

軍隊への女性の参入と 自己決定権についての憲法学的考察

久保田茉莉*

目 次

はじめに

第1章 女性兵士論争における自己決定権をめぐる主張

第2章 環境や誘導に影響を受ける自己決定

第1節 自己決定の環境

(1) 学説状況

(2) 女性が軍隊に入る環境要因

第2節 危険な行為への誘引と自己決定

(1) 危険な行為の自己決定を導く仕組み

(2) 女性の軍隊への誘引

第3節 小 括

第3章 自己決定権に対するパターナリスティックな制約

第1節 他者加害原理以外の理由による自己決定権の制約

(1) 自己加害阻止原理

(2) 人間の尊厳

① 日本における議論状況

② フランスの公法判例

③ フランスにおける議論状況

第2節 女性兵士になるという自己決定

(1) 自己決定の性質——軍人の権利義務規定からの分析

(2) 自己決定権として位置付けた場合の効果——女性兵士の置かれた状況からの考察

① 女性に対する被害の正当化

② 自己責任論の誘発

第3節 小 括

おわりに

* くはた・まり 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

はじめに

本稿は、女性兵士の問題をめぐってこれまでなされてきた自己決定権に関する議論を、憲法学の立場から批判的に考察するものである。女性兵士の問題は、「フェミニズムの分断をもたらす『難問』」¹⁾とされており、その背景には、「女性兵士の職業選択の自由を前提に男性と同等の権利や平等権を主張し、女性の入隊や戦闘参加を求める立場」と、これを批判する立場の対立構図がある²⁾。湾岸戦争期には、全米最大の女性組織であるNOW (National Organization for Women、全米女性機構)が女性の戦闘参加を求め、フェミニストの間で論争が活発化したが、日本を含む世界の多くの国々での女性軍人比率の上昇や、軍隊内男女共同参画に取り組む国の増加といった昨今の潮流に鑑みると、この問題は一層重要性を増しているように思われる³⁾。

加納実紀代によれば、日本における女性兵士論争は、次のような経過をたどった。まず、湾岸戦争後に、アメリカのフェミニストによる女性の戦闘参加要求が伝えられたことで、1991年ごろから、「第一次『フェミニズムと軍隊』論争」が、「〈平等〉や〈自己決定権〉といった普遍的価値を軸に展開された」。この時期の論争では、「社会のあらゆる領域における男女の完全な平等」を求めて女性兵士を肯定する立場に対し、反対派からは、

-
- 1) 辻村みよ子『人権をめぐる十五講——現代の難問に挑む』(岩波書店、2013年) 108頁。
 - 2) 辻村・前掲注 1) 116頁。
 - 3) 論争の背景については、例えば、拙稿「フランスにおける女性軍人の法的取扱いとその実態 (1)」立命館法学396号 (2021年) 78頁参照。近年行われている軍隊の feminisation に関しては、日本につき、清末愛砂「なぜ、女性自衛官の活躍を推進するのか」飯島滋明・前田哲男・清末愛砂・寺井一弘編『自衛隊の変貌と平和憲法 脱専守防衛化の実態』(現代人文社、2019年) 170-176頁、アメリカにつき、佐藤文香『女性兵士という難問——ジェンダーから問う戦争・軍隊の社会学』(慶應義塾大学出版会、2022年) 165-177頁、フランスにつき、拙稿「フランスにおける女性軍人の法的取扱いとその実態 (2)」立命館法学397号 (2021年) 39-41、54-62頁など参照。

体制内平等論の限界が主張された。これに対して、女性兵士肯定派は女性の自己決定権を主張し、「女性の戦闘参加問題は、平等から自己決定権の問題へとシフトした」。ここでは加納が、自己決定権を「軍隊という破壊殺戮をこととする集団に適用する危険性」を述べて、反対の論陣を張った。そして、1998年秋ごろから再び論争が活発化し、この「第二次『フェミニズムと軍隊』論争」では、「〈国家〉と〈暴力〉」がキーワードとされた⁴⁾。

加納はこのように議論の移り変わりを示すが、論争を振り返ると、女性の軍隊参入・戦闘参加を批判する側は、体制内平等論の限界を指摘した後には、自己決定権の主張にはほとんど応答せず、「国家と暴力」に照準を合わせて論を展開したことがわかる。代表的な論者として、例えば、女性兵士問題を日本で初めてフェミニズムの観点から取り扱ったと言われる⁵⁾上野千鶴子は、「フェミニズムはたんに国家が占有し国民に恣意的に与えてきた市民的諸権利（義務を含む）の『分配平等』を要求する思想ではない」として、国家の暴力（軍隊）、さらには国民国家それ自体を相対化し、軍隊内男女平等要求を退けた⁶⁾。また、佐藤文香は、自衛隊を研究対象として軍事組織とジェンダーを分析し、軍隊内男女共同参画が、国家の軍事化というコンテクストの中で行われていることを示した。佐藤は次のように言う。「『ミリタリスト平等派』のフェミニズムが、軍事組織への参入を『一流市民権』と結びつけ、これを推し進めようとしてきたこと、女性兵士の質量の拡大を『女性の一流国民化』の証であるかのように、フェミニストの勝ち取った『成果』として示してきたこと、これらは結果として、このロジックの延命に加担するものとなってきた」⁷⁾。こうした立論・研

4) 加納実紀代『戦後史とジェンダー』（インパクト出版会、2005年）356-366頁。

5) 加納・前掲注4）355頁。

6) 上野千鶴子『生き延びるための思想 新版』（岩波書店、2012年）81頁。

7) 佐藤文香『軍事組織とジェンダー——自衛隊の女性たち』（慶應義塾大学出版会、2004年）329頁。佐藤は、軍事組織をめぐるジェンダー・イデオロギーを8つに類型化しており、「ミリタリスト平等派」とは、その一類型である。男女の差異を個人差よりも大き

究は、主に社会学者の手によってなされており、その他、社会学以外の立場からは、哲学者である花崎皋平が、「軍隊内の昇進コースへの参入機会の平等を要求すること」は、「これまで男性がその権利を独占してきた『戦争権』、すなわち『殺人・破壊権』を分有すること」であり、「形式的平等化の背後ではほかの被差別者をさらに差別する方向へコミットすること」になるとして、「〈統治共同体〉と〈非武装〉という問題次元」から議論を組み立てていくことの必要性を説いた⁸⁾。さらに、女性史研究者である加納も、「国民国家の統治に暴力を『所与』とする必要はない」として、「男たちが武力という強制手段を身につけたとき、女性支配が始まった」こと、軍事が「『男らしさ』を構築する」ことなどから、「フェミニズムの論理としての〈非武装〉」を提唱した⁹⁾。

このように、反対派は、「国家と暴力」の検討を通じて、フェミニズムを単純な平等論に還元するような見方を排してそこから非暴力を導出し、軍隊内男女平等が倒錯した要求であるということを主張してきた。他方、憲法学からの研究が不十分¹⁰⁾ということもあってか、女性兵士に関する自己決定権の問題は、解明されることなく残り続けている。花崎が言うよう

ゝなもの認めず、男女に対する権利と義務の平等な分配を認め、軍事組織の存在を正当なものとする態度／信念を指す (68頁)。

8) 花崎皋平『〈共生〉への触発 脱植民地・多文化・倫理をめぐって』(みすず書房、2002年) 186頁。

9) 加納・前掲注 4) 366-368頁。

10) 関連する憲法学の研究としては、後述する辻村みよ子による問題提起があるほか、中山道子が、自衛隊や防衛大学校への女性の入隊・入学において、女性の倍率が男性の倍率よりも高いことを「逆クオータ制」とであると批判し、自衛隊内男女平等を求めている(中山道子「論点としての女性と軍隊——女性排除と共犯嫌悪の奇妙な結婚」江原由美子編『性・暴力・ネーション』(勁草書房、1998年) 56-58頁)。また、女性兵士問題それ自体を扱ったものではないが、女性自衛官の活躍の推進がジェンダー平等の阻害要因になることを示唆した清末愛砂の分析(清末・前掲注 3) 168-178頁)や、志田陽子(「軍事国家化とジェンダー・セクシュアリティ——レスペクタビリティ論を戦争責任論へ摂取する一試論——」浦田賢治編『非核平和の追求 松井康浩弁護士喜寿記念』(日本評論社、1999年) 289-311頁)、水島朝穂(「ジェンダーと軍隊 欧州裁判所判決とドイツ基本法」法時73巻 4号(2001年) 59-63頁)などの手になる論稿がある。

に、女性が軍隊に入るの「個人の自己決定権による自由選択」であり、「『国民国家と暴力の関係』へと検討の軸を移さないかぎり、問題の核心に迫ることはできない」¹¹⁾からであろうか。しかし、女性兵士問題の本質がそちらであるとしても、自己決定権の問題を棚に上げておくことはできない。辻村が指摘するように、「女性が自己の職業を自主的に選択することを完全に批判しきれない点」に、この問題の「『難問』たる所以がある」¹²⁾からである。辻村は、「女性の職業選択の自由・兵役参加権 vs. 母性保護・反戦平和主義」という論の立て方をしており¹³⁾、女性兵士問題において、事実上女性の自己決定権の問題を提起している。憲法学の自己決定権論を踏まえた検討は不可欠である。

そこで、本稿では、女性の軍隊参入要求を自己決定権の行使として肯定する主張の妥当性について検討する。第1章では、日本でこれまで展開されてきた女性兵士論争における自己決定権をめぐる主張について概観し、第2章および第3章において、女性兵士になるという自己決定について憲法学の議論を援用しつつ検討する。

第1章 女性兵士論争における自己決定権をめぐる主張

軍隊内男女平等を推進する議論は、女性の自己決定権をその論拠の一つとする。例えば、近藤恵子は次のように述べて、NOWの主張に賛同する。「人として生きる権利——人権の基本は、自己決定権であり選択権であると私は考えている。機会の平等、結果の平等ということ、運動の様々な局面で私たちは訴えてきたが、女たちをはじめとするマイノリティは入り口から出口まで、あらゆる場面で自己決定の権利をはばまれてい

11) 花崎・前掲注 8) 203頁。

12) 辻村・前掲注 1) 116-117頁。

13) 辻村・前掲注 1) 108頁以下。

る。あえて誤解をおそれずにいえば、マイノリティは悪をなす選択からも排除されている」¹⁴⁾。

また、相内真子は、女性兵士問題の本質は、「男性と同等の資格を持つ女性が、『女性である』というだけの理由で軍隊のエリートコースへの参入を拒否されてきた『不条理』」であるとする。そして、NOW を批判するフェミニストを、「軍隊に入り出世してそれによって自己実現をはかろうとする男性を見逃しておきながら、女性にだけはなんとか水際でそれをやめさせようとする」「ダブルスタンダード」であると論難する。相内は、「女性が男性と平等に軍隊へ参加する権利」を強調し、「女性がどの戦争に参加しどの戦争に参加しないかは、女性自身が判断する問題」であると述べている¹⁵⁾。自己決定権という言葉こそ用いていないが、近藤と同様に、女性の自己決定権から女性兵士を肯定していると考えても差し支えないだろう。

このように、軍隊内男女平等を求める論者は、女性が軍隊に入ることを自己決定権の行使として正当化している。しかし、これらの主張は、自己決定権の内容や射程についての精査を全くしないまま、自分のことなら何でも自分で決められるはずだと強弁しているにすぎない。

このような単純な自己決定権論に対し、加納実紀代は、「軍隊内男女平等と自己決定権」と題した論稿において次のように反論する。軍隊は、「国家への忠誠と命令服従のシステムによって成り立っている。つまり『人権』や『平等』、『自己決定権』という概念ともっとも馴染まないのが軍隊というものだ。自己決定の結果軍隊に入るとする。そこにあるのは自己決定不可能な命令服従のシステムである。そして戦闘部署への参入を自己決定すれば、命令のままに殺人と破壊をこととしなければならない」。もっとも、「自己決定権には、自己決定権の喪失を自己決定する権利も含

