規制の強さは、堕胎のような三面関係を生じさせない場合にも働く。その人自身の尊厳を保護する為に、自由の行使、即ち自己決定を制限する判決として、ピープ・ショー判決等がある⁸²）。

第4節 アメリカとドイツの判断理論の比較検討

(1) 堕胎の自己決定と対抗利益としての胎児の生命について

ドイツでは、胎児の生命について、国家が保護する義務があると位置づけられた。そして、基本法1条1項・2条1項に基礎を持つ生命に対する保護義務が重大なものだからこそ、妊婦の堕胎の自由が憲法上保障されているとされたにも拘わらず、胎児の利益の前に後退を迫られた。他方、Roe判決では、修正14条の person は未出生の胎児を含むものではないとされた。出生前の生命を保護することについて、州の利益を肯定しているが、対立利益に憲法上の保護が及ぶか否かは問題とされていない。

⁸¹ 押久保倫夫「自己決定と『人間の尊厳』—本人の決定に対立する『尊厳保護』の問題について—」東亜法学論叢6号65頁(2001)

⁸² 押久保・前掲注(81)66頁以下では、次のような指摘がされている。

人間の尊厳は、各人が客体におとしめられる場合に侵害され、自発的にピープ・ショーに出演する本人の主観的意図に拘わらず、ピープ・ショーは基本法1条1項に反して良俗違反であるとして禁止を正当化した。もっとも、その後の第二次ピープ・ショー判決においては、支配的な社会倫理的確信に反するピープ・ショーは、良俗違反であるとして禁止を正当化している。ここでは、人間の尊厳に違反したとの(国家的)価値判断はされていない。何が人間の尊厳かについて、国家が一方的に決めることに対する慎重姿勢があるようである(ピープ・ショー判決を危険行為の禁止という保護義務の事例として論述したものとして、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998)277頁以下)。

なお、第一次・第二次堕胎判決との関係では、ピープ・ショー判決の「人間の尊厳」の使い方は、場面が異なると考える。ピープ・ショー判決は、当該行為をする者の自己決定に拘わらず、その行為が人間の尊厳に反するとしており、国家の自己決定権者に対するパターンリスティックな規制となる。しかし、堕胎判決においては、あくまで胎児が妊婦と対抗関係にあり、そこで三面関係が成立している。堕胎判決では、国家に、胎児に対する保護義務が課されており、同列に人間の尊厳を問題にすることはできないと考える。しかし、一般的行為自由に対して、「人間の尊厳」が規制根拠となっている点では、同様の事態が生じている。そして、堕胎判決のような三面関係のみならず、パターンリスティックな場面においてさえも、客観的に裁判官を拘束する事情として「人間の尊厳」が用いられていることから、基本法1条1項は、裁判官を現実に拘束していることの強力な証明となるのではないだろうか。

ここに、両国の胎児の生命、出生前の胎児の法的位置づけに対する社会的な意識の違いと、両国の判断方法の差異が示されている。判断方法の差異について考えてみよう。ドイツでは半ば無条件に行為の一般的自由を認めつつも、制約の対抗利益となるものの価値をどう位置づけるかという点に重点を置くことで、裁判官が憲法判断を行う。二つの堕胎判決においては胎児の生命という対抗利益の重要性から、自己決定権が制約された。反面、アメリカでは、基本的に行為の自由が憲法上認められるかの位置づけについて、裁判官が重点的に規制を行っているものと解される。当該自由が憲法上の利益かどうか重要なのであり、対抗利益が憲法上の利益かどうかといった判断はされておらず、規制を正当化できる目的・手段かを問う場面で対抗利益が出てきている。

（２）自己決定権を制約する明確な規制条項の存否

ドイツでは、自己決定権を広範に認める基本法 2 条 1 項自体及び基本法 1 条 1 項により、自己決定権制約の解釈の根拠となる規定が明文で定められている。他方のアメリカでは、修正 14 条自体が適正手続により権利が合理的に制約されることを示してはいる。しかし、自己決定権が語られる場面では、自己決定権の根拠として、修正 14 条が摘示されることに意味があるのであり、合理的な制約が認められるとしても、何をもって合理的とするかは、条文上は答えがない。ドイツの基本法 1 条 1 項のような、対抗利益想定されていない。あくまで、自己決定権を肯定した上で、州の利益との比較衡量を通じて当該制約の合憲性を判断している。その比較衡量自体、裁判官の価値判断といわれかねない要素がある。このように、アメリカの場合には、裁判官の判断を制約する根拠条文が明確に存在していないことから、いったん自己決定権を認めてしまうと、その制約に関して恣意的に違憲と判断されるおそれありとも言える。そのため、憲法の明文の定めのない権利をどう認めるか、修正 14 条からの新たな権利の導出に際して、慎重な判断がされていると言える。

