

# 旧優生保護法と憲法13条

(社会科教育講座) 中曾久雄

## On Eugenic Protection Act

Hisao NAKASO

(令和元年9月2日受理)

### 1 はじめに

本件は、15歳の時に旧優生保護法に基づく強制不妊手術を受けた原告が、国家賠償法1条1項に基づいて損害賠償請求を提起したものである(なお、同種の訴訟は大阪、神戸でも提起された)。本件で問題となっているのは、本人の同意に基づかない強制手術が憲法13条に反するかどうか、現在に至るまで患者の救済に向けた立法措置を怠ったことが国会の立法の不作为となるかどうか、である。これらの問題について最初に判断を示した仙台地裁(仙台地判令和元年5月28日、以下、本判決とする)は、旧優生保護法が憲法13条に反することを正面から認めた。そこで、本稿では、旧優生保護法と憲法13条の自己決定権の問題を取り上げ、検討を行う。

### 2 判旨 原告の請求棄却

「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ、国会議員の立法行為又は立法不作为が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そし

て、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作为が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。」

「もともと、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作为は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」

「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の

幸福追求権を保障する憲法 13 条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである。しかしながら、旧優生保護法は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するなどという理由で不妊手術を強制し、子を産み育てる意思を有していた者にとってその幸福の可能性を一方的に奪い去り、個人の尊厳を踏みにじるものであって、誠に悲惨というほかない。何人にとっても、リプロダクティブ権を奪うことが許されないのはいうまでもなく、本件規定に合理性があるというのは困難である。そうすると、本件規定は、憲法 13 条に違反し、無効であるというべきである。したがって、本件優生手術を受けた者は、リプロダクティブ権を侵害されたものとして、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、国又は公共団体にその賠償を求めることができる。」

「もっとも、本件優生手術から 20 年が経過している場合には、国家賠償法 4 条の規定により適用される民法 724 条後段（以下、単に『除斥期間』という。）の規定により、当該賠償請求権は消滅することになるため、上記の者は、特別の規定が設けられない限り、国又は公共団体に対し当該賠償請求権を行使することができなくなる。」

「憲法 13 条は、国民一人ひとりが幸福を追求し、その生きがいが最大限尊重されることによって、それぞれが人格的に生存できることを保障しているところ、前記のとおり、リプロダクティブ権は、子を産み育てることを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、憲法上保障される個人の基本的権利である。それにもかかわらず、旧優生保護法に基づく不妊手術は、不良な子孫の出生を防止するなどという不合理な理由により、子を望む者にとっての幸福を一方的に奪うものである。本件優生手術を受けた者は、もはやその幸福を追求する可能性を奪われて生きがいを失い、一生涯にわたり救いなく心身ともに苦痛を被り続けるのであるから、その権利侵害の程度は、極めて甚大である。そうすると、リプロダクティブ権を侵害された者については、憲法 13 条の法意に照らし、その侵害に基づく損害賠

償請求権を行使する機会を確保する必要性が極めて高いものと認められる。他方、前記認定事実によれば、本件優生手術は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するといういわゆる優生思想により、旧優生保護法という法の名の下で全国的に広く行われたものであることからすれば、旧優生保護法という法の存在自体が、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を妨げるものであったといえる。そして、旧優生保護法は、優生思想に基づく部分が障がい者に対する差別になっているとして平成 8 年に改正されるまで、長年にわたり存続したため、同法が広く押し進めた優生思想は、我が国において社会に根強く残っていたものと認められる。しかも、前記認定事実によれば、いわゆるリプロダクティブ・ライツという概念は、性と生殖に関する権利をいうものとして国際的には広く普及しつつあるものの、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく、本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかったことが認められる。のみならず、本件優生手術に係る情報は、同じく憲法 13 条の法意に照らし、人格権に由来するプライバシー権によって保護される個人情報であって、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであり、本人がこれを裏付ける客観的証拠を入手すること自体も相当困難であったといえる。現に、本件優生手術を理由として損害賠償を求める訴訟は、本件が全国で初めてのものであり、旧優生保護法が平成 8 年に改正されてから既に 20 年以上も経過していることが認められる。そうすると、これらの事情の下においては、本件優生手術を受けた者が、本件優生手術の時から 20 年経過する前にリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することは、現実的には困難であったと評価するのが相当である。したがって、本件優生手術を受けた者が除斥期間の規定の適用によりリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することができなくなった場合に、上記の特別の事情の下においては、その権利行使の機会を確保するために所要の立法