14) 近藤恵子「軍隊内の女性差別撤廃決議 (NOW) —— 私たちは何を選択するのか」婦人通信 (社会主義婦人会議) 1992年8月号11頁。

15) 相内真子「再び「戦争と軍隊と女性」」自由学校「遊」通信第10号 (1992年) 1-4頁。

まれるはずだ。人は不自由を選択する自由も認められるべきである」。しかし、軍隊における自己決定権は、「他の自己決定権をおかす可能性がある。軍隊は、国家が『敵』と定めた国の人びとを殺すことを任務とする。……（中略）……他人の自己決定権どころか生存権までおかすものなのだ」。したがって、そのような自己決定権は、「『人権』や『平等』を真向から否定するものとなりうる」。以上のことから、加納は、「軍隊内男女平等を考えるにあたっては、『自己決定権』を絶対的価値として最優先すべきではないと結論付ける¹⁶⁾。

この加納の議論は、軍隊内男女平等要求を批判する論者によりしばしば参照されており¹⁷⁾、近藤や相内のような自己決定権の考え方に対する反論として受け入れられているようである。しかし、加納の論理には、次のような問題がある。まず、加納は、軍隊への参入を自己決定権によって肯定することを、軍事組織の「自己決定不可能な」性質ゆえに否定する。これは、自己決定権を放棄するような自己決定は自己決定権の行使として認められないとの主張であるように読める。しかし、加納は続けて、「自己決定権の喪失を自己決定する権利」を認めてしまう。この論理では軍隊が「命令服従のシステム」であろうと、そこに入る自己決定権を否定することはできない。とすると、加納の議論の主眼は、軍隊における自己決定権が「他人の自己決定権どころか生存権までおかす」という点にあるのだろうか。そうであるならば、軍隊が「命令服従のシステム」であるか否かにかかわらず、憲法学で言うところの内在的制約¹⁸⁾を指摘すればそれで事足りることになる。軍隊が「命令服従のシステム」であるので、そのような組織における自己決定権は「『人権』や『平等』を真向から否定する」も

16) 加納・前掲注4) 343-345頁。

17) 例えば、花崎皋平『個人/個人を超えるもの』（岩波書店、1996年）131頁。

18) 内在的制約とは、基本的人権に内在する制約であるが、その中核部分として人権相互の矛盾・衝突を調整する実質的公平原理があり（長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1） §§10-24』（有斐閣、2017年）148頁〔土井真一執筆〕）、加納の主張はこの点の指摘にすぎない。

のとなり、『自己決定権』を絶対的価値として最優先」すべきでないとの結論に至るためには、自己決定権の内容や射程、軍事組織の性質、そこに参入するという自己決定の背景やその自己決定が意味するものなどを子細に検討する必要がある。

以上のように、女性の軍隊・戦闘参加を自己決定権の行使として肯定する議論もそれを批判する議論も、自己決定権の内容や射程を踏まえずに、単純な、あるいは不明確な自己決定権観に基づいて展開されている。他方、憲法学においては、自己決定権についての豊富な蓄積がある。前述したように、女性兵士問題において自己決定権が極めて重要な問題であることに鑑みれば、憲法学の先行研究を踏まえた検討が要求される。

第2章 環境や誘導に影響を受ける自己決定

自己決定権とは、「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」であり、憲法13条の幸福追求権の一部を構成すると解されている。通説である人格的利益説では、自己決定権の内容は、『基本的人権』と捉えるにふさわしい内実」をもつものでなければならないとされており、「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄」についての自己決定権が憲法上保障されることになる¹⁹⁾。

前章で見たように、女性兵士問題における自己決定をめぐるこれまでの議論では、近藤恵子が「悪をなす選択」を含むあらゆる事柄が「自己決定の権利」の対象になると考えていたり、加納実紀代が「自己決定権には、自己決定権の喪失を自己決定する権利も含まれる」としていたりするなど、管見の限りでは、自己決定権を、ありとあらゆる行為をなしうる限界のないものと捉えているかのごとき主張ばかりがなされているようであ

19) 佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』(成文堂、2020年)212頁。

る。こうした主張は、13条が「人の生存活動全般にわたる自由を広く保障する」と解する一般的自由説に立つようにも見える。一般的自由説では一応の自由を想定したうえで制約を認めるのが通常であるから、加納の場合はまさに一般的自由説として理解が可能である。他方、近藤の場合には、制約の存在が全く観念されていないため、一般的自由説として考えても粗雑な議論になってしまう。しかし、自己決定権として考える以上、憲法学における研究成果を踏まえて議論がなされる必要がある。

自己決定権といえども、環境や誘導に影響を受けるものであるため、本章では、自己決定の環境について憲法学界における議論を概観したうえで、女性兵士になるという自己決定がなされる環境を分析し（第1節）、環境要因に加えてさらなる誘因により自己決定がなされる問題との関係でも、女性兵士になるという自己決定を検討する（第2節）。

第1節 自己決定の環境

(1) 学説状況

自己決定権に関しては、その行使の前提となる環境や社会的条件について、以下のような議論がある。

まず、「自己決定の環境」について、例えば小泉良幸は次のように述べる。「具体的個人は、つねに・すでに『環境』のなかに巻き込まれて『在る』。リベラリズムが、自己決定＝自己責任を要求するのであるならば、その、道徳理論上の前提として、『環境』という偶然のもたらす不正の是正もまた要求される」²⁰⁾。高井裕之も、「自己決定の環境」の問題として、「自己決定の際の選択の対象が限られていては、あるいは選択した事柄を実現できなければ、実質的に自己決定権は個人にとって価値が乏しいことになりかねない」と指摘する²¹⁾。

20) 小泉良幸『個人として尊重——「われら国民」のゆくえ』(勁草書房、2016年) 8頁。

21) 高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」岩波講座 現代の法14『自己決定権と法』(岩波書店、1998年) 223頁。高井は、「障害者・高齢者が外出してある場所に」

また、中山茂樹は、「自己決定の社会的条件」として、同様の問題に言及する。人は、その環境となる関係性の中で自己決定を行っており、その中には、社会的圧力などの下での「そうせざるをえない選択」もある。したがって、「社会における権力の布置の問題」に留意する必要があるにもかかわらず、そのような社会的条件に無頓着であれば、自己決定に依拠して社会のあり方が不問に付されることになる²²⁾。

江原由美子は、「自己決定ができる条件」として、「情報が十分に提供されていること」や、それが「強制や脅迫・誘導がない状況で判断した決定」であることなどを挙げ、「周囲の人々」には、「十分な情報を提供し、本人が理解できたかどうかを確認し、強制や脅迫や誘導がない状況を作り、それらがないと確認すること」が求められるとする。こうした条件の存在を前提としたうえで、江原は、「自己決定以上に優先されるべき価値がある場合」があり、「本人にとって思わしくない結果を導くような場合には、『自己決定に任せるべきではない』という判断も必要」と主張する。『何が自己決定に任されるべきなのか』の判断が必要とされているのであって、『どんなこともすべて自己決定に任されるべきだ』ということにはならない²³⁾。

高井や江原によるこうした議論も踏まえて、平岡章夫は、「集団・カテゴリー間の『平等な選択の自由』」、「より多くの選択の自由」こそが必要であると述べる。平岡は、「女性の売春業への従事を『性的自己決定権』の行使として正当化するような議論」の「欠陥」を示す。人生の選択肢として、自らの性を商品化して生活基盤とするような人生選択肢A、専業主婦(夫)や低賃金の臨時労働者としての人生選択肢B、社会的地位が高く賃金も恵まれているような労働を生活基盤とする人生選択肢C・D・Eが

↘行きたいと思っても、そこに行くための移動・交通手段がなければ、あるいは困難・不便を伴えば、実質的に移動の自由は保障されていない」という例を挙げる。

22) 中山茂樹「憲法学と生命倫理」公法研究73号(2011年)174頁。

23) 江原由美子『自己決定権とジェンダー』(岩波書店、2012年)216-221頁。

あり、Aは「女性にとってはある種『ありふれた』ものであると言えるが、男性にとってもそうであるとは言い難い」状況、Bは「女性に親和性があるが、男性にも社会的に『開かれていない』ものとは言えない」状況、C・D・Eは「女性に全く開かれていないわけではないにしても、圧倒的に男性のものである」状況である場合には、女性が一見「自発的」にAの選択肢に引き寄せられることが想定される。ここで、「『自己決定権』という概念を導入してしまうと、少なくともAとBという2つの選択肢は与えられているのであるから、女性のAという選択は『自己決定権』行使の結果として『尊重』すべきということになる。その際、選択肢そのものが不平等である状況は不問に付されやすい」。平岡は、「『自己決定権』の名の下に特定の選択結果を擁護する」ような態度は、「現存する権力関係を丸ごと肯定する以上の機能を持たない」とする。「ある『選択』が『被抑圧者』によってなされたものであればこそ、その選択を『自己決定権』の名の下に『尊重』しようとする動きが出てきた」のである²⁴⁾。

このような問題は、近年、ナッジや選択アーキテクチャ²⁵⁾をめぐる議論において、組上に載せられている。リバタリアン・パターナリストは、選択の自由を重視しつつ、より良い選択への選択アーキテクト（設計者）による誘導を主張する²⁶⁾。アーキテクチャ（様々な行為の可能性の前提となる物理的・技術的構造）は、「つねに、一定の範囲の選択肢を構成する反面で、

24) 平岡章夫『多極競合の人権理論の可能性——「自己決定権」批判の理論として——』（成文堂、2013年）76-78頁。

25) ナッジとは、「命令や禁止令を課さずに、人々の選択を特定の方向に向けさせる」ことであり、選択アーキテクチャは、「われわれが選択するかどうか、するとしたらいつ、どのように選択するかを規定する」（Cass R. Sunstein, *Choosing Not to Choose: Understanding the value of Choice*, Oxford University Press, 2015, pp. 5-6. 訳については、キャス・サンステーン（伊達尚美訳）『選択しないという選択 ビッグデータで変わる「自由」の形』（勁草書房、2017年）9-10頁によった）。

26) Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, p. 5（リチャード・セイラー、キャス・サンステーン（遠藤真美訳）『実践 行動経済学——健康、富、幸福への聡明な選択』（日経BP社、2009年）16-17頁）。

それ以外の選択肢を排除している」が、『『選択アーキテクチャ』または『ナッジ』の概念は、一定の選択肢の内部の構造に着目するいっぽうで、排除された選択肢に目を向けない』²⁷⁾。また、ナッジには、「あたかも本人の選択であるかのように装って干渉者の責任を被干渉者に転嫁する余地がつねにある」²⁸⁾。このように、自己決定権の観念が、与えられた選択肢の中での選択の強制の存在を覆い隠す機能や、社会構造を与件として正当化する機能を果たすことが懸念される。

以上のように、自己決定権とは、無条件に主張しうる性質のものではなく、当該自己決定がなされる状況が無視して安易に持ち出すことには問題がある。したがって、女性兵士になるという自己決定についても、それを自己決定権行使として正当化できるのか、まずはその自己決定が行われる状況との関係で検討が必要である。

(2) 女性が軍隊に入る環境要因

自己決定の環境の問題は、女性兵士問題においては、女性の社会的・経済的地位の低さの問題として顕現する。女性が軍隊に入る背景に経済的要因があることは、様々な国の軍隊について指摘されている。

例えば、社会学者の Vincent Porteret によれば、フランスでは、何人かの女性は、「軍人になりたかったという以前に仕事を行いたかった」のだと証言しており、最も学歴のない女性たちは、軍職を一般的な公務員の職と同様の安定した職と考え、軍隊を就労における「最後の頼みの綱」と捉えている²⁹⁾。

27) 成原慧「それでもアーキテクチャは自由への脅威なのか？」那須耕介・橋本努編『ナッジ!? 自由でおせっかいなリパタリアンパターナリズム』(勁草書房、2020年) 86頁。

28) 那須耕介「ナッジはどうして嫌われる? ナッジ批判とその乗り越え方」那須・橋本編・前掲注 27) 56頁。

29) Vincent Porteret, « À la recherche du nouveau visage des armées et des militaires français : les études sociologiques du Centre d'études en sciences sociales de la défense », *Revue française de sociologie*, n°44-4, 2003, p. 804.

