慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	身体の自由
Sub Title	Personal rights
Author	大林, 啓吾(Obayashi, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2024
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.97, No.10 (2024. 10) ,p.1- 86
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20241028-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

身体の自由

大林啓吾

序
Ⅰ　身体の自由の展開
Ⅱ　日本国憲法における身体の自由
Ⅲ　判例における身体の自由
Ⅳ　二〇二三年決定と身体の自由
Ⅴ　アメリカにおける身体の自由
Ⅵ　身体の自由の内実と保護
後序

「……自由に動いたり活動したりできない者は、自由な人間ではないのである」（ハンナ・アレント（牧野雅彦訳）『人間の条件』三二頁（講談社、二〇二三年））

序

日本国憲法には身体がない。正しくいえば、日本国憲法の条文には「身体」という言葉が登場しない。憲法が自由権を基本としていることからすると、このことは意外ですらある。かつて大日本帝国憲法時代には拷問をはじめとする苛烈な有形力が身体に向けて行使されたことを踏まえると、身体の自由を明示してしかるべきところであろう。それでは、現行憲法は身体の自由を保障していないかというと、そうではない[1]。奴隷的拘束の禁止などを定める一八条や適正手続を定める三一条が人身の自由一般を保障しており、それが身体の自由と同一視されている[2]。したがって、身体の自由が文言として登場しなくても、実質的には身体の自由が保障されているわけである。こうした条文構造もあり、これまで最高裁判例において身体の自由が言及されることは少なかった。

そうした中、二〇二三年の性同一性障害手術要件違憲決定[3]（以下、適宜「二〇二三年決定」という）は最高裁が大法廷レベルで初めて正面から憲法一三条に基づく「身体への侵襲を受けない自由」を認めた。最高裁は、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由（以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。）が、人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されている[4]」と述べたのである。ゆえに、決定文の言葉を忠実に表せば、「身体への侵襲を受けない自由」ということになるが、その意味するところは、いわゆる「身体の自由」に近い概念であるように見受けられる。

もっとも、本決定はあくまで「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対し、身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫る[5]」ことが身体への侵襲を受けない自由を侵害するとしたにとどまる。法廷意見は本件

制度が手術を要しない性同一性障害者に対して「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせる」[6]ものと言及しており、性自認に従った性別取扱いが重要な法的利益に関わると位置付けているものの、性自認に基づく自己決定が認められるかどうかについては触れていない。むしろ法廷意見は身体への侵襲を受けない自由に焦点を絞ることで自己決定を巧妙に避けながら論理を展開しているようにも思える。

そもそも本決定は制定時における生殖腺除去手術要件の必要性と合理的関連性を認めているので[7]、性自認に基づく性別の自己決定を認めようとしていたとは言い難い。また、身体侵襲につながる法制度になっていたとはいえ、選択の余地は残っているので、当該制度が身体侵襲に直結するわけではない。ゆえに、本件では少なくとも明示的には自己決定が登場しなかったと考えられる。

しかしながら、身体侵襲を受けない自由は時に自己決定と密接に連動している場合がありうる。たとえば、望まない治療の直接的強制は身体侵襲とともに治療の選択という自己決定をも侵害することになる。また、本決定は自己の意思に反して身体侵襲を受けない自由を提示したように、そこでは自己の意思という要素が組み込まれている。とすれば、この身体侵襲を受けない自由には自己決定的要素を含む可能性があるといえる。

ところが、仮にこの自由に自己決定的要素が含まれうるとしても、その関係を解き明かすのは容易ではない。身体に関する自己決定権が認められるとした場合、それは身体の自由に付随するのか、それとも身体の自由とは別に独立した権利として存在するのか。また身体侵襲それ自体と比べると自己決定はより社会の変化に翻弄されやすく、時に性自認のように生物的身体と自己決定が相克することもある。そして、そもそも身体の自由とは何を指すのかも明らかではない。

そこで本稿では、憲法上保障される身体の自由とは何かを考える。まず、身体の自由の歴史的展開を概観する。

近代憲法において身体の自由がいかなる形で要請されていたのかを確認しつつ、その後の国家の変貌や社会の進展が身体の自由にどのような影響をもたらしたのかを考察する。次に、日本国憲法において身体の自由がどのように保障されているのかを検討する。憲法制定時における議論やその後の学説の展開などを踏まえ、身体の自由の根拠条文や権利構造を考える。それを踏まえて、身体の自由に関する判例や裁判例の展開を考察し、身体の自由の内容や射程などを検討する。日本の判例動向だけではなお身体の自由の内実が不明瞭な部分が多いため、続けてアメリカの判例法理を考察し、身体の自由の内容、性質、射程、限界などを明らかにする。最後に、身体の自由の軸となる部分とそれ以外の部分、とりわけ身体に関する自己決定がどのように位置付けられるのかを検討する。

Ⅰ　身体の自由の展開

1　ロックの身体の自由

そもそも自分の身体は誰のものだろうか。当然ながら自分のものである、という答えが当然ではないかもしれないところに、身体の自由を語ることの恐ろしさにも似た厳かさがある。人の根源に迫るこの問いに対しては、しばしば古典的アナロジーが用いられてきた。所有の論理である。すなわち、「あなたは自分の本を盗まれないだけでなく、それを好きなように使用したり他者に好きなように使用させたりできるのと同様に、あなたは自分の身体的インテグリティを侵害されないだけでなく、それを好きなように使用し、他者に好きなように使用させたりすることができる」[8]というものである。自分の身体の所有者は自分であり、自分の財産と同様、侵害されない権利や使用したりする権利があるということである。このアナロジーは古典的喜劇にも登場する。シェイクス

ピア（William Shakespeare）の『ヴェニスの商人』である。[9] 法学者に扮したポーシア（Portia）は、高利貸のシャイロック（Shylock）に対し、契約に従って借金を返済できない場合は肉一ポンド切り取ることができるが、それは一ポンドきっかりでなければならず、血の一滴も流してはならないことを要求する判決を下した。[10] 履行不能性はともかく、そこでは人肉の担保自体は可能となっていたことが興味深い。ある意味、ここでも財産のアナロジーが顔を覗かせている。

かかる思考回路はかつてロック（John Locke）が提唱した自然権理論を想起させる。[11] ロックは自然権に身体所有を含め、政府による恣意的な簒奪に歯止めをかけたからである。それは政府がしばしば人々の所有を脅かしてきたという歴史的事実を踏まえた解決策であり、対国家権力としての身体防御を描く自然権構想は憲法が保障する身体の自由につながるものであった。実際、ロックが所有権として保障されるとした生命、自由、資産／財産（estate）はアメリカの独立宣言や日本国憲法一三条に受け継がれてきたと考えられている。継承に際し、独立宣言や日本国憲法一三条では「資産／財産」の文言が「幸福追求」に変わったが、これについては諸説あるものの、ロックは固有権（property）が「生命、自由、資産／財産」を含むと述べていることから、これらは人の幸福を総体的に保障するものと解されて、幸福追求という言葉になったという指摘が有力である。[12] つまり、独立宣言や日本国憲法一三条の生命、自由、幸福追求はロックの固有権（生命、自由、資産／財産）を表したものであると考えるわけである。そのため、資産／財産が幸福追求に置き換わったのではなく、固有権を表す幸福追求権が示されたということになる。換言すれば、生命、自由、資産／財産という表記と生命、自由、幸福追求という表記の実質的意味は異ならないことになる。

そしてそれはアメリカ憲法修正一四条にも反映され、適正手続によらずして生命、自由、財産を奪ってはならないと定められるに至った。後述するように、修正一四条や日本国憲法一三条はいずれも包括的基本権としての

地位を有し、そこには身体の自由が含まれると解されている。そのため、ロックの自然権思想が身体の自由の淵源となっている可能性があるわけである。

それでは、ロックはいかなる意味で身体所有を提唱していたのだろうか[13]。ロックによれば、「すべての人間は生来的に自由であって、自分自身の同意以外の何ものも人を地上の権力に服従させることはできない[14]」が、統治体の法に服する同意によって権力に服従することになり、それは政治的共同体に自らを一体化させるときにその所有物を供することに他ならないという。「従って、かつては自由であった自らの身体をある政治的共同体に結びつける者は、その同じ行為によって、かつては自由であった自分の所有物をもその共同体に結合させることになり、その結果、身体と所有物との両者とも、その政治的共同体が存続する限り、その統治体と統治権に服することになる[15]」。

そして、自然状態において自分自身の身体と所有物を有していた人間がなぜその自由を手放して他者の統治に服するのかという理由において、身体を含む所有が大きな意味を持つ。ロックいわく、「……自然状態においてもっている固有権（プロパティ）の享受はきわめて不安定であり不確実であるから……私が固有権（プロパティ）という一般名辞で呼ぶ生命、自由、資産の相互的な保全のために、彼が、すでに結合しているか、あるいは結合しようと考えている他の人々とともに社会を作ることを求め、すすんでこれに加わることを欲するのは、決して理由のないことではない。従って、人が、政治的共同体へと結合し、自らを統治の下に置く大きな、そして主たる目的は、固有権（プロパティ）の保全ということにある[16]」。

つまり、ロックによれば、自然状態において有していた自由を放棄して国家に委ねるのは、「……もっぱら、自分自身の自由と固有権（プロパティ）とをよりよく保全しようという各人の意図[17]」によってなされるのであり、その状態が悪化することは想定しておらず、「立法部の権力が、共通善を超えたところまで及ぶとは考えられない[18]」ことにな

る。そのため、固有権の保全のために社会に加わった国民は所有権を有し、本人の同意なくその所有物を奪うことはできないことになる。[19]

以上の自然権構想をまとめると、人々は固有権の保全のために身体と所有物に関する所有を国に信託することでその法に服することになるが、国が恣意的にそれを奪うことは許されないことになる。もっとも、ロックは身体と所有物をしばしば並置して用いるものの、上記で引用した固有権には生命、自由、資産しか含まれておらず、そこに身体が含まれるかどうかは定かではない。これについてはロックが所有権について説明している箇所を参照する必要がある。ロックは、「……人は誰でも、自分自身の身体に対する固有権（プロパティ）をもつ。これについては、本人以外の誰もいかなる権利ももたない。[20]」と述べている。そのため、固有権には身体も含まれていることがわかる。したがって、人は身体をもいったん国に信託することでその保全をはかり、国は恣意的にそれを侵害することはできないことになる。

もっとも、ここでいう身体の所有が何を意味するかについては必ずしも明らかではない。ロックは身体の労働と所有の関係については詳細な説明を行っているが、身体自体の所有の意味については十分な説明を行っていないからである。一見すると、身体の所有権を認めることは、防御権のみならず処分権も認めているようにみえる。しかし、ロックは生命について処分権を認めない趣旨の説明をしている。ロックは、国家による生命・財産に対する恣意的簒奪が許されないことを説明するくだりで、「誰も、自分自身の生命を奪ったり、他人の生命や所有物を奪ったりするような絶対的で恣意的な権力を、自分や他人に対してもっていないのである[21]」と述べているからである。これを見ると、少なくとも自分で自分の生命を侵害することは許されないことになる。そして、これは生命だけでなく、自由や所有物（身体を含む）にも及ぶ可能性が高い。なぜなら、ロックは続けて「人は、自然状態において、他人の生命、自由、所有物に対する恣意的な権力をもっておらず、彼がもっているのは、ただ、

彼自身とその他の人類とを保全するために自然法が与えた権力だけである。これが……立法権力に委ねることができる権力のすべてであり、従って、立法部もそれ以上の権力をもつことはできない」[22]と述べており、自分自身も国家権力も生命、自由、所有物を恣意的に損ねることができないと考えていることがうかがえるからである。

ただし、そうであるとすれば、自然状態において認められていた限りにおいて、身体の処分権も認められる可能性が出てくる。そして国家はそれを侵害してはならないわけであり、一定の処分権が認められる余地があると考えられる。

いずれにせよ、ロックの自然権理論からすると、身体の自由は国家の恣意的な権力行使からの防御にその基礎があるといえる。そこで想定される侵害行為は主に有形力の行使であったことを踏まえると、身体侵襲や身体拘禁からの自由が基本的内容となろう。また、部分的ではあるが、身体の処分権も認められる余地があると考えられる。

2　身体制約の展開

ロックの自然権理論は自然状態において有していた権利が社会の成員になってからも同程度の保護が与えられると想定していたといえるが、しかし、社会が身体にもたらす影響は極めて強く、実際にはその保障レベルも社会変化によって変動する可能性があった。

その典型がプライバシーから派生する身体に関する自己決定である。自然状態の下では、人は他者の目を気にする必要がなく、私生活とそれ以外の空間の境界線がなかった。しかし、国家の存在の下、社会生活を営むようになると自由の領域が縮減した反面、社会の進展や技術の進歩によって様々な活動や行為を行えるようになり、自由な行為の可能性自体は広がっていった。そのため、社会生活上は様々な制限に服するとしても、社会と一線

を画した私的領域を確保することで自由を享受しようとした。その結果、私生活上の自由としてのプライバシーが登場し、自己の身体に関わる事項もそこに含められるようになった。つまり、身体の自由の射程が大幅に拡張するようになったのである。

具体的には、臓器や血液の販売、中絶、売春、治療（安楽死等を含む）、整形、化粧、髪型、入墨、性自認など多岐にわたる。これらの中には、身体処分や身体使用に関わる事項、自己決定に関する事項、さらには両者の区別が判然としないものもあるため、いかなる意味の身体の自由かを類型化するのは難しい。いずれにせよ、身体の自由の保護範囲が身体侵襲や身体拘禁からの防御にとどまらず、その性質や対象が広がっていったのである。一方、以上の事項とは反対に、身体保護の射程も広がるようになり、胎児の身体や死者の身体の保護、精神病患者の身体の保護なども検討されるようになった。

このように身体の自由や保護の範囲が拡大していくと、身体の自由の内実についてもより広くそれを見積もる必要が生じる。つまり、身体に関わる事項を包括するような言葉が求められるようになった。その一つのアイデアが身体的インテグリティである。インテグリティは、他者が自己の身体に介入しないことを含むだけでなく、物理的身体に関わる領域と道徳的身体に関わる領域を包括する。ヨーロッパを中心に各国の身体的インテグリティの概念を検討したジル・マーシャル（Jill Marshall）は、身体的インテグリティを、「統一された全体としての自己として……自己及び自己の存在の法的承認という点において、身体並びに内面構造及び道徳的枠組に介入されない」ものと位置付ける[23]。つまり、身体的インテグリティは、身体全体を統合した存在であるために物理的な身体介入や身体内面への介入から保護されることを求める概念であるといえる。

身体的インテグリティの概念は抽象的であり、法的承認という点においてもなお発展途上段階にあるが、アメリカの連邦最高裁がその概念をめぐって格闘しているところでもある。それは身体の自由とは何かに密接に関わ

るものであり、判例法理の検討が必要となる。

ところが、身体の自由や身体の保護が広がる一方で、社会は一定のカテゴリーに属する人々をその対象から外してきた。まずは、社会の中で底辺に位置付けられたり、あるいは社会的排除の対象になったりする層が挙げられる。そうした身分の者は身体の自由が著しく制限された。その典型が奴隷や苦力といった社会的に形成された特定身分である。かれらは文字通りの奴隷的拘束を受けるか、あるいは事実上の強制労働を負わされることとなった。また、社会の構成員になることによって、身体に関する問題の中には公共化が生じるものがあった。とりわけ、それは身体に関する自己決定の問題を顕現させた。たとえば、性別の決定や生殖に関する決定などが挙げられる。性別については、生物学的性とは別に、社会的に構築される性、すなわちジェンダーが登場する[24]。ジェンダーは性差に基づく役割をあてがい、その範疇の域を逸脱した行動や身なりが事実上制約される結果となった。生殖については、特にキリスト教圏において避妊や中絶が禁止され、生殖に関する決定が制約されることとなった。また、社会的弱者も排除の対象になることがあり、高齢者、妊婦、障害者、狂人などが挙げられる。日本南方の島で行われたとされるトゥングダやクブラバリでは妊婦に岩礁を飛び越えさせたり、障害者や高齢者を切り捨てるための競争行事が行われたりした[25]。それは身体的行動を強制し、生命を脅かすものであった。長野の山奥を舞台とする『楢山節考』では姥捨て山だけでなく高齢者に歯欠けを求める風習があることも描写されており、身体移動や身体健全を著しく損なう社会的要請があったことがうかがえる[26]。また、ヨーロッパでは狂人を追放する阿呆船が存在していたと伝えられている[27]。

もっとも、これらは国家が容認していたものの、主に社会的関係において形成された身体制約である。ところが、近代国家においてフーコー（Michel Foucault）が指摘するような生権力化が生じると、その影響は身体の自由にも及ぶようになる。フーコーは生権力自体について詳細な定義を用意していないが、その概念は大要次のよ

うなものである。

フーコーによれば、かつて君主が有していた古典的権力は直接生死を決定する支配関係にあったのに対し、生きさせるか死の中に廃棄するかという権力が登場し、非個人化の下で生命や身体が規律・管理・調整の対象とされるようになったという[28]。すなわち、「権力が対象とするのは、もはや、それに対する権力の最終的な支配＝掌握が死によって表されるような権利上の臣下ではなく、生きた存在となるのであり、彼らに対して権力が行使し得る支配＝掌握は、生命そのもののレベルに位置づけられるべきものとなる。生命を引き受けることが、殺害の脅迫以上に、権力をして身体にまでその手を延ばすことを可能にする[29]」こととなったのである。フーコーは、生権力が二つの極を構成するとし、それは身体に関する規律と人口の調整であるという[30]。身体に関する規律は、身体の調教、身体の適性の増大、身体の力の強奪、身体の有用性と従順さとの並行的増強、効果的で経済的な管理システムへの身体の組み込みなど、機械としての身体にフォーカスするものである。一方、人口の調整は生物学的プロセスの支えになる身体に光を当て、繁殖、誕生、死亡率、健康、寿命などに介入し調整する管理を指す。学校や軍隊といった様々な規律制度の発展によって身体管理と生の経営がなされるようになり、身体の隷属化と住民管理を招く。つまり、権力が生命や身体に積極的に働きかけるようになり、生命や身体を管理・経営するようになってきたのである。その結果、公権力が私生活に広く及ぶようになり、公私の境界が曖昧となっていった。

かかる状況は身体の自由に大きな影響をもたらす。経営的観点に基づく人口調整は、国家が産出と配分を決めることにつながり、権力が生殖に関する自己決定に介入していくこととなった。身体規律の場面もまた身体の自由に影響した。学校等を通じた身体状況の把握と望ましい状態に向けた訓練により、身体のプライバシー性が弱められることとなった。

フーコーの生権力はそれ自体がただちに身体の自由を制約するという問題場面を提示するわけではなく、そう

した事態がもたらす身体への影響を考える概念素材を提供するという点で有用である。そしてそれは二〇世紀末に登場した優生思想と親和的であり、それと融合した政策が実践されることによって身体に対して激しい侵襲をもたらすこととなった。優生思想は人種改良や不良遺伝子の根絶を目指して、特定の病気に罹患した者や障害者に対する隔離や強制不妊などといったような直接的な身体侵襲を正当化するのに寄与したのである。

