

安楽死・尊厳死／治療中止の憲法的基盤

——透析中止の事例を発端として——

久保田 祐介

目 次

はじめに

- 1 公立福生病院透析中止事件
- 2 憲法学における自己決定権アプローチ
- 3 憲法学における客観的アプローチの可能性

むすびにかえて

はじめに

本稿は、2018年に発生した公立福生病院透析中止事件を発端として、透析中止・非導入の問題、および安楽死・尊厳死の問題を憲法論（人権保障論）として構築する方法についての原理的考察を試みるものである。考察の手順は以下の通りである。まず、報道に基づいて公立福生病院透析中止事件の概要と経過を把握し、輸血拒否事例および安楽死・尊厳死事例との比較を通じて、透析中止・非導入を憲法論の俎上に乗せる方法として安楽死・尊厳死の問題との類比からスタートすることが適切であると示す（1）。次に、裁判例上の安楽死・尊厳死に関する自己決定権の説示を確認し、自己決定権アプローチとして類型化する。さらに安楽死・尊厳死の憲法論のうち、通説的見解として佐藤幸治の議論と、少数説であるが特徴的な松井茂記の議論、それぞれの理論構造を検討する（2）。そして、医療に関する自己決定権について憲法学にとどまらない多角的な類型論を展開する中山茂樹の議論から、権利の対象法益に着目する視点を読み取り、自己決定権アプローチとは異なる客観的アプローチの可能性を提示する。最後に、複数のアプローチ方法がありうるとの認識の下で、自己決定や人格的自律を必ずしも前提としないより広い視点から構築された人権論の基盤に関する著名な論考として、戸波江二の一般的行為自由説と、土井真一による「死に対する権利」の議論を再読し、安楽死・尊厳死や治療中止の憲法論の基盤作りの一例として示す（3）。

なお、本稿は単体では透析中止・非導入の憲法論として完結に至るものではなく、予備的検討の域にとどまることには留意されたい。

1 公立福生病院透析中止事件

(1) 事件の概要・経過

本件は、2018年、公立福生病院において、透析を中止した女性患者が死亡した事件である。以下、報道に基づき事件の概要を説明する。⁽¹⁾同年8月9日、この患者は、近所の診療所で数年間、腕の分路からの透析を受けていたが、これが困難になったために同病院を訪れた。そこで医師から、①首にカテーテルを入れて透析治療を続けるか、②透析治療を中止するかの選択肢を提示された。透析治療を中止した場合は死に直結することも説明され、医師側はインフォームド・コンセントを得ていると認識していた。長年の透析に疲弊していた患者は⁽²⁾、治療中止を決意し、意思確認書に署名した。患者の配偶者も呼んだ上で、重ねて意思確認がなされ、翌10日にも患者の透析中止の意思は固かったが、14日になると体調が悪化し同病院に入院した。翌15日になると患者の苦痛はさらに増し、苦痛の中で配偶者と医師に対して「(透析中止を)撤回できるならしたい」と複数回にわたって発言したという。医師は苦痛を緩和する治療を行ったが、翌16日に患者は死亡した。

本件で注目されたのは、医師が透析中止の選択肢を示したことが、2014年に発表された日本透析学会のガイドラインを逸脱していると指摘された点である。同ガイドラインは、患者の全身状態が極めて不良である場合等に限って維持血液透析の見合わせを医療チーム側が検討するものとしており⁽³⁾、本件

(1) この段落で述べる事実の経過は主に、毎日新聞2019年3月7日朝刊1頁および3頁に基づいている。

(2) 毎日新聞2019年3月9日朝刊1頁によれば、患者は生前、透析に際して針を刺す痛みを嫌っており、痛みが無ければ透析を受けたいと語ったことがあった。また患者は1999年に抑うつ神経症と診断され自殺を図ったことがあり、医師は中止の選択肢を提示した時点でこの病歴を把握していなかった。

(3) 「維持血液透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」、『日本透

では患者が透析治療継続により従来同様の生活を送れる見込みであったことから、同ガイドラインの透析見合わせを検討する状況に当たらないと指摘されたのである。ガイドライン逸脱の疑いから、東京都は2019年3月6日に公立福生病院への立入り検査を実施し、次いで日本透析医学会も同病院への立入り調査を行った⁽⁴⁾。多くの医療機関では、大半の場合終末期まで透析を継続するといわれていたが、本件の医師は「透析を受けない権利」を患者側に保障するとの信念を持ち、2015年ごろから同院院長の承諾を得た上で、患者に対して透析中止の提案を始めていた⁽⁵⁾。同医師は「透析治療を受けている患者は終末期に当たる」と定義し、本件患者もこれに該当するから治療義務はなかったと主張した（なお都はこの医師の終末期定義を否定し、本件患者は透析を継続すればあと3～4年生存可能であったとして、治療義務の存在を肯定した⁽⁶⁾）。

本件では、病院側の対応の問題点も多い。過去の透析中止または非導入により同病院で死亡した24名中21名の意思確認書が存在しなかったこと、これに関わる資料の一部を都に伏せていたこと、また本件の患者に対しても治療中止の意思を撤回できる旨の説明がなかったこと⁽⁷⁾、また日本透析医学会の調査委員会の立入り調査の際に遺族の同意なしにカルテを調査委に開示したこと⁽⁸⁾等が報道されている。総じて、患者・家族側と医師・病院側のコミュニケーションが十分であったのが疑問に付されている状況であるといえよう。

2019年10月、患者遺族が公立福生病院に対して慰謝料等の支払いを求める訴えを提起しており、治療中止の提案自体の合法性や、患者本人に透析再開

析医学会雑誌』47巻5号279頁（2014年）。

（4） 毎日新聞2019年3月16日朝刊27頁。

（5） 毎日新聞2019年3月18日朝刊3頁。

（6） 毎日新聞2019年3月20日朝刊1頁。

（7） 毎日新聞2019年4月10日朝刊1頁。

（8） 毎日新聞2019年5月22日朝刊23頁。

の意思が存在したにも関わらず病院側が再開しなかったことが争点になるとみられる。しかし法律的な争点とは別に、新聞紙上の論評では、病院側が遺族に対して説明を尽くす姿勢が欠けていたこと、行政と学会による真相究明が不十分であったことが訴訟に発展した原因であると指摘されており、上述した患者家族と意思のコミュニケーション不全からくる不信感が訴訟の背景になっていると思われる。第1回口頭弁論では、病院側は請求棄却を求めた⁽⁹⁾。2020年10月現在、報道されている訴訟の経過は以上である。⁽¹⁰⁾

さらにこの事件を端緒として、日本透析医学会は2019年6月の総会において、透析中止に関するガイドライン改定の方針を定めた。この方針は、終末期ではない腎不全患者について透析治療中止や非導入の選択肢を拡大するものであった。同学会理事の調査によれば、全国の透析関連機関のうち4分の1近くが、2014年に策定されたガイドラインに準拠しない治療中止・非導入をした経験があったという。中元秀友理事長の報道に対するコメントによれば、中止・非導入拡大の改定方針は、医療現場の現実にガイドラインが追いついていないという現状認識から導出されたものであった⁽¹¹⁾。

(9) 毎日新聞2019年10月18日朝刊28頁。同記事は、事件の報道後、病院側が遺族に対してほとんど説明する機会を設けていないこと、病院側が記者会見を開いていないこと、また治療中止の選択肢が提示されたことや患者本人の治療再開の求めが再三あったことを遺族が初めて知るに至ったのはカルテを入手した時点であって病院側の説明によるものではないことなどを挙げ、説明と真相究明の不足を指摘する。

(10) 毎日新聞2020年7月23日朝刊24頁。

(11) 毎日新聞2019年7月3日朝刊3頁。同記事によれば、この総会は当初報道陣の取材を禁じていたが、開会1週間前に至って1社ごとに記者1名に限って許可されており、学会側も改定方針を決定するにあたっての社会的影響を重大なものと考え、慎重な姿勢をとっていたことがうかがえる。さらにこの記事では、改定と連動して診療報酬可算の中に透析中止・非導入を入れることで、医療者が中止・非導入を患者に提案する動機付けとなる可能性にも触れられており、これが直接的な「命の選別」に当たるという見解も取り上げられている。なお本稿では、報酬可算と透析中止・非導入の関係については検討の対象としない。

その後、2020年3月に新たなガイドラインが公開されるに至った。⁽¹²⁾この新ガイドラインは「人生の最終段階」⁽¹³⁾に「意思決定能力を有する患者、または意思決定能力を有さない患者の家族等から医療チームに透析見合わせの申し出があった場合」を含めている。すなわち、透析をすれば問題なく生存できる患者であっても、正当な自己決定として透析治療拒否の意思表示をすることによって「終末期」として扱われるようになり、透析中止の選択が可能になる。終末期の定義が拡大したことで、連動して透析中止・非導入の選択の可能性も拡大することになったのである。新たなガイドラインの参考資料として付されている「透析の見合わせに関する確認書」の形式においては、「私は、この決定に関しては、いつでも撤回することが可能であることの説明および撤回時の状況によっては迅速・安全に透析が開始できない可能性があり、死亡する可能性がある説明も受け、不明な点を質問し、理解しました」の一文が患者側の意思確認のチェック項目として設けられており、⁽¹⁴⁾端的に「死に直結する自己決定」を行う可能性が想定されていることがわかる。

新たなガイドラインと本件の訴訟の争点が何らかの形で結びつくかどうかは明らかではない。学会による改定で透析中止の選択肢が拡張されたことが、公立福生病院の対応を文字通りに「追認」⁽¹⁵⁾するものであれば構図は単

(12) 「透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」、『透析会誌』53巻4号173-217頁（2020年）。

(13) ここでいう「人生の最終段階」とは、いわゆる「終末期」のことである。これは近年の厚労省の用語法に沿ったものとされる。透析中止・非導入に至る意思決定プロセスの直接的なモデルとなっていると思われる厚労省のガイドライン「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」（2018年）を想起させる表現である。

(14) 前掲注12、「提言」216頁。

(15) 毎日新聞2019年7月3日朝刊3頁は、改定方針についても（公立福生）病院の一連の行為を「追認」したものと評価している。この評価の正当性については留保が必要であろう。また、毎日新聞2019年10月18日朝刊28頁によれば、遺族側の代理人である冠木克彦弁護士は、日本透析医学会のガイドライン改定方針に対して「病院を擁護するよう

純である。しかし新たなガイドラインが「追認」ではなく、近時の厚労省の方針に沿ってインフォームド・コンセントの保障をめざしたものである限り、本件でも説明と同意の実質が問われることになり、透析中止の選択肢の存在自体とは別の、いわば自己決定の前提条件の充足の存否が問題化される余地がある。

(2) 輸血拒否事例との比較

本稿の目的は、公立福生病院透析中止事件それ自体の憲法的分析を行うことではなく（あるいはその準備段階として）、透析中止・非導入をいかにして人権論の俎上に乗せるべきかという原理論的検討を行うことである。そこで、問題状況と原理を結ぶために、従来の人権問題との類似関係において透析中止問題を把握することを試みよう。

