

## 各パートナーシップ機関から報告

- Global Forum on Bioethics in Research, Carel IJsselmuiden, Sandra Realpe
- WHO, Marie-Charlotte Bouésseau
- European Commission DG Research, Rene Von Schomberg
- European Commission, EGE, Maurizio Salvi
- Council of Europe, Laurence Lwoff
- Wellcome Trust, Jacob Leveridge
- Fogarty International Center, Barbara Sina
- MRC, Catherine Elliott
- Nuffield Council on Bioethics, Hugh Whittall
- CIOMS, Gottfried Kreutz

19

## コンサルテーションセッション

各パートナーシップ機関代表と個別相談ができる



20

## 先進国が指導するのではない

- 先進国が指導するのではない
- 途上国に対する援助方式
- 自らの意思で構築し、維持できるように
- 法規制、経済状況、文化的・歴史的背景、研究実施状況、教育者・指導者の人材育成状況、その他の要因によって、それぞれの状況に合わせた取組みが必須

## お互いの取組みを知る

- 途上国どおし、ヒト・モノ・カネの本当に乏しい中で、どのように実現しようとしているかを互いに知る
- 知識、経験の共有
- 同じ目的意識をもつ者が世界中にいるということを知ること得られる励まし・影響

## 途上国における課題

- まず多くの途上国においては、研究における倫理に適用される法やガイドランスがないということがある。
- 問題点として、研究倫理委員会は、そのメンバーの中に、研究の科学的及び方法論的な視点をみることができる専門家を置くべきという点がある。ここでは、“Bad science is bad ethics”ということ強調したい。
- 研究所や政府は、研究倫理委員会のための予算や管理に関するサポートを提供すべきである。
- まずとにかく研究者や倫理委員会のメンバーは倫理教育を受けるべきである。
- 国家レベル又は地域レベルでの監査としては、いくつかの国では政府組織がその責任を担っている(米国のOHRPやFWA)が、多くの途上国ではこのような政府組織は欠如している。
- 研究倫理審査が何を審査すべきかも課題である。
- 研究倫理についての必要性を認識していない国において、どのようにして需要を作っていくかが課題だ。

23

## 日本における課題

- 日本においては、研究における倫理に適用される法やガイドランスがないということがある。(研究分野別に策定されており、研究全体をカバーする法やガイドランスがないということがある。)
- 問題点として、研究倫理委員会は、そのメンバーの中に、研究の科学的及び方法論的な視点をみることができる専門家を置くべきという点がある。ここでは、“Bad science is bad ethics”ということ強調したい。
- 研究所や政府は、研究倫理委員会のための予算や管理に関するサポートを提供すべきである。
- まずとにかく研究者や倫理委員会のメンバーは倫理教育を受けるべきである。
- 国家レベル又は地域レベルでの監査としては、いくつかの国では政府組織がその責任を担っている(米国のOHRPやFWA)が、日本ではこのような政府組織は欠如している部分もある。
- 研究倫理審査が何を審査すべきかも課題である。
- 研究倫理についての必要性を認識していない国(日本?)において、どのようにして需要を作っていくかが課題だ。

24

## 日本も途上国？

- 法制度
- 研究の倫理に関する取組み状況
- 研究倫理審査体制
- モニタリング、監査、認定制度への取組み
- 委員、研究者、関係スタッフへの教育
- 支援スタッフ(CRC等)の育成・教育
- 支援組織(関係者間のネットワークなど)
- 参加した日本人はひとり

25

## 研究の適正な実施のために

- Regulation
- Oversight system
- REC/IRB system
- Informed Consent (Document and Process)
- Conflicts of Interest
- Monitoring
- Adverse Event report system
- Compensation
- Education program (like PRIM&R)
- Accreditation, Certification system for Institution, researcher, IRB member and IRB staff (like AAHRPP)
- Resources
- Future Research

26

## できることは何か？

Clearer and more effective guidance could be developed *from a stronger knowledge base.*

- ビジョンを描く
- 現場を変えるために必要な、根拠となるデータを示す
- 根拠に基き、客観的な議論ができる基盤を整備

27

## リトアニア(ヴィリニウス)



面積 65,000km<sup>2</sup>  
 人口 340万人  
 (2006年1月1日現在)

<参考>  
 北海道 83,456km<sup>2</sup>  
 静岡県 380万人  
 京都府 265万人

28

# 人体構成体の取扱いと 「人間の尊厳」

早稲田大学大学院法務研究科  
甲斐克則

## I 序—問題の所在—

- 人体を構成する身体各部位およびそれに付随する血液ないし体液等＝人体構成体
- 法律上の地位
- 「人間の尊厳」との関係如何に
- フランスの法制史学者ジャン＝ピエール・ポー（野上博義訳）『盗まれた手の事件—肉体の法制史—』（2004・法政大学出版局）の問題提起
- ローマ法に由来する近代法が法的世界を「人か物か」に分ける二分法の問題性を剔出
- 人類に向けられた重要課題