アメリカにおいて、明文規定の有無にかかわらず、自己決定権が絶対ではなく、制約を受けること、制約立法が必ずしも違憲と判断されるわけではないことから、単純に司法府の専断が行われている実態があると評価することはできないかもしれない。しかし、制約根拠となる利益を示す明文の規定を欠く場合、条文による価値充填、裁量統制はされにくいと考えられる。すると、明文規定がないアメリカでは、司法府の恣意的な判断による違憲判断が行われる可能性は、多少高まるのではないかとも思われる。もっとも、ドイツにおける基本法 1 条 1 項や 2 条 1 項の規制文言は、「人間の尊厳」「憲法秩序」という抽象的文言にすぎない。そうすると、結局何が人間の尊厳であるかについて明確な基準を定立しなければならなくなり、アメリカが修正 14 条で明文の規定がない人権を保障する場合の基準の定立と同様の困難が存在している。堕胎判決のように、胎児の生命は、生命という至高価値であるから、議論は不要であろう。しかし、ただちに人間の尊厳と断定できない場合もあるはずである。

以上からは、抽象的に自己決定権を制約する根拠条文の存在をもって、確定的にドイツ

の司法府の判断は恣意的要素が希薄であるということは断定できない。しかし、明確な憲法文言の存在は、裁判官の意識として、憲法適合的な判断をするインセンティブにはなると考えられ、恣意的判断の抑制という効果があるのではないかと考える。

(3) ドイツの立法府判断の否定とアメリカの立法府判断の否定の実質的差異

ドイツもアメリカも立法府の判断を否定した。ドイツでは、比較的緩やかに墮胎の自由を認める立法を違憲としている。アメリカでは、墮胎の自由を制約する立法を違憲としている。同じく墮胎の自由に対して憲法の保障を与えたにもかかわらず、両者はその自由を認めるかどうかの点で対立している。両国の理論的差異はどこにあるか。

まず、墮胎の自由を認める条文との関係が異なっている。ドイツの場合には、どのような行為の自由も原則として保護され、墮胎の自由もその他の自由も同様に保護される。他方で、アメリカは、果たして墮胎の自由が憲法上保護されるのかという点について、その問題点自体に向き合って考える必要がある。アメリカでは、一般的行為の自由そのものを修正14条において認められる利益とは考えていない。ドイツのように、行為が広く憲法上の保護に値するとは考えていないのである。

次に、その制約の方法である。ドイツでは、胎児の生命に対する国家の保護義務が対抗利益として出され、根拠が基本法1条1項にもあったことから、比較衡量は排除された。他方で、アメリカは、州の規制理由があるかという次元で胎児の生命が扱われたにすぎず、妊婦の利益と州の利益が比較衡量されている。判断構造として、ドイツは簡単に憲法上の自由を認めたが、国家の保護義務を胎児の生命に基づいて導出したことで、制約を安易に認めていると言える。比較衡量によるアメリカの制約方法は、その点、慎重な判断といえる。

では、両国の結論の実質的な差異はあるのか。アメリカは、Roe判決以降、胎児の母体外生存可能時以降の墮胎は原則として認めていないし、Casey判決においては、夫の同意以外の中絶に関する負担（中絶の24時間前の情報提供の義務づけや、未成年者の中絶の親の承諾等）に関する規定を合憲としている。以上の妊婦への負担を前提とすれば、アメリカでの規制も緩やかとは言えない。しかし、観念的には、違法阻却すら認めないドイツの墮胎に対する制約は、アメリカよりも強度のものと考えられる。

第5節 小括

(1) 自己決定権の使用方法

両国の判断に照らして、自己決定権の問題点を考えてみる。両国の決定的差異は、ドイツが自己決定権を認めつつも、それに対抗する胎児の利益をもって立法を違憲としたのに対し、アメリカは自己決定権をもって立法を違憲と判断した点にある。自己決定権の用いられかたは異なるが、両国において、自己決定権が安易に用いられているといえるか。

