

18 ロックは人格について次のように述べている。「私の考えるところでは、人物とは、理知と省察とをもち、自分自身を自分自身と考えることのできる、思考する知能ある存有者、違う時間と場所で同じな思考する事物であり、こうしたことは、思考と分離できない、私には思考に本質的に思われる、意識によってだけなされる」。また、意識についてロックは次のように述べている。「意識がいつも思考に同伴し、この意識がすべての人をその人が自分と呼ぶものにさせ、これによってその人自身を他のすべての思考する事物と区別するから、この意識にだけ人物同一性すなわち理知的な存有者の同じなことは存するのである。また、この意識の後方へ、ある過去の行動あるいは思想へ及ぼせるかぎり、それだけ遠くその人物の同一性は達する。当時あったのは今と同じ自分であり、あの行動がなされたのは、今それを省察するこの現在の自分と同じ自分によってなのである。」と。ロック、大槻春彦『人間知性論(二)』(岩波書店・1978年) 312頁-313頁

19 ロック、前掲書 312 頁参照。

20 Radin 論文 1、p963

21 この見解について、ヒュームの「人性論」第6節人格の同一性という箇所論じられている。すなわち、「自己もしくは人格は、なにか一つの印象ではなく、いくつかの印象および観念がそれとかかわりを持つとされているようなものである」。さらに、「人間とは、思いもつかぬ速さでつぎつぎと継起し、たえず変化し、動き続けるさまざまな知覚の束あるいは集合にほかならぬ、ということである」。ヒューム、土岐邦夫訳「人性論」『世界の名著 27 ロック・ヒューム』(中央公論社・1968年) 470頁—471頁

22 ロック、宮川透訳「統治論」『世界の名著 27 ロック・ヒューム』(中央公論社・1968年) 208頁

23 ロックのいわゆる「労働所有論」では、人格と物との間の境界線は、「身体や生命との間の相違をなくしはしないが緩和する。なぜならそれによると、身体や自由に対する権利と外物の財産権とは基本的に異なるものではないからである」(森村進『財産権の理論』(弘文堂・1995年) 19頁)。さらに、Radinはロックの person の解釈について、「person を内省的意識(reflective consciousness)と記憶(memory)とみなし」、それゆえに「人は文字通りに自分自身の四肢」、さらに「自分自身の生産物を所有しなければならぬ」としている。このことは、ロックの以下の言葉からも理解できる。すなわち、「身体の全分子は、この同じ思考し意識する自分に生命あるように合一し、したがって、触れられると私たちは感じるし、身体に起こる善福や禍害によって心動かされ、それら善福・禍いを意識するが、その間は私たちの自分すなわち思考し意識する自分の一部である。たとえば、すべての人にとってその人の身体の四肢はその人の一部である。その人は四肢と感じをともにし、四肢のことを気にかける。」(ロック、大槻春彦訳『人間知性論(二)』(岩波書店 1978年) 315頁) さらに Radin は、「個人が一人格であるための、あるいは一人格として扱われるための権利 entitlement をもっている」ということは、ロックの「専有権(right to appropriate)を基礎にしている自己保存の権利(right to self-preservation)」を内包していると考えている。

Radin 論文 1、p965

ここでロックの労働所有論について、ロック自身の言葉で引用することにする。「土地ならびにあらゆる下等な被造物はすべての人間に共有であるけれども、万人は彼自身の身柄(person)の中に一つの財産を持っている。誰も自分自身以外にはこの財産(property)に対しては何らの権利ももっていない。彼の肉体の労働ならびに彼の手の働きは、本来彼固有のものであるといえよう。それゆえ、自然が提供し放置しておいた状態から彼が移し出した物は何であろうと、彼が自分の労働をそれに混入したのであり、彼自身のものである何物かをそれに結合したのであって、そうすることによってそれを自分の財産とするのである。それは、自然が置いた共有の状態から彼によって移し出されたのであるから、この労働によって他人の共有権を排除するような何物かがそれに付加されたのである。というのは、この労働はこの労働者の疑うべからざる財産であり、……彼以外の誰も一度労働が結合された物に対する権利を持つことは出来ないからである。」ロック、鶴飼信成訳『市民政府論』(岩波書店)

さらに、ロックの所有理論については、三島淑臣「近代の哲学的所有論—ロックとカントを中心に」『法哲学年報』(1992年) 9頁以下、内田司「ヘーゲルの「労働と所有」の関する理論(1)—マルクスの「疎外された労働」理論との関連で—」札幌学院大学人文学会紀要第47号(1990年) 61頁—66頁、森村進『ロック所有論の再生』(有斐閣・1997年)、同『財産権の理論』(弘文堂・1995年) などがある。

24 Radin 論文 1、p966

25 この Radin の逆説については、Radin 論文 p966

26 この逆説については、Radin 論文 1 p966-p967

27 この臓器移植の問題は、臓器が市場で売買の対象になり得るかということになる。この点について、Radin は market-inalienability、つまり市場での外化不可能性ということから考察している。そもそも、inalienability という概念は従来認識されてこなかったという。しかしながら、伝統的には、inalienability の意味に共通する核は、物（資格 entitlement、権利 right、属性 attribute）の分離 separation としての外化 alienation であり、この概念の否定こそが inalienability であるとする。この外化を構成する分離 separation は、自発的あるいは非自発的でもあり、結局のところ、別の所有者の手に委ねられるか、あるいは単純に失われるか消滅してしまうかであるとしている。さらに Radin によると、この inalienability は、販売不可能性 nonsalability と同一視されている。これによると、たとえば、選挙権のような共同体の規範的生活にかかわる道徳的あるいは政治的義務であるように思われるものの inalienability とは異なるものとされている。では、Radin の主張する inalienability とは何か。それは、物を人格から離すことができないとするのではなく、むしろ inalienability の機能は、市場の取引が分離の社会的メカニズムとして利用されてはならないようにすることである。このような状況下では、inalienability は売買を排除しているが、贈与 gift を促進しているとされている。たとえば、Radin は、臓器の inalienability は gift による臓器の所有者移転を排除してはいないと述べている。

Radin 論文 2、p1852-p1855

28 Radin 論文 1、p967-p968

29 Radin は、この fetishism の問題として、personal property の持つ二面性について、「personal property としての認識から排除されるべきである人と物との密接な関係を同定するために、客観的基準を十分に構築せねばならない」と述べている。このような personal property としての認識から排除される人と物との関係は、健全 healthy な自己構成 self-constitution を妨げることになるという。この personal property と fetishism との間の差異は、この物を所有している主体者たる人格 person が、healthy person なのか sick person なのか、あるいは sane person なのか insane person なのかということに帰着するという。さらに、Radin は、道徳的規準にこのような区別を求めているが、その中身については触れていない。

このように、人と物のかかわりにおいて、人格 personhood や健全な自己構成 healthy self-constitution と一致しないものや道徳的にも fetishist の財産 property は、人格と一体 personal になっていないという。しかしながら、Radin は、そのような性格の財産をまったく property と呼ぶことについては拒絶してはいない。したがって、Radin は、それらの財産が人格一体財産 personal property ではないので、交換可能財産 fungible property として扱われることを是としているのである。

また、fetishism の広義の意味において、マルクスは商品が生産者を規制するとしている。つまり、人々が商品とのかかわりにおいて従属するようになるということである。換言すれば、資本主義社会下では財産 property それ自体が、反人格 anti-personhood であると Radin は述べている。

Radin 論文 1、p968-p970

30 ヘーゲルは人格について以下のように述べている。「自立した自由意志に共通するのは、自己を意識しているという以上の内容をもたぬ、形式的で単純な、個としての自己関係である。そのかぎりでは、主観は人格である。人格の意味するところは、このわたしがあらゆる場面で（内面のわがまま、衝動、欲望においても、外面の目に見える形においても）完全に特殊で有限な存在でありながら、まったく純粋に自分と関係し、そのなかで、有限な自己を、無限で、一般的で自由な存在として知る、ということである。」（§ 35）「人格は権利能力をもち、抽象的・形式的な権利(法)の概念をなりたたせる、抽象的な土台である。」（§ 36）ヘーゲル、長谷川宏訳『法哲学講義』（作品社 2000 年）

また、エンゲルハートは人格概念について、2つの概念を設定している。すなわち、「厳密な意味での人格」と「人格の社会的意味」である。前者の「厳密な意味での人格」は、自己意識を有する行為者、あるいは自己を統御しうる存在者」という意味である。この人格概念がこれに当てはまるであろう。H.T.エンゲルハート「医学における人格の概念」加藤尚武編『バイオエシックスの基礎』（東海大学出版会・1988年）19頁