## I 序—問題の所在—

- 最近の日本における事例
- 中絶胎児を「廃棄物」として処理した事例（横浜地判平成17年5月12日判例集未掲載）
- 宇和島市内で起きた臓器売買事件および病気腎移植事件（2006年）
- フィリピンの公的「臓器売買」制度？
- 人体構成体⇒人に近いが人そのものではなく、財物と同様の物として扱うことのできない独自のカテゴリーに位置づけるべきではないか
- それと連動する遺伝情報についても同様

## II 肉体の法的地位に関するジャン ＝ピエール・ボーの問題提起

- 「身体は誰のものか」
- 「当然、身体は私のものだ」
- ⇒一定の範囲での処分可能性
- ⇒自己の身体の自己表現・自己活動の一環
- 「身体が『私のもの』とは、どのような意味か」
- 「身体から切り離された一部についてはどのように考えるのか」
- ⇒他者危害原則に抵触しないかぎり自由
- ⇒原則として処分不可だが、善意の無償提供は可

## II 肉体の法的地位に関するジャン ＝ピエール・ポーの問題提起

- ジャン＝ピエール・ポーの架空事例
- 日曜大工の最中にチェーン・ソーの操作ミスによりある人の身体から切り離された身体の一部を他者が盗む場合の法的処理
- ①切断を生じさせた犯罪(フランス刑法310条)とする解決
- ②窃盗について有罪とする解決
- ③無罪放免とする解決 ⇒ポーの立場
- \* 人間の尊厳の名のもとに、自分の肉体に対する所有権を人間に認めてはならないとする原理からきている 矛盾

## II 肉体の法的地位に関するジャン ＝ピエール・ポーの問題提起

- ポーの問題意識の根底
- 法人格というローマ法の発明が人間の肉体を法から消し去った
- \* 契約の対象となる物を「取引きされる物」と規定するフランス民法1128条参照
- ⇒人格と肉体の関係を説明できるものは所有権以外にはありえない
- 20世紀半ばの輸血に始まる「断層のひび割れ」以降、生命科学の急激な発展により、伝統的思考の再考が迫られる
- Ex. 自己の細胞返還訴訟として有名な1988年7月31日のアメリカのジョン・ムーア事件カリフォルニア州控訴院判決



## Ⅱ 肉体の法的地位に関するジャン ＝ピエール・ボーの問題提起

- 自然な秩序に従えば、それぞれの人間は何よりも魂を宿す体として認識されなければならない、それは人格の観念とは相容れない
- ⇒肉体の「物化」
- 臓器売買の問題で効果を発揮
- 「肉体は、近代における『神聖な物』であると同時に、『共有の物』にもなろうとしており、この点で、まさに『取引されない物』の典型である」
- 肉体の所有権を認めることにより、「生体、あるいは死体、そしてその各部分を法的に安定させるという実 に大きな实际的利点がある」

## Ⅱ 肉体の法的地位に関するジャン ＝ピエール・ボーの問題提起

- 「人間の尊厳という観念は、肉体の神聖さを近代的に言いかえたものにほかならない」
- 「肉体が所有された『物』であることを否定すると、それは人間の尊厳にとって脅威になる」
- \* ムーア事件でカリフォルニア州最高裁判例(1990年7月9日)が控訴審判決を覆してムーアに細胞の所有権を否定
- フランス生命倫理法(1994年)について
- 「人間が自分の肉体を所有し、その権利主体であるという考え方は、人間を商品棚の上に並べようとしているのでは決してない。肉体の尊重と人間の尊厳のための防壁を作ること、それも、悪知恵の働く者がかくもさまざまな抜け道を考えたす儀礼的なあいまいさとは無縁の防壁をつくろうというのである。最後には、この防壁によって、肉体の尊重と人間の尊厳は法的にいっそう確実に保護されたものになる」。

### Ⅲ 身体および人体構成体 と自己所有

- ボーの説く身体の自己所有論
- ジョン・ロックの見解と三島淑臣教授の批判
- リバタリアンの自己所有論(森村進教授)
- アメリカの法哲学者マーガレット・ジェイン・レイデンの所有(property)を人格性(personhood)と結び付けた第三の潮流
- 市場不可譲性と臓器売買禁止
- 人格性と「人間の尊厳」