措置を執ることが必要不可欠であると認めるのが相当である。」「以上によれば、本件立法不作為又は本件施策不作為は、いずれも国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受けるものではない。」

「これに対し、原告らは、…優生手術の被害者の救済をめぐる国内外の動向等によれば、少なくとも B 大臣の言及から調査又は政策遂行に必要な合理的期間である 3 年が経過した平成 19 年 3 月には、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であることが明白であった旨主張する。しかしながら、上記救済の必要性が一定程度認識されていたとしても、上記において説示するとおり、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかった事情の下においては、その余の点について判断するまでもなく、上記立法措置を執ることが必要不可欠であることが、国会にとって明白であったということは困難である。その他に、原告らの準備書面における各主張及び提出証拠を改めて検討しても、上記判断を左右するものではない。」

「国家賠償法 4 条が適用する除斥期間の規定は、リプロダクティブ権を侵害した公務員の不法行為による国の損害賠償請求権を消滅させるものであるところ、除斥期間の規定が憲法 17 条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである。」

「国家賠償法 4 条が適用する除斥期間の規定は、不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を図るため、20 年の期間は被害者側の認識のいかんを問わず一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたものである。…そうすると、法律関係を速やかに確定する

ことの重要性に鑑みれば、このような立法目的は正当なものであり、その目的達成の手段として上記請求権の存続期間を制限することは、当該期間が 20 年と長期であることを踏まえれば、上記立法目的との関連において合理性及び必要性を有するものといえることができる。したがって、除斥期間の規定には、目的の正当性並びに合理性及び必要性が認められることを考慮すれば、その余の点について判断するまでもなく、本件において、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権に対して除斥期間の規定を適用することが、憲法 17 条に違反することになるものではない。」

### 3 本判決の位置づけ

本判決は、旧優生保護法の第 2 章、4 章及び 5 章の各規定が憲法 13 条に反することを初めて認めた。他方で、本判決は、特別立法の必要性が極めて高いとしつつも、その内容に関しては国会の合理的裁量に委ねられていること、リプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少ないこと、現在まで司法判断もなされていないことを理由に、立法不作為に関して国賠法上の違法は認められないと判断した。また、除斥期間の規定は憲法 17 条に違反しないとし、手術自体の違法性に基づく国家賠償請求も認めなかった。

本判決の最大の特色は、旧優生保護法の第 2 章、4 章及び 5 章の各規定が憲法 13 条に反することを正面から認めた点である。以下では、どのような論理で 13 条違反が認められたのかを分析する。その際、学説との異同を含めて、13 条の意義、その保障の在り方を検討していくことにする。

### 4 旧優生保護法の概要

旧優生保護法は、第 2 次世界大戦後に、1948 年に議員立法として成立し、同年施行されたものである。旧優生保護法の制定目的は「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護すること」(1 条)と規定された。その具体的措置として、不良な子どもを生むおそれのある者が妊娠出産しないようにするために、合法的な人工妊娠中絶が規定されていた<sup>1</sup>。旧優生保護法は

<sup>1</sup> 旧優生保護法の制定経緯・その概要の詳細に関しては、



優生手術に関して、任意の手術（3 条）と強制の手術を規定していた。本件で問題となっているのはこの強制手術である（4～11 条）。

強制手術は、医師が診断の結果、旧優生保護法の定める別表に掲げる疾患（遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、強度かつ悪質な遺伝性精神変質症、強度かつ悪質な遺伝性病的性格、強度かつ悪質な遺伝性身体疾患、強度な遺伝性奇型）に罹患していることを確認した場合、その者に対して当該疾患の遺伝を防止するために、患者本人や配偶者の同意がなくとも、都道府県優生保護委員会に審査を申請することができることとされ、同委員会が審査を行いその結果、優生手術を行うことが適当であると決定した時、同委員会が指定した医師が優生手術を行うこととされた<sup>2</sup>。その後、旧優生保護法は 1949 年に改正された（この改正で中絶の適用範囲が拡大した）。この改正においても、強制手術は本人の同意なく行われることに変化はなかった<sup>3</sup>。旧優生保護法は中絶を助長している、さらに、優生という言葉がナチスと結びつくといった批判を生じさせ<sup>4</sup>、1996 年の改正で旧優生保護法は母体保護法になった<sup>5</sup>。