31 ヘーゲル、長谷川宏訳『法哲学講義』（作品社 2000 年）102 頁

32 ヘーゲル、長谷川宏訳『法哲学講義』（作品社 2000 年）102 頁-103 頁

33 ヘーゲル、長谷川宏訳『法哲学講義』（作品社 2000 年）104 頁-105 頁

34 さらに、ヘーゲルは「わたしがなにかを外的な力のもとにおさめることが、所有である。そして、なにかを自然の必要や衝動やわがままから自分のものにする、という特殊面が、所有にまつわる特殊な関心を示す。が、わたしの自由意志が所有のうちに対象化され、こうしてわたしがはじめて現実の意志となる、という側面こそが、法(権利)の心理をあらわし、財産のなんたるかを示している」(§ 45)と述べている。また、私的所有の始まりについて、「財産のうちには人格としての私に意志が、したがって、個の意志としての私の意志が、対象化されるから、財産は私有財産という性格を帯びる」(§ 46)と述べている。ヘーゲル、長谷川宏訳『法哲学講義』（作品社 2000 年）

35 イェーリングは、人格と外物との関係について、「物と私とを結びつけたのは偶然ではなく私の意思なのであり、しかもこの意思は、まずもって費やされた私自身ないし他人の労働にもとづいて生まれたのである。私とその物において所有し主張するものは、私自身ないし他人の過去の労働の一部である。私は、その物をわがものとすることによって、私の人格をこれに刻み付けたのだ。この物を侵す者は私の人格を侵すことになり、この物に加えられる打撃は物のかたちをとっている私自身に加えられることになる。所有権とは、物の上に拡大された私の人格の外縁にほかならない」と述べている。これは、Radin の property for personhood の概念そのもののように思われる。

イェーリング、村上淳一訳『権利のための闘争』（岩波書店・1988 年）p72

36 ヘーゲルの人格理論と人格にとって必要な property for personhood とのかかわりにおいて、Radin は「財産に関する直観的な人格 personhood の見方は、ヘーゲルの人格理論とは同等ではない。というのも、その見方はヘーゲルが主に想定している人格の属性を具体化しているからである。それにもかかわらず、人格一体財産 personal property の理論は、いくつかのヘーゲルの洞察を建て増しすることが出来る」と述べている。Radin 論文 1、p977

37 Radin 論文 1、p977

38 Radin 論文 1、p977

39 Radin 論文 1、p977-p978

40 さらに、「自由(合理的な自己決定)は唯一集団という文脈において可能であるとヘーゲルは考えていたとしても、集団はその集団の中でのみ自己決定を見出し、自然界のいくつかの資源に関する集団の請求に対して政治的重要性をもっている」と述べている。Radin 論文 1、p978

41 このことについて Radin は、「いくつかの種類 of 財産関係は、人格 personhood に密接なボンドを生み出すと仮定され得ると直観してみると、客観的な共同体の道徳というヘーゲルの考えのこだまがあるのかもしれない。もし、自分の身体の中の財産が、あまりにも人格 personhood と密接なので、まったく財産と考えることが出来ないのであれば、そのときそれは人格にとって必要な財産 property for personhood の明白なケースになる」としている。Radin 論文 1、p978

42 Radin 論文 1、p978-p991 以下を参照。Radin はここで、自らの二分法である personhood の二分法以外にも次のような二分法を提示している。①「自分自身の労働に依拠している財産」と「自分以外の人の労働に依拠している財産」に分けているマルクスの二分法、②「使用のための財産 property for use」と「権力のための財産 property for power」に分けている Hobhouse の二分法である。①の二分法について Radin は、さらに「自分自身の生活と結び付けられているままでしようとする資源への労働」と「人が他の物と交換するために利用しようとする資源への労働」とに分けることが必要であり、「もし、人が personhood の見方を持ち、資源が自由に取引されたり、取引のために所持されたりするときよりも、資源が個人と結び付けられているときの方が、人と物との関係がより強いと感じるのであれば、人はそのとき資源が自分の生活と結び付けられている場合の所有は、よりたやすく正当化するであろう」と述べてい

る。この見方を市場社会で見ると、「交換価値のために所持されたものより、使用価値のために所持されたものにより強い正当性が付与されるであろう」としている。Radin 論文 1、p982

②の二分法について、Radin は Hobhouse の見解を引用している。「発達した社会において、人の財産はその人がコントロールし、楽しむものであり、その財産を彼は労働の基礎とし、命じられた活動の場面をなすだけでなく、その財産で他者をコントロールし、人の労働の基礎や彼自身による命令された活動の場面をなすものである（物を通した人のコントロール）。これら二つの property の機能、すなわち自由や安全を与えるもののコントロール、そして所有者に権限を与えるものを通した人のコントロールは、かなり異なる。この二つは根本的に異なるのである。」

マルクスの二分法と Hobhouse の二分法とのかかわりについて、Radin は、それらの関係性を見て取り、特に Hobhouse について、マルクスの言う財産の「交換価値」と「使用価値」という区別に、「property for power」と「property for use」をなぞらえているが、Hobhouse には個人の意志というものがまったく考慮されていないと指摘している。しかし、Radin は、Hobhouse が、自然界の何らかの資源に対して連続するコントロールや期待の連続性を考えているとし、property for use と personal property とを直観的に結び付けている。Radin 論文 1、p983

43 Radin 論文 1、p978

44 Radin 論文 1、p978-p979

45 さらに、Radin は property を fungible あるいは personal と設定することに意味があるのかどうかという点について、肯定的でもあり否定的でもある。しかし、この personhood の二分法は人との主観的な性質に部分的に依存し、その人にとって絶対不可欠なものから金銭交換可能なものに拡張する連続体を考えることには意味があるとあくまで肯定的である。

Radin 論文 1、p987

46 Radin 論文 1、p986

47 Radin 論文 1、p986

48 さらに、Radin はこの personhood の二分法について以下のように述べている。「もし、この連続体を 2つの終点にはめ込む二分法が有益であるとされるならば、所与の社会的文脈の中で人格と物との関係のいくつかの形態は、その連続体の一方の極あるいは他方の極に近づくようになると理解されるので、その社会的文脈の中で、意思決定者はその二分法をどの財産が保護に値するのか決定する水先案内人として利用するに違いない。たとえば、今日の社会的文脈において、そこに居住する誰かによって所有される家は一般的には、連続体の personal の極にあると理解される。そこには、人々が自分たちの家と縛られているという実質的な意志とこれは物への盲目的崇拜ではないという規範的意味があるのだ。」Radin 論文 1、p987

49 Radin によるこの incomplete commodification は、既出の market-inalienability とかかわりをもっている。Market-inalienability をどのように Radin が、導き出したのか簡潔にまとめてみたい。もともと、inalienability とは、分離 separation の可能性を否定した概念である。そして、この alienation を構成する分離は、自発的でもあり、非自発的でもある。さらに、これは 2つのカテゴリーを生み出す。すなわち、inalienability は、喪失されたり、消滅されえない資格、権利、あるいは属性に帰せられる。たとえば、根本的な人間の権利がこのタイプであるという。もう一方のカテゴリーは、inalienability は、一方の所有者から他方の所有者に自発的に移転されえない資格、権利、あるいは属性に帰せられる。この意味では、inalienability は、nongivable、nonsalable、あるいは completely nontransferrable である。そしてこの 2つのカテゴリーは、Radin によると、分離可能という視点から 4つのカテゴリーに区分けできるといふ。①非自発的な消失②自発的な消失③非自発的な移転④自発的な移転の 4つである。Radin は、この 4つの分類を自分の議論の中心ではないとしつつ、この inalienability とはいっても、market-inalienability を考察対象として、それは、特に上の 4つのカテゴリーのうちの④自発的な移転を否定する inalienability であるとしている。market-inalienability について Radin は、「この点では、market-inalienability について気づくために重要であることは、福祉の権利、あるいは政治的義務に付着する inalienability とは異なり、market-inalienability は何かを人格から離れたものとするのではない。むしろ、market-inalienability は市場での取引が分離の社会的メカニズムとして利用されないようにす

ることを具体化するものである」としている。また、ヘロインを例にして、Radin は「market-inalienability は禁止を実行するために移転できなくさせる物の inalienability とは区別するべきである。物の中には所持したり、与えたり、あるいは売ったりするが社会的に出来ないように思われるものもある。それらの存在は、社会的秩序によって完全に非難される。ヘロインがこの類である」と述べている。

さらに、Radin は、market-inalienability は2つの選択をおくとしている。

すなわち、何が完全に市場のうちにあるべきか、その外にあるべきかどうかということ、何が完全に商品化されるべきか、あるいは完全に非商品化されるべきかということである。要するに、これは、「一方のものが完全に商品化される、つまり、レッセフェール市場における取引に適していると思われる。他方のものは、完全に非商品化される。つまり、ともに市場から取り除かれる」ということである。Radin の見解によると、「多くのものは、incomplete commodification として有効に理解され得る。つまり、完全には商品化されないし、完全には市場から取り除かれ得ない。Incomplete commodification の可能性を与えられれば、私たちは、物の中にはある程度、あるいは一定の局面においてのみ market-inalienability であり、そのようであるべきであるということを決め得るかもしれない」と述べている。