まず、公立福生病院の事例をインフォームド・コンセントの問題として把握するのであれば、類例として想起されるのは思想信条に基づく輸血拒否の事例である。エホバの証人輸血拒否事件では、医療契約締結時の医療者側の説明のあり方（現実の治療方針が相対的無輸血であったのに対し、絶対的無輸血を許容する説明をしたこと）が焦点となっている。同事件の最高裁判決⁽¹⁶⁾は「輸血拒否の意思決定をする権利」が人格権の一内容として保障されるとしているが、輸血拒否を透析中止に置き換え「透析中止の意思決定をする権利」を想定すれば、シンプルに透析中止事例を補捉できる。同判決はその憲法論としての射程が不明確であるという根本的問題を残しており、そこで述べられた治療方法について意思決定する権利が私法上の人格権の一内容にとどまるのか、それとも憲法上の自己決定権の承認をも含みうるのかは明確ではない。⁽¹⁷⁾とはいえ、この判決が自己決定権の確立を明言しなかった背景に

な対応だ」と批判している。

(16) 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

(17) 対照的に、同事件の控訴審判決（東京高判平成10年2月9日高民集51巻1号1頁）

は憲法学説上の自己決定権の位置づけがそもそも不分明な状況が存在すると
の指摘や、裁判所が医療問題における患者の権利の保障について積極的に保
障する傾向を見せていることも考え合わせれば、憲法上の権利としての治療
方法に関する意思決定権をもって透析中止を検討するアプローチが見えてく
る。

他方で、透析中止事例には輸血拒否事例との比較ではとらえきれない側面
がある。第一に、公立福生病院事件の焦点であった治療撤回意思の扱い方
である。インフォームド・コンセントが治療方針決定時とそこに至るプロセス
に焦点を当てるのに対して、公立福生病院事件では中止決定時の患者の意思
とその後の中止撤回意思とが矛盾衝突し、医療者がいずれを優先するかとい
う問題が生じている。この問題は、仮に中止決定時に撤回の可能性が十分に
示されていたとしても、それとは別に生じる。苦痛のない状態で行なわれた
中止決定と、公立福生病院のケースでまさにそうであったように苦痛の中
で行なわれた中止撤回決定とで、意思決定の前提となる患者の判断力が異なる
場合があるからである。患者自身による複数の自己決定が衝突した場合の医
療者にとっての優先順位の問題は、常に事後の意思決定が優先されるとは言
いきれない以上、自己決定権それ自体から説明するのは難しい場合もあろ
う。公立福生病院のケースでは意思決定時の撤回可能性の説明が無かった点
でインフォームド・コンセントや自己決定権の観点から問題があることはも
ちろんだが、中止撤回の意思表示がなされた際に、医師が「苦痛の中で行な
われた事後の撤回意思よりも、理性的に決定された事前の撤回意思を優先す
る」と考えていた点が問題となる。このような場合に医師の信念のみに基づ

は「医療における自己決定権」の存在を正面から認め、医療者の説明義務違反の結果と
して同権利が侵害されたことを認定するとともに、同権利承認の根拠として法律学にお
いて同権利が承認されていたことを挙げている。

(18) 浅野博宣「自己決定権と信仰による輸血拒否」、『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2019年）51頁。

(19) 毎日新聞2019年3月18日朝刊3頁によれば、医師は「正気の時の意思に重きを置い

く方針決定を行うことが許されないとすれば、自己決定権の枠組みからは「不確実な意思決定」と見なされるような撤回意思の扱いに関して憲法学的に扱う方法が求められよう。

輸血拒否事例との類比によっては捉え難い第二の側面として、意思決定の性質の違いがある。輸血拒否事例における絶対的無輸血の意思表示は、自己の生存という到達点を前提として、いわば到達の道筋を選択するものである。医療者と患者の間で無輸血の約定がなされた場合、それは到達地点にたどり着けないことまでも含意したルート決定となる。これに対して、透析治療はその性質上、中止すれば短期間のうちに死に至るものであって、公立福生病院のケースでは中止から患者死亡までの期間は約1週間であった。透析中止の意思決定はとりもなおさず「直接的に死に向かう意思決定」であり、同じ医療における治療法の意思決定であっても、生か死かの到達点は明確に正反対である。

(3) 安楽死・尊厳死事例との比較

上述の二つのとらえがたい側面を踏まえ、輸血拒否事例とは別に、透析中止事例との類比が有効であるのは、尊厳死・安楽死の事例である。尊厳死・安楽死は端的に「死に向かう自己決定」(輸血拒否との類比でとらえがたい上述の第二の側面)であることに加え、撤回の問題も常に付随する。例えば自身の尊厳死・安楽死を願う事前指示書(リビング・ウィル)が形として残されており、事前指示の時点で死に向かう意思が明確であったとしても、致死的な治療中止や投薬を行う時点では患者は終末期であるから、重篤や意識障害、認知症等からコミュニケーションが不可能となる可能性がある。死に至る自己決定は揺るぎやすいものである以上、尊厳死・安楽死の実行時の意思が確固として確認できない場合、そこには解釈の問題が付随する。すな

た」と主張している。

(20) 松田純『安楽死・尊厳死の現在』(中央公論社、2018年)116頁。

わち、医療者と家族が、事前指示書の内容が実行時時点での本人意思と合致するかどうかを解釈し決定するのである。事前指示書が存在するだけでは自己決定権の十全な行使とはいえないが、いかに十分な自己決定があってもかかる解釈の余地を消滅させることは不可能である。しかし、実行時に意思が明確でない場合の安楽死・尊厳死を完全に禁じてしまえば自己決定の意味がなくなる以上は、死に至る自己決定の「後」を法的側面から検討する作業は必須である。

透析中止事例と安楽死・尊厳死の事例との間には、原理的な類似性に加えて、治療中止というより実践的な交点も存在する。例えば安楽死・尊厳死が裁判上問題となったケースとして東海大病院事件、川崎協同病院事件が存在するが、これらはいずれも治療中止の意思決定が先行し、その後投薬によって死に至った事例であった。

東海大学病院事件では、意識のない状態の患者について、患者家族の依頼を受け容れて意思点滴とフォーリーカテーテルと点滴を外し（治療中止）、なおも苦しみ続ける患者に対して、やはり患者家族の依頼を容れて、苦痛緩和目的だが死期を早める可能性のある投薬、および致死的效果のある投薬を行い、患者が死に至った事例である。同事件の横浜地裁判決⁽²¹⁾では、治療中止、苦痛緩和投薬、致死投薬の三つの行為について、各々の違法性・有責性の判断の中で、それぞれ「合法的な治療行為の中止（いわゆる尊厳死）」、「間接的安楽死」、「積極的安楽死」として許容される要件と該当性を検討している（本件では患者本人の明示的または推定的意思が存在しないことから、三つの行為について全て許容される治療中止または安楽死に該当しないものとしている）。同判決の判断のうち一般に注目されるのは積極的安楽死の要件を示した部分⁽²²⁾であると思われるが、透析中止事例との比較においては、むしろ

(21) 横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁、判タ877号148頁。

(22) 同判決の示した致死投薬が積極的安楽死として許容される要件として、①患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っ

る治療中止の部分に着目することが有益である。同判決は治療中止の要件となる患者本人の推定的意思の存在の認定について、患者自身の事前の意思表示（リビング・ウィル）が存在する場合には推定的意思の存在の有力な証拠となること、本人の事前の意思表示がない場合には患者家族の意思表示から本人意思を推定することが許されることを示している。直接には刑事事件の処理の枠組みであるが、この推定的意思の存否判断のあり方は、⁽²⁴⁾前述した自己決定の「後」の問題、事前・事後の意思の優先関係の検討の受け皿となる。

川崎協同病院事件は、評釈上「治療行為の中止」という表題が付されることが多い。⁽²⁵⁾しかし実際は、回復をあきらめた患者家族の要請により、窒息死の危険があることを認識しながら気管内チューブを抜管した（治療中止）が、予想に反して患者が苦しんだためにさらなる投薬によって死亡させたというものである。本件では気管内チューブの抜管行為から投薬により患者が死亡するまでの一連の行為が公訴事実として扱われたことから、同事件の最

ていること、③患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方針を尽くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること、の四点がある。

(23) 例えば代表的な評釈である佐伯仁志「安楽死」、『憲法判例百選 I [第 6 版]』（有斐閣、2008 年）44-45 頁、加藤摩耶「東海大学「安楽死」事件」、『医事法判例百選 [第 2 版]』（有斐閣、2014 年）196-197 頁や辰井聡子「安楽死」、『刑法判例百選 I [第 7 版]』（有斐閣、2014 年）42-43 頁は、紙幅の都合も大きいであろうが、積極的安楽死の要件の部分に着目しており、治療中止の部分は大きくは取り扱われていない。最後の評釈は、中心的な争点が治療中止の許容性に移ったことを指摘している。

(24) 本人の自己決定権と患者意思が衝突する場合に、同判決でも示された「疑わしきは生命の利益に」との原則がどの程度妥当するかといった議論の枠組みが提示される（武藤眞朗「東海大学「安楽死」事件」、『医事法判例百選 [第 2 版]』（有斐閣、2006 年）90 頁）。これは違法性・有責性阻却固有の議論というよりも、安楽死・尊厳死の法的議論を刑事法の言語に乘せ換えたものといえよう。

(25) 例えば、甲斐克則「治療行為の中止」、『医事法判例百選 [第 2 版]』（有斐閣、2014 年）198-199 頁、神馬幸一「治療行為の中止」、『刑法判例百選 I [第 7 版]』（有斐閣、2014 年）44-45 頁。

高裁決定⁽²⁶⁾は治療中止の許容性を正面から判断するに至った。こちらは東海大学病院事件判決と異なり一体的構成をとることから、治療中止の部分のみを抜き出すことは理論上難しい（おそらくそれゆえ、同決定は治療中止の許容の一般的要件を定立していない）が、他方で治療中止が端緒となる医療現場での安楽死・尊厳死事例の性質を明示している。この二つの事件に現れるとおり、安楽死・尊厳死事例は、実際には治療中止の検討が主眼となるものであって、透析中止事例との理論的・実践的な類似を指摘することができる。

最後に、類似のみならず、安楽死・尊厳死事例と透析中止事例の相違点も簡単に指摘しておく。川崎協同病院事件最高裁決定では、患者の回復可能性や余命についての確かな判断を行うための検査が行われていない状態であり、意思決定の前提として「死に至る可能性が高い状態かどうか」という情報が未確定であったことが考慮されている。しかし透析中止（非導入）事例の場合は、意思決定の時点で中止・非導入によって短期間で死に至ることが確定的である。同じく「死に至る自己決定」として検討するとしても、意思決定の条件に差異が現れる。あるいは、公立福生病院の事件で「中止の選択肢を提示したこと」そのものが問題視されたように、死亡という結果の確定性ゆえに、尊厳死・安楽死以上に自己決定の対象としてよいか自体を検討する余地もあろう。

以上の通り、類似性の程度から見て、本稿では基本的に安楽死・尊厳死との類比を出発点として治療中止・非導入の憲法論を考えていくこととする。

(26) 最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。

(27) 前掲注25、神馬44頁。

2 憲法学における自己決定権アプローチ

(1) 裁判例上の自己決定権

憲法学から安楽死・尊厳死の許容性を導く議論として広く知られているのは、幸福追求権を根拠とする議論である。しかしその論理構成は必ずしも明確・一様なものではなく、原理的検討の余地は尽きないように見える。

川崎協同病院事件の第一審判決⁽²⁸⁾は、東海大学病院事件判決の論理を踏襲しつつ、「末期医療における治療中止について」と題して正面から患者の自己決定を論じている。同判決は、患者の終末期における自己決定を「患者に、自己の生の終わりをどのような形にするか、自己の生き方の最後の選択として、死の迎え方、死に方を選ぶという余地を与える」ものと位置づけ、「自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置付けられるべきである」とする。このように治療中止の自己決定が「人間の尊厳、幸福追求権の発露」であるとすれば、憲法上の権利としての位置づけは非常に明確なものとなる。すなわち「憲法13条の幸福追求権 ⇒ 新しい人権としての自己決定権 ⇒ 終末期医療における治療中止の権利」という道筋である。この道筋を以下では自己決定権アプローチと呼ぶこととする。

