

# 列挙されていない権利の 保障をめぐる議論の新たな展開

中 曾 久 雄

# 列挙されていない権利の保障をめぐる 議論の新たな展開

中 曾 久 雄

## 1 はじめに

本稿は、前稿の続編<sup>1)</sup>である。本稿では、前稿で十分に検討することのできなかった列挙されていない権利をめぐる近時の議論に焦点を当て、改めて列挙されていない権利の保障の意義、および、そのあり方を考察することを目的とする。

本稿の構成は以下の通りである。まず、列挙されていない権利をめぐる人格的自律権説と一般的自由権説の対立軸、すなわち、保障範囲およびそこで前提とされている人権観をめぐる対立軸を概観する。次に、人格的自律権説と一般的自由権説の新たな展開、具体的適用、その意義を検討する。そして、最後に、これまでの検討を踏まえて、列挙されていない権利の保障の意義、在り方を再検討する。

---

1) 中曾久雄「列挙されていない権利の保障の意義」愛媛法学会雑誌 39 巻 3・4 号 (2013 年)、同「列挙されていない権利の保障は何を意味するのか」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法・憲法理論叢書 21』(敬文堂, 2013 年)。

## 2 従来の学説の対立点

### 2-1 保障範囲をめぐる対立

従来、列挙されていない権利の保障をめぐるのは、憲法13条の保障範囲の広狭（13条のもとでどのような内容の権利が保障されるのか）が問題となってきた。すなわち、それは、列挙されていない権利の保障範囲について、限定を加える人格的自律権説（＝「質的限定」）と限定を加えない一般的自由権説（＝「量的拡張」）の対立であった。そのため、従来、13条の解釈をめぐる論争は、この「質的限定」と「量的拡張」を対立軸として、展開されてきたものであった<sup>2)</sup>。

まず、質的限定を加える説、すなわち、人格的自律権説についてである。周知のように、13条の解釈については、人格的自律権説が通説的地位を占めているとされている<sup>3)</sup>。この人格的自律という概念は、列挙されていない権利の保障内容をいかに限定するかという問題、つまり、13条が曖昧な規定であるた

2) 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998年）327頁。関連して挙げられるのが、権利の一段階確定と二段階確定である。一段階確定とは「権利そのものの根拠づけによって権利内容を定めようという」ものである。これに対して、二段階確定とは、権利について何をしてもよいという意味での「一応のもの」（prima facie）として想定して、その制限にとりかかるといふものである。一段階確定の権利論は「なぜ」を問うものであり、二段階確定の権利論は「いかに」を問うものである。両者には一長一短あり、二段階確定は権利に対する制限という引き算をする前段階として、さまざまな権利、自由の主張に「一応の福祉」の内容も「その歴史的背景をぬきとられたままふくらまさ」れ、結局、引き算され残りの自由の質と量が乏しいということにつながる。これに対して、一段階確定のもとで、様々な権利、自由の主張に対して、「そもそも権利でない」として参入を拒否する可能性が大きくなる反面、「近代憲法の権利体系の核心に置かれてきたはずの権利について、調整を拒否する切り札としての資格を与えるのに役立つ」。一段階確定の権利論と二段階確定の権利論は双方一長一短を有しており、その「優越は、測りがたい」とされている。樋口陽一『国法学者権原論 [補訂]』（有斐閣、2007年）193～195頁。なお、保障範囲の問題については、中曾・前掲注1）（「列挙されていない権利の保障の意義」）114～122頁、（「列挙されていない権利の保障は何を意味するのか」）151～155頁を参照している。

3) 君塚正臣「幸福追求権－延長上に家族と平等を一部考える－」横浜国際経済法学19巻2号（2010年）127頁。

めに、安易に多くの権利や自由を人権として認めてしまうと憲法上の人権に関する基本的観念と背馳してしまうという問題に応じるための具体的基準として機能する<sup>4)</sup>。そこで、人格的自律権を主張する論者は、列挙されていない権利の積極的な基礎づけを行い、個別の権利の類型化を行おうとする。では、人格的自律権説は、列挙されていない権利をどのように類型化するのか。

この点について、佐藤幸治博士によれば、①「人格価値そのものにまつわる権利」(例、名誉権、プライバシーの権利、環境権〔人格権〕)、②「人格的自律権(自己決定権)」、③「適正な手続的処遇をうける権利」および④「参政権の権利」を挙げる。一方で、①「人格価値そのものにまつわる権利」の内実であるとされる名誉権、プライバシーの権利、環境権(人格権)は、権利のカテゴリーとしてそれなりの特定性・明確性をもっているといえるが、他方で、②「人格的自律権(自己決定権)」のカテゴリーは「漠然としていることは否めない」とする。そこで、さらに、②の内容について、i「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」、ii「家族の形成・維持にかかわる事柄」、iii「リプロダクションにかかわる事柄」、iv「その他の事柄」に類型化する。ivについては、i・ii・iiiに匹敵する重要な類型が形成される可能性が残されている<sup>5)</sup>。さらに、関連して、芦部信喜博士は13条のもとで保障される列挙されていない権利を以下のように類型化する。すなわち、「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<sup>6)</sup>。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1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

4) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第5版〕』(岩波書店、2011年)82頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣、1994年)340頁。

5) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008年)101頁。

6) 芦部・前掲注4)394～395頁(『憲法学Ⅱ』)。

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<sup>7)</sup>。最後に、「ライフスタイルの自己決定権」である。

しかし、問題はどのような権利が人格的自律にとって不可欠な権利として承認されるかである。これまで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るという指摘がなされてきた<sup>8)</sup>。この点について、学説は、人格的自律に不可欠かどうかを判断するための基準を構築しようとしてきた。佐藤博士は、何が人格的自律に不可欠なの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の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」として<sup>9)</sup> 列挙されていない権利の内実は歴史的経験の中で確定されることを主張する<sup>10)</sup>。ただ、佐藤博士は、「不可欠」という表現が厳しすぎるとし、「不可欠なし重要なもの」という表現に変え、それが厳格な趣旨ではないということを主張している<sup>11)</sup>。また、芦部博士は、列挙されていない権利が保障される基準として、「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<sup>12)</sup>。さらに、近時、高橋和之教授は、国会と裁判所の役割分担に着目し、裁判所が