M.J.Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press(1996)p18-p19 (以下、Radin, *contested* とする。)

<sup>50</sup> どのアイテムが、personal なものかということについては、Radin は、ヘーゲルの考え方が最後の拠り所となるとしている。つまり、「物の中には、external なものもあり、物の中には internal なものもあるというヘーゲルの直観である。この考え方は満足に行かないものであるとしている。Radin によると、「external か internal かというカテゴリーは、道徳的評価の結果であるべきで、その基礎を形成する明白な前提として解され得ないのである。まず初めに、私たちは X が人格から切り離されることが可能とみなされる場合、人格が今もなお人格たり得るかどうかということを決断せねばなるまい。そして、もし私たちがそうであると判断する場合、私たちはそのとき X を external と呼ぶことが出来る」という。このヘーゲルの解決は、満足にいくものではないと Radin は述べている。というのも、Radin によると、「external/internal の区別は、連続体であり、明確な線で区別された二分法(bright-line dichotomy)ではないからである」という。さらに Radin は続ける。「external と internal を道徳的帰結というよりも、むしろ前提とする傾向と external と internal との間に明白な線を見て取る傾向は、人格を物の世界における主体として仮定する優勢な世界の見方に起因している。このような世界の見方は、物は純粋に主観的であり、純粋に客観的であるに違いないということが、直観的に自明であると思わせているのだ」と。Radin 論文 2、p1908-p1909

<sup>51</sup> fungible property とは反対の極に位置付けられる personal property は、どんな保障も正当化されないとして、Radin は、personal な極に寄っているこの property について、「物の中には、「私」とあまりにも結び付けられているために「私」は、それが獲得される場合、私自身であることをやめてしまうならば、そのとき人格を尊重せねばならない政府は、それ (personal property) を獲得するべきではない」と述べている。Radin 論文 1、p1005

<sup>52</sup> Property が連続体の personal の極に偏在している場合でも、以下のようなとき、政府は獲得できると Radin は述べている。すなわち、政府がそのような property が personal でないこと示すことができるとき、また政府が社会目的のためにそのような property を獲得することの重要性に比べて、その personal 性を否定することができるときである。Radin 論文 1、p1005-p1006

<sup>53</sup> 先駆業績として、大江洋「市場的不可譲性とは何か」北海道教育大学紀要第 53 巻第 1 号 (2002 年) がある。この論文は、本稿で検討対象としている M.J.Radin, *Market-Inalienability*, 100 Harv.L.Rev.8(1987) を参考にしているので、本稿でも、この論文から多大なる恩恵を受けている。しかし、大江教授は Radin が「contested commodification」(競合的商品化と訳されている) という概念を構築しているように論じているが、Radin が「market-inalienability の満足のいく分析を発展させるための必要性を評価するために、私たちの目の前にある深く争われた商品化の問題を考えてみよう。Infants and children, fetal gestational services、血液、性サービス、そして services of college athletes は商品化が争われている幾分目立った事柄である」(Radin 論文 2 p1856) と述べている。このことから考察すると、商品化問題が争いの余地があるという意味で「contested commodification」を Radin は使用しているのではないだろうか。

54 川島武宜『新版 所有権法の理論』(岩波書店・1987年) 25頁-26頁

商品はそもそも交換を前提としており、川島教授はその交換過程について3つの基本的カテゴリーを設定している。すなわち、第一に、商品は個人の意思の支配に服する(私的所有)。第二に、交換という社会的過程は、この私的所有と対立し、この私的な意思を媒介して、独立の過程、つまり契約が成立する。第三に、このような過程は、商品の起点たるところの私的所有者の主体者的自由意志の担い手としての人間が人格である。ゆえに、この商品交換過程は、主体者の自由意思が成立する人格的な関係といえる。私的所有、契約、そして人格というこれら3つの基本的カテゴリーが商品交換過程には内在しているのである。川島、前掲書 25頁-29頁

55 川島、前掲書 26頁

56 川島、前掲書 26頁

57 Radinによると、universal commodificationは、「個人の属性、関係、そして哲学的かつ道徳的責任を金銭的価値があり、自己から外化したものとして知覚することで、個人のidentityをいつの間にか傷つける(undermine)。人の政治信条、労働、宗教、家族、愛、性、友情、利他心、経験、賢明さ、道徳的責任、性格、そして個人の属性を自己に不可欠なものと理解するべきである」と述べている。Radin論文2、p1905-p1906 要するに、ここでは、Radinは、市場で交換されてはならないものを列挙しているのである。

ちなみに、マイケル・ウォルツァーは、「今日合衆国で差し止められている交換」として、アーサー・オカンの『平等と有効性』を参考にして、「オカンは貨幣の領域と、彼が「権利の領土」と呼ぶものとの間に一本の線を引く。もちろん、権利は売り買いに抵抗する。そして、オカンは啓発的な仕方、権利を一連の差し止められた交換として作り直す」と述べて14の「差し止められている交換」を列挙している。すなわち、1 人間は売ったり買ったり出来ない。2 政治的な権力や影響力は売り買いできない。3 刑事裁判は売り物ではない。4 言論、出版、心境、集会の自由、これらのいずれも金銭の支払いを必要としない。5 結婚と出産の権利は売り物ではない。6 政治共同体を去る権利は売り物ではない。7 軍務からの免除、陪臣への参加義務からの免除、共同参加になっている他の形の仕事からの免除も売買できない。8 政治的な公職は買うことが出来ない。9 警備上の保護や初等教育・中等教育などの福祉サービスは制限的に購入できる。10 最後の手段での取引といった絶望的な交換は禁じられている。11 公的、私的な賞と名誉は購入できない。12 神の恵みは買うことが出来ない。13 愛と友情は買うことが出来ない。14 犯罪は売買できない。

マイケル・ウォルツァー、山口晃訳『正義の領分』(而立書房・1999年)

160頁-165頁

58 この“everything”は、財(goods)のみならず、個人の属性 personal attributes、関わり relationship、状況 states of affairs をも含むとしている(Radin論文1 p1860)。このような考え方は、全くのレッセ・フェール市場を望む経済学的リバタリアンの考え方に近いといえよう。森村進『自由はどこまで可能か』(講談社2001年) 26頁-30頁

59 Radin論文1 p1860

60 この3つの基本的カテゴリーについては、註54を参照のこと。

61 Radin論文1 p1861

62 Radinは、このuniversal commodificationに対置される、universal noncommodificationを対抗原型 counterarchetypeと呼んでいる。Radin、Contested、p79

63 Radin論文2、p1871

64 また、Radinはこのalienationという単語には2つの反語的意味があるという。すなわち、外化と疎外である。外化については、ヘーゲルが「財産は、わたしがそこに意思をこめるかぎり、わたしのもたから、それを譲渡できる」(§65)と述べているので、この意味でのalienationは権利の主体から分離して、

権利の客体へと変化するということであろう。すなわち、Radin のいうところの人格からの分離 separation であろう。しかし、Radin によれば、マルクスは、資本主義社会において、外化と人間の疎外（つまり、労働という substantive personality の外化、のみならず人格それ自体の外化ということなのであろうか）との結びつきを看取していたという。そのため、マルクスは、労働者の労働の外化により、商品になってしまうことが、労働の疎外へとつながり、人間の疎外になるとしている。また、このように労働者の労働を客観化することで、生産物としての商品は、物への束縛を生み出す。この商品が、労働者が創造的な相互作用によって、自らを構成しているところの自然界から労働者を疎外するのである。Radin, contested, p80 この労働の商品化という問題は、人格あるいは人格の不可欠な属性を外化可能な商品と知覚することで、カントの personhood の視点で見ると、私たちに、私たち自身あるいは他者を目的ではなく、手段として考えさせてしまうことになるという。Radin, contested, p84

65 マルクスは、資本主義社会における資本家と労働者の関係について、以下のように述べている。「資本家は貨幣をもって彼等の労働を買うのであり、彼等は貨幣とひきかえに自分の労働を資本家に売るように見える。だが、これは外観にすぎない。彼らが現実的に資本家にたいして貨幣とひきかえに売るのは、彼等の労働力である。この労働力を資本家は、一日ぎめ、一週間ぎめ、ひと月ぎめで買うのだ。そして彼は、労働力を買ったのちは、労働者たちを約定の時間だけ労働させることによって、それを消費する」のであり、要するに、「労働者たちは自分の商品たる労働力を、資本家の商品たる貨幣と交換するのであり、しかも、この交換は一定の比率で行われる。労働力の何ほどかの使用に対する何ほどかの貨幣」、この「貨幣で評価された一商品の交換価値は、その商品の価格と呼ばれる。だから、労賃は、労働力の価格—これは通常、労働の価格と呼ばれる—のすなわち、人間の血と肉との他には何らの容器ももたないこの独自の商品の価格の、別名に他ならない」と述べている。マルクス、長谷川文雄『賃労働と資本』（岩波書店・1967年）34頁—35頁