フーコーが提示した生権力の存在はやがて彼が主題化しなかった身体の存在をも浮き上がらせることとなった。それがアガンベン（Giorgio Agamben）のいう剝き出しの生であり、ホモサケルの存在である[31]。アガンベンはフーコーの生権力とシュミット（Carl Schmitt）の主権論を連鎖させることでホモサケルの存在を浮かび上がらせた[32]。すなわち、法の停止や法の外あるいは法の地平では把握できないものとして議論されてきた例外状態をめぐる議論に対し、生きているものを法に結びつけると同時に見捨ててしまうような関係を生政治として捉え、それを例外状態に関連づけたのである[33]。

アガンベンは、生きている存在を指すゾーエーと生き方を指すビオスという言葉を用いて生を語っている[34]。アガンベンによれば、生きているだけのゾーエーは剝き出しの生であり、それが政治化されたことが近代における根本的変化であったとする。この描写はフーコーの生権力に近いといえるが、アガンベンはそこで法から排除された特定の身体の存在を指摘する。それがホモサケルである。ホモサケルは、人間の法からも神の法からも排除された存在であり、その身体は殺害可能でありながら犠牲になしえない[35]。ホモサケルは法の例外である。すなわち、「それは、例外状態において法を宙吊りにし、それによって例外状態の内に剝き出しの生を含みこむ、主権的決定の圏域である[36]」。主権による例外化の内に捉えられてはじめて生が聖なるものとなり、それは剝き出しの生が法的―政治的次元に含みこまれる原初的形式であることを表している[37]。それは、ある意味、法が捉えきれない存在を例外状態によって締め出すことで法の内に包み込むという[38]、逆説的な論理展開である。

アガンベンはホモサケルの例として強制収容所における被収容者や難民をその典型として挙げている。[39] とりわけ、アウシュヴィッツ収容所に収容された者が尊厳を失いながらも生きている状態をホモサケルの例として描写している。そこでは、生と死、人間的なものと非人間的なものが不分明な形で立ち現れており、閾に着目した議論が展開されている。[40]

アガンベンのホモサケルの議論は、身体拘禁や身体侵襲といった身体の自由に対する著しい侵害を甘受せざるをえない者が存在することを示している。それは平時においても存在しうる。すなわち、奴隷や移民などの存在である。かれらの存在は憲法の権利保障の対象外に置かれることも少なくない。かれらは、強制労働や強制収容のような形で身体の自由が制限され、特に奴隷は尊厳が踏みにじられることになる。

さらに、近時の科学技術の発展はリスク社会を招聘し、それもまた身体の自由に影響を与えることとなった。リスク社会は科学技術を駆使することでそれまで回避不可能だった危険を計算可能なリスクに置き換えて、選択可能な状況を創出する。[41] つまり、リスクコントロールが可能になった社会である。それは行政国家化と自己責任化を同時に推し進める結果となる。リスクを計算できる以上、国家、とりわけ行政はその損害を低く抑えることが要請されることになり、様々な社会場面で対応を求められるようになる。他面、自己で引き受けざるをえないリスクも当然存在し、リスクを認識できる以上、その損害を受ける者は自身でその責任を負うことになる。このような自己再帰性をもたらすリスク社会は身体に対しても自己責任化を求めることとなる。しかし、技術の発展がもたらす社会にすべての人が適切に対応できるわけではなく、また自己の望むような選択ができるとも限らない。あるいは、何かサービスを利用するために自己の重要な利益を差し出す選択を迫られることもありうる。たとえば、諸々の自己情報を登録しなければインターネットサービスを受けられないといったようなことである。

とりわけ、公権力の保護義務が明確に要請される領域と自己責任が明確に要請される領域との狭間が存在する

ことに刮目すべきである。巨大資本や一部の特権階級がその領域を支配するとき、個人は新たな形で身体の自由を制限されるかもしれない。

このように、身体の自由は自然権の一つとして提唱されて保護の対象となったものの、国家権力や社会権力の拡大により身体の自由がなおも危険にさらされる可能性が大きいことがわかる。生政治による身体規律、ホモサケルの存在、リスク社会における身体の自己責任化は身体の自由が危機にさらされていることを如実に物語っている。また、身体の自由の問題として主題化されていない事柄にも身体の自由の問題が潜在している。たとえば、中絶や隔離といった憲法問題は身体の自由に影響をもたらす点に目を向けるべきであるとの指摘もなされるようになっている[42]。このように、歴史ある身体の自由がなお不安定な状態にあるとすれば、その実質的保障をはかるためにはやはり憲法的保障が不可欠である。そこで次に、日本国憲法では身体の自由がどのように保障されるのかについて考察する。

Ⅱ　日本国憲法における身体の自由

1　憲法制定過程

まずは、憲法制定過程において身体の自由に関する規定があったかどうか、またそれに関連する規定や議論があったかどうかを確認する。大日本帝国憲法には身体の自由に言及した規定はなく、刑事手続規定[43]は存在していたものの、そもそも法律自体が権利保障を実践するには不十分なものであり、場合によっては法律によらずに勅令によって対応することも可能だった[44]。また、居住移転の自由に関する規定[45]も存在したが、法律の留保がついていた。そこで日本国憲法では実効的権利保障をはかるための改正が行われることになった。

日本政府が設けた憲法問題調査委員会では身体の自由に関する議論がほとんどなかった。一九四六年二月八日に委員長である松本烝治国務大臣がGHQに提出した憲法改正要綱には権利に関する法律の留保をなくす規定を置いたものの、身体の自由または人身の自由に関する規定は設けられず、また幸福追求権や適正手続規定も設けられていなかった[46]。

すでに独自の草案作業に着手していたGHQは二月一三日にGHQ草案を日本側に提示し、それには幸福追求権や刑事手続に関する規定が含まれていた。このGHQ草案には、「第十二条　日本国ノ封建制度ハ終止スヘシ一切ノ日本人ハ其ノ人類タルコトニ依リ個人トシテ尊敬セラルヘシ一般ノ福祉ノ限度内ニ於テ生命、自由及幸福探求ニ対スル其ノ権利ハ一切ノ法律及一切ノ政治的行為ノ至上考慮タルヘシ[47]」と「第三十三条　人民カ其ノ身体、家庭、書類及所持品ニ対シ侵入、捜索及押収ヨリ保障セラルル権利ハ相当ノ理由ニ基キテノミ発給セラレ殊ニ捜索セラルヘキ場所及拘禁又ハ押収セラルヘキ人又ハ物ヲ表示セル司法逮捕状ニ依ルニアラスシテ害セラルルコト無カルヘシ。各捜索又ハ拘禁若ハ押収ハ裁判所ノ当該官吏ノ発給セル格別ノ逮捕状ニ依リ行ハルヘシ[48]」が入っていたのである。自由一般を保障する一二条には身体の自由も含まれている可能性があり、令状主義を定める三三条には直接「身体」という言葉が盛り込まれている。アメリカ憲法においても、刑事手続を定めた修正四条には「身体」という言葉が入っており[49]、それを参考にした可能性がある。

GHQ草案を受け、政府はいわゆる三月二日案を作成した。前述の規定に対応する条文は、「第十二条　凡テノ国民ハ個人トシテ尊重セラルベク、其ノ生命、自由及幸福ノ追求ニ対スル権利ハ公共ノ福祉ニ牴触セザル限立法其ノ他諸般ノ国政ノ上ニ於テ最大ノ考慮ヲ払ハルベシ[50]。」と「第二十八条　凡テノ国民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ其ノ生命若ハ身体ノ自由ヲ奪ハレ又ハ処罰セラルルコトナシ。［後段略］[51]」である。もっとも、GHQ草案三三条に含まれていた令状主義の規定は別の条文に移され、二八条では適正手続規定の保障に近い形となっている。

その後、GHQとの交渉と修正を経て、憲法改正草案要綱が作成された。上記の規定については、「第十二　凡テ国民ノ個性ハ之ヲ尊重シ其ノ生命、自由及幸福希求ニ対スル権利ニ付テハ公共ノ福祉ニ牴触セザル限リ立法其ノ他ノ諸般ノ国政ノ上ニ於テ最大ノ考慮ヲ払フベキコト」[52]、「第三十　何人ト雖モ国会ノ定ムル手続ニ依ルニ非ザレバ其ノ生命若ハ自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ヲ科セラルルコトナカルベク何人モ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルノ権利ヲ奪ハルコトナカルベキコト」[53]、「第三十一　国民ガ其ノ身体、家庭、書類及所持品ニ付侵入、捜索、拘禁及押収ヲ受ケザル権利ハ相当ノ理由ニ基キ且捜索スベキ場所及拘禁又ハ押収スベキ人又ハ物ヲ明示スル令状ヲ発スルニ非ザレバ侵サルルコトナカルベキコト［後段略］」[54]とされ、適正手続に関する条文（三〇条）では「身体」が姿を消し、令状主義に関する三一条に「身体」という言葉が残された。

ところが、口語化を経て四月一七日の憲法改正草案の段階になると、逮捕令状と捜索・押収令状の条文が分けられ、ここでも「身体」という言葉が削除される結果となった。すなわち、適正手続規定である「第二十八条　何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」[55]は引き続き「身体」が姿を消したままで、さらに「第三十条　何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」[56]、「第三十二条　国民が、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三十条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。［後段略］」[57]となり、憲法条文から「身体」の言葉が一切なくなったのである。なお、一二条については、「第十二条　すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、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。」[58]とされ、結局ここに「身体」が挿入されることはなかった。

憲法改正案が枢密院に諮詢された際、枢密院委員会記録には、林頼三郎顧問官が佐藤達夫法制局次長に対して、「身体」という言葉が消去された理由を問うている場面がある。左記はその一場面である。[59]

林　三二条によると住居、書類、所持品に限つてゐるが、何故身体を除いたか。要綱にも英文にもあるのに何故除いたか。

佐藤　要綱にはあつたが、そこでは、拘禁もあつた。身体は拘禁のみについて考へた。後に重複すると考へて身体と拘禁をとつた。身体の捜索関係は、所持品で出て来る。所持品以外の関係では他の原則が出て来る。

林　その場合働く規定とは何か。

佐藤　二八条系統のものが働くと考へる。

林　私は二八条はここには出て来ないと思ふ。身体が拘禁に関係するなら、三一条[60]の問題である。

この議論を踏まえると、令状主義の箇所で身体と物が混在していたため、逮捕令状と捜索・押収令状の条文を分ける必要があり、その際にいずれにおいても「身体」を削除し、身体と拘禁の関係は適正手続規定で対応する趣旨であるということになる。

また、枢密院審査や帝国議会における審議への対応として、法制局が各条文の説明と想定質問に対する答弁に関する資料を作成しており、そこでも身体の自由に関する説明がみられた。

そこには二八条（当時）に関する問いと答えが記載されており、次のような内容となっている。[61]

問「本条に於て身体権に付規定せざる理由如何」

答「本条に謂ふ自由は、身体の自由を含む趣旨でありまして、従て廣く身体権のことを含んで居る趣旨であります」

問「本条の『自由』の範囲如何」
答「此れは廣く身体的自由は勿論精神上の自由をも含んで居ります。その主たるものは第十六条乃至第二十一条等の各本条に規定致して居ります」

ここでも、身体の自由については二八条の適正手続規定でカバーすることが述べられており、さらにその範囲については身体のみならず精神上のものも含むとされている点が重要である。それは個々の権利規定[62]に係ることを念頭に置いていることからすると、個々の権利の前提として身体の自由が存在しなければならず、それが二八条によって保障されると考えていることがうかがえる。

2 学説上の理解

これまで、憲法学は身体の自由の問題について身体拘束の場面を中心に考えてきたといえる。これにはいくつかの理由が考えられる。専制主義の時代においては不当な逮捕・監禁・拷問や恣意的な刑罰によって人身の自由が侵害されてきた経緯があり、そうした過去の歴史的教訓を踏まえて近代憲法は人身の自由を保障する規定を設けるようになり、とりわけ日本国憲法は一八条および三一条に規定を設けるなど、比較憲法的に見ても詳細な規定を設けていると指摘される[63]。その結果、身体の自由は人身の自由に置き換える形で論じられることが多く、そこでは一八条や三一条の問題として取り上げられてきた[64]。

たとえば、渋谷秀樹は、一八条を軸にしながら、刑罰の場面においては三一条の問題として捉えている。そこで軸となるのは一八条の奴隷的拘束の禁止と「意に反する苦役」である。渋谷によれば、奴隷的拘束とは、奴隷とみなされる使用・収益・処分の一つ以上の客体とされ、「自由意思に基づく行動が封殺され、とりわけ自由意思によるその状態からの離脱が現実的には不可能となっている身体の拘束状態（隷属状態）」を指すという[65]。そ

の禁止は本人同意がある場合や私人間の場合であっても規律対象となる。「意に反する苦役」は強制労働を指し、刑事罰の場合を例外とすることになる[66]。刑事罰の場面では三一条が対象となるが、それは刑罰に限らず、「本条が念頭に置く自由は、本来身体の自由と考えられるので、患者の強制収容のように人の身体に直接有形力を行使する処分」にも適用されるとする[67]。ここでは主に身体拘束を念頭に置いた自由として取り上げられており、いわゆる人身の自由として取り上げられているといえる。

もっとも、人身の自由は、災害時労役や娼婦契約などの場面において一八条の問題が生じうるものの、実際に問題となるのは三一条関係が多い。すなわち、刑事手続上の身体拘束の問題に加え、不法入国関係の強制収容[68]、麻薬関係の強制入院[69]、精神障害関係の強制入院[70]、感染症関係の強制入院[71]などの行政手続に三一条が準用されるかどうかという問題が取り上げられることが多く[72]、人身の自由の問題は主に刑事手続上の問題に収斂されることとなった。

そのことは先述したような憲法制定過程の経緯とも親和的な側面がある。枢密院審査や想定問答が身体の自由は適正手続規定に含意されていると意図していたことを踏まえると、人身の自由の問題として刑事手続の場面を中心に考えていくとするアプローチはそれに適っていると考えられるからである。

他面、想定問答で言及されていたように、個別の権利規定の中に身体の自由が含意されているとすれば、刑事手続の場面だけでなく、それらの権利が問題になる場面における身体の自由の問題も考えなければならない。さらにいえば、想定問答では「十六条乃至第二十一条等」と述べているので、それ以外の権利規定にも身体の自由が関わる余地がある。

ところが、想定問答は身体の自由の根拠を適正手続規定に求めていたため、個別の権利において身体の自由が関わりうる問題があるとしても、結局刑事手続が関わる場面を中心に考える結果を招いたといえる。

一方、身体の自由が問題となる場面につき、刑事手続に限らず、一三条の適用可能性を考えるアプローチがある[73]。佐藤幸治は、一三条が保障する幸福追求権につき、人格的自律の存在としての自己を主張しそのような存在であり続けるための包括的権利を保障したものと位置付けた上で、その補充的適用の対象として生命・身体の自由があるとする[74]。佐藤によれば、従来は生命・身体の自由は犯罪捜査や処罰との関係で問題とすれば事足りてきたが、「……公害により生命・健康が脅かされ、あるいは社会を支える宗教的な感情の変化や科学技術の進歩などにともなって、生と死との区別が曖昧となり、脳死や尊厳死が個人の自由（自己決定）の問題として語られるようになると、生命・身体の自由もより広い文脈で捉えなければならないこととなる[75]」とし、環境権や自己決定権の文脈で関わるとしている。また、土井真一も、一八条や三一条以外に身体の自由の問題が登場する場面では一三条後段の保障を及ぼすべきであるとした上で、身体侵襲を伴う医療行為、髪型の規制、シートベルトのような身体保護目的の規制などは一三条に基づく身体の自由に関わる問題として捉えることができると述べている[76]。芦部信喜も、基本書では「身体の自由」と「人身の自由」を互換的に用いながら一八条と三一条の問題として取り上げているが[77]、別の書籍では生命・身体の処分に関する自己決定権に言及しており、一三条が身体の自由に関わる場面があると考えていたといえる[78]。

このように、身体の自由に関する学説は、主として一八条と三一条を基にした人身の自由と身体の自由を同義に捉えながらも、一八条および三一条に加えて、一三条の補充的適用の対象としての身体の自由や自己決定権の行使の一場面になると考える見解が有力になっている。ただし、身体の自由と身体に関する自己決定権の関係をどのように捉えるかについては論者によって異なり、必ずしも明確に区別されないこともある。たとえば、身体の自由は一八条や二二条以外の場面では一三条の幸福追求権の範囲に含まれることになるが、身体処分が問題となる場面では輸血拒否などの行為が自己決定権との関係で表出したものと解することもできるとする見解がある[79]。

3　憲法条文の比較検討——日米比較を通して

憲法制定過程をみると、二八条（改正案当時）の適正手続保障を包括的権利の根拠とみなしているような節がある。というのも、適正手続規定が身体の自由を含み、その身体の自由は広く精神的自由を含み、個別の権利でも保障されているとしているからである。

このような理解は、アメリカ憲法の修正一四条の機能を念頭に置いていた可能性がある。特に修正一四条一節はデュープロセス（適正手続）について定めており、連邦最高裁では強制不妊をめぐる問題が修正一四条違反となるかどうかについて争われてきた[80]。つまり、デュープロセス条項に基づく身体の自由が問題とされてきたのである。とりわけ、適正手続の保障という点では日本国憲法改正案当時の二八条に近い。実際、条文を比べると、修正一四条一節は「いかなる州も、法の適正な手続によらずに、何人からも生命、自由、又は財産を奪ってはならない」と規定し、日本国憲法改正案二八条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定しているので、適正手続の保障という点では共通している。改正案二八条は刑事手続を念頭に置いた規定であったものの、修正一四条一節のように機能する余地もあったため、憲法制定過程において適正手続を根拠にした身体の自由は刑事手続以外の場面でも広く包括的権利として機能することを予定していたと考えられる。

もっとも、アメリカでは戦後修正一四条一節が軸となって中絶の権利などの実体的権利が産出される一方で[81]、日本ではむしろ一三条にその役割を担わせる形で展開していった。というのも、現行憲法三一条（改正案当時の二八条）には修正一四条一節のような「適正な」（due）という言葉が存在せず、また三一条は主として刑事手続を念頭に置いた規定であることを踏まえると、憲法一三条を包括的権利の根拠規定と考える方が自然だったといえるからである。

また、アメリカでは修正一四条以外にも身体に関わる条文が整備されていることに注意を払う必要がある。まず、刑事手続については、不合理な捜索や逮捕などを禁止する修正四条や二重の危険を定める修正五条のように「身体」を明記する条文が存在する。さらに「身体」を明記しないものの、奴隷的拘束を禁止する規定[82]、人身保護令状の規定[83]、私権剝奪を禁止する規定[84]も存在し、様々な角度から身体の自由を保障している。

こうした規定の存在は、専制国家において恣意的な刑罰権の行使が実践されたことに対する警戒や奴隷制度の反省が込められるなど、歴史的背景に起因していることがうかがえる。したがって、アメリカ憲法ではもともと身体の自由を意識的に手厚く保護する狙いがあったかどうかは定かではないものの、少なくとも結果的にはそうした側面がにじみ出る構造になっており、実際にも身体の自由に関する判例法理が展開していくことになる。ただし、人身保護令状を除けば、その展開は主に修正一四条を中心として展開することになる。修正一四条のデュープロセス条項は包括的権利を保障する基盤として展開したため、身柄の裁判所への移送という局所的機能を念頭に置いた人身保護令状を除く身体の自由一般に関する問題は修正一四条が引き受けることとなったからである。