7) 芦部・前掲注4) 395～401頁（『憲法学Ⅱ』）。

8) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究 58号（1998年）14頁。

9) 佐藤・前掲注5) 113頁。そして、最狭義の「人格的自律権（自己決定権）」について、「人格的自律権」の内実をなすものとして、それにふさわしい類型化を通じて具体的内容を明らかにしていくべきであるという。

10) 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2014年）54～55頁。列挙されていない権利の内実は個人の尊厳原理との関係において理解すべきであり、個人の尊厳との関係で限定的に理解すべきであるという。国家による自由の制約が常に憲法上の問題を提起して、裁判所が常に憲法を援用して法律を破る可能性を留保することは、憲法と法律の適切な関係ではないと指摘する。

11) 佐藤・前掲注5) 176頁。

12) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）75頁。

列挙されていない権利を創設するには、「国民の間に新しい人権の原理的承認について広範なコンセンサスが形成され、その基本的な内容が裁官の恣意的・主観的な価値判断をほとんど入れる余地のないほど明確になった段階で初めて認められる」場合に限定されるという。そして、列挙されていない権利を承認するためには、「自律的生のために不可欠な利益であること」および「その利益の確保が非常に困難となっていること、換言すれば、その侵害の危険性が非常に高くなっていること」の証明が必要だとする。この2つの要件を証明できた場合に、列挙されていない権利は列挙された権利と同等の地位を有することになるという<sup>13)</sup>

これに対して、量的拡張を主張する一般的自由権説である。一般的自由権説によれば、13条が保障するのは、すべての権利・自由であるとする。もっとも、一般的自由とはいっても、文字通りすべての自由が保障されるわけではなく、他者に対して加害行為を行う自由は保障範囲から除外している<sup>14)</sup>つまり、「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」のである<sup>15)</sup>また、一般的自由権説に関する有力説は、必ずしも人格的自律権説の基本的思想そのものを否定しているわけではない。一般的自由権説が批判するのは、人格的自律権説のもとで「憲法上の人権ではないものが、場合によって憲法上の権利になったり、ならなかったりするということ」である<sup>16)</sup>

ただ、一般自由権説が加害行為を行う自由を除外するとはいえ、人格的自律権説とは異なり、無数の権利を導出することが可能なことにある<sup>17)</sup>そこで、こうした点に対応するために、一般的自由権説は、以下のような対応策を提示する。まず、一般的自由権説は、個別の行為をすべて憲法上の人権として認め保

13) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』（有斐閣、2010年）135～136頁。

14) 戸波江二『憲法 [新版]』（ぎょうせい、1998年）175～178頁。

15) 橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣、1998年）218～220頁。

16) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158号 38頁。

17) 松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）153頁。

障するのではなく、一般的行為自由という一つの人権を保障するということである。一般的自由権説は、個別の行為を包含する、いわば母体としての一般的自由を列挙されていない権利として保障されるということになるのである。次に、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すべての制限が直ちに違憲になるわけではない。一般的行為自由のなかで、人格に関連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付けを行う。すなわち、「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の合憲性審査とは一線を画す」る。また、人権保障の範囲を広げたとしても、「核心部分の厳格な審査を維持することは論理的に十分可能であり」、「むしろ、一般的自由まで人権保障を広げることは、逆に、一般的自由までも保障されるのだから、人格的自由についてはなおさら強く保障される」ことになり、「人権保障の強度を全体として高める」ことになるという<sup>18)</sup>

## 2-2 人権観をめぐる対立

人格的自律権説と一般的自由説との違いは、列挙されていない権利の保障範囲の広狭だけではない。両説の間には、そもそも憲法上保障された人権をどのように捉えるのかという憲法上の人権観をめぐる違いも存在している<sup>19)</sup>つまり、列挙されていない権利の保障の問題は、なぜ人は人権を有するのか、どのような権利が憲法上の人権として保障されるのかという問題とも関連している<sup>20)</sup>

この点を明確に意識したのが、人格的自律権説の代表的論者である佐藤幸治博士である。佐藤博士は憲法上保障された人権と人格的自律権の関係を以下のように主張している。まず、13条前段の「個人として尊重される」の意義については「個人の人格を尊重するという基本的原理」であるととし、ここにいう

18) 戸波・前掲注16) 40頁。

19) 田近肇「包括的基本権」曾我部真裕・赤坂孝一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室』（日本評論社、2012年）103頁。

20) 中山茂樹「包括的基本権」初宿正典・大石真編『憲法 Cases and Materials 人権第2版』（有斐閣、2013年）88頁

「人格」とは『『ありのままの人間』の特性』ではなく、人間の道徳的・理性的要素に着目し、「1人ひとりがか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<sup>21)</sup>そして、「人間を尊厳をもった存在と考えようとするれば、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。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、佐藤博士は、自律の価値について、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の価値ではなく、自律それ自体に価値があるという意味での即自的価値だということ。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<sup>22)</sup>そして、人格的自律とは、「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」という<sup>23)</sup>そして、憲法は、13条を通じて人格的自律権の導入を図っているとする<sup>24)</sup>佐藤博士によれば、13条は、憲法の保障する個々の人権を根底的に支え、そして、統合する基幹的な人格的自律権を保障しており、そこからは、個別の人権が派生していくとともに、個別の人権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<sup>25)</sup>その意

21) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法 I』(青林書院, 1994年)(佐藤幸治執筆) 248~251頁。関連して、日本国憲法における個人の尊重とドイツ基本法における「人間の尊厳」の異同が議論されるが、両者を区別する見解が存在しないわけではないが、両者は「かけがえのない個人」を重視する点で一致しているとする見解が有力であるといえよう。玉蟲由樹『『人間の尊厳』-人権の『源』』新井誠・高作正博・玉蟲由樹・真鶴俊喜『憲法学の基礎理論』(不磨書房, 2008年) 234~235頁。

