

〔論 文〕

死ぬ権利・死を求める権利に関する準備的考察

——自殺・安楽死・尊厳死に関する憲法学説の整理から——

岡 根 好 彦

目 次

- I はじめに
- II 生命に対する権利との関係から
 - 1. 生命権独自の権利説
 - 2. 経験主義・歴史主義に基づく解釈説
- III 幸福追求権、自己決定権との関係から
 - 1. 人格的利益説
 - 2. 自己人生創造希求説
 - 3. 一般的自由説
- IV そのほか
 - 1. 私的領域留保説
 - 2. 人間社会離脱権説
 - 3. 関係志向説
 - 4. 客観的アプローチ説
- V 若干の考察
 - 1. 生命に対する権利と幸福追求権
 - 2. 存在の保障と自己決定権
 - 3. 幸福追求権・自己決定権の保障範囲
 - 4. 死ぬ行為・死を求める行為と幸福追求権・自己決定権
 - 5. 患者の推定的意思
- VI むすびにかえて

I はじめに

科学技術や医療技術が高度に発達した結果、かつては運命的なものと捉えられていた人間の生死も今日では相当程度コントロール可能なものになっている¹⁾。個人が自分の人生を始まりから終わりまでを望むように設計することもできるようになり、人工妊娠中絶や体外受精といった生命の始まり、あるいは安楽死や尊厳死

といった生命の終わりについて社会的に注目されるようになってきている。しかし、技術的にコントロール可能になったとしても、人の生死は人間が干渉すべきでない神聖な領域であるとの認識が根強く残っている。ゆえに、人工妊娠中絶や安楽死などの可否については、さまざまな学問分野から盛んに議論されており、憲法学や法律学においても同様で、多くの研究者から科学技術の発達と人の生死の関係に関する見解が示されている²⁾。

この点、生命の終わりの問題に関しては、わが国の現行法制度のもとでは自殺する行為つまり「自由な意思決定に基づき自己の生命を断つこと」³⁾に対して直接処罰する規定は従来から存在しない。刑法第199条では「人を殺した者」は死刑、無期、5年以上の懲役刑(25年度からは拘禁刑)に処せられると規定されているが、同条の「人」は他人であり、「自分」は含まれないと解されている⁴⁾。そのため、本人が死にたいと思い1人で死ぬことについては法律上放任されているともいえる。しかし、現実には1人だけで自殺しようとするれば、通常は肉体的な苦痛を伴うことから、実行の心理的なハードルは高い。ゆえに、実際は、自らの望むように死を選択するうえで、医療従事者から薬品を処方してもらうなど他者から協力を受けられるか否かが重要になる。もっとも、他者が自殺に協力しようとするれば、それは「人」を殺害する行為であるから殺人罪として処罰されることになりうる。また、他人の自殺を教唆あるいは手助けした場合、他人からの嘱託または同意に基づき他人を殺害した場合に該当するとして、刑法202条の

自殺幇助罪、同意殺人罪に基づき6か月以上7年以下の懲役または禁錮刑(25年度からは拘禁刑)に処せられることにもなる。自殺に協力した者が特に医療従事者などである場合には、刑法第35条のもと、「法令または正当な業務による行為」として違法性が阻却される可能性もあるが、患者の死に協力する行為が「法令または正当な業務による行為」に該当するのか、あるいはどのような行為が該当するのかについては法令でも定められておらず不明瞭である。また、治療行為等を中止するだけであったとしても、刑法上では不作為犯も処罰対象になることから、なお処罰を受ける可能性もある。よって、本人が死を望んで苦痛を緩和するために他者に協力を求めても拒否される可能性が高く、現実には自らの判断のみで死を選択することは困難といえ、仮に「死ね権利」や「死を求める権利」が憲法上保障されているのであれば、これらの権利に対して現行の法制度が制約をかけている状況になっている。

ただ、裁判所はいわゆる東海大学病院事件や川崎病院事件において、医師が終末期医療の患者から「安楽死」や「尊厳死」を求められ協力した場合につき一定の要件を充たせば違法性が阻却されうるとして、限定的ながらも死を求める行為につき許容する姿勢を示したことがある⁵⁾。憲法学説においても、原則として自ら生命を断つ行為は許容されるべきではないとしつつ、安楽死や尊厳死は「生命・身体に対する自己決定権」等の観点から許容される場合があるとの考えが主流になっており、両事件の判決で示された要件に対してもおおむね好意的である。しかしながら、「安楽死」や「尊厳死」に関する現状の考え方や議論についてはいまだ検討すべき余地が残されているようにも見受けられる。たとえば、裁判所が示した要件では「回復困難で死が切迫している末期状態であること」や「耐え難い肉体的苦痛があること」が示されているところ、これらの状況は今後医療技術や緩和ケア技術が発展するにつれ限られていくのが予想され⁶⁾、将来的に他者に死の協力を求め

る行為が事実上ほとんど認められなくなるのではない。ゆえに、両判決の基準等は限定されすぎであり、「死ね権利」や「死を求める権利」がいまだ過度に広汎な制約を受けているのではないかといった問題が挙げられる⁷⁾。

このような問題意識から、筆者も個人自らが死ね行為あるいは死を求める行為が憲法上どのような形でどこまで保障されるのかについて検討してみたいと考える。本稿では、まずその足掛かりとして、主に自殺や安楽死、尊厳死など死ね行為や死を求める行為の権利性に関する現在の憲法学説の状況について整理・分析し、そのうえで死ね行為等についての現状に対する評価をおこなう⁸⁾。

なお、本稿の検討対象である「安楽死」や「尊厳死」は非常に曖昧な概念で一義的に定まっているわけではない。「安楽死」について、日本学術会議の臨床医学委員会終末期医療分科会による対外報告では、①「穏やかかつ自然な、あるいは人によって引き起こされたのではない死」である「純粋な意味における安楽死」、②「望ましくないとと思われる者を抹殺する行為」である「安楽殺」、③「苦痛緩和のための医療処置が、意図していたわけではないが副次的な結果として生命の短縮をもたらしてしまう場合」である「間接的安楽死」、④「苦痛がどうしても除去できない場合に、やむなく苦痛の認知主体である本人の生命を積極的に短縮する行為」である「積極的安楽死」に分類され、「いわゆる積極的安楽死のみが安楽死」と理解されているとしている⁹⁾。一方、「尊厳死」について、同報告は、「安楽死」を「致死の薬剤を投与する積極的安楽死」と「医療を差し控えたり中止する消極的安楽死」に分類したうえで、「消極的安楽死」に該当すると論じられることが多いとしつつ¹⁰⁾、「安楽死」の一部と捉えることには慎重であるべきとして、「過剰な医療を避け尊厳を持って自然な死を迎えさせること」と定義づけている¹¹⁾。本稿ではひとまず、「安楽死」は学術会議の報告に従い「積極的安楽死」を、「尊厳死」は、学術会議の定義では該当範囲が概念的かつ広いことから、

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

「消極的安楽死」としたうえで検討を進める。

Ⅱ 生命に対する権利との関係から

1. 生命権独自の権利説

死ね行為や死を求める行為が憲法上の保障を受けるのか、受けるとすればどの程度まで保障されるかについては、憲法13条後段が「生命…に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、…最大の尊重を必要とする」と規定しているため、この「生命に対する権利」とのかかわりで認められるかが問題になる¹²⁾。もっとも、従来の学説は一般的に、13条後段の「生命」、「自由」、「幸福追求」を個別的にではなく一体的に「幸福追求権」として捉えており¹³⁾、死ね行為や死を求める行為についても「生命に対する権利」の問題としてではなく、明文の根拠を欠いているとして、同条後段の幸福追求権、より具体的にはその(中核的)内容である自己決定権の行使の問題として主に議論している。

しかし、たとえば山内敏弘は、①同条後段の「生命」、「自由」、「幸福追求」の3つの権利は並列的に規定され、幸福追求に対する権利の1つとしては書かれていないこと、②生命権は「それなくしては人間としての生存や活動が不可能な、その意味で他のあらゆる人権の前提ともなる人権」であること、③一度侵害されると事後に取り戻すことが「永久に不可能な」権利であること、④国際人権規約や諸外国の憲法規定の動向にも見合うことを理由に、生命権を独自の人権として扱うべきとの見解を示している¹⁴⁾。嶋崎健太郎も、生命権に関する従来の通説的な見解は「断片的・分散的生命権観」、つまり「生命権の内容は断片的に分散している個々の人権規定に委ねられ」てきたが、13条の生命権を独立した基本権かつ中核として、生命・身体の不可侵に関する同条以外の規定も含めて統合的に把握する「統合的生命権」、つまりは一般的・総則的な、独立した基本権として扱うべきとしている¹⁵⁾。その理由として、「生命権の基底性及び

回復不可能性」などが生命権独自の内容として広く認められること、「自由」や「幸福追求」と異なり「生命」は個別具体的概念である特質も有していること、生命権に関係する18条や31条は私人間に効力が及ぶのを想定しておらず、生殖医療など現代の生命や健康に対する脅威が民間施設や私人から生じているという事実に対応できないことをさらに示している¹⁶⁾。

そして、生命権で保障される権利内容に関して、山内は、国家に対して不作為を求める「生命についての侵害排除権」と作為を求める「生命についての保護請求権」の2つに分類され、前者についてはさらに、①いわゆる平和的生存権、②「国家の刑罰権などによって自己の生命を剥奪されない権利」、③「生命の保持存続についての自己決定権」に、後者についてはさらに④「最低限度の生存を国家に要求する権利」、⑤「生命の侵害(の危険)からの保護を国家に要求する権利」に分けられるとしている¹⁷⁾。

