The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	列挙されていない権利の再構成 : 憲法一三条における権限アプローチの展開
Author(s)	中曽, 久雄
Citation	阪大法学. 2010, 60(3), p. 111-160
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55252
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

列挙されていない権利の再構成

――憲法一三条における権限アプローチの展開――

中曽久雄

一　問題の所在
二　学説の展開
二―一　初期の学説
二―二　人格的自律権説
二―三　一般的自由権説
二―四　プロセス的権利説
二―五　従来の学説の検討
三　権限アプローチとその意義
三―一　権限アプローチとは
三―二　切り札としての人権と権限アプローチ
三―三　私生活上の自由と権限アプローチ
四　結　び

（阪大法学）60（3-111）547〔2010.9〕

一　問題の所在

本稿は、筆者がこれまでの論考において論じてきた権限アプローチ[1]が、日本国憲法のもとでいかに展開されるかを検討することを目的とするものである。本稿が検討の対象とするのは、日本国憲法一三条（以下、一三条）である。権限アプローチは、アメリカ合衆国憲法修正九条の議論を基にして、憲法上列挙されていない権利の保障において問題となる民主主義のもとでの司法審査の問題、とりわけ、裁判官の実体的価値判断の問題を克服することを主眼とするものであった。この裁判官の実体的価値判断の問題は、一三条においても生じる。すなわち、「この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の諸権利を否定または軽視したものと解釈してはならない[2]」という修正九条の規定と「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」という一三条の規定は、条文の規定は異なるが、双方とも憲法上列挙されていない権利の保障の根拠となる規定と考えられており、近似性があるといえよう。また、修正九条と一三条は、ともに開かれた条項であり、そこからあらゆる権利を導き出すことが可能である。もし、この規定に基づいて裁判官が恣意的に権利を創出し、法律を違憲とすれば民主主義のもとでの司法審査の観点から重大な疑義を生じさせることになる。そこで、本稿では、権限アプローチの観点から、一三条の解釈を考察することにする。

本稿の構成は以下の通りである。「二」で、一三条に関するこれまでの学説の展開を概観し、従来の学説の抱える問題を指摘する。次に、「三」で権限アプローチとその意義を説明し、権限アプローチと同様のアプローチである長谷部恭男教授の「切り札としての人権」との関係、さらに、一三条に関する判例を通じて、権限アプローチの妥当性を検討する。最後に「四」で、権限アプローチが、一三条のこれまでの議論にいかなる示唆を与えるかを考

察する。

二　学説の展開

二―一　初期の学説

まずは、一三条をめぐる学説を検討していくことにする。日本国憲法の制定において、第九〇帝国議会で、憲法で保障される権利は、列挙された権利に限られないという理解が示されていた。[3] 学説は、当初一三条に具体的権利性を認めていなかったものの、次第に一三条に具体的権利性を認める説が形成されることになる。以下では、憲法一三条に関する初期の代表的な学説として、美濃部達吉博士・註解日本国憲法・宮沢俊義博士・佐々木惣一博士の説を概観する。

まず、美濃部達吉博士の説である。美濃部博士は、基本的人権の「一般原則」のひとつに「個人的人格権の尊重」をあげ、一三条は、「具体的な特定の権利又は自由に関する定ではなく、総ての権利及び自由の基礎たるべき各個人の人格を尊重することを、国政の基本として宣言し」たものとし、一三条の具体的権利性を否定する。[4]

次に、註解日本国憲法の説である。註解日本国憲法は、一三条の「『生命、自由及び幸福追求に対する権利』とは、個人の人格的生存に不可欠な権利自由を包括的に述べたもの」であるとし、この権利は「憲法各条に具体的に保障されている各種の権利自由の根底に存する自然法的な権利」であるとする。そして、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という規定は、「国家が立法その他の国政の上で、個人の権利の尊重を、それが公共の福祉に反しない場合には、積極的にはかって行かなければならないという、いわば国家の心構を表明したもの」であるという。そして、註解日本国憲法は、一三条の法的性格を以下のように説明

する。一三条は「国民の権利の包括的な宣言であり、その意味で抽象的な内容をもつ規定である。従つて法令その他の国家行為が直接本条に違反して無効となることはないと考えられるが、本条が憲法の基本的理念の表明として、以下の本章所掲の具体的な規定に正面から触れなくても、本条の趣旨により法令等が無効とされることも考えられないではない」(5)。

次に、宮沢俊義博士の説である。宮沢博士は、まず、日本国憲法が保障する基本的人権を、「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利」、あるいは、「人間が生まれながらもっている権利、すなわち、生来の権利」として捉える。そして、宮沢博士は、人権の根拠を以下のように説明する。「重要なのは、神だの、自然法だのではなく、人権はすべての人間に生来的に、一身専属に付着するものであり、実定法で制限することができない、ということである。人権に関するこの命題が成立しさえすれば、その根拠は、神でも、自然法でも、そのほか何でもさしつかえない」とし、「今日多くの国では、人権を承認する根拠として、もはや特に神や、自然法をもち出す必要はなく、『人間性』とか、『人間の尊厳』とかによってそれを根拠づけることでじゅうぶんだと考えられる」。このような人権の考えは、人間が社会において最高価値であるという考えに基づいており、それは、あらゆる政治価値の根拠は個々の人間にあると考える点で個人主義であるという。そして、一三条前段の「すべて国民は、個人として尊重される」という規定は、個人主義を現したものであり、それはドイツのボン基本法一条の「人間の尊厳は侵されない。これを尊重し、保護することは、すべての国家権力の義務である」という規定と同じ趣旨だとしている。次に、後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」の規定は、アメリカ独立宣言の「生命、自由および幸福の追求（pursuit of happiness）」および「ロックの生命、自由および財産（life, liberty and property）」に由来するものであるという。宮沢博士によれば、この「生命、自由及び幸福

追求に対する国民の権利」は、自由権だけでなくひろく基本的人権の内容を表現しているという。そして、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という規定は、基本的人権の尊重がすべての国家の活動の「指導原理」であるとする。宮沢博士は、一三条（一三条のほかに、一一条、一二条、九七条）は、国民と国家機関が守るべき「心がまえ」であり、抽象的な法義務あるいは法原理を宣言したものであるが、「純然たるプログラム的規定ないし法的マニフェスト」と見るのは正当ではないという。「それらの規定との関係においても、違憲の法令というものも、考えられないわけではない。憲法の条項で具体的に保障されている人権と同じ性質をもつ権利について、それについての特別の条項がないとき、解釈上、憲法のこれらの規定を根拠とすることが要請される場合」があることを指摘するのである。(6)

このように、初期の学説は、一三条の具体的権利性を否定しているものの、完全なプログラム規定としてではなく、宮沢説が指摘するように、場合によっては一三条を根拠に法律が違憲となることを認めている点で、その後の具体的権利性を認める通説の萌芽となるものであったといえよう。また、初期の学説のなかには、一三条に具体的権利性を肯定する説も存在していた。佐々木惣一博士の説である。佐々木博士によれば、憲法の保障する基本的人権は、国民の生活利益に応じて、存在権、自由権、国務請求権、参政権に分類することができるという。一三条の「国民は、個人として尊重される」という規定は、国民が「独自の立場において、人間としての存在を認められ、国家に対して、その存在を主張し得ることを定める」ものであり、これを「存在権」という。存在権は人間の存在の内容と関っており、「生命を愛し、自由を有し、幸福を追求すること」が人間の存在の内容であり、「これらの意欲を有し、これを実現することを、国家に対して主張する」権利が存在権であるとする。自由権には、「人が、その意欲するところに随て、いろいろの不特定の行動を為す」一般的自由権と、「人が或る特定の行動を、その意欲

するところに随て為す」個別自由権があり、存在権の内容としての「自由に対する国民の権利」にいう「自由」は、一般的自由を指すという。この一般的自由は、「個々の場合に、個別的自由として発想するものであるから、或る特定の自由について何等規定がないならば、一般的自由の内にふくまれて存する」というのである。(7)

その後、一三条に具体的権利性を認める通説が形成されることになる。その嚆矢となったのが、種谷春洋博士の説である。(8) 種谷博士は、「『生命・自由・幸福追求権』は、疑いもなく、第一三条前段の『個人の尊重』原理と不可分であり、それを体現するものであるが、そのことの故に、それは、権利としての性質を失うことにはならない」という。「生命・自由・幸福追求権」は、「それじたい一つの権利としての性格をもつ」ものであるとする。また、種谷博士は、「生命・自由・幸福追求権」が「自然法によって基礎づけられてはいるが、そのことによって実定法上の権利としての性格を失うものではない」というのである。そして、「生命・自由・幸福追求権」については、「人格的生存に必要な権利」に限定され、また、反自然的・反社会的行為に対する制約、個人の権利による制約、公共の福祉による制約を受けるとする。この種谷説は、現在の通説の基礎を構築することになる。(9)

二―二　人格的自律権説

一三条に具体的権利を認める場合、一三条のもとで保障される権利の範囲をめぐって、学説は対立している。学説は、人格的自律権説・一般的自由権説に二分されており、(10) 近時、松井教授のプロセス的権利説が有力に主張されている。以下では、この三つの学説を検討することにする。(11)

一三条に具体的権利性を認める現在の学説において、最も有力な学説として挙げられるのが人格的自律権説である。人格的自律権説の代表的論者は、佐藤幸治博士である。(12) 佐藤博士は、一三条が列挙されていない権利の保障のみならず、人権の根拠と関っているとする。佐藤博士は、人権の根拠を以下のように説明する。「人が人格的自律

の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利であると解される。かかる権利は、道徳理論上各人に生まれながらにそなわる権利であり、その意味において、普遍的な道徳的権利である。したがって、道徳的権利としての人権は、国家の承認をまってはじめて存在する権利ではない。そうした意味において、人権は『自然権』であるということができよう。人権を憲法で保障するとは、人権のこのような性質の確認の上に、国家機関に対してその擁護を法的に義務づけ、その侵害を禁止することを意味する[13]」とする。佐藤博士によれば、この「道徳的権利」は「法的・実定的権利の基礎として」想定されるものであるという[14]。

佐藤博士は、先にみた人権の根拠を背景に、一三条の解釈を展開する。一三条前段の「個人として尊重される」という規定について、ここにいう「個人」は「人格」概念と結びつけて理解する必要があることを強調する。人格と訳される person は、ラテン語の persona に由来し、もともとの意味は、古代の俳優が劇のときに付け替えた仮面であったとされる。その後、persona は、学問的な意味で使用されるようになり、ヨーロッパの思想に決定的な影響を与えることになった。佐藤博士は、persona 概念が、「理性的本性ということと個的（自立的）実体」の二つを含んでいるものであることを指摘する。そこで、佐藤博士は一三条前段の「個人として尊重される」の意義が「個々の人間がそのまま尊いというよりも、一人ひとりがもつ人格性の故に尊厳なる存在であるということであると解するべきである」とする。そして、「人間を尊厳をもった存在と考えようとすれば、人間を人格的自律性（personal autonomy）をもった存在と考えなければならない」という[15]。佐藤博士は、自律について、「自己支配ないし自己決定といったより積極的なものとして捉える必要がある」として、「自律とは、要するに、人が他者の意思に服することなく、〝自己の生の作者〟ということであり、そのためには、人にとって社会的に多様な選択が開かれていること」を必要とするものであるという。さらに、自律の価値については、自律がもたらす結果によって