また、Ilene Rose Feinman によれば、アメリカで女性が軍隊に入る第一の理由は、経済的なものである³⁰⁾。佐藤文香も、米軍が雇用創出の場となっており、市民領域で不利益を被っている層をより強く引き付けていること、そして女性の場合にはより一層その傾向が強くなることを指摘する³¹⁾。

日本でも、給与や手当をもらいながら教育を受けることのできる自衛隊が、経済状況の苦しい家庭の子どもたちに教育の機会を与える機能を実質的に果たしてきたとされており、佐藤の調査・分析でも、女性自衛官が入隊理由として経済的要因について言及する例が多くみられる³²⁾。

このように、女性が、外的要因によって軍隊に吸い込まれていくという実態がある。経済的徴兵制の問題はこれまでも指摘されてきたところではあるが、女性の場合には、社会的・経済的地位の不安定さがあるため、状況はより深刻なのである。したがって、自己決定の環境が整っているとはいえない。

第2節 危険な行為への誘引と自己決定

(1) 危険な行為の自己決定を導く仕組み

前節では、自己決定は外的要因の影響を受けるため、自己決定がなされる背景を度外視してはならないということを示してきたが、さらに、当該自己決定に至るまでに必要な誘引力の強度が、自己決定主体の置かれた状況のみならず、自己決定対象の内容によって異なることを指摘できる。すなわち、困難な状況に置かれた人が、そのような状況に置かれていなければしなかったであろう自己決定をしてしまうというだけでなく、その自己決定のハードルが低ければ容易にそれをしてしまう一方、高いとしても、

30) Ilene Rose Feinman, *Citizenship Rites: feminist soldiers and feminist antimilitarists*, New York University Press, 2000, p. 51.

31) 佐藤・前掲注 3) 64-66頁。

32) 佐藤・前掲注 7) 227-229頁。

さらなる誘因によってその自己決定が誘引されることになる。

この点に関連して、平岡章夫は、自己決定の対象が、「危険な行為」、すなわち「『自分自身にとって危険な結果をもたらす』自発的な行為」である場合に自己決定権を持ち出すことの問題を指摘する。危険な行為の中には、警察や消防機関、軍隊などの構成員が日常業務として行う活動や、建築現場・工場現場での肉体労働など、国家や社会から求められているものも多くある。そして、一般的に、「精神労働よりも肉体労働のほうに貧困層などの『自発的』希望が集中するという傾向は明らかであり、その結果として、『危険の分配』における不平等が固定化する」。仮に、危険な行為に自発的に従事する人々を社会が調達できなくなった場合には、報酬の引き上げや社会的イメージの向上によって、人材を確保することが考えられ、確保できない場合でも、危険な行為を強制することは認められない。しかし、例えば高い報酬によって危険な行為への従事を選択する個人が、極度の貧困状態にあり、他の職業に従事する選択肢がないのであれば、その選択は、限りなく強制されたものに近づく。このようにして、平岡は、とりわけ国家・社会が必要とする危険な行為への従事を自己決定権の行使として正当化することは、不平等の固定化や特定の社会的階級に対する抑圧を後押しすることになると結論付ける³³⁾。

以上の平岡の議論は、自己決定が環境要因に左右されるという問題が、その対象が危険な行為であり、国家や社会がそれを必要としている場合に

33) 平岡・前掲注 24) 126-130頁。ポール・ウィリスは、労働者階級の子女が、「反学校の文化」の中で、「自分の将来をすすんで筋肉労働者と位置づけ」ていく過程を分析し、それを、「自由ならざる境遇を自由意志で選択する過程」であるとしている (Paul Willis, *Learning to Labor: How Working-Class Kids Get Working-Class Jobs*, Columbia University Press, 1977, pp. 3, 156. (訳については、ポール・ウィリス (熊沢誠・山田潤訳)『ハマータウンの野郎ども』(筑摩書房、1996年) 17、289-290頁によった) が、平岡はこれを参照し、「社会における『構造的劣位者』の地位に属する人々が、そのような社会構造を再生産するような人生選択を『自発的に』行っていく社会的メカニズム」について述べている。自己決定権の行使として当該選択に肯定的評価を与えることは、そのメカニズムの追認になるのである (平岡・前掲注 24) 106-107頁)。

一層深刻化するということを示している。危険な行為を行うという自己決定をさせるためには、より強い誘因が必要であるところ、そのような誘因による選択を自己決定権行使の結果とすることにより、特定の社会階層を取り込んだ誘因は不可視化され、不平等社会は不問に付されてしまうのである。

(2) 女性の軍隊への誘引

軍隊は、生命・身体への危険が極めて大きいうえ、ほとんどの国家がその存在を要求する組織であることから、軍隊に入るという自己決定は、平岡が問題視する「危険な行為」の自己決定の典型とも言う。そして、人材確保が課題となっており、様々な施策が講じられた結果、女性が入り込んでいる。

例えば、米軍は、1972年の徴兵制廃止以降、人員不足を補うために女性兵士のリクルートに積極的になった。その際、軍隊が、雇用機会や、教育・職業訓練の機会としても女性にとって魅力的な条件を提供したことに加え、男性の失業率の上昇と離婚率の増加という要因もあって、家計支持者であるシングルマザーや、夫が失業中の既婚女性が軍隊に進出した。軍隊は女性兵士にチャイルドケアまで提供したという³⁴⁾。

また、フランスでも、徴兵制廃止による兵員不足や、軍隊を男女平等の組織として提示したいという要求などから、軍隊自身が女性を必要とする状況にある。そこで、フランスでは、軍隊内の保育所の増設や、産休・育休後の職場復帰支援などを含む積極的な軍隊内男女共同参画政策を行い、実際に女性兵士比率を上昇させている³⁵⁾。増えた女性の内訳については不明であるが、前述のように女性が軍隊を「最後の頼みの綱」としている状況において、軍隊が女性の就労条件を向上させれば、そしてまた、市民社

34) 上野・前掲注 6) 56-59頁。

35) 拙稿・前掲注 3) 「フランスにおける女性軍人の法的取扱いとその実態 (2)」54-60頁参照。

会における福祉の充実度が低下すれば、困難を抱えた女性を取り込まれていくことは容易に想像できる。

さらに、市民社会における女性の地位の低さや自己実現の困難さを利用して、軍隊は平等な組織であり、軍隊でこそ女性は自己実現ができるのだという誘導もありうる。佐藤文香の調査によれば、女性の自衛隊への入隊動機として、自衛隊が『性別にこだわらず実力主義』で能力が発揮できる特権的な場所」であること、「頑張れば頑張るだけ、女性、男性という区別なくやっているといる職場というのは他になかった」ということなどが、女性自衛官の口から語られている。その他、新聞報道に登場する女性自衛官の中にも、民間企業よりも自衛隊の方が、差別がなく公正で男女平等な職場であるとの認識が多くみられるという³⁶⁾。

加えて、佐藤によれば、昨今では、「穏やかさや他者への共感、争いを調停する融和的なふるまい」といった「女性が軍隊には適さない理由とされてきたジェンダーステレオタイプ」を、反対に、男性よりも女性の方が軍隊に適していることの根拠とする主張がなされるようになった。それは、平和維持活動において、男性の存在そのものが地元の人々を挑発してしまうことや、地元の女性たちが男性よりも女性に信頼を寄せるため、女性の存在が任務の遂行をスムーズにすることによるものである³⁷⁾。

こうした状況を踏まえれば、軍隊は男女平等で女性が活躍できる職場であるとの認識の植え付けが、市民社会における女性の地位の脆弱さと相俟って、女性を軍隊に誘導することも考えられる。

第 3 節 小 括

社会的・経済的に立場の弱い女性が、高い報酬や教育・職業訓練の機会を求めて軍隊に入る例も多くあるのであり、軍隊に入るという自己決定の背景に、女性の地位の問題があることは等閑視すべきではない。このよう

36) 佐藤・前掲注 7) 229-230頁。

37) 佐藤・前掲注 3) 133-135頁。

な状況において軍隊に入るという選択をする女性は、「自己決定の環境」や「社会的条件」が整ったなかで、あるいは「誘導がない状況」で、当該意思決定をしたといえるのか、また、提示された選択肢自体に問題はなかったのか、大いに疑問である。

そして、こうした外的要因に加え、軍隊が、国家により必要とされる危険な組織であり、特に女性を必要としていることから懸念される問題もある。国家は、そのような危険な組織への女性の参入動機を強めるために、女性を引き付ける政策を積極的に行っているため、そうした状況下での意思決定を自己決定権の行使として正当化することにより、国策による誘導の結果に自己決定の外観が付与され、危険の分配における不平等の問題が温存されてしまうということである。

以上のように、自己決定が外的要因による影響を受けること、そして、女性を軍隊に包摂しようとする国家的策謀があることに鑑みれば、女性兵士になることを自己決定権の行使として正当化すべきではないように思われる。しかし、それでは、女性の地位が向上し女性に十分な選択肢が与えられていると判断できる社会状況になれば、軍隊への参入という選択を自己決定権の行使として肯定するということになりそうだが、それについては次章で検討する。

第3章 自己決定権に対するパターナリスティックな制約

本章では、まず、自己加害の阻止や人間の尊厳の擁護を目的とする自己決定権の制約の可能性を明らかにし（第1節）、次に、女性兵士になるという自己決定を自己決定権の行使として正当化できるのかについて検討する（第2節）。

第1節 他者加害原理以外の理由による自己決定権の制約

基本的人権の制約の出発点は他者加害原理であるが、人権の観念は、

「人間の尊厳」を基礎としており、日本国憲法においても、「個人の尊重」や「個人の尊厳」は、人権保障の根幹をなしている³⁸⁾。そうだとすると、他人を害しない自己決定でも、それによって当人の尊厳が傷つけられる場合に、当該自己決定を自己決定権の行使として正当化することは、その土台を掘り崩すこととなるため認められないのではないかという問題が生じる。

反パターンリズムで知られる J.S. ミルでさえも、「当事者自身に危害を与えるような契約」、例えば「自分自身を奴隷として売り渡す契約」や「自分が奴隷として売られることを認める契約」は無効であると認めている。それは、「自分自身を奴隷として売る人は、この行為だけで、それ以降、将来の自由の行使をあらかじめ放棄することになる」ため、「自分のことは自分で処理してよい、ということに正当性を与えている目的そのものを、自ら否定してしまっている」からである。ミルによれば、「自由の原理は、人が自由でなくなる自由を持つことを要求できない。本人の自由を放棄するのを許すことは、自由ではない」³⁹⁾。

このように、自己決定権には他者加害原理以外の制約原理もあると考えられる。そこで、本節では、(1)自己加害阻止原理についての憲法学説を示し、(2)人間の尊厳をめぐる日仏の議論とフランスの公法判例を通して、自己決定権の制約可能性について明らかにする。

38) ヨンバルトは、「人間の尊厳」と「個人の尊重」を区別し、「人間の尊厳」は無条件に尊重されるべきであるが「個人の尊重」はその限りではないこと、各個人は個人としてではなく人間として尊厳を有することなどを指摘する（ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力』（成文堂、1990年）77-86頁）。他方、玉蟲由樹は、憲法13条の「個人の尊重」には、「人間の尊厳」の尊重と「個人の尊厳」の尊重が「同時かつ複層的に含まれる」と考え、「人間の尊厳が個人の尊厳に絶対的に優位するわけでもない」とする（玉蟲由樹『個人の尊厳と自己決定権』愛敬浩二編『講座 立憲主義と憲法学（第2巻）人権Ⅰ』（信山社、2022年）45頁）など、様々な理解がある。