### Ⅳ 先端医療に伴う人体利用をめぐる生命倫理・法と「人間の尊厳」

- 先端医療に伴う人体利用をめぐる生命倫理・法の問題と「人間の尊厳」
- ⇒過度な規範主義的把握の問題性
- 「人間の尊厳」は、決して単なる抽象的概念ではなく、人間各人に生来的に備わっているもの
- 「人間の尊厳」は、その実存形式は多様であっても、存在の本質においては同一である
- 「人間の尊厳」と「個人の尊重」との区別

## IV 先端医療に伴う人体利用をめぐる生命倫理・法と「人間の尊厳」

- 身体への取扱い
- 身体から切り離された身体の一部(身体構成体)⇒提供用臓器etc.⇒人体の尊厳
- 死体⇒死体の尊厳
- 各種組織・細胞 ⇒再生可能なものと再生不可能なもの
- 水の本質構成要素であるH<sub>2</sub>Oが、あるときには川になったり沼になったり湖になったり海になったり、またあるときには雨になったり霧になったり雲になったり雪になったり氷になったりするように、「人間の尊厳」が本質的なものとして根底にありながら、それぞれの段階において姿を変えてそれぞれの存在態様として表出している

- 生命:殺人罪の規定が直接「人間の尊厳」を保護すべく存在
- 身体:傷害罪の規定が生命よりもやや縮小した形で(本人の自己処分を一定程度尊重するという意味で)「人間の尊厳」を保護すべく存在
- 胎児:墮胎罪の規定が「生成中の人」として既生の生命よりもやや縮小した形で「人間の尊厳」を保護すべく存在
- ヒト受精卵:日本では直接の保護規定は現在のところなく、関連法として「ヒト・クローン技術等規制法」があるにすぎないものの、その存在は、胎児と同等とはいかないにせよ、やはり「人間の尊厳」と運動する存在としてその保護を要求する⇒保護立法が望まれる
- 死体・ヒト由来物質:人でもないし物でもない存在でありながら、その根底や背後にいつも「人間の尊厳」が控えて存在するものであり、独自の保護を要求するもの⇒新たな保護体系に位置づけるべきである

## V 結 語

- 「人間の尊厳」は、生命倫理・医事法の領域において、いまや確固たる基盤を有しているといえるが、今後は、その内実をより具現化していくことが、生命倫理ないし医事法学の重要な課題
- この種の問題が国際的問題となりつつある現在、これを人類共通の課題として捉え、「人間の尊厳」を基軸とした国際的観点からのルールを構築すべき時期にきている

## 参考文献

- 甲斐克則「ヒト受精卵・ES細胞・ヒト細胞の取扱いと刑法——生命倫理の動向を考慮しつつ——」現代刑事法4巻10号(2002)60頁以下、同「刑事法学の視点から——人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用と刑事規制をめぐる序論的考察」人倫研プロジェクト「人間の尊厳」と身体・生命の倫理的法的位置づけ(一)——先端医療技術の提起する諸問題を中心として——」北大法学論集54巻6号(2004)156頁以下、同「人体の利用と刑法、その1——身体、身体から切り離された『身体の一部』および死体の法的位置づけ——」現代刑事法6巻2号(2004)111頁以下、同「人体およびヒト組織等の利用をめぐる生命倫理と刑事規制」鳴幸一先生賀寿祝賀論集・人の法と医の倫理(2004・信山社)438頁以下、同「人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用をめぐる生命倫理と刑事規制」刑法雑誌44巻1号(2004)101頁以下、同「先端医療技術をめぐる生命倫理・法と人間の尊厳」——生命の発生の周辺を中心として——」社会と倫理17号(2004・南山大学)1頁以下、同「ドイツにおける遺伝情報の法的保護——『連邦議会審議会答申』を中心に——」甲斐克則編「遺伝情報と法政策」(二〇〇七・成文堂)一九九頁以下、同「人体構成体の取扱いと人間の尊厳」法の理論26号(2007・近刊)、位田隆一「国際法と生命倫理——国際生命倫理法の構築に向けて——」法学論叢156巻3-4号(2005)65頁以下

一 序——問題の所在——

1 人体を構成する身体各部位およびそれに付随する血液ないし体液等を一括して人体構成体と呼ぶことができる。それらは、法律上どのような地位を与えられているのであろうか、あるいは与えられるべきであろうか。そして、それは、「人間の尊厳」とどのように関わるのであろうか。フランスの法制史学者ジャン＝ピエール・ポーは、『盗まれた手の事件』と題する興味深い書物の中で、切断された手を盗んだ場合の法的責任を素材としつつ肉体的法的意義について、法制史的観点から、ローマ法に由来する近代法が法的世界を「人か物か」に分ける二分法の問題性を剔出し、この点に関して重要な問題提起をしている<sup>(1)</sup>。本書は、かの有名な一九九四年のフランス生命倫理法が成立する前年に書かれたものであるだけに、当時のフランスの議論状況を反映している点でも興味深い。生命科学が進歩して様々な難問をわれわれに突きつけている現在、この問題は国境を越えて解決しなければならない、人類に向けられた重要課題であると思われる。