ドイツでは、一般的行為自由説が通説・判例である。すると、ある行為をすることに關

する自己決定権は簡易かつ積極的に認められる。しかし、墮胎判決にあるように、ドイツでは「人間の尊厳」という強力な制約根拠が存在している。基本法の明文規定である人間の尊厳が、自己決定をも制約する強力な要素となっているために、一般的行為自由説に従っても、結果的に自己決定権が立法府の判断を容赦なく否定するということにはなっていないと考えられる。一般的行為自由が、実質は大きな制約を受けるが故に、自己決定権が安易に用いられているとは言えないのである。

アメリカでは、プライバシー権・自己決定権は、一般的行為自由説のように広く認められるものではない。そして、プライバシー権の範疇に当該自己決定が含まれるかどうかについて、修正 14 条を根拠として議論がなされる。と言っても、アメリカでは、憲法に明文の規定のない自由について、修正 14 条から全ての行為の自由が導かれているわけではない。今まで妊娠中絶・避妊・家族形成の自由・養育権等につき、限定的な形でプライバシー権を認めてきたのである。ライフスタイルに関するプライバシー権は認めていない⁸³。このように、裁判官は、修正 14 条からいかなる自由でも導けるとは考えておらず、その点で、アメリカにおいても無批判に自己決定権の創出が行われているとは言えない。

（２）司法府と立法府の関係性

では、司法審査と民主主義の観点から両国に問題点はあるか。アメリカもドイツも、法律の一部を違憲と判断した。民主主義的基盤の乏しい裁判所が、立法府の判断を否定している点からは、松井教授が指摘するとおり、裁判所の恣意的な判断がなされる余地があるということになるのかもしれない。

しかし、ドイツにおいては、人間の尊厳に関し立法府の保護義務を要求して、法律を違憲としたが、それは憲法の明文の要請に従ったものであり、裁判所が新たな権利を用いて（ないし創出して）立法府の判断を否定したのではない。すると、自己決定権が裁判官の恣意的判断を許すことは問題であるという松井教授の問題意識が直接妥当する事態は発生していない。

他方のアメリカにおいては、自己決定権をもって、立法府の判断を否定したことは明らかである。この判断は、社会的にも大きな影響を生ぜしめた。とりわけ、Roe 判決では、厳格な審査基準を用いた点で、その判断は劇的であった。とはいえ、胎児の母体外生存可能時以降の妊娠中絶への規制を許すという立場にとどまったとの評価もなしうる。更に、Casey 判決に至っては、24 時間以内に相談を受けることが困難となる可能性があるにもかかわらず、それを妊婦にとって過度な負担ではないとしている点などからすると、立法府の判断を全面的に否定したとはいえないであろう。そして、判断においては、州の利益として、胎児の生命を持ち出し、妊婦の中絶の決定と比較衡量することを認めている。自己

⁸³ 松井・前掲注（67）295～299 頁参照

なお、警察官の長髪規制に関する *Kelley v. Johnson*（425U.S.238（1976））では、そのような自由が Roe 判決等で認められた権利とは異なるとしつつ、たとえそのような権利が保護されているとしても、警察官に関する限り緩やかな審査が妥当だとして、規制を支持している（松井・前掲注（67）297 頁参照）。

決定権を認めても、それは切り札的に、公共の福祉の制約に服さない絶対的な人権といった扱いを受けているわけではなく、合理的な立法かどうか慎重に判断されているのであり、通常の人権の取扱いと変わらない。そうすると、司法府が結果的には立法府の判断を部分的に覆す自己決定権を創出しているが、その権利はさほど強力なものではなく、実質的にみて、立法府の存立を脅かす判断に直結しないことには注意する必要がある。裁判官、司法府は、立法府に対して配慮を見せて、慎重な判断をしたと評価することもできるのではないだろうか。