旧優生保護法が強制手術を規定していた理由は当時普及していた優生学思想にある。優生学はよい遺伝形質を積極的に増やし、悪しき遺伝形質を抑制することを主眼とするものであった。こうした優生学の思想を背景にして、旧優生保護法は、優生という観点から社会防衛を図るものとして制定された。現在からすればこうした優生思想は異様であるが、この当時の倫理観からすれば、特段特異なものとはみなされなかった（むしろ、優生手術を行うことが公益上必要であるとされていた）<sup>6</sup>。

## 5 憲法 13 条に関する議論

従来、憲法 13 条のもとで保障される列挙されていない権利をめぐっては、保障範囲の広狭が問題となってきた。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<sup>7</sup>。

まず、人格的自律権説についてである。周知のように、憲法 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<sup>8</sup>。この人格的自律という概念は、列挙されていない権利をいかに限定するかという問題、すなわち、憲法 13 条が曖昧な規定であるために、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具体的基準として機能する<sup>9</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う。

人格的自律という概念はそれだけにとどまらず、人権の基礎づけ論と大きく関連している。人格的自律権説のもとでは、人権の基礎づけ論と列挙されていない権利の承認の要件が連続した関係となっているのである。この点について、佐藤幸治博士は、「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>10</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<sup>11</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、ここからは、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足的に保障されていくことになる<sup>12</sup>。基幹的な人格的自律権は、「各種人権を生み出す母体のご

<sup>7</sup> 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）20 頁、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998 年）327 頁。

<sup>8</sup> 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。

<sup>9</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994 年）340 頁。

<sup>10</sup> 佐藤幸治『憲法 第三版』（青林書院、1995 年）392 頁。

<sup>11</sup> 佐藤幸治『日本国憲法と法の支配』（有斐閣、2002 年）138 頁。

<sup>12</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）175 頁。

岡村美保子「旧優生保護法の歴史と問題—強制不妊手術問題を中心として—」レファレンス 816 号（2019 年）5 頁。

<sup>2</sup> 岡村・前掲注(1) 6 頁。

<sup>3</sup> 岡村・前掲注(1) 7 頁。

<sup>4</sup> 岡村・前掲注(1) 16～17 頁。

<sup>5</sup> 岡村・前掲注(1) 18 頁。

<sup>6</sup> 岡村・前掲注(1) 8 頁。

ときのものであり、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>13</sup>するものなのである。

人格的自律権説は、人権と人格的自律との関連、および、列挙されていない権利の明確性を重視するものである<sup>14</sup>。人格的自律権説が行う人権と人格的自律との関連、および、列挙されていない権利の類型化は、そもそも、人権解釈に際しての前提となっているものでもある<sup>15</sup>。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が指摘される<sup>16</sup>。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」として保護するということである。こうした発想は個々の人権解釈では、「暗黙の前提」とされている<sup>17</sup>。

次に、人格的自律権説と対をなし、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、憲法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除外しており、保障範囲を無限定とはしてない<sup>18</sup>。「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>19</sup>。また、一般的自由権説は、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は「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>20</sup>。問題は、一般自由権説のもとでは加害行為を除くとはいえ、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であり、人権のインフレ化が生じる危険性があるということである。そこで、一般的自由権説は、この問題について、以下のような対応策を提示する。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障するというのではなく、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。一般的自由権説においても、オートバイに乗る権利、登山の権利、馬に乗る権利が、バラバラの人権として出てくるわけではなく、オートバイに乗りたいたいというときに、公権力によってそれが規制される場合、オートバイに乗る権利ではなく、「自分が決めるべき問題について国家によって不当に制約されないという権利があり、その自己決定の一つの内容としてオートバイに乗ることがあるので、それが規制される」ということになるのである<sup>21</sup>。また、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い、「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。さらに、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>22</sup>。