資本主義経済社会の法と倫理の関連性については、川島武宜「自由経済における法と倫理」法律時報第14巻第6号、第7号（1994年）がある。

66 この労働の疎外について、マルクスは以下のように述べている。「労働者は、彼が富をより多く生産すればするほど、彼の生産の力と範囲とがより増大すればするほど、それだけますます貧しくなる。労働者は商品をより多くつくればつくるほど、それだけますます彼はより安価な商品となる。事物世界の価値増大にぴったり比例して、人間世界の価値低下がひどくなる。労働はたんに商品だけを生産するのではない。労働は自分自身と労働者とを商品として生産する。しかもそれらを、労働が一般に商品を生産するのと同じ関係の中で生産するのである。」「さらにこの事実は、労働が生産する対象、つまり労働の生産物が、ひとつの疎遠な存在として、生産者から独立した力として、労働に対立するということを表現するものにほかならない。労働の生産物は、対象のなかに固定化された、事物化された労働であり、労働の対象化である。労働の実現は労働の対象化である。国民経済的状态のなかでは、労働のこの実現が労働者の現実性剥奪として現われ、対象化が対象の喪失および対象への隷属として、〔対象の〕獲得が疎外として、外化として現われる。」マルクス、城塚登・田中吉六訳『経済学・哲学草稿』（岩波書店・2002年）86頁—87頁

67 Radin は、カントやヘーゲルについて、そもそも自由と人格の実現に基づく財産や外化可能性を正当化しているとしている。そして、自己から分離した物のみが、外化にふさわしいとしている。これは主客二元論 subject/object dichotomy であり、人格にとって内部にあるものと外部にあるものを区別している見方である。つまり、「主客二元論は、形而上学的に、世界を主観的領分と客観的領分に分ける」ことである。さらに、この主客二元論は汎商品化 universal commodification を促進してしまうのである。特に、ヘーゲルは、「財産は、わたしがそこにわたしの意志をこめるかぎり、わたしのものだから、それを譲渡することもできる。譲渡は、わたしのものを所有者なきものとして自分のもとから放りだすか、他人の意志にゆだねるか、そのいずれかだが、それは、物が、その本性上、外的なものだからこそできることである」（交換可能財産 fungible property ともいえるのではないかと述べる一方で、「わたしの人格の核心や、わたしの自己意識の普遍的本質をなすような価値物、いやむしろ、そのような実体的個性は、譲渡することができないし、その権利が時効にかかることもありえない。わたしの人格性、万人共通の意志の自由、共同体の倫理、宗教などがそれである」（§66）（人格一体財産 personal property ともいえるのではないかと述べている。このヘーゲルの考え方を inalienability に適用するためには、「本質的に外物」と「人格の本質的構成要素」との間の区別を明確化する必要がある。その上で、Radin は「もし、何かの本質的に外界にあれば、人格が自由や適切な自己発展を達成することが出来るように、そのものは適切化されて、外化できるに違いない。もし何かが人格の本質的な性質を持つならば、そのものは同じ理由で外化

できないに違いない」と述べている。特にヘーゲルは、外物は人格の自由意志から分離したものであり、人格の抽象的な意志と所有されていない物の世界との間の主たる裂け目が主体と客体との間の二分法を表現している。この主体と客体との間の裂け目は、どのようなアイテムがどちら側の分割に属するのかということを決定する際に、実践的な問題を生み出す。しかしながら、このような場合は主客二元論それ自体が直観的に明らかであると考えている人にとってさえも、直観的には明らかではないと Radin は説明している。特に、労働の商品化について、ヘーゲルは正当化しているので、商品化 *commodification* の問題を困難にしている。ヘーゲルは賃労働の肯定について以下のように述べている。「わたしの肉体的・精神的特殊技能や活動の可能性のうち、それにもとづく個々の産物や時間的に限られたその使用は、他人に売ることができる。このような限定がつけば、それは、わたしの全体性や一般性の外に出たものとなるのだから、労働によって具体化された時間の全体や産物の全体を売るのは、わたしの魂を、わたしの活動一般と現実一般を、わたしの人格性を、他人に所有されることである」と。一方、マルクスは、労働の外化について、「労働者が労働者にとって外的であること、すなわち、労働が労働者の本質に属していないこと、そのため彼は自分の労働において肯定されないでかえって否定され、幸福と感ぜずにかえって不幸と感じ、自由な肉体および精神的エネルギーがまったく発展させられず、かえって彼の肉体は消耗し、彼の精神は頹廢化する」と述べている。さらに、マルクスははっきりと以下のように述べている。「外的な労働、人間がそのなかで自己を外化する労働は、自己犠牲の、自己を苦しめる労働である」と。〔マルクス、城塚登・田中吉六訳『経済学・哲学草稿』(岩波書店・2002年)91頁-92頁〕このようなヘーゲルの見解について Radin は、労働というものは人格の本質的な性格特性の全体にかかわるものであるとし、ヘーゲルのこの主張は労働という能力は本質的に外界にあることを示しておらず、むしろ、そのような能力は *internal* から *external* へと至ってきたように思われるという見解を述べている。したがって、労働を本質的に外化できるものとみなすことは困難であるとしている。

このような理解でヘーゲルを考えていくと(主客二元論的に)、市場を正当化してしまうことになる。しかし、ヘーゲルの人格理論は、人格が自分の意志を外物に置き入れて、人格を具体化するという考えなので、これに基づけば非商品化の見方にシフトし、市場取引の可能性もなくなるのである。このようなヘーゲルの矛盾が、主体と客体の境界線をぼやかしている(*blur*)のであると Radin は述べている。

ヘーゲルがこのように賃労働を正当化していたとしても、Radin は、ヘーゲルの人格理論については親近感を持って接している。しかしながら、Radin は、ヘーゲルが賃労働を肯定している点については、その人格理論に矛盾するのではないかとヘーゲルの理論に疑問を投げかけているようにも思われる。その矛盾こそが主体と客体の識別が判然としない根拠としているようである。さらに、Radin は次のように述べている。「明確な線を引かずに、主体・客体の区別に基づいて市場領域を描写する議論は崩壊する。もし、人格と物との区別が鋭い分別にならないのであれば、外化不可能性 *inalienability* と外化可能性 *alienability* もそうならない。その2つの間にはグレー領域があるのだろう」と。

Radin 論文2、p1891-p1898

<sup>68</sup> この不完全商品化 *incomplete commodification* は、完全商品化 *complete commodification* と完全非商品化 *complete noncommodification* という二分法で考えるのではなく、*commodification* の程度を反映する連続体として考える。これを *market-inalienability* で考えると、不完全商品化は「*partial market-inalienability*」(部分的に市場外化不可能なもの)として考えることができると Radin は述べている。

Radin 論文2、p1917

<sup>69</sup> この点について、Radin は、商品化 *commodification* を考える場合、2つの意味を念頭においている。すなわち、狭義の意味では「字義的市場 *literal market*」と広義の意味では「修辭的市場 *market rhetoric*」である。そして、Radin は「商品化に関して、今日の状況を見るためのより正確な方法は、それゆえに、汎商品化という仮説を修正して、代わりに、程度の問題 *a matter of degree* として商品化を考察することである」としている。要するに、「字義的市場においては、商品化の連続体があるのかもしれない。すなわち、自由放任市場は完全商品化を示し、規制された市場は不完全商品化を示している」ということになるのか。「そして、規制された市場は、それらが文字通りに多面的な意義を反映している状況、すなわち規制が売買する人格同士の相互作用の重要な非市場的局面を示していたり、育成していたりする状況における、より強い意味において不完全商品化を示している」と Radin は述べている。この市場において、Radin は、規則は労働の場合、には、「市場の失敗より、人格としての労働者に帰せられる尊重に向けられ」、住居の場合は、「人々、とくに子供たちを安全に、そして尊厳をもって保護するために必要とされた最小限度のきちんとした基準に、第一義的にはおそらく向けられている」と述べている。Radin、*contested*、p115-p118



