

論文の内容の要旨

論文題目 身体の処分に関する法的枠組みについて

氏名 櫛橋明香

日本の民法には、本人による身体の処分に関する明示的な規定は存在しない。19世紀末から20世紀初めころのいわゆる死体論の多数は、財産法の理論によって本人による身体処分の問題の分析を試みた。現在、この問題は、主に民法総則の分野において、人体の保護と本人の意思の尊重を基調とした、物の処分とは異なる法的枠組みとして整理されつつある。このような状況を踏まえた本稿の課題は、フランス法の議論を参照しつつ、人体及び分離物そのものの法的性質のみならず、身体に関する自己決定に検討の対象を広げ、身体処分行為及びその法的権限の性質に着目するとともに、身体処分、身体侵害及び身体保護の相互の関係を明確にすることを通じて、身体処分の問題を解明する一端をつかむことである（序章）。

権利主体としての人と権利の客体としての物を分けるという二分法は、ローマ法から続く基本的な法的思考の枠組みである。フランス民法典においては、意思に人格の本質を見出す精神主義哲学の影響の下、人の概念は、抽象的な権利義務の帰属主体とされ、物の概念は、人以外のすべての存在を表すことになった。そこで、この二分法を前提とすると、人又は物に類比するという方法で、人体及び分離物の法的性質の検討を進めるという発想が生じる。そこで、第1章では、そのような議論の具体例を通じ、人又は物の概念からのアプローチの適否を検討した（第1章第1節）。

人体の不可処分性原則は、人体の法的性質を人に類比する方法により成立した原則である。すなわち、フランス民法典において、奴隷制度と民事死亡の制度が廃止されると、法人格と身体所在が一致しているという法状況が生じ、これに法主体である人は契約の目的とはなり得ないという人の取引対象外原則が結合し、人体の不可処分性原則が出現した。

ところが、血液等の分離物の取引が適法に行われている状況を同原則により説明することは困難で、判例でも同原則が援用されるのはほぼ代理出産の事案に限られている。1994年の生命倫理法の立法の経過を見ると、同原則は、最終的には非財産性原則に転化した形で採用される。これは、議論の過程で、人体の不可処分性原則の趣旨が、人体と分離物を有償契約の目的として商品のように扱うことを防ぐことにあると理解されたことによる（第1章第2節第1款）。

胚、胎児及び死体に法人格を認める見解は、胚、胎児及び死体の法的性質を人に類比することにより、その保護を実現しようとする立場である。動物や自然物に法人格を拡張する主張に対しては批判があるが、このような批判の理由を、従前の法人論を参照しつつ検討すると、法人格の拡張とは、自然人の利益に資する場合に、自然人相互の関係同様に権利義務を負う資格を認めることを意味することが明らかとなる。したがって、死後に義務を負う可能性のない死体や、廃棄されるか研究に用いられるか胎内に移植されるか不確定な胚を人と認める必要性や許容性はない。他方、不測の事態がない限り、出生後権利義務の主体となる胎児を一定の場合に人と認めることには合理性がある。実定法上も、胚や死体には、人としてではなく、時間的に人に連なる存在として特別の考慮が行われている（第1章第2節第2款）。

不融通物又は財産の概念による人体及び分離物の法的性質の検討は、物の概念又は所有の対象となる物としての財産の概念によって、人体及び分離物の特殊性を明らかにしようとする方法である。不融通物（取引対象外の物）の概念は、ローマ時代から存在し、公物理論の分野で発展した後、近時は人格に関する非財産的権利・利益の譲渡の可否に関して援用されている。このような経緯に着目し、不融通物（民法典1128条）を、人と結びつく存在に関する物のカテゴリーとし、生体は人そのものであるから不融通物には含まれないが、死体及び分離物は不融通物に含まれるとする見解がある（第1章第3節第2款）。また、民法典における財産は、もともと物理的な占有を可能とする有体物であり、取得可能性を要件とすると考えられていたが、これを再構成し、取得可能性のみならず差押可能性をも財産の要件に含め、生体にはいずれも認められず、死体と分離物には取得可能性は認められるが差押可能性は認められないとする見解がある。このように、人体及び分離物の特殊性を表すために不融通性や差押可能性の概念を用いることは巧みな方法ではあるが、不融通性や差押可能性の概念そのものを追究することによっても人体及び分離物の処分の限界は明らかにならない（第1章第3節第3款）。