そのうえで、自ら死ね行為つまりは自殺がこの生命権の行使あるいは放棄として保障されるかという問題につき、山内は、「生命権は生命がかけがえのないものであるという理由でもっとも基本的な人権として保障されているのであって、そのような生命を抹殺することをも法的な利益として保護しようとしているわけではない」ことを理由に否定的な態度を示す¹⁸⁾。嶋崎も、生命権は「しない自由」を含まず「自由」とは区別されるとして、自殺の自由は認められないと主張している¹⁹⁾。ただし、不治の病を患い死期が確実に迫っている患者本人あるいはその親族が医療行為を拒否して安楽死や尊厳死を求めることについては、「生命権は、みずからの生命をどのように全うするのか、言い換えればどのように死を迎えるかについての自己決定をも含む」として、本人の(事前の)同意があれば、一定の厳格な要件のもと認められうると山内は解している。ただし、本人の同意を確認できず親族の同意があるのみでは、生命維持装置の取り外しは認められても、積極的に死期を早める措置を求めることまではできないとしてい

る²⁰⁾。

2. 経験主義・歴史主義に基づく解釈説

渋谷秀樹は死ぬ行為や死を求める行為を「生命に対する権利」の問題としつつも、山内らとは異なる考え方を提示している。まず渋谷は、「現実の必要性によって生成した国家に形影相伴う関係にある憲法に、人権規定が歴史のある時点から書き込まれるようになった根拠は、理論上の必要性、…現実の必要性に求めるべき」であり、経験主義・歴史主義の観点から説明すべきと主張する²¹⁾。すなわち、渋谷によると、日本国憲法の人権規定については、近代立憲主義の前提である自然権思想の影響が認められ、その自然権思想は人が人権を有する根拠を「自己保存・自己防衛という人間の本性」に求めており、さらにその背景にはキリスト教の人間観つまり「神によって神の姿に似せて造られた人間は、神の前には平等であり、万物を支配する者として自己保存・自己防衛の権利を当然もつ」という考え方がある²²⁾。しかし、第97条は人間固有の尊厳等を前提とせず「人類の歴史における経験の結果として日本国憲法の保障する権利があることを率直に語っている」とも読み、したがって「日本に住む人間にとって、…歴史的経験に照らして、過去に生きた人間が、その子孫の世代の人間に対して、当然に有すべきもの」と解するほうが説得的であるという²³⁾。

そのうえで、渋谷は、自殺や安楽死などの自己の生命の処分につき、まず「包括的基本権という一般法的根拠ではなく、13条が明文で規定する『生命…に対する国民の権利』の解釈問題として考えられるべき」としている²⁴⁾。そして、近代立憲主義の自然権思想のもとでは「自己保存の権利が本来的に人間にあること」を前提にしているし、またその背景であるキリスト教的死生観でも「神から与えられた生命を抹殺することを禁止」していることから、かかる権利は「想定外のもの」になる。しかし、日本では、武家文化において自殺が「最高の責任のとり方」とであると捉えられており、またその背景として

「仏教的死生観（輪廻転生、万物流転の思想）」の考え方²⁵⁾があるため、経験主義・歴史主義の観点から伝統文化を日本国憲法の人権の保障根拠として考慮するならば、かかる権利を肯定できる可能性があるとの考えを示している²⁶⁾。

Ⅲ 幸福追求権、自己決定権との関係から

1. 人格的利益説

死ぬ行為・死を求める行為の問題は13条後段の幸福追求権やその（中核的）内容である自己決定権との関係から論じられることが多い。幸福追求権や自己決定権の性質や射程については、同条前段の「個人の尊重」の解釈、さらには日本国憲法が想定している「人権」や「人間像」は何かという根本的な問題とも関連して多くの立場が示されており、死ぬ行為等に対する見解の導き方も各立場でいくらか異なる。本稿ではひとまず各立場の死ぬ行為等に対する見解の部分を中心にみていきたい。

まず、13条後段の幸福追求権を、前段で定められている「個人の尊重」との関係から、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで重要な権利・自由を包括的に保障する権利」として捉える人格的利益説の立場からの見解がある²⁷⁾。同説の代表的な論者である佐藤幸治は、前段の「個人の尊重」を「一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならない」つまりは「人格の尊厳」の客観的な原理・規範と捉え、これを「権利」として捉えたのが後段の幸福追求権と位置づける²⁸⁾。ゆえに、幸福追求権は「人格的自律性を基本特性としつつ、各種の権利・自由を包摂する包括性を備えている」権利であり、憲法の「個別的規定によってカバーされず、かつ人格的自律性にとって重要なもの」、すなわち狭義の「人格的自律権」がその保障対象になる²⁹⁾。「人格的自律権」の対象としては、「人格的生存に不可欠ないし重要なもの」、つまりは「（人類の）歴史的な経験を踏まえたもの」であ

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

るとともに「憲法に明記された個別の人権に匹敵するだけの内実をもち、特定性・明確性を特質とする『権利』として構成可能なものでなければならず、より具体的には「生命・身体的自由」、「人格価値そのものにまつわる権利」、「人格的自律権（自己決定権）」、「適正な手続的処遇を受ける権利」、「参政権」が挙げられている³⁰⁾。そして、「人格的自律権（自己決定権）」は「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」であるところ、その決定は「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄」に限られ、①「自己の生命・身体処分にかかわる事柄」、②「家族の形成・維持にかかわる事柄」、③「リプロダクションにかかわる事柄」などが具体的に考えられるとしている³¹⁾。そのうえで、死ぬ行為等については、「人格的自律権」は「生きることは尊いことである」という考え方が大前提であるため、安易に認められるべきではなく、尊厳死や安楽死に限り一定の厳しい要件のもと「人格的自律権」の行使として認められる余地があるとする。すなわち、「人格的自律権」の行使には、「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律権の行使」の2つがあり、死にたいという前者の自律権行使はその人の人生設計に関わる後者の自律権行使に抵触するため本来は制限される。しかし、病状の回復が困難かつ苦痛を伴っている場合には、もはや人生設計全般に関する後者の自律権行使と抵触する余地がなくなるため、本人の明確な意思があれば「延命治療拒否」という前者の自律権行使が許されることになるとの見解を示している³²⁾。

また、土井真一は、人格的利益説を「人々が国家という共同体を形成し、その法を定めるに際して、一人ひとりの人間を人格として承認すべきである」との考えのもと、「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」と理解し支持したうえで、「自らの存在意義に対す

る否定的評価を前提にして、自己の生命及び身体に対する重大かつ不可逆的な侵害を直接的にもたらす行為」は憲法上の権利として位置づけるべきではないとの見解を示している³³⁾。ただし、安楽死や尊厳死を求める行為については、「死に対する権利」の問題ではなく、「生命を享受する権利」を前提とした「身体に対する権利」等の問題、つまりは「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」で捉え、「身体的あるいは精神的な死に直面した患者の最後の『生き方』の問題」として解されうるとの考えを述べている³⁴⁾。もっとも、積極的安楽死については、「死を直接の目的とする行為」であるとし、か理解できないため、基本的人権として保障するのは望ましくないとしている³⁵⁾。また、これらの権利行使は本人の明示的意思によることが原則であり、推定的意思については、本人の意思と第三者が推測する本人の最善の利益は区別されなければならないため、安易に同一視すべきではないとしている³⁶⁾。

2. 自己人生創造希求説

竹中勲は、人格的利益説の考えに賛同しつつも、より具体的に、13条後段を「自己人生創造希求的利益」を保障したものと解している。竹中はまず、幸福追求権や自己決定権の議論では、①「憲法における人間像いかん」、②「13条前段の『個人の尊重』原理をどのように理解するか」、③「そもそも人権をどのようにとらえるか」という論点と関わっているために、多面的な考察が必要であるとする³⁷⁾。

そして、竹中自身は、13条の前段と後段は相互連動的に捉えるべきであり、また13条後段が「幸福に対する権利」ではなく「幸福追求に対する権利」であることから、前段は「国民一人ひとりが幸福の内容を決定し、自己の人生をつくりあげる権利があることを宣明したもの」で、各人が自己の人生の作者であるとの原理・「人間一人ひとりが“自らの生の作者である”」との原理が内包されていると解する。ゆえに、

13条後段は「かけがえのない人間存在を公権力により否定されない権利という〈選択の自由を内実としない権利〉と自己決定権などの〈選択の自由を内実とする権利〉との両者を保障するもの」で、換言すると、「基幹的な自己人生創造希求権」と「個人を基点とする適正な処遇をうける権利」を保障しているとの考えを示している³⁸⁾。

この「自己人生創造希求」的な利益は「かけがえのない利益（自己存在利益）および、自己の人生のまとまりや個人の自律などを企図して懸命に生きようとして模索しつつそのときどきの自己存在を確認することに対する利益（自己存在確認利益）をも含むような一定の包括性をもった利益」であり、したがって13条後段で保障される自己決定権は「個人的事柄ないし私的事柄のうち、人間として存在し生きていく上において重要な事項について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」と定義づけられるとしている。そして、この「重要な事項」は「自己存在利益および自己確認的利益を含む自己創造希求の利益を内実とするもの」であるから、自殺の自由は同条後段での憲法上の保障を受けないと解している³⁹⁾。

