

# 人体の一部を採取する要件としての本人の自己決定

——憲法上の生命・身体に対する権利の視点から——

中山 茂 樹

## 目次

はじめに

- 一 人体の一部の採取について「自己決定」がもつ憲法上の効果
- 二 自己決定権（原則①）
- 三 生命・身体に対する権利（原則②）
- 四 国家の規制権限（原則③）
- 五 自己決定権と生命・身体に対する権利  
おわりに

## はじめに

科学は、今日、人の身体の種々の利用を急速に進めている。再生医療やゲノム科学等の生命科学の進展にともない、人体の「もの」としての側面が科学技術の対象となり、科学技術の資源として人体が見られるようになってきた。

バイオテクノロジーは国家による振興の対象となり、産業化も進められている。医療の発展をはかることは正当な政策といえようが、このような時代には、科学技術の対象となる人体を提供する人の保護が重要な法的課題になってくる。

その保護の法的枠組としては、インフォームド・コンセントの原則が中核的なものとして語られてきた。すなわち、人体の提供について本人の自己決定（同意）を要求するものである。本稿は、人体の一部を採取する法的要件としての本人の自己決定について、憲法学の観点から若干の整理を行うものである。

本稿では、生きている人の身体に侵襲を加えて人体の一部を採らないし摘出する際の、その侵襲についての本人の自己決定に議論を限定する。したがって、死体、胎児や胚の組織等の採取について議論の対象としない。また、すでに採取された人体の一部の利用の問題、個人の身体から切り離された「もの」を処分する本人の自己決定（民法上、それを所有権にもとづくというのか、人格権にもとづくというのかわからないが）の問題にも触れないこととする。そのため、結局、表題のように「人体の一部を採取する要件」というよりは、「人の身体に侵襲を加える要件」としての本人の自己決定に焦点を置いて論じることになる。

#### 注

(1) 脳死した者は生きているのか死んでいるのかという問題があるが、ここでは、さしあたり脳死した者は本稿の議論の射程外とする。

一 人体の一部の採取について「自己決定」がもつ憲法上の効果

1 憲法は、国家権力を創設し、それを制限する法規範である。したがって、憲法の観点からは、個人の身体に侵襲を加える者が、国家機関であるのか、私人であるのかの区別は重要である。<sup>(2)</sup> 憲法上、個人は基本的に自由であるのに対し、国家機関は基本的に法に拘束されるのである。もっとも、他人の身体への侵襲は他者加害の一種であり、(おそろく、いわゆる一般的自由説の立場においても) 私人が他人の身体に侵襲を加えることが憲法上の包括的自由権に含まれるとすることは難しいのではないかとも思われる。

人体の一部を採取する場面において被採取者の自己決定がもつ憲法上の法的効果は、その場面への国家の関わり方に応じて異なるものがあると考えられる。本節では、人体の一部の採取について自己決定がもつ憲法上の原則的な効果と考えられるものを、次の三つに分けて簡単に説明する。さらに次節以下で、それら三つの原則的な効果について、それが本当にどこまで妥当するのか、例外も含めて検討を加えたい。

2

原則①「本人の自己決定に基づいていれば、国家は私人による採取を規制できない」

憲法上の自己決定権は、憲法一三条の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」(幸福追求権)に含まれるとされ、個人の行為の自由を保障内容としている。もし自己の身体の処分にも自己決定権が及ぶとすれば、人体の一部を提供することに本人の自己決定がある場合、他の私人がそれに応じて当該個人の人体の一部を採取することを国家が規制することは、提供者の自由を制約するものとして憲法上の疑義が生じうる。もっとも、国家は、合理的理由があれば、自己

決定権を制約して規制することができる。ただ、それは自由の原則に対する例外であり、正当化が必要なことであると考えられることになる。

この場面では、個人の自己決定は、国家権力を制限する（限界つける）効果をもっているものといえることができる。これが、憲法上の自己決定権といわれるものである。

原則②「本人の自己決定なくして、国家が個人の人体の一部を採取することは許されない」

憲法上の生命に対する権利および身体に対する権利（これも一三条の幸福追求権に含まれると考えられる）は、個人の生命・身体が国家によって侵されないことを保障する。ただし、身体への侵襲に合理的理由がある場合には、身体への侵襲（また、生命へのリスク）についての本人の同意を原則的な要件として、国家による個人の身体への侵襲が憲法上許容される。

この場面では、個人の自己決定は、国家による個人の身体への侵襲の原則的違法性を解除する要件（のひとつ）となっている。本人の自己決定があることによって、国家机关による人体採取が適法になるのである。この場面では、保護される法益は第一次的には生命・身体であって、①の意味での「自己決定権」ではない（もちろん、②に反して身体が侵害されるとき、同時に①の身体の処分の自由（に含まれる人体を提供しない自由）も侵害されているといえるけれども）。ただ、なぜ本人の同意があることによって侵襲が適法になるのかを考えてみると、多分に①の原則と結びついているようにも思われる。

②の原則を支えるのは、生命・身体に対する権利だけではなく、情報プライバシー権（これも一三条の幸福追求権に含まれるとされる）もまたその根拠となる。人体は個人情報のかたまりともいえる。ただ、本稿では、個人情報の保護については議論の射程外とし、身体への侵襲に議論を絞りりたい。

またさらに、人の人格そのものに対する権利ないし尊厳をもった人間として扱われる権利とでも呼ぶべきものも、②の原則を支えるように思われる。憲法一三条の「個人の尊重」原則には、国家によって個人に何かなされる時には、その人がかけがえのない「人」として扱われるということが含まれている。これは広い意味でのデュープロセスの要請ともいえる<sup>(3)</sup>。ここから、国家が個人の身体に侵襲を加えるときには、本人の同意が必要であるという原則を導くこともできよう。ただ、この権利については十分な考察の用意がないため、以上の言及にとどめたい。

原則③「『本人の自己決定なくして、他人の人体の一部を採取することは許されない』という規制を国家は行うことができる」

生命・身体は個人にとって重要な利益であり、それを国家は保護することができる。国家権力が創設される理由として、個人の生命・身体への保護は最も重要なものの一つであり、それを行わない国家は存在意義がないといってもよいからである。当然に、国家は、ある私人が他人の身体に侵襲を加えることを規制することができる。このような規制権限を国家がもつことを憲法は許容しており、場合によっては規制すべき憲法上の義務が国家に課されているという議論もある（国家の基本権保護義務論）。

規制に際しては、①の原則と対をなす形で、本人の自己決定を要求することが中核となる。他人の身体への侵襲は個人の本来的な自由にもそもそも含まれないとしても、被侵襲者本人の自己決定がある場合には、被侵襲者の自己決定権の観点から、規制への憲法上の問題が生じる（①の原則）。逆に、本人の自己決定がない場合には、個人の身体への侵襲は端的に殺傷行為であり、それを規制する権限を国家がもつことに疑問は生じない。こうして、インフォームド・コンセントの法理のように、個人の身体への侵襲について本人の自己決定を要求し、自己決定がない場合には被侵襲者に対する権利侵害として侵襲者の法的責任を問う国家の規制が行われる。この場面では、個人の自己決定は、その必要性が

国家の規制権限を支えるかたちであらわれている。

このような、許容的あるいは義務的な国家の権限を憲法上認める③の原則は、②の原則の基礎にある憲法上の身体に対する権利などの私人間効力と見ることもできる。すなわち、憲法上の身体に対する権利等は対国家的権利であるが、これを私人の間でも（なんらかの）効果をもつものとして考え、それを実現する国家の権限（法的権利を实效あらしめるためには国家権力が必要である）として言い換えると、③の原則となる。

3 以上、人体の一部の採取について自己決定がもつ憲法上の原則的な効果を、①②③に分けて整理してきた。①および③は侵襲者が私人である場合であり、②は侵襲者が国家機関である場合である。本稿では、本人の自己決定があり、かつ、侵襲者が国家機関である場合について、とくに考察を加えていない。この場合については、本人の自己決定があっても国家機関が個人の身体を侵襲できない場合があるのではないかということ、①の自己決定権の限界の問題とは別に考察する必要がある。これは、国家機関が個人の身体に侵襲を加える合理的理由の要件（いわば客観的な条件）の問題である。

また、生命・身体に対する権利（②）の私人間効力の問題として③があるように、①の自己決定権の私人間効力版も考えられないではない。すなわち、（たとえば家族や団体の内部などで）人体を提供しようとする私人とその自由を制約しようとする他の私人との関係の問題である。これらの問題については、ここで問題があることを指摘するにとどめ、以下では①②③の原則について考察していく。

注

(2) 本稿では詳しく触れられないが、個人情報保護法制が、私人に対して（個人情報保護法の民間規整）と国家機関に対して（行政機関個人情報保護法など）とで、異なる規律を行っていることは、憲法の観点からは自然なことである。

(3) 佐藤幸治『憲法』（青林書院、第三版、一九九五）四六二頁は、一三条の幸福追求権の内容の一つとして「適正な手続的処遇をうける権利」を挙げる。

## 二 自己決定権（原則①）

本節では、先に述べた原則①について、さらに考察する。

1 「自己決定権」論の形成に大きな影響を与えた佐藤幸治は、憲法一三条の幸福追求権に含まれる「自己決定権」（最狭義の「人格的自律権」）について、いくつかの領域に分けて考察を加えているが、その一つに挙げられるのが「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」である。<sup>(4)</sup> アメリカ合衆国で、いわゆる「死ぬ権利」の問題が、個人の国家に対する自由にかかわる憲法問題として扱われてきたことはよく知られている。人は原則的に自由であるとすれば、自己の生命・身体の処分について国家が規制を加えることには、憲法上の疑義が生じる。

