

判例研究

刑事施設における生存権とジェンダー・アイデンティティ

——「健康で文化的な生活を営む権利」試論——

(名古屋地方裁判所二〇〇六年八月一〇日行政処分差止請求事件
判決LEX/DB)

清水 晴 生

- 一 関係法令
- 二 事案の概要
- 三 判旨
- 四 検討
 - 1 刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律
 - 2 ライフスタイルの権利 (憲法一三条)
 - 3 生存権 (憲法二五条)

一 関係法令

判決文冒頭にもあるとおり、本件は、生物学上及び戸籍上は男性である原告が性同一性障害のため、心理的、社会的には女性として生活してきたことを理由に、拘留所長により男子受刑者としての調髪処分を受けることになれば、耐え難い精神的苦痛を被り、そのような処分は憲法上保障されている髪型を自由に決定する権利を侵害する違法な処分であるなどと主張してその事前差止めを求めたものである。

判決文中に掲げられた、本件に関係する法令の主なものとはつぎのとおり。

(1) 平成一八年五月二四日施行、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律 (以下「刑事施設法」又は「既決法」) 三七条 (調髪及びびげそり)

一項 受刑者には、法務省令で定めるところにより、調髪及びびげそりを行わせる。

二項 刑事施設の長は、受刑者が自弁により調髪を行いたい旨の申出をした場合において、その者の処遇上適当と認めるときは、これを許すことができる。

(2) 同規則二二条 (調髪及びびげそりの回数等)

五項 受刑者に行わせる調髪の髪型の基準は、法務大臣が定める。

(3) 被収容者の保健衛生及び医療に関する訓令 (法務省矯医訓第三二九三号、以下「本件訓令」) 六条

一項 刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律施行規則 (平成一八年法務省令第五七号、以下「既決規則」という。) 第二二条第五項の規定による男子の受刑者 (労役場留置者を含む。以下同じ。) の髪型の基準は、

次のとおりとする。ただし、既決法第三十七条第二項に規定する自弁の調髪の髪型については、刑事施設内の衛生の保持並びに刑事施設の規律及び秩序の維持に支障を生ずるおそれがない限り、本人が希望する髪型とする。

(一) 原型刈り

(二) 前五分刈り

(三) 中髪刈り

三項 女子の受刑者の髪型の基準は、刑事施設の長が定めるものとする。

ただし、既決法第三十七条第二項に規定する自弁の調髪の髪型については、刑事施設内の衛生の保持並びに刑事施設の規律及び秩序の維持に支障を生ずるおそれがない限り、本人が希望する髪型とする。

(4) 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 (以下「特例法」) 二二条 (定義)

この法律において「性同一性障害者」とは、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別 (以下「他の性別」という。) であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であつて、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものをいう。

同三条 (性別の取扱いの変更の審判) 家庭裁判所は、性同一性障害者であつ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。

- 一 二〇歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に子がいないこと。
- 四 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。
- 五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。

二 事案の概要

本件判決は争点に関する判断の前提となる事実関係や両当事者の主張につき詳細に述べているが、ひとつひとつの内容のいずれも重要であり看過しえない。よって以下では、そうした内容につきややくわしく見ていくことにしたい。

原告は、平成一七年二月ころ刑事被告人として名古屋拘置所に入所したが、その際戸籍上は男性であるが辜丸摘出手術をしている等外見上女性としての容姿を有していることから、特殊被収容者として単独処遇とされるとともに、運動、入浴、診察、面会等も原則単独連行とされた。同拘置所では本件窃盗罪の刑が確定したことから、平成一八年三月三〇日から同年四月七日までの間三回にわたり原告と面談し、法令に基づく調髪に應ずるよう指導したが、原告は肩までの長さ程度の調髪には応じるとするものの、社会復帰後の就職などを理由にそれより短い調髪には応じないと

の意向を表明している。原告の頭髪は平成一八年六月ころの時点において後背部の腰部周辺まで達する長髪であり、束ねることなく垂らしていることが多い。髪型はいわゆるストレートヘアである。