自律を評価するという手段的価値ではなく、自律それ自体に価値があるという意味で即自的価値だという。つまり、自律は本質的に価値のあるものであり、自律が人間の道徳的基礎をなすのである。[16]

次に、後段の幸福追求権の規定について、佐藤博士は、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続けるために必要不可欠な権利を包括的に捉えた基幹的な人格的自律権として捉える。佐藤博士によれば、基幹的な人格的自律権から憲法が規定する個別の人権が派生していくとともに、個別の権利以外にも人格的自律にとって不可欠な権利が補充的に保障されていくことになるという。その意味で、基幹的な人格的自律権は、「各種人権を生み出す母体のごときものであり、憲法制定時に、それまでの人類の歴史・経験に照らして人格的自律にとって不可欠ないし重要と思われた各種人権が憲法各条に明記されたが、憲法のその後の展開の過程でなお人格的自律性にとって不可欠ないし重要と思われる人権を生成」するものである。また、それは「補充的保障ということの意味」でもあり「そのようなものとして憲法制定権力者が一三条を定めた」というのである。[17]

佐藤博士の人格的自律権説からすれば、一三条のもとで保障される権利は、人格的自律権という理念と列挙された権利と調和するものでなくてはならないことになる。そして、佐藤博士は、一三条のもとで保障される権利として、①人格価値そのものにまつわる権利（名誉権、プライバシー権、環境権）、②人格的自律権（自己決定権）、③適正な手続的処遇を受ける権利、④参政的権利を挙げる。[18]佐藤博士は、②の内容について、自己の生命・身体の処遇に関する自己決定権、家族の形成・維持にかかわる事柄、リプロダクションに関する自己決定権、その他の事柄に類型化する。そして、生命・身体の処分に関する自己決定権、家族の形成・維持にかかわる事柄、リプロダクションに関する自己決定権の制約には厳格審査が妥当するとする。これに対して、その他の事柄（服装、身なり）については、「こうした事柄は、人によっては大事なものであるが、それ自体が正面きって人権かと問われると、

肯定するのは困難」であるとしつつ、これらの行為についても「人格の核を取り囲み、全体としてそれぞれの人のその人らしさを形成している」ことを認め、「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べき必要がある」としている。[19]

芦部信喜博士も佐藤博士に近い立場を示している。芦部博士は、一三条のもとで保障される権利として、佐藤博士の説に従い、「①身体の自由（生命を含む）、②精神活動の自由、③経済活動の自由、④人格価値そのものにまつわる権利、⑤人格的自律権（自己決定権）、⑥適正な手続的処遇をうける権利、⑦参政的権利」を挙げる。ただ、芦部博士は、「幸福追求権の中身を構成する人格的利益は、実際にはかなり限定されたものとなる」という。というのは、①については、三一条をいかに理解するかにもよるが、少なくとも、刑事手続について手続・実体の適正さが要求されるとするならば、他の詳細な規定（一八条・三三～三九条）が存在し、一三条の適用される場面はほとんどなく、また、②・③についても、他の規定（一九～二三条・二九条）によりカバーされるので、一三条が保障機能を果たす必要はないからである。さらに、⑥については、行政手続が問題となるが、行政過程における公知と聴聞は、三一条の問題であって、一三条の問題でないとし、⑦についても、公務就任権を必ずしも一三条を根拠とする必要はなく、また、どの規定を根拠としても、実体問題に差が生じるわけではないという。[20]

芦部博士が、一三条の固有の問題とするのは、④と⑤であるとする。芦部博士は、④と⑤を「広義のプライバシー権」として一体的に捉える。[21] まず、芦部博士は、一三条のもとで保障される権利（広義のプライバシー権）について、一般的自由権説が「一般的自由の内容（構成要件）がそれ自体無制限である」ことを批判して、佐藤博士と同様に、「個人の人格的生存に不可欠な利益」のみが一三条のもとで保護されるという立場をとる。芦部博士は、広義のプライバシー権を「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、自ら決定できる権

利」とし、ここにいう重要な事柄とは「人格的生存に不可欠な重要事項」であるとする。そして、芦部博士は、その内容について、アメリカの学説を参照にしつつ、「リプロダクションの自己決定権」、「生命・身体の処分に関する自己決定権」、「ライフスタイルの自己決定権」を挙げる。まず、「リプロダクションの自己決定権」については、個人の人格的生存に関わるとして、それに対する制約にはやむにやまれぬ政府利益の基準が適用されるという。[22] 次に、「生命・身体の処分に関する自己決定権」については、たとえ「憲法上の人権の一つ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る」とし、「意思決定能力のある者で、現在のあらゆる治療を用いても治療の見込みがない患者（いわゆる末期患者）については、インフォームド・コンセントを条件に、治療拒否権を認めることは許される」とする。[23] 最後に、「ライフスタイルの自己決定権」であるが、その範囲については「限定的に解すべき」であるとする。ただ、喫煙・飲酒・オートバイに乗る自由などについては、「人権の行使と解することは難しい」とする一方で、髪型や服装の自由については、「少なくと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、憲法上の保護が及ぶことを認めているが、その制約に対しては、実質的な合理的関連性の基準が適用されるという。この基準のもとで許されないのは、例えば、一律の丸刈りの規制である。また、人権とはいえない行為についても、「一定の憲法上の保護が与えられる場合はある」とする。例えば、喫煙の自由の規制については、「一般国民に許されている自由が奪われることについては、実質的な合理的根拠がなければならない」という。また、バイクに乗る自由についても、それを制約する校則の必要性・合理性を判断すべきであるとしている。[24]

このように、一三条のもとで保障される権利を人格的自律に不可欠なものとして限定することの意義について、

奥平康弘博士は、「『権利』と構成する範囲を極度に禁欲的に抑制し、『人間が人間として当然に具わっている』何ものかを、厳密に精査し、篩に掛け、万人に迫れるようなもの、少なくともたいていの人が異論をさしはさむ余地のないもの」のみが「『人権』として打ち」出され、そして「はじめて、『人権』論はパンチ力がある」と指摘する。[25]

以上、人格的自律権説を概観してきたが、人格的自律権説に向けられる根源的な批判として挙げられるのが、どのような権利が人格的自律に不可欠な権利として認められるかである。つまり、人格的自律に不可欠かどうかを判断する基準は、極めて不明確なものであり、[26] 裁判官による恣意的な権利の創出という問題を抱えている。この点について、佐藤博士は、「不可欠」という表現が厳しすぎるとし、「不可欠ないし重要なもの」と表現を変えている。[27] さらに、佐藤博士は、何が人格的自律に不可欠かどうかという基準について、「決して超越的なものではなく（人類の）歴史的な経験を踏まえたものでなければならず、憲法に明記された個別的人権に匹敵するだけの内実をもち、特定性・明確性を特質とする『権利』として構成可能なものでなければならない」という。[28] この点に関連して、芦部博士は、「人格的生存に不可欠な」権利として認められる条件として、「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」、「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」、「他人の基本権を侵害するおそれがない（若しくは極めて少ない）という公共性」を挙げる。[29]

ただ、近時の人格的自律権を支持する学説は、人格的自律に不可欠な権利の範囲を拡大している。土井真一教授は、「人格的利益説が『必要不可欠性』の要件を過度に強調することになれば、悪しき道徳主義への懸念は増大せざるを得ない」という。そこで、土井教授は、「明文で個別的に保障されている人権の中にも、合理性の審査を原則とするものが多く含まれていることに鑑みれば、補充的保障に際して厳格審査を前提とする必要は必ずしもない。従って、『必要不可欠性』の要件は緩和して理解すべきであり、人格的自律を積極的に促進するものではなくとも、

逆にそれを積極的に害するものでないのであれば、広く憲法上の保障に含めていく道が探られるべきである」という。[30]

人格的自律権説が、人権の切り札性（この点は、後に検討する）を強調し、列挙されていない権利に絞りをかけた点では重要な意義を有している。しかし、人格的自律に不可欠という基準を緩やかに理解しても、何が人格的自律に不可欠な権利かという問題は依然残されており、民主主義のもとでの司法審査の問題に応えることはできないというべきであろう。

二―三　一般的自由権説

一般的自由権説は、一三条が実体的権利を保障しているとしつつも、その保障される権利の範囲は、人格的自律権説とは異なり、一般的行為の自由であるとする。そして、一三条の解釈は、人格的自律権説と一般的自由権説の対立という形で展開していくことになる。

一般的自由権説の代表的論者として挙げられるのは、橋本公亘博士である。橋本博士によれば、一三条前段の「個人の尊重」は、「個人人格の固有価値を認め、これを全法秩序の基礎として尊重する旨を明らかにした」ものであり、「すべての個人は、人間の尊厳を尊重し保護することを国家に対して要求する基本権」を有しているとする。後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、「憲法各条の保障する権利および自由はもとより、各条に列記されていないが人間の尊厳を保護するために必要と思われる諸権利をひろく含んでいる」という。そして、一三条のもとでは、「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権の存在が認められる」という。その根拠は以下のようなものである。第一に「憲法の精神から見ると、国民はまず自由であり、憲法は国家権力による侵害の起こりやすい自由を例示的に列挙してこれを保障したものと考えられること」、第二

に「もし個々の自由権のほかに自由が認められないとすると、その余の事項については権力者の意のままに自由が制約される」ことになるため、「個別の条文の間隙を埋めるために一般的自由権の存在を認める必要があること」、第三に条文上の根拠は、一三条であること、そして、第四に「外国の憲法について右とおなじような解釈がなされていること」である。したがって、一三条の趣旨からすれば、憲法の規定する個別の自由は限定的に列挙したものとして解するべきではなく、個々の自由権からもれるものについても、国家による不合理な侵害は許されないと解するべきであり、一三条は個々の自由権の間隙を埋める補充的な意味を持つというのである。(31)

ただ、問題は、一般的行為自由の範囲である。この点については、無限定説と限定説が対立している。

無限定説の代表的論者は、内野正幸教授である。内野教授は、一三条のもとで保障される権利の範囲について、「一応の自由」から合憲的な制約を差し引いた残りが、「憲法上の自由」であるという。内野教授は、「一応の自由」の範囲について、殺人の自由を含むとする無限定説、殺人などの自由を除外するがポルノ自由などは含まれるとする小限定説、ポルノの自由も除く中限定説、人格的自律の存在にとって必要な不可欠な権利・自由に限定を行う大限定説に分類する。そして、限定説（小限定説・中限定説・大限定説）は、想定しうるあらゆる行為から、「一応の自由」にあたらないものを差し引き、さらに、合憲的な制約を差し引く二段階画定論であるとする。これに対して、無限定説は、「一応の自由」から合憲的な制約を差し引く一段階画定論であるとする。内野教授は、無限定説を支持する。その理由として、第一に、限定説では、「一応の自由」に含まれない行為がいかなる対抗利益で制約されるか明らかではないということ、第二に、無限定説は自由の制約を正当化する理由をすべて示すことができること、第三に、限定説が「一応の自由」とそれ以外の自由を区別する方法が不明確であること、第四に、二段階画定論は、思考経済の要請に反するということを挙げる。(32) ただ、内野教授は、憲法解釈が「概念の遊戯」であ

る以上、量的拡張論をとるか質的限定論をとるかは、「趣味の問題」であり、「そのどちらを選ぶべきかは、ある程度までは各人のフィーリングによって決められるべき」であるとする。(33)