39) J.S. ミル（関口正司訳）『自由論』（岩波書店、2020年）225-226頁。

(1) 自己加害阻止原理

憲法学においては、自己加害を阻止するための自己決定権の制約についての議論がなされている。

佐藤幸治は、『自己危害』に対する制約』として、本人の「人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する場合」に、「限定されたパターンリスチックな制約」がありうるとする。これは、内在的制約や外在的制約とは明確に区別された「第3の範疇」の制約と位置付けられる⁴⁰⁾。また、内野正幸は、「自由制約正当化事由」として、「本人の客観的利益の保護」を挙げ、佐藤と同様に、このような制約を「第三の範疇」に属するものとして位置付ける⁴¹⁾。

中山茂樹は、よく知った上で同意したとしても、医師でない者から業としての医行為を受けることはできない（医師法17条）など、本人の自己決定に反しても、身体の処分については規制できることを示す。その根拠は、一見『自己決定』に見えるものが実は自発的・任意的なものではなく、圧力を加えられて示されている可能性」や、「本人の自己決定にかかわりなく、人の道具化・手段化を防ぐ」必要性などである。したがって、「憲法上の権利として『自己の身体の処分に関する自己決定権』という範疇化は適切ではない」ということになる⁴²⁾。

土井真一も、自己決定が尊重されなければならないのは、その人が「人格としてその根源的な存在意義を承認されなければならない」からであるため、「自己の生命及び身体に対する重大かつ不可逆的な侵害を直接的にもたらす行為」は憲法上の権利として類型化されるべきではないとしている⁴³⁾。

40) 佐藤・前掲注19) 154頁。

41) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）340-341頁。

42) 中山茂樹「人体の一部を採取する要件としての本人の自己決定」産大法学40巻3・4号（2007年）77-83頁。

43) 土井真一「生命に対する権利」と「自己決定」の観念」公法研究58号（1996年）97頁。
他方、玉蟲由樹は、自殺援助の禁止を定めたドイツ刑法典217条を違憲とした連邦裁判

また、竹中勲は、憲法13条後段を「自己人生創造希求的利益」を保障する規定と解している。自己人生創造希求的利益とは、「かけがえのない自己存在自体の利益（自己存在利益）および、自己の人生のまとまりや個人の自律などを企図して懸命に生きようとして模索しつつその時々自己存在を確認することに対する利益（自己存在確認利益）をも含むような一定の包括性をもった利益」である。竹中は、憲法上の自己決定権について、「個人的事柄ないし私的事柄のうち、人間として存在し生きていく上において重要な事項について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」と定義するが、「人間として存在し生きていく上で重要な事項」とは、「自己存在利益および自己確認的利益を含む自己人生創造希求的利益を内実とするもの」である⁴⁴⁾。

このような理解を前提として、竹中は、基本的人権の制約の正当化原理として、自己加害阻止原理があるとする。これは、「自己の権利利益を侵害する国民の行動（作為・不作為）を阻止するために公権力が介入し、身体的自由・精神活動の自由・経済活動の自由を制約することは正当化されうとの原理」と定義されるものである。この自己加害阻止原理は公共の福祉に含まれると解されるが、それは、公共の福祉の内容は、「前段の個人の尊重原理および後段の基幹的な自己人生創造希求権に適合的なものとして構成・理解される必要がある」ためである。

竹中によれば、自己加害阻止原理には、判断能力が十分でない個人について妥当する自己加害阻止原理（弱い自己加害阻止原理）と、判断能力が十分な個人について妥当する自己加害阻止原理（強い自己加害阻止原理）とがあり、「強い自己加害阻止原理が妥当する場合はきわめて限られると解せられるが、〈自己の人生を作り上げていく営みを終えてしまうこと自体を

↘所の判決を引きつつ、「自己加害防止の観点から、生命保護を目的に自律的な死の選択を一律に制約することは、国家の行為として正当化ができない」とする（玉蟲・前掲注38）61-62頁）。

44) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）48頁。

目的とする自己決定〉については、強い自己加害阻止原理に基づく制約が正当化される場合があると解せられる」。ここで竹中が例示しているのは「興奮状態においてではない、よくよく考えての自殺行為」である⁴⁵⁾。

このように、本人の人格的自律や客観的利益、自己加害阻止のために、自己決定権の制約がありうるということが示唆されている。

(2) 人間の尊厳

① 日本における議論状況

憲法学においては、人間の尊厳から自己決定権の制約の正当化を試みる議論もある。

中山茂樹は、「憲法13条の『個人の尊重』の理念には、個人の自律性の保障ばかりでなく、その人の存在そのものを保障する面も含まれている」としたうえで、「『個人の尊重』ないし『人間の尊厳』の保護を理由にした個人の自由の制限」について、次のように論じる。「個人の尊重」や「人間の尊厳」を理由として、本人が望むとしても、長時間労働や性売買、高リスクの金融取引などは規制できると考えられている。自律能力のある本人の自己決定にかかわらず本人の利益のために個人の自由を制限することは、正当性が認められないのが原則であるが、「その自己決定が、本人の自律性を、長期的不可逆あるいは自由な人格であることと両立しない程度に損うものである場合」には、介入が許されると解されるのである⁴⁶⁾。

また、青柳幸一は、「『人間の尊厳』は、自己決定権を基礎づけるとともに、自己決定権を制約する」と述べる。人間の尊厳観念には、権利基底のアプローチと義務基底のアプローチとがあり、権利基底の人間の尊厳論では、人間の尊厳は自由な自己決定に見出されるが、義務基底の人間の尊厳論では、人間の尊厳が人権制約原理として機能する。そして、フランス憲

45) 竹中・前掲注44) 92-96頁。

46) 中山茂樹「生命・自由・自己決定権」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）96-97頁。

法院判決やドイツ基本法1条1項の「人間の尊厳」条項には、この義務基底的人間の尊厳論の考え方が表れており、「両国における人間の尊厳論の特色は、その絶対的保障にある」とされる。つまり、「人間の尊厳に抵触する行為は、絶対的に禁止される」のである⁴⁷⁾。

そこで、人間の尊厳に基づく自己決定権の制約についてさらに検討するために、次項では、フランスにおける人間の尊厳とそれを傷つけるような自己決定について、憲法院及びコンセイユデタの判決を参照する。

② フランスの公法判例

フランス公法において、人間の尊厳 (*dignité de la personne humaine*) は、1994年7月27日の憲法院判決以前には、実効性を持つ法規範として位置付けられていなかったが、当該判決によって法原理として確立され、これと両立しがたい個人の自由を制限することが可能となった⁴⁸⁾。

この憲法院判決は、2つの生命倫理に関する法律について合憲性審査を行ったものである。憲法院は、「人間 (*personne humaine*) を隷従させ墮落させることを企図した体制に自由な人民がかちえた勝利の直後に、あらためて、すべての人 (*être humain*) が、人種、宗教、信条による差別なく、譲り渡すことのできない神聖な権利を持つことを宣言する」という1946年憲法前文を引用し、「あらゆる形態の隷属及び墮落に対する人間の尊厳の擁護 (*sauvegarde de dignité de la personne humaine*) は、憲法的価値を有す

47) 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』(尚学社、2009年) 170、178頁。ただし、ドイツ基本法の「人間の尊厳」条項については、「現代においては、人間の尊厳の人的・事理的保護領域は次第に制定時に予定されていた範囲よりも拡大され、そしてそれにもなって保障の強度についても、人間の尊厳を比較衡量の妥当しない絶対的なものと見るのではなく、さまざまな憲法利益との比較衡量に対して開かれた相対的なもの、あるいは人間の発達段階によって保障強度が異なるものと見る理論傾向が出現してきている」との指摘もある(玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理——人間の尊厳条項の規範的意義と動態』(尚学社、2013年) 51頁)。

48) 小林真紀「フランス公法における「人間の尊厳」の原理(1)」上智法学論集432巻3・4号(1999年) 168-169頁。

る原理である」と判示した⁴⁹⁾。小林真紀によれば、この判決は、用いられた表現が極めて一般的であることから、人間の尊厳の「原理の適用範囲が今回のような生命倫理法分野に限られず、『人間の尊厳』に関するあらゆる事項に及ぶことを示している」⁵⁰⁾。

そして、人間の尊厳の原理がフランス行政法上初めて認められたのが、1995年10月27日のコンセイユデタの小人投げ事件判決である。小人投げとは、「オーストラリアで始まり、アメリカ経由でヨーロッパ大陸に入った後、フランスでは1990年頃から流行し始めた見世物の一種で、ヘルメットをかぶり保護服を着た小人症の男子を、見物人がマットの上で投げ、その飛行距離を競うというゲーム」である⁵¹⁾。

この事件は、1991～1992年に、モルサンシュールオルジュとエクサンプロヴァンスの市長が、それぞれの市内における小人投げ興行を禁止し、小人投げ興行を行う会社及び同会社と雇用契約を結んだ小人症患者が、当該禁止命令の無効確認、執行停止、損害賠償を求めて提訴したものである。ベルサイユ行政裁判所は、小人投げは違法な活動に当たらずその禁止は個人の自由及び労働権の侵害になるとして、マルセイユ行政裁判所は、小人投げは人間の尊厳を害しうる行為ではないとして、それぞれ禁止命令を違法と判断した。

これに対し、コンセイユデタは、公序への侵害を予防するためのあらゆる措置を講ずることは、市町村の行政警察の権限であり、人間の尊厳の尊重は、公序の構成要素であるため、市町村の行政警察は、特別な地域的事情がなくても、人間の尊厳の尊重を侵害する興行を禁止することができる」と述べたうえで、小人投げ興行について次のように判示した。

小人投げは、見物人に小人症患者を投げさせるものであり、身体障害者

49) CC, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994. 判決の訳については、小林真紀「1994年生命倫理法判決」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』（信山社、2013年）97-100頁によった。

50) 小林・前掲注48) 177頁。

51) 小林・前掲注48) 179頁。

を砲弾のように扱うことになる。そのような興行は、その目的自体によって、人間の尊厳を侵害する。人の安全を確保するための防護策が取られ、人が報酬と引き換えにこの見世物に自由に参加していたとしても、市町村の行政警察当局は特別な地域的事情なしにそれを禁止できる。労働の自由の原則及び営業の自由の原則の尊重は、そのような措置が公序の攪乱を防ぎ又は止めるものにすぎないのであれば、法令が許容する活動であろうと、それを市町村の行政警察当局が禁止することへの障害にならない⁵²⁾。

この事件では、自分自身の人間の尊厳を侵害する行為の制約可能性が問題となっており、いくつかの評釈がこの点に言及している。

Les grands arrêts の評釈は、小人投げが、「他者の手中で人をまさに道具にする」興行である点を強調したうえで、次のように述べる。投擲の対象となる小人症患者は、「完全に同意していて、この活動から重要な報酬を得ている」。しかし、それは、「そのような行為が、人間の尊厳を侵害しないということを立証するには不十分である。人間の尊厳は、権力によって尊重されるべきというだけのものではない。個人同士の関係の中では個々が、自分自身のためにはその本人が、人間の尊厳を尊重しなければならない。人は、自分自身の品位を傷つけることを承諾することはできない⁵³⁾。

Marie-Christine Rouault も、小人症患者が「自分の身体を処分する自由を引き合いに出していた」にもかかわらずコンセイユデタが「人間の尊厳は譲歩の対象にはなりえない」としたことから、人間の尊厳の尊重は「その人自身にも課される」ものであるとしている⁵⁴⁾。また、Francis Hamon も、「個人の同意は、人間の尊厳にもたらされる侵害を必ずしも取り消すものではない」とする⁵⁵⁾。

52) CE, Ass., 27 octobre 1995, n°136727, n°143578.

53) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., Éditions Dalloz, 2005, p. 740.

54) Marie-Christine Rouault, « L'interdiction par un maire de l'attraction dite de « lancer de nain » », *Les Petites Affiches*, n°11, 1996, p. 32.

55) Francis Hamon, *La Semaine Juridique*, n°17-18, 1996, p. 191.