22) 佐藤幸治『日本国憲法と法の支配』(有斐閣, 2002年) 135~137頁。

23) 佐藤幸治『憲法 第3版』(青林書院, 1995年) 392頁。

24) 佐藤・前掲注5) 138頁。

25) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年) 175頁。



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」<sup>26)</sup>するものなのである。

このように、人格的自律権説は、憲法上の人権と人格的自律との関連づけ、および、列挙されていない権利の類型化を重視する。人格的自律権説が行う人権と人格的自律との関連づけは、そもそも、人権解釈において前提となっているものでもある。例えば、表現の自由であれば自己実現や自己統治との関連、職業選択の自由であれば人格価値との関連性が指摘される<sup>27)</sup>つまり、日本国憲法が13条で国民の自由の尊重を宣言するにとどまらず、21条や22条のような個別の人権規定を置いた理由は、自由一般の中から「表現」や「職業選択」を個別化し、それを「憲法上の権利」として保護しているのである。個々の人権規定の趣旨は、「個々の自由を自由一般から切り分けて、典型的に『自由権』としての強い保障を享受させる」ことにある。こうした発想は個々の人権解釈における「暗黙の前提」とされている<sup>28)</sup>列挙されていない権利の類型化は、権利のカatalogueの示し方を重視するものであり、しかも、類型化することの意味を問う以上、あらゆる行為を「のんびんだらりと」同じ強度で保障するものではないということになる<sup>29)</sup>

これに対して、一般的自由権は、列挙されていない権利の類型化、人格的自律権との関連づけを問うものではない。一般的自由権説は、人格的自律権説とは異なり、「個別化・類型化をすっ飛ばして、人格価値と関連づけようのない

26) 佐藤・前掲注5) 101～102頁。

27) 樋口陽一『憲法 改訂版』（創文社、2001年）276頁。

28) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）16～17頁。この点について、人格的な否かは道徳的人格ではなく、憲法上の権利を限定しその価値を国政との関係で高めるレトリックとするならば、従来の権利論と親和的であるという指摘が存在する。大日方信春『憲法Ⅱ基本権』（有信堂、2014年）71頁。

29) 中山茂樹「生命・自由・自己決定権」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）94頁。

『自由』一般に対する憲法上の権利を認めよう」とする<sup>30)</sup>もつとも、一般的自由権説も、人権との関連を問わないわけではない。一般的自由権説も、人格的自律権説と同様に、人権の基本理念との合致を強調する。この点について、戸波教授は、以下のように主張する。「近代人権宣言は、個人の自由を最上の価値とし」、「19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。そして、「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、その背後には、フランス人権宣言4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」という人権観が存在する。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人権を狭める論理に転化しかねないというのである<sup>31)</sup>

このように、列挙されていない権利の保障の在り方の問題は、単に保障範囲の広狭に関わるものではない<sup>32)</sup> 基本的人権の保障の根拠、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<sup>33)</sup>。こうした対立は、以降検討する列挙されていない権利の保障の在り方にも関連することになる。

30) 六戸・前掲注28) 17頁。

31) 戸波・前掲注16) 40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「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、2008年）144～145頁。

32) 早瀬勝明『憲法13条解釈をどうやって客観化するか』（大学教育出版会、2011年）50頁。

### 3 人格的自律権説の新たな展開

#### －緩和アプローチと帰納的アプローチの展開

先にみたように、人格的自律権説は、当該行為が憲法上の権利として保護に値するか否かは、当該行為の価値、歴史性といったものをふまえて判断されるべきであると主張してきた。しかし、その難点は、何が人格的自律権に不可欠に関する基準それ自体が曖昧であり<sup>34)</sup>判断者（裁判官）の主観的な価値判断が混入するということである<sup>35)</sup>そこで、近時、この問題を克服するために、2

33) この点について、松井茂記教授は、憲法が前提とする人間像、憲法上保障する人権、裁判所の役割の関係について以下のような理解を提示する。「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る」。松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994年）62頁。

34) この点、阪本教授は、人格的自律権説を以下のように批判する。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と、②人びとの多様な選好・利益のうち、憲法的保障に値するか否かの決定にあたって、人格的生存に「不可欠／不要」というようにふるい分ける危険な2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2分法を避けようとするれば、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

つの有力なアプローチが示されている。1つは、人格的自律に不可欠かどうかの要件を緩和するアプローチであり（要件緩和アプローチ）、そして、いま1つは、帰納的な考えに基づき人格的自律に不可欠な権利の内容を具体的に確定するアプローチである（帰納的アプローチ）。この2つの見解は、アプローチの仕方こそ異なるが、人格的自律の難点、あるいは、抽象性を克服しようとする点で一致している。以下では、2つのアプローチを概観する。

### 3-1 要件緩和アプローチ

まず、要件緩和アプローチについてである。このアプローチを主張するのは土井真一教授である。まず、土井教授によれば、人格的自律権説は、人を自律的な存在として尊重し、さらに、「人々が国家という共同体を形成し、その法

---

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atalog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な考えでもない」といわざるをえないのではないか。阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座 憲法学3 権利の保障 [1]』（日本評論社、1994年）221～222頁。

また、君塚正臣教授は、「(i) 多様な利害のうち、憲法的保障の可否を決するのに、人格的生存に必要な不可欠というメルクマールを用いられるか、(ii) 人格概念が不明確である上、自律が幸福であるという決め付けが濃厚で、かつ、人格主義に流れがちである（日本国憲法が特定のあるべき人間像に歩むことを国民に義務付ける結果になる）、(iii) ここに含まれない広範な自由の規制が不当に許されることになる」、といった批判が存在することを指摘する。さらに、自殺する権利について、人格的自律権説は「合理的計算の結果、究極的自己決定としての自殺は」否定できないのではないかと疑問を投げかける。つまり、人格的自律権説は、「憲法が求める人格者（人間としての立派さ）とは何かを解かねばならないという困難さに漂着する」という。そうすると、弱者や少数者の権利、社会権の軽視などがなされ、「『人格的自律』の語の一人歩きも危惧される」とする。君塚・前掲注3）128頁。

35) 戸波・前掲注16）14頁。なお、人格的自律に不可欠かどうかの判断を本人に委ねることになれば、それは一般的自由権と変わらないとの指摘が存在する。赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）270頁。