これに対して、一般的自由に何らかの限定を加えようとする限定説が存在する。その代表的論者は、戸波江二教授である。戸波教授は、人格的自律権説に対して、「人権保障を狭めるという重大な欠陥をもつ」と批判する。戸波教授は、バイクの乗車を禁止する校則を例にして、「たとえば、バイクに乗る権利が人権ではないとすると、バイク乗車を規制する高校の校則は生徒の人権を規制するものではなく、校則の違憲性は問題とならないことになるが、それは現実に生じている人権侵害に有効に対処できないことになりかねない」と指摘する。また、学校が生徒に「バイクに乗るな」と命じることを人権の制限として見ないのは、「人権感覚にもとるというそしりを免れない」という。「バイクに乗る権利」は人権とは認められないという理由により、バイク乗車を禁止されている生徒の人権違反の主張を否定すると、「実質的に、学校による生徒の人権侵害を容認し、放置することになりかねない」というのである。つまり、人格的自律権説は、「人格的利益とそれ以外のものとの区別が明確ではなく、何が憲法上保障される権利かの決定がきわめて困難であり、そこでは『人権の定義による人権制限』という事態が生ずるという問題がある」という。「バイクに乗る権利」が人格的な生存と関係せず人権ではないとするならば、「他の人権規定についても、人格的生存に関係せず、人権としてふさわしくないものは保護されないと解しなければならないのではないかという疑問が生ずる」という。例えば、「ポルノ写真集を見る権利」は、人格的生存に不可欠でないとすれば、それに表現の自由の保護を及ぼすことは不適当ということになるし、経済的自由権でも企業の営利活動の自由は人格的生存に不可欠とはいえないので、憲法の保障が及ばないなどの問題が生じることになる。(34)

戸波教授は、人格的自律のもとで切り捨てられる自由に対して憲法上の保護を及ぼすという点で、人格的自律権

説を批判するものの、人格的自律権説の「基本的思想そのもの」を否定するわけではない。[35] 戸波教授は、「一般的自由説の立場に立った場合でも、個人の自由な行為に対する制限が全て直ちに違憲になるわけではなく、「人権保障のうちで人格的な行為をより強く保障するのは妥当であるので、一般的行為自由のうちで、人格に関する行為とそうでないものとの間で違憲審査の厳格度に段階を付けることが妥当」とする。つまり、一般的自由権説においても、「人格的生存に関わらない権利・自由については、その制限の必要性・合理性をゆるやかに審査することとし、人格的生存に不可欠な権利の制限と一線を画すれば足り」、人権の保障の範囲を広げても「核心部分の厳格な審査を維持することは論理的に十分に可能である」というのである。[36]

戸波教授によれば、このような一般的自由権の考え方は、人権の基本理念とも合致するものであるという。「近代人権宣言は、個人の自由を最上の価値とし」、「一九世紀には、個人の自由な活動領域に国家が立ち入るべきではないとする自由主義の思想が優勢」となった。つまり、「人権は国家の活動の限界を画し、国家の立入り禁止の一線を画する防禦権（Abwehrrechte）と理解され、国家の介入の禁止された領域の内部では、個人は、他人の権利を侵害しないかぎり、自由に行動することが」できるとされてきた。その背後には、フランス人権宣言四条の「自由とは、他人を害しないすべてのことをなしうることにある」という自由観が存在する。この「なしうることをなす自由」は、現代でもなお重要であり、「少なくとも個人の自由な行為が他人の権利を侵害しない場合には、その行為をするかしないかは個人の自由な決定に委ねられ、公権力はそれに介入することは原則的に許さない」というのである。したがって、人格的生存に関わらない自由を憲法の保障外とすることは、「人権保障の理念からすれば背理」であるとし、しかも、このような考えは、人格的な自己決定を行うことが困難な障害者の人権を狭める論理に転化しかねないというのである。[37]

ただ、限定説は一様ではない。阪本昌成教授は、重大な他者加害を除くすべての自由を認めるべきであるとしつつも、戸波説とは異なり、人格的自律権説そのものを否定する。まず、阪本教授は、人格的自律権説が、一三条の「前段との関連を問いながら、後段の内実を明らかにしている点で巧み」であるとしつつも、人格的自律権説を次のように批判する。①人間を人格的生存と考えることが、はたして正しいか。〈すべての人間が道徳的人格である〉という主張は、道徳的という言葉を最小限の意味にとるにしても、正しいものではないといえないだろうか。人間の倫理的な属性が人権を基礎づけるとする思考そのものに反省が加えられなければならないのではないか、②人びとの多様な選好・利益のうち、憲法的保障に価するか否かの決定にあたって、人格的生存に「不可欠／不要」というようにふるい分ける危険な二分法とならないか。換言すれば、非合理的な利益が基本権保障の対象から切り落とされないか。③安易な「不可欠／不要」の二分法を避けようとすれば、人格概念が不明確（または包括的）なだけに、すべての利益が「不可欠」とされないか（「個人の尊重」から人格的利益を導き出す論者によれば、「人格権」は「人格」が実り多いものだけに、その内実も包括的とならざるをえない、と説明される。しかしながら、実際、人格概念の母国であるドイツにおいてすら、「人格」に関する哲学上の見解は多種多様・曖昧であって、法的な判断基準となりえない、と批判されてきているのである）。④人間生存の理性的・自律的・道徳的特性をもって「人格」とみながら、その「人格」を基礎として、それに必要な利益のカタログを「人格的利益（または人格権）」と称することは、大前提のなかに解答を用意している循環論ではないか。⑤人格利益を云々するためには、道徳的権利から基本権が発生することを論証しなければならないであろうが、それが可能であろうか。たとえ可能であるとしても……、道徳的権利という考え方は、より基本的な道徳的考慮のことを語るための速記的表現として使われるなら意味はあるが、そうでない限りは役立つ表現でもなければ有意味な考えでもないといわざるをえないのではな

いか。基本権の基底について、脱道徳論への転回を試みる必要はないか。[38]

阪本教授は、憲法の想定する人間像を「人格的自律の存在としての人間」として捉えること、つまり、幸福追求権を「人格的自律」という道徳理論で支えることは、「現実的でもなければ、理論的でもない」という。というのは、現実の人間は、人格的自律の存在でもないし、幸福追求権がカント的な人格的自律の思想に立っているとは考えられないからである。そこで、阪本教授は、現実の人間像を主観的条件と客観的条件に分けて考察する。現実の人間の主観的条件は、「高度に合理的・理性的ではなく、誤りを犯しやすく、限られた知識のなかで自己愛を最重視しようと試みる存在である。人間は、究極目的を知ることなく、また、その結末を正確に知ることなく、有限知のなかで、ある行為に従事しながら自己愛を実現しようとする」という。次に、客観的条件については、「人間は、個別的で多様な存在」であり、「その個別・多様性がもたらすものについて誰も確実には知らない」という。以上の検討から、「究極目的も結末も知らず、人の個別・多様性を知らない他者は、ある人の自己愛追求過程に介入する正当な理由を、基本的には、もたない。各自の実験過程は、閉じられていてはならず、誰も他の人間に対する全面的な強制権限をもってはならない。だからこそ、すべての強制または排他的な権力はきびしく制限されなければならない」と主張する。[39]

以上のような考えをもとにして、阪本教授は、幸福追求権が一般的行為自由を保障したものとして理解するべきであると主張するのである。阪本教授は、幸福追求権の規定にいう「幸福」には、「非人格的」な利益を含むとし、「各人がその選好を自由に追求できる過程と領域とを開放しておく利益を規定する」ものとして捉える。つまり、「自由な国家と、自由の国家のための理論は、特定の人間像を想定して人間の活動範囲を特定目的に閉じ込め、その範囲に不可欠な利益だけを人間に与えるものであってはならない」というのである。[40]阪本教授は、通説が一三条

の保障範囲を人格的自律に絞りこむ理由は、人間および人権の見方のみならず、実際的な配慮に起因しているという。①一般的自由がすべて一三条の保障範囲となるとなれば、人間のすべての活動が包括的に「実体憲法上、価値体系的に高められた」保護へと至り、他の基本権との均衡を失する、②とるに足らない利益が、基本権の名のもとで保障されるよう要求されてきて、基本権の価値を低下させる、③保障領域に含まれたとしても、広範な規制に服することになって基本権保障が空洞化する。しかし、阪本教授は、一般的自由権説に向けられた批判に対して以下のように応答する。まず、人格的利益に不可欠か否かの判断は、困難であるというだけでなく、「幸福追求権の名による自由の制限」となる。次に、一般的行為自由を承認したとしても、「基本権保障が水増しされて基本権保障水準が低下するわけではない」。さらに、一般的自由権説をとると、「人格権から漏れる部分に対しても憲法的保障が及ぶため、自由侵害行為の憲法秩序適合性の判断を通して、国家の行為は法の下に置かれることになって、結局は、自由の総量が増大する」という。そして阪本教授は、「人権の人格性・倫理性を強調するよりも、権力による規制に対する抵抗のための正当な要求として、人権論を構成することが」必要であるとする。(41)

さらに、限定説には、「生命」・「自由」・「幸福追求」を区別して、各々の独自の意義を分析する棟居快行教授の説が存在する。棟居教授によれば、「生命」・「自由」については、生命・健康は自由権に優先する価値であり、国家により侵害が禁止され、同時に、国家はそれを保護する義務を負うという。これに対して、自由は国家による侵害が禁止されるにとどまるとする。また、「自由」・「幸福追求」については、列挙された自由権が限定的な内容を有し、客観的制度的側面と主観的自己決定的側面があるという。これに対して、幸福追求は不定形でありその内容の充塡は各個人に委ねられており、客観的制度的側面はないとする。そして、棟居教授は、「一三条の本来の趣旨は、『生命』は絶対的価値、『自由』は自生的社会システムの保護とシステム内での自己決定の保障、『幸福追求』

は社会システム外の事柄ついての不定形の自己決定の保護」であり、幸福追求権が保障するのは「殺人の自由などを排除した、限定的一般的自由権」であるとする。すなわち、「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置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るが、しかしながら自由の競合（自由市場での競争や無主物の占有をめざす競争）という枠組みそのものを否定する自由は、自然状態においても概念上ありえない」とするのである。(42)

このように、一般的自由権説は一様ではないが、人格的利益そのものを否定しない戸波説と人格的自律権説では、一三条のもとで保障される権利の範囲に実質的な違いはないが、無限定説や人格的自律そのものを否定する阪本説と人格的自律権説の隔たりは、大きいというべきであろう。しかし、一般的自由権説が、様々な自由を幸福追求権のなかに取り込む点で、「その基本思想において、日本国憲法が保障する『基本的人権』とは何かという根本にかかわる」という難点が存在する。すなわち、「基本的人権は、いわゆる『切り札』としての機能を発揮することを期待されているもので、それだけに特定性・明確性を備えた類型をもっていなければならず、一般的自由といったいい方と適合しにくい」と指摘されている。(43) 一般的自由権説が指摘するように、「権力による規制に対する抵抗のための正当な要求として」人権を捉えるという視点は、以降検討する権限アプローチにとって重要となる。