しかし、たとえ本人の自己決定があっても、個人の生命・身体の処分を国家が規制できる場合があることも、広く承認されている。刑法が設ける同意殺人罪の合憲性に異論は少ないし、生体臓器移植において、摘出によってドナーの死が帰結することが明らかな臓器の提供は認められないと考えられてきたが、これはそのような国家の規制権限を前提とするものである。このほか、死に至る例に限らず、たとえば、医師法一七条は「医師でなければ、医業をなしてはならない。」としており、侵襲者が医師でないことについて被侵襲者がよく知った上で同意したとしても、個人は医師でな

い者から（業としての）医行為を受けることはできない。

このような規制は、当然のことのように思われるだろう。しかし、個人の自由を制約するものと見ることもできる。<sup>(5)</sup> 生命・身体の処分について、なぜ本人の自己決定に反してまで、国家が規制を行うことができるのか考える必要があるだろう。ここでは、規制根拠として語られてきたいくつかのものについて見ていくことにする。

2 (1) まずは、個人の自律性の枠内での説明が考えられる。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を考慮することができ、国家は「自己決定」が本当に任意的なものである条件を確保する規整を行うことができる。たとえば、臓器の提供に関する無償性の原則（臓器移植法一条・二〇条は臓器売買を罰則をもって禁止する）は、経済的圧力を考慮したそのような規整としてみることができかもしれない（ただし、有償だからといって任意性に欠けるとはただちにはいえないと<sup>(6)</sup>いう批判もあり、また、ドナーをも処罰の対象としていることはこの根拠からは説明が困難だろう）。

この規制根拠は、自己決定の存在という自己決定権行使の前提が結局は満たされていない場合の問題であって、先に設定した「なぜ本人の自己決定に反してまで規制できるのか」という問題に直接にはあてはまらない。ただ、任意性の確保のための規制が実は任意性がある場合まで対象にしてしまうことがありうることに注意する必要がある。このような過剰包摂が違憲とまではいえないとしたら、それは自己決定権の制約根拠として機能していることになる。

(2) 次に、また自律性の観点から、本人の長期的な自律性の確保という説明が考えられる。自己決定によって本人の自律性が不可逆的に失われる場合（典型的には、死を帰結する場合）には、本人の長期的な自律性の確保のために、

そのような自己決定に国家が介入することができるかと考えるのである。佐藤幸治はこれを「限定的なパターンナリスティックな制約」と呼んで、例外的な、しかし承認しうる、自由の制約根拠と捉えた。<sup>(7)</sup>

パターンナリズムについては、ここで詳論することはできないが、当然、なぜ長期的な利益を本人に押しつけることができるのかという問題が出てくる。また、死には至らず傷害にとどまる場合については、それが重大・継続的なものでも個人の自律性が不可逆的に失われるとはいえないため、この根拠からは、たとえば生きている人の眼球の提供を禁止することはできないであろう。それでよいと考えるかどうか、問題である。このような場合に本人の同意によって傷害罪の成立が阻却されるかどうか、刑法学の見解は分かれているようである<sup>(8)</sup>（犯罪の成立は、当該行為の自由が憲法上（確定的に）保障されていないことを前提としている）。

(3) 限定的な規制根拠として、医療や生命科学研究の科学的・社会的適正さを確保することを挙げることができ。身体への侵襲が医療や生命科学研究というそれ自体として望ましいと社会的に理解されていることを目的に行われる場合、<sup>(9)</sup>侵襲がその目的にかなっている適正なものであることを確保することは、医療・研究への信頼を保つことにながり、ひいてはそれらの活動を推進し国民の健康にも資する。被侵襲者の自己決定がありさえすればどんなことでも「医療」「研究」の名の下に行えらるとすれば、生命・身体への危害が生じやすく、その本人はそれでいいかもしれないが、医療・生命科学研究全体への社会的ダメージが大きいというわけである。この根拠は、医療・研究という限られた目的で行われる侵襲について妥当する。

ただ、研究というものは行ってみるまで結果はわからず、だからこそ研究が行われるのだということを押さえた上で、研究の適正さについて考える必要があるだろう。すなわち、研究に確実さを求めるのは背理である。また、「学問

の自由の精神的自由としての側面を考えると、研究計画の主観的な目的・動機により研究を規制することは原則として許されないとすべきである。「学問の自由というのはその当時には異端的とされる発想を保護することに真骨頂があるからである」<sup>(10)</sup> という指摘に、留意すべきである。

(4) 他者の介入という点から説明する考えもある。かりに本人が身体を処分すること自体は禁止できないとしても、他者がそれを助けるのはまた別である、それは自己決定ということでは正当化できない、とするのである。社会学者の市野川容孝は、「生殖医療の場合、本人たちがやってほしいと言っていることによって、そこに介入している医者や医療技術者の姿が見えないような構造になってしまっている」<sup>(11)</sup> と指摘している。他人の身体に侵襲を加えることが個人の本来的な自由には含まれないとしたら、たとえ被侵襲者本人の自己決定があっても、国家が規制する余地があるかもしれない。その理由は、まさに生命・身体の保護ということになるだろう。他の私人からの生命・身体の保護は、後に原則③の問題として検討することになるが、本人の自己決定を要求するのみでは個人の生命・身体の保護が十分に図れないという国家の政策判断がありうる。

ただ、生命・身体への処分にかかわる事柄は、(医的スキルをもっている等の) 他者の手によって行われることも多い。その他の側を規制すれば、本人の意思に反して生命・身体が国家により「保護」されることもありうる。自由と他者からの生命・身体の保護の間には緊張関係があることになる。

(5) 他者介入論におそらく関連するものとして、「道具化」論も挙げることができる。厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(平成一五年四月二八日)は、「基本的

な考え方」のひとつに「人を専ら生殖の手段として扱ってはならない」ということを挙げ、代理懐胎（代理母・借り腹）を禁止する論拠のひとつとしている。また、総合科学技術会議「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」（平成一六年七月二三日）は、「いわゆる無償ボランティアからの未受精卵の採取については、これを認めた場合、提供する女性の肉体的侵襲や精神的負担が伴うだけでなく、人間の道具化・手段化といった懸念も強まることから、原則、認めるべきではない」としている。どういふことを「道具化」「手段化」というのかという問題もあるが、これらにおいては、本人の自己決定にかかわりなく、人の道具化・手段化を防ぐことが国家による規制根拠になっていると思われる。

ドイツにおいて、人が国家により「客体、単なる手段、代替可能な存在におとしめられるとき」に憲法上の「人間の尊厳」に対する違反が存在するとされる、いわゆる客体定式が用いられていることは、よく知られている。<sup>(12)</sup>ただ、本人の自己決定に対して国家が「尊厳の保護」の名の下にどこまで規制を行うことができるのかについてはなお問題があり、さらに日本国憲法が採用する「個人の尊重」とドイツの「人間の尊厳」との異同にも注意しなくてはならないだろう。<sup>(13)</sup>

(6) また、社会の価値秩序への影響を根拠とする考え方もあるかもしれない。位田隆一は、国家法を含めた社会規範としての生命倫理を、「一方で生命科学の更なる発展を支える根拠となり、他方で生命科学が社会の合意なく基本的価値を崩す場合には、これを制御する役割を果たす」<sup>(14)</sup>ものと捉えている。ここで、「社会における基本的価値を保障するものとしての法・生命倫理」<sup>(15)</sup>ということがいわれているが、「人間の尊厳」や「人権」などの「基本的価値」が具体的な人格的・財産的利益などを指していわれているのか、そのようなものを大切だとしている社会の抽象的な価値秩序を指していわれているのか、必ずしも明らかではない。かりに（「崩す」という語が用いられていることから推測し

て) 後者だとすると、社会の基本的な価値秩序を維持し、それに変化をもたらす活動を抑止することが、自由を制約する根拠として捉えられていることになる(誤解している可能性も大いにある)。たとえば、「人の生命は尊重すべきである」というような価値秩序そのものを保護しようという考え方である。価値秩序は個人が処分できるはずがない。

しかし、日本の憲法学は、社会の秩序をそのまま自由の規制根拠として持ち出すことには、やや警戒的である。社会の秩序が変化するとして、それがどのような害悪をもたらすのが問題である。それを問わずにただある秩序を維持することは、自由の規制根拠になりにくいと一般に考えられているように思われる。<sup>(16)</sup> 戸波江二が、「人間の尊厳」の原理について、「あらゆる科学技術ないしヒト遺伝子操作に対する制限根拠ないし基準となると解すべきではなく、むしろ制約根拠としては限定して用いなければならない」とするの<sup>(17)</sup>も、(研究の自由について) より具体的な規制根拠を求めざる趣旨だろう。もっとも、戸波も留意するように、先端科学技術の領域では不確実・不確定なリスク(何が起こるか、社会がどのようなようになってしまうのかわからないということ)が問題であり、「害悪」をつかまえていくともいえる。<sup>(18)</sup>

3 (1) 自由の規制の理由として語られてきたものを見てきたが、ここで、人体に関する「公序」について考えた。一九九四年のフランス「生命倫理法」が採る「人体の尊重」の原則は、「人体を、物ではない、人の尊厳が及ぶ特別な保護の対象と位置付けようという」<sup>(19)</sup>ものとして紹介されている。棚島次郎は、「これらは民法上、私法的自治に優先する公序の規定であると指定されている。つまりこれらの規定により個人の権利・自由は制限されるのである。……人体の保護を通じて人権を保護することは、公の秩序に関わることであり、個々人の意思の上に立つというのがその根拠である」<sup>(20)</sup>という。これは、個人の身体の処分はそもそも個人の自己決定の対象にならない(アメリカ流の言葉づかいにおける「プライバシー」の範疇に入らない)という考え方であろう。

