

生命・身体の処分と私的自治 (1)

大久保 邦彦

目次

- I 序 説
- II 刑法上の諸問題
 - (一) 自殺関与罪
 - (二) 同意殺人罪
 - (三) 同意傷害
 - (四) 自傷行為
 - (五) 検 討
 - (六) 小 括 (以上・本号)
- III 私法上の諸問題
- IV 結 語

I 序 説

1 先に、私は、日本評論社から新たに刊行の始まった『新・現代損害賠償法講座』の第1巻に、「請求権競合」と題する小稿を執筆する機会に恵まれた。そこで、私は、「人の生命・身体・健康⁽¹⁾に関わる不法行為法上の義務は、当事者の合意によって引き下げることができない——そのような合意は公序良俗に反し無効である(民九〇)——ため、人身侵害に関しては不法行為責任しか成立しない、と考える。そもそも人の生命・身体・健康は私的自治の外の問題であり、契約(法)によるリスク配分にはなじまない」と主張した⁽²⁾。しかし、そこでは紙数の関係もあつ

て、その基礎づけをすることができなかった。そこで、本稿では、その欠を補うため、生命・身体の処分と私的自治との関係について、若干の考察を加えることにしたい。

2 このテーマに関しては、私法領域では、唄孝一教授による一連の⁽³⁾研究のほか、山田卓生教授の『私事と自己決定』⁽⁴⁾がひととき光彩を放っている。また、私法上の具体的な法律問題に関しても、生命・身体の処分と私的自治との関係が問題とされることがある。例えば、《自殺者の救助が事務管理となるか否か》に関連して自殺の違法性が問題となっているし、⁽⁵⁾人身侵害についての免責条項・責任制限条項の有効性についても議論がある。しかし、何と言ってもこの問題が最も頻繁に且つ詳細に論じられているのは刑法領域においてであって、その中でも、自殺関与罪の処罰根拠と「被害者の同意」論をめぐる議論は注目に値する。そこで、本稿では、——唄『医事法学への歩み』5頁以下が既にそうなのだか——刑法上の諸問題から検討を始め、そこで一定の結論を得た上で(II)、私法上の諸問題の検討に移ることにする(III)。

3 とは言え、刑法領域での議論を私法領域に持ち込むことに関しては、その説明が要求されるだろう。これについては、次のように考えることができるのではなかろうか。⁽⁶⁾

そもそも、生命・身体に対する権利は、憲法13条によって保障されている基本権である。そして、国家は、個人の有する基本権を保護する義務(基本権保護義務)を、各個人に対して負っている。その基本権保護義務を履行するために、国家は、例えば、刑法199~211条(殺人罪・傷害罪・過失傷害罪)、民法709条(不法行為)といった立法を行っているのである。つまり、刑法典や民法典は、国家が自己の基本権保護義務を果たすために用意した保護手段と位置づけることができる。そして、刑法も私法も憲法を頂点とする同一法体系に属する法だから両者の評価に矛盾があってはならないが、刑法には補充性があるため、刑法上違法ならば私法上も違法と評価されるべきことになる。そして現に、不法行為

生命・身体の処分と私的自治（1）

法上、今なお通説的地位を占めている相関関係理論によれば、刑罰法規違反の行為は不法行為法上も違法とされている⁽⁷⁾し、法律行為法上も、刑罰法規違反の行為は公序良俗違反ないし強行法規違反により無効と解されてきたように思われる⁽⁸⁾。したがって、刑法上の違法根拠は私法上の違法根拠にもなりうる。このように見るならば、刑法領域での議論を私法領域に持ち込むことにも、十分な合理性があるように思われる⁽⁹⁾。

4 個人は自らの生命・身体を処分することができるのか？——これが、本稿のテーマである。この問いに対する答えは、時代や国家によって異なりうるだろう。例えば、嘱託殺人のみを罰し自殺関与を罰しないドイツ法と、両者とも罰する日本法とで、生命の処分についての結論が異なることは十分に考えられる。しかし、本稿は、あくまでも日本国憲法を頂点とする我が国の現行法秩序の下でこの問いに答えることを、その目的とする。

- (1) 厳密に言う、「身体侵害」は身体の完全性の毀損で、「健康侵害」は生理的機能の障害ということになろう。それによれば、髪や髭を切り取る行為は、身体侵害だが健康侵害ではないことになる。しかし、本稿では、身体と健康とを区別せず、「身体の処分」と言うときには、生理的機能の障害がもたらされる場合を念頭に置くことにする。髪や髭の処分は財産の処分と同じように考えることができるし、判例が「身体の傷害」（刑204）を生理的機能の障害と解している（前田雅英『刑法各論講義』〔東京大学出版会・第2版・1995年〕35頁）ことに基づく。
- (2) 拙稿「請求権競合」『新・現代損害賠償法講座 第1巻 総論』〔日本評論社・1997年〕218～219頁。
- (3) 唄孝一『民事法学への歩み』〔岩波書店・1970年〕、同『脳死を学ぶ』〔日本評論社・1989年〕、同『生命維持治療の法理と倫理』〔有斐閣・1990年〕、同編『医療と法と倫理』〔岩波書店・1983年〕など。
- (4) 山田卓生『私事と自己決定』〔日本評論社・1987年〕（初出は1979～80年）。
- (5) この問題に関する近時の文献として、芦野訓和「自殺者の救助と事務管理の成否——自殺意思（自己決定）と公序良俗概念——」明治大学大学院法学研究論集5号19頁〔1996年〕がある。なお、刑法学者も「自殺者の救助」の問題に着目している（生田勝義「『被害者の承諾』についての一

- 考察」立命館法学228号189～190頁〔1993年〕、松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」中山研一先生古稀祝賀論文集 第1巻『生命と刑法』〔成文堂・1997年〕253頁注(31)。
- (6) 以下の叙述は、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突——」論叢133巻4号1頁、5号1頁〔1993年〕及び藤井樹也「私人による憲法上の『権利』の侵害——魚眼的考察——」民商110巻1号1頁、2号321頁〔1994年〕の考え方に、基本的に従うものである。このような考え方を基礎づける際に、山本論文は《市民相互間の平和的共存を確保する》という国家の任務を重視し(論叢133巻4号17頁)、藤井論文は憲法の文言を重視している。
- (7) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中)』〔青林書院新社・1983年〕351頁)。
- (8) 従来の我妻類型における刑罰法規違反の行為の位置づけについては、織田博子「戦前判例における公序良俗」椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究——民法における総合的検討』〔日本評論社・1995年〕60～61頁を参照。近時、公序良俗論の再構成をされた山本敬三教授によれば、「個人的法益に対する罪」にあたる行為は、法令型-基本権保護型公序良俗に違反するとして、法律行為法上は無効評価を受けることになろう(山本敬三「公序良俗論の再構成」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題 下巻』1頁〔成文堂・1995年〕)。他方、例えば、岡松参太郎『註釈民法理由上巻』〔有斐閣書房・1896年〕170頁は、刑法を強行法とする。
- (9) 町野朔教授も、「過誤なく行われた「治療行為」の適法性の要件の問題に関しては、刑法上の考察は民法にも相当の意味を持つ」とされる(町野朔『患者の自己決定権と法』〔東京大学出版会・1986年〕1頁)。

