

论自己决定权

[日] 松井茂记

莫纪宏译 于 敏校

内容提要:自己决定权是宪法学的一个基本理论问题,也是当代人权研究领域中的一个重要课题。文章从考察自己决定权的概念和种类出发,通过分析关于自己决定权的两个重要学说——一般自由权说和人格自律权说各自的观点、理论构造及法理依据,详细地探讨了自己决定权与基本人权、基本人权与宪法、宪法中的国家和个人、宪法中的基本人权和一般法定权利的关系。

1. 序 言

在日本国宪法中并没有将自己决定权作为基本人权加以保障的规定。不过,在近年来的宪法学研究中,将自己决定权作为一项基本人权来认识的见解逐渐取得支配地位。而且,大多数学说认为,在对自己决定权的制约作合宪性审查时(作为原则),法院应当进行严格的审查。

然而,所谓“自己决定权”到底是怎样的权利呢?法院果真将此种自己决定权作为“基本人权”予以承认了吗?如果承认自己决定权是基本人权,那么法院对自己决定权受到的制约的合宪性应当怎样进行审查呢?当下对自己决定权冷静地重新考察一下很有必要。

2. 自己决定权是什么?

首先,所谓自己决定权究竟是什么样的权利呢?

这一点,一般而言,自己决定权是“就与他人无关的事情,自己有决定权,仅仅对自己有害的行为,由自己承担责任”的权利^①;或者是“就一定个人的事情,公权力不得干涉而由自己决定”的权利。^②此种自己决定权,也就是说,自己的私事由自己自由决定的权利。它的内容一般包括四个方面。(1)与处分自己生命、身体相关的自己决定权(自杀、安乐死、拒绝治疗);(2)与人口再生产相关的自己决定权(性行为、妊娠、避孕、分娩、妊娠中止);(3)与家庭的形成、维持相关的自己决定权(结婚、同居、离婚);(4)与其他事情相关的自己决定权。这些自己决定权包含了发型、服装、胡须等与个人外观相关的自己决定权,吸烟、饮酒、使用大麻和幻觉剂、登山、

① 山田卓生《私事与自己决定》(日本评论社,1987年)第3页。

② 佐藤幸治《宪法(新版)》(青林书院,1990年)第412页。

冲浪运动等与个人兴趣相关的自己决定权,不系座椅安全带、不戴头盔等与个人好恶相关的自己决定权等。^③ 上述第4个方面,作为与个人爱好和生活方式相关的自己决定权,又可以称之为“与生活方式相关的自己决定权”。

上述内容被视为“自己决定权”这一权利肇始于美国。在美国,联邦最高法院在1973年的龙诉威义顿判决中,将行使中止妊娠的权利确认为女性的私生活秘密权,将此包含在合众国宪法修正案第14条正当程序条款保护的自由中,对其制约采取严格的审查,判定全面禁止中止妊娠的州法违宪。以此判决为契机,联邦最高法院将妊娠、避孕、分娩、中止妊娠等作为个人的私生活秘密权予以确认。^④ 并且,虽然联邦最高法院仍未确认,但学说上对发型和使用大麻等与个人生活方式相关的事情也包含在私生活秘密权利中的见解不断得到发展。^⑤ 此种私生活秘密权利,亦称为自律权,就一定的私事由自己决定的意思。因此,受美国的影响,日本学说上将此作为“自己决定权”,主张给予宪法上的保护。^⑥

3. 与自己决定权相关的判例

如果按上述方式来理解自己决定权,虽未采用自己决定权一词,但实际上从日本国宪法制定之后,法院已在研究此类问题了。例如,战后不久,违反刑法第186条第2款赌场设赌谋利罪而被拘的被告,就曾主张赌场设赌谋利行为属于没有违反公共福祉的娱乐自由的范围,并未侵害谁的法益,而且也不具有反伦理性、反社会性,因此,该处罚违反宪法第13条。但是,最高法院并未对该行为是否属于受宪法保障的基本人权的问题作明确解答,而是判定赌博违反公共福祉,驳回了违宪的主张。^⑦ 同样的事情也可以从禁止贩卖、转让幻觉剂的合宪性争论中见到。^⑧ 还有在禁止受刑者、未决拘禁者吸烟的争论中,最高法院并未明确吸烟自由是否属于基本人权,指出吸烟自由“即使包含在宪法第13条保障的基本人权之中,也并非任何时候、所有场合下都必须保障的”,作出了禁止吸烟既是必要的也是合理的,并未违反宪法第13条的结论。^⑨ 就这样,在缺少明文根据,主张相当于现在所谓的自己决定权这类自由时,最高法院不对该自由是否属于宪法上所保障的基本人权的问题加以明确,而以违反公共福祉为理由,或者以