「公序」をただ現に広く普及している道徳観などではなく、個人の権利・自由をよりよく尊重するための法秩序と捉えると、<sup>(21)</sup>人体を個人による処分の対象とはしない法秩序の設定によって、どのように個人の権利・自由がよりよく守られるかが問われることになる。

フランスにおいては、何が個人の自由の領域に属し、何が自由を限界づけるのかを設定することは、基本的には議会の立法権に属するのだろうか。日本国憲法も、公共の福祉にもとづく強行法としての公序の設定権限を議会に与えていると考えられるが、憲法が個人の自由に属すると確定的に決定している領域には、議会の立法権は踏み込めない（これはおそらくフランスでも同様であろう）。

(2) はたして、自己の身体の処分の自由を日本国憲法は保障しているのだろうか。この点、高井裕之は、「憲法上の自己決定権として保障されるべきは、……医療に関していえば、『自己の身体に何をするかを決定する権利』あるいは『自己の身体をコントロールする権利』では広すぎる。これだと自傷行為の自由も含むが、そのような自由は、わが国でも西欧諸国でも伝統的に保護された権利ではなかったからである。憲法で保護される権利は『自己の身体への侵襲を拒否する権利』として範疇化すべきである<sup>(22)</sup>」という。

国家にとって生命・身体の保護は重要な任務であり、その最善の手段の選択が包摂する対象が広く及ぶこともやむをえないこと（たとえば、予防的な対処も許容される）を考慮すると、自己の身体の処分は、かりに憲法上の包括的自由権の一応の保護の範囲に含まれるとしても、一般論としては強い権利として保障されていないと考えるべきである。したがって、憲法上の権利として「自己の身体の処分に關する自己決定権」という範疇化は適切ではない。だからといって、個人の身体が原則的に国家の管理下に置かれることを憲法は認めるものではない。後に述べるように、自己決定権

とは区別して個人の身体に対する権利を範疇化すべきであり、高井のいう「自己の身体への侵襲を拒否する権利」は、自己決定権ではなく身体に対する権利として捉えるべきものであるように思われる。これが原則②の問題である。<sup>(23)</sup>

ただ、「エホバの証人」の輸血拒否の問題のように、生命・身体の不可侵というより、個人の生き方の自律の問題として捉えるべき事柄もある。これらは、生き方の自律性の保障という意味での自由権（「エホバの証人」の場合には信教の自由など）、また、説明義務に関しては人の人格そのものに対する権利の範疇で捉えることが適切である。さらなる探究は他日を期したいが、場合によっては、強い権利性が認められることもあるだろう。

4 かりに自己の身体の処分がそれ自体としては憲法上の自由権として保障されないとしても、さらに注意しておく必要があるのは、臓器移植等の医療を受ける人の利益の視点である。移植医療目的や医学研究目的での人体提供の自由を規制することは、その人体の（潜在的）レシピエントや医学研究の成果の受益者の不利益にはたらく可能性がある。もしレシピエント（移植医療によってのみ生きられる人もいる）の利益が憲法上の保護に値するものであるとすると、提供の自由も結果的に憲法上の保護の対象となる可能性がある。

ドイツでは、生体臓器移植ドナーをレシピエントの近親者に限定する臓器移植法の要件が、レシピエントの基本権を侵害するものではないかと問題となった。連邦憲法裁判所は、この規制が基本法二条二項一文（生命および身体の不可侵性に対する権利）の保護領域に介入しているとした上で、介入は正当化されるとした。<sup>(24)</sup> ドイツではもとと一般的な行為自由が憲法上の権利として認められていることに注意する必要があるだろうが、レシピエントの権利の問題としても考察することができることを示唆するものである。そうすると、レシピエントの利益とドナーの生命・身体保護の間の緊張関係ということも問題になってこよう。<sup>(25)</sup>

注

- (4) 佐藤・同書四六〇頁。参照、佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、二〇〇二)一四七頁。
- (5) 薬事法による医薬品製造・販売の承認制度により、がん治療薬の使用が妨げられていることを憲法問題として扱うものとして、竹中勲「演習」法学教室二七三号一二〇頁(二〇〇三)を参照。
- (6) たとえば、岡上雅美「生体からの臓器摘出の正当化要件と臓器移植法の立法課題——真の自己決定権実現のために」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』(第一法規、二〇〇二)九七頁の一〇六頁以下、安部圭介・米村滋人「臓器移植と自己決定権——ミュンヘン会議からの示唆」樋口範雄・土屋裕子編『生命倫理と法』(弘文堂、二〇〇五)二六頁。
- (7) 佐藤・前掲書註(3)四〇五、四〇六頁。参照、竹中勲「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」『佐藤幸治先生還暦記念・現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八)一六七頁。
- (8) 参照、岡上・前掲註(6)一〇四頁、一一〇頁、高山佳奈子「自己決定とその限界(上)」法学教室二八四号五五頁(二〇〇四)。高山の生命と身体は別の法益であるという指摘は重要である。
- (9) 医療は本人の直接の利益のために行われるのに対し、生命科学研究は必ずしもそうではないのであるから、この二つの目的を分けて考察することがより適切であろう。
- (10) 高井裕之「医療技術の発展に伴う生命倫理問題についての比較憲法学的考察」比較法史学会編『比較法史研究8・複雑系としてのイエ』(未来社、一九九九)二七五頁の二八一頁。
- (11) 粥川準二『クローン人間』(光文社、二〇〇三)二二四頁「市野川容孝へのインタビュー」。
- (12) さしあたり、ホルスト・ドライヤー「押久保倫夫訳」「人間の尊厳の原理(基本法第一条一項)と生命倫理」ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』(信山社、一九九九)六九頁を参照。
- (13) 参照、押久保倫夫「自己決定と『人間の尊厳』——本人の決定に対立する『尊厳保護』の問題について」東亜法学論叢六号六三頁(二〇〇二)。押久保は、「自分自身の決定に対立するその人自身の保護は、『個人の尊重』を根拠としては原則として成立する余地がないのである」とする(同九二頁)。また参照、矢島基美「日本国憲法における『個人の尊重』、『個人の尊厳』と『人間の尊厳』について」『栗城壽夫先生古稀記念・日独憲法学の創造力・上巻』(信山社、二〇〇三)二五一頁。
- (14) 位田隆一「国際人権法学の視点から——生命科学の発展と人間の尊厳および人権」北大法学論集五五巻二号五九三頁(二〇〇三)

〇〇四)の五九七頁。

(15) 同六〇一頁。

(16) 参照、長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」樋口陽一ほか編『国家と自由—憲法学の可能性』(日本評論社、二〇〇四)三四九頁の三四四頁註(23)。

(17) 戸波江二「科学技術の発展と人間の尊厳」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書註(12)一〇三頁の一四頁。

(18) 参照、青柳幸一「先端科学/技術と憲法—序説」(二〇〇〇)同『人間・社会・国家』(尚学社、二〇〇二)一〇八頁、根森健「科学研究の自由の限界と『人間の尊厳』—人タローン個体産生研究の禁止を素材に」栗城古稀・前掲書註(13)二七三頁、田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について—自己決定と合意形成をめぐる序論的考察」田中成明編『現代法の展望—自己決定の諸相』(有斐閣、二〇〇四)一三一頁の一四四〜一四七頁、辰井聡子「生命科学技術の展開と刑事的規制」法律時報七三卷一〇号二二頁(二〇〇一)。

(19) 棚島次郎『先端医療のルール—人体利用はどこまで許されるのか』(講談社、二〇〇一)三九頁。なお、憲法に「生命の取り扱いについて明確な制限を謳う条項」を入れるべきだとする見解として、米本昌平『生命』の取り扱いにも憲法の歯止めが必要」中央公論二〇〇四年六月号一六四頁を参照。

(20) 棚島次郎「フランスの生殖技術規制政策」*Studies* 生命・人間・社会二号一七頁(一九九四)の一三三頁。

(21) 参照、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商法雑誌一三三卷三号三八五頁(二〇〇五)。

(22) 高井裕之「憲法と医事法の関係についての覚書」佐藤遠暦・前掲註(7)二八五頁の三〇五〜三〇六頁。また参照、高井裕之「医療における自己決定権の憲法論的考察—アメリカ法を素材として」(一九八八)植木哲Ⅱ丸山英二編『医事法の現代的諸相』(信山社、一九九二)三四七頁。

(23) 前掲註(5)で触れた、薬事法による治療薬の使用の規制の問題も、自己決定権というより生命に対する権利の問題として捉えることができるだろう。

(24) Baetig, NJW 1999, 3399. 参照、柏崎敏義「ドイツ憲法判例研究(83)臓器移植法に対する憲法異議の許容性」自治研究七六卷二号一三〇頁。

(25) 参照、安部Ⅱ米村・前掲註(6)、拙稿「共に生きるということ—生命倫理政策と立憲主義」山崎喜代子編『生命の倫理

——その規範を動かすもの』(九州大学出版会、二〇〇四) 一三九頁の一五七頁以下。

### 三 生命・身体に対する権利(原則②)

本節では、先に第一節で示した原則②について考察する。すでに見たように、原則②を支える憲法上の権利にはいくつかのものがありうるが、さしあたり本稿では、生命に対する権利および身体に対する権利に焦点を絞りたい。