二―四　プロセス的権利説

近時、人格的自律権説や一般的自由権説とは異なった形で、一三条のもとで保障される権利を限定しようとする松井茂記教授のプロセス的権利説が有力に主張されている。

松井教授は、列挙されていない権利の保障の問題を「司法審査の民主主義正当性」の観点から検討する。日本の

司法審査制は、アメリカと同様に、付随的司法審査制度であり、法律の合憲性を審査するのは、国民の選挙によって選ばれておらず、また、国民に政治責任を負っていない裁判官が行うということである。裁判官が、基本的人権を侵害するとして争われている法律の合憲性を審査し、それを違憲とする場合、必ず「なぜ裁判所にそのようなことがいえるのか」という疑問が提起されることになる。(44) そして、松井教授によれば、列挙されていない権利の保障は、特に裁判官の実体的価値判断の問題が生じるという。一般的自由権説について、「裁判所はすべての法律の合理性の査問官となって」しまい、「はたしてそのような役割を裁判所に認めることが、国民主権を宣言し、民主主義原理に立脚した日本国憲法のもとでの裁判所にふさわしいかどうかは、疑問である」という。他方、人格的自律権についても、人格的自律に不可欠かどうかを判断する基準はなく、この立場でも裁判官が恣意的に権利を創出する危険性があり、「これでは、司法審査の民主主義正当性の疑問に応えることはできない」というのである。(45)

松井教授によれば、列挙されていない権利の保障の問題は、結局のところ、日本国憲法のもとで保障される基本的人権の根拠、および、そこで前提とされている人間像に関わるものであるという。「一般的自由権説であれ、人格的自律権説であれ、そこで前提とされている前社会的・没政治的な個人観が、日本国憲法の前提とする個人観かどうか疑問の余地がありうる」という。「『人間の尊厳』といい、『人格的自律』といい、そこには社会的な『自己』定義は含まれていなくてよいのであろうか。人間が人間であるということは、そのような政治的・社会的な側面をも含んでいないのであろうか。ただ単にほっておいてくれということだけではなく、共同体の事項を共同体で決定するということも人間の本質と考えなくてよいのであろうか」と指摘する。そこで、日本国憲法は「少なくとも人間がどのような存在であるかについて異なった意見があることを前提にして」、「異なった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」であり、憲法の保障する人権は「この統治を行っていく上で」不可欠な

権利に限られるという。そして、憲法は、「そのような政治的参加に不可欠な権利について、裁判規範として、その保護を裁判所固有の役割として託した」のであり、「これらの権利は、まさに代表者を信頼して委ねることのできない権利であり、それゆえそれらこそ『基本的人権』として保障されるに値するものでありまたそれゆえ民主主義を基本原理とする憲法のもとで裁判所がそれを保護することが正当化されうる」というのである。そして、「明文の根拠を欠く基本的人権として憲法一三条の幸福追求権から導くことが許されるのは、そのような政治的参加に不可欠な権利に限られ」るという。松井教授は、民主主義のもとでの司法審査の観点から、政治参加に不可欠な権利、または、憲法の条文とつながりのある権利しか列挙されていない権利として認められないという。[46]

松井教授は、列挙されていない権利のなかでも、自己決定権を一三条のもとで保障される権利として認めることを否定する。松井教授によれば、そもそも様々な自由を自己決定権という一つの権利として考えるのはきわめて不自然であり、困難であるという。また、自己決定権は政治参加に不可欠ではないので、それを基本的人権としては認めることはできないとする。[47] ただ、松井教授は、自己決定権といわれるもの中には、憲法の規定により部分的に保障されるものがあるという。例えば、生命・身体の処分に関する自己決定権は、一三条の「生命、自由」により、リプロダクションに関する自己決定権については、二四条により保護されるという。また、それ以外の自己決定権の制約（ライフスタイルの自己決定権）については条文の結びつきはないが、一三条のもとで保障される公正な手続保障（手続的デュー・プロセス）や一四条の平等が要求される場合があるとする。松井教授は、例えば、男子のみの丸刈り規制は明らかに性差別であり、髪型について男女で異なる規制をする根拠は存在しないという。[48] 松井教授は、ライススタイル自由を自己決定権として裁判所が承認しないからといって、政府が様々な自由を好きに制約してよいわけではないという。これらの自由の制約は、裁判所ではなく、政治プロセスを通じて解決されるべきで

あるというのである。[49]

松井教授のプロセス的権利説のもとでは、一見して列挙されていない権利の保護が不十分であるように見えるかもしれないが、「基本的人権を本来市民的自由ないし市民的権利として考えるならば、このような立場は保護されるべき権利にはきちんと憲法的保護を与えてくれるはずである」という。[50]この松井教授のプロセス的権利説の背後には、民主主義のもとで許容される司法審査の役割が政治参加に不可欠な権利の保護（＝政治プロセスの維持）にあり、一三条のもとで保障される権利も政治プロセスの参加に不可欠な権利に限定することで司法審査が正当化されるというプロセス理論（およびプロセス的司法審査理論）が存在する。[51]

松井教授のプロセス的権利説が、列挙されていない権利の保障に伴う裁判官の実体的価値判断の問題を回避するために政治参加に不可欠かどうか、あるいは、憲法の条文との結びつきがあるか否かという要件を設定することで、列挙されていない権利の保障についての限界を設定したことは、民主主義のもとでの司法審査の問題を考える上で重要な意義があるというべきであろう。また、松井教授のプロセス理論についても、佐藤幸治博士は、プロセス理論の提示した「『みんなで一緒にやろうよ』という視点は、これらからの国・社会のあり方を考える上で重要」であるし、「他者の幸福を視野に入れた『人格的自律権』論の立場からすれば、その享有主体たる個人が豊かな共生の場を維持・発展させるべく、政治権力の創出と統制について従来にもましてその役割を果たすことが求められる」とする。そして、「松井教授の『みんなで一緒にやろうよ』の憲法学の提唱に部分的に通底するものがある」とし、佐藤博士は、松井教授のプロセス理論に対して、一定の理解を示している。[52]

しかし、松井教授のプロセス的権利説は、二つの大きな難点を抱えている。第一に、列挙されていない権利のなかで、政治参加に不可欠な権利とそうでない権利をいかに区分するかということである。[53]つまり、何が政治的プロ

セスに不可欠な権利かという判断は、実体的価値判断を必要とするのではないかという批判である。この批判は、結局のところ、プロセス的権利説が、裁判官の実体的価値判断の問題を回避できていないことを指摘するものである。[54] 第二に、生命・身体の処分に関する自己決定権、リプロダクションに関する自己決定権を憲法の規定により部分的に保障するという松井教授の主張である。この点、土井教授は、「この形式的根拠を多用することは、自らの理論的基礎を掘り崩す危険を孕んでいる」という。「もし形式的根拠を実質的根拠と独立に多用することになれば、『憲法典の明文に根拠を有する実体的な権利保障』と『代表民主制プロセスの維持・補完のための手続的な権利保障』という二元的な基本権観に立脚せざるを得なくなり、民主主義の優位性を根拠に実体的基本権観を原則として否定するこの意義が減殺されてしまうことになる」という。そして、松井教授の「手続的基本権観が日本国憲法のうちに確たる根拠を見いだすためには、憲法が明文で保障する基本権が民主主義過程への適正な参加という観点から統一的に説明し得るものでなければならない」というのである。[55]

以上、松井教授のプロセス的権利説を概観してきたが、列挙されていない権利の保障を政治プロセスに委ねるという主張には賛同できないが、松井教授のプロセス理論の提示した裁判官の実体的価値判断の問題は、権限アプローチも共有するものである。

二―五　従来の学説の検討

これまで一三条をめぐる従来の学説の検討を行ってきたが、従来の学説の共通点は、どのような権利が一三条のもとで保障されるかという、いわば権利の実体の側面に焦点を当てて議論を行っているということである。つまり、人格的自律権説においては人格的自律に不可欠かどうかという形で、一般的自由権説（戸波説）においては審査基準のレベルで人格的利益に不可欠か否かという形で、プロセス的権利説においては実体的権利説を否定するものの

政治参加に不可欠かどうかという形で、一三条のもとで保障される権利をいかに絞るかということに力点を置いてきた。このような議論は、特に、自己決定権の保障の範囲に大きな影響を及ぼすことになる。自己決定権については、先に見たように、生命・身体に関する自己決定権、リプロダクション、家族の維持・形成に関する権利については厳格審査が適用され、他の自己決定権には厳格審査が適用されないとする。しかし、列挙されていない権利のなかで、厳格審査が適用される権利とそうでない権利に区別できるのか疑問である。これは、結局のところ、アメリカにおける実体的デュー・プロセスの領域で問題となっているどのような権利が厳格審査の及ぶ基本的権利であるかという問題と同じではないかと思われる。(56)

このように、憲法一三条のもとで保障される権利について、権利の実体的な側面に焦点を当て、一三条のもとで保障される権利とそうでない権利に区分し、さらに、一三条のもとで保障される権利のうち、厳格審査が適用される権利とそうでない権利に区分することは、裁判官の実体的価値判断の問題を招き、民主主義のもとでの司法審査の観点から重大な疑義が生じることになる。

三　権限アプローチとその意義

三―一　権限アプローチとは

では、権限アプローチは、従来の学説の抱える難点をいかに克服するのであろうか。

まず、権限アプローチがどのような司法審査理論であるかを説明する。(57) 権限アプローチは、列挙されていない権利について、列挙されている権利と同等の内容を持つ権利とそうでない権利の区分を否定し、列挙されていない権利を私的領域として捉え、それを司法審査により保護することを目的とする。権限アプローチのもとで保障される

私的領域とは、自律や平等な配慮と尊重といった個人的な事柄に関わる領域である。そして、権限アプローチは、政府が私的領域を公共の利益以外の理由で制約することを禁止する。その意味で、権限アプローチの保障する私的領域は、切り札性を有する。ただし、私的領域が個人的な事柄に関わる領域だからといって、あらゆる自由がそこに含まれるわけではない。当然のことながら、他者や社会に危害を加えるような自由は私的領域から除外されることになる。[58] 他方で、権限アプローチは、松井教授のプロセス理論が提示した列挙されていない権利の保障に際しての問題意識（裁判官の実体的価値判断の問題）を共有する。

では、権限アプローチが、いかにして裁判官の実体的価値判断の問題を回避しつつ、私的領域を保護するかである。この問題は、列挙されていない権利の保障に際しての裁判官の役割は何かという問題と関連している。[59] 権限アプローチは、裁判官の実体的価値判断の問題を回避するために、権利の実体ではなく政府の介入（権限）の理由に焦点をあてる。[60] つまり、権限アプローチのもとでの裁判官の役割は、政府の権限（介入）が公共の福祉に適合するか否かを審査することにある。権限アプローチのもとで排除されるのは、個人の自律的決定（例、道徳的観点からの同性愛者の性的自由の規制）を阻害するような政府の介入である。

このように、権限アプローチは、従来の学説のように権利の実体の側面に焦点を当てて、裁判官の役割を実体的権利の創出のような積極的なものとするのではなく、違憲な政府の介入の排除という消極的なものとすることで、裁判官の実体的価値判断を回避する。ただ、権限アプローチが裁判官の実体的価値判断を回避するとはいっても、裁判官の価値判断それ自体を完全に排除するというものではない。何が違憲な政府の介入であるかの判断に際して、裁判官の価値判断は不可避である。しかし、権限アプローチのもとでの政府の介入についての合憲性の判断と先にみた列挙されていない権利の保障において問題となる裁判官の実体的価値判断を同じ価値判断と考えるべきではな

い。前者の判断は、後者の判断に比べて遥かに制約されたものである。裁判官の実体的価値判断の問題を考える上において、裁判官自身が高い価値があると思うものを恣意的に保護する危険性を重視するならば、権限アプローチのように裁判官の判断を消極的なものに限定することには、十分な意味が見いだされるように思われる。