③ 佐藤幸治,上述注②。另参照芦部信喜《宪法学Ⅰ——人权总论》(有斐阁,1994年)第394页。

④ 美国判例,桥本公巨《私生活秘密权》,芦部信喜、奥平康弘、桥本公巨编《美国宪法的现代展开1——人权》(东京大学出版社,1978年)第3页,参照高井裕之《与医疗相关的自己决定权的宪法论考察(一)》法学论丛123卷1号(1988年)第61页。

⑤ 就学说而言,参照松井茂记《司法审查与民主主义》(有斐阁,1991年)第404—405页。

⑥ 在日本,这些权利也涉及到私生活秘密权利学说。参照上述注③芦部信喜《宪法学Ⅰ——人权总论》第358页,桥本公巨《宪法(改订版)》(有斐阁,1988年)第185页、425页。

⑦ 最高法院大法庭判决1950年(昭和25年)11月22日刑集4卷11号2380页。

⑧ 最高法院大法庭判决1956年(昭和31年)6月13日刑集10卷6号830页。

⑨ 最高法院大法庭判决1960年(昭和35年)9月16日民集24卷10号1410页。

对其制约必要而且合理为理由，驳回了其违宪的主张。^⑩

如此不明的姿态，即使现在也没有加以改变。在福冈县青少年保护育成条例事件中，^⑪“无论何人，对于青少年，不得有淫行或猥亵行为”的规定被说成违反宪法第13条。可是，最高法院认为被告主张条例将包括基于以结婚为前提的真摯的合意而发生的性行为一律禁止这点上，处罚的范围过于宽泛，“淫行”的范围不明确，所以违反了宪法第13条，并主张违反了宪法第31条。对此，最高法院对条例进行了限定解释，这样解释的话，就不能说处罚范围过于宽泛、不明确，从而作出了违反宪法第31条、违反宪法第13条等是缺乏前提的判断。最高法院并未忘记条例是否违宪地侵害了性行为自由这一宪法第13条规定的幸福追求权这一问题，而是作为过度广泛性和不明确性问题加以处理的。

此种暧昧程度还表现在对认为大麻不具有有害性，根据大麻取缔法禁止输入大麻违反宪法第13条的主张，支持承认它有害性的原审判决的最高法院的决定中；^⑫表现在根据对未经许可的造酒行为科以刑罚的酒税法规定，禁止自己饮的酒自己造行为侵害了幸福追求权中的人格自律权的主张予以支持的最高法院判决中。^⑬因此，在这些案例中，什么样的自由包含在宪法所保障的基本人权中，对于那些称之为自己决定权的权利所作的制约，法院应采取什么样的姿态，最高法院的姿态是不明确的。^⑭

在下级审中，也存在着同样的问题。在公立学校强制男生剃光头^⑮的合宪性产生争议的熊本剃光头诉讼中，因未提出侵害宪法第13条规定的自己决定权的主张，法院驳回了违反宪法第14条的主张。在就公立初中学生守则中穿着标准服装的义务的规定请求确认在校生不存在穿着标准服装义务的案例中，以未对不穿着标准服装实施惩戒处分及未课以拒绝升学、毕业等为理由，否定了请求确认穿着标准服装义务不存在的诉讼利益。这里，就着装自由的自己决定权，未产生明确的判断。^{⑯⑰}还有就结婚、离婚、妊娠、避孕、分娩、中止妊娠相关事项，法律中虽有各种各样的制约，但在该领域中尚未看到主张自己决定权的，法院也没有示意其中涉及到的

⑩ 强制剃光受刑者的头发以违反宪法第13条引发争议的事例，东京地方法院判决1963年(昭和38年)7月29日判例时报342号4页，明示承认发型自由最引人注目。

⑪ 最高法院大法庭判决1985年(昭和60年)10月23日刑集39卷6号413页。

⑫ 最高法院第一小法庭判决1985年(昭和60年)9月10日判例时报1165号183页。

⑬ 最高法院第一小法庭判决1989年(平成元年)12月14日判例时报1339号83页。

⑭ 此事根据道路交通安全法对于座椅安全带系着义务规定简单地否定违反宪法第13条的主张，最高法院第三小法庭判决1990年(平成2年)6月6日判例集未登载。

⑮ 熊本地方法院判决1985年(昭和60年)11月13日判例时报1174号48页。

⑯ 京都地方法院1986年(昭和61年)7月10日判例地方自治31号50页。

⑰ 在以违反私立高等学校不让取得、骑乘和购买自行车3无原则校规为理由而给予自动退学劝告引发的争议事例中，主张侵害了宪法13条的幸福追求权，最高法院否定了宪法基本人权规定对私人之间的直接适用，也未作出属于宪法上自己决定权的判断。最高法院第三小法庭判决，1990年(平成3年)9月3日判例时报1410号56页。同样，就私立高等学校以违反禁止电烫发为理由实行自动退学劝告是否违反宪法13条而引起争议的事例中，法院也否定了宪法上的基本人权规定对私人之间直接适用，否定了违宪的主张。东京高等法院判决1992年(平成4年)10月30日判例时报1443号30页。