こうした対立軸とは離れて、国家の行為の合憲性

<sup>13</sup> 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）101～102頁。

<sup>14</sup> 羽瀧雅裕『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）189頁。

<sup>15</sup> 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。

<sup>16</sup> 樋口陽一『憲法 改訂版』（創文社、2001年）276頁。

<sup>17</sup> 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2011年）16～17頁。

<sup>18</sup> 戸波江二『憲法【新版】』（ぎょうせい、1998年）175～178頁。

<sup>19</sup> 橋本公亘『日本国憲法』（有斐閣、1998年）218～220頁。

<sup>20</sup> 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室158号（1993年）38頁。

<sup>21</sup> 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『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004年）11頁。

<sup>22</sup> 戸波・前掲注(20) 40頁。

の観点から、列挙されていない権利を再構成しようとするいくつかの試みが有力に主張されている。列挙されていない権利を主観法の次元ではなく、「人権侵害の可能性のある法制度の審査をもつば法制度の合理性と必要性」<sup>23</sup>の分析に焦点を当てる客観法からの理解である。この理解は、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>24</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>25</sup>。この点について、小山剛教授によれば、憲法 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<sup>26</sup>。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。小山教授は、憲法 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<sup>27</sup>。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>28</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<sup>29</sup>。そうすることで、一般的自由に関わる問題を克服できる<sup>30</sup>。もっとも、小山教授は、すべての列挙されていない権利を一般的自由として捉えるわけではない。列挙されていない権利は多種多様であり、その中に

は例えばプライバシー権のように「憲法による明文の保障がある権利と同等の重要性を持ち、輪郭が比較的明瞭なものについては」、「独立した基本権として」定義すべきであるとする。これに対して、「そこからこぼれ落ちた」自由については、「国家が恣意的な動機・合理性のない手段で規制を加えることができるか考えるべきではない」とされる。一般的自由は、1 つの独立した権利としてではなく、「正当な根拠のない規制からの保護を与えるものである」<sup>31</sup>。このように、一般的自由は、「違憲の強制」あるいは「違憲の侵害」からの自由として定義されることになる。そして、一般的自由は「実質的法治国家の要請として恣意的な国家の活動を禁止する」という観点から、個別の主観的権利によりカバーされない自由について、「憲法に反した強制が加えられないこと」を保障するものである<sup>32</sup>。客観法の観点から理解された一般的自由は、列挙されていない権利を創設するものではなく、その承認の要件とも無関係である<sup>33</sup>。そうすると、一般的自由説に対して向けられた人権のインフレ化という批判は当てはまらないことになる<sup>34</sup>。

憲法 13 条を客観法の観点から捉え直すことで、一般的自由権説と人格的自律権説という従来の学説間で生じていた競合関係は解消されることになる。憲法 13 条は一般的自由権か人格的自律権のどちらか一方を保障しているものではなくて、一般的自由権と人格的自律権の双方を同時に保障していることになる<sup>35</sup>。現在、列挙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、その保障の在り方にシフトしているといつてよい<sup>36</sup>。それは、

<sup>31</sup> 小山・前掲注(26) 96 頁。

<sup>32</sup> 小山・前掲注(26) 96～97 頁。

<sup>33</sup> 小山・前掲注(26) 97 頁。

<sup>34</sup> 小山・前掲注(26) 96 頁。

<sup>35</sup> 山本・前掲注(30) 33 頁。

<sup>36</sup> この点について、君塚正臣教授の指摘が重要である。13 条のもとで、司法的保護が認められるものはほとんどないという。「憲法の人権条項全体の趣旨から、憲法 13 条については小規模限定を妥当とし、同じくその趣旨から、生命権は勿論として、精神的・身体的権利に分類できるものについては、その規制に厳格審査を適用すべきであるとするものである。名誉権や、一定の信念に基づく髪形の自由などの侵害は、その審査に服してよいのではなかろうか。逆に、経済的権利に属するような行為や、それらにも属しない」。君塚正臣「幸福追求権と司法審査基準—「私事と自己決定」の憲法的保