II 刑法上の諸問題

刑法の領域では、自殺関与・同意殺人・同意傷害・自傷行為に関連して、生命・身体の処分権についての議論がある。以下、順に見ていくことにする。

(一) 自殺関与罪(刑法202条前段)

1 序説

刑法202条前段は《人を教唆し若しくは幫助して自殺させた者》を処

生命・身体の処分と私的自治（1）

罰する（自殺関与罪）が、自殺の不可罰性と自殺関与の可罰性とを如何に整合的に説明するかにつき議論がある。その際、生命の処分権の有無や《自殺は適法か違法か》が問題となっている。

2 自殺不処罰の根拠と自殺関与罪の処罰根拠

まず、自殺適法説（A）と自殺違法説（B）のそれぞれが、（1）自殺不処罰の根拠と（2）自殺関与罪の処罰根拠を如何に説明しているかを見ることにする。両説が自殺を適法ないし違法とする根拠については、3で検討する（なお、真意に基づく自殺は適法だが、刑法202条の自殺は不自由な自殺意思を前提にしたものと理解する秋葉説⁽¹⁾は、2では、自殺違法説に含ませることにする）。

A 自殺適法説

（1）自殺不処罰の根拠

自殺適法説によると、自殺の不可罰性は自明である。

（2）自殺関与罪の処罰根拠

自殺適法説は、自殺関与罪を刑法総則における共犯ではなく独立の犯罪類型だとして、その処罰根拠を《生命は本人だけの処分に委ねられ、他人の死に原因を与えることは違法なのだ⁽²⁾》という他者加害原理（harm principle⁽³⁾）に求める。

B 自殺違法説

（1）自殺不処罰の根拠

① 可罰的違法性欠如説

《自殺は違法だが、可罰的違法性に欠ける⁽⁴⁾》とする説である。⁽⁵⁾

② 有責性欠如説

《自殺は可罰的違法だが、責任が阻却される》とする説である。例えば、旧刑法の起草者ボワソナード（Boissonade）は自殺者を責任無能力と看做し⁽⁶⁾、瀧川幸辰博士⁽⁷⁾、福田雅章教授は期待可能性を否定し⁽⁸⁾、生田勝義教授は一般的に期待可能性・非難可能性がないとする⁽⁹⁾。

③ 要罰性欠如説

自殺は可罰的違法且つ有責だが、——例えば、自殺未遂者を死ぬか刑を受けるかの二者択一の窮地に追込むことになり残酷だとか、自殺者本人については刑罰の効果は期待しえないといった理由で——政策的に処罰の必要性を否定する説である。⁽¹⁰⁾

(2) 自殺関与罪の処罰根拠

① 制限従属性説

自殺が可罰的違法なら、刑法総則における共犯として、自殺関与罪の可罰性は共犯の要素従属性に関する通説たる制限従属性説——正犯者(自殺者)が違法な行為を行えば、正犯者に責任が欠けても、共犯者(自殺関与者)は処罰可能だとする説——によって、容易に基礎づけることができる。

② 単純違法従属性説

自殺の可罰的違法性を否定する場合には、《従属共犯の成立に必要な正犯要件はその行為が違法であることに尽きる》とする単純違法従属性説を採ることにより、自殺関与の可罰性を基礎づける可能性がないではない。⁽¹²⁾

③ 他者加害原理 (harm principle)

自殺の可罰的違法性を否定する場合には、——自殺適法説 (A) におけると同様に——《生命は本人だけが左右しうるものであり、他人の自殺への関与は、その者の存在を否定し、その生命を侵害するものとして可罰性を有する》⁽¹³⁾ という他者加害原理によって、自殺関与の可罰性を基礎づけることが考えられる。

3 自殺の違法・適法の根拠

(1) 自殺違法の根拠

① 国家主義・全体主義的思想

《生命という法益は、個人的法益であるとともに、国家的法益(例、徴兵の利益、徴税の利益)でもある》とする考え方である。⁽¹⁴⁾

しかし、個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下で、こ

生命・身体の処分と私的自治（1）

のような考え方を維持することは、およそ不可能であろう。⁽¹⁵⁾

② リーガル・モラリズム (legal moralism)

リーガル・モラリズムとは、《刑法の目的は社会道徳の維持にあり、社会の存立確保に必要な場合には〈不道徳な行為は不道徳だ〉というだけで処罰の対象とすることが正当化される》という考え方である。⁽¹⁶⁾このようリーガル・モラリズムによるならば、《自殺は悪である》とする道徳、とりわけ、キリスト教的倫理観に基づき、生命の処分権を否定することも可能になる。⁽¹⁷⁾

しかし、社会道徳維持の目的で個人の行動を法律で規制することは、⁽¹⁸⁾リベラリズムを根幹とする社会では許されないだろう。

③ パターナリズム (paternalism)

パターナリズムとは、《本人の意志に反してでも、本人自身の利益になるという理由から、国家が一定の介入（干渉）を行うこと》をいう。⁽¹⁹⁾例えば、福田雅章教授は、「生命は自律的生存主体を可能ならしめている生物学的基础であり、生命の処分は、自由原理にとって至上の価値である自律的生存主体をも破壊してしまうことになる。ここに、たとえ眞の判断能力に基づいて生命の処分が自己決定されようとも、将来に連なる現にある自律的生存主体を、本人自身の利益のために保護してやらなければならない必然性がある⁽²⁰⁾」と言われるが、このようなパターナリズムが正当化されるならば、生命の処分権は否定されることになる。

（2）自殺適法の根拠

他方、自殺を適法視する論者は、自殺者の自己決定権を重視する。例えば、秋葉悦子助教授は、「死期が迫ってなくても、自殺意思が真実なものであるときは自己決定権を後退させることを許すべきではない。これは、自己決定権を至上の価値と考える立場からは当然の帰結でなければならぬ」と主張される。⁽²¹⁾これは《生命の処分に関するパターナリズムは正当化されない》という主張にほかならない。

4 分析

自殺適法説は、自己決定権を重視し、生命の処分権を認めつつ、自殺関与罪の処罰根拠を他者加害原理に求める。しかし、生命の処分権を認めるのであれば、自殺関与は価値評価を受けるべきであって、無価値評価を受ける謂れはない。権利行使を促進する行為を違法視するのは、評価矛盾と言うほかない。⁽²²⁾自殺関与に関する刑法202条前段の評価を正当化するには、自殺違法説に立つのが素直である。自殺が処罰されないのは、自殺(未遂)者は加害者であると同時に被害者だから、可罰的違法性が欠如する点に求めることができよう(可罰的違法性欠如説)^{(23) (24)}。

しかし、自殺の違法性を、国家主義・全体主義的思想、リーガル・モラリズムによって基礎づけることはできない。したがって、自殺の違法性を認めるためには、パターンリズムにその論拠を求めるしかないだろう。果たして、個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下で、パターンリズムは正当化されるのか? この問題については、後で検討することにしよう(五)。