自己决定权。^⑧

4. 学说上对自己决定权论的探讨

事实上,在学说上,就自己决定权是否能被确认为基本人权,过去也并未有过十分明确的态度。

为战后日本宪法学提供了出发点的宫沢俊义教授认为,日本国宪法所保障的“基本人权”是“人作为人当然享有的权利”,或者说是“人生而俱有的权利”。^⑨ 具有这种观点的人权,可以获得超过实在法的神和自然法等权威的此种人权观,宫沢教授认为,人以“人的尊严”为根据是充足的。此种人权观念,是基于将人作为人类社会最高价值来考虑的,它被称为个人主义。而且宫沢教授指出,日本国宪法第13条前半段“所有国民,作为个人得到尊重”的规定,体现了个人主义价值,与德国波恩基本法第1条“不得侵犯人的尊严,尊重和保护人的尊严,是所有国家权力的义务”的规定属于同一意思。^⑩

但是,还是这个宫沢教授,就自由来说,又区分了“单纯的自由”和“自由权”的概念。宫沢借助于耶林的类型论论述了国民与国法的关系问题,分为国民依照国法产生的义务关系、对于国法的无关系的关系、对于国法消极的受益关系、对于国法积极的受益关系、能动的关系五种不同的关系。并且,国民在第二种国法无关系的关系上,凡法不禁止的行为都是可以自由地去做,但那只不过是“单纯的自由”而已。对此,国民在第三种国法消极的受益关系上,依据宪法禁止制定国法的结果就意味着国民享有“自由权”。^⑪ 宫沢教授并没有将所有的自由都作为基本人权来考虑。

宫沢教授的基本人权观,在其后的学说中处于完全的支配地位。但是,就“单纯的自由”与“自由权”的区别,在宫沢教授以来的日本宪法学中几乎未做过自觉地讨论。再有,根据日本国宪法受保护的“基本人权”的范围,尤其是未以明文规定予以保障的自由就其宪法保护可能性来说,并未认真地加以讨论。

但是,受到先前触及的美国自己决定权的启发,在日本学说界也开始议论那些缺乏明文根据的基本人权的保护问题,其中主张自己决定权的见解逐渐变成有力的学说。其代表人物是佐藤幸治教授。佐藤幸治教授探究“基于人作为人而当然有的权利”这种人权观念中的“人的尊严”的根据,主张“人权是人作为人格自律存在的自己作为延续这种存在不可欠缺的权利”来把握它。^⑫ 佐藤幸治教授认为“如果把人考虑为拥有人的尊严的存在,那么就必须要考虑到人拥有人格自律性的存在”。“自律,简要地说就是不服从他人意志,自己是‘自己生命的作者’”。这

^⑧ 例如对有责任的配偶一方提出的离婚请求予以确认的最高法院大法庭判决1987年(昭和62年)9月2日民集41卷6号1423页,根据民法733条支持女性再婚禁止期间规定的广岛高等法院判决1991年(平成3年)11月28日判例时报1406号3页。

^⑨ 宫沢俊义《宪法Ⅱ——基本人权(新版)》(有斐阁,1974年)77页。

^⑩ 注⑨书78—79页,213—214页。

^⑪ 注⑨书91—92页。

^⑫ 注②书358页。

样“自律对于人来说是不可放弃的东西的意思”，人格自律的存在表现为“权利”，也称之为“人格的自律权”（自己决定权）。佐藤幸治教授所说的人格自律权（自己决定权）包含了派生出各种各样人权的基本权利意义上的“基于自律权”和作为个别权利的“派生的（或者个别的）自律权”两个方面。佐藤幸治教授还认为，宪法第13条导入此种“基于的自律权”，此“基于的自律权”成为支撑宪法所保障的人权的保障根底，基于此作为明文规定权利的补充，可以导入各种各样具体个别的权利。佐藤幸治教授称之为“狭义的自律权”。作为此权利的内容，佐藤幸治教授列出：（1）关于人格价值本身的权利；（2）人格的自律权（自己决定权）；（3）接受正当程序待遇的权利；（4）参政权。^② 佐藤幸治教授称为“最狭义的自律权”（2）中所列的人格自律权（自己决定权），正是这里讨论的问题。

佐藤幸治教授见解中引人注目之点是，作为宪法第13条的“幸福追求权”，属于教授确认的宪法保护的自己决定权的范围。佐藤幸治教授主张，宪法第13条后半段“幸福追求权”的保障，是与前半段尊重个人的原理相结合的。“主张作为人格自律的存在的自己包括了延续这种存在所必不可少的权利和自由在内的主观权利”。因此，佐藤幸治教授认为，服装、装束、外观、性自由、吸烟、饮酒、体育、登山、驾驶快艇等，就其自身而言，不能作为宪法保障的人权来考虑。而这些行为“围绕着人格的内核，作为整体形成了个体人的这一事实”，因此，对这些行为，“为了使人格自律完全，有应该在手段上给予宪法上一定的保护的情形”。^③