1 生命に対する権利および身体に対する権利は、伝統的には刑事手続との関連で議論されてきた。日本国憲法は、一三条が明文で「生命……に対する権利」に言及し、幸福追求権に含まれる権利の一つとして生命・健康に対する権利が保障されていると見てよいだろう。ただ、死刑や環境権など限られた領域の議論は活発であるものの、憲法上の生命に対する権利の議論は意外と十分な展開をみていないようにも思われる。国家により生命を奪われないことが、なによりその内容となると考えるべきである。<sup>(26)</sup>

国際人権B規約七条を見ると、「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない。特に、何人も、その自由な同意なしに医学的又は科学的実験を受けない」と規定しており、医学研究による人権侵害に留意がはらわれていることがわかる。これは、ナチスなどで行われた非人道的な人体実験の歴史の影響があったとされる。この国際人権規約の条文にも見られるように、本人の「自由な同意」が身体への侵襲が許される要件であると考えられている。日本国憲法も、一三条が幸福追求権に含まれる権利として身体に対する権利(Bodily integrity)に対する権利)を保障し——また、一八条(奴隷的拘束および苦役からの自由)や三六条(拷問および残虐な

刑罰の禁止」もこれを支持する——国家が本人の同意なく身体に侵襲を加えることを原則として禁止していると考えられる<sup>(27)</sup>。また、前述のように、自己決定があれば国家はどのような身体侵襲でも行いうるというわけではないだろう。

2 ドイツの憲法学の代表的なピエロート・シュリンクの体系書は、基本法二条二項一文の生命および身体への不可侵性に対する権利について、「身体への不可侵性に対する介入が存在するのは、苦痛が加えられたり感じられたりする場合だけではない。そこには健康を阻害したり危険にさらしたりすることも含まれる。……身体への不可侵性に対する侵害の強度が小さくても介入であることに変わりはない」としつつ、「当事者の承認を得て行われる医師の治療行為は介入ではない<sup>(28)</sup>」とする。ここで憲法学にかなり立ち入った話になるが、本人の自己決定は、侵襲の（基本権の保護領域への）介入性を否定する事由なのか、介入を正当化する要件なのかという問題がある（刑法学における構成要件該当性の否定と違法性阻却の違いと同じであると考えてもらえればわかりやすいだろう）。治療でなければどうなのかということを考える必要があるだろう。

すなわち、本人の利益になる治療と、本人の利益にならない身体への侵襲とでは、要件としての本人の自己決定の位置づけや重みが変わってくる可能性がある。これは、すでに示唆したように、身体への侵襲が適法となる理由が自己決定のみに依拠するのではなく、他のいわば客観的な条件にも依拠していることによると考えられる。それでも、本人の自己決定は、合憲的に国家による身体への侵襲がなされうる重要な要件であろう。その根拠については、「自己決定がないと侵襲が正当化されない」根拠と「自己決定によって侵襲が正当化される」根拠とに分けて考察しうるように思われるが、さらなる探究は他日を期したい。

また、どのような場合に身体への侵襲についての「自己決定」があるといえるのかという重要な問題があるが、この

問題は憲法学では十分に解明されていない。情報の提供などの自己決定の前提条件や錯誤に関して議論を展開してきたのは、民法学・刑法学である。そこで、この点については、私人に対する規制にかかわる原則③を扱う際に触れることにする。当然のことであるが、民刑事法学の議論は、国家機関が侵襲を加える場合をとくに念頭に置いているわけではない。

3 憲法上の身体に対する権利により、原則として、本人の自己決定なくして国家が個人の身体を侵襲することは許されないが、例外的に、本人の自己決定がなくても（に反しても）身体への侵襲を許容できる場合があると考えられる。このようなことが問題となる場面は、重大な人権侵害の危険性があり、憲法上の許容要件が大きな問題となる。

(1) この例外にあたる場合として、まず穏当なものとして、意識不明の人や子どもなど本人に自己決定能力がない場合に、本人の利益のための治療を国家機関（公立病院の医師など）が行う場合が考えられる。自己決定能力のない人についても生命・身体に対する権利は保障されなければならないから、原則②からすれば治療に本人の自己決定が必要であることになるが、本人は自己決定能力がないのであるから自己決定をなしえず、そのままではかえって本人の生命・健康が保護されない。このような場合には、本人を保護するために、本人の自己決定がなくとも身体への侵襲が許容されるだろう（ここでは治療拒否の事前の自己決定がある場合の話は除いておく）。これを「推定的同意がある」といって「例外」からはずしてもよいかもしれない。しかし、本人の現実の自己決定を問題にしているわけではなく、結局のところ生命・身体についての客観的な利益状況を問題にしているのだとすれば（いわゆるアセントの問題についてはここでは触れない）、自己決定の論理で説明することが妥当かどうかなお検討を要しよう。

逆に、本人に自己決定能力がないというだけでは、本人の利益にならないような身体の侵襲が許されることにはならない。<sup>(29)</sup> 子どもに対して身体への侵襲をともなう臨床研究が国家机关により行われる場合、それが本人の利益になるようなものであればよいかもしれないが、本人の利益で説明できないものは、憲法上の疑義が生じるというべきである。

(2) 刑事手続の場面も、この例外にあたる場合として認められている。最高裁は、強制採尿について、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合には、最終的手段として適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されるとし、搜索差押令状（身体検査令状に関する刑事訴訟法二一八条五項を準用し、医師による医学的に相当と認められる方法によるとの条件の記載が不可欠）を必要とするとしている。もはや物の搜索差押とはいえそうにない強制採血についても、鑑定処分許可状と身体検査令状との併用によって認められているのが実務であるとされる。これらについて、刑事訴訟法学説上は、直接的な強制は許されないとする説も見られ、議論がある。<sup>(31)</sup> 人の人格そのものに対する権利も大きく関わってこよう。

今後、被疑者のDNA採取のルーチン化の議論に際して、令状の必要性は問題になってくると思われる。「口腔内粘膜の採取は侵襲性の程度で指紋の採取とほとんど変わらない。刑事訴訟法上の根拠で指紋が採れる一方で、このような侵襲性の低い採取方法をどのように位置付けるかについては、今後検討する必要がある。刑事訴訟法の改正をすべきか、現行法の読み方で対応すべきか、その辺の問題も残る<sup>(32)</sup>」という意見も見られるところである。

(3) また、公衆衛生関連の法律がある。憲法学の強い関心を集めたのは予防接種の問題であったが、罰則をもって接種を義務づけていた平成六年改正前の予防接種法について、違憲とする見解はあまりみられなかった。合憲判断を下

した裁判例もある<sup>(33)</sup>。ただ、予防接種法は直接強制・即時強制を認めていなかったとされる<sup>(34)</sup>。そして、直接強制・即時強制を認めることは違憲であるとする見解がある<sup>(35)</sup>。また、予防接種事故の問題について、接種時に十分な情報を得た上で被接種者の自己決定があつたのかを問題とする見解もあり<sup>(36)</sup>、これは自己決定が必要であることを前提とするものと考えられる。

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は、感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者に対し当該感染症にかかっているかどうかに関して、勧告の後、強制的な健康診断が行えることとしている（一七条）（また入院について二〇条以下）。事前の司法判断を経由しない身体への即時強制<sup>(37)</sup>は立憲的に異例であるが、緊急性と他の人々の生命・健康に対し重大な影響がありうることを考慮すると、比例的である限りやむを得ないというべきだろう。ただ、旧らい予防法による人権侵害の歴史はふまえておく必要がある。

また、労働安全衛生法も、労働者に事業者が行なう健康診断を受ける義務を課している（六六条五項）。最高裁の判例に、市教育委員会実施の定期健康診断においてX線検査を受診しなかつた市立中学校の教諭が校長の受診命令に従わなかつたことが地方公務員法上の懲戒事由に該当するとされた事例がある<sup>(39)</sup>。おそらく直接的な強制は憲法上できまい。より制限的でない手段で目的が達成できると思われるからである。

（４）このほかにも例外的例があると思われるが、最後に、旧優生保護法に触れておく。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（一条）、本人の同意にもとづかない不妊手術（優生手術）を認めていた。また、本人の同意に基づく不妊手術とされたものの中にも、結婚のための条件として事実上強要されたものが多かつたといわれている<sup>(40)</sup>。このような国家の権限には合理性が見出しがたく、違憲の疑いが強いものであつたといわ

ざるをえないだろう。<sup>(41)</sup>

以上、例外的に本人の自己決定がなくても（に反しても）身体への侵襲を許容できるとされている場合の例を見てきた。さしあたり、そのようなことを認めなければならない必要不可欠性と適正手続保障が、例外を憲法上許容できる基準といえよう。この基準はさらに研究する必要があるだろうが、ここでは、憲法上、本人の自己決定は、国家が個人の身体に侵襲を加えるに際しての絶対的な要件とまではいえないことを確認しておこう。

4 予防接種事故の補償をめぐる議論を通じて、身体は、財産のように公的取用ができないものであるといわれてきた（この点が、憲法二九条三項類推適用説の弱点とされてきた）。この原則が一切の例外を許さないものであるのかどうかについてはなお検討を要するが、原則は広く受け入れられている。