・差止めの訴えの要件である「重大な損害を生ずるおそれ」(行政事件訴訟法三七条の四第一項)の有無について

(被告の主張) その有無は、行政目的達成の必要性を踏まえた処分内容及び性質と、当該処分により原告が被るおそれのある損害の性質及び程度とを、損害の回復の困難の程度を考慮した上で比較衡量し、かかる行政目的達成を犠牲にしても原告を救済しなければならぬ必要性があるか否かの観点から検討すべきである。刑事施設法三七条による調髪処分は、衛生の必要性、外観の斉一性確保の必要性、調髪による財政上の負担・受刑者の管理上の機能といった観点から、刑務所の規律と衛生保持という刑務所における矯正目的を達成するために欠かすことのできないものであり、その処分内容等も原則として原型刈りか前五分刈りというもので、人間の尊厳を害するものでもない。原告はこれを受忍してしかるべきものといえ、さらに社会復帰に際しての不都合を考慮しても、頭髪はいずれ生えてくるものであり、さらに生えるまでの間かつら等を利用することによつても調髪による不都合を回避できる。したがつて調髪処分により「重大な損害」を生じるおそれがあるとはいえない。

(原告の主張) 個人の髪型は個人の自尊心・美的意識と分かち難く結びつくがゆえに、髪型決定の自由は個人的人格の価値に直結し、憲法一三条により保障される。これは受刑者に対しても同様である。性同一性障害という事情もあいまつて、原告への調髪処分強制は現状回復不可能となるばかりか、原告の自尊心に回復し難い傷跡を残すことになるから、当該処分による損害は重大である。

・調髪処分の違法性(裁量権の逸脱・濫用があるか)について

(被告の主張) ア 行政庁がいまだ第一次的判断権を行使していない段階で裁判所が差止判決をし、司法が行政に一定の行政上の作為、不作為義務を課すことを正当化し得るとすれば、その作為、不作為が単に違法と判断されるだけでは足りず、その違法が一見して明らかであること(いわゆる一義的明白性)が求められるべきである。本件差止めへの訴えに係る調髪処分は裁量処分であり、この処分をすることが拘留所長の裁量権を逸脱・濫用するものとして明らかに認められる場合に限って、本件差止めの訴えは認容される。

イ 刑事施設法三七条一項による調髪処分は、衛生の必要性、外観の斉一性確保の必要性、調髪による財政上の負担・受刑者の管理上の機能の三点を根拠とし、施設の長が施設を管理し矯正目的を実現する上で必要不可欠なものあり、原告に対する本件処分もその裁量権を逸脱・濫用するものではない。

ウ 原告は性同一性障害という特殊事情から、調髪処分については女子受刑者と同様に扱うべきである旨主張するが、上記特例法による審判を受けていない原告を法的に女子受刑者として扱うことは不可能でありむしろ許されない。原告が特例法の定める性同一性障害者の要件のすべてを満たしていない以上、原告を女子受刑者と同様に扱うことは適当でない。また原告は、被告が調髪処分の合理性として主張する衛生の必要性については、女子受刑者・未決勾留中の者との比較において衛生の必要性は問題にならないこと、外観の斉一性確保の必要性については行刑改革会議の提言に照らして合理性を欠くこと、調髪による財政上の負担・受刑者の管理上の機能については、費用本人負担を採用すればよいことを主張する。しかし第一点については、無罪の推定を受ける未決勾留中の者と、受刑者である原告とはその法的地位が異なり、そのため、衛生の必要性も受刑者に比して譲歩されるにすぎない。また女子受刑者と

の対比についても、男子受刑者を收容する施設は女子受刑者のように調髪済みでない者の收容を予定していないからそれとの対比も意味をなさない。第二点については、原告の引用する提言からどのように原告主張の結論を導いたかが不明である。第三点については、原告の身体能力が女性と同様であるなどとはいえない以上、男性同様の管理をすべき必要性、合理性は何ら否定されるものではない。

(原告の主張) ア ①衛生上の注意、②秩序維持及び逃走防止、③財政上・管理上の負担軽減といった、男子受刑者への調髪強制の根拠とされる要請は、男子受刑者の調髪についてのみ問題になるものではない。また②については、平成一五年一月二二日の行刑改革会議提言において、受刑者の特性に応じた処遇の実現、処遇困難者に対するきめ細かな收容の実現等に言及されていることから、男子受刑者に対して一律に極端に短い頭髪を強制することの合理性はもはや失われているといえる。③については、女子受刑者に対して許容されている自弁調髪が男子受刑者に許容されない合理性はない。