只将人格自律所不可欠缺的权利作为自己决定权予以确认的立场——人格自律权说，得到了芦部信喜教授等的支持。^④ 对此，同样是承认自己决定权，佐藤幸治教授和芦部信喜教授采取的思考问题的方式却大不一样。桥本公旦教授的见解具有典型性。桥本教授主张，在日本国宪法下，“只要不违反公共福祉，一般而言自由不受拘束，这种一般自由权的存在可以允许”。桥本教授认为此种理由，第一是“从宪法的精神来看，国民首先是自由的，宪法将国家权力容易侵害的自由例示性列举出来并加以保护”，第二是“如果在具体自由之外不允许有自由的存在，那么就其余事项中的自由就会受到权力者的肆意制约”，因此，“为填补个别自由权间的空隙，承认一般自由权的存在很有必要”；第三是作为条文上的根据，可以提出宪法第13条；第四是外国宪法也有同样的解释。因此，从宪法第13条的宗旨来看，宪法所规定的自由不应该解释为限制性地列举，就个别自由权规定未涉及的地方，应解释为不允许国家权力进行不合理的侵害，这样宪法第13条就具有了填补个别自由权间的空隙的所谓补充的意思。^⑤ 另一方面，桥本教授认为，日本国宪法承认私生活秘密权作为一种新的权利。将受宪法保护的私生活秘密权定义为“个人对于公权力得主张有关自己的私生活自主决定，并有拒绝公权力干涉的权利”。此权利以“他人不能介入自己的私生活领域，该领域由自己决定”为内容，因这样就与一般自由权相

^② 佐藤幸治《宪法学中“自己决定权”的意思》法哲学年报1989年度（有斐阁，1990年）（以下引用为佐藤《意思》）76页。佐藤幸治《日本国宪法和“自己决定权”——论其根据和性质》法学教室98号（1988年）（以下引用为佐藤《自己决定权》）6页，与《个人的尊严与国民主权》佐藤幸治、中村睦男、野中俊彦《基本法》（有斐阁，1994年）第3页相同。

^③ 前注^②中佐藤《意思》97页。前注^②佐藤书413页，并参照前注^②中佐藤《自己决定权》第17页。

^④ 注^③芦部书344页，355—358页。

^⑤ 注^④桥本书219页。

重复,所以把它称作私生活秘密权。^⑭这正是自己决定权。

这种立场就是在宪法上的只要对他人不施加危害,有任何行动的自由,即考虑保障一般自由权的立场。因此,这样的立场——在一般自由权说中,自己决定权等同于这样的一般自由权,或在很大程度上与之相重合。支持这种立场的学说还有不少。^⑮

5. 自己决定权作为一项基本人权是可能的吗?

尽管存在着人格自律权说和一般自由权说的不同,自己决定权作为基本人权得到承认的立场,今天已经在学说上处于支配地位。^⑯

但是,如果转过头来冷静地思考一下,将自己决定权作为基本人权予以承认,果真是恰当的吗?似乎这里存在着重大的问题。

首先,说起来将自己决定权作为一项基本人权来考虑可能吗?事实上,所谓的各种各样的自由作为“自己决定权”的一项权利来考虑,显然是困难的。这一点,在一般自由权说的场合比较明白。在一般自由权说中,仅限于对他人不施加危害的情况下有做任何事情的自由,如此所有的行为都可成为基本人权。以此将“自己决定权”这一项权利定式化不得不说是很困难的。^⑰总之,在一般自由权说中,“自由”与“自己决定权”是相同含义。人格自律权说,在这一点上将自己决定权限定为人格自律不可欠缺的东西。然而,即使如此也如同佐藤幸治教授和芦部信喜教授所认为的那样,必须将自己决定权区分为几种类型,并且,也如两教授认为的那样,自己决定权还具有包含“其他事项”的开放性内容。这样一来,自己决定权对于人格自律虽是不可欠缺的,但结局却只能成为没有得到明文规定保障的自由的总称。而且,对于人格自律是否不可欠缺的区别也不明确,判断某项自由是否属于人格自律不可欠缺也很困难。^⑱因此,无法想象能将自己决定权作为完整的权利加以充分的限定。

6. 为什么应该将自己决定权作为基本人权来考虑呢?