ただし、生命維持医療を拒否する権利、いわゆる消極的安楽死の自由に関しては、「原則として、当該処遇時点での本人の自発的意思・同意に基づく場合に限られる」としたうえで、「医療をうけるか否か、どのような医療をうけるかの自己決定の自由」の一内容として扱うことができるとしている⁴⁰⁾。また、処遇時点において本人の判断能力が欠如している場合においても、本人の事前の意思表示のもとで他者が維持医療を拒否する行為は、「憲法上の自己決定権の尊重を内実とする適正処遇」として、一定の条件のもとで例外的に合法化される余地があるという⁴¹⁾。一方で、本人の同意や要望に基づき他者が本人の生命を消滅させる行為、いわゆる積極的安楽死に関しては、「なおも生きるとの自己決定」の要素を見出すことが困難であり、「当該処遇時点での本人の自殺的意思・同意に

基づく場合であれ、これを憲法上の自己決定権の一内容として構成することは適切でない」との見解を示している⁴²⁾。

3. 一般的自由説

次に、13条後段の幸福追求権の保障対象を「人格的自律に重要な権利・利益」に限定せず広く「個人の自由な行為」と捉えようとする一般的自由説の立場からの見解をみている⁴³⁾。同説の論者とされる戸波江二は、幸福追求権のもとで人権が保障されるためには、「人間の特定の行為ないし特定の法的状況を包括的・規範的に把握するだけの内実」および「主張された権利を憲法上の人権として承認する社会意識の存在」が必要であるとする⁴⁴⁾。そのうえで、保障される人権の範囲として、「およそ、国家権力を制限して個人の権利・自由を擁護することを目的とする近代立憲主義の理念に照らせば、個人の自由は広く保護されなければならない」ず、散歩の自由など人格的価値が認められないような行為も正当な理由がなければ制限されるべきではないため、その意味で「個人の自由な行為」まで広く保障が及ぶとの考えを示している⁴⁵⁾。もっとも、13条前段の「個人の尊重は、個性の尊重を含みつつも、人間の精神的営為を特別に保護しようとしている」こととの関連から、「すべての自由をひとしなみに保障している」と解するべきではなく、「理性的・自律的に行動するための人権」は特に厚く保護する必要があるとする⁴⁶⁾。具体的には、幸福追求権を一般的自由と捉えたうえで、その規制に対する合憲性判断の厳格さに違いを設けることで図るべきとしている⁴⁷⁾。そして、自己決定権の内容について、戸波は「①治療拒否、安楽死・尊厳死などの自己の生命・身体の処分に関する権利、②子どもを生む、生まない自由、避妊・堕胎などのリプロダクションの自由、③結婚、離婚などの家族の形成・維持の自由、④髪型・服装、身なり・外観、飲酒・喫煙、スポーツなどのライフ・スタイルの自由」などを挙げ、人格的利益説と異なり、④も保障を受けることになるかと解している⁴⁸⁾。

Mar. 2025

死ぬ権利・死を求める権利に関する準備的考察

ただし、死ぬ行為等にかかわる「自己の生命・身体への処分に関する権利」については、「人間の生にとって最も根源的なもの」であり、「人間は生きるべきものとして誕生している以上、自殺の権利まで認めることはでき」ず、終末期医療における治療拒否などいわゆる安楽死・尊厳死についてのみ、「本人の自己決定と人間の尊厳の維持」を目的として、例外的に認められる必要があるとの見解を示している⁴⁹⁾。

また、内野正幸も、人格的利益説では憲法上の自由不属于自由が制約された場合に憲法問題として扱えなくなってしまうこと、「国家権力からの自由は、すべて人権として尊重するにあたいする」こと、個々の自由につきその内容が曖昧であるとはいえないことを理由に一般的自由説を支持する⁵⁰⁾。ただし、内野は、一般的自由から特定の行為を除外することはその対立利益が「自由制約正当化事由のカatalog」から除外されることになることや除外される可否かの基準が不明瞭であることなどを理由に、戸波の見解と異なり、殺人の自由等も含めて限定なく「一応の自由」として憲法上の保障を受けると解したほうがよいとの立場を示している⁵¹⁾。もっとも、保障される自由には国籍離脱の自由など「価値の弱められたもの」も組み込まれており、一般的自由にはその制限を慎重に検討しなければならないものと広範に制約が認められるものがあるとして、公共の福祉などの制約を受ける場面で現実的な妥当性を図ろうとしている⁵²⁾。死ぬ行為等についても、内野は自由の制約事由として、①「他者の権利・利益（治安・公衆衛生などを含む）の確保」、②「本人の客観的利益の保護」、③「公共道徳の確保」、④「経済取引秩序の確保」、⑤「自然的・文化的環境の保護」、⑥「国家の正当な統治・行政機能の確保」、⑦「社会政策的・経済政策的目的の実現」を挙げており、憲法上の保障を一応受けつつも、自殺などは②を理由に制約を受けうることと示唆している⁵³⁾。

中山茂樹は、13条後段の幸福追求権のうち、「生命」は個人の選択や意思決定を内実としな

い、「ただ人であるというだけで基礎的に確保されなければならない『人として』の存在や扱い」いわば「存在の保障」、「自由」は「強制の不在としての消極的自由」、「幸福追求」は「理性ないし理由にもとづいて自ら判断・選択し行為する自由としての自律（autonomy）の観念を象徴」するものを内容としており、自己決定権は後二者に関わるものと解する⁵⁴⁾。そして、自己決定の環境整備・支援の危険と必要のバランスのため、いかなる行為についても「民主的な討議決定」やその「フォーラムとしての裁判所で理由を問う主体的な地位」を国民に与えるべきで、そのことは同条後段の「自由」からも示唆されているとして、「個人の行為の消極的自由を制約する国家の行為には、法律の根拠と合理的な理由が必要だとし、それを個人の権利」と捉える一般的自由説には意義があるとしている⁵⁵⁾。もっとも、「人権は他者との共生の理念であり、原理的にはすべての人の間の関係における権利」であるため、殺人の自由など明白な他者加害までは含まれると解すべきではなく、あくまで「権利の観念のインテグリティを損なわない限りで」保護され、また包括的な自由の保護であるから司法審査については基本的に緩やかなものになると解している⁵⁶⁾。そして、死ぬ行為等の問題については、「生命・身体への処分に関する自己決定権」と関連づけられるところ、「その人と共に生きることを前提に、まずその苦痛を取り除く方策を提供すべき」であるし、死ぬ権利や自殺の自由は、家族の負担などを理由に自発的な死を事実上強制される患者を増やすだけで、「憲法上の個別的権利類型として認めることは、現実的には個人の自律性の確保につながらず、かえって個人の生命をおびやかすことになる」。したがって、これらの権利を認めるのは適切ではなく、いわゆる尊厳死等の問題は「身体に対する権利」に関わるものとして基本的に処理すべきとの見解を示している。ただし、「身体に対する権利」についても個人を破壊するような重大な自己傷害などまで自己決定権として含めるのは「行き過ぎ」であるため、「公

権力の恣意的支配を受けないこと」を内容とした権利として構成すべきとしている⁵⁷⁾。

IV そのほか

1. 私的領域留保説

死ね行為・死を求める行為の権利性については、憲法13条後段と直接関連づけられない見解もいくつか提示されている。たとえば、長谷部恭男はまず、憲法12条や13条等で定められている「公共の福祉」を国家の権威を正当づける根拠としたうえで、憲法上の権利を「公共の福祉にもとづく権利」と「公共の福祉」をくつがえす「切り札」として機能する個人の自律を内容とする人権に分け、13条前段を後者、後段を前者の規定と解する。すなわち、国家は、公共の福祉に貢献するために、①専門的・技術的にすぐれた知識を提供する、②「調整問題状況」に対してその行動指針を明示する、③警察や消防などの公共財を適切に供給するといった役割を担う⁵⁸⁾。しかし他方で、多くの人にとっての人生の意味となる「各自がそれぞれの人生を自ら構想し、選択し、それを自ら生きること」は、必ずしもこの公共の福祉とは一致しないことから、一定の場合に「人権」つまりは公共の福祉を根拠とする「国家の権威要求をくつがえす『切り札』として」憲法上の保障を受けることになる⁵⁹⁾。もっとも、個人の自律的な選択に基づく具体的な行動の自由すべてが「切り札」として権利保障を受けるのではなく、保障を受けるのは「もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うような、そうした権利」、つまりは「個人の人格の根源的な平等性」を核心とした権利でなければならないとしている⁶⁰⁾。一方で、「切り札」としての権利として保障を受けない「具体的行動の自由を広く認める一般的な自由」は他者との衝突を調整、解決する必要があることから国家による広い制約を受けるとしている⁶¹⁾。

以上の前提のもと、憲法13条後段の幸福追

求権は、「公共の福祉に反しない」という条件が設けられており「切り札」としての権利と解するのは整合的ではないため、①政治部門に対して、「公共の福祉の実現に努める…任務に反しない限りで、生命、自由および幸福追求に対する国民の権利一般…」を最大限尊重すべきこと」を要請している規定、あるいは②国家権力が活動できる範囲を一般的な自由の衝突を調整する場面に抑えようとしている規定として、「切り札」としての権利とは関連しないものと捉えられるとしている⁶²⁾。一方で、13条前段は「公共の福祉」という制限がないことから、「切り札」としての権利と関連する規定、すなわち「個人の自律を保障する『切り札』としての権利の存在を一般的に宣言した原則的条文」であると解している⁶³⁾。