(3) 自己決定権に対する歯止めと自己決定権の画定基準の存在

アメリカでは、プライバシー権の範囲に当該決定が含まれるかという観点から、議論が始まる。そして、当該利益は、州の利益との比較衡量により制約の正当化が検討される。当初修正14条から導出される権利は、厳格審査に属するとされたが、妊娠中絶事案において Casey 判決は、不当な負担になるかどうかの基準を持ち出すなどしている。人格的利益説に立った場合、妊娠中絶を決定することは、人格的利益に含まれることが前提とされる。しかし、その場合であっても、アメリカでは厳格審査が取られないことが明らかになっている。そうすると、自己決定権を人格的利益という価値で縛ること、そして、その人格的利益が何か定かではないとしても、当該自由を制約する根拠があるのかどうかを司法府が判断することになっている。つまり、立法府の判断を覆すために、司法府は二重に判断を行っている。司法府が勝手に権利を創出し、立法府の判断を覆すということに松井教授の問題意識があったのだとすれば、アメリカの判例のような慎重な方法に鑑みれば、安易に立法府の判断を覆すような動きはないとみることもできるのではないか。

ドイツでは自己決定権に人間の尊厳という歯止めが存在していること、人間の尊厳について、基本法2条1項自身が憲法秩序に反しないことという歯止めをかけていることが、自己決定権の野放図な範囲拡大を防止しているように考えられる。堕胎判決においては、胎児の生命を重視する以上は、その生命の侵害は、ただちに人間の否定につながるから、明確な形で人間の尊厳を語ることができた。そして、「人間の尊厳」は概念として抽象的すぎるとも思われるが、ドイツにおいては、判例によって、「尊厳」に一定の客観的価値が与えられている。当該「尊厳」の想定する人間像に反する行為者に対しては、人間の尊厳は制約となり、人間を客体として扱うことに対しても、人間の「尊厳」違反という形で制約が生じる。一定程度裁判所のコンセンサスや客観的基準が成立しているものと考えられる⁸⁴。

⁸⁴ 押久保・前掲注(81)86～91頁参照

なお、ここで、ドイツの議論を参考に、日本において人格的利益を限定するために、日本の憲法の文言を用いることはできないか。つまり、日本法では、自己決定権に関して「個人として尊重」という憲法13条の文言による明文の制約は認められ、その解釈を通じて、自己決定権を画定する基準を定立できるのではないだろうか。しかし、このように考えることは、単純に過ぎると考える。ドイツの「人間の尊厳」と日本の「個人として尊重」は、文言の差異にはとどまらない問題を内包していると解されるからである。

ドイツでは、本件とは異なり、パターンリズムに基づく制約の場面においてであるが、人間の尊厳が当

このように、アメリカでもドイツでも、裁判官が無条件に自己決定権を認めることについては、歯止めが存在していると評価することができる。しかし、両国においても、自己決定権が何かについての明確な基準が定立されているとは言い難い。修正 14 条に含まれる権利にはどのようなものがあるのか、一般的行為自由を制約する憲法秩序・人間の尊厳の具体的意味内容は何か、以上の点について、両国では十分に基準が示されていない。結論として、自己決定権の範囲の画定基準は、比較法によっても明らかになったとは言えず、自己決定権の範囲が画定できないことに対する松井教授の懸念は払拭することができない。けれども、裁判官が恣意的判断をするかどうかという点については、裁判官の慎重な判断の実態から、弾劾されるべき恣意性は認められないのではないかという回答を提示したい。

第 4 章 結論と今後の課題について

(1) 結論

第 2 章で検討したように、日本において、今後、憲法 13 条から自己決定権が人権として

人の自己決定を制限することすらある（ピープ・ショー判決・小人投げ判決）。ここで、押久保教授によれば、「『人間の尊厳』はその文言からすれば『人間』が『個人』とは異なり、類概念としての特定の理念的人間像を提示する余地があり、『尊厳』は『尊重』と異なり価値を表現する概念である。即ち……『人間の尊厳』は『個人の尊重』よりも、特定の価値観が入り込みやすい構造になっている。」他方で、「『個人の尊重』という規定は……『個人』というのは『個性』を持った『人』であり、『個性』とはその多様性を本質とするのだから、それを『尊重』することは各自の個々の行動、個々の判断を何よりも重視することを意味する。即ち『個人の尊重』は自己決定の契機と必然的に結びつく。それゆえ……自分自身の決定に対立するその人自身の保護は、『個人の尊重』を根拠としては原則として成立する余地がない……」（押久保・前掲注（81）92 頁）とされる。