<sup>23</sup> 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。

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 駒村・前掲注(23) 9 頁。

<sup>26</sup> 小山剛『「憲法上の権利」の作法【新版】』（尚学社、2011 年）95 頁。

<sup>27</sup> 小山・前掲注(26) 95～96 頁。

<sup>28</sup> 小山・前掲注(26) 96 頁。

<sup>29</sup> 小山・前掲注(26) 96 頁。

<sup>30</sup> 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。



人権の保障範囲を離れ、制限の在り方を意識したものである。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>37</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<sup>38</sup>。ということになる<sup>38</sup>。

## 6 本判決の論理

では、本判決はどのような理由で旧優生保護法が憲法13条に反するとしているのか。本判決は「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである」とする。そして、旧優生保護法は、「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するなどという理由で不妊手術を強制し、子を産み育てる意思を有していた者にとってその幸福の可能性を一方的に奪い去り、個人の尊厳を踏みにじるものであって、誠に悲惨というほかない。何人にとっても、リプロダクティブ権を奪うことが許されないのはいうまでもなく、本件規定に合理性があるというのは困難である」とし、旧優生保護法の第2章、4章及び5章の各規定が憲法13条に違反し、無効であるとする。このように、本判決はリプロダクティブ権が人格的生存の根源に関わることを明確に認め、それを旧優生保護法が踏みにじていることを重視し、違憲の判断を導出したものであると言えよう。

## 7 憲法13条違反の理由

本件で問題となっているのは、リプロダクション

の自己決定権である<sup>39</sup>。ところで、国家から干渉されることなく自分のことを自分で決めるということ自体に価値を認める自己決定権は<sup>40</sup>個人の自律に関わり<sup>41</sup>、それぞれの多様な人生を生きる個人にとり<sup>42</sup>、決してゆずれないものがあることを確認し<sup>43</sup>、時には、社会の多数者に抗してでもそれが尊重されなければならないことを要求する<sup>44</sup>。ただ、自己決定権は極めて多様な内容を持つ権利であり<sup>45</sup>、個々の自己決定をどこまで保護しうるかという問

<sup>39</sup> リプロダクションの自己決定権は24条によって保障される。木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）154頁（木下智史執筆）、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）159頁。

<sup>40</sup> 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）52～53頁（横大道聡担当）。

<sup>41</sup> 従来、自己決定権は人間の自律に関わると考えられてきたが、近年では、自己決定権を人格的関係性志向から捉え直す見解が有力に主張されている。この人格的関係性志向の理論に基づく自己決定権の特徴は、他者との関係性そのものを保護するものではなく、あくまでも他者との関係性を選択する個人の存在を保護するところにある。要するに、人格的関係性志向の理論に基づく自己決定権は個人の人格に基づいて他者との関係性を選択し構築することを保護するものである。また、自己決定権の射程も自ずと拡大することになる。自己決定権の射程に関しては、個人の私的な生活領域のみに限定されるのか、あるいは、公的な生活領域にまで及ぼすのかという問題がある。従来の憲法学においては、人間の生活領域を私的な領域と公的な領域とに厳格に区分して捉えることを前提としているが、人格的関係性志向の理論に基づく自己決定権はこれとは異なる前提に立ち、この点を以下のように指摘する。「我々が社会という共同体の中で生活を営む以上、人間の生活領域を厳格に区分することは困難である。少なくとも、個人が選択した行為の結果には直接的あるいは間接的に必ず他者が関わってくる」。それゆえに、「個人が『善き生』を享受するために他者と如何なる関係性を構築していくかという『人格的関係性』を志向することで、社会で生きる個人が、私的な領域・公的な領域の双方において自由と平等を享受し、尊厳性を保った『生き方』の選択を保護することに意義を見出すのである」。このように、人格的関係性志向の理論に基づく自己決定権は「私的な領域・公的な領域の双方で、個人が『人格』に基づいた『善き生』を享受するために他者と社会と如何なる関係性を構築していくかという個人の自己決定を保護する概念である」。上田宏和『「自己決定権」の構造』（成文堂、2018年）162～164頁。