また、裁判官の役割を消極的なものに限定することは、民主主義とのコンフリクトの回避を考える上で重要となる。介入の審査によって、司法審査の機会は増大するが[61]、権限アプローチのもとでの裁判官の役割は積極的に権利を創出するのではない。したがって、権限アプローチは、一三条の抱える裁判官の恣意的な権利の創出という問題は回避できる。このように考えれば、政府の介入の審査により司法審査の機会が増大したとしても、必ずしも民主主義とコンフリクトを起すわけではないように思われる[62]。

では、以上検討してきた権限アプローチの観点からは、一三条のもとで保障される権利は、いかなる権利として定式化されるのであろうか。権限アプローチは、政府が基本的に介入できない私的領域を保護することを目的とするものである。この点、一三条の「生命」、「自由」、「幸福追求に対する権利」という文言は、まさにそのような私的領域として理解するべきである[63]。この私的領域においては、先に見たように、列挙されていない権利のなかで列挙されている権利と同等の内容を持つ権利とそうでない権利の区分は否定されると考えるべきであろう。そして、権限アプローチは、裁判官の実体的価値判断を回避するために、私的領域の実体ではなく、政府の介入が公共の福祉に基づく介入として正当化できるかどうかに焦点を当てる[64]。つまり、権限アプローチは、私的領域に対する政府の介入の正当性を問い、政府の権限の限界を設定することで、違憲の政府の介入からの自由として私的領域を保障するものである。したがって、一三条が裁判官の実体的価値判断の問題を抱える以上、権限アプローチの私的領域の保障の枠組みはそのまま妥当すると考えるべきであろう。

以上の検討から、一三条のもとで保障される権利は、以下のように定式化できる。一三条が保障するのは、個人の自由な領域である私的領域（「生命」、「自由」、「幸福追求に対する権利」）である。そして、私的領域の保障について、問題となるのは政府の介入の正当である。つまり、一三条は、私的領域に対する政府の介入の正当性を要求することで、政府の権限の限界を設定し公共の福祉に適合しない違憲の政府の制約からの自由として私的領域を保障している。[65]

三―二　切り札としての人権と権限アプローチ

権限アプローチと同様に介入に焦点を当てるアプローチは、他にも見られる。それが、長谷部恭男教授の切り札としての人権である。長谷部教授によれば、人権とは人が人であること自体から当然に認められる権利であり、それは社会全体の利益を理由に制約されえないという。それ以外は、すべて社会全体の利益のために保障されているにすぎない権利であって、社会全体の利益のために制約されるものである。前者は、切り札としての人権であり、後者は公共の福祉に基づく権利であるとする。長谷部教授によれば、切り札としての人権こそが本来の人権という名に値するという。長谷部教授は、切り札としての人権を、一三条の前段から導き、その意義については以下のように説明する。「政治的社会的多数派の決定に対抗する正統性を探るところにあり、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障」されるべき権利であり、その核心は「個人の人格の根源的平等」に求められるという。[66] つまり、切り札としての人権は、「政治的社会的多数派が望むこと、穏当なことのみを行う権利でなく、むしろ多数派が望まぬこと、道理を弁えぬ行いをする権利」[67]を保障することに他ならないのである。

このように見ると、切り札としての人権は、一見すると従来の人権論とさほど変わりがないように思える。しか

し、切り札としての人権は、以下の二つの点で、従来の人権論とは決定的に異なる。

第一に、切り札としての人権は、具体的行為の自由を保障するのではなく、ある特定の理由で自由を制約されないということを保障し、しかもそれを絶対的に禁止するというものである。つまり、切り札としての人権において重要なのは、制約の「理由」である。では、切り札としての人権が排除する制約の理由とはどのようなものであろうか。長谷部教授が例として挙げるのは、ポルノグラフィーは道徳的に堕落しているゆえにその出版を禁止したり、あるいは、マルクス主義は誤った理論ゆえにマルクス主義の出版を禁止したりする場合である。このような場合、「自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づいて否定され」、切り札としての権利は侵害されることになるという。[68]

第二に、切り札としての人権は、個々の具体的な人権をカテゴライズするものではなく、人権の一般的な性格を述べているということである。つまり、どの権利であっても制約根拠や制約態様によっては、切り札としての人権が問題になる場合があるということである。[69] そして、切り札としての人権が、「政治実践の構成的解釈を規律する以上」、その内包と外延については、「特定の政治実践との照応関係の中で明らかになってくる」ものなのである。[70] とはいえ、すべての基本的人権が切り札としての機能を発揮するとはいっても、その強さは、基本的人権の性質や対抗する利益に応じて一様ではなく、人権の切り札性も文脈次第ということになる。[71]

このように、長谷部教授の切り札としての人権の特徴は、高橋和之教授が指摘するように、「人権が絶対的に保障される範囲・程度を人権の側から画定し、いかなる理由であれ国家権力の立ち入ることのできない人権領域を確立しようというのではなく、人権領域への介入の可否を国家権力の掲げる『理由』に依拠させた点にある」。[72] つまり、「公権力が国民の生活に介入しようとする際の理由を問題とし、絶対に理由としてはならない理由をもって介

入する場合を『人権』侵害と観念しようとするもの」なのである。[73] その意味で、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。[74] 切り札としての人権が排除する「絶対に理由としてはならない理由」とは、「個人の生き方の理想や価値、その政治的な主義や意見などが、社会の多数派の見解や選好などと異なっている」というような個人の自律を否定する理由である。[75] このように、切り札としての人権は、「絶対的に禁止される規制目的、すなわち国家権力の限界」[76]を枠付けることにその意義が見出されるのである。

切り札としての人権と権限アプローチは、政府が個人の抱く「善き生き方」の構想そのものを否定する理由で行動することを禁止するという点において共通点を有する。その意味で、切り札としての人権と権限アプローチは、共に基本的人権の不可侵性を強調する日本国憲法のもとでの「おなじみの素朴な人権観」[77]と合致するものであるといえよう。ただ、権限アプローチは、切り札としての人権とは異なり、すべての人権に妥当するものではなく、基本的には列挙されていない権利の領域で真価を発揮するものである。[78]

三―三　私生活上の自由と権限アプローチ

次に、一三条に関する判例の検討を通じて、権限アプローチの妥当性を検討していくことにする。

最高裁は、これまで検討してきた学説のうち、どの説に立つかについて明確な姿勢を示していない。[79] しかし、最高裁は、当初から、一三条の具体的権利性に着目しており、[80] 一三条が「私生活上の自由」を保障しているということを明確にしている。以下では、私生活上の自由に関する判例を概観し、判例の枠組みを検討することにする。

最高裁判決において、「私生活上の自由」という用語が初めて登場したのは、デモ行進に対する写真撮影の合憲性が争われた京都府学連事件[81]である。本判決では、「憲法一三条は、……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」ことを認め、「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、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」とした。そして、本判決では、「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」を認めた。その上で、本判決は、「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」に対する制約が「正当な理由」であるかどうかを問題とした。本判決は、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになっても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである」としたのである。本判決は、「私生活上の自由の一つ」に「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が含まれるとしたが、「私生活上の自由」それ自体の内容については明らかにせず、むしろ「正当な理由」があるかどうかという介入の正当性に焦点をあてるという判断枠組を提示した。この判断枠組は、後の私生活上の自由が問題となる事例において踏襲されることになる。

外国人の指紋押捺制度の合憲性が争われた最高裁判決[82]では、それが明確になっている。「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、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」とした。そして、本件判決で

は、「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」を問題としている。本判決は、指紋押なつ制度について、外国人登録法が「立法された際に、同法一条の『本邦に在留する外国人の登録を実施することによって外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資する』という目的を達成するため、戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できるものである」とし、「指紋押なつ制度を定めた外国人登録法一四条一項、一八条一項八号が憲法一三条に違反するものでない」とした。

さらに、住基ネットの合憲性が争われた最高裁判決[83]でも、「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が公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であり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」とした。その上で、住基ネットが「私生活上の自由」に対する侵害か否かの審査において、「住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものということができる」とし、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」とした。そして、住基ネットを合憲としたのである。

これに対して、最高裁は、私生活上の自由に含まれる自由と含まれない自由を区別している。私生活上の自由に含まれない自由とは自己、他者、社会に危害を与える自由である。[84] 以下では、そのような自由の制約が問題となった事例を検討していくことにする。

刑法一八六条二項の賭博図利開帳罪の処罰が一三条に反するかどうか争われた最高裁判決[85]では、「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って、他人の財産権をその意に反して侵害するものではなく、従って、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」としながらも、「他面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（憲法第二七条一項参照）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のである。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って、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」とした。本判決で注目されるのは、問題となっている賭博行為の自由がそもそも一三条で保障された基本的人権かどうかを問うことなく、風俗を害し公共の福祉に反するという理由により、賭博行為の禁止の合憲性を認めた点である。このような判断の枠組みは、後の私生活上の自由に含まれない自由が問題となった事例において踏襲されることになる。

覚せい剤の販売・譲渡禁止が一三条に反するかどうか争われた最高裁判決[86]では、先に見た賭博図利開帳罪の処罰が争われた事例と同様の判断枠組みが提示された。「医薬品を一般的に自由に販売授与などをさせるときは不適当に使用せられる虞があるから、かような指定医薬品の不適当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。すなわち、右薬事法四一条七号、四四条七号、五六条の規定は本来憲法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っても憲法一三条に違反するとはいえない」とした。さらに、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上、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虞のあることは明らかである」とし、覚せい剤の販売、譲り渡し、譲り受けを規制しても「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」と結論づけたのである。ここでは、他者や社会に対する危害の防止みならず、自己に対する危害の防止も、公共の福祉に含まれることが明確となっている。さらに、大麻取締法による大麻の栽培・譲渡・輸入・所持の禁止の合憲性が争われた最高裁判決[87]でも、被告人は「憲法一三条、一四条、三一条、三六条違反をいうが、大麻が所論のいうように有害性がないとか有害性が極めて低いものであるとは認められないとした原判断は相当である」とし、大麻の使用の規制が自己加害を理由に正当化されることを示したのである。

また、未決拘禁者の喫煙の禁止の合憲性が争われた最高裁判決[88]でも、「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。したがって、このような拘禁の目的と制限される基本的人権の内容、制限の必要性などの関係を総合考察すると、前記の喫煙禁止という程度の自由の制限は、必要かつ合理的なものであると解するのが相当」としている。この判決でも、喫煙の自由が憲法上保障された権利かどうかを問うことなく、「喫煙を許すことにより、罪証隠滅のおそれがあり、また、火災発生の場合には被拘禁者の逃走が予想され、かくては、直接拘禁の本質的目的を達することができ」ず、「被拘禁者の集団内における火災が人道上重大な結果を発生せしめる」とし、未決拘禁者の喫煙の禁止を許容している。

さらに、ストーカー規制法の合憲性が争われた最高裁判決[89]においても、ストーカー規制法は、「恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動

の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、その中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限って、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととしたものであり、しかも、これに違反した者に対する法定刑は、刑法、軽犯罪法等の関係法令と比較しても特に過酷ではないから、ストーカー規制法による規制の内容は、合理的で相当なものであると認められる」と述べている。本判決も、恋愛感情を抱く権利を憲法上の権利かどうかを問うことなく、他者加害を理由にストーカー行為の禁止を許容している。