自己決定と人間の尊厳の関係については、フランスにおいて、出生前診断の過誤により、障害を持って生まれてきた子につき、医師に対して損害賠償が請求された、ペリュシュ判決について、以下のような指摘がある。「……アンチ・ペリュシュ判決にとっては、『人間の尊厳』が、基本的な理念であり、それに対して判決擁護派は、まさに当の個人の意思の尊重を最上位に置く。……（主体として個人を想定する権利としての）『人権』、と言い変えることができる。個人の意思の尊重、すなわち『人権』を言うほうは、決定主体、この場合には意思主体としての母親のことを考えている。『人間の尊厳』を掲げるほうは、ペリュシュ判決についていえば、胎児とか胚を法主体と考えることではなくて、『人間』という実質的価値を想定している。二つの立場を対比するとき、同じ平面で『人間』対『個人』が向き合っているわけではない。そのずれが、一方は自律による限定、それに対して他方は外側から限定する価値としての『人間の尊厳』、という対比のされ方に連動することになる……」（樋口・前掲注（26）136～137 頁）。ここからも、人間の尊厳という制約根拠は自律性とは別の要素を持っており、自己決定を制約する要素を有していることがうかがわれる。

「人間の尊厳」は、憲法 13 条にいう「個人として尊重」という文言と同視することはできず、結局、制約は「公共の福祉」という通常の人権の制約根拠に頼らざるを得ない。そうすると、裁判所をコントロールするのが、公共の福祉という概念になってしまうが、これは他の人権と同様の状態になるに過ぎない。

「個人として尊重」にしる「公共の福祉」にしる、日本で文言上自己決定権の制約を促す機運があることはわかる。この点から、日本で自己決定権を認めても、直ちに野放図にそれが優先されるということにはならないように思われる。しかし、そのような抽象的文言だけで、裁判官に対する基準が定立できたとは言えない。ドイツの「人間の尊厳」の解釈や判例を参考にして、客観的基準を立てようとするのは、「個人」と「人間」の違いに目をつむるものであり、与しえない立場である。結局、規制の根拠となりそうな条文が存在している点で、アメリカよりも裁判官の判断は狭められるように見え、このことは観念的には意味があると思われる。しかし、実質的には、抽象的文言の点で、直ちに恣意的判断がなされないとは言えないのである。

創出され、裁判所で法令違憲の判断が生じることは否定できない。他方で、自己決定権の範囲を学説が明確に画定しているとはいえない。そして、第3章で検討したように他国においても明確な基準が現れていない。しかし、それでも、自己決定権の創出を消極に捉える必要はないと考える。というのも、自己決定権を認めることの最終的な問題点は、裁判官の恣意的な判断への懸念という点にあるからである。確かに、自己決定権はこれだ、という明確で客観的な基準が存在することは裁判官が恣意的な判断をするのを防ぐ最善の策である。しかし、楽観的かもしれないが、裁判官は、そもそも恣意的に自己決定権を創出するようなことはないのではないかと考えられる。そうであれば、客観的基準がないからというだけで、自己決定権を消極に解する必要があるまい。そして、第3章で検討したように、裁判官は、曖昧な憲法13条に基づいて恣意的に権利を創設したり、立法を否定したりするとは思われないのである。その理由は、以下に述べるとおりである。

第一に、第2章で検討した通り、いまだ日本の裁判所がとりわけ公法分野において自己決定権を持ち出すことに極めて慎重な姿勢を見せているという事実は、日本における裁判官の立法府の民主的判断への敬讓を示している。無論、この敬讓は、単なる無批判ではない。私法分野で自己決定権を認める素地ができつつあることから、司法府が慎重に考慮した結果として評価すべきものである。調査官解説の脚注の若干の変遷からも、慎重な考慮を読み取ることができるのではなかろうか。ここから、日本の裁判官が慎重に自己決定権に向き合っているという事実を推認することができる。そして、この態度が民主的判断を自己決定権によって安易にくつがえす判断をしないことを強く示しているのである。