Paul Cassia も、小人投げ事件判決を、人間の尊厳が本人によっても侵害されえないものであることを示したものと捉え、次のように述べている。「コンセイユデタは、1995年10月27日の小人投げについての判決において、人間の尊厳の原理の観点から、その起源となった商売のやり方の違法性を明らかにした後で、ただ一つの取りうる結論を引き出した。すなわち、この活動の絶対的で決定的な禁止は、この点で取りうるというのみならず取らなければならない、唯一の適当な行政措置である。いかなる政治的又は司法的な正当化も、いかなる地域的又は国家的利益も、人間の尊厳へのあらゆる侵害の絶対的禁止の回避を可能なものにするにはならない。人間の尊厳の抵触不可能な性質（*caractère indérogeable*）から、自分自身の品位を傷つけることへの同意は、それを正当化することも許可することもできないということになる。公権力——行政、場合によっては裁判官——は、例えば経済的利益又は精神的利益のような利益がそこにあるとしても、自分の尊厳を傷つけるような状況に身を置かないことを個人に課すことができる。……（中略）……小人投げ事件を通じて、この不可侵の性質が明白になっている。当事者が、……（中略）……禁止された活動を是が非でも望んでいたにもかかわらず、コンセイユデタは、人間の尊厳への侵害は主観的理由によって正当化されえないと考えた。人間の尊厳の侵害という事実は、問題となった活動の中止を必然的に課すのである」⁵⁶⁾。

コンセイユデタの調査官による判例時評においても、「行われた行為が人間の尊厳への侵害をもたらす性質のものであると認められる場合には、そこから引き出される結論は、その体系的な禁止でなければならない」とされており、ここでも、人間の尊厳が絶対的なものであり、本人の同意によってもその侵害は正当化されないことが示されている⁵⁷⁾。

56) Paul Cassia, *Dignité(s) : Une notion juridique insaisissable?*, Éditions Dalloz, 2016, pp. 96-97.

57) Jacques-Henri Stahl et Didier Chauvaux, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *L'actualité juridique-Droit administratif*, n°12, 51^e année, 1995, p. 881.

この判決の報告担当官であるPatrick Frydmanは次のように述べる。ヨーロッパ人権委員会の1973年12月14日の報告書でも、本人の同意は決定的要素にはならないとされており、「継続的な屈従、本人の目と同様に他者の目から見てもその対象となる屈従の状況又は評判を生じさせるときに」、当該取扱いは品位を傷つけるものとみなされる。「人間の尊厳の尊重は絶対的概念であり、各人がその人についてなすうる主観的評価に応じた何らかの譲歩を受け入れない。そのうえ、例えば、暴力行為の被害者の熟慮に基づく従属は、判例によれば、暴力行為から非難すべき性質を取り除くことには全くならない。したがって、小人症患者が受ける品位を傷つける取扱いへの本人の同意は、法的には重要でないと考えられる。……(中略)……告発された見世物に参加することにより、給与が支払われるという状況は、この結論の方向を変えるようには全く見えない。その性質自体によって、人間の尊厳は、商品として扱ってはならないのであり、品位を傷つける性質の興行に参加することを受け入れる人が商業的搾取の枠組みの中で対価を得てそれをなすという事実においては、そこに情状酌量よりもむしろ加重情状を明確に見出すことができると私たちは考える」⁵⁸⁾。

また、「当事者は、自分が以前は孤独に暮らしており仕事もなかったが、当該契約によって、見世物の一座に入ることができ、2万フランの月収が保証され、本当に切望していた自分の私生活及び職業生活を初めて維持することができるようになったにもかかわらず、見世物の禁止措置のまさに増幅する効果によって、夢が砕け彼の最初の状態に戻ってしまったということを強調している」⁵⁹⁾という。すなわち原告は、生きていくためにはその仕事が必要だと主張しているのであるが、このような主張は、前章で述べ

58) Patrick Frydman, « Atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale : À propos des « lanciers de nains » », *Revue française de droit administratif*, n°6, 11^e année, 1995, pp. 1206, 1209.

59) Frydman, *supra* note 58), p. 1209.

た自己決定の環境が整っていないということを逆説的に示している。そして、人間の尊厳を傷つけるような自己決定の背後には、本人を当該自己決定に追い込む何らかの要因が潜んでいる可能性があるということが示唆されている。

以上のように、コンセイユデタは、小人投げが人を道具のように使うものであるということで人間の尊厳を害するものと判断し、小人症患者の同意があっても、そのような興行の禁止を正当化している。換言すれば、判例の立場は、自己決定権が人間の尊厳の原理によって制約されることを認めているのであり、自分自身の人間の尊厳を傷つけるような自己決定は自己決定権の行使として正当化されないということになる。

③ フランスにおける議論状況

フランスでは、人間の尊厳の原理が憲法的価値を有するものであるということが憲法院で認定された。また、本人であっても自分の人間の尊厳を侵害することはできないとされ、コンセイユデタが人間の尊厳を絶対的なものと捉えているということが小人投げ事件判決により明らかになった。この人間の尊厳の絶対性について、Cassia は、「いかなるものもそれが侵害されることを正当化できないという意味で、人間の尊厳は非妥協的なものである」とする。「基本的権利から人間の尊厳を決定的に区別すること、……（中略）……多くの国際法文書における前者と後者を区別する表現を正当化し説明すること。それはすなわち、基本的権利は、他の基本的権利の行使の障害となったり、一般利益を理由として制約を受けたりしうが、人間の尊厳の侵害は断固として違法だということである」⁶⁰⁾。

この他にも、様々な論考において、人間の尊厳を理由とした自由の制約の可能性についての言及がある。例えば、Francis Kernaleguen によれば、「尊厳の原理によって、意思とは絶対的無処罰の保証を与えるもので

60) Cassia, *supra* note 56), pp. 95-96.

はないということを、思い起こすことになる。個人的自由は、それに究極の限界を与える尊厳の尊重、すなわち、あらゆる人間の人間性の擁護と妥協しなければならない」⁶¹⁾。

また、Véronique Gimeno-Cabrera は、本人の意思に基づく自分自身の人間の尊厳の侵害について、次のように指摘する。「意思自律の原則 (autonomie de la volonté)⁶²⁾ は、身売りの禁止という限界において絶対的限界を見出す。…… (中略) ……人には、自分を売り、又は非人間的若しくは品位を傷つける取扱いを受ける権限が与えられていない。憲法裁判官は、個人をその本人から守るために立法者が採用した措置を有効であると認めるときには、パターンナリストティックな態度を採用する。少なくとも、それを有効だと認めることで立法者のパターンリズムに加担する。この場合、裁判官の立ち位置は、人間の尊厳の原理に基づいている」⁶³⁾。「意思自律の原則」を自己決定権と言い換えれば⁶⁴⁾、自己決定権は人間の尊厳の原理によって制約されるということになる。

このように、フランスでは、人間の尊厳は絶対的に保障されるため、それが他の権利と衝突する場合には、当該権利は制約されると解されてい

61) Francis Kernaeguen, « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? », Sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger et Kristina Orfali, *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Éditions Bruylant, 2016, p. 108.

62) 人の意思は自らの行動を規律する法 (規範) の源をなすものであるとして、社会生活の基本原理を契約思想に求め、契約原理を終局的には個人の意思に依存させる意思原理 (山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年) 47頁)。ここでは、「意思自治」と訳されている。

63) Véronique Gimeno-Cabrera, *Le Traitement Jurisprudentiel du Principe de Dignité de la Personne Humaine : dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du Tribunal Constitutionnel Espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 175.

64) Scarlett-May Ferrié は、「自律的意思の表明から生じる選択権 (choix issu d'une manifestation de volonté autonome)」として自己決定権 (droit à l'autodétermination) を提示している (Scarlett-May Ferrié, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS Éditions, 2018, p. 27)。

る。そしてそれは、権利行使により当人の人間の尊厳が侵害される場合でも同様であるため、自分自身の人間の尊厳を侵害するような自己決定権は保障されないということになる。

第2節 女性兵士になるという自己決定

本節では、自己加害行為や自らの尊厳への侵害となるような行為は、自己決定権の行使として正当化されえないということを踏まえて、女性の自己決定権との関係で問題となりうる性売買に関する議論を参照しつつ、女性兵士になるという自己決定について検討する。この検討に際しては、軍隊という組織の性質や、その構成員、とりわけ女性兵士の置かれた状況がいかなるものであるかということが重要となる。したがって、(1)女性兵士になるという自己決定の性質を軍人の権利義務規定から分析し、(2)自己決定権行使としての容認が、①被害の正当化を招くこと、②自己責任論につながることを、軍隊と女性兵士の実態から明らかにする。

(1) 自己決定の性質——軍人の権利義務規定からの分析

辻村みよ子が、その著書において、女性兵士問題と並んでセックスワーク論の問題を取り上げた⁶⁵⁾のは、その二つの問題の論点に共通性があるためである。そこで、女性兵士問題の検討に先立って、セックスワーク論とそれに対抗する議論を瞥見する。

セックスワーク論とは、性を商品化することを女性の自己決定権の行使として主張するもので、1970年代以降、性産業が国際的に急成長し、それに従事する女性が急増して社会問題化する中で勃興してきた議論である⁶⁶⁾。このセックスワーク論に対し、若尾典子は次のように主張する。売春労働は、「売春者に、性行為における自己決定、どの人といかなる性行為を取り結ぶのかについて、雇用者の指揮・命令に従うことを要請するも

65) 辻村・前掲注 1) 123頁以下。

66) 辻村・前掲注 1) 123頁。

のとなる。それは、労働者である売春者の性的自己決定権を、あらかじめ雇用者である性業者にたいし、放棄することを意味する」。他方、「性的自己決定権は、いかなる契約によっても、奪い得ない女性の基本的な権利、すなわち人権である」。したがって、「労働契約として性的自己決定権を放棄することは、自らの出発点を否定することになる」⁶⁷⁾。

このように、若尾は、雇用労働として性売買を行うという自己決定は、自己決定権の保障とは相いれないと考えている。軍隊に入るという自己決定についてはどうであろうか。

水島朝穂は、「軍人の自由」と題した論稿において、「古くから兵営は、個々の人間の行動を『規律と訓練』によって操縦し、規格化をはかる究極の人間管理装置として存在してきた」「『一望監視装置』の典型的形態」であるとして、軍人の「『自由』を論ずること自体、一つのアポリア（難問）であろう」と述べる。「『軍人の自由』の問題は、個々の軍人もまた市民であるとの前提に立って、その市民的自由の保障の問題として論じられることが多い。その際、市民社会と軍隊社会の構造的相違が重要である。市民社会では平等、民主主義、自由、参加の原理が支配的だが、軍隊社会では、不平等、命令・服従、不自由が支配的である。もし、軍隊社会に自由、平等、参加といった原理が導入されたら、精強な軍隊は不可能になるといった反論が直ちに予想される。『軍事的合理性』の観点からすれば、軍隊において、自由、平等、参加といった価値はマイナスの評価を受けるだろう」⁶⁸⁾。

このような理解を裏付けるために、以下、フランスを例にとり、軍人の

67) 若尾典子「性の自己決定権と性業者・買春者」浅倉むつ子・戒能民江・若尾典子『フェミニズム法学——生活と法の新しい関係』（明石書店、2004年）359-360頁。

68) 水島朝穂「軍人の自由」ジュリ978号（1991年）125-126頁。「一望監視装置（Panoptique）」とは、ベンサムが考案した一望監視施設（Panopticon）からフォーコーが導いた概念である（Michel Foucault, *Surveiller et Punir : Naissance de la prison*, Éditions Gallimard, 1975, pp. 201-206（ミシェル・フォーコー（田村俣訳）『監獄の誕生——監視と処罰』（新潮社、1977年）202-206頁））。

権利義務を具体的に見ていくこととする。問題となる条項は次のとおりである。

国防法典

L4111-1 条

共和国軍は国家に奉仕する。その任務は、武力によって祖国及び国家の崇高な利益の擁護を準備し及び確保することである。

軍職は、あらゆる状況において、最高度の犠牲にまで及びうる犠牲の精神、紀律、即応性、忠誠心及び中立性を必要とする。それに伴う義務及びそれが意味する服従は、市民の尊敬及び国家の敬意に値する。