なぜ身体が取用できないのかについて、長谷部恭男は、「当人の代わりに社会が、その人の生き方の選択肢のうち相当部分を収奪し、引換えに金銭を支払うという考え方自体、その人が、他の人と同様に、自分の人生を自分で切り拓いていくべき存在であることを否定している。」「身体が取用できないのは、そのためである」と説明する。<sup>(42)</sup>この議論は、各人の生き方の自律性の尊重という近代立憲主義の原則からの説明である。けれども、本稿は、生命に対する権利および身体に対する権利には、自律性の尊重とは異なるものが含まれていると考えている。これはまた後に論じよう。

注

(26) 憲法上の生命に対する権利について、山内敏弘「基本的人権としての生命権」(二〇〇〇) 同『人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察』(日本評論社、二〇〇三) 二頁、嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討——統合的生命権に向け」法学新報一〇八巻三号三一頁(二〇〇一)、齊藤正彰「生命についての権利」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検

- 討』(有斐閣、二〇〇四)七五頁を参照。
- (27) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、二〇〇五)一二七頁は、「個人の身体的および精神的な完全性 (integrity) への権利」を新しい人権の一つとして挙げる。
- (28) ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンクは、Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar von Ingo von Münch, Art. 2 Rn 65を参照する。なお、治療行為の刑法上の評価について、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、一九八六)を参照。
- (29) 参照、拙稿「子どもからの脳死臓器移植とドナーの保護」年報医事法学二〇号七九頁(二〇〇四)。
- (30) 最高裁第一小法廷昭和五五年一月二三日決定 最高裁判事判例集三四巻五号三〇〇頁。
- (31) 参照、新関雅夫ほか『増補・令状基本問題・下』(一粒社、一九九七)三六九頁以下、酒巻匡「人の身体を対象とする強制処分」法学教室二九六号一〇二頁(二〇〇五)、福井厚「体液の採取」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第三版、二〇〇二)七八頁。
- (32) 「第1回DNA型データベースに関する有識者会議議事概要」(平成一七年六月一日)三頁 at <http://www.npa.go.jp/seisaku/kanshi/k/yushiki050601/yushikishha050601.pdf> (警察庁ホームページ)。DNA鑑定にともなう試料採取に関して、裁判官命令の要件を緩和するドイツの立法について、渡邊齊志「ドイツのDNA型鑑定の活用範囲を拡大するための法改正」外国の立法二二七号一〇六頁(二〇〇六)を参照。
- (33) 東京高裁平成四年一月一八日判決 高等裁判所民事判例集四五巻三号二二二頁。
- (34) 西椋章『予防接種と法』(一粒社、一九九五)四三～四七頁。
- (35) 同五六頁。
- (36) 新美育文「予防接種事故と国・自治体の責任」判例タイムズ五六号一〇頁(一九八五)。
- (37) 参照、感染症法研究会編『詳解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』(中央法規、改訂版、二〇〇四)六五～六六頁。
- (38) 熊本地裁平成一三年五月一日判決 判例時報一七四八号三〇頁は、遅くとも昭和三五年には、らい予防法の隔離規定の違憲性は明白になっていたと判断した。

(39) 最高裁第一小法廷平成一三年四月二六日判決 判例時報一七五一号一七三頁。

(40) 参照、優生手術に対する謝罪を求める会編『優生保護法が犯した罪——子どもをもつことを奪われた人々の証言』（現代書館、二〇〇三）。

(41) 高井裕之「ハンディキャップからの差別からの自由」『岩波講座・現代の法14・自己決定権と法』（岩波書店、一九九八）二〇三頁の二一四頁は、「自己決定権」の問題とした上で、「強制的な不妊手術の合憲性は極めて疑わしい」とする。

(42) 長谷部・前掲註(16) 三五五頁。

#### 四 国家の規制権限（原則③）

本節では、第一節で述べた原則③について考察する。

1 国家は、個人の生命・身体を他の私人からの侵害に対して保護することができる。侵害を規制して私人を拘束する法を定めるのは、基本的に立法府たる国会の任務である。憲法は、そのような活動を行う国家権力を拘束するのであり、私人を拘束しない。

ここで国家・要保護者（被侵襲者）・侵害者の三極関係を語るができるが、侵害者の基本権に対して国家の過剰介入の問題が生じるかというと、日本において一般的行為自由を憲法上の権利として認める学説においても、他者加害行為は憲法上の一応の自由の範囲にそもそも入らないという考え方が有力である。被侵襲者本人の自己決定がないのに他人の身体を侵襲する行為は、他者加害にあたるということが明らかである。他者加害行為をも一応の自由の範囲に含める説からも、そのような侵襲行為を国家が規制できることに、憲法上の問題はほとんど生じない。身体への侵襲について被

侵襲者本人の自己決定がある場合に、被侵襲者の自己決定権の観点から憲法問題が生じうることは、すでに原則①の問題として検討した。

逆に、個人の生命・身体を他の私人から保護する国家の憲法上の義務があるのかという問題がある。生命・身体のような基本権法益について、国家の過少保護が違憲となるのではないかというわけである。これは基本権保護義務の問題として論じられてきた。日本の憲法学では基本権保護義務論に批判が強いが、国家が殺人や傷害にあたる私人の行為を規制せずに放置しておくことが違憲となることは一切ありえないと考えるべきではあるまい。<sup>(43)</sup>

それでも、個人の生命・身体を他の私人に対してどのように国家が保護するのかは、広い立法裁量にゆだねられている。憲法は特定の保護方法を指示しておらず、現に国家が行っている刑法的・私法的・行政法的保護は、基本的に立法府たる国会の政策として採用されたものである。その実体的内容を憲法から説明する必要はない。<sup>(44)</sup> 憲法の内容となっている規範は、(憲法改正の発議を別にして)立法府によって左右することができない。立法府は、立法府自身の識見と判断によって、論理的に憲法以前に存在するはずの「人権」を保護すべきである。<sup>(45)</sup>

2 人体採取に関係する現行の規制立法としては、次のような例を挙げることができる。まず、刑法的な保護として、殺人罪・同意殺人罪・傷害罪・業務上過失致死傷罪等の規定がある。また、私法的な保護として、私法上の広義の人格権の一種として生命や身体に対する権利が保護され、その侵害に対しては差止めや損害賠償が認められている。さらに、行政法的な保護として、医事関係行政法規などがある。医師免許制度が設けられ、先に述べたように医業(人体の一部の採取のうち、ある程度以上の侵襲性が認められるものは医行為であると考えられる)を医師に独占させる規制が行われているのは、その例である。

これらは、人の生命・身体を保護する目的のかなり一般的な立法であり、人体採取に特に着目して被採取者を保護する立法は限られている。日本の臓器移植法は、脳死した者の身体を含む死体からの臓器移植の規整に主眼が置かれており、生きている人からの臓器移植に適用があるのは、総論的な規定（一条から五条）や臓器売買等の禁止（二一条）のみであるとされている。<sup>(46)</sup>このほか、安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律（いわゆる血液法）などがあるが、保護は、大部分、刑事事の一般法理にゆだねられている。そして、その中核となっているのが、インフォームド・コンセントの法理といわれるものであるようである。その内容は、原則的に（限られた範囲では最小限の保護義務の問題がある）憲法の規範内容ではなく、民法学・刑法学の対象となるところであるが、以下では、憲法学の観点から気づいた点について外部観測的に少しだけ述べることとする（なお、本稿は、民事上の医療契約や研究に参加し人体を提供する契約を締結する意思表示の問題には触れない）。

3 (1) インフォームド・コンセントの法理は「自己決定権」と結びつけて理解されるのだが、この「自己決定権」という語は憲法学上のものとは、やや意味が異なっているように思われる。憲法学がいう「自己決定権」は、自己の生き方の自由を保障するものであり、消極的自由を制約されないことを内容とする<sup>(47)</sup>（アメリカの「プライバシー」論がその底流にある）。したがって、そこからは他者（憲法の場合、国家）の支援を求めることは基本的に<sup>(48)</sup>出てこない。自由に活動するための財源・情報その他の資源は自分で調達した上で、やりたいことをやることを妨げられない、したくないことをさせられない、というのが憲法上の自己決定権である（原則①の問題）。また、（こちらの方は憲法学の一般的な見解かどうかかわからないが）本稿は、身体への侵襲について本人の自己決定が許容要件となるのは、自己決定権も問題になるにせよ、むしろ身体に対する権利や人の人格そのものに対する権利から導かれる原則として考察した方がよい

と考えている（原則②の問題）。

これに対し、民法学においては、自己決定が身体への侵襲の許容要件となること（原則②の問題）は「自己決定権」の問題として考察されている印象がある。また、民法上の「自己決定権」は、消極的自由の保障というよりも、むしろ自己決定の条件を問題にし、自己決定の実質化や自己決定への支援を問題にしているように思われる。<sup>49)</sup> だから、「自己決定権」から他者の説明義務が導かれるのだろう。憲法学も、それを「自己決定権」とは呼ばないとしても、身体への侵襲の許容要件となる自己決定を問題にするのだから、その自己決定の前提条件は問題にしなければならぬ。

ただ、民法上、どうして説明義務が生じるとされているのが問題である。説明が必要となるのは身体への侵襲がある場合だけではないようであり、医師と患者（医療の場合）の間の医療契約や信義則から説明義務が生じるとされるし、また、自己決定の確保とは区別して、専門家責任から生じる説明義務があるともいわれる。「社会全体としてのコスト」<sup>51)</sup>を根拠とする考え方と人権を基礎に置く考え方には齟齬があるかもしれない。憲法論に応用できるものかどうか、民法学における説明義務の根拠の議論の展開に注目したい。