そうなると、包括的権利の保障という点では、むしろアメリカ憲法の修正一四条と日本国憲法の一三条に共通性があり、日本において一三条を中心に身体の自由の問題が展開しても不思議ではない。というのも、一三条が身体の自由をも保障しているとすれば、それは一八条や三一条の場面に限らず、強制不妊の問題、ワクチンを含む薬物投与の問題、中絶の問題、精神病患者の入院措置、感染症患者の隔離の問題など、身体的侵襲を伴う問題や身体に関する自己決定が関わる問題を対象に含みうるからである。

4　身体の自由

憲法制定過程および学説の展開を踏まえると、身体の自由は、奴隷的拘束や意に反する苦役、刑事的拘束や恣

意的な刑罰からの自由を要求する人身の自由、二二条の移動の自由、それ以外の場面で身体への制約が問題となる憲法一三条に基づく自由の側面があるといえる。人身の自由を中心とする学説は必ずしも憲法一三条との関連で問題となる身体の自由を排斥しているわけではないように思われることからすれば、次のように位置付けられる。すなわち、身体の自由は、広義においては、憲法一三条、一八条、二二条、三一条に根拠を置くものとして理解することができる。そして問題となる文脈に応じて対応条文が異なってくる。奴隷的拘束やその意に反する苦役であれば一八条、居住・移転関係であれば二二条、刑事手続関係であれば三一条、それ以外の場面であれば一三条となる。

それでは、このような身体の自由をどのように定義すればいいだろうか。一三条、一八条、二二条、三一条について個々の文脈に応じた定義をするのか、それともすべてを包括する形の定義をするのかという問題がある。個別に考えるとすれば、一八条は身体的拘束と身体的労苦、二二条は移動の自由、三一条は身体的拘束と恣意的刑罰、一三条はそれ以外の身体的拘束や身体的侵襲、さらには身体に関する自己決定などを含むことになろう。これらを包括的に定義するとすれば、身体的拘束、身体的侵襲、身体的刑罰からの自由および身体的行動その他身体に関する自由ということになろうか。あるいは、一三条以外の身体に関わる自由は個々の条文によってある程度明確化していることから、身体の自由の定義は一三条について行えば足りるというアプローチもありえよう。たとえば、中山茂樹は、一八条等の特別規定の存在を踏まえた上で、「公権力によって身体的侵襲を加えられないという一般的な身体に対する権利」が一三条によって保障されるとする[85]。この定義は後述する判例の「身体への侵襲をうけない自由」に近いものといえる。

Ⅲ　判例における身体の自由

1 「身体への侵襲をうけない自由」の発露

「身体への侵襲をうけない自由」を最高裁大法廷の法廷意見レベルで初めて正面から認めたのは性同一性障害手術要件違憲決定（二〇二三年決定）であるが、それ以前にそうした自由または権利がまったく判例や裁判例に登場しなかったわけではない。下級審レベルでは、優生保護や刑事捜査の場面で規制の肉体的・身体的侵襲という性格に言及しながら規制の合憲性を判断するケースがあった。

（1）身体的侵襲への言及

まずは、一九六九年の生殖腺除去手術優生保護法違反事件判決[86]が挙げられる。この事件は、優生保護法二八条が「故なく」生殖不能手術等を行うことを禁止していたところ、医師が性的倒錯者の求めに応じて生殖腺除去手術を行ったことが同法等に違反するとして起訴されたものである。被告人は生殖腺除去手術規制が憲法一三条に基づく性的自由を侵害していると主張したので、同法の合憲性が一つの争点となった[87]。東京地裁は性的自由が幸福追求権と密接に関わるとした上で、「……第二八条は同法第三条、第四条、第一四条に掲げられたような特殊な場合においてさえも公共の福祉の見地から最少限度の肉体的侵襲により法の所期する目的を達しようとするものであるから、むしろ性的自由をできるだけ保障しようとするものでこそあれ、性的自由を抑圧しようとするものでない[88]」とし、しかも絶対的に禁止しているわけではないとして合憲判断を下した[89]。ここでは直接身体の自由が問題になっているわけではないものの、優生手術等に際して「最少限度の肉体的侵襲」によることがむしろ性的自由の保障に寄与しているとしており、肉体的侵襲については最小限度の措置であることが重視されていると

いえる。

（2）刑事捜査における身体侵襲

次に、警察官によるＤＮＡ採取が身体侵襲を伴うものであり、身体的利益またはプライバシーを侵害しうるものとした二〇一九年の知的障害者ＤＮＡ採取違法事件判決[90]を挙げることができる。この事件は、警察官が知的障害者の取り調べに際して、知的障害ゆえに口腔内細胞のＤＮＡ採取について有効に同意する能力を欠いているおそれがあったことを認識していたにもかかわらず、プライバシーへの配慮などを行わなかったこと（余罪捜査のために必要であれば令状を請求するなど）が違法であるとして国家賠償請求訴訟が提起されたものである。神戸地裁は、「特定の個人のＤＮＡ型の判別を目的としてその者の口腔内細胞を採取する捜査は、身体への侵襲を伴う上、当該細胞（資料）を専門の学識経験に基づいて解析することにより、遺伝情報という個人に関する情報（個人の機微にわたる情報）を明らかにするものであるから、私的領域に侵入する捜査手法であって、身体検査（刑訴法二一八条）又は鑑定処分（刑訴法二二三条以下）の性質を有する行為であると解される。そうすると、本件採取により侵害される原告の利益は、身体的利益又はプライバシーであると解される[91]」とした上で、警察官の説明を受けて原告は自ら口腔内に棒状の採取キットを入れて採取したものであり、それは「原告の口腔内の皮膚の表面の一部を剝離するにとどまり、医学的に危険な行為とはいえず、肉体的な苦痛を伴うものでもなかったから、これによる身体への侵襲の程度は大きいものではなかった[92]」ので、自己の身体に同侵襲が加えられることについては有効に同意していたということができるものの、プライバシーについては原告がプライバシーや遺伝情報という抽象概念の内容や価値を理解する能力を欠いていたことから本件採取に有効に同意していたということはできないとし、それに配慮しなかったのは注意義務違反に当たるとして、原告の請求を一部認めた。ここでは、ＤＮ

A採取が身体への侵襲を伴う身体検査または鑑定処分に当たり身体的利益とプライバシーの両方に関わるものの、身体的利益とプライバシーの特性に応じて両者を分けながらその侵害性を判断した点が注目される。身体的利益については侵襲の程度と同意の有無に着目し、プライバシーについては遺伝情報の価値の理解に基づく同意の有無に着目して判断された。身体侵襲は両方の利益に関わる行為であるが、利益の実体については身体の自由（身体的利益）とプライバシーの権利を分けたのである。そして身体の自由については侵襲の程度だけでなく、同意の有無も重要な要素となっており、部分的に自己決定的要素が垣間見える形になっている。

2　強制不妊と身体侵襲——下級審

身体的侵襲の典型事案は強制不妊である。一九四八年に制定された優生保護法が一九九六年に廃止されるまで多くの強制不妊が実施されてきた。二〇一八年に宮城県の女性が優生保護法に基づく強制不妊に対する国家賠償請求訴訟を提起して以来、同様の請求の訴訟が各地で提起されており、強制不妊の合憲性や除斥期間の適用が主な争点となり、下級審の中には身体的侵襲に言及する判断が増えてきた。

たとえば地裁レベルでは、強制不妊違憲訴訟東京地裁判決[93]が次のように述べている。「原告は、本件優生手術によって、身体的な侵襲を受けるとともに、男性としての生殖機能を回復不可能な状態になるまで侵襲されたものと認められ、これによって、実子をもつかどうかについて意思決定をする余地が強制的に奪われ、必然的に、そのような意思決定を前提とした生涯を送る機会も奪われるとともに、そのような意思決定ができないことを前提とした生涯を送ることを余儀なくされることとなったということができる。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保護されるべきことを規定しているものであり、実子をもつかどうかについて意思決定をすることは、当然、同条により保護されるべき私生活上の自由に当たるものと解される。これを、原告が

主張する『リプロダクティブ・ライツ』ないしそれに包摂される概念というかどうかはともかく、本件優生手術は、少なくともこのように憲法で保護された原告の自由を侵害するものといえる[94]」。判決は、強制不妊によって身体的侵襲を受け、子を持つかどうかの意思決定が強制的に奪われたとして、私生活上の自由（リプロダクティブ・ライツ）を侵害するとしているので、身体的侵襲と自己決定の侵害をあわせてリプロダクティブ・ライツの侵害と捉えているようにみえる。そして、結果として自己決定が侵害された点を重視していることやそこで仮定されているリプロダクティブ・ライツは自己決定的側面が強いことからすると、この判決が想定する権利が自己決定権であり、それを侵害する行為が身体的侵襲を伴うものであったという理解に立脚しているように思われる。

一方、同事件の控訴審判決（強制不妊違憲訴訟東京高裁判決[95]）は両者を区別して判断している。判決によれば、「憲法一三条は、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利が保護されるべきことを規定しているところ、子をもうけるか否かについて意思決定をする自由は、幸福追求に対する権利の一内容を構成する権利として同条により保障されている。また、その意に反して身体への侵襲を受けない自由も、同様に同条により保障されていることも明らかである[96]」という。すなわち、憲法一三条に基づき、自己決定権と身体侵襲を受けない自由の両方が認められるとしているのである。そして、「優生保護法の優生条項のうち、四条による優生手術及び一二条による優生手術に係る部分は、本人及びその配偶者の同意を要しないものであり、子をもうけるか否かについて意思決定をする自由を一方的に奪い、その意に反して身体に対する侵襲を受けさせるものであるから、憲法一三条に違反することは明らかである[97]。」としており、侵害についても自己決定権と身体侵襲を受けない自由とに分けて判断し、本件では両方を侵害するものとした。

もっとも、強制不妊違憲訴訟札幌高裁判決[98]はこの区別についてやや不明瞭な判断を行った。同判決は一審判決をほぼ引用し、「旧優生保護法四条ないし一三条の本件各規定は、精神病等の特定の疾患を有する者に対し、本

人の同意を要件とせず、医師の申請及び都道府県優生保護審査会の審査のみで、生殖を不能にさせることができる旨定めていたものであって、子を産み育てるか否かについての意思決定の自由を直接的に侵害するものである。しかも、その方法は、手術という高度に身体的な侵襲［高度な身体的侵襲］[99]によるものであって、本件各規定による侵害は、この点においても直接的であり、暴力的とさえいうべきものである。[100]」と述べた。この判示をみると、自己決定権が侵害されたことは明らかであるが、身体的侵襲についてはその侵害態様として述べており、身体侵襲を受けない自由等については言及していない。そして国賠法上の違法性の判断の際には、「本件各規定に基づく優生手術を受けさせられ、高度な身体的侵襲を受けた上、これによって生殖能力を不可逆的に喪失し、子をもうけるか否かについての意思決定をする自由を侵害されたものである。[101]」と述べている。ここでは、高度な身体的侵襲の結果、生殖能力を失うこととなり、ひいては自己決定権を侵害するとしている。つまり、身体的侵襲は必ずしも独立の自由または権利としてみなされていない可能性があるといえる。

また、強制不妊違憲訴訟大阪高裁判決[102]も「本件各規定は、このように立法目的の合理性を欠いている上、手段の合理性をも欠いており、特定の障害等を有する者に対して優生手術を受けることを強制するもので、子を産み育てるか否かについて意思決定をする自由及び意思に反して身体への侵襲を受けない自由を明らかに侵害するとともに、特定の障害等を有する者に対して合理的な根拠のない差別的取扱いをするものであるから、公共の福祉による制約として正当化できるものではなく、明らかに憲法一三条、一四条一項に反して違憲である。[103]」とし、自己決定権と身体侵襲を受けない自由を区別している。この判決はさらに「……被害は、このような身体への侵襲及び身体的機能の喪失というにとどまらない。すなわち、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』ことを目的とし、本件各規定において、本人の同意なく優生手術の対象となる障害ないし疾患を有する者を特定・列挙するものであるところ、……優生手術を受けさせられた者は、旧優生保護法の下、一方

的に『不良』との認定を受けたに等しいと言わざるを得ない。制定法に基づくこのような非人道的かつ差別的な烙印ともいうべき状態は、……個人の尊厳を著しく損ねるもので、違法な立法行為による権利侵害の一環をなすものであ[104]」るとし、上記二つの権利侵害にとどまらず、尊厳をも侵害するものであるとした。

強制不妊違憲訴訟仙台高裁判決[105]もまた自己決定権と身体侵襲を受けない自由を区別するアプローチをとり、さらに尊厳の侵害にも言及した。判決は、「旧優生保護法の優生条項の内容は、都道府県優生保護審査会の決定に基づいて、本人の意思によらずに身体への侵襲を伴う手術により不可逆的に生殖を不能にするというもので、個人の身体への侵襲を受けない自由や尊厳、子を産み育てるか否かを意思決定する権利を侵害するものであるとともに、極めて大きな精神的、肉体的苦痛を与えるものであって、著しく不合理なものである[106]。」としたのである。

3　生殖腺除去手術と身体侵襲

(1)　二〇一九年決定

冒頭で述べたように、最高裁大法廷が憲法一三条に基づき身体の自由（身体への侵襲を受けない自由）を正面から認めたのは、二〇二三年の性同一性障害手術要件違憲決定であった。この事件は、性同一性障害特例法[107]三条一項四号[108]がいわゆる生殖腺除去手術要件を課していたことから、法的な性別変更を望む場合には生殖腺除去手術を受けなければならないこととなり、それが本人の意思に反して身体への侵襲を事実上強制するのではないかという点が問題となり、同規定の合憲性が争われたものである。

四年前の第二小法廷の決定は同規定を合憲と判断していたが、すでにそのときにも同様の自由の存在に言及していた。二〇一九年の性同一性障害手術要件合憲決定（以下、「二〇一九年決定」という[109]）は、「本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、上

記手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない。[110]」と述べていたのである。

「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」というフレーズは、二〇二三年決定が認めた「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」とほぼ同じ文言である。[111] ただし、二〇一九年決定はこの権利がいかなる憲法条文を根拠として導かれるのかを明らかにしていない。結論部分で、同規定は憲法一三条および一四条に違反しないと述べたことを踏まえると、憲法一三条に関連することが推察されるが、少なくとも決定文上はそれが明らかであるとはいえない。

この点については鬼丸かおる裁判官と三浦守裁判官の共同補足意見が憲法との関係を説明している。共同補足意見は、「このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法一三条により保障されるものと解される。[112]」と述べている。つまり、「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」は憲法一三条から導出される権利であることが示されているのである。補足意見が法廷意見と同じフレーズを用いていることに加え、補足意見も「当該手術を望まない場合であっても、本件規定により、性別の取扱いの変更を希望してその審判を受けるためには当該手術を受けるほかに選択の余地がないことになる。[113]」ことを踏まえてこの自由に言及していることを踏まえると、補足意見は法廷意見と同様の権利を想定していると考えられる。しかし、補足意見をしてもなお憲法一三条により保障されると述べるにとどまっており、一三条との具体的関係性は必ずしも明らかにされていない。

そして法廷意見は判決当時の時点では合憲と判断したものの、「これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきである[114]」と述べており、将来の変更可

能性を予期させるような判示をしている。[115] それは憲法適合性の結果のみならず、身体の自由に関する判断も将来的に展開する可能性をはらんでいたといえる。

もっとも、二〇二三年決定が下される前に、性同一性障害者のトイレ利用に関する経産省性同一性障害判決[116]において身体侵襲に言及する補足意見があった。宇賀克也裁判官の補足意見は「性別適合手術は、身体への侵襲が避けられず、生命及び健康への危険を伴うものであり、経済的負担も大きく、また、体質等により受けることができない者もいるので、これを受けていない場合であっても、可能な限り、本人の性自認を尊重する対応をとるべきといえる。[117]」と述べた。ただし、ここでも身体侵襲という制約の側面に言及するにとどまっており、憲法一三条との関係については二〇二三年決定を待つこととなった。

（2） 二〇二三年決定

二〇二三年決定は、大法廷が「身体への侵襲を受けない自由」に言及した重要な決定である。法廷意見は、「憲法一三条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、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。』と規定しているところ、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由（以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。）が、人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されていることは明らかである。生殖腺除去手術は、精巣又は卵巣を摘出する手術であり、生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲であるから、このような生殖腺除去手術を受けることが強制される場合には、身体への侵襲を受けない自由に対する重大な制約に当たるというべきである。[118]」と述べた。

つまり、同決定は、憲法一三条に基づき、人格的生存に関わる重要な権利として身体への侵襲を受けない自由

が認められるとしたのである。[119] そして、生殖腺除去手術は生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲であり、その強制は身体への侵襲を受けない自由に対する重大な制約に当たるとした。

具体的な制約態様については、「本件規定は、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約する[120]」とし、「そして、本件規定による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、上記のような医学的知見の進展に伴い、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対し、身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫るもの[121]」として、「現時点において、その必要性が低減しており、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものということはできない[122]」とし、憲法一三条に違反するとして違憲判断を下し、二〇一九年決定を変更した。

それでは、この権利の侵害に対してはどのような合憲性判断を行うのか、それは自己決定を含むのかなどについて、法廷意見および個別意見をみて考えてみる。

Ⅳ　二〇二三年決定と身体の自由

1　判断構造――合憲性審査

まず、判断構造を確認しておく。最高裁によれば、憲法一三条は人格的生存に関わる重要な権利として身体へ

の侵襲を受けない自由を保障しているところ、本件規定は治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するためには生殖腺除去手術を受けることを余儀なくさせていることが身体への侵襲を受けない自由を制約しているという。また、性自認に基づく法的取扱いを受けることについては、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する者の置かれた状況が既にみたとおりのものであることに鑑みると、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである」[123]とし、それもまた人格的存在と結び付いた重要な法的利益とした。そして本件規制は身体に対する直接的強制ではないとしても、「身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されない」[124]とする。具体的には、「本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法一三条に適合するか否かについては、本件規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断されるべきものと解するのが相当である。」[125]として審査を行った。

まず、規制の必要性についてである。最高裁によれば、本件規定は、性別変更前の生殖機能により子が生まれると親子関係等の面において社会的混乱が起きてしまい、従来馴染んできた生物学的性別に対して急激な形での変化を避ける必要があるとの配慮に基づくものであるとする。しかし、性同一性障害者は少数であること、中には自己の生物学的な性別による身体的特徴に対する不快感等を解消するために治療として生殖腺除去手術を受ける者も相当数存在すること、生来の生殖機能により子をもうけること自体に抵抗感を有する者も少なくないことからすると、生殖腺除去手術を受けずに性別変更審判を受けた者が子をもうけることにより親子関係等に関わる問題が生ずることは、極めてまれなことであると考えられ、また、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法