そのうえで、長谷部は、死ね行為等の問題を私的領域に関わるものとして広く保障の対象にすべきとの姿勢を示している⁶⁴⁾。すなわち、日本国憲法は近代立憲主義つまり「この世に比較不能で多様な価値観が併存する事実を認め、その上で、異なる価値を奉ずる人々が社会生活の便宜とコストを公平に分ち合う枠組みを作り上げようとするプロジェクト」に属しており、その実現手段として、「人の生活空間は公と私に区分され…私的領域においては、各自がそのコミットする究極的価値を構想・探求し、それにもとづいて生きる権利が保障され…公的領域においては、人々は各自の究極的価値を脇に置き、社会生活を営む人々に共通する利益について理性的に話し合い、決定し、その執行に協力することが期待される」ことになる。そして、「自己の生の意義づけにかかわる重大な決定は各個人の私的領域に留保される」ことから、終末期の患者が安楽死を望むことをその決定に含むとすることは不自然ではなく、「自律的人格からなる共同体のメンバー」が「ともに生きること」を要求しても「約束を守るべきだ」程度の強制力しか原則として持たないとの見解を示している⁶⁵⁾。ただし、権利として保障される選択は「十分な知識と熟慮にもとづく自由な選択」

であって、たとえば一時的な精神的ストレスにより自殺したいと望んだ人の行動のような「自律的といえない死の選択」までは含まれず、このような選択に対して政府が抑止することは当然に正当であるとも述べている。また、安楽死の権利を認めるにしても、患者の周囲から死ぬように圧力をかけられることにつながらないか、患者の生命と健康の維持のために尽くすという医師の社会的なイメージや職業的倫理観を混乱させないかなど事実上の多様な問題を考慮していかなければならないとしている⁶⁶⁾。

2. 人間社会離脱権説

松井茂記は憲法が保障する権利を「日本という政治共同体の一員としての共同体の決定に参加する権利」と理解したうえで、死ぬ権利を政治共同体ひいては「人間社会からの『離脱』」の権利として保障すべきとの考えを示している⁶⁷⁾。松井は、従来の通説的な基本的人権等の理解は「人間の尊厳」を憲法の最高価値に置いて導き出されているところ、日本国憲法で登場する「個人の尊重」や「個人の尊厳」をドイツ基本法第1条で登場する「人間の尊厳」と同視するのは両者の保障構造や基本哲学等は大きく異なるから疑わしいと批判する。また、日本国憲法上の権利をそれ以前の自然法や自然権としての基本的人権を確認したものとする考え方も、それらの具体的な内容に関するコンセンサスがないため疑問であるとしている⁶⁸⁾。それゆえ、憲法が保障している基本的人権を「日本という政治共同体の一員として共同体の決定に参加する権利」つまりは「日本国民が、その主権を行使して日本国憲法を制定して、日本国という政治共同体を組織した際に、その政府組織を定め、国民が代表者を選挙で選び、その代表者に権力の担当を託したときに、主権者である国民の権利として確保されなければならなかった権利」であると捉え、「個人の尊重」は「政治共同体の不可欠の一員として、つまり1人の『市民』として」尊重されることを意味していると解している⁶⁹⁾。

そのような理解のもと、死ぬ行為等については「自らの意思によってどの政治共同体にも属さないことを選択すること」の権利すなわち「人間社会からの『離脱』の権利」として保障すべきとしている。つまり、個人は生まれた時点ではどの共同体に所属するかの選択肢を有していないために生まれた政治共同体の慣行等の中で生きるしかないが、本来、「どの政治共同体で生活し、どの政治共同体の政治プロセスに参加するかを選択権」は「政治共同体の一員として不可欠な権利」であるから国籍離脱の権利や外国移住の権利と同様に保障されなければならないとする⁷⁰⁾。そして、国民に死を選択する権利が保障されるならば、「他の人に死ぬことの補助を求める権利および他の人に死なせてもらう権利」も含まれると考えるべきであるという。もっとも、本人が誤って死んだりあるいは死なされたりすることを防ぐために、一定の判断能力や熟慮に基づく選択のみ保障の対象とすることは許容されうるとしている。また、深刻な病気等のために自らの力で死を選択できない者については、医学的判断も必要になることから、「医師の補助のもとに死ぬことを求める権利」として十分なコントロールのもとで死を選択させることも適切であると解している⁷¹⁾。加えて、自らの力で死を選択できない者の権利を保障するためには、医師の補助のもとで自ら薬物を服用して自殺する行為だけでなく、医師から薬物を処方してもらう行為も当然認めざるをえないとしている⁷²⁾。

そして、自殺幇助等を全面禁止する刑法202条に関し、その目的は「インフォームド・コンセントに基づかず、患者の生命が不合理に奪われてしまう危険性」から患者本人を守るという利益と本当は死を望んでいない者が安楽死等の選択を迫られることから守るという利益が考えられ、これらは「やむにやまれないほど重要な利益」といえる。しかし、これらの利益を実現するために自殺幇助等を全面的に禁止することは患者の死の選択に対する「明らかにあまりにも広汎すぎる」制約であると断じている⁷³⁾。

3. 関係志向説

高井裕之は、近代立憲主義における「自律的で合理的な『個人』」を前提としたアプローチでは判断能力を失った患者本人の延命治療拒否の判断など生死に関する決定につき解決できない場合があるとして、「関係志向のアプローチ」を提示する。すなわち、患者本人が判断能力を失った場合に延命治療の継続につき何も指示していなかったときは、近親者などの代行判断者が本人の下したであろう判断を推測しておこなうか、裁判所等が本人の最善の利益を基準に決定するかになるところ、特に後者については本人の自律からは離れてしまっており、また本人の最善の利益を客観的に判断できるか、「生きるに値する生命」と「生きるに値しない生命」の差別にならないかなどの問題が生じる⁷⁴⁾。そこで、そもそも人は胎児のときは母体内で育ち出生後も他者に長期間依存しており、近年では自律的能力を失ってから死に至るまで期間が相当長くなっているためその間も他者に依存している。それゆえ、「他者との分離よりも他者との結びつきに、自律よりも相互依存に、そして権利主体間の対立・競争よりも自己および他者に思いやりを示す協調関係」につき価値を認める考え方を参考に、「関係のネットワークの結節点として個人を捉える考え方」を法律論に取り入れていくべきとの見解を示している⁷⁵⁾。

より具体的に、かかるアプローチのもとでの医療上の決定は、①「各関係当事者の利益や願望が相互に依存していることを前提に、それらを包摂するような解決策が模索される」、②「そのような利益や願望を明らかにするために、当事者間での会話が重視される」、③「問題を…広く医療資源の配分や患者家族への社会的支援まで視野に入れる」ことが要請されることになるという⁷⁶⁾。そして、かかるアプローチを採ることで、患者本人が自律的に判断できない場合を解決できるだけでなく、自律的な判断能力を有する者が生きるための現実的な条件を欠くことに悲観して死を選ぶといった判断に対して解決する道が開かれると主張している⁷⁷⁾。

4. 客観的アプローチ説

久保田祐介は、死ね権利等の問題を「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」を目指すものと位置づけ、前述の中山が13条の解釈で示したような「存在の保障」から理論を構築すべきとして「客観的アプローチ」という考え方を提唱する⁷⁸⁾。すなわち、従来の憲法学説特に人格的利益説の立場は死ね権利等を自己決定権から導出しようとしているところ、そのような「自己決定アプローチ」は人格的自律や自律に内在する「生命尊貴」の考えが「個人の自律的意思を離れた客観的な制約原理」として人生のあらゆる領域での自己決定に対して機能しているゆえに自己決定権が保障されているとはいえなくなってしまうという⁷⁹⁾。また、死の自己決定に対する制約につき、人格的自律に基づく真に任意的な自己決定がなされるための条件整備と捉えることでその必要性や許容性を主張しているところ、かかる制約により真に任意的なもののまでが規制対象になるかもしれないという「過剰包摂」の問題には注意が向けられていないとする⁸⁰⁾。ゆえに、死を求める行為に関しては自己決定とは別の「個人の存在そのものの保障」から導かれるような法益を設定し、「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」の問題として解決を目指すべきとの見解を示している⁸¹⁾。そのように自己決定権以外の対象法益に注目することで、本人の意思決定能力が充分でなかったり不明瞭であったりする場合でも十全に保障しなければならないものと解せるようになるとしている⁸²⁾。

V 若干の考察

1. 生命に対する権利と幸福追求権

死ね行為・死を求める行為に関する主要な憲法学説としては以上であるが、次にこれらの見解を参考に、冒頭で言及した問題等に対する若干の考察をおこなっていきたい。

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

死ね行為や死を求める行為の権利性や保障範囲については憲法13条、特にその後段との関わりから主に議論されている。この点、私的領域留保説、人間社会離脱権説、関係志向説、客観的志向説は13条後段とのかかわりを直接論じずに見解を示している。ただ、私的領域留保説に対しては、その土台となる「切り札」としての人権と公共の福祉の制限を受ける自由との境界が不明瞭であるといった課題が指摘され⁸³⁾、この問題は死ね行為と「自律的といえない死の選択」の関係においても現れている。人間社会離脱権説に対しては、絶望して自殺しようとする者や激痛から解放されるために死を望む者にとって民主主義過程への参加がいかなる判断指針になるのか、現実の社会状況と乖離しすぎた論理ではないかといった課題が指摘される⁸⁴⁾。そして、これらの課題も含め、私的領域留保説は前段の「個人の尊重」に関する解釈、人間社会離脱権説は憲法上の権利そのものに関する解釈を整理したうえで検討する必要がある。また、関係志向説や客観的志向説については死ね行為等を含め憲法上の権利にいかなる影響を与えるのか明らかにされていないことも多い。そのため、本稿では、主に13条後段とのかかわりからひとまず考察を進めていきたいと考える。