- (1) 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集32巻2 = 3号187～191頁〔1989年〕。
- (2) 平野龍一『刑法総論II』〔有斐閣・1975年〕250頁。
- (3) "harm principle" の訳語としては、「侵害原理」が最もよく用いられているようだが、自己加害を理由とする介入も認められる可能性があるから(パターンリズム)、侵害の客体を指示する言葉の入った訳語のほうが適切である。そこで、本稿では、「他者加害原理」という訳語を用いることにする。結局、権利保護を目的とする介入の正当化根拠としては、他者加害原理とパターンリズムとがあることになる。他者加害原理については、さしあたり、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』〔日本評論社・1991年〕329～332頁を参照。
- (4) 例えば、中山研一『刑法各論』〔成文堂・1984年〕34～35頁、大塚仁『刑法概説(各論)』〔有斐閣・第3版・1996年〕18頁、大谷實『刑法講義各論』〔成文堂・第4版補訂版・1996年〕20頁。
- (5) なお、刑法学では、《可罰的違法性がある場合にのみ「違法性」がある》とされることが、多々あるように見受けられる。例えば、前田雅英『刑法総論講義』〔東京大学出版会・第2版・1994年〕258頁は、「違法性も、処罰する行為か否かを判定する要件の一つに過ぎない以上、処罰に値

生命・身体の処分と私的自治（1）

- する違法性があるか否かのみが刑法解釈論上の関心事なのである」と言う。憲法学者や民法学者に比べて刑法学者には自殺違法説を採る者が相対的に少ないが、それは、刑法の領域において要求される違法性の程度が、他の法領域で要求される違法性の程度よりも高度であることによるのだろう。
- (6) 秋葉・前掲145頁による。
 - (7) 瀧川幸辰『刑法各論』（弘文堂書房・1933年）（『瀧川幸辰著作集 第1巻』〔世界思想社・1981年〕435頁）。
 - (8) 福田雅章「安楽死」筋立明＝中井美雄編『医療過誤法』（青林書院・1994年）292～293頁。
 - (9) 生田・前掲190～192頁。
 - (10) 例えば、秋葉・前掲187～191頁。
 - (11) 共犯の要素従属性の問題に関しては、さしあたり、前田雅英『刑法総論講義』458～460頁を参照。
 - (12) 中山研一『刑法各論』35頁注（2）。
 - (13) 大谷實『刑法講義各論』21頁。
 - (14) 例えば、宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房・1935年）281頁、牧野英一『刑法総論 上巻』（有斐閣・1958年）491頁（法益はすべてが社会的且つ国家的な性質を有する）、佐伯千仞『刑法各論』（有信堂・1964年）100頁（自殺行為は国家と親族の法益を侵害するから違法だ）。なお、林幹人「自殺関与罪」法セ402号109頁〔1988年〕も、自殺関与罪の違法性を本人以外の周囲の人々の法益を侵害する点に求めるが、親族の有する利益は副次的なものにすぎないだろう（平川宗信「承諾殺人罪」『刑法学4《各論の重要問題I》』〔有斐閣・1977年〕12頁）。
 - (15) 甲斐克則「安楽死問題における病者の意思——囑託・同意殺の可罰根拠に関連して——」九大法学41号84頁〔1981年〕、秋葉・前掲156頁、184頁、生田・前掲193～194頁。
 - (16) リーガル・モラリズムについては、井上茂「法律による道德の強制——イギリスの事実と理論——」ジュリ262号26頁、263号68頁〔1962年〕、平野龍一「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』（東京大学出版会・1966年）101頁、澤登俊雄「現代における刑罰の本質と機能」『現代刑罰法大系 第1巻』（日本評論社・1984年）58頁、田中成明『法理学講義』（有斐閣・1994年）139～142頁などを参照。
 - (17) 例えば、旧刑法の起草者ボワソナード（秋葉・前掲146頁の理解による）。
 - (18) 大野真義「刑法の機能と刑事規制の限界」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相（下）』（有斐閣・1983年）44頁、山田卓生『私事と自己決定』345頁、澤登俊雄「犯罪・非行対策における強制の根拠とその限界」法政

論集123号32頁〔1988年〕、阪本昌成『憲法理論II〕〔成文堂・1993年〕168頁など。もっとも、最近でも、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』341頁、松井茂記「自己決定権について（二・完）」阪大法学45巻5号767～768頁〔1995年〕は、道徳保護を理由とする基本的人権の制約の余地を認めているし、刑法学においてもリーガル・モラリズムが有力説（小野清一郎・団藤重光・大塚仁など）であることは否定できない。

- (19) 本文の定義は、福田雅章「刑事法における強制的根拠としてのパターンナリズム——ミルの『自由原理』に内在するパターンナリズム」一橋論叢103巻1号3頁〔1990年〕（以下で「福田・前掲」として引用するのは、こちらの論文である）によるものである。なお、パターンナリズムの概念とその正当化を区別するのが、近時の動向である（中村直美「パターンナリズムの概念」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相（上）』〔有斐閣・1981年〕150頁、瀬戸山晃一「現代法におけるパターンナリズムの概念——その現代的変遷と法理論的含意——」阪大法学47巻2号397頁〔1997年〕）。そのほか、パターンナリズムについては、中村直美「法とパターンナリズム」日本法哲学会編『法と強制——法哲学年報1982』〔有斐閣・1983年〕37頁、田中成明『法理学講義』143～152頁、澤登俊雄編著『現代社会とパターンナリズム』〔ゆみる出版・1997年〕などを参照。
- (20) 福田・前掲15頁（傍点は福田）。
- (21) 秋葉・前掲190頁。なお、秋葉説は、自己決定権は生命の処分にまで及ぶ——したがって、真意に基づく自殺は適法——という前提に立ちつつも、刑法202条の処罰根拠を、同条は不自由な自殺意思を前提にした規定であるという理解に求める見解であった。
- (22) 生田・前掲186～187頁。竹中勲教授は、大谷實教授の見解を「仮に、憲法上の自由として『自殺行為の自由』を肯定する説と捉えた場合、なぜ、個人の『憲法上の自由の行使』（本人による人生の選択の決断の実行）に対する他者の援助行為が犯罪たりうるのか、他人の生命への関与が一切許容されないとする根拠につきなお、説明が期待されるであろう」と言われる（竹中勲「生命に対する権利と憲法上の自己決定権」佐藤幸治＝初宿正典編『人権の現代的諸相』〔有斐閣・1990年〕36頁注（7））。
- (23) 平野龍一『刑法総論II』379頁が、「同意傷害が犯罪だとしても自分の指を切ってくれと頼んだ者が（人を犯罪におとし入れたにもかかわらず）傷害の教唆として処罰されない」理由を、《共犯者（教唆者）は被害者だから違法性がない》点に求めているのを参照せよ。
- (24) なお、布施豊正『自殺学入門——クロス・カルチュラル的考察』〔誠信書房・1990年〕によると、「精神医学は一九世紀から一貫して、〔自殺と〕精神障害との強い関係を認める立場をとり、今日に至っている」が、「自

生命・身体の処分と私的自治（1）

殺者全体に占める精神障害の比率については、精神医学者の間にも大きな違いが見られ」(174頁)、いずれにしても、すべての自殺行為を精神障害によって説明することはできない(119～122頁)。したがって、有責性欠如説に立ち、すべての場合に自殺不処罰の根拠を精神障害に求めるのは無理だろう。