2 ところで、最近、日本においても、人体構成体の取扱いと「人間の尊厳」の問題について考えさせる契機となった事件がいくつかあった。とりわけ中絶胎児を「廃棄物」として処理した事例（横浜地判平成一七年五月一二日判例集未登載）<sup>(2)</sup>と宇和島市内で起きた臓器売買事件および病気腎移植事件<sup>(3)</sup>は、その代表的なものである。

前者は、あるクリニックの院長である医師が、中絶手術により掻爬した妊娠約一〇週の死胎をビニール袋に入れて一般ゴミとして捨てた事案について、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃棄物処理法」という）六条の二第七項の政令で定める基準（同法施行令四条の四第二号、同法施行規則一条の一九第一号・第二号）違反の罪に問われたものである。注目すべきは、「死胎」および「胎盤」が廃棄物処理法二条一項にいう「廃棄物」に当たるか、が主たる争点のひとつとなったことである。判決は、『生活環境を清潔にすることにより、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ること』という廃棄物処理法の目的に照らして考慮すると、胎児が人の萌芽であるとしても、掻爬された後の本件死胎等のうちの『死胎』と『胎盤』も、廃棄物処理法二条の『不要物』として同条の『廃棄物』に該当するというほかない、と判示した。もちろん、当該事件を摘発するにはこの法律を使うほかなかったことは重々承知しているので、検察および裁判所がこのような判断を示したのは、本件ではやむをえなかった。私が問題にしたいのは、「人間の尊厳」との関係で、中絶胎児の法的地位は廃棄物処理法上の廃棄物と同程度にしか位置づけることのできない現行法体系の現状である。人間存在それ自体については、今日、「人間の尊厳」を考慮することを否定する者はいないであろう<sup>(4)</sup>。しかし、中絶胎児の法的地位が、「廃棄物」としての扱いしか受けないのは、「人間の尊厳」との関係で大きな違和感を覚える。

同じことは、後者の事件のうち、臓器売買事件が投げかける問題にも当てはまる。確かに、臓器の移植に関する法律（以下「臓器移植法」という）は、臓器売買を禁止する（同法一条、二〇条）。しかし、臓器自体の法的地位が明確であるとはいえない。そもそも臓器売買についての禁止の根拠は何か、このことを深く探求する必要がある。最近、フィリピンでは、腎臓提供者に対する謝礼を公的に認める制度を確立しつつあるが、一国の政策ないし文化論で実質的に臓器売買に当たるそのような制度が認められるのであろうか。さらに深く考えると、そもそも、自己の臓器が身体から切り離された場合、それは物になるのか、それとも人体構成体として何らかの保護を受けるのか。

3 ローマ法に由来する近代法は、法的世界を「人か物か」に分けるという二分法（中間のカテゴリーはない）で議論してきたが、いまや人体構成体については、人に近いが人そのものではなく、さればとて財物と同様の物として扱うことのできない独自のカテゴリーに位置づけるべきではないか。あるいは、それと連動する遺伝情報についても、そう考える必要があるのではないか。その際、「人間の尊厳」を根底に据えざるをえないのではないか。このような問題意識から、私自身、これまで若干の研究を試みてきたが<sup>(5)</sup>、本稿では、ジャン＝ピエール・ボーの問題提起に触発されて、人体構成体の取扱いをめぐる議論を素材としつつ、そこに通底する「人間の尊厳」の問題について少し掘り下げて論じることとする。以下、まず、肉体の法的地位について問題提起をしているジャン＝ピエール・ボーの見解を取り上げ、つぎに、身体および人体構成体と自己所有をめぐる問題について論じ、最後に、基本ルール策定に向けて、先端医療に伴う人体利用をめぐる生命倫理・法と「人間の尊厳」の問題について論じることとする。

(1) ジャン＝ピエール・ボー（野上博義訳）『盗まれた手の事件——肉体の法制史——』（二〇〇四・法政大学出版局）。本書の原題は、Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Édition du Seuil, 1993) である。この訳書は優れた邦訳である。

(2) この詳細については、広瀬美佳「中絶胎児を『廃棄物』として処理した事例」宇都木伸・町野朔・平林勝政・甲斐克則編『医事法判例百選』（二〇〇六・有斐閣）一〇二頁以下参照。なお、関連論稿として、小門穂「死亡胎児の法的な取り扱いについて——遺体としての尊厳と感染性廃棄物との間で——」助産雑誌六〇巻二号（二〇〇六）一七二頁以下参照。私自身も別途検討を加える予定である。