<sup>42</sup> 小泉良幸「基本的人権の観念②自己決定権」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法 第2版』（弘文堂、2013年）36頁。

<sup>43</sup> 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）20頁。

<sup>44</sup> 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、2000年）129頁。

<sup>45</sup> 松井茂記「自己決定権について(二・完)」阪大法学45巻5号（1995年）762頁。

障範囲と程度—『司法権・憲法訴訟論』補遺(4) 横浜法学27巻1号（2018年）108頁。

<sup>37</sup> 中山・前掲注(15) 94頁。

<sup>38</sup> 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。

題がある<sup>46</sup>。自己決定権のなかでも特に重要とされてきたのが、個人の人格的自律や尊厳に関わる自己決定権である<sup>47</sup>。リプロダクションの自己決定権については、典型的に個人の人格的自律に関わるものとして<sup>48</sup>、自己決定権の中心を形づくるとされる<sup>49</sup>。そのために、その制約にはやむにやまれぬ政府利益の基準、厳格審査基準が適用されると考えられてきた<sup>50</sup>。本判決も「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わる」とし、学説と同様にリプロダクションの自己決定権の重要性を認める<sup>51</sup>。

しかし、本判決が指摘するように、本件で問題となっているのは、リプロダクションの自己決定権の重要性もさることながら、侵害の理由とその帰結の重大性である。本判決は、自己決定権の侵害の理由について、「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するなどという理由」であるとし、その結果、「不妊手術を強制し、子を産み育てる意思を有していた者にとってその幸福の可能性を一方的に奪い去り、個人の尊厳を踏みにじるものであって、誠に悲惨というほかない」、「旧優生保護法に基づく不妊手術は、不良な子孫の出生を防止するなどという不合理な理由により、子を望む者にとっての幸福を一方的に奪うものである。本件優生手術を受けた者は、もはやその幸福を追求する可能性を奪われて生き

がいを失い、一生涯にわたり救いなく心身ともに苦痛を被り続けるのであるから、その権利侵害の程度は、極めて甚大である」としている。このように、本判決は、自己決定権に対する侵害の理由に何ら合理性がなく、また、侵害の帰結が重大であることを強調している。特に、侵害の帰結の重大性（単に自己決定権を侵害しているというのではなく、旧優生保護法が個人の尊厳を踏みにじたこと、生涯にわたり苦痛を与えたこと）が違憲の理由の決め手になっている。

学説は権利侵害の帰結が重大で深刻な場合は幸福追求権そのものが否定され、侵害されたと考えてきた<sup>52</sup>（これは裁判例においても認められている<sup>53</sup>）。また、侵害の理由について、この点を明確にしたのは長谷部恭男教授の切り札としての権利である<sup>54</sup>。切り札としての権利のポイントは「国家による侵害の側からアプローチ」し<sup>55</sup>、絶対に理由としてはならない介入の理由を違憲とするものである<sup>56</sup>。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ないという<sup>57</sup>。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

<sup>46</sup> 中山茂樹「包括的基本権」初宿正典・大石眞編『憲法 Cases and Materials 人権第 2 版』（有斐閣、2013 年）119～120 頁。

<sup>47</sup> 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）240 頁。

<sup>48</sup> 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）297 頁（佐藤幸治執筆）。

<sup>49</sup> 大石眞『憲法講義 II 第 2 版』（有斐閣、2012 年）59 頁

<sup>50</sup> 芦部・前掲注(9) 394～395 頁。

<sup>51</sup> これまで判例は自己決定権が問題となった事例で、当該行為を人格権と構成できる限りで法的救済の可能性を承認してきた。ただし、その場合、憲法 13 条への言及はない。柴田憲司「かわいいは正義」宍戸常寿編『憲法演習ノート』（弘文堂、2015 年）68 頁。関連して、自分のことは自分で決めるという抽象的命題は、誰もが納得できるものの、それが実務上耐えうる具体的な憲法上の権利か、ということになると、そのコンセンサスは瓦解するという。山本龍彦「自己決定権」辻村みよ子・山元一・佐々木弘通編『憲法基本判例—最新の判決から読み解く』（尚学社、2015 年）86 頁。