（二）同意殺人罪（刑法202条後段）

刑法202条後段は《人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者》を処罰する（同意殺人罪）。同意殺人罪は殺人罪（刑199）の減輕類型だから、その違法根拠は他者加害原理に求められる。けれども、自殺適法説に立ち生命の処分権を認めるのであれば、同意殺人は権利行使を促進する行為として価値評価を受けるべきである。⁽²⁵⁾ 囑託殺人のみを処罰し自殺関与を不可罰とするドイツで囑託殺人罪廃止論が有力に唱えられているのを想起すべきである。⁽²⁶⁾ したがって、同意殺人に関する刑法202条後段の評価を正当化するには、生命の処分権を否定する自殺違法説に立つのが素直である。

(25) 生田・前掲186～187頁。

(26) 秋葉・前掲186～187頁。

（三）同意傷害

1 判例・学説の状況

判例は、行為の反倫理性に着目して同意傷害を違法とするものが多い。学説上も、同意のみでは違法性の阻却を認めず、社会的に相当な・善良な風俗に反しない・行為に限り正当であるとするのが、⁽²⁷⁾ 多数説である。

2 分析——「被害者の同意」論——

ところで、「被害者の同意」による違法性阻却が実際に問題となっているのは、傷害罪についてのみである。何故なら、「国家的法益・社会的法益に対する罪」については原則として同意は考えられないし、「個人的法益に対する罪」についても、生命に関しては同意殺人罪（刑202）

が存在しているため違法性は阻却されず、自由・名誉・財産等に関しては、《被害者の同意があれば、構成要件該当性が欠ける》とする学説が多いからである。⁽²⁸⁾そのため、我が国でもドイツの学説に倣って、「被害者の同意」を①構成要件阻却的合意 (Einverständnis) と②違法性阻却的同意 (Einwilligung) に区別することが一般化している。区別の基準としては、通常「法律の言い回し」,⁽²⁹⁾「構成要件の特別な性質」が挙げられている。

しかし、①構成要件該当性の判断は処罰に値する法益侵害の有無を判断する作業であるのに対して、②違法性阻却判断は、処罰に値する法益侵害が存在する場合に、《正当化事由があるか否か》、より具体的には《その法益侵害に優越する利益を当該行為が担っているか否か》を判断する作業である。⁽³⁰⁾だとすれば、①被害者が処分可能な法益の侵害に「同意」をした場合には《処罰に値する法益侵害を欠く》ため構成要件該当性を否定すべきだが、②被害者が処分できない法益の侵害に「同意」をしても、処罰に値する法益侵害は否定されないため構成要件該当性は認められ、「同意」は違法性阻却判断における正当化事由の1要素として考慮されるにとどまる、と解すべきだろう。したがって、《傷害に対する同意のみで違法性阻却を認めない》判例・多数説の評価を正当化するには、⁽³¹⁾身体処分権を否定するのが自然であるように思われる。

ところで、違法阻却の一般原理として、「優越利益の原理」(Prinzip des überwiegenden Interesses) と「利益欠缺の原理」(Prinzip des mangelnden Interesses) が挙げられる。「優越利益の原理」は《侵害された利益より高次の価値を持つ他の利益がそれと対立していて、前者の侵害により後者が維持されたときには、違法性が阻却される》という考え方であり、「利益欠缺の原理」は、《被害者の同意により利益保護の必要性がなくなる》という考え方である。⁽³²⁾そして、通常、違法性阻却事由として論じられているもののうち、「被害者の同意」以外は「優越利益の原理」によって違法性が阻却されると解されているのに対して、

「被害者の同意」は「利益欠缺の原理」によって違法性が阻却されると解されており、そのため、違法性阻却事由の中では異質なものと考えられている⁽³³⁾。しかし、前段で述べたように考えるならば、「被害者の同意」も他の違法性阻却事由と同様に、「優越利益の原理」に基づく正当化事由と位置づけることができ、違法性阻却事由の統一的理解も可能となる。「被害者の同意」が他の違法性阻却事由と異なるのは、同一主体の内部で利益衡量がなされる点にのみ存するのである⁽³⁴⁾。

(27) 前田雅英『刑法講義総論』159～161頁。

(28) 前田雅英『刑法講義総論』156～157頁（もっとも、前田説自身は「被害者の同意」を構成要件該当性の問題として位置づけるが、それは身体の処分権を認める（158～161頁）ことによるもので、それはそれとして一貫している）。

(29) 須之内克彦「刑法における被害者の同意（一）——その序論的一考察——」論叢93巻1号72～76頁〔1973年〕、川原広美「刑法における被害者の同意——自律性原理の確認——」北法31巻2号781頁〔1980年〕、大塚仁＝福田平「違法性に関する諸問題（6）——緊急避難、被害者の承諾——」法教57号62～64頁〔1985年〕。

(30) 平野龍一『刑法総論II』213頁、前田雅英『刑法講義総論』63～64頁、104頁、253頁。

(31) 松井・前掲726頁。

(32) 町野朔『患者の自己決定権と法』146頁。

(33) 前田雅英『刑法講義総論』156～157頁。

(34) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂・1980年）149頁、184頁。

（四）自傷行為

自傷行為を一般的に禁止する条文は、刑法典には存在しない。したがって、自傷行為が一般的に処罰されることはない。しかし、個別的に自傷行為の違法性を認めていると解しうる条文が、刑法典の内外に存在する。その幾つかを見ることにしよう。

1 薬物の自己使用罪

薬物の自己使用は、自傷行為と捉えることができるが、処罰される

(刑139 I, 麻薬及び向精神薬取締法12 I・IV→64の3, 大麻取締法4二→24の3 I 二, 毒物及び劇物取締法3の3→24の3など)。違法根拠として, ①使用者自身の健康・生命を損なう(パターンリズム); ②2次的犯罪(薬物影響下での傷害, 薬物入手のための財産犯・暴力犯など)を誘発する; ③薬物乱用の蔓延によって, 社会が荒廃し, 健全な勤労意欲・生活意欲がむしばまれ, 民族・国家としての活力が失われるなど, 社会全体ないし国に対して悪影響を与える; といった点が挙げられている。⁽³⁵⁾しかし, ②については, 2次的犯罪が行われれば処罰されるのだから, 薬物使用の時点での介入は早すぎると言うべきだし, ③はリーガル・モラルイズムの主張にほかならない。⁽³⁶⁾したがって, 薬物の自己使用罪の違法根拠は, ①パターンリズムに求めるしかないだろう。⁽³⁸⁾

2 未成年者喫煙禁止法・未成年者飲酒禁止法

未成年者の喫煙・飲酒は, 処罰されないが, 禁止されている(未成年者喫煙禁止法1, 未成年者飲酒禁止法1)。これも自傷行為の禁止と見ることができる。違法根拠としては, 薬物の自己使用罪について述べたのと同様の理由が考えられるが, 結局, パターンリズム以外は根拠たりえないように思われる。大正11年3月3日に衆議院に提出された「未成年者飲酒禁止法案理由書」も, 「吾人国民は, 将来の良民と為るべき未成年者に対して最愛なる親権を施行し, 之を監督養成すべき大責任を負担するが故に, 法律に依り未成年者の飲酒を取締るは決して干渉に過ぐるものに非ざるなり」とする。⁽³⁹⁾