(3) 詳細については、甲斐克則「生体腎移植」法学教室三二一号（二〇〇七）二頁以下および「生体移植をめぐる刑事法上の諸問題」法律時報七九巻一〇号（二〇〇七）掲載予定参照。

(4) もちろん、人体実験等の問題で、「人間の尊厳」が侵害されたケースは多々ある。この点については、筆者の「人間の尊厳」の理解も含め、甲斐克則『被験者保護と刑法』（二〇〇五・成文堂）において詳論しているので、参照されたい。また、いわゆる悪質な人身犯罪が「人間の尊厳」を侵害するものであることを否定する者もないであろう。

(5) 甲斐克則「ヒト受精卵・ES細胞・ヒト細胞の取扱いと刑法——生命倫理の動向を考慮しつつ——」現代刑事法四卷一〇号(二〇〇二)六〇頁以下、同「刑事法学の視点から——人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用と刑事規制をめぐる序論的考察」「人倫研」プロジェクト『人間の尊厳』と身体・生命の倫理的法的位置づけ(一)——先端医療技術の提起する諸問題を中心として——北大法学論集五四卷六号(二〇〇四)一五六頁以下、同「人体の利用と刑法・その1——身体、身体から切り離された『身体の一部』および死体の法的な位置づけ——」現代刑事法六卷二号(二〇〇四)一一一頁以下、同「人体およびヒト組織等の利用をめぐる生命倫理と刑事規制」湯沢雍彦=宇都木伸編『唄孝一先生賀寿賀祝論集・人の法と医の倫理』(二〇〇四・信山社)四八三頁以下、同「人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用をめぐる生命倫理と刑事規制」刑法雑誌四四卷一号(二〇〇四)一〇一頁以下、同「先端医療技術をめぐる生命倫理・法と『人間の尊厳』——生命の発生の周辺を中心として——」社会と倫理一七号(二〇〇四・南山大学)一頁以下。また、遺伝情報との関係では、甲斐克則「ドイツにおける遺伝情報の法的保護——『連邦議会審議会答申』を中心に——」甲斐克則編『遺伝情報と法政策』(二〇〇七・成文堂)一九九頁以下。これらの論文において、ある程度方向性は出ているので、本稿では基礎理論に重点を置くことにする。

## 二 肉体の法的地位に関するジャン=ピエール・ボーの問題提起

1 「身体は誰のものか」と問われれば、多くの人々は、「当然、身体は私のものだ」と答えるであろう。確かに、この回答は、ある意味で常識的な回答である。生命については、別途考察したように、刑法二〇二条が同意殺人罪を規定していることから看取されるように、個人法益とはいえ、個であると同時に社会的存在でもある人間存在の根源であるその性格からして不可処分性が承認される<sup>6)</sup>。これに対して、身体は、生命を支える基盤となるものであるとはいえ、これも絶対不可侵なものであり自己処分はいっさい認めないと考えられる極端な見解を別とすれば、限界に争いがあるものの、一定の範囲での処分可能性を完全に否定する者はいないであろう。なぜなら、人間は、歴史的にみても、一定の範囲で自己の身体を自己表現ないし自己活動の一環として処分することを認めてきたし、今後もこれが変わることはないだろうからである。しかし、さらに続けて、「身体が『私のもの』とは、どのような意味か。そして、身体から切り離された一部についてはどのように考えるのか」と問われると、やや答えに窮するのではないか。なぜなら、様々な回答が考えられるからである。例えば、「私のものである以上、他者に危害を及ぼさないかぎり、財産と同様、どのように処分しようとする自由である」という回答がありうる。あるいは、「私のものとはいえ、原則として自由な処分はできない。とりわけ身体(臓器を含む)を売買の対象にしてはならない。しかし、重大な危険性を伴わない範囲で他者を救うため善意かつ無償で身体の一部を提供することは許される」という回答がありうる。以上のように回答が分か