ただ、自己消費目的の酒類製造を酒税法で規制することの合憲性が争われた最高裁判決（どぶろく裁判）[90]では、「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」とした。本判決も、これまで検討してきた判決同様に、「自己消費を目的とする酒類製造」が憲法上保障された権利かどうかを問わなかったが、制約の合理性についてはこれまでとは異なり、「国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため」といういわば行政目的を理由に制約を許容している。

以上検討してきた「私生活上の自由」についての最高裁判決は、以下の二つの特徴を有すると言える。第一に、「私生活上の自由」の意味と個別の列挙されていない権利の関係である。最高裁は、「私生活上の自由」の意味を明らかにしていないが、下級審では、「私生活上の自由」の意味について、「生命の維持に必要な睡眠、食事をとる

こと（これらはほとんど絶対的に保障される基本権である。）から、スポーツ、散歩、喫煙に至るまで極めて広汎なものを包含する（したがって、基本権として積極的な保障が要請されるべき自由、権利とまではいえない一般的自由、権利をも広く包含する。）と解される」としている。[91] つまり、「私生活上の自由」とは、端的に、個人の自由の領域、すなわち、「何をしてもよい自由の領域」であるということがうかがえる。[92] そして、私生活上の自由と個別の権利の関係について、最高裁は、一三条のもとで保障されるのは「私生活上の自由」であって、その一つとして、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」、「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を認めている。[93] つまり、最高裁は、個別の列挙されていない権利については、私生活上の自由の派生として捉えている。[94] 日本の最高裁が裁判官の実体的価値判断の問題を意識したかどうかは定かではないが、一三条が保障するのは私生活上の自由であって、個別の列挙されていない権利をあくまで私生活上の自由の派生として捉えることで、積極的な権利の創出に伴う裁判官の実体的価値判断の問題は回避することが可能であるように思われる。

第二に、最高裁は、「私生活上の自由」の制約が問題となる場合、二段審査を行っているということである。まず、一段階で、問題となっている自由が、私生活上の自由に含まれるか否かを審査する。そして、「私生活上の自由」に含まれない自由は、憲法上の問題に言及することなく、他者加害や自己加害など公共の福祉に反するという理由で制約の正当性を認めている。ただし、最高裁は、私生活上の自由について、内包（ただし、内包については一部明らかとなっている）と外延は明らかにしていない。第二段階で、私生活上の自由に含まれる自由が問題となる事例においては、制約の合憲性について、目的・手段審査を行っている。[95]

以上検討してきた一三条が問題となる事例における最高裁の審査の枠組みは、一三条のもとで保障されるのは、

私生活上の自由という個人の自由の領域（個別の列挙されていない権利はあくまで私生活上の自由の派生でしかない）であるとし、それに対する政府の介入の正当性に焦点をあてるものであった。となると、政府が基本的に介入できない私的領域の保護を目的として、裁判官の実体的価値判断を回避するために、政府の介入の理由（政府の介入が公共の福祉に適合する正当なものか否か）の審査を行う権限アプローチは、一三条に関する判例を適合的に説明することができるように思われる。

四　結　び

これまでの検討から、一三条の解釈について、従来の学説とは異なる説を提示することができた。すなわち、権限アプローチの観点から、一三条は、私的領域（「生命」、「自由」、「幸福追求に対する権利」）を保障していると理解し、私的領域に対する介入の正当性を要求することで、政府の権限の限界を設定し、公共の福祉に基づかない違憲の政府の制約からの自由として私的領域を保障しているものであるとした。一三条のもとで保障される権利をこのように捉えることで、従来の学説が抱えていた列挙されていない権利の保障に伴う裁判官の実体的な価値判断の問題を回避する。また、一三条のこのような捉え方は、判例の展開とも適合的である。したがって、権限アプローチは、一三条の解釈に十分に妥当するものであるといえよう。

なお、権限アプローチが、他の権利（例、平等）にいかなる示唆を与えるかについては、今後の課題としたい。

（1）　中曽久雄「実体的デュー・プロセスの新たな展開と権限アプローチ」阪南大学論集四六巻一号（二〇一〇年）（掲載予定）、同「民主主義のもとでの司法審査――権限アプローチの構築に向けて――」阪大法学五九巻五号（二〇一〇年）九三頁、同「列挙されていない権利の構図――アメリカ合衆国憲法修正九条における権限アプローチの展開――」阪大法

学五七巻二号（二〇〇七年）七三頁。

（2）アメリカ合衆国憲法の条文については、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集［第三版］』（高井裕之執筆部分）（有信堂、二〇〇五年）一三頁。

（3）土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義――幸福追求権解釈への予備的考察をかねて（四・完）」法学論叢一三一巻六号（一九九二年）一一～一八頁。

（4）美濃部達吉『日本国憲法原論』（有斐閣、一九四八年）一六六～一六七頁。

（5）法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、一九五三年）三三八～三三九頁。

（6）宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、新版一九七一年）二一四～二一六頁。宮沢博士は、イエリネックの基本権論との関係で、「単なる自由」と「自由権」を区別する。宮沢博士は、イエリネックの基本権の類型を国民の国法に対する関係の問題として捉える。国民は、①国法によって義務づけられる関係、②国法に対して無関係な関係、③国法に対して消極的に受益的な関係、④国法に対して積極的に受益的な関係、⑤能動的な関係に立つとする。問題は、②と③の違いである。宮沢博士は、②を以下のように説明する。「国民は、国法に対していわば無関係な関係に立ちうる。これは、国法によってなんら義務づけられていない関係である。この関係における国民の地位を単に――次の自由権と区別して――自由と呼ぶことにしよう。だれでも、国法の禁止しない行動をする自由をもつ。人は、たとえば、国法によって禁止されない限り、散歩する自由があり、旅行する自由がある。この意味の『自由』はまったく国法の禁止の不存在の反射にすぎないから、国民がどの範囲まで、この意味で『自由』であるかは、ひとえに国法の規定の結果として定まることであり、そこには憲法上の限界というようなものはない」とする。これに対して、③については、「憲法上、国民の利益にまで、ある種の国法の定立（処分を含む）が禁止される場合がある。たとえば、言論の自由を制限する国法の定立が憲法によって禁止される場合がこれである。この場合、国民は、国法に対して、消極的に受益関係に立つということができる。国法の定立が禁止される結果として、国民は、国法から利益を受ける関係にあるからである。この関係における国民の地位を――単なる自由と区別して、――自由権と呼ぶことにする」という。そして、「この意味での自由権と右にのべた自由のちがいは、前者においては、その自由を制限することが憲法上（国民の利益にまで）禁止されているのに対し、後者においては、そこになんらの憲法上の制限がなく、その意味で、イエリネックの言葉でいえば、rechtlich irrelevant であり、したがって、

国法と無関係であることにある」というのである。

(7) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』(有斐閣、一九五二年) 四〇〇～四〇二頁。

(8) 種谷春洋「『生命、自由及び幸福追求』の権利 (一) (二) (三)」法経学会誌一四巻三号 (一九六四年) 五五頁、一五巻一号 (一九六五年) 七九頁、一五巻二号 (一九六五年) 四八頁。

(9) 種谷・前掲注(8)『生命、自由及び幸福追求』の権利 (二) 九二～九五頁。このような通説に対して、伊藤正己元最高裁判事は、一三条は具体的な権利を保障するものではないと主張する。伊藤元最高裁判事によれば、「幸福追求権が、理念として、個別的に保障されている人権のみならずそれ以外の人権を基礎づける機能を果たし、憲法はそれらの人権を実現することが個人の尊重の建前に沿うとしていることはたしかである。しかし、幸福追求権がこのような理念的な意味をこえて、裁判によって実現できる具体的権利を直ちに保障しているとみることには疑いが少なくない」という。その理由として、第一に、「一三条の基本的性格は、人権についての一般原則としての個人の尊重を宣言し、これを国の側の責任として表明したものである。この点で、日本国憲法の基本原則に直結する重要な規定ではあるが、いわば国のあり方を指示する客観的秩序を示すものであって、個人に具体的権利を与えるという法的性質をもつとは考えられない」。第二に、「幸福追求権という観念はあいまいであってその範囲が明確ではない。……もしこれを安易に解するときは、多くの利益がこの規定を媒介として憲法上の人権と主張され、かえって『基本的』人権の観念と背馳」する。第三に、「幸福追求権は明文上公共の福祉による制約が予定されている。……これを具体的な権利保障の規定と解するとき、この制限もまた法的意味をもつことになる。……具体的な人権と解する以上、経済的な自由権の場合と同様に、政策的判断による制約が可能であるとされるおそれは大きい。幸福追求権が自然権思想を基礎にもっているからには、このような政策的考慮に基づく制限を可能にするという考え方は適当ではない」。第四に、「日本国憲法もまた国家権力に対する関係では、ほぼ人権を個々の規定で保障しているといってよい。したがって、幸福追求権を包括的人権としてとらえ、列挙されていない権利の保障の根拠とする場合に、とくに現代社会の要請によって生まれてくる新しい人権は、主として私人間に効力を及ぼすことが必要になってくる。この点で、『私人間効力につき間接効力説を採る』以上、新しい人権が具体化されるのは一三条の規定から直ちに出てくることではないことになろう」。そして、幸福追求権について「具体的な人権を生みだすものではなく、民法七〇九条など他の法令の規定による補充をうけて初めて裁判によって実現される人権となる」と指摘する。

伊藤正己『憲法　第三版』（弘文堂、一九九五年）二二九～二三二頁。

(10) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、一九九四年）三四二～三四四頁。

(11) 以降、検討するのは、主として、一三条後段の幸福追求権の解釈であるが、前段の規定についても様々な検討がなされている。例えば、抱喜久雄准教授は、前段は「『個人として尊重される権利』を保障する規定であり、それはまた、憲法に列挙された個別的基本的人権および非列挙の基本的人権を包括する基本的人権である」とする。これに対して、後段は、「『個人として尊重される権利』を敷衍したものであり、後段は、それらに対する国家の尊重義務（法的義務）を定めた規定」であるという。ただ、抱准教授は、前段からあらゆる自由が導かれるのではなく、「あくまで、人間として生きていく上において基本的に必要な権利――基本的人権として保障されるに足りる内容を有しているもの――のみが」その保護の対象となるという。抱喜久雄「非列挙基本的人権の保障根拠としての一三条前段について――一三条後段を根拠とする学説の検討を中心として――」法と政治三一巻一号（一九八〇年）六三、九三～一〇〇頁。また、江橋崇教授は、一三条の「個人としての尊重」は、カント的な「人格の尊厳」と同じではないという。「個人としての尊重」の第一の内容は、憲法上の利益衡量において個人の利益を重要視するということだけではなく、法律の介入できない「自律」の領域を認めるものであるとする。このような観点から、プライバシーの権利については、後段の幸福追求権利よりも前段の「個人としての尊重」から説明する方が、その保護の範囲は広くなるという。そして、自律の領域を確定する際に、個人の尊厳という「切り札」が有用であるという。江橋崇「立憲主義にとっての『個人』」ジュリスト八八四号（一九八七年）八～一二頁。

(12) 佐藤博士の人格的自律権の背景については、佐藤幸治『憲法とその〝物語性〟』（有斐閣、二〇〇三年）。

(13) 佐藤幸治『憲法　第三版』（青林書院、一九九五年）三九二頁。

(14) 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、一九八八年）四九六頁。

(15) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九四年）（佐藤幸治執筆部分）二四八～二五〇頁。

(16) 佐藤幸治『日本国憲法と法の支配』（有斐閣、二〇〇二年）一三六～一三七頁。

(17) 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、二〇〇八年）一〇一～一〇二、一〇八頁。佐藤博士は、補充的保障の意味に