を定めるに際して、一人ひとりの人間を人格として承認すべきであると考え、「共同体の構成員が相互にその存在意義を承認し、自律的存在として『共に生きていく』ことを求めるもの」である<sup>36)</sup>そして、人格的自律権説が前提とする理性概念について、「不可謬性への誤信から成る『理性』概念は人間的なる真実と無縁である」としつつも、「自らの行為の意味を理解し反省の思惟を通じて自らの行為を統御していく能力として、あるいは他者との対話可能性の前提条件として『理性』概念を用いることを否定す」る必要はないし、また、「理性を合理的に否定することもまた困難」であるとする。ただ、「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、人格的自律に不可欠か否かという要件を必ずしも厳格に捉えるのではないとして以下のように主張する。「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く、「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<sup>37)</sup>

### 3-2 帰納的アプローチ

次に、帰納的アプローチについてである。このアプローチを主張するのは高井裕之教授である。高井教授の主張する帰納的アプローチの主眼は、人格的自律権の抽象性を克服し、ボトム・アップの思考に基づき人格的自律に不可欠な権利を確定することにある。

まず、高井教授は、13条から列挙されていない権利を導くことに消極的な

36) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の概念」公法研究58号(1996年)97頁。

37) 土井・前掲注36)97~98頁。さらに、土井教授は、「人間は協同し、時に対立しながら生き」ており、この傍観から湧き上がる他者への共感あるいは恐れこそが、他者をしてまた人格と承認する心理的基層を形成している」と指摘する。

見解に一定の理解を示す<sup>38)</sup>消極の見解の代表的論者としては、伊藤正巳元最高裁判事の見解を挙げる。伊藤元最高裁判事は、13条は具体的な権利を保障するものではないと主張する。すなわち、「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1に、「13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2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3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4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つてよい。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

38) 高井裕之「人権総論、人間の尊重、個人の尊重、プライバシー」辻村みよ子編『ニュー・アングル憲法』（法律文化社、2012年）62頁。



から直ちに出てくることではないことになるう」。この見解は、他の法律の規定を離れて13条のみを根拠として列挙されていない権利の存在を主張するのではなく、民法709条などの他の法令の規定による補充をうけてはじめて列挙されていない権利が実現されるということを主張するものである<sup>39)</sup>

次に、こうした見解をうけて、高井教授も、13条は単独で「具体的な人権を生みだすものではなく、民法709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」という<sup>40)</sup>高井教授によれば、実際の裁判例が「プライバシー権や自己決定権に関する事案で明示的には憲法に言及することなく民法の不法行為や国家賠償法の解釈・適用によって解決していることにも適合的である」という。もっとも、正面から13条に基づいて判断する場合もあるが<sup>41)</sup>その場合でも「それまでの不法行為等の事案で示されてきた私生活上の自由ないしプライバシーの権利が援用され、問題解決の手がかりとなる」という<sup>42)</sup>そこで、13条の解釈に際して重要なのは、まず、憲法の規定する個別の人権条項との調和であり、列挙されていない権利が具体化されるのは、「民法709条や国家賠償法1条に基づく侵害行為の違法性の認定といった、下位の規範の解釈の蓄積による」ものであり、これらの点を押さえることの必要性を指摘する<sup>43)</sup>

さらに、高井教授は、「『人格的生存に必要な権利』という要件から演繹的に自己の望む権利を引き出そうとすると、異なる意見の間で水掛け論になってしまう」として、これを回避するための別の論証方法として考えられるとする。

39) 中山・前掲注20) 85頁。

40) 伊藤正巳『憲法 第3版』(弘文堂、1995年) 229～331頁。

41) 例えば、高井教授は、憲法上の自己決定権を認めるが、ただ、それは一般的な自由ではなく、限定的なものであり、医療の関連でいえば「自己の身体に何をするかを決定する権利」あるいは「自己の身体をコントロールする権利」では広すぎるとして、「自己の身体への侵襲を拒否する権利」として範疇化されるべきであるとする。高井裕之「憲法と医事法の関係についての覚書」『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998年) 306頁。

42) 高井裕之「幸福追求権」法学教室357号(2010年) 35頁。なお、高井教授は人格的自律権説を支持するものの、それは佐藤博士の主張する人格概念というよりも、歴史や伝統を重視するものであるとする。高井・前掲注41) 307頁。

それが、判例を分析して「帰納的に考えるという」アプローチである<sup>44)</sup>このアプローチの特徴は、列举されていない権利を（基幹的）人格的自律権から演繹的に導出することを拒否し（つまり、トップ・ダウンの思考形式を拒絶し）、判例の集積、民法学の議論の蓄積に着目することにあるといえよう（つまり、ボトム・アップの思考形式を肯定する）。それはいわば「全体論的発想」に依拠するものであるといえよう<sup>45)</sup>

では、上記の要件緩和アプローチ、帰納的アプローチの観点からすれば、列举されていない権利の保障はいかに考えられるのであろうか。

まず、要件緩和アプローチは、列举されていない権利の画定に際して、以下の利点を有していると考えることができる。すなわち、人格的自律に不可欠かどうかに重点を置き積極的に列举されていない権利を確定するよりも、人格的自律を「積極的に害しない」かどうかに重点を置き列举されていない権利を消極的に確定する方が容易である<sup>46)</sup>。そうすることで、どのような権利が人格的自

43) 高井・前掲注 38) 62 頁。例えば、アメリカにおける自己決定権の展開について、まず、私法上のインフォームド・コンセントがコモン・ローとして発達し、それが公権力に対して主張される場合に、憲法上の権利として意識されるようになったとする。その意味で、自己決定権は、憲法上の権利から演繹的に導かれ、私法上の関係に導入されるのではなく、私法上の権利が成熟した段階で憲法上の権利として認知されることになる。高井・前掲注 42) 288 頁。