3 分析

(三)での検討の結果, 《傷害に対する同意のみで違法性阻却を認めない》判例・多数説の評価を正当化するには, 身体の処分権を否定するのが自然であるとの結論に至った。身体の処分権が否定されるのであれば, 自傷行為は一般に違法ということになろう。だとすれば, 薬物の自己使用や未成年者の喫煙・飲酒が違法であることを宣言する制定法は, 自傷行為の違法性をこれらの場合には明示的に述べたものと位置づける

ことができよう。

また、1・2の検討結果を自傷行為一般に及ぼすならば、自傷行為の違法性はその根拠をパターンリズムに求めるしかないだろう。《果たして、個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下で、パターンリズムは正当化されるのか?》という生命の処分権についてと同じ問題が、身体の処分権についても立てられることになる。次に、この問題を検討することにしよう。

- (35) 亀山継夫「薬物乱用事犯の現況と対策」ジュリ654号37～38頁〔1977年〕, 同「薬物乱用取締法上の諸問題（一）——薬物乱用規制の法体系——」警察学論集31巻7号126～127頁〔1978年〕, 大谷實『刑法講義各論』395頁（あへん煙に関する）。更に、覚せい剤に関する最大判昭和31年6月13日刑集10巻6号830頁も参照。
- (36) 丸井英弘「薬物使用と非犯罪化」法セ310号44頁〔1980年〕。
- (37) 萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』（成文堂・1991年）119～120頁。
- (38) 平野龍一『刑法の機能的考察』（有斐閣・1984年）10頁。
- (39) 『帝國議會衆議院議事速記録41』（東京大學出版會・1982年）480頁（カタカナをひらがなに代え、読点、濁点を補った）。

（五） 検 討

1 序 説

本稿のテーマに関連する先駆的業績である『医事法学への歩み』において、唄孝一教授は、既に、「端的にいうと、当問題の底にある問題は二つの価値の対立であり、その二つの価値の間の優劣の問題であると説かれることが多い。一つは、個人の自己決定権 *personale Selbstbestimmung*, 一つは生命, 健康, 幸福 *Leben, Gesundheit, Wohlergehen* である。前者が *Volenti aegroti suprema lex*（意思是至上の法）を説くのに対し、後者は *Salus aegroti suprema lex*（健康は至上の法）を説くのである」と指摘され、問題を一言で《健康（生命）か意思か》と定式化された。⁽⁴⁰⁾

憲法の竹中勲教授は、より厳密に、①「生命に対する権利」には、「生命を享受する自由」のみならず、「生命を享受しない（生命を消滅させる、処分する）自由」も含まれるのか；②「憲法上の自己決定権」・「人格的自律権」は、《生命を消滅させるとの自己決定》をも保護対象としているのか；③前記の①の論点と②の論点との異同ないし関連構造⁽⁴¹⁾如何；といった根源的問題の考察が残されていることを指摘する。

しかし、《健康（生命）か意思か》という問題、あるいは、竹中教授の提起する問題を解決する前に、まず、「自己決定権」概念について検討を加えておく必要がある。何故なら、「自己決定権」概念は多義的・重層的であり、その不要論さえ唱えられているからである。また、これと関連して、《法益処分権は法益の中にあるのか外にあるのか》という法益構造論についても検討を加える必要がある。竹中教授の①の問題は、「生命を処分する自由」を「生命に対する権利」の中に位置づける考え方が前提となっているのに対して、竹中教授の②の問題は、自己決定権を「生命に対する権利」の外に位置づけ、自己決定権と「生命に対する権利」とを対峙させる考え方に親和的であるように見受けられるからである。もっとも、本稿ではこの問題に十分な検討を加えることができず、《法益処分権を法益の中に位置づける》伝統的な考え方に従っている。⁽⁴⁴⁾

2 自己決定権

(1) 「自己決定権」概念の諸相

それでは、まず、佐藤幸治教授の「人格的自律権（自己決定権）」に関する分析を検討の出発点としよう。⁽⁴⁵⁾「人格的自律権」という概念を「自己決定権」と互換的に用いられる佐藤教授は、「人格的自律権」には「基幹的自律権」と「個別的自律権」という2つの次元があるとされる。「基幹的自律権」は日本国憲法の基本的人権の保障を根底において支え統合する「人格的自律権」であるのに対して、「個別的自律権」は「基幹的自律権」の実現にとって必要だが日本国憲法第3章の個別的条項によってカバーされないために13条によって補充的に保障される

生命・身体の処分と私的自治（1）

「人格的自律権」である。しかし、「個別的自律権」自体もなお一般的なもので、具体的な法的保障を考える場合には更に個別類型化する必要があるとして、①「人格価値そのものにまつわる権利」、②最狭義の「人格的自律権（自己決定権）」、③「適正な手続的処遇を受ける権利」、④「参政権的権利」の4つに類型化をする。そして、②最狭義の「人格的自律権」として、「家族の形成・維持にかかわる事柄」、「リプロダクション（生殖活動）にかかわる事柄」、服装・身なり・外観、性的自由、喫煙、飲酒、スポーツ・登山・ヨット等々の「その他の事柄」と並んで、「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」が考えられるとされる。

このうち、「基幹的自律権」と「個別的自律権」は、それ自体が直ちに法的権利ないし裁判によって実現されうる具体的権利ではなく、法的権利・具体的権利を生み出す母体として機能するため、「原理的権利」と呼ぶことができよう。⁽⁴⁶⁾次に、最狭義の「人格的自律権」は通常「自己決定権」と呼ばれているものにほぼ相当するが、自己決定の対象が特定していないことに鑑みて、「抽象的権利」と呼ぶことができる。⁽⁴⁷⁾竹中教授の②の問題にいうところの「憲法上の自己決定権」・「人格的自律権」は、このレベルのものである。そして、最後に「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」についての自己決定権というものを想定することができるが、この権利は、自己決定の対象が特定しているため、「具体的権利」と呼ぶことができる。通常、「生命・身体の処分権」と言われるものが、これに相当する。結局、「自己決定権」には、「原理的権利」、「抽象的権利」、「具体的権利」という3つのレベルがあるように思われる。

（2）「具体的権利」レベルでの自己決定権

以上の分析と《健康（生命）か意思か》という問題設定とを突き合わせてみると、まず、「具体的権利」レベルでの自己決定権につき《健康（生命）か意思か》を問うことは無意味であることが判明する。「生命・身体の処分権という『自由権』を侵害する行為は、通常は生命・身

体を侵害する行為として理解されて」⁽⁴⁸⁾おり、また、「消極的に『意思を無視してはならない』という命題から、積極的に『意思が保護客体である』という命題は演繹され〔ず、〕もしかりにこの個人の意思が自律・自己決定の『可能性』を意味するとしても、それはその基盤としての利益・財の保護の中に吸収され、結局は独自の意義を持たない」⁽⁴⁹⁾ため、「具体的権利」レベルでの自己決定権にはそれ自体の価値はないからである。⁽⁵¹⁾そして、法益処分権の侵害が、法益の侵害として、伝統的に法的保護の対象とされてきたことに鑑みると、⁽⁵²⁾伝統的な見解は、法益処分権を法益構造内に位置づけてきたと見ることができる。