（後略）

L4121-1 条

軍人は、市民に認められたあらゆる権利及び自由を享受する。ただし、その中のいくつかの行使は、本編に定められた条件において禁止又は制約される。

L4121-2 条

意見又は信条は自由である。とりわけ、哲学的、宗教的又は政治的なそれは、自由である。

ただし、それは、勤務外において、かつ、軍職により要求される慎重さによってのみ表現されることができる。この制約は、あらゆる表現手段に適用される。それは、軍隊内及び軍艦上における自由な信仰実践を制約するものではない。

国防の秘密と職業上の秘密の侵害に関する刑法典の規定とは別に、軍人は、職務行使中に又は職務行使に際して知るあらゆる事実、情報又は文書の秘密を保持しなければならない。法律で明示的に規定されている場合を除いて、軍人は、その者が所属する機関の明示的な決定によってのみ、この義務から解放されうる。

通信手段及び情報手段の使用は、それがいかなるものであるかを問わず、作戦中の軍人の保護、任務の遂行又は軍事活動の安全を確保するために制限又は禁止されうる。

L4121-3 条

現役軍人が政治的性質の団体に加入することは禁止される。

(後略)

L4121-4 条

ストライキ権の行使は、軍人の地位と両立しない。

労働組合の性質を有する軍人の職業団体の存在、及び第 3 項に規定される条件の場合を除く職業団体への現役軍人の加入は、軍紀の諸規定と両立しない。

軍人は、本編第 6 章⁶⁹⁾による規制を受けた軍人の全国的な職業団体の結成、そこへの加入及びそこでの責任の行使を自由になしうる。

(後略)

L4121-5 条

軍人は、あらゆる時及び場所において任務にあたるよう求められうる。

任務が滞りなく行われる限りにおいて、配置転換は、とりわけ、次に掲げる者と職業上の理由で別居している場合に、軍人の家庭状況を考慮してなされる。

1° 配偶者。

2° 一般税法典で規定された共通納税義務を遵守していることを証明する場合には、PACS によって結び付けられたパートナー。

軍人の居住の自由は、任務の利益のために制限される場合がある。

状況に応じて、軍人の移動の自由が制限される場合がある。

L4122-1 条

軍人は上官の命令に服従しなければならず、与えられた任務の遂行に責任を負う。

ただし、法律、戦争の慣習法及び国際協定に違反する行為は、軍人に対して命ぜられることができず、軍人はこれらの行為を行うことはできない。

部下の固有の責任は、上官にいかなる責任をも免除するものではない。

L4126-6 条

69) 第 6 章とは、L4126-1 条～L4126-10 条を指す。

軍人の全国的な職業団体の規約又は活動は、共和国の価値、L4111-1 条の冒頭 2 項に記載されている軍職の基本原則、又は L4121-1 条から L4121-5 条及び L4122-1 条に定められた義務を侵害するものであってはならない。その活動は、軍隊及び付属部隊の任務遂行に適合する条件下で実施されなければならない、作戦の準備及び実施を妨げてはならない。

団体は、とりわけその指揮について、政党、宗教団体、従業員の労働組合組織、使用者の職業組織、企業及び国家からの厳格な独立義務に服する。団体は、その団体の間でのみ組合又は連合を形成することができる。

L4126-7 条

軍人の全国的な職業団体の規約が法律に違反しているとき、又は軍人の全国的な職業団体が従うべき義務を遵守することを拒否したとき、所轄行政機関は、是正命令に従わない場合に、裁判機関に解散措置又は前述の 1901 年 7 月 1 日の法律の第 7 条に規定されたその他の措置の宣告を求めることができる。

D4121-1 条

すべて軍人は、軍人の一般的地位の諸規定に従って、自由に自己表現する権利を有する。

軍人は、上級機関、又は、必要があれば、任務の遂行条件又は共同体での生活を改善するための申し出及び個人的状況に関する問題のために作られた機関に個人的に提訴することができる。

集団的な示威行動、請願行動又は要求行動は禁止される。

D4121-4 条

軍務の外で、かつ、任務の遂行又は部隊の即応性に関連する義務に服さない場合、軍人は次に掲げる範囲で自由に移動できる。

- 1° 本邦、欧州連合加盟国及び国防大臣が作成したリストに記載されている国を合わせた全領域。
- 2° 1° で言及された国以外の外国に配置されている場合、配置されている領域。

必要な場合には、国防大臣は、移動の自由の行使を制限することができる。

D4121-5 条

任務遂行のために、大臣又は司令部は、彼の権限下にある軍人に、決定された地理的境界内又は軍事領域内に居住するよう要求することができる。

D4122-2 条

上官として権限を行使するとき、軍人は、

(中略)

3° 部下に服従を要求する権利及び義務を有する。ただし、法律、武力紛争に適用される国際法の規則及び現行の国際協定に反する行為の実行を命じることはできない。

(後略)

D4122-3 条

部下として軍人は、

1° 受けた命令を忠実に執行する。その執行について責任を負う。あらゆる場合において、熟考したうえで主体性を発揮するように努め、命令の字義のみならず精神に浸らなければならない。

(中略)

3° 明らかに違法な行為又は武力紛争に適用される国際法の規則及び現行の国際協定に反する行為の遂行を要求する命令を実行してはならない。

D4122-4 条

戦闘において有効性を発揮するためには、各軍人が、受けた任務の達成まで、自分の命を危険にさらすことも含め、活力と自制心をもって敵に対する行動に参加することを必要とする。

すべての戦闘員は捕虜となっても軍人のままであり、その義務は、囚われの身から逃れること、圧力に抵抗すること及び戦闘を再開しようと努めることである。

D4122-6 条

軍人は、単独で又は部隊若しくは乗組員集団の構成員として、

(中略)

4° いかなる状況においても次のことを行ってはならない。

（中略）

c) すべての戦闘手段を使い果たす前に、敵に降伏すること。

（後略）

軍事裁判法典

L323-6 条

命令に従うことを拒否し、又は不可抗力の場合を除き受けた命令を実行しなかった軍人又は乗組員は、二年の拘禁に処する。

前項の行為が、戦時において、戒厳令若しくは緊急事態を宣言された区域において、火災、衝突、座礁若しくは船舶の安全に影響を与える軍事演習の状況にある軍艦の上において又は軍用機の上において行われた場合、拘禁は五年に延長されることがある。

L323-7 条

敵に立ち向かうこと又は敵若しくは武装集団の出現に際して指揮官が命じたその他すべての任務を行うことを命令されたときに、服従を拒否した軍人又は乗組員は、無期懲役に処する。

L323-19 条

部下に対して暴力を行使した軍人は、五年の禁錮に処する。ただし、暴力が、敵若しくは武装集団と対峙しているときに逃亡した兵を帰隊させる目的で行われた場合、又は略奪、破壊若しくは軍艦若しくは軍用機の安全を損なう深刻な騒乱を止める目的で行われた場合には、重罪にも軽罪にもならない。

暴力が行われた状況又はその結果によって、その暴力が刑法典においてより厳しく罰せられる罪を構成する場合、その暴力はこの法典において規定された刑によって罰せられる。

国防法典 L4111-1 条は、「軍人」と題された同法典第 4 部の最初の規定であるが、ここで、共和国軍の基本原則が定められ、犠牲の精神や忠誠心、服従の必要性が示されている。

L4121-1 条では、軍人の市民的及び政治的権利の行使について、一般人

とは異なる制約の可能性があると定められている。

精神的自由については、内心の自由は保障されるが、その表現については、「軍職により要求される慎重さ」をもってしてのみ表現できるとされている (L4121-2条2項)。この「慎重さ」、「慎重義務 (obligation de réserve)」⁷⁰⁾ について、上村貞美は、評価の基準がないことなどにより萎縮効果が生じるため、表現の自由の妨げになると述べている。また、軍人の知る自由についても上村の次のような指摘がある。軍隊内の一般規律命令において、国防大臣が軍隊内への持ち込みが禁止される出版物のリストを定める旨が定められており、そのリストは公表されていない。軍人が読んではならない本のリストもあるが、そのリストも軍人には通知されておらず、リストに掲載されている本を所有していることが発覚すれば制裁を受ける可能性がある。こうしたことから上村は、「軍人の表現する自由も報道や情報を受け取る権利も著しく制限されている」としている⁷¹⁾。その他、集会や結社の自由についても、集団的な諸行動の禁止 (D4121-1条3項) や政治団体への加入の禁止 (L4121-3条1項) といった制約がある。

人身の自由については、居住・移転の自由の制限 (L4121-5条3項及び4項、D4121-4条、D4121-5条) が定められている。

労働基本権については、ストライキ権と団結権が否定され、それ以外の職業団体への加入の自由も制約されている (L4121-4条1項及び2項)。認められている職業団体についても、その活動には限定が付されており (L4126-6条)、違反すれば解散措置がとられることもある (L4126-7条)⁷²⁾。

70) 慎重義務とは、公務員に課せられる身分規程上の義務で、「その職務の体面、公平及び静謐にそぐわない、個人的な意思・態度の表明を慎むことを内容とする」(山口編・前掲注 62) 518頁)。

71) 上村貞美「フランスにおける軍人の法的地位——現代フランスにおける国防と人権 (その2) ——」香川大学教育学部研究報告第1部57号 (1983年) 34-37頁。ただし、上村が参照した諸命令が現在でも効力を有しているかについては定かではない。

72) この第6章の条項の規定は、いずれも2015～2016年に創設されたものである。それ以前には、L4121-3条2項の例外規定及び同条3項が存在しなかったため、労働組合もその他の職業団体も例外なく禁止されていた。2014年、欧州人権裁判所が、労働組合の結成及

このように、軍人は、集会・結社を含む表現の自由や居住・移転の自由、労働基本権など、重要な人権を大幅に制約されている。

また、軍人には、一般人とは異なる義務も課される。「共和国軍隊は本質的に服従的であり、武装集団は熟慮してはならない」という憲法原則（1791年憲法第4篇12条）に基づいて、服従拒否を認めない服従義務を課することがフランスの特徴であり⁷³⁾、それは、1966年に軍隊における一般的規律命令が全面改正されるまで続いた。1966年の一般規律命令でも、22条1項で、「服従は部下の第一の義務である」と定められており、職業上の秘密保持義務、無私の義務、忠誠義務、慎重義務、兼職の禁止といった様々な義務の中でも、服従義務が最も重要な義務であると考えられていた⁷⁴⁾。

現行法でも、国防法典の「義務と責任」と題された章の冒頭のL4122-1条で、上官の命令に対する服従義務が定められている。この服従義務について、D4122-3条1号では、部下が命令の精神にまで浸らなければならないとされている⁷⁵⁾。また、D4122-2条3号では、部下に服従を要求する権利及び義務が定められている。

このような命令服従義務は、命令が違法であったときには免除される（L4122-1条2項、D4122-2条3号ただし書、D4122-3条3号）が、違法でない

ㄨ び加入の自由を定めた欧州人権条約11条に違反していると判断した（Cour EDH, *Affaire Matelly c. FRANCE*, 2 octobre 2014, Requête n°10609/10, Cour EDH, *Affaire ADEFDROMIL c. FRANCE*, 2 octobre 2014, Requête n°32191/09）ことによって、職業団体については結成及び加入の自由が認められたのである（浦中千佳央「フランス軍内における職業的アソシエーション結成への道——2014年10月2日欧州人権裁判所判決（Matelly 事件、ADEFDROMIL 事件）に関して——」産大法学49巻1・2号（2015年）172-178頁参照。ただし、一般的な表記は ADEFDROMIL である）。

73) 藤田嗣雄『軍隊と自由 シビリアン・コントロールへの法制史』（書肆心水、2019年）177頁、笹川紀勝「軍隊と隊員の内心の自由」法セミ増刊『思想・信仰と現代』（1977年）133-134頁。