等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものであり、これまでに親子関係等に関わる混乱が社会に生じたとはいえないことに加えて、特例法の施行から約一九年が経過して一万人を超える者が性別変更審判を受けるに至っている中で、性同一性障害を有する者に関する理解が広まりつつあり、その社会生活上の問題を解消するための環境整備に向けた取組等も社会の様々な領域において行われていることからすると、社会全体にとって予期せぬ急激な変化に当たるとまではいい難いとし、特例法の制定当時に考慮されていた本件規定による制約の必要性は諸事情の変化により低減しているとした。

次に、規制によって制約を受ける権利についてである。最高裁によれば、本法制定当時、性別適合手術は段階的治療における最終段階の治療として位置付けられていたことからすれば、性別変更審判を求める者に生殖腺除去手術を受けることを要件とすることは必要な治療を受けた者を対象とする点で医学的にも合理的関連性を有していたとする。ところがその後医学的知見の進展により必要な治療を受けたか否かは性別適合手術を受けたか否かによって決まるものではなくなり、医学的にみて合理的関連性を欠くに至ったとする。そうした中、本件規定による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、または性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫るものになったとし、さらに生殖能力の喪失を法令上の性別の取扱いを変更するための要件としない国が増加していることをも考慮すると、制約として過剰になっているとした。

その結果、手術の必要性が低減している反面、侵害の程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すると、必要かつ合理的とはいえないとしたのである。

2　自己決定の関連

それでは、ここで登場した身体への侵襲を受けない自由は、どのような内容を形成するのだろうか[126]。これについては、まず文字通り「身体への侵襲」、すなわち直接強制的に身体を侵襲する場合のみを指すのかという問題がある。この点につき、本決定は、直接強制的な場合に限らず、本件のように強度な身体的侵襲の甘受か性自認の法的利益の放棄かという二者択一を余儀なくさせる場合には当該権利の制約になるとしたため、直接強制的に身体的侵襲を受けた場合に限られないことが明らかになった。

（1）制約の構造

もっとも、ここでいう侵害をどのように理解するかについては検討が必要である。最高裁は、「本件規定は、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するものということができ、このような制約は、性同一性障害を有する者一般に対して生殖腺除去手術を受けることを直接的に強制するものではないことを考慮しても、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されない[127]」とした。

ここでは、性自認の法的利益の実現に際し身体的侵襲を伴う負担を課していることを問題視しているようにみえる。いわばその利益に対して違憲な条件を課しているような形になっていることを問題視しているように見受けられる。そうなると、それは身体への侵襲を受けない自由に対する制約というよりも、性自認の法的利益を軸に据えて違憲な条件の法理のような形で対応した方が素直な構造であるように思える。実際、本決定は性自認に応じた法的取扱いを受けることが「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」であるとしており、ストレ

ートにこの重要な法的利益の制約として捉えた方がわかりやすい構造になるように思えるのである。

しかしながら、最高裁はあくまで身体への侵襲を受けない自由に対する制約にこだわった。本決定は、性自認の法的利益の実現のために手術要件を課すことが身体への侵襲を受けない自由を制約するとし、手術が直接的強制ではないとしても、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らして必要かつ合理的でなければ許されないとしたのである。

それでは、なぜ最高裁はこのような構造をとったのだろうか[128]。いくつか理由が考えられるが、ここでは判断構造の軸に関わる二点を挙げておく。一つはそれが権利ではなく法的利益にとどまるという点である。最高裁は、身体への侵襲を受けない自由については人格的生存に関わる重要な権利であるとしたのに対し、性自認に応じた法的取扱いを受ける利益はそれが人格的存在と結びついた重要な法的利益であると述べるにとどめた。したがって、身体的侵襲を受けない権利が制約されているかどうかが権利侵害の構造の軸となり、性自認の法的利益と手術による身体的侵襲を迫る二者択一の法制度が身体的侵襲を受けない権利を制約するという判断構造をとったと考えられるわけである。このことは、本決定が「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するものということができ[129]」、「身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されない[130]」と述べた点にも表れているように思える。

もう一つは、先の点にも関わるが、もし性自認に応じた法的取扱いを受ける利益を軸にするのであれば、それを権利として認める必要があり、その場合には自ら性自認を決定する自己決定権が認められることになりうるという点である。もちろん、正面から自己決定権を認めなくとも、エホバの証人輸血拒否事件判決[131]のように人格権の一内容として意思決定をする権利という形で捉える方法もあるが、その場合でも性自認に応じた法的取扱いは

様々な法制度に依存する側面が少なくなく、また社会構造に広範囲に影響する可能性がある。そのため、それを権利制約の軸に置くこと、ひいては権利として認めることには慎重であったと考えられるわけである。

（2）身体への侵襲を受けない自由と生殖に関する自己決定権

もっとも、身体への侵襲を受けない権利を軸に据えた場合でも、それが自己決定的要素を含むかどうかという問題がある。本決定は生殖腺除去手術という「生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲」を課し、しかも治療を要しない性同一性障害者に対してもそれを課していたがゆえに、それが直接的強制でなくとも、身体的侵襲を制約するものとして扱った。換言すれば、身体に対して強度な侵襲を課す場合は権利の重要性と侵害の強度性をかんがみて、法的利益を受けるための選択肢として設定するだけでその権利を制約するとしたのであり、身体への侵襲を受けない権利自体に自己決定的要素が含まれている可能性がある。ただし、その自己決定的要素は間接的なものにとどまり、その軸は身体的侵襲そのものにあると思われる。

一方、生殖腺除去手術は生殖に関する決定を侵害するものであり、その意味で性自認に関する自己決定というよりも、生殖に関する自己決定に対する制約と捉える方法もあるかもしれない。いわゆるリプロダクティブ・ライツの侵害となる可能性があるということである。宇賀克也裁判官の反対意見はまさにそうした点に言及している。それによれば、「本件規定は、生殖に関する自己決定権であるリプロダクティブ・ライツの侵害という面においても重大な問題を抱える。この点については、前掲最高裁平成三一年一月二三日第二小法廷決定の共同補足意見においても、性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出が、生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらすと指摘されていたところである。リプロダクティブ・ライツについては、身体への侵襲を受けない自由とは別に保障されていると解することもできるが、身体への侵襲

を受けない自由に包摂されるという理解もあり得ると思われる。すなわち、二〇一一年（平成二三年）、ドイツの連邦憲法裁判所は、性別取扱いの変更について生殖能力喪失を要件とする規定を違憲であると判示したが、そこでは、人間の生殖能力は、基本法二条二項によって保護されている身体不可侵の権利の要素であると述べられている。[132]」という。そして、宇賀裁判官は、「身体への侵襲を受けない自由のみならず、本件のように、性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、幸福追求にとって不可欠であり、憲法一三条で保障される基本的人権といえると思われる。[133]」とし、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利が憲法一三条により保障された基本的人権であるとすれば、特例法三条一項の他の規定に関しても、基本的人権への制約が許されるかが問われることになる。[134]」と述べた。

宇賀意見は、生殖腺除去手術の問題につき、生殖に関する自己決定権として捉えるか、身体への侵襲を受けない自由に包摂されるものとして捉えるという二つのアプローチがあることを指摘した上で、さらに一歩進めた上で、性自認に基づく法令上の性別取扱いを受ける権利（以下、「性自認の権利」という）が一三条によって保障されるとした。

宇賀裁判官の意見は五号要件との関係で「反対意見」となっているが、その点はさておき、リプロダクティブ・ライツまたは身体的侵襲を受けない権利のいずれに該当するとしても自己決定的要素が含有されている点、そして性自認の権利を認めている点が法廷意見と大きく異なっている。

Ⅴ　アメリカにおける身体の自由

先述したように、憲法制定過程において「身体」を盛り込もうとしたのはＧＨＱであり、それはもともとアメ

リカがイギリスの専制主義下における身体拘束の苦い経験を繰り返さないために人身保護令状、私権剝奪禁止、刑事手続保障などを設けていたことを反映したものであったといえる。アメリカでは、当初憲法が対象とする身体の自由の場面は右のような局所的場面に限られていたが、コモンローによって身体や財産が保護されてきたこともあり、広い意味での身体の自由が一般社会に承認されていた。そして奴隷制の反省が込められた修正一三条や修正一四条が制定されたことにより、人身の自由が憲法上確立したといえる。

もっとも、憲法上の権利としての身体の自由が判例上確立していくのは二〇世紀以降のことであった。修正一三条等が当初念頭に置いていたのは主に奴隷制の廃止であり、その文脈以外においては合理的な理由があれば身体の自由が制限される余地があった。当初、連邦最高裁はポリスパワーに基づく身体侵襲の合理性を容易に認める傾向にあったが、違憲判断が登場するようになると、刑事手続の場面ではプライバシーや尊厳と絡める形で身体のインテグリティが意識されるようになり、身体の自由の保護が徐々に高まっていった。

アメリカにおける身体の自由に関する判例法理の展開は身体の自由が何を対象とするものなのかを考える際のヒントになると思われるので、以下、判例を概観する。

1　コモンロー上の身体の権利と憲法上の身体の権利

(1)　コモンローにおける展開

実は、アメリカの判例は、今もなお身体に関する憲法上の保護について、十分に法理化できていないと指摘される[135]。たしかに、連邦最高裁において身体的侵襲の文脈で身体のインテグリティが言及されることはあるものの、それを実質的に展開したのは個別意見にとどまっている。

南北戦争前のアメリカにおける憲法上の身体の自由は、人身保護令状や刑事手続など身柄拘束に関わる移送や

手続保障、あるいは私権剝奪禁止による身体や財産の保護などのような限定的場面でしか登場しなかった。そのため、身体の自由という広い概念よりも、個別の場面における身体の保護として位置付けられていたといえる。

一方、一般的な意味における身体の自由は私法上のコモンローによって保護されてきた[136]。かつてウォーレン＝ブランダイス（Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis）が書いた有名なプライバシー論文においても「各人の身体および財産が完全に保護されなければならないのはコモンローと同じくらい古い原理である[137]」と述べられている。

実際、一九世紀末の連邦最高裁判決をみると、身体に関する権利がコモンローによって保護されてきたことに言及するものがある。特に有名なのが、一八九一年の Union Pac. Ry. Co. v. Botsford 連邦最高裁判決[138]である。このケースでは、鉄道乗車中に怪我を負ったことに対して鉄道会社に損害賠償請求をした事案において、鉄道会社側が原告に対して適切な診断と障害の程度を把握するために外科的検査を受けるように要求したことが問題となった。連邦最高裁は、そのような要求はコモンローで認められておらず、裁判所にそのような権限はないとして鉄道会社の請求をしりぞけた。その際、外科的検査の強制が身体に関する権利を侵害するかどうかが一つの争点となり、グレイ（Horace Gray）裁判官の法廷意見は身体の権利について次のように述べた。すなわち、「各人が自己の身体（person）を所有かつ管理し、明白かつ正当な権限に基づく法によらなければ他者による拘束や干渉を受けない権利ほど神聖なもの、またはコモンローによって念入りに保護されてきたものはない。かつてクーリー（Thomas M. Cooley）裁判官が述べたように、〝各人の身体の権利はある種の防御権ということができる。すなわち不可侵なのである[139]〟。」と述べたのである。判決は、身体の権利がコモンローによって保護された神聖不可侵な権利と位置付けたのである。また、身体の権利の内実については、身体を所有および管理する権利と拘束や干渉を受けない権利と述べている。したがって、所有権、管理権、不当に拘束されない権利、不当に干渉されない権利が保障されることになる。身体の文脈に照らせば、身体保持の権利、身体を拘束されない権利、身体侵

襲を受けない権利などが保障されたといえる。

また Botsford 判決は身体の権利が身体侵襲のみならず、他にも侵害される場面があることに言及している。それによれば、「たとえば、身に着けている服だけでなく、身に着けている時計や宝石も、さしあたり、家賃未払、中間手続の担保、債務履行、動産占有回復令状によって差し押さえられない。もっとも、身体不可侵がきわめて強く侵害されるのは強制的に剝奪されたり暴行によって身をさらされたりすることである」[140]という。ここでは、身体そのものにかかわらず、身に着けている物も含まれるとしており、それが強奪されない権利があるとしている。こうしてみると、判決は身体の権利について財産的観点からアプローチしているといえる。

（2） 憲法上の身体の権利

一方、憲法上の身体の自由は、人身保護令状、刑事手続、私権剝奪などの場面を除き、必ずしも十分に保護されていたわけではなかった。身体の自由は修正一四条に基づく自由として保護対象に含まれながらも、当初はそれほど強く保護されていなかったのである。

その典型が強制不妊の問題である。一九世紀末から優生思想がアメリカで流行すると、州によっては障害者等に対して強制不妊が実施されるようになり、まさに身体侵襲の問題が浮上した。ところが、優生思想は司法にも影響していたこともあり、当初、連邦最高裁はかかる強度な身体侵襲よりも強制不妊の必要性を重視する姿勢をとった[141]。知的障害者に対する強制不妊の合憲性が問われた一九二七年の Buck v. Bell 連邦最高裁判決[142]は、社会にとって望ましくない者の子孫が続くことを止めることは公共の福祉に適合するとし、強制不妊を合憲としたのである。

もっとも、第二次世界大戦が始まり、ナチスの優生思想に対する反発が広まると、優生思想に懐疑的な立場が

増えるようになり、一五年後には再び強制不妊の合憲性が連邦最高裁で争われることとなった。一九四二年の Skinner v. Oklahoma 連邦最高裁判決[143]では、二回以上不道徳重罪を犯した常習犯に対する刑罰としての強制不妊の合憲性が争われた。連邦最高裁は、強制不妊がもたらす損害の大きさを重視して判断を行った。連邦最高裁によれば、強制不妊は基本的権利に関わる問題であり、種の存続という重要事項に破壊的影響をもたらし、回復不可能な損害を与えるという。そして本件における強制不妊の合理性について平等の観点から審査し、強制不妊の対象となる犯罪とその対象にならない犯罪との区別に合理性がないとして平等違反の判断を下した。法廷意見は平等の観点から審査したので、強制不妊が身体の自由を侵害するかどうかの判断を行わなかった。これについては、ジャクソン（Robert H. Jackson）裁判官の同意意見が、強制不妊のような生物的実験には尊厳、人格、その他の権利との関係で限界があることに言及した[144]。

Skinner 判決は、身体の自由に対する侵害が重大な憲法問題を惹起することを明らかにした。本件では平等違反のみが審査されたが、法廷意見が述べたように平等のみならず基本的権利にも影響を与えるものである。そのことはジャクソン裁判官の同意意見でも補足説明されており、身体の自由を修正一四条の問題として扱うことの楔が打たれたといえる。

（3） 残忍かつ攻撃の基準

修正一四条に基づく身体の自由が保障され始めたのは刑事手続の場面であった。一九五二年の Rochin v. California 連邦最高裁判決[145]は身体への有形力行使をプライバシー侵害とみなし、修正一四条のデュープロセスに違反するとしたのである。この事件は、警察官が部屋に踏み込んだ際に、容疑者が麻薬の入っている疑いのあるカプセルを飲み込んだため、警察が病院で強制的に嘔吐薬を飲ませてカプセルを吐き出させたところ、モルヒネ

が検出されたため、そのような捜査手法の合憲性が問題となったものである。連邦最高裁は、本件は刑事手続に対して要求される修正一四条のデュープロセスに反した疑いがあるとして審査を行った。フランクファーター（Felix Frankfurter）裁判官の法廷意見は、「上告人のプライバシーに違法に侵入し、彼の口をこじ開けて胃の内容物を無理やり取り出すという捜査手法によって証拠を入手することは鈍感な感性ですらも傷つけるものである」[146]とし、非自発的な自白の使用は、信頼性が低いのみならず、「たとえその自白の中に真実の部分があるとしても、デュープロセスに基づき認められない」[147]とした。そして法廷意見は、捜査手法に関する他の事件との区別に触れつつ、「容疑者から証拠を得るために人間の尊厳を傷つけるような残忍かつ攻撃的な有形力の行使を合法化することはこれまでの判例と整合しない」[148]とした。

このように、Rochin 判決は胃の内容物を強制的に嘔吐させるというような捜査手法がプライバシーを侵害し、修正一四条のデュープロセスに反するとし、特に尊厳を傷つけるような手法は認められないとしたのである。換言すれば、プライバシーや尊厳を損なうような捜査手法で身体侵襲を行うことは修正一四条違反になることが示されたといえる。他面、判決は本件と他の捜査手法とを区別すべきであるとしており、他の有形力を用いた身体侵襲がすべて身体の自由を侵害するわけではない。

2　身体のインテグリティ

（1）社会許容性の指標

その後、連邦最高裁は身体侵襲の手法や程度に留意しながらデュープロセス違反を判断するようになり、その際に身体のインテグリティに言及するようになった。

まず、問題となったのは、飲酒が疑われる者に対して血液検査によるアルコールチェックを行うことが許され

るかどうかであった。一九五七年の Breithaupt v. Abram 連邦最高裁判決[149]では、トラック運転手が事故を起こして重傷を負い、意識不明のまま病院で治療を受けていたところ、警察は車内に酒瓶を見つけたため、医師に命じて血液サンプルを採取させたことが問題となった。州裁判所の裁判では、血液中にアルコールが検出されたこともあり、被告人は有罪判決を受けた。連邦最高裁は、Rochin 判決との区別をはかりながら、当該検査がデュープロセスを侵害するかどうかを審査した。クラーク（Thomas C. Clark）裁判官の法廷意見は、本件は医師の保護下で血液サンプルが採取されただけであり、Rochin 判決と違って残忍でも攻撃的でもないとした。また、意識がない状態で行われたからといって直ちに憲法上の権利を侵害することにはならないとし、デュープロセスを侵害するような身体侵襲について次のように述べた。すなわち、「デュープロセスは、個人的感覚や過敏な人の脈拍計の尺度によって測られるものではなく、一般的経験によって許容可能な行為として織り込まれてきた〝適正かつ公正〟に関する地域全体の認識によって測られるものである。連邦最高裁はこれを基にしてデュープロセスの概念を構築してきた。血液検査手続は日常生活においてありふれたものになっている[150]」としたのである。そして、法廷意見は、「思うに、デュープロセスは、少なくとも、法執行者が犯罪の容疑者から証拠を得ようとする際に、力づくであろうとひそかであろうと、身体に打撃を加えたり、皮膚を傷つけたり、組織を刺したり、体液を採取したりするのを止めなければならないことを意味すると判断すべきである[151]」と述べ、本件ではデュープロセス違反にならないとした。

Breithaupt 判決により、どのような場合に身体侵襲がデュープロセス違反を構成するかについて、一定の指針が示されたといえる。まず、身体に対して残忍かつ攻撃的な有形力を加えているかどうかが主な基準となる。それを判断するにあたり、デュープロセスに基づいて許容されるか否かを検討することになるが、それは個人の主観的感覚ではなく、社会の客観的認識――普段許容されているような手法かどうかなど――に基づいて行われ