同判決の用語法と射程については、二つの留意点が存在する。第一の留意点として、幸福追求権と並んで、「人間の尊厳」概念を根拠としていることである。人間の尊厳は憲法規定上に登場する概念ではないため、憲法上の文

(28) 横浜地判平成17年3月27日判タ1185号114頁。

言である「個人の尊重」、「個人の尊厳」との意味内容の異同が常に問題とされてきた。⁽²⁹⁾人間の尊厳が個人の尊厳と異なる内容をもつとすれば、同判決が憲法13条からいかなる意味内容を導出しようとしたかについて、解釈の余地が大きくなる。さしあたり本稿ではこの問題に深く立ち入らず、人間の尊厳概念を端的に個人の尊厳に準ずるものとして扱い、幸福追求権を根拠とする議論に焦点を当てる。

第二の留意点として、川崎協同病院事件一審判決の自己決定権アプローチは、同事件の高裁判決⁽³⁰⁾によって否定されている。高裁判決は「終末期において患者自身が治療方針を決定することは、憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある」として、そもそも憲法上の権利と呼べるかどうかを疑問に付している。また治療中止法の可能性についても、「治療中止についての自己決定権は、死を選ぶ権利ではなく、治療を拒否する権利であり、医師は治療行為を中止するだけで、患者の死亡自体を認容しているわけではないという解釈が採られているが、それはやや形式論であって、実質的な答えにはなっていないように思われる」とし、同意殺人等の罪と矛盾なく治療中止を説明することの困難を指摘する。加えて法政策的に終末期以前の意思決定や患者家族の意思を、治療中止実行時の本人意思推定の材料とする制度を構築することは可能であるとしても、それはあくまで実行時の患者本人の意思とは異なるフィクションと言わざるを得ないのであり、この種の法制度を「自己決定権」によって根拠づけることは困難であるとしている。このように高裁判決は、「自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるというべきである」として明確に一審判決の自

(29) 芹沢齊・市川正人はか編『新基本コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）97-110頁〔押久保倫夫執筆〕、青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009年）。「人間の尊厳」概念を実定憲法の解釈に取り入れる可能性を論じたものとして、押久保倫夫「日本国憲法における実定規範としての「人間の尊厳」の位置づけ」東海法学35号（2006年）129-158頁がある

(30) 東京高判平成19年2月28日判タ1237号157頁。

己決定権アプローチを否定している。一審判決と高裁判決の対立点は、当該治療中止行為の処罰の適否とは異なる次元の議論であり、尊厳死や治療中止自体を適法なものとするか否かの結論自体ではなく、その結論に至る解釈論の根拠をめぐるものである。そして同事件の最高裁決定は、自己決定権をめぐる下級審の対立に言及せず事案の解決のみを優先したため、上記対立点に対する最高裁の立場は厳密には不明なままである。しかし最高裁判決に対して「患者の自己決定権と治療義務の限界という枠組みの中で治療中止の要件を導こうとしてきた従前の議論が一定の影響を与えているように思われる⁽³¹⁾」との評価があることや、高裁判決に対して「学説の理論的努力を考慮せず」自己決定アプローチを否定したとする批判⁽³²⁾が存在することから、逆説的に、かかる自己決定権アプローチは学説上のスタンダードであるとも読み取れる。実際、刑法学説の立場からではあるが、自己決定権アプローチを「場面を終末期医療に限れば、これらの主張は穏当なものであり、支持者を増やしていることも十分に理解できる⁽³³⁾」と評する見解もある。

(2) 人格的自律に制約される自己決定権：佐藤幸治説

憲法学の通説的見解も、この自己決定権アプローチであるとしておおむね間違いないであろう。その代表的見解として、佐藤幸治の説示を確認しよう。幸福追求権の内容をめぐる人格的利益説の代表的論者である佐藤は、次のような論理構造のもと、自己決定権の中に尊厳死の権利を包摂する。まず佐藤は、憲法13条前段の「個人の尊重」原理を、あらゆる人を人格的自律の存在とし

(31) 前掲注25、神馬44頁。

(32) 前掲注25、甲斐199頁。

(33) 辰井聡子「治療非導入／中止行為の刑法的評価」、明治学院大学法学研究86号（2009年）58頁。ただし、この論稿自体は、高裁判決が自己決定権アプローチを採用することを躊躇したことに理解を示しており、前掲注25、甲斐199頁もこの論稿を高裁判決へ「賛同する見解」と位置付ける。

て扱わなければならないという規範的内容を内実とする「人格の尊厳」⁽³⁴⁾という客観的な原理として定立する。次に、この客観的原理としての「人格の尊厳」を受け、人格的自律の存在であり続けるために必要な権利・自由を包括的に保障したものが、憲法13条後段にて保障される幸福追求権であるとする。幸福追求権は包括的権利であるがその包括性は人格的自律の概念が前提となり、人権は客観的原理としての「人格の尊厳」と結びつく限りで憲法上保障される権利となる。したがって佐藤においては、幸福追求権は「基幹的な人格的自律権」⁽³⁶⁾として定立される。この基幹的な人格的自律権から流出派生し、固有の歴史的原理的背景と個別具体的な権利内容を具備したものが、14条以下の人権規定によって保障される憲法上の権利である。だが個別的規定によって汲みつくされない基幹的な人格的自律権（いわゆる新しい人権）については、13条によって補充的に保障されるのであり、この補充的保障による権利が「狭義の人格的自律権」⁽³⁷⁾と呼ばれる（ここまでの議論が一般的行為自由説に対抗する人格的利益説である）。この狭義の人格的自律権の中に、プライバシーの権利や名誉権等、各種の「新しい人権」が含まれることになるが、その中の一である自己決定権（一定の個人的事項について公権力から干渉されず自ら決定できる権利）⁽³⁸⁾が「最狭義の人格的自律権」と呼ばれる。三つのレベルの「人格的自律権」を組み上げた上で、安楽死・尊厳死、治療中

(34) 佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』(2020年) 194頁。

(35) 佐藤の立場は憲法13条前段の客観的原理を同条後段が権利化しているとの解釈であり、前段と後段を連続的・一体的に把握するものである。この点、13条前段を後段と切り離し前段のみを公共の福祉の制限を受けない「切り札としての人権」を保障したものと解する長谷部恭男の議論（例えば長谷部恭男『憲法の理性 [増補新装版]』(東京大学出版会、2016年) 80-81頁）とは、解釈論として明確に異なる立場であると明示されている（前掲注34、佐藤195頁 [脚注5]）。

(36) 前掲注34、佐藤197頁。

(37) 前掲注34、佐藤197頁。

(38) 前掲注34、佐藤212頁。

止の権利を、憲法上の権利としての自己決定権（最狭義の人格的自律権）の枠内で検討する。

ここで注意すべき点がある。憲法13条により補充的に保障される権利を明らかにしようとするとき、人格的利益説に立つ以上、佐藤のいう「基幹的な人格的自律権」から派生し文節化された「個別的・具体的な新しい人権類型を定式化して主張⁽³⁹⁾」する作業を、人格的利益とのかかわりの中で行う必要がある。この作業は、理論上は「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利⁽⁴⁰⁾」に該当するかどうかの判定に収れんすることになるが、人格的生存・人格的利益の概念自体があいまいであり、その該当性の判定には困難が付きまとう。

この判定作業において、佐藤は新しい人権類型が「憲法各条項で保障され個別的的基本的人権と匹敵する独自の内実、カテゴリー性をもつこと⁽⁴¹⁾」を前提として求め、既存の憲法上の権利との類比を軸に判定を進めていく。まず（狭義でも最狭義でもなく）「基幹的な人格的自律権」の内容を権利の対象法益別に列挙した上で、その中から補充的保障の対象になりうるものを検討

(39) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第5版]』（有斐閣、2020年）147頁。

(40) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 [第七版]』（岩波書店、2019年）121頁

(41) 前掲注34、佐藤200頁。

(42) 佐藤が挙げる「基幹的な人格的自律権」の対象法益は、説示の時期が下るにつれて増加しているようである。最近時では前掲注34、佐藤199頁において、①生命・身体の自由、②精神活動の自由、③経済活動の自由、④人格価値そのものまつわる権利、⑤人格的自律権（自己決定権）、⑥平等の取り扱いを受ける権利、⑦適正な手続きの処遇を受ける権利、⑧参政権、⑨社会権、⑩権利利益の侵害・特別犠牲を受けた場合の救済を受ける権利、の10種を挙げている。本稿ではこの10種類を佐藤の現在の立場として捉えている。他方、1984年時点の説示では、⑥・⑧・⑩を除いた7種を挙げるにとどまる（樋口陽一ほか編『注釈日本国憲法上巻』（青林書院新社、1984年）286頁〔佐藤幸治執筆〕。なお、佐藤自身が「基幹的な人格的自律権」の内実は「社会時政治状況と関係しつつ発展的に形成されていくもの」（前掲注34、佐藤199頁）であることを示しており、憲法上の権利の源泉となる価値としての人格的自律といえども決して不動でなく動態的

の俎上に乗せる。この検討方法において注目すべきは、補充的保障の対象となる権利のみならず、あらゆる基本的人権の根源となる「基幹的な人格的自律権」の対象法益を列挙していることであり、この方法は既存の人権論の再検討・再認識にもつながる可能性を含む。佐藤の自己認識としても、人格的利益説は憲法13条解釈のみにとどまらず、佐藤の憲法学の全体にかかわる重要論点として位置づけられているが、基幹的な人格的自律権を対象法益から説き起す構造はその重要性の証左であるといえよう。

上述の通りの理論構造を確認した上で、佐藤における安楽死・尊厳死はどのような法益のもとに議論されるのかを把握しておきたい。佐藤の挙げる対象法益ごとの基幹的な人格的自律権の分類の中で、安楽死・尊厳死にかかわるのは「生命・身体の自由」と「人格的自律権（自己決定権）」である。そのうち「生命・身体の自由」は「公権力によるそれへの関与は犯罪などの重大な場合に限られると措定され、犯罪の捜査及び処罰の関係で問題とすれば足りると思われてきた⁽⁴⁵⁾」ものであり、従来の議論にならって「生命・身体の自由」の範囲を限定する。他方で脳死や尊厳死の問題を、インフォームド・コンセントと並び「自己決定権」の一領域である「生命・身体の処分に関わる事柄」へ送り込んだ上で、次のように述べる。

なものである以上、対象法益が増加すること自体に論理矛盾はない。

(43) 佐藤自身も芦部信喜の議論等、「新しい人権の内容を対象法益別に列挙・検討する」諸見解に着目している（前掲注34、佐藤199頁〔脚注11、12〕）が、これらは補充的保障の対象となる（佐藤のいう）「狭義の人格的自律権」を類型化する議論であり、佐藤自身の議論はさらに広範な概念である「基幹的な人格的自律権」を類型化するところから議論を始める点で異なる。