イ 原告は、小学校六年生のころから自己の性別が男性であることに疑問を持ち始め、頭髪を肩の辺りまで伸ばしていた。その後進学した中学校の校則では男子の頭髪は丸坊主とされていたが、原告は従来の髪型を維持した。その後学校から校則を守るよう強く指導されたため仕方なく髪を切ったが、中学校三年生のころから再度髪を伸ばし始め、以来長髪を維持している。原告は一七歳のころ鞞丸摘出手術を受け、同時にホルモン剤投与も受けるようになった。一八歳のころからニューハーフパーでホステスとして稼働し、外見上の女性らしさを追求するため顔面の整形手術も受けた。そして平成一四年五月一〇日、精神科医師より性同一性障害の診断基準に合致する旨判断されている。以上のとおり、原告は一七歳のころから現在に至るまで二五年以上もの間、自己の身体的性別(男性)を自己

の性意識(女性)に合致させるべく手術や治療等を受けてきており、その結果、原告の身体的特徴はむしろ女性のそれに近く、その状態は不可逆的であつて、もはや男子受刑者としての処遇を受けることは不可能である。このような原告に対しその生物学的性別に従つて処遇し、男子受刑者として頭髮の調整を強制することは、これまで行つてきた治療方法に逆行するものである上、原告の自尊心を傷つけ、耐え難い精神的苦痛を与えるものであつて、それを強制することは、拘禁目的からみても原告の自己決定権に対する過剰な制約であり許されない。したがつて拘留所長による原告への本件調髪処分は明らかに裁量権を逸脱・濫用した違法な処分といわざるを得ない。

三 判旨

・行政事件訴訟法三七条の四第一項にいう「重大な損害を生ずるおそれ」の有無については、同第二項が規定するところに従い、原告の権利利益やこれに対する侵害の性質及び程度、当該処分によつて達成すべき行政目的の緊急性、即時性の内容及び程度等を比較衡量し、当該処分によつて原告に生じる損害が、当該処分の取消しの訴え及び執行停止によつては回復することが困難であるか否かという観点から判断すべきである。本件についてみるに、髪型を自己決定することは基本的に各自が自由に決することができるのであり、個人の尊厳に係る権利として尊重されるべきところ、髪は伸びてくるとはいつても、従前の長髪等に復するまでの間の上記利益は失われるのであるから、調髪処分がなされるときには回復困難な重大な損害が生じるおそれがあると認められる。

・本件調髪処分の違法性(裁量権の逸脱・濫用があるか)について

(1) 前記事実にくわえて以下の事実も認められる。すなわち原告につき平成一四年五月九日付けで名古屋区検察庁検察官が行った刑事訴訟法一九七条二項に基づく「傷病名等についての照会」に対し、担当医師は同月一〇日付けで傷病名を「薬物依存症(向精神薬)」及び「性同一性障害」と診断し、後者につき「診断基準(DSM-4)」に合致するものと思われる。」旨回答した。

日本精神神経学会による「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン(第三版)」によれば、性同一性障害の診断手続としては、性同一性障害に十分な理解と経験をもつ精神科医が、①ジェンダー・アイデンティティの判定、および②身体的性別の判定を経て、統合失調症などの精神障害を除外して、身体的性別とジェンダー・アイデンティティが一致しないことが明らかであれば性同一性障害と診断し、二人の精神科医が一致して性同一性障害と診断することで診断は確定することとされている。二人の精神科医の意見が一致しない場合は、さらに経験豊富な精神科医の診察を受けその結果を改めて検討することになる。二人の精神科医の診断の一致を求めているのは、性同一性障害の治療に関しホルモン療法や手術療法など不可逆的治療を前提としているため確実な診断が要求されるからであり、身体的治療を前提としない場合などには必ずしも二人の精神科医の一致した診断が必要とされるわけではない。