ついて、権利・自由の侵害が極めて深刻な場合は、基幹的な人格的自律権の否定として捉えるべきであるという。その例としてハンセン病訴訟（熊本地判平成一三年五月一一日）を挙げ、「人権制限の実態は、単に住居・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法一三条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である」とするのは、まさにその趣旨であるとする。

(18) 佐藤・前掲注(13)四四九頁。
(19) 佐藤・前掲注(13)四六一頁。
(20) 芦部・前掲注(10)三五一～三五四頁。
(21) 芦部・前掲注(10)三五五頁。
(22) 芦部・前掲注(10)三九四～三九五頁。
(23) 芦部・前掲注(10)三九五～四〇一頁。
(24) 芦部・前掲注(10)四〇一～四〇六頁。
(25) 奥平康弘「人権体系及び内容の変容」ジュリスト臨時増刊『日本国憲法――30年の軌跡と展望』（一九九七年）二四三、二五一頁
(26) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究五八号（一九九八年）一四頁。
(27) 佐藤・前掲注(13)四四七頁。
(28) 佐藤・前掲注(17)一一三頁。
(29) 芦部・前掲注(10)三四八頁、芦部信喜　高橋和之補訂『憲法　第四版』（岩波書店、二〇〇七年）一一七～一一八頁。芦部博士は、列挙されていない権利を広汎に認めることは、裁判官による法形成を広く認めすぎることになり、「かえって人権体系を崩す」と指摘する。したがって、「憲法レベルの権利と言いうるための基準を厳格にしぼって慎重に判断していく必要」があるという。芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店、一九八七年）一三〇～一三一頁。
(30) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の概念」公法研究五八号（一九九六年）九五、九七、九八頁。土井教授は、「自らの存在意義に対する否定的評価を前提にして、自己の生命及び身体に対する重大かつ不可逆的な侵害を直接的にもたらす行為については、それ自体を憲法上の権利として類型化すべきではない」とする。つまり、殺人や窃盗と

いった行為を憲法上の人権として類型化することは、「憲法上制約が許容し得るといった次元の問題ではなく、個人の尊厳原理を基礎とする人権観からして、本来その禁止が当然視されるべき」であるとする。

(31) 橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣、一九八八年)二一八～二二〇頁。

(32) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、一九九一年)三三三～三三六頁。

(33) 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『リーディングス・現代の憲法』(日本評論社、一九九五年)四〇～四五頁。

(34) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」(一九九三年)法学教室一五八号三六～四二頁。

(35) 戸波・前掲注(34)三八、四二頁。

(36) 戸波・前掲注(34)四〇頁。

(37) 戸波・前掲注(34)四二頁。この点、人格的自律権説が想定する人間像、すなわち、「人格的自律の存在として自己を主張」する人間像についても、人間の多様性を考慮すべきであるとの指摘がなされている。竹中勲教授は、一三条の前段と後段は連動して「自己人生創造希求権」を保障したものであるという。この自己人生創造希求権には、三様のものがあるとする。まず、自己決定能力・判断能力が十分な個人については、自己決定を繰り返して自己の人生をつくりあげ、自己決定能力・判断能力が不十分な個人には、他の個人や公権力の援助をえながら自己の人生をつくりあげ、自己決定能力・判断能力が欠如した個人には、他者の決定(他の個人・公権力による決定)が適切に媒介されることで、自己の人生をつくりあげることが含まれるとする。竹中勲「憲法一三条と自己人生創造希求権」佐藤幸治先生古希記念『国民主権と法の支配[下巻]』(成文堂、二〇〇八年)一四四～一四五頁。

(38) 阪本昌成「プライヴァ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、一九九四年)二二一～二二二頁。

(39) 阪本・前掲注(38)二二五頁。阪本教授によれば、ドイツの基本法における「人間の尊厳」は、「〈他者との共同生活のなかで〉自ら責任ある生活の形成のために能力を付与された人格」であるということに人間の存在の特徴を求める人格主義であり、そこでの「人格」は、「共同体という全体と結合し、それに奉仕する有責なる存在であることが強調され」るものであるという。これに対して、「個人としての尊重」は、「個人個人の属性の個別・多様性に配慮」しているものであ

り、それを支えるものは、「道徳的・理性的存在としての人間共通の特性ではなく、各人の違い、すなわち、個別性」であるというのである。したがって、ドイツ的な人間の尊厳の原理は、日本国憲法には妥当しないという。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、一九九三年）一三九頁。

(40) 阪本・前掲注(38)二二四～二二五頁。

(41) 阪本・前掲注(38)二四五～二四六頁。

(42) 棟居快行「幸福追求権について」ジュリスト一〇八九号（一九九六年）一七九～一八四頁。棟居教授同様に、一三条の文言に着目し、権利の「言語的限定」を加える見解として、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、一九九八年）三五三～三六〇頁。

(43) 佐藤・前掲注(17)一〇七頁。

(44) 憲法上列挙されていない権利の保障の問題は、松井教授の司法審査理論が依拠するCarolene Products判決の脚注四と大きく関わるという。Carolene Products判決の脚注四は「実体的権利の制約の審査の問題のみ関わるもので、明文根拠を欠く憲法的権利の裁判所による承認の問題に関わるものではない」が、「イリイ教授の司法審査理論に示されているように、脚注四を、実体的権利の制約の審査の問題だけではなく、より根源的には民主主義社会において司法府にふさわしい役割の問題を扱っているのだと理解するなら、明文根拠を欠く基本的人権を裁判所が承認する場合に、それをどのような憲法解釈の方法によって承認することが許されるのか、そしてどのような権利を憲法上の基本的人権として承認することが許されるのかは、司法審査理論の重要な争点となりうる」という。松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、一九九四年）二八九、三一〇頁。

(45) 松井茂記「自己決定権について（二）」阪大法学四五巻五号（一九九五年）四四頁。

(46) 松井・前掲注(45)六二頁、松井茂記『日本国憲法　第三版』（有斐閣、二〇〇七年）三三九頁。松井教授が、列挙されていない権利のなかで、政治参加に不可欠な権利とするのは、情報プライヴァシーの権利である。「情報の自由な流通の中で自己情報をコントロールすることは、まさに政治参加に不可欠な自律領域の確保のために不可欠である」という。松井・前掲注(44)三五〇頁。

(47) 松井・前掲注(45)三六頁。

(48) 松井・前掲注(45)六三頁。
(49) 松井・前掲注(45)六三～六五頁。
(50) 松井・前掲注(45)六三頁。
(51) 佐藤・前掲注(17)一一二頁。
(52) 佐藤・前掲注(17)一二二、一二五頁。
(53) 土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法の観念』」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年)一三九～一四〇頁。
(54) 佐藤・前掲注(17)一七五頁。
(55) 土井・前掲注(30)九四頁。この点に関連して、松井教授が自己決定権のような政治参加になじまない権利を政治プロセスに委ねることについては、多くの批判を招いている。この点、土井教授は、以下のように指摘する。「もし、『生命に対する権利』を手続的基本権観に基づいて理解するとすれば、『生命を享受する権利』が基本権保障の中核に位置するのは、生命が民主主義過程への参加にとって不可欠の前提であるにすぎない。しかし、『生命を享受する権利』の本質を政治参加の観点から理解することが適切であるとは思われない。また、手続的基本権観は『死に対する権利』に関していかなる論理的帰結をもたらすものなのであろうか。もし、手続的基本権観を基礎として、『死に対する権利』が憲法上保障されると解するとしても、絶望の中で自殺を試みる者、いまひとたびの人生の可能性を説いてそれを阻もうとする者、あるいは激痛の中で死の安らぎを望む者達にとって、民主主義過程への適正な参加という基本原理がいかなる指針になるというのだろう。あるいは、死をめぐる問題は、本質的に民主主義過程を通じて“political”な決定に服すべき事項だと解されるのだろうか」。土井・前掲注(30)九五頁。また、戸波教授も、「自己決定権の分野では、個人の自由に委ねられた領域への干渉が問題となっている点で、裁判所による救済に適している」とし、また、「自己決定権の制限は、……民主制の過程とは無関係であり、あるいは民主的な是正に期待できないことに留意すべきである」とする。そして、「自己決定権は本来私的なものであり、それを民主的プロセス的思考ないし政治参加権的人権理解の立場から論ずることにそもそも問題があるように思われる」という。戸波・前掲注(26)二二五頁。
(56) アメリカにおける実体的デュー・プロセスの意義とその問題点については、松井茂記「実体的デュー・プロセス理論

の再検討」阪大法学一四一・一四二号（一九八七年）三〇六-三一六頁

(57) 中曽・前掲注(1)「民主主義のもとでの司法審査――権限アプローチの構築に向けて――」一〇九～一一一頁。

(58) この点は、先にみた土井教授や棟居教授の指摘にもあったように、他者や社会に危害を与える行為については、憲法上の制約の次元の問題としてではなく、日本国憲法の保障する人権観からして本来その禁止が当然視されるべきと考えるべきであろう。

(59) この問題に焦点を当てた先駆的な論考として、早瀬勝明「憲法一三条解釈と裁判所の権限」阪大法学五二巻五号（二〇〇二年）一九九頁、同「憲法一三条解釈における『憲法理論』の役割」阪大法学五〇巻六号（二〇〇一年）一四五頁。

(60) このような規制理由に焦点を当てる権限アプローチは、平等保護の領域において展開されている動機審査とも親和性を有する。動機審査は、政府の規制理由を問題とする。そして、動機審査における裁判所の役割は、立法の実体的判断を審査するものではなく、法律の動機あるいは目的に焦点を審査するものである。つまり、動機審査は、裁判所の役割を意図的差別の排除に限定することで、裁判官の実体的価値判断を回避しようとするものである。平等保護領域における動機審査の意義については、中曽久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学五九巻一号（二〇〇九年）一五四、一七一～一七二頁。

(61) 松井・前掲注(45)四四頁。

(62) なお、審査の基準であるが、民主主義とのコンフリクトを回避するために、権限アプローチは私的領域に対する政府の介入を中間基準が妥当すると考えられる。では、なぜ、中間審査かということである。そこには、列挙されていない権利と列挙されている権利の区別がある。列挙されていない権利は、テクストの文言が不明確であり、裁判官の主観的価値判断が入りやすい。そこに列挙されている権利と列挙されていない権利の決定的な違いがある。それゆえに、列挙されている権利と列挙されていない権利を同等に扱うことはできないのである。しかし、私的領域には一定の憲法上の保護が必要というべきである。そこで、私的領域の介入に対しては、厳格審査が妥当しないまでも、中間基準が妥当すると考えられる。中間審査基準を妥当させることで、民主主義とのコンフリクトが回避できる。権限アプローチのもとで、政府の規制理由を中間基準で審査することの意義は、政府の介入の「真の理由」を洗い出すことにある。この政府の介入の「真の理由」を洗い出すということについて、厳格審査と中間基準ともに同様の機能を有する。両者の違いは、違憲の規制目的

を洗い出す程度である。つまり、中間審査には、厳格審査と同じ機能が期待できるのである。このように権限アプローチのもとでの審査は、単なる利益衡量としてではなく、違憲の規制目的を洗い出すことに重点を置くことで政府の行為の正当化事由がいかなるものであるかを問う「政府の行為の理由の統制」として機能するものと言える。阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能――憲法と理由」法律時報八〇巻一一号（二〇〇八年）七五～七七頁。

(63) 「幸福追求」の淵源であるとされる独立宣言において、アメリカの「建国の父祖」たちは、「幸福」を「公的領域の外に実現されるべき私的な含意をもつ観念」として考えていたとされている。樋口・佐藤・中村・浦部・前掲注(15)二五六頁。

(64) *See* Mark Niles, *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA. L. Rev. 85, 150 (2000).