70 この人類繁栄 human flourishing という概念については、Radin 自身は明確に定義づけをしてはいないようである。しかし、Radin の一連の議論から筆者なりに理解したところ、マルクスの「類的存在」や「類生活」という概念とかかわりがありそうである。マルクスは、「人間は一つの類的存在である」と述べている。さらに、人間にとって、「労働、生命活動、生産的生活」は「類生活」である。この「類生活」とは、「人間においても動物においても、物質的にまずなによりも、人間が（動物同様に）非有機的自然によって生活するという内容を内容とする」。マルクスによると、労働は生産的生活であり、類生活である。そして、それは生活を作り出す生活である。さらに、そこには「一種族の全性格が、その類的性格が横たわっている」。そして、この「自由な意識的活動が人間の類的性格」である。Radin は、たとえば、労働 work を交換可能 fungible なものとするのは、つまり、労働を外化し、商品として扱うことは、マルクスの言う「もっぱら生活手段としてだけ」労働するということになる。本来「労働の対象は、人間の類生活の対象化」であるはずだが、労働を外化し、商品とすることは、「人間の類的存在を、すなわち自然をも人間の精神的な類的能力をも、彼にとって疎遠な本質とし、彼の個人的生存の手段としてしまう。疎外された労働は、人間から彼自身の身体を、同様に彼の外にある自然を、また彼の精神的本質を、要するに彼の人間の本質を疎外する」。換言すれば、労働の疎外の一連の過程は、要するに、労働が、「彼の労働の生産物から、彼の生命活動から、彼の類的存在から疎外される」ということである。まさに、これは類的存在としての類生活の繁栄が害されるということになりはしないか。まさにこれこそが、Radin のいう人格と結びつきのある property を外化することが、人類繁栄の障碍になるということではなからうか。この Radin の主張は、力強さと説得力を併せ持っているように思われるが、その反面脆弱さも持っているようにも思われる。マルクス、城塚登・田中吉六訳『経済学・哲学草稿』（岩波書店・2002年）84頁-98頁

71 work の participant な局面をあらわしているように思われるものに以下の文章がある。労働というのはそもそも金銭的価値以外にも、『生産活動において私の個性とその独自性とを対象化、したがって活動のあいだに個人的な生命発現を楽しむこと』と『私の労働によって、ある人間的な欲求を満足させると共に人間的な本質を対象化したと、したがって他の人間的な存在の欲求にその適当な対象を供給したと意識する喜び』、前者が Radin のいう労働による自己実現であり、後者が人類繁栄へとつながるものではなからうか。  
マルクス、城塚登・田中吉六訳、前掲書 263 頁

72 「家はまさに多様な時間の結果である。家そのものが記憶である。それは私だけでなく、私の先祖たちの痕跡であり、さらに、家族をこえて家をつぎつぎに進化させてきた人類の時間の痕跡が重なっている」という指摘もある。人格が、ロックの記憶や内省的意識ということになると、人格と外物であった家は、そういった記憶や意識が重層的に沈殿しているといった意味でも、personal な、まさに人格と一体となった財産 property であるに違いない。多木浩二『生きられた家 経験と象徴』（岩波書店・2001年）210頁-211頁

73 この Radin の personhood については、専ら彼女は、法律や property 論から考察していたが、M.Nussbaum の政治哲学や文化横断的な社会正義 cross-cultural social justice といった新たな視点を踏まえつつ、以下の論文で再考している。M.J.Radin.Reconsidering Personhood,74 Oregon Law Review(1995)

74 Radin はこの3つの局面で、商品の universal commodification を拒絶することができるとしている。Universal commodification は freedom を他人による強制的干渉を受けないいわゆる negative liberty としている。それゆえに、あらゆるものが自由市場において取引の対象になり、最大の利益を産出するように、市場は商品进行操作してしまう。このような世界では（Radin はこの universal commodification を caricature としているが）、personal attributes をも金銭的価値をもつのでこれは当然に自己から離れたものとするので、identity をいつのまにか侵害してしまうという結果になるのである。Radin 論文2、p1905

75 Radin は、personal なものを fungible commodities としてみるべきでないという見解を示している。さらに、「私たちは、今日、personal things を商品として知覚することが、いかに personhood を害するかということを理解するための、そしてどのようなものが personal なものであるのか知るとい問題を検討するためのより良い境遇の中にある」として、personal なものを fungible としてみることの危険性

について、Radin は2点挙げている。それは、まず、①人格や属性、権利あるいは物が分離するということ。②人格（個人）が、自由には他者に自分自身を捧げられなくなるということの2点である。①については、たとえば Radin は労働について、「市場のレトリックに内在化している労働者たちは、自分自身の労働を人格としての自分自身から分離した商品として知覚している。つまり、彼らは、自分自身の日々の生活を自分自身の自己概念(self-conception)と切り離しているのだ」と述べている。②について、Radin は、「最善の状態では、彼らは商品を捧げている。最悪の状態では、汎商品化においては、贈与はバーゲンとして知覚される。贈与をバーゲンとして知覚することは、personal なものを fungible としてみるばかりではなく、それは同様に、人格という具現化されたものを「利潤を最大化する存在」として是認することである。Personhood のより良い見方とは、贈与を偽装された売買ではなく、むしろ、自己と他者との間の相互関係の表明としてみるべきである。何かを贈与することによって、何かを誰かほかの人に手放すことは、自分自身を捧げることである。そのような贈与は、受け取る者との personal な関係の中で行われる。そして贈与はそのような personal な関係を生み出すのである」と述べている。一方、商品化とは、Radin によると、「私自身と私たちの物の間、そして私たち自身と他の人々との間の分離を強調してしまう」と述べている。Radin 論文2、p1907

Radin の贈与についての、自分を捧げる行為であり、受け取り手と personal な関係を築くことであるという見解は特筆に値する。ちなみに、ルイス・ハイドによれば、贈与と商品交換との区別について、「贈与は二者の間に感情的なボンド feeling-bond を確立し、一方で、商品の売買は必要な結びつきを離してしまうというのが贈与と商品交換との間の決定的な差である」と述べている。Lewis Hyde, The gift Imagination and the Erotic Life of Property, Vintage Books(1983)p56

<sup>76</sup> Radin 論文2、p1855

<sup>77</sup> 人由来物質の具体例として臍帯血があるが、これは生理的に必然的に人体（母体）から離れてゆくものである。現在でも、胞衣、つまり胎盤、臍帯などの産あい物は各都道府県の条例によってその取り扱いが定められている（ちなみに、神奈川県は、えなその他出産に伴う産あい物処理業者条例がある）。しかし、臍帯血には、難治性血液疾患の治療に効果がある造血幹細胞が含まれているのがわかり、1988年に、フランスの医療チームが世界ではじめて臍帯血移植を実施した。わが国でも白血病の治療効果を向上させるために、臍帯血を保存するバンクが1995年に誕生したのである。臍帯血移植や臍帯血バンクについての文献は以下のとおりである。臓器移植法令研究会監修『臓器・造血幹細胞移植関係法令通知集』（中央法規出版・2003年）、原宏「さい帯血移植」臨床血液 第43巻第6号(2002年)、加藤俊一「日本における臍帯血移植の現況」低温医学 第24巻第4号(1998年)、甲斐俊朗、原宏「日本における臍帯血バンク」低温医学 第24巻第4号(1998年)、生田孝一郎「臍帯血造血幹細胞移植と臍帯血バンク」日本臨床第56巻第2号(1998年)、豊田恭徳、大沼圭、西平浩一「臍帯血移植と臍帯血バンク」癌の臨床第44巻第7号(1998年)、原宏、甲斐俊朗「わが国の臍帯血バンクの現状」総合臨床第50巻第1号(2001年)、麦島秀雄「わが国における臍帯血バンクの現況」少児内科第33巻第11号(2001年)、岡本真一郎「臍帯血バンク」検査と技術第28巻第9号(2000年)、甲斐俊朗、原宏「臍帯血移植の現況」産婦人科治療第82巻第4号(2001年)、佐藤典宏、池田久實「我が国における臍帯血バンクの現状」血液フロンティア第11巻第3号、(2001年)原宏、五熊丈義、甲斐俊朗「日本のさい帯血バンクネットワークと兵庫さい帯血バンクの歩みと現状」兵庫県医師会医学雑誌第45巻第1号、(2002年)高橋恒夫「世界の臍帯血バンク臍帯血移植の現状」血液フロンティア第11巻第3号(2001年)などがある。

臍帯血は免疫学的には、胎児のものとされている。しかし、その血液を被覆している臍帯は母親のものであるのか、胎児のものであるのか判然としない上に、胎盤は母親のものである。そして、免疫学的に臍帯血が胎児のものであるとしても、その臍帯血の提供については承諾能力がない。さらに、Radin による personhood の3つの局面を具体化することが必要であり、その上で本人（母親、胎児）から分離した臍帯血について、彼女たちは、どのような人格的利益があるのか検討する必要があるであろう。このよう

---

に臍帯血にはさまざまな問題（臍帯血バンクの制度的問題もある）が内包されており、フランスの臍帯血バンクの事情も念頭において、加えてこの Radin の person と property とのかかわりなども踏まえて、今後の検討課題としたい。

<sup>78</sup> Radin の贈与については註 75 を参照のこと

(資料2)

## 死体解剖保存法成立過程の調査報告

研究協力者 松下一章 東海大学法学研究科大学院生

死体解剖保存法第17条、第18条及び第19条の死体の全部又は一部の標本保存に関する規定は、保存主体（第17条：病院、第18条：解剖者、第19条：その他の者）によって、また承諾の有無によって取扱いが異なる形の内容となっている。この3条分が、どういった経緯で定められるに到ったかを探るべく、同法の成立過程について調査を行った。