(2) 民法上の議論は、生命・身体という法益を離れて、自己決定の機会そのものを法益として保護する方向に向かっているように思われる。<sup>52)</sup> これは、憲法学の言葉づかいでは、デュープロセスないし人の人格そのものに対する権利（この言葉は確立していないが）の問題として考えることができるだろう。

自己決定の機会の保護を身体への保護から独立させていくと、身体への侵襲を正当化する自己決定という観念は（少なくとも部分的に）退けられることになる可能性がある。いわゆる人格権侵害説によれば、「治療行為は健康を増進させる行為であって、ここで『侵害を正当化するための同意』という観念は妥当しない。……医的侵襲の場面での自己決定

は、医師が患者の人格に配慮すべきであるという意味で問題となるに過ぎない。つまり、医学的に正当な治療が行われた場合に問題となるのは、患者の身体的利益ではなく、その人格的利益だけということになる<sup>(53)</sup>とされる。

刑法には（強要罪などは別にして）「自己決定侵害罪」は存在せず、身体を保護法益とする傷害罪の違法性阻却事由（ないしは構成要件該当性がなくなる事由）として本人の自己決定を捉えることになるが、治療行為の扱いについては（ごく大雑把にいつて）日本の民法と刑法の議論潮流には結論的に同一の方向性が見られるように思われる。すなわち、治療行為が患者の身体に対する違法な侵害となるかどうかに関して、患者の現実の自己決定は必ずしも決定的な要素ではないという向きである（この点、国家機関によって行われる治療について、憲法学がどのように考えるのかは明らかでない）。

刑法学では、治療行為に対する患者の同意と、それ以外の客観的には本人の利益とは必ずしもいえない傷害に対する被害者の同意とは、異なる枠組で議論することが広く見られる。「治療行為（医療行為）」は、治療効果が期待できる適切な医療行為であることによって違法性が阻却されるのであって、同意の存在自体によって違法性阻却が認められる被害者の同意とは、正当化の根拠が異なっている<sup>(54)</sup>とされる。そして、一般に、患者の（現実の自己決定に限らず）推定の同意によっても治療行為は正当化されるといわれる。さらに、治療については推定の拒絶意思の不存在によって推定の同意を認めうるといわれることもある。生命・身体という法益についての客観的な状況によって自己決定の位置づけが異なってくるということだろう。

そもそも（乱暴な言い方になるが）たとえば「手術しないと高い確率で死にます」といわれた手術への同意が、本当に「同意」といえるのか、よくわからないものがある。治療においては、自己を「人質」にとられているような面を否定できず（多かれ少なかれ、ほとんどの取引についてもそういえるのかもしれないけれども）、身体への侵襲につ

いて患者本人の自己決定に大きな重みづけを与えにくいように思われるのである。生命・身体という法益と自己決定それ自体の利益との関係についても、議論の展開に注目していきたい。

(3) 生命倫理学では、インフォームド・コンセントの原則の由来には、医療過誤事件におけるアメリカの判例の蓄積と人体実験規制の潮流という二つのものがあるといわれている。ただ、日本におけるインフォームド・コンセント論は、医療の場面を中心にして展開されており、研究の場面におけるインフォームド・コンセントについては議論が深まっていないという指摘がある<sup>(55)</sup>。研究の場面における本人の自己決定要件についての裁判例は、ようやく近年になって知られるようになってきた。本人の利益には必ずしもならない、確立された治療方法とは異なる侵襲については、一般的な刑事法からも本人の現実の同意が必要とされるはずである。臨床研究の場面で治療と研究が区別できるのか、標準的な治療方法の範囲内で行われる研究の場合、侵襲への同意とは別に研究の対象とすることについて同意が必要かといった問題もある。

難しい問題を提起するのは、生きている人がドナーとなる臓器移植である。生体臓器移植のための臓器の採取は、ドナーにとって治療ではない。そこで、ドナーの自発的な臓器提供の自己決定がその正当化の根拠となるわけだが、生体肝移植の場合<sup>(56)</sup>、提供に「同意」しなければ肉親の死に直面するのだとしたら、そのような強迫的状况で法的に有効な「同意」はありうるのだろうか。やはり本人の「インフォームド・コンセント」があるというのか、それ以外にレシピエントの命を助ける方法がないということから正当化されるのか、肉親の命が助かるというドナー自身の利益により説明されるのか、よくわからない。圧力と自己決定をめぐっては、なされる行為の社会的評価と同意の要否や同意の成立との関係が必ずしも整理されていないようにも思われ、なお説明すべき点がありそうである<sup>(57)</sup>。

4 民刑事法学（とりわけ刑法学）では、個人の身体に侵襲が加えられた後に、事後的な観点から侵襲者の行為を評価し、違法な行為を行った者の責任を追及することに議論の焦点が置かれている。これに比べて、公法学は、国家機関が個人の身体に侵襲を加えるその時点での実効的な行為規制に大きな関心をもっている。違法な国家の活動が行われたときの責任追及はもちろん重要だが、個人の権利を不当に侵害しないような国家機関の行為の実効的な基準の設定や適正手続がまずは重要である。とりわけ、生命・身体は、結局、金銭では償うことのできない法益であることに注意する必要がある。

この点、私人間でも同様の考慮をする国家の政策がありうる。すなわち、民刑事の一般法理を超えて、特別法的・紛争予防的・行政法的なルールを設けることである。たとえば、岡上雅美は、生体移植ドナーの保護に関して、「傷害罪とは別個の望ましい説明義務」がありえ、「考慮時間の確保、承諾の書面化、第三者機関の関与といった手続き面での整備が必要であろう」として、「傷害罪のような侵害犯ではなく、生体ドナーの自己決定権を保障するための危険犯の立法」が必要とされ、「立法化のためには、医療現場での実務慣行をも考慮して、説明義務の内容を具体的に列挙してゆくことが必要となろう」と提案している。<sup>(58)</sup>この種の規整は、内容によっては原則①（個人の自律）との抵触も考慮する必要がある、ハードな法で対応することの是非は議論になろうが、「法的な事後救済だけでなく、関係調整的・活動促進的・紛争予防的な方策をも視野に入れた、総合的な政策的対応」を行うことは、「医者と患者の間に相互主体的なコミュニケーション関係を確立する」という点でも評価できるだろう。<sup>(59)</sup>

医学などの生命科学研究の対象者を保護するための国家のしくみは、日本では、（一般的な民刑事法を除けば）基本的に法的拘束力のない行政ガイドライン（行政指導）により形成されており、薬事法にもとづく治験に関してのみ法的拘束力のある規制が行われている。研究対象者一般を保護する法律を制定すべきかどうかには議論があるが、<sup>(60)</sup>総合科学

技術会議の基本政策推進専門調査会は「臨床研究を推進するための制度的枠組みの整備<sup>(61)</sup>」を提言し、現行のガイドライン体制の不備を指摘している。人の身体に侵襲を加えること自体は学問の自由に含まれないだろうが、研究の強制的事前審査は学問の自由を制約するものであり、制度の構築にあたっては研究対象者の保護とのバランスをよく考える必要がある。

注

- (43) 私人間効力・基本権保護義務については、さしあたり、小山剛「基本権の私人間効力・再論」法学研究七八巻五号三九頁(二〇〇五)を参照。私見は、拙稿「私人間効力について——憲法上の権利の概念の整理から」西南学院大学法学論集三三巻四号九五頁(二〇〇一)。
- (44) 参照、高井・前掲註(22)二九六〜三〇一頁。
- (45) 参照、高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト一二八八号一〇頁(二〇〇五)。
- (46) 参照、厚生省保健医療器移植研究会監修『逐条解説臓器移植法』(中央法規、一九九九)三三〜三四頁。
- (47) なお、「自己決定権」が「自由」一般に還元できない独自の意味をもつことを妊娠中絶の自由を題材に論じるものとして、蟻川恒正「自己決定権」高橋和之・大石眞編『憲法の争点』(有斐閣、第三版、一九九九)七四頁を参照。
- (48) もっとも、憲法学において、社会の構造ないし関係性の中の自己決定の条件の問題に敏感な論者は、「自己決定権」に自己決定への支援ないし社会構造への国家の介入を含めて理解することがある。参照、高井・前掲論文註(41)、小泉良幸「自己決定と、その環境」山形大学法政論叢一〇号六三頁(一九九七)。また参照、笹沼弘志「現代福祉国家における自律への権利」法の科学二八号九六頁(一九九九)、蟻川恒正「身体の自由」法律時報七一巻二七七八頁(一九九九)。
- (49) 参照、錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト一〇八六号八六頁(一九九六)、潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判例タイムズ一七七八号九頁(二〇〇五)、吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、一九九九)二五九〜二六七頁、吉村良一『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学一九九八年四号六二九頁。また参照、守屋明「紛争過程における自己決定権の機能について——説得のレトリックとしての自己決定権」岡山大学法学会雑誌

四九卷三・四号二〇九頁(二〇〇〇)の二四三頁註(26)。なお、日本における「自己決定権」論の嚆矢となった山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社、一九八七)においては、その表題のとおり、アメリカ流の「プライバシー」を中心に議論が展開されていた(もっとも、タバコの有害表示の問題等も論じられている)。

(50) 横山美夏「説明義務と専門性」判例タイムズ一七八号一八頁(二〇〇五)。これに対し、山本敦三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編・前掲書註(18)三頁は、専門家の責任も自己決定の保護として捉えているように思われる。なお、治療のための説明(療養指導としての説明)の義務と自己決定のための説明(患者の承諾を得るための説明)の義務の区別について、町野・前掲書註(28)二三九頁以下、河原格『医師の説明と患者の同意——インフォームド・コンセンツの日独比較』(成文堂、一九九八)を参照。