死ね行為等と13条後段の関係については、後段の「生命」から生命権という独自の権利を見出しその権利の問題として扱うのか、「生命」・「自由」・「幸福追求」を一体とみた幸福追求権の問題として扱うのかでまず見解が分かれる。

同条後段で「生命」と「幸福追求」が分けられていることや生命があらゆる人権の基礎になっている重大な利益であることなどの理由から「生命」を独自の権利として扱うことについては納得できるところも多い。しかし、「生命」を独自の権利として見出す見解については、解釈のバランス上、13条後段の「自由」、「幸福追求」についても同様に独自の権利として扱わなければならないことになるがその解釈は困難が伴い⁸⁵⁾、また、幸福追求権の包括的権利としての性質は認められるため同じ文言に独自性と包

括性を併存させることになりいささか晦渋かもしれない、あるいは生命権自体が広汎な内容であるから複数の包括的権利に細分化しているにすぎないなどの課題が指摘される⁸⁶⁾。なお、「生命」・「自由」・「幸福追求」の位置づけは、前述のとおり中山が「存在の保障」・強制されない意味での自己決定権・自律的な選択の意味での自己決定権と解している。また、棟居快行は、「生命」を「絶対的価値」、「自由」を「自生的社会システムの保護とシステム内での自己決定の保障」、「幸福追求」を「社会システム外の事柄についての不定形の自己決定の保護」と解している⁸⁷⁾。いずれも「自由」と「幸福追求」を自己決定権と関連づけている点は共通しているが、これらの解釈をとることで指摘された課題もいくらか解消できるかもしれない。

ただ、どちらの立場をとるにせよ、死ね行為等の権利性や保障範囲に対する結論に特段の差異は生じていない。つまり、いずれにおいても死ね行為等は自己の存在を否定するものとして原則否定されつつ、例外的に安楽死や尊厳死については生命・身体に対する自己決定権の問題と捉えることにより一定の要件のもと保障されることが論じられており、前者の立場のほうが「生命権」を強調することでいくらか「生命」を否定する死ね行為等へのネガティブな印象を強めることになるかもしれないが、その程度の違いしかないように見受けられる。

それゆえ、死ね行為等の権利性や保障範囲を検討するうえでは深入りする必要のない議論とも思われるが、私見としては、3つに分けられている以上はそれぞれ異なる位置づけを与えるほうが望ましく、また何らかの意義を有した解釈のほうがよいと考える。そこで、中山らの解釈も参考に、「生命」は個人の「人」としての存在自体の保障、「自由」は、その言葉から不介入の側面が強いため、個人が自己決定することに対する国家の不介入の保障、「幸福追求」は、「追求」との言葉から能動的な側面が強いため、個人の自己決定を実現するうえで必要となる協力や環境整備を国家等に求める意味での積極的な

権利の保障と解するのがよいのではないかとひとまずは考える⁸⁸⁾。

2. 存在の保障と自己決定権

以上のような13条後段の解釈をとる場合、死ぬ行為や死を求める行為の権利性や保障範囲の問題は、より厳密には、死ぬ行為は「自由」、死を求める行為は「幸福追求」にかかわる問題として位置づけられることになるといえる。つまり、死ぬ行為に関しては当該行為に対して国家が法律等を通じて制約しようかという問題であり、死を求める行為は個人の死の決定に対する協力や環境整備を国家等にどこまで求められるのかという問題として捉えられることになる。

この点、久保田は死ぬ行為等について自己決定権の問題として扱うと、自己決定権に対する制約の境界が曖昧で「過剰包摂」の問題が生じるとして、「存在の保障」の問題とすべき旨を主張している。かかる主張に関しては、どのような法益が考えられ、死の行為等に対していかなる保障などを及ぶのか当該論考の時点ではまだ検討段階とされており明らかにされていないものの、「存在」の範囲をどのように判断するのか、その判断にあたり結局のところは自律性や自己決定の有無が考慮されることになるのではないかといった課題が指摘されうる⁸⁹⁾。また、久保田も述べているように、「存在の保障」が機能する場面は「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」のとき、おそらくは立法裁量の統制に関する問題、つまり死ぬ行為等の保障範囲を立法裁量により解決していくものと解したうえで、その裁量に対していかなるコントロールを及ぼすべきかといった問題を検討するときであると考えられる⁹⁰⁾。そのため、本稿の問題意識である、「死を求める行為につき国家から自殺幇助罪等を通じて広汎に制約を受けているのではないか」に関する検討においては、「存在の保障」の問題として検討するよりも、やはり自己決定権に関する問題として検討するほうが妥当であるといえる。

3. 幸福追求権・自己決定権の保障範囲

次に、幸福追求権や自己決定権の保障範囲について、従来の学説では、人格的利益等に重要な利益であるかで判断する見解、あるいは広く一般的自由を含めようとする見解が主に示されている。両見解に対する指摘や批判はきわめて多く、本稿で取り上げた論者からも、前者の見解については憲法13条後段が求める多様な価値観と矛盾する、何が「人格的生存に不可欠」であるか不明確であるといった指摘、後者についてはほかの人権保障とのバランスを失する、殺人等まで権利に含めるのは従来の法的思考から乖離しすぎているといった指摘がなされている⁹¹⁾。しかし、前者の見解でも人格的利益に関わらない自由に対する制限に実質的合理的根拠を求めるし、後者の見解のもとでも人格的利益に不可欠であるものは厳格な審査基準を求めるなど、制限に対する違憲判断の段階まで含めると「論理必然的な差異はほとんど存在しない」ともいえる⁹²⁾。

この点、なお「入口」の段階で保障範囲をある程度画定するのであれば、無限定に広く自由な行為を対象にすれば殺人の行為までが原則として権利として保障されることになり現実の認識からは乖離しすぎることになる一方、「人格的利益」という概念は「歴史的な経験」や「個別的人権に匹敵するだけの内実」等の要件が示されつつもなお不明瞭なところがあり⁹³⁾、何が「人格的利益」に該当するか判断が困難であることも否定できない。また、「自由は人格的生存にとって重要な意義を有するもの」でもあるから、憲法上の権利の範囲はできる限り広く捉える必要がある⁹⁴⁾。したがって、幸福追求権等の保障範囲については、基本的には一般的自由を広く含むと考えつつ、歴史的にみても明らかに人格的利益を否定したり侵害したりするような行為は幸福追求権から除外し国家が広く制約することも許容されうるといったように、一般的自由説のさらに条件を加える立場に近い考え方がさまざまな指摘や問題に対して柔軟に対応できる

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

のではないかと考える。

4. 死ね行為・死を求める行為と幸福追求権・自己決定権

そのうえで、死ね行為等が幸福追求権・自己決定権のもとどこまで保障されるのかについて、保障範囲を「人格的生存」と関連づける人格的利益説のもとでは、「自己決定は自己の存在を前提とし、その自己が自らの行為等に関する決定を行う状況を想定していること、また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、ともに生きていくことを求めている」ため、死ね行為等はその「存在」を否定するものであるから、幸福追求権等では保障されないとの結論が導かれるようにも思われる⁹⁵⁾。しかし、同説では、死ね行為等に対して必ずしも否定的な態度が徹底されているわけではない。佐藤は幸福追求権等の自律権を瞬時的なものとして、長期的なものに区別したうえで、回復困難かつ苦痛ある病を患っている場合は今後人生設計をおこなう権利行使が存在しないために死を求める権利行使が許容されることになることと述べ死ね行為等の権利性を認めている。土井も死ね権利は否定しつつも、尊厳死のような、生き方の自然な終わりを求める形の死を求める行為についてはむしろ「生命を享受する権利」の行使と解することで認めようとする。

また、自己人生創造希求説も、同条で保障される利益等を「自己の存在」や「自己の人生」に係らしめているため「生」を終わらせる自殺行為や積極的安楽死は保障されないとしつつも、尊厳死は生に対する自己決定権と捉えて肯定する方向で解しており、「生」を自然な終わりと解する土井の見解とほぼ同様のアプローチである。一般的自由説の中でさらに限定を加える立場も、人間の根源や存在前提である生命を否定するような行為は原則保障されず、ただ安楽死や尊厳死については自己決定や人間の尊厳への配慮から例外的に保障に含めるとの考え方を示しており、土井のアプローチとの明らかな差異は認められない⁹⁶⁾。他方、一般的自由説でさら

に条件を加えない立場については、殺人行為まで含めてすべての行為を保障対象にするため、このような論法はとられないようにも思われる。ただし、「一応の自由」としてひとまず保障対象にしつつも、それに対する制約の可否を判断する場面で「本人の客観的利益の保護」などを考慮するため、そのときに土井らと同様のアプローチがとられるものと考えられる。

さらに、私的領域留保説についても、生にかかわる決定を私的領域の問題として、安楽死を求めることにつき原則として他者から干渉されるべきでないが、十分な知識と熟慮に基づいた自由な決定でなければならないとして、「生」の決定に「死」の決定も含まれるとしつつ、その決定の範囲を「十分な知識と熟慮」の観点から絞ろうとしており、13条後段ではなく前段の問題と示唆しながらも考え方は土井らと同じ方向性である。死ね行為等の権利を一定の判断能力を有する者あるいは熟慮に基づく決定のみに保障対象を限定して妥当性を図ろうとする人間社会離脱権説もやはり同様であろう。