### 1. 死体解剖保存法の制定に関する議事録中の「死体解剖保存法の制定目的」

死体解剖保存法は昭和24年6月10日法律第204号として制定された。その制定の際の衆・参両議院の委員会及び本会議の全議事録（注1）を網羅的に調査したが、第17条、第18条及び第19条の規定の成立について、有益な示唆を与えてくれる箇所は見当たらなかった。

議事録によれば衆議院、参議院の各厚生委員会にて、政府委員は制定の目的を概ね次の3点にまとめている。（なお括弧内の原文は、全て昭和24年5月6日衆議院厚生委員会第15号における亘政府委員の発言である。他の審議においても、基本的には同内容の説明がなされている。）

目的①「昭和22年厚生省令第1号死因不明死体の死因調査に関する件」を法律に改め、これに「大学等へ死体交付に関する法律」の内容を統合すること

（「伝染病、中毒等により死亡した疑いのある死体その他死因の明かでない死体につきましては、連合軍総司令部の覚書に基づきまして、昭和22年厚生省令第一号死因不明死体の死因調査に関する件が施行せられておりますが、これはいわゆるポツダム省令として制定せられましたものでありまして、新憲法の趣旨からいたしましても、なるべくすみやかにこれを法律に改めることが必要なのであります。しかしてこの省令を法律に改めるにあたりましては、これと密接な関係を有する大学等へ死体交付に関する法律の内容をもこれに統合することが適当であると考えられるのであります。」）

目的②刑法上の死体損壊罪に対する違法性阻却を法的に整備すること

（「従来死体の解剖または保存に関しましては、刑法中に死体の損壊または遺棄を処罰する規定がありますほかは法令の規定がないのでありまして、そのためにたとえば医学の教育または研究のために死体の解剖又は保存をなす等の場合には、それが適法であるか否かにつきまして多少の疑義があるのであります。かような現状は医学の教育または研究のためにも望ましくないのでありまして、この際死体

の解剖及び保存に關しまして、包括的な統一的法制を整備する必要が各方面から要望せられておりますことにもかんがみまして、ここにこの法律を提案いたした次第であります。）」

目的③上述①、②をふまえ、死体の解剖、保存の適正を期することにより、医学の教育、研究に資するとともに、公衆衛生の向上をはかること

(「この法律の目的は死体の解剖及び保存の適正を期することによりまして、医学の教育または研究に資するとともに、公衆衛生の向上をはかることにある」)

上記の目的①に鑑みると、同法は、既にそれまで存在していた 2 つの法令規定を 1 つの法規定にまとめあげた内容となっていることが窺われる。そこで「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」、「大学等へ死体交付に関する法律」それぞれの成立について調査を行った。

## 2. 「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」の成立

第二次世界大戦後、食糧事情の悪化によって飢餓死者が増加している、との報道を、新聞、ラジオが報じた。GHQ 総司令部はこれを重要視し、事実調査のため死因不明死体の解剖に着手するため、1946 年 12 月 12 日付で「監察医設置指令 (注 2)」を出した (注 3)。その後、1947 年 1 月には、この「監察医設置指令」に基づく、監察医による解剖に制度上の裏づけを与える目的で (「死因調査のことにつきましては、すでに各都市において、事実上実施をいたしております関係上、急速に厚生省令を公布いたしまして、その制度上の裏づけをいたしたのでございます : 「大学等へ死体交付に関する法律」昭和 22 年 8 月 9 日参議院厚生委員会第 7 号久下勝次説明員)、ポツダム勅令 (昭和 20 年勅令第 542 号) に基づき「昭和 22 年 1 月 17 日厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」が公布された。(ポツダム勅令を背景とした省令公布であったため、その公布に到った経緯を示す審議録等の資料は残されていない。あるいは GHQ 内において、何らかの審議がなされたのではないかと考えたが、これを証する資料は見つからなかった。)

その第 1 条に掲げる目的は「公衆衛生の向上を図るため、死因の明かでない死体について、その死因を明かにすること」であった。そして第 2 条では、死因を明らかにするため、「伝染病、中毒又は災害により死亡した疑いがある死体 (1 項)、その他死因の明かでない死体 (2 項)」の検案、解剖を監察医にさせることができるよう規定された。この省令は第 4 条からなるが、その中に死体の保存に関する規定は見られない。ただし、前述の「監察医設置指令」第 4 号には「48 時間引取り人なく監察医の手許にある死体は、医学上の知識又は医学の教授を促進するために必要であれば、公認の医学専門学校又は医科大学長に引渡すことができる (may be surrendered)。」とあった。いわゆる正常解剖 (その当時は「系統解剖」と称せられていたようであるが) のための遺族の引渡しが念頭にあったものと推測されるが (注 4 参照)、しかしこの時点で、医学専門学校又は医科大学長の標本等の

保存に関する明らかな規定はないため、保存死体の取扱いは不明である。

### 3. 「大学等へ死体交付に関する法律」の成立

同法は昭和 22 年 9 月 22 日法律第 110 号として公布された。その制定を審議した昭和 22 年 8 月 9 日参議院厚生委員会第 7 号の議事録によれば、医学教育に必要な解剖用の死体が非常に少なく困っていて、前出の「監察医設置指令」第 4 号も、引取人のない死体は医科大学に引渡してもよい、としているのであるから医学教育のため、引取手のない死体を解剖に使えるようにしたいと考えた、ということが立法の趣旨として述べられている。(注 4)

また、「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」と「大学等へ死体交付に関する法律」は、同じ「監察医設置指令」を起源として制定されるに至ったものである。本来であれば制定の当初から、1 つの規定であるべきところ、結果的に異なる制定手順を踏んだことについて、「大学等へ死体交付に関する法律」制定の審議をした昭和 22 年 8 月 9 日参議院厚生委員会第 7 号の議事録によれば次のように述べられている。「死体交付の問題につきましては、行旅病人、行旅死亡人取扱法との関係、或いは刑法、刑事訴訟法その他との関係等、いろいろ研究を要すべき点があると存じまして、連合軍総司令部の御了解のもとに、死因調査の問題と切り離して研究を進めて参りました次第でございます。(久下勝次政府委員)」。

#### ①第 2 条、第 4 条の違いー引取者の制限と特別な事情

この法律は第 1 条で、都道府県知事は「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」に基づき監察医が検案、解剖をなし、死因調査終了後も引取人がない死体を、医学に関する大学に交付することができる、と規定する。その上で、第 2、3、4 条は死体の引渡し要求について定める。第 2 条では、死体の交付を受けた学校長は、その死体を監察医が検案を開始した後、48 時間以内に、引取者から引渡しの要求があったときの、死体引渡し義務を定め、第 3 条では引取者からの引渡し要求がない場合に学校長がこれを解剖させ、又は標本とすることができる旨を規定する。第 4 条では第 2 条の規定する期間（監察医が検案を開始した後、48 時間以内）を経過した後であっても、死者の相続人、その他死者と相当の関係のある引取者から要求のある場合には、引渡さなければならない、と定める。ここで注意すべきは、第 2 条の規定する期間を経過した後の場合には、経過していない場合と取扱いが 2 つの点で異なることである。1 点目として、第 2 条の場合、死体の引取者に制限はないが、第 4 条の場合には引取者を相続人、相当の関係のある者としている。2 点目として、第 2 条の場合、引渡しの要求があった時には、これを引渡さなければならない、とするのに対し、第 4 条の場合には、特別な事情のない限り、その死体の全部又は一部を、引渡さなければならない、と規定している。つまり、第 2 条の場合には、引渡しの要求があれば、無条件で死体の全てを引渡さなくてはならないのに対し、第 4 条の場合には、特別な事情があれば、死体全部を返さなくてもよく、或いは必要である部分は引渡さなくてもよい（必要でない残りの部分だけを引渡せばよい）、と解され得る規定に

なっている。この第4条のいう特別な事情とは、前出昭和22年8月9日参議院厚生委員会第7号の議事録によれば、「死体のあるものにつきましては、その死体の臓器又は一部分が、特に学術上有益な参考品になるとか或いは又貴重な研究の材料になるとかいうことがありますので、左様なものがありました場合にはそのものが大学にまだありましても、引取人が来られましても、その部分だけは引取人にお渡ししないで、大学の方に学術参考品として残したいというふうなことが、特別な事情ということの主なることであります。(東龍太郎政府委員回答)」とある。よって第4条の場合、学術上有益な、或いは研究上貴重なものについては引渡さなくてもよいこととなるが、しかし、死体の全部を引渡さない、ということまでは認めていないと解される。特別な事情として引渡しを拒むことができるのは、「その死体の臓器又は一部分が」、特に学術上有益な参考品になるか、或いは又貴重な研究の材料になる場合、と述べているからである。立法当時、少なくとも政府は「死体全部」が学術上有益で、貴重な研究の材料になる場合は想定していなかったものと解される。(なお、特別な事情については、同議事で、「仮に伝染病というふうなものを扱った場合に、死体は或いは死体の部分は現存しておりますが、これを引取人に渡さない方が宜しいという判断がありましたような場合には、これはものがあってもその危険のないような部分だけをお渡ししてつまりそこにそれだけあるから全部引渡せと仰せられましても、その部分は大学の方へというふうにして保存し得るようという積りで入れたのでございます(東龍太郎政府委員回答)」として、もう一点、伝染病の死体を挙げている。)