(51) 大村敦志『消費者法』(有斐閣、第二版、二〇〇三)九二頁。

(52) この点をアメリカ医事判例法との相違点として挙げるものとして、ロバート・R・レフラー「長澤道行訳」『日本の医療と法』(勁草書房、二〇〇二)五七〜五八頁。

(53) 小池泰「医療における自己決定保護に関する一考察」私法六三号一四五頁(二〇〇一)の一四七頁(ドイツの学説の紹介部分)。さらに続けて、「この説は、さらに、自己決定侵害に対して慰謝料のみを認め、身体的不利益に関する損害を説明義務違反の賠償範囲から除外する」と説明される。

(54) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(2)」法学教室二九六号八四頁(二〇〇五)の九〇頁。参照、町野朔・前掲書註(28)第五章、武藤真朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義」早稲田大学大学院法研論集五九号一九五頁(一九九一)、前田達明ほか『医事法』(有斐閣、二〇〇〇)二〇一頁「松宮孝明執筆」。

(55) 土屋貴志『Bioethics』と『生命倫理』——人体実験論を中心に「西洋思想受容研究会編『西洋思想の日本的展開——福澤論吉からジョン・ロールズまで』(慶應義塾大学出版会、二〇〇二)一五四頁。臨床研究を中心に「インフォームド・コンセント」を法哲学的に考察するものとして、仲正昌樹『自己再想像の〈法〉——生権力と自己決定の狭間で』(お茶の水書房、二〇〇五)を参照。

(56) 武藤香織『家族愛』の名のもとに——生体肝移植と家族「家族社会学研究一四卷二号一二八頁(二〇〇三)は、移植医療と家族の関係を問い直し、「個人の自発的な自己決定」だけではどうにもならない事情も発生しているだろう」(二三〇頁)

と指摘する。同号小特集「『家族愛』の名のもとに…生体肝移植をめぐる」の各論文、日本肝移植研究会ドナー調査委員会『生体肝移植ドナーに関する調査報告書』（二〇〇五）も参照。

(57) 終末期医療に関して、個人の自律性の社会的地位について社会学等における議論と法学の議論にずれが見られる点について、拙稿「法における『尊厳死』の捉え方」思想九七六号六二頁（二〇〇五）を参照。

(58) 岡上・前掲註（6）一一一頁。また、臓器提供者の保護のために臓器移植法改正を提案するものとして、科学技術文明研究所『生きている提供者の保護のための臓器移植法改正・試案』（科学技術文明研究所、二〇〇三）がある。

(59) 田中・前掲註（18）一五四頁。参照、同一一五三―一五四頁。また参照、吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問」（一九九四）同『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、二〇〇三）第六章。

(60) 参照、光石忠敬「勝島次郎」栗原千絵子「研究対象者保護要綱試案——生命倫理法制上最も優先されるべき基礎法として」臨床評価三〇巻二・三号三六九頁（二〇〇三）、磯部哲「被験者保護」平成一六年度科学技術振興費調査研究報告書『ライフサイエンスにおける倫理的・法的・社会的問題についての調査研究成果報告書』（政策研究大学院大学、二〇〇五）九二頁。また参照、仲正・前掲書註（55）六一―六二頁。

(61) 基本政策推進専門調査会「科学技術の振興及び成果の社会への還元に向けた制度改革について（中間報告）」（平成一八年七月二六日）二〇頁。

## 五 自己決定権と生命・身体に対する権利

最後に、本節では、身体を提供する／しないの自由（自己決定権という構成）と身体に対する権利との違いについて考えたい。

1 (1) 従来、子どもの権利をめぐる議論で、選択を内実とする権利とそうではない権利に分けて論じることが行わ

れてきた。<sup>(62)</sup> 一般的には、選択を内実とする権利は判断能力が前提になるのに対し、選択を内実としない権利はそれを前提としないことができる。身体を提供する／しないの自由は、するかしないかの判断能力を前提としていると考えられる。これに対し、身体に対する権利は判断能力を前提とせず、個人は判断能力の欠如を理由とした制約を受けることなく、それを持つことができると考えられる。

内野正幸は次のようにいう。「人権には、……状態権（静的人権）および行為権（動的人権）という二つの種類のものがある……。ここで状態権とは、人間の身体・精神や財産の状態を国家権力などの干渉から保護する場合についてのものである。それは、おもに、体や心を傷つけられない権利をさす。これにたいし、行為権においては、自分の判断にもとづいて積極的<sup>・</sup>にふるま<sup>う</sup>ことについて、国家権力などから妨害されなかつたり配慮してもらえたりする、ということが重要となる」と。そして、子どもについて判断能力に応じて段階を区別し、「理性的な判断能力をもちあわせていない年齢や状況におかれている場合……では、行為権は認められないとしても、状態権は保障される。……幼い子どもでも、体や心を傷つけられれば、人権が侵害されたことになるのである<sup>(63)</sup>」とする。身体に対する権利は、内野のいう状態権に含まれると考えられ、自己決定権と区別して範疇化することに意味がある。

(2) 医事法学においても、次のような指摘がみられる。後藤弘子は、医療における子どもの人権について、「子どもの場合、おとなについては一致している意思決定主体⇨結果発生主体という図式が成り立たないために、自己決定権を保障することが人権を保障することには直接的につながらないのである」と指摘する。そして、「子どもに関しては、決定の主体（通常は親ないし国）と結果が発生する主体（子ども）が異なるという根本的な『ずれ』が生ずることを避けることはできない<sup>(64)</sup>」とし、内野の状態権と行為権の区別を手がかりにして、子どもを主体とした人権保障はいかにあ

るべきかを考察している。

また、唄孝一は、インフォームド・コンセント (IC) に関して、すでにある講演で次のように述べていた。含蓄ある叙述のため、やや長い引用をお許し願いたい。

「……しかし<sup>65</sup>が重要であることの意味として、ただこういう効能「医師——患者関係の円滑化」ばかりが説かれることに私は少々不満である。それは前に述べた二つの原則のうち、説明原則ばかりを強調して承諾原則のほうを軽視しているからである。<sup>66</sup>の普及は、説明の必要より前に、まず承諾の重要性の認識から始めなければならない。そして、その承諾の必要の中に、自己決定権とともに肉体的完全性への権利という、重大な人権問題が潜んでいることを理解してほしい」。……「医療についての自己決定は、私事一般についての自己決定と『根は同じでも類は異なる』」。その相違の一つは、医療の場合には、……bodily integrity ということが根本にあるということである。このことを憲法上の人権としてとらえると、ここでの人権は自由権でもなく社会権でもない。少々粗雑に言うことを許していただくと、自由権というのは思想、信条、言論などの自由を侵されないという側面を強調したもので、社会権というのは健康で文化的な生活を保障されるという側面に焦点を置くものである。そのどちらとも違った側面に注目して、存在権ということをついていわれた方があるが、今の場合それに当たるのではないか。「要するに人間は人間としてのひとかたまりの肉体がここにあるというそのことだけで、その存在自体を権利として主張できる。しかも、それは精神と全く別のものではなく、精神もそこにくっついていっているいわば実存につながる。これは自由権とも社会権ともちょっととらえどころが違う。欲をいうと、その存在権という考え方に肉体の integrity という要素をもう少し明確に加えて構成し直すと、この場面で人権の説明としてびったりでないかと私は思う<sup>66</sup>」と。

このように、唄は、インフォームド・コンセントの法理の基礎に、「意思の自由——自己決定権」と並んで「肉体の

一体性「Körperliche Totalität」<sup>(67)</sup>があることを指摘する。自己決定権とは別に肉体的完全性への権利が位置づけられているのである。これを先に見たような人格権侵害説がどのように評価するのかわからないが、佐々木惣一の「存在権」論<sup>(67)</sup>がここで参照されているのが興味深い。「一個独自の人間として存在すること」の保障という考え方が、日本国憲法解釈論の歴史の初期にすでに示されていたわけだが、バイオテクノロジーの時代にあらためて検討すべき考え方があるように思われる。

(3) 「個人の生き方を国家が決めることはできない」という点は、憲法が保障する「個人の尊重」原則の中核的な内容である。しかし、それ以前の個人の存在そのものの保障という点も、「個人の尊重」原則に含まれているのではない。そして、日本国憲法が明文で保障する生命に対する権利や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）などの権利の保障は、前者というよりも後者と結びつけて理解することができるのではないかと思われる。これらの権利は、その主体の自己決定能力を前提にしないことに留意すべきである。これらの権利を含めて日本国憲法が保障する権利を自律の理念から一元的に説明することには、やや無理があるように思われる。<sup>(68)</sup>

2 さらに生命倫理学の展開を考えると、自己決定権とは異なる権利として生命に対する権利や身体に対する権利を位置づけることには意味があると思われる。それは、「生きるに値しない生命」の問題に留意するからである。市野川容孝は次のように指摘する。「ナチスの安楽死による犠牲者の多くは精神障害者であり、ナチスにしてみれば、理性の欠如は自由や意思の不在を意味し、したがって、非理性の自由や意思を侵害するということは語義矛盾でしかなかった」という点をわれわれは認めなければならぬだろう。法学者のビンディングは『不治の痴呆者（Blödsinnigen）』のあ

る者について、こう言っていたはずである。『彼らは生きる意思も、死ぬ意思もない。したがって、彼らの側には配慮に値する、殺害への同意など存在しないし、またこの殺害は、侵害されるべきはずの生への意思 (Lebenswillen) に突き当たることもない』と。<sup>(69)</sup>