进一步说,假如可以将自己决定权设想为一项权利,仍有一个为什么必须将其作为日本国宪法所保障的基本人权来考虑的问题。

^⑭ 注⑥桥本书425—426页。

^⑮ 户波江二《自己决定权的意义与范围》法学教室158号(1993年)(以下引用为户波《自己决定权》)36页,参照《自己决定权的意义与射程》芦部信喜、古稀祝贺《现代立宪主义的展开(上)》(有斐阁,1993年)(以下引用为户波《射程》)325页、327—358页,参照《校规与学生的人权》法学研讨会460号(1993年)74页。参照阪本昌成《宪法理论Ⅱ》(成文堂,1993年)235—242页,256—259页,参照《私生活秘密权和自己决定的自由》樋口陽一编《讲座宪法学3权利的保障(1)》(日本评论社,1994年)(以下引用为阪本《自己决定》)219页。

^⑯ 就学说状况的详细内容,竹中勲《“新人权”的确认要件》法学教室103号(1989年)32页,参照《个人的自己决定权和它的界限》法学家1022号(1993年)33页。

^⑰ 前注⑮佐藤《自己决定权》14页,前注⑮芦部书343页。

^⑱ 前注⑮阪本《自己决定》221—222页。

很显然,一般自由权说认为,国民本来是自由的,国民自由的所有内容是作为日本国宪法所保障的基本人权来考虑的。但是,这样的思考方法是存有根本性的疑问的。如果按照这样的思考方法,那么,基本人权就将成为任意而为的权利了。但是,在将宪法保障基本人权的宗旨解释为保障“随心所欲”是否恰当的问题上不会有疑问。^②这一点,人格自律权说认为只有对于人格自律不可欠缺的权利才是基本人权。但是我们既没有理由认为基本人权扎根于人格自律,也没有理由认为人格自律不可欠缺的自由是基本人权。而且,无论采取哪种立场,决定性的重要的东西尚不那么受到人们的重视。那是因为将欠缺明文根据的自己决定权作为基本人权予以承认时,行使司法审查权的法院,是在日本国宪法之下承认这种自己决定权,这就意味着对制约自己决定权的法律的合宪性进行审查。尤其成问题的是和德国的制度不同,日本的违宪审查制度,是美国式的附随型司法审查制度,对法律合宪性的审查,是由既非经国民选举又不对国民承担政治责任的法官组成的法院来进行的。当法院审查在侵害基本人权上产生争议的法律的合宪性,并判断其违宪时,必然会提出“为什么法院能这样说”的疑问。这是司法审查的民主主义正当性问题。这一点,特别是按照一般自由权说,法院是所有法律合理性的审判官。果真要承认法院有如此作用时不得不提出这是否适合于宣扬国民主权、立足于民主主义原理的日本国宪法下的法院的重大疑问。^③在人格自律权的场合,也存在着同样的问题。如上所见,某项权利是否是人格自律不可欠缺的基准不明确,委任法官来加以区分,就会因恣意判断产生出欠缺明文依据创造的基本人权的危险性。

再有,对于承认被称为自己决定权的权利为基本人权,早就出现的无边际地创造“新人权”的观点会带来“人权的通胀化”的批评很适合于它。也就是说,如果将所有的自由都作为“基本人权”加以认可,那么,表现自由和信教自由等作为宪法上的“基本人权”,予以保障的意义就会丧失,即使是“基本人权”也会变得没有多大意思了。^④此种特殊危险性,一般自由权说的场合尤为显著。

7. 司法审查

进而言之,人格自律权说也好,一般自由权说也好,对自己决定权的制约,可以设想基本上万不得已适用政府利益基准这一严格的基准,为什么应该适用此种严格的基准也未作出充分的说明。并且人格自律权说也好,一般自由权说也好,就对自己决定权的制约而言,排除对立法机关判断的尊重,排除合宪性的推定,实行严格审查的根据也未得到明确。这里所说的自己决定权,很难认为是一种对以二重基准论为论据的民主主义程序来说不可欠缺的权利。如果是这样的话,对自己决定权的制约,法院进行严格的审查难道不是无法正当化吗?^⑤

^② 前注^②佐藤书 404 页。

^③ 松井茂记《二重的基准论》(有斐阁,1994年)283—286页。

^④ 奥平康弘《人权体系及其内容变量》法学家临时增刊《日本国宪法——30年的轨迹与展望》(1977年)243页、251页。参照奥平康弘《宪法Ⅲ》(有斐阁,1993年)24页。

^⑤ 前注^③松井书 294—295页。

而且,在将自己决定权作为基本人权承认的场合下,法院在审查对自己决定权加以制约的法律的合宪性时,也很难采取统一的对策。实际上,佐藤幸治教授和芦部信喜教授也没有认为对自己决定权的制约一律采取严格的基准是妥当的。严格的基准,彻底地说适用于与人格内核相关的权利还可以,至于说周边的权利就不一定适用了。在一般自由权说的场合下,对自己决定权的制约,承认有严格的基准妥当的场合和并不妥当的场合的立场是有力的。^⑤但是,在人格自律权的场合下,自己决定权,必须是人格自律不可欠缺的权利。如果是这样的话,就会陷入在包含了人格自律不可欠缺的自己决定权的同时,又认为可以有人格内核相关的权利和周边的权利的不可解的境地。另一方面,在一般自由权的场合下,会提出到底依据什么来区别严格的审查和并不严格的审查的疑问。因为就并不对人格自律要求人的尊严的一般自由权说而言,用人格自律是否不可欠缺的标准,无法给自己决定权划出差别来。