#### ②「大学等へ死体交付に関する法律」は系統解剖を主眼とする

ところで、昭和22年8月9日参議院厚生委員会第7号の議事録によれば、この「大学等へ死体交付に関する法律」によって学校長に交付される死体は、その利用目的として系統解剖学の学習を主眼としていることが窺える。「遺族の方から申し出られていたします解剖は、これはいわゆる病理解剖でございます、割合新しい時に解剖をいたしまして、病原なり病因なりを突き止めるというふうなことに相成るわけであります。さような場合には必要なだけの解剖をいたしましたならば、あとは全部原形に復しまして、遺族がお持ち帰りになるというのが普通でございます。ここで学術、医学教育上の必要と申しますのは、その部分も勿論でございますが、それ以上にいわゆる系統解剖学、解剖学を学習いたします。(東龍太郎政府委員回答)」と述べられているからである。つまり、医大学に交付される死体の保存は、監察医が検案を開始してから48時間を経過するまでは、病因を突き止める病理解剖と同様に全部原型に復して遺族が引き取る可能性のある保存期間であり、48時間を経過した後は、病理解剖を終了した後の死体の教育目的利用(2次利用)であるといえよう。

#### 4. 「昭和22年厚生省令第1号死因不明死体の死因調査に関する件」と「大学等へ死体交付に関する法律」を統合した死体解剖保存法

死体解剖保存法の制定を審議した各議事録によれば、死体解剖保存法が「昭和22年厚生省令第1号死因不明死体の死因調査に関する件」と「大学等へ死体交付に関する法律」を

統合したものであることは前述した。「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」と「大学等へ死体交付に関する法律」を統合する必要性については、「昭和 24 年 05 月 06 日衆議員厚生委員会第 15 号」の議事録によると、「伝染病、中毒等により死亡した疑いのある死体その他死因の明らかでない死体につきましては、連合軍総司令部の覚書に基きまして、昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件が施行せられておりますが、これはいわゆるポツダム省令として制定せられましたものでありまして、新憲法の趣旨からいたしましても、なるべくすみやかにこれを法律に改めることが必要なのであります。しかしてこの省令を法律に改めるにあたりましては、これと密接な関連を有する大学等へ死体交付に関する法律の内容をもこれに統合することが適当であると考えられるのであります。(亘政府委員提案理由説明)」とあり、統合それ自体が目的というよりも、むしろ省令を法律に改めることで、法的拘束力を強化することに主眼があつて、その際に密接な関係を有する法律の内容をも、そこに含めることで、法体系のスリム化を図った、ということのようである。

では、死体の全部又は一部の標本の保存を規定した死体解剖保存法第 17 条、第 18 条については、統合された「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」、「大学等へ死体交付に関する法律」と、どのような関係があるのであろうか。

「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」条文中には、保存に関する規定はない。専ら死因不明死体の死因調査のため、死体を検案、解剖することを監察医に認める、現在の司法解剖、行政解剖を定めた規定である。つまり、同省令は、監察医による死因調査のための解剖について定めた規定である。

一方で、「大学等へ死体交付に関する法律」は「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」に基づいて行われた監察医による検案、解剖の後の引取手のない死体の保存について規定したものである。死体解剖保存法第 17 条、第 18 条の各標本保存規定は、標本の保存という内容の点からいえば、「大学等へ死体交付に関する法律」のみを背景として規定されたものだと思われる。ただ主体の点からすると、「昭和 22 年厚生省令第 1 号死因不明死体の死因調査に関する件」は死体解剖保存法第 18 条に、「大学等へ死体交付に関する法律」は死体解剖保存法第 17 条に、それぞれ影響を与えた形で区別が生じた、という関わりがあるのかもしれない。

#### ①死体解剖保存法第 17 条との関わりと考察

「大学等へ死体交付に関する法律」は、死因調査終了後も、なお引取者がいないものについて（第一条）定めた法律である。死体解剖保存法第 12 条以下第 16 条までが、すでに引取者のない死体の取扱いを定めていることから、第 17 条は関わりが感じられぬが、念の為考察してみたい。

「大学等へ死体交付に関する法律」は、検案が開始された後の死体に関する規定であるのに対し、死体解剖保存法では解剖を経ていようと、いまいと、第 12 条によれば引取者のない死体は、医学に関する大学の長が交付を要求できるし、また第 17 条では、医学に関す



る大学又は病院長は、遺族（引取者と同義か？）がいても、死体の全部又は一部を保存できる。そして引渡しの要求がある場合については、「大学等へ死体交付に関する法律」では、検案から 48 時間以内、後とで取扱いが異なってはいたが、（制定議事録の内容を尊重するならば）全く引渡しがなされないということは認めていなかった。しかし、死体解剖保存法第 17 条には引渡しに関する文言がみあたらない。（引取者がいなかった場合の第 14 条、第 15 条には引渡しに関する規定がある。）

以上を考察すると、死体解剖保存法第 17 条は、非常に難解な規定である。引取者がいる死体の保存を規定した条文であるが、2 項にて「遺族の所在が不明のとき」を規定しているので、引取者と遺族は同義ではない。では引取者とはどういった範囲の者なのであろうか。そしてその死体が特に必要であるときには、遺族の承諾を得て、死体の保存が許されるのに対し、「特に得がたい」死体である場合には、承諾なく、死体の保存ができる。どのような基準があるのだろうか。全く理解できない。少なくとも「大学等へ死体交付に関する法律」との関わりは、ないように思われる。

## ②死体解剖保存法第 18 条との関わりと考察

死体解剖保存法第 18 条の保存主体である「死体の解剖をすることができる者（以後解剖者）」の保存に関する規定は「大学等へ死体交付に関する法律」には見当たらない。「大学等へ死体交付に関する法律」では専ら死体の交付をうけた医学又は歯学に関する学校長が主体であった。あるいは「大学等へ死体交付に関する法律」第 3 条において、「学校長は、これを解剖させ、又は標本とすることができる。」とされているので、学校長の指示があつてはじめて解剖がなされるのだとすれば、解剖者よりも上位（前段階）に学校長の存在がある形で、解剖者の存在があるのかもしれないが。しかしながら、解剖者の保存についてまでは全く規定は見当たらない。

そればかりか、死体解剖保存法の中であつて、第 17 条の医学に関する大学又は病院長等保存規定に関わりのある規定は、第 12～16 条と存在することは前述したが、第 18 条解剖者保存に関わりのある規定は見当たらない。唐突に解剖者が保存をする規定が、第 18 条におかれているのである。これは、解剖が死因の究明を目的とする性質上、死因究明が完了するまでの期間というものには、どうしても保存の性質が含まれているだろう、ということから、解剖をする際の承諾に、保存の承諾も含まれている、といった考え方であつて、第 18 条解剖者保存規定に保存の承諾を要件とする旨の規定がみられないことを正当化する解釈とされている。なるほど解剖の規定から連なつて規定されたものと考えられ、決して唐突におかれたものではない、ということの説明する考え方といえるかもしれない。しかし、もし上記のような理由から第 7 条の解剖の承諾に保存の承諾も含まれるのであるとするならば、第 18 条の規定にある「医学の教育又は研究のため特に必要があるとき」という文言は妥当しなくなる。この「医学の教育又は研究のため」の死体利用が死体解剖保存法の制定目的（前述 1 の目的③参照）なのであるから、第 7 条にて承諾を得る必要のある解剖の目的が、死因の究明にあるのだとすると、それぞれの目的とは合致しないであろう。

こうして第7条とは繋がりが無い、と考えられる以上、やはり第18条は、唐突に規定されたものと思われるので、死体解剖保存法第17条、第18条をめぐる判例、学説を通して、同規定がおかれた理由を検討する。

### ③死体解剖保存法第17条、第18条の解釈（判例、学説）

病理解剖を経た後、病院が保存する死体の一部について、遺族が返還を請求した訴訟（東京地判 H.12.11.24）が提起された（以下返還請求事件とする）（注5）。その判旨によれば「本件承諾は、保存法に基づく解剖を行うための要件である遺族の承諾（保存法7条）としての性質とともに、原告らが、被告病院の長に対し、解剖後の花子の脳及び内臓について、公衆衛生の向上を図り医学の教育又は研究に資するという保存法の目的（保存法1条）に従った保存の権限を与える承諾（保存法17条）としての性質をも有するものと認められる。」とあり、死体の一部を保存している主体は大学病院であるとして、適用条文を死体解剖保存法の第17条と解していることが窺える。