(3) 「原理的権利」レベルでの自己決定権

次に、「原理的権利」レベルでの自己決定権につき《健康（生命）か意思か》を問うてみることにしよう。すると、この問いは、《健康（生命）を尊重すべきである》という原理と《自己決定を尊重すべきである》という原理との衡量問題であることが判明する。そして、その衡量の結果として、「具体的権利」レベルでの生命・身体の処分権の存否が判断されることになる。しかし、「原理的権利」レベルでの自己決定権は、憲法13条で表明されている個人主義の言い換えに過ぎないように思われる。⁽⁵³⁾ そうだとすると、《健康（生命）か意思か》という問題設定よりも、《個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下で、生命・身体に対する権利には如何なる内容が与えられるべきか？ それは生命・身体の処分権を含むのか？》という問題設定のほうが、妥当であるように思われる。⁽⁵⁴⁾

(4) 「抽象的権利」レベルでの自己決定権

以上の検討から、法益処分権を法益構造内に位置づけ、《個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下で、生命・身体に対する権利には如何なる内容が与えられるべきか？ それは生命・身体の処分権を含むのか？》というように問題を設定するならば、それに加えて、「抽象的権利」レベルでの自己決定権（以下、「抽象的な自己決定権」と呼

ぶ)につき《健康（生命）か意思か》を問う必要はなかろう。しかし、法益処分権を法益の外に位置づけるのであれば、問題をこのように設定せざるをえないように思われるので、一応検討しておくことにする。我が国では、刑法学の曾根威彦教授がこのような問題設定をされる。⁽⁵⁵⁾

ところで、まず、抽象的な自己決定権に対しては、それは「固有名詞を持たない雑多な諸自由の総称以上のものではない」⁽⁵⁶⁾とか、「あれこれの自由の寄せ集めであるか、さもなければあれこれの自由そのものを指しているにすぎない」⁽⁵⁷⁾という批判が加えられている。けれども、対象が「抽象的な」自己決定というものを観念できる上に、すぐ後に見るように、刑法上も民法上も抽象的な自己決定権の法的保護適格について議論がなされていることからすると、——その法的価値が如何なるものであるかとはともかくとして——抽象的な自己決定権の存在自体を否定するのは妥当でないと思う。⁽⁵⁸⁾

では、抽象的な自己決定権の法的価値は如何なるものであろうか。

刑法学の町野朔教授は、『患者の自己決定権』は彼の身体・生命に関する決定権として理解すべきであり、単に治療を受けるか否かを決定する権利ではないから、その侵害たる『専断の治療行為』は、刑法上は強要罪（二二三条）等の意思決定の自由を侵害する罪、民法上は一般的人格権の侵害としての不法行為になるにとどまるものではない」として「具体的権利」レベルでの自己決定権の刑法上・民法上の法的保護適格は肯定される。⁽⁵⁹⁾しかし、保護されるべき患者の自己決定権が抽象化されると医師の説明義務の範囲が拡大される結果、医師の専断を広範に法的制裁のもとに置くことにならざるをえないことを懸念されて、⁽⁶⁰⁾「医療における『患者の自己決定権』の刑法的保護は以上の限度にとどまるべきである。立法論としても、これを超えて一般的・抽象的な患者の決意の自由までをも法的保護の対象とすべきではない。民法上は、患者の身体的利益に関する権利ばかりでなく、彼の決意の自由一般も『権利』として不法行為法上の保護を受けるとすることは、可能な解釈論ではある。

しかし……民法上も、保護されるべき患者の自己決定権は彼の身体利益の処分権に限られるとすることが妥当な方向である」と結論づけられる⁽⁶¹⁾。

民法学の錦織成史教授も、——財産の処分に関してではあるが——「取引的不法行為の領域における自己決定権侵害によって、……その取引行為に伴う危険を十分に理解したうえで、その行為を行うか否かを決する機会が奪われたという点を、不法行為法上保護すべきか〔という問いを〕肯定的に解するとき、説明は不十分であったけれども、実際にはその危険を伴った取引から利益を得たとしても、なお慰藉料請求権が生じるといった内容の保護も、出てきうることになる〔が〕……このような効果を伴った自己決定権を取引的不法行為において承認することは、法政策的にも、なお慎重に対処すべきものといえよう」とされる⁽⁶²⁾。

これに対し、例えば、民法学の山本敬三教授は、——契約自由に関してではあるが——「不当な干渉を受けずに決定をおこなう機会を奪われたことに対する損害の賠償——剝奪機会回復賠償——……を認めること自体には、とくに問題はない」とされる⁽⁶³⁾。しかし、「この『損害』をいかにして金銭的に評価すべきかは、自己決定権侵害に共通する難問である」ことは認められる⁽⁶⁴⁾。この山本教授と同様の見解が、おそらく民法学者の多数説であり、判例の主流だろう⁽⁶⁵⁾。

この問題に関しては、民事裁判例ではあるが、最近、自己決定権侵害について1,600万円という高額な慰謝料を認めたことで注目されている⁽⁶⁶⁾。東京地判平成8年6月21日判時1590号90頁が、興味深い素材を提供する。本事件で、患者Aは、脳動静脈奇形の全摘出手術を受けたところ重篤な障害を後遺したとして損害賠償を請求したが、本判決は、本件手術の選択及び手術前検査についての過失を否定した上で、「本件手術をしなければAに生命の危険があったことは既に見たとおりであるが、そうであるとしても、本件手術が……相当の危険性を有するものであり、一過性に止まることがあるとしても、以前よりも重篤な障害を残す可能性のあること、本件手術は、必ずしもその時にこれを行わなければならない程

生命・身体の処分と私的自治（1）

に緊急なものとはいいい難く、なお様子を見ることもできないではなかったことからすれば、Aとしては、万が一にもそのような重篤な障害を持って生活するよりは、自己の責任において、あえて当面は手術を受けず、従前の生活を継続しようとする選択をすることもあり得るのであり、本件病院の担当医師らは、そのようにAが自らの責任において治療方法の選択をするために、適切な情報を提供する診療契約上の義務を負っている」のに、その説明義務が尽くされていないとした。そして、その説明義務違反と後遺障害を前提とする損害との間の相当因果関係は否定したが、「本件手術を受けなければ、Aは当面重篤な障害を直ちに負うことなく生活することができた可能性があることからすれば、Aは、……医師らの不十分な説明のために、手術の危険性や予後の状態を十分把握し、自らの権利と責任において、自己の疾患についての治療を、ひいては自らの人生そのものを真しに決定する機会が奪われたことになるのであって、これによってAの被った精神的損害は重大である。そして、この精神的損害は、被告の右説明義務違反と相当因果関係があるというべきである」として、その慰謝料を1,600万円と評価した。しかし、仮に重篤な後遺障害が発生しなかったとすれば、1,600万円もの慰謝料はおそらく認められなかっただろう。だとすれば、抽象的な自己決定権侵害という精神的損害を1,600万円と評価するのは無理と言うほかない。⁽⁶⁷⁾1,600万円の損害賠償を認めたいのであれば、本判決のように抽象的な自己決定権侵害に着目するのではなく、《重篤な障害を残す可能性のある手術を受ける》という「具体的権利」レベルでの自己決定権侵害——インフォームド・コンセントに基づかない身体の危殆化（処分）——に因る損害——危険の現実化——という捉え方をすべきだろう（危険実現論）。⁽⁶⁸⁾逆に、抽象的な自己決定権侵害しか認めないのであれば、慰謝料は、重篤な後遺障害が発生しなかった場合にも受け取ることが正当視されるような額にとどめるべきである（人格権侵害説）。⁽⁶⁹⁾