したがって、本稿で挙げた学説は、佐藤の見解を除けば、死ね行為や死を求める行為に対してほとんど共通したアプローチ、つまり死の軽率な判断を権利保障から除外しつつ、安楽死や尊厳死は「生」に関する権利としてある程度保障しようとする考え方がとられている。しかし、かかるアプローチに対しては、各見解により表現に違いがあるものの、保障されるか否かの境界線をどのように画定するのかという課題が指摘される。すなわち、土井の見解、自己人生創造希求説、一般的自由説に対しては、「自然な終わり」をいかにして判断するのか、私的領域説や人間社会離脱権説に対しては、「十分な知識と熟慮」をどの程度まで求めるかという課題である。なお、佐藤の見解については、死ね行為等の一部を「生」に関する権利としてある程度保障しようとする考え方はとられていないため、このような課題は生じないかもしれない。ただ、死ね行為等を人生設計との対立事項として捉えるのは死に対する過度に否定的な意

識が潜在しているように見受けられる。死も人生の一部、終着点であることは否定できない以上、死も人生設計に含めたうえで、死の軽率な判断は設計から除外しつつ、尊厳死等は設計する意義が失われるからというよりも設計の最終段階として権利行使に含めるとしたほうがより適切ではないかと考える。その意味では、「生命を享受する権利」の一部として自然な終わりを求める権利は認めようとするアプローチのほうが好ましいといえる。

「自然な終わり」や「十分な知識と熟慮」をどのように判断するのかについては、たとえばかかりつけ医等医療従事者の専門的な見地などに照らして個別に判断していくことも考えられるが、そのような判断方法は患者本人の重大な意思決定に他者を係らしめる点で権利行使として妥当なのかといった問題がある。この点、憲法上の権利につき関係志向説のアプローチを組み込み他者の意思も重要な判断要素として位置づければ許容される余地があるかもしれない⁹⁷⁾。ただ、いずれにせよ、私見としては、死ぬ行為や死を求める行為は、経験主義・歴史主義に基づく解釈説も指摘しているように日本の歴史の中では切腹など自ら死を選ぶ行為が自身の尊厳を守る手段として利用されてきたこともあったし、現代においても自己の人生設計や自己決定の一環として死の選択が捉えられるべきことが考えられるようになってきていることから、少なくとも人格的利益を否定するようなものとは考えるべきでなく、したがって、「自然な終わり」や「十分な知識と熟慮」の範囲についてもできる限り広く解して、国家による制約等を限定する必要があると考える。

そして、以上をふまえると、現行法や裁判例が回復困難で死期が迫っておりかつ身体的苦痛を伴う末期状態等に限り死への協力を許容していることは幸福追求権や自己決定権に対する過度に広汎な制約であると評価できる。確かに、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。」⁹⁸⁾ともいえるし、医者の治療義務や職業的倫理観との調整も必要ではある。しかし、

仮に回復可能あるいは身体的苦痛がない状態であったとしても、年齢を重ねていけばいくほど判断能力や身体能力はほぼ確実に衰えさまざまな種類の負担や苦痛が重くなるのであり、またこれらの負担等は医療技術などが発展して寿命が延びれば延びるほどさらに重くなっていくことが予想される。そのような状況に対しては、「自然の終わり」などの該当範囲を現状のままきわめて限定的に捉えて無理に人生を引き延ばさせるよりも、現状の基準等より前の時点から「自然の終わり」などを認めて死ぬ行為や死を求める行為を許容したほうが幸福追求権や自己決定権の保障の観点からは望ましいと解する。ただ、具体的にいかなる基準等により「自然の終わり」などを判断するのかについては今後の検討課題としたい⁹⁹⁾。

5. 患者の推定的意思

なお、現状の学説や裁判例においては、患者本人が意思表示していない、あるいは意思表示できない場合でも、患者の推定的意思の有無や家族関係者・医療従事者等との相談を条件に安楽死や尊厳死等を認められる可能性が一部示唆されている。しかし、死ぬ行為等を生命・身体に対する自己決定権と位置づけるのであれば、リビング・ウィルなども存在しない、患者本人が何ら「決定」していないときに他者の判断に基づき安楽死等を決定するのは、むしろ患者本人への権利侵害と捉えるべきであり、かかるケースを認めるのであれば自己決定権以外の別の論拠が必要であると考え¹⁰⁰⁾。

この点、特に関係志向説を組み込めば他者の判断を考慮要素に含めることも可能かもしれないが、同説は軽率な死の判断を抑止するための判断手法として提示されているのであり、このような形での採用は意図されていないと思われる¹⁰¹⁾。あるいは、そもそも死ぬ行為等を「自己決定権」の問題とせず「存在」の問題として解決しようとする客観的アプローチ説を採用することでも患者の推定的意思への妥当な論拠を導けるかもしれないが、前述のとおり、同説については

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

「存在」の範囲などに関する問題を明らかにする必要がある。いずれにせよ、他者の濫用を防ぐための論理等のより詳細な検討もおこなわなければならない。

Ⅵ むすびにかえて

以上、本稿では死ね行為や死を求める行為が憲法解釈上保障されるのかについて、まずは従来の学説を整理、分析し、現時点での私見を示した。基本的にどの憲法学説も、「生命は崇高なもの」で、その生命を終わらせる死ね行為等は許されないものという前提のもと、安楽死や尊厳死についてはきわめて限定的に保障対象にすることでこの前提に抵触しないようにしつつ社会的な妥当性を図ろうとしている。しかし、日本においては必ずしも「死」が絶対に許されないものとは認識されてこなかった歴史もあり、さらにキリスト教的な価値観を前提としている欧米諸国の中でも安楽死や尊厳死等の要件につき比較的緩やかな内容を採用している国等がある状況も考慮すると、そのような日本の学説等の傾向はいささか極端に感じられるところもある。この点については、諸外国、特にキリスト教的な価値観を有する国の安楽死や尊厳死に関する法制度や学説の状況に関する分析も必要であると考えている¹⁰²⁾。

なお、憲法学の多くの論者も指摘しているように、死ね行為等については、憲法学上の解釈問題だけでなく、医師の治療義務や職業倫理の問題、患者と家族・医療従事者との関係性、社会的な貧困などさまざまな問題が複雑に絡んでいる¹⁰³⁾。したがって、安楽死や尊厳死等の要件を検討するにあたっては、分野横断的に議論を進めていくとともに、最終的にはそのときどきの民意等に基づき国会や内閣が判断していかなければならないといえる¹⁰⁴⁾。

注

- 1) 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巻(1996年)92-93頁。

- 2) ただし、人の生死が憲法学等で議論されるようになったのは、科学技術の発達との関係だけでなく、人間が人権を享有できる理由が探求されるようになったことや女性の社会進出等によって、政治・経済・社会という公の世界と家庭という私の世界の境界が曖昧になり、私の世界の問題であった人の生死も国家・社会との関係で論じなければならなくなったこともきっかけになっているとされる。高井裕之「生命の自己決定と自由」ジュリスト第978号(1991年)107-108頁。
- 3) 大谷實『刑法講義総論(新版第5版)』(成文堂、2019年)16頁。
- 4) 殺人罪の「人」に「自分」が含まれない、自殺を不処罰とする理由については、刑法学説からさまざまな見解が示されており、違法性が阻却されると解する見解、可罰的違法性に欠けると解する見解、期待可能性がなく責任が阻却されると解する見解などがある。川端博『刑法各論講義(第2版)』(成文堂、2010年)28-29頁。これらの見解を整理・検討した論考として、石居圭「自殺の法的性質と『死ね権利』の検討」法学研究論集第55号119頁以下(2021年)も参照。
- 5) 「終末期」について、全日本病院協会によるガイドラインは、①「複数の医師が客観的な情報を基に、治療により病気の回復が期待できないと判断すること」、②「患者が意識や判断力を失った場合を除き、患者・家族・医師・看護師等の関係者が納得すること」、③「患者・家族・医師・看護師等の関係者が死を予測し対応を考えること」の3つの条件を満たしたものと定義づけている。全日本病院協会「終末期医療に関するガイドライン～よりよい終末期を迎えるために～」(2009年)1頁。
- 6) 日本学術会議「終末期医療のあり方について―亜急性型の終末期について―」(2008年)3頁。
- 7) より具体的に、東海大学病院事件の横浜地裁判決では、医師による(積極的)安楽死が許容される要件として、①「患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在すること」、②「患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていること」、③「患者の意思表示」の明示があること、④「苦痛の除去・緩和のため他の医療上の代替手段がないとき」であることが示されている。横浜地判平成17年3月25日判時1909号130頁。一方、川崎協同病院事件の横浜地裁判決では、終末期医療における治療停止行為(いわゆる尊厳死)が許容される要件として、①「回復の見込みがなく死が目前に迫っていること」、②「それを患者が正確に理解し判断能力を保持している」こと、③「十分な情報(病状、考えられる治療・対処法、死期の見通し等)」のもと、「患者の任意かつ真意に基づいた意思の表明がなされていること」が示されている。横浜地判平成17年

3月25日判時1909号130頁。

また、両判決では、「患者の意思表示」につき、(積極的)安楽死の場合はリビング・ウィル等本人の事前の意思が記録化されているものや同居している家族等、患者の生き方・考え方を良く知る者からの「推定的意思」では足りず、治療停止行為の場合は「推定的意思」でも足りるとの考えも示されている。