そして、第二に、第3章で検討したように、アメリカ・ドイツにおいて、立法府の判断を覆しかねない自己決定権の範囲画定に裁判官が真摯に向き合っている事実が認められる。アメリカでは、修正14条の解釈とその後の対抗利益との比較衡量を通じて、ドイツでは、基本法1条1項の「人間の尊厳」を通じて、裁判官の真摯な判断が証明される。日本の裁判官が、他国と異なって不真面目だとすれば、この点は説得的な理由にはならない。しかし、第一で述べた慎重な態度、「公共の福祉」解釈における戦後初期とは異なる実質的な利益衡量の実施、憲法13条に基づくプライバシー権の創出などに鑑みると、日本の裁判官にも、アメリカ・ドイツの裁判官と同様のまじめさを認めてよいと思われる。即ち、憲法13条の解釈として、新しい人権をいかなる場合に認めるか、そして、「公共の福祉」に服する場合や、他の人権と衝突する場合など、新しい人権が制約される場合がいかなる場合かについて、裁判官の判断は恣意的なものとはならないのではないかと考えられる。

裁判官は、恣意的判断ができるほど、自由ではない。自己の良心に従い、憲法・法律に拘束される存在である（憲法76条3項）。アメリカやドイツの判断を見ると、裁判官は人権の創出及び人権の限界について極めて強力に憲法に拘束されていることがわかる。日本の裁判官が慎重に憲法13条の解釈に当たっているという、今までの最高裁判例の傾向に鑑みると、日本の裁判官も憲法に拘束されていると考えられる。そうであれば、恣意的判断

による自己決定権の創出と違憲判断という問題点は——自己決定権という個人の尊重（憲法 13 条）を充実させる人権を認めることに消極的になるほど——深刻な問題ではないのではないか。実務法律家として裁判官は慎重な判断をなし、結果的に、野放図な人権の創出といった事態は生じないと考えられる。裁判官が曖昧な憲法 13 条に基づいて自己決定権を創出し、それゆえに立法府の判断を覆すということに対する松井教授の懸念に、完全に同意することはできない。個別具体的に自己決定権を積極的に認めていくことがあってもいいのではないかと考える。

（2）今後の課題

本稿の結論は、やはり、楽観的すぎるかもしれない。

すでに述べたように、裁判官の判断を具体的に拘束する客観的基準の定立は有意義なことである。よって、自己決定権の範囲の画定基準を理論上検討することは、今後の課題であろう。もちろん、そのように客観的な基準を定立すべきかという基準定立の必要性を含めて考察をしなければならぬ。

そして、そもそも基準定立の必要性があるかどうかについて、裁判官がどこまで自由に判断ができるのかという点に関する検討を回避することはできないだろう。ここには、主権の存する国民の意思を代表するはずの議会の意思に、なぜ裁判官が抗うことができるか⁸⁵、司法審査が民主主義との関係でいかにして正当化されるか、または、司法審査とともに「民主主義」も、どのような正当性を有するのかという問題意識が存在している⁸⁶。

この問題点に関して、今のところ、私は、司法審査の正当化は民主主義とは別の原理により基礎づけられるべきと考えている。民主過程の保持により司法審査を正当化するという議論は、あくまで民主主義による正当化である。民主主義で完全な正当性をもつ立法府に、なぜ司法府が太刀打ちできるのか。民主主義的観点から考察すれば、選挙をはじめとした民主主義制度の正しい成立・運用のために尽力することだけが司法府の役割となる。このように、司法府の役割を民主主義に含まれる、二次的なものと位置づけるのは適切だろうか。民主主義とは別の観点から正当性を基礎づけることによってこそ、司法府は立法府と対等にわたりあえるように思われる。三権分立を前提として、司法審査を制度として組み込む日本国憲法に適合的と考えられるのである。裁判官が、憲法 76 条 3 項によって拘束されているならば、憲法はその範囲で司法審査の正当性を担保しようとしていると考えるのが自然ではないか。三権分立が相互牽制の機能を持っているならば、裁判官が立法府に配慮しなければならないことを、立法府の論理である民主主義によって基礎づけるのは不自然である。そこで、裁判官のあり方、司法府の統治機構での位置づけの検討は、今後の課題としたい。

⁸⁵ 長谷部・前掲注 (30) (「憲法典というフェティッシュ」) 162 頁参照

⁸⁶ 坂口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社・2001）19～20 頁、長谷部・前掲注 (9) 51 頁、長谷部恭男ほか「裁判官の正統性と民主主義」法律時報 69 巻 6 号 55～56 頁〔蟻川恒正発言〕（1997）