(2) 調髪処分の違法性について

個人の髪型を各自が自由に決し得る権利は、個人の美的感覚や生活様式などと結びついており、憲法一三条が保障する個人の尊厳に係る権利の内容を成すものとして尊重されるべきである。しかし拘禁目的達成に必要な限り、上記自己決定権が制約を受けることも当然であり、刑事施設法三七条一項が調髪強制を規定するのもその趣旨によるもの

である。そして個々の受刑者につきどのように処遇するのが拘禁目的達成に必要なか、当該拘禁施設の運営管理責任者である施設の長が最も熟知していると考えられるから、その処遇内容の決定は基本的に当該施設の長の裁量にゆだねられていると解すべきであり、その処遇が拘禁目的に照らして明らかに上記自己決定権に対する過剰な制約であると認められない限り、裁量の範囲を逸脱・濫用するものとして違法となることはない。

衛生の必要性、外観の斉一性確保の必要性、調髪による財政上の負担・受刑者の管理上の機能の三点にくわえ、課せられる作業の内容によつては安全管理上かかる措置が適当と考えられるといった諸点に照らせば、本件訓令による男子受刑者への原則原型刈りまたは前五分刈りの調髪措置は、拘禁目的等に照らし合理的で、男子受刑者に過剰な制限を加えるものではない。刑事施設法が性別による分離收容を行うとしていること(四条一項一号)自体、男女の性別に応じた收容処遇の必要性と合理性に基づくもので、男女の髪型の違いは、生物学的、社会的な役割分担や、習俗、美意識等の諸事情によつて歴史的に自ずから形成されてきたものと解されるのであつて、男女の受刑者につき合理的とされる髪型に差異があることは当然で、不合理な区別や不公平な取扱いとはいえない。また未決勾留者の長髪等が許されるのは、調髪による收容施設の維持・管理という行政目的の達成よりかかる自由確保の要請を優先させたもので、有罪判決の執行により收容される受刑者とはその地位が異なるから、未決勾留中の者が髪型を自由に決めることができるからといつて男子受刑者に対する調髪処分が違法となるものではない。さらに刑事施設法は特段の事情が認められない限り、一般的な判定による性別に応じた処遇を行うものと定めているのが相当で、実際の運用においてもそうした判定及び処遇の方法が最も客観的で公平な取扱いといふべきで、矯正現場に混乱を生じさせることも少ない。

原告は上記のとおり、戸籍上男性となつてゐる上、男性器も摘出手術を受けた睾丸部分を除いて残しており、性別を判断する上での身体上の外観としては男性としての特徴を備えているから、名古屋拘留所長が、原告を基本的に男性受刑者として処遇することとしても、それ自体を裁量権の逸脱・濫用ということとはできない。そして原告の上記のような心理的、社会的な女性としての生活歴、睾丸摘出や容貌の整形手術を受けた経歴、ホルモン剤の投与を受けてゐる事実その他の諸事情は、集団的な拘禁施設における衛生状態の保持の必要性、集団的処遇の性質や逃走防止面からの外観の斉一性を確保する必要性、財政上の負担増加の回避等の諸事情と対比してみるとなお特段の事情があるとは認められず、これらをどの程度しんしゃくして処遇上の配慮をすべきかも、収容されている受刑者の人数、性質や施設の設定、監視態勢等諸般の事情を総合考慮した裁量判断にゆだねられてゐるといふべきである。したがつて名古屋拘留所長が原告の頭髪につき他の男子受刑者と異なる処遇を行う必要がないと判断して調髪処分を行った結果、原告に相応の精神的苦痛を与えることになるとしても、これをもつて裁量権を逸脱・濫用する違法な処分があつたとはいえない。

四 検討

以上のとおり、本件処分は虐待、あるいはその執行における「残虐な刑罰」(憲法三六条)ともいふべきものであつたようにもおもわれる。こうした本事案ないし本判決をめぐる問題の解決はいつたどのようにならねばならないか、試みられるべきである。

うか。

1 刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律

本判決は冒頭で「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」につき、調髪処分の根拠となる三七条を引いたのみであったが、そのほかにも参照すべき条項は少なくなかったであろう。以下のものについてもあえて確認すべきではなかったであろうか。