結局、民法上も、抽象的な自己決定権を法的保護の対象とすることに

については、まず、義務設定のレベルで説明義務の範囲が無限定に拡大する虞れがある点に問題があり、仮にその点がクリヤされたとしても、慰謝料は比較的低額にとどまらざるをえない。抽象的な自己決定権の価値は、その法的保護適格を認めるとしても、かなり低いものとなろう。それゆえ、抽象的な自己決定権につき《健康（生命）か意思か》を仮に問うたとしても、軍配は常に健康（生命）のほうに上がることになると思う。

3 リベラリズムとパターナリズムの関係

先に、自殺関与・同意殺人・同意傷害・自傷行為に関する現行刑法の評価を見たが、《その評価を正当化するためには、パターナリズムに基づき、生命・身体の処分権を否定するのが素直である》との結論に至った。それと、《個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下で、生命・身体に対する権利には如何なる内容が与えられるべきか？ それは生命・身体の処分権を含むのか？》という問題設定とを突き合わせてみたとき、《個人主義・リベラリズムの下で、パターナリズムによる介入は、如何にして、また、如何なる範囲において、正当化されるのか？》という困難な問題が浮かび上がる。

この問題については、パターナリズムを他者加害原理と並ぶ「自由原理」の内在的制約と見る福田雅章教授⁽⁷⁰⁾の見解が注目される。福田教授は、「自由原理」の核心である自己決定の構成要素を、①自己決定を実現するために不可欠な形式的要素——「自己決定できる」地位・価値——と、②自己決定の実現結果としての実体的要素——「自己決定から結果される生活利益」という価値——とに分類し、①前者との関連で加えられる介入（干渉）を「形式的パターナリズム」、②後者との関連で加えられる介入（干渉）を「実体的パターナリズム」と区別し、①個人の尊厳を確保・実現するために欠くことのできない生物学的・社会的必須条件の保障を目的とする「形式的パターナリズム」は正当化されるが、②自己決定の実現結果としての実体を本人自身の利益のために否定する「実体

生命・身体の処分と私的自治（1）

的パターンリズム」は正当化されないとする。⁽⁷¹⁾

同様の見方は、正義と善とを区別することによって、リベラリズムにおける価値の世界の構造化を図り、「正義の（善に対する）基底性」——「善き生」の特殊構想が、それに依存することなく正当化可能な・政治社会の強行されうる構成原理たる・正義の要求と抵触する場合、正義が優先すること——を認める法哲学の井上達夫教授の見解にも見られる。⁽⁷²⁾井上教授は、②「人格完成価値」——「善く生きるとはどういうことか」という問いの解答に関わる価値（善）——と①「人格構成価値」——かかる問いを発し追究しうる道徳的人格の可能条件に関わる価値（正義）——とを区別し、生命・安全・自己決定への自由・教育を受ける権利・人格の尊厳・平等な尊敬と配慮への権利等々、政治道徳上の議論においてしばしば訴えられる一群の抽象度を異にする諸価値は「人格構成価値」の次元に属するもので、善き生の諸構想の対象をなす価値ではなく、善き生の構想を自ら発展させ、それに従って自己の生を形成できる諸個人の能力の要請と保護、およびそれに必要な資源・環境の公平な配分と整備^{(73) (74)}に関わる諸価値であるとする。

このように見れば、個人主義・リベラリズムを基調とする日本国憲法の下でも、少なくとも生命・身体の処分に関しては、パターンリズムによる介入は、憲法上許容されるだけでなく、むしろ憲法の要請と見ることができのではなかろうか。

(40) 唄孝一『医事法学への歩み』64頁，66頁注（2）。

(41) 竹中勲「人権としての『自己決定権』」ジュリ884号181頁〔1987年〕，同「生命に対する権利と憲法上の自己決定権」『人権の現代的諸相』25頁。

(42) 棟居快行『憲法講義案Ⅰ』〔信山社・1992年〕11～12頁，松井・前掲750～762頁。なお，松井説においては，基本的人権は政治的参加に不可欠な権利に限られるため，自己決定権はそれに当たらない（778頁）。

(43) 財産の処分権に関するものではあるが，民法学者の頭をすぐによぎるのは，於保不二雄博士の「財産管理権論」である。於保博士は，《権利処分の権能が権利の内容をなすか否か》という問題につき，「譲渡されるものが同時に譲渡するものであるとするのは，それ自体，論理的に矛盾して

いる。したがって、権利を譲渡しうる力は、権利の構成分子には属しないで権利の外に存しななければならないと言われる（於保不二雄『財産管理権論序説』〔有信堂・1954年〕45～49頁）。

- (44) 法益構造論については、さしあたり、川原・前掲北法31巻1号229～230頁を参照。
- (45) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』——その根拠と性質をめぐって」法教98号14～17頁〔1988年〕。
- (46) 「法的権利」,「具体的権利」,更に「背景的権利」という概念については、佐藤幸治『憲法』〔青林書院新社・第3版・1995年〕393～394頁を参照。「原理的権利」,「具体的権利」という概念については、谷口安平「権利概念の生成と訴えの利益」『講座民事訴訟②訴訟の提起』〔弘文堂・1984年〕167～169頁を参照。
- (47) 佐藤幸治『憲法』460頁。
- (48) 町野朔『患者の自己決定権と法』131頁。
- (49) 川原・前掲北法31巻1号233～234頁。
- (50) 川原・前掲北法31巻1号229～230頁。
- (51) 錦織成史教授も、——財産の処分権に関してではあるが——「取引的不法行為における説明義務違反を介しての自己決定権侵害という構想は、取引行為の当事者の自己決定という人格的利益そのものの保護を目指すものではない。財産的利益の処分についての自己決定権の不法行為法上の意味は、少なくとも現状では、財産的利益の保護を実現するという効果を導き出すという枠内で認められる」とされる（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1086号90頁〔1996年〕）。この記述からも、ここでの自己決定権は財産の処分権にほかならず、「財産の処分権の侵害」＝「財産権の侵害」という考え方を窺うことができる。刑法上、詐欺罪は、「自由に対する罪」ではなく「財産に対する罪」と解されているのと、同じ考え方である。
- (52) 『六法』で民法206条に「所有権の内容」ないし「所有権の意義・内容」という見出しが付けられているのも、処分権が所有権の内容と考えられてきたことの顕れと見ることができる。
- (53) 棟居快行「自己決定権概念の再検討」受験新報539号31頁〔1996年〕。
- (54) 川原・前掲北法31巻2号795頁は、「国家が個人主義・自由主義の原理を受け入れたことの、法益構造内への反映が、財の帰属主体の自律・自己決定を尊重するという、法益保護目的となって現れてくる」と言う。松井・前掲779頁は、「生命や身体の処分に関わる自己決定権と呼ばれるものの中には、憲法一三条の『生命』,『自由』の問題とすることができるものがある」とする。また、藤井樹也『『自由』に対する『権利』? (1) ——