この点は、ドイツの一般的行為自由が参考となる。ドイツの一般的行為自由の意義について、櫻井智章准教授は、「一般的な行為の自由に何が含まれるか、『殺人の自由』や『散歩の自由』が含まれるか、といった保障範囲の積極的画定にかかわる問題を棚上げにして、憲法（憲法規定、法治国家原理を中心とする憲法原理）に適合した根拠 Grund なしに自由を侵害・制約されない一般原則を基本権化」しているという。櫻井智章「基本権論の思考構造（一）」法学論叢一五五巻三号（二〇〇四年）一二六頁。また、松本和彦教授は、「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」という。その上で、「一般的行為の自由は、真正の基本権とは呼べず、反射的利益と同様の存在」であり、「一般的行為の自由を認めることは、新しい基本権を承認することを意味しない」という。松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探求　憲法』（弘文堂、二〇〇五年）一〇三頁。松本教授は、一三条前段から「国家の介入行為に対する正当化を求める権利」が導かれるという。後段は、「他の個別の権利規定と同質の実体的権利を保障したもの」とする。松本和彦「環境汚染の自由の保障？」高田敏先生古希記念『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、二〇〇七年）三二五～三二六頁。同「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史編『岩波講座憲法2　人権論の新展開』（岩波書店、二〇〇七年）四六頁。一三条をこのような権利として捉えることの利点は、憲法上の権利に殺人の自由や環境汚染の自由といったグロテスクな自由が含まれるかという一般的自由権説の抱える問題点を回避できることにある。一般的自由権のも

とで行われる審査は、実質的にも形式的にも正当化できない介入が排除されるのであって、殺人の自由や環境汚染の自由といった実体的自由の保障が問題となるのではない。この点について、丸山敦裕准教授は、「承認されることがありえない権利」の除外について、「保護領域における主観の排除」との関連で、保護領域の「過度の縮減」を回避するために、「いつ、いかなる場所で、いかなる者が、いかなる者に対しておこなったとしても論理必然的に加害に及ぶ行為や、あるいは、定義上そうした加害を及ぼすことを目的とする行為に限定して語る必要」があることを指摘する。その上で、このような問題は、「制約正当化の段階で論証」すべきであるとする。丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程――一般的行為自由の保障とその外縁」阪大法学第四八巻六号（一九九九年）一八五～一八六頁。なお、ドイツの一般的行為自由と権限アプローチの違いは、先に見たように、ドイツの一般的行為自由は、列挙されていない権利のなかでも、列挙されている権利と同等の内容を持つ権利ではなく、「反射的利益と同様の存在」とされているが、権限アプローチは、そのような区分を否定する。

(65)　中曽・前掲注(1)『民主主義のもとでの司法審査――権限アプローチの構築に向けて――』一二〇頁。

(66)　長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、二〇〇六年）七七～八〇頁。

(67)　石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック憲法　改定版』（北樹出版、二〇〇〇年）一二八頁。

(68)　長谷部・前掲注(66)七九頁。長谷部教授は、このような観点から、憲法が政府に課している様々な規制（例、表現の自由の領域における内容に基づく規制の禁止、平等の領域における少数者の差別の禁止）は、政府は特定の理由に基づいて行動することを禁止するという趣旨として理解されるべきであるという。長谷部恭男『憲法入門』（羽鳥書店、二〇一〇年）九〇頁。

(69)　長谷部・前掲注(66)八七頁。長谷部教授は、「一三条前段は、個人の自律を保障する『切り札』としての権利の存在を一般的に宣言した原則的条文」であるという。

(70)　駒村圭吾「基本的人権の観念①」小山・駒村前掲注(64)二五～二七頁。

(71)　佐藤・前掲注(17)一一四頁。

(72)　高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古希祝賀　『行政法の発展と変革』（有斐閣、

二〇〇一年）二九五～二九六頁。

(73) 佐藤・前掲注(17)一一五頁。

(74) 駒村・前掲注(70)二七頁。

(75) 小泉良幸「自己決定とパターナリズム」西原・前掲注(64)一八二頁。

(76) 巻美矢紀「個人としての尊重と公共性」『憲法学の現代的論点』（有斐閣、二〇〇六年）　二六四頁。

(77) 駒村・前掲注(70)二三頁。

(78) 中曽・前掲注(1)（「民主主義のもとでの司法審査――権限アプローチの構築に向けて――」）一一二頁。

(79) 高井裕之「幸福追求権」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、二〇〇八年）九三頁。

(80) 最大判昭和三三年九月一〇日民集一二巻一三号一九六九頁（旅券発給拒否事件）における田中耕太郎・下飯坂潤夫裁判官の補足意見は、旅行の自由について以下のように説明する。「憲法二二条は一項にしろ二項にしろ旅行の自由を保障しているものではない。しからばこれについて規定がないから保障はないかというとそうではない。憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを拾ったもので、網羅的ではない。従ってその以外に権利や自由が存せず、またそれらが保障されていないというわけではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称が附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部分をなしている。本件の問題である旅行の自由のごときもその一なのである」。

(81) 最大判昭和四四年一二月二四日刑集二三巻一二号一六二五頁。

(82) 最判平成七年一二月一五日刑集四九巻一〇号八四二頁。

(83) 最判平成二〇年三月六日。

(84) 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、二〇〇八年）三二頁。

(85) 最大判昭和二五年一一月二二日刑集四巻一一号二三八〇頁。栗山茂裁判官の意見は、「もとより基本的自由及び権利は『この憲法が保障する自由及び権利』（憲法一一条及び一二条）以外に存しうるのは言うをまたない」という。ただ、「わが国においても少くとも当裁判所が裁判によって定めない限り「この憲法が保障する自由及び権利」は憲法第三章に列挙されているものである。憲法が定める国会、内閣及び裁判所の各権限も、その権限の行使に対して憲法が保障する自

由及び権利も、すべてこの憲法の定めるところによることは、いわゆる成文憲法の原則であって、この原則は日本国憲法も他の国の成文憲法と同様に採用しているのは明である。そして憲法一一条一二条及び一三条は『この憲法が保障する自由及び権利』の保障そのものではなく、保障は一四条以下に列挙するものである」と指摘する。

(86) 最大判昭和三一年六月一三日刑集一〇巻六号八三〇頁。

(87) 最判昭和六〇年九月一〇日判時一一六五号一八三頁。

(88) 最大判昭和四五年九月一六日民集二四巻一〇号一四一〇頁。

(89) 最判平成一五年一二月一一日刑集五七巻一一号一一四七頁。恋愛感情を抱くことは人間の本能にかかわる本質的なものであって、本来は国家権力の介入を許さないものである。また、一三条に関するこれまでの判例からすれば、恋愛感情の権利は憲法上に権利として十分に認められる可能性がある。山田耕司「時の判例」ジュリスト一二六六号（二〇〇四年）一八六～一八八頁。

(90) 最判平成元年一二月一四日刑集四三巻一三号八四一頁。

(91) 福岡高判昭和六一年一二月二六日判タ六二五号二二五九頁。本件では、指紋押捺に関する外国人登録法の規定の合憲性が争われた。

(92) 樋口陽一『国法学　人権原論』（有斐閣、二〇〇四年）一九二頁。

(93) 下級審においても、基本的には一三条が私生活上の自由を保障しているという趣旨は確認されている。京都府学連事件同様に、デモ行進に対する写真撮影の合憲性が争われた大阪高判昭和三九年五月三〇日高刑集一七巻四号三八四頁においては、私生活上の自由が以下ように説明されている。「人はその承諾がないのに自己の写真を撮影されたり世間に公表されない権利（肖像権）を持つとすれば、それはプライバシーの権利の一つとして構成することができる。プライバシーの権利とは私人が私生活に他から干渉されず、本質的に私的な出来事についてその承諾なしに公表されることから保護される権利であるといわれている」。「しかし国家権力ことに警察権の行使との関係において考察するときは憲法一三条が個人の生命自由および幸福追求に対する国民の権利は最大限に尊重される旨を規定していることや憲法に国民の基本的人権を保障した各規定が設けられていること、警察法二条二項が警察の活動は……いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならないと規定していることから国家権力ことに警察権

の行使に対しては人権の保障による制約のあることを認めることができ、国民の私生活の自由が国家権力に対して保障されていることを知ることができる。ここからプライバシーの権利を導き出すことができる」。校則に違反して無許可でバイクの運転免許を取得した高校生に対する無期家庭謹慎の措置が争われた高松高判平成二年二月一九日判例時報一三六二号四四頁では、「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」とした。また、自動車ナンバー自動読取りシステム（Nシステム）の合憲性が争われた東京地判平成一三年二月六日判時一七八四号一四四頁では、「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が警察権等の公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しており、この個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、公権力によってみだりに私生活に関する情報を収集、管理されることのない自由を有するものと解される」とした。

しかし、下級審では、一三条が問題となる事例において、必ずしも、私生活上の自由に言及しているわけではない。受刑者の丸刈り強制が争われた東京地判昭和三八年七月二九日判時三四二号四頁では、「一般に、各人が自己の頭髪の型に関して有する自由については、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挙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の自由に対して、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」とした。また、修徳高校パーマ退学訴訟（東京地判平成三年六月二一日判時一三八八号三頁）では、「個人の髪型は、個人の自尊心あるいは美的意識と分かちがたく結びつき、特定の髪型を強制することは、身体の一部に対する直接的な干渉となり、強制される者の自尊心を傷つける恐れがあるから、髪型決定の自由が個人の人格価値に直結することは明らかであり、個人が頭髪について髪型を自由に決定しうる権利は、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一三条により保障されていると解される」とした。さらに、受刑者に対する調髪処分が争われた名古屋地判平成一八年八月一〇日判例タイムズ一二四〇号二〇三頁では、「個人の髪型を各自が自由に決し得る権利は、個人の美的感覚や生活様式などと結びついており、憲法一三条が保障する個人の尊厳に係る権利の内容を成すものとして尊重されるべきものであって、何人も合理的な理由なく一定の髪型を強制されることはない」とした。

(94)　戸波教授は、最高裁が「私生活上の自由」を「上位概念として使い、そこから権利がいろいろ出てくる」ものとして捉えていると指摘する。戸波江二・小山剛「幸福追求権と自己決定権」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』（日本評論社、二〇〇四年）九頁。

(95)　このような傾向は、近時、アメリカの連邦最高裁の実体的デュー・プロセスに関する判例の動向と酷似している。Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003) では、ソドミー行為を処罰する州法が、州の正当な利益を促進するものではなく、個人の私生活への介入を正当化できないと判示した。この点、Barnett によれば、連邦最高裁は二段階審査を行ったという。まず、第一段階で、政府により制約されている自由が、他者や社会に害悪を与えない適正な自由の行使であるかが問題となる。次に、第二段階で、適正な自由の行使に対する介入であれば、介入の正当性の審査が行われることになる。Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution*: Lawrence v. Texas, 2003 CATO SUP. CT. REV. 21, 35–38.