44) 高井・前掲注 42) 35 頁。

45) 卷美矢紀「『憲法上の権利』の守備範囲－諸法との『協働』に向けて」法学教室 323 号（2007 年）19 頁。列举されていない権利の承認に際しては、憲法上の基底的原理、判例の集積が不可欠であり、また、権利が成熟するまでに生活世界に根差す民法の発展が必要であるという。その意味で、列举されていない権利の保障は、民法など諸法との「協働」が必要であることを指摘する。

46) 例えば、殺人や窃盗といった他者の人間性の根幹を直接否定するような行為は、本来その禁止は当然視されることになる。また、自殺する権利についても、それが「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。これに対して、尊厳死や安楽死は「肉体的にも精神的にも過度に負担となる治療を拒否し、身体を自然な状態で維持する措置という枠組み」で理解すべきであるとして、患者の「死に対する権利」ではなく、「最後の生き方」の問題として捉えるべきであるとする。そして、安楽死、尊厳死は本人の意思に基づいて行使され、明確な意思によることが原則であるという。土井・前掲注 36) 95, 97, 99 頁。



律に不可欠な権利として認められるかという人格的自律権説の抱える難点を回避できる。そして、帰納的アプローチは、判例の集積、下位規範の解釈（民法709条、国家賠償法1条に基づく侵害行為の違法性の認定に関する解釈）に着目して、列挙されていない権利を確定しようとすることで、人格的自律権のもとで行われる議論を補完するものとして機能する<sup>47)</sup>この点について、列挙されていない権利の典型例であるプライバシー権を例にして、検討することにする。例えば、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<sup>48)</sup>では以下のように判示された。まず、「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」ことを認めた。その上で、「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、「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。府学連判決においては、「私生活上の自由」から「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」を導出している。しかし、権利の類型化に際して、「みだり」という限定を付しており、個別の類型ごとの判断を蓄積するというアプローチを採用していると見るのが可能である<sup>49)</sup>そして、その後の判例の集積のなかで、私生活上の自由の内包と外延が徐々に明らかになり、そこには個人の指紋、個人情報も包含されることが明らかになる<sup>50)</sup>外国人の指紋押捺制度の合憲性が争われた最高裁判決<sup>51)</sup>では、「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

47) 田近・前掲注19) 106頁。

48) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

49) 土井真一「憲法判例の動向」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法I 基本的人権』（悠々社、2010年）xxi頁。

50) 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）31頁。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という。

51) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。

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」としている。住基ネットの合憲性が争われた最高裁判決<sup>52)</sup>では、「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。このように、プライバシー権の生成・展開については、個別の事案に応じて保障の内実・限界が明らかにされてきたことがわかる<sup>53)</sup> 以上のように、帰納的アプローチは、過去の事案あるいは下位規範の解釈を素材として、そこで認められた利益との類推を重視することで<sup>54)</sup> 列挙されていない権利の保障の導出の具体的方法の在り方を提示するのである。

#### 4 一般的自由権説の新たな展開—客観法アプローチの展開

近時、一般的自由権説においても、新たな展開が生じている。先にみたように、従来から、一般的自由権説は保障範囲の広汎さに伴う種々の難点をいかに克服するかが課題として指摘されてきた<sup>55)</sup> こうした課題を克服するために、従来のように審査のレベルに違いをつけるのではなく、「人権侵害の可能性のあ

52) 最判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 卷 3 号 665 頁。

53) 高井・前掲注 38) 62 頁。プライバシー権の展開の過程では、必ずしも憲法を根拠とすることなく、私人間の事例も含んでいるという。

54) 田近・前掲注 19) 106 頁。

55) この点について、「(i) 保障する内容が反射的利益と呼べるものなど広汎に過ぎ、13 条が「ドラえもんのポケット」化してしまう、(ii) 権利のインフレが生じる結果、歴史的に重要な人権とされてきたものが相対化されてしまう、(iii) 権利の外延が不明確で、後に「公共の福祉」で制限されるとはいえ、殺人、自殺、麻薬、賭博までもが憲法上の権利とされるのか」、また、「およそあらゆる人権が憲法 13 条から創出できるということは、最終的には哲人的な裁判所による憲法改正の許容に等しく、かつ、わざわざ規定した筈の個別の人権を単なる例示としてしまう点でも問題が」と指摘されている。君塚・前掲注 3) 128 頁。

る法制度の審査をもつば法制度の合理性と必要性<sup>56)</sup>の分析に焦点を当てる客観法アプローチが有力に主張されている。客観法アプローチは、列挙されていない権利を主観的権利の次元ではなく(むしろ、この問題を棚上げにして)<sup>57)</sup>法制度の客観的合理性の検討に還元するものである<sup>58)</sup>では、客観法アプローチとは具体的にどのようなものであろうか。以下、その主張を具体的に見ていくことにする。

小山剛教授によれば、13条の問題について、「一般的自由説と人格的利益説の対立から離れ、別の視点から考えたほうがよい」とする。そこで、小山教授は、「包括的自由権の保護領域を自己決定権という主観的権利の射程として考えるのか、それとも、憲法の客観的側面に注目し、違憲の強制を受けないことの保障として考えるのかという区別」という視点を提示する。そして、13条の解釈を憲法の客観法の側面から考察する。「一般的自由説の母国であるとされるドイツは」、客観法型であるという。ドイツにおける一般的行為自由は、その保障に際して「規制が法治国家の諸原理、特に比例原則に適合している」かどうかを問うものである<sup>59)</sup>この見解は、主観法の次元において一般的自由を捉える従来の一般的自由権説とは異なり、一般的自由を「国家が実質的法治国家原理(恣意的な国家活動の禁止)に服することによって国民の側に保障される『違憲の強制からの自由』」という「客観法」の次元において捉える点に特色がある。そうすることで、一般的自由に関わる問題を回避できる<sup>60)</sup>

このように、客観法アプローチは、一般的自由と比例原則が密接に関連していることを重視する。この点について、松本和彦教授は、以下のように指摘する。人格的自律権と一般的自由権説の対立について、「一般的行為の自由を基