れうるということは、いかに身体の法的地位が不確定なものかを示している。この問いに対して、いかなる根拠でどのような回答を導くべきであろうか。

2 ジャン＝ピエール・ポーは、日曜大工の最中にチェーン・ソーの操作ミスによりある人の身体から切り離された身体の一部を他者が盗むという興味深い架空事例を設定して、この場合にどのような法的責任を負うであろうか、と問いかける(7)。そして、この問題について、第一に、切断を生じさせた犯罪（フランス刑法三一〇条）とする解決、第二に、窃盗について有罪とする解決、第三に、無罪放免とする解決、以上の三つの解決可能性を示しつつ分析・検討を加え、フランスの定説によれば、第三の無罪放免説に帰着せざるをえない、と説く。なぜなら、第一の解決策では、「法理論的には、切断された手を盗んだことが単なる窃盗ではなく、肉体の侵害であると認めさせたいのなら、体から切り離されたとしても手の法的地位が変わっていないことを論証しなければならない」が、現実には判例上、切断された体の部分は「物」として扱われているので（取監中に自己の右手小指を切断した受刑者ジャン・ダウ事件では、その小指が押収された）、この考えを維持するのは困難であり、第二の解決策では、フランスの定説によれば、切り離された身体の一部を財物一般と同じように扱うことはできないがゆえに妥当でないからである(8)。しかし、ここで、ポーは、「これらはすべて、人間の尊厳の名のもとに、自分の肉体に対する所有権を人間に認めてはならないとする原理からきている」が、「こんなことが許されていいのだろうか」、と問い、「絶対にいいはずがない」(9)、と強調して、さらに考察を進める。

この問題提起には引き込まれるものがある。それでは、ポーは、何を意図しているのだろうか。ポーの問題意識の根底には、法人格というローマ法の発明が人間の肉体を法から消し去り、二〇世紀半ばまで機能してきたのであり（契約の対象となる物を「取引される物」と規定するフランス民法一一二八条も同様）、「法律家の思考論理のなかから肉体という具体的存在が消え、人格という象徴的存在がそれに代わって場を占めていた。そして、法はこの人格を保護したのであり、肉体はその恩恵にあずかって守られているにすぎなかった」(10)ことへの疑問が横たわっている。肉体は人格の「実体」であるという言い方は、ポーによれば、「人格と肉体の関係を説明できるものは所有権以外にはありえないという考えを拒否することである」(11)。しかし、二〇世紀半ばの輸血に始まる「断層のひび割れ」以降、生命科学の急激な発展により、伝統的思考の再考が迫られることになる。フランスの定説では、「そうなるはずと期待していたものと、正反対の結果を生み出すまでになっている」、とポーは嘆く(12)。その契機として、ポーは、自己の細胞返還訴訟として有名な一九八八年七月三日のアメリカのジョン・ムーア事件カリフォルニア州控訴院判決を引き合いに出し、「研究のためであれ商品開発のためであれ、患者の同意なしに細胞を取り出すことは肉体に対する侵犯行為であり、罰として巨額の損害賠償が命じられるだろう。しかし、細胞の商品化によってもたらされた利益の一部を参加分としてジョン・ムーアにあたえようとすれば、現在の支配的な学説を否定しなければならないのである」(13)、と説く。そして、死体についても、「死体の神聖さを意識すればするほど、それを『物』として扱う



ようになる」(14)、とも説く。

以上のような、ボーの主張は、当然ながらフランスの伝統的支配的法哲学派であるミシェル・ヴィレーらとの「主観的法」を基調とする考えと対立する。ボーは言う。「ミシェル・ヴィレーの最大の誤りは、人格の観念を個人の観念と同一視したこと、人格の観念が抽象化によってつくられた構築物であり、事物の自然な秩序とは関係がないことを見抜けなかったことである。自然な秩序に従えば、それぞれの人間は何よりも魂を宿す体として認識されなければならない、それは人格の観念とは相容れない。人格という観念を考え出す知的操作は、間違いなく抽象化の作業である。そして、抽象化されたものとしては、感覚しうる現実から取りだされたものという語源的な意味のとおり、人格とは、肉体によって人間存在が認識されるという現実から取りだされ、切り離された観念であった」。「またミシェル・ヴィレーの説には、人格の出現が法の非肉体化の産物であるという基本的事実を理解していない根本的な欠陥がある」(15)、と。

3 確かに、肉体の物的性格を前面に出したボーの問題提起には鋭いものがある。特に二つの問題、すなわち、「体から離れた肉体の一部の法的地位は何か」という問題と「分離された肉体の一部の法的地位は、完全な状態での生体のそれと同じなのか」という問題提起(16)は、かねてからの私の問題意識と共通のものがあるからである(17)。しかも、ボーは、『人』と『物』の区別にもとづくすべての法体系は、死体が『物』であり、肉体から切り離された部分も『物』である以上、生きた人間の肉体がひとつの『物』であることを認めなければならない(18)という明確な立場を「人間の尊厳」と関連づけて論じているので、なおさらその問題提起を真摯に受け止めざるをえない。しかし、そこに問題はないであろうか、検討する必要がある。そこで、ボーが、どのような論理でこの命題を導くのかを、もう少し辿ってみよう。