(44) 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）77-78頁。

(45) 前掲注34、佐藤200頁。また同書212頁も同旨を述べる。なお、この点についての佐藤の記述は注意深く練られており、脳死や尊厳死を「生命・身体の自由」に含めない原理的な理由は示されていない。佐藤において脳死・尊厳死は、伝統的に生命・身体の自由において扱われていた内容とは異なり「個人の自己決定（自己の運命の支配）の文脈で生命・身体の自由の問題にされだした」（同書212頁）ものである。脳死・尊厳死を自

「まず明確にしておきたいのは、「基本的人権」ないし「人格的自律権」の大前提には、“生きることは尊いことである”という考え方があるということである。尊厳死さらに安楽死については、一定の厳しい要件の下に「人格的自律権」(自己決定権)の行使として容認できる余地もないではないが、それに関連して(あるいはその延長線上において)「死ぬ権利」とか「自殺する権利」とかを安易に語るべきではない。「人格的自律権」(自己決定権)の行使といっても、そのときそのときの自律権の行使と、人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自己決定権の行使とに大別でき、後者の観点から前者が抑止されることがありうるということである。基本的な考え方として、回復が不可能で苦痛をとまなうような場合、本人の明確な意思をもとに、「延命治療拒否」(「品位ある死」を選び取ること)を認めうるのは、人の人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地がもはや存在しないからである。⁽⁴⁶⁾」

ここで示されるのは、佐藤が自己決定権の行使として許容するのはあくまで尊厳死(延命治療拒否)であり、積極的安楽死についても完全に否定されていないとはいえ、尊厳死の権利の許容にすらかなり慎重な枠組みを用いている。すなわち、「生命・身体の処分にかかわる事柄」の自己決定としてカテゴライズされているが、人生の「ある時点」での生命の喪失につながる自己決定は、原則として人生の全領域において制限されている。その制限の根拠は、直接には「人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自己決定」という語で表されているが、実質的には佐藤のいう(生きることは尊いという考え方が織り込まれた)「人格的自律」の価値による制約であると解して

己決定権と生命・身体の自由のいずれとして扱うかは、あくまで解釈論上の選択の問題に過ぎないと読む余地が存在するように見える。

(46) 前掲注34、佐藤212-213頁。

よかろう。こうして生命処分の自己決定は常時制限され、人格的自律という大きな価値が存在しなくなったと判定された場合にのみ、憲法上の権利として認められることになる。このように見てくると、実は「人格的自律」は生命処分権の根拠ではなくむしろ制約の原理として働くのであって、このような論理構造に一般的行為自由説と対峙した場合の人格的利益説の独自性が存在しているといえる。しかし同時に、人格的自律に織り込まれた「生命尊貴」⁽⁴⁷⁾は、個人の自律的意思を離れた客観的な制約原理として働いている。人生のほぼ全領域において客観的原理によって制約される自己決定は、それを「自己決定」と呼べるかどうかという根源的問題が生じるように思われる。

(3) 自己決定権としての「死の権利」の承認：松井茂記説

通説的な人格的利益説の担い手である佐藤に対し、それとは大きく異なる独自の権利論（プロセス論）を展開してきたのが松井茂記である。その原理論的独自性に加えて、松井はとりわけ近年の議論において積極的に安楽死・尊厳死の承認を説いていることから、通説的見解に対する対抗説として松井の議論を取り上げたい。近年の松井の基本的な立場は、カナダの安楽死・尊厳死にかかわる最高裁判決と法制化の経緯を紹介し、比較法的視点も交えつつ日本における安楽死・尊厳死の法的承認を目指すものである。⁽⁴⁸⁾

松井は独自のプロセス論の立場から、一般的行為自由説と人格的利益説の対立については深入りしていない。しかしプロセス論からは「裁判所は、憲法条文と十分な結びつきのあるような新しい権利か、政治参加のプロセスに不可欠な権利でない限りは、13条から明文根拠を欠く基本的人権を創出する

(47) 佐藤のいう古典的な意味での「生命・身体的自由」を正面から扱った死刑合憲判決（最大判昭和23年3月12日刑集第2巻3号191頁）の表現を借りた。

(48) 松井茂記「カナダの尊厳死・安楽死法について」、『法律時報』88巻9号（2016年）82-91頁、同「カナダの尊厳死・安楽死の現在」、『法律時報』91巻5号（2019年）93-98頁。

ことは許されないもの⁽⁴⁹⁾と考えるべき」であることが示されており、補充的保障の範囲を限定しようとする点で、松井の議論は人格的利益説と似た枠組みをもつ。第三の道を行く松井は、当然一般的行為自由説と人格的利益説双方を批判するが、一般的行為自由説に対する批判は、憲法上の権利に「明文規定で保護されているのと同等の基本的な権利」という限定をかけなければ「憲法が明文規定で基本的人権を保障していることの意味がほとんどないもの⁽⁵⁰⁾となってしまふ」という根源的なものである。これに対して人格的利益説への批判は「人格的自律にとって不可欠かどうかを判定する基準」が不明確であることに向けられているが、一般的自由説に対する批判に比べれば、どちらかといえば松井が人格的利益説の発想にシンパシーを持っていることが⁽⁵¹⁾わかる。⁽⁵²⁾

だが基本的な議論構造が類似するといっても、安楽死・尊厳死の権利性の

(49) 松井茂記『日本国憲法 [第3版]』(有斐閣、2007年) 339頁。

(50) 前掲注49、松井337頁。

(51) 前掲注49、松井338頁。また、松井茂記「自己決定権」、長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、1995年) 57頁。

(52) しかも松井は、人格的利益説に対するもう一つの批判として「人格的自律権説に立ちつつ、人格的自律に不可欠とは言えない自由についても、不合理な制約は許されないとの主張があるが、これでは結局一般的自由説と変わらない」と述べている(前掲注49、松井338頁)。この記述も、松井の議論が補充的保障の範囲を適切に限定するべきであるとの発想法に親和的であることを示唆する。なお、ここでの松井の批判対象はおそらく芦部信喜らの議論であろう。芦部は佐藤と異なり「ライフスタイルの自己決定」を憲法上保障される自己決定権として挙げつつ、髪型の自由、喫煙の自由、バイクに乗る自由等についてそれらが憲法上保障される自己決定権に含まれるかどうかを明示せず(髪型)、あるいは憲法上の権利として認めない(喫煙、バイク)まま、訴訟においてはそれらの自由に対する規制の必要性・合理性を審査することを通じて一定の保障を及ぼそうとする(芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣、1994年) 404-406頁)。芦部の議論は、学説上自己決定権として扱われる自由を訴訟上保障するためには、憲法上の権利であるかどうかを必ずしも判定する必要はなく、端的にそれらの自由の規制の合理性を検討すれば足りるとの趣旨であろう。そうであれば、芦部の立場は憲法訴訟の事案解決を目的

議論においては、佐藤説と松井説には差異が現れてくる。松井は補充的保障の対象となる権利を前述の通り「憲法条文と十分な結びつきのあるような新しい権利か、政治参加のプロセスに不可欠な権利」と定めた上で、生命が奪われないことは政治参加の当然の前提である以上、生命権が当然に憲法上の保護を受けるものとする。生命権の中には「生きることを強制されない権利として、みずからの生命を自分で断つ権利」が含まれるとし、プロセス論からはこれを「政治的共同体の一員としての存在を死という形で放棄することも、最終的な市民の権利と考えるべき」であるとする。同時に「政府とすれば個人が死を合理的判断によって選択していることを確認するための必要不可欠な措置を取ることは許される」とし、生命放棄の権利の規制根拠を示す。⁽⁵⁴⁾この規制根拠は、安楽死・尊厳死の具体的な要件を定める法律を「死ぬ権利の制約」と捉えた上で、そのような法律の正当化根拠として機能することになる。

さらに近年の松井による安楽死・尊厳死肯定論⁽⁵⁵⁾は、必ずしも人格的利益やプロセス論とのかわりが明確ではなくなったが、その問題意識や理論構造そのものはさらに明快になっている。まず問題意識は明確に安楽死・尊厳死

とした場合には「ライフスタイルの自己決定権」にさしたる実益がないことを示すものとなる。他方、佐藤も松井も原理的な人権の範囲の画定に関心を向けており、松井による批判は関心の違いから必然的に生じたものといえる。

(53) 前掲注49、松井504頁。

(54) 前掲注49、松井505頁。なお同箇所では松井は「生命維持装置を拒否したり、その取外しを求める権利は認められるが、積極的安楽死を求める権利までは認められまい」として尊厳死を肯定しつつ「殺してもらう権利」としての積極的安楽死を否定しているが、後述する通り、後に（2016年時点で）積極的安楽死を肯定する議論へ転換している。これは本文でも述べる通り、カナダの安楽死・尊厳死に関する訴訟・法制の展開を受けての改説と思われる。

(55) 松井茂記「安らかに死なせてほしい—尊厳死の権利および安楽死の権利」、松井茂記編著『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）1-31頁。これ以降の「近年の松井による安楽死・尊厳死肯定論」はこの論考を指す。

の合法化に向けられており、現行のガイドラインによる対応、すなわち2007年に厚生労働省が策定した「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」(2018年に改訂⁽⁵⁶⁾)および2014年に日本救急医学会ほか三学会の策定した「救急・集中治療における終末期医療に関するガイドライン」、全日本病院協会が2009年に策定した「終末期医療に関するガイドライン」(2016年に改訂⁽⁵⁷⁾)等だけでは不十分であるとの認識を示している。これらのガイドラインは医療ケアチームによる判断やリヴィング・ウィルと患者家族の意思の尊重等、安楽死・尊厳死にかかわる意思決定のプロセスを示すものであるが、安楽死・尊厳死が合法か違法かを示す具体的な基準を示していない⁽⁵⁸⁾。よって安楽死・尊厳死の処置を行った医師が処罰されるかは明確でなく、医療現場での安楽死・尊厳死の実行に医療者側は消極的態度を取らざるをえないというのである⁽⁵⁹⁾。このような問題意識から、松井の議論は一定の要件のもとで明示的に医療者の刑事、民事、行政上の法的責任を免除する法律（いわゆる尊厳

(56) 前掲注13、「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」策定を指す。

(57) 「終末期医療に関するガイドライン」(https://www.ajha.or.jp/voice/pdf/161122_1.pdf、2020年10月20日閲覧)の策定を指す。

(58) 本文に示した通り、厚生労働省、全日本病院協会のガイドラインは松井が批判した時点のものから改訂されているが、改訂後においても刑事責任の有無を分ける明確な基準は記されていないため、松井の現状認識は（その当否は別として）一応、現在もそのまま当てはまる。刑事法学者の井田良は、医療現場において一般的に参照されるべき生命倫理を明らかにするガイドラインと、殺人罪規定が適用されるか否かの最後の一線を定める法的議論とを区別し、(ガイドラインが前者を示すのに対して)後者こそが刑事法学の対象であり役割であるとの指摘する（井田良「終末期医療における刑法の役割」、ジュリストNo.1377（2009年）80-81頁）。

(59) 前掲注55、松井4-6頁。なお、ガイドラインのみでは医療者は安楽死・尊厳死の決定について消極化するはずであるとの松井の現状認識・問題意識は、法律家および医療者の間では必ずしも一般的なものとはいえない。例えば刑事法学者の山口厚は、法学雑誌上の座談会において日本救急医学会のガイドラインを念頭に置きつつ、「プロセス、ガイドラインに従っている限りは實際上、刑事責任は問われないだろう」という旨の発