8. 将制约自己决定权正当化的政府利益

在承认自己决定权的学说中,自己决定权仅以加害他者为理由予以制约,否定了以加害于自己为理由而实行的制约和依据道德进行制约的可能性。此种自己决定权主张者的论据,源于穆勒的加害原理。穆勒主张,自由,就是在不妨害他人的前提下不得予以制约,特别是对仅为本人利益而行为的制约,基于所谓的利己主义,尖锐地批判了制约的正当性。^⑥在日本宪法学中,基本人权只能以“他人加害”为加以制约理由的立场处于支配地位(在学说上以经济自由而言,需留意承认不以“他人加害”为理由政策制约的正当性)。但是,学说上,好象认为所谓“他人加害”是什么意思,是不言自明的,不需再作进一步的探讨。例如,宫沢教授认为,对于所有的基本人权,应承认“公共福祉”的制约。“公共福祉”的内容定义为“以调整人权相互间的矛盾、冲突为原理的实质公平原理”。当然,宫沢教授指出,公共福祉有二方面的特征。一方面,在基本人权“和其他个人的基本人权相冲突”的场合,调整这种冲突的可能性,要求公共福祉。宫沢教授称之为“自由国家的公共福祉”。另一方面,伴随着社会权保障的制约,宫沢教授认为,社会权的保障本质上必然包括了对人的自由权——尤其是经济的自由权的制约,社会国家是要求这种制约的。宫沢教授称之为“社会国家的福祉”。^⑦

这种见解对以后的宪法学产生了很大的影响,乃至现在宪法学也承继了这种观点。但是,对这种见解从文字上来理解的话,对基本人权的制约予以正当化,除去实现社会权,也仅仅是“他人的基本人权”。但是,宫沢教授也好,别的学说也好,文字上也没有一贯到底。实际上,使基本人权的制约正当化的政府利益只保护他人的基本人权的立场不会象文字上写的那样贯彻到底。而且,以无法还原个人权利的社会利益为理由,一概否定制约基本人权的可能性也是困难的。实际上,为了保护都市的美观等无法还原个人权利利益的社会利益,对基本人权就不得不予以制约。还有,同样地,与表现自由等的政治参与不可欠缺的权利除外,难道不是不能一概

^⑤ 前注^②户波《自己决定权》40页。

^⑥ J·S·穆勒(鹽尻公明、木村健康译)《自由论》(岩波书店,1971年)24页。

^⑦ 前注^⑩宫沢书 235页。

否定以社会道德为理由对基本人权加以制约吗？（实际上，仅以“他害原理”为基本人权制约正当化理由来考虑，对于反社会道德的行为，或许对“有害于他人”的行为实行的制约可以正当化。）

例如，在自己决定权的场合下，经常出现不是加害于他人，而是对自己施加危害，也就是说，政府能否以自己加害为理由，加以干涉的问题。依照利己主义原则，对自己决定权的制约是容许的。如上所说，穆勒依照利己主义对自由的制约进行了批判，主张自己决定权的学说，以自己加害等于利己主义为理由批判了对自己决定权的制约。不仅如此，对有判断能力的成年人的自己决定权，特别是对自己生命的决定权，以利己主义为理由实行的制约在宪法上一概不允许恐怕是相当困难的。^③

关于自己决定权，还有一个社会能否以道德为理由制约自己决定权的问题。这个问题曾在刑法学上以能否用刑法来强制道德行为的形式讨论过。这一点，主张自己决定权的学说，否定了以社会道德为理由对自己决定权进行制约的正当性。但是，即使可以将自己决定权作为基本人权来考虑，为保护社会利益和社会道德施加制约的情况一概不允许难道不是不可能的吗？

9. 政府权限的界限与“基本人权”

就此种自己决定权、基本人权和政府权限界限的关系，产生了重大的争论。

一般自由权说的场合，所有的自由作为自己决定权相当于基本人权，政府如果超越权限，制约了自由，那么就相当于制约了基本人权。仅限于与国民相关，政府权限的界限和基本人权的范围是一致的。但是，如上所见，将所有的自由作为基本人权，对所有的自由的制约由法院审查其合理性的思考方法是存有重大疑问的。对此，在人格自律权说看来，并非所有的对自由的制约都构成对自己决定权的制约。但是，将自己决定权限定为人格自律不可欠缺的自由的同时，佐藤幸治教授也主张，对于不能称为基本人权的自由也可以给予宪法上的保护。因为这些行为“围绕着人格的内核，作为整体构成了该个人也是一个事实”，所以这样的行为“为了实现完全的人格自律，有时应在手段上给予一定宪法上保护”。芦部信喜教授也支持这样的见解。