生命・身体の処分と私的自治（1）

- 憲法上の自己決定権をめぐる——」三重大学法経論叢14巻1号25頁〔1996年〕によると、日本公法学会第60回総会報告〔1995年〕において、土井真一助教授は、「自殺の自由や延命治療拒否権などの生死に関する自己決定の問題を、『生命に対する権利』の問題として論じ」られたようである（もっとも、その研究報告である土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」公法研究58号92頁〔1996年〕からは、そのことは明確には窺えない）。
- (55) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』149頁，184頁。
- (56) 棟居快行『憲法講義案Ⅰ』11頁。
- (57) 松井・前掲753頁。
- (58) もっとも、《裁判所で救済されないのなら、「権利」と呼ぶべきではない》という批判はありえよう（藤井樹也「『自由』に対する『権利』？（2・完）」三重大学法経論叢14巻2号79～80頁，82～85頁〔1997年〕）。
- (59) 町野・前掲235頁。
- (60) 町野・前掲83頁，131～133頁。
- (61) 町野・前掲236頁。
- (62) 錦織・前掲90頁。
- (63) 山本敬三「公序良俗論の再構成」『民事法理論の諸問題 下巻』77頁。
- (64) 山本・前掲84頁注（101）。
- (65) 町野・前掲27～30頁。
- (66) 同判決については、金川琢雄・判評463号35頁〔1997年〕、窪田充見「人格権侵害と損害賠償——人格的利益の侵害を契機とする民法七〇五条についてのスケッチ——」民商116巻4＝5号576～581頁〔1997年〕。
- (67) 金川・前掲201頁は、本判決に関し、「〔医師の説明義務違反とAの障害との間〕の因果関係を認めるだけの心証は得られなかったものの、その因果関係を認容した場合の損害額を算定し、心証度に応じてこれを減額したうえで、これを慰謝料に反映させたものと考えられなくもない」と言う。
- (68) 危険実現論については、小池泰「説明と同意（一）——医師の責任の合理的範囲をめぐる——」論叢141巻3号74～81頁〔1997年〕を参照。
- (69) 人格権侵害説については、小池・前掲81～88頁を参照。
- (70) 福田・前掲13頁，18頁注（5）。
- (71) 福田・前掲5頁，12～14頁。
- (72) 井上達夫「公共性の哲学としてのリベラリズム」森脇康友・桂木隆夫編著『人間の秩序——法における個と普遍』〔木鐸社・1987年〕84～94頁。更に、同『共生の作法——会話としての正義——』〔創文社・1986年〕も参照。
- (73) 他に、福田教授や井上教授と同じ方向にある最近の見解として、吉田

宣之「自殺教唆・幫助罪の処罰根拠」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』〔成文堂・1995年〕570～571頁, 574～575頁(但し, 「国家の後見的配慮」と言うことには消極的), 山本・前掲74～75頁, 塩谷毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について(二)」立命館法学247号378頁〔1996年〕(但し, 生命の処分権のみを否定し, 身体の処分権は肯定する(379～380頁))がある。

(74) ところで, 「正義の基底性」とパターンリズムとの関係は如何なるものであろうか。既述のように, パターンリズムの概念とその正当化を区別するのが近時の動向であるが, 「正義の基底性」は, 正当化されるパターンリズムと正当化されないパターンリズムを区別する基準を提示する試みと位置づけることができるように思われる(井上達夫「共同体の要求と法の限界」千葉大学法学論集4巻1号128～129頁〔1989年〕)。

(六) 小 括

以上の検討から, 《日本国憲法の下では, 生命・身体の処分権は否定されるべきである》との結論に至った。この立場によれば, 生命・身体の処分は, その侵害結果だけに着目すれば, あくまでも無価値評価を受けることになる。では, 生命・身体を処分する行為は常に違法なのだろうか? また, 《生命・身体を処分する》という意味は, 法的には全く無意味なのだろうか? 最後にこの問題を検討しておくことにしたい。

「被害者の同意」論に関連して既に述べたように, 違法阻却の一般原理は「優越利益の原理」であった。この原理によると, 生命・身体と両立しえない対抗利益が存在している場合に, 生命・身体の処分行為によって維持される対抗利益が生命・身体に優越するのであれば, 違法性が阻却される。その際, 《生命・身体を処分する》⁽⁷⁵⁾という意味は, 利益の優越性判断の1要素となる。

利益主体が選択する利益の抽象的価値の高低によって, 2つの場合に区別できる。

① まず, 利益主体が抽象的に価値の高い利益——あるいは, 同価値の利益——を選択した場合には問題がない。例えば, 同意ある治療行為は, 患者の身体侵害という結果だけを取り出せば無価値評価を受けるが,

生命・身体の処分と私的自治（1）

それにより生命が維持されるのであれば、生命という利益は身体という利益に優越するから、違法性が阻却される。

② 問題が生ずるのは、利益主体が抽象的に価値の低い利益を選択した場合である。例えば、治療行為が患者の意思に反する——生命を処分する意思のある——場合には、抽象的な価値序列（生命＞身体＞自由＞財産）に従って、当然に《生命という利益は身体という利益に優越する》とは言えなくなる。安楽死が問題となる事例を想起されたい。かと言って、逆に、町野朔教授のように、「衝突する二つの利益の主体が同一であるときには、……利益衝突解消のための最終的な原理としての優越利益の原則が登場する以前に当該利益主体の衝突解消の意思が優先すべきだ⁽⁷⁶⁾」とするのも妥当でない。何故なら、些細なものであれ対抗利益を立てさえすれば、生命・身体の処分権を認めるのと何ら異ならないことになってしまうからである。最近の事件では、民事裁判例であるが、輸血拒否患者への無断輸血を理由とする不法行為責任の追及を棄却した判決⁽⁷⁷⁾がこの問題に関連する。この事件では、生命と信仰の自由が両立しえない関係にあり、患者は信仰の自由を選択したのだが、判決は《そのような患者の意思を考慮したとしても、生命は信仰の自由⁽⁷⁸⁾に優越する》という判断に至ったとの理解が可能である。山田卓生教授は患者の意思を尊重して判旨に反対されるが、私は判決のような利益衡量も十分に可能である⁽⁷⁹⁾と思う。

(75) 内藤謙「法令行為・正当業務行為（六）——治療行為——」法教39号47頁〔1983年〕（治療行為に関する）、町野朔『患者の自己決定権と法』163頁。

(76) 町野・前掲166～167頁。なお、同「被害者の承諾」『判例刑法研究 第2巻』〔有斐閣・1981年〕193～194頁には、それと矛盾する記述も見られる。

(77) 東京地判平成9年3月12日法教202号122頁。西野喜一「宗教的理由による輸血拒否と専断的輸血」判夕955号97頁〔1998年〕も参照。

(78) 山田卓生「輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任」法教202号123頁〔1997年〕。

(79) 松宮孝明『刑法総論講義』〔成文堂・1997年〕121～122頁。

*本稿の執筆に際しては、テーマが専門外に互ることもあり、多くの先生方に議論の相手になって頂いたり、文献の面でお世話になった。なかでも、同僚の渡辺修教授（刑事訴訟法）、木下智史教授（憲法）、佐藤雅美助教授（刑法）には、特に記してお礼を申し上げたい。