死法)の制定を最終目標とするものとなる。

さらに、松井による議論の構造の特徴は安楽死・尊厳死の問題を「憲法論として」明快に解決しようとするところにある。具体的には次の二つの特徴をあげることができる。第一の特徴は、最終目標は尊厳死法であるが、そこに至る道筋として裁判所による違憲判決を提示することである。論稿の最初の頁から「刑法の自殺幫助および同意殺人の禁止規定が大きな障害となる」ことを指摘し、「これらの規定は憲法に反しないのであろうか」といういささか特異な問題設定をしている。⁽⁶⁰⁾ 特異であるというのは、憲法学からの安楽死・尊厳死肯定論は主に法制化の前提となる自己決定権とその限界を論じたものであって、松井のように現行刑法の違憲性を指摘する議論はまれであるからだ。しかし松井は、後述する通り憲法13条から「死を選択する権利」を導出することから安楽死・尊厳死が許容される状況を想定し（ここまでは典型的な憲法論の射程と類似する）、その上で「刑法の自殺幫助罪の規定がそのような場合にも適用され、患者の自殺幫助を求める権利を否定し、医師による自殺幫助をすべて禁止しているとすれば、刑法の自殺幫助罪の規定それ自体が憲法第一三条に反すると言わざるをえないのではなかろうか。ここで

言をしている。同座談会において、医学部教授である有賀徹氏はガイドラインの果たすところについて、医療現場で「患者さんの治療の上での倫理的な対応というのが、かなり具体的に分かるようになった」、「医療者として同じような議論ができるようになったということが、アンケートで帰ってきています」と発言し、医療者の立場から現場の意思決定に一定の効果をもたらしたことを評価している。続けて同氏は「医師の裁量とか倫理的な対応」を「漠然と頭の中で思っているだけでは駄目で、実学としてやらなければいけない」のであり、「罪から逃れるとか咎められるという話よりも、そういうふうな倫理的対応をすることの方が重要なので、それをきちっとやっておけば、おそらくそんなこと（筆者注：刑事責任の追及）にはならないだろうと思います」と発言しており、ガイドラインに法的紛争の発生を抑制する効果があることも示している（山口発言は「座談会 終末医療と刑法」、ジュリストNo.1377（2009年）頁）96頁、有賀発言は同98頁より）。

(60) 前掲注55、松井1頁。

も刑法第三五条の正当な業務行為としての正当化では不十分だと言うべきである⁽⁶¹⁾と述べる。そして結論として、裁判所に対して「憲法第一三条のもとで刑法の自殺幫助罪および同意殺人罪の規定が憲法違反とされる場合を明示して、そのような事例にまで適用される限りで双方を違憲とし、国会に例えば一年以内にこれらを憲法に適合するよう修正しなければ、双方とも無効にすると判断し、最終的判断を国会に委ねるべき⁽⁶²⁾」だと要請する。松井が裁判所に求める違憲判断は、「法令の合憲限定解釈が不可能である場合、すなわち合憲的に適用できる部分と違憲的に適用される可能性のある部分とが不可分の関係にある場合に、違憲的適用の場合をも含むような広い解釈に基づいて当該事件に適用するのは違憲である、という趣旨の判決⁽⁶³⁾」であり、いわゆる（処分違法、処分違憲とは区別された狭義の）適用違憲の判断である。法令の合憲限定解釈が不可能であることが前提となるが、それゆえここで求められている適用審査は違憲的適用をせざるを得ない法令の不備に向けられる実質的な法令審査であり⁽⁶⁵⁾、違憲判断の対象が立法行為であることが明確になるため、その後の法改正（法制定）による違憲性の治癒も立法府に求められる⁽⁶⁶⁾。

(61) 前掲注55、松井23頁。

(62) 前掲注55、松井30-33頁。なお、裁判所の直接的な違憲判断から立法府による安楽死・尊厳死の法制化を引き出す方法は、カナダ最高裁が実際に行った違憲判断をベースにしており、松井の明快な立場が比較法的確信に裏打ちされたものであることがわかる。

(63) 前掲注40、芦部399-400頁。

(64) 松井は適用違憲類型や合憲限定解釈が不可能かどうかについて直接には検討していない。ただ、本文で述べる通り、松井はガイドラインや正当業務行為による対応を「法的責任の存否の基準が明確でないがゆえに」不十分であるとしていることから、「自殺幫助罪、同意殺人罪の文面上合憲的適用と違憲的適用を区別できず合憲限定解釈ができない」という判断が内在しているように思われる。

(65) 曾我部真裕ほか編『憲法論点教室 [第2版]』（日本評論社、2020年）43-44頁。

(66) なお付随的違憲審査制を採用する日本において裁判所がこのような違憲判断を下すには、刑事法分野における「違憲的適用の事例」が発生しなければならない。だが実際

松井による議論の構造の第二の特徴は、死を選択する憲法上の権利を正面から承認していることであり、これが佐藤ほか通説的な憲法論との最大の相違点であると思われる。松井は憲法13条の「生命の権利」から直接的に「その裏側として究極的な選択としての死を選ぶ権利ないし死ぬ権利を保障しているとも考えられる⁽⁶⁷⁾」とする。また、憲法論において一般的な自己決定権としての「生命・身体処分の権利」の枠組みからでも治療方法の選択権が保障される以上、「死を選択する自由も、治療に関する自己決定に含まれると言えるかもしれない⁽⁶⁸⁾」という。カナダ最高裁は「生きるに値する尊厳をもって生きる権利」を認めつつ死を選択する権利までは明示的に認めなかったが、松井はこれも結局「死ぬ権利を認めたのに等しい⁽⁶⁹⁾」と評価し、憲法13条に死を選択する権利が含まれると結論付ける。さらに「死を選択する権利」とい

に起訴される事件は現行の諸ガイドラインの存在を考え合わせても違法性・有責性の高い事案のみである可能性が高いため、違憲判断の実現性は低いと思われる。起訴の可能性が高い事例としては、例えば2019年に医師がSNSで知り合った筋萎縮性側索硬化症（ALS）の女性の求めに応じて薬物を投与し殺害し囑託殺人の疑いで逮捕された事件が想起される（なお2020年8月に起訴済）。この事件の医師は女性の担当医ではなく、SNSを介した関係が発端であるなど、各種ガイドラインの想定するような意思決定プロセスを明らかに欠いたものである。また報道によれば、逮捕に踏み切った京都府警は「安楽死ではない」と判断しており、東海大学病院事件横浜地裁判決の示す積極的安楽死の4要件を充たしていないことが逮捕の実質的根拠と見られている（毎日新聞2020年7月24日朝刊1頁）。前掲注20、松田142-143頁は、厚労省の示すガイドラインには東海大学病院事件・川崎協同病院事件の判決・決定の内容を取り込んだものであって、ガイドラインが示すプロセスを積み上げていけば、そもそも刑事事件にならない（逮捕起訴される可能性は極めて低い）し、現にガイドライン策定後に治療中止の行為のみをめぐって警察が動いた例はないとしている。こうした事例・見解をみるに、ガイドラインを逸脱しない意思決定がなされたにも関わらず逮捕・起訴され、自己決定権に対する違憲的制約（過剰包摂）が認められるような事例は、現実的に生じ難いと思われる。

(67) 前掲注55、松井10頁。

(68) 前掲注55、松井11頁。

(69) 前掲注55、松井11頁。

う表現には含みがあり、単なる治療中止（尊厳死）の権利を超えて、積極的安楽死を要求する権利（医師に死なせてもらう権利）すらも肯定するに至る。「日本の憲法学説で、安楽死の権利を憲法上主張しているものはほとんどない。しかし、もし死の選択が個人の権利であるなら、安楽死の権利も否定できないのではなかろうか」という。⁽⁷⁰⁾

このように結論は明快であるが、2007年の概説書上の議論とは異なり、ここでは松井が幸福追求権・自己決定権をどのように解釈しているのかは明確ではない。松井が死を選択する権利を導出する決定的な根拠は、一般的行為自由説か人格的利益説かの構成やプロセス論からのアプローチというよりも、(積極的)安楽死と尊厳死を区別する根拠がないことから、尊厳死（治療中止）の権利を認めるのなら死の選択権を認めたことになり、死の選択権を認めるならば安楽死も認めるほかないという確信にあるように思われる。それゆえ、通説的な治療選択権からも積極的安楽死まで肯定できると示唆するのである。したがって、佐藤の立場のように人格的自律の概念をもって生命の権利を客観的に制限する論理構成とは明らかに衝突しており、実質的には一般的行為自由説に近いように思われる。⁽⁷¹⁾ 実践論として違憲判断を求める

(70) 前掲注55、松井25頁。

(71) 尊厳死のみを肯定し安楽死を否定した2007年時点の議論とは対照的に、安楽死まで肯定した2016年の議論では、生命の権利の制約根拠が登場しない。結論として安楽死を制約する根拠が必要なくなったことに加え、健康な青年の自殺の権利については実体法上自殺が禁止されていないことから実益のない議論に過ぎないとし（前掲注55、松井12頁）、逆に言えば自ら死ぬ手段を持たない患者にのみ医師の処置を保障すれば人権保障としては足りるとも述べている（前掲注55、松井25頁）。さらに患者の真の意味での自己決定を確保するための条件や医師の権限乱用の防止等の問題は、結局は手続論であって憲法上の実体的権利の問題とは次元が違うものとかわしている（前掲注55、松井27頁）。これらの松井の議論は、生命権固有の制約原理ではなく、人権一般にかかる公共の福祉による合理的制約を説いているように見える。生命権固有の制約原理を示さなくなったことについて、2007年時点では人格的利益説の構造にシンパシーを見せていたが、2016年時点の議論は一般的行為自由説のバリエーションの一つに寄ったものと捉え

第一の特徴と重なって、松井の立場は憲法論としてかなり独自のものとなっている。憲法学説に限らず日本における議論は安楽死と尊厳死を明確に区別し、尊厳死に限って許容するという議論が多数であるから、この意味でも松井の独自性が際立つ。⁽⁷²⁾

典型的な議論である佐藤説と比較した時、近時の松井説はそこからかなり距離を取り、司法に期待する役割と幸福追求権の射程の2点において、独自の立場を採っていることがわかる。オルタナティブとしての松井説を認識した上で、次項では両説の差異を整理するヒントとして、中山茂樹の分類論を参照する。

3 憲法学における客観的アプローチの可能性

(1) 中山茂樹による整理：医療と自己決定の三領域

中山茂樹は、自己決定権を道具として科学技術と生命・身体の問題を考察している。中山の議論の特徴は自己決定権を憲法上の権利としてのみならず、民事法、医事法、刑事法など関連する法律学の各視点からの議論にもたえうる、様々な法的議論を受け止められる多義的な概念として自己決定権を整理している点である。本稿は安楽死・尊厳死問題のための自己決定権論のみ念頭に置くが、ここで主に引用する中山の論考は、ひろく人体の一部を採取する際の法的要件、とりわけ「人の身体に侵襲を加える要件」としての本人の自己決定を検討するものである。「人の身体に侵襲」は幅広い概念であ

れば、松井の立場を把握しやすいように思われる。

(72) 安楽死と尊厳死の区別は日本に特有のもので、諸外国では両者は地続きの議論であり、両者とも合法化された国もある。他方、日本尊厳死協会の戦略もあって日本での立法活動は「尊厳死法案」の名で展開されており（前掲注20、松田106-107頁）、国内の学説形成に影響を与えているものと思われる。

(73) 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』第40巻3・4号（2007年）71-111頁。