ただし、両判決の基準を最高裁が採用したことはなく、両判決も含めこれらの要件のもと安楽死等が認められたケースもほとんど見当たらない。ゆえに、これらの判決を一般的な判断基準と扱うことはできない。久保田祐介「安楽死・尊厳死／治療中止への憲法的視座：松井茂記の安楽死・尊厳死論とガイドラインの交点から」専修法学論集第146巻1頁以下(2022年)8、46頁。

なお、川崎病院事件東京高裁判決では「より広い視野の下で、国民的な合意の形成を図るべき事柄であり、その成果を法律ないしこれに代わり得るガイドラインに結実させるべき」とも述べられており、国会による合法化が期待されている。しかし、国会ではいまだ法案未提出の状態であり、厚生労働省等が終末期医療のガイドラインを策定しているにとどまっている。厚生労働省「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)など。

本稿では、紙幅の都合もあるため、憲法学説の整理・分析に絞る。裁判所や国会等の動向についての整理・分析はおこなわない。

- 8) なお、樋口範雄は、現状の裁判例等の安楽死・尊厳死の要件等につき「法律レベルで患者の自己決定権を否定ないし制約するもの」との議論がなされていないこと、憲法の私人間適用に関する原理的な検討が必要になること、生命に対する自己決定権が問題になるのは自己決定能力を失った者の場合が多い等複雑な内容を伴うことを理由に、憲法上ではなく私法上の権利の問題にとどめるのが適切であると主張する。樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』63頁以下(岩波書店、1998年)66-73頁。しかし、繰り返しになるが、死ぬ行為等が現行の自殺幇助罪等を通じて事実上は過度に広汎な制限を受けている状態になっているのではないかとの問題意識があるため、憲法上の権利として保障される可能性と範囲につき検討したいと考えている。
- 9) 日本学術会議・前掲注6)2-3頁。
- 10) そもそも日本で消極的安楽死が「尊厳死」という語で表記されるようになったのは、1983年頃にデラウェア州法の影響を受けて新聞で用いられはじめたことや日本安楽死協会が消極的安楽死のみを

推進する方針に切替え同年に日本尊厳死協会に改名したことが契機になったとされる。中山道子「自己決定と死—自己決定の死?」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』101頁以下(岩波書店、1998年)116頁。

ただし、米国州法で使用される「尊厳死(Death with Dignity)」は医師に介助されて自ら死ぬ行為を意味している場合があるなど、「手段の消極性」を含む日本の「尊厳死」概念とは必ずしも一致しない。中山茂樹「法における『尊厳死』の捉え方」思想第976号62頁以下(2008年)64頁。

- 11) 日本学術会議・同上3-4頁。
また、「自殺幇助」は「死そのものを望む者への致死処置」である点で、「安楽死」や「尊厳死」とは区別されるとしている。日本学術会議・同上3頁。
- 12) 生命に関する憲法上の権利はほかに前文の平和的生存権、25条の生存権、31条の法定手続を求める権利もあるが、平和的生存権は軍隊や戦争の場面に限定されている、25条は社会権に分類され「古典的な生命の尊重としての生命権」まで対象になるのか疑わしい、31条は刑罰以外での実体的な保護まで含まれるか疑わしいなどから、これらの条文等との関連で死ぬ行為等が議論されることはほとんどない。前文等の指摘につき、嶋崎健太郎「人間の生をめぐる憲法問題」栗城壽夫ほか編『先端科学技術と人権』281頁以下(2005年)288-289頁。
- 13) 嶋崎・同上289頁。
同条後段の「生命、自由、幸福追求」という表現はアメリカのヴァージニア憲法や独立宣言に由来しており、またこれらがジョン・ロック(John Locke)をはじめとする18世紀当時の思想的潮流の影響を受けているとされるのは周知のとおりである。安念潤司「『幸福追求権』の淵源」公法研究第58号53頁以下(1996年)53頁、青柳幸一「憲法における『生命に対する権利』」国際人権第17号15頁以下(2006年)16頁など。
- 14) 山内敏弘「人権・主権・平和 生命権からの憲法的省察」(日本評論社、2003年)3-7頁。
また、国際社会でも、生命権が近代憲法思想のもとでは実定化する必要がないくらいに「自明」な存在であったことなどから、独立した権利としては注目されてこなかったとされる。ただし、第二次大戦期のナチスに代表される非人道的な侵害の反省から、生命権や身体への不可侵権が「覚醒」することになったという。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て—」法学新報第108巻3号(中央大学法学会、2001年)32-33頁。
- 15) 嶋崎・同上36-37頁。
- 16) 嶋崎・同上50-53頁。

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

- 17) 山内・前掲14) 7-8 頁。
- 18) 山内・同上12 頁。
- 19) 嶋崎・前掲注14) 50-51 頁。
- 20) 山内・前掲注14) 12-13 頁。
13 条から「生命権」の具体的権利性を意識するほかの論考として、桜田誉「憲法における生命権の保障—救命救急医療との関連を中心として—」関西大学法学論集第37 巻2・3 号241 頁以下(関西大学法学会, 1987 年)も参照。
- 21) 渋谷秀樹『憲法[第3 版]』(有斐閣, 2017 年)96 頁。
- 22) 渋谷・同上95 頁。
- 23) 渋谷・同上96-97 頁。
- 24) 渋谷・同上185 頁。
- 25) より具体的に、日本人は仏教や儒教などの影響から「生も死も、絶対的に一回的なものではなく、あの世(神の世界)からこの世(ヒトの世界)へ、そしてこの世からあの世へと転生し、生と死が互いに補完しあい、連続する世界として捉えてきた」との指摘もある。嶋崎・前掲注12) 284-286 頁。
- 26) 渋谷・前掲注21) 186-187 頁。
この点と関連して、安念は幸福追求権の源泉である独立宣言等に影響を与えた「普遍的で抽象的な人間の本性(nature)から道徳の諸原理を演繹的に導出するという思考様式」は日本人がかつて経験したことがないものであるため馴染みにくいとの考えを述べている。安念・前掲注13) 62-63 頁。
- 27) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2020 年)175 頁。
- 28) 佐藤・同上173-174 頁。
なお、佐藤はこれらの解釈につき、憲法の「基本的人権」を「moral theory」すなわち「各人がそれぞれ自己の幸福を追求して懸命に生きる姿に本質的価値を認め…その価値を最大限尊重しつつ人の共生を可能とするような社会・国家のあり方を考えようとする理論」を可能にらしめる「道徳的権利」と位置づけることから導き出している。佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣, 2008 年)84-85 頁。
- 29) 佐藤・前掲注27) 175-176 頁。
- 30) 歴史的な経験等の要件につき佐藤・前掲注28) 112-113 頁、具体的な内容につき佐藤・前掲注27) 189 頁。
- 31) 佐藤・前掲注27) 178 頁。
- 32) 佐藤・同上188 頁。
- 33) 土井・前掲注1) 96-97 頁。
- 34) 土井・同上98-99 頁。
- 35) 土井・同上99 頁。

ただし、土井は、その後の解説において、身体的苦痛等への配慮から、「積極的安楽死について立法措置を講じることが検討されるべき」と述べており、態度を若干軟化させている。長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣, 2017 年)110 頁[土井真一]。

- 36) 土井・同上99-100 頁。
- 37) 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂, 2010 年)10 頁。
- 38) 竹中・同上42-44 頁。
- 39) 竹中・同上60, 140-141 頁。
- 40) 竹中・同上148 頁。
より具体的に、竹中は生命や身体のある方に関する自己決定の問題を、「生命の発生過程」・「生命の消滅過程」・「生命維持過程」に分類し、安楽死等の問題については消滅過程の問題と位置づけている。竹中・同上142 頁。
- 41) 竹中・同上148 頁。
- 42) 竹中・同上149 頁。
なお、竹中は、東海大学病院事件・川崎協同病院事件の判決いづれも、刑法上の違法性等を検討しているにすぎないと評している。竹中・同上149 頁。ただ、これらの裁判例は患者の「自己決定権」にも言及していることから、そのように評価してよいかわくらく疑問が残る。もっとも、樋口範雄はこれらの裁判例での「自己決定権」は憲法条文の言及がないため私法上の権利にとどまるものと解している。樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』63 頁以下(岩波書店, 1998 年)66, 72-75 頁。
- 43) 一般的自由説については、保障対象につきさらに一定の限定条件を加えるものを「限定説」、殺人行為などすべての行為の自由とするものを「無限定説」と分類する場合がある。しかし、たとえば、この分類を用いる内野は人格的利益説も限定説に含めている。内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社, 1991 年)324 頁。竹中も、人格的利益説と殺人の自由や自殺の自由を除外した一般的自由説を同じ「限定説」、殺人の自由等を除外しない一般的自由説のみを「無限定説」に位置づけている。竹中・同上31-32 頁。それゆえ、必ずしも一般的自由説の中の分類とはいえないため、本稿でかかる分類は使用していない。
- 44) 戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい, 1998 年)175 頁。
- 45) 戸波・同上176-177 頁。

また、幸福追求権からは自由権だけでなく、社会権や請求権も導き出されうると解している。戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究第58 巻1 頁以下(1996 年)13-14 頁。

なお、戸波は一般的自由を幸福追求権の中の自己決定権として保障されうると説明している。戸波・前掲注44) 177 頁。この点で人格的自律権の最狭義を自己決定権と捉える佐藤の考えと基底としているものが類似しているとの指摘もなされる。穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開[第2 版]』(日本評論社, 2014 年)15 頁。しかし、戸波は