る。そして、身体に打撃を加えたり、皮膚を傷つけたり、組織を刺したり、体液を採取したりするような方法は許されないことが提示された。

この社会許容性の指標は、殴打や穿孔といった一般に許容されていないような有形力の行使を認めないという点で、一般的な身体侵襲に対しては有効な物差しであるように思える。しかしながら、それは身体所有者の内面や意識の状態を考慮していないため、精神的侵襲が許容される可能性があり、また本件のように意識のない状態であっても許容されうることになってしまう。ダグラス（William O. Douglas）裁判官の反対意見はまさにこの点を問題視した[152]。ダグラス裁判官によれば、抵抗を抑圧して身体に有形力を行使することがデュープロセス違反になるとすれば、抵抗することができない状態で有形力を行使することは、たとえその程度が弱くてもデュープロセス違反になるという。そのため、不当な有形力の行使のみならず、それが意識のない状態でなされた場合も個人の尊厳を貶める（indignity）ことになるとした。

このように Breithaupt 判決は一般的な身体侵襲のケースに妥当する基準を提示したものの、身体所有者の意思や状態を考慮しなかったため、それが課題として残された。

（2）身体のインテグリティの登場

その九年後、連邦最高裁は再び同様の事件を審理し、身体のインテグリティについて言及した。それが一九六六年の Schmerber v. California 連邦最高裁判決[153]である。この事件は、自動車事故を起こした被告人が病院で治療を受けていた際、アルコール臭がしたことに加え酔っている状態が確認されたため、警察は被告人を逮捕し、被告人が拒否したにもかかわらず、医師にアルコール検査用の血液サンプルを採取するように指示した。その結果、酩酊状態にあることを示すアルコール濃度が検出され、被告人は裁判で有罪判決を受けた。これに対し、被

告人は無理やり血液を採取されたことが修正五条の自己負罪拒否特権や修正四条の不合理な捜索の禁止などを侵害しているとして上告した。

ブレナン（William J. Brennan, Jr.）裁判官の法廷意見は、「修正四条の優先的機能は州による不当な侵害から個人のプライバシーと尊厳を守ることである」[154]とし、修正四条と修正五条の保護が重複することがありうるものの、修正五条が血液検査を許容する場合には修正四条の問題として検討することになるとし、その手段や手続の合理性が問題になるとした。そして、本件では飲酒を疑う相当の理由があり、またその時点で血液を採取しなければ当時のアルコール量を検出できなくなってしまい、検査をするためには血液検査がきわめて効果的であり、その採取方法も事実上リスクや痛みがないことから、血液採取は合理的であったとした。もっとも、法廷意見は最後に身体のインテグリティの重要性について言及した。法廷意見は、「個人の身体のインテグリティは社会が大切にしてきた価値である。本日の判断をまとめると、憲法は州が厳しく限定された条件の下で個人の身体に対して軽微な侵襲を行うことを許しているものの、そのような条件でない場合に、より実質的な侵害や侵襲を行うことは許されないことになる」[155]という点を確認した。

Schmerber 判決は本人の同意のない血液採取を認めたという点では Breithaupt 判決と共通しているが、本件では本人の明確な拒絶があっても血液採取が認められるとしたので、血液採取が認められる場合を拡大したといえる。

もっとも、本件は五対四の判決であり、ダグラス裁判官は再び反対意見を書いた。ダグラス裁判官は「修正四条は〝自己の身体〟を守る人々の権利を保障している。本件の強制的瀉血はこのプライバシーの権利を明らかに侵害している」[156]とした。ダグラス裁判官は Breithaupt 判決の反対意見においてそもそも強制的血液採取が認められない立場をとっていたため、本件は当然ながら許されないケースということになる。

本判決は、捜査の必要性、手段の相当性、方法の合理性、身体侵襲の程度など様々な要素を考慮しているが、端的にいえば、捜査利益と身体侵襲の程度を比較衡量したものといえる。それは、ともすると身体侵襲が容易に認められてしまうような判断手法である。そうであるがゆえに、本判決は最後に身体のインテグリティの重要性に言及したと考えられる。

そうなると、身体のインテグリティとは何かが問題になるが、法廷意見はその具体的内容を明らかにしていない。また、法廷意見もダグラス裁判官の反対意見も、身体侵襲からの防御をプライバシーの権利として構成しているように見受けられる箇所があり、また法廷意見は尊厳にも関連させているが、その関係性は判然としない。

ブレナン裁判官が再び身体のインテグリティに言及したのは、Schmerber 判決から約二〇年経過した Winston v. Lee 連邦最高裁判決[157]であった。この事件は、犯行時に被害者から撃たれた拳銃の弾が被告人の体内に残っており、それを証拠として取り出せるかどうかが問題となったものである。バージニア州は、被告人の左鎖骨付近に残っている弾を取り出すには局所麻酔でわずか二分の一インチ（一・二七センチ）切開するだけであるとし、裁判所命令を求めて申立てを行った。州裁判所は申立てを認めたが、連邦裁判所はそれを認めず、最終的に連邦最高裁が判断することとなった。

ブレナン裁判官の法廷意見は、証拠を入手するために強制的な外科手術をもって身体侵襲することが修正四条の下で合理的といえるかどうかが争点になるとし、合理性の判断については Schmerber 判決が示した比較衡量に基づいて行うとした。すなわち、個人のプライバシーや身体安全の利益が有罪判決の証拠を得るという社会的利益に勝るかどうかである。もっとも、法廷意見は Schmerber 判決がこうした要素のみならず、身体のインテグリティ等を考慮したことに言及した。法廷意見は、「別の要素として、身体的プライバシーや身体的インテグリティに関する個人の尊厳の利益に対する侵害の程度がある[158]」とし、「Schmerber 判決が血液検査は〝近年では

定期的健康診断においてありふれたもの〟になっていると述べた際に、社会的認識によれば血液検査は個人の身体的プライバシーや身体的インテグリティに対して不当な過剰負担を加えるものではないとした[159]」ことを確認した。そして本件における比較衡量を行い、「州がやろうとしている手術は被上告人の保護された利益を実質的に侵害している。この手術の医療的リスクは、著しく深刻であることが明らかとまではいえないものの、議論の余地がある。その不確実性は当該手術の合理性に対して不利に働く。加えて、当該手術による被上告人のプライバシーの利益に対する侵害は深刻である。その反面、弾は被上告人を訴追するために有益なものといえるかもしれないが、州はその必要性がやむにやまれぬものであると証明できていない[160]。」とし、被告人の主張を認めた。

このように、Winston 判決は Schmerber 判決の比較衡量を踏襲し、侵襲の強さと比べて証拠の必要性が弱いとして合理性を否定し、修正四条違反の判断を下した。その際、身体の利益を考慮するときに身体的インテグリティについても言及した。まず、注目すべきは、身体的プライバシー（personal privacy）と身体的インテグリティ（bodily integrity）に関する個人の尊厳の利益があるとした点である。つまり、個人の尊厳が軸にあり、それに身体的プライバシーや身体的インテグリティが関連する形となっている。また、プライバシーも、ここでは身体的プライバシーとして登場しており、いわゆる情報プライバシーとは区別された形となっている。ところが、最後の比較衡量の場面では被告人の利益はプライバシーの利益という大きな意味のプライバシーでまとめられており、ここではプライバシーが身体の自由を包括しているといえる。したがって、広い意味のプライバシーと尊厳が存在し、それを身体の文脈において細分化すると、身体的プライバシーと身体的インテグリティという要素が存在することが明らかにされたといえる。このようにプライバシーと尊厳を前景に置く点は Schmerber 判決と同じであり、その意味でも先例を踏襲しているといえる。とはいえ、ここでもなお身体のインテグリティの内実は明らかになっているとはいえない。

（3）身体のインテグリティの内実

そうした中、身体のインテグリティを発展させたのが、一九九〇年のWashington v. Harper連邦最高裁判決[161]の反対意見であった。この事件は、精神疾患を抱えた犯罪者の治療等を行う特殊犯罪者施設に収容されていた原告が途中で向精神薬の服用を拒絶したため、同施設は規則の定める手続に基づいて向精神薬の強制投与を行った。そこで原告がデュープロセス侵害などを主張して訴訟を提起した。

ケネディ（Anthony M. Kennedy）裁判官の法廷意見は、「被上告人は、州が政策的に創り上げた自由の利益のみならず、修正一四条のデュープロセス条項に基づきその意に反して向精神薬を強制的に服用されないという重要な自由の利益を有する[162]」とした上で、本件を刑務所内の受刑者の権利に関する系列の事件と位置付け、Turner v. Safley連邦最高裁判決[163]などが用いてきた基準を適用して判断するとした。それによれば、当該規制が正当な刑罰利益と合理的に関連しているかを審査することになるとし、具体的には、規制と政府利益との合理的関連性、権利制限が果たす収容施設や他の受刑者等への影響、代替手段の欠如を検討するとした。その結果、本件では、州の正当な利益には刑務所内の本人および他者に対する危険に対応することが含まれ、強制投与により危害の危険を減らすのは正当な利益であり、本件規則は重大な精神病患者に対して治療目的のみ強制投与を認めるものであり、精神状態を安定させる最も効果的手段の一つであることから合理的な手段であり、原告側が主張する別の手段は代替手段にはなりえないとした。

もっとも、審査はこれで終了せず、法廷意見は「デュープロセス条項によって要求される手続的保護は個別の事件で問題となっている権利と利益を参照しながら判断しなければならない[164]」とし、身体の自由に言及した。法廷意見によれば、「同意していない者の身体に対して薬物を強制投与することはその者の自由に実質的に干渉していることになる。当該薬物の目的は患者の脳内の化学物質のバランスを変え、患者の認知過程に有益となるよ

うな変化をもたらすことである。向精神薬の治療効果はよく知られているものの、その薬は重大、時には致命的な副作用があることも事実である。そうした副作用の中には、事実審が認めたように、急性ジストニア、上半身、舌、喉、目の不随意痙攣がある」[165]という。もっとも、法廷意見は、重症化率の割合は高くなく、そうしたリスクがあるとしても投薬を医療専門家に任せることでその者の利益は適切に保護されるとし、本件規則を合憲とした。

本件は本人が拒否したにもかかわらず身体侵襲することが許されるかどうかが問われたという点ではSchmerber 判決と同様であるが、本件で問題となったのは血液採取ではなく薬物投与であり、投与も身体侵襲になるのかが注目された。法廷意見は薬物投与も身体の自由に対する実質的干渉になるとして身体侵襲に該当するとした。

もっとも、法廷意見はSchmerber 判決が言及した身体のインテグリティには触れておらず、薬物投与自体が身体侵襲に当たるとしても、その内面作用が身体侵襲になるのかについては定かではない。つまり、薬物投与が身体の物理的側面を侵害するとしているのか、それとも内面的側面をも侵害するとしているのかが判然としない。投与のコストベネフィット分析において内面作用については有効な部分しか見ておらず、内面作用に対するリスクを考慮していないところからすると、物理的身体に対する侵襲を念頭に置いた判断の可能性がある。この点につき、身体のインテグリティに言及しながら、内面作用の侵襲の強さを重視して反対意見を展開したのがスティーブンス（John Paul Stevens）裁判官であった[166]。

スティーブンス裁判官は、まず、「法廷意見は修正一四条に基づき〝被上告人は望まない向精神薬の処方を拒否する重要な自由の利益がある〟ことを認めているが、しかし、実際にはその自由の多くの側面を無視している。それは身体的側面と知的側面である。人の身体的インテグリティに対するあらゆる侵害は人の自由の侵害となるのである[167]」とした。

続けて、スティーブンス裁判官は「もしその侵害が永続的な傷害や死期を早める実質的リスクがある場合、その侵害の程度は特に強まる。さらに、意思能力のある人が特定の医学的治療方法を拒否する判断を行った場合にそれを覆すのであれば、そのような行為は尊厳を傷つけるものである。強制的薬物投与の目的または効果がその人の意思や精神を変えようとするものである場合、それは文字通り根本的意味で自由を奪っていることになる」[168]とした。ここでは、「尊厳」（dignity）という言葉自体は用いていないが、「尊厳を傷つける」（degrading）と述べている。スティーブンス裁判官もまた副作用のリスク分析を行い、身体作用については重大なリスクが存在し、また精神作用に含められるようなリスクも勘案し、自由の利益が侵害されているとした。

また、最後には「尊厳」自体にも言及している。すなわち、「〝受刑者であっても不可侵の自由の利益――最低限の尊厳をもって扱われる権利――があり、それは憲法が決して手放さないものである〟ことを信じ続けている。意思能力者が向精神薬を拒否する権利は修正一四条の下で最大の保護を受ける自由である」[169]と述べた。

スティーブンス裁判官の反対意見を整理すると、身体には外面的側面（物理的身体）と内面的側面（知的側面）があり、いずれを傷つける場合も身体のインテグリティに反することになる。つまり、インテグリティは身体の統一性や完全性を指しており、それは外面と内面の両方から成っているため、いずれに対する侵襲も身体の自由の侵害になることを示している。

そのため、法廷意見と反対意見の違いは、身体の自由の保護範囲の相違に起因する。法廷意見は外面のみを対象にしたのに対し、反対意見は外面と内面の両方を含むと考えたわけである。そして反対意見が両方を含むために依拠した概念が身体のインテグリティであり、これを用いることによって様々な侵襲に対応しうる身体の自由を提示したといえる。

また、反対意見が尊厳に言及した箇所は内面作用が尊厳を侵害するというよりも、治療拒否または投薬拒否の

判断が覆されてしまうことが尊厳を侵害するという場面である。つまり、この尊厳は自己決定と類似の意味を持つ形で使われているといえる。

3　身体拘束と自由の利益

身体のインテグリティはいずれも身体侵襲を伴う刑事手続の分野で発展してきたものであり、身体の自由が関わる典型的なケースである。もっとも、刑事手続以外の分野においても身体の制約が問題となることがある。先に取り上げた強制不妊や強制ワクチン接種はその典型である。まだ取り上げていない他の事例として、精神病患者の身体拘束の問題がある。

そのリーディングケースが一九八二年の Youngberg v. Romeo 連邦最高裁判決[170]である。この事件では、州の知的障害施設に強制的に収容された知的障害者が自分自身に暴力をふるったり他者から暴力をふるわれたりしたため、違憲な強制収容であるとして、修正一四条のデュープロセス条項に基づき身体安全の権利（right to personal security）や身体拘束からの自由（right to freedom from bodily restraint）などを主張して訴訟を提起した。

パウエル（Lewis F. Powell, Jr.）裁判官の法廷意見は、まず強制収容先における安全確保のための身体安全の権利が憲法上要求されるかについて判断した。法廷意見によれば、「これまで連邦最高裁は身体安全の権利がデュープロセス条項によって実質的に保障された〝歴史的な自由の利益〟と判示してきた Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 673（1977）。その権利は合法的な拘禁であっても消滅することはなく、たとえ刑事目的の拘禁の場合であっても同様に消滅することはない Hutto v. Finney, 437 U.S. 678（1978）。もし有罪判決を受けた受刑者が安全でない状態に置かれていることが残虐で異常な刑罰に当たるとすれば、強制的に収容された者――刑罰目的はなく――が安全でない状態に置かれていれば違憲とされなければならない[171]」という。

そして身体拘束からの自由については次のように述べた。「被上告人は身体拘束からの自由の権利があると主張している。他の文脈では、連邦最高裁の先例を見ると、そうした自由が存在することは明らかである。実際、〝身体拘束からの［自由］はデュープロセス条項によって恣意的な政府行為から保護された自由の核心としていつも認められてきた〟Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates, 442 U.S. 1, 18 (1979) (Powell, J., concurring in part and dissenting in part)。この利益は有罪判決や収監の際に消滅することはない。同様に、それは強制収容の場面においても消滅することはない[172]」。

このように法廷意見は身体安全の権利と身体拘束からの自由の両方が憲法上保障された自由の利益であるとし、本件においても原告（被上告人）がその利益を享受することを認めた。ただし、この自由の利益は絶対的なものではなく、制約の程度や性質、安全性の欠如などがデュープロセスを侵害するかどうかが問題になるとし、結局本件においても、「被上告人の憲法上の権利が侵害されたかどうかはその自由の利益と関連する州の利益を比較衡量して決めなければならない[173]」とした。法廷意見は比較衡量の際に州がそうした利益を適切に保護したかどうかを判断する必要があるとした上で、本件のような拘禁には州は適切な専門家の判断による訓練を受けさせる義務を負うとし、州がその義務を果たしたかどうかを判断する必要があるとして原審に差し戻した。

Youngberg 判決は、強制収容施設における身体安全の権利や身体拘束からの自由が憲法上保護されるとした点が重要である。デュープロセスに基づく身体の自由は、身体に対する直接的な侵襲のみならず、身体の安全や身体の拘禁にも及ぶことが明らかになったといえる。そして、そうした自由が保護されているかどうかについては、州が適切な対応を行う義務を負っているとし、それを適切に果たしているかどうかが問題になることが明らかになった。また、本件は知的障害者が対象となったケースであるが、こうした利益は本人の意思能力の有無に関係なく保障されることが明らかにされたことも留意すべき点である。

4 自己決定

身体の自由は自己の身体に関わる事柄を決められるかどうか、すなわち自己決定権として認められるかどうかという問題がある。ただし、身体のインテグリティと同様、身体の自己決定もその内容を把握することが難しい概念である。それは、意思能力の有無を前提とするかどうかにも関わることに加え、決定自体が問題になることもあれば、決定と身体の使用や処分といった行為が混在することもある。純粋に決定のみが問題になるケースは少ないと思われるが、中絶をするかどうかの決定や脳死状態における臓器移植の可否の事前選択などは決定を中心とした問題として把握できよう。一方、ワクチン接種の強制は自己決定と身体侵襲の両方が混在しているといえる。あるいは、強制不妊は身体侵襲の問題として捉えることができるが、生殖に関する選択を奪っている点において自己決定も関連しているといえるかもしれない。さらには、先述した日本の性同一性障害手術要件のように、過酷な選択を強いられることが問題となるケースもあり、自己決定と隣接する側面を持つケースもある。また、安楽死のように身体と生命が連動すると同時に当該決定が自己の身体に一定の作為を求めることもありうる。このように、身体の自己決定を権利として捉えることは難しいが、問題となる場面は多々存在する。

これらのうち、アメリカの連邦最高裁が取り上げてきたのは主に中絶問題と治療拒否の問題である。奇しくも、先の Harper 判決と同じ開廷期に、治療拒否のリーディングケースとなる Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health 連邦最高裁判決[174]が下された。

この事件は、事故によって植物状態になった娘の両親がその延命治療を中止する裁判所命令を求めて訴訟を提起したものである。下級審は延命治療を拒否する娘の明確な意思がないとして請求をしりぞけたため、連邦最高裁が判断することとなった。

レーンキスト（William H. Rehnquist）長官の法廷意見は、修正一四条のデュープロセス条項は治療拒否の決定

について患者本人以外の者に委ねることを州に要求するわけではないとしたが、患者本人の治療拒否について身体的インテグリティに言及しながら判断した。

法廷意見は、身体の神聖不可侵に言及したBotsford判決に触れながら、「この身体的インテグリティの概念は、医療の場面においては一般にインフォームドコンセントが求められるという点で具体化されてきた。カードーゾ（Benjamin N. Cardozo）裁判官がかつてニューヨーク州最高裁裁判官であった時代に適切にこの法理を説明した。すなわち、〝何人も成人に達し、意思能力を有する場合には自己の身体をどのように扱うかについて決定する権利を有する。また患者の同意なく手術を行った外科医は暴行を行ったとして損害賠償責任を負うことになる。このインフォームドコンセントの法理はアメリカ不法行為法にしっかりと根付いたものになっている〟Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 129-30, 105 N.E. 92, 93（1914）」[175]とした。