り、安楽死・尊厳死や治療中止もここに含まれると考えられる。

中山は憲法上の自己決定権の効果として、次の三原則を挙げる⁽⁷⁴⁾。第一原則は「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（侵襲）を規制できない」、第二原則は「品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⁽⁷⁵⁾」、第三原則は「本人の自己決定無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」。これらは憲法上の自己決定権の議論であるから、三原則の全てに侵襲者または私人による自己決定権への制約・侵害に対する規制者として国家が登場している。理論的には、これら三原則は自己決定権の自由権（消極的権利）の内容（第一、第二）と制約根拠（第三）について整理したものとなっている。

第一原則では、直接に死につながる自己決定を、本人の自己決定があるにも関わらずなぜ国家が規制可能なのが問われる。ここでは自己決定権のありうる制約根拠の一つとして「個人の自律性」が挙げられる。すなわち「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制を行うことができる⁽⁷⁶⁾」のである。この議論はいわゆる「自己決定の前提条件を整えるための規制」の許容性と必要性を人格的自律の概念それ自体から導出するものであり、その意味では生命尊貴を取り込んだ人格的自律概念から積極的安楽死を否定し尊厳死のみを肯定した佐藤幸治の議論はここに位置づけられる。他方、「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

(74) 前掲注73、中山73-76頁。

(75) なお、中山においては、第二原則は伝統的には刑事手続の問題として扱われていた問題であって、自己決定権よりも一般的に強い権利である「個人の身体に対する権利」として範疇化することを提案する（前掲注73、中山83頁）。

(76) 前掲注73、中山78頁。

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当てはまらない。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⁽⁷⁷⁾という。ここでいう（自己決定の前提が充たされている場合にも及ぶ）過剰包摂の問題を理論化したのが、前述の松井の立場ということになる。自己決定権アプローチをとった上で尊厳死・治療中止を正当化する場合、「死に向かう自己決定を行う権利」の存在を論証した後に、具体的にどのような規制が「過剰包摂」となるのか（過剰包摂に当たらない規制だからこそ制度化が許される）、合憲か違憲かの判定をすることは避けられない。憲法学の自己決定権論は、「尊厳死・治療中止が原理的に否定されない」ことを論証するところまでは一致しているが、過剰包摂の違憲性という問題設定までには一致が見られないように思われる。現行刑法規定についての違憲判決までを射程においた松井の議論が特異であったのは、過剰包摂の違憲性の範囲を明確に示していたからであるといえよう⁽⁷⁸⁾。逆に言えば、松井のように違憲判決を求めるような立場ではない限り、憲法学が正面から過剰包摂を取り扱わず、佐藤説に代表されるように身体処分に関わる自己決定の根拠と対象範囲の画定に終始するとすれば、そのような憲法学説から導かれるのは、結局のところ「相当程度に画定された自己決定権に矛盾しない限りにおいて立法を行うことができる」という結論であり、端的に言えば憲法訴訟論ではなく立法論にしかなりえない。しかし立法論が真の主題であるとしても、新しい法的権利を立法によって認める場合は（立法裁量の範囲内で）自由に権利を創設可能であり⁽⁷⁹⁾、例え

(77) 前掲注73、中山78頁。

(78) もっとも脚注59および66で示した通り、松井の現状認識・問題関心の妥当性が必ずしも自明でないことや、松井のめざす違憲判決の可能性が日本においては低いと思われることから、過剰包摂の検討が憲法学にとって必須とまではいえないであろう。

ば法律によって尊厳死を合法化するのは自己決定権の拡張・具体化にすぎない。この段階で憲法学の自己決定権論が効果的に機能するには、尊厳死の自己決定権の存否を確定させるだけではならず、立法（およびガイドラインの）内容を積極的に形成するものであることが求められる。

この内容形成的な自己決定権の議論の手がかりを与えてくれるのが、中山による自己決定権の第三原則である。第三原則は、自己決定権から国家の規制を正当化するものであるが、憲法学の基本線である古典的な消極的権利としての自己決定権を提示するばかりでは、「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は出てこない⁽⁸⁰⁾」。すなわち、憲法学の自己決定権からは立法内容形成的な議論は出てこないことを意味する。そこで中山は、民法学および刑法学における自己決定概念の扱われ方を参照し、憲法学の自己決定権論とは異なる側面を描き出している。

中山の整理によれば、「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⁽⁸¹⁾」のであり、実はそれは実質的に「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。これは、憲法学の言葉づかいは、デュー・プロセスないし人の人格そのものにたいする権利（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⁽⁸²⁾」。民法におけるこのような傾向は、現行の尊厳死・治療中止に関するガイドラインの方向性とも直接的に合致する。透析医学会の2020年ガイドライン改訂が透析中止

(79) 前掲注39、高橋149頁。いわゆる「新しい人権」は、立法府が新しい人権の社会的要請に応答しない場合の補充的な権利創出手段であり、立法論ではなく憲法訴訟論上の問題である。

(80) 前掲注73、中山96頁。

(81) 前掲注73、中山96頁。

(82) 前掲注73、中山98頁。

という「死につながる自己決定」の是非よりもその意思決定のプロセスの整備に傾注したことはその一例といえよう。またよりひろく「患者の権利法」を構想する弁護士会の提言では、「自己決定権の空洞化」の語が何度も登場し、空洞化の防止として自己決定の支援を行おうとする問題意識が一貫している。⁽⁸³⁾ 自己決定の条件整備とも実質化ともいえるが、「患者の権利」を主題としたアプローチでは、自己決定権の内容それ自体は留め置かれたまま、自己決定のサポートが焦点化される。

また刑法学においては「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、異なる枠組みで議論することが広く見られる⁽⁸⁴⁾」という。要するに治療行為の違法性が阻却される根拠の核心は「治療効果が期待できる適切な治療行為であること」それ自体であり、同意＝患者の自己決定が直接違法性阻却の根拠になるわけではないのである。また中山は、患者の推定的同意による治療行為の正当化も、自己決定を擬制しているというより「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⁽⁸⁵⁾」と捉えている。

そして中山は、民法学・刑法学の立場を総合して「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⁽⁸⁶⁾」と述べる。

(83) 日本弁護士連合会人権擁護委員会編『提言患者の権利法大綱案』(明石書店、2013年)。例えば大綱前文の解説(23頁)や、大綱1-8自己決定権の解説(29頁)に自己決定権の「空洞化」や「実質化」といった問題意識が登場する。

(84) 前掲注73、中山98頁。

(85) 前掲注73、中山98頁。

(86) 前掲注73、中山98頁。加えてここで中山は、国家が治療行為を行う場合に、憲法が患者の意思決定の重みの問題についてどのように考えるのか明らかでないも付言している。中山は問題領域の厳密な整理のために「国家が治療行為を行う場合」に限定し

私見では、憲法学の課題はここにある。第一原則において指摘された過剰包摂に憲法学の多数の問題意識が向けられないとすれば、むしろ民法学や刑法学のように「自己決定それ自体の重み」とは別のものに焦点を当てた憲法論を立てることが有効なのではないか。ここで議論を見やすくするために、佐藤幸治の理論構造にならって「法益」の語を用いて整理することにしよう。憲法学の自己決定権での議論では、権利保障を通じて実現しようとする対象法益は「自己決定」そのものであって本人の意思のありようが焦点化される。他方、民法学では微妙に異なる「人格の保護」あるいは「自己決定の条件整備」であり、刑法学での自己決定は法益というより「生命・身体への侵襲を正当化する浮動的な要素」であって、これらは本人意思を離れて客観的に測りやすい。

佐藤の説く人格的利益説からの尊厳死論では、(生命尊貴という客観的価値の入り込んだ)人格的自律が本人の意思を制約する原理として位置づけられた。しかし、松井説と異なり過剰包摂の問題を主題とせず立法論を主眼に論じるのであれば、必ずしも「憲法上の権利」としての領域的限定を極める必要はなく、佐藤の説く人権制約根拠としての人格的自律(もしくは客観的価値としての生命尊貴等)は、むしろ立法論において追求すべき法益として位置づけてしまい、法制化やガイドラインの具体的内容に反映させていく方がシンプルではないか。問題意識は民法学と共通する「自己決定のサポート」であるが、憲法学からはこれを「立法において実現すべき人権の対象法益」として論理構成するのである。

中山も、「法益」という切り口ではないものの、この方向性を示唆している。すなわち「個人の存在そのものの保障という点も、「個人の尊重」原則

ているものの、尊厳死・治療中止に関する立法論においては、治療主体が公的存在か私的存在かにかかわらず同じ問題が生じる。したがって松井説のように立法論を離れて過剰包摂・憲法訴訟論に集中しない限り、憲法学の態度がはっきりしないという批判からは逃れられない。

に含まれているのではないか。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てい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⁽⁸⁷⁾という。この見解は自己決定権とは別の「生命・身体に対する権利」を提示する中で説かれたものではあるが、要するに「意思の自由」から距離を取った「個人の存在そのもの」という客観的な対象法益を持つ権利の問題として構成しようとしているのである⁽⁸⁸⁾。生存権がその享有主体の意思決定能力をなんら問題としないように、尊厳死・治療中止の権利も本人の意思決定能力が十分でない・明確ではない状況でも十全に保障されなければならないものと捉えられることになる。

このような議論構造を、自己決定権アプローチと区別して本稿では仮に「客観的アプローチ」と呼称する。これは、自己決定権アプローチ（憲法13条の幸福追求権 ⇒ 新しい人権としての自己決定権 ⇒ 終末期医療における

(87) 前掲注73、中山106頁。

(88) 近時の議論で中山は、安楽死・尊厳死に関わる自己決定権を①消極的自由、②身体に対する権利・適正な手続的処遇を求める権利、③人格的生存の現実的な条件の確保を求める積極的権利の3つに分類している（中山茂樹「自分らしい死」をめぐる法と倫理」、『法学セミナー』No.788、(2020年) 27-28頁）。これらは本文で述べた三原則の分類と完全に一致するものではないため、本文で引用した方向性を発展させたものか否かは定かではない。しかし、①、②については前掲注73の論考を脚注に挙げており（同27頁脚注4）、本稿で分析してきた中山の自己決定権論がそのまま安楽死・尊厳死にも適用するものとして想定されていることは確かである。また、③についてはこれを「作為請求権」と認め「生存権ないし社会権がそうであるように、立法等による制度整備がなされなければ法的な具体的権利となることが難しい」としている。明確に「意思の自由」の契機から離れていることから、本文で引用した方向性と通底するものと思われる。

治療中止の権利という構造)と異なり、過剰包摂の問題と意思の契機から離れ、人格的自律とは別の観点から、安楽死・尊厳死・治療中止の対象法益を捉え直すアプローチである。⁽⁸⁹⁾中山の議論を通じて、対象法益に注目することで憲法学上の議論を整理する参照軸を見出すことができるのである。

(2) 客観的アプローチと人権原論再訪① 戸波江二の議論

客観的アプローチの可能性が示すのは、安楽死・尊厳死・治療中止にかかわる憲法学の議論を、必ずしも憲法訴訟・人格的利益説の中に位置づける必然性はないことである。そこで、より広い基盤の上で憲法上の権利としての安楽死・尊厳死・治療中止について考察するために、一般的行為自由説の代表的見解である戸波江二の論稿⁽⁹⁰⁾を参照しながらこれらの権利を位置づけることを試みたい。もっとも、ここで着目したいのは一般的行為自由説そのものというよりも、その前提となっている「憲法上の権利」の説き起こし方である。

戸波は著名な一般的行為自由説の説示部分の前に、前提となる人権論の全体像を示している。この部分は必ずしも一般的行為自由説と不可分の説示ではなく、憲法上の人権を導出する際の前提として広く参照すべき価値がある