74) 上村・前掲注71) 46-48頁。

75) これについて上村は、部下は、「上官の命令を機械的、受動的に実行する」のではなく、「解釈し判断し協働しイニシャチブをとらなければならない」のだとしている（上村・前掲注71) 49頁）。

命令については、拒否できないものと考えられる⁷⁶⁾。命令拒否に対しては、軍事裁判法典において刑罰が定められており、命令拒否が有事の際や敵前で行われた場合には刑が加重される (L323-6 条、L323-7 条)。

このように、命令服従は軍人の極めて重要な義務であり、原則として拒否できず、拒否した場合には重い刑罰が科せられる。また、こうした服従義務に加え、命を危険にさらして任務を達成する義務 (国防法典 D4122-4 条 1 項) や、降伏禁止 (同 D4122-6 条 4 号 c) の規定もある。さらに、軍事裁判法典では、敵前逃亡者を帰隊させる目的、略奪や破壊、騒乱を止める目的の場合には部下に対して暴力をふるっても罪にならないと規定されている (L323-19 条 1 項)。このような規定は、軍隊では自由な行動が著しく制約されており、軍隊が構成員を力で屈服させることをもいとわぬ組織であることを如実に物語っている。

以上のように、軍隊では、表現の自由、人身の自由、労働基本権といった重要な人権が大幅に制約されており、厳しい命令服従義務が課されている。したがって、このような組織への加入の自己決定は、自己決定権を放棄する自己決定といえよう。このように理解すれば、軍隊への入隊を女性の自己決定権によって肯定する考え方は、若尾が性売買について主張したように、自らの出発点を否定することになる。

(2) 自己決定権として位置付けた場合の効果——女性兵士の置かれた状況からの考察

① 女性に対する被害の正当化

次に、自己決定権を放棄するような行為を自己決定権の行使として認めることについて、それがどのような結果を招くかという側面から検討する。

ここでも、まず、性売買についての議論を参照する。中里見博は、自営

76) ドイツには良心的命令拒否の制度がある (水島朝穂「戦争の違法性と軍人の良心の自由」ジュリ1422号 (2011年) 37-40頁参照) が、そのような制度は軍事的合理性に反するため、一般化することはないように思われる。

業としての性売買を自己決定権の行使として承認することを次のように批判する。第1に、そのような議論は、「現実に売買春の現場で生じている被害の深刻さに対応できない」。「今日の性差別社会において、性差別社会の構成要素として存在する売買春では、買春男性が購入する女性の身体的・性的使用権は、実態としては性的濫用＝虐待権と区別がつかない。……（中略）……たとえ『合意』に基づいてそうした性行為に参加したとしても、そこで被る深刻な身体的・精神的被害が軽減するわけでもない」。第2の問題は、「性的自己決定権の行使が、『性的自由を放棄する自己決定』をしたと評価される」ことである。判決の中には、「自らの意思により」性売買を行う女性の場合には、その性的自由の侵害の程度が「相当に減殺」していると判示した⁷⁷⁾ものがあった。中里見はこの判決を踏まえて、「性的自己決定権の行使として売春契約を結べば、……（中略）……『性的自由の放棄を自己決定した』と捉えられ」るため、「売買春を自己決定権行使として正当化する議論は、現場で生じる女性の性的侵害を正当化する理論となってしまう」と述べている⁷⁸⁾。

軍隊でもこのような事態が生じることが考えられるため、軍隊自体の性質と、女性兵士が実際に置かれることになる状況から、女性兵士問題における自己決定権を考察する。

軍隊が「男性性」を基軸として構築された組織であり、女性は二次的存在にすぎないということは、しばしば指摘されている。例えば、社会学者である Emmanuelle Prévot は、フランス陸軍を研究対象として、軍隊と「男性性」との関係を分析する。Prévot は、「軍人は皆、強い男性でいることを

77) 東京高判1988年6月9日（判時1283号（1988年）54-58頁）。この事件は、買春客にナイフで切りつけられて負傷し、虐待的・屈辱的性行為を強要された女性が、買春男性を刺殺して逃げたことにより殺人罪に問われたものである。裁判所は、「被告人の性的自由及び身体の自由に対する侵害の程度については、これを一般の婦女子に対する場合と同列に論ずることはできず、相当に減殺して考慮せざるをえない」とした（57頁）。

78) 中里見博「ポスト・ジェンダー期の女性の性売買——性に関する人権の再定義——」社会科学研究58巻2号（2007年）61-64頁。

教え込まれており、強い男性としての価値を常にどこかで示さなければならぬ」との下士官の言葉を引用し、「男性性」が軍人の表象の中心にあると主張する⁷⁹⁾。したがって、例えば、男性の性欲とその充足は「当然のもの」として理解され、「真の男性」である証として正当化されるため、男性軍人が女性の同僚に欲情するのは当然のことであり、それを阻止するのは女性の責任とみなされる。そして、男性的特徴の表明だけが、人を真の軍人足らしめる唯一の要素と考えられているため、「女性でいること」(être une femme)と「軍人でいること」(être un militaire)とは互いに排他的であり、「女性軍人でいること」(être une militaire)という選択肢はない⁸⁰⁾。

軍隊がこのような組織であるからこそ、そこにあえて参入する女性は、差別や抑圧を受けるのが当然とされる。したがって、女性兵士になることを自己決定権の行使とすることは、そのような待遇を受けることを自己決定したとみなされ、被害の正当化に結び付く。

次に、自己決定権論がそのような機能を果たしてしまうことを、軍隊で女性が実際に受ける不利益とそれに対する反応から明らかにする。軍隊では、女性が様々な困難を抱えていることが明らかになってきている。

例えばフランスでは、軍隊における性暴力やセクハラ被害が深刻であったために、国防省内に専門の対策室まで創設された⁸¹⁾のであるが、被

79) Emmanuelle Prévot, *Féminisation de l'armée de terre et virilité du métier des armes, Cahiers du genre*, n°48, 2010, p. 92.

80) Prévot, *supra* note 79), pp. 87-89. 上野千鶴子も、「軍隊生活はレイブを促すような態度を養う」というアメリカの元国防政策担当秘書官の発言や、「兵士はある程度ケダモノになる必要がある。なぜなら戦闘は非人間的なものだから」という元海軍参謀の発言、「軍隊を脱男性化 demasculinize したまえ。そうすればもちろんレイブはなくなるさ。だが、これが俺たちの求めているものかい？ 軍隊というものはレイブに結びつくような攻撃性を前提としている。それを取り除いてみる。そうすればもう軍隊なんてなくなるさ」という軍事専門家の発言を引き、「軍隊文化は過剰な男性性と結びついており、軍隊がセクハラ体質を持っていることは自明視されてきた」とする(上野・前掲注 6) 69-70頁)。

81) 2014年、セクハラ・性暴力・性差別の対策室として、「テミス (Cellule Thémis)」が国防省内に設置された(国防省 WEB サイト、<https://www.defense.gouv.fr/themis-lutte-contre-harcelement-sexuel-violences-sexuelles-sexistes-discriminations-toute-sort> (visité 8/

害女性が非難され、加害男性が免責されるという問題が指摘されている。例えば、上官に強姦された女性志願兵が淫売呼ばわりされることになったり⁸²⁾、服を引き裂かれたという被害を訴えた女性軍人が「男の気を引く女」扱いをされたりといった事案がある⁸³⁾が、このような例は枚挙にいとまがない。さらに、上官が配置転換や解雇を仄めかして告発を妨げるという例も多数報告されている⁸⁴⁾。他方、2人の女性に対する性的攻撃罪で起訴された軍人が同情や励ましを受けていたり⁸⁵⁾、何人もの部下に対するハラスメントで有罪判決を受けた士官が昇進を遂げたり⁸⁶⁾、強姦及び性的攻撃で有罪判決を受けた将軍が軍隊内では何の制裁も受けなかったり⁸⁷⁾と、軍隊は加害男性に対して極めて寛容である。このような状況について、パリ大審裁判所の軍事事件担当の副検事であったSandrine Guillonは、そこが軍隊であり、女性が自らそこに入ったということでセクハラが看過され、加害者は擁護されるのだと述べていた⁸⁸⁾。

このように、軍隊にいることで女性が被る不利益は、女性が自ら軍隊に入った以上仕方がないという評価を受ける。そして、軍隊が男社会であるがゆえに生じるこのような事態を、女性自身も受け入れ、そうした価値観に染まっていく。

まず、軍隊内で女性が受ける差別や暴力の女性への帰責それ自体が、女性に声を上げにくくしている。佐藤文香によれば、自衛隊では、女性自身がセクハラを矮小化する傾向が顕著である。その原因は、セクハラ of 常態

le 24 avr. 2023)。拙稿「フランスにおける女性軍人の法的取扱いとその実態（3・完）」立命館法学398号（2021年）69-71頁参照。

82) Leina Minano et Julia Pascual, *La guerre invisible : révélations sur les violences sexuelles dans l'armée française*, Éditions des arènes, 2014, p. 197.

83) Minano et Pascual, *supra* note 82), p. 268.

84) Minano et Pascual, *supra* note 82), pp. 137, 148-149, 177 など。

85) Minano et Pascual, *supra* note 82), pp. 169-170.

86) Minano et Pascual, *supra* note 82), pp. 157-158.

87) Minano et Pascual, *supra* note 82), p. 161.

88) Minano et Pascual, *supra* note 82), p. 163.

化による感覚の麻痺や戦略的無視もあるが、それだけでなく、自衛隊員であること自体が、被害の表明をためらわせる。「守るはずの軍隊にいる女性が被害にあうことで、軍隊に存在することの正当性を剥奪されてしまう」からである⁸⁹⁾。

また、2022年に問題化した自衛隊における性暴力事件に関しても、セクハラが常態化し、被害女性の告発が困難であることが指摘されている。告発した女性は、入隊時から日常的にセクハラを受けていたが、それが問題にされることはなく、彼女自身も問題にしたことはなかった。決定的な性暴力被害を受けてから告発を決意し、警務隊に被害届を出したものの不起訴とされ、退職後に実名で告発したことによって、事件が明らかになったのである⁹⁰⁾。

女性軍人はこうした状況に置かれているため、組織を変えるのではなく組織に自分を合わせようとしてしまう。例えばフランス海軍士官候補生の女性は、性的な冗談について、「ショックを受けてはならず、それを受け入れることができるのだと示さなければならない。そうすることが統合に有利に作用するのである。……(中略)……彼らを変えようとしてはならない」と述べている⁹¹⁾。

Prévoit は次のように分析する。「秩序を乱す女性の職業的表象 (la représentation professionnelle d'un féminin perturbateur) は、定着し、女性による内面化に向かう。軍事組織における居場所についての交渉は、女性が

89) 佐藤・前掲注 7) 260-265頁。アメリカでも、軍隊内で起こった集団的な性暴力事件の被害女性に対し、自分の身も守れない女性が戦場に行けるのかという非難があったという (Feinman, *supra* note 30), p. 166)。

90) 佐藤博文「五ノ井さんの性暴力事件から自衛隊の実態と「兵士の人権」を考える」法と民主主義574号 (2022年) 32-33頁。ここで佐藤は、「軍隊では『精強さ』が求められ、それが『男性性』と結びつき、『軍事文化』を形成している」ことを指摘している。この事件については、2022年9月に検察審査会が不起訴不当と議決しており、2023年3月17日、ようやく加害自衛官3名が強制わいせつ罪で在宅起訴された (『朝日新聞』2023年3月18日付朝刊)。

91) Katia Sorin, *Femmes en armes, une place introuvable? : Le cas de la féminisation des armées françaises*, LHarmattan, 2003, p. 172.