そして修正一四条が治療拒否の権利を認めているかどうかにつき、次のように述べた。「修正一四条はいかなる州も〝法の適正な手続によらずに、何人からも生命、自由、又は財産を奪ってはならない〟と定めている。先例を推察すると、意思能力を有する者は望まない治療を拒否することについて憲法上保護された自由の利益（liberty interest）を有するという原理があるといえる。たとえば、Jacobson判決において、連邦最高裁は感染症を防ぐ州の利益と望まない天然痘ワクチンの接種を拒否する個人の自由の利益を比較衡量した」[176]。続けて、法廷意見はHarper判決に言及しながらデュープロセス条項に基づく自由の利益に関する問題であることを確認する。法廷意見は、「ちょうど本開廷期において、受刑者に向精神薬を投与する州の手続はデュープロセスの要件を十分に満たすものであったと判断した際に、受刑者は〝修正一四条のデュープロセス条項に基づく望まない向精神薬を投与されない重要な自由の利益〟を有することを我々は認めたところである」[177]としたのである。

もっとも、望まない治療を拒否する権利が修正一四条に基づく自由として認められるとしても、それは州の利

益との比較衡量によって最終的に判断することになる。法廷意見いわく、「ある者がデュープロセス条項に基づく〝自由の利益〟を有すると判断されたからといってそれで審査が終わるわけではない。[178]〝被上告人の憲法上の権利が侵害されたかどうかはその自由の利益と関連する州の利益とを比較衡量して判断しなければならない。[179]〟」のである。

法廷意見は、「合衆国憲法は意思能力者に対して生命維持のための水分補給および栄養補給を拒否する憲法上の権利を与えていると想定する[180]」とした上で、州には生命保護の利益があり、これを否定することはできないとする。州の生命保護の利益は一般に正当であると同時に、個別の文脈では生死の選択というきわめて個人的な事柄である。そうであるとすれば、本人以外の者が延命治療の中止を求める場合に州が明確かつ説得力のある証拠を要求することは可能であるとした。

このように、本判決は、望まない治療を拒否する自由を認めたことと、それには本人の明確な意思が必要であるとした点に特徴がある。もっとも、いずれの点も重要な論点であり、個別意見が補足や批判を提示した。

まず、望まない治療を拒否する自由の構造についてである。法廷意見は身体の自由と絡めながら、治療拒否の自由が憲法上の自由の利益として保護されるとした。すなわち、身体的インテグリティがインフォームドコンセントを要求し自己の身体をどのように扱うかを決める権利があることについて先例を参照しながら確認し、意思能力を有する者は望まない治療を拒否するというデュープロセスに基づく自由の利益があるとしたのである。端的にいえば、治療拒否の問題は身体処分の決定に絡むという点において身体の自由から導出されるということである。この構造を補足説明したのがオコナー（Sandra Day O'Connor）裁判官の同意意見である。オコナー裁判官は、「法廷意見が判示したように、治療を拒否する自由の利益は州の身体侵襲に関する先例に由来する。我が国の自由の概念は身体の自由と自己決定の思想と相即不離の関係にあるので、先例はしばしば州の身体侵襲がデュ

ープロセス条項によって保護された利益を侵害すると判断してきた[181]」と説明し、法廷意見が認めた治療拒否の自由は身体の自由の一環として認められたものであることを示したのである。

ただし、こうした理解は実体的デュープロセスを容認するアプローチに基づいていることから、実体的デュープロセスに消極的な裁判官からは認めがたいことになる。たとえばスカリア（Antonin Scalia）裁判官の同意意見は、デュープロセス条項は単なる自由の侵害から個人を守っているのではなく、あくまでデュープロセスに基づかない侵害行為から個人を保護しているとした上で、本件においてこの論点を議論する必要はないものの、少なくとも侵害された権利が歴史的および伝統的に保護されてきたことを証明しなければ実体的デュープロセスは認められないとした[182]。

一方、ブレナン裁判官の反対意見はいわゆる歴史と伝統のテストを用いても治療拒否の権利が認められるとする[183]。ブレナン裁判官によれば、「法廷意見が認めたように、自己の身体をどのように扱うかを決めるべく、同意なき治療を拒否する権利は、わが国の伝統に深く根差している[184]」という。ただし、法廷意見は歴史と伝統のテストを直接用いたわけではないため、ブレナン裁判官は法廷意見が先例等を参照しながら当該権利を認めたことをもって伝統に根差したものと説明した。

そうなると、スカリア裁判官を除き、法廷意見や個別意見は治療拒否の自由を憲法上の自由または権利として認める点においては共通しているといえる。ただし、それが自由の利益にとどまるのか、それとも基本的権利（fundamental right）なのかについては明らかではない。法廷意見は自由の利益と位置付ける一方、ブレナン裁判官は「望まない治療を拒否する自由は明らかに〝人々の伝統と良心に強く根差した基本的なものと位置付けられている〟原理の中の一つである[185]」としており、基本的権利とみなしているように思える。

次に重要なのが、治療拒否の自由は自己決定権なのか、それとも身体の自由に自己決定が付随するのかという

問題がある。先述したように、オコナー裁判官は身体の自由をベースとしつつ身体の自由と自己決定が相即不離の関係にあるとする。また、スティーブンス裁判官の反対意見も自己決定的側面を正面から認めている[186]。スティーブンス裁判官は、「先例はこれまで私生活に関わる決定や選択を行う自由は我々の〝秩序ある自由の概念〟にとってきわめて基本的なものであるとしてきた[187]」とし、「こうした選択の尊重が身体的インテグリティに付随する権利の承認を導いてきた[188]」のであり、「人の身体に対する憲法的保護は確実に身体に内在する内心や精神と相即不離の関係にある[189]」とした。オコナー裁判官もスティーブンス裁判官も身体の自由を軸にしつつ、それには自己決定的要素が含まれると考えているといえる。

5　身体的インテグリティ・自己決定・プライバシー——中絶

一方、中絶の文脈ではプライバシーの権利が身体の利益を包括したり、身体的インテグリティ・自己決定・プライバシーのすべてが関わる問題とみなされたりすることがある。中絶自体は女性の身体に関わるものであり、それを強制する場合には当然ながら身体の自由に関わり、それを認めない場合にも妊娠継続および出産という身体的変化および身体的負担をもたらすことになるので身体の自由に関わる問題である。他面、中絶するかどうかは自身の人生や家族形成に関わる重大な選択であることから自己決定に密接に関わると同時に、私事性の高い事柄であるのでプライバシーにも密接に関わる。もっとも、アメリカではプライバシーの中に自己決定を包含することがあるため、両者は連動しているともいえる。いずれにせよ、中絶問題はこれら三つの要素が密接に絡む可能性があり、実際、連邦最高裁の裁判官の中にはそうした指摘を行う者が少なくない。

中絶問題といえば、従来中絶の権利を認めた Roe v. Wade 連邦最高裁判決[190]と Planned Parenthood v. Casey 連邦最高裁判決[191]がリーディングケースとして扱われてきたが、二〇二二年の Dobbs 判決がこれを覆したため、先

例としての効力は失われた。しかし、中絶がいかなる権利に関わりうるかという問題を考える際には重要な素材を提供しているので、この二つの判決をベースに身体の自由との関係を考えてみる。

Roe 判決は、プライバシーの権利を認めてきた先例を列挙する際に、盗聴には令状が必要とした Katz v. United States 連邦最高裁判決[192]や避妊具の使用規制がプライバシーの権利を侵害するとした Griswold v. Connecticut 連邦最高裁判決[193]のみならず、Botsford 判決や Skinner 判決も参照している[194]。もっとも、そうしたプライバシーの権利は絶対的ではないとした上で、「人は自身の身体を自由に取り扱う無制約な権利を有するというアミカスの主張は先例が認めてきたプライバシーの権利と密接な関係にあるかどうかは定かではない。連邦最高裁は過去においてそこまで無制約な権利を認めてこなかった Jacobson v. Massachusetts, 197 U. S. 11（1905）（vaccination）; Buck v. Bell, 274 U. S. 200（1927）（sterilization）[195]」と述べた。この文脈では無制約性を否定する内容で登場しているが、ここではかかる自由の根拠として Jacobson 判決と Buck 判決を挙げていることが注目される。このように、連邦最高裁は、プライバシーの権利の一場面として身体の自由を捉えるかのような判断をしているといえる。

Roe 判決の中絶の権利を維持した Casey 判決は身体的インテグリティや自己決定に言及している。オコナー・ケネディ・スーター（David Souter）の共同意見は、「Roe 判決は Griswold 判決のような自由のモデルとしてだけでなく、治療を強制したり治療を拒否したりするのを妨げる政府権限に限界を設けた判例法理と親和的な個人の自律や身体的インテグリティのルール（それが誤っているかどうかはともかく）とみなされてよい[196]」と述べている。ここでは Roe 判決を身体的インテグリティの権利を認めたものとして捉えていることがわかる。

また、判決は、先例が家族形成について州の介入から保護してきたことに触れながら、「これらの事項は、人の人生において最も親密かつ個人的な選択、すなわち個人の尊厳や自律の核に関わる選択は修正一四条によって

保護された自由の中心である」[197]とした上で、中絶規制の問題について家族形成と女性の自由の両方が絡むことにつき、「州は家族の私的領域に介入するだけでなく、まさに妊娠した女性の身体的インテグリティに介入するわけであり、そのようなケースでは女性の自由に対する州の規制の影響は二重の審査に服することになる」[198]とし、中絶規制の問題が女性の身体的インテグリティに関わるものであることを認めている。

すると、Roe 判決と Casey 判決は中絶問題においてプライバシーの権利の一つとしての身体の自由が密接に関わることを示すと同時に、自己決定も重視していることがわかる。

スティーブンス裁判官の一部同意・一部反対意見は、中絶に関する女性の憲法上の自由の利益に言及する中で、Rochin 判決と Skinner 判決を参照しながら「この自由の一つが身体的インテグリティの権利、すなわち自己の身体をコントロールする権利である」[199]と述べた。さらに「女性の憲法上の自由の利益は高度なプライバシー事項やきわめて個人的な事項について決める自由にも関連する。女性が中絶について考えるとき、〝自身の将来にとって大きな出来事でありきわめて重大かつ個人的に影響をもたらす難しい選択を迫られる……〟。このような精神的に重い負担となりながらも同時に力を与えてくれるような決定を下す権限は人間の尊厳の基本的要素である」[200]とした。

スティーブンス裁判官が考える権利構造を整理すると、まず女性には憲法上保護された自由の利益があり、その中には自己の身体をコントロールする権利や自己に関する重大な決定を行う権利があるという形になっている。つまり、自由の利益という観点からすれば、身体の自由と自己決定はそれに包含される形となり、具体的問題に即して考える場合にはそれぞれが独立したものとして立ち現れることとなる。

ブラックマン（Harry A. Blackmun）裁判官の一部同意・一部結果同意・一部反対意見もまた中絶問題に身体の自由や自己決定、そしてプライバシーを絡めているが、しかし、そこではプライバシーの権利が随所に姿を見

せている。[201]

ブラックマン裁判官の個別意見は、「本日、連邦最高裁はこれまで長く認められてきたプライバシーの権利と身体的インテグリティの権利を再確認した。連邦最高裁はすでに一八九一年の時点で〝各人が自己の身体を所有かつ管理し、明白かつ正当な権限に基づく法によらなければ他者による拘束や干渉を受けない権利ほど神聖なもの、またはコモンローによって念入りに保護されてきたものはない〟*Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250, 251（1891）と判示していた。二〇世紀を通して、連邦最高裁は基本的権利としてのプライバシーが生殖、養育、結婚、避妊の選択のような家族形成について政府の介入から市民を保護すると判断してきた See *ante*, 505 U.S. at 847–849。こうした先例は身体的インテグリティ、アイデンティティ、運命にきわめて大きな影響をもたらす個人の決定が政府の介入から広く守られるべきという原理を具体化したものである *Eisenstadt*, 405 U.S. at 453。Roe 判決において、連邦最高裁はこれらの原理を女性の中絶を選択する権利に正しく当てはめたのである」[202]と述べた。ここでは、身体の自由を端緒に家族形成における選択といったプライバシーの権利が保護されるようになったという展開を踏まえて、身体、自身、人生に関する個人の決定という形でまとめている。換言すると、身体の自由とプライバシー権が存在し、それらを包括するものとして、身体、自身、人生に関する自己決定があると想定しているようにみえるが、中絶問題の場面ではプライバシーの権利を中心に権利侵害を説明している。

ブラックマン裁判官いわく、「州の中絶規制は女性のプライバシーの権利（right of privacy）を二つの点で侵害している。第一に、妊娠継続を強いることは実質的に身体侵襲を行い身体に対する重大なリスクをもたらすので女性の身体的インテグリティの権利を侵害する。……さらに、州が女性の妊娠を終わらせる権利を侵害するとき、それは女性の生殖や家族計画といった連邦最高裁がプライバシー権（right to privacy）の中心にすえてきた重大な選択に関する自己決定権を奪うことになる」[203]。

ここでは、ある意味、プライバシーの権利が二つのレベルで登場している。一つは、大きな意味でのプライバシーの権利であり、それは身体の自由や自己決定を包含する。もう一つは、個別の自己決定場面におけるプライバシーの権利である[204]。仮にそれらが異なるものであるとすれば、大きな意味のプライバシーの権利があり、その中に身体の自由や自己決定としてのプライバシー権が存在することになる。

そうであるとすれば、用いる言葉こそ異なっているものの、権利構造はおおよそ近い内容になっているといえる。すなわち、自由の利益または大きな意味でのプライバシーの権利を軸とし、そこには身体の自由や自己決定権が含まれるという構造になっているということである。それは共同意見が言及した内容とも整合しうるものであり、むしろそれを補足するような内容――身体的インテグリティと自己決定権を認めた点――となっている。

Ⅵ　身体の自由の内実と保護

1　強度な身体侵襲

それでは、日米の判例法理で得た知見を基にして考えた場合、現在においてもなお危険にさらされやすい身体に対していかなる保護を及ぼすことができるだろうか。

両国の判例法理に基づくと、身体侵襲や身体拘禁に対しては最も強い保護が要求される。そこでは公益との比較衡量が行われるものの、侵害の程度が強い場合には違憲とされる可能性が高い。かつてハンセン病患者や精神病患者に対して収容所や療養所に囲って強制不妊を実施したことを正当化するのは困難である。それを説明するのであれば、アガンベンのいうようなホモサケルを想定せざるをえず、それはある意味現代立憲主義が抱えてきた闇の部分を浮かび上がらせることになる。しかしながら、身体の自由はロック以来要求されてきた固有の権利

であり、コモンローによっても歴史的に保護されてきたものである。そしてそれは、「身体」という言葉こそ出てこないものの、アメリカ独立宣言や日本国憲法一三条に反映され、他の人身の自由と連動して憲法において保障された基本的権利である。かつて専断的国家権力によって身体が重大な侵害を被ってきたことを踏まえると、その歴史を繰り返さないようにしなければならないだけでなく、社会変化によって生じうる新たな形の身体侵襲にも対抗できるような権利であることが要請される。それはまさに日本国憲法九七条がいうところの「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試錬に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利」そのものといえよう。いわば基本的権利の中の基本的権利といっても過言ではない。

そうであるとすれば、ホモサケルという言葉を使って例外を顕出して終わるのではなく、極力それを消失させる方向で論を進めなければならない。アガンベンによれば、「近代民主主義は、聖なる生を廃棄するのではなく、これを細かく分けてそれぞれの身体の内に播き散らし、政治的衝突の争点と[205]」し、生において何が内にあり何が外になるのかを判別・分離する境界線を定義し直すことになるというが[206]、ホモサケルを法の例外として把握するのであれば、例外状態を限りなく封じ込めるか、あらためて平時・例外の対比に立ち戻り、少なくとも平時においてホモサケルを創出することは許されないと考えるべきであろう。換言すれば、身体の自由、とりわけその核たる身体侵襲の防御は何人にも保障されなければならない。ゆえに、ハンセン病患者や精神病患者の強制不妊は仮にその目的に公益性が存在するとしても、身体侵襲の程度が著しく強く、身体の自由を侵害すると考えられる。

一方、危険なレベルの感染症患者や加害行為のおそれのある精神病患者を放置すると社会に重大な害悪をもたらすおそれがあり、多くの国ではそれらの者を隔離したり強制入院させたりする制度が存在する。たとえば、日本では感染症患者の隔離や精神病患者の強制入院の制度がある。もし、それらの者が社会に与える危険性が現実

具体的に差し迫ったものであることが明らかであれば、隔離や入院の強制による社会的効用は高く、支持される余地がある。しかし、それをホモサケルと位置付けて法の世界から放逐すべきではない。あくまで法の領域の内に捉え、その生命や身体には尊厳や人格に配慮した適正な取り扱いがなされなければならない。ある種の予防拘禁的側面を有するこれらの拘禁制度は、行動や移動の自由のみならず、場合によっては直接的・物理的に身体拘束が行われることもある。ゆえに身体の自由の制約の程度は著しく強い。そのため、専門家の判断や期間の設定など適正手続が要請されるのは当然として、Youngberg 判決が述べたように施設内において適切な処遇をしなければ身体の自由の侵害になると考えるべきである。

2　軽度な身体侵襲

もっとも、身体侵襲の程度ばかりに気をとられると、身体の自由に固有の広範性を不当に狭めてしまうおそれがある。苦痛の程度、方法の相当性、社会的許容性などを重視するだけでは、侵襲の程度さえ弱ければ、容易に制約が認められてしまうことになりかねない。実際、アメリカの判例法理では注射によるワクチン接種などは侵襲の程度が弱いものとみなされて合憲とされる傾向にある。しかし、ワクチン接種の問題は身体に対する侵襲の程度のみならず自己決定の要素が密接に絡む。それは手段が経口薬であっても同様であり、たとえ痛みがなく、一般に行われている方法であっても身体の中に異物を入れ込むこと自体が問題となる。

個人の利益に照射した場合、ワクチンと治療は近似する行為である。いずれも、個人にとっては自己の身体や健康に影響を及ぼすものであり、自己決定の対象となる。アメリカでは Cruzan 判決が治療の選択の自由を認め、日本でもエホバの証人輸血拒否事件判決が宗教上の信念に基づく治療拒否を認めており[207]、さらにインフォームドコンセントの要請が普遍化していることを踏まえると、基本的には治療選択の自由が認められている。そのため、