56) 駒村圭吾「自己決定権の射程」小山剛・山本龍彦・新井誠編『憲法のレシピ』(尚学社、2007年)8頁。

57) 櫻井智章「基本権論の思考構造(一)」法学論叢155巻3号(2004年)126頁。

58) 駒村・前掲注56)9頁。駒村圭吾教授は、法律の合憲性の問題は主観次元において決定されるものであり、一般的自由権説はそのような観点を捨象しているという。

59) 小山剛『「憲法上の権利」の作法[新版]』(尚学社、2011年)95頁。

60) 山本龍彦「幸福追求権」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法』(信山社、2012年)33頁。

本権として特別に認めることに意味があるとしても、それは、人格的生存に不可欠とまではいえない個人の行動に国家が制約を課すことか不合理な制約にならないよう、国家に法律の留保原則と比例原則を遵守させることに尽きる」という。つまり、ここで重要なのは、「法律の留保原則と比例原則による拘束」を確保することである<sup>61)</sup> そうすれば、一般的行為の自由を人権として認める必要がないという。さらに、日本の司法審査においては、国家行為に対する法治国家的拘束（客観法）を主観法に転換しなければならない必要性は存在しないという<sup>62)</sup> 日本の司法制度はあえて人権としての構成にこだわる必要のない制度になっているというのである。そのために、一般的自由を認めようと認めまいと、実践上の違いはないと指摘する<sup>63)</sup>

さらに、近時、13条と比例原則の関係について、戦前の公法学説との結びつきが存在しているとの指摘がなされている。この点について、宍戸常寿教授は、13条が法治国家原則を採用し、比例原則を実体化したものであるという<sup>64)</sup> すなわち、「13条後段が『客観法』として、およそ国民の自由の制限が法治国家原理に服すべきことを定めている」という。その具体的内容として、法律の留保、比例原則を挙げる。そして、比例原則は、「①必要性の原則（警察違反の状態を排除するために必要な場合でなければならない）、②過剰規制の禁止（必要なものであっても、目的と手段が比例していなければならない）」からなっているという。そして、この比例原則はもともと大日本帝国憲法下の公法学説が、「G・イエリネックのいう『消極的地位』に対する権利として一般的自由権を承認し、そこから行政の法律適合性の原則や比例原則を引き出した」ものであるという。そして、13条に一般的自由権が含まれ、比例原則が

61) 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 第2版』（弘文堂、2013年）113頁。

62) 松本・前掲注61) 113～114頁。

63) 松本・前掲注61) 114頁。例えば、不法行為上の「法律上保護された利益」に引き寄せ法的救済を試みる事例が存在するのも、人権構成にこだわる必要のないことの表れであるという。だからこそ、一般的自由を認めるかどうかは、実践的な違いはほとんどないと指摘する。

64) 宍戸・前掲注28) 23頁。

立法権をも拘束する憲法上の原則となったのである<sup>65)</sup> 宍戸教授によれば、一般的自由権説は戦前の一般的自由権を再生し応用したものだと言主張する<sup>66)</sup> 戦前の一般的自由権説は、個々の権利の集合ではなく包括的で単一の権利として位置付けられ、その主眼は「いかなる事項が命令や処分ではなく議会の同意する法律に留保されるべきかの基準を、憲法条文が『法律の定むる所により』、と定めているかどうかにかかわらず、およそ『天然の自由』の侵害すべてを法律に留保すること」にあった。すなわち、それは『法律によらずして自由を侵害してはならない』という意味での法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes) を『権利』として言い換えたものであるという<sup>67)</sup> そして、宍戸教授は、憲法上の権利と放任行為を区別した上で (人格的自律権説を否定するものではない)、人格的自律権説の保護からみられる自由に対して、客観法原則、すなわち、法律の留保・比例原則が妥当するという<sup>68)</sup> そして、このような観点から、判例も説明することができるという<sup>69)</sup>

では、客観法アプローチの観点からすれば、列挙されていない権利の保障はいかに考えられるのであろうか。この点について、人格的自律権説と同様にプ

65) 宍戸・前掲注 28) 18 頁。これを主張したのは田上譲治であるという。

66) こうした考えは、人格的自律権説にも見出される。すなわち、人格的自律とは無関係といえる自由について、「一部の人のために制限ないし剝奪するには、もとより十分に実質的な合理的理由がなければならず、「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」と指摘する。芦部信喜 [高橋和之補訂] 『憲法 第 5 版』 (岩波書店, 2011 年) 120 頁。

67) 宍戸・前掲注 28) 19 頁。

68) この点について、長谷部恭男教授の人権論と古典的一般的自由権説との結び付きが指摘される。すなわち、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。つまり、長谷部教授は、憲法上保障された権利には、「切り札」としての人権と、公共の福祉に基づく権利の 2 つの種類のものがあるという。長谷部教授の人権論においては、すべての人権に「公共の福祉の留保」が貫徹されており、その構造上、古典的な一般的自由権説の受け皿としての要素があるという。宍戸・前掲注 28) 20 頁。

69) 宍戸・前掲注 28) 21～23 頁。

ライヴァシー権を用いて検討する。客観法アプローチの観点からすれば、プライバシー権は、個人の利益を保障するというよりも、むしろ、国家機関の介入の限界を示すものとして機能してきたという見方が可能となる。上記で検討してきた判決においては、もっぱら、政府による情報収集の目的、必要性に焦点が当てられている。例えば、京都府学連事件判決では、明文の規定なくとも写真撮影が許される条件として<sup>70)</sup> 証拠保全の必要性・緊急性を挙げる。これは比例原則における必要性を適用したものである。次に、撮影が許される場合に、犯人の近くにいる第三者の容ぼうが含まれても良いとした点は、比例原則における過剰禁止に反しないことを確認したものであるという<sup>71)</sup>。このように、府学連判決は比例原則に忠実に沿うものであり<sup>72)</sup> プライヴァシー権について、客観法からアプローチしているといえる<sup>73)</sup>。そして、それは指紋押捺、住基ネットに関する最高裁判決も同様である。そこでは、情報収集の目的、必要性、利用方法、収集された情報の管理（情報漏えいの具体的危険性の有無）に関する審査に重点が置かれている<sup>74)</sup>。

このように、プライバシー権は、国家機関の権限行使の限界を設定するものであり<sup>75)</sup> 国家機関の活動に対していわば「ブレーキの役割」を果たすものとするものとして機能してきたといえる<sup>76)</sup>。また、この点については、学説の主張

