



要件として加重していることには疑問が残る。つまり、同法は、遺族が本人の意思を覆すこと、すなわち、臓器摘出への「拒否権」を認めているということになる。

さらに、我が国の臓器移植法は、平成 21 年 7 月の改正により、臓器摘出要件に大幅な修正（変更）が加えられ、死亡した者が（拒否の）意思表示をしていない場合には、遺族の書面による同意で摘出が新たに可能となった。これは、臓器提供に関しての遺族のいわば「承諾権」とも言うべきものである。

この遺族の、「拒否権」さらには「承諾権」は、本人の「同意権」との関係で如何に位置づけられるべきかを憲法的に考察するのが本稿の目的とされる。

そのために本稿では考察されるべき主たる論点として次のものが挙げられる。①遺体は誰のものか、誰が最終的管理権を有するのか、②臓器摘出は認められるべきか、どのような時にどのような条件の下に認められるのか、③本人の同意権は憲法上如何に位置づけられるのか、④遺族の役割を憲法上如何に理解すべきかである。これら論点を考察するために、本稿では、死体損壊行為の適法化要件を定めている移植および解剖に関わる日本の諸法律がまず検討される。そこでの要件とされているものを表にまとめると次のようになる。

(宍戸圭介作成)

	死体解剖 保存法 S24	角膜移植法 S33	角膜・腎臓移 植法 S54	献体法 S58	臓器移植法 H9	改正臓器移 植法 H21
本人要件	-	-	○	○	○	○
遺族要件	○	○	○（摘出の承 諾・拒否）	○（解剖拒 否）	○（摘出拒 否）	○（摘出の承 諾・拒否）
礼意保持規定	○	○	○	-	○	○
国の普及義務	-	-	-	○	○	○

表から看取できるように、日本の移植・解剖法における要件は、歴史的には遺族の要件が中心に据えられてきた。また、死体への国民の敬虔感情及び遺族の立場・役割に配慮が向けられ、臓器移植法に至るまでほとんどの法律で死体の礼意保持が明文で規定されていることも注目すべきである。本人意思の尊重は、昭和 20～30 年代のころからも既に議論としては存在しているが、実際に、移植・解剖法における法的要件として遺族と同等のウェイトが置かれたのは、平成 9 年の臓器移植法に至ってからである。ところが H21 の同法改正においては、本人の意思を欠く場合でも遺族の同意で臓器移植が可能とされた。

以上に見られるように、日本の諸法律では、本人の同意を中心におくのか、遺族の同意を中心におくのかで大きな動きがあり、なお揺れ動いていることが分かる。この動きを日本国憲法の下でどのように理解すべきなのであろうか。そのために、本稿は、次に、日本の法制でも参考にされてきたフランスの臓器移植法制の検討を行っている。

フランスは、推定同意制度を取る国として広く紹介されてきた。この推定同意制度は、1976 年に制定された臓器移植法によって初めて導入され、それらを引き継いだ生命倫理法においても、なお現在維持されているものである。

推定同意制度とは、臓器提供について本人が拒否の意思を示していなかった場合には、本人の提供（贈与）意思があるという推定を前提として、臓器の摘出が行われうるというものである。そこでは、近親者は、証言者としての法的地位に留められる。

下表でも見る可以看到できるように、それまでフランスでは、すなわち 1949 年角膜移植法では本人の意思に基づいて臓器提供が行われていた。

	角膜移植法 1949年	臓器移植法 1976年	1994年 生命倫理法	2004年 生命倫理法	2011年 生命倫理法
本人要件	○(明示の同意)	○(推定同意)	○(推定同意)	○(推定同意)	○(推定同意)
遺族要件	-	-	○	○	○
公序規定	-	-	○	○	○
国の普及義務	-	-	○	○	○

(遺族要件；遺族は通知をうけ、証言を行う。)

(宍戸圭介作成)

ではこの推定同意制度は如何なる思想によって導入されたのであろうか。その思想的基盤として、本稿は、角膜移植に関して述べられた教皇ピウス12世の声明に着目する。そこでは次のように述べられていた。

角膜移植は故人の財産及び権利を侵害しない（そればかりか死者は権利主体ではない）が、だからといって「人の死体に関して……道徳的な義務や要請及び禁止」が存在しないというわけではない。「死者の身体は、復活と永遠の生命に運命付けられている」ものである。しかし、人は医学・科学研究という正当な目的を追求しうるのであり、「知性と敬意をもって、苦しんでいる人の利益になるように、死体の完全性への重大な侵害について、明示あるいは黙示の同意をすることは、我々がこのことを価値があるとするとところでは、故人に起因する信仰心（la piété）を侵害しない」と。