一条(目的) この法律は、刑事施設の適正な管理運営を図るとともに、受刑者等の人權を尊重しつつ、その者の状況に応じた適切な処遇を行うことを目的とする。

十四条(受刑者の処遇の原則) 受刑者の処遇は、その者の資質及び環境に応じ、その自覚に訴え、改善更生の意欲の喚起及び社会生活に適應する能力の育成を図ることを旨として行うものとする。

三十三条(保健衛生及び医療の原則) 刑事施設においては、受刑者の心身の状況を把握することに努め、受刑者の健康及び刑事施設内の衛生を保持するため、社会一般の保健衛生及び医療の水準に照らし適切な保健衛生上及び医療上の措置を講ずるものとする。

五十条(刑事施設の規律及び秩序) 刑事施設の規律及び秩序は、適正に維持されなければならない。

2項 前項の目的を達成するため執る措置は、被収容者の収容を確保し、並びにその処遇のための適切な環境及びその安全かつ平穩な共同生活を維持するため必要な限度を超えてはならない。

六十五条(制限の緩和) 受刑者の自発性及び自律性を涵養するため、刑事施設の規律及び秩序を維持するための受

刑者の生活及び行動に対する制限は、法務省令で定めるところにより、第十四条の目的を達成する見込みが高まるに従い、順次緩和されるものとする。

これらはいずれも受刑者の多様性を前提とし、個々の受刑者それぞれにとつて最適な処遇を実施することを求めたものである。本判決がしめしたような、「衛生の必要性、外観の斉一性確保の必要性、調髪による財政上の負担・受刑者の管理上の機能」といった処遇単一化・画一化のための要請から合理的裁量をひろく許容する態度は、すでにこの（本判決が「刑事施設法」と呼んで看過したところの）「受刑者処遇法」に相反するものであろう。

2 ライフスタイルの権利（憲法一三条）

髪型の自由はライフスタイルの自由だといわれることがある（竹中勲「自己決定権の意義」公法研究五八号四〇頁以下等参照）。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。」としており、ここにいわゆる「ライフスタイルの権利」がふくまれるかについては判例・学説上議論がある。

本件で原告も、このようなひとつの自己決定権として髪型の権利を主張した。裁判所も「個人の髪型を各自が自由に決し得る権利は、個人の美的感覚や生活様式などと結びついており、憲法一三条が保障する個人の尊厳に係る権利の内容を成すものとして尊重されるべきものであって、何人も合理的な理由なく一定の髪型を強制されることはない」と述べた。しかしそれは「拘禁目的達成に必要な限り」「制約を受けることも当然」とされる程度のものにすぎない。

このような議論の展開は、髪型の自由等のいわゆる「ライフスタイルの権利」をめぐる判例（とくに下級審）・学説

の議論の系譜 (東京地判一九六三年七月二九日行集一四巻七号一三一六頁、熊本地判一九八五年一月一三日行集三六巻一・一二号一八七五頁、東京地判一九九一年六月二一日判例時報一三八八号三頁、浅利祐一「公立中学校における髪型の規制」『憲法判例百選Ⅰ「第四版」』四六頁、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究五八号一頁等) や、あるいはまた、いわゆる「在監者の権利」をめぐる判例・学説の議論の系譜 (最判一九七〇年九月一六日民集二四巻一〇号一四一〇頁、同一九八三年六月二二日民集三七巻五号七九三頁、名古屋地判二〇〇六年一月二七日判例時報一九三三号一〇二頁、塩野宏「在監者の基本的人権」『憲法判例百選Ⅰ「第四版」』三四頁、藤井樹也「被拘禁者の喫煙の禁止」同書三六頁、竹中勲「未決拘禁者の閲読の自由」同書三八頁等) からすれば、容易に想定されるところである。

しかし本件で侵害される原告の利益の問題を、合理的な理由のない限り強制されることはないとしても「衛生の必要性、外観の斉一性確保の必要性、調髪による財政上の負担・受刑者の管理上の機能」といった刑事施設の合理的な運営といった程度の理由によつて制約可能な自己決定の利益の問題だと解することは、当を得たものとはおもわれない。なぜなら本件原告から奪われようとしていたのはライフスタイルの自己決定たる幸福追求の権利などではなく、自己決定できない障害をかかえ治療しながら生きるということ自体だったからである (またこの意味でやはり本件処分は虐待というほかない)。

3 生存権 (憲法二五条)