---

70) 本判決の特色は、任意捜査の要件と限界を検討することに重点が置かれていることにある。それを憲法学説は、比例原則の観点から理解しているのである。實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣、2013年）41頁。

71) 宍戸・前掲注28) 21頁。

72) 宍戸常寿「新しい人権(1)：私生活上の自由と肖像権」高橋和之編『新・判例ハンドブック』（日本評論社、2013年）48頁。

73) 小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト（2012年）124頁。

74) 宍戸常寿「新しい人権(4)：住基ネットとプライバシー」高橋・前掲注72) 51頁。住基ネット判決においては、正当な行政目的の範囲で情報を管理、利用されており、住基法は個人情報の具体的危険はないとしている（漏えいなどの具体的危険が存在する場合は違憲となるという立場を採用している）。

75) 千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報84巻3号（2012年）102頁。

76) 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012年）261頁。

する自己情報コントロール権もまさにそうした側面を有しているといえよう。すなわち、自己情報コントロール権説は、プライバシーを、道徳的自律に関わる「プライバシー固有情報」とこれに直接かかわらない「プライバシー外延情報」を区別し、<sup>77)</sup>「プライバシー外延情報」については、正当な方法を通じて取得、保有、利用を要求してきた<sup>78)</sup>これは、国家機関に対して正当な目的・方法で外延情報の取り扱いを要求するものであり、そうすることで、国家機関による情報の取り扱いについて統制を及ぼうそうとしてきた。その意味で、自己情報コントロール権説は「その実体は一般的自由に対する客観的な意味における介入限界論」とさほど変わらないといえるであろう<sup>79)</sup>そうすると、国家機関との関係におけるプライバシー権には、「公権力の正当ではない行使を統制する客観原則」が含まれていることになる<sup>80)</sup>

## 5 結び—列举されていない権利の保障の意義の再検討

以上検討してきたように、現在、列举されていない権利をめぐる議論の力点は、保障範囲ではなく<sup>81)</sup>その保障の具体的な在り方にシフトしているといつてよい<sup>82)</sup>この点について、土井教授や高井教授が主張するアプローチには傾聴す

77) 佐藤・前掲注 21) 455 頁。

78) 佐藤・前掲注 21) 454 頁。

79) 小山・前掲注 73) 123 頁。

80) 千葉・前掲注 75) 100 頁。この点について、ヨーロッパにおいてプライバシー権の保護は個人の尊厳として観念されてきたが、これに対して、アメリカにおいてプライバシー権は国家からの侵害からの保護として観念されてきたという指摘が存在する。James Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151, 1161 (2004). 同様の指摘として、Lee Goldman, *The Constitutional Right to Privacy*, 84 DENV. U. L. REV. 601, 618-619 (2006). Goldman によれば、アメリカにおけるプライバシー権は、個人の私的領域の保護を主眼としてきたという。

81) 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法 [第二版]』(法律文化社, 2011 年)(丸山敦裕担当) 70 頁。結局のところ、両説の違いは「政府に権利侵害や利益保護を訴える際に、『憲法上の権利』というインパクトを与えられるか」どうかであり、「その哲学的差異は兎も角、機能的な差はあまりない」と考えるべきであろう。君塚・前掲注 3) 130 頁。

82) 渋谷秀樹『憲法 第 2 版』(有斐閣, 2013 年) 184 頁。



べき点は多く、今後の人格的自律権の理論的方向性を示す重要な学説として位置付けられよう。もっとも、土井教授のアプローチについては、列挙されていない権利の保障の要件を緩和し人格的自律権を害するものではなければ積極的に列挙されていない権利として容認するというのであれば、実質的には一般的自由権説の考えと大差がなくなるのではないかと思われる。また、高井教授の帰納的アプローチは、人格的自律権の抽象性を克服する意味で重要な見解として位置付けられる。ただ、判例は必ずしも人格的自律権説を採用しているわけではないため<sup>83)</sup>判例と学説の間に距離があることには注意を要する<sup>84)</sup>判例は、13条が保障するのは人格的自律権でも一般的自由でもなく私生活上の自由であると<sup>85)</sup>そこから限定的に個別の自由を導出している<sup>86)</sup>

他方で、一般的自由権説における客観法アプローチは、人権の保障範囲の問題から離れて<sup>87)</sup>列挙されていない権利の保障の具体的な在り方を意識したものである<sup>88)</sup>国家行為に対して合理性を要求するという問題意識（どのような自由であれ、その制限の合理性については司法審査の対象となる）からすれば<sup>89)</sup>列挙されていない権利の意義は、「『公共の福祉』を逸脱する国家行為を端的に違憲とする点にあり、その際、かかる行為によって侵害される国民の行為が人格的な『価値』を有するか否かは問題にならない」ということになる<sup>90)</sup>それが一般的自由権説の帰結でもある<sup>91)</sup>私見もこうした方向性と同一のものである<sup>92)</sup>私

83) 田近・前掲注19) 106頁。

84) 早瀬・前掲注32) 22頁。

85) 判例がいう私生活上の自由について、最高裁は「民事的な権利の考え方にひきずられて、最後の段階で保障されているものだけを権利と呼んでしまう傾向があり」、「権利を認めるならば当然にその保障内容が認められると考えられているから、権利の定義自体の中に『みだりに』を含めてしまうこととなっている」と指摘されている。第一部会「国家による個人の把握 討論要旨」公法研究75号(2013年)154頁(土井真一発言)。

86) 大石眞『憲法講義Ⅱ 第2版』(有斐閣, 2012年)49頁。

87) 保障範囲の確定に際して、憲法が特に予定していない「人格」や「自律」に依拠することは適切ではないという指摘が存在する。君塚・前掲注3) 129頁。

88) 人格的自律権説もまたあらゆる国家行為に法律の根拠を要求し、基本的人権に該当しない行為も公権力がどのように規制してよいわけではないことを主張する。中山・前掲注20) 89頁。