注目すべき声明であるが、法的には次の四要件が注目される。①故人にとって遺体は、財産や権利の対象ではない ②礼意保持（＝知性と敬意をもって）、③公益性（＝苦しんでいる人の利益になるように）、④故人の信仰心の尊重（＝明示あるいは黙示の同意があればよい）。そして、1994年生命倫理法は、民法典に人体に関する章を設け、「何人も、自己の人体を尊重される権利を有する。人体は、不可侵である。人体、その構成要素及びその産物は、財産権の対象としてはならない。」と規定する。

この枠組みからすれば、フランスでは、故人の意向が尊重されるべきなのは、遺体が自己決定権の対象だからではなく、故人の信仰心を尊重すべきだからということになる。信仰心の尊重が核心ならば、法益の中心は、故人の望む形での葬祭の保障ということになる。そしてその同意は黙示の同意で足りるとされる。本稿によれば、この考え方が推定同意制度を支えているとされる。そしてそこで遺族は、本人の意思の証言者の地位にとどまり、決定権は付与されない。なお、2004年生命倫理法改正により、証言者として認められる遺族は「家族」から「近親者」へと変更された。

こうしたフランス法の構造と対比すると我が国の法制においては遺族の地位が極めて高いことが確認できる。これは戦前におけるイエ制度の名残とも言えるものであろうが、日本国憲法のもとでそれは是認できるのか、できるとすればそれはなぜかについて憲法学は応えなければならぬとされる。

次に本稿は、日本法の検討に入るのであるが、そこではまず、臓器移植にともなう自己決定権論が検討される。その上で、最高裁判例が分析され、エホバの証人輸血拒否事件においては「宗教上の信念に基づく人格権」が判断基準として設定されていること、他の事件でも最高裁は「自己決定権」という概念を使用することに慎重であることが確認される。その上で本稿においては、本人の同意権は、自己の身体についての意思表示の「余後効」と理解すべきことが提案される。

そしていよいよ本論である、遺族の拒否・承諾要件の憲法学的位置づけが取り組まれる。

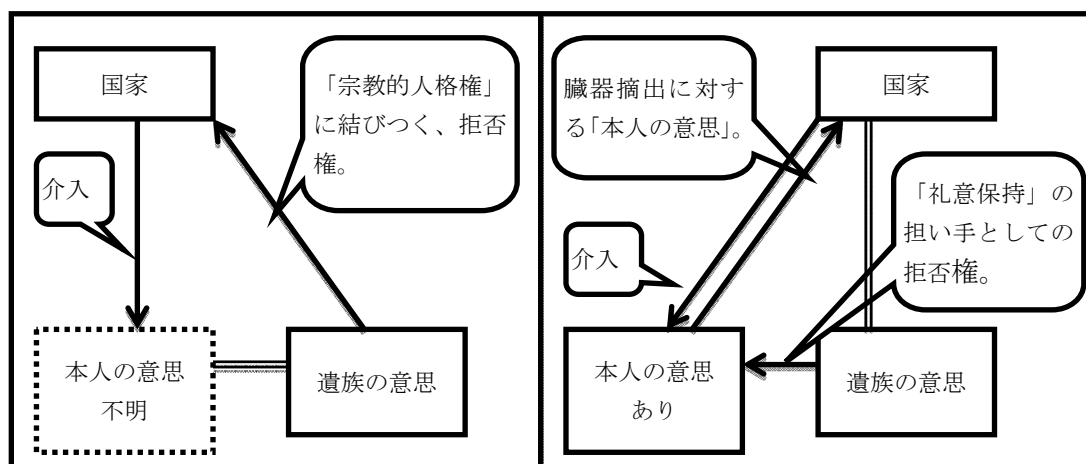
先に触れたように、日本の法制において遺族の地位は極めて高い。遺体に対して遺族は特殊な所有権（ないし管理権、埋葬権）を有し、遺体の処分についての同意権、拒否権も有している。これは前近代的遺物として全て否定すべきものなのであろうか。本稿は、そ

のような立場は取らず次のように課題が設定される。すなわち伝統的な法は「人間の尊厳」という価値を直には扱わず、それぞれの議論伝統のなかに吸収して処理する〈装置〉を築いてきたのではないかと、であるとすれば遺族の法的地位もそういった観点から分析する必要があるのではないかと。そうすると、そこから次の三つの側面が取り出されるという。

- ① 祭祀葬祭を執り行い、死者の「礼意保持」の一翼を担ってきた伝統
- ② 「イエ」を中心として祭祀葬祭が行われてきたという「前近代的慣行」
- ③ 死者の身近にあったものとしての「宗教的人格権」

そして、日本国憲法のもとで承認できるのは①と③の役割であるとされる。③の宗教的人格権は日本の判例から取り出され議論されてきたものであるが、著者は、特に霊爾簿訴訟における原告の主張のなかの、「故人の追悼・慰霊という私事に関して遺族自らが決定し、他者から意に反する方法を強制されない権利ないし利益」との定義に着目する。