ボーによれば、フランス法を根底に据えると、「(一) 人間の肉体は『物』である。(二) 人間の肉体は商品でない『物』である」という命題になるが、「人間の肉体が『物』であるという『現実』から逃れるためには、『人』と『物』の間の中間的な法的カテゴリーが必要になる」が、「ローマ的シヴィテはそれを提供しなかった」(19)。そこで、人工補綴や障害者の必要用具の法的位置づけをめぐる、「用途による人格」という考えも出されたが、ボーは、この観念を実際に使うことはできず、それも含め、肉体から切り離された部分はやはり「物」として考えるべきだとして論を進め、次のように述べる。すなわち、「肉体を『物』のカテゴリーに入れることに実際的な意味があるのは、死体の法的地位を明確にするとか、肉体の一部の所有権を譲渡するとかの場合に限られる。それ以外の場合には、肉体を人格と同一のものとして扱えばすべてがすんでしまう。肉体が『物』であるという『現実』は、とりたてていうまでもない事実すぎない。しかし、肉体の提供、あるいはいくつかの国では臓器売買に直面したときに、その事実を認識する必要に迫られる」(20)、と。この点についてフランス民法一一二八条は「契約の対象になる物は、取引される物だけである」としか規定していないので、定説によれば、死体や臓器は、その逆、すなわち「取引されない

物」としての「神聖な物」という範疇に位置づけられる(21)、とポーは説く。しかし、同時に、「肉体の神聖さをもちださなくても、人間の尊厳という観念が十分にその代わりを務めることができる」(22)、とも説き、さらに、「肉体は、近代における『神聖な物』であると同時に、『共有の物』にもなろうとしており、この点で、まさに『取引されない物』の典型であると結論づけることができる」(23)、とも説いている。

4 重要なのは、ポーがここまで「肉体の物化」に固執する真の理由である。すなわち、肉体の所有権を認めることにより、「生体、あるいは死体、そしてその各部分を法的に安定させるという実に大きな実際の利点がある」し、「自分の肉体に対して人が願っている完全性を十分に保証することができる」し、「それから生み出されたものを商品化しようとする者に対して（ムーア事件のように）、肉体を守る最良の方法になる」(24)ということのほか、「自由に関する哲学的で政治的な観念に実際的な有効性をあたえるという利点がある。ただし、逆の結果を生み出す場合もあるということを指摘しておきたい。自由という観念は、非肉体化された法のもとでは、人間の尊厳へのもっとも恐るべき攻撃を正当化することもあった」(25)、と説く。さらには、以上のことにより、「人間の尊厳という観念は、肉体の神聖さを近代的に言いかえたものにほかならない」ことを確認し、「肉体が所有された『物』であることを否定すると、それは人間の尊厳にとって脅威になる」ことを強調する(26)。そこには、非肉体化された法のもとでの「人間の尊厳」へのある種の警戒感がある。

確かに、身体から切り離された肉体を含め、「肉体と人格を同一視することは、どこまでも危険な考えである」(27)とする点は、理解可能な部分がある。過度の人格性の強調は、弊害がありうる。しかし、「人間の尊厳という観念は、肉体の神聖さを近代的に言いかえたものにほかならない」のであろうか。ポーは、非肉体化された人間が生み出された背景を丹念に分析し、「肉体は存在するが、名ばかりの外形になり、これもまた非肉体的な観念である自由に奉仕するにすぎないものになった」結果、奴隷制が正当化されたとして、「人間の尊厳という名によって肉体の『現実』に対しておおげさに反駁することに、何かうさん臭いものを感じるとことはあながち間違っていない」(28)、と確信している。確かに、ポーが指摘するように、「人間の尊厳」を安易に用いると、それが逆の結果（例えば、「人間の尊厳がない」とレッテルを貼られた人を切り捨てる等）ともいべき事態を引き起こす懸念がある。ポーによれば、「そもそも切断された手が盗まれるという事件を私が考えてみたのは、もっとも基本的な権利が、人間の尊厳という名において、いかに嘲弄されるかを実証する判例を知らなかったからであった」が、その後、前述のアメリカのムーア事件でカリフォルニア州最高裁判例（一九九〇年七月九日）が控訴審判決を覆してムーアに細胞の所有権を否定するに及び、そのことが実証されたとする(29)。すなわち、「人間の尊厳の名において、ジョン・ムーアは自分の肉体の所有者ではない」。「人間の尊厳の名において、ジョン・ムーアの（生きている）肉体から採取された細胞は、その商品価値を生み出した者の財産である」。「人間の尊厳の名において、この細胞に関する特許を登録し、その商品開発を行なうことは許される」(30)、という判決の論理がそれである。この判決の説く「人間