憲法二五条は「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」(一項)、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」(二項)とさだめて、「健

康で文化的な最低限度の生活を営む権利」、いわゆる生存権を保障している。これまで、生活保護等の社会保障の受給をめぐる著名な判例とそれに対する学説からの応答とによつて、その議論の中心の一部が形成されてきたことはうたがひなからう。

しかしそうした議論の一定の蓄積を見てもなお、いまだその権利としての性格であるとか、「健康で文化的な最低限度の生活」とはどういったものか、客観的に判定可能かといった諸点については意見の一致を見ないどころか、やや議論は停滞した状況にあるとさえいわれる（辻村みよ子『憲法（第二版）』三三二頁以下）。

「健康で文化的な最低限度の生活」の一つのモデルともいふべきものを行政自らがつねに維持し、示し続けている場、それこそ受刑者を処遇する刑事施設である。

ところで、「健康で文化的な最低限度の生活」について、堀木訴訟で最高裁は、それは「きわめて抽象的（・相対的）」な概念であると述べた（最判一九八二年七月七日民集三六巻七号一二三三八頁）。しかしこれを一口に抽象的と切り捨ててしまうことは正しいだろうか。見方を変えて、「健康で文化的な最低限度の生活」について、これを仮に「健康な生活」、「文化的な生活」、「最低限度の生活」の三つに分けて考えみるならば、先にあげた生活保護等の受給の問題は最後の「最低限度の生活」をめぐるものであったということができる。これに対して「健康な生活」や「文化的な生活」についても、現実的かどうかをさておくかぎり、（権利性については別論としても）それぞれに固有の内容を考へることは困難ではないようにおもわれる。

たとえば、衣食住については一応足りているが、医療や薬の供給は決定的に不足しているという（離島、被災地、難民キャンプなどでは容易に想定できる）状況であるとか、衣食住は一応満たされているものの水不足があまりに深刻で

一年に一度しか風呂に入れないといった極限的な場合、こうした暮らしは最低限度は保っているとしても「健康な生活」かどうか、「文化的な生活」かどうかという点ではうたがわしいだろう。

同様に、衣食住が足りたとしても、電気・水道・ガスといったものがまったく利用できない、テレビもラジオも新聞も本もないといった場合、はたして言葉の(現代の)日常的な意味で「文化的な生活」(あるいはその意味)において「最低限度の(文化的な)生活」ということがはたしてできるだろうか。

「最低限度」という価値基準が、ある生活の性質や態様といったいわば質的な観点というよりもむしろ量的な観点において妥当するものと仮にした場合、この二五条の規定を「最低限度の健康な生活」と「最低限度の文化的な生活」とを保障するものと読む余地はないとはいえないだろう。

また、仮に以上のように解した場合でも(そしてどのように解した場合でも)、この生存権を保障する二五条の根本に一二三条の幸福追求権に代表される根源的な価値の保障を見出す・見通すことは困難ではない。逆にいえば、生存権保障はまさにこの幸福追求権の実施を可能にする生存・生活の保障だということになる。

そして、本件原告から奪われようとしていたのが、生存・生活権が保障された上でのライフスタイルの自己決定ないし幸福追求の権利ではなく、自己決定できない障害と向かい合い治療しながら生きるというそれ自体だったといえるならば、まさにこの「健康で文化的な生活を営む権利」の侵害が問われる余地があっただろう。処分の違法ないし権限の濫用・逸脱を論じるなかでむしろ問いなおされるべきだったのはライフスタイル権ではなく、まさにライフの権利、だったのであり、それは同時に二五条の質的観点の問いなおしともなりうるものだった。また、このライフの権利もなお二五条の「きわめて相対的」な特性を免れないとしたならば、本件と本件原告がしめすいわば「きわめて現代的」な特性

こそむしろ二五条の相対性の具体的な中身の一端をあきらかにしえたであろうし、そのことは逆にいえば二五条の抽象的・相対的特性の限界をしめすものともなりえたであろう。まさに生存権の自由権的効果が發揮されえまた發揮されるべきケースであったとおもわれる (松本和彦「生存権」小山剛||駒村圭吾編『論点探究 憲法』二二三頁以下参照)。

(本学法学部専任講師)