(89) このように解しても、安楽死・尊厳死や治療中止の問題から意思の契機が完全に消滅するわけでないことは強調しておきたい。本文に述べる客観的アプローチは、これらの問題領域において「憲法学から実践的な立法政策論を基礎づける」という目的のもとに導き出されるのである。中山が自己決定権をさらに分類するのも実践的な人権論にたえる道具として精緻化するためであって、本稿では原理レベルのアプローチ方法の区別という形で同様の作業を行ったものともいえる。本文で繰り返し述べた通り、過剰包摂や憲法訴訟論としての安楽死・尊厳死・治療中止の場面では、意思の契機を中心にした「憲法上の権利」としての自己決定権が追究されよう。また自己決定以外の対象法益を設定したからといって、反転してその法益を自己決定が制約する可能性もある(例えば、「生命の保障を本人の自己決定によって制約する」場面が尊厳死・治療中止の解禁であると説明する方法が考えられる)。

(90) 戸波江二「幸福追求権の構造」、『公法研究』第58号(1996年)1-27頁。

ように思われる。この前提論の中で戸波は、憲法上の権利を「憲法上の個人権」と「それ以外のもの」に区分している⁽⁹¹⁾。戸波が実際に提示する例に即してこの区分を敷衍しておきたい。「憲法上の個人権／それ以外のもの」の組合せとして戸波が挙げている例は、「個人の尊厳（13条）／拷問を受けない権利（36条）」、「表現の自由（21条1項）／検閲を受けない権利（21条2項）」、「知る権利（21条1項）／法廷でメモを取る権利（82条、裁判の公開原則）」である。例えば拷問を受けない権利は憲法36条の拷問禁止から導出されるが、拷問を受けない権利は「憲法上の個人権」自体ではなく、憲法上の個人権の一つである個人の尊重の保護領域の一部である。すなわち、ここでいう「それ以外のもの」とは、憲法に規定される権利あるいは憲法上の客観法原則から派生する権利であるが、より大きな括りの「憲法上の個人権」の保護領域に収れんする権利のことを指す。「それ以外のもの」も憲法上の権利である以上は、実定憲法規定の解釈から合理的に導出され、しかも単なる客観法原則ではなく主観的権利の形で表現されつつ、「憲法上の個人権」とは違いごく狭い射程（本稿の用語法で言えば、限定的な対象法益）しか持たない権利である。戸波はこの区別をもとに、幸福追求権から導出される非列挙人権を「特定の規範内容を持ち、人間の行為ないし状況がある程度包括的に保障するものと解すべき⁽⁹²⁾」であると位置づけている。このことから、戸波は一般的行為自由説のもとで幸福追求権から導出される新しい人権を、明文上の「憲法上の個人権」に該当するものと位置づけていることがうかがえる。別の箇所でも「（権利内容が不特定でなくても）国家に対する禁止規定や原則規定から派生する権利、国家に対する禁止を人権と読み替えた「～しない権利」、個別的な個人の行為であって「人権」既定の保護領域の範囲内にある行為などは、幸福追求権から導き出される独立した一つの

(91) 前掲注90、戸波6-7頁。

(92) 前掲注90、戸波7頁。

「人権」とは認めることはできない⁽⁹³⁾と述べることから、戸波が「それ以外のもの」に相当する内容の権利は幸福追求権から導かれる非列挙人権として不適格であると考えていることがわかる。⁽⁹⁴⁾

だが、本稿が目にするのは、戸波のいう「それ以外のもの」が、日本国憲法の上でいかなる解釈作業によって導かれるのかという点である。上述の通り、戸波の挙げた「それ以外のもの」の例は全て憲法規定上に直接の根拠を持っており、しかも根拠規定は保護領域の中にそれらを含む「憲法上の個別人権」とは別に存在する。要するに、「憲法上の個別人権」の保護範囲と他の条規によって明示的に具体化された「それ以外のもの」が存在している場合、あとは権利の実体的内容を比較してそれらを適切に結び付ける解釈作業によって、「憲法上の個別人権」と「それ以外のもの」が相補的に明確化される。

しかし、ここで一つの疑問が浮かぶ。既に述べた通り、戸波は幸福追求権から導出される非列挙人権（新しい人権）を「憲法上の個別人権」とのアナロジーで捉えているが、非列挙人権は当然、憲法規定に明文の根拠が存在しないのだから、そのような非列挙人権の保護法益に含まれる「それ以外のもの」に相当する権利もまた、憲法上の根拠を持たない。よって、非列挙人権を導き出す際に求められる解釈作業は、「憲法上の個別人権／それ以外のもの」の解釈作業（条文を比較し結合すればよい）と比べて複雑なものとなる。すなわち、新しい人権が「憲法上の個別人権」に匹敵することを示すのに足

(93) 前掲注90、戸波12頁。

(94) この点に着目すると、戸波の一般的行為自由説は、人格的自律の観念から人権の範囲を刈り込まない代わりに、広い保護領域（あるいは対象法益）をもつ権利に限定することで、かなり厳格に人権の幸福追求権から導出される憲法上の権利の幅を絞っているとみることができる。また、憲法上の権利の同定の場面では人格的自律を用いないとしても、違憲審査の過程では権利内容と「人格」概念との関連性によって厳格審査の厳格度を使い分けることを主張している（前掲注90、戸波16頁）ことから、人格的利益説と戸波の立場の距離はそれほど大きくないように見える。

る権利内容と具体性・包括性を持っていることの論証と、そのような新しい人権の保護範囲に入るようなより個別的な権利である「それ以外のもの」の存在の論証が、並行して求められることになる。平たく言えば、「憲法上の細かい権利を数え挙げていって、細かい権利の束としての新しい人権を論証する」ことと、「存在が確定している新しい人権から細かい権利を一つ一つ導出する」ということが、同時並行的に論証されていくのである。⁽⁹⁵⁾新しい人権の議論においては「憲法上の個人人権／それ以外のもの」の両者とも条文上の根拠がないため、一方の存在を前提として他方を導出する前述の二つの論証作業は本来、論理的に両立しえないが、憲法学以外の分野の議論をサポートにすることや、訴訟論でなく立法論であることから求められる論証の厳密性を下げることを通じて、⁽⁹⁶⁾憲法学は同時並行的に両者の論証作業を行っている。

この構図を、通説的な自己決定権からの安楽死・尊厳死・治療中止の議論にひきつければ、以下のようなになる。通説的見解は、疑似「憲法上の個人人権」である自己決定権の存在を前提に、安楽死・尊厳死・治療中止が自己決定権の保護範囲内であることを示そうとする。しかし他方で、自己決定権が「憲法上の個人人権」に匹敵することは必ずしも自明ではないため、自己決定権自体の個別性や包括性を示すために、家族関係やリプロダクション、ライフスタイル等の自己決定権と並び、包括的な自己決定権の一内容として「生命・身体処分の権利」が存在することを半ば前提とする。この構造を正

(95) 戸波が一般的行為自由説によって導出しようとしたのは「細かい権利の束」としての新しい人権というカテゴリーであるが、新しい人権（候補）の中にどのような「細かい権利」が（それも憲法上の権利として）保障されるのかが検討課題となることをも提示している。例えば「主要な非列挙人権から派生する権利についての独自の権利性の有無を検討すること」を今後の課題としている（前掲注90、戸波19頁）。

(96) そもそも戸波の用いた「保護範囲」が憲法訴訟を念頭に置いた三段階審査論の用語であって、法律やガイドラインによる権利創出の場面（立法論）では、憲法上の権利の実体的な保護範囲の論証を厳密にすることまでは求められないであろう。

面から受け止めれば論理矛盾が避けられないということになり、佐藤説が「生命・身体処分の自己決定」を取り上げつつも、人格的自律概念から「死ぬ権利」を否定しつつ自己決定の範囲を強く制約する構造となっているのは、このような論理矛盾に直面しているものであろう。しかし、かかる論理矛盾は必ずしも憲法論としての説得力を損なうとは限らず、憲法訴訟論・過剰包摂の問題を扱わないと明確に問題設定する限り、医療での意思決定に関する立法やガイドラインの内容を説得的に論じられるのであればむしろ有益である。真の問題は、戸波のいう「それ以外のもの」としての安楽死・尊厳死・治療中止の権利を、憲法規定上の根拠も明文の「憲法上の個人人權」の裏付けも欠いた状態でどれほど説得的に示せるかどうかである。

ここで、前項において示した客観的アプローチを採ることは、何を意味するのか。それは「それ以外のもの」としての安楽死・尊厳死・治療中止の権利を裏付ける疑似的な「憲法上の個人人權」として、「生命・身体に関する自己決定権」以外の法益に根差す権利を想定することになる。具体的にどのような法益を置くべきか、ここで明確な解答を示すことは筆者の能力を超えるが、中山の民法学・刑法学の議論に即して候補を挙げるとすれば、生命・身体そのものを離れて「自己決定の機会の保障」を法益とし生命・身体の客観的価値を本質的要素から外す（民法学的傾向）、あるいは端的に客観的な「生命・身体」に着目して自己決定はその一要素とする（刑法学的傾向）などが考えられる。

明文の根拠を欠く人權を基礎づけようとする際、明文の根拠をもつ人權とのアナロジーによって論証の説得力を高める方法が基本となる。本稿では戸波の「憲法上の権利」の分析からこのアナロジーの作業を可視化することを試みた。この観点から、安楽死・尊厳死・治療中止に関わる憲法論を複数取り上げて整理、分析し、その中から透析中止の問題を把握するための憲法論を構築するのが筆者の究極的目標であるが、これ以上の検討はひとまず今後の課題としたい。最後に、そのような検討の一例として、土井真一の議論⁽⁹⁷⁾に

対して分析を加えておきたい。

(3) 客観的アプローチと人権原論再訪② 土井真一の議論

土井の議論は、安楽死・尊厳死・脳死の問題に対して、その前提となる「自殺の権利」の検討からスタートする。土井は、生死は表裏一体の実体であることから、「生命に対する権利」は「生命を享受する権利」のみを意味するのか、それとも「死に対する権利」をも包摂するののかという問いを立て、原則として「死に対する権利」を否定する道をとる。この問いに答えるための鍵概念として、土井は人格的自律を挙げる⁽⁹⁸⁾。土井は人格的自律の概念を「共同体の構成員が相互にその存在意義を承認し、自律的存在として『共に生きていく』ことを求めるもの⁽¹⁰⁰⁾」と解釈しており、「自殺の権利」が憲法学上承認されがたいのは、人格的自律に込められた共生の意思を法によって維持することが認められているからである。土井の人格的自律概念が佐藤説とは異なるものであることには留意が必要だが⁽¹⁰¹⁾、それを置くとしても、土井の

(97) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」、『公法研究』第58号（1996年）92-102頁。格調高い文体による原理的考察と、後述する人格的自律概念を根拠として自殺の権利と積極的安楽死を否定しつつ尊厳死の権利を基礎づける論理構造が通説の見解に親和的であることから、安楽死・尊厳死の憲法論の基底として現在でも頻繁に引用されている。例えば前掲注34、佐藤213頁や、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）186頁（脚注40）など。佐藤が「憲法学は死ぬ権利を軽々しく語るべきではない」としたのは直接に土井の議論を根拠とした記述である。