の尊厳」論には、違和感を覚えざるをえない。このような論理で「人間の尊厳」を持ち出すとすれば、むしろ弊害の方が大きいかもしれない。それゆえに、ボーの問題提起には鋭いものがある。しかもボーは、『盗まれた手の事件』の刊行の翌年（一九九四年）に成立した注目すべきフランス生命倫理法について、「日本語版へのあとがき」の中で、民法典に「肉体」という語が入った点に注目しつつも、その第二章「人体の尊重について」の一六条（「人格の優位性は法律によって保証され、人格の尊厳に対するいかなる攻撃も法律によって禁止される。」）および一六条一項（「各人の肉体は尊重されなければならない。」「人体は不可侵である。」「人体、人体の各部、人体からの産物、それらは財産権の対象になりえない。」）に規定された「優位性」、「尊厳」、「尊重」という語に対しても「何が言いたいのか、読む者に対して説明しなければならない言葉が多すぎる」として、やや懐疑的である(31)。

かくして、ボーは、次のように結論づける。「人間が自分の肉体を所有し、その権利主体であるという考え方は、人間を商品棚の上に並べようとしているのでは決してない。肉体の尊重と人間の尊厳のための防壁を作ること、それも、悪知恵の働く者がかくもさまざまな抜け道を考えだす儀礼的なあいまいさとは無縁の防壁をつくろうというのである。最後には、この防壁によって、肉体の尊重と人間の尊厳は法的にいっそう確実に保護されたものになる。これが本書に込めた私の主張である」(32)。この最後の一節は、きわめて迫力がある。しかし、ボーのように身体・肉体を「物化」する論理に問題はないであろうか。

(6) 囑託・同意殺の可罰性の根拠については、甲斐克則『安楽死と刑法』（二〇〇三・成文堂）二一頁以下参照。

(7) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)三頁以下。

(8) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)五頁以下。

(9) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)一二頁。

(10) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)一四頁。

(11) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)一八頁。

(12) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)一九頁。

(13) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二〇―二一頁。ボーが引き合いに出しているのは、カリフォルニア州控訴院判決(Moore v. Regents of the University of California (249 Cal. Rptr. 494 (Cal. App. 2 Dist. 1988)))である。その後、本件は、同州最高裁判所まで争われるが(271 Cal. Rptr. 146, 793 P 2d 479, (1990), 111 S Ct. 1388 (1991))、同州最高裁の判例については、ボーも後で取り上げることになる（二七九頁）。

(14) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)三四頁。「実のところ、他人の死体によって自分の体を治療するという発想の原点にあるものが、まさに人肉食であった」し（同頁）、さらに、「聖遺物に触れることには治療効果があるという信仰が最初に根拠としたものは、まさに互換性にもとづく移植理論にほかならなかった」とも述べる（三六頁）。

(15) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)七四頁。なお、ミシェル・ヴィレーの

法思想の詳細および問題点については、水波朗「ミシェル・ヴィレイの法思想（一）（二）」  
法政研究四四巻二号（一九七七）一頁以下、四四巻三号二九頁以下参照。

- (16) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二三一頁。
- (17) 甲斐・前出注(5)の諸文献参照。
- (18) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二六五頁。
- (19) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二六六頁。
- (20) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二六九頁。
- (21) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二六六頁以下。
- (22) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七二頁。
- (23) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七二頁。
- (24) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七四―二七五頁。
- (25) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七六頁。
- (26) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七六頁。
- (27) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七六頁。
- (28) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七八頁。
- (29) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七九頁。
- (30) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)二七九頁。
- (31) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)「日本語版へのあとがき」二八四―二八五頁。
- (32) ジャン＝ピエール・ボー（野上訳）・前出注(1)「日本語版へのあとがき」二八九頁。

### 三 身体および人体構成体と自己所有

1 前述のジャン＝ピエール・ボーの問題提起を受けて、身体および人体構成体と自己所有の問題を検討してみよう。第一に、ボーは、人間を「個」として孤立的に捉えているように思われるが、そこに問題点がある。肉体の「物化」を貫徹するボーの見解は、あたかも同じフランスのド・ラ・メトリが一八世紀に説いた「人間機械論」(33)を彷彿させるものがあるが、もちろん必ずしもそこまでの主張をしているとは思われない。あるいは、デカルト的二元論に依拠しているのかもしれない。しかし、ボーの見解が身体の自己所有(権)を強調する考えであることは間違いない。身体の自己所有(権)を徹底する立場は、ジョン・ロックの考えに由来するといわれる。すなわち、ロックは、すでに一七世紀末に、「たとえ地とすべての下級の被造物が万人の共有のものであっても、しかも人は誰でも自分自身の一身については所有権をもっている。これには彼以外の何人も、なんらの権利を有しないものである。彼の身体の労働、彼の手の働きは、まさしく彼のものであるといつてよい」(34)、と述べている。このロックの思想が近現代まで脈々と継受されている。しかし、すでに三島淑臣教授は、早くよりその問題性を次のように指摘しておられる。すなわち、「ロ