<sup>52</sup> 佐藤・前掲注(13) 108 頁。

<sup>53</sup> ハンセン病訴訟に関する熊本地裁判決（熊本地判平成 13 年 5 月 11 日判時 1748 号 30 頁）では以下のように指摘する。「ハンセン病患者の隔離は、通常極めて長期間にわたるが、たとえ数年程度に終わる場合であっても、当該患者の人生に決定的に重大な影響を与える。ある者は、学業の中断を余儀なくされ、ある者は、職を失い、あるいは思い描いていた職業に就く機会を奪われ、ある者は、結婚し、家庭を築き、子供を産み育てる機会を失い、あるいは家族との触れ合いの中で人生を送ることを著しく制限される。その影響の現れ方は、その患者ごとに様々であるが、いずれにしても、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである。このような人権制限の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、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」。

<sup>54</sup> 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006 年）77 頁。

<sup>55</sup> 櫻井智章「基本権論の思考構造(二)・完」法学論叢 155 巻 6 号（2004 年）107 頁。

<sup>56</sup> 佐藤・前掲注(13) 115 頁。

<sup>57</sup> 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999 年）28 頁。



約されるものである<sup>58</sup>。前者は切り札としての権利であり、後者は公共の福祉に基づく権利であるという<sup>59</sup>。長谷部教授によれば、切り札としての権利は「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してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない」とする<sup>60</sup>。この切り札としての権利の核心は個人の人格の根源的平等である<sup>61</sup>。個人の人格の根源的平等とは「自らの人生を構想し、選択し、自ら生きる存在として、あらゆる個人を平等に扱わなければならないこと」、「自分の人生を自分で意味づける存在としての平等」を要求するものである<sup>62</sup>。そのために、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く権利制限を許さない<sup>63</sup>。

本件で問われるのは、優生思想に基づいてリプロダクションの自己決定権が根源的に侵害されていることをいかに評価するかである。これは自己決定権の根幹に関わるものであるといえよう<sup>64</sup>。もちろん、自己決定権も無制限ではない<sup>65</sup>。他者加害に基づく制限(これは自己決定権の内在的制約ということになる<sup>66</sup>)、また、自己決定権は決定を行う自律の能力を前提とする以上<sup>67</sup>、一定の場合、精神障害などのパターンリズムに基づく制限は可能であるが<sup>68</sup>(もちろん、パターンリズムによる制限は安易には認められないというべきであろう<sup>69</sup>)、それ以

外の制限には服さない<sup>70</sup>。その意味で、自己決定権は純然たる私事に関するものである限り限界はない<sup>71</sup>。旧優生保護法のもとでは、旧優生保護法の定める疾患に罹患した場合には、優生の観点<sup>72</sup>から「不良な子孫の出生を防止する」という目的で、患者の意思に反して強制手術が行われてきた<sup>73</sup>。本判決が指摘するように、不良な子孫の出生を防止することは不合理な理由であることが明確である。

リプロダクションの自己決定権は人が配偶者を選び、子どもをもうけ養育することに関わるものであるが、旧優生保護法はこうした選択を破壊し、ひいては社会の多元性をも破壊することになる<sup>74</sup>。より根源的には、これは、個人の「善き生き方」に対して国家が特定の見解を強制することを目的とするものであるといえよう<sup>75</sup>。こうした目的に基づく制限は、まさに、「その人を他の個人と同等の、自分の選択にもとづいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間としてみなしていないことを意味」し<sup>76</sup>、また、個人の自律的判断を国家が判断を先取りし<sup>77</sup>、個人の人格の根源的平等を否定している<sup>78</sup>。さらに、こうした制限は、国民個々人がどのような人生を送るか自分の意思に基づき自由に選択・決定し、自己にとり善き生と考える生き方を実践していくことを求める個人の尊重を破壊し<sup>79</sup>、結