ワクチン接種の強制は自己の身体に関する決定を阻害するものであり、身体の自由を侵害することになる。

一方、公益という観点から見た場合、ワクチンと治療は異なる側面がある。ワクチンは、本人の健康保護のみならず、感染症まん延を防ぐという社会全体の利益が存在する。そのため、個人の自己決定に収斂するわけではなく、公益との比較衡量の対象となってくる。このとき、身体の物理的侵襲のみに着目すると、侵襲の程度が弱いと認定されて、合憲判断が下される可能性が強い。実際、天然痘ワクチンの強制接種が問題となったJacobson判決はワクチン接種の公益の重要性を重視し、公益と手段の関連性を緩く審査して合憲としており、新型コロナワクチンの強制接種が問題となったNat'l Fedn. of Indep. Bus. v. DOL連邦最高裁判決[208]は違法判決を下したものの、その判断は法律の授権の欠如を理由としたものにとどまっている。

3　身体的自己決定

また、侵襲の程度に焦点を絞ることは自己決定的側面も十分保障されない可能性がある。そもそも身体に関する自己決定権自体がなお発展途上にあり、身体の自由それ自体とは区分される別の権利なのか、それともそれに付随する権利なのかなど、なお検討が必要である。また、独立した権利である場合には、防御権的性格にとどまるのか、それとも請求権的側面も有するのかなど、権利の性質も考えなければならない。安易に請求権的側面も認めてしまうと、自己決定の射程は大きく広がるものの、従来の秩序や制度が大幅な変更を迫られることとなって社会的混乱が起きると同時に、個々の要求に応じる社会的コストが膨大になるおそれがある。たとえば、性自認はその典型であり、個人の意思のみで法的な性別変更の請求が認められることになってしまうと、結婚や養子などの家族制度、スポーツのルール、トイレや浴場等の施設など、様々な場面で大きな変更を迫られることとなる。ゆえに二〇二三年決定が自己決定権を正面から認めず、身体侵襲につながる過酷な二者択一を問題視するに

とどめたのは相応の理由があると考えられる。

かかる判断は、身体に関わる自己決定が侵害態様に依拠する形で身体の自由に付随するものと捉えているように見受けられる。つまり、身体の自由の軸には身体侵襲があり、場合によっては自己決定的側面も含まれることがあるというアプローチである。このアプローチは身体の自由の対象領域を広げる可能性があるとともに、逆に自己決定の側面に照射して規制を認める方法として用いられることもありうる。たとえば精神障害者の強制入院は物理的な意味における身体の自由の制約度合いが強いものの、身体の自由の自己決定的側面の問題として考えた場合、身体に関する自己決定は意思能力があることを前提とするので、その観点から制約が正当化される可能性がある。一方、感染症患者の隔離は意思能力の観点から正当化することはできない。そのため、物理的な意味における身体の自由の問題となり、適正手続の履行を前提とした上で、施設内における適切な処遇や感染状況や治療薬開発の進展など随時状況を踏まえた期間の短縮の検討など、必要最小限であるかどうかが厳密に審査されることになろう。

4　身体的インテグリティ

アメリカでは、判例および学説ともに身体的インテグリティに関する利益を肯定的に解する傾向にある。少なくとも、判例上、自由の利益に含まれるものと解されている。インテグリティというワード自体は、高潔性や純一性、道徳的健全性という抽象的な意味を有し[209]、さらには統一体を意味するインテグレーション（integration）のニュアンスも含んでいることから、日本語に直接対応する言葉を見出し難い。もっとも、身体と結合して身体的インテグリティという言葉になると、それは主として健全な身体の統合を意味する。判例では主に身体の自由が精神的側面を併せ持つことを表す場面で登場しているからである。つまり、身体の自由には物理的身体と精神

的身体の両面があり、健全な統合体としての身体を維持することが念頭に置かれているのである。

インテグリティという言葉そのものに直接対応する日本語がないとしても、日本においてもそれに近い形で身体の自由を捉える発想が存在していた。憲法制定過程における議論である。先述したように、そこでは、身体の自由には物理的身体のみならず精神的身体をも含むことが示されていた。しかもそれは、個別の権利においても含まれるとされており、個人の様々な外面的活動および内面的活動の基盤に身体の自由の要素があると考えられていた。それはつまり、個人が自由を享受し行使するために自己の身体を健全な統合体に維持することが不可欠であることを示している。したがって、身体的インテグリティは日米に共通して看取できる概念なのである。

これに対し、ラマチャンドラン（Gowri Ramachandran）のように身体的インテグリティに否定的な見解もある。ラマチャンドランによれば、身体的インテグリティを支える根拠として財産権的アプローチと尊厳的アプローチがありうるが、いずれも問題を抱えているという[210]。身体的インテグリティは身体の処分や使用の自由を要求するが、たとえ身体を所有しているといっても身体パーツの販売や譲渡が許されるわけではない。そうした行為は身体を傷つける結果となるからである。また、身体を傷つけない行為であっても、尊厳を損なう場合がある。たとえば、身体使用が自由だとしても、自らを奴隷に貶める行為はその尊厳を損なうことになり、許されない。また、身体に関する自己決定も、ワクチンの強制接種が認められていることからわかるように、しばしば制約されることがある。したがって、自らの身体をコントロールする権利としての身体的インテグリティの権利は認められないとする。

ラマチャンドランは、身体的インテグリティのように物理的身体や統合的身体に関する法的権利を求めるのではなく、むしろ表現の自由のように人格や社会との関係で身体を捉えるべきであるとする。それによれば、人のアイデンティティは内面的な思考だけで形成されるわけではなく、身体操作や身体経験を通じて形成されるとい

う。そして身体には、身体操作は文化や社会の影響を受けるという政治的側面と、身体経験は個人の経験的身体活動に基づくという個人的側面がある。アイデンティティはこの両側面と連動しながら形成されるものであり、それを阻害する規制は許されないことになるという。たとえば、奴隷が許されないのは社会的交流を断絶するがゆえに社会的アイデンティティ形成を阻害するので許されない。また拷問も個人のアイデンティティを傷つけることになるので許されないことになる。

一方、自己の身体のコントロールを権利ではなく、義務の側面から導出するアプローチもある。ファーブル（Cécile Fabre）は良きサマリア人の法の観点からそれを導き出している[211]。サマリア人の法は、急病人など危機に瀕した人を救助する活動を行ったとき、仮に失敗しても免責されるというものである。ファーブルはこれを身体が問題になる場面に援用する。ファーブルによれば、サマリア人の法の前提として、道徳および正義の原理により、危機に瀕した人を救助する義務が発生すると考える[212]。ただし、その義務は社会全体が要求するものではなく[213]、個人の自律的判断で行う義務である。そのため、自己の身体の一部を危機に瀕している者の救助に役立てることも許されることになるという。また、ファーブルは、それが救助される権利と表裏一体であるとしており、危機に瀕した者が救助を求める権利があるとしている[214]。

この考えをさらに広げると、自己決定の射程をも広げることにつながる。たとえば、安楽死のために自己の身体に薬剤接種を医師に求める場合、本人はまさに危機に瀕しているわけであり、その救助を求める権利が認められると同時に、医師はそれに応じる義務を負うことになるからである。もちろん、サマリア人の法がキリスト教に由来する点を重視するのであれば、その救助には生命を終わらせる行為を含まないという反論もありうるところである。

もっとも、身体的インテグリティは身体コントロールや自己決定だけを求めるものではなく、ましてや完全な

自己の身体のコントロールを求めたり、あらゆる身体的自己決定を要求したりするわけでもない。それは身体の健全な統合の維持を求めるものである。そのため、自己の身体について一定の自己決定を要請するものの、それが身体の健全な統合を著しく妨げるような場合にはそうした決定は内在的限界を超えることになるのではないだろうか。たとえば、美容の観点から整形手術を受けたり――程度にもよるが――、末期の緩和治療としてモルヒネの投与を求めたりすることは、身体の健全な統合を損なうことを狙っているわけではない。しかし、意図的に危険行為を行って半身不随になったり、享楽のためにヘロインを摂取したりすることはもはや自己の身体を健全な形で統合的に取り扱うことができなくなる蓋然性が高く、身体的インテグリティの範囲を逸脱しているように思われる。

5　類型化

以上の考察から、身体の自由は身体侵襲を受けないことを核とするものであるが、身体的自己決定や身体的インテグリティの要素を包含する可能性を有しており、なお発展途上にある権利だということができる。そうであるとすれば、まずは身体の自由のコアにあたる身体侵襲の防御を基盤に据えて、侵害態様に応じた権利内容を考えることが身体の自由の意味を考える上で建設的な取り組みになると思われる。身体に対する侵害は身体侵襲を伴うこともあればそうでない――あるいは程度が低い――こともあり、身体的インテグリティや自己決定の側面が強く表れることもある。そのため、様々な要素が混在することを前提とした上で、侵害の程度が最も強く表れる側面に照らして身体の自由を区分すると、物理的身体、人格的身体、使用的身体、表現的身体、外在的身体に類型化できるように思われる。

物理的身体は文字通り身体そのものであり、身体に対する物理的侵襲や物理的拘禁が侵害として想定される場

面を指す。その典型は、奴隷、拷問、強制不妊、ワクチンの強制接種、隔離、強制入院、収容時の身体拘束具などである。物理的身体の制約は身体侵襲性が強いことが多く、身体の自由の核心部分を脅かすおそれがある。血液採取のような身体侵襲性が弱いと考えられている制約であっても、物理的身体を傷つける点に変わりはなく、その強制を安易に合憲と解するべきではないだろう[215]。また、身体の安全を脅かしたり負担をもたらしたりする行為もこれに含まれる。たとえば、中絶規制などがこれに該当する。

次に、身体と人格維持が密接に関わる場面が人格的身体である。実は身体と人格の関係はきわめて難しい。身体と人格は常に一体なのか、両者は器と中身の関係にあるのか、連動するとしても主従または優劣関係がありうるのかなど、哲学的問いが横たわっている。二〇二三年決定は身体的侵襲を受けない権利を人格的生存に関わる重要な権利と位置付けたが、それは人格を頂点とした身体という構造を示したのか、それとも両者の密接な関係を示したのか、あるいは人格の前提としての身体を示したのかは、一見したところでは明らかではない。この問題は容易に解決できるものではないため、ここでは侵害態様との関係のみを考える。まず考えられるのが治療の選択である。自己の身体に関する治療の選択を妨げることは身体を物理的に傷つけなくても身体の人格を損なう結果となろう。また、薬物投与の強制は物理的身体のカテゴリーにも入りうるが、その主な作用が精神面に及ぶ場合には人格的身体の問題となろう。他に、学校等において人格を著しく損なうような手法を伴う身体検査も問題となる。

使用的身体は身体使用に関わるものである。売春規制や臓器販売規制などがこれに当たるが、身体に影響を与えて一定の行為を縛る規制もこれに含まれる。シートベルト着用義務などがその例である。

表現的身体は身体を用いた表現規制に関わるものである。表現の自由と重複するため、いずれの問題として把握するかが難しい事項であるが、身体に密接に結びついている場合はこれに該当し、あるいは表現の自由と連動

する形で問題になることもあろう。たとえば、髪型規制や髭規制などが挙げられる。

最後に、自己が所有する身体とは切り離されているものの、密接な関係があるのが外在的身体である。たとえば、死んだ後の身体は自己が所有する身体とはいえない。しかし、死後の臓器移植の同意制度や死体損壊罪などの刑事罰が存在しており、一定の保護が及んでいる。また、胎児の身体も、自己の身体そのものではないが、妊婦の身体と密接に関連するものである。

このように、侵害態様に応じて身体の自由が制約される場面を考察し、身体の自由の保護範囲や保護の程度を明らかにしながら、身体の自由の内容を固めていくことが身体の自由を確保するためには不可欠な作業となろう。

後　序

身体の自由は日米両国において判例上認められている。そして身体侵襲を受けない自由が軸になっている点も共通している。日本では、これまで人身の自由に含まれてきた身体の問題がハンセン病患者強制不妊や性同一性障害の裁判を契機に身体の自由として主題化されつつある。少なくとも身体侵襲からの防御は判例上人格的生存に関わる重要な権利として位置付けられており、身体の自由の核となっている。アメリカでは身体の不可侵がコモンロー上認められてきたという歴史性もあり、その侵害は原則として認められない。それにもかかわらず、身体の自由の制限については比較衡量で判断するのが一般であり、厳格審査がしばしば要求される表現の自由と比べると、身体の自由の保障の程度はそれほど強いようにも思えない。しかし、少なくとも最近の判例では身体侵襲の程度が強い場合には違憲になる可能性が高く、またその保護領域は精神面にも及び、さらに収容や拘束も身体の自由の制約になる。

ただし、自己決定的側面がどのように関係するのかについては、両国ともに発展途上にある。日本では、身体の自由に自己決定的要素があるとしても間接的に関連するにとどまっている。あるいは、人格権の一つとして治療選択を認めた判決があることからすると、身体の自由とは別に事実上の自己決定権が存在している可能性もある。一方、アメリカでは自己決定的側面が認められているものの、その権利構造についてはやや不明瞭な部分がある。すなわち、身体の自由に連動しているのか、自己決定権が独立して存在しているのかという問題である。これについては、具体的問題場面によって異なるが、一般には自由の利益またはプライバシーの権利を基に、そこで保障される権利の一つとして身体の自由や自己決定権があり、場合によっては両者が同時に問題になることもある。ただし、自己決定が認められるのは本人が意思能力を有している場合に限られる。この点は、日本の法制度にも共通する側面がある。本人の意思能力の欠如が関わるものとして精神病患者の強制入院がある。また、本人の明確な意思の有無が問題になる場面として安楽死があり、東海大学病院事件判決[216]にみられるように、本人の明確な意思が条件となっている。

このような意思能力に基づく自己決定の認否は、一見すると、妥当なアプローチのようにみえるが、しかし、身体に関する自己決定の否定は場合によっては強度な身体侵襲を受容することになりかねない。たとえば精神病患者の強制入院や身体拘束は強度な身体制約であり、自己決定どころか身体侵襲を厭わない結果となっている。意思能力の欠如をもって身体に関する自己決定を全否定すべきでなく、手続保障に加え、その後の対応についても身体の自由が可能な限り保障されるような処遇をすべきであろう。また、「自己決定能力を有するとされる人々の権利や自由が、自己決定能力に欠けるとされる人々への強制と抱き合わせで保障されてきた[217]」という事実にも目を向けなければならない。すなわち、事理弁別の観点から意思能力の有無を判断するのではなく、正常／異常の区分の下、一方では胎児の中絶が許され、他方ではハンセン病患者の強制不妊が認められてきたという事

実である。とりわけ、日本では優生保護法が人口政策の観点から中絶と強制不妊の両方を管轄し、ある種の正常／異常の境界線を引きながら生殖に関する自己決定の承認と否定を実践してきた。まさにそれは生政治そのものであり、そしてホモサケルを生み出してしまったといえるかもしれない[218]。旧法とはいえ、そうした法制度によって身体の自由が危機にさらされてきたことを忘れてはならないだろう。

そもそも意思能力の有無の判断は難しいものであり、その判別の困難性を踏まえた上で身体保護を考える必要がある。そこで重要な鍵になると思われるのが身体的インテグリティの概念である。統合的観点から身体の自由を補足するこの概念は身体に影響を及ぼしうる制約からの保護を可能にすることが期待される。ただし、その定義が難しいがゆえに、あらゆる規制が身体の自由を制約するといった立論になりかねず、実際には使えない概念になってしまうおそれもある。また、人格との関係をどのように考えるかといった課題も残る。二〇二三年決定は身体的侵襲を受けない権利を人格的生存に関わる重要な権利と位置付けたが、それが身体的インテグリティと同一視できるかは検討の余地がある。また、近時の科学技術の発展により、人格と身体が切り離されながら別々に存在する可能性もあり、神経法学の分析も考慮に入れた新たな研究も始まっているところである[219]。

身体の自由が抱える課題は時代の変化や技術の発展により一層重くかつ多様化する状況にあり、神聖不可侵の理念はもはや意味をなさなくなっているが、しかし、現実を直視しながらも将来に向けた身体の自由の内容を構想し、理論と実践の両面においてそれを形成していくことが急務であると思われる。

（1）高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第五版〕二九九頁（有斐閣、二〇二〇年）。高橋和之は、身体の自由が規定されていないことの理由につき、「身体が不当に拘束されてはならないことは、あまりにも当然のことで、このことを正面から規定した条文は憲法にはない」と説明している。

（2）芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』〔第八版〕二六四頁（岩波書店、二〇二三年）。また、憲法には自然法的思想に立脚した身体の自由があるという指摘（丹羽巌「身体の自由と逮捕の問題点」国際関係学部紀要二四号五一頁（二〇〇〇年））もある。

（3）最大決令和五年一〇月二五日民集七七巻七号一七九二頁。なお、本決定については多くの判例評釈が存在するが、本稿では網羅的に列挙することはせず、内容に関連する限りで参照するにとどめる。

（4）二〇二三年決定・前掲注（3）一七九八頁。

（5）二〇二三年決定・前掲注（3）一八〇一―一八〇二頁。

（6）二〇二三年決定・前掲注（3）一七九九頁。

（7）決定は、特例法制定当時の制約の必要性が社会変化により低減し、また制定時には生殖腺除去手術要件が医学的にも合理的関連性があったものの医学の進展により必要な治療を受けたか否かは性別適合手術を受けたか否かによって決まるものではなくなったため当該要件が医学的に合理的関連性を欠くに至ったとしている。

（8）J.W. Harris, *Who Owns My Body*, O.J.L.S. 56, 63（1996）.