さらには同事件（注5参照）から、死体の一部の返還を直ちに受けられなかったために被った精神的損害の賠償請求訴訟（東京地判 H.14.8.30）が提起された（以下賠償請求事件）（注6）。その判旨によれば、「本件においては、（略）被告大学は、医学に関する大学であり、被告病院は、その付属病院なのであるから、死体解剖保存法17条が適用されるものである。」と述べ、返還請求事件と同様、適用条文を死体解剖保存法第17条とした。そして死体解剖保存法第17条には、同法18条のように、遺族からの引渡しの要求があった場合に死体を標本として保存することができないとの規定がないから、死体解剖保存法上、遺族からの引渡しの要求があったとしても、これを返還する義務はないと解される。」と述べ、規定上の返還の義務の文言の有る、無し、によって実質上、主体によって返還義務の有る、無しを区別する理由とした。

しかし、大学病院にて病理解剖がなされることは多いであろうとの想像に難くない今日、本当に死体の一部を保存している主体が誰であるのか、ということ判断するのは、それ程容易ではなかろう。返還請求事件、賠償請求事件ともに、大学病院が被告であることからの当然の帰結のように適用条文を死体解剖保存法第17条としているように見える。だが実際に誰が保存主体となっていたのかの証明、判断は具体的になされていない。また死体解剖保存法第17条には、返還義務を定めた条文がないから、引渡しの要求に応ずる義務はない、と、明らかに第17条と第18条では、標本保存の際の取扱いが区別されていることを、賠償請求訴訟では認める判断をしている。そうすると、死体解剖保存法第17条、第18条に規定された、主体による内容的な違い、即ち、保存の際の承諾を要件とする第17条、要件としない第18条、という違いと、遺族からの保存標本の返還請求を認める第18条、認めない第17条、という違いを、都合よく保存者側の理由にできることを認めることに繋がってしまうのではなかろうか。つまり、保存の承諾を得ることを回避したい場合には、保存主体が第18条の解剖者であるとすればよいし、遺族に返還することを回避したいと考えれば、第17条の病院長が保存主体である、とすればよいこととなる。これでは死体解剖

保存法の制定に関する昭和 24 年 05 月 07 日参議員厚生委員会 19 号での質疑中にある「遺族に事を分けて話せば承諾を得られるものと思っておりますが、場合によりますれば、何としてでも解剖することを拒んで遺族が泣き叫ぶという愁嘆場を見ることも稀にあります。それまで押切つてやるのがどうであろうかという心遣いを持つておるのであります。(東龍太郎政府委員回答)」という、遺族の感情を尊重した上での標本保存という本来の目的に合致していないのではなかろうか(注 1 参照)。誰が保存主体であるのか、を判断することは、慎重になされるべきだと考えるのである。

こうした一連の判決(返還請求事件、賠償請求事件)を受け、死体解剖保存法第 17 条、第 18 条規定について、学説はいくつかの解釈を試みている。

丸山(注 7)は、遺族の保存の承諾が事前にあったか、或いはなかったか、を基準に同法第 17 条、第 18 条を区別する。つまり第 17 条は、死体解剖に先駆けて、遺族から保存についての承諾を得ている場合、を規定しており、よって一度承諾があったものであるから、返還義務がない、とする。一方で第 18 条は、保存の承諾を経ないで死体解剖が先行した場合を定めており、承諾を得ずに保存を開始するので引渡し要求があれば、返還義務が生ずる、としている。なるほど第 17 条、第 18 条のいずれにおいても、保存をなす場合には事前、或いは事後に、必ず遺族の承諾を経山しているかのように見える。しかし、第 17 条の解釈は、保存の前になされる説明に基づいた承諾であるのに対し、第 18 条の解釈は、引渡しの要求があるまで保存が継続されるという点では、少なくとも保存の承諾を得ないでなされる保存の期間というものを認めることとなる。後に返還請求がなされていない、ということと、保存を追認している形で承諾を得ている、と考えるのは同義ではないであろう。「解剖の後、引取りを要求しなければ死体は返還しない」旨を、遺族に対して事前に伝えてあるのであれば、保存を追認している、という形で承諾を得た、と考えられるであろうが、だとすればその時点で、保存の承諾そのものを得る機会があるということとなる。丸山の説は第 17 条と第 18 条の文言上の違いを説明する上ではまともがあるが、実際上はやはり疑問を生ずるように思える。

死体解剖保存法第 17 条、第 18 条は、保存の承諾を要件とする規定か否か、について、粟屋(注 8)は同法 18 条には「『その遺族から引渡しの要求があったときは、この限りでない』とする規定(死体解剖保存法第 18 条但書)があり、遺族から引渡し要求があれば、標本は返還されなければならない。したがって、ここでは、この遺族からの任意の返還要求を認める規定の存在によって、実質的には事前の遺族の承諾が要求されていることと同じになってしまう可能性が高い。」と述べる。しかし、実質的に事前の遺族の承諾が要求されていることと同じになる可能性が高いということが、事前の遺族の承諾が要求されている、ということと同義であるとまでは述べられていない。事前の遺族の承諾を得ずに第 18 条の解剖者が保存をしたとしても、法文上は問題がない、となる可能性も高いのではなかろうか。

「死体解剖はもちろん解剖後の死体の全部・一部を標本として保存するためには、遺族の同意・承諾を得ることが絶対的な前提条件とされている」と述べたのは畔柳(注 9)であ

る。ただ承諾に関しては、原則として「第 17 条 1 項は、標本として保存する場合には、遺族の承諾を得ることを要件にしており、これが原則である。第 2 項は死体の引取者が不明などの場合であり、解剖の場合と同様に、承諾を不要としている。これに対して、第 18 条は大まかにいえば、法律に基づき解剖がなされた場合には、解剖後医学教育・研究のため必要があるときは、死体の全部又は一部を遺族の承諾なしに保存できるとするものである。」と死体解剖保存法の条文にそのまま沿った解釈をしている。しかしその一方で、死体の返還については「死体解剖保存法第 17 条には、遺族からの返還の求めについての規定はなく、第 18 条の中でこれに触れているにとどまる。しかし、一旦解剖やその結果としての保存を承諾しても、組織も遺体（死体）の一部であることに変わりがない以上、死体と同様に、遺族は原則的には、何時でもその返還を求め得ると解するのが、法律解釈としては妥当であると考え。」と述べ、さらに昭和 63 年の「病理解剖指針（注 10）」は、病院長の責務として「また、死体の全部又は一部を標本として保存する場合には、標本が適切に保管されるように配慮しなければならないと共に、その標本が医学の教育又は研究のように供されなくなったとき又は、遺族から引き渡しの要求があったときは、遅滞なく遺族に引き渡さなければならないこと。」としていることも、遺族は原則的には、何時でもその返還を求め得る、とする考えを裏付けていると主張する。そうすると、保存主体が病院長であれ、或いは解剖者であれ、遺族からの返還請求があれば、つねに応ずる義務があることとなる。しかし、保存を継続することが是非とも必要な標本である、という場合であれば、「返還を拒否して保存を継続するためには、その死体などが特に得がたいものであり、医学の教育・研究のためにその保存が必要であることを積極的に証明する必要がある。その主張及び証明に失敗したときは、当然、遺族の返還要求に応じなければならない。」として、保存の必要性の立証を通して、保存、返還を決定するという。保存主体が病院長であれ、或いは解剖者であれ、遺族からの返還請求があれば、つねに応ずる義務がある、とする考えに対しては、大変興味深く、賛意を表したいが、しかし法規定上は、少なくとも明らかに保存の承諾を要件とする条文と、要件として定められていない条文となっているのであり、賠償請求訴訟もこの区別を認める判決を出していた。また同判決は、畔柳が自説を「側面から支持している」と述べる昭和 63 年「病理解剖指針」についても、「死体解剖保存法が、死体を保存する主体によって、保存を許す要件を異にして定めていることにかんがみれば、」「遺族の引渡しの要求があったとしても、これを返還する義務はないと解される。」とし、最終的に判断を委ねるのは死体解剖保存法であるとの立場をとっていたのである。

いくつかの説について検討してきたが、決定的な結論を導くに至るものは見られなかった。あるいはそれ程に死体解剖保存法第 17 条、第 18 条の解釈というものは困難なものかもしれない。さらにはあまり慎重な検討を経ず、ともかく立法されたために、こうした難解な規定ができあがったのかもしれない、というまでに気が及びがちである。しかしながら、続いては、死体解剖保存法第 17 条、第 18 条の解釈について、私見を述べてみたい。