(98) 前掲注97、土井93頁。

(99) 土井はプロセス論、一般的行為自由説、人格的利益説を「死に対する権利」の問題に適用し、人格的自律に基づく立場を最も妥当であるとしている（前掲注97、土井94-96頁）。プロセス論に明確に反対することや、「死ぬ権利」と積極的安楽死を否定することから、土井の議論は佐藤説以上に松井の立場に対する明確な反対論となっている。

(100) 前掲注97、土井97頁。

(101) 川崎協同病院事件一審判決は「死の権利」を否定し、安楽死・尊厳死の権利を「各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを

議論においては自殺の権利が原理的に封じられている。にもかかわらず土井は安楽死を否定し尊厳死をするのだが、これを可能にしているのは「尊厳死や安楽死の問題を『死に対する権利』として論じるのではなく、インフォームド・コンセントの法理の観点から理解しようとするアプローチ」を採用しているからであり、「そうすることによって、尊厳死や安楽死の問題を、肉体的にも精神的にも過度に負担となる治療を拒否し、身体を自然な状態で維持する措置という枠組みで理解することを可能にする⁽¹⁰²⁾」という。

しかしここで真に問われるべきは、尊厳死・治療中止といった「死につながる自己決定」が、死の権利の行使と原理的にどのように異なるのかという問題である。土井の論証の大部分が「死に対する権利」の原理的封印に向けられているがゆえに、インフォームド・コンセントを持ち出せばなぜその封印が解かれたことになるのか（あるいは尊厳死・治療中止は「死につながる自己決定」に含められないのか⁽¹⁰³⁾）、説明が十分ではないように思われる。

貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なもの」としている。だが土井はこのような説明は一般的行為自由説をとった場合の捉え方であるとし（前掲注97、土井96頁）、人格的利益説からの説明としては本文で示したものを採用している。

(102) 前掲注97、土井99頁。なお、同98-99頁では、インフォームド・コンセントを基軸とするアプローチに対して「示唆的である」とするにとどめており、土井自身が完全にこの考え方を採用したと言えるかは若干の留保が必要であるが、この後の土井の議論は採用したとみななければ成立しないものになっている。

(103) この問題に対する土井の明確な解答はないが、強いて可能性を挙げるとすれば、人格的利益説における憲法上の権利の要件である「人格的生存に不可欠であること」の意味について、「人格的自律を積極的に促進するものでなくても、逆にそれを積極的に害するものでないのであれば、広く憲法上の保障に含めていく道が探られるべきであるように思われる（前掲注97、土井98頁）」と述べている箇所であろう。土井の人格的自律概念を考え合わせれば、「人格的自律を促進する」という語句の意味は「共生の意思の保障を促進する」といった意味であろう（人格的自律が客観的価値としての側面を帯びていることは疑いないように思われる）。したがって尊厳死・治療中止であれば権利として認めても「共生の意思の保障を原理的に脅かすものではない」と論証されれば、

結局、土井が憲法論から導かれる指針として提示するのは、①積極的安楽死と消極的安楽死の区別が憲法論上も必要であること、②安楽死・尊厳死の権利の行使にあたっては本人の明示的意思が前提となること、③死という重大な結果に連なる行為である以上、国がその選択手続に厳格さを要求することは憲法上許容されること、の三点である。⁽¹⁰⁴⁾これらの指針の内容は決して特異なものではなく、憲法論以外においてもごく一般的に受容されているものである。だが同時に、土井の憲法論としての本論である「死に対する権利」の原理的封印とこれら三指針がどのように結びつくのかは定かではない。

むしろ土井の議論が示したのは、自己決定アプローチ（自己決定権に基づいて安楽死・尊厳死の権利を正当化しつつ法制化の限界を探る）ではなく、その困難性ではないか。本稿の提示した客観的アプローチは、人格的自律・自己決定の核心となる意思の問題を離れ、それ以外の法益を設定する可能性を探るところから始まる。土井の議論は徹底して人格的自律の原理から離れずに構築されているがゆえに、尊厳死・安楽死を肯定する憲法論を構築するためには、人格的自律以外の原理に注目するしかないことを逆説的に示した結果になっている。特に、土井の指針②において、積極的安楽死を憲法上の権利から排除しつつも「個人の尊重原理に十分に配慮した上で、立法政策の問題としてより一層の検討がはかられるべきである」⁽¹⁰⁵⁾としており、憲法論上原則として封じられた「死に対する権利」が立法政策上は許容され保障される可能性があるという構造になってしまっている。また指針③も、国家による立法政策の正当化のための議論であって、過剰包摂（権利の違憲的制約の排除）を目的としたものでないことは明白である。これらの指針は、土井が封じた「死に対する権利」とは別の法益を対象とする「安楽死・尊厳死の権

死につながる自己決定であっても「人格的自律を積極的に害するものでない」がゆえに問題がないと判断される余地がある。

(104) 前掲注97、土井99-100頁。

(105) 前掲注97、土井99頁。

利」が内在的に存在し、それらを実現するための立法政策が求められているものと構成しなければ説明が付き難い。

そこで必要になる安楽死・尊厳死の権利の別の基盤が、土井においてはインフォームド・コンセントであったとみられるが、憲法論として完成させるにはインフォームド・コンセントを適切に論じる作業が必要である。客観的アプローチは、この作業を法益の区別に着目して行おうとするものである。⁽¹⁰⁶⁾ インフォームド・コンセントは、中山による民法学の傾向にそって整理すれば、生命・身体を離れて「自己決定の機会の保障を固有の対象法益とした権利」を構築する方向で説明されることになろう。生命を人格的自律の根幹をなす重大な権利であるとする土井の立場からは、消極的安楽死・尊厳死・治療中止を統合的に許容するために一度生命・身体を離れる必要があると思われる。土井の議論は、憲法論上尊厳死・安楽死の議論をより実効的に行うために、客観的アプローチが必要であることを示す先例であると評価するのが適切である。

むすびにかえて

以上の通り、本稿では「自己決定権アプローチ」に対して、過剰包摂の違憲性の問題・人格的自律の本質となる意思の契機の問題などから離れて別個の法益を設定し、立法論やガイドラインの中で権利内容を積極的に構成しう

(106) 土井の議論が完成するには、客観的アプローチのほか、土井固有の自己決定アプローチをさらに精緻化する道もあるように思われる。土井の人格的自律概念は個人の意思に着目したというよりも「共生の意思の法的保障」を鍵として構成されており、この時点でもはや各個人の意思から相当程度距離をとり、別種の客観的な法益の保障をめざす概念へ変質しているように見えるからである。現に土井自身、共生の意思の保障を説くとき、合わせて「いかなる人生が幸福かを問うているのではない。問われているのは、人生はそもそも生きるに値するかということである（前掲注97、土井97頁）」と述べている。

る憲法論の方法として「客観的アプローチ」を提示した。憲法学の究極的目標としては、尊厳死・安楽死や治療中止についての憲法論を完成させるところにあり、本稿はその目標に至る道筋の整理をめざしたものである。人格的利益説にしる一般的行為自由説にしる、憲法学の人権原論は法益別のカテゴリーから始まることから、権利の対象法益によって整理を行おうとしたのが自己決定権アプローチと客観的アプローチの区別ということになる。いずれのアプローチが適切かは簡単には答えの出ない難問となろうが、本文中に示した通り、松井のような訴訟論（憲法上の権利に対する過剰な制約に基づく違憲判断の希求）を採るか、権利を実効的に実現するための立法やガイドラインの内容の妥当性を構成する権利論をめざすかによって適切なアプローチが変わってくる（安楽死・尊厳死および治療中止の問題の性質上、憲法論に求められているのは後者であるように思われる）。

本稿の関心の出発点であった透析中止事例についても、安楽死・尊厳死の問題と同様に考えられる点が多いため、自己決定権アプローチと客観的アプローチの双方から憲法論を構成することになろう。しかし、安楽死・尊厳死と透析中止事例との決定的な違いは、その問題の新しさ、憲法論の蓄積の不足と、公立福生病院の事例における一連の「死に直結する自己決定」の現実における扱われ方である。最後に変則的な構成となるが、私見として透析中止事例に固有の事情を分析し、今後の議論への一助としたい。

まず筆者の立場は、佐藤や土井のように生命を非常に重要な法益として考えており、それゆえに「死ぬ権利」や「死に対する権利」を憲法上許容される権利として構成することには抵抗がある。これはおそらく多数の憲法学説が内在的に共有している認識であろうし、憲法上の自己決定権の名の下に安楽死・尊厳死・治療中止を正当化しつくすことには限界を感じる。「死ぬ権利」を理論上肯定する松井の議論はその点でも独自であり、一種の「割り切り」があると感じられる。

それゆえ、安楽死・尊厳死と透析中止の事例を見比べると、一つの重大な

不均衡があるように感じられる。安楽死・尊厳死はいわゆる終末期（人生の最終段階）であって病状の進行や激しい苦痛もしくは緩和ケアの存在が前提となるのに対して、透析中止は「中止すれば短期間で確実に死に至る」が他方で「中止しなければ日常生活を送ることができる」ものであり、公立福生病院の事例もそのケースであった。安楽死・尊厳死では「いずれの選択をしても日常生活には戻れない」ことを前提として自己決定を行うのに対し、透析中止では「日常生活を送れる可能性」自体を捨てるか捨てるかの選択することになり、生命尊貴の観念を前提とすれば両者の間には大きな違いがあるといわざるを得ない。このような不均衡の存在から、安楽死・尊厳死の場合と違って、透析中止は「選択の権利がない」ものとして理論構成する方法もあるかもしれない。⁽¹⁰⁷⁾ すなわち、透析によって日常生活を送れる見込みのある場合にまで透析中止・非導入の選択肢が「ある」こと自体の妥当性が問われる。そのとき実質的に憲法上の自己決定権を制限できるのは客観的な法益としての生命尊貴であって、土井や佐藤の議論を借りれば「死に対する権利は憲法学上原則的に封じられている」と説けば、透析中止・非導入の権利が承認されない根拠としては十分であろう。

しかし、現実の医療現場では透析中止・非導入の選択肢は「原則的に禁じられる」ものとして扱われていないようである。それゆえ、日本透析医学会は指針を改訂し、安楽死・尊厳死と同じように、患者や家族と医療者とのコミュニケーションの充実を条件として許容する立場をとった。医療現場のありようを無視して憲法論を組み立てることは法律学としては暴論となる以

(107) もちろんインフォームド・コンセントが適切になされる限り、「日常生活を送れるなら透析の負担は受け入れる」という自己決定が患者の多数となると思われるが、中止・非導入の選択肢が「実際には選ばれることのない実益のない議論」といえるほど少数となる確証もない。この場合、憲法論としては選択肢を封じるという議論も（選択が少数であっても存在するという現実と逆らうことにはなるが、そのような選択を制限する立法を求める方向性の議論として）ありうるという意味である。

上、憲法学に求められる課題は「いかにして透析中止・非導入の自己決定を原理的に封じるか」ではなく「いかにして透析中止・非導入の自己決定を解放するか」になっていく可能性が高い。そうなったとき、安楽死・尊厳死とのアナロジーで考えるタイプの議論のみが今後蓄積し、憲法論が「尊厳死と同じ枠組みで」透析中止の自己決定を正当化するようになれば、憲法学内に暗黙のうちに共有されているであろう生命尊貴の原理が、やはり暗黙のまま変質することにもなりかねない。

本稿のいわば裏側のモチベーションは、今後憲法学に求められていくであろう透析中止の問題に対面する際に、少なくとも原理的なレベルで、生命の重みをなるべく回避せず正面から捉えられるアプローチのあり方を探ろうとしたものである。