<sup>58</sup> 長谷部・前掲注(54) 80頁。

<sup>59</sup> 長谷部・前掲注(54) 76～77頁。

<sup>60</sup> 長谷部・前掲注(54) 79頁。

<sup>61</sup> 長谷部・前掲注(57) 28頁。

<sup>62</sup> 長谷部・前掲注(57) 33頁。

<sup>63</sup> 西村裕一『「審査基準論」を超えて』木村・西村・前掲注(38) 130頁。

<sup>64</sup> 自己決定権は政治的権力を統御するという意味で政治的権利であるとされている。平岡章夫『多極競合的人権理論の可能性—「自己決定権」批判の理論として』(成文堂、2013年) 86頁。

<sup>65</sup> 佐藤・前掲注(11) 149頁。

<sup>66</sup> 棟居快行『憲法解釈演習 第2版』(信山社、2009年) 33頁。

<sup>67</sup> 小泉良幸「自己決定とパターンリズム」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) 175頁。

<sup>68</sup> 松井・前掲注(45) 765頁。

<sup>69</sup> 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』(有斐閣、2010年) 140頁。

<sup>70</sup> 山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社、1987年) 345頁。

<sup>71</sup> 棟居・前掲注(66) 34頁。

<sup>72</sup> 優生思想の背後には、「人間の値する」人間とそうでない人間の区別があるとされている。こうした優生思想が人間の間の仕分けを行うもので、すべての人に普遍的に保障される人権の前提と矛盾するものである。樋口陽一『国法学』(有斐閣、2004年) 66～67頁。

<sup>73</sup> その人の意思に反してでもその自由を制限することが本人の真の利益になるという考えに基づくものであるともいえ、その意味で強制手術は「批判的パターンリズム」の典型であるといえよう。小泉・前掲注(67) 182～183頁。

<sup>74</sup> 佐藤・前掲注(11) 147～148頁。

<sup>75</sup> 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) 67頁(毛利透執筆)。

<sup>76</sup> 長谷部・前掲注(54) 79頁。

<sup>77</sup> 自由の内容に関して、国家が判断・評価をするものであってはならない。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、1993年) 258頁。

<sup>78</sup> 長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店、2009年) 124～125頁。

<sup>79</sup> 高橋和之「すべて国民を『個人として尊重』する意味」

果として、自己決定権の根底にある自分らしい生き方<sup>80</sup>、あるいは、自律的生を生涯にわたり不可能とする<sup>81</sup>。

旧優生保護法のもとでの強制手術は、不合理な理由に基づく純然たる個人の私事に対する介入であり<sup>82</sup>、リプロダクションの自己決定権に対する侵害の帰結が重大であると言わなければならないであろう。このように、憲法上正当な目的が全く欠けており、また、権利侵害の帰結が重大である場合には<sup>83</sup>、立法府の明らかな権限の濫用というべきであり<sup>84</sup>、審査基準論をどのように展開しようとも関係がなく<sup>85</sup>、それだけで違憲になると考えられる<sup>86</sup>。

## 8 むすび

以上検討してきたように、憲法 13 条違反を正面から認めた本判決は、今後、憲法 13 条の解釈を考える上で重要な素材を提供するものであるといえよう。個人の生き方の基本に関わる自己決定権に対する侵害の理由に何ら合理性がなく、また、侵害の帰結が重大な場合、憲法 13 条違反が明確にされた点で、憲法 13 条が意味ある規定であることが確認されたことの意義は極めて大きいといえよう。

---

塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣、2001年) 271~272頁。

<sup>80</sup> 駒村・前掲注(23) 6頁。

<sup>81</sup> 小泉・前掲注(67) 171頁。自律的生とは「人生におけるコミットメントと、それによる新しい関係性の創出・変容を通して、自分は自分の人生の物語の作者であり、その物語は、他の誰の人生の物語とも交換不可能なかけがえのなさをもっているという自己了解が成立するような生き方である」という。

<sup>82</sup> 棟居快行『憲法講義案 I』(信山社、1992年) 11~12頁。国家や他人の保護に値する利益に関わらない純然たる私事の規制に対しては、それが権利であるか否かにかかわらず、規制自体が目的の妥当性を欠くという。

<sup>83</sup> 西村・前掲注(63) 127頁。

<sup>84</sup> 棟居・前掲注(82) 12頁。

<sup>85</sup> 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」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011年) 166頁。

<sup>86</sup> 西村・前掲注(63) 128頁。