这里想定的宪法上的保护是什么样的东西呢？基于何种根据呢？未必明确。^④对于不能称为“基本人权”的“自由”，给予实体宪法上的保护的一种考虑可能性，是实体上的正当程序理论。通说认为，宪法第31条可以理解为保障了实体上的正当程序理论，基于此，所有的刑罚法规，只要未满足依据刑罚有制约的必要性和刑罚的均衡要件，就违反了正当程序。人格自律权说也承认实体的正当程序理论，所以对不能称为基本人权的自由，根据刑罚予以制约时，也应由法院审查制约的合理性。实体的正当程序理论，在结果上，是承认一般自由权说的。^⑤但是，此种实体的正当程序理论（除去就美国实体的正当程序理论的误解之外），法院作为所有刑罚

^③ 前注②佐藤书370—371页。

^④ 前注②户波《自己决定权》38页

^⑤ 松井茂记《实体正当程序理论的再检讨》版大法学141、142号（1987年）297页，319—320页。

法规的合理性的审判官这一点,是存有重大疑问的。^{④②}

这一点兴趣最深的是长谷部恭男教授的见解。长谷部恭男教授,就国家权威的内在界限,承认国家只有为公共福祉起见才可以行动的原理。因此,长谷部恭男教授只将个人自律为根据的权利作为人权来把握,国民有权请求国家为公共福祉起见而限制国民的行为。^{④③}的确,政府应是为实现公益活动的机构。但是,日本国宪法并没有保障国民有请求政府为实现公益而活动的一般权利。而且,在没有对基本人权予以制约的时候,法院可以审查政府行为是否符合公益的认识,并非与立足于民主主义原理之上的日本国宪法下的法院的作用相符合。只要不是对基本人权的制约,即使是考虑政府的行为应符合公益的问题时,判断政府活动是否符合公益的不应该是法院,而应由政治程序来进行。

10. 构成日本国宪法前提的“人”以及“基本人权”

诚如所见,在日本宪法学中,基本人权被理解成人与生俱有的权利,它想定日本国宪法制定以前既有了“权利”,而日本国宪法不过是确认它罢了。因此,人生而俱有的权利,也就是说“自然权”,即是依照日本国宪法这一实在宪法予以保障的基本人权。基本人权,既然是在日本国宪法制定以前既有的权利,当然就产生了根据的问题。当时宪法学,必然要以日本国宪法制定以前已经存在的“自然法”为依据,但是,在现代社会生硬地拿出历史上的“自然法”来是缺乏说服力的。因此,学说中,诉诸于“人的尊严”的概念,与德国基本法一样,日本国宪法被理解为立足于“人的尊严”原理。^{④④}

“人的尊严”意味着什么?哪里可以推导出来,未必很明确。关于德国宪法中的“人的尊严”的原理,联邦宪法法院将基本法第2条第1款“自由人格发展权”理解为保障一般的自由,这种见解在学说上占有支配地位。^{④⑤}很显然,日本的一般自由权说大多也是采取此立场。在这一立场中,人的尊严,不外是不受政府制约的,可以随心所欲的东西。对此,佐藤幸治教授并不满足于这种理解,而是理解为向人格的自律寻求人的尊严的根源。

但是,若是冷静地想一想,日本国宪法赖以建立的原理,真的是德国基本法中的“人的尊严”的原理吗?恐怕日本国宪法并没有规定“人的尊严”的概念。宪法第13条所说的所有“国民”,只是在作为“个人”得到尊重的意义上的个人主义罢了。而且,非常明确,宪法第13条是否定战前的封建主义的全体主义为目的所作的规定。^{④⑥}并且,“人的尊严”的观念,的确是没有争论余地的观念,但如果再问一下,“人的尊严”到底是什么?为什么人应该有那种“人的尊严”?答案并不是容易得出来的。在将任意地做任何事情的自由视为人的尊严的一般自由权说那里,存在着为什么他们要将那种任意而为视为人的尊严的疑问。但是,另一方面,如果向人格自律

④② 前注④松井书 322—323页。

④③ 长谷部恭男《国家权力的界限与人权》樋口阳一编《讲座宪法学3权利的保障(1)》(日本评论社,1994年)43页。

④④ 辻村み子《人权观念》樋口阳一编《讲座宪法学3权利的保障(1)》(日本评论社,1994年)11页,14—17页。

④⑤ 前注②户波《射程》325页。

④⑥ 江桥崇《对立宪主义的“个人”》法学家 884号(1987年)2页。

寻求人的尊严的根据,那么被承认尊严的就只限于具备人格自律的人。这样看来,向人的尊严寻求基本人权保障的根源本身不就很成问题吗?