男性的職業を選んだだけに難しい。日常的に想起させられる有罪の刻印を受け、彼女たちは、男性的慣習を尊重する傾向がある」。女性たちは、「男性性に敵対してはならない」との考えに囚われている。彼女たちは、女性を「両性の職業上の平等の要求者」とする言説を拒絶し、「何も激変させることなく、軍事文化に適應すること」を目指している⁹²⁾。

以上のような実例と分析から、次のことがいえよう。まず、軍隊は、「男性性」と不可分の組織であるため、女性が異端視され様々な被害を受けやすい。しかし、その被害は、女性がそのような組織にいたからこそ生じたものとみなされるため、女性に帰責されたり、問題視されなかつたりする。そして、女性自身も、被害を受けるのは女性の責任であるという認識を持つようになり、軍隊に入った以上、性差別やセクハラに耐えることになっても仕方ないと考える。性差別や性暴力の被害を訴えるようなことは、組織への不適応を示すことであり、それは本人の軍人不適性の露呈と評価されるため、結局はその組織を選んでしまった本人の問題ということになるのである。このように、軍隊に入るという女性の自己決定は、女性差別や男社会に女性がいることの不利益を甘受することも含まれるとみなされてしまうことから、女性が軍隊に入ることを自己決定権の行使であるとするのであれば、受けた被害もその自己決定の結果ということになり、一層その救済からは遠ざかる。

以上のように、女性兵士問題における自己決定権論は、性売買について中里見が指摘したことと同様の問題を引き起こす。先に引用した表現を借りて述べるに、第1に、それは、現実に軍隊の現場で生じている被害の深刻さに対応できない。「男性性」によって価値付けられた軍隊に女性が入れれば、性差別や性暴力などの様々な被害から逃れることは極めて困難であり、たとえ「合意」に基づいて入隊したとしても、そのことに変わりはない。第2に、自己決定権の行使として入隊すれば、そのような被害を受け

92) Prévot, *supra* note 79), pp. 97-99.

ることも含めた自己決定と捉えられるため、女性が兵士になることを自己決定権行使として正当化する議論は、現場で生じる女性の被害を正当化する理論となってしまう。

② 自己責任論の誘発

次に、女性が軍隊に入ることを自己決定権の行使とすることが自己責任論を生ぜしめる可能性について、「危険な行為」をめぐる平岡章夫の議論を再度参照したうえで確認する。

平岡は、「危険な行為」の自己決定権についての考察の中で、「自己決定・自己責任」論の問題について次のように指摘する。「個人が『危険な行為』に従事することが称揚されるのは、その行為が国家・社会によって『必要とされている』場合である。『自己決定・自己責任』論は、そうした行為に『自発的に』従事するという個人の決断に『自己決定』として高い価値付けを与える一方、その結果として本人に現実の被害が生じた場合には、『自己責任』というキーワードによって救済の必要性を低く見積もろうとする機能を果たしてきた」。したがって、「『危険な行為』への従事を個人の『自己決定権』行使として承認しようとする議論」とは、「国家・社会が必要とする『危険な行為』への従事者を、その結果の負担を本人に押し付けつつ確保しようとする要請に応えるもの」なのである⁹³⁾。

このような問題は、女性兵士問題において、一層顕著なものとなる。軍隊は国家にとって必要とされている組織であり、徴兵制を廃止した国にお

93) 平岡・前掲注 24) 134-135頁。平岡は次のような例を挙げる。2004年のイラクにおける日本人質事件の際には、反戦的なジャーナリズムやボランティア活動に従事して人質となった人々に対して自己責任論が起こった。この場面では、人質の行っていた行為が政府にとって望ましくないものであったため、危険な行為への従事を称揚する機能を持つ自己決定という言葉は使用されず、救済の必要性を否定するために自己責任という言葉が前面に押し出された。他方、2011年の福島第一原子力発電所の事故の際には、大量被曝する危険を伴う現場に自発的に残った原発作業員らに対して社会的な称賛が起こった。国家・社会によって必要とされる危険な行為であったため、称賛すべき自己決定とみなされたのである。

いては特に、兵員の維持が課題となっている。また、男女平等の要請が強まり、軍隊においても男女平等の外観が必要となっている。例えばフランス大統領の Emmanuel Macron は、男女平等は国家的な大方針であると述べ⁹⁴⁾、国防省は、「軍隊は国の顔であり職業上の男女平等計画の模範となる義務がある」としている⁹⁵⁾。このように、国家は、単なる兵員数としてのみならず、男女平等や女性活躍の象徴としても、女性を必要としている⁹⁶⁾。

他方、これまで述べてきたように、軍隊は、任務遂行のために命を落とすことまでも要求する危険で不自由な組織である。そのような組織においては、構成員の人権保障など十分にできるはずもないため、性差別や性暴力といった不利益を女性が受けても、軍隊に入ることを自己決定した女性自身の問題とされやすいということは先に述べたとおりである。

このように、女性兵士になるという自己決定が、男女平等、女性活躍、女性の愛国心の象徴として称賛される（その実、軍隊が男女平等で平和的な組織であるというイメージ形成のために利用されているにすぎない）一方、女性兵士が被った不利益は本人に帰責され、その救済の必要性は低く見積もられるようになっていく。平岡の「自己決定・自己責任」論は、危険な行為一般についての議論であったが、軍隊の組織的性質と女性軍人の置かれた実情に鑑みれば、女性兵士問題においても、この「自己決定・自己責任」論は有効であるといえよう。

94) 2017年11月25日の発言。男女平等、多様性及び機会均等担当省 WEB サイト、<https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/legalite-entre-les-femmes-et-les-hommes-declaree-grande-cause-nationale-par-le-president-de-la-republique> (visité le 24 avr. 2023).

95) Ministère des armées, « Égalité femmes/hommes », p. 2, <https://www.rencontres-occitanie.fr/wp-content/uploads/2019/12/egalite-femmes-hommes-ministere-des-armees2018.pdf> (visité le 24 avr. 2023).

96) 加えて、軍隊は、女性兵士の存在によって攻撃性をカモフラージュしてきており、そのような面でも女性を必要としている（佐藤・前掲注 3）116頁）。

第3節 小 括

本章では、日本の憲法学における自己決定権論と、フランスにおける人間の尊厳と本人の意思をめぐる判例・議論を踏まえたうえで、女性兵士になることを自己決定権の行使として正当化しうるかについて検討した。これまで、自己決定権によって女性兵士を肯定する議論の中では自己決定権が無制約のものとして捉えられており、それを否定する主張においても他者加害原理以外の制約は想定されていなかったが、先行研究やフランスの判例に鑑みれば、そのような自己決定権理解は受け入れられない。

まず、憲法学において、自己決定権には自己加害阻止のための制約がありうるという議論がなされている。その理由は論者によって様々であるが、自己決定権行使の前提である人格としての自己存在の保護がその中核であるように思われる。また、人間の尊厳の擁護を目的とした自己決定権の制約を認める議論もある。そして、このような議論は、日本に限定されたものではない。フランスでは、判例によって、人間の尊厳の擁護が憲法的価値を有する原理であるとされ、人間の尊厳の原理を理由とした自由の制約が認められている。このように、日本でもフランスでも、自己決定権行使には、本人の人格的自律や人間の尊厳の擁護を理由とした制約があるとの理解が有力に存在する。

以上を踏まえて、女性兵士になるという自己決定について検討した。まず、軍隊では軍事的合理性の確保が最重要課題であるため、軍隊は、命令服従を旨とする組織としてしか存在しえない。したがって、軍隊に入るとは、本人の人格的自律や人間の尊厳が損なわれる状況に身を置くことと同義であり、その自己決定は、自己決定権を放棄する自己決定となる。また、それにもかかわらず、軍隊に入るとを自己決定権の行使として位置付けることは、さらなる問題を生ぜしめる。軍隊は男性性によって価値付けられた組織であるため、女性は軍隊内で様々な差別や不利益を受けることになるが、自己決定権論は、そのような被害を女性に帰責する機能を果たし、自己責任論につながってしまうのである。このように捉えれば、女

性兵士になることは、自己決定権の行使として正当化できる行為ではない。

また、本章では、女性が軍隊に入るという自己決定を自己決定権の行使として位置付けることの不可能性を示すにあたり、自らの性を商品化する自己決定権についての議論を援用したが、前者の自己決定は、後者の自己決定以上に、自己決定権として正当化することが困難である。女性の性の商品化の自己決定は、公的な制度に依拠することなく主張されうるが、軍隊に入るという自己決定は、軍隊がなければ行うことができず、軍隊の存在を前提としている。ここには、そのような公的制度への参入を基本的人権として観念できるかという問題が潜んでいる。基本的人権であるならば、それは、前国家的なものとして位置付けられることになるため、軍隊に入るとを自己決定権という基本的人権として観念しうるのであれば、女性の軍隊参入は、軍隊という制度存在とは無関係に主張できるはずである。したがって、軍隊の存在を所与としたそのような自己決定を自己決定権によって正当化することは、人権の前国家的性質と矛盾するように思われる⁹⁷⁾。

おわりに

女性兵士問題においては、女性兵士になることは女性の自己決定権であるとする主張が散見されるが、そのような主張は、自己決定権＝自分のことは何でも自分で決められるという程度の認識の下になされている。また、それに異を唱える加納実紀代は、軍隊とは自己決定不可能な命令服従のシステムであり、自己決定権の概念と馴染まない組織であると看破したにもかかわらず、自己決定権の喪失を自己決定する権利を安易に認めたこ

97) なお、自己決定権は、「私生活上の自由」（芦部信喜『憲法 第七版』（岩波書店、2019年）128頁）、「個人的事柄」（佐藤・前掲注19）212頁）について決定する権利であり、軍隊への参入は、そもそもその保障範囲に入らないのではないのかとの疑いもある。

とで隘路に陥っていた。

そこで、本稿では、女性兵士になることが自己決定権行使として正当化されるのかについて、自己決定権の権利内容や射程を踏まえて検討し直してきた。まず、憲法学において、自己決定は環境や誘導の影響を受けるため、そうした事情を度外視して当該自己決定を自己決定権の行使とするべきではないとの理解があるが、女性の地位が低いことや軍隊が女性の取り込みを図っていることに照らせば、女性兵士になるという自己決定を単純に自己決定権の行使として評価することはできない。さらに、より本質的な問題がある。憲法学において、自己決定権には、自己加害阻止や本人の人間の尊厳の擁護のための制約がありうるとも考えられているところ、軍隊に入るという自己決定は、自己決定権を放棄する自己決定であり当該制約にかかるため、自己決定権として正当化することはできない。そして仮にそれを自己決定権の行使であるとするならば、軍隊において女性が受ける被害の正当化や自己責任論につながる。

したがって、女性兵士になることを自己決定権の行使として肯定する主張は、自己決定権の権利内容から考えて成り立たないのみならず、それが導く結果からしても無意味かつ有害である。加納は、女性兵士問題において自己決定権を「絶対的価値として最優先」すべきではないとしていたが、自己決定権を持ち出すこと自体にすでに問題があったのである。

さらに、女性の自己決定権に安易に飛びつく軍隊内男女平等フェミニストの問題について、一言付しておく。平岡は、危険な行為への従事を自己決定権の行使として積極的に承認する議論は、国家・社会の利益を個人の利益よりも重視するイデオロギーと親和性が強いと述べている⁹⁸⁾が、女性兵士問題においても、この点は重要である。女性兵士を自己決定権で肯定する論者は、リベラリズム、個人主義の立場で当該主張をしていたはずであるが、それが実は国家の利益に取り込まれていたという可能性がある。

98) 平岡・前掲注 24) 132頁。

リベラルフェミニストにとってそれは関心の対象外なのか、あるいは、兵士になりたい女性の利益も国家の利益も実現できて双方良しとでも考えるのであろうか。

佐藤文香は、軍事組織のジェンダー平等化の動向は、「軍事組織がジェンダー平等の価値観に『敗北』した結果と解釈するよりも、むしろ、軍事組織がそうした価値観すら戦略的に取り込むことで存続の『勝利』を勝ち取ってきたのだと見る方が、妥当」であるとする⁹⁹⁾。自己決定権の問題に関しても同じことが言えるのではないか。女性兵士になるという自己決定の尊重が、女性の権利に資するものであるかのように見えようと、それは国家に利用されただけであり、フェミニズムの目的である女性の解放につながるものではないのではないかという視点を忘れてはならない。

99) 佐藤・前掲注 7) 326頁。