自己決定権を人格的なものに限定するのであればそれとは別に一般的自由が保障されると説明していることから、人格的なものに限定されている佐藤の自己決定権とは厳密には異なる。

- 46) 戸波・前掲注45) 8-11頁。
- 47) 戸波・前掲注44) 177-178頁。
- 48) 戸波・同上186頁。
- 49) 戸波・同上186頁。
- 50) 内野正幸『憲法解釈の論点[第4版]』(日本評論社, 2005年) 52-54頁。
- 51) 内野・前掲注43) 323-324頁。
- 52) 内野・前掲注50) 54頁。
- 53) 内野・前掲注43) 340-343頁。
- 54) 中山茂樹「生命, 自由及び幸福追求に対する権利に関する一考察」同志社法学第72巻4号(2020年) 682-686頁。
中山の見解は「生命」等のそれぞれに別の役割を見出しているため生命独自の権利説などの立場として扱うべきとも考えたが、後述のように一般的自由説に対して肯定的でもあるため、本稿では一般的自由説からの見解として一応扱っている。
- 55) 中山・同上698-699頁。
- 56) 中山・同上699-700頁。
- 57) 中山・同上693-695頁。
なお、憲法第13条後段の解釈については、ほかにも小山剛らが主張する、同条は国家が憲法上の権利やそのほかの一般的自由に対して違憲的な侵害や強制を加えることを禁じた客観法として捉える「違憲の強制からの自由」説も注目されている。小山剛「『憲法上の権利』の作法[第3版]」(尚学社, 2016年) 95-99頁。ただ、同説に対しては、客観法の側面を強調すると憲法上の明文規定から導けない「一般的自由」が政府から不合理に制約を受けた場合に日本の付随的審査制のもとでは違憲性を争えなくなってしまう。それゆえ、「一般的自由」を「包括的な自由ないし権利」と捉えざるをえなくなるが、それは結局のところ一般的自由説と同じ考え方であると指摘されている。松井茂記「尊厳死および安楽死を求める権利」(日本評論社, 2021年) 154-155頁。
- 58) 長谷部恭男『憲法の理性[増補新装版]』(東京大学出版会, 2016年) 69-77頁。
- 59) 長谷部・同上77頁。
- 60) 長谷部・同上79頁。
- 61) 長谷部・同上78-79頁。
- 62) 長谷部・同上85-87頁。
- 63) 長谷部恭男『憲法[第8版]』(新世社, 2022年) 149-150頁。
- 64) 長谷部・前掲注58) では、死ぬ行為等が「切り札」としての権利の問題であるか否かにつき言及されていないが、参照している部分等の文脈からは原

則かかる問題として捉えているように見受けられる。言及されていない以上、「切り札」としての権利等について触れる必要はなかったかもしれないが、死ぬ行為等も含め憲法上の権利に対する長谷部の解釈の土台となるものであるため、参照した次第である。

- 65) 長谷部・同上151-153頁。
- 66) 長谷部・同上153-154頁。
- 67) なお、土井は幸福追求権などの憲法上の権利に対する松井の考え方を「手続的基本権観」、人格的利益説や一般的自由説を「人間存在にとって必要な実体的権利・自由を包摂するもの」と理解する考え方として「実体的基本権観」と分類する。土井・前掲1) 94頁。
- 68) 松井・前掲57) 176-177頁。
- 69) 松井・同上177-178頁。
- 70) 松井・同上179頁。
- 71) 松井・同上180-181頁。
- 72) 松井・同上181頁。
- 73) 松井・同上182-192頁。
- 74) 高井裕之「生命の自己決定と自由」ジュリスト978号(1991年) 109頁。
- 75) 高井・同上109頁。
- 76) 高井・同上109頁。
- 77) 高井・同上109頁。
- 78) 久保田祐介「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—」専修大学法学研究所紀要第46巻1頁以下(2021年) 35, 45頁。
- 79) 久保田・同上20-21頁。
- 80) 久保田・同上30-34頁。
- 81) 久保田・同上34-45頁。
- 82) 久保田・同上35-36頁。
- 83) 佐藤・前掲注28) 114-115頁。
- 84) 土井・前掲1) 94-95頁。
- 85) 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社, 2011年) 268頁, 佐藤・前掲注28) 116-117頁。
- 86) 斎藤正彰「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, 2004年) 88-89頁。
- 87) 棟居快行「幸福追求権について」ジュリスト第1089号(1996年) 179頁以下。
- 88) なお、自己決定権の積極的側面を検討した論考として、山本龍彦「生殖補助医療と憲法」辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011年) 325頁以下を参照。
- 89) 中山・前掲注10) 71頁。
- 90) そのことは久保田・前掲注7) 32-34頁でも示唆されている。
- 91) 前者の見解に対する指摘につき渋谷・前掲21) 186頁, 戸波・前掲45) 17-18頁など、後者の見解に対

Mar. 2025

死ね権利・死を求める権利に関する準備的考察

する指摘につき渋谷・前掲21) 181頁、竹中・前掲37) 10-12頁、戸波・前掲注45) 14-16頁など。

なお、幸福追求権に関する最近の論考として、高橋和之・長谷部恭男編『芦部憲法学—軌跡と今日的課題』(岩波書店, 2024年) 151頁以下[渡辺康行]も参照。

- 92) 小山・前掲注57) 94-95頁。
- 93) 阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障[1]』(日本評論社, 1994年) 221-224頁。
- 94) 土井・前掲35) 104-105頁。ゆえに、土井は幸福追求権の範囲につき、「自由保障の推定、すなわち『疑わしきは自由に』(in dubio pro libertate)の原則が妥当」し、「問題となる自由が人格的生存に資するもの、あるいは、人格的生存に合理的関連を有するものである限り」含まれ、「実際には、保障を推定した上で、自己または他者の人格的生存を害するものを控除するという消極的な手法をとることになろう」としており、本稿もこの見解をひとまず支持するものである。土井・同上105頁。
- 95) 渋谷・前掲21) 186頁。
- 96) ただし、自殺の自由を認めないのに安楽死・尊厳死は認める論拠が人格的利益説以上に明らかでないとの批判もなされている。松井・前掲注57) 152頁。この点に関してはそもそも一般的自由説が安楽死・尊厳死につき積極的に議論していないからとの指摘もある。久保田・前掲注7) 14頁。
- 97) なお、医療現場の実態をふまえ「医師と患者の協働関係」の構築を重視する医事法学の分野では、むしろ個人の自己決定権を絶対視するほうが患者と医師の分業化を招くことから危険との認識があるとされる。久保田・前掲注7) 60-68頁。他者との共存や関係性を核心的な内容とする関係志向説はこのような医事法学の認識とも親和的といえる。
- 98) 最大判昭和23年3月12日刑集22巻3号191頁。
- 99) 「自然の終わり」などが幸福追求権等の保障対象になるにしても、なぜそれが回復困難で死期が迫っておりかつ身体的苦痛を伴う末期状態等に限定されるのかについては、本稿で取り上げた見解でもほとんど検討されていない。したがって、死ぬ行為等に関する憲法学説全体の課題ともいえるかもしれない。
- 100) 仮にリビング・ウイル等が患者本人の事前の意思

があったとしても、その変容可能性にも注意する必要がある。中山・前掲11) 67頁。

- 101) また、関係志向説を組み込むにしても、患者本人と医師等の関係を誰がどのように評価するのかといった現実的な問題もある。唄孝一「生命維持治療の打ち切りをめぐる家族と私法—フィオリ事件判決(アメリカ)の研究ノートから」佐藤進・斎藤修編『現代民事法学の理論—西原道雄先生古稀記念下巻』353頁以下(信山社, 2000年) 393頁参照。
 - 102) この点と関連して、玉蟲由樹は、自己決定に基づき死を選択する権利を「憲法上絶対に保障されるべき」権利と扱ったドイツの連邦憲法裁判所判決を参照して、憲法や個人の尊厳のもと保障されるのは「自律的な生」と解し、少なくとも自律的な死の選択に対して自己加害防止を理由に一律に制約を課すことは認められないとの考えを示している。玉蟲由樹「個人の尊厳と自己決定権」愛敬浩二編『講座立憲主義と憲法学 人権I』(信山社, 2022年) 59-62頁。
 - 103) 特に、日本の裁判では患者本人の意思によることなしに家族や医師の判断で安楽死等がおこなわれてきたケースが多いことに照らせば、患者・家族・医師等の関係性については、これらの関係性における「プライバシー」が患者の自己決定権を制約している問題にも触れなければならない。中山・前掲注54) 118-119頁。
 - 104) この点、松井は「死ぬことに対する医学的補助」の規定を設け、患者の死ぬ行為に対する医師の補助については自殺関与罪や同意殺人罪による処罰を科さないことを刑法で明確にしたカナダ連邦議会の対応を参考にすべきことなどを提案している。松井・前掲注57) 193-194頁。
- なお、山本龍彦は、生殖医療補助をテーマとしたものであるが、医師や医療制度と関わる自己決定については、「文化闘争に対する政府の直接的介入」を回避する必要等を理由に、医療専門職(medical profession)を中心とした専門職集団が自律的生の制度条件を整備する義務を負い、立法府や司法府はその過程をモニタリングする義務を負うにとどめるべきとの見解を示している。山本・前掲注88) 331-337頁。このような政府や専門職集団の役割分担についても検討する必要がある。

(2024年11月15日掲載決定)