虽然将“基本人权”以“人的尊严”为根基,把它作为人生而俱有的权利来把握,但也不能否定其所产生的几个重大弊害。例如,第一,为此,在日本国宪法所保障的基本人权中,仅以所谓自由权作为基本人权的标准来考虑,而参政权及程序权自始仅作为次要的权利来考虑。第二,基本人权可要求政府不得干涉,在没有政府干涉的领域中,任意而为成为人权保障的要点。在这种理解中,例如,保障表现自由本来的宗旨是表现任意想表现的东西。当然,行使表现自由并不意味着成为民主主义程序参加的不可欠缺的构成要素。第三,因为基本人权本来的面目在日本国宪法制定以前业已存在,所以基本人权不包含在它受到侵害时政府特别是法院给予救济的权利保障机制中。这样,在日本宪法学中,产生出了审判的救济并不是基本人权的本质要素,虽然是基本人权,但也有并不伴随审判救济的内容的观点。

如果要这样来考虑问题的话,不如说日本国宪法是以人是怎样存在的不同意见为前提的,难道不可以理解成持有不同意见的个人规定了如何统治的程序吗?宪法不是以人的尊严,而是以尊重政治共同体不可欠缺的构成人员“个人”,也就是说每个“市民”的个人主义为出发点的。宪法所保障的基本人权,并不是人们在宪法制定之前就已拥有的自然权,而是为保护人的自然权所必须的“市民的自由乃至市民的权利”,也就是说理解为进行统治行为不可欠缺的政治参加的权利难道不是更好吗?^④而且,宪法将此参与政治不可欠缺的权利,作为审判规范,把对它的保护依赖于法院固有的作用。

果若如此,作为欠缺明文根据的基本人权,可以从宪法第13条幸福追求权中推导出来,仅限于此参与政治不可欠缺的权利,而被称为自己决定权的权利,并不相当于上述权利,说起来,作为基本人权,法院也就不可能承认了。当然,即使将这样的权利作为基本人权予以承认,要使对制约自己决定权的法律的严格审查正当化也是很困难的。

11. 重新考虑自己决定权

如此考虑自己决定权,把自由地决定各种各样私事行为的自由作为自己决定权,象一项基本人权那样来把握是有困难的。还有,要求法院根据日本国宪法将这样的自己决定权作为基本人权予以承认,要求对这种自己决定权自由的制约进行严格的审查,这些从司法审查的民主主义正当性来看,是有很大疑问的。

这样的结论从表面上看,或许从人权保护的观点来看会被认为是有问题的。但是,如果将基本人权作为本来就是市民自由乃至市民权利认识的话,这样的立场是应得到保护的权利当然会得到宪法给予的充分保护。而且,反复地考虑一下,在被称为自己决定权的权利中,也有根据日本国宪法的规定得到了保护的部分。例如,与处分生命和身体相关的自己决定权,也就是宪法第13条所规定的“生命、自由”问题。还有,就与家庭和性关系相关的决定权,实质上依照宪法第24条已得到了保护。因此,与所谓的家庭的形成、维持相关的自己决定权和与人口再生

^④ 前注^③松井书 342—347页。

产相关的自己决定权,不作为自己决定权,而是作为宪法第 24 条的问题处理就足够了,而且这样更合适。由此可见,本文的观点所否定的作为宪法上的基本人权加以保护的只有佐藤幸治所说的“关于其他事情的自己决定权”,也就是说,“关于生活方式的自己决定权”。这些事情因为本来不应该作为基本人权来认识,那么就不把它们认定为基本人权,这决不意味着缺乏人权保护。就这些事情而言,个人的保护存在于政治程序中。并且,国民有权参加该政治程序。国民在行使参加政治程序权利时,排除不当的制约就可以了。并且,对不能称为基本人权的为,也存在着给予宪法保护的可能性。实体的正当程序理论在宪法解释上虽有疑问,但宪法第 14 条的平等权,给予这种行为以一定的宪法保护。也就是说,国民对不能称为基本人权的为,也有不受不合理的歧视的权利。因此,即使不将自己决定权确认为基本人权,也不允许有不合理的歧视。

12. 小 结

由此可见,主张“自己决定权”作为一项基本人权来考虑是困难的,而且法院依据日本国宪法承认“自己决定权”为受保障的基本人权,也存在着各种各样的疑问。也许一些很小的关于自己决定权的问题,实质上是触及到宪法的带有根本性的问题。通过对自己决定权加以考察,希望能够重新考虑:宪法是什么?作为宪法前提的“个人”是什么?宪法所保障的“基本人权”是什么?为保护基本人权法院应该发挥什么作用等问题。