（9）ウィリアム・シェイクスピア（中野好夫訳）『ヴェニスの商人』（岩波書店、一九三九年）。

（10）シェイクスピア・前掲注（9）一四四頁。

（11）なお、政治思想の分野ではダン（John Dunn）による神学的パラダイムにより従来のロックの理解と一線を画する分析が行われるようになっており、身体保護の解釈にも影響を及ぼす可能性もある。こうした議論や背景については、加藤節『ジョン・ロック――神と人間との間』（岩波書店、二〇一八年）、堤林剣「ケンブリッジ・パラダイムの批判的継承の可能性に関する一考察（一）（二）――パラドックスの連鎖を手掛かりとして」法学研究七二巻一一号四一頁（一九九九年）、同七三巻三号三三頁（二〇〇〇年）などを参照。

（12）円谷勝男「個人の尊厳と幸福追求権」東洋法学三五巻二号六五頁、七〇頁（一九九二年）。

（13）本稿では深く立ち入らないが、ロックの自己所有と身体所有の関係については様々な議論がある。森村進「自己所有権論の擁護――批判者に答える――」一橋法学五巻二号四一七頁（二〇〇六年）などを参照。

（14）ジョン・ロック（加藤節訳）『統治二論』四三三頁（岩波書店、二〇一〇年）。

(15) ロック・前掲注(14)四三五頁。
(16) ロック・前掲注(14)四四一―四四二頁。
(17) ロック・前掲注(14)四四六頁。
(18) ロック・前掲注(14)四四六頁。
(19) ロック・前掲注(14)四六〇―四六一頁。
(20) ロック・前掲注(14)三二六頁。
(21) ロック・前掲注(14)四五四頁。
(22) ロック・前掲注(14)四五五頁。
(23) Jill Marshall, Personal Freedom Through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity Under the European Convention on Human Rights, 165 (2008).
(24) 檜垣立哉『生命と身体――フランス哲学論考』六―二四頁（勁草書房、二〇二三年）。
(25) 新川明「新南島風土記（抄）」沖縄文学全集編集委員会編『沖縄文学全集　第一二巻』二七八―二八〇頁（図書刊行会、一九九二年）。
(26) 深沢七郎『楢山節考』三七―一〇五頁（新潮社、一九六四年）。
(27) ミシェル・フーコー（田村俶訳）『狂気の歴史――古典主義時代における』［改版・新装版］二一―七二頁（新潮社、二〇二〇年）。
(28) ミシェル・フーコー（渡辺守章訳）『性の歴史　知への意志』一〇一―二〇三頁（新潮社、一九八六年）。（以下、『知への意志』という）。
(29) 『知への意志』・前掲注(28)一八〇頁。
(30) 『知への意志』・前掲注(28)一七六―一七七頁。
(31) ジョルジョ・アガンベン（高桑和巳訳）『ホモ・サケル――主権権力と剝き出しの生』一七頁（以文社、二〇〇七年）。（以下、『ホモサケル』という）。
(32) 上村忠男・田崎英明「特集　アガンベン――剝き出しの生　言語と時の〈閾〉」現代思想三四巻七号五二頁、五

五―五七頁（二〇〇六年）。

(33) ジョルジョ・アガンベン（上村忠男・中村勝巳訳）『例外状態』七―八頁（未来社、二〇〇七年）。

(34) 『ホモサケル』・前掲注(31)七―八頁。

(35) 『ホモサケル』・前掲注(31)一〇三―一〇七頁。

(36) 『ホモサケル』・前掲注(31)一一九―一二〇頁。

(37) 『ホモサケル』・前掲注(31)一二二頁。

(38) 檜垣・前掲注(24)一六〇頁。

(39) 『ホモサケル』・前掲注(31)一八二―二四五頁。

(40) 上村忠男『アガンベン《ホモ・サケル》の思想』二四―二五頁（講談社、二〇二〇年）。

(41) 大林啓吾『憲法とリスク――行政国家における憲法秩序』一七―五五頁（弘文堂、二〇一五年）。

(42) 蟻川恒正「身体の自由」法律時報七一巻二号七八頁（一九九九年）、江藤祥平「生の政治と身体の自由――憲法学の観点から」学術の動向二七巻三号一八頁（二〇二二年）。

(43) 大日本帝国憲法二三条「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」。

(44) 大日本帝国憲法八条一項「天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議会閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス」。ただし、二項において、「此ノ勅令ハ次ノ会期ニ於テ帝国議会ニ提出スヘシ若議会ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ将来ニ向テ其ノ効力ヲ失フコトヲ公布スヘシ」と定められている。

(45) 大日本帝国憲法二二条「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ居住及移転ノ自由ヲ有ス」。

(46) 「憲法改正要綱」（昭和二一年二月八日）『佐藤達夫文書 二二』二―三頁（国立国会図書館）。

(47) 阿部照哉・佐藤幸治・宮田豊編『憲法資料集』二八九頁（有信堂、一九六六年）。（以下、『憲法資料集』とする）。

(48) 『憲法資料集』・前掲注(47)二九六―二九七頁。

(49) 修正四条は「不合理な捜索及び逮捕又は押収に対して、その身体、家屋、書類及び所有物の安全を保障される人民の権利は、これを侵してはならない」と規定している。

(50) 『憲法資料集』・前掲注(47)二八九頁。

(51)『憲法資料集』・前掲注(47)二九五頁。
(52)『憲法資料集』・前掲注(47)二八九頁。
(53)『憲法資料集』・前掲注(47)二九五頁。
(54)『憲法資料集』・前掲注(47)二九六―二九七頁。
(55)『憲法資料集』・前掲注(47)二九五頁。
(56)『憲法資料集』・前掲注(47)二九五頁。
(57)『憲法資料集』・前掲注(47)二九六―二九七頁。
(58)『憲法資料集』・前掲注(47)二八九頁。
(59)「枢密院委員会記録（昭和二一年四月～五月）」『入江俊郎文書 三一』五〇頁（国立国会図書館）。
(60)三一条は「第三十一条　何人も、理由を直ちに告げられず、又は直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない。」と定めていた。
(61)「憲法改正草案に関する想定問答（第一輯～第七輯、増補第一輯～第二輯）憲法改正草案逐条説明（第一輯～第五輯）」（昭和二一年四月～六月）『佐藤達夫文書 七七～七九』四六―四七頁（国立国会図書館）。
(62)一六条から二一条にかけては、奴隷的拘束の禁止、思想良心の自由、信教の自由、表現の自由、居住移転・職業選択の自由、学問の自由を保障する規定となっていた。
(63)芦部・前掲注(2)二六四頁。
(64)芦部・前掲注(2)二六四頁。
(65)渋谷秀樹『憲法』（第三版）二二九頁（有斐閣、二〇一七年）。
(66)渋谷・前掲注(65)二三一頁。
(67)渋谷・前掲注(65)一八八―一八九頁。
(68)出入国管理及び難民認定法（昭和二六年政令三一九号）三九条など。
(69)麻薬及び向精神薬取締法（昭和二八年法律一四号）五八条の八など。

（70）精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（昭和二五年法律一二三号）二九条など。
（71）感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（平成一〇年法律一一四号）一九条など。
（72）野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ』〔第五版〕四二一頁（有斐閣、二〇一二年）など。
（73）浅田訓永「憲法一三条後段と『身体についての権利』」同志社法学七二巻四号四八三頁（二〇二〇年）。浅田訓永によれば、学説史としては、憲法一三条に基づく身体の自由を最初に主張したのが種谷春洋で、それをさらに展開したのが佐藤幸治であるという。
（74）佐藤幸治『日本国憲法論』〔第二版〕一九九―二〇〇頁（成文堂、二〇二〇年）。
（75）佐藤・前掲注(74)二〇〇頁。
（76）土井真一「個人の尊重・生命、自由及び幸福追求に対する権利・公共の福祉」長谷部恭男編『注釈日本国憲法（二）』六三頁、一一〇―一一三頁（有斐閣、二〇一七年）。
（77）芦部・前掲注(2)二六四頁。
（78）芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』三九五頁（有斐閣、一九九四年）。
（79）渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ』〔第二版〕一二一―一二三頁（日本評論社、二〇二三年）。
（80）Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927); Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).
（81）Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). ただし、二〇二二年の Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 連邦最高裁判決による判例変更により、中絶の権利は否定された。*See* Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 142 S. Ct. 2228 (2022).
（82）アメリカ憲法修正一三条は奴隷とその意に反する苦役を禁止している。
（83）アメリカ憲法一条九節二項は、「人身保護令状の特権は、反乱または侵略に際して公共の安全のために必要な場合を除き、停止されてはならない」と規定している。なお、日本国憲法は人身保護令状に関する規定を設けていないが、人身保護法（昭和二三年法律一九九号）が存在し、その一条は「この法律は、基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判により、迅速、且つ、容易に回復せしめることを目的とする」と規定しており、人身の自由を守るために制定されている。

(84) アメリカ憲法一条九節三項は、「私権剝奪法または遡及処罰法を制定してはならない」と規定している。私権剝奪は裁判所の審理を経ずに死刑などの刑罰を科したり、財産没収を行ったりすることをいう。たとえば、Cummings v. Missouri 連邦最高裁判決は死刑でなくても、痛みや処罰を科す法が私権剝奪法に当たるとする。*See* Cummings v. Missouri, 71 U.S. 277 (1867).

(85) 中山茂樹「生命・自由・自己決定権」憲法の争点〔第四版〕九四頁、九六頁（二〇〇八年）。

(86) 東京地判昭和四四年二月一五日判例時報五五一号二六頁。

(87) ここでは医師が患者の権利を主張しているので、第三者主張適格の問題も伏在している。

(88) 生殖腺除去手術優生保護法違反事件判決・前掲注(86)三四頁。

(89) なお、控訴審（東京高判昭和四五年一一月一一日高等裁判所刑集二三巻四号七五九頁）も一審を支持した。

(90) 神戸地判平成三一年三月一三日裁判所HP。

(91) 知的障害者DNA採取違法事件判決・前掲注(90)二四頁。

(92) 知的障害者DNA採取違法事件判決・前掲注(90)二四―二五頁。

(93) 東京地判令和二年六月三〇日判例時報二五五四号三五頁。なお、国家賠償請求は棄却した。

(94) 強制不妊違憲訴訟東京地裁判決・前掲注(93)七五頁。

(95) 東京高判令和四年三月一一日判例時報二五五四号一二頁。なお、国家賠償請求を認容した。

(96) 強制不妊違憲訴訟東京高裁判決・前掲注(95)二九頁。

(97) 強制不妊違憲訴訟東京高裁判決・前掲注(95)二九―三〇頁。

(98) 札幌高判令和五年六月一六日未登載。なお、本稿ではLEX/DBを参照した。

(99) 控訴審判決は「高度に身体的な侵襲」の箇所については「高度な身体的侵襲」という言葉に変えている。

(100) 強制不妊違憲訴訟札幌高裁判決・前掲注(98)。

(101) 強制不妊違憲訴訟札幌高裁判決・前掲注(98)。

(102) 大阪高判令和四年二月二二日判例時報二五二八号五頁。

(103) 強制不妊違憲訴訟大阪高裁判決・前掲注(102)一〇頁。

(104) 強制不妊違憲訴訟大阪高裁判決・前掲注(102)一一頁。
(105) 仙台高判令和五年六月一日賃金と社会保障一八三一・一八三二号八八頁。
(106) 強制不妊違憲訴訟仙台高裁判決・前掲注(105)八九頁。
(107) 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成一五年法律一一一号）。
(108) 三条は、「家庭裁判所は、性同一性障害者であって次の各号のいずれにも該当するものについて、その者の請求により、性別の取扱いの変更の審判をすることができる。」と定め、四号は「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。」と規定していた。
(109) 最二小決平成三一年一月二三日判時二四二一号四頁。なお、本決定（二〇一九年）については、稲葉実香「性同一性障害者特例法における性別適合手術の強制と憲法一三条」医事法研究四号一三九頁のほか、多くの判例評釈がある。
(110) 二〇一九年決定・前掲注(109)八頁。
(111) 「その意思」と「自己の意思」が異なるだけである。
(112) 二〇一九年決定・前掲注(109)九頁。
(113) 二〇一九年決定・前掲注(109)九頁。
(114) 二〇一九年決定・前掲注(109)八頁。
(115) 上田健介「性同一性障害者特例法による性別変更の生殖腺除去要件の合憲性（最決平成三一・一・二三）」法学教室四六四号一一七頁（二〇一九年）。これについては、「将来の判断をできるだけ縛らないようにしようとする強い含意がみられる」と指摘される。
(116) 最三小判令和五年七月一一日民集七七巻五号一一七一頁。
(117) 経産省性同一性障害判決・前掲注(116)一一七八頁。
(118) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九八頁。
(119) 齊藤笑美子「法的性別と性自認――特例法手術要件の合憲性（最大決令和五・一〇・二五）」法学教室五二四号三八頁、四一頁（二〇二四年）。人格的生存に関する重要な権利という設定は私生活上の自由よりも一段上のレベル

のものと位置付けられた可能性があり、一三条論に新たな展望を開いたとの指摘がある。

(120) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(121) 二〇二三年決定・前掲注(3)一八〇一―一八〇二頁。

(122) 二〇二三年決定・前掲注(3)一八〇二頁。

(123) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(124) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(125) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(126) これについては、その具体的内容は開かれており、汎用性のあるものであるとして、積極的に評価される傾向にある。こうした指摘をするものとして、河嶋春菜「最高裁による性同一性障害特例法の違憲決定」法学セミナー八二九号四〇頁、四五頁（二〇二四年）、森本直子「性同一性障害特例法における性別変更のための生殖腺摘出要件の合憲性」新・判例解説Watch三四号四七頁、四九頁（二〇二四年）など。

(127) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(128) 駒村圭吾「性同一性障害特例法違憲決定――若干の憲法学的考察を付して」ジュリスト一五九五号五四頁、六〇頁（二〇二四年）。駒村圭吾はその理由として、①手術を要しない当事者に射程を限定したので身体的侵襲の強度がその分前面に出ること、②こちらを根拠にすると特例法の他の要件にも影響を及ぼすこと、③権利未満のものよりも明らかな権利による方が違憲判断を導きやすいことを挙げている。

(129) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(130) 二〇二三年決定・前掲注(3)一七九九頁。

(131) 最三小判平成一二年二月二九日民集五四巻二号五八二頁。

(132) 二〇二三年決定・前掲注(3)一八二八頁。

(133) 二〇二三年決定・前掲注(3)一八二八頁。

(134) 二〇二三年決定・前掲注(3)一八二八―一八二九頁。

(135) Seth F. Kreimer, *Rejecting "Uncontrolled Authority Over the Body": The Decencies of Civilized Conduct, the*

Past and the Future of Unenumerated Rights, 9 U. Pa. J. Const. L. 423, 423 (2007).

(136) Caitlin E. Borgmann, *The Constitutionality of Government-Imposed Bodily Intrusions*, 2014 U. Ill. L. Evr. 1059, 1064.

(137) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

(138) Union Pac. Ry. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250 (1891).

(139) *Id.* at 251.

(140) *Id.* at 251-252.

(141) アメリカの優生問題に関する司法動向については、大林啓吾「優生と憲法――その予備的考察としてのアメリカ判例および裁判例の分析」法学研究九七巻二号三一頁（二〇二四年）を参照。

(142) Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).

(143) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

(144) *Id.* at 546 (Jackson, J., concurring).

(145) Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952).

(146) *Id.* at 172.

(147) *Id.* at 173.

(148) *Id.* at 174.

(149) Breithaupt v. Abram, 352 U.S. 432 (1957).

(150) *Id.* at 436.

(151) *Id.* at 442.

(152) *Id.* at 442 (Douglas, J., dissenting). なお、ブラック（Hugo Black）裁判官が同調した。

(153) Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).

(154) *Id.* at 767.

(155) *Id.* at 772. ブレナン裁判官の法廷意見である。

(156) *Id.* at 778–779 (Douglas, J., dissenting).
(157) Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985).
(158) *Id.* at 761.
(159) *Id.* at 762.
(160) *Id.* at 766.
(161) Washington v. Harper, 494 U.S. 210 (1990). 本件における身体のインテグリティについては、小久保智淳「Washington v. Harper 事件判決再訪――抗精神病薬の強制投与の合憲性」法学政治学論究一三二号五一頁（二〇二二年）が詳しい。
(162) *Id.* at 221–222.
(163) Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).
(164) 494 U.S. at 229.
(165) *Id.* at 229–230.
(166) *Id.* at 237 (Stevens J., concurring in part and dissenting in part). なお、ブレナン裁判官とマーシャル裁判官が同調している。
(167) *Id.* at 237.
(168) *Id.* at 237–238.
(169) *Id.* at 258. なお、Meachum v. Fano, 427 U.S. 215, 233 (1976) (dissenting opinion) を参照している。
(170) Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).
(171) *Id.* at 315–316.
(172) *Id.* at 316.
(173) *Id.* at 321.
(174) Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health, 497 U.S. 261 (1990).
(175) *Id.* at 269.

（176） *Id.* at 278.
（177） *Id.*
（178） 法廷意見はこの箇所に注七を付けており、「多くの州裁判所は治療拒否の権利が一般化された憲法上のプライバシーの権利に含まれるとしているが、我々はそのように判断したことはない。この問題は修正一四条の自由の利益との関係で考えるべきである」と述べている。*Id.* at 279 n.7.
（179） *Id.* at 279.
（180） *Id.*
（181） *Id.* at 287（O'Connor, J., concurring）.
（182） *Id.* at 293–294（Scalia, J., concurring）.
（183） *Id.* at 301（Brennan, J., dissenting）.
（184） *Id.* at 305.
（185） *Id.*
（186） *Id.* at 330（Stevens J., dissenting）.
（187） *Id.* at 341.
（188） *Id.* at 342.
（189） *Id.* at 343.
（190） Roe v. Wade, 410 U.S. 113（1973）.
（191） Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833（1992）.
（192） Katz v. United States, 389 U.S. 347（1967）.
（193） Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479（1965）.
（194） 410 U.S. at 152.
（195） *Id.* at 154.
（196） 505 U.S. at 854. なお、この箇所はブラックマン裁判官とスティーブンス裁判官が同調し、法廷意見を形成でき

た部分である。

(197) *Id.* at 851. この箇所も法廷意見部分である。

(198) *Id.* at 896. この箇所も法廷意見部分である。

(199) *Id.* at 915 (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part).

(200) *Id.* at 915–916.

(201) *Id.* at 922 (Blackmun, J., concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part).

(202) *Id.* at 926–927.

(203) *Id.* at 927.

(204) ブラックマン裁判官がどこまで厳密に使い分けているのかは定かではないが、原語としては前者が「プライバシーの権利」(right of privacy)、後者が「プライバシー権」(right to privacy) と分けられている。

(205) 『ホモサケル』・前掲注(31)一七二頁。

(206) 『ホモサケル』・前掲注(31)一八一頁。

(207) エホバの証人輸血拒否事件判決・前掲注(131)五八六頁。正確には、最高裁は、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」としている。

(208) Nat'l Fedn. of Indep. Bus. v. DOL, 142 S. Ct. 661 (2022).

(209) Black's Law Dictionary, 963 (Bryan A. Garner ed., 11th, 2019).

(210) Gowri Ramachandran, *Against the Right to Bodily Integrity: Of Cyborgs and Human Rights*, 87 Denv. U. L. Rev. 1 (2009).

(211) Cécile Fabre, Whose Body Is It Anyway?: Justice and the Integrity of the Person 40–54 (2006).

(212) *Id.* at 40.

(213) *Id.* at 43.

(214) *Id.* at 54.

(215) 二〇二三年決定の調査官解説においても、血液採取は比較的軽微な身体侵襲と理解されている。野中伸子「性同一性障害特例法違憲最高裁大法廷決定の解説」ジュリスト一五九五号六八頁、七一頁（二〇二四年）。しかし、使用器具が注射針とはいえ刺突行為には相応の痛みが生ずることに加え、血液という生命・身体においてきわめて重要な役割を有するものを採取することは軽微な身体侵襲とはいえないように思われる。

(216) 横浜地判平成七年三月二八日判例タイムズ八七七号一四八頁。

(217) 重田園江『フーコーの風向き――近代国家の系譜学』六六頁（青土社、二〇二〇年）。

(218) かつて優生思想は人間を優れた種と劣った種に分類し、後者の排除を通して人間全体の改善と発達を目指した。優劣の基準は必ずしも常に能力や資質、疾病に基づいて判断されるわけではなく、マジョリティと比べて肌の色、身体的特徴、性的志向などの点において異質な特性を持ったマイノリティもその対象とされた。劣位カテゴリーに含められると、奴隷や患者のように特殊な地位に固定化された。

(219) 日本におけるこの問題の先駆的研究として、小久保智淳「神経法学の体系――神経科学技術の憲法的統制に向けて――」法学政治学論究一三九号一三三頁（二〇二三年）がある。関連して、山本龍彦「『身体の自由』のゆくえ――〈サイバー／フィジカル〉が融解する世界の中で」法律時報九〇巻一二号三八頁（二〇一八年）も参照。

※ なお、本稿は二〇二四年五月に脱稿したものである。