89) 中山・前掲注29) 94頁。



見は、列挙されていない権利の客観性に着目するものである<sup>93)</sup>すなわち、列挙されていない権利を、国家に対して当該行為が公共の福祉に適合していること、つまり、国家に当該制約の合理性の証明を要求し<sup>94)</sup>公共の福祉により正当

90) 人格的自律とは無関係な自由を憲法上の権利保障から外しておきながら、「公権力の行使のあり方」を憲法上の問題とすることには無理が伴うのではないかという批判からすれば、「公共の福祉」に違反した国家行為の違憲性を攻撃するためには、一般的な自由を保障しているとするのが自然であると指摘する。西村裕一「人権なき人権条項論」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）122頁。さらに、この点について、長谷部恭男教授は以下のように指摘する。「現在の日本では、たとえ憲法違反の疑いのある権力行使であっても、公共の福祉と関連する何らかの理由によって支えられているのが通常であろう。権利主体としては、そうした理由を受け入れ、法令や行政処分に従うこともできる。それも理由のある正しい選択である。しかし、憲法違反の法令であれば、それを支える理由を無視して行動することも許されている。それも理由のある正しい選択である、違憲の国家行為に対して、人は常に抵抗することを要求されるわけではない。抵抗は許容されているだけである」。もっとも、「他人に対する加害は、正当防衛や緊急避難等の特別の阻却事由のない限り、被害者に対してそれを受忍するよう正当化することのできない道徳的な悪であり、本人自身にとってそれをすべきでない十分な理由がある。公共の福祉の要請にもかかわらず、そもそも本人としてとるべきでない行為をあえて許容する国家が存在するとは考えにくい」。長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）126～127頁。

91) 西村・前掲注90) 122頁。

92) 中曾・前掲注1)（「列挙されていない権利の保障の意義」）128～129頁。私見の焦点も自由を制限する国家行為の方にある。

93) 13条と客観法原則との関係について、国家機関を名宛とする公共性原則（国家は各人の選好を最大化させるべく、n人の意思を包括するルールによる統治をせよという原則）と国家が権利の制限に際して目的と制約の均衡を要求する比例原則（客観法原則）が含まれているという。阪本昌成『憲法2 基本権クラシック 第四版』（有信堂、2011年）105頁。

94) 公共の福祉に関する議論には、人権一般の制約根拠の問題と個々の人権制約の正当化事由の問題が混在していた。ここにいう、公共の福祉に適法するか否かは、人権制約の正当化事由が憲法上正当化か否かを問うことである。曾我部真裕「公共の福祉」曾我部・赤坂・新井・尾形・前掲注19) 72～73頁。つまり、人権制限は、それが内在的なものであれ、外在的なものであれ、国家行為により行われる以上、公共の福祉は当該行為が正当な根拠に基づくものか否かを問う枠組みとして機能するものである。その意味で、公共の福祉は、「国家権力の発動の正当性」を問う原理であり（公共の福祉に適合するにはそれにふさわしい目的とそれに比例する手段が要求される）、人権との関係においては統治の限界、あるいは、権限の限界を確定する概念であるといえる。玉蟲由樹「人権と国家権力—『公共の福祉』の多元的機能」法律時報86巻5号（2014年）29～36頁。

さらに、公共の福祉の意味それ自体の検討を行おうとする見解が有力になっている。それが「公共圏」（公論が展開される言説空間）に着目し、「公共圏」と公共の福祉の接点を探る見解である。そこでは、人権制約の正当化事由が「公共圏」における熟慮と討議を経

化することのできない国家行為を排除する権利として理解する<sup>95)</sup>人権の保障内容、あるいはその内実を画定するよりも<sup>96)</sup>制限の正当化に焦点を当てる方が容易であり、実践的観点からも妥当であるといえよう<sup>97)</sup>このように、列举されていない権利の保障の意義は、当該制限が憲法に適合しているか否か、すなわち、公共の福祉に適合しているか否かを問うことにある<sup>98)</sup>その意味で、列举されていない権利の保障が意味するのは、権利を制限するに際して国家が援用する理由を規律し統制することを普遍化することにはかならない<sup>99)</sup>その意味で、列举されていない権利の保障において問われているのは、国家の行為理由の質である<sup>100)</sup>

列举されていない権利の保障の在り方に関する議論がどのように展開していくのか<sup>101)</sup>特に、個別の事項の問題も含めて<sup>102)</sup>その検討の意義の重要性は今後も継続するであろう。

---

ることの重要性が指摘され、人権制約の正当化事由の議論においては、公共圏での討議と熟慮を可能とする人権論と統治機構論が求められるとする。松本和彦「公共の福祉」公法研究 67 号 (2004 年) 144 頁。

95) 中曾・前掲注 1) (「列举されていない権利の保障の意義」) 129~132 頁、(「列举されていない権利の保障は何を意味するのか」) 157~159 頁。

96) この点、列举されていない権利を承認する際に、その内実を問うことに疑問を示す見解として、松本和彦「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、2007 年) 38 頁。

97) 櫻井智章「基本権論の思考構造 (二)」法学論叢 155 巻 6 号 (2004 年) 98、109 頁。

98) 単に公共の福祉との適合性が問うこともさることながら、絶対的に禁止される規制目的の有無の審査も必要である。まさに、「切り札としての権利」も、そうした側面を有するものであった。この点に関しては、巻美紀「個人としての尊重と公共性」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・岩切紀史・木村草太・小島慎司・齊藤愛・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点 第 2 版』(有斐閣、2009 年) 288 頁。なお、切り札として権利は、従来の人権論に根本的変更をせまるものではなく、公共の福祉の消極的定式として位置付けるべきであると主張されている。

99) 西村裕一「『審査基準論』を超えて」木村・西村・前掲注 90) 132 頁。

100) 中曾・前掲注 1) (「列举されていない権利の保障の意義」) 137 頁。

101) 早瀬教授は、今後学説が裁判所に対して徐々に影響を及ぶことを否定しないが、裁判所が憲法学説を採用する確率は低いとする。早瀬・前掲注 32) 22~24 頁。

102) 松井・前掲注 17) 164 頁。松井教授は、個別の問題についての議論の重要性を指摘する。