ここに見られるのは、自己決定能力のない者から生命に関する「自己決定」を奪うということはありえない、だから、そのような者を殺害しても誰の「自由」を奪うことにもならない、社会的に必要であれば彼らを殺害してもよい、という論理である。市野川が指摘するのは、そのような論理とアメリカのバイオエシックスが展開してきたパーソン論との近接性である。実に、ナチスの「安楽死」の論理は、「自己決定権」と対立するどころか、それに依拠していたのではないか。「自己決定権」、すなわち人の生き方の自律性の保障のみを基礎におく生命倫理の議論には、落とし穴があるのである。終末期医療や臓器移植、また人体の利用など生命倫理の諸問題への国家の対応を法政策として考えるにあたって、自己決定権だけでなく、生命・身体に対する権利の観点を忘れないようにするべきである。

日本の社会学や哲学の領域における「自己決定権」批判には、さまざまなものが含まれているが、基本的には、個別具体的な場の自己決定の条件を問題にしてきた。すなわち、自己決定の条件を捨象して自己決定から自己責任が導かれること、「本人の同意や主体性に依拠して、そしてその本人に選択や決定の責任のすべてが課せられた上で、さまざまな怖い事が行われていく」ことを批判してきたように思われる。<sup>(70)</sup>

江原由美子は、女性の自己決定権の主張を肯定的にとらえて、「対象に対する支配権の確定として自己決定権を考えるのではなく、支配・被支配いづれかでしかないような自己と他者との関係のあり方を変え、誰もが他者によって『支配されない』『決定されない』存在であることを承認される権利として、自己決定権を考えることができる」という。<sup>(71)</sup>ここで述べられているのは必ずしも法的権利ではないだろうが、法学も、「自己決定権」として語られるさまざまな口

ジックのうち、何を本当に大切だとわれわれは考えているのか、解剖していく必要があるだろう。<sup>(72)</sup>

3 人体が資源化していく社会にあつて、緊要だと思われるのは、自己決定能力が十分でない者の生命・身体の保護である。自己決定能力が十分でない者は、自己決定権を不必要に制限されがちであると同時に、不十分な「自己決定」に依拠して（あるいは自己決定なしに）その人体を「収獲」されていくことになりかねない存在であり、その保護のための社会的なしくみが必要である。くり返しになるが、自己決定権と身体に対する権利は別のものであり、自己決定能力がないというだけで自己決定の問題はクリアされたとして、身体に侵襲を加えていいことにはならないのである。

その保護のためのしくみの構築は基本的に立法府にゆだねられているが、この場面では本人の自己決定に依拠できないためインフォームド・コンセントの法理が妥当せず、法的規整の内容は現在の日本ではあまりはつきりしていない。<sup>(73)</sup> 家族などの「代行決定」は、身体への侵襲について自己決定がもつ正当化効をもたないことに注意する必要がある。「自己決定の補完」として行われる「代行決定」が、それこそナチスの「安楽死」の再演とならないようにしなければならない。また、とくに子ども（自己決定能力が十分でない者）自身への利益には必ずしもならない、子どもをドナーとする臓器・組織移植や子どもを対象とする臨床研究などは、子ども本人の生命・身体に対する権利の観点から大きな人権問題をはらんでいることに注意すべきである。

他方で、国家の権限との関係では、「代行決定」の規整を家族の「プライバシー」（自律性）への介入と評価することもでき、公私二元論批判ともかかわって、家族ないし親密圏というものを憲法上どのように位置づけるのかという問題とつながっていることも指摘しておきたい。

4 最後に、答えられるわけではないのだが、どうして生命・身体は保障されなければならないのかという問題に少しだけ触れておきたい。

人と人でないものの区別はどこかでしなければならず、人がとくに尊重されるべき存在であるということについて、規範的社会理論はその理由づけを放棄するわけにはいかない（この点に関しては、パーソン論は間違いいではない）。生命に対する権利あるいは「人を殺してはいけない」という原則の理由を人の自律性と切り離して説明できるだろうか。これは、人権の基礎づけ論にもかかわってくる。自律性と全く関連づけずに「人」を定義することは難しいように思うのだが、意思判断する存在だけが人であるわけではないというのも常識的だと本稿は考えている。

人の自律性の保障と生命の保障は異なっており、人の自律性の保障が重要であるとしても、そこから自律的でない存在の扱いが導かれるわけではない。生命の保障を自律的な人に限定する考え方は、生命をいわば自律の手段として見るのだろう。問題は、自由な社会において、人が生きて存在することはそれ自体尊重されるべきであると公共的に（特定の「善き生き方」にコミットすることなく）いえるか、いえないか、ということである。<sup>(74)</sup>

注

- (62) See John H. Garvey, *Freedom and Choice in Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, vol. 94, p. 1756 (1981). 参照、初宿正典 Ⅱ 高井裕之「憲法における自由と意思能力——J・H・ガーヴェイの自由（選択）論について」京都大学教養部政法論集八号三三頁（一九八八）、米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、一九九二）七〇〜七三頁、佐藤・前掲書註（3）四一二頁。
- (63) 内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣、一九九四）一九五〜一九六頁。参照、内野正幸「自己決定権と平等」岩波講座・前掲書註（41）三頁。
- (64) 加部一彦 Ⅱ 後藤弘子「医療と子どもの権利」吉峯康博編『医療と子どもの人権』（明石書店、一九九八）一一頁の三六・三

七頁「後藤弘子執筆部分」

- (65) 唄孝一「インフォームド・コンセントと医事法学」第一回日本医学会特別シンポジウム『医と法』（日本医学会、一九九四）一八頁の二・二二頁。

- (66) 同二頁の「表7」

- (67) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、補正版、一九五四）四〇〇頁以下。

- (68) 参照、小泉良幸『リベラルな共同体——ドゥオーキンの政治・道徳理論』（勁草書房、二〇〇二）一九六―一九七頁註（147）。また、竹中勲「社会保障と基本的人権」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第一巻・二一世紀の社会保障法』（法律文化社、二〇〇一）三五頁の四一頁は、「自己決定権の尊重ということでは説明できない適正処遇」があることを指摘する。なお参照、石川健治「人格と権利——人權の觀念をめぐるエチュード」ジュリスト一二四四号二四頁（二〇〇三）。

- (69) 市野川容孝「死への自由?——メディアカル・リベラリズム批判」現代思想二二巻五号三〇八頁（一九九四）の三二三頁。参照、カール・ビンディング『アルフレート・ホッヘ』森下直貴『佐野誠訳』『『生きるに値しない命』とは誰のことか——ナチス安楽死思想の原典を読む』（窓社、二〇〇一、原著一九二〇）四四頁。また参照、市野川容孝「ナチズムの安楽死をどう〈理解〉すべきか」イマーゴ七巻一〇号一四五頁（一九九六）。

- (70) 小松美彦「聞き手・池田祥子『内山美根子』』『自己決定権』批判——『共鳴する死』の視点から」月刊フォーラム一九九七年六月号四五頁における聞き手の発言（五〇頁）。参照、小松美彦『『自己決定権』の道ゆき——『死の義務』の登場（上）（下）』思想九〇八号一二四頁、九〇九号一四五頁（二〇〇〇）。

- (71) 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、二〇〇二）二三〇頁。憲法学における研究としては、関係性の中で自己決定を捉えることを主張してきた、高井裕之「関係性志向の権利論・序説——アメリカにおける堕胎規制問題を手がかりに（一）〜（三・完）」民商法雑誌九九巻三三三三三頁、四号四五九頁、五号六二三頁（一九八八・八九）がなりより参照されべきである。また参照、拙稿「胎児は憲法上の権利を持つのか——『関係性』をめぐる生命倫理と憲法学」法の理論一九号一三頁（二〇〇〇）。

- (72) 社会学者の立岩真也は、自己決定よりも「存在」の承認を基礎においた社会のあり方を構想している。参照、立岩真也『私的所有論』（勁草書房、一九九七）、同『弱くある自由へ——自己決定・介護・生死の技術』（青土社、二〇〇〇）。この立

場と個人の自律の観点を無視しえない日本国憲法の立場との距離は、なお測る必要があると考えているが、本稿は大きな示唆を得た。

(73) 患者の意思能力の有無による「自己決定」と「パレンス・パトリエ」の登場場面の断絶を統一的に理解しようとする見解として、町野朔「終末期医療の現段階〜老人医療と終末期医療ガイドライン」終末期医療に関する調査等検討会編『今後の終末期医療の在り方』（中央法規、二〇〇五）一九七頁を参照。また参照、町野朔「患者の自己決定権と医療のパターナリズム」生命倫理六巻一号三二頁（一九九六）。

(74) 参照、長谷部・前掲註（16）。

## おわりに

以上、さまざまな課題を先送りにしたわりには長々と述べてきてしまった。人体の一部を採取する場面でいわれる「自己決定権」には、いろいろと異なるものが含まれているのではないか、とくに行為の自由を保障する自己決定権と生命・身体に対する権利は分けて考えるべきである、というのが本稿の要旨である。

\*本稿は、国際高等研究所課題研究「国際比較からみた日本社会における自己決定と合意形成」（研究代表者・田中成明）二〇〇三年度第一回研究会（二〇〇三年七月）における報告をもとにしています。貴重なご意見をいただいた参加者の皆様に、深く感謝申し上げます。

\*本稿の一部は、科学研究費補助金による研究成果です。