このように、身体の処分の問題に対する人又は物という概念からのアプローチには、限界がある。そこで、第2章では、人体及び分離物という対象からのアプローチを試みた。まず、歴史的に人体及び分離物がどのように扱われてきたかを概観した。ローマの十二表法やゲルマン法に見られるように、身体は、古くは法的な責任と結びついていたが、次第に法的な場面、特に私法における役割を減じていった。その一方、身体は、教会法や世俗法としての行政法規の規律と保護の対象とされてきた。ところが、産業革命以降、主に人

身損害の問題を通じて、身体の侵害に対する保護が再び私法、特に民法の大きな課題となり、さらに、20世紀半ばころから、生命倫理学の影響の下、臓器移植や実験への参加等、身体の処分に関する個別の立法が始まり、1994年に生命倫理法が成立した。こうして、身体の侵害も処分も、再び民法学のテーマとなった（第2章第1節）。

次いで、現在、1994年の生命倫理法によって改正された民法典及び民法の諸原則を具体化した公衆衛生法典においてどのような対処が行われているかを検討した。1994年の生命倫理法は、民法典において公序として人体及び分離物に関する諸原則を定め、公衆衛生法典においてこれらの原則を具体化している。これらを検討する限り、身体の処分に当たり、同意の存在、意思の表明又は拒否の不存在が、人体及び分離物の利用を正当化するために最も重要な要件として位置づけられている（第2章第2節）。

このように、同意又は意思の表明によって積極的な身体の処分を行うことが法的に認められていることに注目し、第3章では、今度は身体を処分する行為とその法的権限に着目するという意味での概念からのアプローチを試みた。

身体を処分する権限の法的性質論は、人が物を所有するという関係が人と身体の間にも成り立つかという問題意識から論じられはじめ、現在では身体的人格の属性としての特殊性に着目した人格権又は身体の処分の本質を重視した人格の自由のいずれかが問題となっている。人格権説と公的自由説を対比すると、その結論の最大の分かれ目は、権利が特定の客体に対する特権であり、客体と内容が明確であるのに対し、自由は自己決定を本質とし、その内容は確定することができないという、主観的権利と公的自由の基本的な相違に行き着く。すなわち、身体処分行為の法的性質を分析し特定することができれば、人格権と構成できる。他方、人と身体が不可分であることを重視すると、公的自由説に傾く（第3章第1節）。

民法典、刑罰法典及び公衆衛生法典に存在する人体に関する規定の総体は、一体として新たな公序（身体的公序）の出現と考えられている。その中心に据えられた概念は尊厳である。尊厳の概念の特定は困難であるが、実定法の状況によれば、人間の尊厳の概念は、個人のみならず集団をも対象とし、第三者はもちろん自分自身をも、物ではなく人間として扱うことを求めるものとして、客観的に把握されている（第3章第2節）。

このような身体を処分する権利又は自由が人間の尊厳を内容とする身体的公序により制約されるという枠組みをさらに具体化すると、例えば次のようになる。身体の処分とは、本人の意思に基づく身体の完全性の侵害である。これはさらに、自らの手で身体の実質を変更したり破壊したりする身体的事実上の処分と、第三者に対する身体の完全性の侵害の許可として主に同意によって行われる身体の法的な処分に分けられる。この同意は、その自由かつ明確である必要性、撤回可能性及び一定の場合の要式性が示すように、財産の処分のための契約の成立要件としての同意とは異なる性質のものである。身体の法的な処分が適法となるためには、利益と危険の均衡、医学的必要性又は他人の治療的利益の存在、無償性及び匿名性の確保が必要であり、これらは公序としての人間の尊厳の要請によるも

のである。このように、第三者による身体の侵害と本人による身体の処分は、身体の保護を目的とする身体的公序を中心にした表裏の関係にある（第3章第3節）。

以上のとおり、第1に、フランス法においては、人体及び分離物の処分に対する制限は、人の処分不能性や物の処分可能性からではなく、権利又は自由を制約する公序として説明されるべきである。人体の不可処分性原則が転化した人体の非財産性原則、胚や死体に対する実定法上の特別の考慮、人体及び分離物に関する不融通性や差押可能性の実質は、いずれも公序としての人間の尊厳の内容として理解できる。第2に、人体及び分離物の処分行為は、財産の処分行為とは異なる性質を持つものである。身体を処分する権限に基づいて身体を処分する行為とこれに対する身体的公序による制約を全体としてみたとき、フランス法における人体と分離物の処分の法的な枠組みは、人が物を所有するところから始まる財産法とは異なっている（第4章第1節）。

このような視点は、わが国においても、ヒト胚の法的性質論、不融通物の概念による分離物の法的性質の理解、分離物の提供行為の解釈及び身体を処分する法的権限とその制約原理の考察に一定の示唆を与えるものである（第4章第2節）。