こうした分析の結果、今日の日本の法制における遺族の拒否権は二つの側面から説明できるとされる。すなわち、本人の意思が不明の場合と、本人に臓器提供の意思がある場合であり、各場面で遺族の役割は異なっているとされる。



(宋戸圭介作成)

国家は「公共の福祉の担い手」として臓器提供を要請する。これに対し、前者の場面では、遺族は宗教的人格権の保持者として国家と対峙する。すなわち遺族は、国家に対抗しうる憲法上の権利を有している。これに対し、後者においては、国家に対抗する人権を主張できるのは本人であるが、本人は同意を与えている。ではなぜ遺族に拒否権が認められるのであろうか。なぜかと言えば、礼意保持の担い手としてその役目を果たしてきた遺族に、法がその役目を委任したからであるとされる。したがって、それは法が創造した役目であり、その役目を果たす遺族の拒否権の行使の適否は、礼意保持という目的に適っているかによって審査されるべきであるとされる。

なお、フランス法においては、礼意保持という「公序」と、苦しんでいる人の利益という「公共の福祉」という両者の代弁者の役割を、国家が担うことになっている。この構造のもとで人体の資源化に対抗できるのは本人の生前の明示の拒否だけということになる。これに対し、日本の法制においては、「公益」の擁護は国家に、「公序」の擁護は遺族に振り分けられることにより、人体の資源化に対し抵抗力のある構造が築かれているとされる。しかし後者の場合における遺族の拒否権は、法律によって創造された地位であるがゆえに、法によって変更が可能である。

なお、H21 改正臓器移植法は、本人の意思が不明の時、遺族の書面による同意で摘出が

可能となった。これは上述の構造では説明がつかない。それだけに本稿では、この改正には疑問が呈せられる。この法構造において、遺族の同意権は何に基礎づけられるのであろうか。本人の自己決定を代わりに行うものとしてなのか、それとも遺体に対する所有権からか、あるいは公益性の判断者としてか、はたまた、その同意は遺族の持つ宗教的人格権の放棄を意味するのか。法改正の審議において法提案者からは、「我々は、死後の臓器提供へと自己決定している存在である」との人間観が示された。

いずれにせよ遺族に如何なる法的地位を付与するかは、憲法に反しない限り、立法政策の問題である。遺体を自己決定権の対象とみるべきかどうかという問題も含め、今後憲法を如何に解釈しどのような法制を採るべきは、国民の宗教観、権利意識の変遷のなかで、考えていく必要もあるとされる。

## 学位論文審査結果の要旨

本論文の学位審査会は、2013年2月18日午後3時00分より総合演習棟第4演習室にて開催された。委員は、大森秀臣、山下登、井上武史、中富公一の計4名の学内審査委員であり、これら委員によって審査を行った。

なお、予備審査会では、フランス法制の検討が結論部分に活かされていないこと、遺族の宗教的人格権がなぜ本人の自己決定権に優位するのか、あるいはそもそも人間は自己の身体に決定権を持ちうるか等の疑問が出され、フランスの制度の理解をもっと深めることとの注文がついていた。

本稿では、上記要旨で紹介したように、かなりの程度、それら注文を意識しそれに応える形で論が進められていることが評価された。

その上で、審査会においては、1. 遺体はそもそも自己決定権の対象か、2. フランスの臓器移植法の思想的基礎に教皇ピウス12世の声明が挙げられているが、ライシテ（政教分離）の国フランスでそのように言えるのか、立法過程の検討においてそのことは検証されているのか、3. H21年日本の臓器移植法改正の立法過程で主張された「我々は、死後の臓器提供へと自己決定している存在である」という人間観についてどのように評価するか、4. 遺族の範囲や優先順位をどのように設計すべきか、5. 日本は論理的思考のもとに制度設計しているというより、原則なく状況に合わせて対応しているだけではないかなどが質問され議論された。

そうした議論を踏まえ、審査会は本稿を次のように評価した。本稿は、主として刑法において議論されてきた臓器移植法について憲法学的視点からアプローチを試みたこと、また憲法学からは本人の自己決定権の脈絡で語られることの多かったこの問題に対し、遺族の法的地位をその研究対象として設定し、それに対して憲法学的検討を行いそれに一定の地位を与え得たこと、またフランス法との比較のなかで日本の法制の構造をより明確にしたこと、暫定的とはいえその理解のための一定の枠組みを提案したことが高く評価された。

もちろん、議論された論点すべてに対し明確な回答がなされたわけではないが、日本のように多様な宗教観が存在しかつ変容している社会において、一義的に確定することの困難さがあることもまた確認された。

しかしこれらの指摘は、本論文が一応の成果を遂げたために更なる問題として意識されてきたものであり、本論文が博士学位請求論文としての水準を十分満たすものであることについて、審査員全員の判断は一致した。